

Necesidad de una nueva teoría del derecho, acorde con las complejas realidades sociales de la globalización^{*1}

Need for a new theory of law, according to the complex social realities of globalization

Julio Armando Rodríguez Ortega²

julioarmando07@gmail.com

RESUMEN

El cambio en la sociedad conlleva un cambio en el derecho, lo cual se presenta como un paradigma en la sociedad global que permita ver la situación actual como una crisis en la evolución social y legal, y de esta forma proporcionar una respuesta dentro de una teoría social más comprensiva a partir de la cual definir una nueva racionalidad, es decir, la estructuración de nuevas instituciones y procesos. Este cambio en la racionalidad del derecho surge al producirse la crisis del Estado de bienestar, como una alternativa frente a las tendencias regresivas de reformalización del derecho material, cuya justificación no se encuentra ni en la perfección de la autonomía ni en la regulación colectiva del comportamiento, sino en la búsqueda de una autonomía reglada que diseñe sistemas sociales autorregulados a través de normas de organización y procedimiento.

PALABRAS CLAVE: globalización, consenso, autorregulación, racionalidad del derecho, cambios en el derecho, evolución legal, evolución social, paradigmas jurídicos, modelos sociales, sociedades complejas.

Fecha de recepción: 2015/02/23

Fecha de evaluación: 2015/03/06

Fecha de aceptación: 2015/04/13

ABSTRACT

The change in society entails a change in the law, which is presented as a paradigm in the global society as it is an approach to the problem of the change in the law and changes in society that can view the current situation as a crisis in the social and legal evolution and thus provide a response within a more comprehensive social theory; in order to define a new rationality that is the structuring of new institutions and processes. This change in the rationality of law arises from the crisis of the welfare state produced as an alternative to the regressive trends of reformalization of substantive law and whose justification is not perfect either autonomy or collective regulation behavior but in search of a regulated autonomy to design self-regulated social systems across organizational and procedural rules.

KEYWORDS: globalization, consensus and law, rationality self, changes in the law, legal developments, social evolution, legal paradigms, social models, complex societies.

* Cómo citar este artículo: Rodríguez Ortega, J. A. (Junio, 2015). Necesidad de una nueva teoría del derecho, acorde con las complejas realidades sociales de la globalización. *Criterio Jurídico Garantista*, 7(12), 146-159.

1. Artículo de reflexión, producto del informe final del proyecto de tesis doctoral.
2. Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Colombia. Docente investigador de la Universidad Autónoma de Colombia y de la Universidad Manuela Beltrán.

Introducción

Los cambios vertiginosos que se están presentando en la sociedad han dado lugar a una crisis en los modelos tradicionales del derecho y, en consecuencia, al surgimiento de nuevos paradigmas jurídicos que proporcionan las premisas estructurales para la conformación organizativa y procedimental de procesos sociales autónomos, que contribuyan a la integración social en la medida en que logren mediar entre eficacia y función dentro del sistema social en su incidencia sobre el sistema jurídico.

La construcción de nuevos modelos de la realidad social utiliza y desarrolla el conocimiento necesario para el control de los procesos autorregulatorios en diferentes contextos (Gunther y Bourdieu, 2002), de gran utilidad y eficacia en sociedades funcionalmente diferenciadas que pretenden no dejarse representar, sino sujetarse a unas reglas que ellas mismas se autoimponen, por vía de autorregulación.

El derecho en la globalización se aplica bajo condiciones de alta diferenciación funcional, que favorecen un tipo de racionalidad y responden a los problemas de la sociedad, caracterizados por su alto nivel de complejidad. Tal nivel de complejidad se refleja en esa alta diferenciación funcional que debe colocar al derecho como un sistema autopoietico abierto y cerrado al mismo tiempo, pues el formalismo jurídico ha sido la base sobre la cual los agentes y las instituciones jurídicas han monopolizado el uso del derecho, sin un método propio neutral capaz de dar una solución justa, usando principios universales idóneos para legitimar la decisión jurídica por sí misma (Palacio, 1993).

En la época de la globalización las sociedades complejas, los movimientos sociales, los medios de comunicación, la opinión pública y la participación democrática no solo cumplen una función de mediación entre el sistema político y la sociedad civil, sino que crean una pluralidad de espacios que pueden servir de fuente en la producción normativa (Luhmann, 1998). La combinación de movimientos sociales, asociaciones independientes, públicos y derechos, sustentados en la cultura política arriba mencionada, mantiene una opción política legítima, siempre renovable, que representa una herramienta efectiva de la sociedad civil en torno a la democracia radical y a las posibilidades de autorregulación, pues las decisiones vinculantes, para ser legítimas, deben responder a flujos de comunicación que partan de la periferia y utilicen los procedimientos democráticos propios del Estado de derecho, especialmente cuando se trata de una búsqueda intensa de soluciones normativas para problemas colectivos (Luhmann, 1998).

La complejidad de las teorías jurídicas modernas impide, en ocasiones, expresar adecuadamente las realidades sociales contemporáneas. Por eso el surgimiento de nuevos paradigmas del derecho es inevitable, y se pretende que sus nuevas teorías construyan realidades sociojurídicas en un lenguaje adecuado que permita su comprensión, es decir, que faciliten el debate teórico, el manejo de conceptos como reflexividad, racionalidad, que en ocasiones no se encuentran en las explicaciones dogmáticas. Es importante que las percepciones jurídicas de la realidad estén apoyadas en construcciones realizadas por el derecho como sujeto epistémico autónomo (Luhmann, 2006).

Es Teubner (1992) quien propone que el derecho en su funcionamiento debe partir de la toma de conciencia de que antes de regular la sociedad, ha de tener en cuenta el conocimiento objetivo del modo de funcionar esa sociedad, modo que el propio derecho ha de asumir y no puede por sí mismo modificar. Esto significa que es necesario neutralizar la política y su arsenal jurídico, para asegurar una sociedad armónica, lo cual en palabras de Habermas (2004) debe lograrse con adecuados mecanismos de la acción comunicativa, pues según él la fuente primaria que posibilita el orden social, y por tanto la existencia de la sociedad, es el lenguaje, esto es, la comunicación lingüística.

movimientos sociales y otros actores colectivos recurren a la capacidad de razonamiento y al sentido de justicia de la población en ejercicio de los derechos fundamentales (Rawls, 1979).

Ha sido posible demostrar que aun en los espacios públicos y políticos más arraigados en las estructuras del poder, las relaciones de fuerza se desplazan ante la presencia de problemas socialmente relevantes que han creado una conciencia de crisis, pues los actores y sus movimientos sociales propagan la inconformidad y toman iniciativas que pueden convertirse en movilizaciones contra la eficacia de leyes o la ausencia y posibilidad de ejercer legítimamente sus derechos sociales.

En el contexto de una cultura política enmarcada en el ejercicio de las libertades y de una opinión pública liberal, más o menos discursiva, se han generado controversias abiertas capaces de movilizarse por encima de los filtros institucionales, con el objeto de crear una voluntad política y transformarse en poder comunicativo que penetre en la producción legítima de derecho que capte sus intereses, sus necesidades y el ejercicio de derechos vulnerados (Habermas, 2004). La primacía de la representación de los intereses sobre la representación política ha dado lugar a un nuevo tipo de sistema social, denominado sociedad neocorporativa, que busca la solución de los conflictos sociales mediante procedimientos de consenso o de acuerdo entre las grandes organizaciones, que no tiene nada que ver con la representación política y que, en cambio, es una típica expresión de la representación de intereses, donde los grupos se han vuelto sujetos políticamente relevantes y las grandes organizaciones, asociaciones y movimientos sociales, lo mismo

148 Necesidad de un ordenamiento justo y racional que sea el resultado del consenso y de la autorregulación

Un nuevo enfoque del derecho debe involucrar el consenso y la autorregulación; además, es necesario tener en cuenta que la racionalidad de las normas de allí resultantes satisfagan la condición de que puedan todos los afectados libremente aceptar las consecuencias y los efectos secundarios que de su cumplimiento se deriven, pues un ordenamiento es justo y racional en la medida que sea resultado del consenso y sea expresión de un consenso con respecto a la validez y la justicia. Es por esto que casi siempre las protestas ciudadanas se realizan contra decisiones vinculantes, que a pesar de haberse formado legalmente son ilegítimas, por cuanto no han valorado los argumentos provenientes de la representación ciudadana y no apelan al sentido de la justicia de las mayorías de la sociedad, que a través de los

que sindicatos y organizaciones de trabajadores son los nuevos protagonistas de la vida política. Gunther, tomando en cuenta las ideas comunes de las teorías neoevolutivas del derecho planteadas por Nonet y Selznick (1987), Habermas y Luhmann, teniendo como punto de partida la crisis actual del derecho, lo mismo que la transición de una sociedad estratificada a una *sociedad funcionalmente diferenciada*, considera que se requiere una transición paralela en el orden legal, dotada de una mayor abstracción, pensamientos funcionales y autorreflexión del sistema legal,³ que no se presenta en esta sociedad y que se evidencia, por el contrario, en una crisis en los paradigmas formales del derecho, particularmente el paradigma constitucional como consecuencia de la globalización, la cual afecta los ordenamientos jurídicos nacionales y por consiguiente el constitucionalismo, haciéndose notorias sus falencias en la tutela de los derechos sustantivos por sus connotaciones económicas y, además, por los déficits democráticos y la crisis de legitimidad.

Para comprender los actuales procesos que exhibe la complejidad social, se pretende trabajar con una postura teórica desarrollada por Niklas Luhmann, para quien la sociedad moderna puede ser descrita como un gran sistema social, estructurado primordialmente sobre la base de una diferenciación por funciones. En palabras de Luhmann (2006), todo sistema parcial observa la sociedad a partir de la propia función, el primado de la diferenciación funcional es la forma de la sociedad moderna. Este autor pretende explicar

la importancia de la reorganización de la sociedad a partir de la diferenciación funcional, es decir, una sociedad funcionalmente diferenciada, pues la diferenciación de un sistema goza de prioridad ante las demás funciones, y solo en este sentido se puede hablar de un primado funcional.

La tendencia a la rematerialización del derecho

Se trata de una tendencia a apartarse del formalismo jurídico, esto es, una forma de disolución de la racionalidad formal, teniendo en cuenta que ha demostrado la imposibilidad para lograr su eficacia en las condiciones actuales de la sociedad, pero que podría traer como consecuencia no solo restar importancia a los tradicionales valores jurídicos, sino también un debilitamiento de la protección del individuo contra la arbitrariedad del Estado. Hace parte de las teorías neoevolutivas del derecho cuya discusión está centrada en la legalización y deslegalización, como uno de los problemas centrales del cambio en el derecho y el cambio en la sociedad, esto es, del cambio legal y el cambio social en el cual se hace visible la crisis de la racionalidad formal, y la rematerialización del derecho como una respuesta a esta crisis (Habermas, 2004).

Esta clara tendencia hacia la rematerialización del derecho se explica por cuanto el derecho ha sido representado como un sistema complejo, compuesto principalmente por normas o comunica-

3. Selznick ha sido un importante estudioso de la sociología del derecho. Especialmente se destaca por sus ideas sobre las instituciones jurídicas y sus problemas.

ciones jurídicas, que en las democracias modernas tienen como objetivo controlar el ejercicio del poder político y limitar las libertades individuales de los asociados, con el fin último de gestionar los conflictos sociales en forma pacífica, lo cual se ha quedado siempre en formalidades.

En igual sentido Roscoe Pound (2004), inspirado también en el antiformalismo jurídico, formulaba el derecho en acción, centrado en el descubrimiento de reglas para regular los procesos sociales asegurando los intereses de la sociedad, vistos como exigencias, reclamos, deseos y expectativas que los seres humanos piden colectivamente y que la sociedad debe reconocer y proteger. Estas tendencias constituyen claros antecedentes, aplicables en la crisis actual de los paradigmas jurídicos (Pound, 2004) y en el surgimiento de nuevos modelos.

Su teoría o escuela legal sociológica se refiere a la adaptación de la estructura legal a las determinadas y específicas condiciones de una sociedad, haciendo énfasis en el papel social del sistema legal. El antiformalismo descalifica la posición positivista según la cual el derecho es independiente de cualquier reflexión moral o política, dejando estas cuestiones para la filosofía del derecho; el antiformalismo considera que la política debe tomarse en cuenta en el derecho, ya que tanto las normas legales como las sentencias judiciales constituyen verdaderas ponderaciones de derechos e intereses.

Pound partía de la idea de que todo estudio en torno al derecho debía reconciliar la antinomia estabilidad y transformación, ya que la vida social se planteaba como cambiante y exigía nuevas

adaptaciones ante la presión de otros intereses sociales. Esto requería que el orden jurídico fuese flexible, al tiempo que estable; además se proponía como una necesidad adaptar o conciliar la regla estricta con el arbitrio discrecional, así como compaginar la seguridad general con los intereses de la vida individual. En este sentido se acercó más bien a pensar en la jurisprudencia como una ciencia de ingeniería social, “cuya competencia corresponde a aquella parte de todo el campo social en el que puede lograrse la ordenación de relaciones humanas a través de la acción de la sociedad políticamente organizada” (Pound, 2004, págs. 178-179).

Max Weber (2004) fue el primero en hablar de la racionalización del derecho en un sentido formal frente a las tendencias contrarias que se dirigen hacia su materialización, para lo cual intentó precisar, por una parte, algunos conceptos claves de su análisis como son los de “derecho racional”, “derecho formal” y “derecho material”, y por otra, los aspectos más destacados del proceso de racionalización jurídica y las vinculaciones que traza con el desarrollo del capitalismo y la dominación del Estado burocrático.

Al lado de esta racionalización formal del derecho surgen dos tendencias de signo contrario que apuntan hacia su materialización: de un lado, ciertas corrientes de la dogmática y de la teoría del derecho y, de otro lado, ciertas exigencias materiales de la democracia, que apuntan a consideraciones éticas.

En la actualidad se observa un esfuerzo para recuperar la legitimidad normativa y formular una teoría jurídica que pueda resultar cargada

de contextualidad y autocomposición, lo mismo que un proceso de autoconocimiento, autopoiesis y autorreferencialidad (Cotillo, s.f.). La tendencia actual es romper con los modelos teóricos tradicionales a partir de un concepto protagónico de lo público, simbolizando la dialogicidad con los movimientos sociales y la organización social espontánea, que al no seguir formalidades, intentan legitimar la organización social de la libertad de abajo hacia arriba, aun contra la ley y con una pretensión de emancipación en cuanto a sus procedimientos, procedimientos con los cuales se pretende recuperar la legitimidad.

Teubner y Bourdieu (2000) consideran la necesidad de desarrollar instancias reflexivas a objeto de lograr una funcionalidad integradora, teniendo en cuenta que

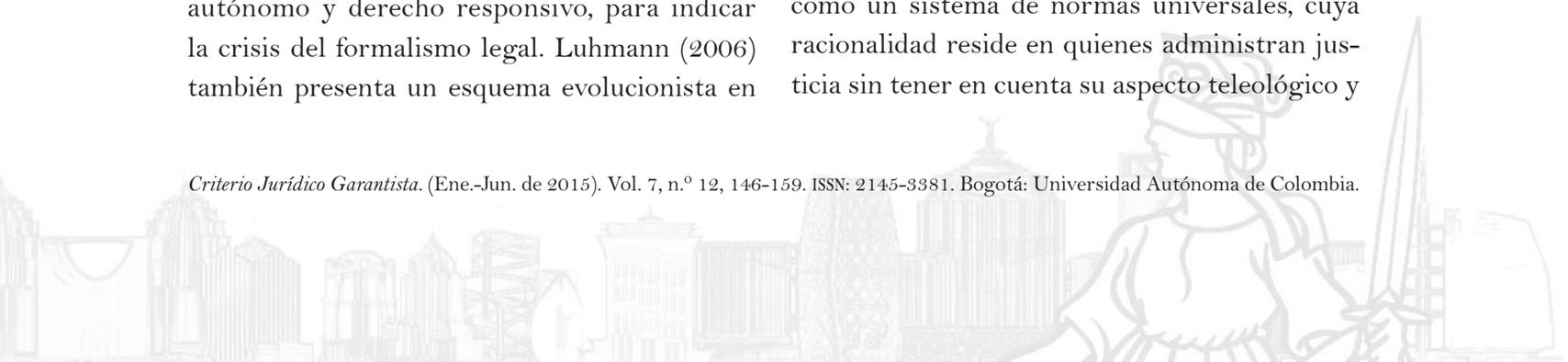
la reflexividad dentro de los sistemas sociales es posible en la medida en que los procesos de democratización crean estructuras discursivas dentro de los subsistemas sociales y porque la función primaria de la democratización de los subsistemas sociales no reside ni en la participación individual creciente ni en la neutralización de las estructuras de poder sino en la reflexividad interna de la identidad social (pág. 98).

Las mencionadas teorías neoevolutivas del derecho presentan distintos pero concurrentes enfoques, de los cuales los más representativos son, en EE. UU., Philippe Nonet y Philip Selznick, y en el caso de Alemania, Jürgen Habermas y Niklas Luhmann en relación con el cambio legal y el cambio social. Los primeros señalan tres estados evolutivos: derecho represivo, derecho autónomo y derecho responsivo, para indicar la crisis del formalismo legal. Luhmann (2006) también presenta un esquema evolucionista en

tres etapas: sociedades segmentadas, sociedades estratificadas y sociedades funcionalmente diferenciadas, tras considerar que la crisis actual del derecho es producto de la transición de una sociedad estratificada a una sociedad funcionalmente diferenciada.

Teubner y Bourdieu (2002) presentan una tercera opción a la que denominan derecho reflexivo, y desarrollan una nueva perspectiva para explicar el cambio en la sociedad y en el derecho mirando la situación actual como una crisis de la evolución social y legal, cuyo punto común de los tres enfoques es la crisis de la racionalidad formal del derecho, característica dominante del derecho moderno y cuya principal manifestación, como ya se dijo, es el fenómeno de la rematerialización del derecho. Los autores mencionados asumen la crisis actual en torno a la concepción occidental del derecho a partir de las teorías neoevolutivas sobre el derecho, el derecho responsivo, la dinámica interna del cambio legal, los principios organizativos y la complejidad social adecuada, en otras palabras, evidencian la variación de las estructuras legales sociales en las cuales la racionalidad formal del derecho se enfrenta a la racionalidad material (De Munck, 2011).

En las últimas décadas el derecho ha sido objeto de críticas por las ciencias sociales, especialmente por la antropología y la sociología, en razón de sus formulaciones dogmáticas que según se ha demostrado están muy alejadas de lo que realmente sucede en un sistema social. Los nuevos paradigmas del derecho se oponen al derecho como un sistema de normas universales, cuya racionalidad reside en quienes administran justicia sin tener en cuenta su aspecto teleológico y



su especificidad, que es la racionalidad material, tendencia comúnmente conocida como rematerialización del derecho, la que permite llegar a las esferas a las que antes no era posible, gracias a su especificidad finalista aplicada, por ejemplo, a la familia o la vecindad; por eso se opone a su racionalidad actual centralizadora, reguladora y universalizante, que no responde a los conflictos que presentan las sociedades occidentales (Habermas, 1989).

Desarrollo de un modelo teórico más complejo de evolución legal y social

El presente artículo está enfocado en la búsqueda de un modelo teórico que involucre la complejidad social de la globalización y formule principios organizativos de un ordenamiento legal orientado hacia procesos autorreflexivos en sociedades funcionalmente diferenciadas. Aborda una dimensión reflexiva del derecho que responda a las exigencias de los cambios que se están dando en la sociedad y por consiguiente en el derecho. Se trata de reconstruir una teoría de la evolución legal distinta de los enfoques tradicionales, que supone que el derecho es al menos un presupuesto para el logro de los valores más esenciales de la vida social, y tiene como punto de partida que los individuos no producen el derecho como un artefacto cultural sino como un proceso comunicativo en que mediante sus operaciones jurídicas los actores humanos usan sus componentes semánticos.

El desarrollo y la evolución legal no se identifica solo con la aparición de normas, principios y conceptos básicos de derecho, sino que involucra

el juego dinámico de las fuerzas sociales, las contradicciones económicas más esenciales y las relaciones de poder en las que el derecho actúe como una institución social autónoma, con su propia dinámica interna, capaz de romper con las fronteras del pensamiento formal mediante el desarrollo de nuevos mecanismos de razonamiento y de participación.

De lo anterior resulta la aplicación del concepto de autorreferencia, que tiene como objeto identificar en la complejidad social un sistema que produce y reproduce por sí mismo todos los elementos que lo constituyen, dando lugar a una nueva racionalidad normativa que determina sus condiciones de legitimación, pues reconstruye los límites tradicionales entre dogmática jurídica y ciencia social sin que el sistema legal se aleje de su entorno, de tal manera que sus cambios más significativos se configuran primero como construcciones legales de la realidad social y luego como desarrollos sociales que modulan el cambio legal.

Esta visión autorreferencial permite plantear la rematerialización del derecho formal y dar paso a una nueva racionalidad, más coherente y sistemática, orientada hacia lo material, con un alto contenido teleológico que permita transformar estructuras normativas rígidas en estándares abiertos y reglas que miran hacia los resultados. La racionalidad formal se convierte en una racionalidad material esencialmente finalista, capaz de crear, corregir, conformar y rediseñar las instituciones sociales que funcionan como sistemas autorregulatorios, quedando así configurada una racionalidad reflexiva de la estructuración y participación de las instituciones y una racionalidad

material de los resultados (Teubner y Bourdieu, 2002, págs. 136-138).

Un proceso de desformalización del derecho

Los nuevos paradigmas del derecho apuntan a romper el modelo jurídico tradicional, diseñando dispositivos para la resolución de conflictos en una sociedad compleja y fragmentada, a partir de procedimientos negociados, todo lo cual responde a un modelo de derecho desformalizado con las siguientes características:

- a). Desformalizar el derecho de tal forma que *los afectados por la propia regulación sean los encargados de crear las normas reguladoras* que controlen su actuación dentro del marco fijado por el legislador, y que no existan campos dentro de la realidad social donde el derecho tenga efectos mínimos o marginales con respecto a las fuerzas actuantes en él. La desformalización del derecho tiene que ver con tres momentos o fases como son la creación de reglas procedimentales; las mutaciones del modo de producción de la identidad social, es decir, la mutación del modelo de socialización; y la redefinición de la relación entre Estado y sociedad civil (De Munck, 2011, págs. 18 a 24).
- b). Desformalizar el derecho es someterlo a la denominada *ingeniería social, mediante una racionalidad que sustituya el formalismo por una racionalidad teleológica*, en la que lo importante es el resultado, la finalidad. Tiene que ver con los roles que cumple el derecho para modificar el modelo de socialización, que establezca las expectativas y la legitimidad. El término inge-

nería social fue introducido por Karl Popper en el primer volumen de *La sociedad abierta y sus enemigos*, y se entiende como la implementación de los métodos críticos y racionales de la ingeniería y la ciencia a la solución de los problemas sociales. Los objetivos que se buscan deben ser logrados frente a problemas concretos, instituciones o situaciones específicas, a diferencia de soluciones últimas o totales, y definidos en todos los casos de manera consensual. Esta racionalidad se refiere al tránsito de la regla al procedimiento, que ha sido significativamente visible con el nacimiento del derecho social y la reconstrucción democrática del Estado (Popper, 1945, págs. 43-47).

- c). Desformalizar el derecho es lograr *la inmersión del Estado en la sociedad civil, para disminuir el número de litigios*, repensando el modo de encarnar lo universal por el actor estatal y las condiciones de su presencia efectiva en los múltiples procedimientos de una sociedad fragmentada y compleja, interviniendo de una forma horizontal y no desde arriba, es decir, vertical (Popper, 1945, págs. 43-47). Se espera que la sociedad civil tenga protagonismo real y mayores posibilidades y probabilidades de que su voluntad se vea concretada a través de la voz de sus representantes, que conquisten políticas públicas en donde los afectados o beneficiados tengan injerencia en los asuntos que les atañen, brindando mayor consistencia y calidad a la toma de decisiones políticas, frenando las tendencias autocráticas verticalistas y centralistas.
- d). Desformalizar el derecho es darle una nueva racionalidad que debe *neutralizar la exclusión*

social y construir una identidad colectiva con las herramientas del consenso (Carcova, 2010, pág. 57), sin el control de autoridades exteriores a él, pues se caracteriza como autorreferente al descansar sobre su propia realidad positiva, es decir, con el protagonismo de su reflexividad, dado que su validez y su legitimidad no deben ser importados de modelos teóricos extraños.

Un proceso de deconstrucción del derecho

Los nuevos paradigmas adoptan esquemas deconstructivos conectados a la realidad social que le permiten asumir su propia realidad. Gracias a este enfoque el derecho cuenta con la realidad, que lo modifica, lo regula y a su vez se ve modificado por ella como una respuesta a las sociedades altamente diferenciadas de nuestro tiempo, en las que el derecho necesita ámbitos de comunicación especializados para controlar por sí mismos sus propias reglas de funcionamiento.

Este enfoque del derecho parte de la realidad inequívoca de que la sociedad se halla dividida en sistemas funcionales autónomos, cada uno de los cuales funciona de acuerdo con sus condiciones contextuales, que le permiten y facilitan la operatividad.

El mismo Teubner (2000) afirma que en los regímenes privados globales tiene lugar una efectiva autodeconstrucción del derecho, que anula fácilmente los principios fundamentales del derecho nacional estatal: la derivación de validez de las normas jurídicas desde una jerarquía de fuentes normativas, la promulgación de derecho por ins-

tancias parlamentarias, el aseguramiento del Estado de derecho por instituciones, procedimientos y principios y la garantía de espacios individuales de libertad logrados a través de luchas políticas por derechos fundamentales.

Se trata de un enfoque que considera ilusoria la posibilidad de arreglar o reglamentar con normas positivas o con disposiciones estatales toda la vida social. Este enfoque señala el fracaso de la creencia de que unos códigos pueden tener la normatividad necesaria y suficiente para resolver y dirigir todos los asuntos sociales. La ideología o tendencia que sigue considerando como únicas fuentes del derecho las normas emanadas de los órganos del Estado está claramente en crisis y deja abierta la posibilidad de otras opciones aun no jurídicas.

Se reconoce que paralela a esta tendencia se da un proceso de juridificación de la sociedad, con la aparición de una diversidad de centros productores de normas válidas y aplicables que no corresponden a las fuentes tradicionales. Este proceso se ha denominado rematerialización del derecho o racionalidad material del derecho y fue presentado por Max Weber (La Torre, 2015).

La adopción de mecanismos procedimentales de autorregulación

Sobre la base de un sistema de participación se adoptan adecuados procedimientos de consenso y decisión colectiva, de tal forma que se estaría reemplazando así en la justificación y configuración del derecho, la intervención de sistemas sociales funcionalmente diferenciados (Teubner

y Bourdieu, 2002). Este enfoque del derecho solo puede formarse en el contexto de una cultura política enmarcada en el ejercicio de las libertades, y de una opinión pública liberal más o menos discursiva, generada en controversias abiertas y capaz de movilizarse por encima de los filtros institucionales (Sánchez, 2006).

Los diferentes elementos que funcionan como patrones de autorregulación a nivel grupal y social participan en la autorregulación de la conducta cuando son asumidos por el individuo, cuando han sido previamente internalizados y forman parte de su subjetividad a través de elementos de su psiquismo, de lo contrario tendrán un carácter formal, y solo participarán en la regulación de la conducta ante situaciones de control o presión externos. Cuando se habla de autorregulación, esta se efectúa en el marco de un determinado contexto sociohistórico y cultural, conjuntamente con las propias exigencias de desarrollo evolutivo del actor social. Tanto el individuo o grupo como el contexto en el cual se autorregulan se encuentran en constante transformación, por lo que deben reajustar sus mecanismos adaptativos en función de esas transformaciones, de lo contrario, lograrán la adaptación a un costo demasiado elevado.

El objeto de estos mecanismos procedimentales es la creación de una voluntad política que se transforme en poder comunicativo y que penetre en la producción legítima de derecho, que capte sus intereses, sus necesidades y el ejercicio de derechos vulnerados (Habermas, 2004). Las sociedades funcionalmente diferenciadas, que tienen esta capacidad de autorregulación, pueden actuar legítimamente para lograr objetivos de planificación social y medios adecuados para

el fomento de formas emancipadas de vida, pues estos pueden lograrse a partir de procesos de democratización que no son posibles mediante intervenciones paternalistas del Estado.

Frente a esto se ha dado la diversificación de entidades públicas para atender a estos actores: nuevos ministerios, subsecretarías, superintendencias, agencias regulatorias; mecanismos como mesas de negociación, comités de expertos, comisiones de estudio, de ética, así como la proliferación de organizaciones del denominado tercer sector, organizaciones no gubernamentales, organizaciones económicas nacionales y transnacionales y variados agentes privados en diversos campos sociales transnacionales (Domínguez, 2008).

Nuevos modelos plurales y democráticos de justicia apuntan para el desarrollo de ciertas prácticas llamadas de “legalidad alternativa”. No se trata propiamente de un “uso alternativo del Derecho”, sino de un proceso de construcción de otras formas jurídicas. Ciertamente que el objetivo más importante de transformación jurídica no consiste, como alega el jurista colombiano Germán Palacio, en la substitución de una normatividad injusta por otra normatividad más favorable, sino en identificar el derecho con los sectores mayoritarios de la sociedad. El fenómeno de las prácticas jurídicas alternativas que se inserta en la globalidad del pluralismo jurídico comprende prácticas no siempre homogéneas e idénticas (Palacio, 1993, pág. 130).

Se trata de encontrar los paradigmas que permitan la autorregulación social pero, sobre todo, se aplica para que el sistema jurídico pueda inter-

venir en el funcionamiento interno del sistema económico o político. ¿Cómo puede el sistema político intervenir en el sistema económico? Una vez neutralizada la mutua intervención y una vez el sistema jurídico solo se preocupe de que los demás sistemas sigan sus propias dinámicas internas, velando por su libertad de funcionamiento, se llegaría a la total desregulación o regulación autónoma (Willke, 1992).

Teniendo en cuenta que cada sistema es autónomo y tiene su propio lenguaje, no es posible una integración normativa general de la diferenciación funcional, por lo cual se hacen necesarios procedimientos diferenciados que se orienten a instalar, corregir y redefinir mecanismos autorregulatorios de sistemas autónomos, sin buscar una armonía global de la diferenciación, sino más bien como una especie de garante de determinadas reglas de juego a las que cada sistema conecta las condiciones de reproducción de su propia autopoiesis (Willke, 1992).

Son tres las dimensiones de la teoría de la justicia que Nancy Fraser (2009, pág. 135) identifica en su última obra *Escalas de justicia*: la redistribución en la esfera económica, el reconocimiento en el ámbito sociocultural y la representación en lo político. El componente reflexivo es lo que distingue el derecho como medio y el derecho como institución, que según Habermas parece adecuado para solucionar los problemas de legitimación de la sociedad actual, altamente diferenciada, en la que el papel del derecho es decidir sobre decisiones, regular regulaciones y establecer premisas estructurales para decisiones futuras en cuanto a organización, procedimiento y competencias (Habermas y Rawls, 1998, pág. 85).

Una nueva teoría del derecho involucra necesariamente los procesos reflexivos, que son básicamente procesos de autorregulación legal en el contexto de la construcción de modelos de la realidad social, que utilizan y desarrollan solo el conocimiento necesario para el control de los procesos autorregulatorios en diferentes contextos. La producción de esos modelos es lo más importante en el desarrollo evolutivo del derecho y es de gran utilidad y eficacia especialmente en sociedades funcionalmente diferenciadas, que pretenden no dejarse representar, sino sujetarse a unas reglas que ellas mismas se autoimponen, por vía de derecho.

Willke (1992) se refiere al retorno de una problemática de legitimación, inducida por la insuficiente integración de la sociedad global, que no se constituye como una búsqueda de legitimación por procedimientos neutrales de entendimiento, sino más bien como una invitación a la autorregulación. Con tal finalidad el derecho reflexivo incrementa el conocimiento de la dinámica sistémica, a la que la orientación se dirige, pero sobre todo intenta conocer su función, sus reglas procedimentales, sus equivalentes funcionales y sus condiciones de integración. Ante todo el derecho reflexivo incrementa sus capacidades cognitivas para recoger las informaciones relevantes que definen los eventos sociales que busca regular.

Teubner (2005), a diferencia de Willke, intenta construir una especie de plataforma que le permita generar condiciones para la regulación entre sistemas sociales autopoieticos, pues nada asegura el éxito de los procesos regulatorios del derecho reflexivo si las propias instancias

afectadas no desean el cambio, a objeto de que la estrategia de orientación contextual se active en un proceso de autotransformación, cambiando su forma de operación de manera sostenida sin renunciar a su identidad o perder su autonomía. En otras palabras, no hay criterio externo que impulse la intervención autorregulatoria, distinta a la orientación pragmática, situacional y contextual sobre la cual se construya el contenido del derecho reflexivo.

El paradigma del derecho reflexivo aparece como una función del sistema social en su conjunto, como una variable de su entorno y no como un instrumento para intervenir dicha realidad según intereses particulares. En este sentido el derecho debe adaptarse continuamente a las demandas de justicia material procedentes de los diversos agentes sociales, en un proceso de desformalización, por cuanto el derecho reflexivo no desemboca necesariamente en una mayor producción legislativa sino en una especie de rematerialización del derecho formal sin que este implique exclusivamente desformalización (Teubner y Bourdieu, 2002, pág. 81 y ss.).

La praxis de la autodeterminación se aplica a miembros iguales y libres de una comunidad jurídica, no quedando sujetos a reglas distintas a las que ellos mismos se autoimponen (Habermas, 1998). El Estado democrático no se presenta así como una configuración acabada, sino fiable y necesitada de revisión para realizar siempre de

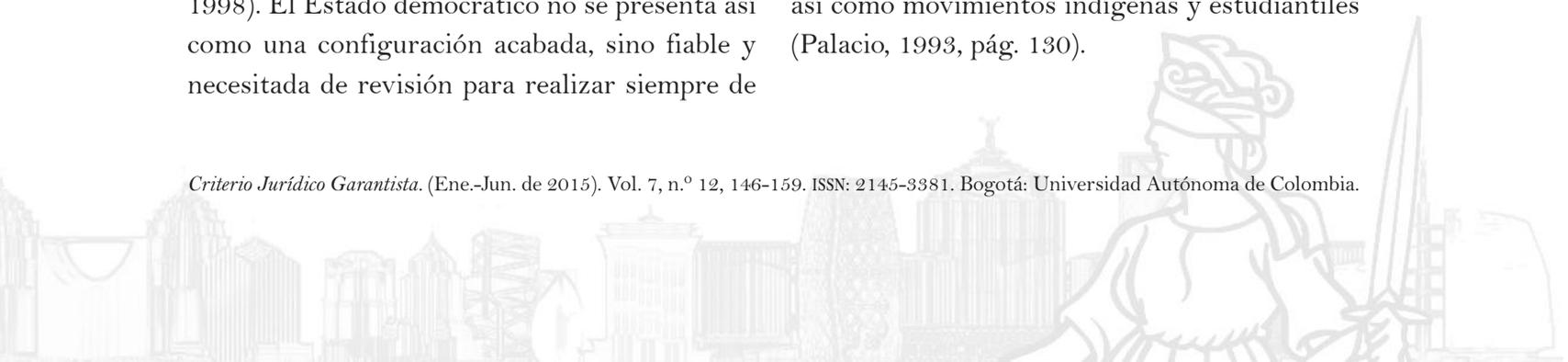
nuevo y en circunstancias cambiantes el sistema de los derechos, lo que significa una reconstrucción paradigmática del derecho y del Estado democrático de derecho, por la que se dejan guiar los ciudadanos en una autoorganización de la comunidad jurídica en su sociedad.

El derecho ante todo debe recuperar su eficacia, propósito para el cual requiere óptimos niveles de adaptabilidad, condiciones de flexibilidad y sobre todo oportunidad de su aplicación. Estos aspectos se pueden lograr gracias a la desformalización del derecho, proceso que demanda una marcada descentralización y la construcción del Estado social, para que se transforme progresivamente la estructura del Estado y se logre, como ya se dijo, su inmersión de la sociedad civil (De Munck, 2011, pág. 34).

América Latina y Colombia, en particular, no han estado ajenas a este proceso de complejización y autorreflexión,

al menos en las últimas décadas, pues a las organizaciones sindicales y a los actores populares se ha sumado una serie de nuevas agrupaciones sobre la base de intereses diversos: grupos juveniles, de tercera edad, feministas, homosexuales, migrantes, ambientalistas, agrupaciones comunitarias territoriales, de derechos urbanos, de consumidores, de derechos humanos y ciudadanos, comunidades religiosas, comunidades artísticas, así como movimientos indígenas y estudiantiles (Palacio, 1993, pág. 130).

La ideología o tendencia que sigue considerando como únicas fuentes del derecho las normas emanadas de los órganos del Estado está claramente en crisis y deja abierta la posibilidad de otras opciones aun no jurídicas.



Conclusiones

Un conjunto de vestigios confirman la implementación creciente de nuevos mecanismos de autorregulación de los conflictos y de resolución de los intereses emergentes. Sin negar o abolir las manifestaciones normativas estatales, se avanza democráticamente en dirección a una legalidad plural, fundada no exclusivamente en la lógica de una racionalidad formal sino en la satisfacción de las necesidades y en la legitimación de nuevos sujetos legales.

Una nueva teoría del derecho, acorde con las realidades sociales de la globalización, conlleva la necesidad de que el derecho adopte mayores niveles de diferenciación funcional, es decir, niveles de autonomía en torno a la solución de conflictos en la sociedad, de tal forma que no sea solo un instrumento para este propósito sino para la invención política del Estado social de derecho.

Su legitimación para realizar esta función se deriva de que las cualidades del derecho formal sean un instrumento de su materialización en todos los campos de la vida humana, encontrando siempre el equilibrio entre los fines materiales de la sociedad y la autonomía de las áreas de la sociedad regulada, de tal manera que las intervenciones legislativas aseguren su eficacia, pues el mérito del derecho reflexivo es permitir la intervención de las esferas autónomas de la realidad a través de un diálogo permanente, particularmente en los sistemas sociales que son en principio resistentes a la regulación.

Se requiere una nueva perspectiva para superar los modelos evolucionistas de Habermas y Luhmann, en una visión que percibe el cambio en el derecho y en la sociedad como consecuencia de la crisis evolutiva en ambas esferas, buscando una correspondencia entre normativa jurídica y reglas situacionales de los acontecimientos en distintos sistemas sociales.

Referencias

- Carcova, C. M. (2010). *Las teorías jurídicas pospositivistas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Cotillo Pereira, A. (s.f.). *Contextualidad y verificabilidad en el discurso científico. Una aproximación al análisis del discurso en el estudio sociológico de la ciencia*. Obtenido de: <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/nomadas/0/acotillo.htm>
- De Munck, J. (2011). *La mediación en perspectiva* (documentos de trabajo). Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile. Escuela de Trabajo social.
- Domínguez, J. M. (2008). *Latin America and Contemporary Modernity*. Londres: Routledge.
- Fraser, N. (2009). *Escalas de justicia*. Barcelona: Herder.
- Gunther, T. y Bourdieu, P. (2002). *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Uniandes.
- Habermas, J. (1989). *Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos* (M. Jiménez Redondo, Trad.). Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (2004). *Facticidad y validez*. Madrid: Taurus.

- Habermas, J. y Rawls, J. (1998). *Debate sobre el liberalismo político* (G. Vilar Roca, Trad.). Barcelona: Paidós Ibérica.
- Popper, K. (1945). *La sociedad abierta y sus enemigos*. Barcelona: Ediciones Paidós.
- La Torre, M. (2015). *Derecho y teoría del derecho. Tendencias fundamentales para finales del siglo XX*. Obtenido de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1376/13.pdf>
- Luhmann, N. (1998). *Complejidad y modernidad*. Madrid: Trotta.
- Luhmann, N. (2006). *Sociedad de la sociedad* (J. Torres, Trad.). México: Editorial Herder.
- Nonet, P. y Selznick, P. (1987). *Law and Society in transition. Toward Responsive Law press*. N. Y.: Harper.
- Palacio, G. (1993). *Pluralismo jurídico*. Bogotá: IDEA/Universidad Nacional.
- Pound, R. (2004). *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Granada: Comares.
- Rawls, J. (1989). *Una teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Sánchez Hernández, A. J. (Enero-abril, 2006). La autorregulación a nivel social desde una perspectiva cibernético axiológica. *Humanidades Médicas*, 6(1). Obtenido de: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1727-81202006000100008&lng=en&nrm=iso&tlng=es
- Teubner, G. (1992). *State, Law and Economy as Autopoietic Systems: Regulation and Autonomy in a new Perspective*. Milan: Guiffre.
- Teubner, G. (September, 2000). Contracting worlds. The many autonomies of private Law. *Social and Legal Studies*, 9(3), 399-417.
- Teubner, G. (2005). Globalización y constitucionalismo social. Alternativas a la teoría constitucional centrada en el Estado. En S. Bacigalupo y M. Cancio Meliá, *Derecho penal y política transnacional* (pp. 1-48). Madrid: Atelier.
- Teubner, G. y Bourdieu, P. (2002). *La fuerza del derecho*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Weber, M. (1964). *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Willke, H. (1992). Societal Guidance Through Law? En G. Teubner, *State, Law and Economy as Autopoietic Systems: Regulation and Autonomy in a new Perspective* (pp. 353-387). Milan: Giuffrè.

