

*Recebimento do artigo: 30/02/2008*

*Aprovado em: 17/06/2008*

***Carlos María Cárcova***

Buenos Aires, Argentina

acandida@unifeco.br

Doctor por la Universidad de Buenos Aires. Abogado (Universidad de Buenos Aires). Profesor Titular Ordinario de Teoría General del Derecho en la Facultad de Derecho (UBA). Dirige el Instituto de Investigaciones Jurídicas Ambrosio L. Gioja, desde el año 2001. Ejerce docencia posgrado en Universidades Nacionales (UBA/UNR/UNL) y extranjeras (España/Brasil).

### **Resumen**

Este ensayo examina los conceptos de Derecho consonante a la teoría social contemporánea, específicamente por los procesos de globalización.

### **Palabras-clave**

Globalización. Responsabilidad. Teoría social.

### ***Abstract***

*This essay looks at patterns of law and contemporary social theory, in specific processes of the globalization.*

### ***Key words***

*Globalization. Responsibility. Social theory.*

Durante buena parte del siglo XX, la teoría jurídica, estuvo dominada por dos paradigmas tradicionales, el jusnaturalismo y el juspositivismo, con acentuado predominio de este último que, de la mano de un autor tan fundamental como Hans Kelsen primero y luego de Herbert G. Hart, Alf Ross y otros destacados exponentes, había ocupado un espacio canónico. Esto es, había conseguido establecer el “canón” de cientificidad, naturalmente adecuado a sus principios y presupuestos epistémicos y metódicos. Ser un buen jurista, pues, consistía en ocuparse de las normas y de su posible organización sistemática y abordar, entonces, como cuestiones principales, los problemas de consistencia lógica del sistema, de decibilidad y de completitud.

Se soslayaba de ese modo que, en el juego del derecho, creación humana, había – como en toda creación humana – algo más: estrategias, poder, legitimación, reparto, intereses en pugna, interpretaciones, operadores jurídicos, ideologías, representaciones sociales, valores confrontados. Sin embargo, para las concepciones hasta entonces dominantes, tales asuntos no eran materia pertinente del estudio de los juristas, pues éstos debían atender las problemáticas de la validez y no de la facticidad. Y estos dos mundos, el de la validez (deber ser) y el de la facticidad (ser) no resultaban commensurables.

Pero, a principios de los setenta, el “malestar en la teoría” se hizo progresivamente más intenso y comenzaron a surgir otros modelos explicativos, otras visiones del derecho, que marcharon a la procura de rearticular lo jurídico con lo ético, con lo político, con lo económico, con lo social. Me refiero a las tesis de los comunitaristas como Sandel, Taylor, Walzer, Buchanan; me refiero a la crítica dworkiana al positivismo; me refiero al neo contractualismo de Rawls; a la teoría de la acción comunicativa de Habermas; al deconstructivismo de Derrida, a las ideas de “campo de saber” y “campo de poder” de Bourdieu; a la teoría de los sistemas autopoiéticos de Luhmann; y, por cierto también, a las distintas manifestaciones de la Crítica Jurídica y al Movimiento del Derecho Alternativo y del Pluralismo Jurídico. Estos últimos, dispuestos a explorar y explicar las dimensiones antropológicas, sociológicas y políticas de la legalidad y a transformar esta última de discurso legitimatorio en discurso emancipatorio.

Han transcurrido, desde la época que evoco hasta el presente, largos treinta años y podríamos decir que, como estas últimas corrientes lo afirmaban tempranamente, sólo desde una teoría jurídica multi y transdisciplinaria puede intentarse hoy dar respuesta a los desafíos de la sociedad compleja del siglo XXI.

Repasemos algunos de esos desafíos.

Resulta un lugar común de la teoría política y la investigación historiográfica

de las últimas épocas, hacer referencia a los procesos de aceleración del tiempo histórico. El pasado, ya no se cuenta en décadas sino en años. Los seres humanos nacidos en la primera mitad del siglo XX, hemos sido testigos de transformaciones tan profundas y vertiginosas que, se afirma, ellas son comparables con el conjunto de las acaecidas en el transcurso entero de la historia del hombre en la Tierra. Es probable que se trate de una cierta exageración. Sin embargo, no cabe duda que en pocos años se han reconfigurado a escalas inimaginables los horizontes de sentido de naturaleza científica, tecnológica, cultural y civilizatoria.

El fenómeno de la globalización – término huidizo y multívoco – ha implicado según palabras de Anthony Giddens, una radical transformación de las nociones conocidas de espacio y tiempo. Por una parte, porque la revolución tecnoinformática ha permitido un incremento exponencial de los flujos comunicacionales, conectando a los hombres entre sí a escala planetaria, en tiempo presente (*in real time*). Tal circunstancia ha producido impactos significativos en diversos planos: económicos y tecnológicos, claro está, pero también políticos y éticos. Zygmund Baumann, uno de los más prestigiosos sociólogos de la actualidad, sostiene que el problema moral pasó a ser global.

Se dice que el holocausto – afirma – concierne a tres categorías de personas: las víctimas, los victimarios y los testigos. Y bien, en el mundo de hoy, todos somos testigos porque todos somos espectadores. Sabemos, en el tiempo propio del acontecimiento, lo ocurrido en los más alejados rincones del mundo. Conocemos, observamos, el universo entero. Y precisamente por ello, adquirimos algún tipo de responsabilidad respecto del destino del hombre y de la raza humana. Se trata de la globalización de la responsabilidad.

Por otro lado, el mundo conocido se ha reconfigurado también como resultado de las facilidades del transporte internacional y de las grandes migraciones. En virtud de razones políticas, raciales, religiosas, económicas; por hambrunas, desastres ecológicos o guerras cruentas y salvajes, millares y millares de seres humanos han migrado de una región a otra, de un país a otro, de un continente a otro<sup>1</sup>. Desde luego, nuevas y problemáticas dimensiones culturales, políticas y jurídicas, son puestas en juego por este fenómeno. Los valores, prácticas, costumbres y representaciones del mundo de los que son portadores los contingentes de migrantes, no se compatibilizan fácilmente con los que son propios de las sociedades receptoras. Estas

---

<sup>1</sup> En un reciente ensayo periodístico Héctor Pavón se ocupa del fenómeno de las migraciones a escala internacional y sostiene que en el siglo XX la cantidad de migrantes pasó de 33 a 191 millones de personas, según datos de la ONU. La socióloga Saskia Sassen, de la Univ. de Chicago, trata la cuestión en un libro reciente titulado **Territorio, autoridad, derecho**. La globalización entre otras consecuencias ha implicado una crisis de ciudadanía. (Revista Ñ, 17/6/06)

230 últimas instrumentan políticas *ad hoc*, prohibiendo a veces, regulando otras el acceso y permanencia de extranjeros y con ello administrando un complejo sistema de inclusión/exclusión social, en el que, naturalmente, predomina esta última. ¿Cómo encarar éste problema de las sociedades multiculturales o interculturales, como prefiere denominarlas García Canclini; como lo son, hoy por hoy, todas las grandes megalópolis, incluidas las de nuestro continente, centro y sudamericano? Algunos, como el otrora progresista Ralph Dharendörf, proponen como solución los *ghettos* de la posmodernidad; otros, como Habermas, privilegian el diálogo tolerante y racional. Pero en este último caso, la pregunta que complica es: ¿hay un único criterio de racionalidad o lo que llamamos racional depende de ciertas representaciones culturales? Por ejemplo, la racionalidad del Norte rico es simétrica respecto de la racionalidad de una periferia miserable, hambreada y olvidada?

Una de las corrientes más actuales de las ciencias sociales, los denominados “estudios culturales”, denuncia precisamente la actitud de las teorías tradicionales que no han hecho más que “naturalizar” y con ello transformar en universal lo que resulta ser sólo un particularismo hegemónico, por lo general asociado a una visión eurocéntrica del mundo. Estos estudios destacan que los textos son fenómenos sociales y por ello contextuales e históricos, creados y leídos (es decir, interpretados) en un cierto tiempo y lugar. La construcción del sentido no es monopolizable, y la realidad social se constituye como múltiple y diversa. Cada expresión de esa realidad, resulta, entonces, igualmente necesaria para entender la interacción humana.

He aquí algunos, entre otros tantos, de los desafíos de un mundo en transformación constante.

La llamada globalización se ha transformado en un fenómeno signado por la paradojalidad pues contiene en su seno, a un tiempo, universalismo y particularismo; lo global, localmente gestionado; las estructuras y los sistemas rearticulándose al hilo de la acción individual o colectiva.

Es en este contexto en donde también deben ser pensadas y reconocidas nuevas subjetividades. Cambios en la organización de los modelos productivos (del fordismo al *just in time*); crisis de la representación política como consecuencia de la brecha cada vez más profunda entre representantes y representados. La corrupción como factor estructural de la política. Desilusión y retracción permanente de la participación popular, en un escenario comunicativo mundial en el que se intenta legitimar la tortura o el crimen como modo de luchar contra otro crimen, el terrorismo internacional. Esto es, una especie de dialéctica del exterminio entre facciones que, sin embargo, afecta al conjunto de la humanidad sin discriminación y sin atenuantes, aunque se tienda con frecuencia el manto hipócrita de los llamados “daños colaterales”, que por ser tales se presentan como menos deletéreos. En

verdad, no importan las víctimas. Ni quienes, ni cuantas son. No hay distinción entre civiles y combatientes, entre hombres y mujeres, entre adultos y niños. El sentido de la acción sólo se cuantifica en términos de eficacia. De eficacia letal, por supuesto.

Pero, mientras estos horrores acontecen, no es menos cierto que la humanidad lucha por consolidar y ampliar valores civilizatorios y no siempre fracasa en esa tarea, vg. el ambicioso programa de internacionalización de los derechos fundamentales, no ya como declaraciones más o menos vacuas, sino como progresivo avance de naturaleza institucional para la creación de una jurisdicción internacional, capaz de juzgar y castigar los crímenes de lesa humanidad. Todo lo cual vuelve a situarnos en la paradojalidad de nuestro tiempo.

Estas circunstancias incrementan la reflexividad social, es decir, coaccionan a la sociedad a mirarse a sí misma y en esa instancia, a desechar la concepción ideológica que la mostraba como un proceso “natural”, como afirma con agudeza Federico Schuster.

Lo social es entendido ahora como construcción humana, contingente y azarosa, y la llamada “realidad”, como algo más que pura materialidad externa. La realidad es también sentido, símbolo, significación. Este plus de materialidad, este agregado de sentido, es construcción (es decir artificio, artefacto). Construcción, humana, social, histórica, positiva e intersubjetiva. El conocimiento deja de ser entendido ya, al menos para una importante corriente epistemológica denominada “constructivismo”, como una representación mental de la realidad y la conciencia como un “espejo de la naturaleza”. Dado que toda realidad no inefable es “realidad comunicada”, es preciso entender que lo que está afuera de la conciencia de los sujetos es algo más que pura externalidad, es también comunicación, esto es, construcción de sentido. Lo que está “afuera”, lo “real”, adquiere esa condición, en un proceso de intercambio comunicativo que lo constituye como real, porque resulta mediado por palabras, por significaciones, por historias previas, por símbolos, por valoraciones, por acuerdos, por precomprensiones del mundo.

Permítaseme un ejemplo que quizá resulte ilustrativo. A orillas del Río Paraná, en la ciudad de Rosario, Pcia. de Santa Fe, en la Argentina, se levanta un enorme monumento a la bandera. Se construyó en ese lugar porque, según cuenta la historia, el Gral Belgrano, creador de la enseña patria, hizo jurar a sus soldados lealtad a la misma, aproximadamente en esa zona. Y bien, ese monumento es mirado en su pura materialidad, una combinación de piedra, metal y paño. Pero nadie mira, y consiguientemente nadie ve, su pura materialidad. Aprecia en cambio su valor simbólico, es decir, el conjunto de sentidos asociados indiscerniblemente a su materialidad sustantiva. La realidad del monumento, no es la de la piedra, el metal y el

232 paño, sino la de su carácter representativo en el imaginario social. Pero ese carácter proviene de una construcción de sentido de naturaleza comunicativa, en el marco de una interacción social con contexto y con historia.

Es claro que las representaciones humanas significativas pueden estar “cargadas”, como los dados del cubilete.

Cargadas de contextualidad y hegemonía. Por ello, las ciencias sociales deben reformular una nueva teoría del imaginario, con los aportes de las nuevas ciencias y con una nueva concepción de lo subjetivo, que advierta que no existen ya las estructuras fijas de antaño; que al lado de los sujetos individuales, se hallan los sujetos colectivos, los grupos de interés, los nuevos movimientos sociales. Y que éstas identidades de nuevo tipo conviven en permanente rearticulación (la posmodernidad líquida de Baumann), han perdido fijeza y perdurabilidad. La teoría social y también la teoría jurídica se encuentran, en consecuencia, demandadas a ofrecer criterios hermenéuticos que permitan a los agentes identificar su propia posición en la realidad, tal como afirma, con acierto, Federico Schuster.

La subjetividad resulta así, a un tiempo, exacerbada y amenazada, porque las tradiciones y rutinas han perdido eficacia para explicar los procesos en términos de causalidades lógicas. Ello reclama, en consecuencia, más decisiones, que a su vez exigen mayor conocimiento y mejor comprensión.

Como señala el autor antes mencionado, varias consecuencias se siguen de lo anterior: a) necesitamos más autoconocimiento (reflexividad) para la acción; b) se genera un aumento de la complejidad social y en consecuencia mayor incertidumbre y aumento del riesgo; c) se hipertrofia el peso de la subjetividad, pues la vida se centra en dimensiones no estructuradas; d) se politiza el mundo social, pues la tradición es reemplazada por la decisión (en general provista por los gobernantes y los sujetos con poder).

Pero en un entorno planetario como el descrito, la mayor complejidad implica, ya hemos visto, paradojalidad: estallan multitud de micropoderes que demandan amplias concertaciones, aun asimétricas; la unipolaridad existe, pero en permanente cuestionamiento político, militar (terrorismo) y económico; hay hegemonía pero a través de bloques que se rearticulan incesantemente; la globalización comporta localización, pues los agentes siguen siendo locales, aunque actúen globalmente.

Existen, pues, pluralidad de cruces subjetivos en el contexto global; el orden y el desorden conviven en un nuevo escenario marcado por una presencia hegemónica cuestionada por conflictos multifocalizados. No han desaparecido las ideologías sino los “universales”: clase, nación, sistema económico, sustituidos por una multiplicidad de interacciones históricas tendientes a construir nuevas hegemonías. En el

mundo complejo del nuevo milenio, la acción humana es relevante en términos de construcción e incertidumbre. Es decir, en términos de política.

De política jurídica también. El jurista de hoy debe seguir conociendo los Códigos naturalmente, pero también debe asomarse a la experiencia de la vida. Se lo reclaman el conocimiento transdisciplinar destinado a enfrentar nuevos interrogantes: los de la bioética, la biotecnología, la biodiversidad, la globalización. Estamos constreñidos a construir intercepciones cognitivas con otros discursos del conocimiento en general y del conocimiento social en particular. Con la medicina y la biología, con la antropología, la psicología y el psicoanálisis, la sociología y la economía, los estudios culturales y la semiología.

Han cambiado los paradigmas inventados por la Modernidad:

- i) el conocimiento ya no se concibe como proceso continuo y acumulativo de develamiento de lo natural. Al contrario, hoy se privilegian las rupturas epistemológicas, las revoluciones científicas y las refutaciones
- ii) no hemos conseguido la progresiva uniformidad del mundo sobre la base de la expansión constante de la economía y la cultura de occidente. Al contrario, hoy presenciamos una crisis de los modelos universalistas, la progresiva fragmentación social y el aumento de la marginalidad y la aculturación.
- iii) la idea del sujeto autoconsciente constructor racional guiado por el interés económico, apenas es un dato hipotético y contrafáctico de una teoría social que se piensa como un juego. Al contrario, hoy se sostiene que no es el sujeto el que construye a la sociedad sino ésta la que construye al sujeto, haciendo de él, un “sujeto sujetado” para usar una categoría cara al análisis lacaniano: sujetado por su socialización, por sus pulsiones, por sus agonías. Y a su lado, miríadas de nuevas subjetividades: género, etnicidad, opción sexual, religión, ideología etc.

En otros términos, la comunicación y la interculturalidad proyectan en el espejo en que debemos mirarnos, la imagen de lo diverso y ello produce un impacto dilemático: ¿El derecho a la igualdad, que tanto hemos defendido, comprende también el derecho a la diferencia?

Frente a la diferencia: ¿imposición o diálogo multicultural?

¿Un solo derecho o pluralidad de derechos?

¿Derecho como conjunto de normas o como práctica social discursiva?

Estos interrogantes finales que podrían multiplicarse en progresión geométrica, muestran a la teoría y a la dogmática jurídica, enfrentando nuevos interrogantes, otras demandas preñadas de historicidad, pero también de responsabilidad ética.

234 A partir de la modernidad la regla de juego básica de organización del orden social pasó a ser el derecho. En consecuencia el conocimiento del derecho, cada vez más opaco, más problemático y complejo, atribuye a quienes de él disponen, los juristas, los hombres de leyes, un poder diferenciado respecto de los legos, de aquellos que actúan las reglas como imposición, como costumbre, como hábito. Sin comprender sino vaga y genéricamente, en el mejor de los casos, el sentido de los actos que realizan y que tanta trascendencia poseen para el curso ordinario de sus propias existencias. El saber de los juristas otorga poder, poder social. Un poder ligado a la comprensión general de las reglas de juego que organizan los fenómenos que acontecen en el vasto escenario de la interacción social. Pero el poder, como sostienen desde Foucault hasta Luhmann, no puede homologarse con la violencia. No hay poder sin legitimidad, sin consenso, sin acuerdos. Por ello, el saber de los juristas que tan alto grado de significación asume en nuestros días, confronta opciones de naturaleza ética: o se compromete con los poderes fácticos que están amenazando la supervivencia misma del género humano o con el proyecto de una sociedad más justa y más humana.

Nadie ha expresado, para mi gusto, con mayor elocuencia esta idea que un notable científico y pensador chileno. Me refiero a Humberto Maturana y a un párrafo de uno de sus libros de sugerente título, **La realidad**: objetiva o construida. Dice allí:

...El principio constitutivo de la célula en su calidad de infraelemento de los organismos se mantiene en todos los niveles de complejidad que tengan que ver con lo vivo: células, organismos, sistema nervioso, comunicación, lenguaje, conciencia, sociedad. Es decir, no hay discontinuidad entre lo humano, lo social y sus raíces biológicas.

Este principio – señalo – es contrario a los que se derivan de Darwin, pues no otorga preferencia al más apto. Agrega el autor:

El amor o, si se prefiere, la aceptación del otro junto a uno en la convivencia, es el fundamento biológico del fenómeno social; sin amor, sin aceptación del otro junto a uno no hay socialización y sin socialización no hay humanidad. Cualquier cosa que destruya o limite la aceptación del otro junto a uno, desde la competencia hasta la posesión de la verdad, pasando por la certidumbre ideológica, destruye o limita la posibilidad de que se dé el fenómeno social, por lo tanto, lo humano. Porque destruye el proceso biológico que lo genera.<sup>2</sup>

En conclusión, nos cabe a los hombres de derecho una singular responsabilidad, pues algunas de las respuestas que seamos capaces de imaginar hoy, prefigurarán el mundo por venir, en el que habitarán las nuevas generaciones. He aquí el sentido de nuestra tarea.

<sup>2</sup> MATURANA, Humberto. **La realidad**: objetiva o construida. Co-edición Anthropos et al, Tº I, Barcelona, 1995, p. XII y ss.

Si fuéramos capaces de entender los cambios y las transformaciones epocales, para ponerlos al servicio de la emancipación humana, por modesto que haya sido nuestro aporte, habríamos cumplido con la responsabilidad moral que nos impone nuestra condición de juristas. O quizás, más simple y modestamente, nuestra mera condición de seres humanos.

### **Bibliografía**

MATURANA, Humberto. **La realidad**: objetiva o construida. Co-edición Anthropos et al, Tº I, Barcelona, 1995.

PAVAN, Hector. Ensayo en Periódico. **Revista Ñ**, 17 jun. 2006.

SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridad, derecho**. Universidad de Chicago.