

## EL DERECHO MÁS ALLÁ DEL NEOLIBERALISMO: UN MODELO PARA ARMAR

Carlos Rivera Lugo<sup>1</sup>

Un nuevo fantasma recorre el mundo, aunque en esta ocasión se nos presenta aún de forma un tanto enigmática. Los tiempos se manifiestan errantes y caóticos. Se me antoja pensar que están atravesando el umbral de una nueva era. Entretanto, nosotros, los otrora protagonistas de los tiempos andamos un tanto desesperados en busca de las claves para descifrar sus significados y direcciones. Tal parece que estamos ante una coyuntura pivotal o eje de la historia humana, una era de ruptura paradigmática, es decir, un cambio en la manera en que hasta hace poco veíamos el mundo y las formas con que pretendíamos transformarlo.

Para algunos, el fantasma que anda rondando es el neoliberalismo. Para mi estamos mas bien en la primera etapa de un revolución que nadie esperaba y que anuncia el surgimiento de un nuevo modo de producción y de relaciones sociales cuyos contornos y matices se hallan más allá de los espejismos de la inmediatez y los cantos de sirena del neoliberalismo.<sup>2</sup> Es la hora de los hornos y no se ha de ver más que la luz, nos decía José Martí. Es la hora de la fundición de nuevas ideas, valores e instituciones.

Lo que hasta ayer era real ha optado por desaparecer. Primero fue Dios, luego la Historia. Aún el sujeto protagonista de la Historia, el individuo, dicen que desapareció ante su incapacidad para domar unos determinismos que han resultado ser más caprichosos y desordenados de lo que originalmente pensó Plejanov. La Utopía, llena de cansancio, se esfumó de la noche a la mañana. Nadie conoce del paradero de la perestroika aunque, según fuentes fidedignas, se fue al clandestinaje ante el desmadre existente en la cuna de la revolución proletaria. Hasta hay quien asegura que el proletariado anda en vías de desaparecer ante el empuje de los cambios tecnológicos y los procesos de marginación que se viven en las sociedades industrializadas. Incluso, el nuevo orden internacional también parece haber desaparecido tras los campos de concentración y la limpieza étnica en Bosnia-Herzegovina. Sin embargo, la guerra fría, la que tantos habían creído desaparecida, la acaban de ver viva y coleando; lleva el nombre

<sup>1</sup> Catedrático y Decano de la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos. Es Doctor en Jurisprudencia de la Universidad de Puerto Rico. Posee, además, un Diploma de Postgrado en Filosofía y Teoría de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco y un postgrado de "Master of Laws" de la Universidad de Columbia, en Nueva York.

<sup>2</sup> Sobre el particular, véase a Fernando Mires, *La revolución que nadie soñó o la otra postmodernidad*. Editorial Nueva Sociedad, Caracas, 1996.

de Helms-Burton y sigue firme en su empeño prepotente por desconocer la igualdad soberana de los pueblos y naciones.

Lo real es hoy un simulacro seductor que nos desaparece sus escandalosos contornos. Y es que, gracias a los medios de comunicación, la realidad ha sido sustituida por una constelación espectacular de imágenes huérfanas de sentido, significado y referente. La Ideología - ni qué decir de la Filosofía - ha sido sustituida por la Imagología, verdades simuladas en la forma de imágenes que se nos administran día a día para que no pensemos en el mañana que, por cierto, también se ha ocultado.<sup>3</sup> El mundo está inmerso en una especie de borrachera colectiva. Ingenuamente aceptó que el nudo gordiano del progreso civilizado estaba en una muralla ubicada en la ciudad de Berlín. La realidad posterior se ha encargado, sin embargo, de desmentir dicho simplismo.

El inmediatismo que cunde nos impide apreciar bien nada que esté más allá de nuestras propias narices. De ahí que a veces tenemos la impresión que ya ni horizonte nos queda. En fin, el fenómeno de la desaparición postmoderna constituye una especie de juego existencial. Todo aparenta llegar a su fin. Sin embargo, me atrevo a postular que lo que todo este cuadro tiende a reflejar es la pobreza actual del entendimiento que de la realidad tenemos a partir del discurso filosófico de la modernidad.

A fuerza del martilleo incesante de la imagología, es decir, del discurso ideológico hecho imagen y texto sublimado, se ha ido logrando que la sociedad actual vea tan sólo molinos donde realmente hay gigantes. Unos más liberales y otros más reaccionarios, no importa, juntos se empeñan en convencernos de que cualquier empresa revolucionaria o sueño utópico en esta era del llamado fin de la Historia y de las revoluciones son locuras que no van a ninguna parte. No obstante, se asoma crecientemente en nuestros días una tímida sospecha de que posiblemente se nos esté haciendo víctimas de un gran engaño. Alma adentro ansiamos desesperadamente que algún nuevo profeta nos demuestre nuevamente la perdurable rentabilidad de las hazañas rebeldes.

Necesitamos urgentemente darle una nueva lectura a los acontecimientos de la pasada década para descifrar los signos de los tiempos más allá de los cantos de sirena de los profetas de la apocalipsis histórica o las lecturas parciales de las primeras aproximaciones teóricas a las transformaciones vertiginosas que hoy se experimentan en todas las dimensiones de la vida, el pensamiento, las instituciones y los procesos políticos, sociales y económicos.

En particular, hay un signo que posee para mi un significado singular. Me refiero al profundo simbolismo de lo que yo calificaría como la resurrección o reaparición del Ché Guevara. Si lo que ha reaparecido son sus huesos o cenizas, poco importa, pues al fin y al cabo él mismo se quejaba a menudo sobre lo frágil y limitado que le resultaba su cuerpo material. Además, acaso no dijo Nietzsche que para resurgir o renacer debíamos hacernos primero cenizas. En fin, el valor y la grandeza del Ché radicó siempre en el testimonio de su ejemplo, en su voluntad heroica y en su determinación incondicional a luchar por una nueva sociedad y un nuevo ser humano. Por tal motivo, constituyó líder carismático de la Revolución Cubana que se coronó victoriosa en 1959. Fue también icono central de lo que algunos han llamado una de las últimas gestas utópicas en el mundo moderno: el Mayo francés de 1968. Recuerdo tan vívidamente la imagen de la consigna y el rostro del Ché pintados en murallas por doquier a través de todo París: ¡Seamos realistas! ¡Hagamos lo imposible!

<sup>3</sup> El concepto "imagología" es acuñado y explicado por Milán Kundera en su obra *La inmortalidad*, Tusquets Editores, Barcelona, 1989, pp. 139-144.

Hoy no puedo dejar de pensar que desde la eternidad y la inmortalidad el Ché, profundamente consternado por nuestra espectacular incapacidad para soñar lo aparentemente imposible, nos lanza, con su irrupción inesperada en nuestras vidas, un nuevo rafago recordatorio de que sin sueños y sin utopías la vida no tiene sentido y, en fin, no pasa de ser un deambular lento y mediocre hacia la ignominia. Y de eso, tenemos nuevamente que hablar pues, contrario a lo que nos quieren hacer ver los mercaderes del gran espectáculo imagológico, el retorno del Ché no constituye una nueva moda en un mundo veleidoso de gente razonable que ya no cree en nadie ni en nada. Cansados de andar con el culo a cuatro manos, al decir de ese otro insigne argentino Julio Cortazar, andamos en busca de una salida de la borrachera normalizadora del neoliberalismo. Pero esta salida deberá ser además una entrada. Sobre ésta sentencia genialmente Cortazar en su obra *Rayuela*:

“Hay quizás una salida, pero esa salida debería ser una entrada. Hay quizás un reino milenario, pero no es escapando de una carga enemiga que se toma por asalto una fortaleza. Hasta ahora este siglo se escapa de montones de cosas, busca las puertas y a veces las desfonda. Lo que ocurre despues no se sabe, algunos habrán alcanzado a ver y han perecido, borrados instantáneamente por el gran olvido negro, otros se han conformado con el escape chico, la casita en las afueras, la especialización literaria o científica, el turismo. Se planifican los escapes, se los tecnologizan, se los arma con el modulator o con la Regla de Nylon. Hay imbéciles que siguen creyendo que la borrachera puede ser un método, o la mescalina o la homosexualidad, cualquier cosa magnífica o inane *en sí* pero estúpidamente exaltada a sistema, a llave del reino. Puede ser que haya otro mundo dentro de éste, pero no lo encontraremos recortando su silueta en el tumulto fabuloso de los días y las vidas, no lo encontraremos en la atrofia ni en la hipertrofia. Ese mundo no existe, hay que crearlo como el fénix. Ese mundo existe en éste, pero como el agua existe en el oxígeno y el hidrógeno, o como en las páginas 78, 457, 3, 271, 688, 75 y 456 del diccionario de la Academia Española está lo necesario para escribir cierto endecasílabo de Garcilaso. Digamos que el mundo es una figura, hay que leerla. Por leerla, entendamos generarla.”<sup>4</sup>

Allá afuera, en el mundo real, lo que hay es una constelación caótica o, tal vez, sincrónica de voluntades, determinismos y azares forcejeando por abrir paso al progreso social, a través de una multiplicidad de focos, y acompañada por la sombra siempre presente de la barbarie. Esta es la única y verdadera dialéctica, la de Sísifo, la que se nos antoja quizás un tanto absurda pero que no nos deja margen para su negación sin que sigamos padeciendo de una consciencia ingénua.

Ahora bien: esta toma de consciencia acerca de lo demasiado humano que realmente es nuestro devenir, nos ha dejado existencialmente un tanto cruzados de brazos. Pero las crisis, sobretudo, son oportunidades. De sus peligros brotan posibilidades de superación. Este es el reto mayor que nos plantea esta era bautizada como postmoderna. Esta se nos presenta como antesala. Lo que haya al otro lado, dependerá de nosotros. Por lo menos hay dos posibles lecturas: la que reduce los aconteceres de este final de siglo al triunfo definitivo y eternización del modo de producción capitalista o industrial, o la que postula que estamos en los albores de una nueva era y un nuevo modo de producción y de relaciones sociales que, no empece nuestro desconocimiento o inconsciencia acerca de su existencia, revolucionará el

<sup>4</sup> Julio Cortazar, *Rayuela*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1975, pp. 434 y 435.

modo en que hasta ahora hemos visto el mundo y las formas en que nos organizamos para su transformación.

La ruptura paradigmática que vivimos tiene profundas implicaciones para el Estado, el Derecho y la administración de la justicia. Quisiera en ese sentido proponer una lectura alternativa del tiempo que vivimos y una agenda de transformación que se nos presenta como reto hacia el nuevo milenio, sobretodo si hemos de dejar de actuar como Jano, con nuestros ojos en la nuca mirando constantmente hacia atrás.

Con perdón de Fukuyama<sup>5</sup> y ciertas otras interpretaciones que desembocan en la tesis del fin del Estado Social -tanto en su versión capitalista como socialista- y un retorno al liberalismo económico y político, entiendo que el Estado de Derecho moderno mas bien está atravesando por un proceso de reestructuración que ha de replantear seriamente las bases constitutivas de éste. Y yo no apostarí a que el desenlace sea en favor del liberalismo económico y político. Incluso, me parece una espectacular falacia la idea de que la democracia liberal está arrojando el mundo.

Aunque los mercaderes del viejo orden han estado eufóricos durante la última década, crecientemente se puede tomar nota de la reconstrucción y reconstitución de fuerzas sociales y políticas que, en búsqueda afanosa de un nuevo sentido hacia el futuro, van retomando el proyecto histórico, renovado y reestructurado, de la transformación revolucionaria de la sociedad. Sólo así, pienso yo, podremos marchar como comunidad más allá de los espejismos de la globalización y el libre comercio hacia una sociedad caracterizada sobretodo por una equidad distributiva de poder, riqueza y oportunidades. Las desigualdades no han desaparecido, por más que los teóricos del viejo orden quieran que así sea. En todo caso se han profundizado.

Uno de los signos más enigmáticos de nuestros tiempos es la descentralización o dispersión creciente del poder. Está parece estar en todas partes y, a la misma vez, en ninguna de éstas. Esta nueva condición del poder o, mejor dicho, este nuevo entendimiento acerca del poder, refleja una tendencia a dejar de existir como un foco único de autoridad y fuerza. La sociedad se caracteriza hoy por estar constituida por una red o constelación difusa de poderes, con grados distintos y desiguales de poder, fuerza y autoridad, con grados diferentes de eficacia. En ese sentido, como bien nos advierte Michel Foucault no hay que hablar de la existencia del poder, sino de poderes, lo que a su vez nos plantea, en gran medida, la necesidad de desarrollar estrategias políticas dirigidas a impactar toda esa red y entramado social de prácticas y mecanismos.<sup>6</sup>

Insisto en que estamos inmersos en los primeros asomos de una revolución en el modo de producción y de relaciones sociales capitalistas o industriales y cuyos contornos o matices nadie esperaba o reconoce con facilidad, lo que indudablemente ha llevado a que se intente entender lo que ocurre a partir de la experiencia vivida bajo el modo de producción capitalista y, aún, del feudal. Hemos aprendido sin ambages en este fin de siglo que una revolución es mucho más que la toma del Palacio de Invierno

<sup>5</sup> Me refiero aquí a la controversial tesis de Francis Fukuyama en su ensayo "El fin de la historia" publicado en *The National Interest* 16, Verano 1989-90. Véase también su libro *The end of history and the last man*, The Free Press, New York, 1992, pp. 39-51.

<sup>6</sup> Véase sobre este particular a Michel Foucault, *Un diálogo sobre el poder*, Alianza Editorial, Madrid, 1985. Asimismo, el Dr. Carlos J. Rojas Osorio desarrolla excelentemente el tema en su libro *Foucault y el pensamiento contemporáneo*, Editorial de la Universidad de Puerto Rico, Río Piedras, 1995, pp. 129-141.

o de la Bastilla. Es en el fondo un proceso molecular de largo plazo que en lo cotidiano trasciende cualquier gran acontecimiento, y pertenece más al reino de la vida cotidiana que al mundo de los metarrelatos humanos. Su historicidad está en esta sucesión multidimensional de hechos, vivencias, acciones y acontecimientos que vivimos en la cotidianeidad, y de la cual muchas veces no cobramos consciencia de inmediato.

Es en ese contexto que yo veo, como parte de esa revolución, con signos aún contradictorios pero con fisuras o aperturas lo suficientemente importantes como para identificar futuros alternativos, la gestación de un nuevo modo de ver el Derecho más allá del existente bajo la modernidad, sea en su expresión liberal o en su versión recalentada bajo el neoliberalismo. El modelo existente es el que yo llamaría formal y normativo. Este concibe a la sociedad dentro de los límites del Estado de Derecho; enfoca primordialmente los problemas desde la perspectiva de los sujetos jurídicos como meras formas abstractas; predica la neutralidad hermeneútica y valorativa; se caracteriza por una práctica generalmente reactiva y *ex post facto*; predica una justicia homogénea y normalizadora cuyas posibilidades están limitadas al Estado de Derecho, es decir, a un orden normativo pre-existente lo cual permite el desarrollo de unos procesos decisionales predecibles, determinables y ciertos.

El modelo alternativo, que yo caracterizo como estratégico y dialógico concibe a la sociedad más allá del Estado del Derecho, aún en cierta tensión con el mismo; enfoca primordialmente los problemas desde las relaciones de poder; predica la valoración comprometida y una hermeneútica transformadora; se caracteriza por unas prácticas fundamentalmente preventivas y proactivas; predica una justicia individualizada, afectiva y solidaria como punto de partida hacia una justicia verdaderamente universal; y se caracteriza por unos procesos decisionales contingentes, indeterminados y no-decidibles a priori a base exclusivamente de una norma pre-existente.

Como dije, el Estado de Derecho de la modernidad responde fundamentalmente al primer modelo, al normativo. Su pretensión arrogante en erigirse “en el dedo ordenador de Dios”<sup>7</sup>, como advertía Nietzsche, le puso una camisa de fuerza al desarrollo de un Derecho verdaderamente democrático y representativo. Quiso sustituir su voluntad por la del pueblo con el resultado de que la sociedad política terminó por subordinar a la sociedad civil, cuando en teoría, al menos, la primera debía responderle siempre a la segunda. En consecuencia, terminó por prescribir el Derecho y las formas de administrar la justicia, a cuyos resultados se le exigió a la sociedad civil estricto y ciego cumplimiento. El Tribunal se convirtió en un lugar muchas veces inaccesible e insensible a las necesidades y expectativas del pueblo, mientras que sus procesos asumieron formas kafkianas -la vida nuevamente imitando al arte. El pueblo se perdió en su laberinto.

Precisamente, la crisis de legitimidad que vive hoy ese Estado de Derecho moderno se caracteriza por la tendencia, hacia este fin de siglo, a verse desbordado por las expectativas y necesidades del pueblo.<sup>8</sup> En la era del “fin de los metarrelatos”, se han erosionado las bases constitutivas de éste. Ya no puede pretender ser “el dedo ordenador de Dios”, pues Dios se ha muerto o, en el mejor de los casos, anda deambulando por ahí profundamente decepcionado con su creación. Ante la ausencia

<sup>7</sup> Federico Nietzsche, “El nuevo ídolo”, en *Así habló Zaratustra*, Editorial Bruguera, Barcelona, 1984, pp. 86-89.

<sup>8</sup> Aquí estamos partiendo del concepto de crisis de legitimación desarrollado por Jürgen Habermas en su obra *Legitimation Crisis*, Beacon Press, Boston, 1973.

en nuestra sociedad contemporánea de un orden normativo y valorativo con validez y aceptación universal; dada la heterogeneidad y pluralidad de valores, intereses y expectativas que hoy compiten por reconocimiento; y dado el creciente cuestionamiento sobre la imparcialidad y representatividad de la concepción prevaleciente del Estado de Derecho por sectores significativos del pueblo en muchos de nuestros países, ¿cuál puede ser la nueva base de legitimidad para la función adjudicativa y administradora de la justicia?

En la alternativa, el modelo estratégico y dialógico nos plantea el reto de forjar un nuevo Derecho más allá del Derecho que hemos conocido hasta ahora. Nos propone la posibilidad del desarrollo, por el pueblo, de un Derecho paralelo, alternativo, autoregulado e incluyente, con sus instancias organizacionales y procesos de justicia más allá de la institucionalidad y procesos del Derecho estatal existente, incluso subordinándolos progresivamente a sus intereses y expectativas. Es lo que el Dr. Daniel Nina, profesor de nuestra Facultad de Derecho, define como una especie de “soberano alternativo”, basado en el principio de la “soberanía popular”, con su propia autoridad y legalidad, autónomo frente al Estado, parte de una concepción de democracia participativa y directa.<sup>9</sup> Asimismo, le ofrece al Estado la posibilidad de redelimitar su naturaleza, estructuras y procesos mediante el establecimiento de una relación complementaria con otras instancias organizacionales y procesos informales de prescripción. Le plantea el reto al Estado, como acertadamente señala el filósofo deconstruccionista francés, Jacques Derrida, de explorar nuevas formas en un espacio social que ya no domina absoluta y burocráticamente, y que al fin y al cabo nunca realmente dominó por sí sólo.<sup>10</sup>

Desde esta perspectiva se posibilita asimismo una concepción descentralizada de gobierno, gubernamentalidad o, si se quiere, “governance” para la sociedad democrática con una multiplicidad de polos o focos de poder, entre éstos el Estado, las comunidades y las organizaciones no-gubernamentales que operan en la sociedad civil. Este modelo permite articular diferentes modos de intervención, a partir de contextos y perspectivas más particulares, íntimas e inmediatas, para atender la diversidad de problemas que, con su característica complejidad, aquejan a la sociedad. Permite, además, insertar a las poblaciones de dichas comunidades en la estructuración e implantación de los mismos.

Se reconoce así, más allá de la retórica, un objetivo político importante de la sociedad democrática: el desarrollo de instancias de auto-gobierno (“self-governance”) dentro de la sociedad civil que además active a ésta como sujeto apoderado en los procesos de prescripción normativa y formulación de política pública. Este proceso, que inevitablemente requerirá de un marco institucional, provee para la emergencia de una estructura autoregulada de gobierno (“governance”) comunitario complementando a la del Estado y progresivamente desplazando a éste. Este proceso se caracterizaría por la existencia de diferentes polos de gobierno o “governance”, asistiéndose mutuamente en mejorar las condiciones de vida del pueblo.

Esto nos plantea la posibilidad real de que la sociedad moderna se mueva en dirección a una cultura democrática de nuevo tipo, participativa y autogestionada, basada ésta en la intervención comunitaria en esferas en que tradicionalmente el Estado

<sup>9</sup> Daniel Nina, *Rethinking Popular Justice*, Community Peace Foundation, Cape Town, 1995.

<sup>10</sup> Jacques Derrida, *Specters of Marx*, Routledge, New York, 1994, p. 94.



moderno había excluido la posibilidad de compartir su autoridad como lo son, por ejemplo, los procesos de mantenimiento del orden público y la solución de conflictos. La sinergia social que potencialmente abriría esta posibilidad podría progresivamente ir evidenciando la capacidad de la sociedad civil para asumir unas funciones normativas, prescriptivas y adjudicativas más activas, llevando a una creciente descentralización de unos procesos tradicionalmente centralizados en manos del Estado “como el dedo ordenador de Dios”. Al fin y al cabo, la libertad, nos advirtió Marx, “consiste en convertir al Estado en órgano que está por encima de la sociedad en un órgano completamente subordinado a ella”.

El Derecho hace ya tiempo dejó de ser un proceso social y político centralizado de prescripción. Contrario a la conceptualización mitificada de éste como un proceso centrado en el Estado como fuente exclusiva de prescripción de normas, el Derecho es hoy mas que nada un proceso abierto, formal e informal, con una multiplicidad de escenarios y participantes relevantes, gubernamentales y no-gubernamentales, caracterizada por diferentes valores, intereses y expectativas, con grados diversos de poder y autoridad.

Al reconstituir los procesos decisionales de la sociedad para que sean más incluyentes, representativas y consensuales, se establecen las nuevas bases legitimadoras de la función reguladora, mediadora y organizadora del Estado de Derecho. En términos prácticos y retomando viejas aspiraciones utópicas, quizás nos permitiría reencontrar el rumbo hacia la realización de aquel viejo sueño de Marx y Engels que alumbró las esperanzas de no pocas generaciones: la desaparición gradual del Estado. En la medida en que Estado y sociedad, sociedad política y sociedad civil se confundan, el Estado como hasta ahora lo hemos conocido se diluye hasta desaparecer.

Ahora bien: retomando este tema del sueño utópico antes mencionado, en su obra *Del socialismo utópico al socialismo científico*, Federico Engels nos dice: “Cuando el Estado finalmente se convierta en representante efectivo de toda la sociedad será por sí mismo superfluo”. Asimismo, en su carta a A. Babel, de 1875, Engels nos señala que la superación histórica del Estado es en dirección al desarrollo, en la alternativa, de la comunidad.

En ese sentido, entiendo que el Derecho, como expresión de una racionalidad formal y reificadora, es decir encubridora de la realidad, debe asimismo ser superada hacia un sistema normativo basado en una racionalidad sustantiva, transparente y desalienante. La superación histórica tanto del Estado, una organización social esencialmente jerarquizada, burocrática, coercitiva y excluyente, como del Derecho, un sistema normativo basado en una racionalidad formal y reificada que encubre unas relaciones opresivas de poder, nos plantea la posibilidad por primera vez en la historia de lo que llamaría una Comunidad de Justicia como organización social y normativa apoderada, autogestionada, dialógica e incluyente. Este constituye el modelo a armar a la luz de un futuro alternativo que insisto lleva el presente en sus entrañas.

En fin, la tesis marxista acerca de la naturaleza contingente e históricamente determinada y cambiante del Estado y del Derecho tiene como finalidad superar el fetichismo jurídico y estatalista. Según ésta no es el Estado ni el Derecho lo que puede constituir la fibra unificadora y civilizadora de la sociedad, sino el fin de la opresión de unos seres humanos por otros, la reestructuración de las relaciones sociales hacia formas más equitativas y solidarias, la socialización sustantiva - y no meramente formal - de los procesos de producción y distribución de la riqueza, el advenimiento de

oportunidades propiciatorias del trabajo no-alienado, la universalidad efectiva y sustantiva de los derechos humanos, y la superación de la dicotomía entre lo individual y lo colectivo. Estas, más que el Derecho y el Estado, son las condiciones verdaderamente esenciales para el progreso humano. La santificación del Derecho y del Estado como se han conocido bajo la modernidad sólo ha servido para ocultar la esencial realidad de que la paz y el progreso social sólo serán el resultado de nuestras acciones en favor de la reconstrucción revolucionaria de la sociedad.

Coincidimos en ese sentido con el jurista y catedrático italiano Pietro Barcellona cuando señala que el Estado de Derecho moderno tuvo como fin primordial neutralizar la lucha social y política mediante el artificio del formalismo jurídico. Vaciado de su contenido y fundamento sustantivo de la justicia, el Derecho pasó a convertirse en pura "técnica formal", es decir, en regla de juego con el que habría que desempeñarse en el nuevo espacio social donde se negociarían los intereses sociales y económicos en conflicto. El orden formal resultante terminó por ocultar el orden social real, sellando así el destino del Estado de Derecho moderno como instrumento del poder hegemónico de los grupos sociales, económicos y políticos dominantes.<sup>11</sup> El fin del orden no ha sido esencialmente otro que el de confundir y desarmar a los grupos sociales subalternos o dominados. Así, por ejemplo, queda evidenciado con el más importante de los principios constitutivos del nuevo orden: la igualdad de todas las personas ante la ley. Se quiso enmascarar la desigualdad real con el reconocimiento de la igualdad formal y a ésta última se le vació de todo contenido y efecto sustantivo y afirmativo.

Por otra parte, el fin del reconocimiento de los metarrelatos que caracteriza nuestros tiempos debe llevarnos a reconocer el fin del fetichismo de lo jurídico y la emergencia de un Derecho o, si se prefiere, una Justicia humilde, consensual y contingente. Si el fin del Derecho es la justicia, ésta de ninguna manera puede limitarse a la norma escrita preexistente o a los procesos formales y estatales de resolución de disputas. La justicia tiene que ser negociada, sirviendo para reinventarnos y autorealizarnos continuamente, tanto individual como colectivamente. Por tal razón, la administración y la búsqueda de la justicia debe concebirse, nos dice el distinguido filósofo francés Jean-François Lyotard, como un *diálogo vivo* cuya legitimidad está en el reconocimiento de la diversidad de lenguajes, valores y razones, y en el reconocimiento de que el consenso entre las partes sobre lo sustantivo es lo que debe servir de base a la decisión.<sup>12</sup>

Esta *koinología* o consenso sobre el método de solución del diferendo existente entre las partes, está basado en una visión no adversativa sino que dialógica y complementaria del proceso, así como en la negativa a acudir en toda circunstancia a una tercera parte, a un juez o una jueza, para que determine "la verdad" del caso, la cual fundamentalmente siempre será la suya y la autoridad de la misma radicará esencialmente en la fuerza coercitiva de la institución que representa y no en el reconocimiento informado, racional y voluntario de las partes.

Como muy acertadamente nos advierte Derrida, hay algo profundamente injusto y violento en la adjudicación por un tercero a partir de una normativa no consentida y

<sup>11</sup> Pietro Barcellona, *Postmodernidad y comunidad: El regreso de la vinculación social*, Editorial Trotta, Madrid, 1992, pp. 45-51.

<sup>12</sup> Jean-François Lyotard, *The differend*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1988, pp. 22-26.



que generalmente se desconoce y menos aún se entiende. Por tal motivo, si hemos de ser verdaderamente críticos tenemos que estar dispuestos a cuestionarnos el derecho mismo de juzgar y su fundamentación o legitimación.<sup>13</sup>

Ahora bien, aún en el caso de la intervención de un tercero, es decir de un juez, la decisión de éste para que sea justa no puede ser una aplicación mecánica de una norma preexistente. La decisión de un juez para que sea justa y equitativa, nos explica nuevamente Derrida, tiene que ser validada mediante un acto de interpretación renovada, una especie de *interpretatio de novo* o “fresh judgement”. La decisión judicial en ese sentido debe siempre reinventarse el Derecho aún si fuese para confirmar la norma existente. De lo contrario, la decisión no sería libre y menos aún justa. La justicia, nos advierte Derrida, se refiere siempre a la singularidad del otro, si es que pretende aspirar a la universalidad. Por eso tiene que ser individualizada y la apelación a un tercero en el proceso de solución de controversias o conflictos no puede ser a costa de ésta.<sup>14</sup>

Precisamente si hay algo que distingue de manera especial la perspectiva dialógica propuesta, en contraposición a la perspectiva adversativa prevaleciente, es que la primera no se reduce a una negación u oposición a lo otro, sino que privilegia la afirmación y el disfrute de la diferencia. El sí dialógico se opone al no adversativo. Para la perspectiva adversativa, la diferencia es contradictoria, es el choque de contrarios. La lucha de contrarios se ve como un choque donde prevalecerá uno, como si de la exclusión absoluta del otro pudiese engendrarse justicia. Bajo la dialógica, el verbo del ser humano es múltiple.

Se supera así el atributo de lo divino que tanto ha caracterizado a la perspectiva adversativa. Lo divino se define como el poder arrogante que el ser humano moderno se atribuyó para pretender definir, como Dios, lo que es verdadero y subordinar a sus semejantes en relaciones de dominación, opresión o exclusión a partir de dichos juicios. Sin embargo, los conocimientos así como las verdades no se transmiten ni se imponen sino que se construyen a partir de este proceso de naturaleza dialógica. Por tal motivo, el *diálogo vivo* no se deja encerrar dentro de la disyuntiva limitante de un sí o un no.

El *diálogo vivo* se erige así como el nuevo principio constitutivo y legitimador del Derecho. En pleno fin del siglo XX y habiéndose perdido toda inocencia frente a las apariencias del saber, no hay otra alternativa que emprender la difícil tarea de conocernos y comprendernos a nosotros mismos. Lo central no lo constituye un ethos impuesto disciplinariamente o compartido *a priori* sino una razón y acción comunicativa mediante la cual las personas llegan a entendidos en torno a las normas o decisiones que han de tener validez o efectividad en la sociedad. El principio comunicativo y dialogante constituye, tal vez, lo único dado como principio originador y facilitador de un nuevo y renovado ethos o de unos consensos críticos que puedan explorar la redefinición de los fines éticos sobre los cuales se puede erigir y legitimar unas formas alternativas de organización económica, social y política.<sup>15</sup>

Finalmente, tenemos que desculpabilizar el Derecho y las relaciones humanas en que se fundamentan. Necesitamos vaciarlas de toda voluntad opresiva de poder.

<sup>13</sup> Jacques Derrida, “The Force of Law: The ‘Mystical Foundation of Authority’”, 11 *Cardozo Law Rev.* 921, 983 (1990).

<sup>14</sup> *Supra*, pp. 961, 963.

<sup>15</sup> Véase Jürgen Habermas, “El filósofo como verdadero maestro del Derecho”, en Jürgen Habermas, *La necesidad de revisión de la izquierda*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, pp. 76-95.

“¡Inventad el amor que cargue no solamente con todo el castigo, sino también con toda la culpa!” es la genial invitación nietzscheana.<sup>16</sup>

La concepción de la administración de la justicia como un *diálogo vivo* requiere de su reinscripción en *una cultura de la afectividad*. “¿Dónde se da la justicia que es amor comprensivo?”,<sup>17</sup> nos interroga Nietzsche francamente angustiado por las grandes hipocresías de la civilización occidental. En esta *cultura jurídica de la afectividad* es que radica la única posibilidad de un Derecho más allá del Derecho actual.

El modelo dialógico y apoderador nos invita a reconceptualizar la misma condición humana. A partir de éste, el proceso de administración de Justicia debe erigirse en una lección práctica de supervivencia fundada en la fraternidad de la diversidad de elementos, formas y seres que poblan el universo.

La nueva *cultura jurídica de la afectividad* debe ser capaz de facilitar la manifestación de la otra voz humana, la poética, la de las realidades ocultas y enterradas por la sociedad moderna, sus procesos e instituciones. Aquí me atrevo a discrepar de Jean Carbonnier quien rechaza la posibilidad del Derecho como una *scientia amabilis*, por medio de la cual se hermanan las aspiraciones científicas del Derecho con la afectividad y sensibilidad poética.<sup>18</sup> Al contrario, pienso que ésta constituye la única posibilidad del Derecho para alcanzar sus aspiraciones de justicia, sobretudo a partir de una racionalidad sustantiva en vez de formal. Esta, al fin y al cabo, fue el sentido originario de la ciencia en el Renacimiento. Este deberá ser también su acepción en medio de esta nueva era histórica que prefiero bautizar, a modo de apuesta pascaliana, como un nuevo comienzo.

<sup>16</sup> F. Nietzsche, “De la picadura de la víbora, *Ibid*, p. 108.

<sup>17</sup> *Supra*.

<sup>18</sup> En su obra *Derecho flexible: Para una sociología no rigurosa del derecho*, citada anteriormente, a la página 11, el distinguido jurista francés Jean Carbonnier expresa que a pesar de que reconoce que ha habido en el Derecho, y muy particularmente en la Sociología Jurídica, una larga tradición de *scientia amabilis*, si éste aspira al reconocimiento como ciencia, tiene que dejar de “poetizar”.