

CAPÍTULO PRELIMINAR  
DERECHO Y MODERNIDAD: UN DOBLE OBJETO  
DE INTERROGACIÓN. OPCIONES METODOLÓGICAS  
Y CONCEPTUALES

I. El derecho . . . . .	1
A. El punto de vista externo . . . . .	1
B. El derecho como sistema . . . . .	4
1. El concepto de sistema . . . . .	4
2. El sistema jurídico . . . . .	6
II. La modernidad . . . . .	8
A. El concepto de modernidad . . . . .	9
B. ¿En los límites de la modernidad? . . . . .	13
C. Hacia una tipología de la sociedad moderna . . . . .	15
III. El “derecho moderno” . . . . .	18
A. La tensión del derecho moderno . . . . .	19
B. Hacia una caracterización del derecho moderno . . . . .	21

CAPÍTULO PRELIMINAR  
DERECHO Y MODERNIDAD: UN DOBLE OBJETO  
DE INTERROGACIÓN. OPCIONES METODOLÓGICAS  
Y CONCEPTUALES

El trabajo que presentamos se construye<sup>1</sup> sobre un doble objeto de estudio: derecho y modernidad. Ambos conceptos son complejos y admiten múltiples significados. Por ello, nos parece indispensable precisar el marco conceptual y metodológico dentro del cual utilizaremos estos conceptos en el desarrollo de la investigación. En una primera sección haremos algunas consideraciones respecto del “derecho” (I), en una segunda sección analizaremos el concepto de “modernidad” (II) para, finalmente, abordar la interrelación entre modernidad y derecho (III).

I. EL DERECHO

En primer lugar, explicaremos el punto de vista externo (A) que adoptaremos respecto de este objeto de estudio, para después considerar su especificidad cuando se le considera como un sistema (B).

*A. El punto de vista externo*

El primer obstáculo al que se enfrenta cualquier estudio sobre “el derecho” es determinar el punto de vista a partir del cual se estudiará el fenómeno jurídico. Desde una perspectiva epistemológica, esta dificultad encuentra su origen en una doble característica del derecho. En primer término, “el derecho”<sup>2</sup> es un sistema de normas y un discurso sobre esas normas (dogmática jurídica<sup>3</sup> y, al menos para

1 La investigación científica contemporánea se organiza sobre objetos contruidos. Ver Bourdieu, Pierre; Chamboredon, J. C., y Passeron, J. C., *Le métier de sociologue. Préables épistémologiques*, 4a. ed., París, Mouton Editeur, 1983, pp. 51-80 (*El oficio de sociólogo*, 17 ed., México, Siglo XXI, 1994, pp. 205-282).

2 Es inútil insistir aquí sobre la dificultad de definir el derecho. El debate, secular y complejo, es objeto de una amplísima literatura que se enriquece continuamente con los más variados puntos de vista. Véase, por ejemplo, los números 11 y 12 de la revista *Droits*, París, PUF, 1990, en la que cuarenta y seis autores de diferentes países y horizontes filosóficos y profesionales proponen su propia definición del “derecho”. El debate no se limita únicamente al contenido de la respuesta, sino también estatuto mismo de la pregunta.

3 “La dogmática jurídica es la rama de la ciencia del derecho que tiene como objeto la interpretación y la sistematización de las normas jurídicas”. Arnaud, André-Jean, *et al.* (eds.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2a. ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993, p. 188.

algunas concepciones, la teoría del derecho)<sup>4</sup> que tiene su especificidad y autonomía. En segundo lugar, el derecho es también un fenómeno social<sup>5</sup> que puede ser estudiado como tal.

Esta característica propia del derecho permite abordarlo desde una perspectiva “interna” o “externa”, según sea el punto de vista del observador.<sup>6</sup> Desde el punto de vista “interno”, el observador describe las reglas, los principios, y las instituciones jurídicas reproduciendo el discurso de éstas sobre ellas mismas. El derecho se explica a través del derecho y por los significados que le otorgan quienes participan en su creación o interpretación. La perspectiva externa, por su parte, intenta explicar la función del derecho en la sociedad en relación a los fenómenos sociales, económicos, políticos, institucionales o profesionales que contribuyen a su construcción y operación. En otras palabras, el punto de vista es externo cuando se produce una explicación distinta a la del discurso jurídico dogmático.

Aparentemente simple, esta doble perspectiva no lo es tanto y encierra ambigüedades difíciles de resolver sobre las cuales existe un debate importante.<sup>7</sup> En efecto, una visión puramente externa pierde de vista la especificidad propia del derecho, que sólo puede explicarse cuando se toma en consideración el funcio-

4 “La teoría general del derecho tiene por objeto explicar el fenómeno jurídico por el estudio de su razón de ser, de sus finalidades, de sus conceptos fundamentales, de su aplicación, de sus instrumentos, de sus métodos [...]”. Bergel, J. L., *Théorie générale du droit*, París, Dalloz, 1985, p. 3.

5 “Como el derecho sólo existe en virtud de la sociedad, se puede admitir que todos los fenómenos jurídicos son, de alguna manera al menos, fenómenos sociales”. Carbonnier, Jean, *Sociologie juridique*, París, Presses Universitaires de France, 1978, p. 16. En el mismo sentido, Cotterrell afirma que “el Derecho tiene dos caras: es un mecanismo de regulación social mediante varias instituciones y prácticas, y al mismo tiempo un cuerpo de doctrinas, ideas, que puede ser lógica o dogmáticamente interpretado”. Cotterrell, Roger, *The Sociology of Law: an Introduction*, 2a. ed., Londres-Dublín-Edinburgh, Butterworths, 1992, p. vii.

6 El primero en utilizar la diferencia entre visión interna y externa fue H. L. A. Hart. Para este autor, respecto de las reglas de conducta de un grupo social, el punto de vista externo es aquél de un “observador que no las acepta para sí mismo”, mientras que el punto de vista interno es aquél de “un miembro del grupo que las acepta y las utiliza como modelos de conducta”. Como se verá adelante, el uso del punto de vista “interno” y “externo” en este trabajo varía ligeramente de la formulación original de Hart. Véase Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961 (*Le concept du droit*, tr. francesa de M. van der Kerchove, Bruselas, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, 1976, p. 116). Vale la pena recordar que la distinción “interna-externa” existe desde hace por lo menos dos siglos en ciertas disciplinas como la historia del derecho. Véase González, María del Refugio (comp.), *Historia del derecho (historiografía y metodología)*, México, UAM-Instituto Mora, 1992, pp. 15 y ss.

7 Véase, por ejemplo, la voz “Interne-Externe”, en Arnaud, André-Jean, et al. (eds.), *op. cit. supra*, nota 3, pp. 312 y ss.; Varga, Csaba, “Domaine externe et domaine interne en droit”, *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, núm. 14, 1985, pp. 25-43; Ost, François, y Kerchove, Michel van der, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruselas, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1987, pp. 25-99. Véanse también los comentarios de Ost, Arnaud, y Perrin en *Droit et Société*, núm. 2, pp. 137-140 y núm. 3, pp. 287 y ss.

namiento propio del campo jurídico.<sup>8</sup> Omitir esta especificidad puede reducir los hechos jurídicos a meros fenómenos derivados de otros campos sociales como la política o la economía. Por otra parte, una visión interna que pretenda construir conceptos que aclaren las posiciones adoptadas por los actores jurídicos a partir del mismo lenguaje jurídico reproduce, bajo un ropaje analítico, las mismas representaciones que intenta explicar. En estas condiciones, difícilmente se produce la ruptura epistemológica indispensable para la explicación.<sup>9</sup>

Para intentar salvar este obstáculo, adoptaremos la posición que los teóricos belgas François Ost y Michel van der Kerchove han denominado un punto de vista externo explicativo.<sup>10</sup> Esta perspectiva permite observar las reglas desde el exterior, pero tomando en consideración la manera en que los miembros del grupo las consideran desde un punto de vista interno. Esto permite una ruptura epistemológica respecto del discurso jurídico, sin por ello destruir o desconocer las representaciones de los agentes jurídicos y el funcionamiento específico del campo jurídico. Al mismo tiempo, en la medida en que esta perspectiva no se limita a describir o analizar las representaciones internas, permite incorporar al análisis hipótesis y categorías provenientes de otros campos teóricos (*i. e.* la sociología, la antropología, la economía, la psicología o la ciencia política). En el fondo, se trata de enriquecer desde diferentes puntos de vista complementarios, no competitivos, el mismo objeto de estudio.

Esta perspectiva no está exenta de riesgos de carácter epistemológico. El primer obstáculo está en que, como toda perspectiva interdisciplinaria,<sup>11</sup> fácilmente puede tener como resultado una simple adición de enfoques o, en el mejor de los casos, disolver el objeto de estudio en un discurso compuesto de conceptos de diferente valor explicativo, los cuales no son necesariamente compatibles. La

8 Ver Commaillé, Jacques, y Perrin, J. F., "Le modele de Janus de la sociologie du droit", *Droit et Société*, núm. 1, París, LGDJ, 1985, p. 99.

9 "La familiaridad con el universo social constituye el obstáculo epistemológico por excelencia porque ella produce continuamente concepciones o sistematizaciones ficticias, al mismo tiempo que sus condiciones de credibilidad". Este hecho, conocido como la "ilusión de la transparencia" sólo puede ser salvado mediante las técnicas de ruptura y la construcción de los objetos de investigación dentro de una teoría del conocimiento de lo social. Bourdieu, Pierre, en *op. cit. supra*, nota 3, pp. 27 y ss. Véase, también, Bachelard, Gaston, *La formation de l'esprit scientifique, contribution a une psychanalyse de la connaissance objective*, 4a. ed., París, J. Vrin, 1965 (*La formación del espíritu científico*, tr. de José Babini, 8a. ed., México, Siglo XXI, 1979, pp. 16 y ss.); Durkheim, Emile, *Les regles de la méthode sociologique*, 17 ed., París, Presses Universitaires de France, 1983, pp. 15 y ss.

10 Ver Ost, François, y Kerchove, Michel van der, *op. cit. supra*, nota 7, pp. 49 y ss.

11 Conviene precisar la terminología. Los estudios *multi o pluridisciplinarios* suponen una yuxtaposición de conocimientos respecto de un objeto de estudio común donde cada disciplina desarrolla sus puntos de vista específicos. El enfoque *transdisciplinario* intenta abandonar los puntos de vista específicos para producir un conocimiento autónomo del cual resulten nuevos objetos y métodos. Una perspectiva *interdisciplinaria* busca efectuar una investigación a partir del campo teórico de una disciplina que desarrolla problemáticas que atraviesan parcialmente aquéllas elaboradas por las otras disciplinas. Ver Ost, F., y Kerchove, M. van der, *op. cit. supra*, nota 7, pp. 70 y ss.

dificultad reside así en mantener la elaboración jurídica de un fenómeno (el discurso-objeto) en el centro de un sistema disciplinario que lo reconstruye.<sup>12</sup> La segunda dificultad reside en el carácter autoexplicativo del discurso jurídico. El análisis externo supone una ruptura continua con las concepciones contenidas implícita o explícitamente por el discurso jurídico dogmático. Sin embargo, la explicación “externa” no supone una anulación del discurso jurídico interno que se sitúa en un nivel epistemológico diferente. Como ya lo señalamos, se trata simplemente de puntos de vista diferentes que pueden complementarse, pero que en ningún caso son excluyentes.

Cuando consideramos el derecho desde un punto de vista externo le atribuimos implícitamente una estructura sistémica. A continuación analizaremos este aspecto.

## B. El derecho como sistema

Consideraremos brevemente el concepto de sistema (1) para en seguida analizar el derecho como sistema (2).

### I. El concepto de sistema

La dicotomía entre los puntos de vista externo/interno implica necesariamente que “el derecho” está constituido como un “sistema”.<sup>13</sup> El concepto de “sistema” es equívoco, y conviene por ello precisar en qué sentido nos referimos a él.<sup>14</sup>

12 *Ibidem*, p. 73.

13 Para Parsons, el concepto de sistema “es vital para toda la ciencia”. El análisis sistémico consistiría en transponer los datos empíricos en proposiciones generales o teóricas que tengan la propiedad de estar lógicamente relacionadas y ser interdependientes. Parsons, Talcott, *Theories of Society*, Nueva York, The Free Press of Glencoe, 1961, vol. 1, p. 32, *cit.* por Rocher, Guy, *Introduction à la sociologie générale*, París, Editions HMH, 1968, vol. 2, p. 205.

14 La teoría de sistemas se ha desarrollado diferencialmente a partir de aportaciones provenientes de muy diversos horizontes; sus aplicaciones a las ciencias sociales han sido muy diversas. La bibliografía es muy amplia, por lo cual indicamos únicamente algunas obras generales: Lugan, J. C., *Éléments d'analyse des systèmes sociaux*, Toulouse, Sociétas Privat, 1983, y *La systémique sociale*, París, Presses Universitaires de France, 1991; Bertalanffy, Ludwig von, *Théorie générale des systèmes*, París, Dunod, 1980; Shannon, C. E., *Théorie mathématique de la communication*, París, Retz, 1975; Boulding, K. E., “General Systems Theory. The Skeleton of Science”, *Management Science*, Nueva York, 1956, núm. 2; Morin, Edgar, *La Méthode*, 4 vols., París, Le Seuil, 1977-1991; Barel, Y., *Le paradoxe et le système*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1989; Parsons, Talcott, *The Social System*, The Free Press of Glencoe, 1951; Lemoigne, J. L., *La théorie générale des systèmes*, París, Presses Universitaires de France, 1984, y *La modélisation des systèmes complexes*, París, Affect Systèmes-Dunod, 1990; Lapierre, J. W., *L'analyse de systèmes*, París, Syros, 1992; Luhmann, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, México, Universidad Iberoamericana-Alianza Editorial, 1991; VV.AA., *Science et pratique de la complexité*, París, Nations Unies, La Documentation française, 1986.

En términos muy generales, un sistema es un conjunto de elementos identificables y en interacción dinámica, cuyas fronteras se definen en función de los objetivos (metas, proyectos, finalidades, propiedades) que se desean privilegiar.<sup>15</sup> Esta concepción básica ha tenido varias elaboraciones posteriores. Así, para Edgar Morin, un sistema es “una unidad global organizada de interrelaciones entre elementos, acciones o individuos”.<sup>16</sup> En esta concepción, la unidad se da a nivel de las interrelaciones y ya no de los elementos. Desde otro punto de vista, Luhmann propone una ruptura epistemológica aún mayor, en donde lo importante no es la unidad del sistema, sino la manera en que éste se diferencia de su entorno. Este autor sostiene que “la diferencia tradicional entre el todo y las partes se ha sustituido por la diferencia entre sistema y entorno [...] un sistema diferenciado ya no consta propiamente de un determinado número de partes y de relaciones entre las partes, sino, más bien, de una mayor o menor cantidad de diferencias operativamente utilizables entre sistema y entorno”.<sup>17</sup>

La interacción entre los elementos de un sistema no supone únicamente relaciones de estabilidad o equilibrio, sino también de oposición. De hecho, los sistemas altamente integrados y estables están sujetos a los riesgos de una entropía creciente, es decir, al desorden. Las perturbaciones o tensiones son así necesarias para la evolución de los sistemas complejos. La resolución de estas tensiones depende de la capacidad de autorregulación y autotransformación del sistema, tanto respecto de las perturbaciones exógenas como de las endógenas.<sup>18</sup>

La determinación de los elementos de un sistema plantea el problema de sus fronteras; en otras palabras, obliga a reconocer que los sistemas existen en un entorno<sup>19</sup> del cual se diferencian. En este sentido, el sistema depende del observador en cuanto que sólo éste puede distinguir entre sistema y entorno, y que sólo él puede decidir qué sistema le interesa observar. Así “existen diferentes clases de sistemas, de acuerdo con su objeto de análisis, de aquí que el concepto de entorno se presente como algo distinto según el punto de vista del sistema”.<sup>20</sup>

15 Sobre el concepto de sistema, ver Lugan, Jean Claude, *La systémique sociale*, París, Presses Universitaires de France, 1993, pp. 23 y ss.

16 Morin, Edgar, *op. cit. supra*, nota 14, pp. 123 y ss.

17 Luhmann, Niklas, *op. cit. supra*, nota 14, p. 30.

18 Lugan, Jean-Claude, *Eléments d'analyse des systèmes sociaux*, Toulouse, Sociétas Privat, 1983, pp. 26, 73 y ss.

19 El “entorno” (*environment*) puede conceptualizarse como “el conjunto de elementos que no pertenecen al sistema y cuyo estado es susceptible de afectar o de ser afectado por el sistema”. *Ibidem*, p. 31.

20 Luhmann, *op. cit. supra*, nota 14, p. 15. Sin embargo, este autor niega que pueda denominarse sistema a cualquier cosa, pues para un observador “un sistema es sólo sistema si por medio de sus propias observaciones el sistema se vuelve sistema” (p. 15). En este sentido, Luhmann afirma que “existen sistemas” (p. 35).

Puesto que un sistema existe respecto de un entorno, se plantea el problema de sus relaciones con éste. Aunque teóricamente existen sistemas cerrados; es decir, que no admiten comunicación con su entorno; en general, los sistemas están abiertos sobre otros sistemas más amplios que constituyen su entorno. En otras palabras, los sistemas producen normalmente intercambios con su entorno.

## 2. El sistema jurídico

La aplicación del concepto de sistema al ámbito del derecho no es nueva. En efecto, al lado de los estudios que describen conjuntos de normas aisladas, existe un número muy importante de autores que han explicado el derecho como un sistema.<sup>21</sup> Así, sostener que el derecho se produce como un sistema es una afirmación generalmente aceptada. Mucho más difícil ha sido determinar cómo se constituye.

El análisis sistémico del derecho debe responder a una serie de problemas complejos que, de manera general, pueden clasificarse en cuatro niveles.<sup>22</sup> El primero consiste en precisar el criterio de pertenencia al sistema; en otras palabras, determinar los elementos del sistema jurídico. Un segundo nivel supone la determinación de las relaciones entre los elementos del sistema. En tercer lugar, debe indagar sobre las relaciones entre el sistema y su entorno. Finalmente, hay que dar cuenta del modo de evolución del sistema.

El análisis sistémico también puede ser utilizado para estudiar el derecho desde una perspectiva externa, aunque esto entraña algunos problemas importantes. Por ejemplo, cuando se trata de conceptualizar el derecho desde el punto de vista de la sociología, un primer problema radica en que este análisis sólo puede lograrse si se concibe el derecho como un subsistema de un sistema mayor, que

21 Entre otros, Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, tr. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981; Hart, H. L. A., *op. cit. supra*, nota 6; Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1980; Ost, François, y Kerchov, Michel van der, *Le système juridique entre ordre et désordre*, París, Presses Universitaires de France, 1986; Luhmann, Niklas, "Le droit comme système social", *Droit et Société*, núms. 11-12, 1989, pp. 53-67, y "La observación sociológica del derecho", *Crítica Jurídica* (tr. de Héctor Fix Fierro), núm. 12, 1993, pp. 73-108; Friedman, Lawrence M., *The Legal System. A Social Science Perspective*, Nueva York, Russell Sage Foundation, 1975; Tamorán, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976; Schmill Ordóñez, Ulises, "El sistema del derecho y sus implicaciones", en González, María del Refugio (comp.), *Historia del derecho*, México, UAM-Instituto Mora, 1992, pp. 220-246.

22 En este punto seguimos las ideas expuestas por Ost, F., y Kerchov, M. van der, *op. cit. supra*, nota 21, pp. 30-32. Existen otros puntos de vista. Por ejemplo, para Raz una teoría completa del sistema jurídico comprende cuatro preguntas: la de su existencia, identidad, estructura y contenido. Ver Raz, J., *op. cit. supra*, nota 21, pp. 1-2.

es la sociedad y al lado del cual coexisten otros subsistemas.<sup>23</sup> Desde esta perspectiva, los criterios de pertenencia/diferencia son difíciles de determinar, por lo que el sistema puede “disolverse” con facilidad. En otras palabras, la identificación de la especificidad del “sistema jurídico” dentro de la sociedad es una cuestión compleja que ha recibido diferentes respuestas.

En este trabajo adoptaremos una visión sistémica externa, de tipo sociológico, pero no pretendemos dar una respuesta al complejo problema enunciado anteriormente. Para efectos de nuestro análisis, nos parece suficiente una delimitación operativa que permita diferenciar el sistema jurídico dentro del sistema social global. Para ello, consideraremos que el sistema jurídico está constituido<sup>24</sup> por un conjunto interrelacionado de instituciones (estructura), normas (reglas sustantivas y de procedimiento), agentes y cultura jurídicos.<sup>25</sup> El criterio de pertenencia estará dado operativamente por la determinación que haga el mismo sistema del carácter jurídico de una institución, norma o agente.<sup>26</sup> Respecto de la cultura, elemento extremadamente difícil de identificar, se considerará como parte del sistema en la medida en que incluye las expectativas de los sujetos sociales frente a las normas, las instituciones o los agentes jurídicos.<sup>27</sup>

Este conjunto de elementos interactúa tanto en el interior como en el exterior del sistema. En otras palabras, el sistema jurídico es un sistema abierto que reacciona a los estímulos tanto endógenos como exógenos. Así, el sistema jurídico estructura el sistema social y se estructura dentro del mismo.

A pesar de las objeciones teóricas que puedan existir,<sup>28</sup> esta concepción del sistema jurídico nos ofrece varias ventajas para este estudio. En primer término, nos permitirá integrar análisis provenientes de otras disciplinas sociales sin por ello disolver la especificidad del sistema jurídico. En segundo lugar, nos sirve para proponer el sistema jurídico como un “sistema complejo”.<sup>29</sup> La compleji-

23 En este sentido, Luhmann, *op. cit. supra*, nota 21, p. 54.

24 Respecto de estos elementos, seguimos de cerca la construcción propuesta por Lawrence Friedman; sin embargo, añadimos de manera específica a los agentes (considerados no como individuos sino como operadores). Ver Friedman, Laurence, *op. cit. supra*, nota 21, pp. 1-24, y *Law and Society. An Introduction*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1977, pp. 1-9.

25 La cultura jurídica incluiría “el conocimiento del público sobre el derecho, así como sus actitudes y patrones de comportamiento respecto del mismo”, Friedmann, Lawrence, *op. cit. supra*, nota 21, p. 191.

26 El carácter aparentemente tautológico de este criterio se inspira libremente del concepto de sistemas autorreferentes expuesto por Luhmann, *op. cit. supra*, nota 14, p. 32.

27 El sistema jurídico, afirma Friedman, “en su actuación efectiva es un organismo complejo dentro del cual interactúan los elementos de la estructura o forma, de la sustancia o contenido y de la cultura”. *Ibidem*, p. 16.

28 Probablemente, la crítica más importante es que esta concepción incluye elementos disímboles de naturaleza distinta. No obstante, consideramos que sirve para efectos del trabajo.

29 Sobre los sistemas complejos, véase Morin, E., *op. cit. supra*, nota 16, pp. 365 y ss.; Waldrop, Mitchell, *Complexity. The Emergence Science at the Edge of Order and Chaos*, Nueva York, Simon



dad,<sup>30</sup> como paradigma, intenta superar las explicaciones deterministas en beneficio del reconocimiento de la multiplicidad y simultaneidad de interacciones, con frecuencia contradictorias, en los ejes de tiempo y espacio.<sup>31</sup> La complejidad supone la irreductibilidad de los sistemas e implica nociones como las de “imprevisibilidad posible” o de “emergencia plausible de lo nuevo” en el fenómeno complejo; quizá, el ejemplo más claro de lo anterior es la imprevisibilidad potencial del comportamiento humano.

Finalmente, la perspectiva sistémica nos permitirá analizar las relaciones internas y externas del sistema jurídico tanto en el orden de las simultaneidades (eje sincrónico) como en el de la temporalidad (eje diacrónico). Este estudio es útil cuando se pretende dar cuenta de la evolución y transformaciones del sistema, tanto en sus elementos constitutivos como en sus relaciones diferenciales con su entorno.<sup>32</sup>

Una vez que hemos establecido el marco de referencia que utilizaremos respecto del “derecho”, conviene ahora preguntarnos sobre el segundo: la modernidad. Esto nos permitirá establecer posteriormente en qué sentido podemos hablar de la “modernidad del derecho”.

## II. LA MODERNIDAD

El término “moderno” y sus derivados “modernidad”, “modernización”, “modernismo” etcétera aglutinan una multiplicidad de significados referidos a procesos sociales distintos.<sup>33</sup> Por ello, precisaremos en primer lugar el sentido

& Schuster, 1992. Sobre una aplicación al derecho, ver Arnaud, André-Jean, *Pour une pensée juridique européenne*, París Presses Universitaires de France, 1991, pp. 241 y ss.

30 En un primer nivel, la complejidad es una cantidad extrema de interacciones e interferencias entre un número muy grande de unidades; comprende también incertidumbres, indeterminaciones, fenómenos aleatorios inscritos sea en los límites de nuestro entendimiento o en los fenómenos mismos. Así, la complejidad “es la incertidumbre en el seno de los sistemas ricamente organizados”. Ver Morin, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, tr. de Marcelo Packman, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 59 y ss.

31 Al respecto, E. Morin sostiene que “para comprender el problema de la complejidad, hay que saber, antes que nada, que hay un paradigma de simplicidad [...] el paradigma de simplicidad es un paradigma que pone orden en el universo, y persigue el desorden. El orden se reduce a una ley, a un principio. La simplicidad ve a lo uno y ve a lo múltiple, pero no ve que lo Uno puede, al mismo tiempo, ser Múltiple. El principio de simplicidad o bien separa lo que está ligado (disyunción), o bien unifica lo que es diverso (reducción)”. *Ibidem*, p. 89.

32 Véase Ost, F., y Kerchove, M. van der, *op. cit. supra*, nota 21, pp. 205 y ss.

33 Sobre el problema de la modernidad, véase Giddens, Anthony, *Modernity and Self-Identity. Self and Society in the Late Modern Age*, Cambridge, Polity Press, 1991, y *Consecuencias de la modernidad*, tr. de Ana Lizón Ramón, Madrid, Alianza Editorial, 1993; Giménez, G., “Modernización, cultura e identidades tradicionales en México”, *Revista Mexicana de Sociología*, vol. LVI, núm. 4, 1994, pp. 255-272; Habermas, Jürgen, *The Philosophical Discourse of Modernity*, tr. de

en que utilizaremos el concepto de modernidad (A) para referirnos después a las corrientes de pensamiento que consideran que estaríamos en los límites de la modernidad (B) y, finalmente, considerar esquemáticamente las características de la sociedad moderna (C) en las postrimerías del siglo XX.

### A. El concepto de modernidad

En su acepción más general, “modernidad” se opone a “tradicición”; indica simplemente la ruptura con lo antiguo, con lo establecido. En este sentido, Habermas argumenta que el concepto de modernidad ha servido para expresar “la conciencia de una época que se relaciona con su pasado [...] para verse como el resultado de una transición de lo viejo a lo nuevo”.<sup>34</sup> Móvil en el eje del tiempo y dependiente del observador, puede haber tantas “modernidades” como rupturas puedan contarse.<sup>35</sup>

Pero el concepto de modernidad tiene también un significado más específico. Aunque existe una gran variedad de opiniones,<sup>36</sup> puede considerarse que la “mo-

Frederick Lawrence, Cambridge, Polity Press, 1987; Laurent, Alain, *Histoire de l'individualisme*, París, Presses Universitaires de France, 1993; Lucas, Javier de, “Individualismo y economicismo como paradigmas de la modernidad”, *Doxa*, núm. 6, 1989, pp. 291-299; Lukes, Steven, *El individualismo*, tr. de José Luis Álvarez, Barcelona, Península, 1975; Simmel, Georg, *On Individuality and Social Forms*, ed. por Donald N. Levine, Chicago, The University of Chicago Press, 1971; Taylor, Charles, *Le malaise de la modernité*, tr. de Charlotte Melançon, París, Les Editions du Cerf, 1994; Touraine, Alain, *Critique de la modernité*, París, Fayard, 1992; Turner, Bryan S., *Max Weber. From History to Modernity*, Londres-Nueva York, Routledge, 1992; Velody, Irving, y Williams, Robin (eds.), *Politics and Modernity*, Londres-Newbury Park-New Delhi, Sage Publications, 1993; White, Stephen K., *The Recent Work of Jürgen Habermas. Reason, Justice and Modernity*, Cambridge-Nueva York, Cambridge University Press, 1987; Lechner, N., et al., *Debates sobre modernidad postmodernidad*, Quito, Editores Nariz del Diablo, 1991.

34 Habermas, Jürgen, “Modernity versus Postmodernity”, *New German Critique*, núm. 22, p. 3, cit. por Smart, Barry, *op. cit. infra*, nota 36, p. 15.

35 En este sentido, vale la pena detenerse en el concepto de “modernización”. Éste surge en la primera postguerra sin referencia alguna a la problemática de la modernidad. Se presenta como un concepto ligado a la problemática del desarrollo económico en las sociedades llamadas “subdesarrolladas”. Hacia la sexta década del siglo, el concepto adquiere autonomía conceptual y entronca con el concepto clásico de modernidad. Esto se debe fundamentalmente a la obra de Parsons, que concibe la modernización como un proceso immanente al sistema social, por el que éste pasa de una fase “tradicional”, caracterizada por el particularismo, la adscripción y el globalismo (*difusenes*) a una fase moderna, caracterizada por valores universales, la búsqueda de la eficacia y del logro de la acción, y la especificidad funcional. Este proceso es concebido como una especie de maduración obligada de todas las sociedades. Este paradigma de modernización tuvo amplia difusión en América Latina y ha tenido variantes en el ámbito anglosajón. Desde finales de la década que arrancó en 1960, es objeto de importantes críticas. Véase Giménez, G., *op. cit. supra*, nota 33, pp. 257 y ss.

36 En este sentido, “los clásicos concibieron la modernidad como resultado de un largo proceso de cambio social a escala del tiempo histórico, e intentaron describir este cambio como el tránsito de lo simple a lo complejo, de la comunidad tradicional a la comunidad contractual (Tönnies), del mito a la ciencia (Comte), de la solidaridad por semejanza a la solidaridad por interdependencia (Durkheim),

derinidad” se refiere a los “modos de vida u organización social que surgieron en Europa desde alrededor el siglo XVII en adelante y cuya influencia, posteriormente, los han convertido más o menos en mundiales”.<sup>37</sup> Lo anterior asocia modernidad a un tiempo y un espacio determinados,<sup>38</sup> lo que nos permite esbozar tanto sus características fundamentales, como las condiciones institucionales que permitieron su desarrollo y expansión.

El rasgo esencial de la modernidad es la irrupción de la racionalidad<sup>39</sup> como el principio mayor de organización de la vida social. Esta racionalidad es el resultado de la especialización científica y de la diferenciación técnica propia de la civilización occidental y consiste “en la organización de la vida, mediante la división y coordinación de las diversas actividades, sobre la base de un análisis preciso de las relaciones entre los hombres, sus instrumentos y sus medios, con objeto de obtener una mayor eficacia y rendimiento”.<sup>40</sup> En otras palabras, se trata de una racionalidad instrumental,<sup>41</sup> que busca una evaluación o adecuación entre los medios y los fines para lograr una mayor eficacia de la acción. Una de las consecuencias mayores de la racionalidad será el lugar predominante que tendrán la ciencia y la técnica en la organización y transformación del mundo. Como han señalado algunos autores, el ambiente que permitió la innovación tecnológica condujo a la revolución industrial.

de la sociedad tradicional a la sociedad racional burocrática (Weber), de las sociedades precapitalistas a la sociedad capitalista burguesa (Marx), de las costumbres a la ley, etc. Se trataría, en resumen, del tránsito multiseccular de un Estado definido genéricamente ‘tradicional’ al otro llamado ‘moderno’ o ‘industrial’, tránsito presidido y guiado siempre, en la clásicos, por la idea de progreso como *a priori* axiológico o axiomático (postulado racionalista)”. Giménez, G., *op. cit. supra*, nota 33. Sobre otros sentidos de modernidad, véase también Smart, Barry, “Modernity, Postmodernity and the Present”, en Turner, Bryan S. (ed.), *Theories of Modernity and Postmodernity*, Londres-Newbury Park-New Delhi, Sage Publications, 1990, p. 16.

37 Giddens, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, *op. cit. supra*, nota 33, pp. 15-16.

38 Mucho se ha discutido sobre hasta qué punto la modernidad es característica de la sociedad occidental. Sin duda, sus rasgos e instituciones distintivos son el resultado específico del entorno histórico y cultural europeo, a partir del cual se han extendido interactuando, frecuentemente desde una posición de poder, con otras concepciones no occidentales. Al respecto, véase Giddens, *Consecuencias de la modernidad*, *op. cit. supra*, nota 33, pp. 162 y ss.

39 Es importante distinguir entre la racionalidad, considerada como un principio de acción, y la elaboración filosófica que hace de la racionalidad un principio immanente de la historia que conduciría a la humanidad a una época de progreso y bienestar. Según esta última concepción, el agente de la modernización sería la razón misma. Contra esta concepción ideológica, Touraine señala que la mayoría de los países han entrado en la vía de la modernización más por la acción de los actores sociales que por la acción de la racionalización, *per se*. Cfr. Touraine, Alain, *Crítica de la modernidad*, tr. de Javier Sádaba, Madrid, Temas de Hoy, 1993, p. 25.

40 Freund, Julien, *Sociologie de Max Weber*, 3a. ed., París, Presses Universitaires de France, 1983, p. 16.

41 Véase Taylor, Charles, *op. cit. supra*, nota 33, p. 12.

Junto con la racionalidad, la modernidad se caracteriza por la secularización. Este proceso es más que el simple paso de los bienes eclesiásticos al dominio del Estado. La secularización del mundo significa que las experiencias, los conocimientos, las ideas y las acciones humanas, originalmente vinculadas al universo religioso, pasan al campo de la razón. El hombre adquiere su soberanía y se aleja del finalismo religioso. Con la secularización, los distintos ámbitos de la vida son vistos y regulados cada vez menos desde el mundo de la trascendencia y son comprendidos desde sí mismos y explicados según leyes inmanentes.<sup>42</sup> Adicionalmente, el Estado asume progresivamente la administración de la educación.

La racionalización y su consecuencia inmediata, la secularización, permitieron la emergencia del individuo,<sup>43</sup> o mejor, del sujeto.<sup>44</sup> Con el individuo aparecen los conceptos de dignidad del hombre (derechos del hombre),<sup>45</sup> la distinción entre lo público y lo privado (intimidad), la participación en los espacios públicos (democracia y derechos políticos),<sup>46</sup> la autonomía de la voluntad, la libertad y la responsabilidad, ejes centrales del pensamiento de la modernidad. En la concepción ideológica de la modernidad, el sujeto es el actor de la historia.

Racionalización, secularización, individuo y sus consecuencias (*i. e.* derechos humanos, democracia libertad) son los contenidos que caracterizan la modernidad. Junto con ellos, existe también una dimensión institucional caracterizada por “agrupamientos organizativos” específicos que contribuyeron, en el contexto europeo donde se originan, al surgimiento y expansión de la modernidad. Estos agrupamientos incluyen el capitalismo, el industrialismo y el Estado-nacional.<sup>47</sup>

42 Cfr. Kung, Hans, *Ser cristiano*, tr. de J. M. Bravo, 4a. ed., Madrid, Ediciones Cristiandad, 1989, p. 24.

43 Ya Max Weber señaló en *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* que el concepto de individuo comprende una inmensa heterogeneidad de significados. Sobre el contenido y desarrollo histórico de este concepto, véase Laurent, Alain, *op. cit. supra*, nota 33, y Lukes, Steven, *op. cit. supra*, nota 33.

44 Alain Turaine sostiene, al respecto, que “el individuo sólo es la unidad particular en que se mezclan la vida y el pensamiento, la experiencia y la conciencia. El sujeto es el paso del Ello al Yo, el control ejercido sobre lo vivido para que tenga un sentido personal, para que el individuo se transforme en actor que se inserta en unas relaciones sociales transformándolas, pero sin identificarse nunca completamente con ningún grupo. Porque el actor no es aquél que actúa conforme al lugar que ocupa en la organización social, sino el que modifica el entorno material y sobre todo social en el que está colocado al transformar la división del trabajo, los modos de decisión, las relaciones de dominación y las orientaciones culturales”. Turaine, Alain, *op. cit. supra*, nota 39, p. 268.

45 Sobre el nacimiento de los derechos del hombre y las ambigüedades que encierran, véase la notable obra de Gauchet, Marcel, *La révolution des droits de l'homme*, París, Gallimard, 1989.

46 Mucho puede discutirse sobre si el paradigma democrático es característico de la modernidad, o si es sólo un producto elaborado posteriormente. Si admitimos que la democracia no se limita a los aspectos electorales, sino que supone la participación de individuos (sujetos) libres y responsables en el espacio público, entonces puede razonablemente sostenerse que la democracia está implícita en el modelo de modernidad. Véase Touraine, Alain, *Qu'est-ce que la démocratie?*, París, Fayard, 1994 (¿Qué es la democracia?, tr. de Horacio Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, 309 pp.).

47 Sigo de cerca en esta exposición las ideas de A. Giddens en su libro *Consecuencias de la modernidad*, *op. cit. supra*, nota 33, pp. 60 y ss.

En parte, como resultado del pensamiento de Weber y Marx, se ha identificado al capitalismo como la forma específica de organización de la producción de las sociedades modernas occidentales.<sup>48</sup> El capitalismo, así considerado, puede caracterizarse como “un sistema de producción de mercancías centrado en la relación entre la propiedad de capital y una mano de obra asalariada desposeída de la propiedad siendo esta relación la que configura el eje principal del sistema de clases”.<sup>49</sup> La empresa capitalista, núcleo de este agrupamiento, depende de la capacidad de producir mercancías para mercados competitivos en los que los precios son las señales para los inversionistas, los productores y los consumidores indistintamente.

El mercado desempeña un papel determinante dentro del capitalismo. Según Weber, el mercado existe cuando concurren una pluralidad de agentes interesados en el cambio y en las probabilidades de cambio. En sentido estricto, sólo puede hablarse de mercado en el caso de intercambio por dinero, pues únicamente en ese supuesto es posible una expresión homogénea del valor de las mercancías en cifras. Gracias a la moneda, las relaciones en el mercado pueden llegar a tener un carácter impersonal, pues los hombres adquieren la posibilidad de relacionarse a distancia sin necesidad de una interacción personal.<sup>50</sup>

Por otra parte, el mercado supone una relación recíproca pero discontinua, pues cada relación concluye con el intercambio de las mercancías; al mismo tiempo supone una continuidad, pues los agentes que participan en el intercambio cuentan con el hecho de que otros harán lo mismo con base en condiciones análogas. De este modo, existe una dialéctica entre la discontinuidad de los intercambios y la continuidad en la previsión, lo que lleva necesariamente a la necesidad de una regulación. Por ello, “el mercado ha sido un factor determinante en la racionalización de la economía derivado del hecho que esta regulación supone además de la continuidad del intercambio, una garantía jurídica e indirectamente, la caución política, en tanto que ésta puede asegurar la regularidad de los intercambios”.<sup>51</sup>

48 Touraine sostiene a este respecto que el pensamiento de Weber corresponde no a una definición de la modernidad, sino al capitalismo, forma económica de la ideología occidental de modernidad. Así “lo que Weber describe no es la modernidad, sino un modo particular de modernización que se caracteriza a un tiempo por una gran concentración de los medios al servicio de la racionalización económica y por la fuerte represión que se ejerce sobre las pertenencias sociales y culturales tradicionales”. Touraine, *op. cit. supra*, nota 39, pp. 45-46.

49 Giddens, *Consecuencias de la modernidad*, *op. cit. supra*, nota 33, pp. 66-61.

50 Sobre el concepto de mercado, véase Weber, Max, *Economía y sociedad*, ed. por Johannes Winckelmann, 4a. reimp. de la 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1979, pp. 62-64 y 493-497; Freund, *op. cit. supra*, nota 40, pp. 145-147.

51 Freund, *op. cit. supra*, nota 40, p. 146.

Aunque el capitalismo caracteriza a las sociedades modernas, una mirada más amplia permite determinar que, junto con éste, el industrialismo<sup>52</sup> es un tipo de agrupamiento complementario, no subordinado de aquél. Entenderemos el industrialismo como un modo de producción caracterizado por “la utilización de fuentes inanimadas de energía material en la producción de artículos, asociada al papel central de la maquinaria en el proceso de producción”, que presupone “la organización social regularizada de la producción que coordina la actividad humana, las máquinas y las entradas y salidas de materias primas y de productos”.<sup>53</sup>

Junto con el capitalismo y el industrialismo, el Estado-nacional<sup>54</sup> desempeña un papel determinante en la formación y expansión de la modernidad. Básicamente, el Estado nacional permite ejercer el control de los medios de violencia y de información sobre territorios y poblaciones determinadas, con una coordinación y una movilización de recursos sociales y económicos nunca antes imaginados en la historia. El Estado-nacional admitió también la creación de espacios públicos secularizados de participación.

Así, racionalidad, secularización e individuo, junto con la convergencia del capitalismo (mercado), del industrialismo y el Estado nacional, considerados como agrupamientos organizativos específicos, permitieron el desprendimiento de la modernidad de los órdenes tradicionales; primero, en el contexto europeo, después, diferencialmente en el resto del mundo.

## B. *¿En los límites de la modernidad?*

A finales del siglo XX, aunque frecuentemente en conflicto con los órdenes tradicionales, la modernidad se instaló con éxito relativo en todo el planeta. Sin embargo, a pesar de su extensión e intensidad, para algunos críticos, en lugar del bienestar y del progreso prometido, parecería que trajo consigo un caudal de malestar, incertidumbre e incluso decadencia.<sup>55</sup> El siglo que concluye es suma de guerras, totalitarismo, innovaciones tecnológicas incontrolables y una profunda transformación de las relaciones sociales.

Desde diversos horizontes, varias corrientes de pensamiento han cuestionado la modernidad; en particular, en cuanto al presupuesto implícito que suponía una línea continua e ineludible de progreso. Así, algunos sostienen que, agotada en sus principios e instituciones, estamos en el inicio de una nueva era, vagamente

52 Alvin Toffler describe con detalle cómo la oposición capitalismo-socialismo encubría en realidad una misma forma de organizar la producción y el consumo. Véase Toffler, Alvin, *La tercera ola*, México, Edición, 1981, pp. 59 y ss.

53 Giddens, A., *Consecuencias de la modernidad*, op. cit. supra, nota 33, p. 61.

54 El capítulo primero de este trabajo desarrollará la cuestión del Estado-nacional.

55 Véase Taylor, op. cit. supra, nota 33, pp. 9 y ss.

definida aún, cuyo eje sería un sistema basado en la producción y el flujo de información en lugar del actual basado en la producción de mercancías.<sup>56</sup> Desde otro punto de vista, la denominada crítica “posmoderna”<sup>57</sup> considera que la razón ha dejado de ser el eje organizador de la vida en beneficio de una pluralidad heterogénea de pretensiones al conocimiento. Es esta pluralidad la que explicaría la “desintegración del mundo”; es decir, que éste no se concibe más como un bloque único, sino como un auténtico mosaico de elementos disímbolos y frecuentemente contradictorios. Vale la pena detenerse brevemente en algunas de las críticas a la modernidad.

Un primer argumento cuestiona las consecuencias de la secularización, que habrían producido el “desencantamiento del mundo” y la pérdida del sentido trascendente de la vida. Así, aunque la desacralización liberó al hombre de la voluntad divina, también permitió que la racionalidad instrumental tomara un lugar sobresaliente en la orientación de la acción. Los criterios de eficacia o de costo-beneficio adquirieron un valor preponderante en la determinación de los cursos (racionales) de acción,<sup>58</sup> dejando a un lado otras consideraciones posibles de la acción social.<sup>59</sup> Las consecuencias “perversas” de esta situación estarían a la vista (*i. e.* la subordinación del medio ambiente a las exigencias inmediatas de la producción industrial; la prioridad otorgada al crecimiento económico sobre la igualdad en la distribución de bienes e ingresos).<sup>60</sup>

Otro argumento critica el individualismo. En efecto, aunque se reconoce que la libertad individual es una de las conquistas más importantes de la modernidad, la supremacía del desarrollo personal supondría la destrucción de los órdenes y jerarquías sociales que otorgaban un sentido trascendente a la acción individual. El individualismo habría conducido al hombre a un repliegue sobre sí mismo, y

56 Toffler, *op. cit. supra*, nota 52, pp. 139 y ss. Por su parte, Touraine sostiene que la sociedad programada es “aquella en que la producción y la difusión masiva de los bienes culturales ocupan el lugar central que había sido el de los bienes materiales de la sociedad industrial”. Touraine, *op. cit. supra*, nota 39. En este tipo de sociedad, las industrias culturales sustituyen a las formas tradicionales de control social.

57 Sobre el posmodernismo, véase Lyotard, Jean-Francoise, *The Post Modern Condition*, Minneapolis, University of Minesota Press, 1985; Featherstone, Mike, “In Pursuit of the Postmodern: An Introduction”, *Theory, Culture and Society*, vol. 5, núms. 2-3, 1988, pp. 195-215; Lash, Scott, *Sociology of Postmodernism*, Londres-Nueva York, Routledge, 1990; Seligman, Adam B., “Towards a Reinterpretation of Modernity in an Age of Postmodernity”, en Turner, Bryan S. (ed.), *op. cit. supra*, nota 36, pp. 117-135; Smart, Barry, “Modernity, Postmodernity and the Present”, en Turner, Bryan S. (ed.), *op. cit. supra*, nota 36, pp. 14-30; Smart, Barry, *Postmodernity*, Londres-Nueva York, Routledge, 1993; Turner, Bryan S., “Periodization and Politics in the Postmodern”, en Turner, Bryan S. (ed.), *op. cit. supra*, nota 36, pp. 1-13.

58 Véase Becker, Gary, “The Economic Approach to Human Behavior”, en Elster, Jon (ed.), *Rational Choice*, Nueva York, New York University Press, 1986, pp. 108-122.

59 Una crítica a las alternativas a las teorías de la acción racional en Elster, Jon (ed.), *op. cit. supra*, nota 58, pp. 22-27.

60 Taylor, *op. cit. supra*, nota 33, pp. 12 y ss.

a una preocupación desmedida por el “yo” que desintegraría la preocupación por los otros y la sociedad.<sup>61</sup>

Desde el plano institucional, la racionalidad propia de la modernidad nos habría creado una “jaula de hierro” donde las opciones de acción estarían restringidas por las instancias burocráticas estatales y la lógica del mercado.

Las críticas anteriores resultan de escasa utilidad cuando se intenta una explicación integral del significado de la modificación de los órdenes tradicionales por la nueva situación de la modernidad. En efecto, aunque justas, se limitan a señalar ciertas tendencias desintegradoras producidas como consecuencia de la modernidad, sin por ello poder prescindir de esos elementos en la explicación misma de las condiciones modernas. Dicho de otro modo, esos elementos (*i. e.* el individuo, la racionalidad, etcétera) están presentes en los fundamentos de la sociedad moderna. Por tanto, resulta en cierto modo un contrasentido hablar de posmodernidad, pues el mundo de finales del siglo XX permanece inscrito en el paradigma de la modernidad. En cierto modo, lo que sucede es que vivimos las consecuencias extremas de la propia modernidad.

Quizá por lo anterior nos encontramos con la sensación de haber sido atrapados por una cascada de acontecimientos que no logramos entender del todo, y que nos arrastran hacia un futuro incierto. En el apartado siguiente presentaremos algunas ideas que resultan sugerentes para comprender la dinámica de la modernidad.

### C. Hacia una tipología de la sociedad moderna

Nadie duda de que las transformaciones ocurridas durante los últimos cuatro siglos han tenido un impacto tan significativo que cambiaron de manera radical los modos de vida en todo el planeta. Siguiendo las ideas de Anthony Giddens,<sup>62</sup> podemos sostener que la modernidad produjo una serie de discontinuidades tan importantes en las instituciones que provocó una diferencia capital entre los órdenes sociales tradicionales y los modernos (véase *infra* tabla PI). Estas discontinuidades se manifiestan en la velocidad de los cambios, en su ámbito de aplicación (referido sobre todo a la supresión de las barreras a la comunicación) y en la naturaleza misma de las instituciones “modernas”.<sup>63</sup>

¿Cómo es posible explicar estas discontinuidades que han afectado de manera tan profunda las relaciones sociales? ¿En qué consiste el dinamismo de la mo-

61 *Ibidem*, pp. 10-12, 21 y ss.

62 Seguimos de cerca la exposición de Giddens en su libro *Consecuencias de la modernidad*, *op. cit. supra*, nota 33, pp. 28 y ss.

63 Al respecto, Giddens afirma “algunas formas sociales modernas, tales como el sistema político del Estado-nación o la dependencia generalizada de la producción a partir de fuentes inanimadas de energía y la completa mercantilización de los productos y del trabajo asalariado, simplemente no se dan en otros períodos históricos. Otras (por ejemplo la ciudad) sólo poseen una aparente continuidad con los órdenes sociales anteriores”. *Ibidem*, p. 19.



dernidad, que ha permitido que se imponga de manera tan definitiva sobre los órdenes tradicionales? Éstas podrían explicarse, de acuerdo con Giddens, por tres procesos propios de la modernidad.

El primero consiste en que en la modernidad se produce la separación del tiempo y el espacio<sup>64</sup> y su recombinación, de un modo tal que permite una precisa “regionalización” de la vida social. En la sociedades premodernas, tiempo y espacio estaban ligados necesariamente. El “cuándo” estaba ligado al “dónde”, o identificado por la regularidad de los fenómenos temporales. La aparición del reloj mecánico y su difusión permitió expresar dimensiones uniformes de tiempo vacío que permitió la designación de “zonas” del día.

El “vaciado temporal” permitió posteriormente el “vaciado espacial”, ya que la coordinación a través del tiempo supuso el control del espacio. El desarrollo del espacio vacío puede entenderse como la separación del espacio y el lugar, entendido éste como el “local” que refiere a los asentamientos físicos de la actividad social ubicada geográficamente. En efecto, en las sociedades premodernas, espacio y lugar siempre coincidían; en las sociedades modernas, la separación del espacio y el lugar permite las relaciones entre los “ausentes”, localizados a distancia, pero interactuando a través del espacio.<sup>65</sup>

Las consecuencias de la separación de tiempo y espacio son múltiples e importantes. Entre ellas podemos señalar que permite nuevas posibilidades de organización, donde interactúa lo local con lo global. Además, se amplía el potencial de la acción humana, que se libera de las restricciones temporales y espaciales. Lo anterior creó, por ejemplo, las condiciones básicas de operación y organización de las empresas transnacionales o las organizaciones internacionales.

Junto con la separación del tiempo y espacio, el segundo proceso es el “desanclaje”;<sup>66</sup> es decir, el “despegue” de las relaciones sociales de sus contextos locales de interacción y su reestructuración en intervalos indefinidos de tiempo-espacio. El desanclaje se produce mediante dos tipos específicos de mecanismos. El primero es la creación de señales simbólicas;<sup>67</sup> el segundo, el establecimien-

64 *Ibidem*, pp. 28-32.

65 El ejemplo más obvio nos remite a las posibilidades generadas por los medios de comunicación a distancia.

66 Giddens, A., *Consecuencias de la modernidad*, op. cit. supra, nota 33, pp. 32-44.

67 Por “señales simbólicas” entiende “los medios de intercambio que pueden ser pasados de unos a otros sin consideración por las características de los individuos que los manejan en una particular coyuntura”. Entre otros, se encuentran los medios de legitimación política y el dinero. *Ibidem*, pp. 32-33.

to de sistemas expertos.<sup>68</sup> En ambos casos, estos mecanismos dependen de su fiabilidad.

El tercer proceso es la modernidad reflexiva;<sup>69</sup> esto es, que las prácticas sociales son examinadas constantemente y reformadas a la luz de la nueva información sobre esas mismas prácticas. En cierto modo, todas las prácticas sociales están constituidas por los conocimientos que los actores tienen sobre ellas mismas. Sin embargo, en la modernidad, esta convención se aplica a todos los aspectos de la vida humana, incluyendo la reflexión misma. Lo anterior explica porqué la ecuación conocimiento-certidumbre se rompió en la modernidad, pues hoy somos modernos en un mundo construido de conocimiento aplicado reflexivamente, donde ese conocimiento puede ser siempre revisado. Así “bajo las condiciones de modernidad ningún conocimiento es conocimiento en el antiguo sentido del término, donde ‘saber’ es tener certeza”.<sup>70</sup>

Tomando en conjunto estos tres rasgos, es posible entender en qué sentido la sociedad moderna vive momentos de incertidumbre. Las transformaciones introducidas por la modernidad generaron un entorno de dos caras. Por un lado, enormes posibilidades pero, simultáneamente, zonas de riesgo nunca antes conocidas. En cierto sentido, la sociedad moderna es una sociedad de riesgo.<sup>71</sup> El cuadro siguiente sintetiza todo lo anterior:

*Cuadro P.1: Entornos de fiabilidad y riesgo en culturas premodernas y modernas*

*Premodernas*

*Modernas*

Contexto general:

Primordial importancia de la fiabilidad localizada.

Contexto general:

Las relaciones de fiabilidad atribuidas al desanclaje de los sistemas abstractos.

*Ambiente de confianza*

1. *Relaciones de parentesco* como mecanismo estabilizador de los vínculos sociales a través del espacio tiempo.

1. *Relaciones personales* de amistad o intimidad sexual como medios de establecer vínculos sociales.

68 Por “sistemas expertos” se entiende “sistemas de logros técnicos o de experiencia profesional que organizan grandes áreas del entorno material y social en el que vivimos”. Por ejemplo, el sistema financiero, el sistema de seguridad social o el sistema de transportación aérea. *Ibidem*, p. 37.

69 *Ibidem*, pp. 44-51.

70 *Ibidem*, p. 47.

71 *Ibidem*, pp. 119 y ss.

### *Ambiente de confianza*

- |                                                                                                                                                                         |                                                                                                                                     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>2. <i>La comunidad local como lugar</i> que proporciona un entorno familiarizado.</p>                                                                                | <p>2. <i>Los sistemas abstractos como</i> medios de establecer relaciones a través de las infinitas esferas del espacio-tiempo.</p> |
| <p>3. <i>Las cosmologías religiosas</i> como modos de creencias y prácticas rituales que proveen una interpretación providencial de la vida humana y la naturaleza.</p> | <p>3. <i>Orientación al futuro</i>, pensamiento contrafáctico como medio de conectar pasado y presente.</p>                         |
| <p>4. <i>La tradición</i> como medio de conexión del presente con el futuro; pasado orientado en tiempo reversible.</p>                                                 |                                                                                                                                     |

### *Ambiente de riesgo*

- |                                                                                                                                                                                       |                                                                                                                                  |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>1. Amenazas y peligros que emanan de la <i>naturaleza</i>, como la prevalencia de enfermedades infecciosas, inestabilidad del clima, inundaciones y otros desastres naturales.</p> | <p>1. Amenazas y peligros que emanan de la <i>índole reflexiva</i> de la modernidad.</p>                                         |
| <p>2. La amenaza de violencia <i>humana</i> proveniente del merodeo de ejércitos, guerreros locales, bandoleros o ladrones.</p>                                                       | <p>2. La <i>amenaza de violencia humana</i> proveniente de la industrialización de la guerra.</p>                                |
| <p>3. Riesgo de <i>perder la gracia divina</i> o de influencias mágicas maléficas.</p>                                                                                                | <p>3. Riesgo de carecer del sentido <i>personal</i> de la vida, derivado de la flexibilidad de la modernidad aplicada al yo.</p> |

Fuente: Giddens, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, Madrid, Alianza Editorial, 1993, p. 100.

Una vez que hemos caracterizado la sociedad moderna, cabe preguntarse por el lugar del derecho en la modernidad.

## III. EL “DERECHO MODERNO”

La ecuación derecho y modernidad contiene dos términos de múltiples significados. No resulta así sorprendente que esta expresión se utilice para referirse a diferentes fenómenos.<sup>72</sup> Por ello precisaremos el sentido que le otorgaremos

<sup>72</sup> Por ejemplo, existen numerosas referencias a diferentes “modernizaciones” del derecho operadas en distintos países a lo largo del tiempo. En este sentido, “modernizarse jurídicamente” significa sencillamente una modificación del marco jurídico respecto a su antecesor. En otro sentido, recientemente se ha utilizado el concepto de “modernización” del derecho cuando se modifica un

en este trabajo.<sup>73</sup> Analizaremos, en primer lugar, la tensión que existe en el derecho moderno (A) para después proceder a su caracterización (B).

### A. La tensión del derecho moderno

Debido a la influencia de Weber, la modernidad del derecho se ha identificado fundamentalmente con su racionalización progresiva;<sup>74</sup> es decir, con el empleo de reglas generales que permiten definir *a priori* las decisiones de las instituciones jurídicas, condición necesaria para la operación de una economía de mercado donde los agentes requieren de certidumbre en la toma de decisiones futuras.<sup>75</sup>

sistema jurídico para acercarlo en su diseño institucional al de los países desarrollados; en particular, al modelo angloamericano, el cual resultaría el más eficaz en la construcción de una economía de mercado.

73 Sobre modernidad y derecho, véase Friedman, Lawrence M., *The Republic of Choice. Law, Authority, and Culture*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1990; Gagne, Gilles, "Les transformations du droit dans la problématique de la transition à la postmodernité", en Belley, Jean-Guy, y Issalys, Pierre (eds.), *Au frontières du juridique. Etudes interdisciplinaires sur les transformations du droit*, Quebec, Université Laval, 1993, pp. 221-253; Galanter, Marc, *Law and Society in Modern India*, Delhi-Bombay-Calcuta, Oxford University Press, 1989; Garapon, Antoine, "Le sujet de droit", *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, núm. 31, 1993, pp. 69-83; Kulcsar, Kálmán, *Modernization and Law*, tr. de Véra Gáthy, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1992; Reich, Norbert, "Formas de socialización de la economía: reflexiones sobre el post-modernismo en la teoría jurídica", en Corcuera, Javier, y García, Miguel Ángel (eds.), *Derecho y economía en el Estado social*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 95-119; Roth, Andre-Noel, "El derecho en crisis: ¿fin del Estado moderno?", *El papel del derecho en la post-transición democrática*, Oñati, España, Instituto Internacional de Sociología del Derecho, 1993, p. 16; Serrano Gómez, Enrique, *Legitimación y racionalización. Weber y Habermas: la dimensión normativa de un orden secularizado*, Barcelona, Anthropos-Universidad Autónoma Metropolitana, 1994; Sousa Santos, Boaventura, "Droit: une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit", *Droit et Société*, núm. 10, 1988, pp. 363-388, y "La transición postmoderna: derecho y política", *Doxa*, núm. 6, 1989, pp. 223-263; Toharia, José Juan, "Derecho y desarrollo: el caso de España", *Documentación Jurídica*, núm. 17, 1978, pp. 41-148; Mangabeira Unger, Roberto, *Law in Modern Society. Towards a Criticism of Social Theory*, Nueva York, The Free Press, 1976.

74 Según Weber, la racionalización del derecho estaría condicionada por la distinción entre "derecho formal" y "derecho material". Una ley es "formal" relativamente a un sistema de principios y de proposiciones jurídicas primarias si es posible deducirla de esas proposiciones únicamente mediante reglas lógicas. El derecho formal es entonces un sistema en el cual el conjunto de normas obedece únicamente a la lógica jurídica sin la intervención de consideraciones exteriores al derecho. Una ley es material si se conforma a consideraciones éticas, religiosas, económicas o políticas. El derecho material es un sistema que se refiere a elementos extrajurídicos. Véase Weber, Max, *Sociologie du droit*, int. y tr. de J. Grosclaude, París, Presses Universitaires de France, 1986, p. 20 (la versión en español de la sociología del derecho de Weber se encuentra en *Economía y sociedad*, op. cit. supra, nota 50, pp. 498-660. Las citas que utilizamos en este trabajo están tomadas de la versión en francés, aunque señalamos en seguida la referencia correspondiente a la versión en español).

75 *Ibidem*, p. 21; véase también Freund, J., op. cit. supra, nota 40, pp. 214-232. Vale la pena señalar que Weber indica que la racionalización no supone una conformidad necesaria entre las conductas y los contenidos normativos.

La racionalización derivaría fundamentalmente de un proceso evolutivo que Weber ha sintetizado como sigue:

El desenvolvimiento general del derecho y del procedimiento, estructurado en “etapas teóricas” de desarrollo, conduce de la revelación carismática a través de profetas jurídicos, a la creación y aplicación empírica del derecho por notables (creación cautelar de acuerdo con los precedentes); después al “otorgamiento” del derecho por el *imperium* profano y los poderes teocráticos y, por último, al “derecho sistemáticamente estatuido” y a la “aplicación” del mismo por juristas especializados, sobre la base de una educación letrada de tipo lógico-formal. Las cualidades formales del derecho se desarrollan partiendo de una combinación de formalismo mágicamente condicionado y de la irracionalidad, condicionada por la revelación, del procedimiento jurídico primitivo, eventualmente a través de una racionalidad material y antiformalista racional con arreglo a fines condicionada teocrática y patrimonialmente, hacia la sistematización y creciente racionalidad jurídica especializada y, por tanto, lógica y, con ello —primeramente desde un punto de vista puramente exterior— hacia una mayor sublimación lógica y una creciente fuerza deductiva del derecho, lo mismo que hacia una creciente técnica crecientemente racional del procedimiento jurídico.<sup>76</sup>

La obra de Weber tenía por objeto mostrar la especificidad de la civilización capitalista occidental. Su preocupación principal era determinar las vías y el destino de la racionalización del derecho específico de Occidente. Weber muestra cómo, por un conjunto de razones históricas precisas, sólo en Occidente se alcanzó plenamente el estadio de un derecho elaborado de juristas profesionales.<sup>77</sup> En este proceso, las circunstancias económicas tuvieron un papel muy importante, pero no el único, en la formación de esas características propias del derecho occidental actual y que el mismo Weber resume como sigue:

para los interesados en el mercado la racionalización y sistematización del derecho significaron en general, con la reservas que examinaremos más adelante, una creciente posibilidad de cálculo del funcionamiento de la administración de justicia, que es una de las más importantes condiciones previas de las empresas económicas de carácter permanente, especialmente aquéllas de tipo capitalista que han menester de la “seguridad jurídica del comercio”.<sup>78</sup>

76 Weber, *op. cit. supra*, nota 74, pp. 221 y ss. (versión en español pp. 649 y ss.). Una lectura superficial de este párrafo podría indicar un pensamiento simplemente evolutivo. Nada más alejado del complejo sistema de Weber. Este párrafo debe ser entendido como la exposición de los tipos ideales de la génesis histórica del derecho. Para Weber, un tipo ideal se obtiene “acentuando unilateralmente uno o varios puntos de vista y encadenando una multitud de fenómenos aislados, difusos y discretos, que se encuentran en gran o en pequeño número, en conjunto o aislados, y que se ordenan según un punto de vista seleccionado unilateralmente para formar un pensamiento homogéneo”. El tipo ideal es una “racionalización utópica” para fines de explicación pero que no se encuentra jamás en la realidad histórica o empírica concreta. Véase Freund, *op. cit. supra*, nota 40, pp. 52 y ss.

77 Weber, *op. cit. supra*, nota 74, p. 222 (versión en español, p. 650).

78 *Ibidem*, p. 223 (versión en español, p. 651).

Ahora bien, Weber expone en seguida que el desarrollo de este derecho moderno tiene como consecuencia necesaria un relajamiento del formalismo jurídico y el desarrollo de tendencias de derecho material, pues la lógica jurídica puramente profesional contenida en la máxima “lo que el jurista no puede ‘pensar’ en función de los ‘principios’ derivados del trabajo científico no existe ‘jurídicamente’, conduce inevitablemente a resultados que destruyen las expectativas de los particulares”. Así, “un derecho de juristas no puede ni ha podido nunca satisfacer las expectativas de los profanos a menos que renuncie totalmente al carácter formal que le es inmanente”.<sup>79</sup>

En otras palabras, Weber muestra cómo existe una tensión permanente en el derecho occidental entre uno formal-racional y un derecho material-racional. Ésta es la clave de una lectura que nos permite comprender las contradicciones y paradojas del derecho moderno. Por una parte se encuentra, debido a una variedad de razones, sujeto a una creciente formalización, pero cuya consecuencia es su incapacidad para responder materialmente a las expectativas de sociedades cada vez más complejas. El derecho oscila así entre demandas cada vez mayores, producto de la racionalización creciente, y un “desencantamiento”, consecuencia de las limitaciones propias de la formalización.

### B. *Hacia una caracterización del derecho moderno*

Como señalamos anteriormente, la modernidad incluye como ejes centrales racionalidad, secularización e individuo, que interactúa en agrupamientos organizativos concretos. Por ello, el “derecho moderno” comparte esos elementos considerados en conjunto.

Así, la referencia al “derecho moderno” supone dar cuenta de la dimensión normativa específicamente jurídica del mundo secularizado, propio de la civilización occidental.<sup>80</sup> Ello incluye, además de la racionalización, el reconocimiento de individuos a los que otorga “derechos” (humanos y políticos) en espacios sociales y temporales determinados (el Estado-nacional), y que permite la organización de la producción bajo reglas determinadas.<sup>81</sup> Todo lo anterior se desen-

79 *Ibidem*, p. 225 (versión en español, p. 652).

80 Harold Berman, en su obra *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1983, describe las características de la “tradición jurídica occidental”. Entre ellas destacan, sobre otras, la separación relativamente tajante entre instituciones jurídicas y otro tipo de instituciones; la administración de las instituciones jurídicas a un grupo especial de personas que se ocupan preferentemente de las actividades jurídicas; la enseñanza especializada que reciben los profesionales del derecho; que el derecho se concibe como un sistema integrado y orgánico. Véase *infra* capítulo II, sección I, B, 1.

81 Una manera de caracterizar el derecho moderno es por oposición al derecho de las sociedades tradicionales. En este sentido, el antropólogo del derecho Norbert Roulard propone cuatro criterios de diferenciación: el papel del tiempo (en las sociedades tradicionales el tiempo no crea el derecho; en las modernas, el derecho juega con el tiempo); el lugar que se le otorga al individuo; el control

vuelve dentro de las condiciones de alta modernidad que suponen una modificación significativa en las condiciones tradicionales de operación del derecho.

En un reciente ensayo, el profesor Lawrence Friedman ha propuesto seis rasgos que caracterizarían el derecho moderno de las sociedades contemporáneas,<sup>82</sup> principalmente de los países industrializados. Éstos son los siguientes:

- La velocidad del cambio. Aunque los sistemas jurídicos nunca han sido estáticos, la rapidez de las modificaciones en el sistema jurídico moderno es una novedad, debida en parte a los cambios tecnológicos y las demandas crecientes de las clases medias.
- Densidad y omnipresencia. Los sistemas jurídicos modernos son más significativos y cubren más campos de la vida social que en el pasado, pues prácticamente cada aspecto de la vida social tiene su correspondiente regulación jurídica. A este fenómeno se le ha denominado juridización o legalización.
- Legitimidad de carácter instrumental. Los individuos y grupos conciben el derecho como un instrumento para alcanzar objetivos determinados y consideran que esto es perfectamente correcto.
- Derechos humanos. El sistema jurídico moderno se sustenta en los derechos básicos o fundamentales (humanos) contenidos en las Constituciones que se convierten, al hacerlos valer en los tribunales, en modos de hacer política pública.
- Individualismo. El derecho moderno presupone una sociedad de individuos libres y autónomos. En el centro del individualismo está la noción de derecho. Cada individuo debe poder, más allá de la ausencia de limitaciones, escoger un estilo y forma de vida.
- Globalidad. Las prácticas jurídicas se internacionalizan y trascienden las fronteras y se tiende hacia la convergencia; es decir, la creciente similitud.

Estas características, en conjunto, son útiles para identificar los “sistemas jurídicos modernos”. Sin embargo, ya señalamos cómo la alta modernidad genera nuevas situaciones que plantean problemas jurídicos significativos. En efecto, si admitimos que la modernidad introduce nuevas dimensiones espacio-temporales y que genera ambientes de riesgo específicos, es necesario preguntarse por el papel del derecho en la regulación de este nuevo tipo de relaciones; en particular,

por el hombre del derecho (las sociedades tradicionales tienen tendencia a aislar el derecho; en las modernas, el derecho se utiliza para dominar el tiempo); y por los “absolutos” de la ley (en las sociedades tradicionales la adhesión al orden se da a través del mito; en las modernas, existen otros absolutos a los cuales se refiere la ley (la naturaleza o la voluntad popular). Véase Roulard, Norbert, *Anthropologie juridique*, París, Presses Universitaires de France, 1988, pp. 341 y ss.

82 Friedman, Lawrence M., “Is There a Modern Legal Culture?”, *Ratio Juris*, vol. 7, núm. 2, 1994, pp. 117-131.

frente a la tensión permanente que existe entre la alta formalización de esos sistemas y las exigencias de respuestas eficaces e inmediatas en sentido material. Como ya lo señalamos, parece haber una contradicción irresoluble en estos términos.

Sin embargo, existen indicios que permiten ver que la función del derecho se orienta cada vez menos a determinar el *contenido* de las regulaciones que a la *regulación de los espacios*, que permiten la generación de reglas o la solución de conflictos entre los sujetos. En otras palabras, el péndulo se movería hacia la alta formalización de los espacios caracterizados por un estricto apego a las reglas del debido proceso legal y menos a regulaciones que establezcan principios rígidos altamente formalizados. En este proceso, existen nuevos espacios que escapan a los marcos del Estado-nacional y a la creación de nuevas clases de “profesionales del derecho” que interactúan en esos espacios.

En síntesis, la modernidad del derecho se podría definir entonces no sólo en el carácter racional (previsible) de sus reglas y operación, sino también en su capacidad de organizar y estabilizar los espacios de creación y aplicación de las reglas en las sociedades complejas.