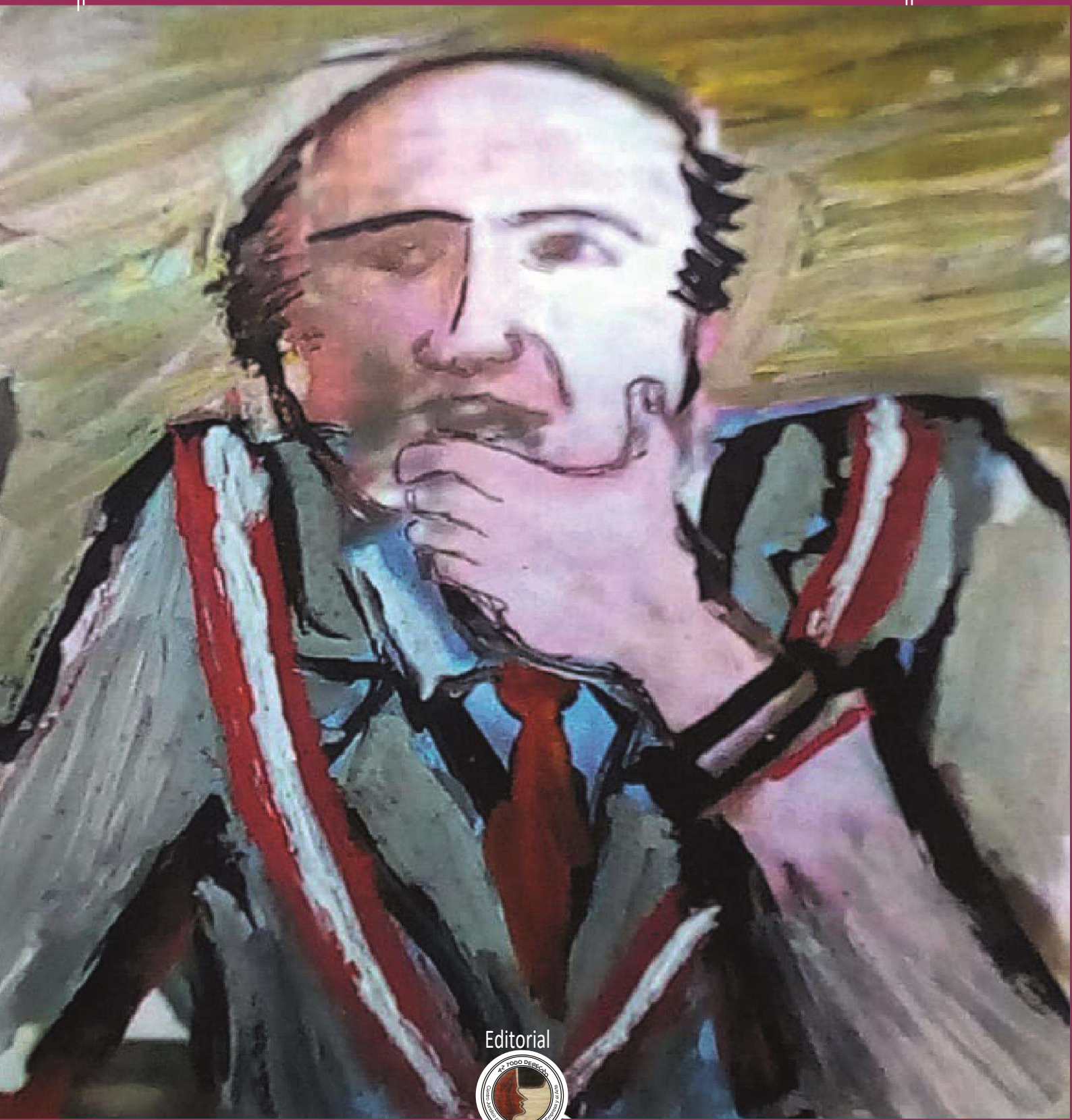
LA DECADENCIA DEL DERECHO MODERNO

El Derecho Premoderno, Moderno y Postmoderno

Alex R. Zambrano Torres



Editorial

Alex R. Zambrano Torres

LA DECADENCIA DEL DERECHO MODERNO

El Derecho Premoderno, Moderno y Postmoderno

(Crisis y decadencia del pensamiento jurídico moderno)

Ediciones
AZ Todo Derecho

LA DECADENCIA DEL DERECHO MODERNO
El Derecho Premoderno, Moderno y Postmoderno
(Crisis y decadencia del pensamiento jurídico moderno)

Autor: Alex Ricardo Zambrano Torres

Primera edición digital, noviembre 2021
Editado por:
AZ Todo Derecho E.I.R.L.
Centro Jurídico promotor del Derecho, la Empresa y el Arte
Alfa Centauro 173, La Calera, Surquillo, Lima
RUC: 20602641091
Noviembre 2021
Libro electrónico disponible en:
https://aztododerecho.wixsite.com/inicio

Diseño y pintura de cubierta:
Alex R. Z.T.

ISBN: 978-612-48742-1-5

© Alex Ricardo Zambrano Torres

Hecho el Depósito Legal
en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2021-12264

Código de barras:



Copyright 2021
Ediciones: AZ TODO DERECHO
Derechos de Autor reservados conforme a ley.
"Queda autorizado la reproducción total o
parcial de este texto, solo con previa
referencia y cita del autor."
Printed in Lima, Perú-2021

INDICE

PRESENTACIÓN 15

INTRODUCCIÓN 19

Los motivos del lobo.- 19

El leiv motiv: antecedentes.- 20

Las dimensiones del libro.- 21

TÍTULO PRIMERO 23

I.- ANTECEDENTES DE LA POSTMODERNIDAD: LA MODERNIDAD.- 23

1.- LA GENEALOGÍA DEL PENSAMIENTO DE LA MODERNIDAD.- 24

A.- EL RENACIMIENTO Y EL PENSAMIENTO JURÍDICO MODERNO.- 25

B.- LA ILUSTRACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA LA NUEVA CONCEPCIÓN DEL DERECHO MODERNO.- 27

2.- MODERNIDAD, MODERNO, MODERNIZACIÓN HISTÓRICA Y JURÍDICA 30

A.- MODERNIDAD. CONCEPCIÓN HISTÓRICA Y JURÍDICA.- 30

1) LA AGONÍA DE LA TRADICIÓN Y LA NUEVA CONSTITUCIÓN RACIONAL DEL DERECHO.- 32

2) LA RELIGIÓN EN LA INQUISICIÓN Y EL SENTIDO MODERNO DE LA OBJETIVIZACIÓN DEL DERECHO.- 33

B.- MODERNO. CONSTRUCCIÓN INTELECTUAL DEL DERECHO.- 34

C.- MODERNIZACIÓN. CONCEPTO TÉCNICO Y NORMATIVO.- 35

1) MODERNIZACIÓN TRADICIONALISTA EN EL DERECHO.- 36

DERECHO Y MODERNIDAD.- 36

4.- CRÍTICA A LOS FUNDAMENTOS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO DE LA MODERNIDAD.- 37
A.- RACIONALISMO Y MÉTODO EN LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO MODERNO.- 37
B.- SISTEMA Y DEDUCCIÓN COMO ELEMENTOS DEL DERECHO MODERNO.- 41
C.- NORMATIVISMO. CONDICIÓN DE OBJETIVIZACIÓN DE LA NORMA.- 43
D.- EL OLVIDO DE LA FINALIDAD. DISCURSO DEL PARADIGMA NORMATIVO DEL DERECHO.- 44
E.- EL FACTOR INDIVIDUALISTA EN LA COSMOGRAFÍA DEL DERECHO MODERNO.- 45
5.- COSMOVISIÓN CONTRADICTORIA DEL MUNDO MODERNO. DIMENSIONES JURÍDICAS 47
A.- LA EXTINCIÓN DEL DERECHO TEOLÓGICO.- 47
B.- BASES INTELECTUALES DEL DERECHO HEREDADAS EN LA EDAD MEDIA.- 48
C.- EL ESPÍRITU CRÍTICO COMO PARADIGMA NORMATIVO DE LA MODERNIDAD.- 49
D.- DISPERSIÓN DOCTRINAL EN LA MODERNIDAD (MÉTODO, ESTUDIO E INVESTIGACIÓN).- 49
LA GESTACIÓN DEL ESTADO MODERNO.- 50
6.- LAS CONSECUENCIAS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO DE LA MODERNIDAD.- 51
A.- EL DERECHO COMO CONJUNTO DE NORMAS.- 51
B.- EL DERECHO COMO SISTEMA JURÍDICO CERRADO Y LA CONSTITUCIÓN.- 52
C.- EL DERECHO COMO CODIFICACIÓN PERFECTA Y SU CONFIGURACIÓN EN EL POSITIVISMO JURÍDICO.- 53
D.- EL DERECHO COMO DOGMA TEÓRICO Y LA VOLUNTAD GENERAL.- 55
7.- ALGUNAS CONCLUSIONES SOBRE EL PENSAMIENTO JURÍDICO DE LA MODERNIDAD.- 56
LA POSTMODERNIDAD JURÍDICA.- 57

1.- LA GENEALOGÍA DE LA POSTMODERNIDAD. ANTECEDENTES NORMATIVOS.- 58

2.- EL DESENCANTO POSTMODERNO (CRÍTICA DE LA MODERNIDAD).- 58

3.-¿QUÉ ES POSTMODERNIDAD? CUESTIONAMIENTO HISTÓRICO Y CARACTERIZACIÓN CONCEPTUAL).- 59

4.- RASGOS DE LA POSTMODERNIDAD JURÍDICA.- 61

A.- EL SENTIDO POLISÉMICO DEL DERECHO Y LA EXTINCIÓN DEL MONOSENTIDO EN LOS ASPECTOS APLICATIVOS DE LA NORMATIVIDAD.- 61

B.- EL FIN DE LA HISTORIA. CRISIS DEL PENSAMIENTO POLÍTICO JURÍDICO DE LA MODERNIDAD.- 62

C.- NIHILISMO. PÉRDIDA DE VALIDEZ Y LEGITIMIDAD DE LOS VALORES JURÍDICOS SUPREMOS DE LA MODERNIDAD.- 62

D.- CRISIS DE LOS PARADIGMAS DE LA MODERNIDAD JURÍDICA.- 63

1.- LA MUERTE DE LAS IDEOLOGÍAS EN LA POSTMODERNIDAD.- 63

E.- PLURALISMO COMO EPISTEME. DIVERSIDAD CULTURAL Y NORMATIVA.- 64

F.- DESTRUCCIÓN DE LOS MITOS DE LA MODERNIDAD JURÍDICA.- 65

5.- LOS FUNDAMENTOS PRIMARIOS DE LA POSTMODERNIDAD JURÍDICA 66

A.- LA TOLERANCIA COMO GRADO DE COMPATIBILIZACIÓN NORMATIVA.- 66

B.- EL RELATIVISMO O LA NEGACIÓN DE VERDADES JURÍDICAS TRASCULTURALES.- 66

C.- PLURALISMO JURÍDICO. EL DERECHO A LA DIFERENCIA Y RECONOCIMIENTO A LOS PARTICULARISMOS CULTURALES Y SOCIALES.- 67

6.- DIFICULTADES DE LA POSTMODERNIDAD 68

A.- CRISIS DE LOS SABERES DOMINANTES Y CATEGORÍAS VALORATIVAS DE LA MODERNIDAD JURÍDICA.- 68

B.- ESTÉTICA, NEUTRALIDAD VALORATIVA, CORPORIZACIÓN Y REIVINDICACIÓN JURÍDICA DEL INDIVIDUO.- 69
C.- LA POSTMODERNIDAD Y LOS RIESGOS DEL CARÁCTER DE NEGACIÓN DE LAS TEORÍAS JURÍDICAS MODERNAS.- 69
D.- VACÍOS EN EL PROCESO COGNOSCITIVO DE LA CONCEPCIÓN JURÍDICA MODERNA.-..... 70
E.- INEXISTENCIA O INSUFICIENCIA DE UNA CULTURA JURÍDICA.-..... 70
F.- NIHILISMO MORAL, COGNOSCITIVO Y JURÍDICO.- 70
G.- EL DESCOMPROMISO ABSOLUTO POR LA REIVINDICACIÓN DE LAS CARACTERÍSTICAS DIFERENCIALES JURÍDICAS DEL INDIVIDUO.- 70

8.- ELEMENTOS DEL DERECHO POSTMODERNO.- 71
A.- EL INDIVIDUALISMO COMO INTERÉS SUPREMO. ARMONIZACIÓN ENTRE LOS INTERESES JURÍDICOS INDIVIDUALES Y LOS INTERESES COLECTIVOS, ENTRE INDIVIDUO Y ESTADO.-..... 71
B.- LA RACIONALIDAD JURÍDICA COMO PROCESO PARA UN ORDENAMIENTO JURÍDICO CON INTERNA COHERENCIA.- ... 72
C.- INVALIDEZ DE LOS DISCURSOS E IDEOLOGÍAS TOTALIZANTES Y NUEVOS SISTEMAS DE METARRELATOS DE LA VERDAD JURÍDICA.-..... 73
D.- REIVINDICACIÓN DE LAS DIFERENCIAS. EL ESTADO Y EL DERECHO HORIZONTAL. ABANDONO DEL MONOPOLIO DE LA SANCIÓN.-..... 73
E.- LA TEORÍA PERSPECTIVISTA EN EL DERECHO Y EL DERRUMBE DE LA ESTABILIDAD Y PERMANENCIA DE LA NOCIÓN DE PLANIFICACIÓN.-..... 74
F.- EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE LA PERSONA MEDIANTE EL CONTRASTE CON LA REALIDAD (DERECHOS RECONOCIDOS AUN SIN LEY).- 75
G.- CRÍTICA AL PRINCIPIO MODERNO DE UNIVERSALIZACIÓN DE LAS NORMAS, E ILEGITIMIDAD DE LAS CONCEPCIONES SOBRE LA RAZÓN ESPECULATIVA O TEÓRICA.- 75
H.- SEGURIDAD DINÁMICA VS. SEGURIDAD ESTÁTICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.-..... 76

I.- CIENCIA, MÉTODO CIENTÍFICO Y CIENTIFICISMO EN EL DERECHO.- 76
J.- GLOBALIZACIÓN Y LA NUEVA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO COMO DERECHO INTERNACIONAL.- 77

EL DERECHO 79

PREMODERNO, MODERNO Y POSTMODERNO 79

I.- LOS ANTECEDENTES DE LA POSTMODERNIDAD: LA MODERNIDAD.- 81

- Generalidades: 81

1.- LA GENEALOGÍA DEL PENSAMIENTO DE LA MODERNIDAD.- 85
A.- EL RENACIMIENTO Y EL PENSAMIENTO JURÍDICO MODERNO.- 86
B.- LA ILUSTRACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA LA NUEVA CONCEPCIÓN DEL DERECHO MODERNO.- 92

2.- MODERNIDAD, MODERNO Y MODERNIZACIÓN.- ... 102
A.- MODERNIDAD. CONCEPCIÓN HISTÓRICA Y JURÍDICA.- 102
1) La Agonía de la Tradición y la nueva constitución racional del derecho.- 117
2) La Religión en la Inquisición y el sentido moderno de objetivización del derecho.- 122
b.- Moderno. Construcción intelectual del Derecho.- 131
c.- Modernización. Concepto técnico normativo 134
1) Modernización tradicionalista en el Derecho.- 136

3.- DERECHO Y MODERNIDAD.- 139

4.- CRÍTICA A LOS FUNDAMENTOS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO DE LA MODERNIDAD.- 145
a.- Racionalismo y Método, en la concepción del Derecho Moderno.- 147
b.- Sistema y Deducción como elementos del Derecho Moderno.- 165
c.- Normativismo. Condición de objetivización de la norma.- 173

d.- El Olvido de la Finalidad. Discurso del paradigma normativo del Derecho.-.....178
e.- El Factor Individualista en la cosmografía del Derecho Moderno.-.....183

5.- COSMOVISIÓN DEL MUNDO MODERNO.-..... 189
a.- La extinción del Derecho Teológico. El antropocentrismo renacentista frente al teocentrismo medieval.- 189
b.- Bases intelectuales del Derecho heredadas en la Edad Media. Las luces en la oscura Edad Media.- 191
c.- El espíritu crítico como paradigma normativo de la modernidad.- 194
d.- La dispersión doctrinal en la Modernidad (Método, estudio e investigación).- 196
e.- La gestación del Estado Moderno.- 198

6.- LAS CONSECUENCIAS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO DE LA MODERNIDAD.- 209
a.- El Derecho como conjunto de normas positivas.- 209
b.- El Derecho como sistema jurídico cerrado y la Constitución.-.....211
c.- El Derecho como codificación perfecta y su configuración en el positivismo jurídico.-.....213
d.- El Derecho como dogma teórico, y la voluntad general.- 216

7.- ALGUNAS CONCLUSIONES SOBRE EL PENSAMIENTO JURÍDICO DE LA MODERNIDAD.- 221

II.- LA POSTMODERNIDAD JURÍDICA.-..... 231

1.- LA GENEALOGÍA DE LA POSTMODERNIDAD. ANTECEDENTE NORMATIVO.- 233

2.- EL DESENCANTO POSTMODERNO. CRÍTICA A LA MODERNIDAD.- 239

3.-¿QUÉ ES POSTMODERNIDAD?, (cuestionamiento histórico y caracterización conceptual).-..... 243

a.- Postmodernidad como negación de la Modernidad o Antimodernidad. Concepción de ruptura estructural.- 252
b.- Postmodernidad como continuidad de la Modernidad. Reinvención de la Modernidad.- 253

4.- RASGOS DE LA POSTMODERNIDAD.- 255
a.- El sentido polisémico del Derecho y la extinción del monosentido en los aspectos aplicativos de la normatividad.- 255
b.- El Fin de la Historia. Crisis del pensamiento político jurídico de la modernidad.- 256
c.- Nihilismo. Pérdida de validez y legitimidad de los valores jurídicos supremos de la modernidad.- 259
1) La Muerte de las ideologías en la Postmodernidad.- 261
e.- Pluralismo como Episteme. Diversidad cultural y normativa.- 264
f.- Anulación de los mitos de la modernidad jurídica.- 268

5.- LOS FUNDAMENTOS PRIMARIOS DE LA POSTMODERNIDAD JURÍDICA.- 271
a.- La Tolerancia como grado de compatibilización normativa.- 271
b.- El Relativismo o la negación de verdades jurídicas transculturales.- 273
c.- Pluralismo Jurídico. El derecho a la diferencia y reconocimiento a los particularismos jurídicos, culturales y sociales.- 280

6.- DIFICULTADES DE LA POSTMODERNIDAD.- 285
a.- Crisis de los saberes dominantes y categorías valorativas de la modernidad jurídica.- 285
b.- Estética, neutralidad valorativa, coorporización y reivindicación jurídica del individuo.- 287
c.- La Postmodernidad y los riesgos del carácter de negación de las teorías jurídicas modernas.- 288
d.- Vacíos en el proceso cognoscitivo de la concepción jurídica moderna.- 289

e.- Inexistencia o insuficiencia de una cultura jurídica postmoderna.- 292
f.- Nihilismo moral, cognitivo y jurídico.- 293
g.- El descompromiso absoluto por la reivindicación de las características diferenciales jurídicas del individuo.-.....294

7.- EL DERECHO POSTMODERNO.- 297

8.- ELEMENTOS DEL DERECHO POSTMODERNO.- 311
a.- El individualismo como interés supremo. Armonización entre los intereses jurídicos individuales y los intereses colectivos, entre individuo y Estado.-.....311
b.- La racionalidad jurídica como proceso para un ordenamiento jurídico con interna coherencia.- 315
c.- Invalidez de los discursos e ideologías totalizantes y nuevos sistemas de metarrelatos de la verdad jurídica.-.....320
d.- Reivindicación de las diferencias; el Estado y el Derecho horizontal; abandono del monopolio de la sanción.- 323
e.- La teoría perspectivista en el Derecho y el derrumbe de la estabilidad y permanencia de la noción de planificación.- .327
f.- El reconocimiento del Derecho de la persona mediante el contraste con la realidad (Derechos reconocidos aún sin ley).- 330
g.- Crítica al principio moderno de universalización de las normas. Ilegitimidad de las concepciones sobre la razón especulativa o teórica.- 335
h.- Seguridad Dinámica vs. Seguridad Estática en el ordenamiento jurídico.-.....336
i.- Ciencia, método científico y cientificismo en el Derecho.- 338
j.- Globalización y la nueva construcción del Derecho como Derecho Internacional.- 342

9.- LA FORMACIÓN DEL HOMBRE POSTMODERNO.- 347

"Del Derecho me gusta una sola cosa: TODO"

Hanks Bandini

"Por su propia naturaleza el Derecho es un término intermedio entre la anarquía y el despotismo; trata de crear y mantener un equilibrio entre esas dos formas extremas de la vida social. Para evitar la anarquía, el Derecho limita el poder de los individuos particulares, para evitar el despotismo, frena el poder del gobierno".

Edgar Bodenheimer

PRESENTACIÓN

UN SER HUMANO POSTMODERNO

Es muy grato hacer la presentación del libro presente, puesto que puedo dar fe del avance constante por escribir del autor. Puedo dar fe de sus primeros pasos, desde que una vez leyó un libro que tuve a bien entregarle llamado "El vendedor más grande del mundo", de Og Mandino; luego pude enterarme que había despertado en él, la sed y hambre de conocimiento y después, al no estar conforme con la sociedad en que vivimos, el autor pretende cambiarlo con su labor constante en beneficio del prójimo; esa inquietud de la adolescencia de la época escolar, persiste en su persona hasta la actualidad y continuará porque las personas que han nacido para escribir lo harán hasta que Dios los llame a su lado, para que sigan escribiendo y cuestionando la historia de la humanidad.

Puedo dar fe de sus primeros pasos, cuando ansioso buscaba los libros de filosofía, de literatura, de historia, de ciencias, o acaso de poesía, en las bibliotecas que ya habían sido cerradas como la biblioteca de la

Filarmónica (Moquegua), las bibliotecas de las Universidades Jorge Basadre Grohoman y Privada de Tacna. Lo curioso es más bien su gran entusiasmo por coger todo conocimiento extraordinario o diferente al común, cuando empezaba a contradecir casi todos los conceptos o valores comunes. Todo lo cuestionaba. Como todos saben, esto es un proceso natural en todo joven inquieto, cuando empieza creyendo en ciertos valores, dados por su familia o por la escuela, y luego, de pronto, despierta y encuentra que no todo concuerda, que no todo es color de rosas, que se tienen dudas respecto a la validez de los valores que nos han enseñado.

Este proceso impregnó un buen tiempo, y creo que aún, el espíritu del autor, y hoy, en su obra muestra parte de estas "decepciones", presentando un grupo de ideas, estructuradas y organizadas sobre esta nueva visión, sobre esta duda del mundo. La diferencia es que no ve el mundo en forma negativa, con aires de destrucción, sino como un renacimiento de la sociedad y a la reconciliación del ser humano con este mundo olvidado. Una especie de reencuentro, de reivindicación del ser humano en su integridad, en su plenitud.

El tema abordado es sobre el estado mental del ser humano, sobre su cosmovisión, partiendo de la idea que todo empieza en el "pienso y luego existo", pensamiento socrático, es decir, en que el pensamiento es quien nos constituye como personas, buenas o malas.

Como siempre el texto es ambicioso, en el muy buen sentido de la palabra, y en toda su extensión,

porque pretende comprender al ser humano con todos sus complejos, estudiarlo, desde un análisis teorizado, que explica al ser humano en tres etapas mentales: la premodernidad, la modernidad y la postmodernidad, que son procesos históricos, es decir, que se han dado en el tiempo, pero que en el mundo del pensamiento, tienen un efecto y una trascendencia más completa, pues en nuestro tiempo, estos tres estados mentales (premodernidad, modernidad y postmodernidad) conviven, y se superponen indistintamente, de acuerdo con las circunstancias y las acciones y reacciones de la vida.

El autor no se hace problemas, no se complica con la sintaxis; el libro es más bien una experimentación lúdica y creativa, que procesa muchas dudas; dudas sobre porque no avanza el derecho, porque no se solucionan los problemas jurídicos, porque existe cierto desencanto de la normatividad, o más bien, de la legalidad. Dudas que se han venido resolviendo a través de la historia, de la filosofía, del análisis conceptual. Dudas que son el fundamento del ser humano cuando siente que algo no funciona, que algo no está bien, que algo falla. Esas dudas son las que, a mi parecer, han provocado al autor a escribir el presente libro que me ha tocado el alto honor de epilogar.

Es importante cuando un autor plasma en su libro, en su creación, hechos que ha vivido y que ha pretendido comprender en base a la lectura de libros de muchos autores, pero se encuentra en el dilema que la realidad en que uno vive o supervive, es distinta a lo que esos autores han vivido, en consecuencia el autor

pretende descifrar estas interrogantes en su tiempo y espacio, conforme ha experimentado su vida en correlación a la sociedad donde vive y es importante esta obra toda vez que provoca a muchos estudiosos a que cuestionen su planteamiento doctrinario creando una discusión de ideas en forma sana, sostenida y sustentada.

El presente libro pretende provocar en la juventud estudiosa a no ser simples personas mecanizadas, loros o grabadoras de lo que se menciona en las universidades sino en cuestionar las ideas actuales y pretender dar ideas que solucionen los problemas de la sociedad en que vivimos, para poder entender a los individuos que tienen el deber de emitir normas (Poder Legislativo y Ejecutivo) que ven muchas veces el beneficio personal y no general, siempre haciendo demagogia.

No quisiera terminar, sin reconocer el sacrificio y la firmeza del autor, al haber fijado sus objetivos, la persistencia de lograr cumplirlos y toda la energía positiva que puso para concretar este libro, que desde ya va a provocar muchos comentarios positivos o negativos, pero va a lograr el objetivo de provocar que la juventud no sea conformista, al contrario trate de buscar cosas nuevas, que mejoren la convivencia en sociedad para el desarrollo en la calidad de vida de nuestra población.

Máximo B. Torres Cruz
Doctor en Derecho

INTRODUCCIÓN

LA DECADENCIA DEL DERECHO MODERNO
El Derecho premoderno, moderno y postmoderno
(Nociones germinales sobre la crisis del pensamiento jurídico)

> "Queremos librarnos de todo y de todos. Queremos volver a estar *desnudos* en el alma, lo mismo que Adán, inocente, estuvo desnudo en su cuerpo. Queremos arrojar las capas de la religión, las casacas de las filosofías, las camisas de los prejuicios, las corbatas escurridizas de los ideales, los zapatos de la lógica y los calzoncillos de la moral." (*Giovanni Papini)*

Los motivos del lobo.-

No puedo aún definir si fue el inmenso vacío o la intensa y atávica necesidad de creación la que me ha impulsado a publicar el presente texto; tal vez fue la apatía o las ganas de sentirme vivo; sin embargo, y pese a todos mis insensatos sentimientos, puedo afirmar que este texto fue escrito con toda la angustia de un aprendiz de filosofía y la esperanza, casi pagana, de un creyente, que

leyó en sus tiempos de ocio a Friedrich Nietzsche, Emil Cioran, Charles Bukowski, Donatien-Alphonse-François, Rudolf von Ihering, Francesco Carnelutti, Edgar Bodenheimer, Fernando Savater, Michel Foucault, Voltaire, Ernesto Sábato, Jorge Luis Borges, Herbert Marcuse, Hermann Hesse, Friedrich Hayek, Karl Popper, Giovanni Papini, Michel De Montaigne, Erasmo de Róterdam, Paul Lafargue, Ferdinand Lassalle, Arturo Uslar Pietri, Miguel de Unamuno, José Ortega y Gasset, Luis Diez-Picazo, Robert Crumb, entre otros. Quiero aclarar que me interesaban insertar en el presente texto las emociones, extravíos, pasiones, decepciones (postmodernidad) que en el tiempo se fueron construyendo en las mentes jurídicas de los individuos. Dicho lo anterior, como una confesión pagana, insensata e irónica, es necesario, ahora sí, explicar sucintamente el íntimo contenido del presente texto.

El leiv motiv: antecedentes.-

> "(…) con una madera tan retorcida como es el hombre no se puede conseguir nada completamente derecho." (Kant)

Hace muchos tiempo atrás, incentivado por obtener mi título de abogado y en búsqueda de cierta experimentación existencial, encontré, sin presagiarlo, un tema fascinante: "El Pensamiento Jurídico", fenómeno que me atrajo de inmediato por su enorme complejidad y porque pensé haber encontrado el factor hegemónico, y central de todo el sistema normativo, utilizado por cualquier sociedad civilizada: su "Mente Normativa"; aquella que representa en la vida las

razones que hacen al ser humano comportarse de tal o cual manera. El pensamiento jurídico es un fenómeno difícil de aprehender en sí, por su enorme complejidad, y, además, entre otras razones, porque su configuración sólo puede observarse desde su exteriorización (las prácticas) es decir, desde las conductas humanas. Sin embargo, esta exteriorización del pensamiento humano no nos puede dar una noción completa y certera de su real dimensión y conformación; por eso, siendo el pensamiento jurídico una parte importante de nuestro pensamiento en general, una muestra de cómo los seres humanos asumimos mentalmente el fenómeno normativo y respondemos ante un sistema regulador, debemos analizarlo con las pinzas de quien sabe que el pensamiento puede cambiar el mundo y sus formas de vivir en él. El pensamiento es aquel mecanismo mediante el cual se forman, direccionan o influencian nuestras conductas; o dicho en términos circunscritos a lo jurídico: forman la idea del derecho en el que creemos y aplicamos. En el pensamiento jurídico de cada ser humano encontramos el motivo, la razón de porqué actuamos o no actuamos de tal o cual forma, que es a nuestro parecer el eje de toda nuestra vida, su sistema normativo.

Las dimensiones del libro.-

> "Nuestros derechos son aquella parte de nuestro poder que los demás nos han reconocido y quieren que conservemos" (*Nietzsche)*

La concepción del Derecho ha sido observada desde diversos ángulos, a través de las diferentes doctrinas jurídicas, pero pocas veces, se la ha observado desde el individuo, es decir, desde cómo toma el individuo al derecho, su concepción de derecho y de justicia, y su correspondencia con las mismas. Es en ese sentido que utilizando un análisis de la mentalidad de nuestra sociedad hemos ensayado el presente trabajo, fijándonos en la estructura mental de los que viven, hacen, o aplican el derecho, y la hemos dividido en tres estadios: premodernidad, modernidad y postmodernidad en el Derecho. Esto significa que se asume el derecho bajo cualquiera de estas percepciones, lo cual nos lleva a todo un sistema diferente al normativo con el que se ejerce el Derecho. Por eso, la aptitud o concepción del derecho que tenga la persona dará el sistema mental utilizado en el sistema normativo.

El presente trabajo trata, en síntesis del pensamiento jurídico premoderno, moderno, postmoderno, y de la asimilación y utilización del mismo. En suma, del pensamiento jurídico. Que no es más que una expresión de nuestro tipo de pensamiento en general; puesto que el Derecho es "una concepción mental", una sublimación o refinamiento de nuestras relaciones de fuerzas, de poder, circunscritas dentro del margen de la necesidad o exigencias de coexistencia, de compatibilidad de intereses; de experiencias o conjunto de experiencias o conflictos de intereses, de organización de esas relaciones de fuerzas, refinadas a través del pensamiento, hecho teoría.

Vamos a trabajar el tema de la crisis del derecho moderno, también desde la perspectiva del derecho constitucional, civil, penal, laboral, y tributario, para dotar a este trabajo, de la "utilidad" requerida en el mercado.

Hemos dividido nuestro trabajo en tres factores: 1) El pensamiento Jurídico Premoderno, 2) Moderno y 3) Postmoderno; que explicamos en las presentes líneas, con sus fundamentos para construir una concepción del derecho y la cual aplicamos en nuestra vida. Intentamos, a través de este análisis, descubrir el mejor sistema normativo para solucionar los conflictos de intereses y hacer mejores a los seres humanos.

TÍTULO PRIMERO

I.- ANTECEDENTES DE LA POSTMODERNIDAD: LA MODERNIDAD.-

> "Sobre los moldes gastados del actual pensamiento jurídico -heredero directo del elaborado en la modernidad- no habrá cambio verdadero ni progreso en el derecho; a partir del formalismo, el normativismo, el deductivismo judicial, la dogmática, el consensualismo y el positivismo jurídico, no habrá reforma que merezca los esfuerzos llevados a cabo para concretarla; se volverá a lo mismo con distinto rostro y la mutación de la máscara no será suficiente para ocultar la

> grave enfermedad que aqueja al organismo jurídico." (Massini)

1.- LA GENEALOGÍA DEL PENSAMIENTO DE LA MODERNIDAD.-

El libro empieza poniendo en relieve ciertas condiciones y circunstancias; en principio aquel fenómeno peligroso y negativo del ser humano de nuestro tiempo de tener una inadecuada asimilación de los procesos modernizantes; de aquel uso también inadecuado de las influencias modernizantes, que revelan una mentalidad premoderna, proveniente de un medio ambiente confuso e inmanejable, y que provoca de alguna forma la obstrucción de las capacidades críticas y autocríticas. Eso indicaría además, que algunos de los fundamentos de la modernidad, como el racionalismo, no funcionan muy bien en la práctica, o no son suficientes para resolver los conflictos sociales, para explicar la vida o lograr un desarrollo social. Frente a todo esto aparece un "desencanto crítico", que en términos más elegantes da por llamarse Postmodernidad.

La ilusión que la modernidad iba a lograr la justicia y lograr la mejor organización social es puesta en debate, puesto que ha sucedido que la modernidad no ha conectado al hombre con la justicia sino al hombre con la razón. Pero el problema no está en el sistema social o cultural que se ha venido aprendiendo sino en la mentalidad jurídica premoderna en el cual aún se mantiene el ser humano.

El Problema, es pues aquella mentalidad jurídica premoderna. Problema que se suponía habíase superado con la Modernidad, como un modo de pensar, como una corriente de pensamiento que lograría el

desarrollo social, y la cual tenía como característica esencial la exacerbación de la razón, extraído de las ideas del Renacimiento alumbrado por la Ilustración. Momento de la historia de la humanidad donde incluso se pensaba que los capitalistas alcanzarían la felicidad a través de la racionalización de las estructuras sociales e incremento de la producción, y los marxistas lograrían la emancipación del proletariado a través de la lucha de clases. La Modernidad, pues, supuso la creencia en el progreso; así como también en la creencia de la existencia de una razón universal, es decir, una razón para todos los seres humanos y en todos los tiempos; que solucionaría, como una técnica, todos los problemas sometidos a ella.

A.- EL RENACIMIENTO Y EL PENSAMIENTO JURÍDICO MODERNO.-

> "Galileo descubrió (...) el poder del individuo, del sujeto humano (...) el sujeto humano era el creador del saber del mundo. No debía consultar libros, ni autores consagrados. Bastaba con consultar la experiencia y su propio entendimiento. El hombre del Renacimiento confiaba en sus sentidos, en su propia mente y entendimiento. No veía límites ni barreras, era un verdadero audaz."[1].

El Renacimiento nació en Italia, significando el renacer de la cultura greco-romana. Fue un movimiento

[1] Jaime Barylko,117.

cultural en donde aparecen las inquietudes modernas. Se inicia a mediados del siglo XV y se caracteriza por ser en ese tiempo una efervescente tendencia del estudio e imitación de la cultura griega y romana (latina). Tuvo por centro al humanismo, es decir, al ser humano; abriendo el camino a la época moderna, al pensamiento moderno, dejando por ende de lado la cultura medieval; y por consiguiente fue una cultura que negó el anterior mecanismo (medieval) y sus procesos cognoscitivos; se prefiere lo real, empírico, práctico, es decir aquello que puede ser demostrado por la razón, sobrevalorándolo por encima de lo mítico o lo divino: Por estas circunstancias el ser humano se convertiría en el fin primero y último de la existencia.

Esta época se esfuerza por reencontrar el camino que se había perdido con la Edad Media, aquella cultura Greco-Romana; así el mundo como representación del orden divino ya no era aceptado; y el nuevo ser humano del renacimiento aspira a la libertad de actuar y de pensar; aspira a lograr la traslación de las acciones a la vida terrenal y no a la vida extraterrenal, fundamentando el paso de lo místico a lo empírico, terrenal, constituido por medio de la razón, y en donde el centro era el ser humano racionalizado.

El Renacimiento fue, entonces, el inicio del pensamiento moderno, en donde las concepciones de la Edad Media eran consideradas oscuras y por lo tanto repudiadas. El Renacimiento más que una época situada entre dos fechas es un movimiento cultural en el que aparecen los gérmenes de las inquietudes modernas como la del avance científico, que producía y despertaba

nuevas visiones del mundo. Tiempo para la imprenta que se convirtió en aquel mecanismo revolucionario para la transmisión del saber. Instrumento para repensar todo, para contradecir a la tradición a través de la masificación de las ideas de los pensadores. El conocimiento se democratiza, puesto que deja de ser exclusivo de monjes y monasterios; y se sucede la crisis del pensamiento teológico. Asimismo, el poder espiritual se rompe y empiezan a nacer las naciones, así como las teorías del Estado con Maquiavelo, Hobbes; surge una importante aversión por la religiosidad, por la teología; aparece el Humanismo que pone al hombre en el centro; asimismo se ataca la Escolástica que trataba de conciliar la revelación divina con la razón humana, siendo que por lo contrario la naturaleza cobra mayor importancia, pues está fuera de la gracia divina. El nuevo pensamiento jurídico se va formando bajo estas ideas.

B.- LA ILUSTRACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA LA NUEVA CONCEPCIÓN DEL DERECHO MODERNO.-

> "La ilustración es la liberación del hombre de su culpable incapacidad", incapacidad de hacerse justicia por propia cuenta, "la incapacidad significa la imposibilidad de servirse de su inteligencia sin la guía de otro" (Kant)

La Ilustración puede ser considerada la ruptura en la mentalidad premoderna del hombre occidental apoyada por el pensamiento. La Modernidad es el pensamiento que surge de la filosofía de la Ilustración, e

impregna las mentes e instituciónes, con la idea de la primacía de la razón, la exaltación de la subjetividad.

Esto se produjo por el activismo de un grupo de intelectuales que divulgaron los principios de investigación científica, logrando propulsar la crítica de todos los géneros de supersticiones y tradiciones que no tuvieran una base racional; poniendo con esto en observación y juicio todo el régimen antiguo.

Este es el tiempo en el cual aparecen Montesquieu con De l'esprit des lois y su división de poderes; aparece también la Enciclopedia Francesa (1751) escrita con criterios racionales y liberales, dirigida por Diderot, D'Alembert, y en el cual colaboraron también Voltaire, Rousseau, que plantea el Contrato Social cuyo contenido son los principios de una sociedad democrática, entre otros.

La Enciclopedia atacaba a la Iglesia y a todos los vehículos máximos de las convenciones vigentes. Así, de la disciplina, de la jerarquía, de los dogmas, se pasa a las ideas de la independencia, de la igualdad, de una religión natural, de un anticristianismo, que supone una crítica férrea a la fe cristiana, la monarquía absoluta, las normas sociales y jurídicas. Provocando como consecuencia una revolución efectiva en los supuestos conceptos mentales del tiempo; siendo esta revolución teórica, anticlerical, antidogmática, racionalista hasta la exageración, antiabsolutista, y por contrario exaltadora de la ciencia, tolerancia, antibelicista, antimilitarista, progresista. Por otro lado la iglesia es refutada por haber concentrado el poder, impuesto la intolerancia, con la inquisición, y oscurecido el conocimiento del

pueblo; además de haber obstaculizado la autonomía y emancipación del hombre.

Para Kant el Renacimiento constituía en el ser humano la "Mayoría de Edad", es decir aquella facultad que obligaba a pensar por si mismo, esto había provocado la adquisición del derecho a pensar. La "Mayoría de Edad" significaba el rompimiento a la atadura del dominio del padre, de la tradición, o la iglesia; fenómeno por el cual cada persona llega a convertirse en su propio padre; con esto se negaba incluso el poder divino, y la nueva concepción sería que Dios podría existir pero al lado del hombre, no ocuparía una fuerza centrípeta. Así la voluntad de Dios dejaría de ser una justificación jurídica; el derecho, entonces, ya no sería divino sino humano, y el instrumento para lograrlo sería la razón como único criterio válido a tomarse en cuenta para los fines de regular al individuo.

Esta es una época antiescolástica, en donde el hombre no es ya un viejo ejecutor material de unos planes trascendentales y divinos que recibe de forma pasiva; el hombre auténtico es artífice y constructor de su mundo. Así el desdén a lo divino y la exaltación de la razón se fundamenta en que ésta puede hallar los principios en las cosas naturales, aún si Dios no existiera, pues está basado en el principio de la contradicción, es decir, responde a la naturaleza racional del hombre.

2.- MODERNIDAD, MODERNO, MODERNIZACIÓN HISTÓRICA Y JURÍDICA

A.- MODERNIDAD. CONCEPCIÓN HISTÓRICA Y JURÍDICA.-

> "La modernidad según la tradición crítica nacida de las Luces no exige un espacio histórico particular, sino una actitud mental."(Urbano)

La Modernidad es un modelo de civilización con pretensiones universales, donde predomina la racionalidad humana, subjetiva en todos los conocimientos y de la realidad; donde el único saber admitido es el científico; y el orden social se instaura por decisión de los individuos libres e iguales. Así mismo el orden político obtiene su legitimidad de la soberanía popular; el orden económico reposa sobre el valor del trabajo y la rentabilidad productiva; el orden jurídico sólo reconoce leyes justificables racionalmente; el dominio de la racionalidad se ejerce por medio de la aplicación práctica de los conocimientos científicos y desarrollos tecnológicos.

En la Modernidad el hombre entra en relación consigo mismo, a diferencia de la Edad Media, donde el hermetismo humano se transmutaba en obediencia silenciosa e irreflexiva; en donde la capacidad reflexiva estaba entornillada en realidades metafísicas, y la autopercepción estaba eliminada; a diferencia de la Modernidad en la cual la persona se convierte en un fiscalizador de sus propios actos y de la validez de los mismos. En términos económicos hay cambios incluso

en las estructuras laborales, puesto que las estructuras económicas antes designadas por los señores y la divinidad cambian; así como la organización del trabajo y el espíritu de producción, por el uso de máquinas, el incremento de la productividad, la organización racional, y la precisión del futuro. La Modernidad plantea que es a través de la maximización de los bienes individuales como se lograría el bien de todos, conciliando los intereses compatibles.

En este nuevo esquema y espacio el Derecho habrá de ser un organismo con capacidad coactiva o central para lograr la universalización y eliminación de particularismos tradicionales; el Estado central coactivo se encargará de suprimir cualquier conducta o actividad no nacional; los actos irracionales serán considerados ilegítimos, ilegales, antisociales, y serán tomados como perturbadores del funcionamiento orgánico, racional, de los intereses de los individuos.

En este nuevo escenario, el de la Modernidad, se requería de un Derecho predictible para evitar cualquier perturbación. En este sistema el Derecho debería tener un carácter genérico y sistemático, constituir un orden cerrado, sin lagunas, de aplicación uniforme; sucedería así una sustitución del Derecho como mandato divino, sobrenatural, por el Derecho como sistema normativo que se apoya en su coherencia interna, racional.

Asimismo la Modernidad como producto europeo es un discurso de occidente, que fue tomado en el Perú al promediar el siglo XIX, mediante el cual se internaliza

la racionalidad como fundamento instrumental, es decir aquello que define lo racional como algo útil. Aquella racionalidad tiene animadversión por el caos, y esboza pretensiones de exactitud. La modernidad echa abajo los lenguajes totalizantes, como la divinidad, y en el Perú se expresa desde la Colonia, y jurídicamente con el Derecho Indiano. En América surge de la articulación de la corriente Iberica y la Anglofrancesa, con el discurso de la racionalidad en términos culturales y jurídicos.

1) LA AGONÍA DE LA TRADICIÓN Y LA NUEVA CONSTITUCIÓN RACIONAL DEL DERECHO.-

> "En definitiva, una tradición jurídica existe siempre que se ha perdido el rastro del originario designio que guió la puesta en vigor de una norma o cuando, por lo menos, no se tiene ya una clara conciencia de él." (Picazo).

Una de las características que revertió la modernidad es el culto exacerbado por la tradición, aquella que significaba el traspaso por la costumbre, por la repetición de creencias, instituciones. La modernidad propone la negación de la continuación de cierta memoria colectiva irreflexiva, fundamentando que la tradición es incoherente debido a su diversidad. A diferencia de la Ley que debe resultar de la razón, la tradición es el resultado de la historia. Puesto esto en evidencia, hubo de quitársele poder político y jurídico a la tradición, lo que supuso un ataque al contenido histórico y metafísico de la tradición. Sin embargo tradición y modernidad tienen en común poseer un

mismo proceso de articulación, puesto que las sociedades latinoamericanas habían incorporado institucionalmente estructuras racionales subyacentes en las tradiciones y aquellas de la modernidad.

La tradición, significaba que las cosas se hacían por hábito, por repetición, lo que influía determinantemente en las decisiones jurídicas; se podría hasta decir que las sentencias, en un determinado momento fueron tradicionales, es decir, copiadas según un formato, y no como decisiones singulares y únicas.

2) LA RELIGIÓN EN LA INQUISICIÓN Y EL SENTIDO MODERNO DE LA OBJETIVIZACIÓN DEL DERECHO.-

> "No hay bastante religión en el mundo para aniquilar a las religiones" (Nietzsche)

Siendo la modernidad una transformación social, involucró también en su accionar a la religión. Religión que según la concepción de Sigmud Freud, con su psicoanálisis, es nada más que cierta "neurosis obsesiva". Cabe explicar que Freíd fue uno los estudiosos que mejor exploró cómo funcionaba el pensamiento. Puede decirse que existirían tres etapas en la formación del sistema del pensamiento: 1.- El animismo o mitológico; 2.- Las Religiosas; 3.- La Ciencia. Dentro de estas concepciones se cree que el hombre desea ser protegido por ese sentimiento adquirido del padre, así también la religión significaría la continuidad del paternalismo. Se llega, pues, a las teorías de Sigmud Freud que relaciona el sentimiento de culpa con la

religión; así la religión nos impone el concepto de "deber algo".

La religión era una fuerza importantísima en la edad primitiva; cabe referir como ejemplo que en ese tiempo la propiedad no era garantizada por las leyes, sino por la religión. Es más, al principio entre los griegos y romanos la ley era parte de la religión, los códigos eran un conjunto de ritos, prescripciones litúrgicas, oraciones; las leyes se transmitían por medio de la oración, no eran escritas; la justicia dictada sólo procedía si se tenía la aprobación favorable de la religión. En Roma, cuna del Derecho, no se era buen pontífice si se desconocía el Derecho y no se podía conocer el Derecho si se ignoraba la religión. Asimismo, es de advertirse que el Juez no daba razones de su decisión normativa.

B.- MODERNO. CONSTRUCCIÓN INTELECTUAL DEL DERECHO.-

> "Ser moderno es encontrarnos en un ambiente que nos promete aventura, poder, alegría, crecimiento, transformación de nosostros mismos y del mundo y, al mismo tiempo, amenaza con destruir todo lo que tenemos, todo lo que sabemos, todo lo que somos [...] Ser moderno consiste en ser parte de un universo en el que, (...) todo lo que es sólido se desvanece en el aire" "Marshall Berman

El término moderno implica primero separar el uso de los procedimientos técnicos de la disposición mental con que se usan. Por moderno entendemos, entonces, aquella actitud, estado o disposición mental; capacidad mental para sintonizar con el ambiente espiritual y los avances teóricos de la época. En otros términos, se habla de la salud mental, del proceso técnico instrumental; de tal forma que ser moderno no es aceptar lo nuevo sino lo mejor de lo nuevo, lo conveniente, lo adecuado a nuestras necesidades y al progreso, es ajustarse crítica, autocrítica y conscientemente a los cambios del tiempo, a los fenómenos sociales.

C.- MODERNIZACIÓN. CONCEPTO TÉCNICO Y NORMATIVO.-

> "Según Gagnon, la palabra modernización designa el aumento de productividad por efecto de la innovación tecnológica. (...) Con ello se busca racionalizar la producción, evitar la repetición de operaciones, aumentar la velocidad de las prácticas administrativas."(Urbano)

Por modernización entendemos aquella categoría procesal; es decir, de aquello que nos da cuenta de un proceso universal antes que del contenido particular de tal proceso; proceso que estructura cambios. La modernización supuso elementos de identificación, racionalización de la producción, ahorro de costos y tiempo, correspondencia entre los fines y medios, según explicara Weber es la elección de los medios más adecuados para llegar a las metas.

La modernización dejó ver el fenómeno social económico, como por ejemplo el de identificar al Liberalismo como un mercado universalizante; o al Socialismo como cierta planificación central.

1) MODERNIZACIÓN TRADICIONALISTA EN EL DERECHO.-

> "(…) una modernización tradicionalista, es decir, una modernización que no modificó las estructuras y jerarquías básicas tradicionales, por lo que el contraste entre la élite dominante y el grueso de la población se hizo más notable. Una modernización que elimina el tributo indígena y la esclavitud del negro, pero incorpora, con la importación de asiáticos, nuevas expresiones de esclavitud y mantienen la servidumbre de la masa indígena." RUIZ ZEVALLOS

La Modernización Tradicionalista se explica por proceder de los conceptos habituales, rituales, tradicionales, y no tocar los contenidos de la diagramación política cultural, no tocar los elementos que fundan la estructura a modernizar; asimismo no modifican las estructuras y jerarquías básicas tradicionales. Es decir, es un proceso que no regenera nada, pero se reviste de apariencia renovadora, sin serlo realmente.

DERECHO Y MODERNIDAD.-

> "Como todas las reformas, la reforma judicial debe comenzar por la inteligencia;

> es preciso dar la espalda a los mitos y conjuros del pensamiento moderno e iniciar la marcha hacia la boca de la caverna, donde nos espera la luz que dimana de la verdad objetiva." (Massini)

4.- CRÍTICA A LOS FUNDAMENTOS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO DE LA MODERNIDAD.-

El pensamiento jurídico de la modernidad niega la cultura anterior y trae consigo categorías propias, como el legalismo, el deductivismo, el razonamiento metódico, etc. Sucédese la sustitución del conjunto armónico y coherente de principios y experiencias en el ámbito de lo jurídico, estructurado desde las Leyes de Platón, y las Éticas de Aristóteles, a través del Derecho Romano y los Glosadores Medievales, por aportar, a Grocio, y la desintegración del pensamiento clásico.

La época moderna se forma como una construcción histórica, pues es un proceso que pasa por el Renacimiento, el Humanismo, la Ilustración, el Racionalismo, la Reforma (cristiana) la Contrarreforma y la Revolución.

A.- RACIONALISMO Y MÉTODO EN LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO MODERNO.-

> "El primero de los caracteres del pensar jurídico moderno es, sin lugar a dudas, su racionalismo fundamental. En materia de ideas jurídicas, racionalismo significa, en primer lugar, la pretensión de aplicar al

> campo de la praxis los postulados metodológicos de las ciencias exactas, considerados por los pensadores modernos como el desideratum en materia de metodología científica y, en cuanto tales, aplicables a todo estudio, cualquiera sea el sector de la realidad que tenga por objeto." (Massini)

Actuar racionalmente significa obrar conforme a una concepción general y sistemática. El racionalismo tiene como fuente principal del conocimiento la razón (la ratio); de tal forma que un conocimiento sólo es tal cuando es lógicamente necesario y universalmente válido; es decir, algo tiene que ser así y no de otro modo siempre y en todas partes. El racionalismo tiene la pretensión de aplicar al campo de la praxis los postulados metodológicos de las ciencias exactas.

El origen de estas tesis está en Descartes, en sus sistemas; donde plantea aplicar el método de la matemáticas para dotarla de certeza; lograr un grado de certeza y validez, como un fin instrumental para establecer la verdad; de tal forma que la verdad divina es puesta en tela de juicio. La verdad moderna era algo que existía, descubrible por la razón. Así con el racionalismo el Derecho se vio en la imposición de seguir la metodología matemática a través de abstracciones y deducciones, para una operación lógica, razonable a fin de lograr un halo de certeza y seguridad matemática. El uso del método de las ciencias exactas era el centro de todo planteamiento teórico; el manejo

del razonamiento permitía la conexión de categorías conceptuales de derechos válidos y certeros.

El problema con esta visión es que se lograba una construcción jurídica inmutable, rígida, que se contraponía con el ser humano; por ejemplo, el método de la deducción a partir de principios racionales concluye con una construcción demasiado rígida e irreflexible. Sin embargo el empeño de usar el método de las ciencias exacta consistía en la creencia de lograr certeza por su prueba objetiva, y los principios universalmente válidos, como rango de seguridad absoluta, lo que postulaba la realidad y no la ficción. El método se utilizaba para no errar en las conclusiones, puesto que la ciencia tenía como armazón ser un conocimiento cierto, evidente, sostenible siempre en todas partes, y frente al cual no existiría nunca un rasgo de engaño. A tal grado llegó esta teoría que los modernos usaron la razón para negar lo anterior de la vieja forma de conocimiento.

El ideal Moderno era construir un sistema de Derecho cierto, válido, y universalmente aceptado a través de la razón. El método racionalista establecía de una vez por todas las condiciones de hacer Derecho. La Modernidad Jurídica pretendía escapar, con ello, de los errores de los sentidos, prejuicios, tradiciones; de tal forma que incluso las Santas Escrituras que antaño tenían validez absoluta ya no eran prueba racional alguna; puesto que el Derecho pretendió hacer medible todas las acciones humanas para que pudieran entrar en las esferas de lo medible, es decir, de lo racional. Así, Dios y las escrituras dejarían de ser el fundamento de la

validez del Derecho; asimismo los datos de la realidad empírica serían dejados de lado como fuentes de conocimiento del Derecho puesto que los sentidos no son certeros e incluso pueden engañar a nuestro conocimiento, porque nuestros sentidos tienen límites (vista, oído, olfato, tacto); por ello, la realidad y la teología fueron relegados al olvido o desprecio.

La Modernidad quería crear un Derecho racional perfectamente estructurado en base a abstracciones inamovibles; dejando de lado la experiencia por ser este un fenómeno mutable, inestable y diverso.

Sin embargo la Postmodernidad recoge este fenómeno de mutabilidad, y a la realidad; porque piensa que el Derecho no puede cortar vínculos con la realidad bajo pena de ilegitimidad. La razón, sin embargo, mostraba que era experiencia, o experimentación, y no revelación.

Además, en el siglo XVIII la confianza en la razón se deriva del éxito de las ciencias exactas; así con la razón se somete a examen a la autoridad, a la historia, a las costumbres, así como aquellas formas sociales de organización, etc. Los pensadores modernos vieron la vocación universalizante de los conceptos para el futuro.

Es en este ambiente cuando Kant instaura la razón como tribunal Supremo, piensa en un Derecho Universal, y hace proposiciones racionales al respecto como "obra de manera que tus actos puedan obedecer a una ley general". La razón es el nuevo instrumento del

conocimiento, y de ella se desprenden elementos como 1.- Eliminación de lo caótico, 2.- Simplificación, 3.- Generalización.

En último término, en la Modernidad, el Derecho ha sido una forma de introducir el racionalismo, de lograr la producción normativa, la concentración administrativa de justicia en un sistema único. Sin embargo, el problema del racionalismo está en su discurso racional, científico, que es incapaz de ser aplicado al discurso ético, moral, axiológico y humano.

B.- SISTEMA Y DEDUCCIÓN COMO ELEMENTOS DEL DERECHO MODERNO.-

> "Los filósofos juristas modernos, en especial los que pertenecieron a la escuela racionalista, en el intento de lograr un sistema de derecho de una certeza absoluta, con validez en todo lugar y todo tiempo, y alcanzar una construcción que fuera el producto exclusivo de la razón -sin los errores que provenían de los sentidos, los prejuicios, las tradiciones, etc.-, partieron de ciertos principios a priori, o de un dato arbitrariamente considerado como el constitutivo esencial de la naturaleza humana;..."

En el Derecho Moderno se pondera el sistematismo como mecanismo de organización social. El sistematismo cree en la construcción de un Derecho Autónomo, en un sistematismo científico del derecho autónomo de arribar a un pequeño grupo de reglas

perfectas y sin excepciones desligadas de la experiencia judicial que le deban todo a la razón lógica y matemática.

El Sistema significa rigor y exceso de la razón, apoyada por el método deductivo. Sistema Cerrado donde las partes sólo tienen validez en referencia al todo; de tal forma que todo debe encajar dentro de un orden lógico deductivo que conforman el todo sistemático. El método deductivo usado matemáticamente, donde cada parte debería ser como un único camino de ida y de venida del todo, sofocando cualquier acto azaroso. El Sistematismo significa el uso del método racional deductivo; donde cada afirmación puede ser reducida al primer principio a partir del que toda la deducción comienza; de tal forma que se arma toda una cadena de deducciones donde no hay lugar para la variación.

El sistematismo deductivista está fundado en razonamientos abstractos, liberados de las experiencias, que forman un encadenamiento lógico formal perfecto.

El sistema cerrado es propuesto por Hegel que cree en la necesidad de imponerlo. Por su parte Hobbes cree que no hay certidumbre en la última conclusión sin certidumbre sobre todos aquellas afirmaciones y negaciones en las que se fundó la última conclusión.

El problema radicaría en que no todo estaba dentro de un sistema; que los sistemas jurídicos pudieran estar desconectados de la historia y de la vida del Derecho; y que no siempre sería factible que cualquier solución

tuviera su lugar en el sistema a fin de justificarse racionalmente a partir del mismo. No obstante esto, en la modernidad se intenta crear un sistema científico del Derecho; por ejemplo, en esta idea se encuentra el Código Napoleónico.

El derecho moderno rompió con el empirismo prudente antiguo y medieval, dejó de lado el método de atención y sumisión a los datos; es el intento de concentrar los hechos jurídicos dentro del radio del sistema, el intento de formular todo el derecho desde los principios a las conclusiones; de tal forma que se produciría el destierro del derecho de aquello no registrado en el sistema; o como lo dijera Kelsen, construir un Derecho puro, libre de contaminaciones que lo pudieran perturbar o modificar. De esta forma se postularía la inexistencia del derecho donde no hubiera ley; el derecho construiría un sistema como método de organización y conocimiento.

Por otro lado, el nuevo fenómeno postmoderno cree más bien en un Sistema Abierto, que sin perder las ventajas de la ordenación sistemática, sea capaz de acoger nuevos problemas y de modificarse continuamente, donde puedan admitirse ciertas estructuras teóricas suficientemente amplias, e intentar alojar en ellas los nuevos hechos que se vayan descubriendo.

C.- NORMATIVISMO. CONDICIÓN DE OBJETIVIZACIÓN DE LA NORMA.-

> "El normativismo puro exige una absoluta fidelidad a la letra de la ley, que se considerará la norma prototípica. Sin ley no hay nada que hacer."

Desarrollada en la Modernidad, el Normativismo toma a la norma como fundamento racional y principal del Derecho; la norma estaría ya libre de la teología. En este escenario el sistema y la razón necesitaban a la norma para lograr un orden lógico y racional.

La racionalización como fórmula para el conocimiento se impone pues las otras formas de conocimiento como la teología y el empirismo eran inestables. El Normativismo impone la creencia que lo único que es derecho, y por tal válido, es la norma; de esta manera incluso para el Iusnaturalismo moderno todo derecho es norma, toda norma se reduce a otra norma, de tal forma que las normas forman un sistema cerrado. Esta concepción normativista sufre el respaldo de Spinoza y Hobbes que creen que la Ley es Derecho, que el Derecho es Ley.

Lo cierto y verdadero en el Derecho era, pues, la norma positiva que es construcción de la racionalidad de los hombres, ordenada por el Estado (Spinoza, Hobbes); Además, la norma positiva tiene su virtud en depender de la voluntad de los hombres.

D.- EL OLVIDO DE LA FINALIDAD. DISCURSO DEL PARADIGMA NORMATIVO DEL DERECHO.-

> "para comprender cualquiera de las instituciones que el ser humano edifica, ya sea libremente o siguiendo una inclinación natural, es imprescindible conocer la finalidad a la que se ordena. De lo contrario, nos sería imposible distinguir

> un estado de una banda de ladrones o a una empresa comercial de un club deportivo."

Otro de los fundamentos que se esgrimieron en la Modernidad fue "La Finalidad Teológica; el Derecho no estaría ya dirigido hacia un orden teológico (fin); pues el fin ahora sería la razón misma. A diferencia de las creencias de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino que creen en el universo teológicamente ordenado como orientado a un fin (telos) que le confería razón y sentido.

La idea era que todo movimiento estaba naturalmente dirigido a un fin; y hasta Descartes rechazó la noción de finalidad natural inmanente; mientras que Spinoza, pensaba que el fin no era aprensible y Dios no actuaba por fines. Lo que se buscaban eran las causas eficientes. Así el pensamiento moderno estaría sacrificando, en aras de la razón, las causas finales del Derecho. La consecuencia sería el formalismo jurídico; y la normatividad haría su reino en razonamientos lógicamente matemáticos puros. Así el análisis del derecho se realizó desde el punto de vista gramatical, lógico, sistemático, pero con olvido de su función configuradora de las realidades humanas.

E.- EL FACTOR INDIVIDUALISTA EN LA COSMOGRAFÍA DEL DERECHO MODERNO.-

> "...el individualismo jurídico va a considerar al hombre portador de libertades innatas, (...) Este poder se

> reinvindicará contra la sociedad, la que aparecerá siempre como deudora del individuo autosuficiente; el hombre dejará de ser un deudor de sus padres y de su patria, tal como lo sostenían Cicerón y Tomás de Aquino para pasar a ser acreedor de todo y contra todos, en una utópica reivindicación de cuanto le venga en gana. La "Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano", (...) e inclusive la actual doctrina de los "Derechos Humanos", utilizada por los EE.UU. Para castigar a los países amigos, son todas tributarias de esta concepción del derecho como facultad personal, como reivindicación de potestades..."

Mientras tanto el factor individualista se produce como un cambio entre el siglo XIII y el XVI; en donde se produce un deslizamiento de lo objetivo a lo subjetivo; de la Res (cosa) medieval se ha pasado al cogito de Descartes; el Derecho como facultad del individuo se convierte en la base; el derecho no será ya lo debido sino lo que se nos debe, en un mundo donde el hombre es el centro del universo, de la sociedad; el derecho aparece como una facultad personal del individuo, en cuyo medio el individuo es el fin en si mismo.

Así, la voluntad individual es el elemento fundamental del derecho y el medio para descubrir lo "justo" conforme a sus intereses; por eso las soluciones jurídicas deben ser elaboradas y remitidas a la voluntad individual: La libertad se convierte en una facultad

inherente al hombre; asimismo se exige que exista coherencia entre los intereses personales y entre estos y sus actos como condición del nuevo pensamiento.

El individuo, en este contexto, debe poder compatibilizar todos los intereses en un mundo donde deben haber leyes comunes respetadas por todos.

5.- COSMOVISIÓN CONTRADICTORIA DEL MUNDO MODERNO. DIMENSIONES JURÍDICAS

Hay, sin embargo, una cosmovisión contradictoria del Mundo Moderno, pues se percibe ciertos elementos, que reseñaremos brevemente a continuación.

A.- LA EXTINCIÓN DEL DERECHO TEOLÓGICO.-

> ”Cuando Nietzsche habló sobre “la muerte de Dios” no estaba haciendo un planteamiento religioso de un ateísmo agresivo. Simplemente estaba reconociendo que Dios ya no puede ser entendido como un “superpapá” que le resuelve todos los problemas del “niño-hombre” sino que el hombre es un ser adulto que, quizá para merecer a Dios, tiene que pensar y hacer las cosas por su cuenta. Esa es una tendencia imprescindible para poder pasar a la modernidad.” (Trazegnies)

En esta nueva visión, de la Modernidad, se produciría lo que podríamos denominar como

antropocentrismo renacentista frente al teocentrismo medieval. Cabe, sin embargo, aclarar que fue la necesidad económica y política y no la modernidad quien derrotó a la teología. En ese tiempo la Filosofía y la Teología se desenlazan desde el Renacimiento; sin embargo, aun a costa del intento de aniquilar a la religión, ésta no desaparece, y se aferra al mundo a través de la tradición.

B.- BASES INTELECTUALES DEL DERECHO HEREDADAS EN LA EDAD MEDIA.-

En la Edad Media, a diferencia de lo que se creía, hubo un gran movimiento cultural; pues es en el siglo XII (medieval) en el que nace la ciencia europea del Derecho, gracias a la escuela de Bolonia, en que aparece el Método de Estudio e interpretación del Corpus Juris.

Si bien la ilustración significó la época de las luces, en el siglo XVIII, estas ideas se gestaron en el siglo XVII. La Ilustración fue una lucha de la razón contra la autoridad, contra las tinieblas, una lucha contra cualquier tiranía; que pretendería llegar por medio de la razón a la felicidad, felicidad que estuviera al alcance de todos.

Se podría decir que sin la construcción jurídica medieval no habría logrado nacer la modernidad jurídica; pues la modernidad puso énfasis en destruir las categorías religiosas del saber.

Además, lo benéfico de la Edad Media consistió en que existía un patrimonio cultural conservado y

enriquecido sin contaminaciones, un purismo en la transmisión del conocimiento.

C.- EL ESPÍRITU CRÍTICO COMO PARADIGMA NORMATIVO DE LA MODERNIDAD.-

El espíritu crítico de la modernidad propone que el Estado debe ser creado por el hombre. Esto es producido por el Renacimiento, que esboza una nueva idea de la ciencia y un nuevo ideal del hombre y del Estado.

D.- DISPERSIÓN DOCTRINAL EN LA MODERNIDAD (MÉTODO, ESTUDIO E INVESTIGACIÓN).-

> "Como parte negativa del espíritu moderno, aparece cierta "dispersión doctrinal". A fuerza de concentrarse en problemas aislados, se descuida una visión orgánica del conjunto; o -lo que es peor- se da categoría de visión totalizadora, de valoración filosófica definitiva, a determinados métodos de trabajo, válidos tan sólo en campos determinados de saber. Así no solo se disocian y enfrentan razón práctica y razón teórica, ciencia y fe, Religión y Metafísica, Política y Moral, sino que pulularon en tal abundancia problemas, métodos y teorías que apenas es posible abarcarlos con una mirada. De esta "dispersión doctrinal" todavía padece el pensamiento contemporáneo."

La Modernidad produce también un rompimiento en la organización y en los métodos de investigación y estudio; pues todo se estudia, pero desde un ángulo aislado, rompiendo con la teología que era la dirección de las investigaciones medievales; rompiendo con la tradición, con la autoridad en motivos o causas temporales; así como rompiendo con los saberes metafísicos.

En la modernidad se hace investigación en forma inorgánica, descuidando la visión de conjunto de estos estudios, se usan los métodos a ultranza, se usan ciertos métodos a veces no adecuados a ciertos objetos de estudio, lo que produce obviamente trastornos y enfrentamientos conceptuales, como por ejemplo, entre la razón y la práctica, la fe y la ciencia, política y moral. Hay, entonces diversificación de problemas, de métodos de estudio, de teorías.

LA GESTACIÓN DEL ESTADO MODERNO.-

> "El Estado moderno se fue formando a través de la eliminación y la absorción de los ordenamientos jurídicos superiores e inferiores por la sociedad nacional, por medio de un proceso que se podría llamar de monopolización de la producción jurídica. (...), la formación del Estado moderno corre paralela a la formación de un poder coactivo cada vez más centralizado y, por lo tanto, a la supresión gradual de los centros de poder inferiores y superiores al Estado, lo que tuvo como

> consecuencia la eliminación de todo centro de producción jurídica que no fuera el mismo Estado. La tendencia a identificar el derecho con el derecho estatal, que hoy todavía existe, es la consecuencia histórica del proceso de concentración del poder normativo y coactivo que caracterizó el surgimiento del Estado nacional moderno." (BOBBIO)

En esta parte del texto hacemos una digresión de cómo se gestó el Estado Moderno, que es muy diferente a los pequeños Estados Nación de la antigüedad. El Estado y sus elementos clásicos son analizados a través de una óptica, la racionalidad de la vida.

6.- LAS CONSECUENCIAS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO DE LA MODERNIDAD.-

El Derecho, como producto de la Modernidad, tuvo sus consecuencias, las mismas que explicaremos muy brevemente a continuación.

A.- EL DERECHO COMO CONJUNTO DE NORMAS.-

> "Todos sabemos que hoy está harto difundida, aun entre quienes no son positivistas, la convicción de que el derecho es un conjunto de normas. Y con eso se extravía totalmente la noción de que el derecho es una realidad social, algo que los hombres hacen en sus relaciones sociales. (...) el orden normativo es sólo un

> sector o una dimensión del mundo jurídico, que de ningún modo agota su totalidad. El orden de conductas, al contrario, aparece como el centro de gravedad de ese mundo jurídico, donde se sitúa la eficacia y la vigencia." (Bidart Campos)

En la modernidad el Derecho se propuso como un conjunto de normas, elaborado sistemáticamente, fruto del exclusivo trabajo de la razón. Estas ideas vinieron con la Revolución Francesa. Noción debatible pues considera al derecho como objeto dejando de lado al sujeto de derecho.

B.- EL DERECHO COMO SISTEMA JURÍDICO CERRADO Y LA CONSTITUCIÓN.-

> "Algunos autores indican que la propensión sistemática no es en sí misma nociva; lo peligrosos es, a su entender, adherirse a un sistema cerrado (como el de Hegel) en vez de propugnar un sistema abierto que sin perder ninguna de las ventajas de la ordenación sistemática, sea capaz de acoger nuevos problemas y de modificarse continuamente." FERRATER MORA

El Derecho moderno trajo consigo también la inclinación sistémica en el derecho público, en la Constitución (máxima expresión de la modernidad); creando el complejo normativo que establece de una

sola vez, total, sistemáticamente las funciones fundamentales del Estado, que es regular los órganos, ámbitos de competencia, y las relaciones entre ellos.

Se forma, pues, la Constitución como sistema racional de normas acerca de la organización política del Estado. La Constitución pasa a ser la base del Derecho a partir del siglo XIX; en donde el Contrato Social es la autoridad máxima general y global de la regulación total de las relaciones entre los seres humanos. Las constituciones son el freno y negación del poder de la monarquía; se pone fin al exclusivo poder de los Reyes, fin de la Soberanía Real de los Reyes. Este poder soberano de los reyes (argumento que legitimaba el poder que presumía que éste venía de Dios al monarca, para que gobernara al pueblo).

La Soberanía Real era aquella mediante el cual el Rey daba las leyes, ejecutaba la política del Estado a través de sus ministros, resolvía en última instancia en los asuntos judiciales, etc. Frente a todo esto la modernidad trajo consigo la reacción de la Soberanía Popular, que ponía al hombre en condiciones iguales de asumir el poder.

C.- EL DERECHO COMO CODIFICACIÓN PERFECTA Y SU CONFIGURACIÓN EN EL POSITIVISMO JURÍDICO.-

> "En el ámbito del derecho privado, la consecuencia más inmediata de las ideas modernas fue la codificación.(...) Para los revolucionarios franceses, el nuevo estado que se estaba creando, "no quería ser sino un

> estado según la Razón (...) En otros términos, se trataba de estatalizar el derecho natural, de fijar en normas precisas y sancionadas por la autoridad, los principios eternos e inmutables que la razon humana había descubierto en la "era de las luces"; de este modo, se evitaría la imprecisión de los contenidos del derecho racional y se los establecería en forma cierta de una vez y para siempre."

La modernidad trajo consigo también el Código, Códex, que era la forma tecnológica en la confección de textos escritos. Cabe aclarar que Código es cualquier conjunto de reglas, aún cuando no hayan recibido una formalización escrita.

Con la codificación se intentó la tecnificación y racionalización de las actividades jurídicas; idea que venía generada por la Ilustración.

Las codificaciones antiguas eran sólo ordenaciones, depuraciones, sistematizaciones del derecho vigente. Los códigos modernos eran más bien la creación de un derecho nuevo, producto de la razón ilustrada; pero este tipo de codificación precisaba fijar los principios racionales jurídicos eternos e inmutables. Y a pesar del gran avance que supuso trajo consigo una aversión, trae el positivismo jurídico, que destierra a la realidad, dejando además relegada a la interpretación. Este positivismo jurídico fue distinto en sus fundamentos al positivismo filosófico.

D.- EL DERECHO COMO DOGMA TEÓRICO Y LA VOLUNTAD GENERAL.-

> "No sólo el racionalismo conducía a la prentendida aplicación mecánica de los códigos por el juez; también el dogma de la soberanía popular, expresada a través de la voluntad general, arribaba a los mismos resultados (...)Sólo la voluntad general podía ser fuente de normas de conducta social; la voluntad -y mucho menos la razón- del juez no tenían relevancia a ese respecto y su tarea era puramente repetitiva y reductiva del quehacer del legislador. (...) La ley debía ser mantenida en su integridad y aplicada fielmente a toda costa; en el caso de que el texto fuese obscuro o contradictorio, se establecían una serie de procedimientos destinados a develar cuál había sido, para ese caso, el querer del representante de la "voluntad general" (Massini).

Otra de las consecuencias de la Modernidad fue provocar un derecho dogmático; un derecho que rendía culto a la lógica pura. Así se produce una extraña conjunción histórica, pues incluso el Juez estaba ahora frente a la norma como el teólogo a la revelación. El Juez aceptara sin discusión los preceptos del positivismo, y extraerá sus soluciones mediante los procedimientos de la lógica; forma sus decisiones del texto legal, y este se convierte en dogma como certeza absoluta. Sucede luego una aplicación mecánica de los códigos que contienen la ley.

El dogma de la Soberanía Popular estaba expresada a través de la voluntad general: sólo la voluntad general es fuente de normas; así el Juez se forma como "la boca de la ley" y reduce su actuación a una función repetitiva del quehacer del legislador.

En este contexto lo importante es el espíritu de la ley, que debía aplicarse fielmente; y este espíritu de la ley significaba buscar el querer del representante de la voluntad general. Surge pues la exégesis, que no es más que el destierro de la interpretación. Y las leyes son consideradas intangibles por su origen y razón en la voluntad general. El pensamiento jurídico de la modernidad se formaría y estructuraría así acrítico.

7.- ALGUNAS CONCLUSIONES SOBRE EL PENSAMIENTO JURÍDICO DE LA MODERNIDAD.-

La modernidad provoca cierto progreso por el intento de precisión para manejar conceptos y términos jurídicos con metodología rigurosa. El progreso significaría aquella precisión terminológica; el orden jurídico sería vislumbrado como un sistema; la organización estaría diseñada de acuerdo a un cuadro. Se interrelacionaría los elementos y los conceptos para que actúen en Derecho. Pero todo esto tendría un eje central: el hombre, que estaría al margen de la teología o la tradición; sin embargo, puesto allí, a través de un avance técnico formal que se reducía a: 1.- Precisión terminología; 2.- Conceptos y categorías rigurosamente elaborados. La modernidad olvida lo concreto, histórico y valorativo.

LA POSTMODERNIDAD JURÍDICA.-

> "El Derecho postmoderno no puede ser construido en términos que impliquen una reducción forzada a la unidad sino como la posibilidad de articular las diferencias, de mostrar las afiliaciones sin perder la heterogeneidad. Tiene que ser un orden esencialmente dinámico: no puede pretender fijar la sociedad de una determinada manera, no es una plantilla que se aplica sobre la riqueza de la vida social para que ésta se comporte en patrones conocidos; es más bien un proceso, es un método de confrontaciones de poder que continuamente va recreando el todo. No es un orden cerrado como quería el pensamiento moderno sino una totalidad abierta y en contínua evolución, situada frente a permanentes transformaciones de poder que llevan a situaciones no planeadas e impredictibles." (Trazegnies)

Frente al panorama de la Modernidad que logró varios avances para desarrollar la organización jurídica de la sociedad, pero que resultaba, en la práctica, insuficiente para resolver los conflictos de intereses, pues dejaba de lado algunos aspectos fundamentales del ser humano, surge una nueva concepción, la Postmodernidad, que como un desencanto crítico se propone como un fenómeno tonificante de la vida.

1.- LA GENEALOGÍA DE LA POSTMODERNIDAD. ANTECEDENTES NORMATIVOS.-

Podemos encontrar la genealogía de la Postmodernidad entre la primera y segunda guerra mundial. Teoría mediante la cual la razón es criticada y también la época de la historia que habría usado como paradigma. La edad de la razón (la Edad Moderna) es puesta en tela de juicio. Surgen teorizaciones como la de Spengler con su libro "La decadencia de occidente"; asimismo como la obra de Ortega y Gasset con "La rebelión de las masas"; resalta la escuela de Frankfurt; se produce la caída de Berlín; todo como un desencanto crítico del anterior régimen.

2.- EL DESENCANTO POSTMODERNO (CRÍTICA DE LA MODERNIDAD).-

Este desencanto postmoderno propone nada de universalismos, nada de racionalismos; existe una irritación por la desaparición de las particularidades; entra en análisis la metanarrativa, el metalenguaje, y comienza un nuevo derecho vital a partir de la crisis de la modernidad y crisis de la sociedad. Esta crisis se da en los saberes, en la filosofía, en la economía, en el arte, la ciencia, la política, las relaciones sociales. Todo entra en un nuevo análisis, incluso se critica los mecanismos del progreso, la visión bidimensional.

Surgen autores que tratan de la modernidad en decadencia, como Nietzsche, Heidegger, Foucault, Derrida, Lyotard, Habermas. La crisis de la modernidad trae el fin de la historia y de los metarrelatos, el fin de la

verdad universal, del sentido unívoco. Frente a esto nace la postmodernidad que sustituye la cultura por multiculturalidad, la universalidad por la pluralidad, el monosentido por el multisentido.

3.-¿QUÉ ES POSTMODERNIDAD? CUESTIONAMIENTO HISTÓRICO Y CARACTERIZACIÓN CONCEPTUAL).-

> "El postmodernismo es, en realidad, ante todo un desencanto exasperado frente a la modernidad, frente al carácter universalizante del pensamiento moderno. Es, de un lado, una irritación por la desaparición de las particularidades dentro de una universalidad racional que parece engullir toda identidad disconforme. Es también un escepticismo frente a todo aquello que presuma de valor universal; es decir, frente a todo aquello que constituya una metanarrativa, para utilizar una expresión que utilizan los postmodernos como herencia del origen de crítica literaria de esta posición. Es, finalmente, una desilusión y una desconfianza frente a la razón misma, en tanto que instrumento de homogeneización y de universalización." (Trazegnies)

La Postmodernidad plantea una crítica de la razón ilustrada, de la universalización, del objetivismo, de los

metarrelatos, de los dogmas modernos, así como de los sistemas cerrados, y hasta de la verdad objetiva.

La Postmodernidad cuestiona todo; es una rebelión contra una razón demasiada rígida; no es una vuelta al atomismo, individualismo egoísta; hay preocupación por el todo, pero desde la parte; se cree en un orden, pero diferente al racional (matemático y rígido), que no sacrifica la diversidad. Se cree en una razón que respeta lo complejo, lo diverso; no se trata de un anarquismo intelectual; ni de una condena a todo sistema; no reivindica indiscriminadamente los particularismos, ni dignifica a prior lo irracional; no se refugia en el relativismo, ni pretende confundir sino solucionar; se cree en el riesgo y el azar dentro de su sistema de operaciones; se trata más bien de una especie de revolución del cerebro, que no se queda en una etapa histórica, sino que es un movimiento intelectual; una forma de cambiar el mundo, de comprender el mundo; de explicar los fenómenos dominantes, y creer en la aldea global; así como creer en el caos como consustancial al orden; cree también en la hiperrealidad, en la realidad virtual, en el ciberespacio, en la realidad artificial.

Jean- Francois Lyotard, en su libro "La condición postmoderna" delinea los argumentos que ayudan a definir a la postmodernidad; explicando que el post no significa retroceso, sino un fenómeno crítico; una cierta desconfianza en el progreso por la tecnología; y la ruptura con las verdades modernas; ruptura también con las verdades universales. La Postmodernidad para este autor, es una actitud, aptitud, ideología.

Sin embargo, la Postmodernidad se muestra en dos sentidos, como crítica de la modernidad, negación total de los contenidos de la modernidad criticada; y en segundo lugar la Postmodernidad como continuación de la modernidad,

Con Habermas, se explica que es la reinvención de la modernidad, o una secuencia e impulso de los elementos esenciales de la modernidad, donde se exalta al individuo, la organización social, la democracia política, la liberación económica, la diversidad cultural, y la aceptación de las diferencias.

4.- RASGOS DE LA POSTMODERNIDAD JURÍDICA.-

Dentro de los rasgos más saltantes de la Postmodernidad se puede vislumbrar:

A.- EL SENTIDO POLISÉMICO DEL DERECHO Y LA EXTINCIÓN DEL MONOSENTIDO EN LOS ASPECTOS APLICATIVOS DE LA NORMATIVIDAD.-

> "La postmodernidad sustituye a la cultura por multicultura, a la univesalidad y el monosentido por la pluralidad y el multisentido en todos los campos de la vida del hombre." (Castañeda Lomas)

Que significa que el mundo, la vida social y jurídica tiene varias significaciones; esto no significa que la concepción del Derecho se vaya a desestructurar o desorganizar, sino que debe existir cierta confluencia temporal de criterios de decisión.

B.- EL FIN DE LA HISTORIA. CRISIS DEL PENSAMIENTO POLÍTICO JURÍDICO DE LA MODERNIDAD.-

> "...ha habido quienes, como Francis Fukuyama, han hablado -desde otra perspectiva, es verdad- de que nos encontráramos frente al "fin de la Historia" porque hemos llegado al apogeo del pensamiento político ya que no tiene evolución ni desarrollo posible."(Trazegnies)

El fin de la historia, como elemento de la Postmodernidad, significa que ha llegado el fin de la historia unitaria, y se cree más bien en la validez de historias diversas, variadas, rescatando el carácter local y particular de la realidad. Sucédese el fin de los fundamentos de la modernidad y la negación de los proyectos de esta, así como el fin de la experiencia como conocimiento válido; e incluso se considera que el progreso y la superación ya no significarían necesariamente el desarrollo.

C.- NIHILISMO. PÉRDIDA DE VALIDEZ Y LEGITIMIDAD DE LOS VALORES JURÍDICOS SUPREMOS DE LA MODERNIDAD.-

> "Nietzsche plantea una crítica a toda la tradición occidental, sobre todo a Platón, ya que considera a este como el origen de dicha civilización y de la filosofía cristiana. Le culpa de haber traicionado el espíritu filosófico (el perspectivismo o la perspectiva de la vida), introduciendo un

> planteamiento antinatural y antivital y negando a la vida los instintos vitales que son sustituidos por unos valores fuera de este mundo. A esta posición la denomina Nietzsche **Nihilismo**."

Otra característica de la Postmodernidad es que ésta se concibe como la negación total de todo conocimiento, pero también como punto de partida para salir de los errores cognoscitivos; punto para la no inflexión, para crear un nuevo tipo de pensamiento, donde los valores supremos pierden validez; y hay una nueva percepción de que formas sociales, culturales y tradiciones y jurídicas se van desintegrando. Se revela la vida política y jurídica deformada, de los valores jurídicos tradicionales. Así el ser humano es puesto dentro de un proceso del que estaba desintegrado. La Postmodernidad como nihilismo concebido como negación total de todo conocimiento, pero también como punto de partida para salir de los errores cognoscitivos.

D.- CRISIS DE LOS PARADIGMAS DE LA MODERNIDAD JURÍDICA.-

1.- LA MUERTE DE LAS IDEOLOGÍAS EN LA POSTMODERNIDAD.-

> "La muerte de las ideologías significaba que todos habían decidido que como somos diferentes no tendríamos ya una ideología a seguir"

La Postmodernidad supuso analizar y criticar aquella afirmación que las ideologías son el fundamento

al cual debemos someternos. La ideología tomada como verdad universal a la cual todos deben someterse provocaría la disolución de las diferencias. Esto debía ser rebatido. La Ideología tomada como verdad universal que tenía como consecuencia el sometimiento de todos a ella. Frente a esto la Postmodernidad tenía la ideología de la libertad. Se contraataca aquella razón que era una especie de envoltura indestructible y asfixiante que impone una verdad universal e incontestable. La Postmodernidad duda de aquella ideología que postula que el progreso trae consigo el bien común o que se use la tecnología para el bien común.

E.- PLURALISMO COMO EPISTEME. DIVERSIDAD CULTURAL Y NORMATIVA.-

> "Si el Derecho es "una estructuración normativa que resulta de un complejo tejido de valores compartidos, de consensos y de prácticas sociales. Entonces deberíamos concluir que a diferentes culturas corresponden diferentes Derechos: la multiculturalidad exige el pluralismo jurídico." (Trazegnies)

La Postmodernidad concibe la diversidad cultural, el pluralismo jurídico, que es aquel reconocimiento legal de la multiculturalidad. Es el momento en el cual se reconoce el origen geográfico de nuestra cultura, e incluso de la tradición, pero vista como impulsos, y no como hábito o dogma.

El reconocimiento del multiculturalismo significaría la afirmación de la diferencia, es decir, que existirían y convivirían un complejo tejido de culturas con características propias; así existiría no un Derecho uniforme, porque la sociedad no es uniforme, sino multiforme.

F.- DESTRUCCIÓN DE LOS MITOS DE LA MODERNIDAD JURÍDICA.-

> "La Postmodernidad no ha sido sólo la destrucción de un mito, sino la destrucción de todos los mitos..(...) en esta vida no cabe ninguna gran palabra y, por eso, la Posmodernidad se desmarca incómodamente tanto de la izquierda como de la derecha..."

Los mitos que ha creado la modernidad como afirmando respecto a que sólo la razón es el método válido para darle sostenibilidad y legitimidad a todo conocimiento y verdad. Frente a esto la Postmodernidad explica que existen otros aspectos de la vida que no son racionales, incluso factores que aparentemente provienen de la racionalidad, como el objetivismo, están mayoritariamente dominados por la subjetividad, pues quienes aplican la objetividad son los seres humanos. Así los mitos de la Modernidad son puestos en tela de juicio.

Los mitos son creaciones fantásticas que suplen el conocimiento y permiten la existencia y creer en supervivencia. Todo ello ha de debatirse.

5.- LOS FUNDAMENTOS PRIMARIOS DE LA POSTMODERNIDAD JURÍDICA

A.- LA TOLERANCIA COMO GRADO DE COMPATIBILIZACIÓN NORMATIVA.-

> "La Tolerancia supone la afirmación y confirmación de la diferencia, y del proceso social como producto de esta diferencia. Es decir, que el slogan esbozado hoy es el de "que no está mal ser diferente", sino que es más bien un acto completamente natural, que existe o debe existir, realmente, como derecho."

Dentro de los fundamentos de la Postmodernidad se encuentra la Tolerancia, como compatibilización de los intereses. La diferencia que se convierte en calidad o cantidad. La diferencia que se concibe como derecho.

B.- EL RELATIVISMO O LA NEGACIÓN DE VERDADES JURÍDICAS TRASCULTURALES.-

> «Es inconsecuente guillotinar al príncipe y sustituirle por el príncipe. Bajo éste, no menos que con aquél, queda la vida supeditada a un régimen absoluto. Y esto es precisamente lo que no puede ser: ni el absolutismo racionalista -que salva la razón y nulifica la vida-, ni el relativismo, que salva la vida evaporando la razón. La sensibilidad de la época que ahora comienza se caracteriza por su insumisión

> a ese dilema. No podemos satisfactoriamente instalarnos en ninguno de sus términos.» (Sánchez Miñambres)

El Relativismo es otro fundamento de la Postmodernidad. Bunge explica que todo es relativo al sujeto que construye; así si todo es construcción social entonces no habría verdades completas o transculturales.

Además, la Ciencia es universal, carece de nacionalidad, sexo o clase social, y el Derecho, según Bunge es una sociotécnica. Así el orden social es una relación organizada entre los hombres y mujeres de una determinada sociedad, este proceso se hace permanente y por tanto relativo.

Fue Einstein, 1913, que formula la Teoría de la Relatividad, que es un concepto físico, naciendo la sospecha como método. La Teoría de la Relatividad posibilitó que se procediera a la demolición de los valores establecidos; todo aquello considerado absoluto se redujo a elementos históricos y relativos; ni el absolutismo racionalista que salva la razón y nulifica la vida, ni el relativismo que salva la vida y evapora la razón. La verdad no existe. El relativismo propone la defensa de la diferencia y de la libertad.

C.- PLURALISMO JURÍDICO. EL DERECHO A LA DIFERENCIA Y RECONOCIMIENTO A LOS PARTICULARISMOS CULTURALES Y SOCIALES.-

> "...la modernidad -tanto en su versión socialista como en su versión liberal-

> intentó cancelar las diferencias culturales con el objeto de crear una sola humanidad formada por hombres libres e iguales. Como consecuencia de ello, tuvo animadversión contra las diferencias culturales, las autonomías regionales y el pluralismo jurídico: todo aquello que afectara la generalidad de la ley y la integridad sin resquicios del Estado era sospechosos de subversión de la modernidad." (Trazegnies)

La Postmodernidad trae también consigo el pluralismo jurídico. Anteriormente la Modernidad a través de la igualdad rompió la tradición hereditaria del poder, pero esta igualdad eliminada olvidó los particularismos culturales. La Postmodernidad intenta rescatar los particularismo, no es separación total del todo, sino la articulación de los elementos que componen el todo. Se trata de una visión de conjunto.

6.- DIFICULTADES DE LA POSTMODERNIDAD

Se pueden encontrar también dificultades en la Postmodernidad.

A.- CRISIS DE LOS SABERES DOMINANTES Y CATEGORÍAS VALORATIVAS DE LA MODERNIDAD JURÍDICA.-

> "No podemos quedarnos en una simple transmisión de saberes, que luego se hacen saberes dominantes tradicionales, pues se los utiliza y valida sin saber cual

> es su origen y sentido primigenio, y por lo tanto la función que cumplen"

Si todo está en duda y en crítica, ¿con qué instituciones se puede construir este nuevo mundo?. El orden jurídico habrá de reconocer la multiplicidad de fenómenos, pero sin dogmatizar los saberes jurídicos.

B.- ESTÉTICA, NEUTRALIDAD VALORATIVA, CORPORIZACIÓN Y REIVINDICACIÓN JURÍDICA DEL INDIVIDUO.-

> "Si cada individuo o cada minoría se otorgara el derecho de definir lo que es justo, ese sectarismo se convertiría pronto en 'todos contra todos' (Régis Debray)

Si todo se reduce al individuo, puede provocarse cierto narcisismo, por lo que debe plantearse reglas de la estética individual, que dejarían de lado el interés colectivo. Asimismo surge el problema de la desintegración de la familia nuclear. Puede sucederse una cierta neutralidad valorativa, relatividad moral, en aras de tener como centro y primer valor a la libertad.

C.- LA POSTMODERNIDAD Y LOS RIESGOS DEL CARÁCTER DE NEGACIÓN DE LAS TEORÍAS JURÍDICAS MODERNAS.-

Otra dificultad o elemento de la Postmodernidad sería que se tendría que reaprender todos los valores, y puesto que esto se da, analizar la negación de la eficacia de la libertad, justicia, igualdad, libertad; es decir, el problema de la negación de los elementos modernos.

D.- VACÍOS EN EL PROCESO COGNOSCITIVO DE LA CONCEPCIÓN JURÍDICA MODERNA.-

La Postmodernidad al suponer un salto a la modernidad, nos trae consigo un ahorro de esfuerzo, una economía en el paso por las fases de la modernidad en la que estamos actualmente entrampados.

E.- INEXISTENCIA O INSUFICIENCIA DE UNA CULTURA JURÍDICA.-

En esta parte explicamos los desafíos de encontrarnos con la inexistencia o insuficiencia de una adecuada cultura jurídica, por los desvíos que ha sufrido la misma por motivos premoderno o modernos.

F.- NIHILISMO MORAL, COGNOSCITIVO Y JURÍDICO.-

El nihilismo duda sobre el valor de alcanzar la verdad o conocimiento cierto.

G.- EL DESCOMPROMISO ABSOLUTO POR LA REIVINDICACIÓN DE LAS CARACTERÍSTICAS DIFERENCIALES JURÍDICAS DEL INDIVIDUO.-

En esta parte se analiza el descompromiso absoluto del nuevo personaje, y se establecen cuales son las características diferenciales jurídicas del individuo.

Esto indica que es el individuo el eje y lo importante; olvidado sin embargo por el descompromiso social.

8.- ELEMENTOS DEL DERECHO POSTMODERNO.-

A.- EL INDIVIDUALISMO COMO INTERÉS SUPREMO. ARMONIZACIÓN ENTRE LOS INTERESES JURÍDICOS INDIVIDUALES Y LOS INTERESES COLECTIVOS, ENTRE INDIVIDUO Y ESTADO.-

Dentro de los elementos que postula el Derecho Postmoderno tenemos al interés del individuo, es decir, lo que en este mundo importaría sería el interés individual, puesto que en último término lo que el ser humano hace es perseguir sus intereses independientemente de las justificaciones que para ello hayan dado.

Así, maximizar los intereses individuales sin minimizar los intereses de los demás es el punto eje de un derecho postmoderno.

Así, si todos están enfrentados los unos con los otros (Hobbes) el orden jurídico sólo existiría para regular los intereses, para encuadrarlos dentro de un marco general, pero no específico, que permita el juego y la creación de los propios medios del hombre a llegar a sus máximos intereses.

La postmodernidad no cree en la justicia como ideal del bien común, sino de bien particular; de igual forma el hombre cree en la justicia o la igualdad sólo por ser la defensa de sus intereses, no por amor al pueblo; así como busca la justicia, sólo porque le es necesario para proteger sus intereses. En conclusión el hombre ya no requiere del Estado para que lo dirija, sino sólo para que

proteja sus intereses; el hombre decide qué es bueno y qué es malo.

Las soluciones jurídicas habrían de crearse por los propios hombres necesitados de soluciones rápidas, para evitar engorrosos procesos judiciales, como por ejemplo, los medios alternativos de solución. La ley debe concretarse y reforzar su expresión en los derechos individuales, para prestarle la máxima garantía a estos intereses individuales.

B.- LA RACIONALIDAD JURÍDICA COMO PROCESO PARA UN ORDENAMIENTO JURÍDICO CON INTERNA COHERENCIA.-

Otro de los elementos del Derecho Postmoderno es la razón operativa. El problema consiste en que quien crece con la razón describe el mundo tal cual es, y desde allí intenta comunicar a los otros cómo deben pensar y actuar correctamente.

La Razón Operativa es más bien un cálculo de las posibilidades de realización de nuestros intereses antes que un sistema ideológico que se impone desde arriba y que determina cuáles deben ser nuestros intereses y pasiones; la racionalidad, así entendida, es más que un dato, una aspiración y un propósito; la racionalidad se dirige a obtener cierta coherencia interna; permite que el ordenamiento tenga cierta coherencia interna, de tal forma que la razón ya no sería una ideología salvadora.

C.- INVALIDEZ DE LOS DISCURSOS E IDEOLOGÍAS TOTALIZANTES Y NUEVOS SISTEMAS DE METARRELATOS DE LA VERDAD JURÍDICA.-

Este elemento consiste en que la ideología como principio universalizante ya no es aceptada; promoviendo la libertad sin moldes, sin ideologías totalizantes. Así no hay lugar para viejos discursos que se pretendían como absolutos, plenos, y más bien se pretende deshacerse de viejos discursos, deshacerse de clasificaciones cuadradas. Se forma un mundo donde la verdad pasa a ser una noción con historia, y sale en evidencia el fin de los discursos ciertos como las ideologías, una libertad sin ideologías, dogmas, puesto que el dogma supone creer tener un conocimiento verdadero y absoluto.

D.- REIVINDICACIÓN DE LAS DIFERENCIAS. EL ESTADO Y EL DERECHO HORIZONTAL. ABANDONO DEL MONOPOLIO DE LA SANCIÓN.-

El Derecho Postmoderno propone la aceptación de las diferencias, y por lo tal la necesidad de articular esas diferencias; y puesto que no hay centros, sino simultaneidad de presencias, de creencias y valores sociales y jurídicos.

Articular las diferencias significa también que el Estado deberá disminuir, para coordinar los intereses individuales, y lo hará a través de la educación; así mismo el derecho se estructurará más mediante contratos (Derecho horizontal) que verticalmente mediante normas generales; el Estado no tendrá así el

monopolio de la sanción, sino que las reglas surgirán de común acuerdo de las partes que verán la necesidad de no hacer trampa para negociar; las reglas surgirán del juego entre las partes; las reglas se cumplirán para que el juego no se frustre; el Estado, entonces, debe perder parte de poder para dárselo al individuo; sin embargo cabe anotar que el Estado es una amenaza constante porque para ser tal tiene que tener más poder que cada uno de sus ciudadanos; lo que supone que al parecer siempre tendremos que pagar un precio por la protección del Estado; sin embargo, en la postmodernidad será mínima.

El derecho postmoderno debe articular el orden dentro de la diversidad y viceversa, rescatando la diversidad cultural y normativa; abandonando las urgencias universalistas; articulando diferentes manifestaciones de lo múltiple. En este Derecho postmoderno existe una referencia al interés general, pero articulándolo con el interés personal, individual; es pues una totalidad abierta.

E.- LA TEORÍA PERSPECTIVISTA EN EL DERECHO Y EL DERRUMBE DE LA ESTABILIDAD Y PERMANENCIA DE LA NOCIÓN DE PLANIFICACIÓN.-

El Derecho Postmoderno plantea que el problema que las planificaciones a largo plazo son el resultado de la soberbia generacional que intenta imponer sus ideas y sus metas sobre las generaciones siguientes; intentando encasillar el futuro dentro de ciertas líneas. Sin embargo existen particularismos que hacen del Derecho una diferenciación, un acto de diferenciación;

así existen tantas realidades como puntos de vista; y hay variedad de criterios frente a esta multiplicidad de puntos de vista

F.- EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE LA PERSONA MEDIANTE EL CONTRASTE CON LA REALIDAD (DERECHOS RECONOCIDOS AUN SIN LEY).-

En el nuevo Derecho Postmoderno los derechos serán reconocidos aún sin ley, pues los conocimientos sobre la validez de los hechos deben plantearse de nuevo; así mismo los particulares pueden crear reglas de conducta y reglamentar sus respectivas relaciones jurídicas.

Dorwkin escribe que los derechos pueden ser reconocidos aún sin ley, aún contraponiéndose a la ley positiva si es que se componen de acuerdo a ciertos principios morales que justifiquen el reconocimiento de tales derechos. ¿Cuál sería el exponente fundamental?

El derecho no se puede subsumir, excusar ante la realidad; y el nuevo requisito para la aplicación o no de la ley deberá ser su contraste con la realidad como condición. Así la teorización sobre la relación jurídica se pone en alto relieve, pues la simple existencia de dos personas en relación produciría una relación jurídica.

G.- CRÍTICA AL PRINCIPIO MODERNO DE UNIVERSALIZACIÓN DE LAS NORMAS, E ILEGITIMIDAD DE LAS CONCEPCIONES SOBRE LA RAZÓN ESPECULATIVA O TEÓRICA.-

Probablemente este nuevo Derecho Postmoderno

renuncia al principio moderno de universalización de las normas y por lo tanto del Derecho. Hay una revelación más sobre el Estado de Derecho, pues debe hablarse ahora de un Estado de Justicia, donde exista Seguridad Jurídica. Esto por que se camina más bien al cambio constante de todo, sin regla superior permanente alguna, salvo la del constante cambio o variación.

H.- SEGURIDAD DINÁMICA VS. SEGURIDAD ESTÁTICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.-

Otra realidad del Derecho Postmoderno es afianzar la Seguridad Jurídica Dinámica, frente a la Seguridad Jurídica Estática, ésta última pedía que las normas sean estables y no cambiantes, con las cuales se podría predecir el futuro de sus actos jurídicos; sin embargo, con los cambios sociales, se requiere cierta flexibilidad, cierto reamoldamiento; esto revela que un Derecho rígido no es adecuado a las necesidades y entonces el hombre exige que este derecho se adecue a sus necesidades; así incluso el nuevo arte del abogado sería el arte de las modificaciones legales; y la Seguridad Estática (preservación de los antiguos derechos establecidos) se confrontaría con la Seguridad Dinámica (protección de personas comprometidas en nuevas actividades).

I.- CIENCIA, MÉTODO CIENTÍFICO Y CIENTIFICISMO EN EL DERECHO.-

La Ciencia debe ser diferenciada del método científico y del cientificismo, para construir un nuevo

derecho. El cientificismo supuso querer incluir, a toda costa, cualquier dimensión cultural, como el derecho, por ejemplo, dentro de las categorías de la ciencia, quitándole independencia y autonomía.

J.- GLOBALIZACIÓN Y LA NUEVA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO COMO DERECHO INTERNACIONAL.-

La Globalización implica la presencia del capital internacional, del ingreso en el mercado global, la internacionalización de la producción, el desplazamiento de la soberanía desde el Estado nación a las agencias internacionales de capital; el reconocimiento de nuestra existencia como aldea global; y la implicación que supone todo esto en el Derecho.

---------- & ----------

EL DERECHO

PREMODERNO, MODERNO Y POSTMODERNO

(Nociones germinales sobre la crisis del pensamiento jurídico del Derecho Moderno)

I.- LOS ANTECEDENTES DE LA POSTMODERNIDAD: LA MODERNIDAD.-

- Generalidades:

El fondo de nuestra investigación es el "Pensamiento Jurídico Premoderno, Moderno y Postmoderno", la actitud mental con que se asumen las diversas y múltiples prácticas y experiencias social-jurídicas, el fenómeno francamente peligroso de la mala asimilación de los procesos de modernización en el Derecho; el uso inadecuado de las influencias modernizantes en la realidad jurídica de nuestra sociedad.

Es sabido que existe hoy una lamentable actitud mental premoderna que desgarra cualquier intento de modernización. Esto ocurre a pesar de las evidentes y trascendentales modificaciones de la vida en el mundo, de los avances tecnológicos y científicos. La utilización inadecuada de estos avances, de estos procesos de modernización viene aplastando la autonomía y creatividad del hombre, su capacidad de crítica y

autocrítica y de desarrollo. Así se torna el ambiente en confuso y complejo, en disperso e inmanejable. Las actitudes e influencias modernas son borradas por esta confusión y se convierten en artificiales rasgos de interrelación social. La situación jurídica no puede avanzar y se muestra más como un entrampamiento que como una salida. El laberinto jurídico se muestra general a pesar de que los procesos modernizantes, tales como la informatización, etc, de las instituciones jurídicas debería coadyuvar al logro de la modernidad, y a la salida de estos laberintos.

Lo que pasa, además, es que incluso los fundamentos de la modernidad, tales como la razón, la ciencia, etc, han sufrido cierto desmérito en su ejecución y eficiencia, en sus prácticas y experiencias en lo jurídico. Frente a todo esto, lo que ha devenido en suceder es el "desencanto". Esta es la característica que predomina en el planteamiento postmoderno. El postmodernismo vendría a configurarse, entonces, como un "desencanto crítico" frente a los postulados modernos, que si bien sacaron al hombre del proceso medieval, no han logrado llevarlo al fin u objetivo principal que es el progreso integral del hombre. En materia jurídica, los postulados modernos, como fundamentos a partir del cual se hacía Derecho (racionalismo, etc.), tampoco han logrado soluciones perfectamente adecuadas e inteligentes que hagan presumir la existencia y concordancia del hombre con la justicia.

En fin, lo que a nuestro parecer ha retardado, entrampado, bloqueado ese paso de una sociedad jurídicamente premoderna a una sociedad

jurídicamente moderna, (es decir con capacidad para ajustarse crítica, autocríticamente y creativamente a los nuevos lineamientos y procesos sociales) ha sido la mentalidad premoderna con que asimilamos, mal asimilamos, los procesos jurídicos modernizantes. En conclusión el problema está en "la mentalidad peruana"; que tiene relevancia en lo jurídico, es decir en nuestra concepción premoderna del Derecho del que nos hallamos impregnados.

Dicho todo esto empezaremos con nuestros discursos críticos sobre esta condición dentro del marco de la modernidad y postmodernidad.

Antes habría que -estableciendo cierta base- dar una noción sobre la mentalidad premoderna o primitiva. Para lo cual citaremos a Luis Diez Picazo que escribe:

"...la mentalidad primitiva no concibe otra cosa que órdenes concretas: "ve y cobra tributos"; "toma el ejército y ataca a los enemigos"; "ajusticia a este hombre". Hay, seguramente, un gran paso o una gran distancia entre este modo de actuar y aquel otro que, para hacer lo mismo, prefiere establecer primero una ley tributaria, una ley de movilización o de leva o un conjunto de normas respecto de las declaraciones de guerra o respecto de los casos en que se ejecutará la pena de muerte."[2]

[2] Diez Picazo, Luis, *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho,* Ariel, pp. 164.

1.- LA GENEALOGÍA DEL PENSAMIENTO DE LA MODERNIDAD.-

La modernidad, es una corriente de pensamiento, un modo de pensar, que se desarrolló inicialmente en la Edad Media baja, entre los siglos XVII y XVIII[3]. La modernidad se caracterizó por la exacerbación de la razón, por la racionalización de la existencia, inspirada en el pensamiento de Descartes. Este tipo de pensamiento colocaba a la razón en el centro de la existencia humana, ocupando el lugar que antaño le había pertenecido a la divinidad. La razón se convertiría en el fundamento de la existencia y de las formas de vivir.

Este tipo de pensamiento, fue, desprendido primero del Renacimiento, alumbrado por la influencia de la Ilustración que era un tipo de pensamiento que creía en la cercana victoria sobre la ignorancia y la servidumbre por medio de la ciencia. Por ejemplo, los capitalistas

[3] Otros autores creen más bien que el pensamiento moderno hunde sus raíces en la filosofía griega y está influenciada por el Renacimiento, especialmente por Erasmo, pero no empieza en realidad hasta Descartes.

confiaban en alcanzar la felicidad gracias a la racionalización de las estructuras sociales y el incremento de la producción, los marxistas esperaban la emancipación del proletariado a través de la lucha de clases. Todos apuntaban a una sola idea: "se puede". Y en la búsqueda del bien común, que se lograría gracias a la confianza en la razón. El hombre de la modernidad creía en el avance de la humanidad, en la existencia de una razón universal y en que a través de ella se podría llegar a la verdad. El hombre de la modernidad acepta el mundo tal como es, pero cree que puede cambiarlo, es por esto que se compromete con él y la sociedad.

A.- EL RENACIMIENTO Y EL PENSAMIENTO JURÍDICO MODERNO.-

El Renacimiento, como época histórica, es un movimiento cultural, en el que aparecen profundamente marcadas las inquietudes modernas. Históricamente hablando, empieza, a mediados del siglo XV, y constituye la tendencia entusiasta del estudio e imitación de la cultura griega y latina. Este proceso tuvo como centro al humanismo, es decir al hombre. El Renacimiento, poniendo en relieve a la razón y la ciencia, dejando de lado a la cultura medieval, al pensamiento metafísico, religioso, etc, abre el camino hacia la época moderna, hacia el pensamiento moderno, a la exaltación de la razón, la ciencia, etc., hacia los nuevos mecanismos cognoscitivos profundamente empíricos y negadores del anterior proceso de conocimiento metafísico. Se prefiere lo real, lo empírico, lo práctico, lo demostrable por la razón a lo mítico y oscuro. El Renacimiento explota todos los impulsos creativos que la razón le

permite a los hombres. El mundo renacentista se llena de fenómenos vitales que hacen al hombre el fin primero y último de la existencia.

Nacida en Italia el Renacimiento significó, culturalmente, el re-nacer de la cultura grecorromana. Es evidente que en ese tiempo el recuerdo de la antigüedad romana estaba muy viva.

El Renacimiento parece haber sido empujada determinante y fuertemente por una casta noble de señores altamente influenciadores, impulsores, como la familia Médicis. Estos, que eran ricos banqueros, se ocuparon muchísimo en fomentar la cultura, las artes y en desarrollar todas las formas de la vida civilizada, explica Uslar Pietri; y es de anotar, además, que la afluencia cultural estaba en permanente ebullición y dinamismo en la Italia del Renacimiento, por ejemplo, se "Acogían en Florencia los artistas más destacados de Italia; fomentaban las vocaciones artísticas; reunían sabios, poetas, jurisconsultos, letrados; compraban viejos libros; hacían expediciones para traer manuscritos de Constantinopla y del Oriente, a fin de restituir la pérdida corriente de la ciencia helénica; es decir, reencontrar el camino de la antigüedad, que se había perdido, en gran parte, durante la Edad Media."[4] La mentalidad de los hombres habría de cambiar importantemente gracias a esta ebullición cultural. Los nuevos descubrimientos tecnológicos habrían de ser también otros factores de la evolución del pensamiento.

[4] Uslar Pietri, Arturo, *Valores Humanos,* Ediciones Edime, tomo II, pp. 8.

El mundo concebido como mera representación del orden divino habría de cambiar. El hombre renacentista aspiraba a tener libertad de pensar y actuar, a ser el presente. De tal forma que las acciones humanas estarían encaminadas a la vida terrenal, no a la promesa de la vida extraterrenal. El fundamento de este paso del pensamiento místico, divino, al empírico, fue la razón. Está razón, fue usada como medida del valor y validez de todas las cosas. Así la época medieval donde la cultura se mostraba teocéntrica (el centro era Dios), había sido relegada; el nuevo centro era, en el Renacimiento, el Hombre.

El Renacimiento, como lo expresábamos, representaba el intento de retornar, tomar interés e importancia por la cultura anterior, la grecorromana. La época medieval es tomada como fase oscura y repudiable, por lo que el prestigio de la cultura anterior, la clásica cultura griega, sería el nuevo paradigma del hombre renacentista.

No obstante la gran admiración que despierta la época del Renacimiento, no todos concuerdan con esta concepción glorificadora de esta etapa, así Giovanni Papini denostó el estado del hombre del renacimiento; éste hombre -dice- había olvidado sus primarios instintos de ser actor de su destino, de ser fuerza, para convertirse en hombre pasivo y meditabundo, había abandonado los campos de la acción para pasar al medio de la contemplación.[5]

[5] La civilización de la Edad Media, no es sólo ese escenario oscuro, sino al contrario. "En efecto: el siglo XV señala el tránsito de la civilización activa, original y arrolladora de la Edad Media a la civilización verbal, imitadora e hipócrita que ha dominado hasta nuestros días. El siglo XV ha

A pesar de lo pensado por Papini, el Renacimiento fue mucho más que eso, fue el inicio y fortalecimiento del pensamiento moderno. El hombre había traspasado las barreras de lo divino, de lo intocable, del tabú, para hacerse las preguntas más inquietantes, más atrevidas, pero a la vez más liberadoras de conceptos y percepciones de la vida. "El Renacimiento, más que una época histórica situada entre dos fechas, es un movimiento cultural en que aparecen en germen, por primera vez, las inquietudes modernas. (...) Lo propio del Renacimiento es una nueva mirada, un nuevo enfoque, sobre las cosas. Es la mirada del mundo moderno."[6]

El pensamiento, en esta nueva visión, no podría encerrarse dentro de los antiguos conocimientos y conceptos sociales y jurídicos. El avance cultural y científico había despertado nuevas visiones y modos de interpretar y hasta actuar sobre el mundo. Además, dentro de este proceso social, cultural y jurídico, se despertaba el interés del hombre y de su rol en la vida. El surgimiento de la imprenta cumple aquí un gran

visto a los hombres de acción ceder el paso a los hombre de la palabra, al libro arrebatar la primacía a la espada, al palacete florido sustituir a la fortaleza, al diletantismo escéptico aniquilar la fe creadora. A la época en que se llevaban a cabo las gestas ha seguido aquella en que se tienen en gran estima las palabras floridas; en vez de actuar se ha preferido relatar lo que otros hicieron.

(...) El hombre que apenas sabía de letras, pero que era capaz de conquistar reinos y gobernar ciudades, va siendo sustituido poco a poco por el humanista insinuante, que comenta a Cicerón, admira las gestas de los grandes hombres encerrado entre cuatro paredes, se convierte en historiador de los hechos pasados y preceptor de los héroes futuros; pero que no sabe ni puede actuar en el presente.

(...) Lo que solemos llamar Renacimiento podría adolecer, en ciertos aspectos, de decadencia y debilidad." / Papini, Giovanni, *Pensadores y Farsantes,* Editorial Mateu, pp. 246, 247.

[6] Villoro Toranzo, Miguel. *Lecciones de Filosofía del Derecho,* Editorial Porrúa, S.A., p. 127.

factor de la modernidad. Las ideas de los pensadores ahora se podrían masificar en breve tiempo. "La imprenta difundirá las ideas y, con ello, contribuirá a propagar la nueva actitud de renovado interés por la discusión y valoración de los problemas tradicionales."[7] La tradición es puesta en jaque. No hay más alternativa que repensar todo, desde un enfoque clásico, desde un pensamiento que esclarezca el tan oscuro mundo conceptual medieval. Así, con la ayuda de la imprenta, y la refutación de la tradición, el conocimiento se ¿democratiza? El conocimiento dejaría de ser un privilegio de los monjes, dejaría de ser un pululante saber enclaustrado exclusivamente y excluyentemente en los monasterios. El hombre había decidido plantearse preguntas, y lo más importante, intentaba resolverlas, no dejarlas en la oscuridad divina, o mística, sino descubrirlas mediante otros instrumentos de conocimiento: la razón, la ciencia, etc.

El Renacimiento es el principio de la decadencia del pensamiento de la Edad Media, donde predominaba la teología sobre todas las otras formas de interpretar el mundo. La teología entraba en profunda crisis, junto con el aspecto sobrenatural que era el fundamento de este pensamiento medieval. "Al final de la Edad Media se había hecho problemática la situación religiosa en que el hombre había vivido. Estaba en profunda crisis la teología, en la cual se subrayaba cada vez más el aspecto sobrenatural, y por ello se convertiría en mística. Estaba además en situación igualmente crítica la organización medieval entera, la Iglesia y el Imperio. El poder -poder

[7] Ibid. p. 127.

casi espiritual, más bien que temporal- del Imperio se ha roto y empiezan a nacer las naciones. Comienza la preocupación por el Estado; van a ir apareciendo en el Renacimiento todos sus teóricos, de diverso linaje, desde Maquiavelo hasta Hobbes. En general, se aborda el problema con el incipiente racionalismo, con ese nuevo uso de la razón aplicada al hombre y a la naturaleza, los temas a que se vuelve después de renunciar a Dios."[8]

Hay aversión por la religiosidad, por la teología como fundamento primario del conocimiento. Lo importante ahora será sentir. Aparece el humanismo, que significa poner al hombre en el centro, en la máxima preocupación. Se ataca a la escolástica, aquella que trata de conciliar la revelación divina con la razón humana. La naturaleza cobrará mayor importancia, "El interés por la naturaleza trasciende de su propia esfera. Ya no se contenta el hombre con volverse ahincadamente a lo natural; trata de imponer este carácter a todas las cosas. No solo habrá una ciencia natural, sino un derecho natural, una religión natural, una moral natural, un naturalismo humano. (...) El derecho natural, la moral natural, son lo que competen al hombre por solo ser hombre. Se trata de algo fuera de la historia y fuera, sobre todo, de la gracia."[9]

En el Renacimiento ha de hacerse la diferencia sustancial de la tratativa de la filosofía renacentista; por un lado hay que distinguir que hubo dos aspectos diferentes, uno es de oposición a la Edad Media (al

[8] Marías, Julían, *Historia de la Filosofía*, Editorial de la Revista de Occidente, pp. 181.
[9] Ibid. p. 182.

pensamiento social y jurídico) y restauración -renacimiento- de la antigüedad (siglos XV, XVI); el otro que continua la auténtica filosofía medieval y alcanza su madurez plena en Descartes.[10] Pero ambos con una clara distanciación o intención de crítica de lo superfluo, de lo no racional. Esto podría significar que no todo lo de la Edad Media se desechó, como veremos después.

Por otro lado, hay que señalar, además, que la cosmovisión del mundo a partir del Renacimiento, tiene, en algunos teóricos, sus deficiencias. Pero lo principal es que fue el marcado proceso por el cual el pensamiento moderno se dejó venir. El momento en que el hombre tomó las riendas de su destino y separó las concepciones y explicaciones religiosas del mundo de las empíricas o racionales.

B.- LA ILUSTRACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA LA NUEVA CONCEPCIÓN DEL DERECHO MODERNO.-

"Aquello que hoy llamamos modernidad es el pensamiento que surge de la filosofía de la Ilustración y que, de una manera u otra, aún impregna nuestras mentalidades y nuestras instituciones. Fundamentalmente consiste en una primacía de la razón y, consecuentemente, una exaltación de la subjetividad individual."[11]

La ilustración produjo una ruptura en la mentalidad del hombre occidental, apoyada por el pensamiento crítico. Esto se había derivado de un proceso cultural

[10] Ibid. p. 182.
[11] Trazegnies Granda, Fernado de, *Postmodernidad y Derecho,* Ara editores, pp. 69.

que parece iniciarse cuando un grupo de intelectuales, en Francia, encabezó una gran avanzada cultural denominada Ilustración, que significaba ese paso de un mundo oscuro y sombrío -refiriéndose a la Edad Media- a un tiempo denominando luego el "siglo de las luces". Esta corriente de pensamiento que irradiaría todo el pensamiento europeo, occidental, se origina en Francia, con un grupo de intelectuales, que se concentraron en divulgar y aplicar prácticamente los principios de la investigación científica. Este movimiento entronca sus raíces con el humanismo renacentista. La característica de este movimiento fue la crítica de todos los géneros de supersticiones y tradiciones que no tuvieran una base racional, pusieron, por consecuencia en observación y juicio toda la estructura del Antiguo Régimen. En todo esto aparece Montesquieu, con su libro "el espíritu de las leyes, que muestra la necesidad de la división de poderes; aparecen también los enciclopedistas, que recopilaron los conocimientos de todo orden en una obra denominada La Enciclopedia Francesa, publicada en 1751, escrita con criterios racionales y liberales, dirigida por Diderot[12] y D'Alembert; obra en la cual fueron colaboradores Voltaire y Rousseau que escribió el Contrato Social donde se plantea los principios de una sociedad democrática. "La Enciclopedia, que a primera vista no era más que un diccionario, fue el vehículo máximo de las ideas de la Ilustración. Con cierta

[12] Fernado Savater da en el centro de lo que significó Diderot y escribe: "*Si algo hay que agradecerle ante todo a Diderot es el haber ejemplificado con brío la más fogosa convicción de su siglo: pensar es posible"* y por pensar se refiere a aquel proceso mental que pueda negar toda tradición, especialmente la tradición teológica. / Savater, Fernando, *Instruccioines para olvidar el Quijote,* pp. 33.

habilidad deslizaba los pensamientos críticos y atacaba a la Iglesia y todas las convicciones vigentes."[13]

Es en la Ilustración (siglo XVIII) cuando el fundamento de la crítica a lo religioso, a lo divino, a lo metafísico, se fortalece. Este momento representa el final de las especulaciones metafísicas del siglo XVII. Es en el siglo XVIII que una serie de escritores críticos, hábiles e ingeniosos, que se llaman a sí mismo, con tanta insistencia como impropiedad, "filósofos", exponen, glosan y generalizan una serie de ideas que -en otra forma y con otro alcance- fueron pensadas por las grandes mentes europeas del siglo XVII[14]; con lo que se derrumbaba las anteriores estructuras mentales medievales.

Ha empezado todo un replanteamiento de las ideas, los temas, los conceptos sociales, culturales, económicos, políticos, jurídicos, etc. Las convicciones anteriores pierden solidez, las ideas se alteran, es el inicio de la destrucción de la tradición, de lo tradicional. Desde ahora todo empezará a ser sometido a una crítica corrosiva, que destruye todo aquello que no sea racional y previamente probado, los fundamentos míticos, divinos, metafísicos, son guillotinados por la razón, que es el único fundamento a aceptar. La organización política, social y espiritual entra en plena ebullición y se replantea. Todo este movimiento, en el pensamiento humano, se opera, primero (históricamente hablando) en Francia, "Desde fines del siglo XVII y durante todo el siglo XVIII se opera en Francia un cambio de ideas y

[13] MARÍAS, Julían, *Historia de la Filosofía*, Editorial de la Revista de Occidente, pp. 255.
[14] Ibid. p. 253.

convicciones que altera el carácter de su política, de su organización social y de su vida espiritual. (...) De la disciplina, de la jerarquía, de la autoridad, de los dogmas, se pasa a las ideas de independencia, de igualdad, de una religión natural, incluso de un concreto anticristianismo. Es el paso de la mentalidad de Bossuet a la de Voltaire; la crítica de todas las convicciones tradicionales, desde la fe cristiana hasta la monarquía absoluta, pasando por una visión de la historia y las normas sociales. Es una efectiva revolución en los supuestos mentales..."[15]

La Ilustración significó una revolución teórica, que se produjo una acumulación de críticas contra la iglesia, los dogmas, la jerarquía, etc. Este movimiento en el pensamiento fue producto de una serie de críticas contra todo tipo de fundamento anterior. La revolución teórica ha sido el producto de una inmensa ráfaga de ataques contra los conceptos medievales. La Ilustración dieciochesca fue una revolución teórica, que se fermentó por la acumulación de continuas oleadas anticlericales, antidogmáticas, racionalistas hasta la exageración, antiabsolutistas, exaltadoras y glorificadoras de la ciencia, la tolerancia, la concordia entre las naciones, antibelicista, antimilitarista, con un afán, casi sacralizado, de progresismo, es decir de la convicción en el progreso.[16]

La religión, por ejemplo, fue atacada por su centralismo, por su teocratismo político que hacia de la vida una línea vertical, donde existía hegemonía

[15] Ibid. p. 254.
[16] SAVATER, Fernando, *El Autor y su obra - Nietzsche*, Barcanova, pp. 31.

religiosa. La religión había concentrado el poder, impuesto la intolerancia a través de la inquisición, y oscurecido el conocimiento a los ojos del pueblo. El conocimiento teológico era elitista, propio de monjes, iglesias, entonces "En el plano religioso, lo importante era acabar con el teocratismo político con la intolerancia inquisitorial y con el oscurantismo,..."[17]

Es en todo este contexto que la ilustración se presenta como un movimiento fuerte, de carácter anti, poderoso y desmistificador. La Ilustración fue un movimiento poderoso, complejo, dinámico, uno de los más vigorosos y efectivos intentos de modificación del hombre que se han dado, que reunió los más excelsos esfuerzos en pro de la autonomía y emancipación humanas con las simas más execrables de filisteísmo, vulgaridad y pedantería.[18] Un movimiento teórico brutal para las concepciones tradicionales de poder y jerarquización del poder, una deslegitimación de las estructuras mentales y jurídicas, una exaltación de la independencia del hombre, en donde su autonomía era lo importante, su independencia para pensar. Por eso la Ilustración –según Kant- era el símbolo de un hecho fundamental: la "mayoría de edad" del hombre, es decir, la capacidad para pensar por sí mismo, o el derecho de pensar por sí mismo, sin la dirección dogmática, es decir, sin subordinación al conocimiento venido simplemente de ciertas "autoridades".

"Para el gran pensador de Könisberg, la Ilustración significaba la llegada a la mayoría de edad del hombre,

[17] Ibid. p. 31.
[18] Ibid. p. 31.

el final de una razón tutelada y más rica en sombras dogmáticas que en luces; su divisa fue " sapere aude!", Atrévete a saber, a pensar por ti mismo sin cortapisas ni encauzamientos esclerotizados."[19]

Para plantear esta entrada a la "mayoría de edad" Kant debe valerse de ciertos sustentos: la Razón Pura, con la cual intenta independizar al hombre de la dirección teocrática, religiosa imperante antaño. Pues, opina, la razón es la única fuente, que a través de los sentidos es de fiar, y en la cual debe basarse el hombre para desterrar al mito y la superstición.

"Kant acotó modestamente el alcance de la razón pura para de este modo independizar al filósofo laico de los administradores teocráticos de la sabiduría. La razón no puede funcionar en el vacío, no puede inventar su propio sustento o basarse en tradiciones y revelaciones sobrenaturales ajenas a su esencia; necesita apoyarse en las aportaciones de los sentidos, ordenadas según unas intuiciones de espacio y tiempo y según unas estructuras -las categorías- inalienablemente insertas en la subjetividad humana."[20]

Es necesario, pues, adquirir la mayoría de edad, la capacidad de *sapere aude*.

La adquisición de este derecho a pensar por sí mismo, que simbólicamente significa "la mayoría de edad", es en sí la supresión de la dirección tutelar, la conducta recepcionada de una autoridad, llamada padre, tradición, iglesia, etc. Como lo explicaría luego

[19] Ibid. p. 32.
[20] Ibid. p. 32.

Sigmund Freud, la mayoría de edad constituiría el rompimiento de la atadura al dominio paterno, usando como navaja de liberación el propio pensamiento, y capacidad de dirección, el hombre habría de hacer, por esta apropiación e independencia su propio destino. "La mayoría de edad ilustrada, según Kant -como luego según Freud-, es la supresión de la autoridad paterna porque uno mismo ha llegado a convertirse en su propio padre."[21]

Esta mayoría de edad, esta independencia de la autoridad, en el campo religioso (que tiene luego evidente repercusión en lo jurídico), produce un proceso fundamental –realmente simbólico, pero decisivo-: la muerte de Dios. "Dios venía agonizando de manera más o menos decorosa desde el Renacimiento, pero fue la Ilustración la que precipitó fulminantemente su fallecimiento. Sus esténtores[22] podían haber todavía llenado décadas (...) Pero la conmoción teórico-política-vital producida por la revolución francesa acortó hasta el mínimo sus postrimerías."[23] El ataque a la religión fue directo. La fuerza centrípeta, el centralismo y hegemonía que ejercía la religión fue desenmascarada. Dios podía existir, pero al lado del hombre, haciéndole favores o no, pero nunca decidiendo por él. Dios era revelación, pero el hombre no era sólo revelación, sino existencia, realidad, y necesidad. La iglesia, habría de sufrir un gillotinazo tremendo. El poder no emanaría más directamente de la religión, sino del mismo hombre (posiblemente apoyado en la religión, pero no como

[21] Ibid. p. 34.
[22] Últimos ronquidos, suspiros del moribundo
[23] Ibid. p. 47.

fuerza determinante, decisiva, como antaño). La muerte de Dios significa exactamente eso: que Dios no va a dirigir absoluta y dogmáticamente la vida del hombre, que el orden y por lo tanto el Derecho y el poder no dependen de Dios, sino del hombre. Las conductas humanas no serán dirigidas a complacer a Dios, sino al hombre. El orden social deberá plantearse de acuerdo a las necesidades terrenales del hombre. Dios nunca más podría ser el único generador de poder y dominio. Podía existir, pero al lado del hombre, no encima de él. El hombre ya no esperará que todo suceda según la "gracia del espíritu santo", o según la "voluntad de Dios" (que eran usados como fundamentos jurídicos), sino que arremeterá contra la misma naturaleza de las cosas y comenzará a crear su propio destino, a pensar por cuenta propia, a obtener -a fuerza de pensar- su libertad de todo fundamento teológico, que lo empotraba dentro de un marco demasiado limitado y asfixiante, que le impedía construir su propio destino. Es una rebelión contra el orden natural de las cosas. Es un apoderamiento de ese orden natural, para construirlo según la naturaleza, necesidad y exigencia del propio hombre. Es tomar al mundo bajo los brazos del hombre para hacerlo a su imagen y semejanza, y no ser amoldado a imagen y semejanza de Dios, o de su voluntad. El hombre de la Ilustración reclama e impone, por la fuerza de los brazos y la fuerza de la razón, su dominio. El Derecho ya no será divino, sino humano, incluso demasiado humano. El centro es el hombre, ya no Dios. Y es la Ilustración la que ha dado esta estocada final al mundo teológico, teocrático, que ha permitido al hombre rebelarse y ser él. El Derecho sería, a partir de

allí, lo que el hombre disponga que sea. El Derecho ya no era Dios sino el propio hombre, armado de la razón.

No hay que olvidar que "La Ilustración estuvo convencida de que la razón -considerada fundamentalmente desde una perspectiva instrumental- era el único criterio que el hombre debía tomar en cuenta para formarse una opinión de las cosas y para construir su organización social. Esta manera de pensar era verdaderamente revolucionaria: toda tradición debía ser replanteada a la luz de los fines del individuo y de la razón instrumental. Ello significa que las tradiciones no tienen derecho alguno por sí mismo y que deben ser más bien objeto de desconfianza y de inspección."[24]

Por último cabe resaltar un aspecto importante del Derecho natural racionalista:

"El Derecho Natural racionalista se desarrolla durante la Ilustración, época decididamente antiescolástica y cuya única diosa es la razón. El hombre ya no es un ciego ejecutor material de unos planes trascendentales y divinos que él recibe de forma pasiva, sino que pasa a ser el auténtico artífice y constructor de su mundo, sirviéndose para ello de un único instrumento: la razón. Y es la razón en este caso la que formula esos principios que conforman el Derecho Natural y que aspiran a ser más universales, si cabe, y más inmutables que los propuestos por el iusnaturalismo cristiano o trascendental; y es que se

[24] TRAZEGNIES GRANDA, Fernado de, *Postmodernidad y Derecho,* Ara editores, pp. 69.

trata de un Derecho tan común a todos los hombres y a todos los pueblos que no tolera ninguna diferencia de tipo religioso. Se trata de preceptos formulados exclusivamente por la razón, que nos indican que una acción, por su conveniencia o no conveniencia con la misma razón natural, es mala moralmente o, por el contrario, posee una necesidad moral y que precisamente por ello Dios como autor de la naturaleza la ha prohibido o la ha ordenado. La razón es o tiene capacidad suficiente para derivar estos principios de las primeras cosas naturales (okeiosis); principios que tienen validez aun en la hipótesis de que Dios no existiese, pues están basados en el principio de contradicción, y seguir estos rectos juicios racionales responde a la naturaleza racional del hombre." [25]

[25] Luis Martínez Roldan. Jesús…*Curso de teoría del Derecho y metodología jurídica,* pp. 41.

2.- MODERNIDAD, MODERNO Y MODERNIZACIÓN.-

"Los usos indiscriminados de los términos no es problema siempre y cuando quede claro el contenido que cabe a cada uno de ellos."

CONCEPTO	SIGNIFICACIÓN SINTÉTICA
Modernidad	Etapa histórica
Moderno	Estado mental
Modernización	Proceso (técnico)

A.- MODERNIDAD. CONCEPCIÓN HISTÓRICA Y JURÍDICA.-

"Entre los filósofos europeos se entiende por *modernidad* la caracterización de una época en la medida en que ésta representaría un modelo de civilización con pretensiones universales. La época a la que se alude es, naturalmente, la Edad Moderna, y se sobreentiende por tanto que la sociedad contemporánea sigue viviendo, de un modo o de otro, dentro de dicho modelo de civilización. El modelo estaría animado por el predominio de la racionalidad -de la racionalidad

humana, "sujetiva"- en todos los ámbitos del conocimiento y de la realidad: el único saber admisible es el científico, el orden social se instaura por decisión de los individuos libres e iguales, el orden político obtiene su legitimidad de la soberanía popular, el orden económico reposa sobre el valor del trabajo y la rentabilidad productiva, el orden jurídico sólo reconoce leyes justificables racionalmente, el arte se rige por cánones "subjetivos" (es decir, determinados por la percepción estética del hombre), y, en todos los casos, el dominio de la racionalidad se ejerce por medio de la aplicación práctica de los conocimientos científicos, vale decir, por el desarrollo tecnológico. Es la sociedad humana la que se *apodera* así de su entorno, confiando en ejercer el control sobre el mundo natural y en crear una civilización de bienestar para todos los hombres."[26]

Podría decirse, también, que la "La modernidad según la tradición crítica nacida de las Luces no exige un espacio histórico particular, sino una actitud mental."[27] Es un espacio mental, una condición o disposición mental, pero también una forma de organización. "Para Max Weber, la modernidad consiste en una mentalidad y en una forma de organización social, que se ordena racionalmente de acuerdo con fines y que da lugar a "homogeneidades, regularidades y continuidades"."[28] El abandono de la Edad Media y sus concepciones organizativas, sus estructuras mentales y jurídicas.

---

[26] GIUSTI, Miguel, *Alas y Raíces. Ensayos sobre Ética y Modernidad,* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 273. El sombreado es nuestro.

[27] URBANO, Henrique, *Modernidad en los Andes,* Editado por el Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de las Casas, pp. XX.

[28] TRAZEGNIES GRANDA, Fernado de, *Postmodernidad y Derecho,* Ara editores, pp. 71.

Parece que la historia moderna ha de empezar al final de la Edad Media, y termina, históricamente hablando, con la Revolución Francesa, sin embargo su influencia va más allá de un perímetro temporal, porque la enmarcación temporal de la modernidad es tan sólo referencial,.[29] puesto que hay que aclarar que al hablar de modernidad no lo hacemos sólo de acuerdo a un tiempo y espacio, es decir desde una tratativa histórica, sino además a cierto tipo de pensamiento y a la extensión de ese pensamiento nacido en la modernidad. Sin embargo, hay otro detalle, el hecho de que América no tiene esa clasificación histórica, no hemos tenido una modernidad así a secas, sino que hemos vivido de los rezagos de la modernidad europea, es decir que "Hay un detalle elemental, pero no sé si olvidado en muchos discursos, y es que lo que llamamos Modernidad no se identifica sin más con todo empeño "revolucionario" o de transformación del mundo, sino sólo con la revolución europea o primer mundista. Y una característica fundamental de esas revoluciones europeas (desde la revolución francesa hasta mayo del 68), han sido sus escatologismos, sus promesas de

[29] Dice "...no se puede vivir la vida en un presente eterno y no hay más remedio que pensar las cosas en sucesión (...) estamos (...) ante un tiempo encajonado en una sucesión de momentos cuya unidad ha sido previamente definida: para manejar esa noción díscola de tiempo se recurre a períodos establecidos convencionalmente que nos ayudan a clasificar los eventos.. *(...)"Es en ese sentido que podemos decir que nuestro presente está constituido por la modernidad; es en ese sentido, también, que podemos decir retrospectivamente que hubo una época antigua y que ahora vivimos en una época moderna; entre una y otra se dio una Edad Media. Así, el presente para nosotros es la modernidad y sigue siendo presente aunque el horizonte moderno se extienda durante casi cinco centurias, desde el siglo XV hasta nuestros días."* / Trazegnies Granda, Fernando, *Liberalismo y Postmodernidad, El Perú en los albores del siglo XXI, editorial del congreso de la república, pp. 96.*

felicidad paradisíaca, y su falta de respeto a los medios."[30]

Luego de dicho lo anterior empezaremos diciendo que en la Edad Media, la relación entre el hombre y sí mismo era suministrada a través del factor relacionante, divino: Dios. La subjetividad parafraseada en la voluntad divina, el hermetismo humano transmutado en obediencia silenciosa e irreflexiva, la auto percepción eliminada, exiliado cualquier esbozo conceptual de libertad, la capacidad reflexiva entornillada en realidades metafísicas, etc. Este fenómeno cambia sustancialmente con la modernidad, y es allí que el hombre entra en relación consigo mismo, piensa en lo que es y en lo que puede hacer, piensa en su facultad de creación, y más aún, piensa que él puede crear su propio destino. La libertad de acción sobresale como consecuencia de esta nueva visión, así "parafraseando a Hegel, podríamos decir que la modernidad es un tiempo en el que el sujeto entra en relación consigo mismo, un tiempo en el que el hombre se aprehende como sujeto y consecuentemente toma conciencia contradictoria de sí mismo como sujeto y como objeto. Esta auto percepción del sujeto como sujeto lleva a la exaltación de la libertad y de la capacidad de reflexión: la subjetividad ha sido reivindicada."[31] El hombre, entonces, ha aprendido que puede, y que mañana será mejor. La nueva cosmovisión del mundo está echada a los vientos de los que quieran acogerla, y el resto tendrá que subsumirse de evitar el nuevo furor, la nueva exaltación, que hace al hombre

[30] Gonzáles Faus, José I., "Postmodernidad europea y cristianismo latinoamericano", *Postmodernidad en grueso,* pp. 137.

[31] TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. *Postmodernidad y Derecho.,* Lima, Ara editores, 1996. p. 22.

reivindicarse a sí mismo. El hombre ha revuelto las concepciones por la que se conducía y se convierte en un fiscalizador, en un inspector de sus propios actos y la validez de los mismos; no habrá más intervalo para su accionar, no se inhibirá más de ejercer su capacidad crítica, que vorazmente intenta atrapar todos los conocimientos dentro de una lógica racional. Es la eclosión del pensamiento moderno, que produce agitación en la mente humana, que hace vital, para la existencia, el uso del conspicuo razonamiento crítico, que hace al hombre, como individualidad, afirmarse sobre lo colectivo; porque el fenómeno sustancial del nuevo pensamiento tiene aversión al proceso de conocimiento y existencia anterior. Es la reacción del mundo, que eslogando el concepto de "la modernidad, va a generar un derecho a la crítica intensamente vivido, una afirmación de lo personal frente a lo colectivo, una aplicación de controles racionales a todo acto humano, una convicción de que el proceso social puede ser conducido y orientado con arreglo a fines, una fe en el poder de la razón individual como instrumento de progreso. La exaltación de lo individual y de lo subjetivo frente a toda finalidad impuesta desde fuera del individuo llevará a plantear esos fines como resultado de convenciones libremente adoptadas, como expresiones de un contrato social."[32] Un nuevo elemento en la organización de las relaciones sociales, sustraída de la voluntad de los propios individuos que conforman la sociedad, incitando abiertamente la eclipsación de la anterior organización social teológica, jerárquica que considera ahora como un atropello a la voluntad

[32] Ibid. p. 23.

individual del hombre, en nombre de la cual se levanta y con la cual derroca el anterior sistema de poder cerrado y excluyente.

"Así pues, frente a la sociedad tradicional que no anticipa el futuro y en la que la idea de progreso juega un papel muy poco destacado, la modernidad se instaura como el ambiente dentro del cual la acción social se dirige hacia ciertos objetivos (...), particularmente hacia el incremento económico a través de la aplicación de la técnica moderna a la producción, pero también hacia otros objetivos relacionados con la tecnificación y racionalización de la administración social"[33]

Ha ganado la subjetividad del hombre y la tecnificación racional del orden jurídico. El modelo enervante, adormecedor, que proponía la sociedad tradicional, pletórico de fenómenos sociales restrictivos de la creatividad humana ha sido, por el pensamiento moderno, superado, incluso la nueva administración social ha cambiado ante la nueva propuesta modernizante.

En términos de economía hay también todo un cambio en las estructuras laborales, en el uso de elementos e instrumentos modernos, en el afán por superar las limitaciones que la naturaleza impone, y en la planificación y proyección hacia el futuro. Como se sabe la economía anterior que era dirigida según administración de los señores y designio de la divinidad,

[33] Ibid. p. 23.

se ha erosionado, no sólo por el pensamiento moderno, sino por la necesidad de los productores de adoptar nuevas formas que logran elevar el sistema de producción y de organización económica. En síntesis se puede anotar que "Económicamente hablando, la modernidad se caracteriza por un cambio en la organización del trabajo y en el espíritu de producción: uso de máquinas, incremento de la productividad, deseo de dominar la naturaleza, organización racional y previsión del futuro."[34] El hombre, en la modernidad, ha apreciado su capacidad de producción y volcándola a la praxis, inventa, construye máquinas que incrementen la productividad, que le permitan no someterse a la tiranía de la naturaleza, sino que, mediante la técnica, atacaren esas imposiciones contrarías al desarrollo productivo de los hombres. La técnica, que es simplemente transformación de la naturaleza, de parte de ella, para adaptarla a las necesidades humanas, es usada con enérgica convicción. Visto ya desde este enfoque económico, la modernidad aparece y se expresa, políticamente, a través de la sociedad de mercado, puesto que está conformada por ingredientes racionales, liberalismo e individualismo.[35]

A diferencia del régimen anterior, que presuponía una ficticia protección por el bien de todos dada por la divinidad, la modernidad plantea que es más bien a través de la maximización de los bienes individuales como se lograría el bien de todos, y ninguna referencia exterior aceptada; lo que se pretende es lograr el bien objetivo, real, conciliando los intereses socialmente

[34] Ibid. p. 23.
[35] Ibid. p. 23.

compatibles. Esta compatibilización fundamentará su existir, basada en la confianza en la razón humana, por la cual todo debe someterse a análisis racional, que dará veracidad y validez a los actos humanos. Hay en esta mentalidad una fuerte convicción de que todo hombre es suficientemente racional para controlar su propio destino[36]. Entonces la modernidad, aún con todas sus variantes, se muestra como un gran fenómeno de renovación y crítica social: crítica racional, individualizada y permanente. [37] Y se expresa políticamente a través de la filosofía de la Ilustración, y económicamente, a través de la sociedad de mercado.

En un orden social así, era necesario que el Derecho, con el fin de universalización y eliminación de particularismos tradicionales, fuera un organismo emanado de la capacidad coercitiva del Estado central, encargado de que cualquier actividad y/o conducta no racional fuera suprimida. Cualquier acto irracional sería considerado ilegítimo, ilegal, o antisocial, y –según la concepción del pensamiento jurídico moderno del Derecho- sólo perturbarían el funcionamiento orgánico, racional de los intereses individuales. El Derecho se estaría encargando, además, de asegurar la libertad individual de acción, puesto que intervendría frente a cualquier acto de perturbación creadas entre los individuos, o entre los individuos y el Estado. Para esto, era necesario la predictibilidad del Derecho, "el Derecho debe ser predictible a fin de que no origine opacidades en la actividad racional de los individuos, por eso debe tener un carácter genérico y sistemático, es decir,

[36] Ibid. p. 24.
[37] Ibid. p. 24.

constituir un orden cerrado, sin lagunas, de aplicación uniforme."[38]. De acuerdo a todo esto el Derecho habría estado conformándose por leyes y mandatos de la autoridad, eminentemente racional y coherente en esta. Hay entonces la seguridad de que, en este periodo, "paulatinamente se va sustituyendo el concepto de Derecho como un conjunto de leyes aisladas que son vistas simplemente como "mandatos" de la autoridad o como la expresión de un orden sobrenatural, por un sistema normativo que se apoya en su coherencia interna."[39]

* *

No hay que olvidar que la modernidad como tal es un producto europeo, se produce, como sabemos en el mundo occidental del viejo mundo, no llega a plasmarse exactamente aquí, sin embargo, puede decirse que esta influencia fue tomada en el Perú al promediar el siglo XIX, "Los tiempos modernos en el Perú tuvieron su inicio al promediar el siglo XIX, momento clave de su historia, porque por primera vez se intenta encaminar la sociedad hacia ciertos fines y objetivos. Tal pretensión no fue llevada a la práctica sin previamente internalizar una racionalidad basada en un principio que desde la tradición de Frankfurt conocemos como razón instrumental -que define lo racional como lo útil. Una razón además con pretensiones de exactitud y que tiene animadversión por lo que considera desorden;"[40]. Hay que anotar además el hecho de que los primeros rasgos de la modernidad nos vienen desde ese encontronazo entre esas dos culturas: la Española y la Americana; por

[38] Ibid. p. 26.
[39] Ibid. p. 28.
[40] RUIZ ZEVALLOS, Augusto, *Psiquiatras y Locos,* Li,ma. Instituto Pasado & Presente, 1994. p. 24.

eso se puede decir que "no sólo fuimos objeto de conquista, sino que por ese acto se nos incorporó a la modernidad occidental; primero, a través del proceso emancipador y luego, mediante los distintos regímenes que dirigieron los destinos de nuestros pueblos."[41]

La modernidad se presenta como un movimiento arrollador del pensamiento crítico, por la cual se hizo una gran exaltación del individuo, y se efectivizó la rebelión contra los formalismos, academicismos y tradicionalismos. Es más, con la modernidad llega la exaltación de la creatividad, la subjetividad, la pasión por lo novedoso. Pero esta modernidad proviene innegablemente del discurso filosófico propuesto en occidente; la modernidad es algo que concierne a las tripas de occidente, clara e unívocamente a occidente europeo[42]. Y por este discurso crítico de la modernidad se echó por tierra todo el aparato ideológico de aquellos lenguajes jurídicos totalizantes, de las visiones religiosas del mundo, de las construcciones filosóficas basadas en una concepción abstracta del hombre y de las cosas, además se atacó a todas las instituciones en que las anteriores teorías se habían cimentado.[43] Los discursos de legitimación habrían cambiado.

La introducción de la modernidad en América Latina tiene que ver con dos procesos de orden social y jurídico. La primera fue a través de la Colonia y la actuación jurídica que tuvo que desempeñar España,

[41] Escribe Alberto Retamozo Linares, en: "*Enlace, Revista de sociología jurídica*", Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1996. p. 8.

[42] URBANO, Henrique, *Modernidad en los Andes,* Cusco. Editado por el Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de las Casas, 1990. pp. XI.

[43] Ibid. pp. XV.

para con sus colonias, lo que desembocó en aquella estructura normativa denominada Derecho Indiano, que como sabemos fue el ordenamiento jurídico por el cual se rigieron durante la Colonia. El otro proceso es aquel formado bajo la influencia de la Independencia, dicho en términos más específicos se puede escribir que "en América Latina se suceden dos encuentros con la modernidad jurídica ambos de raíces romano-germánicas. El primero; tiene que ver con la responsabilidad que España asumió en América, así como el desarrollo de su propia racionalidad gestada en los siglos XII al XVII al interior de la cultura occidental, que le permitieron forjar desde el siglo XVI lo que se conoce como el Derecho Indiano. El segundo encuentro sucederá durante el proceso independentista y formación de las nuevas Repúblicas en el siglo XIX, exteriorizándose en la incorporación de instituciones de Derecho Publico y Privado Anglofrancesas." [44]. El Derecho Anglofrancés se incorpora por medio de principios constitucionales y normas de Derecho privado, y se consolida la Dogmática jurídica y, a consecuencia de esto, el positivismo jurídico.

Es más, la modernidad en el proceso latinoamericano surge de la articulación de dos corrientes, la Ibérica y la Anglofrancesa, con el discurso de la racionalidad, en términos culturales y jurídicos. Esta articulación tiene que producirse necesariamente frente a la imposibilidad de alguna de estas corrientes de convertirse en

[44] Escribe Alberto Retamozo Linares, en: "*Enlace, Revista de sociología jurídica*", Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1996. p. 9.

hegemónica, esto fue forjando una realidad conflictiva entre Institucionalidad-Derecho y Realidad Social[45]

Surge un fenómeno importante en el proceso de modernidad en Latinoamerica. Las sociedades que estaban emergiendo, gracias a esta influencia de la modernidad, no pueden captar perfectamente -o al menos en el sentido más noble- el mensaje del liberalismo decimonónico, y esta libertad de poder produjo el surgimiento de regímenes autoritarios, dictaduras, caudillismos y oligarquías, que como sabemos imperaron una buena temporada en el ambiente latinoamericano,[46] y que aún quedan -parece mínimamente- como regímenes mentales de organización de la sociedad.

Por otro lado, ya en tiempos más actuales, los intelectuales neoliberales, visto el proceso de modernidad hispánica en que estábamos imbuidos, comienzan a cuestionar ese legado hispánico. Se plantean la tesis de que la instauración de la modernidad en Latinoamérica había sido bloqueada por la intervención del Estado en la economía y la anulación de las capacidades de los hombres u individuos, que eran los fundamentos principales (el individualismo) con las cuales en occidente se había desarrollado la economía y la política.[47] Así que era necesario afrontar el problema. ¿porqué la modernidad no funcionaba en Latinoamérica? Lo que sería necesario y urgente resolver sería la forma cómo abordar la modernidad, y

[45] Ibid. p. 9, 10.
[46] Ibid. p. 9, 10.
[47] Ibid. p. 9, 10.

cómo resolver el problema crucial de haber articulado, antaño, en forma imperfecta esa modernidad desde el siglo XVI[48]. Este el problema fundamental en la actualidad, "Lejos de caer en divagaciones esquemáticas de lo singular, lo concreto, lo vulgar, partimos de la firme convicción de que el Derecho no puede estar al margen de una preocupación central: el proyecto de modernidad y su aplicación en el Perú. Los debates actuales tienen como trasfondo la aplicación o no aplicación, el abandono o la reformulación, del proyecto de modernidad occidental en todos los campos.". Hay, además, en nuestro complejo tiempo, la necesidad jurídica de reformular esta inquietud sobre el proyecto de modernidad.

* *

Hay que aclarar también qué significa la época moderna hoy; es decir qué se ha venido entendiendo actualmente por época moderna. Parece que se ha identificado a la época moderna con el hoy, el ahora. Dicho en términos más exactos, "en principio, la época moderna es la época de hoy -el adjetivo moderno viene del latín modus hodiernus que no significa otra cosa que el modo de hoy- pero el hoy se desplaza en el tiempo, corre hacia adelante momento a momento, día a día; y de esta forma no termina nunca. Por tanto, en ese sentido, no cabe hablar de nada posterior a lo moderno, no cabe hablar de postmodernidad."[49] Por eso cuando hablamos de época moderna, debemos tener en cuenta que estamos refiriéndonos a una particularidad social, es decir no estamos hablando solamente de tiempo, sino

[48] Ibid. p. 9, 10.

[49] TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "*Liberalismo y Postmodernidad",* en: *El Perú en los albores del siglo XXI.* Ediciones del Congreso de la República del Perú,1997. *pp. 96.*

de perspectiva mental, es decir que "...cuando hablamos académicamente de época moderna o de modernidad no nos estamos refiriendo a un hoy que reactualiza su existencia día a día sino a un conjunto de valores, formas sociales de producción, técnicas, cuerpos de conocimiento, formas de organización y demás elementos que integran una cosmovisión y que se encuentran asociados a la vida de ciertos grupos humanos en determinada época histórica."[50]

Por otro lado, la modernidad al plantearse como una afirmación del hombre y de lo humano impulsa a la participación de todos en la construcción de nuestro entorno, de acuerdo a esto el mundo será el resultado de lo que nosotros hagamos de él, y es así que el hombre tiene que aceptar su responsabilidad en esta construcción, asumiendo plenamente su condición de ser humano.[51] Ya no puede ser pasivo ante el dinamismo social, ante la ebullición de la construcción social, sino que ha de buscar conquistar el mundo, y ponerlo, mediante la técnica y la ciencia, a sus pies, a su servicio. "Es de esta nueva actitud prometeica que surgirán los grandes descubrimientos geográficos del siglo XVI, los cada vez más espectaculares avances de la ciencia, el desarrollo de la industria, la participación ciudadana en la vida política. Parafraseando a Hegel podríamos decir que la modernidad es el tiempo en que el hombre entra en relación consigo mismo, se descubre a sí mismo en cuanto hombre, comprueba sus enormes posibilidades y se complace con este descubrimiento que lo

[50] Ibid. *p. 97. El subrayado es nuestro.*
[51] Ibid. *p. 100.*

dinamiza."[52] Ha de nacer así la sociedad moderna, que no es más que un nuevo tipo de organización social, donde el individuo está en la cúspide, activamente, creativamente, dispuesto a conquistar el mundo y a transformarlo, a desencadenar su libertad creativa, a hacer al hombre su propio creador de fines y ya no vivir de acuerdo a los fines y finalidades impuestas por la autoridad divina, por Dios, ni de someterse a la tradición, ni de repetir mecánicamente los rituales, sino de liberarse precisamente de todo acto no nacido de la razón propia, de la autopercepción del mundo. El hombre va a intentar inventar la vida y la sociedad en la que desea vivir. Las pautas de vida no han de ser sacadas de un libro, o de la naturaleza, a la cual debemos someter nuestras conductas de vida, sino que el ritmo de la vida debe ser el que el hombre decida que sea, el que el hombre imponga. Y por eso ha de juzgar todo con la razón crítica, intentando afirmarse frente a las fuerzas naturales y de ganar su individualidad, orientado a tener el derecho y privilegio de reivindicar lo nuevo frente a lo pasado. El arma para todo es la razón crítica. De esta forma "Esa razón crítica se convierte en un ácido corrosivo que somete a prueba todas las tradiciones, todas las costumbres; ya no hay que hacer las cosas porque así siempre se han hecho sino preguntarse racionalmente sobre cuál es la mejor manera de hacerlas."[53]

[52] Ibid. *p. 100.*
[53] Ibid. *p. 102.*

1) La Agonía de la Tradición y la nueva constitución racional del derecho.-

> "Desde la modernidad las cosas no se aceptan porque son tradicionales sino porque, examinadas a la luz de nuestro interés, son ventajosas."

Nietzsche da un primer lúcido esbozo de lo que es la tradición y escribe: "¿Qué es la tradición? Una autoridad superior, a la cual se obedece, no porque mande cosas útiles, sino porque manda."[54]

Por Tradición se entiende aquella transmisión de regímenes e instituciones del pasado, o la comunicación de creencias, doctrinas, costumbres, hechos, noticias de generación en generación. Este hecho, este traspaso del poder, de cierta organización social, fundada en la tradición, en el haberse hecho así siempre, es lo que negó rotundamente la modernidad. No podría ser ya más el motivo y argumento con que el hombre se entornillara en el poder. No podía la tradición pesar más que la individualidad humana y su capacidad para ser el eje de todo, e inspirado en el principio de la igualdad el hombre habría de degollar a cualquier planteamiento tradicional que intentara sobreponerse sobre su hegemonía política. Esta negación de la tradición supuso negar la continuidad de cierta memoria colectiva con que se dirigían los hombres, así podemos decir que "desde el s. XVIII, el discurso de la modernidad negó a la

[54] Escribe Friedrich Nietzsche en su libro *Aurora,* p. 13.

memoria, que en este caso no es sino otro nombre para la Tradición"[55]

En el discurso de la modernidad la tradición como norma o ley habría de caer. La razón no podía compatibilizar con fenómenos internamente incoherentes, como lo era la tradición; "Como es obvio, la costumbre cae en desgracia debido a su diversidad y a su falta de coherencia: no es el resultado de la razón (como lo es la ley) sino de la historia, por lo que no puede ser aceptable; y cuando no hay más remedio que reconocer su fuerza imperativa, debe quedar subordinada a la ley."[56] La máxima autoridad sería la razón, que no podía tolerar elementos sustancialmente desprovistos de racionalidad, así que sometió a la tradición a análisis, y por supuesto la destruyó, o específicamente hablando, le quitó poder político y jurídico, porque la tradición siguió existiendo, pero su fuerza coercitiva, aceptada y respaldada por la autoridad y la sociedad toda, ya no. El ataque de la modernidad a la tradición estaba enfocada más bien con ese intento de la modernidad de destruir, o dejar de lado en la organización social, política y jurídica, todo aquello que estuviera revestido de cierto contenido metafísico, divino, histórico, es decir de cierta secuencia irreflexiva, y meramente repetitiva; es en este sentido que se puede decir que "el discurso filosófico de la modernidad insurgió contra la proclamación de la Tradición como norma, ley o Torah, logos evangélicos, contra la Tradición inscrita en la herencia de la

[55] URBANO, Henrique, *Modernidad en los Andes,* Editado por el Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de las Casas, pp. XXXIII.

[56] TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. *Postmodernidad y Derecho.,* Lima, Ara editores, 1996. p. 72.

comunidad cristiana, en una palabra, contra todo recurso a la trascendencia más o menos histórica, más o menos abstracta."[57]. No obstante la crítica corrosiva de la tradición que hace la modernidad plantea un problema profundo, ¿dónde quedaría la herencia histórica? Esta herencia no puede ser borrada de antemano, tan fácil, ligera y rápidamente, no al menos en el inconsciente colectivo de los seres humanos; es más, la historia tiene que ver con la lengua, porque fue a través de la historia y la tradición que la lengua se sedimentó como institución, en varios planos temporales, que no son más que el producto de la experiencia colectiva. De modo que de negarse la trascendencia que tuvo la tradición, el fundamento histórico, en la formación de la lengua, la comunicación que ésta última permite y promueve sería incomprensible, porqué fue precisamente a través de la tradición que la lengua fue codificada.[58]

Por otro lado, la tradición no tenía la fuerza suficiente para evitar prácticas sociopolíticas, religiosas y económicas que fueran requerimientos del poder. Además, la afluencia y realización de cierta incorporación de estructuras racionales subyacentes en ciertas tradiciones, determinadas por nuestra identidad ha hecho que se constituyan valores heredados y valores de la modernidad, que han determinado, de cierto modo, una integración entre modernidad y tradición, es decir que "las sociedades latinoamericanas, habrían incorporado institucionalmente estructuras

[57] URBANO, Henrique, *Modernidad en los Andes,* Editado por el Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de las Casas, pp. XX.

[58] Ibid. p. XVII.

racionales subyacentes en éstas tradiciones, determinando que nuestra identidad se constituya no sólo por valores heredados que determinan la tradición, sino por aquellos en los que nos involucró la modernidad; con lo que tradición y modernidad terminan siendo parte de un mismo proceso de articulación"[59]

Hay, además, la necesidad de -ante la imposibilidad de cambiar nuestro pasado- intentar verlo críticamente (como lo quería la modernidad) para poder escoger indistintamente en las tradiciones, o herencia cultural, aquello que deseamos libre y reflexivamente proseguir.[60]

De lo que se trata en la modernidad es de la deslegitimación de la autoridad de los padres[61], las tradiciones. El sentido con que se dirigían las conductas humanas va a sufrir un cambio, el futuro determinado por un pasado poderoso, que no aceptaba dudas, que se validaba en la temporalidad de las cosas habría de acabar. El pasado ya no sería más el que por un proceso temporal justificara una acción, el bien no sería determinado porque habían durado en el tiempo, porque el tiempo las había convertido en tradición, sino por el sometimiento a la razón, que desmistificaba a la tradición y su anteriormente incólume poderío; la

[59] Escribe Alberto Retamozo Linares, en la revista "Enlace 1. Revista de Sociología jurídica", pp. 9.

[60] URBANO, Henrique, *Modernidad en los Andes,* Editado por el Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de las Casas, pp. XVI.

[61] AZIANI SAMEK-LODOVICI, Andrés, "La parábola 'crítica' de la Modernidad. De la secularización al nihilismo", *Cultura,* Editada por la Asociación de Docentes de la Universidad de San Martín de Porres, pp. 258.

tradición ya no sería, como en la antigüedad, sinónimo de bien.

Por último habría que anotar el significado que le da Luis Diez Picazo a la Tradición, que las enfoca como elementos en los que el "origen" no tiene fecha cierta y clara en la historia, pero que han pasado de generación en generación a normar las conductas, "Pienso que el simple paso de una generación transforma las normas en tradiciones. En definitiva, una tradición jurídica existe siempre que se ha perdido el rastro del originario designio que guió la puesta en vigor de una norma o cuando, por lo menos, no se tiene ya una clara conciencia de él"[62], ¿Cuales han de ser estar normas que podríamos llamar, entonces tradicionales, es decir que se las acepta sin criterio crítico, sin conocimiento de sus orígenes, válidas tan sólo por su duración y permanencia en el tiempo?

Se puede notar que un elemento tradicional, es el que se da en el espacio de las instituciones jurídicas, como por ejemplo el Poder Judicial. Es menester que allí la forma de trabajar, el método administrativo y jurisdiccional, jurídico, tiene su base de conocimiento en la tradición, en el así se hacía antes; es decir se aprende de los moldes anteriores de método y trabajo jurisdiccional. En el Poder Judicial la tradición en los criterios y métodos de ejecución, práctica del Derecho, se puede observar en las sentencias, que se vienen haciendo con el modelo, o antecedentes de las

62 DIEZ PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho,* Editorial Ariel, pp. 146.

resoluciones anteriores, a pesar de que la Reforma ha planteado su reformulación.

2) La Religión en la Inquisición y el sentido moderno de objetivización del derecho.-

"...en sus orígenes [la religión] aparece como una técnica no científica destinada a mejorar las condiciones de vida o, en el límite, a consolarnos frente a él"[63], "Dios, si existe 'no importa" No importa, es decir no tiene nada que ver con la 'realidad'"[64].

Modernidad, religión, madurez mental, etc, son algunos términos que podrían identificar el problema en debate. La modernidad, había planteado este debate, y negando la hegemonía del poder divino sobre el humano, se yergue, con la razón, a intentar nuevos métodos de vida. Pero en si "¿Qué ha sido la Modernidad? ¿qué es la modernidad, en su punto esencial? No creo que haya mejor definición de la que nos propone el filósofo Inmanuel Kant, en su escrito del 1784, "Was ist Aufklärung?: La modernidad –o sea la Ilustración- es la "salida del hombre de un estado de menor edad" intelectual o sea de una condición en la que él no sabía utilizar los recursos de su propio intelecto, solo, con sus propias capacidades; al contrario, necesitaba de la tutela de los demás, de unas "guías"."[65] Esas guías habían sido las iglesias, el poder divino, Dios; todo aquello que apuntalaba su poder en argumentos

63 GRONDONA, Mariano, *Los pensadores de la libertad,* Editorial Sudamericana, pp. 116.

64 AZIANI SAMEK-LODOVICI, Andrés, "La parábola "crítica" de la Modernidad. De la secularización al nihilismo", *Cultura,* Editada por la Asociación de Docentes de la Universidad de San Martín de Porres, p. 260.

65 Ibid. p. 258.

divinos. Las guías eran, entonces, las iglesias, y el hombre, antes de la modernidad estaba atado a este paternalismo, a esta menor edad; por eso la modernidad significó esa salida de la condición de sujeción hacia las iglesias.[66] Esto tiene una repercusión crucial en el pensamiento jurídico, como veremos luego.

Conviene recordar que la modernidad, apareció justamente para negar aquellos fundamentos religiosos, divinos, que determinaban, de una vez para todas el orden -legítimado- social de las cosas, y lo peor, el orden político y jurídico. Es este combate, férreo, mordaz e implacable que hace de la modernidad una transformación. El poder que manaba de manos divinas, ya no tendría que estar más que en manos del propio individuo, enfrentado a sus circunstancias, y con la capacidad para crear un mundo.

Al respecto, como fundamento del pensamiento moderno, se puede considerar a Sigmud Freud como uno de los que aportó a la desmistificación del tema religioso. Este autor, padre del psicoanálisis, se interesó en la búsqueda de lo sedimentado en la mente humana, más allá de lo conocido, más allá de la conciencia, y es mediante el psicoanálisis como intenta restablecer las condiciones de discursos verídicos, de sacar a la luz aquello que la conciencia trata de esconder.[67] Sigmud Freud le da a la religión la definición de neurosis obsesiva.

---

[66] Ibid. p. 258.

[67] URBANO, Henrique, *Modernidad en los Andes,* Editado por el Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de las Casas, pp. XIX.

Es la modernidad quién se encarga de plantar las murallas que permitan la crítica a la religión. La corrosiva posición respecto de la religión de Freud, es integrada dentro del planteamiento de la modernidad, así se escribe que "la crítica de la religión proclamada por el psicoanálisis se inscribe de lleno en los propósitos del discurso filosófico de la modernidad. Sigmund Freud además de darle la dimensión de desviación del deseo o de la ilusión, también define a la religión en términos de neurosis obsesiva, máxime cuando las creencias se expresan en minuciosos actos de observancia y complicados rituales con carácter repetitivo."[68]

Fue Sigmud Freud, en el discurso moderno, el portavoz más radical y acucioso de la religión.[69] Este autor cree que una de las dimensiones de la religiosidad es la ilusión, que es deseo, delirio, que se desvía de la realidad. Freud, en sus investigaciones, ha descubierto tres grandes etapas en la formación de sistemas del pensamiento: el animismo o mitológicas, las religiosas, y la ciencia.[70] Respecto a la etapa religiosa, opina que esta proviene del "desplazamiento de la omnipotencia de las ideas hacia un estado de objetivazión que comprende la fijación en los padres hasta alcanzar la madurez genital, exigida por la realidad", explica Henrique Urbano[71]. Esto significa que el hombre ha trasladado ese sentimiento de omnipotencia de las ideas, que hace objetivas, o sea, que toma como realidades, fundando esta objetivación

[68] Ibid. p. XIX.
[69] Ibid. p. XX.
[70] Ibid. p. XIX.
[71] Ibid. p. XIX.

en su deseo. El hombre necesita, además, o desea ser protegido, por ese sentimiento adquirido de la relación paternal, y ve en la religión la continuidad del paternalismo.

Pero Freud va un poco más allá, relaciona, por ejemplo el Sentimiento de Culpa con la Religión. ¿por qué? Difícil explicarlo. Pero parece que él saca estas impresiones al estudiar el Complejo de Edipo. Esto significaría que el sentimiento de culpa proviene de una relación afectiva, esa relación entre padre e hijo, esa relación que supone reciprocidad y/o sentimiento de deber para con el padre. Apartándonos un poco de esta conjeturación, hemos de decir, que a nuestro parecer, es la religión, efectivamente, un fenómeno que lleva implícito el sentimiento de culpa. Hay en todas sus categorías de relación con ella, imbuido ese sentimiento de culpa, por el cual se dirigen las conductas. Por ejemplo, nosotros, al aceptar una relación de hijos de Dios, estamos aceptando a la vez una relación de deber, reciprocidad y obediencia. El no acatar, por otro ejemplo, las normas de la religión suponía, antes de la modernidad, una grave falta, lo que hacía aflorar el sentimiento de culpa. Sentimiento de culpa significa tener la convicción de que debemos algo; y la religión nos impone, precisamente, ese concepto: el deber algo, el deber algo a alguien, a Dios. Este deber algo proviene de esa relación Padre-Hijo. Y por medio de la religión se plantea el intento de solucionar el problema afectivo. La religión se vuelve así en la expresión de la reconciliación que el sentimiento de culpa exige[72]. Ese sentimiento de

[72] Ibid. p. XIX.

reconciliación que tiene el hombre, para con su padre, expresado en Dios, por medio de la religión, se hace extensivo en el cristianismo. Este sentimiento de religiosidad habría de estar en el hombre siempre, por su deseo constante de ser niño, así "la práctica psicoanalítica reduce las creencias y prácticas religiosas a mecanismos psíquicos. El simbolismo transcendental a que da cabida la neurosis individual o universal es simple y llanamente una estrategia del deseo. El hombre está condenado a ser para siempre niño, decía Freud, martirizado por la nostalgia, la morriña y la melancolía, llorando la muerte del padre y, a través de la religión, consolándose por ella. El retorno de ese gesto primordial de sacrificio es por excelencia la emergencia del arcaico de que son parte esencialísima los gestos rituales" [73]

Hay que mencionar además la importancia que tuviera la religión en la antigüedad, en la organización social y en los procesos jurídicos de legitimación, por ejemplo, "el derecho de propiedad no fue, en principio, garantizado por las leyes, sino por la religión" [74] y es que en "la mayor parte de las sociedades primitivas, el derecho de propiedad fue establecido por la religión" [75]

Como se sabe en la antigüedad ley y religión estaban íntimamente ligados. "Al principio, entre los griegos y los romanos, como entre los indios, la ley formó parte de la religión. Los antiguos códigos de las ciudades eran un conjunto de ritos, de prescripciones litúrgicas, de

[73] Ibid. p. XX.
[74] Escribe Foustes de Coulangues, en su libro *La ciudad antigua,* pp. 73.
[75] Ibid. p. 72.

oraciones, al mismo tiempo que de disposiciones legislativas" [76]

Podemos además decir que "durante muchas generaciones, las leyes no estuvieron escritas; se transmitieron de padres a hijos, con la creencia y la fórmula de la oración"[77], además no había un solo acto de la vida pública en que no se hiciese intervenir a los dioses"[78], e incluso la justicia estaba ligada a esta cosmovisión teológica, puesto que "en Roma, como en Atenas, sólo se dictaba justicia los días que la religión indicaba como favorables"[79]. El Derecho y la religión tenían que ser compatibles y no existían la una sin la otra, así "En Roma era una verdad reconocida que no se podía ser buen pontífice si se desconocía el derecho, y, recíprocamente, que no se podía conocer el derecho si se ignoraba la religión".[80]

En los antiguos primitivos las decisiones de los jueces no tenían que ser motivados, justificados, por ser de carácter divino, mágico, es decir que "en los pueblos primitivos…, el juez, en virtud de una concepción mágica del mundo, es una especie de oráculo que está en comunicación directa con la divinidad. El juez se halla investido de un poder mágico o sacerdotal, de carácter religioso o casi religioso y no tiene, por ello, por qué explicar las razones de la decisión que pronuncia"[81].

---

[76] Ibid. p. 205.
[77] Ibid. p. 209.
[78] Ibid. p. 180.
[79] Ibid. p. 181.
[80] Ibid. p. 205.
[81] DIEZ PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho,* Editorial Ariel, pp. 21.

Como veremos todo fue negado por el pensamiento de la modernidad y tuvo que cambiar.

* * *

La religión en el pensamiento medieval había hecho circular la idea de que al hombre le esperaba la Ciudad de Dios, que era el reino divino de Dios prometeico e ideal. Esta concepción, que enarboló tanto San Agustín, propone como modelo de ser humano medieval a Job, que es un personaje bíblico, que según lo relatado en la Biblia, soporta todas las desgracias con resignación porque sabe que luego de esas duras pruebas que Dios le había mandado, en la otra vida, no terrenal, iba a recibir un gran premio, tendría el cielo ganado. Por el contrario la modernidad no cree en la resignación del hombre frente a su existencia, "la modernidad, en cambio, plantea que el hombre puede realizar parte de su humanidad ya en este mundo, que el hombre no vive solamente para sufrir, que no ha sido puesto por Dios en la Tierra sólo para ser sometido a una suerte de examen a fin de ganar un premio en el otro mundo. El hombre puede también tener gratificaciones en este mundo, sin que ello sea pecado; es capaz de progresar, es capaz de producir y de gozar los bienes que resulten de su trabajo y, consecuentemente, no debe asumir una actitud pasiva para ganar el otro mundo de manera paciente sino, por el contrario, esforzarse en mejorar este mundo frente al cual tiene su primera obligación y en el cual puede encontrar su primera satisfacción. En una palabra, el primer efecto de la modernidad es la desacralización del concepto de la vida humana. Es en

ese sentido que Nietzsche hablaba de la muerte de Dios."[82]

Cuando el hombre se hace responsable de su vida, también deja de lado el castigo como un designio de Dios, luego Dios no sería el culpable de lo bueno y malo que sucede en el mundo, sino que esto sucedería sólo porque así ocurren las cosas, porque Dios no nos habría mandado ningún mal o bien en razón a pruebas o castigos a las que habríamos de someternos. Dios deja de ser tomado como referencia de los acontecimientos buenos o malos en la modernidad. Por eso como el mal no viene de Dios no hay que resignarnos a que el mal nos suceda y ya. El hombre de la modernidad se pone a juzgar su situación y cree que no puede aceptar ya el mal, así por así, como inmanejable decisión de Dios, es decir, que más bien, dentro de la modernidad se abre una nueva concepción: el derecho y la obligación del hombre de actuar frente al mal, de luchar contra el, de transformar el mal en bien. No habría en esto una rebelión contra Dios sino contra los hechos naturales, contra el acontecimiento social y el orden natural que hay que dominar. Por eso el hombre cambia de mentalidad, pasa a ser el creador, y no meramente un actor del designio de Dios. Lo que se advierte es que si Dios todo poderoso, todo omnipresente, omnisciente, etc., no está detrás de todo lo que ocurre en el mundo, no habría entonces que luchar contra algo invencible, sino contra la naturaleza, contra el orden natural. Ha cambiado la mentalidad, por ejemplo, en la Edad Media el hombre era sólo una pieza más en el juego del tablero

[82] TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. "Liberalismo y Postmodernidad", en: *El Perú en los albores del siglo XXI,* Ediciones del Congreso de la República del Perú,1997. *p. 98.*

de Dios, el hombre cumplía en la tierra sólo un paso, una prueba, para luego ir a la ciudad de Dios, según San Agustín.

"Dentro de ese contexto, el Derecho era una forma de organizar el mundo de acuerdo a valores superiores al individuo: el orden jurídico colocaba a cada uno en su lugar dentro de un orden natural que, en última instancia, era un orden divino."[83]

Con la modernidad el hombre va a poder decidir ya no entre el bien y el mal, sino "qué es el bien y el mal", el hombre va ha tomar la independencia como la exaltación del individuo, y la sociedad va a ser el resultado de una interacción de individuos, por lo que los valores pasarían a ser proyecciones del propio individuo.

Por último, la muerte de Dios, anunciada por Nietzsche ha de tener efectos grandes en el planteamiento moderno, pero debemos aclarar que, según Trazegnies, cuando Nietzsche habló sobre "la muerte de Dios" no estaba haciendo un planteamiento religioso de un ateísmo agresivo. Simplemente estaba reconociendo que Dios ya no puede ser entendido como un "superpapá" que le resuelve todos los problemas del "niño-hombre" sino que el hombre es un ser adulto que, quizá para merecer a Dios, tiene que pensar y hacer las cosas por su cuenta. Esa es una tendencia imprescindible para poder pasar a la modernidad."[84]

---

[83] Ibid. *p. 104.*

[84] TRAZEGNIES, Fernando de. "El Peruano", 28, marzo 1997. A-8.

b.- Moderno. Construcción intelectual del Derecho.-

Podemos empezar diciendo que "Marshall Berman escribió: "Ser moderno es encontrarnos en un ambiente que nos promete aventura, poder, alegría, crecimiento, transformación de nosotros mismos y del mundo y, al mismo tiempo, amenaza con destruir todo lo que tenemos, todo lo que sabemos, todo lo que somos [...] Ser moderno consiste en ser parte de un universo en el que, (...)Todo lo que es sólido se desvanece en el aire"[85]

Moderno más que un concepto es una actitud, un estado mental, una predisposición mental y física para con la vida. Una cosmovisión plural, abierta. Tal vez con Denegri, podríamos decir que ser moderno es captar o ajustarse crítica y autocríticamente a la tonalidad de los tiempos, o dicho de otra manera, aquella "capacidad para sintonizar con el ambiente espiritual y los avances teóricos de la época[86].

El termino Moderno parece que ha significado en la historia gramatical "ahora", pero también ha sido entendida como "mejora", éste último ha sido el más predominante significado en nuestra visión occidental. En realidad de lo que se ocupa el concepto de moderno es más bien una significación, una preocupación por nuestra realidad mental, por nuestra salud mental. Es esta, nuestra salud mental, lo que determinaría nuestra condición de modernos o no. No podemos por eso quedarnos encapsulados dentro de procesos de conocimiento de macro-fenómenos que nos alejan del

[85] Escribe Benjamín Woolley en un artículo denominado *Postmodernidad (52)*
[86] RUIZ ZEVALLOS, Augusto, *Psiquiatras y Locos,* Editado por el Instituto Pasado & Presente, pp. 17.

sentido vital, central del concepto de moderno. Ser moderno significa, también, asimilar nuestra condición relativa, y dinámica, asumir al mundo en permanente mutación. O como lo escribiera Marshall Berman: "...ser moderno ... es experimentar la vida personal y social como un torbellino, encontrar el mundo de uno en perpetua desintegración y renovación; penas y angustias, ambigüedad y contradicción; es ser parte de un universo en el que todo lo que es sólido se evapora en el aire. Ser moderno es hacerse de alguna forma un lugar en este torbellino...captar y confrontar el mundo producido por la modernización y esforzarse por hacerlo nuestro. El modernismo pretende dar a las mujeres y hombres modernos el poder de cambiar el mundo, que les está cambiando a ellos, y hacerles además de objetos, sujetos de la modernización..."

Cabe aquí señalar que aún palpita en el ambiente cierta imprecisión, diversidad, y poco análisis con que se usa el término, una especie de nebulosa que rodea al concepto de "moderno". No obstante esto, por el se ha entendido, en el diálogo y visión de la sociedad actual, un proceso técnico, una utilización de métodos e instrumentos nuevos. Frente a esta apreciación es necesario aclarar y distinguir entre el proceso técnico o instrumental –como ejemplo la utilización de la informática- y la mentalidad moderna. El adaptar técnicas, instrumentos u objetos nuevos, electrónicos, etc, no significa ser moderno, puede significar que estamos usando instrumentos modernos, pero nada más. Al adoptar una técnica, al cambiar un instrumento tradicional por una máquina, no se asume necesariamente el espíritu que permitió que ellas

existan[87]. Para ser moderno, se tiene que tener conciencia de ello, es una cuestión mental no instrumental. Ser moderno no es aceptar lo nuevo, sino lo mejor, lo más adecuado. Es en sí captar la tonalidad del tiempo crítica y autocríticamente, y ajustarnos a él, a esos cambios que produce la realidad. Ser moderno es un estado mental.

* * *

Parece que el hombre de la modernidad puede ser clasificado a partir de tres conceptos**:**

1) **La primacía del sujeto:** La modernidad habría descubierto el concepto de "sujeto", que no sería sinónimo de "persona" ni de "hombre". El sujeto es un invento moderno. La modernidad aísla al hombre al convertirlo en sujeto puro, autónomo y hermético: sólo puede conocerse la realidad desde el punto de vista subjetivo, a través de mis gafas.

2) **El primado de la razón:** Este era el ideal último de la ilustración, de la modernidad, que hacía al hombre libre e independiente de la paternalidad; el hombre habría llegado, con la razón, a salir de la menoría de edad, según Kant, superando esa incapacidad de valerse por la propia razón sin ayuda de otros. Hay que resaltar que hay una pretensión de exactitud, que era consecuencia de la generalización del método matemático, que acompaña a esta visión de la racionalidad humana, que pretende que todas las disciplinas se puedan traducir a

[87] URBANO, Henrique, *Modernidad en los Andes,* Editado por el Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de las Casas, pp. X, XI.

códigos matemáticos. De tal forma que todas las cosas deben ser medibles, son negras o blancas.

3) **La idea de un progreso ilimitado:** Hay en el moderno un pensamiento final hacia donde se dirige: el progreso. Este habría de encontrarse por medio de la razón que tiene su manifestación en la tecnología[88]

Por otro lado el concepto moderno ha sido usado en el siglo V para diferenciar entre el pasado pagano y el presente cristiano que entonces habría ganado hegemonía en la visión del mundo oficial. Por ejemplo Hegel caracterizaba, en sus lecciones sobre la historia, lo moderno como una correlación histórica en relación a su pasado, el pasado de Hegel era el sucedido antes de 1500, es decir el medioevo.

En lo moderno había una expresión de lo nuevo, en la concepción cristiana el nuevo tiempo sería aquel que daría inicio con el juicio final.[89]

En fin, lo característico de lo moderno es esa insistencia en ser lo nuevo, en ser crítico de lo presente, siendo apertura del futuro, es decir el planteamiento de ser esa crítica permanente de nuestra era.

c.- Modernización. Concepto técnico normativo

Por modernización podemos entender todo proceso que estructura cambios renovadores, nuevos, que

88

89 Escriben Patricia Buñuelos, Pedro Vargas y Nemesio Hernández, Modernidad-posmodernidad, (61).

aceleran o efectivizan ciertos, o todos los aspectos de la producción. Hay en la modernización, que no es sino proceso, rasgos que lo pueden identificar; en primer lugar, el aumento de la producción, la racionalización de la producción, y el ahorro de costos y tiempo, "Según Gagnon, la palabra modernización designa el aumento de productividad por efecto de la innovación tecnológica.(...) Con ello se busca racionalizar la producción, evitar la repetición de operaciones, aumentar la velocidad de las prácticas administrativas."[90]

Otro sentido que se le da a la palabra modernización es aquella correspondencia entre medios y fines, esto es aquel acto por el cual se vuelven más aptos y adecuados los medios o métodos usados para hallar o lograr ciertos fines "en el caso de la palabra modernización, se trata de lo que Max Weber llamaba la correspondencia entre medio y fines, es decir de la racionalidad que se presume orienta las prácticas científicas en general. El hombre moderno elige los medios adecuados para llegar a sus metas. Y en la producción de bienes y servicios también se da por entendido que una empresa opta por los medios menos caros y más productivos para alcanzar sus objetivos comerciales. Conclusión: tanto la racionalidad que existe en los hechos objetivos o científicos como la que se presume norma las prácticas éticas o sociales cabe perfectamente en el discurso de la modernidad."[91]

[90] URBANO, Henrique, *Modernidad en los Andes,* Editado por el Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de las Casas, pp. X.
[91] Ibid. p. X.

En el campo político puede haber ciertas confusiones, como por ejemplo, el hecho de hacer coincidir un determinado régimen político con la categoría de modernización. Así se pude decir que "la modernización no es un planteamiento político definido, así, no se puede decir que es modernismo, o modernización política cuando se instaura o usan en la organización social el lineamiento liberal o neoliberal; en igual forma, no se puede decir de un proceso social que es de carácter moderno, por usar el diseño político del socialismo. Tanto el liberalismo a través del "mercado universalizante", como el socialismo con su "planificación central", tienden, en ciertos aspecto a tener procesos modernizantes, que no responden más que al estado u organización social que quieren cambiar".

En Derecho, por modernización se ha entendido a todos aquellos procesos de reforma, o actualización. Es el cambio social, "es una categoría procesal: nos da cuenta de un proceso universal antes que del contenido particular de tal proceso. Es un concepto que nos señala que se ha producido o se está produciendo un cambio social; pero no nos revela el sentido de la nueva sociedad en gestación."[92]. Pero toda modernización social conlleva modernizaciones jurídicas.

1) Modernización tradicionalista en el Derecho.-

Hay una cosmovisión significativa y lúcida sobre las manifestaciones de modernización que ha sufrido el

[92] TRAZEGNIES GRANDA, Fernando De, Postmodernidad y Derecho, Editorial Ara, pp. 19.

Perú: la Modernización tradicionalista. Esto parece una contradicción de fundamento, pero no es así. El contenido de esta determinación y conjunción de términos contradictorios, significa más bien un intento por explicar ese proceso falso, encubierto en movimientos ficticios, más que en actos reales, y por las cuales sólo se ha retocado los conceptos, pero no se ha tocado los elementos que fundan la estructura que se pretendió modernizar. Es decir que "este proceso, cuyos rasgos tienden a acentuarse en los principios del presente siglo, ha sido caracterizado por Fernando de Trazegnies como una modernización tradicionalista, es decir, una modernización que no modificó las estructuras y jerarquías básicas tradicionales, por lo que el contraste entre la élite dominante y el grueso de la población se hizo más notable. Una modernización que elimina el tributo indígena y la esclavitud del negro, pero incorpora, con la importación de asiáticos, nuevas expresiones de esclavitud y mantienen la servidumbre de la masa indígena."[93]

Sin embargo, "con todo, la modernización tradicionalista, como señala De Trazegnies, es una verdadera modernización: introduce elementos en la sociedad tradicional y la transforma. Tales elementos son tomados de otras realidades modernas -países europeos- convertidas ahora en modelos de futuro del país."[94]

[93] RUIZ ZEVALLOS, Augusto, *Psiquiatras y Locos,* Editado por el Instituto Pasado & Presente, pp. 25.
[94] Ibid. p. 25.

3.- DERECHO Y MODERNIDAD.-

Es el momento de hablar de esa conjunción Modernidad-Derecho. Empezaremos diciendo que la Modernidad va a instaurarse y configurarse como un proceso de asimilación del yo como objeto y sujeto. Es un reencuentro del hombre con su subjetividad y por lo tanto la apertura de su capacidad reflexiva y de la libertad inherente a esta subjetividad. Resulta de todo ello la exaltación del hombre como individualidad, como percepción consciente de su contradictoria condición de sujeto y objeto. En este contexto, si el mundo, el resto, parte de nuestra subjetividad, si las cosas, hechos y experiencias no son más que el producto de las percepciones subjetivas, entonces, cualquier realidad que se postule desde un reinado, concepción diferente, metafísico, divino, mítico, que contradiga esta percepción, o sin fundamentos racionales que lo justifique y validen, es negado.

El hombre al verse enfrentado a su subjetividad, al entrar el sujeto "en relación consigo mismo" tiene un problema sobresaliente: cómo compatibilizar su

subjetividad con la subjetividad de los demás. Este problema había sido resuelto en el régimen antiguo con la anulación de la subjetividad y la prelación o encadenamiento o sujeción del sujeto a un principio divino, metafísico, tradicional ya instaurado, reinante y perpetuo. Pero en la modernidad se trataba más bien de una contradicción y negación de la perspectiva del antiguo régimen y su contenido social. El problema por lo tanto habíase resuelto mediante un nuevo principio: el racionalismo, que significaba el uso de procesos y métodos racionales. "Por "racional" entendemos aquí la aplicación de procesos reflexivos en la toma de decisiones, de acuerdo con una concepción general y sistemática y en función de la realización de ciertos fines; en oposición a procesos meramente repetitivos basados en el peso de la tradición"[95]

La subjetividad, la exaltación del individuo y de su capacidad creativa, reflexiva, (desencadenada por la libertad de pensar) ponen al hombre en la búsqueda de la maximización de sus intereses, esto políticamente se intenta desarrollar con los fundamentos de la filosofía de la Ilustración, y económicamente con la disposición del imperio de la sociedad de mercado, ésta última genera y permite todo un cambio en el régimen económico de la sociedad, la organización laboral cambia y hay un nuevo espíritu en la producción, se institucionaliza el uso de máquinas, hay necesidad de incidir en el incremento de la productividad, se genera el deseo de dominar a la naturaleza, y de lograr una organización y previsión del futuro.

[95] TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, *Postmodernidad y Derecho,* Ara editories, pp. 23.

El instrumento ideal de la modernidad es la razón, y ésta se enarbola como aquella panacea que llevará a la sociedad al progreso -es en este tiempo donde la noción de progreso comienza recién a constituirse con el significado que hoy le atribuimos-.

Salta al ruedo una pregunta: ¿por qué precisamente es la razón espoleada como el artificio para alcanzar el progreso? Hay varios factores que confluyen como explicación de esta confianza en la razón. Una primera explicación tentativa, podríamos hallarla en el éxito de las ciencias exactas. Otra en el planteamiento universalizante que esta proponía.

Sintonizando nuestras reflexiones en rededor de la individualidad, decíamos que dada la exaltación del hombre individuo y de su capacidad crítica y creativa para forjar su destino e ir construyendo su vida, el problema se plantearía, luego, en la relación del sujeto con los demás sujetos, ¿qué haría que cada individualidad o subjetividad para reafirmarse o confirmarse, no destruyera a las demás?, dicho de otra forma: ¿cómo hacer que en aras de la concretación de los intereses individuales no se destruyan los intereses de los otros actores? o mejor explicado: ¿cómo compatibilizar los intereses individuales?. La respuesta de la modernidad señala a la "razón" como el elemento adecuado -que además tiene característica de universalidad- que hará posible esa compatibilización. La razón se entenderá como un proceso mental por el cual el hombre logra descubrir ciertos principios universales del hombre, válidos para todos, y en todo

lugar[96]. Kant habría dicho, respecto de este sentido racional que el hombre debería obrar de tal manera que su actuar respondiera a una ley universal.

Como se viene viendo en la modernidad hay una confianza extrema en la razón, y en su capacidad para resolvernos todos los problemas del mundo. Esto suponía que la razón era considerada "a prueba de fallos", justificada en su coherencia interna, en su "condición de relación" no contradictoria. Max Weber, postula respecto de esto, que la racionalidad tiene dos elementos fundamentales: su finalismo y su generalidad, "es racional la conducta con arreglo a fines que puede ser aplicada de manera general, sin entrar en contradicciones internas" [97] En este entendido, era económicamente la sociedad de mercado la más adecuada para aplicar esta racionalidad. El presupuesto era el siguiente: El hombre era movido por sus intereses, su actuar estaba determinado en relación directa con la creación y defensa de estos intereses; es decir el hombre siempre perseguía la maximación de sus intereses y la minimación de los costos, ésta condición del hombre se tomó por universal, así "la conducta del mercado está orientada por la intención racional y finalista de realizar los propios intereses"[98].

Así planteadas las cosas el Derecho tenía que tomar

[96] Este entender, había sido ya descrito por Sócrates, que expone la capacidad inherente del hombre de tener la verdad dentro de sí. Para ello había utilizado a un esclavo, para, haciendolo parir sus propias ideas o razonamientos hasta llegar a la misma postulación que la teoría pitagórica. Con lo que quedaba demostrado que el hombre llevaba la verdad y el conocimiento de forma innata, independientemente de su condición social o educativa.

[97] TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, *Postmodernidad y Derecho,* Ara editories, pp. 24.

[98] Ibid. pp. 25.

estas directrices racionales, organizar sus categorías como vasos comunicantes dentro de un sistema cerrado donde confluyeran los elementos normativos y los hombres pudieran predecir -en razón a la seguridad jurídica- el futuro jurídico.

Es necesario para entender el Derecho en la Modernidad, o el Derecho moderno, entrar en el estudio de sus fundamentos.

4.- CRÍTICA A LOS FUNDAMENTOS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO DE LA MODERNIDAD.-

Nuestros razonamientos jurídicos, aunque no los tenemos realmente claros, están impregnados, consciente e inconscientemente de elementos que provienen de los pensamientos y fundamentos de la modernidad. Esto no significa que somos modernos, sino que hay elementos de modernidad dentro de nuestros actos jurídicos. En este contexto, lo que pasa es que "Mal que nos pese, la gran mayoría de quienes elaboran el derecho lo hacen -hoy en día- con categorías propias del crepúsculo de la Edad Moderna: el legalismo, el deductivismo metódico, la dogmática como ciencia del derecho, el formalismo y, en general, todas las notas que caracterizan la labor jurídica de nuestros días, son el legado del pensamiento jurídico moderno. Elaborado en los gabinetes hace ya doscientos años, aún configura y determina las tareas que se realizan en los tribunales y palacios legislativos."[99]

[99] MASSINI, Carlos Ignacio. *La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1980. p. 13.

Los mencionados conceptos serían, entonces, los fundamentos, o elementos que habrían sido espoleados y puestos en relieve en la época moderna, sustituyendo a las antiguas concepciones de organización política y jurídica de la sociedad. Estos fundamentos, mal asimilados en nuestra sociedad -por ser la realidad de la revolución de la modernidad latinoamericana distinta a la real modernidad dada en el viejo mundo-, contradecían todo el pensar jurídico anterior y, no sólo negaban, sino producían la decadencia y destrucción del pensamiento anterior. Es más, habían nacido para elevarse sobre los escombros del pensamiento antiguo, despojándolos de su antiguo y hegemónico poder. Lo que sucedió es que "Todo un conjunto armónico y coherente de principios y experiencias en el ámbito de lo jurídico, estructurado desde "Las Leyes" de Platón y las "Éticas" de Aristóteles, a través del Derecho Romano y los glosadores medievales, fue sustituido en la Edad Moderna por una concepción que le era diametralmente opuesta. A partir fundamentalmente de Grocio fue tomando cuerpo una empresa de desintegración del pensamiento clásico acerca del derecho y de edificación de un nuevo sistema de ideas jurídicas, muy lejano, en cuanto a la determinación de sus formas y a la calidad de sus contenidos, de la perfección lograda por los filósofos y juristas clásicos."[100]

Es importante recalcar que el significado de racionalismo había sido estructurado en forma cuadriculada, el racionalismo metódico habría de hacer la vida exacta, las conductas únicas y cognoscibles

[100] Ibid. p. 15, 16.

mediante el uso de la razón; esta razón era universal, sólo habría que descubrirla, no inventarla (la realidad)

La época moderna se formó, entonces, como una construcción histórica. Fue un proceso que pasó por el Renacimiento, el Humanismo, la Ilustración, el Racionalismo, la Reforma (cristiana), la Contrarreforma, la Revolución.

Surgen –siguiendo el estudio de Massini[101]-, como consecuencia clara de este proceso, ciertos fundamentos que identificarían el planteamiento según la cual se regirá desde ese momento la sociedad moderna.

a.- Racionalismo y Método[102], en la concepción del Derecho Moderno.-

"Actuar racionalmente significa obrar conforme a una concepción general y sistemática"[103]

"La posición epistemológica que ve en el pensamiento, en la razón, la fuente principal del conocimiento humano, se llama racionalismo (de ratio = razón). Según él, un conocimiento sólo merece, en realidad, este nombre cuando es lógicamente necesario y universalmente válido. Cuando nuestra razón juzga que

[101] En esta parte de los fundamentos del pensamiento de la modernidad y la crítica de los mismos hemos de seguir casi literalmente a Massini, pero con razonamientos propios. Esto es necesario por ser éste el único y más lúcido autor que hemos encontrado con un tratamiento tan operativo y esclarecedor.

[102] Por método entendemos –según Ferrater- aquel orden manifetado en un conjunto de reglas. El método se contrapone al azar. Además se puede decir que se tiene un método cuando se sigue un cierto camino, para alcanzar un cierto fin, propuesto de antemano como tal. / Ferrater Mora, José, Diccionario Filosófico Abreviado, Editorial SudAmericana, pp. 281.

[103] TRAZEGNIES GRANDA, Fernado de, *Postmodernidad y Derecho,* Ara editores, pp. 75.

una cosa tiene que ser así y que no puede ser de otro modo; que tiene que ser así, por tanto, siempre, y en todas partes, entonces y sólo entonces nos encontramos ante un verdadero conocimiento, en opinión del racionalismo" (...) Estos juicios poseen, pues, una necesidad lógica y una validez universal rigurosa."[104]

Masini habla de esta conjunción lingüística -racionalismo metódico- como fundamento del pensamiento jurídico de la edad moderna, haciendo más bien una crítica del alcance y relevancia que tiene. Lo pone en primer lugar, por ser la racionalidad el instrumento más a moda (con categoría de legitimidad y validez) de la modernidad, para llegar a conclusiones más exactas, es decir, entiende que "El primero de los caracteres del pensar jurídico moderno es, sin lugar a dudas, su racionalismo fundamental. En materia de ideas jurídicas, racionalismo significa, en primer lugar, la pretensión de aplicar al campo de la praxis los postulados metodológicos de las ciencias exactas, consideradas por los pensadores modernos como el desideratum en materia de metodología científica y, en cuanto tales, aplicables a todo estudio, cualquiera sea el sector de la realidad que tenga por objeto. El origen de esta tesis fundamental del racionalismo, se encuentra -como es sabido- en el sistema de Descartes, donde se impone la conclusión de aplicar a la filosofía el método de las matemáticas, para dotarla también de la certeza propia de ésta."[105] Se abre, por ello, una nueva visión del hombre sobre el funcionamiento de la realidad, y hay un

[104] HESSEN, Johannes, *Teoría del Conocimiento,* Editorial Losada S.A., pp.51.

[105] MASSINI, Carlos Ignacio. *La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1980. p. 17.

esmerado intento de aprehenderla a través de la racionalidad expuesta y respaldada por las ciencias exactas. Esto llevaría a creer en una realidad ya delineada de antemano, a la cual tendríamos solamente que aplicar métodos matemáticos de validez; supuesto insuficiente, pero que sin embargo ejerció completa hegemonía y autoridad en el periodo de la modernidad. La razón de aplicar este racionalismo era de orden instrumental: habría que utilizar el método matemático para lograr el grado de certeza y validez en los postulados de la realidad. El móvil estaba, entonces, centrado en dirigir los comportamientos y los raciocinios para establecer la verdad. La verdad, que había sido el valor atacado por la modernidad, no había sido destruido, puesto que la verdad atacada era aquella expuesta por la religión, la verdad puesta en tela de juicio era, entonces, aquella verdad divina, mítica, tradicional. Se la había despojado de sus adjetivos, mostrándola en independencia del orden divino, pero agregándole, ahora, un nuevo adjetivo, que garantizaba su validez y certeza: la razón. Para la modernidad la verdad no era una construcción, como lo propone la postmodernidad, sino algo que existe y se tiene que descubrir simplemente, similar cosmovisión medieval. Aplicar este tipo de pensamiento en lo jurídico suponía encuadrar todo como una operación matemática, donde las conductas y actos humanos estuvieran determinados absoluta y definitivamente, y el progreso o evolución no existían ni como posibilidad. Es evidente la clara contradicción que existe entre este fundamento de la modernidad y los objetivos perseguidos por la propia modernidad como es la idea de llegar a mejorar el mundo, de hacerlo progresar.

En el Derecho los razonamientos y conceptos jurídicos tuvieron que seguir el lineamiento metodológico de las matemáticas, a través de abstracciones y utilizando procedimientos deductivos a partir de las cuales se llegaba a determinadas conclusiones, que hacían la operación jurídica lógica y razonable, y el Derecho se veía envuelto en un halo de certeza y seguridad matemática, éstas eran las únicas operaciones válidas del Derecho, puesto que el método de las ciencias exactas era el centro de todo planteamiento teórico.

"En el campo del Derecho, esto condujo necesariamente al intento de elaborar los conceptos y categorías jurídicas mediante procedimientos deductivos y de pura abstracción. Las matemáticas, consideradas como modelo metódico, trabajan sólo con abstracciones, con entes de razón logrados a través de la abstracción de segundo grado y utilizando preferentemente el método deductivo; esto último se observa con claridad en los teoremas, en los que partiendo de un postulado indemostrable, se deduce una serie de consecuencias o conclusiones."[106]

Existen irrefutables indicios de la trascendencia y vigencia de las características de este racionalismo metódico, en la estructuración, creación teórica de los conceptos jurídicos, y también en las prácticas y experiencias jurídicas. Por esta impregnación teórica, las reglas de Derecho son creadas a partir de

[106] Ibid. p 18.

lineamientos racionales, es decir construcciones jurídicas que tengan como característica común su pragmatismo, visibilidad, manejabilidad según esquemas lógicos, metodológicos, matemáticos. Y en el campo de las experiencias y prácticas jurídicas, los jueces y magistrados operan de acuerdo a procesos deductivos. En ese mismo entendido Massini, parafraseando a Villey, explica este fenómeno de la preocupación por el cultivo del método deductivo en el área jurídica.[107]

Hay, además, una evidente intención, en el razonamiento jurídico moderno, de manejar los conceptos jurídicos, de acuerdo al método cartesiano, para ir levantando, paso a paso -sin dejar inconexo ningún elemento racional-, cuerpos jurídicos que tengan –por el método usado- categoría de válidos y certeros; el proceso metodológico del racionalismo pretende alcanzar, así, la seguridad absoluta y máxima en la formación y desarrollo del Derecho. Pero en este tipo de construcción y aplicación del Derecho surge un problema fundamental que es menester observar. En este sentido, se puede explicar cómo la aplicación del método cartesiano, de someter todos los objetos al proceso metodológico de las ciencias exactas, que intentan lograr la mayor certeza de los procesos y actos jurídicos, se vuelven en contra del propio hombre, o

[107] "Nosotros constatamos -escribe Michel Villey- que las grandes obras de la época moderna han cultivado efectivamente este método deductivo. Si se trata de la elaboración del cuerpo de reglas jurídicas, es la edad de los sistemas tales como el de Grocio, de Pufendorf, de Domat (...). Y si se trata de la aplicación del derecho en la etapa judicial, la doctrina moderna nos invita a extraer la sentencia deductivamente de las reglas de derecho, ya se encuentren codificadas en las grandes obras de doctrina, ya puestas en los textos de las leyes por la voluntad más o menos arbitraria del legislador" / Escribe Massini parafraseando a Michel Villey. Massini, *La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna,* Editorial Abeledo-Perrot, pp. 18.

dicho de otra manera, lo contradicen, y aún más, contradicen el sentido de la modernidad, puesto que un fenómeno jurídico aplicado y construido según el racionalismo metodológico (usando el método de la deducción a partir de principios racionales), tendría como resultado una construcción jurídica rígida e inmutable, que no se adapta con la característica fundamental del hombre: su flexibilidad y variabilidad. El método racionalista provocaría un entronque, un bloqueo a cualquier evolución, que es precisamente lo que la modernidad pretendía: la evolución y el progreso. Todo esto puede ser explicado de la siguiente forma:

"El móvil del racionalismo jurídico moderno parece ser, paralelamente a la filosofía cartesiana, encarar en forma metódica la construcción del edificio jurídico, probando con cuidado todos los eslabones del razonamiento para llegar a resultados seguros; el método de deducción a partir de principios racionales, concluye en una construcción rígida e inmutable hasta en las aplicaciones más detalladas, es decir, de una inflexibilidad contraria a toda evolución."[108]

¿Por qué este empeño de usar el método de las ciencias exactas en el Derecho, en su creación y aplicación? El fundamento es el siguiente: La ciencia, tiene como característica fundamental basarse en métodos razonados y profundamente probados; se convierte por ello en un conocimiento cierto universalmente, el cual asume un rango de seguridad absoluta. El dominio de la ciencia es por esto el

[108] Ibid. p. 19.

requerido por todas las otras actividades, disciplinas, puesto que la necesidad de vivir dentro de la realidad y no en una ficción es ya muy fuerte, en un mundo donde todo estaba plagado de ficciones divinas y posibilidades de ser o no ser, que no permitían la proyección real del futuro. Por esto el conocimiento científico se adapta mejor al requerimiento de los humanos, para no fallar, o errar en sus conclusiones y poder operar con completa seguridad, puesto que "La ciencia tiene como armazón ser un conocimiento cierto, evidente, que se sostiene siempre, en todas partes y frente al cual no existe ningún riesgo de engaño.[109]

Para los filósofos juristas modernos, lo esencial era utilizar la razón, como crítica y negación de la vieja forma de conocimiento y resolución divina, mítica, supersticiosa, tradicional, o simplemente sensible. El rechazo y fundamento hacia estas formas de conocimiento era el mismo: la falta de prueba visible, palpable (en el caso de lo divino), o la posibilidad de error en el caso de las percepciones de los sentidos. No había, pues, en estos métodos de conocimiento, certeza absoluta y menos condición universal sustentada en prueba teórica y práctica. Así, la meta al que aspiraban llegar estos filósofos juristas de la modernidad era llegar a construir un sistema de derecho cierto, válido y universalmente aceptado, a través del uso exclusivo de la razón. El edificio jurídico sería, pues, el mérito del método racionalista que establecería, de una vez por todas las condiciones de hacer derecho.

[109] Ibid. p. 19.

"Los filósofos juristas modernos, en especial los que pertenecieron a la escuela racionalista, en el intento de lograr un sistema de derecho de una certeza absoluta, con validez en todo lugar y todo tiempo, y alcanzar una construcción que fuera el producto exclusivo de la razón -sin los errores que provenían de los sentidos, los prejuicios, las tradiciones, etc.-, partieron de ciertos principios a priori, o de un dato arbitrariamente considerado como el constitutivo esencial de la naturaleza humana;..."[110]

Explicando un poco más esto del racionalismo, como una nota característica del pensamiento jurídico moderno, diremos que esta referencia es debido a la pretensión de este tipo de pensamiento de basar todo el Derecho en postulados racionales, independientes de todo saber teológico y sensibles, puesto que las antiguas edificaciones jurídicas en base a la divinidad y la experiencia no habían resultado efectivas y certeras, habría que postular otro método que explicara y resolviera suficientemente los problemas sociales y jurídicos del tiempo. La idea era hallar un método que fuera universal, aceptado por todos, dada la afluencia de religiones, de guerra entre estas, no podrían basarse las resoluciones jurídicas en principios teológicos, puesto que significarían una cierta parcialidad, además, el método de absolver las dudas consultando las Santas Escrituras ya no era el más indicado, puesto que las Escrituras no daban prueba racional alguna, sino que sometían los juicios a la divinidad de la palabra revelada, no había más certeza en ello que la fe. Por esto

[110] Ibid. p. 20.

el racionalismo del pensamiento jurídico moderno soltó cualquier relación con elementos abstractos o difíciles de comprobar, o expuestos a error y adoptó el racionalismo como único recurso y característica fundamental, "(...) Cuando decimos que el racionalismo es nota característica del pensamiento jurídico moderno, hacemos referencia a su pretensión de fundar todo el derecho sobre la sola base de la razón, con independencia del saber teológico y de los datos de la experiencia; sobre todo, de la sabiduría revelada, ya que se intenta edificar un orden ético-jurídico que no le debiera nada a la Escritura. Los motivos de esta pretensión, en parte eran de orden práctico: Grocio buscaba afanosamente un derecho racional que contribuyera a superar las guerras religiosas de su tiempo; un sistema jurídico internacional que fuera aceptado por todos, católicos y protestantes, con el sólo recurso a la razón."[111]

Las especulaciones divinas serán ya insubsistentes, y la razón incoará nuevos métodos y procedimientos jurídicos, así la justicia no será ya buscada como algo inmanente a la naturaleza humana, sino más bien, será considerada jurídicamente insolvente, e inocua, para el nuevo tratamiento del proceso jurídico y de la creación del Derecho; el sentido del Derecho habrá de hallarse en las ideas a priori de la razón humana, allí, podrá establecerse la esencia que permitirá al hombre operar jurídicamente, en otras palabras, "Las raíces de lo justo no serán ya buscadas en la estructura inmanente de las cosas mismas, sino en las ideas a priori de la razón

[111] Ibid. p. 20.

humana."[112] Y por tal fenómeno, las relaciones jurídicas anteriores a la modernidad -es decir anteriores a las operaciones de la racionalidad metódica, propia de las ciencias exactas- ya no serán pervertidas con falsas doctrinas teológicas o pragmáticas. La razón se impondrá luego como un elemento inodoro, es decir que no tiene el olor ni del saber divino, ni del saber experimental. La razón moderna, tiene una real aversión a todo lo mítico, metafísico, divino, etc, y las bases de sus nuevos conceptos sociales y jurídicos las buscará, como ya dijimos, en fundamentos racionales. El Derecho pretenderá, mediante este racionalismo metódico dejar de ser inmensurable, es decir que no puede medirse. Tratará de hacer que todas las conductas y acciones humanas entren dentro de un esquema descrito y diseñado por la razón. Toda concepción que considere a la religión y a la teología como ente inmaculado será derrocado. La teología, y sus representantes son apartados, brutalmente, del poder. El Derecho logrará desencapsularse del poder de la iglesia y de la teología. Al respecto Massini parafraseando a Alberico Gentile escribe: "¡que guarden silencio los teólogos en materias que les son ajenas!"[113]. Esto significa, ya no un mero alejamiento de la teología del Derecho, sino su separación definitiva como ente absoluto. La teología podrá estar presente, pero nunca más será el factor fundamental por la que se decidirían las cosas.

Con la separación de la teología del poder, y por lo tanto del Derecho, se hace, como ya lo dijimos líneas arriba, necesaria la exclusión de Dios del mundo

[112] Ibid. p. 21.
[113] Ibid. p. 22.

jurídico. Dios y las escrituras dejarán también de ser exclusivos e indispensables, no serán necesarios para dar validez al Derecho, como lo planteaba la cosmovisión anterior; la jurisdicción de Dios se verá arrinconada a una circunscripción más pequeña: el mundo teológico, y nada más. Ese conjunto de atribuciones, facultades, poder que correspondían a cierta esfera territorial que era el dominio sobre todas las cosas y todos los temas, ya ha perdido terreno, se ha achicado, cuajando sus planteamientos en cubículos ahora aislados, cercados por el interés moral, espiritual de cada ser humano, dejado en libertad para hacer uso o no de esa facultad espiritual. Dios ha muerto, o al menos su poder absolutista y exclusivo, en el terreno del Derecho, que será ahora válido sólo de acuerdo a justificaciones racionales, "Dios no es necesario para la validez del Derecho y mucho menos aún la Escritura." El pensamiento jurídico moderno le ha dado un nuevo rumbo al Derecho, y un nuevo sentido, ya no el complacer a Dios, sino al mismo hombre, sólo al utilizar la razón como instrumento divino, ha cambiado de icono, pero no se ha desligado aún de ídolos que conduzcan su vida.

Pero este corte brusco, brutal que hace el Derecho en la modernidad, con Dios y la teología, no es el único corte, además, el Derecho moderno rompe también con el conocimiento empírico, con la realidad tal y como la muestra la experiencia. La razón acaparando todo a su alrededor, en una desconfianza total, propia del pensamiento Cartesiano, -que propone dudar de todo- se desprende también del legado de la experiencia e intenta hacer encuadrar al Derecho de un esquema

creado a base de abstracciones, como lo proponen las ciencias exactas: "...no sólo con la revelación es que va a cortar amarras el mundo jurídico; también los datos de la realidad empírica van a ser dejados de lado como fuentes del conocimiento del derecho. Partiendo de la premisa cartesiana de que los sentidos nos engañan, Grocio escribirá que del mismo modo "como los matemáticos consideran las figuras haciendo abstracción de los cuerpos, así yo, al tratar el derecho, he separado mi pensamiento de cualquier hecho particular. Así fue abierta una brecha entre la normatividad jurídica y lo real que, en nuestros días, tendrá su canto del cisne en el formalismo kelseniano."[114]

Esto, como lo indica la cita, provoca algo profundamente peligroso: el distanciamiento entre normatividad jurídica y realidad. Por este entendido la realidad será, al igual que la teología y Dios, relegada a la esquina del olvido, de lo inservible, de lo inutilizable. El único y exclusivo fundamento para hacer Derecho será, como ya lo dijimos decenas de veces, la razón a través de elementos abstractos que den forma al edificio jurídico. La realidad, como entidad empírica, como existencia, queda fuera del ámbito jurídico, en razón a la conciencia cartesiana del error del que pueden ser víctima los sentidos. De esta concepción jurídica es de donde tomaría fuerzas el aún perenne y contencioso, positivismo jurídico. Aun dentro del racionalismo metódico, éste afectado e impregnado por el orgulloso método científico, tendería a hacerse ineficaz e

[114] Ibid. p. 23.

irrealizable, aunque teóricamente pudiera ser probable, la realidad, es decir la vida, negaría el fundamento mismo del racionalismo, y su divina superioridad.

* * *

Las pretensiones del racionalismo, con que se había revestido la modernidad, eran altamente excesivas, y hasta exageradas. Creyentes en haberse despojado de factores divinos, empíricos, negativos para el conocimiento del Derecho, no sucedería otra cosa que un cambio de vicio (los vicios no se los puede suprimir sólo se los cambia). Revestido con otro nombre el racionalismo era ahora la nueva divinidad, ya no teológica, pero con todos los matices y fuerza religiosa que la modernidad tan drásticamente se había ocupado de aniquilar. Paradoja o simple entrampamiento mental, lo cierto es que, ahora vistas las cosas, ningún pensamiento profundamente adherido en el inconsciente del hombre podría desaparecer tan radical y efectivamente. Aún así, la modernidad tenía la misión abierta de crear un Derecho racional perfectamente estructurado en base a abstracciones inamovibles, que dejara de lado todo fenómeno no racional. La experiencia quedaría, bajo este concepto, fuera del material con el que trabajaría la modernidad jurídica. Era la edificación de lo perfecto, de una mecánica tan prolijamente trabajada y organizada que nada quedaría, según su cosmovisión, fuera de normatividad, donde la movilidad que proponía la experiencia constantemente dejaría de existir, o se la relegaría al desprecio y al olvido. Parece que el pensamiento jurídico de la modernidad, con el uso de la racionalidad, intentaba llevar hasta el extremo "...la pretensión de edificar un derecho racional que no debiera nada a la experiencia;

era éste un elemento de mutabilidad, inestabilidad y diversidad, que era preciso dejar de lado para siempre."[115] Cosa que ahora, con la postmodernidad se rescata como un derecho vital del hombre: la movilidad, la mutabilidad, la diversidad, la transformación de las propias relaciones sociales del hombre es, no sólo trascendental, sino decisivo, en la creación del Derecho. El racionalismo del modernismo, había cuadriculado esta facción humana, y el postmodernismo la recoge, la reivindica y la hace elemento fundamental, con la que trabajará, para demostrar la inexactitud de cualquier concepción dogmática y absolutista. El Derecho Postmoderno, entiende que el orden jurídico no puede ser establecido para siempre con los mismos principios y fundamentos, la historia ha demostrado el error, al observar las trasmutaciones de sentido y significado que han sufrido los valores sociales y jurídicos; así es que el Derecho no puede cortar sus relaciones con la realidad, bajo pena, o riesgo de perder solidez, vigencia, legitimidad actual, y, además, la esencia principal del Derecho dejaría de existir: servir al hombre para solucionar sus conflictos de intereses con otros individuos o con el propio Estado.

"Es evidente que un derecho que ha cortado los vínculos con la experiencia de los hombres y de la vida, para recluirse en un mundo de abstracciones intemporales, no podía terminar sino en un esquematismo enjuto; en un perfeccionismo teórico, totalmente ineficaz en la práctica; en suma, en un derecho incapaz de cumplir con su función esencial de

[115] Ibid. p. 23.

servir al hombre."[116]

Es notorio que la razón de la modernidad había estado creando una criatura atemporal, abstracta, aislada de toda realidad, o experiencia, y de toda influencia y saber teológico, divino; habíase despojado de todo aquello en lo que vivía y de lo que se nutría el hombre, el Derecho quedaba así fuera del hombre, puesto que el hombre era movimiento, experiencia y sentido religioso; el hombre era vida, y la vida estaba constituida por todos estos fenómenos mencionados. El Derecho concebido sólo racionalmente no podría servir al hombre, porque éste no era un ser abstracto, tal vez manejaba conceptos abstractos; pero en definitiva no era él mismo una abstracción, sino una realidad, y la razón no podía ser autosuficiente, si quería dirigir las conductas humanas. Pero el pensamiento de la modernidad mostraba un bloqueo entre el hombre, la razón y el Derecho. Así "La razón autosuficiente, desgajada de sus raíces en la experiencia y en la revelación, cortados sus soportes por arriba y por debajo, construyó un derecho fuera de la medida de los hombres a los que debía servir."[117]

Este uso, indiscriminado, discriminador, de la razón se basó en que ella era el sostén, o elemento principal de las ciencias. Esto parece provenir desde la cosmovisión del siglo XVIII, puesto que "Para el siglo XVIII, la seguridad y la confianza en la razón se derivan de la ciencia. Los éxitos de las ciencias experimentales fomentan la idea de que ese mismo método conduce a

[116] Ibid. p. 23.
[117] Ibid. p. 23, 24.

un progreso concreto en todos los campos de la cultura y de la vida."[118] Por eso el Derecho de la modernidad tiene también fe en la posibilidad de lograr a través de la razón esos éxitos científicos.

* * *

Hay en el pensamiento jurídico de la modernidad un uso corrosivo de la razón, pero que paradójicamente, revaloriza al individuo, porque hace que este deba formar su propia opinión sobre el mundo y las cosas, sólo con un instrumento: su razón. Con esta razón, el hombre debe poner en examen y someter a análisis a la autoridad, la historia, las costumbres, las formas sociales, la organización de las diferentes comunidades culturales, las relaciones jurídicas y su legitimidad, etc. Una vez analizado y sometido al censor de la razón, los hombres por fin podrán decidir, racionalmente, el futuro que quieren tener. El hombre por fin deja de guiarse sólo por el pasado y vuelca su mirada en el futuro, decide con relación a este futuro racional, sin mayores trabas y ataduras[119]. Esta razón con que pudieran decidir el futuro debía responder a un principio de universalización, que plasmara el elemento de la generalidad como esencial para el desarrollo de la sociedad moderna, se puede decir así que "Los pensadores de la modernidad percibieron con claridad la vocación universalizante de las nuevas ideas. Kant, quizá el teórico más importante del nuevo Estado de Derecho, planteó la necesidad de generalidad como elemento fundamental de la nueva ética que debía fundar la sociedad moderna: "obra de manera que tus

[118] Escribe Safo Testoni, en el *Diccionario Político,* dirigido por Norberto Bobbio, pp. 814.
[119] TRAZEGNIES GRANDA, Fernado de. *Postmodernidad y Derecho,* Ara editores, pp. 70.

actos puedan obedecer a una ley general, decía;…". Kant instaura la razón como Tribunal Supremo, ante el cual deben juzgarse todos los actos y todas las formas sociales; y esta razón es universal porque es parte de la naturaleza humana, más allá de sus diferencias circunstanciales."[120] Esto lleva a pensar a Kant en un Derecho universal.

Por otro lado, como ya lo vimos líneas arriba, hemos de preguntarnos de nuevo ¿cuál era la fuerza de la razón, para su validez y certeza? Era el uso del método de las ciencias exactas como las matemáticas, y se explica esta obsesión en adecuar al campo del Derecho los métodos matemáticos de la ciencia, por esa característica matemática de simplificar y eliminar lo caótico, de manejarse dentro de espacios exactos. Lo que pasa es que la razón no quiere cosas confusas, variables, caóticas, dinámicas, transmutables, por eso pretende encerrar al Derecho dentro de los esquemas de las ciencias exactas, como las matemáticas, y la razón; tiene o se le pone las características y virtudes de las matemáticas; dicho, de otra forma: "Hay en la razón moderna una evidente influencia matemática: la razón simplifica, elimina lo caótico de la realidad y generaliza, a la manera como la geometría resuelve las complejas figuras de la realidad en círculos, cuadrados o triángulos. Esa razón moderna tiene horror a lo confuso, a lo irregular, a lo particular: lo complejo no puede ser sino una determinada vinculación de elementos simples a través de estructuras perfectamente determinables; cuando esto no sucede, no estamos ante algo complejo

[120] Ibid. p. 70.

sino ante algo confuso, estamos ante un caos que es inmanejable racionalmente y, por consiguiente, representa un mal a evitar."[121] No obstante, las propias características de la razón se volverán contra la modernidad. La modernidad, en el uso de su elemento principal –la facultad crítica- percibe que la razón no puede llegar a crear la perfección, porque precisamente se basa en conceptos abstractos, como las matemáticas, y que el Derecho no puede basarse en conceptos abstractos como lo hace las matemáticas, que encuadran y encasillan a la realidad dentro de figuras geométricas, etc., perfectamente manejables; la realidad es más compleja, más diversa, y mucho más que pura razón, que simples abstracciones racionales.

* * *

Falta decir, que los medios usados por la modernidad para imponer una determinada racionalidad sobre las otras, y para vigilar y castigar cualquier contradicción, desviación, han sido una multitud considerable, desde la educación, los medios de comunicación de masas, los métodos de trabajo, las formas de organización social y económica y hasta la Medicina y la Psiquiatría. Por supuesto que el Derecho ha sido una de esas formas de introducir el racionalismo, cerrando primero las puertas a la juricidad consuetudinaria, concentrando en una fuente única la producción normativa y concentrando en un sistema único la administración de Justicia[122], fenómenos que gracias al empeño y fuerza con que fueron introducidos han permanecido aún hoy en el inconsciente colectivo con el que se hace Derecho.

[121] Ibid. p. 71.
[122] Ibid. p. 73.

Además esa racionalidad conceptual o lógica habría de ser superada.[123]

Por último hay que anotar esa desconexión del discurso racional / científico, con el discurso jurídico. Esa porción de incompatibilidad entre razón y hombre. Así "la racionalidad que Weber postulaba para definir el discurso científico posee el grave inconveniente de no poder ser aplicada al discurso ético o a las ciencias morales y sociales. Según él, el espacio social, por ejemplo, no es susceptible de ser sometido a un razonamiento de carácter objetivo por el hecho de no soportar el rigor o las lógicas exigidas por el desarrollo de un discurso científico." [124] Es decir que los discursos científicos, racionales son incapaces de ser aplicadas en los discursos éticos, morales, axiológicos, humanos; todas estas dimensiones que impregnan al hombre.

b.- Sistema[125] y Deducción como elementos del Derecho Moderno.-

Esta conjunción de conceptos responde al resultado o efectivización del pensamiento jurídico moderno, es un

123 "En que consiste la racionalidad conceptual? Consiste en utilizar o por lo menos proponerse utilizar solamente conceptos bien definidos, conceptos exactos, no conceptos vagos o imprecisos. La racionalidad lógica va más allá: exige además que se respete el principio de no contradicción entre proposiciones" / Bunge, Mario, *Vigencia de la Filosofía,* Universidad Inca Garcilaso de la Vega-Fondo Editorial, pp. 51.

124 URBANO, Enrique, *Modernidad en los Andes,* Editado por el Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de las Casas, pp. XII.

125 Por Sistema entenderemos más que aquel "conjunto de elementos relacionados entre sí y armónicamente conjugados. Para los Estoicos, escribe Ferrater Mora, Sistema significaba orden. Con Hegel el sentido emplica que la realidad y la verdad sólo serán tales y "tendrán sentido en virtud de su referencia e inserción en el todo" ...La verdad sería, pues, según esto, solamente la articulación de cada cosa con el todo, y el todo mismo que expresa el sistema de esta articulación. (...) /Ferrater Mora, José, *Diccionario de Filosofía Abreviado,* Editorial Sudamericana-Buenos Aires, pág. 391.

cierre completo de la forma como se planteaba el desarrollo del Derecho. El sistematismo, que había significado con los Estoicos orden, era tomado con el rigor y exceso del uso de la razón, apoyada por el método deductivo, para construir, un sistema cerrado, donde las partes sólo tuvieran validez en referencia al todo. Todo debería encajar, dentro de un orden lógico deductivo, que conformarían el todo sistemático. Mediante este tipo de pensamiento y conocimiento jurídico se crea sistemas cerrados y completos de conocimiento. Aquí el método deductivo de conocimiento es usado en forma matemática, en donde cada parte debería ser como un único camino de ida y venida del todo, en el proceso de conocimiento. Este razonamiento ahoga cualquier intento de desviación que pudiera producirse por efectos de hechos azarosos: "En efecto, la aplicación del método racional deductivo hasta sus últimas consecuencias, conforme al modelo matemático, conduce a la formación de sistemas cerrados y completos de conocimiento, en los que cada afirmación puede ser reconducida al primer principio a partir del que toda la deducción comienza."[126] Método por la cual se lograría obtener conclusiones correctas a través de una cadena de deducciones. No hay lugar en este tipo de sistema para la variación, ni para aquellos fenómenos que no puedan insertarse dentro de un mecanismo de afirmación dentro del todo.

El orden jurídico, visto desde esta óptica racional, sistemática y deductivista, se construiría bajo el imperio de un sistema cerrado, fundado y respaldado por

[126] MASSINI, Carlos Ignacio. *La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1980. p. 25.

razonamientos abstractos, que estuvieran liberados de la experiencia, y que por su propia razón de ser, lograran llegar a una entelequia última, perfecta. Dicho en otros términos: "Rotos por la razón los conductos con la experiencia y tomando por modelo epistemológico único el de las ciencias exactas, no le quedaba al pensamiento moderno más salida que la de edificar el saber jurídico bajo la forma de un perfecto sistema, cerrado y autosuficiente, en el que todas sus proposiciones, de la primera a la última, guardaran un encadenamiento lógico-formal perfecto."[127]

El panorama se revestía de perfección, que provenía en la creencia del uso del método científico en las construcción del Derecho. Habiéndose olvidado que el hombre no es ciencia, sino que pertenece a otro orden, el de ser viviente, el de humano, y que ese encadenamiento de razonamientos y certidumbres que formaban el sistema cerrado no era necesariamente práctica, efectiva con la condición humana y sus conductas. Aún así, hubieron grandes pensadores que sostuvieron la teoría del Sistema Cerrado como ordenamiento social, que afirmaban la necesidad de tal y las características de relación implícita e inherente a este tipo de pensamiento; ejemplo, "Para Hobbes, y con él la mayoría de los pensadores jurídicos de la modernidad, "... No puede existir certidumbre respecto a la última conclusión sin una certidumbre acerca de todas aquellas afirmaciones y negaciones, sobre las cuales se fundó e infirió la última","[128] y por su parte

[127] Ibid. p. 26.
[128] Ibid. p. 26.

Hegel habría propuesto y defendido la necesidad de un sistema cerrado.

Esta idea, y cosmovisión del mundo provocaría, un encadenamiento de problemas sociales y jurídicos, porque expuestos los fundamentos del Derecho como entidades aisladas, desligadas de toda receptividad histórica y experimental, las relaciones jurídicas se hacían imposibles, puesto que –como lo pretendía el sistematismo- no todo estaba dentro del orden sistemático. No todos los problemas humanos tenían solución dentro del sistema. No todo estaba contenido dentro del sistema. No todos los problemas eran verificables racionalmente, y el hombre era, evidentemente, no sólo razón, sino también política, religión, instinto, sentimiento, e influenciable, es por esto que "La exigencia de unidad y encadenamiento del saber propia del "espíritu de sistema", tuvo como resultado la construcción de edificios jurídicos rígidos, desconectados de la historia y de la vida del derecho, que pretendía contener todas las soluciones posibles para los problemas humanos. Cualquier solución jurídica debía tener su lugar en el sistema y justificarse racionalmente a partir del mismo. El derecho formaba una entidad cerrada, que no recibía influencias de la vida social, las instituciones políticas o las creencias religiosas." [129] . El Derecho habría de postularse impracticable, según esta visión del sistematismo deductivista.

* * *

[129] Ibid. p. 26.

El encabezamiento del pensamiento jurídico de la modernidad, habría roto con el empirismo del derecho antiguo y medieval, se desentendió de lo pragmático, chocó contra la naturaleza y la forzó a formarse de acuerdo al criterio de la razón, creyendo en la posibilidad de lograr soluciones unívocas, gracias a la elaboración de un sistema científico del Derecho, que abarque todo, absolutamente todo, y logre un pequeño grupo de reglas perfectas, racionalmente construidas, e independientes de cualquier experiencia jurídica, etc, que satisfaga cualquier tipo de controversias, es decir lo que sucedió en la modernidad fue que "El genio jurídico moderno -escribe Michel Villey- introdujo el orden en el derecho, rompió con el empirismo prudente del derecho antiguo y medieval, dejó de lado el método de atención y sumisión constante a los datos experimentales que propugnaban la doctrina de Aristóteles y Santo Tomás; violentando la naturaleza, diseñó autoritariamente algo así como jardines a la francesa; sistemas deductivos, derivados de axiomas racionales (...) Este amor al sistema triunfa en la obra de Leibniz, más racional que ninguna otra.(...) Leibniz afirma en cada ocasión la posibilidad de reducir a la unidad las opiniones contradictorias de los jurisconsultos, de arribar a un pequeño número de reglas perfectas y que no toleran excepción alguna, de elaborar un sistema científico de derecho autónomo, totalmente separado de la experiencia judicial que lo deba todo a la razón, la filosofía, la lógica y las matemáticas."[130]

[130] Ibid. p. 26, 27.

Para los pensadores jurídicos de la modernidad, el Derecho no podría contentarse con tener simples y meros principios, imprecisos, había la necesidad de probarlo todo, de someterlo a la razón, que era la máxima virtud consagrada a darle validez o no a cualquier concepto, hecho o conducta humana. La modernidad se había planteado hacer un trabajo globalizador, una construcción que ubique los principios y las conclusiones finales dentro del sistema. Hay cierta insistencia en concentrar todo los hechos jurídicos dentro del radio del sistema, por eso "La razón moderna no puede contentarse, como en los pensadores clásicos, con el descubrimiento de los primeros principios del orden práctico, generales, imprecisos y no formulados; por el contrario, los modernos intentarán formular racionalmente todo el derecho, desde los principios a las conclusiones, aun las más alejadas."[131]

La cosmovisión de la modernidad pretendía tener la jurisdicción total, absoluta, completa, que pudiera abarcar, dentro de su cuerpo lógico, la totalidad de la normatividad jurídica, las regulaciones generales y las regulaciones concretas. A partir de ello, se pretendía exponer el destierro del Derecho de aquello que no quedará registrado por el sistema. De aquí podría provenir el reforzamiento de aquellos principios jurídicos que enuncian la inexistencia de Derecho donde no hay ley, argumento que ha creado, no sólo confusión, sino inoperatividad e incongruencia del Derecho con la realidad y la necesidad de aplicar Derecho donde no había Ley, pero sí contradicción jurídica. Por otra parte,

[131] Ibid. p. 27.

esta cosmovisión del absoluto, del sistema cerrado, podría explicar esa intención harta ilusoria de Napoleón de hacer un código que contuviera todas las posibilidades jurídicas, y que resolviera las mismas.

Pero cómo decíamos, en primera instancia, la cosmovisión jurídica de la modernidad habría de necesitar de ciertos elementos exclusivos y excluyentes que hicieran al Derecho un concepto perfectamente estructurado dentro de un sistema deductivista. Así vistas las cosas, "Conforme lo señala Welzel, para que el sistema de derecho fuera completo, era preciso que abarcara, con sus brazos de lógica deductiva, la totalidad de la normatividad jurídica: los principios, las primeras conclusiones y también las más alejadas de los principios, destinadas a regular los casos concretos. Sólo así el espíritu sistemático estaría satisfecho y cada una de las normas de la construcción jurídica, podría ser explicada y fundamentada dentro del sistema con sólo ponerlo en funcionamiento lógico; como consecuencia de esta doctrina, todo lo que no entraba en el sistema no era considerado derecho y todo lo que se pretendía que lo fuera debía ser a él incorporado; el sistema venía a ser algo así como el lecho de Procusto de la juridicidad."[132]

Sin embargo, a pesar de todo lo dicho, el problema no radicaría radicalmente en el sistematismo. El sistema como organización no es problema, sino su concepción y aplicación como círculo cerrado. Habría que hacer más bien una aclaración semántica, y plantear la existencia

[132] Ibid. p. 28.

de un sistema abierto, que pudiera, precisamente por su naturaleza, adaptar las nuevas experiencias y conocimientos a su estructura sistémica, así el conjunto de proposiciones afirmadas teóricamente que conforman al sistema se vería reacomodado, reajustado continuamente, y permitiría, que el Derecho pueda ser viable y jurídicamente posible. El sistema abierto se distinguiría, entonces, por la alternación de regímenes y planteamientos nuevos, que se irían estructurando según la velocidad y tonalidad de los tiempos. El sistema como núcleo dirigente sería apoyado por elementos exteriores, que constituirían –a diferencia de los elementos abstractos del sistema cerrado, que hacen de este un peligro de congelación y autodestrucción del propio sistema- la movilización y supervivencia del sistema, como método de organización y conocimiento, convirtiéndose en terreno fértil para la gestación y aplicación del Derecho. Es en este entendido que "Algunos autores indican que la propensión sistemática no es en sí misma nociva; lo peligrosos es, a su entender, adherirse a un sistema cerrado (como el de Hegel) en vez de propugnar un sistema abierto que sin perder ninguna de las ventajas de la ordenación sistemática, sea capaz de acoger nuevos problemas y de modificarse continuamente."[133] Hay que agregar que –según José Ferrater Mora- éste es el tipo de Sistema Abierto adoptado por las ciencias en sus construcciones teóricas; y que el Derecho puede perfectamente adaptar las tentativas y efectivos actos de movilización del proceso social, para asimilarlas a la estructura sistémica, transformando y ubicando los nuevos hechos

[133] FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía Abreviado,* Editorial Sudamericana-Buenos Aires, p. 392.

y experiencias, que renovarían el sistema sin destruirlo, es decir que "...pueden admitirse ciertas estructuras teóricas suficientemente amplias e intentar alojar en ellas los nuevos hechos que se vayan descubriendo. De este modo, los hechos modifican el sistema, pero no lo cambian cada vez completamente."[134], o dicho en palabras de Ernesto Grün: "...el sistema puede hacer frente a cierta cantidad de alteración y perturbación [exterior] sin desbaratarse por completo.[De tal forma el sistema se ve forzado a asimilar o adaptarse a aquellas nuevas influencias y experiencias](...) Dicho con otras palabras, la ruptura del sistema hace que a éste le sea posible avanzar hacia una forma completamente diferente de organizarse", sin que esto provoque su desaparición.

c.- Normativismo. Condición de objetivización de la norma.-

El normativismo se constituyó primero como una gran aspiración jurídica, ésta fue llenada de significado y contenido preciso: la norma como fundamento racional y principal del Derecho. Esta –la norma- supuestamente libre de todo dominio teológico autoritario, sería el instrumento gracias al cual el hombre podría afirmarse en virtud de la razón. El imperio del sistema y de la razón, requerían a la norma como una forma que permitiría el orden lógico y racional. La modernidad creyó que las otras formas de conocimiento: la teólogica, la empírica hacían inestable el aparato jurídico, así que "Para un pensamiento edificado por la pura razón y en

134 Ibid. p. 392.

forma sistemática, la única de las realidades analógicas de lo jurídico que puede ser aprehendida y comprendida, es la norma, que reviste la forma de una ordenación racional."[135]

Esta concepción normativista del mundo, consideró que lo único que era Derecho tendría que ser norma, es decir que el Derecho era única, exclusiva y excluyentemente constituido por normas, que encadenadas, formaban un sistema cerrado, esto está claramente captado y aceptado, por ejemplo en "...el iusnaturalismo moderno. (que), consideró que todo el derecho era norma; que toda norma se deducía de otra norma; que las normas formaban un sistema cerrado"[136]

La noción normativista, sufrió un gran respaldo de ciertos filósofos, como Spinoza y Hobbes, que pensaban en la autenticidad y legitimidad de la norma como característica y envoltura del Derecho, es más aquellos pensaron que la ley es Derecho, y que el Derecho es ley, quedando de lado toda otra fuente del orden jurídico, es decir, lo verdadero y cierto en Derecho era la norma positiva que es construcción de la racionalidad de los hombres y ordenada por el Estado. Esto es justamente lo que plantean Spinoza y Hobbes, del cual habla Massini, escribiendo que: "Es evidente que, para estos pensadores, la ley es el derecho y todo el derecho está en la ley; que no existe otra fuente de lo jurídico además de la norma, concretamente de la norma positiva, que "depende de la voluntad de los hombres" y que "el

[135] MASSINI, Carlos Ignacio. *La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1980. p. 31.
[136] Ibid. p. 31.

Estado ha ordenado de palabra o por escrito”.”[137]. Hay en esta afirmación una consecuencia grave: la adaptación del hombre a la norma, a la ley, y no al revés, como debería ser. El hombre se somete, desde este principio al imperio y dominio de la norma, y hace de su derecho un orden normado positivamente, a través de un organismo llamado Estado. Más allá de esta esfera no habrá Derecho, y el hombre quedará enclaustrado en las paredes de lo normado positivamente.

Sin embargo, cabría preguntar, ¿por qué este razonamiento: la normatividad como única fuente y cuerpo del Derecho aceptada tan drástica y dogmáticamente por los pensadores jurídicos de la modernidad? Modernidad que tiene sus grandes secuelas actuales. Hay una explicación también drástica y dramática. La norma positiva -que supone forma positiva, regla positiva, es decir emanada de la autoridad, del Estado- encuadraba perfectamente dentro de una estructura racional; un sistema cerrado sólo podría trabajar con conceptos y elementos racionales como la norma, por constituir estos entes abstractos, fácilmente encajonables dentro de realidades racionales teóricas. La norma no tendría el inconveniente de enfrentarse a realidades concretas que eran difíciles de encuadrar dentro de un sistema rígido y cerrado, puesto que la vida, la realidad estaba constituida por datos cambiantes, producto de las prácticas y experiencias diarias de la vida. La razón no podría manejar este dinamismo de la vida, y es por eso que para poder construir el sistema cerrado es

[137] Ibid. p. 32.

necesario la racionalización de las abstracciones, lo cual se hace a través de la norma positiva, es decir, la ley. En este planteamiento del orden jurídico el juez tendría sólo la función de aplicar la ley, ya establecida por el sistema cerrado, perdiendo contacto o vinculación con la realidad. Massini explica mucho mejor este fenómeno y escribe: "El racionalismo se mueve con comodidad sólo en el campo de las normas, en virtud de que, racionalmente, es posible realizar todo tipo de operaciones intelectuales con normas abstractas. Por el contrario, con realidades concretas -conductas, opiniones jurisprudenciales, deberes- no se puede trabajar sino ateniéndose constantemente a los datos de la realidad. Entre normas se puede deducir, subsumir, relacionar, etc., sin necesidad de tener siquiera en cuenta la existencia de la vida jurídica. Por el contrario, la realidad jurídica concreta es más reacia a las manipulaciones de la razón; ofrece una dura resistencia a los esquemas, no se deja atrapar fácilmente en las abstracciones en que pretende encerrarla el "espíritu del sistema". Por esa razón es que el racionalista dirige su mirada sólo a la ley, considerándola como lo verdaderamente real, como lo único que merece llevar el nombre de derecho. El juez sólo será un apéndice de la ley, aplicador mecánico y fiel de sus preceptos, conforme a la sentencia de Montesquieu: "el juez es un ser inanimado que repite las palabras de la ley". Una vez más, Hobbes resume con precisión las convicciones del espíritu moderno; así escribe: "Los jueces subordinados deben tener en cuenta la razón que motivó a su soberano a instituir la ley; a la cual tiene que conformar su sentencia; sólo entonces es la sentencia de su

soberano; de otro modo es la suya propia, y una sentencia injusta, en efecto."[138]

Esta forma de hacer Derecho, de aplicar Derecho, sería eficaz solamente en el mundo teórico, más el mundo real queda aplastado y rebajado a una simple existencia mental, subjetiva. La norma, como expresión de las afirmaciones racionales, no toma en cuenta para nada a la realidad, y lo que se buscará, ahora en los conflictos de intereses de los hombres, será cómo adaptarse a la perfección de la normatividad positiva, racionalmente creada, con abstracciones sólo utilizables dentro del mundo mental y no práctico. Praxis y teoría, quedan separados por el elemento racional de la norma. Si la norma es sólo la ley, entonces, no habría Derecho donde no hubiera ley. El espíritu sistematista ha ordenado la teoría jurídica, pero ha desorganizado y desvinculado el mundo real con el normativo. Sin embargo la modernidad planteaba, dogmáticamente, el principio que postula la autoridad conceptual de que sólo había Derecho donde existía Ley. Así la única fuente es la norma positiva sancionada por el Estado, diferente a la multidiversidad de las fuentes del Derecho romano. Concluyendo la historia muestra cómo "...el pensamiento jurídico moderno desemboca en el más absoluto monismo en cuanto a las fuentes del derecho: la ley y sólo la ley, puede ser considerada fundamento de soluciones jurídicas; es más: sólo la ley es el derecho estrictamente hablando; las demás realidades jurídicas sólo pueden calificarse de derecho en la medida de su vinculación con la norma legal."[139]

[138] Ibid. p. 32, 33.
[139] Ibid. p. 33.

Hay aún el espíritu normativista en nuestras relaciones jurídicas, a pesar de estar viviendo la era de la información, de las comunicaciones, de la globalización y de la revolución informática. No obstante este normativismo rígido está siendo atacado, no por fundamentos teóricos, ni raciocinios jurídicos, sino por las propias experiencias y prácticas jurídicas. El Derecho ya no puede ser sólo y simplemente norma.

d.- El Olvido de la Finalidad. Discurso del paradigma normativo del Derecho.-

La razón de la nominación de este acápite es la desviación que sufrió, el sentido en el Derecho, como también en toda la sociedad: el cambio de cosmovisión del mundo y las relaciones sociales. La modernidad fue símbolo de un cambio radical en el panorama vivencial. El mundo no estaría, desde la modernidad, dirigido hacia un orden teológico, que diera sentido y razón a la propia existencia, como en la antigüedad y el medioevo; este sentido anterior había sido abandonado, y el hueco dejado había sido ocupado por la cosmovisión moderna del mundo, es decir por la razón. Lo que pasó es que la "...la modernidad significó un cambio radical en la forma de ver el mundo, respecto a la que imperaba en la antigüedad y en el medioevo. Tanto Aristóteles como Tomás de Aquino, figuras cumbres -respectivamente- del pensamiento antiguo y medieval, concibieron al universo como teleológicamente ordenado, como orientado hacia un fin que le confería razón y sentido. Todo lo real -en su totalidad o individualmente- era percibido desde un término hacia el que -naturalmente-

se dirigía. Cada ente, para esta concepción, está dotado de un sentido propio y, conforme, a su modo de ser, ordenado hacia un fin que especifica su movimiento operativo. Para comprender una realidad cualquiera -y con mayor razón la realidad toda- es preciso conocer este fin, único dato capaz de dar razón de su existencia."[140] Todo esto fue descartado, tomado como inútil y estéril pensamiento; y es que los fines en la vida no están definidos y determinados de antemano. Fue precisamente Descartes el que rechazó la vieja noción de finalidad natural inmanente. Además, Spinoza pensaba que "no sólo no era aprehensible la finalidad en el mundo, sino que ni siquiera Dios actuaba por fines."[141]

La desaparición de las causas finales en el mundo impelía al ser humano a contemplar el mundo desde el ángulo de una estructura de causas eficientes. Todo el mecanismo social había sido desprovisto del sentido finalista. El estudio del obrar humano a partir de los fines del hombre, abandonados a su suerte, ya no tenían razón de ser, ni de existir. La especificidad del estudio de la praxis había también perdido importancia. El anterior sentido de entelequia, condición principal de búsqueda de la perfección, que antaño con Aristóteles se había buscado, ahora estaba declinada y feneciendo. La conciencia y preocupación del Derecho por lograr que los hombres sean mejores como fin se había transformado radicalmente en una simple operación racional abstracta, al estilo de las matemáticas. El fin del Derecho como principio del mundo jurídico se convirtió

[140] Ibid. p. 37.
[141] Ibid. p. 38.

en algo impersonal, en algo puramente racional. La base social de organización había dejado de ser el fin, y en su lugar se había construido un monstruoso edificio de estructuras abstractas y racionales. Así se puede decir que "Este abandono de las causas finales, trajo como necesaria consecuencia la pérdida de especificidad de los estudios concernientes a la praxis, entendido este último término en el sentido clásico de todo lo referido a la perfección del hombre, ya sea en su vida personal o social y que comprende a la actividad moral, política y jurídica. El derecho dejó, por ello, de ser considerado prácticamente, desde el punto de vista de los fines y objetivos a lograr en la concreta convivencia del hombre, y elevado al campo de las abstracciones, propias del mundo estrictamente racional de las matemáticas."[142]

El Derecho contenido ahora simplemente en una construcción perfectamente racional y abstracta, no servía para la práxis cotidiana. La separación del Derecho de sus finalidades le quitó territorio geográfico a nivel social, real y jurídico. La razón había intervenido terapéuticamente en el cerebro del Derecho y le había quitado el eje de su dirección, el fin perseguido. En este sentido la modernidad, tan liberadora, estaba actuando como un órgano represivo por excelencia, que privaba al individuo de toda libertad de seguir ciertos fines hacia donde llegar. El pensamiento moderno estaba sacrificando, en aras de la razón, las causas finales del Derecho. Dicho en palabras de Massini: "Al perder su perspectiva práctica, operable, dirigida a la concreción

[142] Ibid. p. 38, 39.

en la vida social, el derecho terminó por ser concebido como una entelequia puramente teórica, perfecta en sí misma y apta para la contemplación, pero no para ser instrumento hábil de la vida humana social; separado de sus fines, el derecho terminó por no servir "para nada". La perfección racional de las construcciones jurídicas, no podía suplir la ductibilidad y maleabilidad de un orden jurídico que había sido edificado, hasta entonces, con la mirada puesta en lo real y no en las estrellas. Villey escribe en su "Philosophie du droit", que uno de los caracteres del pensamiento moderno "fue sacrificar las causas finales..."[143]

Con un Derecho así construido deja de importar la realidad, como lo volvemos a señalar, por centésima vez. La validez del uso de la razón, la perfección inherente a ella, con que se construyeron teorías, tratados, códigos inmensos, una vez volcados en la realidad práctica no sólo tropiezan, sino se vuelven torpes, e inutilizables. El perfecto compendio jurídico trabajada con elementos racionales fracasa, a pesar de su excelsitud y virtud científica. Nada habrá más peligroso para el Derecho que el uso de estos códigos y compendios perfectos de Derecho, nada más alejado al Derecho viviente, a aquello que hace del orden jurídico su razón de ser: la vida humana, sus prácticas y experiencias jurídicas. Así "El derecho termina siendo, en la modernidad, un sistema de normas racionales, de las que no interesa su valor o finalidad. "La razón -escribe Di Pietro- ha elaborado por sí tratados inmensos, ha trajinado larguísimas leyes, ha completado códigos

[143] Ibid. p. 39.

aparentemente perfectos y una vez elaborados ha querido imponerlos a la realidad y, las más de las veces, los mismos no han resultado más que vacías entelequias que se han desfondado en cuanto se pretendía su más mínima aplicación. Se explica así el porqué de la existencia de 'constituciones escritas' que se oponen a las 'constituciones reales', de códigos que trasuntan el desiderátum de los ideólogos, que no son sino meras reglas técnicas usurpadoras de las verdades jurídicas, de leyes que hacen experimentar a los científicos del derecho las más vivas sensaciones de excelsitud, pero que resultan inaplicables, torpes e inútiles cuando se asoman a la cosa viva". Y la cosa viva es, indudablemente, lo que realmente importa en el derecho."[144]

Hay una consecuencia directa de esta pérdida de los fines en el Derecho: el formalismo jurídico. Como ya no importa para qué se hace Derecho, ni las pretensiones de los seres humanos, lo importante será, ahora, la forma de la normatividad. La norma cobra razón de ser en la palabra, en la forma, no en el sentido, es decir que "...esta eliminación de los fines del ámbito del derecho, hará posible, con el completo desenvolvimiento del modo de pensar moderno, el formalismo jurídico que llega hasta nuestros días. En efecto, ella vacía de contenido a la normatividad jurídica, le hace perder el "para qué" del precepto, debiendo contentarse el jurista con el estudio del "cómo", de la pura formalidad extrínseca."[145] De esta forma la normatividad hará su reinado en razonamientos lógicos matemáticos puros.

[144] Ibid. p. 40, 41.
[145] Ibid. p. 41.

La norma positiva imperará por la forma, la función y fin que perseguía antes el Derecho desbaratada con un simple argumento racional que niega toda posibilidad de pensar en un fin. Todo es proceso, operación, manejo matemático de conceptos jurídicos abstractos; el hombre importa en relación con su adecuación a la norma positiva y esta se tornará dogmática: "La ciencia del derecho se transformará en "dogmática", análisis de las leyes positivas desde el punto de vista gramatical, lógico o sistemático, pero con olvido de su función configuradora de las realidades humanas, de su intrínseca ordenación a la perfección de la persona en la comunidad política."[146] El Derecho había ganado en entelequia racional, pero perdido en humanidad.

e.- El Factor Individualista en la cosmografía del Derecho Moderno.-

Hay en la modernidad un cambio de perspectiva radical, una "revolución de mentalidad"; con ella hasta la teoría del Derecho Natural se hizo en base a una construcción racional. Este cambio produce la reinvidicación del individuo, la afirmación del valor del individuo, de este derecho. Según datos históricos en lo que va del siglo XIII al XVI hay un cambio en la cosmovisión del mundo, cambio en la forma de verse el hombre, al universo y a Dios. Este cambio, "manifestado universalmente después del Renacimiento, toma la forma de un deslizamiento de lo objetivo hacia lo subjetivo", escribe Massini. Luego la cosmovisión o la percepción de lo real ha variado trascendentalmente, de

[146] Ibid. p. 41.

un conocimiento obtenido a través de la observación de los objetos se ha pasado a una visión que pone el enfoque en el sujeto cognoscente. Y "sujeto es –dice Walter Schulz- "el que ve" y desde allí se va a conceptualizar la realidad; no desde el objeto conocido, sino desde aquel que lo percibe. Consecuencia de ello será un cambio fundamental en el método filosófico, que ha sido magníficamente descrito por Etienne Gilson: ya no se irá del ser al conocer, sino del conocer al ser; de la "res" medieval se ha pasado al "cogito" de Descartes"[147]

Este pensamiento ha puesto al hombre en el centro; el Derecho sería definido como aquella facultad del individuo, definición que servirá de base para la construcción del resto de conceptos jurídicos. Planteándose desde allí el requerimiento de que lo jurídico no será ya lo debido, sino lo que se nos debe, aquello que, por naturaleza intrínseca corresponde al hombre en su carácter de individuo autónomo y autosuficiente. El hombre es, por esta definición, el centro del universo y de la sociedad. Ya desde Suarez a Rousseau se definiría el Derecho como facultad personal del individuo –escribe Massini.

La Edad Media, es contradicha y corroída en su concepción filosófica, y se hace del individuo un fin en sí mismo. Por ello la voluntad del individuo será la preocupación predominante y elemento fundamental del Derecho. El mejor instrumento para conocer y descubrir lo justo sería ya no las revelaciones divinas, tradiciones u otras concepciones antiguas o medievales,

[147] Ibid. p. 44.

sino el hombre. Así se puede decir, que "Esta concepción se define esencialmente en que hace del individuo un fin en sí mismo, de aquí en adelante, es la voluntad individual la que es considerada como el elemento fundamental del derecho y el mejor medio de descubrir "lo justo", pues el individuo conoce y quiere aquello que es conforme a sus intereses. Las soluciones jurídicas deben, por lo tanto, ser elaboradas por una remisión a la voluntad individual."[148]

La libertad es ahora reconocida como una facultad inherente al hombre; éste, de deudor del padre y la patria, pasará a acreedor de la sociedad. El carácter de su autosuficiencia individual será reivindicado. Se va a construir un individualismo jurídico que eleva al hombre a la cúspide de las libertades. El fin supremo será, por lo tanto, el hombre y su particular posición de portador de libertades y facultades innatas, así "...el individualismo jurídico va a considerar al hombre portador de libertades innatas, (...) Este poder se reinvindicará contra la sociedad, la que aparecerá siempre como deudora del individuo autosuficiente; el hombre dejará de ser un deudor de sus padres y de su patria, tal como lo sostenían Cicerón y Tomás de Aquino para pasar a ser acreedor de todo y contra todos, en una utópica reivindicación de cuanto le venga en gana. La "Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano", (...) e inclusive la actual doctrina de los "Derechos Humanos", utilizada por los EE.UU. Para castigar a los países amigos, son todas tributarias de esta concepción

[148] Ibid. p. 45.

del derecho como facultad personal, como reivindicación de potestades..."[149]

* *

Existe en la perspectiva individualista que propone la modernidad una cierta antinomia, puesto que, al afirmarse los derechos del individuo, la libertad de contratar, la propiedad absoluta, el derecho a que cada uno organice su vida como mejor le parezca, y a la vez esbozar la necesidad ineludible de la existencia de una autoridad, de leyes que determinen los límites de la libertad contractual, de la limitación y restricciones a la propiedad con el justificante de resguardar el interés general, además de la necesidad del sometimiento de todos los individuos a leyes generales y comunes, y la supresión de la diversidad cultural, justamente para poder lograr construir una sociedad libre, nos hace llegar a la conclusión de que realmente existe una antinomia en la modernidad, específicamente en la perspectiva individual, es decir entre el planteamiento de la individualidad ganada por derecho, por el hombre moderno, y la necesidad de someterse, para mantener esta individualidad latente, funcionando[150]. Lo que, además, expondría la clara y evidente antinomia que presenta el pensamiento liberal que se expuso en la modernidad. La exaltación del individuo ha sido un planteamiento de la modernidad, que además propugna la libertad creadora, la originalidad, y todo aquello que pueda desarrollarse con la subjetividad, es la ponderación de esta facultad, y la negación de cualquier valor objetivo, que más bien es puesto en duda, y llevado a laboratorio crítico de la razón; ya no habrá

[149] Ibid. p. 48, 49.

[150] TRAZEGNIES GRANDA, Fernado de, *Postmodernidad y Derecho,* Ara editores, pp. 74.

objetividades preconstituidas, como en la tradición; sin embargo "estos intereses individuales, fragmentarios, deben ser organizados de acuerdo con ciertos criterios: el individuo tiene que guardar una coherencia entre sus intereses y entre estos y sus actos; y el conjunto de individuos, la sociedad, tiene a su vez que compatibilizar esos intereses de los individuos. De ello se deducen una serie de situaciones y de imperativos ineludibles: deben haber leyes comunes, las leyes tienen que ser respetadas por todos, etc."[151] Lo que otra vez demuestra la antinomia que existe entre individualidad y socialidad.

[151] Ibid. p. 74, 75.

5.- COSMOVISIÓN DEL MUNDO MODERNO.-

a.- La extinción del Derecho Teológico. El antropocentrismo renacentista frente al teocentrismo medieval.-

Como ya mencionamos varias líneas arriba, hubo con la modernidad un marcado distanciamiento de la religión. Todo saber teológico negado en sus bases estructurales por la nueva divina palabra: la razón. Esto que significó, al decir de Nietzsche, la Muerte de Dios, no fue precisamente y literalmente así, puesto que Dios, por definición no puede morir. Lo que realmente sucedió fue que el conocimiento y poder teológico entró en profunda crisis, hecho que ya no tendría retroceso, y que fue el resultado de la lucha de los hombres por ganar su independencia. Sin embargo no fue la modernidad la que derrotó a la teología, sino la necesidad humana. Dios ha dejado, desde ese momento de ser el padre protector que todo lo puede y que está en todo, para darle al hombre autonomía y libertad de acción. Dios no muere, pero muere el espíritu divino y exclusivo de su poder. Asimismo, Filosofía y Teología,

que antes se encontraban estrechamente cohesionadas, una debajo de la otra, se despiden, rompen sus lazos y enrumban hacia destinos diferentes. Hay allí una separación total. El conocimiento filósófico hallará independencia y autonomía. Villoro dice que "Mas correcto sería afirmar que la idea moderna de Dios ya no está directamente influenciada por la Revelación Cristiana, sino que se forma de acuerdo con elaboraciones filosóficas. Filosofía y Teología, que hasta entonces habían trabajado de la mano, desde el Renacimiento toman rumbos opuestos. No se trata sólo de la autonomía de la Filosofía, la cual era aceptada desde hace dos siglos, sino de separación total. Ya no habrá preocupación de reconciliar los hallazgos de una y otra. Aparece así la dispersión del saber."[152]

No obstante, el hombre de la modernidad aún no se ha podido deshacer absolutamente de la religión, ella desganándose, se aferra aún a través de la tradición, en el corazón y mente del hombre. La religión ha dejado de estar en el centro de la vida del hombre, pero aún le acompaña. El hombre de la modernidad, se ha quitado el visor de la religión para dirigir todas sus conductas, es ya un poco escéptico respecto del saber y del poder divino. Ha penetrado en una nueva atmósfera terrenal, ha visto de frente al hombre con sus móviles egoístas, pero no se dedicará más a perseguirlos y condenarlos, sino que irá en busca de sus propias metas, con observaciones más realistas, caminará haciendo su propio destino, al fin liberado de toda cosmovisión metafísica, divina, empezará una nueva vida, con nuevos

[152] VILLORO TORANZO, Miguel, *Lecciones de filosofía,* Ediciones Porrúa, pp. 128.

conceptos sobre ella. Se pude explicar esto mejor en palabras de Villoro que escribe: "El nuevo tipo de hombre descubierto por el Renacimiento todavía es católico pero vive su religión más como una tradición que como una convicción profunda; para él los artículos de la fe y los dogmas ya no están en el centro de su vida cotidiana. Ha descubieto, en el mundo que le rodea, un orden lógico y una belleza que antes no sospechaba. Ha observado más de cerca a sus semejantes y comprobado sus móviles egoístas pero ya no quiere condenarlos a la hoguera sino que se resigna a verlos desgarrarse por un pedazo de poder o para obtener un placer ilícito. Es más realista en sus observaciones de las cosas del mundo y bastante más escéptico en sus creencias metafísicas."[153]

b.- Bases intelectuales del Derecho heredadas en la Edad Media. Las luces en la oscura Edad Media.-

En la historia, hay una etapa que está denominada como la Ilustración, de la cual hablamos también anteriormente. La Ilustración, que tuvo como característica ser una especie de revolución cultural, tomó por ello la denominación de Iluminismo, o de Las Luces, el siglo de las Luces, en algunos autores. Surgió como una forma de pensar difundida en el siglo XVIII, a pesar de haberse gestado –este movimiento de ideas- en el siglo XVII. La característica de este movimiento cultural era la lucha de la razón contra la autoridad, o dicho de otra manera, la lucha de la luz contra las tinieblas. Este acto significaba la clarificación, o esclarecimiento de los hechos. Fundada seriamente en

[153] Ibid. p. 136.

posiciones críticas contra la tradición cultural e institucional, propuso, para llegar al progreso en todos los aspectos de la vida, el uso de la razón. Así se constituyó como una lucha contra cualquier forma de tiranía, y pretende llegar por el uso del método de la razón a la felicidad, la cual estaría –a diferencia de la antigüedad- al alcance de todos.

Sin embargo, en la teorización histórica de la Ilustración, del siglo de las Luces, ha habido una inexactitud, que es menester aclarar, puesto que el pensamiento moderno, el desarrollo de las teorías jurídicas no hubieran logrado formarse, sin la base de una construcción jurídica anterior, es decir sin la base de la construcción jurídica medieval. Así entendido, el despojarse de las tinieblas medievales, al que aludía la modernidad, se refería a la liberación del hombre del halo divino, y a la búsqueda de la emancipación espiritual del saber elitista de los teólogos; esta preocupación no había inexistido en la Edad Media, pero había sido relegada por los conceptos religiosos autoritarios, por eso creemos como Villoro que lo que sucedió al explicar el Iluminismo como tinieblas, no es mas que "Otra explicación superficial, [que] Presenta al Renacimiento como una época de luces que expulsan -¡por fin!- "las tinieblas de la Edad Media" (...) Más exacto es decir que el hombre moderno se afana de un modo más consciente por su libertad y emancipación espiritual, y consiguientemente se ocupa y habla más de ella que el hombre medieval."[154]

[154] Ibid. p. 128.

La Edad Media no fue el tiempo del total oscurantismo. La modernidad no pudo referirse a ella en ese sentido absoluto, más bien puso énfasis en destruir la característica medieval de ceñirse a las categorías religiosas del saber. Pero en realidad en la Edad Media hubo grandes avances culturales y jurídicos, por eso "En cuanto a "las tinieblas medievales", piénsese -por no citar más que ése- en el gran movimiento cultural del siglo XII, en el que nace la ciencia europea del Derecho gracias a la escuela de Bolonia. Con ella aparece el mos italicus o método de estudio e interpretación del texto del Corpus juris, (...) Su simple existencia basta para descartar el calificativo de "época de tinieblas" al tiempo que lo produjo. No carecían los movimientos culturales medievales ni de verdadero humanismo ni de genuino interés por las fuentes clásicas; lo que los distingue del Renacimiento es su fe en la autoridad de los grandes maestros y su concepto medieval de la tradición cultural"[155] La cultura Medieval dejó sus grandes e inteligentes legados conceptuales que usaron en la modernidad para construirse. Por ejemplo la tradición cultural era el patrimonio común de la humanidad, para la Edad Media, este patrimonio debería ser transmitido de generación en generación, con una clara característica: hacer que este patrimonio cultural fuera enriquecido en la medida de la posibilidad, reservándose o resguardándose de no contaminarlo nunca. Algo así como una tradición de purismo en la transmisión del conocimiento.

[155] Ibid. p. 129, 130.

c.- El espíritu crítico como paradigma normativo de la modernidad.-

Habiendo sido la antigüedad una reducción del pensamiento a líneas establecidas ya de antemano, la modernidad expresa la más grande de sus virtudes: su espíritu crítico. El antiguo régimen mental que ponía en la cúspide a lo teológico y la tradición no hubiera caído de no ser por esta fuerte arma de la modernidad, arma, que más luego -para no contradecir a su espíritu- atacaría a los propios fundamentos de la modernidad. Todo habría de ser sometido, como antes a la inquisición y a la hoguera, ahora a la crítica, a través del uso excesivo de la razón. Fue una independencia del hombre de la naturaleza y de la divinidad sincera, que discutía cualquier intento de dominación metafísica, y sometía todo a verificación, por eso se puede decir que "...hay que conservar, como aportación positiva, la afirmación del innegable anhelo de sinceridad intelectual -contra cualquier forma de creencia admitida hasta entonces sin discusión- que caracteriza al pensamiento moderno. Aparece así el espíritu crítico de la ciencia moderna, más interesado en verificar las verdades parciales que en reducirlas todas a una gran síntesis."[156]

La lucha se entabla contra la autoridad de las cosas. Los saberes no se aceptarán por tener autoridad (lo escribió Aristóteles, Santo Tomas, etc.), la fe en la autoridad se va perdiendo, hay irreverencia contra aquello, por más santo que sea, que no haya sido

[156] Ibid. p. 129.

probado y verificado por la razón. El saber ya no podrá ser de élite, la tradición cultural y las autoridades pierden su potestad de intocables. Todo es atacado con furor teórico, las reacciones, desparramadas ahora por doquier, son violentas. Se pretende quitar el privilegio a todo lo tradicional, a todo aquello que antaño gozaba de autoridad sin justificación cierta, objetable. En lo jurídico se proyecta sobre el individualismo, el hombre gana derecho y se vuelve acreedor de la sociedad, se vuelve el fin de la sociedad. Así se produce una "...violenta reacción humanista que se da desde mediados del siglo XV, tanto en el terreno religioso (...) Y en el jurídico (...), predica el retorno a las fuentes y combate contra la excesiva fe en la autoridad, contra el método escolástico en la enseñanza y contra el desdén o desconocimiento de las dos lenguas clásicas por parte de los juristas. La tradición cultural deja de ser algo intocable, las autoridades tradicionales pierden su privilegio de inviolabilidad y toda crítica será bienvenida con tal que se presente en un latín elegante."[157]

Hay en este pensamiento crítico de la modernidad un afán de llevar al hombre más allá de los linderos de la ciudad de Dios prometida por el pensamiento teológico. El fin del hombre no será actuar de acuerdo a los principios y designios de Dios en esta ciudad terrenal, para llegar a la paradisíaca ciudad de Dios. El paraíso ha bajado a la tierra, es la tierra. El hombre exalta ahora la tierra, y los valores terrenos. Y hace de su hábitat el instrumento de su poder. Las cosas será para hoy, el

[157] Ibid. p. 130.

futuro celestial está demasiado lejos como para pensar en el. El pensamiento crítico se ha despojado de la tiranía del saber teológico, y ya no retrocede ante ningún dogma, tradición o pensamiento medieval. Hay un cambio radical en la cosmovisión que tiene ahora el hombre sobre la realidad, sobre lo que debe o no debe ser, sobre el bien y el mal, sobre cómo debe ser la justicia y el orden jurídico. Se forma una nueva idea del hombre y del Estado. Ha concluido en que el Estado, la debe crear él, la debe aprobar él. El movimiento se encuentra en fuerte y cataclística ebullición. Explica Villoro que "La cosmovisión renacentista se caracteriza por una exaltación de los valores terrenos y de la personalidad, por un enfocar bajo una orientación señaladamente individualista los problemas del primitivo humanismo y por un espíritu de crítica más aguda y rigurosa que no retrocede ante los dogmas, tradiciones y creencias del pensamiento y religiosidad medievales. El cambio de cosmovisiones se da en el Renacimiento -siglos XV y XVI- y cristalizará en sistematizaciones filosóficas a partir del siglo XVII. Pruduce, sin embargo, desde el principio, una nueva idea de la ciencia y una nueva idea del hombre y del Estado. Estas dos nuevas ideas son el legado perdurable del Renacimiento al pensamiento moderno."[158]

d.- La dispersión doctrinal en la Modernidad (Método, estudio e investigación).-

La efervescencia y exaltación con que el hombre de la modernidad acogió la nueva cosmovisión del mundo,

[158] Ibid. p. 130.

produjo un rompimiento en la organización en los métodos de investigación y estudio. Todo se estudia, pero a la vez todo desde un ángulo aislado. El pensamiento crítico de la modernidad había roto con la teología, que ponía la dirección a las investigaciones medievales; había roto con la tradición, que era el saber sacrosanto, con autoridad en motivos o causas temporales; había roto con los anteriores principios de verificación de los saberes metafísicos, y entonces se encontraba con innumerables cuerpos o objetos de investigación, y se hace en forma inorgánica, descuidando la visión de conjunto de estos estudios y planteamientos críticos, se usan métodos a ultranza, con diversidad, aún aquellos que no son adecuados a ciertos objetos de estudio; lo que produce evidentes trastornos y enfrentamientos conceptuales, como, por ejemplo, entre la razón y la práctica, la fe y la ciencia, la política y la moral, etc. Hubo por eso diversificación de problemas, de métodos de estudio, teorías, etc., difícilmente abarcables con una mirada de conjunto y organización. Esta fue la parte del pensamiento crítico moderno expuesta por Villoro que señala: "Como parte negativa del espíritu moderno, aparece cierta "dispersión doctrinal". A fuerza de concentrarse en problemas aislados, se descuida una visión orgánica del conjunto; o -lo que es peor- se da categoría de visión totalizadora, de valoración filosófica definitiva, a determinados métodos de trabajo, válidos tan sólo en campos determinados de saber. Así no sólo se disocian y enfrentan razón práctica y razón teórica, ciencia y fe, Religión y Metafísica, Política y Moral, sino que pulularon en tal abundancia problemas, métodos y teorías que apenas es posible abarcarlos con una

mirada. De esta "dispersión doctrinal" todavía padece el pensamiento contemporáneo."[159]

e.- La gestación del Estado Moderno.-

"Un Estado existe donde hay un aparato político**,** instituciones de gobierno, tales como una sala de justicia, un parlamento o congreso, más funcionarios públicos civiles, gobernando sobre un territorio dado, cuya autoridad se respalda por un sistema legal y por la capacidad de emplear la fuerza para implantar sus políticas"[160]

El resumen general del nacimiento del Estado moderno, nos lo explica sintética e inteligentemente Norberto Bobbio, quien escribe que: "...los grandes Estados … surgieron de la disolución de la sociedad medieval. Esta sociedad fue una sociedad pluralista, es decir, formada por varios ordenamientos jurídicos, que se oponían o que se integraban: por encima de los que hoy son los estados nacionales había ordenamientos jurídicos universales como la Iglesia y el Imperio y había ordenamientos particulares por debajo de la sociedad nacional, como los feudos, las corporaciones y los municipios. También la familia, considerada en la tradición del pensamiento cristiano como una sociedad natural, era en sí misma un ordenamiento. El Estado moderno se fue formando a través de la eliminación y la absorción de los ordenamientos jurídicos superiores e inferiores por la sociedad nacional, por medio de un proceso que se podría llamar de monopolización de la

[159] Ibid. p. 129.
[160] GIDDENS, A. *Sociología Política,* Madrid, Alianza Editorial, 1992, pp. 331.

producción jurídica. Si por poder entendemos la capacidad que tienen ciertos grupos sociales para promulgar normas de conducta válidas para todos los miembros de la comunidad, y de hacerlas respetar aun con el recurso de la fuerza (el llamado poder coactivo), la formación del Estado moderno corre paralela a la formación de un poder coactivo cada vez más centralizado y, por lo tanto, a la supresión gradual de los centros de poder inferiores y superiores al Estado, lo que tuvo como consecuencia la eliminación de todo centro de producción jurídica que no fuera el mismo Estado. La tendencia a identificar el derecho con el derecho estatal, que hoy todavía existe, es una consecuencia histórica del proceso de concentración del poder normativo y coactivo que caracterizó el surgimiento del Estado nacional moderno."[161]

En la época medieval no existían los Estados en el sentido moderno. Había una diversidad de Estados pequeños, y el poder no lo constituían propiamente la autoridad del Estado. Con el Renacimiento el Estado sufre una mutación, se transforma el concepto de Estado, que cambia ese orden perfectamente estratificado de la sociedad feudal, que se basaba en una cosmovisión teológica, por la cual el orden natural se apegaba a la voluntad divina de Dios. Es decir, "...durante la Edad media, no existían Estados en el sentido moderno. En el Renacimiento -y en estrecha relación con los progresos del poder de los reyes en algunos Estados- se va elaborando la doctrina del absolutismo, según la cual se destaca la independencia soberana de cada Estado respecto a los otros.", explica

[161] Bobbio, Norberto, *Teoría general del Derecho,* Editorial Temis, pp. 9

Villoro. La teología ya no era ese centro organizador que producía una línea relacionante entre todos los Estados, había más bien una independencia de estos respectos a sus propósitos inmediatos, más realistas, así la concepción política afirmaría la idea del nuevo Estado que es ahora "un conjunto de fuerzas políticas que hay que organizar no sólo con criterios metafísicos sino sobre todo de acuerdo con fórmulas prácticas de compromisos utilitarios."[162]

Con la modernidad nace el Estado central que viene a sustituir al antiguo tipo de administración social, administración disgregada en múltiples autoridades sin una clara y segura relación entre sí, y encajados dentro de un sistema nacional de gobierno donde cada autoridad es parte del mismo. Para el hombre de la modernidad la gran aspiración e intento es llegar a construir un sistema universal, por la cual organizar políticamente a toda la humanidad. El principio esbozado por el pensamiento moderno, en consecuencia, sería el de la igualdad (racionalmente posible), con lo que se suprimirían las particularidades premodernas, que existían configuradas en privilegios y jerarquías, las mismas, gracias al principio de la igualdad, deberían, impostergablemente, desaparecer. Asímismo, en el orden jurídico, la imposición de las tendencias universalizantes suprimirían cualquier pluralismo de regímenes normativos, que pudieran existir en las diversas localidades, para formar, o intentar formar, sistemas jurídicos nacionales por medio de un Contrato Social, denominado Constitución,

[162] VILLORO TORANZO, Miguel, *Lecciones de filosofía del Derecho,* Editorial Porrúa S.A., pp. 136.

que establecería las bases del Estado Central, de los códigos y leyes emitidas monopolíticamente por un Congreso Nacional. Con esto, el planteamiento evolutivo del pensamiento de la modernidad en el plano del Derecho pretende eliminar la casuística y la multiplicidad de fuentes normativas independientes, con el firme y racional propósito de imponer un sistema único, unificado, exclusivo y excluyente, enteramente basado en la perfecta *razón*. Con este planteamiento la costumbre queda al margen, olvidada o despreciada por su falta de racionalidad, así "El derecho elimina su diversidad de fuentes y de formas de aplicación, se despoja de todo localismo y se convierte en sistema. En adelante, el Derecho se define como un grupo de normas, instituciones y patrones de conducta emanadas de una autoridad central, que aspiran a una coherencia interna y cuya aplicación debe hacerse de manera consistente por una organización judicial centralizada a partir del Estado. Este sistema jurídico tiene vigencia general e insiste en conservar su autonomía respecto de las convicciones religiosas, costumbres e incluso de las intervenciones puramente políticas de la autoridad."[163]

En la sociedad se va formando una mentalidad moderna, que crecía bajo la corriente del pensamiento colectivista, según la cual el Estado sería la mejor forma en la que el hombre pueda alcanzar una vida excelente, "Se llega a ver al Estado como la única institución que puede ofrecer bienestar a la persona. Se confía en la capacidad de la planificación central estatal para ofrecer

[163] TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, *Postmodernidad y Derecho,* Ara editores, pp. 72.

el mejor modo de vida a los ciudadanos."[164] Se pensaba que el Estado habría de funcionar perfectamente dotándolo de una teoría política adecuada, acertada, aportando beneficios a la sociedad sin más trámite, sin embargo, la historia ha mostrado que no fue así[165].

Por otro lado, Norberto Bobbio hace una explicación más sustanciosa y desarrollada, en donde, iniciando su discurso parafrasea a Ernes Wolfgang Böckenförde, que describe el concepto de Estado como un ordenamiento político determinado históricamente, es decir como una forma de organización del poder históricamente determinada, dada en Europa: "...el concepto de e. [Estado] no es un concepto universal sino que sirve solamente para indicar y describir una forma de ordenamiento político que se dio en Europa a partir del siglo XIII y hasta fines del siglo XVIII o hasta los inicios del XIX, sobre la base de presupuestos y motivos específicos de la historia europea, y que desde aquel momento en adelante se ha extendido –liberándose en cierta medida de sus condiciones originarias concretas de nacimiento- al mundo civilizado todo."[166] Este tipo de Estado moderno, naciente en Europa, va a tener características singulares que la diferencian de otras formas de organización del poder, también históricamente determinadas, y las cuales consisten en una "progresiva centralización del poder por una instancia cada vez más amplia, que termina por comprender el ámbito entero de las relaciones

[164] Escribe Luis Eguiguren Callirgos, en la Revista "Cuadernos de Debate Judicial", Reflexiones sobre Ética Judicial", Lima, Siglo XXI, 1999. p. 24.
[165] Ibid. 25.
[166] BOBBIO, Norberto, *Diccionario Político,* México, 1981. p. 626.

políticas" [167] , además, esta centralización está determinada por la circunscripción territorial dentro del cual habría una obligación política general, y el poder o mando político habría de adquirir un tono impersonal. Max Weber llamaría a este proceso de centralización del poder: "monopolio de la fuerza legítima"; explica que esa centralización del poder consiste en una "tendencia a la superación del policentrismo del poder a favor de una concentración del mismo en una instancia parcialmente unitaria y exclusiva."[168] El nacimiento del Estado Moderno, habría surgido así, históricamente hablando de la tensión y superación de un sistema de organización del poder policéntrico, para pasar a una "monopolización de la organización del poder, registrado territorialmente y con carácter unitario, "La historia del nacimiento del e.m. [Estado Moderno] es la historia de esta tensión: del sistema policéntrico y complejo de las señorías de origen feudal se llega al estado territorial centralizado y unitario, a través de la así llamada racionalización de la gestión del poder –y por tanto, de la organización política- dictada por la evolución de las condiciones históricas materiales." [169]

Hay en la formación del Estado Moderno ciertas incidencias que la hacen posible, o aceleran su configuración. La primera explica Bobbio, habría de ser el concepto de universalidad del cristianismo, teóricamente concebida y experimentalmente practicada en la realidad, por efecto del orden papal, a

[167] Ibid. p. 626.
[168] Ibid.p. 626.
[169] Ibid.p. 626.

través de la lucha por la investidura (1057-1122), que produce la ruptura irremediable de la antigua unidad política-religiosa imperante en la vida política anteriormente en occidente. Esta proclamación del universalismo cristiano habría de costarle a la Iglesia el deterioro de su poder, puesto que al intentar consolidar fuertemente el predominio, la hegemonía, la preponderancia de lo espiritual sobre lo político, al independizar a la política de la iglesia, para darle exclusividad al poder espiritual el Papa estaba reconociendo la autonomía, potencial, de la política. Este terreno fue aprovechado precisamente por el planteamiento político del poder, lo que significa que habiendo la política sido despojada de su subordinación al orden religioso, pudo estructurarse, moverse, reforzarse en el terreno de los intereses terrenales, temporales y ya no divinos, que surgieron de las nuevas relaciones económicas y sociales. Estas nuevas relaciones económicas y sociales habrían de aplastar a los ámbitos cerrados y circunscritos de los señoríos de origen feudal, que estaban basados en una economía natural, exclusivamente agrícola y de cambio, con una organización social estática y con concentración de las relaciones personales del señor con los individuos. Lo que había pasado efectivamente era un efecto contradictorio propiciado por el propio reino papal, que por intentar mayor poder y preponderancia sobre el campo político, había dejado suelto el mundo político para su configuración en relación a los fundamentos e intereses particulares, es decir que "La distinción entre lo espiritual y lo mundano, desde el principio introducida por los papas para fundar la supremacía de

la iglesia, desplegó su fuerza hacia el predominio y la supremacía de la política.", explica Bobbio.

Se gesta un nuevo planteamiento de la organización social política de la sociedad: en primer lugar el orden y el bienestar. Esta es una visión técnica del poder. Por este entendido hay necesidad de un orden externo, para garantizar la seguridad y tranquilidad de los súbditos, para lograr la integración y reunificación del poder mismo en la persona del príncipe, usando el aparato administrativo en forma eficiente y funcional.[170]

Han de establecerse las premisas necesarias que darán acogida a la nueva forma de organización del poder: "La unidad del mandato, la territorialidad del mismo, su ejercicio a través de un cuerpo calificado de ayudantes "técnicos", son otras exigencias de seguridad para aquellos estratos de población que, por una parte, no alcanzan más a desarrollar sus relaciones sociales y económicas en el interior de las antiguas estructuras organizativas y, por otra, especifican con claridad, en la persistencia del conflicto social, el mayor obstáculo a la propia afirmación. Desde su prehistoria el estado se presenta claramente como la red de enlace del conjunto de tales relaciones, unificadas en el momento político de la gestión del poder.(...)Única y unitaria estructura organizativa formal de la vida asociada, de verdadero y exacto aparato para la gestión del poder, operante según procedimientos cada vez mejor definidos, pero sobre todo en función de un objetivo concreto: la paz interna del país, la eliminación del conflicto social, la

[170] Ibid.

normalización de las relaciones de fuerza a través del ejercicio monopolista del poder por parte del monarca, capaz de establecer, en los casos controvertidos, de qué parte está el derecho, es decir, como ya se ha dicho, de "decidir en torno al caso de emergencia."[171] Difícil explicarlo más claramente. Sólo nos resta decir que la sociedad en formación necesitaba de una nueva estructura de organización del poder, que la política, como organización del poder, se estaría gestando precisamente en los intereses particulares, concentrando el poder, unificando a la sociedad, dándole márgenes territoriales y estructurado a través de organismos técnicos de administración, esto coincidía con las nuevas transformaciones sociales que requerían de un nuevo tipo de organización que diera cabida a sus intereses, opacados o negados por el sistema feudal. Según –sigue explicando Bobbio- con Bodin y Hobbes, medio siglo más tarde, la base mundana del poder unitario y centralizado, totalitario y absoluto está cumplida. "El estado como útil a la prevención y a la neutralización de los casos de conflicto y al logro de los fines terrenos que las fuerzas predominantes de la estructura social reconocen como propias e imponen como generales al país entero."[172]

Se enarbola que el orden estatal ha de ser un proyecto nacional, por medio del cual se estaría pasando del estado de naturaleza al estado civil, a través del contrato social, en donde los hombres tomarían conciencia de su capacidad para controlar, organizar, utilizar los medios para la sobrevivencia.

[171] Ibid.
[172] explica Bobbio

Por último, "La unicidad del mando, su carácter de última decisión, su posibilidad de aplicación a través de un sólido aparato profesional de órganos ejecutivos y coactivos, todo esto no se cambia, como no cambia el objeto de fondo al que esto estaba dirigido: la instauración y el mantenimiento del orden.

Lo que cambia es que el individuo se eleva a protagonista directo de la vida no sólo civil sino política, Son ahora los valores del individuo los que conformar el orden estatal: este último se presenta más bien, a través de la mediación, y por otro lado, ahora el príncipe queda presentado como déspota"[173]. Se gestiona la teoría de desarrollar una estructura horizontal, y no vertical.

* * *

Marcial Rubio Correa, escribe, por su parte, que "La teoría política está de acuerdo en señalar que es parte del Estado todo el conjunto de organismos (ministerios, empresas públicas, etc.) que administran el país; los organismos de dirección política tales como la Presidencia de la República, el Gabinete Ministerial, el Parlamento (cuando existe); y también son parte del Estado los organismos encargados de administrar justicia, tales como los jueces y cortes (llamados Poder judicial)[174]. Y además, sigue explicando- que la teoría política está de acuerdo en señalar que una de las funciones del Estado es "establecer las normas básicas del país a través de las leyes y gobernar efectivamente a todos los miembros de la sociedad"[175]. Y por último

[173] escribe Bobbio.

[174] RUBIO CORREA, Marcial. *Constitución, ¿Qué y para qué?*, Editado por DESCO, pp. 33.

[175] Ibid. p. 34.

concluye que "toda la teoría política admite tres cosas antedichas:

- Que los organismos administrativos, políticos y judiciales del país son parte del Estado;
- Que una de las funciones del Estado es dar las leyes y gobernar efectivamente la sociedad; y,
- Que para mantener la tranquilidad pública y para hacer cumplir las leyes, el Estado puede utilizar la coacción, es decir, hacer uso legal de la fuerza, a diferencia de las instituciones y personas privadas que no pueden usarla legalmente por sí mismas.[176]

[176] Ibid. p. 35.

6.- LAS CONSECUENCIAS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO DE LA MODERNIDAD.-

a.- El Derecho como conjunto de normas positivas.-

Desbaratada la concepción medieval del Derecho, el pensamiento jurídico de la modernidad planteó al Derecho como un conjunto de normas positivas, respaldadas por la razón, como elemento principal y virtud según la cual lograrían la perfección. Para el pensamiento jurídico de la modernidad, el Derecho, creado en el sistema de ideas racionales, era fruto del proceso de laboratorio teórico y racional, despojado de adhesiones pragmáticas, empíricas, teológicas y direcciones determinadas, más que de forma. Escribe Massini, haciendo una brillante descripción de esta consecuencia, que "Del estudio efectuado hasta ahora del pensar jurídico de la modernidad, podemos extraer que el derecho, en este sistema de ideas, era concebido como un conjunto de normas, elaboradas sistemáticamente, fruto del exclusivo trabajo de la razón concebida al modo teórico y desvinculada de toda

preocupación práctica o finalista; por último, todo este sistema normativo era pensado en función de las libertades individuales y de la transformación revolucionaria de la sociedad para su exaltación y resguardo. A fines del siglo XVIII, fundamentalmente a partir de la Revolución Francesa, esta concepción pasó del campo de las ideas al de las realizaciones concretas; tanto el derecho público como el derecho privado fueron modelados, en unos países antes que en otros, por las ideas que nos han ocupado precedentemente."[177]

Bastaría con la cita anterior para aclararnos el panorama, mas, hay aún algunas apreciaciones. La configuración del Derecho como un conjunto de normas sistemáticamente construidas dentro –valga la redundancia- de un sistema racional, desprendido de la vida, del Derecho viviente, cuajado en la teoría abstracta que proporcionaba la razón. Ha llevado a los hombres a confundir el significado principal del Derecho: La vida. El Derecho, diseñado por la modernidad, como un conjunto de normas positivas, aparta al hombre de la realidad, de la vida. No obstante, bajo el auspicio y resguardo de innumerables teorizaciones y argumentaciones, al parecer convincentes para su tiempo, el Derecho ha quedado –aún hay rezagos- encapsulado dentro la razón sistemática y deductivista. Es más, la fuerza ganada por esta concepción del Derecho como "conjunto de normas", ha sido la más utilizada en tiempos actuales, al extremo de darle apreciaciones dogmáticas, puesto que se suponía que Derecho es conjunto de normas y no era Derecho

[177] MASSINI, Carlos Ignacio. *La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1980. p. 57.

aquello que quedaba fuera de este conjunto de normas. La confusión se daba al limitarse al Derecho a una simple definición, quitándole creatividad y capacidad de evolucionar conceptualmente. El Derecho no puede ser simplemente conjunto de normas positivas, porque Derecho es el hombre en acción, es vida.

b.- El Derecho como sistema jurídico cerrado y la Constitución.-

Ya hemos hablado de este punto en líneas arriba, haciendo una crítica. Más esta parte es más bien para precisar las consecuencias del pensamiento jurídico de la modernidad.

El Derecho, según la percepción del pensamiento moderno, tendría que estructurarse dentro de un sistema cerrado. Producto, éste último de la necesidad del sistema de relacionar todos sus componentes con el todo, y de la exigencia, para cumplir este requisito, de usar elementos abstractos racionales, teóricos. Esta inclinación sistémica se puede observar en "el campo del derecho público, [donde] la máxima expresión del espíritu moderno fue el constitucionalismo. Conforme al concepto racional-normativo de constitución, ésta no es sino "un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática, se establecen las funciones fundamentales del estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos. La constitución es, pues, un sistema de normas (...) La constitución, sistema racional de normas acerca de la organización política del estado, será la cabeza y el

principio sobre el que se va a edificar todo el derecho a partir del siglo XIX."[178]. Así, no habrá mayor autoridad que ese contrato social del que hablaba Rousseau, llamado Constitución, que contendrá la regulación jurídica total de las relaciones sociales, en forma general y global.

Las constituciones, fueron un freno y negación del poder de la monarquía, que se concretaron y configuraron efectivamente con el impulso dado por la Revolución de los Estados de Norte América y la Revolución Francesa. Se dio con estas revoluciones, y con la implantación de la Constitución, el inicio del fin del poder exclusivo de los reyes, y de la soberanía real de los mismos. Esta soberanía real significaba, según explica Marcial Rubio Correa, "en un principio teórico, un argumento que legitimaba su poder [de los reyes] y que se puede expresar simplificadamente al decir: el poder viene de Dios al monarca, para que gobierne al pueblo."[179]

El problema con la soberanía real era la enorme potestad que conlleva ésta, las enormes atribuciones políticas y económica, así "La soberanía real significaba muchas cosas en ese entonces: el Rey daba las leyes, ejecutaba la política del Estado a través de sus ministros, resolvía en última instancia los asuntos judiciales y, sobre todo, llevaba una política de cuantiosos privilegios para la familia real y la nobleza."[180] Frente a todo esto reaccionó la sociedad, y

[178] Ibid. p. 57, 58.
[179] RUBIO CORREA, Marcial, *Constitución, ¿Qué y para qué?*, Editado por DESCO, pp. 19.
[180] Ibid. p. 19.

lo hizo a través del concepto de soberanía popular, que contrariamente a la soberanía real, ponía al hombre en condiciones iguales de asumir el poder.

c.- El Derecho como codificación perfecta y su configuración en el positivismo jurídico.-

La codificación nos previene de saber primero algo sobre los códigos. Según cuenta Luis Diez Picazo, haciendo referencia al libro de Giovanni Tarello, el término código provendría de la palabra latina "codex" que fue una "forma tecnológica en la confección de los textos escritos. Es decir era un libro paginado, unidas sus páginas por uno de sus lados. Estos eran, por costumbre usados para registrar las leyes. Con el tiempo la idea de código ha recibido un significado más amplio, designado con este nombre a cualquier conjunto de reglas, aún cuando no hayan recibido una formalización escrita[181]. En la codificación de la modernidad, puede más bien determinarse como aquel intento de insuflar en los ordenamientos jurídicos los ideales y esquemas de vida racional y se produce aquel "intento de tecnificación y de racionalización de las actividades jurídicas"[182]. Esta racionalización parecía pretender hacer actos de simplificación, que se esforzaba por la tecnificación del ordenamiento jurídico. ¿qué aportación revestía este intento de racionalización? Diez Picazo explicaría esto, escribiendo que "El Derecho codificado es ante todo el derecho que se hace [único] objeto de

[181] DIEZ PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho,* editorial Ariel, pp. 150.
[182] Ibid. p. 151.

estudio"[183] Así el ordenamiento jurídico simplificado, manejable, cumpliría un rol progresista.

En fin, la codificación se puede considerar como un intento de racionalización del mundo jurídico. Esta "racionalización" (...) presupone una interna racionalidad del sistema, que estaría regido por las leyes de la lógica[184].

Vale anotar que la codificación en la modernidad fue diferente a la codificación anterior. Los códigos fueron piezas importantes en el proyecto de transformación de las estructuras sociales, generadas por el pensamiento de la Ilustración. Se puede observar claramente como "la codificación moderna tiene un carácter sustancialmente diferente de cuantas le precedieron: éstas eran ordenaciones, depuraciones y sistematizaciones del derecho vigente; las del crepúsculo de la Edad Moderna significaban la creación de un derecho nuevo, producto de la razón ilustrada y encaminado a sustituir al que gobernaba las relaciones sociales desde un tiempo del que no se tenía memoria. Ello era una exigencia impostergable de la idea cuasi-mítica del progreso, que, irrumpiendo en la Edad Moderna, había de condicionar el pensamiento de occidente hasta bien entrado nuestro siglo." [185] La racionalidad de la codificación aparece con el impulso de la Ilustración, y con el pensamiento jurídico moderno.

[183] Ibid. p. 153.
[184] Ibid. p. 154.
[185] MASSINI, Carlos Ignacio. *La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1980. p. 55, 56.

El imperio de la razón precisaba fijar ciertos principios jurídicos que deberían ser eternos e inmutables, para hacer al Derecho perfecto, en esta intención "En el ámbito del derecho privado, la consecuencia más inmediata de las ideas modernas fue la codificación.(...) Para los revolucionarios franceses, el nuevo estado que se estaba creando, "no quería ser sino un estado según la Razón (...) En otros términos, se trataba de estatalizar el derecho natural, de fijar en normas precisas y sancionadas por la autoridad, los principios eternos e inmutables que la razón humana había descubierto en la "era de las luces"; de este modo, se evitaría la imprecisión de los contenidos del derecho racional y se los establecería en forma cierta de una vez y para siempre."[186]

Sin embargo esta codificación racional traía, en sus entrañas al positivismo jurídico, que, intencionalmente diferente al positivismo filosófico, habría de adueñarse del mundo jurídico, desterrar a la realidad de las vinculaciones con el Derecho y constituirse como cúspide de la perfección. A través de esto, cualquier interpretación podría hacer posible la contradicción de este ordenamiento jurídico racional, por esto, en aras, otra vez, de la perfección que presuponía este tipo de codificación racional, la interpretación habría de quedarse relegada, por ser riesgo de no encajar en el hilo fundamental que la norma intenta expresar. Massini, escribiendo al respecto anota que "Esta concepción de los códigos, totalmente opuesta a la que había presidido la formación de las grandes

[186] Ibid. p. 58, 59.

compilaciones precedentes, tuvo como consecuencia necesaria al llamado "positivismo jurídico", distinto en cuanto a sus fundamentos del positivismo filosófico. (...) Se trata aquí, (...) de la convicción de que, al encarnar los códigos la totalidad de la sabiduría jurídica susceptible de ser alcanzada mediante la razón, constituían una normatividad intrínsecamente perfecta y justa, por primera vez en la historia, razón y legislación positiva coincidían. Si esto fuera así, resultaba lógica y coherente la pretensión de quienes sancionaron los códigos, de evitar a toda costa que mediante la interpretación de los textos legales se alterara -aunque fuera en la más mínima medida- ese desideratum de perfección racional jurídica, de allí la conocida frase de Napoleón acerca de que toda interpretación a su código era "susceptible de ideología subversiva y principio de anarquía"."[187]

d.- El Derecho como dogma teórico, y la voluntad general.-

Otra consecuencia del pensamiento jurídico de la modernidad fue tomar a la norma con un sentido dogmático. Aún no comprendemos cómo es que esto ha podido cuajar tan suspicazmente en las mentalidades de los seres humanos (aceptar algo sólo bajo un fundamento racional), pero nuestra suposición es la de que el hombre, educado, formado dentro de una tradición premoderna, es decir acrítica, no conocía otra forma de operar mentalmente. Además la razón se había convertido en el actor más conspicuo para obtener certidumbre y seguridad. En este contexto el panorama

[187] bid. p. 59, 60.

jurídico se presentaba como un bloque impermeable en donde no entraba ninguna experiencia ajena al proceso de raciocinio, y los actores del sistema jurídico.

"El jurista práctico y en especial el juez, se encontraban frente a los códigos en la misma situación que el teólogo frente al dato revelado: debía aceptarlo íntegramente sin discusión posible y extraer, mediante los procedimientos de la lógica formal -principalmente la deducción- las consecuencias virtualmente contenidas en el texto legal."[188]

Claro el sentido de la razón en la operación jurídica, no quedaba claro la inconsistencia y contradicción entre razón y norma. Aún así, el culto a la lógica pura se extendió, ganó dominio y radio de acción, usando el estilo matemático como modelo de acción, e igual que las matemáticas, usaba como bases a las normas que se prestaban a manera de dogmas previamente registrados en los códigos. El Derecho positivo habíase posesionado del orden jurídico, así "En el mundo jurídico, es decir, en las labores prácticas del derecho positivo, dominaba el culto a la lógica pura de tipo matemático, la cual debía tomar como punto de partida los dogmas contenidos en el código..."[189]

A pesar de que la modernidad había intentado derribar y asesinar a todo tipo de dogma, no logró matar su espíritu (por decirlo de alguna manera). A la aplicación de la ley basada en principios divinos o de casta, había sucedido la aplicación de la ley, con

[188] bid. p. 60.
[189] Ibid. p. 60.

métodos que incoaran y se fundaran en la voluntad popular, sólo que esta aplicación metodológicamente estaba enclaustrada dentro de los mismos mecanismos aplicados en la Edad Media, el principio usado era el mismo: el dogma, que significaba certeza, absolutez, esto tal vez no se deba a una incoherencia social de la modernidad, más bien puede ser que "quizá es que algún "fanatismo" es esencial a todo lo humano, en cuanto que lo que percibimos como verdad (aunque no le llamemos dogma) lo percibimos como absoluto"[190]; es esta la única explicación que podríamos hallar, para ver, en el operativo social que plantea la modernidad, incluido al dogma. Habían, por tanto algunos problemas relevantes a la hora de hacer Derecho; de esta manera "no sólo el racionalismo conducía a la pretendida aplicación mecánica de los códigos por el juez; también el dogma de la soberanía popular, expresada a través de la voluntad general, arribaba a los mismos resultados (...)Sólo la voluntad general podía ser fuente de normas de conducta social; la voluntad -y mucho menos la razón- del juez no tenían relevancia a ese respecto y su tarea era puramente repetitiva y reductiva del quehacer del legislador. (...) La ley debía ser mantenida en su integridad y aplicada fielmente a toda costa; en el caso de que el texto fuese oscuro o contradictorio, se establecían una serie de procedimientos destinados a develar cuál había sido, para ese caso, el querer del representante de la "voluntad general"."[191]

[190] Escribe Gonzalez Fauz, José, en un artículo denominado "Postmodernidad Europea y Cristianismo Latinoamericano".

[191] MASSINI, Carlos Ignacio. *La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1980. p. 62.

Expresado lo anterior, podemos anotar, además, que aún hoy no nos hemos librado completamente de este tipo de razonamiento jurídico. Las cátedras de Derecho han estado infectadas con este afán por sobreponer la razón, la racionalidad del Derecho, fundamentando a la ley como el máximo y único exponente del orden jurídico. No hace mucho teníamos catedráticos, a nivel nacional, que se devanaban en disertaciones orgánicamente estructuradas mediante las cuales exponían la concepción de que el Derecho es la Ley, y sin Ley no hay Derecho. Explicaciones que además sustentaban, en planteamientos teóricos, la validez y veracidad del principio que hace que el Derecho sea sólo encontrado en el espíritu de la ley, y de que ante una ley obscura, o contradictoria, habría de buscarse el verdadero querer decir, intención, del legislador, representante de la voluntad popular. Hoy, gracias a una ebullición mundial, este tipo de planteamiento jurídico no gozan ya de su hegemonía y realeza, pero siguen subsistiendo en el inconsciente colectivo de los actores del Derecho. Los ciudadanos, y experimentadores del Derecho aún quedan satisfechos si se les explica la ley y su interpretación. Buscan la verdadera interpretación de la ley, hallada esta se resignan a sus designios. Incluso los propios magistrados se hallarían bajo este dominio racional, dogmático, en la cual ellos sólo se encargarían de ser los que resguarden la integridad de lo dicho en los códigos, así "El juez, aprisionado entre el culto a la ley y las construcciones dogmáticas, férreas, abstractas y estáticas, debió refugiarse en la estricta subsunción de los casos en el campo acotado por la

norma y especificado más aún por la tarea de los dogmáticos."[192]

El ánimo de preservar, en forma casi ritual la integridad intangible de la norma contenida en los códigos era no sólo fuerte, sino radicalmente aceptado. Los juristas habíanse circunscrito a una estricta labor de exégesis de los textos legales, considerados intangibles por su origen en la razón o la voluntad general, al modo como los fariseos comentaban la Torah, la ley de Dios. Y si los juristas se asemejaban a los fariseos, los jueces se transformaron ni más ni menos que en verdugos, obligados a cumplir con el mandato legal sin preguntarse por su razón o su justicia. [193] El pensamiento crítico de la modernidad se había transmutado, por contracción, en razonamiento no crítico. Esta era la máxima contradicción que se había injertado dentro de este nuevo sistema social y jurídico. La amenaza Medieval, que postulaba una sociedad inerte y dominada por ciertos principios eternos e inmutables, se volvían a repetir, gracias a la divinidad de los criterios racionales, de esto se produjo –como núcleo de las consecuencias del racionalismo jurídico-, un modo peculiar de conceptualizar lo jurídico: lo concebían al modo de un objeto teórico; teórico es aquel objeto de conocimiento que existe con independencia de la obra y del querer del hombre[194].

[192] Ibid. p. 63, 64.
[193] Ibid. p. 62.
[194] Ibid. p. 60, 61.

7.- ALGUNAS CONCLUSIONES SOBRE EL PENSAMIENTO JURÍDICO DE LA MODERNIDAD.-

Aparte de algunas consecuencias, ya descritas líneas arriba, podemos, también siguiendo lo escrito por Massini, nombrar y explicar ciertas conclusiones a las que arribó este autor sobre el pensamiento jurídico de la modernidad. Hay evidentemente un progreso –dice-, por la precisión que se propone en la modernidad al manejar conceptos y términos jurídicos con metodología rigurosa; además el orden jurídico como sistema hace que las cosas se organicen de acuerdo a un cuadro interrelacionador de los elementos y conceptos que actúan en el Derecho; y por otro lado, el individualismo ha hecho que se tome al hombre, como entidad importante, al margen de la importancia de su condición teológica, o de las condiciones de carácter tradicional que le rodeen; por todo esto Massini se atreve a afirmar que "se debe al pensamiento jurídico moderno un notable avance en los aspectos técnico-formales del derecho: la precisión terminológica, la elaboración rigurosa de los conceptos y categorías

jurídicas, son todos aportes de la modernidad; su sistematismo no es absolutamente negativo, pues significó, en ciertos aspectos y ramas del derecho, un progreso de la ciencia jurídica; el individualismo, más allá de sus abusos, implicó el reconocimiento decidido de la dignidad de la persona humana."[195]

Sin embargo, a pesar de estos avances y mejoramientos en la estructuración y organización del orden jurídico logrado por el planteamiento y exposición del pensamiento jurídico moderno, hubo grandes reacciones contrarias al propio espíritu renovador y progresista de la modernidad. Se presentaron inesperadamente elementos que revestían las mismas características de aquel espíritu Medieval combatido, mostrándose con real desfachatez en las construcciones jurídicas; los resultados de ello evidenciaban la existencia de elementos nocivos al fundamento principal de la modernidad: la crítica. Más aún, hoy parece confirmarse que "el balance arroja un saldo decididamente negativo. En la confrontación con la doctrina clásica del derecho, el pensamiento jurídico moderno aparece falto de vitalidad, despreciativo de lo concreto y olvidado de las innegables dimensiones valorativas e históricas del derecho. Además, supone una preterición del elemento político o simplemente social de lo jurídico, en beneficio de una visión crudamente individualista; y por su carácter revolucionario, introduce un factor de inestabilidad en el derecho, que llevará a la fiebre beligerante de nuestros días."[196]

[195] Ibid. p. 74.
[196] Ibid. p. 74.

Otro aspecto negativo lo evidencia el carácter normativista formulado por la modernidad, por el cual incluso los jueces estaban reducidos a ser meros entes mecánicos aplicadores de normas generales. Es decir, aquel individuo que ejercía la potestad investida de autoridad en el cargo de juez existía simplemente como un instrumento más de la maquina racional y sistémica, era sólo un objeto o cosa en el funcionamiento u operación y funcionamiento del Derecho racional. El maniqueísmo supuesto haría al juez objeto, cosa, despojándolo de todo rasgo crítico, y evitando que éste haga uso de la interpretación de los textos legales. Fuera del método racional, nada era aceptado como válido, todo era negado, tomado como falto de sentido e inservible. Por esta cosmovisión de la modernidad Juez y hombre eran abstractamente separados, aislados, y la posibilidad del juez de incorporarse a su propia esencia como ser humano desterrada al rincón de la intimidad personal, fuera del legalismo y de toda teorización racional. La teorización del Derecho, mediante abstracciones y racionalización, volvía al juez un objeto, una inevitable cosa; por eso se explica como del normativismo se derivó el monismo absoluto en las fuentes del derecho y la concepción del juez como mecánico aplicador de las normas generales. Habíase tergiversado el sentido de la modernidad.

El problema del proyecto de la modernidad se configura aún más cuando se intenta crear el edificio jurídico con abstracciones racionales puras, inventando fórmulas en laboratorios teóricos, exiliando al elemento vital del Derecho que es la vida misma en acción. Es la vida en praxis la que determinará el orden vinculante

entre los seres humanos; por esta razón "Los principios para la renovación y reconstrucción del orden vinculante de la convivencia, no deben ser inventados, ni elaborados en los gabinetes de los futurólogos o tecnócratas: es preciso buscarlos en las cosas mismas, en las realidades humanas sociales; en los hombres y en las instituciones que éste naturalmente crea para el desarrollo de sus virtualidades."[197]

* *

Como sabemos el Derecho es incierto, indefinido y sujeto a cambios incalculables. Por estas características es imposible lograr que el sistema jurídico quede congelado en el tiempo, ante la aparición de nuevos instrumentos de producción, de vivir, nuevos sistemas de propiedad y de crédito, nuevas concentraciones de capital, nuevas costumbres sociales, hábitos, objetivos e ideales: todos estos factores de innovación hacen vana la esperanza de que se puedan redactar normas legales definitivas que solucionarán para siempre todos los problemas jurídicos[198], y ni aún la razón como método que sí ha funcionado en el desarrollo de las ciencias, podrá salvar esta variedad de fenómenos sociales y jurídicos. No hay manera de predecir los cambios, aún con los intrumentos más adelantados, el mundo, y el orden social sólo podrán ser conocidos cuando se presenten o manifiesten. Entonces, habría que hacerse la pregunta, ¿porqué se persiste en el mundo moderno ese antiguo sueño de tener un cuerpo de leyes

[197] Ibid. p. 77.

[198] TRAZENGIES GRANDA, Fernando de, *Introducción a la Filosofía del Derecho y a la teoría General del Derecho,* Editorial de la Pontificia Universidad católica del Perú, pp. 274.

inmutables que todo lo cubran[199], que todo lo manejen, como una telaraña impermeable?

Habría que anotar, además, como escribe Franz Neuman, cómo el sistema jurídico, del liberalismo, fue considerado como un sistema cerrado, sin lagunas. Donde el Juez era un aplicador de dicho sistema normativo. De este tipo de pensamiento jurídico se pudo inferir la denominación de esta época como positivismo o normativismo y la interpretación de las leyes por el juez fue denominada interpretación dogmática, en Alemania, e interpretación exegética, en Francia. En Inglaterra, Benthan creía en la necesidad de codificar el Derecho con el propósito de lograr una completa inteligibilidad y claridad del sistema jurídico, puesto que suponía que "un Código hecho en base a estos principios no necesitaría escuelas para explicarlo, no requería casuistas para desanudar sus sutilezas. Tal Código hablaría un lenguaje familiar a cualquiera; todos podrían consultarlo según sus necesidades."[200]

Por otro lado, el principio por la cual el juez debería ser meramente un aplicador de la ley, fue requerido para hacerse institución, en la idea de que el Derecho no podía ser creado por los jueces, eso era potestad de otras instituciones, para eso había sido creada la Constitución y un Poder Legislativo. En relación a esta visión se puede anotar que "Es muy importante notar que la Revolución Francesa no estuvo satisfecha con sostener simplemente a nivel doctrinal que los jueces no pueden crear derecho, sino que intentó institucionalizar

[199] Ibid. p. 276.
[200] Ibid. p. 307.

este principio. El inicio de esto lo encontramos en la famosa expresión de Robespierre: "La afirmación de que las Cortes crean derecho... debe ser desterrada de nuestra manera de hablar. En un Estado que tiene una Constitución y un Poder Legislativo, la jurisprudencia judicial consiste solamente en la ley"."[201] Pero no podemos olvidar que el planteamiento de la Revolución Francesa fue esgrimido para contrarrestar la relación de parentesco y estatus social, de clase, de los magistrados, que estaban más alineados a los pensamientos de la Corona que a los del pueblo. He allí otro contexto por el cual los jueces debían ser simplemente la boca de la ley.

Por su parte se sabe que Savigny y la Escuela Histórica del Derecho estimaban que únicamente la ley, el espíritu del pueblo y el Derecho consuetudinario eran las fuentes legítimas y fidedignas de Derecho. Savigny "consideró el sistema jurídico como cerrado, unificado y completo; el juez tenía solamente que aplicar la verdad y no que crearla. Durante todo el S. XX, la teoría alemana de aplicación del Derecho fue dogmática."[202]. Había, pues, en este tipo de pensamiento, una conjeturacion de la ley como el único soberano. Y de allí se exponía la fórmula de que esta soberanía significaba "un gobierno de leyes y no de personas", cosa que pretendía hallar sentido en un planteamiento racional, realmente superfluo, artificial, puesto que son las personas las que efectivamente gobiernan, aún cuando lo hagan dentro del marco de la ley.[203]. Por eso creemos que aquella fórmula por la cual los cambios sociales sólo pueden

[201] Ibid. p. 307.
[202] Ibid. p. 308.
[203] Ibid. p. 308.

realizarse a través de leyes que emita el Legislativo, y que los jueces son meros aplicadores de la ley, pero no creadores del Derecho, es no sólo ingenua e incompleta, sino inaplicable en la realidad, que lo único que hace es terminar negando la capacidad de creación jurídica de las fuerzas extraparlamentarias, Pero, además, esta fórmula evidencia algo más grave: la ambivalencia del hombre moderno. "Esta doctrina revela claramente la posición ambivalente del hombre moderno: la afirmación enfática de la autonomía del hombre se encuentra acompañada por la insistencia igualmente apasionada en la norma estatal."[204]

* *

Por último, si tuviéramos que incluir otras consecuencias del pensamiento jurídico de la modernidad, podríamos decir que todo el fundamento mental habría cambiado e incluso la fuerza cedió su paso al razonamiento, o en todo caso la fuerza era de otra especie. Se sabe por ejemplo que la cultura, en el medioevo, estaba reservada para una élite: los monjes, los cuales no tenían contacto con el mundo, y su vida era estrictamente de carácter erudito. Los monjes se dedicaban exclusivamente al estudio, estudio en el cual no había finalidad práctica, la cultura no tenía una utilidad directa en la sociedad, o como instrumento de trabajo; no había tampoco intención de usar el conocimiento para mejorar el mundo; el saber era humanista, no científico, y el contexto cultural de estos monjes se recluía al copiado y recopiado de las obras de los siglos pasados, salvo excepciones. El conocimiento estaba restringido para el pueblo e incluso determinada

[204] Ibid. p. 309.

en relación a ciertos grupos de monjes, es decir, que no todos los monjes podían leer todos los libros, porque las lecturas eran cuidadosamente seleccionadas por los superiores de acuerdo al individuo y a la particularidad de este individuo. Existían, además, un gran número de libros prohibidos.[205]

Con la Modernidad y el Liberalismo esas puertas culturales habrían de abrirse, y ponerse al alcance de los estudiosos y pueblo en general. La educación elemental comenzó a considerarse como un derecho y un deber elemental, que serviría como instrumento útil para la creación del nuevo mundo, con el nuevo hombre libre a través de la razón, por lo que la enseñanza básica fue impartida, en la modernidad, de manera obligatoria[206].

En este nuevo mundo, donde la cultura se había aperturado para todos, la imprenta fue necesaria y decisiva, y fue el planteamiento cultural de esta época la que desarrolló la imprenta, su uso y su expansión. La imprenta no fue inventada por Gutenberg, porque los tipos movibles de la imprenta eran ya conocidos anteriormente por los chinos, sólo que Gutenberg la incorporó a la actividad editorial, y a través de ésta se expresó el momento cultural de la época, para poder producir al nuevo hombre que asumiría el reto de construirse, con la razón, el mundo y aspirar al progreso.[207]

---

[205] TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. "Liberalismo y Postmodernidad", en: *El Perú en los albores del siglo XXI,* Ediciones del Congreso de la República del Perú. Lima, 1997. p. 110.
[206] Ibid. p. 110.
[207] Ibid. p. 111.

Con la modernidad vendría luego la democratización de la cultura y de la educación, que en la actualidad ha provocado un problema paradójico, puesto que al haberse democratizado la educación y la cultura, todos tienen acceso a él, pero nadie lo utiliza para formar hombres buenos, sino como instrumento barato, operativo, útil para conseguir un trabajo y nada más. Hay por esto la necesidad de replantear el tema de la educación y la cultura. Pues esto influyó determinantemente en la formación del hombre de Derecho. Si la educación sólo enseñaba cosas útiles, ¿qué sería el Derecho? ¿una cosa útil y nada más? Y ¿útil para qué y para quién?

II.- LA POSTMODERNIDAD JURÍDICA.-

1.- LA GENEALOGÍA DE LA POSTMODERNIDAD.

ANTECEDENTE NORMATIVO.-

Si intentamos ser así de drásticos, y nos proponemos dar una fecha, estaríamos, además de contradiciendo la naturaleza postmoderna, dando sólo una aproximación histórica y referencial. Dada la advertencia, podemos anotar que algunos autores como Andrés Aziani Samek-Lodovici argumentan que la postmodernidad se iba gestando ya desde aquel período entre el fin de la primera guerra y el comienzo de la segunda, donde los signos y síntomas de una gran enfermedad social se acercaba y amenazaba incrustarse en la vida occidental: la crisis de la modernidad. Parece que fue un pequeño grupo de intelectuales, perceptores de estos signos quienes comenzaron a dar las alarmas del proceso inminente que se avecinaba, a través de obras que analizaban, discutían, cuestionaban, las causas, síntomas y remedios de "unas enfermedades que parecían destinadas a fundirse como por contagio inevitable y fatal". Lo que pretendieron estos autores fue poner en tela de juicio a la razón y a aquella época de la historia

que la había usado como paradigma y fundamento principal, proclamándose incluso "la edad de la razón", nos referimos a la edad moderna. La enfermedad había sido diagnosticada; lo que estaba sucediendo era la "crisis de la modernidad". Estos autores que abrieron la discusión y pusieron de manifiesto la enfermedad de la modernidad, al decir de Aziani Samek-Lodovici son: O. Spengler (1918) con "La Decadencia de occidente", José Ortega y Gasset (1930) con "La rebelión de las masas", J. Huizinga, 1935 con "En las sombras de mañana", Max Horkheimer (1944-1946) "El eclipse de la razón", Romano Guardini, 1950, con "El fin de la época", Henry De Lubac, 1944, con "Le drame de l'humanisme athee", y Jacques Maritain con "Antimoderno"[208].

Sin embargo, existe otra posición del origen de la postmodernidad, por la cual se atribuye especialmente a la escuela de Franckfurt[209], como la fundadora de la

[208] Aziani Samek-Lodovici, Andrés, "La parábola "crítica" de la Modernidad. De la secularización al nihilismo", "*Cultura",* Editada por la Asociación de Docentes de la Universidad de San Martín de Porres, pp. 257.

[209] "La escuela de Frankfurt surge a partir de los años 20 con la fundación de un Instituto de investigación social; éste pretendía realizar una reflexión sobre el hecho de que el progreso de la sociedad ha dado lugar a que el hombre se convierta en un ser oprimido y manipulado, sobre todo tras la crisis de valores en todos los ámbitos a raíz de la aplicación irracional de la ciencia y de la técnica en la 1ª Guerra Mundial. Alrededor de este instituto se reúnen intelectuales de diferentes sectores del saber Europeo con una serie de características comunes :

- Interés teórico-práctico por el marxismo
- Concepto de la filosofía como teoría crítica de la sociedad, más que como creación de sistemas filosóficos o meras descripciones de la realidad
- Rechazo de la pura especulación filosófica, dedicándose al conocimiento de lo que ellos llaman el mundo de la vida
- Oposición a los planteamientos de la escuela neopositivista lógica
- Oposición al concepto de razón como razón ilustrada y a la idea de progreso que surge en el siglo XVIII

Nos encontramos con distintas etapas en la escuela de Frankfurt :

- Una primera etapa de formación sobre los años 20, unida a la revolución rusa, centrada sobre todo en el análisis del marxismo. Los principales representantes de esta etapa son Horkheimer, Adorno y Marcuse.

postmodernidad: "la verdadera postmodernidad fue quizás eso que se llama "Escuela de Frankfurt", primera corriente que constató las decepciones de la Modernidad, muchos antes de que fueran moneda de uso común; y que se preguntó preocupada por sus causas, pero desde dentro de los afanes mismos de la Modernidad, y sin renunciar a ella."[210].

Según esta hipótesis fue a partir del trabajo y preocupación "crítica", de haber hecho que ésta última palabra fuera la más importante en el desarrollo de los objetivos de la escuela de Frankfurt que entra en vigencia importante el sentido crítico del mundo, especialmente del mundo literario, pero qué dio inicio a una posición que puso en el plato de la sospecha al conocimiento de la modernidad y su mesianismo racional; parece ser que es por esto que se expone a esta Escuela como la que da inicio al pensamiento postmoderno. Así haciendo un esfuerzo de precisión, se sabe, según datos históricos, que "En 1923, la Universidad de Frankfurt fundó el Instituto para la Investigación Social, que más adelante fue conocido como la Escuela de Frankfurt, con la orientación de crear una "teoría crítica" del marxismo. El enfoque crítico contrastó con el positivismo pues intentaba explicar los fenómenos políticos y sociales empleando la

- Hacia el período de entreguerras se produce una crisis de valores y es cuando aparecen los autores más importantes.

En los años 60, como consecuencia de la 2ª Guerra Mundial y la llegada al totalitarismo y a la pérdida de libertad en los países que habían adoptado sistemas comunistas, se origina un movimiento social relacionado con los acontecimientos de Mayo del 68 en Francia y EEUU."

[210] Escribe Gonzáles Faus, José I., en un artículo denominado "Postmodernidad europea y cristianismo latinoamericano" (139).

misma estrategia objetiva, libre de valores, de ciencias como la crítica."[211]

Por otro lado, existe otra teoría que hace de la caída del muro de Berlín[212] el punto de inicio del pensamiento postmoderno, y según la cual fue este hecho la que marcó, por su carácter político, social y cultural, el momento en que empezó la postmodernidad: "El derrumbe del llamado materialismo científico, con la emblemática caída del muro de Berlín. Concretamente este hecho se admite por muchos como el inicio de la post modernidad. Se señala así que han perdido su vigencia los principios orientadores más típicos de la era moderna."[213]

Sólo que todos estos momentos son sólo datos referenciales, históricos y hasta teóricos. Por eso a nuestro entender la postmodernidad empezó con la sospecha de que los fundamentos de la modernidad ya no funcionaban, de que el "mañana sería mejor" que proponía la modernidad, con el uso de la razón, no

[211] Escribe Benjamín Woolley (54).

[212] "La caída del Muro de Berlín, en 1989, fue el resultado de una imparable revolución popular que se anidó durante más de cuarenta años, y que conoció sucesivos estallidos debido a la inviabilidad del régimen stalinista de la Alemania oriental, y de los regímenes stalinistas en general, principalmente el ruso. Se inscribió en la ola de levantamientos que inició la clase obrera polaca en 1980, una ola que puso al desnudo la negativa de la clase obrera a soportar la carga de la 'coexistencia pacífica' y de la 'distensión' entre el imperialismo mundial y la burocracia stalinista, que se traducía en pesadas deudas externas y descomunales 'ajustes' económicos. Por eso, aunque las grandes potencias de los dos bloques ya habían tomado la decisión de enfrentar a los pueblos del este, no mediante la represión sino mediante el 'desvío democrático', el derribamiento del Muro por una revolución popular fue un episodio de la revolución europea, que quebró "el artificio montado (por el imperialismo mundial y la burocracia soviética) para dividir al proletariado más fuerte de Europa" (1); la caída del Muro puso sobre el tapete "la descomposición conjunta del imperialismo y de los regímenes burocráticos y el completo agotamiento de las relaciones políticas establecidas entre ellos a partir de la posguerra".

[213] Escribe Luis Eguiguren Callirgos, en "Cuadernos de Debate Judicial", Reflexiones sobre Ética Judicial", Lima, Siglo XXI, 1999. p. 23.

llegaría nunca, porque el mañana no existe, sólo en abstracción, lo que existe es el hoy, y el hoy es inaprensible, complejo y totalmente dinámico. Así la postmodernidad se inicia cuando se pierde esa confianza en las virtudes modernas, y los fundamentos de la modernidad van siendo desprestigiados y desvirtuados por la realidad. La postmodernidad se inicia como un despertar de ese sueño racional, con símbolos cuadrados y geométricos que no han logrado el progreso prometido. Y el inicio se visualiza con "la sospecha" y se constituye sólidamente en "el desencanto". Desencanto crítico, que pretende mirar el mundo social y jurídico con elementos y fudamentos distintos, nuevos, acordes con las circunstancias históricas, teóricas, humanas jurídicas, actuales.

2.- EL DESENCANTO POSTMODERNO. CRÍTICA A LA MODERNIDAD.-

"El Desencanto" es la palabra que mejor describe la sustancia de la postmodernidad, eso no quiere decir que la define, porque, a nuestro parecer, la postmodernidad tiene aversión a las definiciones que encierran al mundo dentro de palabras. La postmodernidad tiene tirria a las grandes metanarrativas con estigma dogmático o afirmación de eternidad.

La postmodernidad está cargado de un tono y estado de ánimo sombrío y pesimista con respecto a la modernidad como agente de liberación de las cadenas de la ignorancia, y la dominación. No cree en la posibilidades de progreso que la modernidad había planteado.

Este desencanto de la postmodernidad pretende hacernos volver el rostro hacia la realidad, en un cruel, pero necesario darnos cuenta de lo que en realidad está pasando, y escapar a los sortilegios y ficciones que la razón –con inspiraciones dogmáticas de verdad- nos

había incrustado en la mente. Ya no puede haber más disfraces abstractos, ni argumentos matemáticamente concebidos, que oscurezcan la realidad social y jurídica. Ya el mundo nos ha golpeado y nos ha dicho que volvamos a el, a esa realidad que se muestra tal como es: cruel y salvaje, donde el hombre, al fin de cuentas, sigue trabajando sobre la consecución de sus intereses, legitimados o no por el Derecho. Nada de universalismos retroactivos de la libertad humana. Es éste un síntoma de escepticismo, una socarrona mirada a la teoría racional como máxima autoridad cognoscitiva, un gran e irritado desencanto, que actúa como una bofetada en la cara. Es por eso que podemos decir que "El postmodernismo es, en realidad, ante todo un desencanto exasperado frente a la modernidad, frente al carácter universalizante del pensamiento moderno. Es, de un lado, una irritación por la desaparición de las particularidades dentro de una universalidad racional que parece engullir toda identidad disconforme. Es también un escepticismo frente a todo aquello que presuma de valor universal; es decir, frente a todo aquello que constituya una metanarrativa, para utilizar una expresión que utilizan los postmodernos como herencia del origen de crítica literaria de esta posición. Es, finalmente, una desilusión y una desconfianza frente a la razón misma, en tanto que instrumento de homogeneización y de universalización."[214]

Para entender lo que es la postmodernidad, hemos de sufrir, hemos de sentir dolor, o al menos decepción; y es

[214] TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, *Postmodenidad y Derecho,* Editorial Ara, pp. 77.

que la postmodernidad antes que una filosofía o un sistema racional, es una experiencia y un estado de ánimo. [215] No obstante, no aceptamos ese postmodernismo desencantado, que en el fondo niega toda posibilidad de creación y de verdadera ruptura cuando se limita a aceptar todo lo que hay sin emitir un juicio, sin pretender sistematizar y articular: valores, culturas, gustos estéticos, todos pueden coexistir sin orden ni concierto. [216] Sino precisamente el postmodernismo es ese intento de armonización del valor, hecho y norma, tiempo, espacio y contexto.

Hay en el pensamiento postmoderno algo mucho más allá de una mera desilusión frente a la razón, un trajeteo y empeño de organización no totalitaria, no lineal ni mecánica.[217] Hay en la postmodernidad una actitud de creación del ordenamiento jurídico, no sólo desde la razón, sino desde la vitalidad, o desde el derecho vital vívido.

[215] Escribe Gonzáles Faus, José I., en un artículo denominado "Postmodernidad europea y cristianismo latinoamericano", *(*129).

[216] TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, *Postmodenidad y Derecho,* Editorial Ara, pp. 80.

[217] Ibid. p. 80.

3.-¿QUÉ ES POSTMODERNIDAD?, (cuestionamiento histórico y caracterización conceptual).-

Bordeado el tema desde el adjetivo del desencanto, la postmodernidad tiene un singular problema en el enfoque de su concepción: su doble rostro, su inaprensible condición de ser. Aparece más bien como un estado de ánimo crepuscular, como expectativa frente a un tema: la crisis de la modernidad (que engloba necesariamente el aspecto jurídico). Este es la referencia desde donde moviliza sus tentáculos y especulaciones teóricas. Ese es su radio de acción que más o menos delinea su razón de ser: su doble rostro, como negación absoluta de los fundamentos de la modernidad, o como consecuencia última de la modernidad, pero desde otros fundamentos.

No olvidemos que el postmodernismo también puede conllevar dos elementos importantes, como son la de ser una "caracterización conceptual", y, un "cuestionamiento histórico".

Bien, a mediados del siglo pasado, se inició en el mundo un gran debate, un debate que extraía una preocupación social: la crisis de la sociedad, o mejor dicho: la crisis de la modernidad. El debate trataba sobre el mundo de las ideas, de los saberes, la filosofía, las ciencias, las artes, la economía, la política, las relaciones sociales, etc., es decir sobre todos los temas de la sociedad, lo que representaba la principal crítica de toda una época histórica en la que se había basado la sociedad, crítica de todos los mecanismos y dioses modernos con los que se pretendía llegar al progreso. Había llegado la hora del planteamiento de la Postmodernidad.

Hubo en este hecho un fenómeno dual, una visión bidimensional del asunto tratado. Por un lado, como lo mencionamos ya anteriormente, estaban los autores de la postmodernidad que postulaban la modernidad como en descomposición, cosa que para ellos era ya inevitable, frente al aire corrosivo de la realidad. En este radio de pensamiento cabría mencionar a pensadores como Nietzsche, Heidegger, Gehlen, Gadamer, Giddens, Foucault, Derrida, Foster, Jamenson, Lyotard, Vattimo, y otros. El planteamiento central de estos autores es que la crisis de la modernidad ha traído el fin de la historia y de los metarrelatos, los mismos que en el postmodernismo son reemplazados por diversas historias y relatos. Significa el fin de las grandes ideologías, de la verdad universal, de la ciencia o -precisando- del cientificismo, de Dios -como modelo jerárquico del orden y del poder-, del hombre en la menor edad, de la cultura monolítica, y del sentido unidimensional. La postmodernidad sustituye a la

cultura por multicultura, a la universalidad y el monosentido por la pluralidad y el multisentido en todos los campos de la vida del hombre.[218]

Hay otra posición contraria a la mencionada pero uniforme en el diagnóstico (la crisis de la modernidad), que cree aún, nostálgicamente en la modernidad como un proyecto no acabado, con deficiencias, pero con posibilidad de corrección de estos defectos, por lo tanto, plantean apoyar aún a la modernidad, y exponer sus metas hasta sus máximas consecuencias. Debe darse por lo tanto una nueva dirección a la modernidad. Habermas apoya esta posición. Habermas, miembro de la Escuela de Frankfurt, cree que "la modernidad representa una exaltación del presente, una aceleración en la historia y una discontinuidad en la vida cotidiana". Habermas cree en el proyecto de la modernidad (de la Ilustración) que tuvo como objetivo desarrollar la ciencia objetiva, una moralidad y leyes universales, y aprovecharlas para la racionalización del hombre y para el bienestar de la humanidad toda. "El proyecto de la modernidad, entonces, fue el de aprovechar el desarrollar las esferas de la ciencia, de la moralidad y del arte en beneficio de la humanidad. Le interesaba fundamentalmente el progreso constante del conocimiento y de la tecnología, a partir de las cuales se presentaría el progreso económico y el bienestar social y moral de la humanidad."[219] Pero Habermas concluye en que este proyecto de modernidad no se ha cumplido, que no logró ser totalmente racional y que ni el progreso

[218] Escribe Castañeda Lomas, Nicolás, en un artículo denominado "Modernidad y Postmodernismo", (234).
[219] Ibid. (237).

económico llegó a la humanidad en su totalidad, así es que Habermas sostiene que al no haberse cumplido el proyecto de la modernidad, esta no se puede abandonar, sino replantear, utilizar nuevos métodos para llegar al destino y presagio del proyecto de la modernidad. Por su parte Touraine está preocupado en demostrar cómo el modernismo ha separado el sistema de sus propios actores. Así es como surge la postmodenidad como nueva alternativa, -prefigurada por la propia realidad, y por el fracaso de la modernidad de cumplir con su proyecto- como crítica a la racionalidad y el progreso modernista.

* *

Por un lado –como explicábamos- la postmodernidad se muestra como la negación de la modernidad, como el final de la historia moderna; por otro lado como la nostálgica crítica de la modernidad, pero desde dentro de la misma, como continuación y no como fin. Pero en sus dos versiones tiene rasgos comunes y singulares: su sentido crítico de la razón ilustrada, de la universalización, del objetivismo, de los grandes metarrelatos, etc., es decir, de los fundamentos de la modernidad. Se trata de una rebelión contra todo dogma, contra toda verdad objetiva, contra todo sistema cerrado; tiene cierto escepticismo que lo hace dudar de cualquier verdad establecida, pero sin embargo no condena todo, no deja de lado todo, aunque vuelve a someter todo a cuestionamiento. Pretende más bien involucrar aquello olvidado por la razón moderna, en la estructura social, colocar los textos dentro de sus contextos, etc, podríamos decir, en otras palabras que "En el postmodernismo hay una rebelión contra una razón demasiado rígida y totalizante, que todo lo

simplifica y que construye sistemas cerrados que todo lo explican. Pero al mismo tiempo, el pensamiento postmoderno no es un mero atomismo, no es una vuelta a un mundo premoderno de la particularidad. Hay también una gran preocupación por el todo, una necesidad intelectual de colocar los textos dentro de sus contextos, una afán de comprender la totalidad no como una suma de elementos simples al estilo de la ciencia moderna sino en tanto que totalidad irreductible. (...) esfuerzo de comprensión de lo general sin convertirlo en un conjunto de particularidades pero, al mismo tiempo, sin perder la diversidad,..."[220] En ese sentido, quiere conjugar todo lo existente, sin dejarse engañar por espejismos racionales, o mecanismos excluyentes de alguna parte de la realidad social. Como un intento de hacer reencontrar al hombre con todos los elementos cognoscitivos del que dispone. Es además una búsqueda de un orden diferente al racional -es decir a la manera de una fórmula matemática y rígida-, un orden social no lineal, móvil, elástico, que no sacrifique la diversidad en aras de cierta racionalidad, sino con una razón que no necesite esquematizar para ser válida, sino que respete lo complejo y lo diverso, y que trata de incorporar, en esa complejidad, en un orden abierto, las posibilidades del azar, de la libertad y de la complejidad sin que ello constituya un desorden,[221] o una contradicción a los fines del Derecho.

La postmodernidad de la que estamos hablando, no es aquella posición extrema, a manera de anarquismo intelectual que condena todo sistema, reivindica

[220] TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. *Postmodernidad y Derecho.,* Lima, Ara editores, 1996. p. 78.
[221] Ibid. p. 78.

indiscriminadamente los particularismos, dignifica a priori lo irracional y se refugia muchas veces en un relativismo.[222] No, no es este tipo. Porque lo que pretende, es exactamente no caer en verdades absolutas, en discriminaciones diversas e irracionales, en fundamentalismos meramente contradictorios, etc. No pretende confundir, sino solucionar, aclarar, despejar los oscuros nubarrones que se habían formado con el nuevo tipo de conspiraciones religiosas como la razón y su soberanía fundada en la afirmación de la verdad. Es más bien un postmodernismo que hace crítica severa de los defectos y deficiencias de las verdades de la modernidad, pero que a la vez aspira a reconstruir un nuevo orden social usando los mejores materiales del pasado, descartando aquello desconectado con la tonalidad jurídica actualmente importante y requerido por las exigencias sociales.

No puede negarse, tampoco, la capacidad de la postmodernidad de reconocer el riesgo y no temerle, de adherir al factor azar dentro de su sistema de operaciones, de actualizarse, en esta época donde la mayor innovación y revolución ha sido la del cerebro; es decir aquella peculiaridad de este tiempo de hacer que el cerebro, por medio de la computadora y la informática, se potencialice. Esta sería la más grande revolución mental que el hombre pudiera haber logrado, es la más grande afirmación de su personalidad e importancia como individuo, persona[223] y también la

[222] Ibid. p. 78.

[223] TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. "Liberalismo y Postmodernidad", en: *El Perú en los albores del siglo XXI,* Ediciones del Congreso de la República del Perú. Lima, 1997. *p. 103.*

afirmación de la inmensa capacidad del hombre de construir nuevos fenómenos y relaciones jurídicas.

Vale aclarar, en este momento, una disonancia, una percepción sobre la esencia de la postmodernidad. Su gramática parece querer insinuarnos que estamos frente a un fenómeno de orden temporal, es decir histórica, en base a la superación de las bases conceptuales y sociales de la modernidad. Sólo que no se trata -al menos no es la forma como estamos tratando el tema- de una etapa histórica, sino de un sentir y de una actitud mental y física para reaccionar con las novedades y planteamientos nuevos de la realidad. Se puede decir que el: "...'posmodernismo', palabra que abarca tanto un movimiento intelectual como un clima, tanto una forma de cambiar el mundo como de comprenderlo. Uno de sus campeones, Charles Jencks, lo describe como 'una visión del mundo' que, a diferencia de sus predecesoras, es capaz de explicar los fenómenos dominantes de nuestro momento: la temporada, los medios, la aldea global, las catástrofes, el caos, la hiperrealidad y el ciberespacio. La realidad artificial es la condición postmoderna auténtica y la realidad virtual, su expresión tecnológica definitiva."[224]

Ha habido, por otro lado, muchos intentos de definir lo que es la postmodernidad. Ya en 1985 Jean-Francois Lyotard dio una conferencia en el Instituto of Contemporary Arts en Londres. Intelectual francés, usó recuentos teóricos complejos, elegantes y avasalladores, sobre temas políticos, culturales e históricos claves, con

[224] Escribe Benjamín Woolley (51).

las cuales intentó graficar una idea sobre la postmoderniad. Había escrito una obra denominada "La condición Postmoderna". Lo resaltante y más importante es que este autor no define en forma directa el posmodernismo, sino que delinea los argumentos que ayudan a definirlo; nadie se atreve a enfrentar el posmodernismo sin el escudo reflexionante del argumento y el análisis.[225]

Hay en la reflexión de Lyotard unas observaciones centrales. En primer lugar, se delinea que el post del postmodernismo no significa, de ninguna manera, un proceso de retroceso, un saltar hacia atrás, sino más bien es un fenómeno crítico, un analizar, un reflexionar. El otro aspecto que remarca Lyotard es el respecto al enunciado progreso, la postmodernidad sugeriría la desconfianza de esta idea de progreso que viene con la modernidad, porque el desarrollo de las tecnologías han provocado más que la solución de la enfermedad, el agravamiento. Hay, además, una ruptura con las verdades modernas, con las verdades universales, este último fenómeno, que niega la sustancia de la modernidad, paradójicamente, también parece reafirmar la condición de la modernidad: el iniciar siempre algo nuevo, el regresar el reloj a cero. Y es que la modernidad está ligada a la idea de romper con la tradición para obtener una nueva forma de pensar y de vivir. "Sin embargo, esta vez las cosas son diferentes porque "podemos presumir que esta 'ruptura' es [...] una forma de olvidar o reprimir el pasado. Es decir,

[225] Ibid.

repetirlo, no superarlo". Entonces el posmodenismo representa un rompimiento con el "modernismo"."[226]

En el discurso de Lyotard se trasluce una idea crucial para comprender lo que es la Postmodernidad; que la creación y el mundo de la postmodernidad "no están gobernados por reglas ya establecidas, y no pueden ser juzgados por medio de un juicio determinante", es más en esta nueva visión del mundo se trabaja sin reglas absolutas y para establecer las reglas de aquello que sucedió. El motivo de esto es la existencia de las propiedades del acontecimiento, es decir las reglas llegan demasiado tarde para el autor o el que está viviendo

En fin, habría que hacernos una pregunta sintética: ¿qué es la postmodernidad?, ¿Una actitud o una ideología, una filosofía, un estilo o una condición ineludible?, ¿una despedida de la modernidad, indicado en el post de postmoderno? Parece que más bien, como lo señalamos líneas arriba, la postmodernidad tiene doble rostro. Pero filosóficamente hablando la postmodernidad es la denuncia y la crítica de la razón ilustrada. Y ¿qué papel cumpliríamos nosotros que en cierto sentido somos aún premodernos? Parece más bien que, frente a la diversidad humana, la postmodernidad nos puede ayudar a rescatar ciertas formas de comprensión del mundo, y a hacer crítica de la modernidad (de los valores y fundamentos jurídicos de la modernidad) desde la dimensión de los problemas presentes en nuestra realidad. Esto significa que hemos

[226] Ibid.

de embarcarnos en algo nuevo y crítico. Esto implica un cambio en la estructura mental con que asimilamos, desarrollamos y efectivizamos el Derecho.

a.- Postmodernidad como negación de la Modernidad o Antimodernidad. Concepción de ruptura estructural.-

La postmodernidad ha sido presentada desde dos ópticas, el doble rostro. Una de estas ópticas es la que fundamenta que la postmodernidad surge como una crítica directa a la modernidad, como antimodernidad, y el fin último sería, en consecuencia la negación total de la modernidad y sus fundamentos. En materia jurídica se puede decir que "El cuestionamiento se dirige al centro mismo del asunto: son los contenidos de la modernidad en sí los que están siendo objetados o modificados, y no simplemente una forma u otra de legislar."[227] Por eso lo que se objeta tiene que ver más con las consecuencias del actuar humano, que con la naturaleza, a la que se ha abandonado como eje normativo. Los nuevos desafíos enfrentados tienen que ver con el actuar humano, con sus relaciones sociales directas, no con ningún orden divino. Son las conductas jurídicas lo que está en contradicho, por evidenciar cierta composición mental, al parecer premoderna.

La Postmodernidad reacciona duramente contra la modernidad, por eso es antimodernidad, a pesar de no estar exenta de una marcada influencia moderna, esta reacción airada es debido a las razones prometeicas que

[227] TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, *Postmodenidad y Derecho,* Editorial Ara, pp. 43.

había esgrimido la modernidad para imponerse en el nuevo mundo, ufanándose que con el solo uso de la razón iba a llegar al progreso, es por esto que la postmodernidad gruñe y reniega de la modernidad al constatar que esto no es posible, que la razón no va a solucionar todo, y que más bien se ha convertido en algo que obstaculiza la libertad del hombre y su capacidad creativa. El hombre de la postmodernidad siente que ha sido engañado por falsos conceptos modernos que habían prometido al hombre el cielo en la tierra. El orden social y jurídico establecido por cierta estructura jurídica no funciona.

b.- Postmodernidad como continuidad de la Modernidad. Reinvención de la Modernidad.-

Por esta posición se explica que la postmodernidad no es el fin de la modernidad, más bien sería una reinvención de la modernidad, la manera cómo se puede realizar la libertad en forma más plena. La postmodernidad no sería ya una cancelación de la modernidad, sino su secuencia, a fin de evitar que sus fundamentos logren realizarse y obstaculicen la conciliación con la realidad, esto debido a la percepción de la postmodernidad de que estamos dentro de un mundo con circunstancias cambiantes e impredictibles. Parece más bien que la postmodernidad ha de estar ligada al posliberalismo, como la modernidad estuvo ligada al liberalismo político y económico[228], pero cabe indicar que esta noción política no lo define totalmente.

[228] TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. "Liberalismo y Postmodernidad", en: *El Perú en los albores del siglo XXI,* Ediciones del Congreso de la República del Perú. Lima, 1997. p. 116.

Esta postmodernidad se anuncia como el impulso de los elementos esenciales de la modernidad, como son la exaltación del individuo como entidad más importante de la organización social, con esa extraordinaria capacidad para plantear y replantear la construcción del mundo, de su mundo, tantas veces como se lo permita su existencia, ayudado por una libertad creadora reivindicada en él. "Esta concepción lleva consigo, indudablemente, la tolerancia recíproca, la democracia política, la liberalización económica, que son todos valores de la modernidad. Pero, la posmodernidad impulsa esos valores hasta sus últimas consecuencias: mientras que la modernidad estableció un patrón racional objetivo al cual todos debían sujetarse si querían ser modernos, la posmodernidad acentúa la diversidad, la originalidad, la creatividad, tanto a nivel de los individuos como de los grupos sociales, étnicos, culturales. Las diferencias libremente adoptadas, no deben ser mal vistas: ser diferente es ser original; y, ser original es ser creativo, es realizar lo mejor de la propia humanidad." [229] Lo que ha pasado es que la postmodernidad, ha procesado los datos que la realidad le ha suministrado y, frente a la diversidad de aspectos, ha decidido que el hombre se cree solo, sin imponerle un prototipo –como lo hacía la modernidad- dejando al curso de la creatividad humana unida a la libertad y a la razón el resultado de los nuevos procesos y experimentos diversos de vivir.

[229] Ibid. p. 116.

4.- RASGOS DE LA POSTMODERNIDAD.-

Hemos visto por conveniente hablar muy brevemente sobre los rasgos de la postmodernidad en general, puesto que de ello podemos descifrar en qué ámbito conceptual se plantea el orden jurídico dentro del contexto postmoderno.

a.- El sentido polisémico del Derecho y la extinción del monosentido en los aspectos aplicativos de la normatividad.-

La postmodernidad como término es polisémico, es decir, tiene la propiedad de poseer varias significaciones. Esto provocaría una abertura en su aprensión conceptural. La postmodernidad no podrá ser establecida de antemano, como un significado válido y universal, sino como una creación permanente, en constante transformación, que es uno de los más significativos rasgos de la postmodernidad y el móvil por donde se debe cursar, en primera instancia, cualquier tipo de investigación. El Derecho por eso está

más cercano a este rasgo postmoderno que a la concepción unívoca anteriormente establecida por la modernidad y por la posición positivista. El Derecho Postmoderno, no puede, y no debe, en razón a la naturaleza misma de la vida, ser de un solo sentido, no puede ser sólo un "conjunto de normas emanadas de la autoridad del Estado". El rasgo de la polisemia no significa que la concepción del Derecho se vaya a desestructurar, o desorganizar, sino más bien, va a permitir una confluencia temporal de los criterios de decisión, de acuerdo a las circunstancias, a los intereses y fines perseguidos por la totalidad de la sociedad. Lo que un Derecho postmoderno pretendería, es más bien darle al Derecho un tono de flexibilización, de apertura en la confección y aplicación del orden jurídico que hagan a las prácticas y experiencias jurídicas más involucradas en su objetivo primario: la defensa de los intereses individuales. El Derecho en realidad nunca ha tenido un significado único. A pesar de las pretensiones de esquematización de los teóricos, nunca se ha logrado imponer una concepción para siempre, eterna. La concepción del Derecho sale de la neblina del tiempo y la variedad de sus significados sobrevivirá a cualquier intento de cárcel conceptual. El Derecho, o el significado del Derecho no puede nunca estar cautivo.

b.- El Fin de la Historia. Crisis del pensamiento político jurídico de la modernidad.-

Otro rasgo de la postmodernidad es hablar del fin de la historia. Esto se refiere a la modernidad y sus fundamentos. Como la modernidad significa el hoy, el ahora, y el ahora, este no puede ya pasarse, entonces el

fin de la historia es ahora. Esta tesis es defendida por Francis Fukuyama pero que Jean Baudrillard descalabra diciendo que la ilusión del fin es la más grande de las ilusiones, puesto que "En el fondo, ni siquiera se puede hablar del fin de la historia, ya que no tendría tiempo de alcanzar su propio fin.

Puede también tratarse de aquella posición de los postmodernos de negar el proyecto de la modernidad, con lo que sugieren que debe construirse un nuevo proyecto que vaya más allá de la modernidad, es decir, la postmodernidad. En forma más clara se puede decir que "...ha habido quienes, como Francis Fukuyama, han hablado -desde otra perspectiva, es verdad- de que nos encontráramos frente al "fin de la Historia" porque hemos llegado al apogeo del pensamiento político ya que no tiene evolución ni desarrollo posible."[230]

Para Vattimo, la postmodernidad representa la novedad frente a lo moderno, pero además la disolución de la categoría de lo nuevo y en conclusión la disolución del proceso del progreso, que representaría el fin de la experiencia, el fin de la historia. El fin de la historia unitaria, de el proceso histórico unitario. De esta manera se da existencia y validez a diferentes historias y relatos que rescatarían el carácter local y particular de la realidad. Por eso el post de la postmodernidad indicaría una despedida de la modernidad, puesto que se quiere sustraer de la lógica del desarrollo y de la idea de la superación. A partir del fin de la historia estos dos conceptos, anteriormente aludidos no serán más

230 TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. "Liberalismo y Postmodernidad", en: *El Perú en los albores del siglo XXI,* Ediciones del Congreso de la República del Perú. Lima, 1997. *p. 94.*

convenientes para confeccionarnos un bosquejo sobre la realidad y su proyección.

En fin, esto determinaría una apertura a la diversidad del razonamiento en base a la "localidad", y su cosmovisión jurídica.

Cabe insertar una reflexión emitida por Alfredo Bullard, refiriéndose al Derecho y "el Código del Fin de la Historia", que a la letra dice: "Puede adoptarse dos posiciones. La primera de ellas consistiría en hacer un 'maquillaje' del Código Civil, esto es, limitar los cambios a ajustar uno que otro artículo y a mover puntos y comas, manteniendo el espíritu y la estructura básica del cuerpo legal vigente. La segunda posición es abocarse a la misión de elaborar un nuevo Código que responda a nuestros tiempos, es decir, que trascienda el 'Fin de la Historia'. Evidentemente nos inclinamos por la segunda" [231]

Por último afirma Bullard: "En una sociedad moderna como la que el Perú pretende ser, el Código Civil debe limitarse a regular las relaciones entre particulares y no filtrar dentro de su articulado a un Estado-policía, con capacidad de determinar el contenido de las relaciones privadas. Creemos que nuestro Código, con sus virtudes académicas puestas de relieve por diversos juristas, se quedó detrás del 'Fin de la historia'. Necesitamos un Código para el comienzo de la nueva historia del país".[232]

---

231 BULLARD GONZALEZ, Alfredo, *Estudios de Análisis Económico del Derecho.* Lima, Ara Editores. p. 324.

232 Ibid. p. 325.

c.- Nihilismo. Pérdida de validez y legitimidad de los valores jurídicos supremos de la modernidad.-

Frente a este mundo lleno de truculentas y diversas prácticas y experiencias jurídicas, frente a la sospecha de que no habrá ya mayor orden posible -a la manera del racionalismo, donde todo, absolutamente tiene un orden determinado y absoluto-, pareciera que aparecerá, como virtud de la propia realidad un fenómeno cualitativo en la sociedad: el Nihilismo. Nihilismo es "que los valores supremos pierden validez". Esto conjeturaría que todo lo sólido se va desvaneciendo en el aire.

La oscuridad en el devenir ha hecho asequible al pensamiento postmoderno como desencanto crítico, que pareciera ser el más real. Sin embargo, si todo es oscuro, entraríamos en un mundo no cognoscible nunca, y entonces, ¿sobre qué bases construiríamos nuestros destinos? No obstante hay en el hombre una aguda percepción de que las formas sociales y culturales tradicionales (y jurídicas) se están desintegrando, llevándonos al desencantamiento del mundo con sentido racionalista.

El Nihilismo se presentaría como una forma de desenmascarar la vida política de nuestras sociedades, operaría como un espejo deformante de la política actual, como un instrumento que revela la trivialización del individuo en una vida política deformadora. Así el Nihilismo se retrataría como una condición humana en donde parece posible, pero a la vez nada parece valer la pena.

Visto desde la óptica histórica, el nihilismo sería todo un proceso evolutivo e inacabado, pero que se presenta como punto de inflexión para la creación de un nuevo tipo de pensamiento, porque hay claras evidencias que se están perdiendo los valores anteriores, tradicionales, y es que la aparición implacable de nuevos valores se va imponiendo. Este choque, o más bien, esta confluencia de valores antiguos y actuales, tradicionales y modernos, ha llevado al hombre a ubicarlo dentro de un proceso sin fin determinado, es decir: históricamente sin rumbo, que antes había sido ya definido (Dios, el Estado), y ahora se encontraba en completa desintegración.

El Nihilismo ha sido entendido, como simple negación total de todo conocimiento, de alcanzar la verdad. Pero además, desde otra óptica ha sido entendida como punto de partida para salir de todos los errores cognoscitivos, para iniciar una valoración de la realidad basada en los instintos vitales, denominada –según terminología nietzscheana-: la voluntad de poder. Esto arrastraría importantemente a una reaprehensión, reapreciación del mundo jurídico.

d.- Crisis de los paradigmas de la Modernidad Jurídica.-

"Cuando no se tienen ideales hay que conformarse con los hechos"

1) La Muerte de las ideologías en la Postmodernidad.-

"(...) la posmodernidad no es una ideología, en el sentido fuerte del término, porque no pretende construir a partir de una cierta visión del mundo sino que quiere reconstruir toda visión del mundo a fin de que los hombres asuman plenamente su libertad creadora y su responsabilidad de hacer un mundo como ellos quieran."[233]

Hay otro rasgo singular y muy interesante, que aparece con la postmodernidad, o al menos que está implícito dentro del tema de la postmodernidad: la muerte de las ideologías. Parece, que este sintomático afán de homicida es un rasgo característico del pensamiento moderno, que se explicita por su condición crítica de todo el orden anterior.

El fundamento que usa la postmodernidad para negar la validez de las ideologías y anunciar su fenecimiento es la sustancia de la que ellas están nutridas y se ufanan: haber encontrado la verdad, que además es una verdad universal a la cual todos deben someterse. Esta aseveración de la existencia de la verdad, y la fijación del mundo a esa verdad tiene un mensaje, que más bien sería un dictado dogmático: la disolución de las diferencias. Y es justamente en defensa de las diferencias cómo aparece y se fortalece la postmodernidad. Por eso la postmodernidad niega y afirma la muerte de las ideologías,"en el plano

[233] TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. "Liberalismo y Postmodernidad", en: *El Perú en los albores del siglo XXI,* Ediciones del Congreso de la República del Perú. Lima, 1997. p. 122.

conceptual, la postmodernidad rechaza toda ideología. En ese sentido, la posmodernidad está más cerca del anarquismo que de los socialismos... si no fuera porque el anarquismo también es una ideología. En principio, las ideologías pretenden haber encontrado una verdad universal a la cual todo el mundo debe someterse. Las más terribles en nuestro siglo fueron la ideología nazi y la marxista, porque eran plenamente totalitarias [Se caracterizaba porque] no permite que nadie pueda ser diferente, pensar de manera distinta, bajo el pretexto de que el pensamiento oficial es el más racional. Sin embargo, el pensamiento liberal-capitalista también impuso –de una manera más subliminal, menos grotesca- una cierta ideología de la libertad, con su correspondiente tipo de hombre y sus actividades políticamente correctas."[234]

Las ideologías, al ser el producto de una racionalidad cerrada, no permitirían el funcionamiento de un mundo con expectativas abiertas, por eso la postmodernidad no tolera a la razón, al menos no en su forma de carceleta o camisa de fuerza, que encierra al pensamiento y la actividad humana, al desarrollo de los intereses propios y la defensa de los mismos por parte de los individuos, así, "Teniendo en cuenta que las ideologías son producto de una racionalidad cerrada y en pie de guerra, la posmodernidad tiene un cierto horror de la razón, entendida como una envoltura indestructible y asfixiante que impone una verdad universal e incontestable por encima de nuestras pasiones y de

[234] Ibid. p. 117.

nuestros intereses. Por eso prefiere concebir al hombre fundamentalmente como una pasión."[235]

Dentro de estas ideologías, a las que se niega la postmodernidad, de las cuales reacciona ferozmente, por haberse declarado la panacea del mundo, está el marxismo, pero no ataca al marxismo en todo su contenido, sino a sus soluciones. "La postmodernidad no niega los análisis de Marx, sino sus soluciones.[236] La crítica al marxismo reside más en las promesas no cumplidas que en las injusticias denunciadas[237]

Además, el desengaño del capitalismo, por ser nada más que otra palabra divina que esconde debajo la sordidez de lo real, también ha sido manifestado por la postmodernidad.

Algo que ha marcado claramente la diferencia de la postmodernidad respecto a su posición crítica, es que –en el campo de la informática- demuestra que no se trata de una simple moda, o de una moda más; sino que se muestra crítico y escéptico sobre todo, por ejemplo no ignorará que la revolución informática traerá enormes nuevas posibilidades de renovación y mejoramiento humano, pero advierte, sin embargo, que duda de la posibilidad de los hombres de usar –la informática- para conseguir este bien común. A diferencia del pensamiento marxista, que no dudaban que la revolución industrial iba a ser utilizada para bien,

[235] Ibid. p. 117.

[236] Escribe Gonzáles Faus, José I., en un artículo de título:"Postmodernidad europea y cristianismo latinoamericano", *(*139).

[237] Ibid. (140).

lo que puede marcar claramente esa distancia entre el planteamiento moderno y el postmoderno[238]. El primero está seguro, el último "sospecha". Por eso a la postmodernidad ha solido llamarse la teoría de la "sospecha".

e.- Pluralismo como Episteme. Diversidad cultural y normativa.-

Esto significa que se ha reinvindicado la condición social de los hombres de ser plurales, frente a una concepción social localista. La cosmovisión postmoderna encara el problema de la diversidad cultural que existe en la sociedad. Lo que indica que existe multiculturalidad que refleja la verificación del "pluralismo jurídico: entendido como un reconocimiento legal de la multiculturalidad"[239]. Esto llevaría, al reconocimiento de nuestras tradiciones, a la reivindicación de las mismas; no obstante un peligro puede corroer las tentativas de afrontar esta multiculturalidad. Esa mal integración, asimilación, de lo multicultural haría ver que somos también parte de tradición y luego podría incluso confundirse lo original con lo foráneo. Lo original –según nuestra mentalidad premoderna- sería lo propio, lo que ha estado aquí, es decir nuestro pasado tradicional, indígena. Esta sería más bien una apreciación geográfica de nuestra descendencia. Digo geográfica porque damos por sentado que nuestros orígenes provienen precisamente del territorio en donde hemos nacido y estamos viviendo. El peligro es inminente, puesto que, por lo

[238] Ibid. (140).
[239] TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. Postmodernidad y Derecho, Ara Editores, pp. 63.

general, se olvida que nuestra condición de consistencia nacional, de reconocimiento como individuos pertenecientes a una cultura no proviene sólo de una realidad geográfica, sino más bien, y determinantemente de un proceso mental (cultural). Es decir hay que ver nuestra condición mental(cultural) que llevamos imbuidos, y no sólo nuestro arraigo geográfico. La descendencia no sólo se lleva en la sangre, sino en la mente. Además, hay que considerar que estamos jugando, viviendo, en el presente y no en el pasado de cara al futuro, "Por ello pienso que el pasado y la tradición tienen que ser proyectados hacia delante, no pueden servir de freno ni menos de impulsos para un retroceso frente a la modernidad sino que deben constituir más bien un estímulo para una superación de la modernidad en la postmodernidad enriquecida con nuestras divergencias y nuestras originalidades."[240]

Comprobada determinantemente por la realidad la existencia de la multiculturalidad, de la diversidad de culturas, el pluralismo jurídico, según la postmodernidad debería imponerse, puesto que el mundo es más bien un crisol donde se han fundido diversas culturas, bien o mal integradas, pero en fin integradas. Algunas naciones han logrado dominar bien esas conexiones sociales, otras no, éstas últimas son las que constituirían el mundo multicultural.

Nuestro Perú se ha visto en ese proceso de mala integración; lo que ha dado como resultado la multiculturalidad, que en sí no es un mal, sino una

[240] Ibid. p. 63.

reafirmación del resaltar el hombre su condición de "diferente". Ha habido sin embargo, de acuerdo a la historia, intentos de integración de la sociedad, por ejemplo con el Imperio de los Incas, que lograron cierta consistencia no demasiado permanente y sólida, porque al venir los españoles desintegraron esa unificación, esa monopolización del orden social y de la homogenización de los hombres. En el Virreynato sucede que el Derecho Occidental, colabora en la formación de esa multiculturalidad, "Durante el Virreynato, aun cuando de hecho se va a producir una cierta integración a través del mestizaje, el Derecho occidental y la concepción social europea contribuyen –a veces con la mejor de las intenciones- a marcar las diferencias, redistribuyendo la diversidad cultural en formas antes no conocidas."[241] Como bien lo advierte Jorge Basadre G. existió en ese tiempo una confluencia de repúblicas: la república de los españoles y la república de los indios; que quedan determinantemente marcados durante este período, por lo que se crea la diferencia y una jerarquización de la sociedad, donde la república de españoles pasan a tener superioridad sobre la república de indios, que estará sometida. Por otro lado, en el mismo ambiente y terreno, quedan marginados los mestizos, que al no ser exactamente indios ni españoles, fluctúan con una condición ambivalente social y culturalmente. Estos viendo la condición favorable para el sector de la república de españoles intentan ser de ese bando a toda costa, y lograr se les reconozca derechos inherentes a ese grupo[242], con lo que se va produciendo, en la

[241] Ibid. p. 66.
[242] Ibid. pp. 66.

historia, elementos para la existencia de la multiculturalidad.

Con la República parece terminarse la división entre república de españoles y república de indios, desde allí, los hombres deberían ser tratados como iguales. Sin embargo, esta es una falacia, puesto que en realidad los conceptos jerárquicos y de división de clases aún no se habían perdido, subsistían en el inconsciente colectivo, habían por lo tanto indios oprimidos y oprimidores. Por otro lado los mestizos, que habían ocupado el lugar de los españoles, quieren también tener las potestades que los españoles antaño había tenido. Además se producen inmigraciones de chinos italianos, alemanes, japoneses, que refuerza más las distancias y la pluriculturalidad, porque estos inmigrantes pretenden solapadamente constituirse en grupos nacionales.

Todo esto impidió que las sociedades pudieran integrarse y consolidarse efectivamente como una nación. Lo que sí existió y existe es un complejo tejido de culturas con características propias. Pero no están perfectamente diferenciados, nada es puro en estas tierras, todos han tomado cosas de los otros pueblos, es una mezcla, a veces confusa, y sin ser suficientemente perceptible, que hace a nuestro mundo pluricultural. No obstante todas las difenciaciones sólo las podemos hacer por abstracción.

Todo lo resumido, explicita el porqué es necesario la afirmación del pluralismo jurídico. Frente a una masa uniforme, mezclada, internamente receptora de muchos elementos culturales, no podemos tener un Derecho

uniforme, porque la sociedad, nuestra sociedad no es uniforme, sino multiforme, múltiple, multicultural. El Pluriculturalismo Jurídico podría exponerse como "la afirmación de la diferencia". Y esta afirmación se reivindicaría con el reconocimiento del orden jurídico.

* *

La postmodernidad nace de la constatación de la imposibilidad del cambio histórico soñado, que nos llevaría al progreso, de que el ansiado "mañana será mejor" nunca llega, y entonces se produce un desengaño. No habrá mayor seguridad, desde la postmodernidad, que esa revolución moderna sea posible. Se ha constatado que al mundo no se puede interpretarlo bien y menos transformarlo. En esa perspectiva "todo cambio histórico radical que apunte a realizar más Justicia, más libertad y más humanidad, es un círculo cuadrado histórico. Justicia, libertad y humanidad, son palabras que no significan nada o, en todo caso, son realidades que el hombre sólo puede buscar por sí solo y para sí solo, y con cuentagotas.[243] A esta conclusión ha llegado la postmodernidad, en ese desencanto airado y cruel, pero necesario y real. Pero este planteamiento es necesario explicarlo ¿porqué la postmodernidad cree que el proyecto de la modernidad nunca se cumplirá?

f.- Anulación de los mitos de la modernidad jurídica.-

Hay una experiencia que ha asimilado, duramente, la postmodernidad: la vida es sórdida e innegable. La

[243] Escribe Gonzáles Faus, José I., en un artículo titulado: "Postmodernidad europea y cristianismo latinoamericano", (131).

modernidad sólo ha logrado engatusarnos con la dulzura de la felicidad a través de la razón, no ha hecho más que enmascarar la sordidez de la realidad con divinas palabras, con palabras envueltas en tranquilizantes racionales, convincentes, pero inexactos, y lo que es peor, ineficaces. Por eso "...la Postmodernidad es simplemente el intento honrado de quitarle a la realidad sus "divinas palabras", sus "nombres de rosa", encarando mas bien al hombre con la "insoportable levedad" de lo real."[244] Y por eso, en la conciencia de eso, hay que aceptar nuestra realidad, no para resignarnos a ella, sino para asumirla desde una perspectiva más real, tal vez más sórdida y dolorosa, pero al fin, desmantelada de ese aire ficticio que imposibilitaba que nuestros actos concordaran con la realidad, que pisáramos tierra. Por eso el hombre en la postmodernidad se reencuentra consigo mismo, y sabe que no puede, ni tiene que apelar a nada ni a nadie, ni a Dios, ni al psiquiatra, ni a traumas infantiles, ni al confesor, ni a nada que lo coloque fuera de la vida. Lo que hay que hacer es vivir, sin esconder en palabras eufemistas, la realidad, y sin distraernos con palabras de salvación del hombre a través de grandes ficciones modernas, como el racionalismo absolutista. Por eso "La postmodernidad no ha sido sólo la destrucción de un mito, sino la destrucción de todos los mitos..(...) en esta vida no cabe ninguna gran palabra y, por eso, la Posmodernidad se desmarca incómodamente tanto de la izquierda como de la derecha..."[245] "En conclusión: no hay salida. Y como no hay salida, sólo queda la misma realidad de antes (y de siempre), pero con burla cínica

[244] Ibid. (132).
[245] Ibid. (134).

en lugar de exaltación mítica. (...) existen en la tierra grandes supermercados repletos; pero el postmoderno se pasea a veces por ellos gritando: "¿quién me vende un poco de autenticidad?"."[246]

Esa autenticidad que deje las perversiones premodernas con que se asimila, se hace y utiliza el Derecho.

[246] Ibid. (136).

5.- LOS FUNDAMENTOS PRIMARIOS DE LA POSTMODERNIDAD JURÍDICA.-

Como vemos estos aún se van haciendo, sin embargo habremos de anotar algunos pocos, muy tímidamente.

a.- La Tolerancia como grado de compatibilización normativa.-

Ya desde John Locke podemos apreciar esta inquietud, que está impresa en un escrito denominado "Carta sobre la Tolerancia". La Tolerancia sería ese respeto a las opiniones y "prácticas" ajenas, para lograr que los intereses individuales puedan llegar a cierto grado de compatibilización y los individuos sujetos de derechos y obligaciones no se destruyan mutuamente. También se puede expresar como la diferencia que se consiente en la calidad o cantidad de lo convenido. En una sociedad que tendría como parámetros la voluntad de las individualidades, el marco por donde podrían surgir necesariamente debería de ser la tolerancia. Lo que supone, la afirmación y confirmación de la

diferencia, y del proceso social como producto de esta diferencia. Es decir, que el slogan esbozado hoy es: "que no está mal ser diferente", sino que es más bien un acto completamente natural, que existe o debe existir, realmente, como derecho. Pero hay que tener cuidado que el discurso de la diferencia no vaya a ser sólo una forma de consolidar el sometimiento de un grupo social dominante. Lo que se pretende es borrar esas imágenes de jerarquías sociales que han sido empotradas dentro de nuestra sociedad.

La tolerancia sale a relieve por ser la racionalización un método que pretendía alcanzar la verdad en forma dogmática e intolerante para con los otros medios de conocimiento. Sin embargo hay cierta incoherencia entre la razón y la realidad, incoherencia de contenido. Lo absoluto siempre dará una sensación de intolerancia.

La intolerancia del régimen antiguo, es decir de la cultura medieval, significaba que los individuos eran sólo medios para servir a los fines de una entidad superior llamado Dios, señor feudal, etc., de lo que puede resultar una sociedad dogmáticamente organizada e inflexible.

En una sociedad liberal, uno de los fundamentos principales es el respeto a las diferencias de todo tipo, que estén protegidas por la Constitución, como las diferencias de raza, etnicidad, religión, sexo, etc. Por lo demás, la base de una ciudadanía democrática es la igualdad política, y el Estado por sí sólo no la puede garantizar. Sólo los ciudadanos a través de la tolerancia mutua de sus diferencias y su respeto a la humanidad

fundamental y al valor de la persona pueden generar una sociedad liberal en la que todos los ciudadanos sean respetados. Ningún valor es más importante para la democracia liberal que la tolerancia. Y ningún valor es más difícil de aprender y de mantener.[247]

Norberto Bobbio escribe, en un capítulo denominado *Para la tolerancia*, que "la tolerancia es explícita, consciente y utilitariamente, el resultado de un cálculo" [248], que consiste en el principio de la reciprocidad, es decir en la igualación de las fuerzas. Esto tiene como fundamento el problema de la convivencia, o la posibilidad de coexistencia de unos individuos con otros, enmarcados dentro de una máxima: "si tu me toleras yo te tolero".

b.- El Relativismo o la negación de verdades jurídicas transculturales.-

"La experiencia histórica es una evidente experiencia de cambio y de progreso jurídico. La existencia de unas reglas que sean, por su naturaleza, permanentes e inalterables, no pasa de ser un mito o una quimera, cuando no es, simplemente, una aspiración o un deseo de perpetuar un 'statu quo' determinado y concreto.

---

247 **"**El cultivo de la ciudadanía democrática: la educación para un nuevo siglo de democracia en las Américas", por Larry Diamond Investigador superior de la Hoover Institución y codirector del Journal of Democracy Presentado ante la Conferencia Civitas Panamericano, "Educación para la democracia", Buenos Aires, 29 de septiembre - 2 de octubre de 1996

248 BOBBIO, Norberto, *Norberto Bobbio: el filósofo y la política (Antología)*. México, Fondo de Cultura Económica. 1996, *pp. 218.*

Lo anterior nos conduce sin duda al relativismo, pero el relativismo no debe asustarnos. Antes al contrario, no sólo es lo más conforme con nuestras propias experiencias vitales, sino también con el sentido mismo de la vida histórica como progreso y como perfección." [249]

Mario Bunge expone este problema de otra manera, y dice: "Una tesis de moda, y que se sigue del constructivismo[250], es el relativismo. Si todo cuando existe es construcción social o incluso es un texto, una construcción lingüística, entonces está claro que todo es relativo al sujeto que construye. O sea, no habría verdades completas y transculturales, que valgan tanto en Perú como en Islandia o el Japón."[251] Y luego expone, como réplica a esta concepción, un fundamento matemático y dice: "Si el relativismo fuese verdadero, habría una matemática hindú, y otra musulmana; una matemática femenina y otra masculina, una matemática burguesa y otra proletaria y así sucesivamente. Obviamente, esto es falso. Si damos un vistazo a la geografía de la cultura, vemos que la ciencia es universal: carece de nacionalidad, sexo y clase social."[252] Y con esto pareciera definir el problema, pero, haciendo caso del sentido epistemológico –éste último término para él significa crítica de la ciencia- que debemos tener

[249] DIEZ PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y Teoría General del Derecho,* Editorial Ariel, pp. 187.

[250] Sobre el CONSTRUCTIVISMO, dice Mario Bunge: "*El constructivismo, de moda entre ciertos pretendidos sociólogos de la ciencia, es la tesis de que no hay hechos en sí mismos. Según esto, todos los hechos que estudian los científicos serían construidos por los científicos mismos." /* Bunge, Mario, *Vigencia de la Filosofía,* Fondo Editorial de Universidad Inca Garcilaso de la Vega, pp. 78.

[251] BUNGE, Mario, *Vigencia de la Filosofía,* Fondo Editorial de Universidad Inca Garcilaso de la Vega, pp. 79.

[252] Ibid. p. 79.

ante la vida y los conceptos dados, hemos de observar que en Derecho las cosas no funcionan así, con explicaciones matemáticas. Pero, por cierto Bunge al hablar del relativismo, no se refiere al Derecho, sino a la ciencia, y esto queda probado en la última parte del discurso citado líneas arriba.

Sin embargo el Derecho, que para Bunge es enmarcado dentro de lo que él llamaría sociotécnica[253], tiene como fundamento de su existencia el orden social, es decir la relación organizada entre los hombres y mujeres de una determinada sociedad. Estas relaciones son múltiples, heterogéneas y singulares. Frente a esta dinámica al Derecho no le queda otra que desarrollarse dentro de ese concepto, que estipula la vida como un proceso en permanente dinamismo y que por lo mismo se hace relativo.

Algo que aclarar, no nos estamos refiriendo aquí a la teoría de la relatividad de Einstein, publicada en 1913, que era un concepto físico -que provocó un gran salto a los dogmas de la física newtoniana[254]-, sino a lo que llamamos concepto social de relatividad. El

[253] Mario Bunge dice: "*El objeto o referente de la epistemología es la totalidad de las ciencias y técnicas. O sea, tanto las ciencias formales y fácticas, básicas y aplicadas, como las técnicas. Estas últimas abarcan no solamente a las ingenierías y las biotécnicas, sino también a las disciplinas que yo llamo sociotécnicas, tales como el derecho, la administración de empresas y la macroeconomía normativa.", /* Bunge, Mario, *Vigencia de la Filosofía,* Fondo Editorial de Universidad Inca Garcilaso de la Vega, pp. 79.

[254] Escribe Benjamín Woolley, que *"En 1913, Albert Einstein publicó su Teoría general de la relatividad. Fue un completo salto frontal a los dogmas de la física newtoniana, teoría que había dominado en la era moderna –en oposición a la modernista- por su visión del universo como una especie de escenario en el que los objetos, bloques de materia, son tan sólo actores que reaccionan entre si a través del intercambio de energía. De acuerdo con la energía de la relatividad, la distinción entre actores y escenario ya no se podía establecer: argumentó que el tiempo y el espacio existen, tanto en la interacción de materia y energía como existen la materia y la energía dentro del espacio y el tiempo.*

planteamiento de la sociedad se enfocaría desde un intento por encontrar la forma de establecer verdades en un mundo que propiciaba muchos puntos de vista diferentes, constantemente cambiante. En este aspecto la teoría de la relatividad puede considerarse como un prototipo postmodernista, en oposición a la simple teoría moderna, ya que era una respuesta a la experiencia desorientadora de la modernidad[255].

Desde otro aspecto, apreciamos que, por ejemplo, la edad moderna había sujetado sus principios vitales, es decir, por los que regía su vida a las conductas de los hombres, a la razón, donde se consideraba que todo tenía un lugar determinado, y no cabía lugar para vacíos, por lo tanto la sociedad, mediante el fundamento de que mediante la razón el mundo se hace perfecto y exacto, debería regirse también a la lógica de la razón. No obstante con la crítica que hicieron ciertos pensadores sobre la veracidad de los conocimientos, esta percepción de la vida, y la razón con ella comenzaron a tambalear, a mostrar signos de imperfección. Había nacido la sospecha como método, por obra de ciertos autores, "No cabe duda que Nietzsche, Marx y Freud inauguran una nueva era al introducir la sospecha como método; con la ayuda de instrumentos tales como la noción de poder, el interés económico subyacente y el inconsciente, se procedió a una cuidadosa demolición de los valores establecidos; aquello que se creía absoluto se redujo cuando menos a elementos históricos y relativos; y, en muchos casos, los pretendidos valores fueron desenmascarados, comprobándose que su aparente

[255] Escribe Benjamín Woolley (53).

valor universal no era sino el disfraz bajo el cual se ocultaba un interés particular a veces contrario al valor pretendido."[256] Esta nueva visión, que hizo que el mundo pudiera integrarse con su parte irracional, etc., demostró que la realidad social está plagada de elementos diferenciales, que hacen, precisamente por eso, de la vida lo que es, un mosaico donde se funden miles de individualidades, pero sin perder esta individualidad, es decir, por último, que el contexto sería que "El mensaje postmodernista es claro: donde reinaba la razón totalizante, la Razón, ahora impera lo fragmentario, lo cambiante, o para emplear la palabra misma del discurso vanguardista, lo contextual."[257]

En el último plano, podríamos decir que el relativismo cumple además una función importante en la determinación de las conductas humanas, y se constituiría como actos contra la violencia: "Relativismo y tolerancia serían los pasos contra la violencia en la postmodernidad. Una persona intolerante es la que de alguna manera no relativiza las cosas. Cuando uno es fanático fundamentalista no es posible relativizar nada y por eso no es tolerante."[258]

Sin embargo, dentro de ese pluralismo conceptual sobre el planteamiento postmoderno, hallamos también una referencia interesante que niega al relativismo, o al menos niega su efectividad. Esto aparece expresado en el libro "El tema de nuestro tiempo", de José Ortega y

[256] TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, *Postmodenidad y Derecho,* Editorial Ara, pp. 44.
[257] URBANO, Henrique, *Modernidad en los Andes,* Editado por el Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de las Casas, pp. XIII.
[258] TRAZEGNIES, Fernando de. "El Peruano", 28, marzo 1997. A-8.

Gasset, -según dice Jacinto Sánchez Miñambres- : "En uno de los artículos de dicho ensayo llamado 'Relativismo y racionalismo' Ortega nos propone una superación de ambas formas de filosofía, lo que pienso personalmente es una de las aspiraciones fundamentales de la posmodernidad (aunque hoy en día se manifiesta mediante multitud de fórmulas). Concretamente Ortega se expresa en ese texto de la siguiente manera: «Es inconsecuente guillotinar al príncipe y sustituirle por el principio. Bajo éste, no menos que con aquél, queda la vida supeditada a un régimen absoluto. Y esto es precisamente lo que no puede ser: ni el absolutismo racionalista -que salva la razón y nulifica la vida-, ni el relativismo, que salva la vida evaporando la razón. La sensibilidad de la época que ahora comienza se caracteriza por su insumisión a ese dilema. No podemos satisfactoriamente instalarnos en ninguno de sus términos"." Y explicando a José Ortega y Gasset hacer referencia a la observación del autor de que hay una imposibilidad a aferrarnos a legados irracionales (príncipe) o racionales (principio) en el sentido tradicional, lo que nos acerca a posiciones pragmáticas. Además el pensamiento está sufriendo un cambio determinante respecto del pensamiento moderno. En todo esto, hay también un pensamiento resaltante: la quiebra del concepto de verdad, por eso "....Sería postmoderno el enunciado: que somos un diálogo. Es decir: es postmoderna la tesis heideggeriana de que la verdad no reside en el juicio. No es por tanto una especie de "fotografía" del ser. Pero si no existe esa fotografía, sí que hay la posibilidad de sentarse y dialogar. Es decir: queda la verdad como acogida abierta, la verdad como comunión. Sin que nadie

pretenda venir al diálogo con toda la verdad ya construida, como una pretensión absoluta.(...) Y algo de esto explicaría el desconcierto de la Postmodernidad ante todos los dogmatismos (marxistas, musulmanes, batasuneros o católicos..., todos por igual)."[259]

Por otro lado, se ha venido hablando también de un relativismo moral, que según Miguel Giusti, en su artículo "Ética y democracia", supone la defensa de la diferencia y de la libertad de actuar como cada quien elija, que según expresiones del mismo dicen literalmente así:"En este modelo de democracia se promueve y se cultiva el relativismo moral, el cual debe ser a su vez garantizado por la deliberada neutralidad valorativa del Estado. El relativismo moral de la sociedad democrática no es pues en modo alguno un desarrollo defectuoso o una patología del sistema, sino, muy por el contrario, una forma moralmente genuina de defender el derecho de todos los individuos a ejercer su libertad, cada cual como mejor le parezca".

Vistas así las cosas, faltaría decir de que no podemos asustarnos frente a un relativismo jurídico, que no significaría de ninguna manera una expresión de desorden, sino que sería más bien un fundamento válido del cambio y flexibilidad, como constatación vital de un mundo cambiante, o como lo expresara Luis Diez Picazo en la cita inicial de este capítulo.

El relativismo en la juricidad, como elemento de la juridicidad constituye una condición postmoderna, porque expresa claramente la aversión a trabajar con

[259] Escribe Gonzáles Faus, José I., "Postmodernidad europea y cristianismo latinoamericano", (143).

verdades absolutas, sino más bien con verdades relativas, determinadas sólo por el carácter circunstancial de un cierto espacio y tiempo. Esta relatividad, nos llevaría a lo que se podría denominar -como otro elemento más de la postmodernidad- : improvisación creativa en Derecho.

c.- Pluralismo Jurídico. El derecho a la diferencia y reconocimiento a los particularismos jurídicos, culturales y sociales.-

"Yo os hago esta advertencia: cada pueblo habla su propia lengua del bien y del mal: su vecino no la entiende. Cada pueblo se ha inventado su lenguaje en costumbres y derechos." (Friedrich Nietzsche)

"Si a algo podemos asociar el postmodernismo es a la diversidad y al pluralismo. El postmodernismo pone especial atención a las diferencias de todo tipo: diferencias de lógica y de discurso, diferencias de valores estéticos, diferencias de visiones del mundo."[260]

Las citas arriba mencionadas parecen el preludio del concepto general de este tema: el pluralismo, y éste último se refiere, además, al orden jurídico. Esto significa que partimos de la idea de la existencia de la multiculturalidad como un hecho palpable y actual, como la certeza y afirmación de las diferencias culturales como vivencias efectivas en nuestra realidad.[261], como expresión de la diversidad cultural, y por lo tanto, jurídica.

[260] TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, *Postmodenidad y Derecho,* Editorial Ara, pp. 78.
[261] Ibid. p. 65.

La postmodernidad intenta, ahora, la integración de un pluralismo cultural, dentro del orden jurídico. La modernidad había expandido sus redes conceptuales de existencia sobre el molde de la igualdad, para romper con la tradición hereditaria del poder de los reyes y nobles, pero esa noción político y jurídica de la igualdad, no obstante sus buenos efectos, había eliminado programáticamente particularismos culturales, sociales [262], que la postmodernidad con la reivindicación del pluralismo intenta rescatar.

La postmodernidad no intenta volver a una sociedad donde todo está separado –como lo era en la sociedad feudal-, sino desarrollar un ámbito donde todo surja de una articulación, logrando una sociedad unitaria, que no haga desaparecer los particularismos, sino que permita la convivencia de estos particularismos[263], aceptándolos y planteándolos como elementos de la sociedad. La postmodernidad afirma la diferencia, pero no del modo que deje aislados a los sujetos, sino de tal forma que todos podamos vivir en forma conjunta, con una visión de conjunto, sin perder el derecho a la diferencia. "La postmodernidad separa, sí, pero no de tal forma que quedemos en una serie de islotes. Hay que tener una dirección y una visión de conjunto."[264] Por eso la postmodernidad se convierte en un negador del proceso de universalización de la modernidad, y contra la teoría actual de universalización del Derecho, porque sabe que "La Teoría contemporánea del Derecho tiene claramente

[262] Trazegnies Granda, Fernando de. "El Peruano", 28, marzo 1997. A-8
[263] Ibid. 28, marzo 1997. A-8
[264] Ibid. 28, marzo 1997. A-8

una vocación de universalidad."[265]. Además, parece que la Sociología ha tomado este aspecto de la realidad jurídica, "el clásico objeto de la Sociología del Derecho llamado "pluralismo jurídico".[266]

Además como prueba de este pluralismo jurídico Oscar Correas escribe: "Es el hecho de que en América Latina se conservan alrededor de 400 grupos indígenas que comprenden más de cuarenta millones de personas, que viven en comunidades en las cuales existen normas que son distintas, y a veces contradictorias, respecto de las llamadas "estatales", es decir, las que producen e intentan hacer cumplir los gobiernos reconocidos por el orden internacional. Estamos, entonces, ante la existencia de grupos, que regulan sus relaciones de manera distinta que lo ordenado por el sistema jurídico que constituye el modelo tenido en cuenta por la Teoría General del Derecho."[267]

Por otro lado, Marcial Rubio Correa, hace una clara observación, al hablar de los Jueces de Paz no Letrados escribe que "... los jueces de paz no resuelven los conflictos en base al Derecho sino en base a su buen saber y entender de las cosas. Si bien esto parece arbitrario, en realidad es muy importante dentro de la sociedad, particularmente en lugares alejados de las ciudades grandes y medianas, porque el juez de paz suele ser allí la única autoridad que puede administrar justicia. Usualmente exceden sus competencias y se

[265] CORREAS, Oscar, "*El Pluralismo Jurídico y el Derecho alternativo. Algunos problemas teóricos",* en: "*Enlace, Revista de sociología jurídica*", Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1996. *p. 37.*
[266] Ibid. *p. 37.*
[267] Ibid. *p. 37.*

pronuncian sobre asuntos que correponden a otras instituciones. Sin embargo, cuando resuelven con buen criterio, "pacifican" efectivamente a la sociedad"[268]. Esto significa y aclara que el Derecho en el Perú no puede, y efectivamente no está siendo aplicado en forma universal, es decir absolutamente en base a las normas, sino que como principio del pluralismo y complejidad del mundo jurídico social, se ha implantado medios y mecanismos, -como el descrito por Marcial Rubio con los Jueces de Paz no letrados-, que hagan posible la organización de la administración de justicia, en referencia a la naturaleza pluralista de nuestra sociedad.

No olvidemos que nos encontramos en un ámbito que está plagado de multiculturas, de multivalores sociales, que se transmiten de forma diversa, exclusiva y excluyentemente en las relaciones sociales, de unos con los otros. Esto significa que una apertura del mundo jurídico a una visión pluricultural, con el que deba aplicarse el Derecho es una de las formas más acertadas que se podrían usar, puesto, como lo dijimos ya, somos una sociedad llena de microculturas de real relevancia.

[268] RUBIO CORREA, Marcial. *Quítate la venda para mirarme mejor, La Reforma Judicial en el Perú.* Lima, DESCO, 1999. p. 50.

6.- DIFICULTADES DE LA POSTMODERNIDAD.-

a.- Crisis de los saberes dominantes y categorías valorativas de la modernidad jurídica.-

Hay una evidente dificultad en el discurso postmoderno. Si todo ha caído, si todos los saberes ya no tienen mayor validez más que la que atañe a su existencia como símbolo de la diversidad, entonces ¿con qué nuevos elementos se podría o tendría que trabajar, para construir un orden jurídico adecuado a nuestra tiempo y nuestra realidad? ¿La postmodernidad nos muestra al mundo como despersonalizado, donde el imperio lo tendrán la informática, y donde las razones técnicas se impondrían a los hombres con convicción no contradictoria ni discusión admitida?, ¿No será la postmodernidad un mundo donde la sociedad habrá de someterse simplemente a los dictados de la ciencia?. Y ¿cómo evitar que frente a la desmitificación de los grandes relatos jurídicos (justicia, igualdad, etc.) no caigamos en un espacio vacuo de parámetros morales,

donde la verdad ya no exista, las personas vivan de acuerdo al azar, sin planes, sin ilusiones, sin ideales, sin rumbo conocido, ni sentido por conocer, sin forma ni ancla, con la indiferencia de quien a todo le da igual[269]. ¿Con qué elementos trabajar en una sociedad postulada más o menos así? Este parece el ambiente propuesto por la postmodernidad, sin embargo, no es exactamente así. El orden jurídico habrá de reconocer la multiplicidad de fenómenos, pero sin dogmatizar los saberes jurídicos, sin someter las decisiones jurídicas a un solo ente catalizador y de categoría valorativa como la razón. La dificultad estriba más bien en cómo aprender los nuevos elementos sociales con que se ha vestido la actualidad, para manejarlos, sin que el tiempo, y la velocidad a la que viajan no las haga inmanejables. El Derecho habrá de postular sus formulaciones no ya en las divinas palabras, sino en principios actuales, que ira creando y reformando con la velocidad del tiempo y de los fenómenos sociales.

Existe además una dificultad en el planteamiento de la postmodernidad. Si todo ha caído, ¿en qué se va a basar el orden jurídico para existir? Es necesaria la existencia de una "palabra divina" que la mantenga, pero, por supuesto, desde una óptica temporal, instrumental, no dogmática ni eterna. Por eso hay una cierta contradicción en el carácter postmoderno de mantenerse sólo en base a algo nada postmoderno, es decir que necesita, de alguna divina palabra para manterner sus palabras sencillas y humanas.

[269] TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. "Liberalismo y Postmodernidad", en: *El Perú en los albores del siglo XXI,* Ediciones del Congreso de la República del Perú. Lima, 1997. p. 115.

b.- Estética, neutralidad valorativa, coorporización y reivindicación jurídica del individuo.-

Como es evidente, con la reivindicación del individuo, sin ataduras racionales que le quiten la libertad, el hombre podría encontrarse frente a un fenómenos difícil de evitar: su narcisismo desorientador, que haría de él un sujeto principal del ego descontrolado, de vivir sólo con sus reglas, con las reglas de la estética individual, dejando de lado el interés colectivo. Por lo que la postmodernidad podría acabar siendo ¿un principio de placer?, negando y rechazando el principio de realidad? Que haría del hombre un ser corporizado de individualismo irredecto[270]

Por otro lado la postmodernidad parece proponer la desintegración de la familia nuclear que defiende el Derecho moderno. Por este concepto postmoderno de defensa y reivindicación de la individualidad irredecta podría perderse la unidad familiar, puesto que "Surgen formas y situaciones de existencia de forma individualizada, las cuales obligan a las personas (en nombre de la propia supervivencia material) a hacer de sí mismo el centro de sus propios planes de vida y de su propio estilo de vida. En este sentido la individuación tiende a eliminar las bases que tiene en el mundo de la vida un pensamiento que emplea categorías tradicionales de las sociedades de grupos grandes (clases sociales, estamentos, capas)." escribe Beck, parafraseado por G. Nuget.[271]

[270] Escribe Gonzáles Faus, José I., en el artículo "Postmodernidad europea y cristianismo latinoamericano", *(*143).

[271] Escribe Guillermo Nuget, en el artículo "La segunda modernidad: individuos civiles". (42).

Por otro lado, el individualismo irredecto de la postmodernidad nos llevaría, por su misma dinámica, ¿a la lucha de todos contra todos?, en lugar de crear un ambiente de convivencia de todos con todos? "Para llegar hasta esto último ¿no es absolutamente necesario algún proyecto supraindividual en el que todos tienen que dejar de ser un poco? Y aquí ¿no se encuentra la postmodernidad en la alternativa de destruirse, o trascenderse a sí misma?"[272]

Hay además una circunstancia en la reivindicación del individualismo, es el respecto a la neutralidad valorativa, o del relativismo moral. Al ser la libertad el valor central, y por tanto las instituciones deben estar al servicio de los intereses del individuo, entonces el individuo tendrá la responsabilidad de elegir su propia escala de valores, en el marco de que no interfieran en la escala de valores de los demás individuos.

c.- La Postmodernidad y los riesgos del carácter de negación de las teorías jurídicas modernas.-

Otra principal dificultad, podría ser la agresividad en que se hallaría contenida la postmodernidad, por ser negadora, y contradictora de todos los elementos y fundamentos modernos que hasta ahora han tenido existencia mayoritaria. El hecho de negar las teorías -en el Derecho, existentes, como la ineficacia de la justicia, la igualdad, la libertad, etc, puede provocar cierto desequilibrio en el tipo de raciocinio jurídico con que se han venido llevando a cabo todos en los procesos

[272] Escribe Gonzáles Faus, José I., "Postmodernidad europea y cristianismo latinoamericano". (144).

judiciales. Esta agresividad de la postmodernidad por destrozar o echar a la basura todos los conceptos absolutistas trae como consecuencia que todos entren en un proceso de reaprendizaje de sus propios valores, y, por lo tanto, de los valores con que han estado operando en materia jurídica, lo que en principio causaría un desconcierto de cómo manejar eficientemente los conflictos de intereses jurídicos.

Por otro lado, ¿el derecho postmoderno puede reivindicar sus derechos sólo con fundamentos libres de ese sentido de agresividad corrosiva?, parece que esto no es posible, por lo que para lograr la armonía ha de haber la confluencia de fuerzas de orden cada vez más fuertes?, así "La Postmodernidad sucumbe ante la famosa pregunta de A. Camus. ¿tiene un hombre derecho a ser feliz en una ciudad invadida por la peste? Por más que el postmoderno reivindique ese derecho se encontrará con que no es posible, aunque sólo sea por la amenaza. Y al final resultará que no se podrá ser feliz sin unas fuerzas del orden cada vez más "fuertes"."[273]

d.- Vacíos en el proceso cognoscitivo de la concepción jurídica moderna.-

Hay un elemento sumamente importante para la investigación de nuestra mentalidad jurídica. El hecho se refiere a si de verdad hemos tenido o no modernidad y si por consiguiente se puede hablar de una postmodernidad. En el orden histórico nuestra sociedad no puede clasificarse dentro de los mismos parámetros

[273] Ibid. (145).

del viejo mundo, por eso se puede decir que "La trayectoria de América Latina no ha sido exactamente la misma que la del Primer Mundo, a pesar de la enorme colonización cultural. No cabe hablar allí de una modernidadad revolucionaria y una postmodernidad desengañada." [274] Hemos de partir desde esta perspectiva, que se muestra más bien como una dificultad para comprender todo el embrollo jurídico en el que nos hallamos enmarcados.

Si la postmodernidad se propone como el desenmascaramiento de la modernidad, habría que preguntarnos ¿ha llegado la modernidad a nuestra sociedad? La respuesta, que muchos la tienen ya, es que no, que tenemos elementos mezclados de premodernidad, modernidad, etc., pero que no tenemos modernidad así a secas. ¿Esto significaría, que tendríamos que llenar el vacío jurídico del proceso cognoscitivo y de evolución social del hombre peruano? Por lo general se afirmaría que sí, que nuestra sociedad está en franca desventaja con los países desarrollados porque no ha concluido su proceso de asimilación de la historia y sus procesos sociales técnicos, etc. La respuesta sería que tenemos que pasar –obligatoriamente- por este proceso que nos falta: la modernidad. Sin embargo, esta dificultad, que postula un pensamiento aceptado por la mayoría, no es tan cierta. Esto no tiene que ser necesariamente así, eso, al menos eso parece decirnos Jean Baudrillard: "Los países subdesarrollados son, en este sentido, países de avanzada: han economizado el paso por todas las fases

[274] Ibid. (146).

de la modernidad en la que estamos actualmente entrampados"

Esto significaría que nuestro problema no es necesariamente no haber pasado por todos los procesos sociales históricos por los que han pasado países modernos, desarrollados, del viejo mundo, sino que, en esta visión, podemos sacar ventaja de nuestra insuficiencia procesal, es decir, no estamos entrampados con todos los enredos del que fueron plagados los países desarrollados al intentar instaurar su modernidad. Esto significa que el mundo jurídico, no tiene porqué pasar por estas etapas en el orden jurídico, sino que puede dar un gran salto hacia la postmodernidad; mejor dicho, la postmodernidad en nuestra sociedad no puede proponer otra cosa que dar un gran salto. De lo contrario, de querer dar todos los pasos de la modernidad europea nunca llegaríamos al orden actual, porque el mundo es movimiento, y debemos movernos con los vehículos que produce el tiempo, en hora actual y fecha actual; lo que pasa es que "El problema es que nosotros los peruanos hemos perdido mucho tiempo y vamos a tener que cortar camino, saltarnos cosas y pegar una acelerada terrible para llegar a la postmodernidad casi sin haber conocido la modernidad. Cómo vamos a hacerlo, no lo sé. Además, no existe una receta general."[275]

[275] TRAZEGNIES, Fernando de. "El Peruano", 28, marzo 1997. A-8.

e.- Inexistencia o insuficiencia de una cultura jurídica postmoderna.-

Si aceptamos, frente a las evidencias de la realidad, frente a la crudeza de esta vida, que es necesario replantear nuestra cosmovisión del mundo, en general en todos sus factores -especialmente en el jurídico-, nuestra aptitud mental, nuestra capacidad crítica y autocrítica, nuestra reivindicación como individuos, pero sin sujetarnos a un dogma teológico, ni racional, entonces tendríamos un nuevo problema, y determinante ¿quiénes harían posible este proyecto de la postmodernidad? ¿quiénes estarían capacitados para ello? La cosmovisión postmoderna del Derecho proviene precisamente de este fenómeno o dificultad. Por lo que parecería que es imposible que la postmodernidad pueda efectivizarse en la realidad; sin embargo, hay una tentación muy fuerte de hacernos ver de cara en el espejo de la realidad jurídica. La postmodernidad en el Derecho no pretende dar soluciones, ni afirmaciones demasiado rígidas, sino más bien plantear el problema, describir y exaltar la necesidad de ser crítico en sustancia, en esencia, pero sin desvincularnos del resto. Por eso el Derecho postmoderno, afirmando la individualidad y la relatividad de los hechos y actos jurídicos se propone como temporal, pero sustancial, como instrumento o método de trabajo u operación.

Por otro lado, a la postmodernidad se le ha acusado de ser un signo meramente espontáneo, inconsciente, inculta e irreflexiva. Esto no es así, porque lo que pretende más bien la postmodernidad es conectar al

hombre con la realidad, darle cabida a los elementos no racionales en el campo del orden jurídico, del Derecho. Por último, la postmodernidad, al haber renunciado a saberes y respuestas últimas, tampoco es "demasiado pretenciosa en sus formulaciones".

f.- Nihilismo moral, cognitivo y jurídico.-

Dicen además que la postmodernidad al tener un espécimen de relativismo, que además de derivar a un nihilismo moral, conduce al nihilismo cognitivo, y por lo tanto determinada como "no buena" para la humanidad, "Una visión que oscurece lo más importante no puede ser buena"[276] -dicen.

Si nada puede ser conocido absolutamente -como lo propone el nihilismo-, ¿con qué instrumentos cognoscitivos hemos de trabajar para trazar un orden social y jurídico? Si hay nihilismo cognoscitivo, duda sobre el valor de alcanzar la verdad y el valor de cualquier conocimiento, ¿cómo delinear un sistema jurídico?, ¿basado en qué principios cognoscitivos? Y por otro lado, si la postmodernidad propone la negación de todas ideologías, de todas las divinas palabras, de todo aquello que se ha convertido en mera tradición, y si la tradición es costumbre, ¿sobre qué fundamentos plantear una nueva cosmovisión del mundo? Desde qué piso, si el hombre está repleto de ideas, ideologías, que hacen de su vida en mundo en acción; y si el hombre actúa en relación a sus creencias, y sus creencias sociales y jurídicas son simples derivaciones? "...no hay

[276] Así se expresa Gonzalo Puente Ojea comentando la obra de Ernest Gellner *Postmodernismo, razón y religión*, (Barcelona 1994).

vida humana que no esté desde luego constituida por ciertas creencias básicas y, por decirlo así, montada sobre ellas. Vivir es tener que habérselas con algo: con el mundo y consigo mismo. Más es el mundo y ese "sí mismo" con que el hombre se encuentra le aparecen ya bajo la especie de una interpretacion, de "idea" sobre el mundo y sobre sí mismo(...) Cabe decir que no son ideas que tenemos, sino ideas que somos", escribe José Ortega y Gasset.

Por otro lado, parece que el nihilismo moral hace de efecto de elusión y fuga de la tarea de realizar una modernidad no acabada, "lo postmoderno es muchas veces elusión y fuga de la tarea, más actual que nunca, de una modernidad sin realizar"[277].

g.- El descompromiso absoluto por la reivindicación de las características diferenciales jurídicas del individuo.-

Cuando caen todas las ideologías, cuando se eleva el entendido del fin de todo metarrelato, de toda narrativa, etc., ¿qué queda? Aparentemente nada, o todo a volver a construir. Pero esta posición tendría en su contra un fenómeno crucial concluyente: el descompromiso absoluto de todos con todo. Y entonces ¿cómo construir un derecho descomprometido? Si todas las teorías han sido, por el planteamiento postmoderno destruidas como verdades absolutas y únicas, y se las ha relativizado, cuál sería el resultado? "El resultado de toda esta destrucción es el descompromiso más

[277] Paolo Flores d'Arcais plantea, en su libro *El desafío oscurantista. Etica y fe en la doctrina papal* (Barcelona 1994).

absoluto. No hay partido, ni iglesia, ni causa, ni ser humano, ni objetivo histórico con el que valga la pena comprometerse: "desconfía de quien te dice "ten cuidado" –sólo busca que no escapes de su lado". Pero desconfía también de quien parezca tocarte el corazón."[278] Y entonces sucede que el hombre, como individuo nuevamente reivindicado en todas sus caracterísiticas diferenciales, en su integridad, en su razonamiento de ser de nuevo el eje, desmantelado de ideologías falsas que desviaban su camino, queda, frente al Derecho, y a la sociedad en la más grande soledad,"Y así, del descompromiso más absoluto, la Postmodernidad pasa a la soledad más total: soledad de padres y hermanos, de maestros y de amigos, de dioses y de amantes. Unos y otros solo buscan siempre "que no escapes de su lado"."[279] ¿El Derecho debería, en esta visión, estructurarse para hombres solos, para individualismos aislados, sólo preocupados por sus intereses? ¿Sería por este miedo a la soledad, que la postmodernidad describe, y que no queremos ver, desenmascarar. Surge un terror en el hombre de que impere el caos, la confusión. El rechazo de las descripciones postmodernas de la sociedad es el gran miedo a quedarnos sin nada, a volver a empezar desde cero, cuando sólo queremos ya construir desde algo, aunque ese algo sea duro. Nos aterramos de los proyectos emancipadores de la postmodernidad que nos dicen que tomemos las riendas sociales y jurídicas, que construyamos a cada instante el mundo social y jurídico, que todo es transformación constante y

[278] Escribe Gonzáles Faus, José I., en el artículo: "Postmodernidad europea y cristianismo latinoamericano", *(*135).
[279] Ibid. (135).

perpetua, que no podemos descansar sino ser evolución, que hay mucho por hacer, porque la postmodernidad -parafraseando a Fernando Savater cuando habla de Rousseau- "lanza flechas envenenadas contra "esas gentes de mundo tan dulces y moderadas, que siempre encuentran que todo está bien porque no les interesa que nada vaya mejor, que están siempre contentos de todo el mundo porque no se preocupan de nadie"[280] y de nada, porque no quieren que nada cambie, y que todo cambie para que nada cambie. Y entonces se expresa que la postmodernidad es atributo de esas descripciones de mentes catastróficas irreales.

[280] SAVATER, Fernando. *Impertinencias y Desafíos,* Editorial LEGASA, pp. 167.

7.- EL DERECHO POSTMODERNO.-

"Es necesario un profundo cambio de mentalidad de parte de los hombres de derecho, "un cambio radical de perspectivas que obligue a profundos repensamientos acerca del rol del juez, o más generalmente, del jurista: ayer empeñado en revisar leyes y repertorios, hoy llamado a preguntarse, antes que nada, sobre qué cosa es el hombre" (Zivic, Patrizia, "Alla scoperta del danno esistenziale", Contratto e impresa, CEDAM, 1994, pp. 845-869.)[281]

Antes que nada debemos anotar, que lo que le interesa al Derecho es "la dimensión coexistencial del ser humano".

"La idea de ese Derecho postmoderno sería descentrar culturalmente el Derecho, a diferencia del Derecho moderno que pretendió centrarlo en una determinada racionalidad cultural que se impuso sobre

[281] Texto parafraseado por Carlos Fernández Sessarego, en un artículo titulado "Algunas reflexiones sobre la antijuricidad del delito y las penas privativas de la libertad a la luz de la teoría del Derecho".

las otras. Pero descentrar no quiere decir perder una cierta perspectiva de unidad; solo que esa unidad no se establece por la prepotencia de una de las perspectivas sino por una articulación de todas ellas. El deseo de unidad no es abandonado; sólo cambian las estrategias para lograrla."[282]

Entrar en el ambiente de las definiciones puede ser meterse en terreno resbaladizo, cuando se habla de conceptos que por su naturaleza se desinteresan de este tipo de clasificación y expresión última. Y es que el postmodernismo es más un tipo de sensibilidad ante el mundo, que un fundamento racional y concluyente; un elemento a trabajar y en perenne formación más que un dato ya dado absoluta e universalmente. Es decir no se trata de una ley -que es el matiz de las conclusiones-, ni de un planteamiento general que sirve para todos y en todo el mundo, sino más bien de cierta sensibilidad individual crítica ante los fundamentos del pensamiento jurídico moderno. Con dos caminos abiertos, uno el de la simple y llana negación de la racionalidad moderna, para generar otro tipo de expresión y método de conocimiento; y otro el de la negación de los fundamentos de la modernidad para llevar a la modernidad por otro camino, y con otros fundamentos, a su máxima expresión.

La postmodernidad en Derecho se presenta como aquella que busca otros elementos de referencia o métodos de conocimiento y procesamiento de la información social-humana-jurídica. La postmodernidad

[282] TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. *Postmodernidad y Derecho,* Editorial Ara, pp. 83.

es un movimiento sin textos sagrados, líderes, organizaciones dogmáticas, es la aptitud de hacer al hombre el dueño de su propio destino y de sus propias soluciones sociales y jurídicas, es aquella destrucción creadora (Touraine) o desencanto crítico.

No es postmodernidad sólo el uso de nuevos recursos técnicos, por ejemplo, sino la capacidad creativa, crítica y autocrítica con que se asimila cualquier fenómeno modernizante. Este es un proceso que intenta repensar el modo de construcción del pensamiento contemporáneo. El postmodernismo es una réplica del criterio mental trabajado por la modernidad, que prefiguraba el proceso de socialización por medio de instrumentos puramente racionales, matemáticos, como la disciplina, la educación autoritaria y mecánica, con la consiguiente eliminación de la subjetividad, las experiencias personales, encasillando al hombre dentro de "reglas uniformes", y ante la "subordinación de lo individual a las reglas colectivas". En la sociedad postmoderna hay más bien un toque sensitivo, que tiene su fundamento en las necesidades y deseos individuales, delineadas, en el mayor de los casos, por "un mínimo de coacciones y un máximo de elecciones libres y privadas". En tanto la modernización había sido la desacralización de la providencia, el postmodernismo sería la desacralización de la razón y de los fundamentos de la modernidad. Hay además un insistente empeño en declarar que incluso la educación social y jurídica han de servir para "transformarnos", no para seguir igual, o para uniformizar los criterios, y las actitudes mentales, experimentales, etc.

Por otro lado, las definiciones en la postmodernidad tienen una variante: las conclusiones nunca son tal, porque no hay algo concluyente, sino algo provisional, operativo. Puesto que dar definiciones en un trabajo como este sería negar la esencia misma del trabajo. Así que optaremos más bien, por dar algunos últimos alcances conceptuales a los que nuestra capacidad sintetizadora ha llegado, dejando abierta la posibilidad de que, en el tiempo y gracias a la crítica, puedan reasumirse de diferente forma y con esquemas diversos. Nuestras definiciones, entre comillas, no pueden mostrarse como un fajo de palabras estampadas y fenecidas, sino más bien como abiertas y nunca definitivas. Porque la posición postmoderna ha debido inventar su propia concepción del mundo –no significa que no la hubiera- social y jurídicamente, ha intentado destruir –en alguna forma positiva- el sentido dominante de los otros conceptos tradicionales negativos a la libertad y diversidad, y aportar nuevas posiciones en este mundo lleno de significaciones sociales y jurídicas correspondientes a la nueva realidad en gestación y que trata de liberarse del fárrago dominante. No hay certidumbres definitivas, la nuestra vale para un período histórico ligado a una praxis histórica precisa.

Es imposible liberarse de los problemas jurídicos sin liberarse antes de cómo se concebía el Derecho y del lenguaje que lo ocultaba (ocultaba el problema) y lo garantizaba. El Derecho normativista ha hecho de su lenguaje su garantía permanente y el positivismo, al igual que los códigos y los diccionarios, han intentado hacer una referencia universal. El lenguaje jurídico de la

modernidad ha cuidado o guardado el orden opresor, y dominante de las significaciones universales, que no le han permitido al hombre defender lo que en primera instancia es motivación de las experiencias y fines del hombre: la defensa de sus intereses.

El positivismo no puede presentarse como lenguaje que consigue atrapar la contestación, la respuesta; por eso el Derecho Postmoderno viene a denunciar la impostura del sentido garantizado, del sentido "universal" y "absoluto", con que se pretendía, y se pretende aún, "determinar" nuestras conductas jurídicas. El problema es aún más severo, cuando observamos por ejemplo, que este planteamiento de razón universal, de conocimiento positivista ha sido el rector incluso desde los textos más relevantes e importantes como los diccionarios jurídicos, al respecto de lo dicho, el Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas tiene este tipo de antecedente, en una parte de su texto, responde al término "Fuentes del Derecho", que insertamos literalmente: "FUENTES DEL DERECHO. Principio, fundamento u origen de las normas jurídicas y, en especial, del Derecho positivo". ¿Son las Fuentes del Derecho el origen de las "normas" o, el origen del Derecho?, ¿No existe cierta contradicción? El término está explícitamente implicando una significación positivista, normativista. No obstante la observación, son estos los libros, diccionarios, su contenido, los que sirven de garantía y validez del lenguaje jurídico con que trabajan los magistrados, abogados, docentes, operadores profesionales del Derecho e incluso todos los que se relacionan con el Derecho, es decir toda la sociedad. Este tipo de

Diccionarios son los guardianes del sentido textual, pero no aperturan la creatividad del hombre, sino que lo encasillan dentro de un texto, a la manera positivista. El problema está en cómo interpreta el hombre estos textos jurídicos.

El postmodernismo intenta destruir abiertamente todas las contradicciones que restrinjan el libre desenvolvimiento del hombre y su individualidad y su particularismo, no sin cierto grado de delimitación que sería la "compatibilización de las subjetividades", el respeto de la subjetividad (como Derecho) de los demás. Por lo dicho, el postmodernismo pretende decir que no se puede fijar el sentido existente de una vez y para siempre, además las nuevas teorías no podrían avanzar sin una redefinición de los principales conceptos que sostienen el planteamiento y discurso jurídico de legitimación. No nos podemos quedar con Descartes que soñaba con una lengua universal que los cibernéticos intentan hoy realizar en la que los pensamientos se siguieren, como los números, con un rigor matemático. No. La postmodernidad ha sido la primera en notificar su desconfianza en el Derecho Moderno, o al menos en su principio racionalista positivista. Como bien lo dice Luis Pásara: "Tal como han enseñado los principales representantes de la escuela sociológica y realista, la legalidad no es un conjunto de casilleros en los cuales cada caso pueda y deba ser inequívocamente colocado (...)el juez, sea o no consciente de ello, quiera o no reconocerlo, no se limita –en rigor, no puede limitarse- a expresar la solución legalmente prevista para el caso; su tarea incluye un trabajo de elaboración y de decisión, que implica siempre optar entre diversas posibilidades."

Hay varias novedades dentro del planteamiento del Derecho Postmoderno: por ejemplo la crítica del racionalismo y del método usado, del sistema cerrado y de la deducción, del normativismo que nos han transplantado los sistemas jurídicos de la modernidad, del olvido de los fines a la hora de crear el Derecho y esa extraña persistencia en pegarnos a la norma. Hay en el ambiente postmoderno, también, una clara conciencia de la polisemia de los sentidos jurídicos, una evidencia del fin de los grandes relatos e ideologías (sociales y jurídicas), un nihilismo creativo, una observación y producción de las crisis de los paradigmas antiguos, tradicionales, un pluralismo cultural y jurídico, unos fundamentos de la postmodernidad como la tolerancia, el relativismo, la improvisación creativa, planteamiento del reforzamiento de la subjetividad compatible, un nuevo concepto sobre el uso de la razón en forma operativa y finalista, una idea de que el Derecho existe aunque no exista norma, una reconstrucción de lo que se llamaría la seguridad dinámica, una concepción del Derecho como fabricación histórica, pero no absoluta, sino temporal, etc.

El postmodernismo plantea nuevos contenidos culturales, jurídicos.

* * *

El Desencanto es una más de las proposiciones, la más fundamental, de un nuevo giro conceptual no sólo social sino jurídico: El Derecho Postmoderno. Se trata del desencanto ante tantos fenómenos y proyectos de modernización, ante tantas reformas y planificaciones, antes tantos racionalismos, positivismos, formalismos,

legalismos, etc., que se proponían como los únicos medios de solución a los conflictos de intereses jurídicos. Se trata de un desencanto creativo, escéptico pero renovador, que no se queda en la modorra de la indiferencia, sino en la creativa voluntad crítica y autocrítica, que no se atora en los laberintos del razonamiento positivista, sino que elige entre otros criterios, cual ha de utilizar para resolver los particularismos jurídicos.

Sí, esto significaría que habría en el ambiente un desencanto o vuelta a la realidad, a la cruda y hasta pedante, pero directa realidad, cotidiana y actual, difusa y matizada, incolora y fugaz, pero realidad subjetiva en general, que deja la exclusividad del receptáculo del Derecho normativo, e intenta, a través de impulsos creativos, dar libertad al movimiento jurídico del individuo y por ende de la sociedad. Esta es la afirmación del hombre y de su derecho a ser diferente, es la liberación de la generalización que deja al individuo dentro de un género, pero fuera de sí. El hombre, el Derecho, en esta perspectiva, no se mostrarán más como incoloros armazones inconexos, o forzadamente conectados por un único medio: la razón. Ya no más, el día cero se ha fundado para la individualidad diría la postmodernidad. Pero dentro de una individualidad que signifique creación y gestación de infinidad de subjetividades que tengan el único control de ser compatibles (no idénticas sino con facultad de coexistencia) con las subjetividades de los demás, del todo.

* * *

La Postmodernidad tiene otra visión de la genealogía de la verdad. La verdad frente a su espejo, a su rezago, ha quedado ya atrapado en una burda, pero clara, confesión: no hay verdad, se hace verdad. La verdad como relato, como metalenguaje, lenguaje que habla de otros lenguajes no logra ya subsistir como método absoluto. ¿Alguien puede ufanarse de tener a la verdad? La verdad está atrapada en cada uno de nosotros diría Sócrates. Sócrates fue un pedante, una negación de la sociedad griega diría Nietzsche. Sócrates fue el primer positivista, murió por la ley, y por que no quería vivir, pero nos dejó la más grande de las dificultades, librarnos del sacramento de la ley. Convirtió a la ley en santa, en perfecta, "el hombre era el imperfecto" pareciera haber dicho. Y luego tantos años en deshacernos de esa concepción y aún no lo hemos logrado. Sócrates fue el primer pedante, al menos, el primero que recordamos aún, y el primero en ponernos un obstáculo, muerto él la cosa ya no habría de interesarle. ¿Tendríamos que agradecerle que nos haya dejado en esa trampa? La verdad como único exclusivo, como elemento aprehensible por todos de igual forma. En Derecho supondría que todo ya está dicho, que todas las subjetividades son iguales, que todos sentimos, vemos, etc., igual, exactamente igual, que todos usamos las mismas gafas. Contradicción de las subjetividades sería la verdad moderna. Y la postmodernidad afirmación de esta subjetividad que dice que puede haber muchas verdades, tantas como sujetos existan, y que el Derecho es generalizante, pero no debe olvidar que actúa en los particularismos.

* *

¿La postmodernidad tiene un sentido metafísico, ontológico, teleológico? Todas estas son palabras difusas que suelen ser muy importantes, pero poco conectadas con sistema de signos y señales que representan el lenguaje actual. Esta notable condición de engatusar al hombre mediante términos técnicos ha sido atacada como un rasgo de la postmodernidad, incluso hay quienes se atreverían a decir que la postmodernidad es sólo un desinterés del mundo y del compromiso. No es tan así, la postmodernidad se desinteresa, es cierto, pero se desinteresa de todos los aspectos en los que no cree, como los grandes metarrelatos, como las ideologías, como los grandes términos técnicos. No cree en ellos, no cree en sus soluciones, y menos en su aplicación jurídica. La juridicidad lejos de ser meramente términos, positivismo, sería derecho, relación de deber ser, relación derecho- deber, no amparado solamente en normas, si no en el reconocimiento de la dignidad del hombre, del respeto del hombre u otros. Además la Postmodernidad es una especie de negación de todo aquello que intente imponérsenos como un "debe ser" emanado del pueblo si no ha recurrido primero al individuo. El fin del Derecho ya no es la sociedad sino el individuo en convivencia, en coexistencia. El eros y el ethos vuelven a surgir como coadyuvantes de la formación del nuevo hombre. El hecho de que la norma constitucional haya indicado en su primer artículo "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado", muestran los rasgos de la importancia del individuo teóricamente, pero no del principio según se rigen en la praxis "las personas humanas".

* *

La concepción postmoderna designaría al "estado de la cultura después de las transformaciones que han afectado a las reglas de juego de la ciencia, de la literatura y de las artes a partir del siglo XIX"(Lyotard) Esto parece no decir mucho, pero indica de dónde surge la pretendida postmodernidad: de la transformación. La pasividad de los relatos, su inexistencia práctica, pero reinado teórico, a nivel del consciente ofende al espíritu postmodernista, que no se traga el cuento de "la ciudad de Dios y la ciudad del hombre" del medioevo; que tampoco ingiere la teoría modernista del "cielo en la tierra", sino que intenta despojarse de estos metarrelatos para seguir surgiendo de la transformación. Hay así un interés fuertísimo por imponerse y sobreponerse a los fermentos nocivos de la premodernidad y de la propia modernidad. ¿cómo hacerlo? Aún no se sabe muy bien, no hay recetas (lo de la existencia de recetas se la creía la modernidad), pero sí -ahora sí- la conciencia de que no hay recetas. Y por lo tanto hay que dejar libertad para la creación de soluciones nuevas. En este enfoque el Derecho puede crear sus propias alternativas de solución, y según vemos, está en eso. Por lo pronto se van adoptando, frente a ese desencanto de la administración de justicia, nuevos medios de solución de los conflictos de intereses, que no es más que un reconocimiento de la necesidad de postmodernizar nuestra concepción y praxis del Derecho: los medios alternativos de solución.

* * *

La postmodernidad parece venir para apagarnos la euforia (no esa de ritmos musicales, que encienden hasta nuestros más bajos instintos) de ese racionalismo

universalizante, y para enfrentarnos con la realidad mental. Es una preocupación por entender algo: Nada tan trascendental como entender algo. Lo que sea, pero algo. Pero ese algo como visión conjunta del todo. Es decir lograr una visión de conjunto que nos borre ese extraño sabor a desacierto, a sinsabor, en la que nos había dejado la modernidad (si es que alguna vez la tuvimos).

Parece que Pascal no estaba equivocado, hay cosas que la razón no entiende. No, Nietzsche, Foucault, Lyotard no estaban locos, había llegado la hora de la sinrazón, de especular sobre nuevos conceptos que encajaran en el hombre, que involucren al hombre dentro de todas sus dimensiones: norma, valor hecho. Que involucren, o tengan también dentro de su perspectiva al caos, sin ser el caos al que apunta.

La teoría del caos pasaría a ser sólo un método de trabajo para poder explicar una teoría.

* * *

La postmodernidad intenta abrir nuevas rutas de diálogo, se nos muestra como una ¿acumulación de excitaciones sucesivas? que no han podido resolverse con creatividad por esa cultura de litigio, nociva, que sobre el Derecho se tenía, y aún persiste, a pesar de las innovaciones vanguardistas del Derecho.

Por último diremos que "En la cultura moderna el proceso de socialización se realiza por medio de la disciplina, de la educación autoritaria y mecánica, eliminando las experiencias personales y sumergiendo al individuo a reglas uniformes, "subordinación de lo

individual a las reglas colectivas" ¿Qué encontramos en las sociedades postmodernas? Una sociedad sensible basada en la estimulación de las necesidades y deseos individuales, con un mínimo de coacciones y un máximo de elecciones libres y privadas. Hay en ello un desdibuje de los valores sociales y universales."

La postmodernidad parece que "refina nuestra sensibilidad ante las diferencias y refuerza nuestra capacidad para soportar lo incomensurable. No encuentra su razón en la homología de los expertos, sino en la paralogía de los inventores." dice en la contraportada del libro de Jean-François Lyotard "La condición postmoderna". De lo que se trata es de evitar que se suspenda el dinamismo del pensamiento jurídico y que ante actitudes estériles y positivistas (que para el caso resultan sinónimos) hay con la postmodernidad más bien una simpatía por la fertilidad mental y la creación abierta en la juricidad y en el Derecho.

* *

Dicho lo anterior como un preámbulo, introduzcámosnos en ese laberíntico mundo de textos y contextos jurídicos, para comprender mejor lo que es el Derecho Postmoderno.

8.- ELEMENTOS DEL DERECHO POSTMODERNO.-

Podríamos decir que el Derecho Postmoderno se englobaría dentro de los siguientes conceptos:

a.- El individualismo como interés supremo. Armonización entre los intereses jurídicos individuales y los intereses colectivos, entre individuo y Estado.-

La Postmodernidad parece haber puesto en relieve un elemento clave del hombre: su condición interesada, o dicho en otras palabras: el hecho de que el hombre, a fin de cuentas, y respaldado esto por la historia, siempre ha perseguido lograr sus intereses, independientemente de las justificaciones que para ello haya usado. Si esta es la realidad final, si lo que en realidad el hombre busca es nada menos que satisfacer sus necesidades, o sus intereses, como lo plantea el liberalismo, el problema, encarado de frente, ha de ser cómo regular estos intereses individuales para que sean compatibles con los de la sociedad. Es decir cómo compatibilizar los

intereses para que estos no se destruyan y permitan que cada cual defienda, efectivamente sus intereses. Si la vida no es más que una guerra reglamentada y justificada por el Derecho, cómo hacer para que cada actor pueda, en su enfrentamiento con los demás, maximizar sus intereses sin minimizar los intereses de los demás. Parece que esta concepción del hombre en estado permanente de guerra ya viene anticipada por un filósofo como "Hobbes, [que] en el siglo XVII, concibe la vida social como una guerra reglamentada en la que participan los individuos aisladamente. Para Hobbes (padre de la modernidad y de la posmodernidad) cada actor social -vale decir, cada hombre- está inevitablemente enfrentado con todos los demás y ninguna asociación ni alianza es duradera ni confiable, porque cada persona busca maximizar sus intereses a costa de los demás, incluyendo sus propios socios o aliados."[283] En esta concepción, el orden jurídico sólo existiría para regular estos intereses, para encuadrarlos dentro de un marco general, pero no específico, que permita el juego y la creación de los propios medios del hombre de llegar a sus máximos intereses. Porque el hombre es movido, única y exclusivamente, por sus intereses, no por razones abstractas, sino por aquello que se quiere apasionadamente, por eso el fin fundamental del hombre son sus intereses, no sólo materiales sino también espirituales, intereses económicos, pero también intereses valorativos, como el amor, el odio,

[283] TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. "Liberalismo y Postmodernidad", en: *El Perú en los albores del siglo XXI,* Ediciones del Congreso de la República del Perú. Lima, 1997. *p. 106.*

"Para decirlo en el lenguaje de Hobbes, el hombre es movido por sus apetitos y sus aversiones."[284]

La postmodernidad propone deshacernos de esos artificios que hablan de fines ideales como la justicia, la igualdad, etc., en relación exclusiva del bien general, lo que pretende es aclarar que si buscamos esos valores, la igualdad, la justicia, no es por esos conceptos en sí, no por fundamentos abstractos, sino más por ser parte de la defensa de nuestros intereses. Es decir, que lo que ha venido pasando es que se ha confundido el ideal con el interés. Por eso el ideal ha caído, porque el interés siempre sobrepasará cualquier ideal. El hombre no busca justicia por que es bueno, o ama el sentido axiológico de esta palabra, sino porque le es necesario para proteger sus intereses. Es, entonces, el interés de los hombres lo que se halla encaminado a proteger, y a lo que va a tender el Derecho siempre, a pesar de que se la cubra con capas ideológicas y abstractas. En este entendido el Estado, como ente regulador, habría de perder funcionalidad. El hombre, encarado con su realidad: la búsqueda y defensa de sus intereses, la maximización de estos intereses, ya no requiere del Estado para que le diga qué es bueno o malo, sino sólo para proteger aquello que él, como individuo pensante y creador, diga que le conviene o no. El Estado no podría inmiscuirse en la vida del hombre, como antaño lo hizo, intentado adiestrar al hombre para ciertos fines considerados primordiales, no; y el Derecho habría de fomarse, crearse, ya no a nivel de enredados sistemas jurídicos, sino por medio de las soluciones creadas por

[284] Ibid. p. 117.

los propios sujetos enfrentados por los intereses, por lo que los mecanismos represivos del Derecho habrían de usarse cada vez menos, puesto que la solución, en la concepción posmoderna, es más fácil y más eficiente entre las partes, "...un estudio hecho entre abogados de empresa y hombres de negocios norteamericanos demostró que cada vez utilizan menos los mecanismos represivos del derecho para hacer cumplir sus acuerdos. No los consideran necesarios, porque, en la generalidad de los casos, aun las discrepancias se pueden solucionar directamente en razón del interés mutuo en seguir haciendo negocios juntos."[285]

* * *

En un contexto donde lo primario es la valorización de los intereses, el Derecho debe adecuarse a esta cosmovisión y debe versar ahora sobre el reconocimiento de los derechos individuales fundamentales. Por eso la ley debe concretarse y reforzar su expresión en los derechos individuales, para prestarle las garantías suficientes a estos derechos individuales, "Para Dworkin la ley ha de concebirse de modo tal que estos derechos individuales puedan estar garantizados. (...) la parte más característica y fundamental es su resistencia al escepticismo sobre la ley y los derechos**.**"[286]

Por otro lado la reivindicación de la individualidad, ha empezado con la modernidad, así en el Derecho La rama que encarna los ideales de modernidad jurídica, por ejemplo en el Derecho Civil: "Este Derecho Civil

[285] Ibid. p. 119.

[286] Para Dworkin, la mejor garantía que podemos tener para el reconocimiento y la protección de nuestros derechos más fundamentales, es la creencia en la ley.

moderno proporciona predictibilidad de los actos privados, es decir, posibilidad de expansión de la libertad individual a través de un cálculo inteligente. Está formado por instituciones como la familia nuclear, la propiedad privada, la autonomía de la voluntad contractual; todas ellas orientadas a garantizar esferas de acción a la subjetividad."[287] El interés personal subjetivo entra, pues, a ocupar un lugar preponderante en la nueva visión del Derecho.

b.- La racionalidad jurídica como proceso para un ordenamiento jurídico con interna coherencia.-

Habría que empezar diciendo que la noción de racionalidad es un producto social, una distinción que, como tal, puede ser distinguida como un recurso para distinguir. Lo razonable, lo comunicado como tal, en nuestros tiempos carece de universalidad[288]. Y es que estamos frente a complejidades nuevas, que proponen y presionan para que se den nuevas autodescripciones de la sociedad. Pero parece que hablar de razón, nos lleva a veces a confundirnos enormemente. Mario Bunge habría dicho ya, respecto al racionalismo que hay múltiples sentidos dados[289]. El problema con este

[287] TRAZEGNIES GRANDA, Fernado de. *Postmodernidad y Derecho,* Ara editores, pp. 28, 29.

[288] Escrito del Dr. Marcelo Arnold, titulado "Hemos perdido la razón. Ensayo sobre el devenir sociológico". Que se encuentra ubicado en internet, en la página web http://rehue.csociales.uchile/publicaciones/moebio/06/frames02.htm

[289] *Anotamos, para efectos explicativos, por donde circular nuestros discursos teóricos, tendremos en cuenta la clasificación que expone el Dr. Marcelo Arnold: 1) Como una forma superior de pensamiento, por sobre la emoción y la intiución (loquehace a los humanos superiores: somos racionales); 2) como una teoría acerca del carácter racional de la realidad (contexto ontológico o metafísico); 3) como sustento para desarrollar tipos de pensamientos (conocimientos) denominados verdaderos (contexto epistemológico)./* Escrito del Dr. Marcelo Arnold, titulado "Hemos perdido la razón. Ensayo sobre el devenir sociológico", en la página web http://rehue.csociales.uchile/publicaciones/moebio/06/frames02.htm

contexto es el que se propuso desde el siglo XVIII, que introdujo la concepción de que quien ostenta la razón "cree describir el mundo tal cual es y, desde allí, intenta comunicar a los otros como deben pensar y actuar correctamente"[290]. Este tipo de pensamiento no podría encajar en una sociedad con las determinaciones actuales de intensa transformación social. La racionalidad deberá ostentarse y convertirse más bien en operativa, que permita la libre disposición contractual de los actores de la sociedad, que interpreten el dato de su tiempo. Esta libertad no indica el desboque de los intereses y pasiones de los hombres en multitudes desenfrenadas de actos y prácticas social jurídicas, sino que los intereses, enfrentados entre los individuos, deberán ser ordenados por una razón operativa, no asfixiante, ni única o universal, dicho de otra manera: "Esto no significa que esas pasiones e intereses se desboquen alocadamente sin ningún control racional. Por el contrario, como bien había visto Hobbes, las pasiones o intereses por sí solos conducen al choque entre ellos y a su destrucción recíproca: se anulan unos a otros y hacen imposible su realización. De ahí que la razón los regule, los armonice, los coordine; haga ver cuál es la manera más eficiente de realizarlos a mayor plenitud. La razón es la luz de la pasión; pero no se trata de una razón que intenta sustituirse a las pasiones ni subordinarlas, sino que se limita a organizarlas; es, ante todo, una razón operativa, un cálculo de las posibilidades de realización de nuestros intereses antes que un sistema ideológico que se

[290] Escrito del Dr. Marcelo Arnold, titulado "Hemos perdido la razón. Ensayo sobre el devenir sociológico", en la página web http://rehue.csociales.uchile/publicaciones/moebio/06/frames02.htm

impone desde arriba y que determina cuáles deben ser nuestros intereses y pasiones."[291] Razón y pasión habrán de encontrar puntos de coordinación y encuentro en el planteamiento postmoderno, que hagan al Derecho más actual y real.

"Ya Platón había comprendido la necesidad de vincular la razón y la pasión, el logos y el eros. La razón, sostenía, tiene que ser siempre una razón erótica, una razón apasionada porque sin la pasión, la razón no puede adelantar. La posmodernidad, más dentro de la línea de Hobbes y de Nietzsche, invierte estos términos. Nos dice que en el centro está la pasión antes que la razón; pero que la pasión debe ser razonada, su erotismo debe ser coherente y eficiente. De ahí que la razón sea un instrumento de la libertad y no al revés."[292]

No obstante Diez Picazo, cree, entendiendo a la normatividad como instrumento, que aún hay que aspirar a la racionalidad por la coherencia de que va constituida, eso sí, sin rigidez, dice: "Pues bien, creo que el ordenamiento así entendido debe aspirar a ser racional, auque en ocasiones no llegue a serlo. La racionalidad, más que un dato, es una aspiración y un propósito. Aunque es verdad que toda actividad jurídica está siempre teñida de sentimientos, intuiciones, creencias o prejuicios, es, por encima de ello, una actividad racional y razonadora. Esta racionalidad como aspiración plasma, sobre todo, en la necesidad que el jurista siente de que el ordenamiento posea interna

[291] TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. "Liberalismo y Postmodernidad", en: *El Perú en los albores del siglo XXI,* Ediciones del Congreso de la República del Perú. Lima, 1997. p. 118.
[292] Ibid. p. 118.

coherencia. Coherencia que, repitámoslo, puede no existir en los datos iniciales, pero que hay que aspirar a que exista en los resultados."[293]

* * *

Ha habido además un agotamiento del racionalismo ilustrado, es decir del pensamiento del siglo de las Luces, aquella etapa de la historia de la humanidad caracterizada porque, desde una perspectiva filosófica, se advierte un predominio de la razón como instrumento para satisfacer todas las inquietudes y solucionar todos los problemas del hombre. Es el culto exagerado por la razón y sus efectos[294], culto que ha sido objetado abiertamente por la postmodernidad.

Los nuevos conceptos que penetran en la complejidad de la realidad ya no caben dentro del concepto clásico de Modernidad, y la postmodernidad habría de ser tomado con pinzas, como el agotamiento del racionalismo que caracterizó a la Ilustración. Y es que estamos en un tiempo que desarrolla un conjunto de fenómenos dentro del proceso de desarrollo científico-técnico, con la influencia de las nuevas tecnologías en la comunicación y en la producción. En este nuevo proceso, que se está desarrollando, que aún no sabemos exactamente hacia donde va, que no sabemos caracterizarlo inequívocamente aún. La razón ilustrada ya no cabe, ha quedado agotada como fundamento central, hegemógico, para dar paso a una visión distinta.

---

293 DIEZ PICAZO, Luis, *Experiencias juridicas y teoría del Derecho,* Ediciones Ariel, pp. 181.

294 MONROY GÁLVEZ, Juan, "Revista peruana de Derecho Procesal", Estudio de Belaunde & Monroy Abogados, pp. 184

Podríamos mencionar, además, que el siglo XVIII es una época donde esos conceptos dinámicos: revolución, progreso, emancipación, desarrollo, crisis, han tomado el significado que aún tenemos.

La razón cambia el radio de su esfera en la modernidad, y pasa de haber sido una representación religiosa o metafísica de medioevo, y esencialmente una, ahora se la veía por separado. La razón -en un proceso de consolidación (XV al XVIII)- en tanto tradicional empieza a ser sometida a juicio. Se da, entonces, una recomposición crítica respecto a esa razón global del medioevo desde diversos ángulos, "de hecho construyéndose sistemas culturales de acción (ciencias, derecho, arte) que incluirían nociones de verdad, de rectitud normativa y de autenticidad o de la belleza. Tres esferas de valor involucrando la verdad, lo justo y lo bello; esferas que a partir de ese momento se comenzarán a constituir con la intención de lograr una coherencia hacia adentro de ellas mismas. En un proceso autorreflexivo pasarían a tener una lógica interna que de hecho conduce a confrontar las nociones tradicionales en cuanto a si fuesen problemas particulares de conocimiento, de justicia o de gusto, simultáneamente sin embargo, la tensión entre estas esferas también creció. La razón así dividida no lograría ya sobreponerse a esta separación por sí misma y se ve enredada en sus propias contradicciones; creencia y conocimiento, libertad absoluta y totalitarismo, etc. Esa modernidad como 'actualización reflexiva de su propia ubicación en el horizonte de la historia como un todo' investida con todas estas nociones derivadas de este período (s.XVIII) tiene la necesidad de coherencia, de

unidad, pues sólo parecería poder seguir en este proceso de distinguirse de lo pasado con respecto de sí misma en tanto se abre hacia el futuro, futuro que se aparece como no viable cuando la razón se ve no sólo imposibilitada de esa unidad entre esferas sino que ni siquiera hacia dentro de cada una de ellas parecería posible esa coherencia."[295]

c.- Invalidez de los discursos e ideologías totalizantes y nuevos sistemas de metarrelatos de la verdad jurídica.-

Se ha planteado en el mundo un debate en el marco del pensar comtemporáneo, en el que se ha tratado y anunciado el fin de la historia, del fin de la razón, del fin de la noción de progreso, del fin del sujeto. Es decir el fin de todas las ideologías o grandes relatos. En todo este debate, parece. se anuncia como consecuencia un presente transformado que habrían de denominar: Postmodernidad, y que éste tendría su base en ese fundamento esencial del hombre llamado "Libertad".

Bien, habría que decir, en primer lugar, que con la modernidad del viejo mundo, había entrado también el liberalismo, que propugnaba la exaltación del individuo. Sin embargo, fueron, a lo largo del tiempo, construyéndose teorías propias de la modernidad, como el progreso, la razón, etc., que eran nada más que ideologías salvadoras. En la postmodernidad tales ideologías, como el marxismo, etc., no tienen cabida como certezas y paradigmas excluyentes de duda. La

[295] Escriben Patricia Buñuelos, Pedro Vargas y Nemesio Hernández, en el artículo: Modernidad-posmodernidad, (61).

postmodernidad ha concluido que cualquier principio univesalizante, cualquier ideología, como conclusión no puede ser ya tolerada, en base a la diagramación misma de la sociedad actual, En este contexto, se puede mencionar que "Uno de los criterios mencionados por Lyotard, para entender nuestros tiempos (¿la postmodernidad?), remite a la pérdida de una visión unitaria del mundo, de las razones vinculantes para todos. Esto es consecuencia de las propias caracterísitcas de la sociedad contemporánea. Es la sociedad (ahora mundial) la que no soporta pensamientos concluyentes." "[296]. De lo que se trata más bien es de una libertad sin ideologías, diferente al liberalismo clásico, que fue, al parecer de Trazegnies, una ideología, que impuso cierto molde. Y cualquiera que desbordara este molde habría de ser tildado de diferente. No habría espacio para viejos discursos que se pretendían como plenos, absolutos. El tiempo está demostrando su capacidad para deshacerse de viejos discursos, de clasificaciones cuadriculadas, puesto que los discursos se están disolviendo en un nuevo tipo de escritura que no soporta cadenas clasificatorias, este tipo de teoría está teniendo amplia difusión y estaría marcando el fin de la filosofía como tal. Incluso los discursos teóricos ya no podrían ser clasificados determinante y eternamente, por ejemplo, se puede clasificar a lo escrito por Michel Foucault como ¿filosofía, historia, teoría social o ciencia política? Parece ser que esto es imposible. Esa condición de que los discursos ya no estén encuadrados dentro de un

[296] Escrito del Dr. Marcelo Arnold, titulado "Hemos perdido la razón. Ensayo sobre el devenir sociológico", en la página web http://rehue.csociales.uchile/publicaciones/moebio/06/frames02.htm

esquema rígido que les quita su diversidad es un rasgo o una manifestación del postmodernismo.[297]

En todo este contexto la verdad pasa a ser una noción con historia, no trascendental (Foucault), es decir algo que se ha ido creando en el tiempo, algo que no tiene certeza permanente, sino temporal. Una creación del hombre y no de la naturaleza. Se constituiría una verdad sin historia. El quiebre de la verdad como concepto absoluto. Por eso la autorreflexión del presente ha permitido anunciar el fin de los metarrelatos, fin de los discursos "ciertos", como las ideologías. Sin embargo este fin de las ideologías, que elude presentaciones universales, evita el riesgo de idealizar la sociedad, sus instituciones e individuos. Esto en Derecho se transformaría en una clara proposición de no ver ciertos conceptos (justicia, etc), o categorías jurídicas, con ese sentido metafísico, abstracto, y difícil de manejar, como ideologías, sino más bien, con clara conciencia de su limitada materialización.

El Derecho en la postmodernidad postularía una libertad sin ideologías, sin dogmas (dogma supone creer tener un conocimiento verdadero y absoluto, como lo proponían las ideologías).

Esa libertad sin ideologías respondería a una concepción expoleada por Fernando Savater que expone el hecho mismo de que la libertad en Derecho serviría para responder de tal o cual modo a los que nos pasa, pero siempre asumiendo las responsabilidades de

[297] Escribe Benjamín Woolley, (55).

nuestros actos: "No somos libres de elegir lo que nos pasa (haber nacido tal día, de tales padres y en tal país, padecer un cáncer o se atropellados por un coche, ser guapos o feos, que los aqueos se empeñen en conquistar nuestra ciudad, etc.), sino libres para responder a lo que nos pasa de tal o cual modo (obedecer o rebelarnos, ser prudentes o temerarios, vengativos o resignados, vestirnos a la moda o disfrazarnos de oso de las cavernas, defender Troya o huir, etc.)."[298]

Y por último no hay que olvidar que, también según lo afirma Savater: "Libertad es *decidir*, pero también, no lo olvides, *darte cuenta* de que estás decidiendo"[299]

d.- Reivindicación de las diferencias; el Estado y el Derecho horizontal; abandono del monopolio de la sanción.-

El principal argumento de la postmodernidad es haberse atrevido a postular la reivindicación de las diferencias, esto significaría que una vez aceptadas esas diferencias, el hecho de que cada hombre es diferente a todos, habría más bien la necesidad de articular estas diferencias en vez de intentar de anularlas, como lo proponía la razón de la modernidad. El mundo postmoderno vería a la realidad como no homogéneo, sino como un producto heterogéneo, en donde no hay centros, donde no hay herejes porque no existen ya dogmas. "En todo caso las diferencias no se resuelven con facilidad, el pensar autorreflexivo de lo moderno bien permanece asumiendo su vinculación con lo nuevo

[298] SAVATER, Fernando. *Etica para Amador,* Editorial Ariel S.A., p. 29.
[299] Ibid. p. 55.

en tanto se le posibilita la apertura al futuro desde el momento mismo de su reflexión y busca sus formas de normatividad sobre sí misma o bien intenta plantearse la tarea como una crítica permanente de nuestra era que no pretende determinar los límites que se han de respetar (las normas) a futuro sino colocarse en las fronteras de estos con esa reflexión, para plantear una trasgresión posible, rechazando todo lo que se pretenda presentarse a sí mismo de manera simplista y autoritaria."[300]

Por otro lado, según Eco, la postmodernidad habría de responder ante la modernidad, reconociendo que puesto que el pasado no puede destruirse, lo mejor es visitarlo con ironía, sin ingenuidad. Es eso la pérdida de fe en las ideologías duras, que Gianni Vattimo ha dado en llamar "blanduras de pensamiento", "el fin de la modernidad, del estilo metafísico, revolucionario, católico, (...), la liberación a través de la confusión", producen más que una negación sistemática de lo anterior, una simultaneidad de presencias que constituirían, en nuestra época una de las características más relevantes.

Se trata de reactivar ese querer darse cuenta de lo que ocurre aquí en nuestro presente y de reinsertarnos a él, con una actitud reflexiva crítica, lo que nos pondría en una situación característica: estar comenzando de nuevo siempre, y frente a un contexto heterogéneo, con simultaneidad de presencias, de creencias y valores sociales y jurídicos.

[300] Escriben Patricia Buñuelos, Pedro Vargas y Nemesio Hernández, en el artículo: "Modernidad-posmodernidad, *(*62).

En ese contexto de libertad y diferencia, la presión estatal habrá de disminuir, para coordinar los intereses individuales, ¿basado en qué? En la educación que permitirá el integrar en el pensamiento de los individuos del mayor beneficio de jugar limpio en las relaciones contractuales. La trampa por el contrario traerá más problemas para una afluencia y circulación de los contratos individuales.

"De ahí que se piense que el derecho posmoderno se estructurará más bien horizontalmente mediante contratos antes que verticalmente mediante normas generales. En la posmodernidad, no será el Estado quien establecerá predominantemente las reglas de juego ni tendrá el monopolio de la sanción, sino que las reglas surgirán como acuerdo entre los jugadores a medida que el juego va siendo jugado; y se respetarán, no tanto porque el Estado aplicará sanciones –en caso contrario- sino porque a todos les conviene que el juego no se frustre."[301]

El Estado, en el Derecho Postmoderno, ya no puede ser simplemente un mal necesario, sino que habrá que trabajar sobre sus atribuciones, para que estas no rebasen la medida necesaria. El Estado debe perder parte de su poder para entregárselo al hombre individual, puesto que "...no resulta muy difícil mostrar que el Estado es una amenaza constante, y por lo mismo, un mal, por muy necesario que sea. Ya que, para cumplir su misión, el Estado debe tener más poder que cada uno de sus ciudadanos; y aun cuando ideemos instituciones

[301] TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. "Liberalismo y Postmodernidad", en: *El Perú en los albores del siglo XXI,* Ediciones del Congreso de la República del Perú. Lima, 1997. p. 118.

que minimicen el riesgo del abuso de ese poder, lo cierto es que nunca podremos alejarlo del todo. Al contrario parece que siempre tendremos que pagar un precio por la protección jurídica del Estado, y no sólo en forma de impuestos, sino incluso en forma de las humillaciones que debemos tolerar"[302]

En este espacio teórico, el Derecho postmoderno debe pretender articular el orden dentro de la diversidad y viceversa, de tal forma que estas puedan convivir como existencias y no como monstruos ininteligibles, sino como formas dinámicas de interrelación y comunicación entre lo múltiple y lo singular, entre el orden y el caos, "La postmodernidad debe ser, entonces, el reconocimiento del orden dentro de la diversidad y de la diversidad dentro del orden, la cosmovisión que no considera la turbulencia y el caos como monstruos ininteligibles dentro de la naturaleza sino como formas dinámicas de las relaciones entre lo uno y lo múltiple. Y el Derecho de la postmodernidad debe rescatar la diversidad cultural y normativa, debe abandonar sus urgencias universalistas y establecer un orden dentro de lo variado, una unidad que no sacrifique lo múltiple, que no intente colocar una camisa racional de fuerza a la riqueza y a la variedad cultural."[303] De esta forma se pretende enfocar la vida como un medio donde la fuerza salvaje de la libertad creadora y la multiplicidad caótica de las formas culturales puedan mantenerse.[304]

[302] Escribe Karl Popper, en un articulo titulado "Algunas tesis sobre el liberalismo, /Breve Lectura Liberal, Detmar Doering (Comp.), Editor Harald Klein, pp. 14.
[303] TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, *Postmodernidad y Derecho,* Editorial Ara, pp. 81.
[304] Ibid. p. 81.

En la postmodernidad no habría ya "un arriba y un abajo, un exterior y un interior, etc, sino que es una articulación de las diferentes manifestaciones de lo múltiple" -dice Trazegnies-. Por eso el Derecho postmoderno habrá de reconocer las diferencias, y las particularidades que de ello se desprende, pero sin dejar de integrar estas diferencias dentro de un todo unitario, sin olvidar que en el Derecho existe una referencia al interés general, pero articulándolo con el interés personal, individual.

"El Derecho postmoderno no puede ser construido en términos que impliquen una reducción forzada a la unidad sino como la posibilidad de articular las diferencias, de mostrar las afiliaciones sin perder la heterogeneidad. Tiene que ser un orden esencialmente dinámico: no puede pretender fijar la sociedad de una determinada manera, no es una plantilla que se aplica sobre la riqueza de la vida social para que ésta se comporte en patrones conocidos; es más bien un proceso, es un método de confrontaciones de poder que continuamente va recreando el todo. No es un orden cerrado como quería el pensamiento moderno sino una totalidad abierta y en continua evolución, situada frente a permanentes transformaciones de poder que llevan a situaciones no planeadas e impredictibles."[305]

e.- La teoría perspectivista en el Derecho y el derrumbe de la estabilidad y permanencia de la noción de planificación.-

Un Derecho postmoderno ya no cree en los largos

[305] Ibid. p. 84.

plazos para efectivizar los proyectos modernizadores. En la dinámica actual no pueden efectivizarse estos planes, porque el tiempo, las transformaciones sociales, no resisten una estrategia alérgica al cambio. Ya nada puede ser para pasado mañana, porque el pasado mañana puede ser avizorado, pero no presagiado con absoluta certeza. La planificación a largo plazo sería más bien un inconveniente ante la complejidad dinámica de las relaciones sociales y jurídicas. El Derecho mismo está siendo bombardeado con nuevas estructuras de operación, el mundo está acelerado, porque los descubrimientos técnicos, científicos, han despertado nuevamente una multiplicidad de relaciones sociales y con ella, de relaciones jurídicas. Así el mundo estaría fundado en la creatividad permanente que lleva a desconfiar los acuerdos a largo plazo. Aquellos, por ejemplo, gobiernos que han intentado diseñar, desde arriba, nuestro futuro, pretendiendo tener ya un marco absoluto social sobre el cual trabajar, han sido, no sólo petulantes en sus pretensiones, sino desacertados, porque no pueden pretender tener un plan que determine que va a ser el país dentro de 20 ó 30 años, por ejemplo, "En el Perú, hace dos décadas, durante la dictadura militar socialista, se trazó el Plan Inca con la idea de transformar el país a partir de una cierta concepción. Muchas personas de buena voluntad añoran un cierto plan nacional, una visión programática del futuro. Debo confesar que soy enemigo de planes y de propuestas a largo plazo; tengo respecto de ellos una desconfianza visceral y me carcome frente a ellos la sospecha de que son el resultado de la soberbia generacional que intenta imponer sus ideas y sus metas sobre las generaciones siguientes. Estos ambiciosos

planes –ya sea que provengan de una dictadura o de un acuerdo democrático- pretenden vanamente encasillar el futuro dentro de ciertas líneas; afortunadamente, están destinados a desaparecer antes de ser cumplidos como resultado de la capacidad permanente reconstructora del ser humano."[306]

Esto supone que la sociedad requiere, más que planificación, acción. La sociedad debe hacerse, porque, siguiendo el entendido de Sartre que decía que la existencia precede a la esencia, debemos primero definir lo que es la existencia. No podemos primero definir qué es la esencia y luego darle existencia, es decir que "En la sociedad, como en todo lo que interviene el hombre, la existencia precede a la esencia; la esencia se va haciendo, deshaciendo y rehaciendo a medida que se existe."[307]

Esto nos llevaría a una clara conclusión, transitoria por supuesto, de que debemos construir y desarrollar nuestra capacidad creativa, nuestras fuerzas productivas, culturales, morales, económicas, jurídicas, pero sólo desde una idea de dar a cada hombre los mejores instrumentos espirituales y materiales para permitirle expresar su creatividad.[308]

Dentro de esta óptica podría conjugarse o expresarse aquello denominado: la "Teoría Perspectivista**",** -que parece emergió desde el intento de Nietzsche por

[306] TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. "Liberalismo y Postmodernidad", en: *El Perú en los albores del siglo XXI,* Ediciones del Congreso de la República del Perú. Lima, 1997. p. 122.
[307] Ibid. p. 122.
[308] Ibid. p. 123.

observar la realidad con vista de águila- que sostiene la idea fundamental de que nuestra realidad no puede ser captada de un solo golpe y de igual forma por todos. Así la realidad jurídica no es observaba y llevada a la práctica por todos de la misma forma, sino existen particularismos que hacen del Derecho una diferenciación, un acto de diferenciación. Es decir estaríamos dentro de "la teoría perspectivista: la idea de que no existe forma de establecer de manera independiente una perspectiva sobre el mundo como más válida que otra. De donde se desprende que existen tantas realidades como puntos de vista, o como bien lo explica Ortega y Gasset: Existe sólo una realidad, pero es la existencia de cada individuo.[309]

Frente a esta óptica el Derecho tendería a diversificar sus soluciones, y a buscarlas a través de también una variedad de criterios, no sólo los positivistas, sino a través de todas las fuentes del Derecho, que harían legítimas las decisiones plurales a tomar.

f.- El reconocimiento del Derecho de la persona mediante el contraste con la realidad (Derechos reconocidos aún sin ley).-

Parece que la postmodernidad produciría un gran quiebre en el ámbito de cómo conocemos y cómo procesamos los datos sociales y jurídicos. ¿Los dominios de conocimiento han de plantearse de nuevo? Cuando la divinidad explicatoria (Dios en la Edad Media, la Razón en la Modernidad) ha sido violentada en sus

[309] Escribe Benjamín Woolley, (54).

fundamentaciones y validez, ¿no estaría ya en jaque nuestra sociedad actual con todos sus principios y estructuras sociales y jurídicas? ¿no será necesaria, inmediatemente construir una nueva época, con nuevos instrumentos? Habrá que responder a estas interrogantes desde dentro de ciertos marcos relacionantes. Es más, el problema expuesto, este tiempo, o mejor, sus contradicciones, se han atrevido incluso, a negar la realidad objetiva, racional, es decir, estaríamos ante la antesala de una reflexión inevitable del hombre consigo mismo y su entorno.

En esta reflexión consigo mismo que propone la postmodernidad, donde los particulares pueden crear reglas de conducta y reglamentar sus respectivas relaciones jurídicas, el hombre percibe que puede haber derecho sin leyes, que el Derecho no tiene que ser necesariamente determinada por una ley, incluso contraponiéndose a la ley positiva. Según parece -en este entendido- Dworkin sostendría que "los derechos pueden ser reconocidos aún cuando no haya ley sobre el asunto. O aún contraponiéndose a la ley positiva existente, cuando esa ley puede ser reconstruida de modo convincente de acuerdo a principios morales que justifiquen el reconocimiento de tales derechos".[310] El exponente fundamental del Derecho, según esta versión, debería ser la moral. Sin embargo, la postmodernidad lo que pretende, con cualquier instrumento válido, es decir al Derecho y a los hombres, que la insuficiencia de la ley, la inexistencia de ella, no pude provocar también la ausencia del Derecho, o dicho otra vez con términos de

[310] Escribe Gijs van Oenen, en el artículo "Deconstruyendo a Ronald Dworkin, *(*15).

Sartre, "la existencia precede a la esencia". El hombre de Derecho, el Juez, el operador del Derecho, y todo aquel que esté involucrado en una relación jurídica, por esta nueva visión postmoderna, no podrá exponer la traba de "no lo dice el reglamento", o así está establecido en la ley", simplemente para deshacerse de su responsabilidad en el proceso jurídico; será necesario además, una constrastación con la realidad, y con la posibilidad de efectivizar el interés o no, de plantear nuevas alternativas o no. El Derecho no se puede subsumir ante la realidad, que es lo que generalmente pasa. Todo el mundo sabe que no debería ser así, pero así es y así lo dejan. Esto equivaldría a quedarnos eternamente entrampados por la norma, y de lo que se trata realmente es de que la norma nos sirva de instrumento, no de camisa de fuerza. Como dijimos, el nuevo requisito para la aplicación o no de la ley debería ser su contraste con la realidad, como condición que propone la postmodernidad. Habrá que adecuar un nuevo recurso ante las decisiones jurídicas: el recurso de la realidad.[311] Así entendida en este tipo de sociedad "el material normativo no es la sustancia, sino sólo un elemento de carácter instrumental".[312]

Por otro lado, hay un razonamiento jurídico que también ha pervertido el funcionamiento del Derecho y ha fomentado su disociación con la realidad: la concepción de la "relación jurídica". La relación jurídica si bien ha sido expuesta por Norberto Bobbio como

311 Esto a nuestro entender debería ser un derecho, que en base a fundamentos reales, demuestren que el orden jurídico no ha surtido sus efectos reales. Es decir que la normatividad no se ajusta a elementos existentes, mostrando la incompatibilidad entre norma y hecho, contradicción que haría inválida cualquier decisión jurídica.

312 DIEZ PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho,* Ediciones Ariel, pp. 181.

aquella que encierra cierta conjugación dual, como aquella que se origina en su constatación formal, que supone derechos-deberes, y que estos deben hallarse expresamente escritos o determinados por una norma. De allí que toda conducta era jurídica solamente si se encontraba determinada por una norma. Esta concepción ha sido, o debe ser, superada en la concepción postmoderna del Derecho. Según expone Fernadez Sessarego:

"Hasta no hace mucho tiempo se concebía que sólo eran conductas jurídicas aquellas a las que expresamente se referían las normas jurídicas de un determinado ordenamiento. Esta concepción ha sido superada en tanto se ha demostrado que toda y cualquiera conducta humano intersubjetiva es jurídica, sea o no contenido de una expresa norma jurídica. (...)

(...) La pretensión de reducir la calidad de conductas "jurídicas" a sólo aquellas expresamente mentadas por la normatividad, es una desviación conceptual que tiene su origen en una visión positivista del derecho, dentro de la cual se privilegia y reduce el derecho a la mera normatividad, por lo que aquellas conductas que no están taxativamente reguladas por el ordenamiento son ajenas al derecho.(...)

(...)En la actualidad se considera que todas las conductas humanas intersubjetivas son jurídicas, en la medida en que ellas pueden estar permitidas o prohibidas sin necesidad de que para esta calificación estén o no contenidas en norma jurídica expresa. Hoy nadie discute el principio por el cual el juez está

obligado a administrar derecho con o sin norma jurídica que resuelva expresamente el caso sometido a su conocimiento. En esta situación se recurre a otra u otras fuentes del derecho o a sus principios generales. Y en última instancia, es de aplicación el axioma jurídico por el cual "lo que no está prohibido está permitido, salvo que sea contrario al orden público o a la moral".(...)

(...) Para disipar cualquier duda que pudiera surgir sobre el particular tenemos la expresiva norma jurídica contenida en el artículo tercero de la Constitución peruana de 1993, que prescribe que son derechos de la persona no sólo los contenidos en el ordenamiento jurídico positivo sino todos aquellos que deriven de su propia dignidad. Así, en caso de producirse la situación prevista en dicho numeral, el juez debe valorar el caso y aplicar los principios generales del Derecho o el axioma jurídico al que hemos hecho referencia. No es necesario, por consiguiente, que la conducta humana interferida, para ser jurídica, esté contenida en norma jurídica expresa."[313]

Cabe mencionar una cosa más. La simple existencia de dos personas en relación produciría una relación jurídica, que implicaría esos derechos, por ejemplo, de estar allí, juntos, sin ofenderse, agraviarse de ninguna manera. Cada uno tiene el Derecho a estar allí, al lado de la otra persona, y además lleva consigo esa carga jurídica de sus derechos inherentes a todo hombre, como el respeto a todos sus derechos reconocidos, etc.

[313] Escribe Fernández Sessarego, Carlos, en el artículo "Algunas reflexiones sobre la antijuricidad del delito y las penas privativas de la libertad a la luz de la Teoría del Derecho".

g.- Crítica al principio moderno de universalización de las normas. Ilegitimidad de las concepciones sobre la razón especulativa o teórica.-

Frente a la constancia del cambio que es, por así decirlo, natural en el ser humano, y en la sociedad, habríamos entrado en un contexto postmoderno de carencia a tener normas permanentes, o mejor, una renuncia al principio moderno de la universalización de las normas y por lo tanto del Derecho. Por eso lo del "desprecio de la razón especulativa o teórica", lo que desemboca en una postura de "déjate a mí de cuentos" que caracteriza a la postmodernidad, más aún con la renuncia a las "ideologías" como verdades, o certezas, Sin embargo no hay que olvidar que en "En el "modernismo", la "norma" existe, aunque cambiante según los números de que depende e incluso en su aceptación se llega a claros rigorismos, como por ejemplo, cuando se habla como suprema perfección política del "estado de derecho" (que resulta ser una imposición draconiana, pero momentánea) en lugar de hablar del "estado de Justicia" con normas permanentes y definitivas. En la "postmodernidad" parece que se camina más bien al cambio constante de todo, sin regla superior permanente alguna, salvo la del constante cambio o variación. En este aspecto, "carencia de una norma permanente" la "postmodernidad" vendría a ser sólo una exageración de la "modernidad" misma, pero hecha aún más anárquica. Ambas posturas suponen pues, la inseguridad por estar siempre pendientes de la probabilidad del cambio que en principio va unida a la falta de libertad para el Bien que para realizarse exige continuidad, y con aumento de la "libertad" para el Mal,

que no la exige. Ambas rechazan una dogmática permanente, necesaria siempre para todo caminar hacia delante. Es siempre necesaria una Fe permanente, como punto de partida y como acompañante fijo para intentar lograr una perfección que sin ella no es posible."[314]

h.- Seguridad Dinámica vs. Seguridad Estática en el ordenamiento jurídico.-

La característica de un mundo desenmascarado como conjunto inequívoco, ha desarrollado una nueva perspectiva en el orden jurídico. El Derecho, que tiene como uno de sus principios establecer el elemento de seguridad y predictibilidad de la vida jurídica, ha de tener que replantear los fundamentos e instrumentos con que asumirá esa facultad de dar seguridad jurídica a la sociedad.

La seguridad estática que proponía la modernidad con el universalismo y mediante la utilización de la razón, no podría darse en un ámbito real de la sociedad. Las relaciones jurídicas, contradictorias en su complejidad, habrían de romper todo intento de rigidez del orden jurídico y sus normas. Viéndolo desde otro ángulo, podríamos decir que el ser humano, que vive dentro de una sociedad, por lo general pide que las normas que rigen a esa sociedad sean estables y no cambiantes, con las cuales se pueda predecir el futuro de sus actos jurídicos. Sin embargo ante la rigidez que le da la norma estática, o mejor ante la seguridad estática de la norma, que permite a los seres humanos predecir

[314] Escribe Fernando Civeira, en el artículo: "Entramos en la postmodernidad?, (128).

el futuro, o al menos avizorarlo, el hombre encuentra que sus problemas jurídicos, sus relaciones jurídicas, sus prácticas y experiencias a la vez requieren de cierta flexibilidad, de cierta reamoldamiento, porque esa seguridad estática del Derecho no funciona en sus relaciones jurídicas, y es más impide la consolidación de la defensa de sus intereses. Entonces el ser humano exige que el Derecho se adecue a sus necesidades. En ello interviene el verdadero arte del abogado, que se convierte en el modificador del mundo jurídico, en el profano útil. Es necesaria una seguridad dinámica frente a una seguridad estática que contradecería la característica esencial de la vida, su mutación permanente, así:

"... el verdadero arte del abogado es el arte de las modificaciones legales; y es un arte sumamente útil para el profano. Porque, aunque el profano no se dé cuenta, sus intereses se encontrarían mal servidos con un sistema inmutable de Derecho, esto es especialmente cierto en el S. XX. El énfasis de nuestra época está en el cambio. En consecuencia, la orientación actual del Derecho se aparta de la seguridad estática (la preservación de los antiguos derechos establecidos) y se dirige a buscar la seguridad dinámica (la protección de personas comprometidas en nuevas actividades). Lo que significa que las necesidades prácticas del profano común y corriente se verían seriamente frustradas con un ordenamiento jurídico rígido."[315]

[315] TRAZENGIES GRANDA, Fernando de, *Introducción a la Filosofía del Derecho y a la teoría General del Derecho,* Editorial de la Pontificia Universidad católica del Perú, pp. 276.

Esa es la nueva visión que plantea la Postmodernidad en el Derecho: adecuar las necesidades cambiantes del hombre al un Derecho, y seguridad, dinámico.

i.- Ciencia, método científico y cientificismo en el Derecho.-

"La Filosofía Griega, la ciencia, la libre investigación, asoman entre aquellos colonos plantados por los litorales del Asia Menor, a quienes grosso modo podemos llamar los jonios. La insolencia de los jonios, al enfrentarse con los terrores sagrados y la inmortal solemnidad de los imperios asiáticos, funda el pensamiento científico."

El tema de la ciencia es un tema complejísimo y amplio, y por lo general ésta ha intentado ser definida de un solo renglón, pero la ciencia va más allá, porque significa investigación, es decir que "la ciencia no es simplemente un cuerpo de conocimientos, sino que es una actividad de investigación", aclararía Mario Bunge. La ciencia intenta encontrar la verdad, pero a través justamente de la investigación crítica; esto no se permitía en las sociedades cerradas como las teocráticas, donde la verdad ya estaba contenida en algún libro.

La ciencia parece haber tomado relevancia a partir de dos hechos históricos, dos revoluciones científicas dadas en el mundo, el primero fue, en el siglo V a. C., en la Grecia Antigua; la otra fue en el renacimiento de la ciencia o el nacimiento de la ciencia moderna en el siglo

XVII[316]. Y ambas consistían en ir en busca de la verdad, por lo que la función del científico sería "averiguar la verdad o, mejor dicho, verdades que no tienen por qué ser completas y precisas ni, por lo tanto, definitivas", concluiría Mario Bunge. Esto estaría rompiendo el esquema conceptual que utilizan ciertas posiciones para encuadrar a la ciencia dentro de términos unívocos y absolutos, que Bunge termina por descalabrar al explicar que "La ciencia perenne es una ilusión"[317]

Sin embargo, vale preguntar si es que ¿ha habido, en el desarrollo de la ciencia, una especie de sobrevaloración? Lo cierto es que sí, que la ciencia se ha sobrevalorado por una persuasiva dosis de creencia en la validez y la infalibilidad del método científico, fenómeno -sobrevaloración de la ciencia- al que se ha denominado "cientificismo", que ha propulsado aún más ese afán adorador de la ciencia y todo aquello que tenga que ver con ella. Esto provocaría que todas las miradas sufrieran el ánimo de quererse convertir al código científico. De esta forma se va creando la mentira de la unidad, la mentira de la objetividad. La falacia de que todas las materias -incluso el Derecho- deben poseer, para ser válidas, categoría de ciencia, y por lo tanto ser sometidas a análisis y método científico. Pero no se advierte que la sobrevaloración de la ciencia ha producido su objeto y deja fuera todo aquello que no esté dentro de la esfera de su razonamiento. Al hacer esto tiene un grave y singular problema, que el mundo objetivizado no puede reducir al hombre a la nada, y

316 BUNGE, Mario. *Vigencia de la Filosofía,* Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, pp. 30.
317 Ibid. p. 32.

además olvida que hay gran cantidad de variedad de formas, de cambios, de transacciones, de entrecruzamientos de relaciones que conforman el complejo mundo social.

Sin embargo, no estamos diciendo que la ciencia no sea importante, pero no se puede manejar con ella toda la complejidad humana, ni volver al hombre meramente técnico. Por eso con la Postmodernidad el hombre, los diversos saberes y conocimientos, proclaman su independencia.

Esta proclamación de la independencia del hombre frente al intento de dominio absolutista de la ciencia ha sido logrado, no precisamente por el fracaso de la ciencia, sino, paradójicamente, por sus triunfos, y es que se ha ido desgastando la figura de una panacea total, además "Lo que se ha perdido es la confianza en la ciencia como el monopolio de la racionalidad (...) Dicho en términos de Beck: "No es el fracaso de las ciencias sino su propio éxito lo que las ha destronado"."[318]

Ahora, hasta los fenómenos naturales ya dejan de ser social y jurídicamente neutros, sino que responden, sus consecuencias en la sociedad, a responsabilidades jurídicas, por ejemplo "...la corriente de El Niño ya dejan de ser socialmente neutros. Ahora se los evalúa basándose en si las autoridades tomaron las precauciones adecuadas. Es decir, ni siquiera lo más típicos destrozos de origen estrictamente natural quedan al margen de una evaluación de las

[318] Escribe Guillermo Nuget, en el artículo La segunda modernidad: individuos civiles.,(39).

responsabilidades públicas.... los desastres generan responsabilidad política."[319]

Por otro lado, el discurso de la ciencia no puede ser aplicada al discurso social jurídico, por una razón fundamental, que el hombre no puede ser susceptible de ser sometido a un razonamiento de carácter objetivo por el hecho de no soportar el rigor o las lógicas exigidas por el desarrollo del discurso científico, según postulaba Weber.

"Si al conocimiento científico se le exige, para ser tal, el poder formular leyes generales basadas en el comportamiento necesariamente regular y constante de su objeto, y en consecuencia se le exige también el poder hacer predicciones de futuro con certeza y seguridad, entonces sería cierta la opinión de Grynpas, según la cual las ciencias humanas o sociales estarían usurpando el nombre de 'ciencia', en cuanto que no merecen dicha denominación, ya que el hombre es esencialmente libre y trasciende todo tipo de determinismo".[320]

Por último, queremos dejar citada aquí una aclaración sobre el sentido de las leyes, y su naturaleza. La diferenciación que hay entre leyes naturales y leyes humanas, que explicarán las tan confusas divagaciones acerca de el planteamiento del Derecho y la ciencia.

"John Stuart Mill alude a Montesquieu, quien en el capítulo primero de *L'Esprit des Lois* pregunta

[319] Ibid. (40)

[320] MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A. *Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica*. Barcelona. Editorial Ariel, 1994. p. 237.

ingenuamente por qué, mientras que las cosas inanimadas, tales como las estrellas y también los animales, obedecen a "la ley de su naturaleza", el hombre no procede así, sino que incurre en pecado. En esto, pensaba Mill, se hace patente la perenne confusión entre las leyes que formulan el curso o las regularidades de la naturaleza, y las leyes que exigen que los hombres se comporten de ciertas maneras. Las primeras, que pueden ser descubiertas mediante la observación y el razonamiento, bien pueden ser denominadas 'descriptivas' y corresponde al científico descubrirlas; las últimas no pueden ser establecidas así, porque ellas no son enunciados o descripciones de hechos, sino 'prescripciones' o exigencias de que los hombres se comporten de cierta manera. Por lo tanto la respuesta a la pregunta de Montesquieu es simple: las leyes prescriptivas pueden ser transgredidas y no obstante siguen siendo leyes, porque ello significa simplemente que los seres humanos no hacen lo prescrito; pero carece de sentido afirmar que las leyes de la naturaleza, descubiertas por la ciencia, pueden o no pueden ser transgredidas. Si las estrellas se comportan de manera contraria a las leyes científicas que pretenden describir sus movimientos regulares, éstas no son transgredidas, sino que pierden su título a ser llamadas 'leyes' y tienen que ser reformuladas."[321]

j.- Globalización y la nueva construcción del Derecho como Derecho Internacional.-

"…, parece que la consigna cultural que mejor comprendia las inquietudes de nuestro tiempo es la

[321] HART, Herbert. *El concepto de Derecho, Buenos Aires.* Abeledo-Perrot, 2da. Edición, 1995. p. 231.

exigencia de globalización. Los problemas actuales del derecho deben ser estudiados desde una perspectiva de totalidad. La sociedad humana es multidimensional y, asimismo, lo son sus problemas económicos, éticos, jurídicos y políticos. Por eso, hay que captar la dinámica y compleja red de sus conexiones globales. La tendencia hacia la globalización viene impuesta por el carácter interdependiente, multicéntrico y multicultural de los fenómenos que gravitan sobre el horizonte presente del derecho. Por eso parece que la concepción del derecho como experiencia jurídica es la que mejor puede satisfacer los premios globalizadores del presente."[322]

En este mundo globalizado, "Parece bastante claro que al menos en algunos círculos, más académicos que otra cosa (y que por cierto, son cada vez más escasos y con menos arraigo), se maneja ya el término de la "postmodernidad", como expresión de que han cambiado o están cambiando los conceptos ideológicos que el mundo occidental venía siguiendo últimamente y que parece que van a ser sustituidos por otros distintos que constituirán la base de una nueva concepción cultural en los años venideros y determinarán, en consecuencia, otras formas de vida."[323]

El termino "Globalización" hoy está extendido en todo el mundo, porque se trata precisamente de abarcar todo el mundo. Pero en un mundo así, cada autor es el dueño de su propia biografía, dicho en términos del Derecho, cada ser es actor de su propia biografía jurídica, porque el horizonte del yo se ampliaría. Se

[322] Pérez Luño, Antonio Enrique, "Delimitación conceptual del Derecho", en *Discusión sobre el carácter Anti-científico del Derecho,* Editora jurídica GRIJLEY-Lima Perú, pp. 37.

[323] Escribe Fernando Civeira, en el artículo "Entramos en la postmodernidad?, *(*127).

habría aperturado la conciencia de la responsabilidad del yo, del individuo como sujeto y objeto, como responsable de la mundialización de la biografía jurídica, "Como se ve, los horizontes del yo no conocen límites. Incluso los ensueños se han globalizado, pero además con una clara conciencia de que cada cual es responsable de su propia biografía...la biografía se ha mundializado."[324]

¿Habría de caber la globalización dentro de un mundo postmoderno? ¿qué significa en estos términos la globalización? O si aún es temprano para definirla, al menos ¿cuáles son sus características más saltantes y relevantes? La globalización puede mostrar esa marcada influencia e importancia que tiene la presencia del capital a nivel internacional, el hecho de que el mercado se vuelva global, es decir en donde todos los países aperturen o abran sus mercados al mundo, esto en base a un nuevo sistema de intercambio social, económico que produciría nuevas experiencias y fenómenos jurídicos: el mercado mundial."Desde la perspectiva de la «globalización», sus rasgos más importantes son, obviamente, la presencia del capital internacional, un mercado global, la internacionalización de la producción, un desplazamiento de la soberanía desde el estado-nación a las agencias internacionales del capital. Si existe algún proceso histórico de larga duración que lo explique, probablemente sea el cambio tecnológico, el advenimiento de la era de la información. Esta evolución ha sido reforzada, pero no causada, por el colapso del comunismo, incapaz de mantenerse ante la

[324] Escribe Guillermo Nuget, en el artículo La segunda modernidad: individuos civiles, (43).

globalización del capital. Desde el punto de vista postmoderno podemos observar un paisaje similar: estamos inmersos en la era de la información, junto a una economía globalizada. Pero destacan las transformaciones culturales, ideológicas y psicológicas: la desaparición de las antiguas certidumbres, la desintegración de los principios morales y políticos, la fluidez de las "identidades", el sujeto "descentrado".”[325]

Esto significa que la globalización puede enmarcarse como el reconocimiento de nuestra existencia como aldea global, producto de la tecnología y las comunicaciones, por lo que entran en juego nuevos principios y la urgencia de nuevos valores, que necesitan a la vez nuevos conceptos jurídicos con los cuales ser regulados, y por los cuales circulan las nuevas expectativas jurídicas. Por todo esto, y más, la humanidad postmoderna requiere urgentemente de nuevos valores, concepciones que planteen la solución de los nuevos conflictos de intereses surgidos de este torbellino de las comunicaciones y de la informática, y que ha producido la necesidad de regulación dentro de un marco jurídico inexistente, que deje de lado las planificación rígida y permita crear un circuito o sistema abierto a los fenómenos sociales.

[325] Escribe Texier, Jacques, “Globalización, Posmodernidad, y otras nuevas eras”, *(*67).

9.- LA FORMACIÓN DEL HOMBRE POSTMODERNO.-

"El saber es un mito fundante de la modernidad cuya tendencia es la acumulación". Pareciera ahora que la posmodernidad plantea que lo importante no es saber sino reaccionar ante la inmediatez de cualquier eventualidad."

¿Cuál es la razón de que aún exista un Estado para organizar la sociedad? El hecho parece derivar de la insuficiencia del hombre de poder autogobernarse.

Por eso en la postmodernidad, a través de la educación, se construirá las bases para el pensamiento crítico y autosuficiente, que serán las estructuras para una sociedad libre de padres universales y todopoderosos como el Estado. Una sociedad que no requiera un papá Estado.

Esta necesidad de un Estado padre, se presenta en sociedades donde los ciudadanos tienen una educación deficiente. Estos ciudadanos, para no autodestruirse necesitarán, por su condición mental, de alguien que los

proteja de ellos mismos, de un Estado que les permita funcionar sin autodestruirse.[326]

Sólo que el Estado ha sido, visto desde la historia, un ente ineficiente, que aperturado por elementos de orden, no ha logrado salvar a nadie, mas que a los que están dentro de él, y éste no ha sido el principio fundamental para la creación del Estado.

Por eso la postmodernidad, como proyecto, propone una educación civil auténtica y eficaz, que logre hacer que el ser humano conozca verdaderamente sus derechos y deberes directos como individuo, y su condición de creador de futuro, de mundo. Este es el requerimiento actual.

"Lo que los países requieren para entrar a la posmodernidad es, ante todo, una auténtica educación civil que explique, sin prejuicios ni partis-pris, el funcionamiento de la sociedad civil con la ayuda de la filosofía, la economía, la sociología y el derecho."[327]

En la educación hay que conjugar ciencia y arte, formar, a través del impulso de la libertad, la creatividad, el sentido de responsabilidad, de crítica y autocrítica creativo, etc. El hombre postmoderno sólo se podrá formar con una evidente y real elevación del nivel cultural desde una óptica integral, que armonice los saberes como conjunción para la creación, y no para el obstáculo, sino como medios, a través del cual el

[326] TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. "Liberalismo y Postmodernidad", en: *El Perú en los albores del siglo XXI,* Ediciones del Congreso de la República del Perú. Lima, 1997. p. 120.
[327] Ibid. p. 120.

conocimiento pueda expresarse en toma de decisiones y conductas. Sin olvidar que todos los saberes, los dominios de saber, pueden realmente servir dentro de cierto contexto, sin que estos se contradigan, por ejemplo:

"La formación científica proporciona solidez mental, disciplina de trabajo, que son elementos indispensables para ser un miembro pleno de la sociedad civil; pero la formación artística, a su vez, aporta el deseo de originalidad, la capacidad creadora, el vuelo de la imaginación, la sensibilidad del espíritu, sin las cuales todo lo demás no dará sus frutos."[328]

Esto significa que hay que postmodernizar nuestra cultura y liberalizarla de falsos prejuicios (cientificistas, racionalistas, etc.) que se suponían los únicos medios y métodos válidos de conocer, y de usar ese conocimiento como procesos de legitimación de las relaciones intersubjetivas.

Uno de los problemas que contribuyó a la formación de estos prejuicios cognoscitivos, de validez universal, fue, por supuesto, la modernidad, o parte de ella, en el ámbito educativo, que planteaba el interés y ánimo de desarrollar y fomentar una educación técnica (no significa que esto sea negativo en su totalidad, sino que su expresión totalizante produjo, eso sí, efectos negativos).

"...la Modernidad "real" prefirió la capacitación técnica del género humano (y hasta llegó a confundir

[328] Ibid. p. 121.

capacitación técnica con educación). Quizá porque el mito del "cielo en la tierra" le hizo apartar cada vez más los ojos del interior del hombre, y volverlos hacia el exterior de la tecnología, único lugar en el que siguen pareciendo posibles todos los milagros y hasta la llegada al cielo."[329]

Es evidente que la técnica es importante, pero no debe confundírsela, puesto que "Se ve que necesitamos pericia técnica, pero que nunca hay que dejar que el técnico diga la última palabra, porque puede ser que se le pase el aspecto humano, el impacto que tiene sobre la sociedad y sobre la naturaleza."[330]

De lo que se trata es de entender que con el hombre uno no puede andar muy seguro del todo, en sus reacciones, a pesar de haber recibido una formación programática perfecta. Porque en realidad "Por mucha programación biológica o cultural que tengamos, los hombres siempre podemos optar finalmente por algo que no esté en el programa (al menos, que no esté del todo). Podemos decir 'sí' o 'no', quiero o no quiero. Por muy achuchados que nos veamos por las circunstancias, nunca tenemos *un solo* camino a seguir sino varios."[331]

En fin, el problema actual de la educación es planteada muy claramente por Mario Bunge al cual citamos:

---

[329] Escribe Gonzáles Faus, José I., en el artículo"Postmodernidad europea y cristianismo latinoamericano", *(*138).

[330] BUNGE, Mario. *Vigencia de la Filosofía,* Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, pp. 231.

[331] SAVATER, Fernando. *Etica para Amador,* Editorial Ariel S.A., pp. 29. El subrayado es nuestro.

"Voy a empezar refiriéndome a algunos vicios radicales que hemos heredado en los países latinoamericanos. Todavía estamos con un pie en la Colonia, todavía sufrimos de autoritarismo, todavía sufrimos ese verticalismo que viene de la Edad Media. Ahora bien, el autoritarismo lleva al dogmatismo, el dogmatismo al librismo y el librismo al memorismo. Puesto que hay que respetar la autoridad, lo que diga la autoridad, maestro o ministro es dogma. No es algo a ser examinado críticamente y debatido racionalmente.

El dogma se encuentra en libros de texto, de modo que hay que aprenderlos, hay que memorizarlos. ¿Dónde están los talleres? No los hay. ¿Dónde están los laboratorios? No los hay. ¿Dónde están los debates para aprender a pensar por cuenta propia, para aprender a discutir, para aprender las reglas del juego intelectual? Nada de eso existe en nuestras escuelas autoritarias."[332]

Y que esto tiene una repercusión extraordinariamente grande en nosotros, en nuestra formación cultural, y por lo tanto jurídica. Que nos ha hecho ver el mundo desde una perspectiva dogmática.

"Los efectos de la educación dogmática que hemos sufrido todos, no solamente en materias humanísticas, sino también en las asignaturas científicas, son desastrosos. Nos han informado pero no nos han formado. La idea de la transmisión de información, que suena tan moderna, es vieja. En efecto, fue formulada por el famoso educador Comenius, del siglo XV.

[332] BUNGE, Mario, *Vigencia de la Filosofía,* Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, pp. 226.

Comenius decía que educar es trasvasar: que la misión del maestro es volcar en el vaso receptor del estudiante lo que el maestro sabe.

Ésa era en efecto la misión del maestro medieval. Esa persona que se ubicaba en un púlpito… y empezaba a leer de algún libro. Habría en total una docena de libros, todos encadenados para que no se los robaran. Eran valiosísimos, porque contenían todo lo que se sabía. En la universidad medieval se discutía, pero no se investigaba. La idea es que el saber era fijo, no variable ni, en particular, expandible."[333]

Es justamente eso lo que habría pasado también a nivel del Derecho. Hemos creído en autoridades gramaticales con el positivismo chicha que aún conservamos, producto del hábito, y de la irreflexión de nuestras decisiones y conductas jurídicas.

[333] Ibid. p. 228.

Obra editada en los talleres digitales de AZ Todo Derecho E.I.R.LTDA.

Este texto ha pasado por los controles de calidad, rigurosidad científica y revisión por pares externos.

