

Crisis

DE LOS PARADIGMAS JURÍDICOS

Legal

CRISIS OF PARADIGMS

RESUMEN

Este avance de investigación se refiere al problema, justificación, hipótesis y objetivos, señalando conceptualmente los paradigmas en general y los paradigmas jurídicos, en particular, para luego referirse a la crisis de los paradigmas jurídicos del Estado liberal y del Estado social, señalando el contexto, de esta problemática en la globalización y una síntesis del estado del arte sobre dicha problemática. Igualmente se presenta en este artículo una síntesis del marco teórico y de las soluciones propuestas, que se pretenden proponer en el marco general del surgimiento de un nuevo paradigma, el paradigma del consenso y de la autorregulación en la era de la globalización.

Palabras clave: Paradigmas, Globalización, Estado de Derecho, Estado Social de Derecho, Paradigma del consenso, Paradigma de la autorregulación, Paradigmas jurídicos, Paradigmas jurídicos tradicionales.

ABSTRACT

This progress report refers to the problem, rationale, assumptions and objectives, noting conceptually paradigms in general and the legal paradigms, in particular, then refer to the legal paradigms crisis of the liberal state and the welfare state, signaling the context of these issues in globalization and synthesis of state of the art on this problem. Also presented in this article presents a synthesis of the theoretical framework and the proposed solutions, which are intended to propose in the framework of the emergence of a new paradigm, the paradigm of consensus and self-regulation in the era of globalization.

Keywords: Paradigms, Globalization, Rule of law, Social state of law, Paradigm of consensus, Paradigm of self, Paradigmas legal, Legal traditional paradigms.

JULIO ARMANDO RODRÍGUEZ ORTEGA

Doctor en Derecho Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Laboral y Relaciones Industriales Universidad Externado de Colombia. Magíster Scientiae en Ciencias Políticas Universidad de los Andes de Venezuela. Autor de textos de Derecho Laboral: El Salario, El Contrato de Trabajo, El Nuevo Derecho del Trabajo, El Sindicalismo de confrontación; de Derecho Público: La Legitimidad del Estado Social de Derecho, Los Derechos Fundamentales en Colombia, El Nuevo Constitucionalismo, y de más de 15 artículos publicados en revistas especializadas y visibles en la red. Catedrático universitario por más de 30 años en la enseñanza del Derecho, exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Colombia, exdirector de Postgrados y del Centro de Investigaciones Socio-jurídicas de la misma Universidad. Actualmente profesor de la Universidad Nacional de Colombia. julioarmando07@gmail.com

Recibido:

2 de febrero de 2015

Aceptado:

22 de abril de 2015

INTRODUCCIÓN

La crisis de los paradigmas jurídicos convencionales, se refiere a dos temáticas globales: La crisis de los paradigmas jurídicos del Estado liberal y la crisis de los paradigmas jurídicos del Estado social, cuyos componentes se encuentran ampliamente cuestionados en la actualidad. Por parte del Estado liberal la crisis está centrada en el paradigma de la Legitimidad, y el paradigma de la Democracia. Por parte del Estado social el paradigma del Estado de Bienestar y los ya ampliamente conocidos Derechos Sociales, en su conceptualización y en su justiciabilidad. Todo lo anterior en el contexto y en el impacto que sobre ellos produce la globalización.

Dicha crisis se materializa en el análisis de los textos más representativos y en sus fundamentos teóricos en la doctrina eurocéntrica, que hace varios lustros se refiere a ella. En el caso particular de América Latina se utiliza una información obtenida a través de la metodología observacional descriptiva que caracteriza, sus más importantes componentes de carácter empírico, fundados en una objetiva reflexión y una amplia revisión bibliográfica referente a estos paradigmas cuyas evidencias han sido ampliamente señaladas y caracterizadas y sus componentes, significativamente cuestionados por sus contradicciones, su ineficacia, su injusticia y su creciente ilegitimidad.

El aporte de este trabajo de investigación comienza caracterizando una nueva idea de justicia en la sociedad global, paradigma que

recoge los más representativos aspectos de carácter teórico involucrados en esta categoría jurídico-política que ha adquirido un carácter universal, marcado más allá de la Filosofía y de la Sociología Jurídica, por los compromisos del pacto global y los objetivos del milenio en las metas para la reducción de la pobreza y la búsqueda de la justicia social con ayuda de los nuevos paradigmas, la redistribución, el reconocimiento y la representación.

La investigación se concreta en señalar la reconstrucción de la legitimidad, la democracia y los derechos sociales proponiendo un nuevo paradigma, el paradigma del CONSENSO Y LA AUTORREGULACIÓN como una respuesta a la crisis y a las contradicciones de los paradigmas mencionados, haciendo notar que dicho enfoque supera sus deficiencias, por tratarse de una propuesta pertinente y válida que mediante ejemplos concretos con elementos conceptuales y empíricos, caracterizan una nueva racionalidad jurídica aplicable en el espacio y en el tiempo a la realidad jurídico-política de América Latina, propuesta que supera otros enfoques en tal sentido.

El problema de esta investigación está centrado en que los paradigmas formales del Derecho han demostrado no ser operativos, ni funcionales y se evidencia su incapacidad para articular la legitimidad política, con su validez y con la eficacia social. El Derecho y el constitucionalismo evidencian una crisis generalizada como consecuencia de las tendencias globalizadoras, y se observa una ruptura epistemológica, es decir, un punto de no retorno, que marca el surgimiento y necesidad

de un nuevo paradigma jurídico, enmarcado en los enfoques de la autorregulación y del consenso en la sociedad global.

Se observa un cambio en la localización del poder, el cual se ha transferido de los sujetos estatales que conforman el ámbito político-constitucional, a sujetos económicos y políticos supranacionales. El reto es la institucionalización de un nuevo paradigma que afiance la dualidad de los subsistemas sociales autónomos y las instituciones democráticas clásicas, es decir, el equilibrio entre el sector espontáneo económico empresas y mercado y el sector político Estado e instituciones políticas.

La crisis de los paradigmas formales del Derecho está ligada a la insuficiencia de su modelo de racionalidad que exige mecanismos nuevos, mecanismos reflexivos de resolución de conflictos e institucionalización de un paradigma del Derecho reflexivo, en la sociedad global. Se trata de reconstituir el Derecho y el constitucionalismo, es decir, formalizar en términos jurídicos el nuevo cambio de poder entre las instituciones políticas y los sujetos económicos, atenuando la primacía global de la economía a partir de una sociedad civil global, que desde espacios políticos y democráticos, esto es, una democracia deliberativa, se proyecte hacia una racionalidad reflexiva y en consecuencia a la reformulación o rematerialización del Derecho.

La Justificación tiene como fundamento que la globalización y la sociedad multicultural alteran sustancialmente las bases del Estado

Social y Democrático de Derecho y obligan a replantear los paradigmas jurídicos formales tales como, la legitimidad, el Estado, la democracia y los derechos fundamentales¹. Con la globalización se han ido institucionalizando cambios en la localización del poder, el cual se ha transferido de los sujetos estatales que conforman el ámbito político-constitucional, a sujetos económicos y políticos supranacionales. Organizaciones globales de carácter privado producen cada vez más normas sustantivas sin recurrir al Estado, sin legislación nacional, sin tratados internacionales.

En la esfera global no existe ni tiene relevancia una Constitución Política o Económica, que gobierne las relaciones sociales. Por el contrario, en la esfera mundial emergen de manera espontánea multiplicidad de subconstituciones, vínculos de Derecho global con otros subsistemas globales, que hasta ahora han escapado al gobierno constitucional, dominado por la política en los Estados nacionales. Para la materialización de la democracia y de los derechos humanos en el contexto internacional, se busca promover la justiciabilidad de los derechos sociales y la viabilidad de la democracia, dando paso a una estrecha relación entre Justicia Constitucional y Justicia Internacional.

Son básicamente **dos preguntas** sobre las cuales está centrada la presente investigación:
1. ¿Se evidencia una crisis en los paradigmas convencionales del Derecho, que no se basa

1. DENNINGER, Erhard y GRIMM, Dieter. *Derecho Constitucional para la sociedad, Multicultural*. Madrid: Trotta, 2007, p. 6.

ya en decisiones estatales, sino en procesos sociales más o menos organizados que caracterizan su propia deconstrucción? 2. ¿La crisis del Derecho está ligada a la insuficiencia de su modelo de racionalidad que exige mecanismos nuevos, mecanismos reflexivos de resolución de conflictos e institucionalización de nuevos paradigmas del Derecho en la sociedad global? En síntesis se trata de explorar, profundizar e interpretar la crisis en los paradigmas formales del Derecho en la globalización y el surgimiento del paradigma de la autorregulación y del consenso en la sociedad global.

La **Hipótesis** pretende demostrar la evidencia de una crisis en los paradigmas formales del Derecho, como consecuencia de la globalización, la cual afecta los ordenamientos jurídicos nacionales, haciéndose notorias sus falencias en la tutela de los Derechos Sustantivos por sus connotaciones económicas y además por los déficits democráticos y la crisis de legitimidad. Frente a esta situación se identifican las demandas de justicia global, la reconstrucción del Estado y la democracia, y los derechos sociales haciéndose necesarios mecanismos reflexivos, y mecanismos de diferenciación que se adapten a las múltiples necesidades de la compleja sociedad de la globalización.

Esta problemática se vehiculiza o se materializa por el surgimiento del Derecho reflexivo, que reformula los paradigmas tanto del Derecho formal, como del Derecho material, en procura de lograr una validez jurídica, que garantice la coordinación de sistemas altamente complejos y autónomos hacia la co-

rrespondiente integración social, es decir, un modelo, que involucre no solo la complejidad de la sociedad global en su conjunto, sino la construcción de un nuevo tipo de Derecho, en su función, en su legitimación, y en su estructura: El paradigma Derecho reflexivo, para la sociedad global.

Como **objetivo** general se pretende evidenciar una crisis en los paradigmas formales del Derecho, frente a las necesidades de la sociedad moderna, que se materializa en la falta de creencia en su capacidad de resolver conflictos, modelo que corresponde a necesidades funcionales de una sociedad distinta de esta en la que vive el hombre contemporáneo. En tal sentido señalar que frente a esta situación se exigen mecanismos reflexivos, mecanismos de diferenciación que permitan al Derecho demostrar su eficacia social y que aseguren la validez jurídica y la integración social construyendo un nuevo tipo de Derecho, en su función, en su legitimación y en su estructura.

Los objetivos específicos buscan evidenciar una crisis en los paradigmas formales del Derecho, frente a las necesidades de la sociedad compleja, que afecta los ordenamientos jurídicos nacionales y el constitucionalismo. Señalar que frente a esta situación se exigen mecanismos reflexivos de resolución de conflictos, integración social; de búsqueda legitimidad y de eficacia social y al mismo tiempo proponer la construcción de nuevos modelos teóricos, para explicar el funcionamiento de instituciones jurídicas, más allá del simple estudio de normas, es decir, en su función, en su legitimación y en su estructura. Demos-

trar y proponer el paradigma del Derecho reflexivo, como solución a la crisis planteada, evidenciando su viabilidad para afrontar los problemas de eficacia y legitimidad derivados de los déficits democráticos que caracterizan la estructura interna del Derecho que ha permanecido inamovible frente a las demandas externas, y que solo se ha cambiado mediante revoluciones o cambios políticos drásticos.

LOS PARADIGMAS JURÍDICOS: SU NATURALEZA Y SU CRISIS

El concepto de Paradigma, que se utiliza en esta investigación, se ha generalizado y es frecuente su uso en las Ciencias Jurídicas, pues se refiere a los grandes hitos que han marcado la historia del Derecho, especialmente en lo referente a un conjunto de principios, a ciertos criterios metodológicos y epistémicos que constituyen una concepción doctrinaria más o menos coherente, pero sobre todo relevante en la práctica jurídica. Sin embargo fue Thomas Kuhn, quien introdujo en el campo epistemológico la noción de Paradigma, aplicada en principio a las ciencias duras y aludiendo a un conjunto entramado de conocimientos, prácticas científicas, criterios estandarizados, de aceptabilidad de los enunciados y concepciones acerca de los fundamentos propios de una determinada rama del saber y compartidos por la comunidad científica².

En el campo jurídico, el término Paradigma se ha generalizado y es frecuente su uso, por ejemplo para referirse al paradigma, iusnaturalista, positivista, realista, crítico o sistémico, casi siempre referidos a un conjunto de principios, criterios metódicos o epistémicos, muy generales, caracterizados a grandes rasgos que pretenden constituirse como una concepción doctrinaria o como una teoría jurídica olvidando que han ignorado sus dimensiones éticas, políticas y teleológicas y sobre todo comprender que el fenómeno de la juridicidad implica tener en cuenta la naturaleza y la interacción humana.

El siglo pasado se caracterizó por el indiscutible predominio de dos paradigmas jurídicos, esto es el iusnaturalismo y el iuspositivismo, de tal forma que los juristas centraban su quehacer científico en el estudio e interpretación de las normas, su organización sistemática, su consistencia lógica y su descisibilidad³. En forma reiterada se ignoraba el Derecho como creación humana y particularmente su contenido ideológico, su papel en el juego del poder, los intereses en pugna, las interpretaciones y operadores jurídicos, sin atender mucho su facticidad, su legitimidad y sobre todo su eficacia y su justicia, pues se trataba en principio de las grandes codificaciones, en forma de textos, códigos y proposiciones normativas.

En igual sentido otros paradigmas fueron apareciendo para hacer frente al Derecho prefor-

2. KUHN, Thomas: *La estructura de las revoluciones científicas*. México: FCE, 1971, p. 32. Para Kuhn, la ciencia es el resultado de un proceso sucesivo y en constante evolución, dentro del cual, se ubican fenómenos, a los que este filósofo denominó como: paradigmas, comunidad científica, crisis, inconmensurabilidad, revolución científica, a los que se enfrentan los científicos, en su trabajo de resolución de los enigmas, que plantea la naturaleza de la ciencia, para llegar, cada vez más cerca a la verdad.

3. CARCOVA, Carlos María. *Las teorías jurídicas postpositivistas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. p. 57.

mulado por los juristas, cuando la dogmática jurídica a través de sus métodos de interpretación de la Norma, entendió que el Derecho debe responder a los desafíos sociales, pues el contexto en el que está inserto es un sistema de acción muy bien conectado con el entorno social, lo que dio lugar al surgimiento de los derechos fundamentales y los derechos sociales, incorporados en las Constituciones como fruto de rupturas o revoluciones políticas y económicas.

Los paradigmas jurídicos tradicionales están en crisis: No solo los paradigmas jurídicos del Estado liberal, esto es, sus criterios de legitimidad y sus instituciones democráticas, sino también los del Estado social, esto es, el Estado de Bienestar y la institucionalización progresiva de los Derechos sociales. Paradigmas como el Derecho de propiedad en el Estado liberal, están seriamente cuestionados, por la alta concentración de la riqueza y de los ingresos que en el campo global y local han alcanzado. Los foros sociales del mundo están alcanzando límites nunca antes vistos y el **giro social del Derecho** ha resultado abiertamente insuficiente.

El mundo enfrenta claramente una situación de crisis e incertidumbre económica, que está llevando a millones de seres humanos a la desesperanza, porque intuyen que sus expectativas de mejora material están en peligro de ser eliminadas por obra y gracia de la recesión económica internacional que ha generado en la era de la globalización, millones de desempleados, significativo aumento de las grandes desigualdades económicas. Se evidencia la

necesidad de proponer nuevas ideas, nuevos conceptos, nuevas teorías, para encontrar referentes teóricos, que permitan diseñar soluciones para los graves problemas y riesgos a que está abocada la humanidad, por la falla de sus instituciones⁴.

El paradigma liberal del Derecho con su propia idea del modelo de sociedad, pronto fue sustituido por el paradigma del Estado social, adquiriendo el Derecho una dimensión instrumental, con la cual se produce el giro social del Derecho y en consecuencia comienza a hablarse abiertamente de sus crisis. Estos dos paradigmas entraron a competir y sus resultados ahondaron la crisis. Por un lado el paradigma jurídico liberal, manejado por burocracias estatales insensibles ante los problemas sociales y por otro lado el paradigma jurídico ligado al Estado social, que comenzaba a imponerse con éxito⁵.

La discusión sobre estos dos paradigmas jurídicos se tornó reflexiva y se incorporó a la dogmática jurídica, ampliando su ámbito procedimental y organizacional, como forma de regulación retomando su objeto en materias complejas y ámbitos funcionales con su propia dinámica interna en la búsqueda de nuevos paradigmas jurídicos. El **giro social del Derecho** no siempre fue posible por los métodos convencionales, dejando un espacio abierto a los movimientos sociales, para articular el sistema jurídico con el entorno social,

4. GONZÁLEZ, Juan. *Teoría del desarrollo económico neoinstitucional. Una alternativa a la pobreza en el siglo XXI*. México: Porrúa, 2009, pp. 11-13.

5. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1998, p. 469.

especialmente en lo relativo a los derechos sociales a través de normas constitucionales.

Los paradigmas mencionados como tales en este trabajo, son: En el Estado liberal la legitimidad, y la democracia. En el Estado social, los derechos sociales y el denominado Estado de Bienestar; paradigmas que han marcado y siguen marcando un hito en las Ciencias Jurídicas, están siendo señalados por su crisis y por su aproximación a un punto de no retorno, es decir, la posibilidad de ser reemplazados o sustituidos o reconstruidos en forma radical.

El contexto general de esta crisis está marcado por la globalización y las falencias del constitucionalismo son el punto de partida de esta investigación y serán tratados en el **capítulo primero**. La globalización, no solo en su conceptualización jurídica sino entendiendo que el Derecho ha sido receptor de los grandes cambios producidos en la globalización, es decir, no solo se visualizarán las causas sino los efectos de la globalización en la medida en que estén provocando de alguna manera obsolescencias en las instituciones jurídicas y políticas.

Una de estas obsolescencias es la racionalidad actual del Derecho, consistente en que su soberanía, no corresponde a la voluntad general o popular, sino como afirmaba Carl Schmitt⁶, el Derecho es la voluntad de los hombres que

imponen las normas jurídicas y se sirven de ellas y que el llamado ordenamiento jurídico que responde a una racionalidad superior, no es más que la dominación de una élite o grupo de personas que utilizan las palabras orden, paz, humanidad, etc., al servicio de su propia causa, la propiedad y el poder.

Una visión sociológica de la globalización jurídica está centrada en la privatización de lo público y en que el centro de gravedad del Derecho habría pasado de la ley como producto de la voluntad estatal a los contratos entre particulares, aunque estos sean las grandes empresas multinacionales, lo que conlleva una pérdida de soberanía y un significativo protagonismo del Derecho Supranacional y del Derecho Transnacional. El proyecto tiene en cuenta que los grandes protagonistas del Derecho en la globalización, no son ya los legisladores, sino los jueces y los expertos en Derecho que definen los grandes pleitos del Derecho y de los Derechos Humanos.

El Derecho en la globalización es claramente un Derecho poco democrático dada la pérdida de soberanía de los Estados que supone un retroceso en la democracia pues ella opera en el ámbito del Estado y ha sido reemplazada por el Derecho y la justicia en la sociedad global. Pareciera que en la globalización hay un vacío del Derecho Público y que cada día los Derechos Sociales se desvanecen, los derechos políticos se vuelven ineficaces y aparecen instituciones nuevas colocadas fuera del alcance del Estado. Los efectos de la globalización económica se expresan en diversos trata-

6. SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza Editorial, p. 95.

dos bilaterales y multilaterales de comercio e inversión; varios agentes privados desarrollan sus estrategias de acción en términos regionales o globales más que nacionales; distintos actores demandan sus derechos con perspectiva transnacional antes que local, destacándose su movilidad transregional.

Boaventura de Sousa Santos, se ocupa del análisis jurídico en la globalización sobre todo para mirar el papel del Estado frente a la regulación normativa y particularmente frente a los Derechos humanos, esto es el carácter histórico y esencial del Derecho en la sociedad capitalista. Son objeto de su análisis las transformaciones que se están produciendo en la globalización frente a las diferentes significaciones y alcances de los valores de justicia, ley y administración⁷.

Santos, caracteriza la globalización de la economía, que ha perturbado la capacidad reguladora del Estado y ha dado lugar a un conjunto de transformaciones jurídicas, políticas, culturales y epistemológicas que determinan los nuevos rumbos del Derecho y la justicia en la globalización.

7. BOAVENTURA DE SOUSA, Santos. *La globalización del Derecho: Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: ILSA, Ediciones Universidad Nacional de Colombia. Profesor de la Universidad de Coimbra, Portugal. Es defensor de la idea de que unos movimientos sociales y cívicos fuertes son esenciales para el control democrático de la sociedad y el establecimiento de formas de democracia participativa. Su trayectoria reciente está marcada por la cercanía con los movimientos organizadores y participativos del Foro Social Mundial y por su participación coordinando la elaboración de una obra colectiva de investigación denominada "Reinventar la emancipación social: Para nuevos manifiestos".

William Twining⁸, hace una descripción de una teoría general o universal del Derecho, señalando los tópicos y fines, que son comunes a todos los sistemas jurídicos y aquellas similitudes entre los diferentes sistemas, que se encuentran en la base de la naturaleza común del hombre. Más que una teoría global, presenta una teoría jurídica general que contiene las investigaciones históricas, científico-sociales e interpretativas, junto con el papel de los estudios jurídicos comparados. Las obras de Santos y Twining comparten perspectivas y preocupaciones que son objeto de consideración en el estudio del Derecho y la justicia en la globalización. Un "Nuevo sentido común" constituyen los más serios aportes en el estudio del Derecho desde una perspectiva global.

El capítulo segundo describe la CRISIS DE LOS PARADIGMAS JURÍDICOS CONVENCIONALES, tanto del Estado liberal como del Estado social, haciendo notar cómo gracias a la mediación del Derecho, la riqueza se ha concentrado y la pobreza se ha multiplicado, pues como afirmaba Jeremías Bentham, "la propiedad y la ley nacen juntas y mueren juntas, si se tiene en cuenta que antes de las leyes no había propiedad; si se eliminan las leyes toda propiedad cesa" y no existe la menor duda que la propiedad ha alcanzado su

8. TWINING, William. *Derecho y globalización*. Bogotá, Colombia: Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del hombre Editores, 2002, p. 291. Considera Twining que existe una gran oposición entre la teoría y la práctica jurídica, donde sobresale la práctica sobre la teoría, la complejidad de la relación entre ambas debe ser entendida si se quiere comprender el Derecho en su estado actual, interesante si se quiere introducir una nueva teoría jurídica al país. No prestar atención a las relaciones entre la teoría y la práctica jurídica significa desfigurar el fenómeno jurídico.

situación actual, gracias a la organización política de la sociedad, pues la existencia misma de la propiedad privada depende de las instituciones jurídicas públicas y de la acción del Estado⁹.

Robespierre, una de las figuras centrales de la Revolución Francesa, acontecimiento fundamental en el nacimiento de los paradigmas liberales muestra cómo además de sus aportes al republicanismo, insistía en la idea de que no toda propiedad es legítima, pues si atenta contra la libertad, la propiedad no es legítima, puesto que las grandes desigualdades sociales que crean las enormes y desproporcionadas fortunas atentan contra la libertad.

Para Robespierre la gran desigualdad económica es la raíz de la destrucción de la libertad y es la fuente de todos los males. En sus arengas a los legisladores les decía que “realmente no hacía falta una revolución, para explicar al universo que la extrema desproporción de las fortunas es el origen de muchos males y de muchos crímenes¹⁰.”

La tradición republicana, desde Aristóteles, pasando por Cicerón, hasta Robespierre, considera que la ciudadanía plena no es posible sin independencia material o sin un control sobre el propio conjunto de las oportunidades, pues consideran que la libertad política y el ejercicio de la ciudadanía son incompatibles con las relaciones de dominación, mediante

las cuales los propietarios ejercen dominio sobre aquellos que por no ser completamente libres, están sujetos a todo tipo de interferencias, ya sea en el ámbito de la vida doméstica o en el de las relaciones jurídicas, propias de la vida civil, como los contratos de trabajo y la compraventa de bienes materiales¹¹.

Pero no solamente los paradigmas del Estado liberal han entrado en crisis. También en la globalización, el Estado social o el giro social realizado por el Derecho, ha resultado inviable y ha comenzado su desmonte en los mismos países de la Unión Europea, como España, Portugal y Grecia. El Estado de Bienestar surgió después de la Segunda Guerra, expresaba la voluntad de los legisladores, de hacer una intervención pública en la economía y en los asuntos sociales y particularmente en la seguridad social, fue verdaderamente un compromiso histórico que logró frenar muchos estallidos revolucionarios, pero que a pesar de sus interesantes logros, particularmente, en la desactivación de los conflictos sociales, toda esa dicha y esas ilusiones comenzaron a desvanecerse en la era de la globalización, con el resurgimiento del capitalismo salvaje¹².

La fachada de democracia en América Latina demuestra que las élites políticas actúan al

9. STEPHEN, Holmes y CASS R., Sunstein. *El costo de los derechos. Porque la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2011, pp. 80 a 87.

10. RAVENTOS, Daniel. *Las condiciones materiales de la libertad*. Barcelona: El Viejo Topo, 2007, p. 73.

11. Robespierre, líder indiscutible de la insurrección de agosto de 1791, fue miembro de la Comuna revolucionaria de París. Elegido diputado de París en la Convención, formó parte del grupo de la Montaña. La necesidad de implantar un poder fuerte condujo a la creación del Comité de Salvación Pública, al que se incorporó Robespierre en julio de 1793. Desde este puesto desencadenó una campaña de terror, depurando las facciones revolucionarias extremas. Apoyado por las masas populares, intentó llevar a cabo una democratización radical y crear un poder de la virtud. *Ibid* RAVENTOS, p. 77.

12. RAVENTOS, *Ibid.*, pp. 78-79.

amparo de las transacciones entre los tres poderes, los congresistas representan intereses clientelistas, en una especie de corporativismo parlamentario y de hegemonía social, que sobreviene cuando una élite parlamentaria no legisla en general para todos, aunque esconda intereses particulares, sino que simplemente legisla para el beneficio de sus miembros.

García Márquez cuando en su célebre texto “Por un país al alcance de los Niños” afirmó que “en cada uno de nosotros cohabitan, de la manera más arbitraria, *la justicia y la impunidad*; somos fanáticos del legalismo, pero llevamos bien despierto en el alma el leguleyo de mano maestra para burlar las leyes sin violarlas, o para violarlas sin castigo”. Agrega que “nos hemos desgastado luchando contra los síntomas mientras las causas se eternizan”. Y esas causas se encuentran en el uso de la Constitución y la ley como coartadas del propio beneficio personal y en la suplantación del poder ciudadano por una tupida red de clientelismo, corporativismo y complicidades entre los poderes, fuente inagotable para que en cada elección se renueven ante la indolencia o la ingenuidad de una ciudadanía que se contenta con votar o cuando más con que revoquen o deroguen algunos de los actos más abusivos¹³.

Frente a la crisis de los paradigmas jurídicos, hace protagonismo la llamada crisis del capitalismo, como la otra cara de la moneda, provocada por el retorno a los métodos del

capitalismo primitivo: liberalización financiera y comercial, libre circulación de los capitales y de las mercancías, aunque no de las personas, privatizaciones de todo lo público, desregulaciones para todo lo privado **hay menos Estado y más sector privado**, y en lugar de movimientos sociales, imponen sus normas las agencias financieras multinacionales, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo, que con sus llamados ‘planes de ajuste’ manejan de otra manera los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales.

En vez de esto se requiere *transformar* la misma racionalidad de las instituciones jurídicas y políticas, forjando organizaciones y liderazgos, reconstruyendo la legitimidad del Estado y de la democracia perdida en el acontecer de la historia, recuperar los derechos sociales construyendo una nueva teoría de la sociedad, que parta de la autocomprensión de los actores mismos, desarrollando un orden emergente de comunicación, que transforme los estándares normativos, convirtiendo a los hombres en sujetos de su propia historia, no como objetos destinatarios de la regulación o simples componentes de un proceso de comunicación.

Mientras esto sucede, aparecen movimientos de indignados, que ocupan la Puerta del Sol en Madrid, la Plaza Sintagma en Atenas y Wall Street en Nueva York, son los mismos resultados, pues todos están descubriendo, asombrados, que ya no hay empleo, que tampoco hay seguro de desempleo, que se reducen las pensiones, que se recorta la seguridad

13. ARIZA G., Julio. *El discurso narrativo de Gabriel García Márquez. De la realidad política y social a la realidad mítica*. Colombia: Tercer Mundo Editores, 1992, pp. 82-83.

social, que se acaban la educación pública gratuita y las vacaciones pagadas, es decir, que llegó el fin del Estado de Bienestar instalado en Europa durante los años de la posguerra, que nunca logró consolidarse en América Latina a pesar de su llamativa denominación de social-democracia.

Con el debilitamiento de los sindicatos y los partidos de los trabajadores, y con el hundimiento del socialismo real, desapareció el principal elemento disuasorio para el capitalismo real: el miedo a la revolución social. El capitalismo, pudo así retornar, ya sin frenos ni controles, a los métodos inhumanos del llamado capitalismo salvaje propios de sus inicios, que son precisamente los impuestos por el Consenso de Washington. La América Latina, que había llegado tarde a la consolidación del capitalismo con rostro humano, de la segunda mitad del siglo XX, se convierte paradójicamente en el modelo del capitalismo globalizado del siglo XXI, esto es el capitalismo del Estado de malestar.

La orientación política se ve drásticamente limitada y dificultada por dos revoluciones que actualmente se enredan: las dinámicas de la sociedad del conocimiento y de la sociedad mundial. La fuerza motora de la sociedad del conocimiento es la complejidad organizada. Ella se basa en conocimiento especializado y es reforzada por la base de conocimiento multi-abarcante de todos los procesos sociales. En tanto, el momento definitorio de la sociedad mundial es la globalización, entendida como un proceso generalizado que socava los límites nacionales y los resquebraja sobre la

base de las nuevas infraestructuras globales de comunicación y de transacción¹⁴.

El capítulo tercero se refiere particularmente a la NUEVA IDEA DE JUSTICIA EN LA GLOBALIZACIÓN señalando cómo el fenómeno de la desigualdad económica mundial, ha sido asumido por las Naciones Unidas¹⁵ en el PACTO GLOBAL y las 10 metas del Milenio, bajo la bandera de la responsabilidad social. Se asocia la justicia en la explicación del fenómeno de la pobreza y el hambre global, contrario a quienes piensan exclusivamente en términos de factores causales domésticos propios de las sociedades en las cuales ocurren.

El concepto de justicia global, no se sustenta en las consideraciones constitucionales, ni en el concepto de soberanía estatal, sino en la persona humana como sujeto del Derecho Internacional y en la armonización de las legislaciones nacionales con los organismos de la justicia internacional, que particularmente en materia de derechos humanos constituye en el presente siglo el mayor reto que enfrentan los sistemas jurídicos del mundo.

En el ámbito económico y empresarial de manera reiterada se menciona la Responsa-

14. WILLKE, Helmut. Capacidad de rendimiento del Estado. En: Revista *Persona y Sociedad*. Chile: Universidad Alberto Hurtado. 2007, Vol. XXI, N° 2. pp. 9-16. Traducción Aldo Mascareña. Este autor en 1994 obtuvo el Premio Leibniz de la Comunidad de Investigación Alemana. Sus temas centrales de trabajo en la actualidad son teoría de sistemas, teoría del Estado, regímenes de gobierno global, *management* del conocimiento.

15. ONU. Pacto Global de las Naciones Unidas. Comisión mundial sobre la dimensión mundial de la globalización, 2004. Por una globalización justa: Crear oportunidades para todos. Ginebra OIT, 2007.

bilidad Social de la Empresa refiriéndose a la forma como las organizaciones empresariales deben asumir un rol social, frente a los crecientes problemas que están afectando a la humanidad con ocasión de la globalización. En el llamado Pacto global se incluyen los Objetivos de Desarrollo del Milenio hasta el 2015 promovidos por las Naciones Unidas en su intento por sensibilizar al mundo entero de los peligros que ponen en riesgo su propia existencia.

La magnitud de dichos problemas hace ver que son las empresas, los profesionales, el Estado, las instituciones educativas, los padres de familia, los docentes, las universidades, los sindicatos, los gobiernos, las iglesias, entre otras organizaciones, las que deben asumir un rol más protagónico para revertir los flagelos de la humanidad pues se corre el riesgo de ser testigos de la propia destrucción como sociedad¹⁶.

El legislador debe mirar sus leyes como parte del Derecho y no como todo el Derecho. En igual forma los jueces no son los señores del Derecho, son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del Derecho en el Estado Constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia **entre ley, derecho y justicia**. La idea de justicia en la globalización, que aparece en el Capítulo tercero pretende dar una solución a la crisis actual de la justicia caracterizada, por dos nociones, no solo distintas sino opuestas: Una

idea de justicia implícita en el orden del mercado, cuyos criterios son la productividad, la responsabilidad individual, la competencia o la utilidad y la otra idea de justicia propia del populismo clásico, asocia justicia y necesidad, no mira la utilidad o el mérito individual sino ante todo las carencias colectivas, esto es la justicia social.

Por eso en dicho capítulo viene a colación el pacto global y los objetivos del milenio, que crean expectativas de equidad, igualdad de oportunidades, redistribución y reconocimiento, aunque todavía estos componentes, no estén claros en las políticas institucionales y aunque no sean incluidos por la retórica política, ni en sus recursos como metas prioritarias de interés público para la configuración del orden social, para el consenso y para la gestión del conflicto¹⁷.

La coexistencia entre los distintos aspectos que constituyen el Derecho, esto es, justicia, ley y derecho es problemática y guarda una estrecha relación con el carácter práctico del Derecho, su razonabilidad, que requiere la necesidad de un espíritu de adaptación, con el fin de evitar conflictos por soluciones que no satisfacen a todos¹⁸. El Derecho de nuestro tiempo está afectado, por una crisis de su racionalidad interna y que a medida que el Derecho crece y se hace más complejo, su unidad, coherencia y plenitud resultan cada

16. NACIONES UNIDAS. PACTO GLOBAL. Objetivos del Milenio. Parte Introductoria.

17. ESCALANTE G., Fernando. *Especulaciones a partir del concepto de Anomía*. Ponencia leída en el Colegio de México, 1989, pp. 18 y 19.

18. BAZÁN J., Luis. *Racionalidad y razonabilidad en Derecho*. Ponencia presentada en el Congreso Mundial de Filosofía del Derecho. Göttingen, agosto de 1991.

vez más inalcanzables, las regulaciones derivan hacia normas casuísticas y excepcionales y el Derecho se muestra como un orden complejo cuya sistematicidad aparece seriamente amenazada¹⁹.

Razonable es una expresión que se aplica a quien identifica lo necesario que es para la coexistencia, llegar a composiciones, en las que haya espacio para muchas razones. Es terminar el absolutismo de una sola razón y el relativismo de las distintas razones y dar paso al pluralismo, a la razonabilidad. La razonabilidad ha pasado de ser requisito subjetivo del jurista, a requisito objetivo del Derecho, el cual es razonable, cuando permite la composición y la apertura²⁰.

Es en la búsqueda de esa razonabilidad, que consiste la labor de unificación del derecho que tiene asignada como tarea la jurisprudencia, la cual no debe ser ajena a las exigencias de justicia sustantiva, en las cosas que han de ser resueltas jurídicamente, y en las que ha de aplicarse el necesario carácter razonable y no el arbitrario de la ley. La razonabilidad está orientada inevitablemente a la equidad en el Derecho, después que el Positivismo pretendió eliminarla en nombre del valor absoluto de la ley, distinguiendo entre jurisdicción de

equidad y jurisdicción de Derecho que identificaba el Derecho solo con la ley.

El capítulo cuarto asume teóricamente los componentes propios y necesarios para una reconstrucción de la legitimidad fracturada, reconstrucción del Estado, de la democracia y reconceptualización de los derechos sociales en la medida en que la complejidad de la sociedad organizada y la globalización ponen a la defensiva la orientación política de la sociedad nacionalmente estructurada, y el mercado se perfila como modelo alternativo de la orientación de los complejos sistemas de relaciones de intercambio. Esto explica por qué los componentes de la lógica de mercado liberal desde la desregulación hasta la privatización pasando por la desestatalización juegan un rol tan importante en todos los discursos sobre la reforma de la orientación política.

En las sociedades modernas, la política tiene la función de establecer y producir decisiones colectivas vinculantes. Las grandes decisiones políticas y la capacidad de implementarlas se basan en el medio poder, entendido como orden de competencias fundado en el monopolio de la violencia. La política, como sistema funcional de las sociedades democráticamente organizadas, obedece a la lógica de mayorías/minorías –solo la mayoría gobierna, la minoría se encuentra en la oposición–. Esto significa que la acción política con vistas a la sociedad está dirigida a ser capaz de construir y alcanzar mayorías.

Se requiere asumir, reflexivamente, su propio mundo, y su propio concepto de contin-

19. AARNIO, Aulis. Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics. En: Racionalidad Jurídica y globalización. p. 232.

20. ZAGREBLESKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Madrid. Editorial Trotta, 1995, p. 26. Profesor de la Universidad de Turin, considera que el Derecho es concebido como algo plural, carente de rigidez, para superar la concepción legalista y de sistema en que se halla encerrado. La obra constituye una aproximación al fenómeno jurídico desde el denominado Positivismo corregido, capaz de abordar e interpretar las nuevas direcciones de la cultura jurídica.

gencia, con criterios legitimación, en el que se abra un horizonte de posibilidades para todos, a partir de un sistema normativo espontáneo, basado en la autorregulación, y la autoreferencia, que surja de la periferia y del contacto entre el Derecho y los espacios sociales, al margen de las clásicas condiciones de producción normativa, que y que se traduzca en el aseguramiento del Estado de Derecho, por instituciones, procedimientos y principios que garanticen los espacios individuales de libertad, que se han logrado a través de la lucha política y la acción de movimientos sociales.

Se trata de entender las sociedades funcionalmente diferenciadas, cuya complejidad exige un proceso de regulación que tenga como punto de partida, la propia realidad sin distorsión alguna y con sus sistemas funcionales autónomos, el jurídico, el político, el económico y el propio sistema social en el cual se pretende regular sin el predominio de ninguno para no sobrelegalizar la sociedad ni sobresocializar el Derecho sino que establezca y asegure las condiciones contextuales para el consenso y la decisión colectiva*.

Respecto de la política misma, la acción política se dirige a tener éxito en el sistema político, esto es: hacer carrera y permanecer 'en el negocio'. Lo importante es que esto no

represente una perversión de la lógica política, sino que exprese, por el contrario, lo que una política legítima hace efectivamente. Un orden político basado en el dinero por el contrario, define su problema central como problema de la repartición de la riqueza y la pobreza. Su premisa de orden se sigue de la visión de que la estabilidad de una sociedad no depende primariamente de las diferencias de poder, sino principalmente de las diferencias de ingreso.

Gustavo Zagrebelsky, hace un diagnóstico sobre la situación del Derecho desde la filosofía del Derecho, que permite aprehender su realidad, como maquinaria compleja producto de la acción del hombre, apoyada por el poder y cuyos contenidos morales recibidos de la razón humana, se han cristalizado objetivamente a lo largo de la historia, diagnóstico que se puede caracterizar con una idea de pluralismo, falta de rigidez, superación del legalismo y de ninguna manera un sistema jurídico cerrado²¹.

Las sociedades pluralistas actuales, con diversidad de grupos sociales, con intereses, ideologías y proyectos diferentes, asignan a la Constitución, la tarea o garantía de legitimar las acciones de cada uno de los grupos sociales, en otras palabras, la coexistencia de

* El concepto de "sociedades funcionalmente diferenciadas" es ampliamente señalado por Luhmann en su obra *Sociedad de la Sociedad*. Traducida por JAVIER TORRES N. México: Editorial Herder, 2006, pp. 589 y ss., donde se expone también el concepto de Diferenciación, segmentación, formas de diferenciación y sociedades estratificadas.

21. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 26. Zagrebelsky apunta que la principal función de un texto constitucional es "fijar los presupuestos de la convivencia, es decir, los principios sustanciales de la vida común y las reglas del ejercicio del poder público aceptados por todos, situados por ello fuera, incluso por encima, de la batalla política... La Constitución fija en primer lugar el *pactum societatis*, con el cual se acuerdan las condiciones de la convivencia".

valores y principios, orientados a la unidad e integración según su base material pluralista, de tal forma que ninguno de sus valores y principios se asuma con carácter absoluto y que sean compatibles con aquellos otros con los que debe convivir.

En la actualidad el Derecho no es solo un conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad, sino el conjunto de condiciones en las que necesariamente deben moverse las actividades públicas y privadas para salvaguardar los intereses materiales no disponibles, es decir, un orden objetivo previsto para limitar la inestabilidad de las voluntades, pues las exigencias de justicia general están por encima de las voluntades individuales.

El Derecho no es objeto propiedad de uno sino que debe ser objeto del cuidado de todos. La Constitución así no se concibe como un sistema cerrado de principios, sino como un contexto abierto de elementos que no contradigan el pluralismo, la libertad, la dinámica política y la competición entre propuestas alternativas. **El problema de las contradicciones internas del Derecho conduce a que las élites dominantes se valgan del carácter indeterminado de los postulados normativos para imponer una ideología centrada en una supuesta coherencia, racionalidad y neutralidad de las instituciones jurídicas, para ocultar la manera como los poderosos se benefician de un orden legal que hace todo, menos reconocer, la posición ventajosa y dominante de tales poderosos.** Por esto

los viejos paradigmas jurídicos están en crisis y la tarea deconstructiva de los críticos, está conduciendo a la creación de una dogmática jurídica alternativa²².

Las Constituciones contemporáneas intentan responder a estos efectos negativos del orden jurídico, mediante la previsión de un derecho más alto dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador. Se trata de condicionar y contener los desarrollos contradictorios de la producción del derecho generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo. Frente a esta situación se propone el restablecimiento de una noción de Derecho más profunda que aquella a la que el Positivismo legislativo lo ha reducido. Para esto es necesario igualmente cifrar la unidad del ordenamiento jurídico, en un conjunto de principios y valores superiores, sobre los que exista un consenso social suficientemente amplio.

El pluralismo no conduce a la anarquía normativa si hay convergencia general sobre aspectos estructurales de la convivencia política y social, que queden fuera de toda discusión si consagra en un texto indisponible, para los ocasionales señores de la ley, pero sobre todo si es el fruto del consenso, la autorregulación y la autocomposición. En lo referente al Estado liberal, sus funciones se han tornado cada vez más complejas, las sociedades más diferenciadas y heterogéneas, las instituciones han dejado de ser eficientes y eficaces, incapaces de dar respuesta a las demandas y necesidades,

22. *Ibid.*, p. 67.

agudizándose en esta forma la crisis de legitimidad, de tal forma que muchos lo consideran, bajo la idea de un Estado anómico para significar que no contribuye a la regulación efectiva transparente y general de la sociedad, sino más bien en sentido contrario²³.

Se considera que el Estado no es un referente normativo eficaz, pues como institución no vincula los intereses particulares, con interés general, no cumple las normas ni impone su cumplimiento, pues dentro de él, lo más común ha sido la corrupción y la ineficacia y quizá el Estado no representa el orden sino el desorden. En el Estado coexisten varios órdenes normativos, que se manifiestan cuando las élites políticas y culturales, asumen un lenguaje moral cívico y legalista, a pesar de que ellos en ejercicio de una doble moral, actúan en otra dirección.

Se ha perdido la confianza en el Estado, dando lugar a una especie de desorganización moral donde no hay un orden normativo sólido y eficaz, capaz de impedir la exclusión social. Los componentes de la estructura social no se encuentran integrados y la población en forma permanente está abocada, a la inconformidad económica, al escepticismo, a la miseria, a la polarización social y política, en la que la ineptitud del Estado solo despierta un horizonte general de desconfianza, pues ante un orden económico injusto para las mayorías, el Estado no actúa, las desigualdades aumentan, los políticos y los partidos

entran bajo sospecha, mientras la corrupción aumenta y pasa casi inadvertida²⁴.

Un movimiento de ciudadanos que se autodenomina indignados colombianos, se ha propuesto recuperar el sentido público, ético y representativo de la política, haciendo frente a la corrupción, a la captura criminal de lo público y al uso de las instituciones del Estado al servicio de la clase política que lo dirige. Consideran la promoción de acciones permanentes para combatir la desigualdad, la pobreza, la inequidad y la exclusión que agobian regiones y ciudadanía. Que el modelo económico del país incluya, de manera efectiva, la política social, para difundir los beneficios de la economía a toda la ciudadanía. No aplazar más las soluciones al desarreglo institucional del Estado permeado por el clientelismo y la corrupción. Que la política esté al servicio del ciudadano, la equidad, la justicia y la inclusión²⁵.

Para concluir, estos fenómenos sociales, movimientos críticos del Derecho en todas las latitudes, se enfrentan exitosamente a la pérdida del poder regulador de los Estados y al surgimiento de nuevas y más sutiles formas de dominación, que trascienden las fronteras geográficas y políticas, pero también el desarrollo de nuevas formas de organización social y política de la sociedad civil, en donde

23. WALDMANN, Peter. Ponencia presentada en el Colegio de México. México, 1989.

24. LECHNER, Norbert. *Las sombras del mañana. La dimensión subjetiva de la política*. Santiago de Chile, 2002. Véase también: LOMNITZ, Claudio. *Vicios públicos, virtudes privadas*. México: Ciesas, Porrúa, 2000.

25. Encuentro Ciudadano por la Democracia Medellín, 12 agosto de 2012.

el Derecho es un espacio social en construcción²⁶.

En otras palabras la función del Derecho no sería ya solo prescribir u ordenar la conducta sino más bien facilitar formas de acción, lo que significa que su naturaleza no sería tanto política cuanto instrumental pues no solo estará sufriendo los efectos de la globalización sino que de todas formas tiene un papel en los intercambios e interdependencias que a nivel mundial caracterizan la desregulación y la modificación de las clásicas funciones del Derecho, en el contexto del afincamiento de una ideología neoliberal.

Los principales efectos de la globalización sobre el Derecho están dados por la subordinación de la política al mercado, de la ley al contrato, todo plasmado en el ideal de la desregulación, es decir, una economía más globalizada significa más libre de ataduras y menos reglamentada por normas jurídicas estatales o internacionales. Se considera que las redes privadas transnacionales no podrán ser la solución en un mundo pretendidamente anómico, y son muchas las propuestas entre otras:

1. Francisco Laporta que propone la construcción de unidades políticas y jurídicas supranacionales²⁷. 2. Luigi Ferrajoli, quien define la globalización como un vacío de Derecho Público y defiende la necesidad de un

constitucionalismo mundial²⁸. 3. Juan Ramón Capela²⁹ quien considera que realmente el mundo globalizado está gobernado por una tecnocracia empresarial en la que los procedimientos democráticos se convierten en formas desnudas de contenidos; los derechos sociales se desvanecen y los derechos políticos se vuelven ineficaces.

Este enfoque crítico reacciona contra el Positivismo y podría caracterizarse como una teoría jurídica postpositivista, más comprometida con el destino del hombre y de la raza humana teniendo en cuenta que la realidad social se constituye como múltiple y diversa, circunstancia que incrementa el fenómeno de la reflexividad, es decir, la necesidad de mirarse a sí misma en su materialidad y en su proceso de construcción, histórico social.

El capítulo quinto se refiere al surgimiento del PARADIGMA DEL DERECHO REFLEXIVO, en la sociedad global, propuesta central de esta tesis doctoral en la que se hace ver cómo con frecuencia se piensa que en la globalización está surgiendo un nuevo tipo de Derecho que tiende a privilegiar los mecanismos de resolución de conflictos por normas o procedimientos distintos de los del clásico Derecho estatal y que el Derecho en la globalización ya no consiste exclusivamente en normas sino en pautas de comportamiento que guían la conducta de manera flexible.

26. GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *Sociología Jurídica*. Editor Universidad Nacional, 2001, pp. 12-13.

27. LAPORTA, Francisco. *El imperio de la ley. Una visión actual*. Madrid: Trotta, 2007, p. 114.

28. FERRAJOLI, Luigi. Garantismo y Estado de Derecho. En: *El garantismo y la filosofía del Derecho*. Traducción Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 65-145.

29. CAPELA, Juan Ramón. *La globalización: ante una encrucijada político-jurídico*. p. 147.

El Derecho reflexivo es un esfuerzo para recuperar la legitimidad normativa y formular una teoría jurídica que pueda resultar cargada de contextualidad, y autoconocimiento, autopoiesis, autorreferencialidad y autocomposición, es decir, reflexividad que enfatiza una subjetividad centrada en dimensiones no estructuradas, en la que se reemplaza la tradición por la decisión que requieren niveles amplios de concentración en un mundo complejo en el que la acción humana es relevante en términos de construcción e incertidumbre.

El Derecho reflexivo rompe los modelos teóricos tradicionales a partir de un concepto protagónico de lo público, simbolizando la dialogicidad con los movimientos sociales y la organización social espontánea, con un ejemplo local, con una clara metodología que no sigue formalidades, para legitimar la organización social de la libertad de abajo hacia arriba, aun contra la ley y con una pretensión de emancipación en cuanto a sus procedimientos, pues se recupera la legitimidad.

En este contexto surgieron nuevos modelos explicativos, nuevos procedimientos y otras visiones del Derecho orientadas a rearticular lo jurídico con lo ético, lo político, lo económico, y sobre todo lo social, con el protagonismo de los movimientos sociales, la crítica jurídica, el pluralismo jurídico y el derecho alternativo, buscando explorar sus dimensiones antropológicas, sociológicas y políticas, transitando desde el discurso legitimatorio hacia el discurso emancipatorio, en el contexto de la complejidad propia de la sociedad actual³⁰.

30. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. p. 470.

Es así como han irrumpido en el mundo, fenómenos sociales, políticos y jurídicos, causando una ruptura epistemológica a nivel local, regional, y global, como el caso de la llamada Primavera árabe en el norte de África, el Movimiento de los indignados en España, Indignados de Wall Street y en tiempo reciente el Foro social en Brasil y la propuesta de un nuevo paradigma del Derecho denominado Derecho reflexivo que constituye el eje temático central de la presente tesis doctoral.

El Derecho reflexivo asume la crisis actual en torno a la concepción occidental del Derecho, a partir de las teorías neoevolutivas sobre el Derecho, el Derecho responsivo, la dinámica interna del cambio legal, los principios organizativos y la complejidad social adecuada: covariación de las estructuras legales sociales y por último el Derecho reflexivo en el cual la racionalidad formal del Derecho se enfrenta a la racionalidad material. La primera concibe el Derecho como un sistema de normas universales, cuya racionalidad reside en quienes administran justicia, mientras la segunda considera su aspecto teleológico y su especificidad, que es la racionalidad material, tendencia comúnmente conocida como rematerialización del Derecho, la que permite llegar a las esferas a las que antes no era posible llegar, gracias a su especificidad finalista aplicada por ejemplo a la familia o la vecindad.

A lo anterior se agrega, el aumento de la complejidad social, la vida se centra en dimensiones no estructuradas, el mundo social se politiza, la dogmática jurídica estará enfrentada a nuevos interrogantes y será necesaria una real comprensión de la realidad social, en el propio escenario de sus interacciones, bajo

las banderas de una sociedad autoreflexiva más justa y más humana³¹. Esto significa también que los Estados deben compartir escenario y poder globales, con organizaciones internacionales, empresas transnacionales y movimientos sociales y políticos también transnacionales y no gubernamentales, cuya magnitud nunca antes había existido³², y que constituye lo que en este trabajo se denominan Paradigmas, que no es otra cosa sino el rompimiento o ruptura epistemológica, desarrollado por Bachelard³³ y utilizado por Kuhn según el cual la ciencia está constituida por visiones paradigmáticas o por paradigmas que se convierten en matrices explicativas, propias de un determinado momento histórico.

En la actualidad predominan conceptos en el campo jurídico como la autorreferencialidad, la autopoiesis, la reflexividad y otras herramientas epistemológicas que sostienen que la ley no está determinada por factores exteriores a ella, ni por la autoridad de los textos, ni por el poder de las palabras, ni por la ley natural o la revelación divina sino que está determinada de manera autorreferente y que descansa sobre su propia realidad y cuya validez no viene de fuera sino producida desde dentro del Derecho³⁴.

La autorreferencialidad, la autopoiesis, la diferenciación, la complejidad y la flexibilidad, se constituyen en conceptos que abren la posibilidad de nuevos enfoques acerca de

lo social y lo jurídico, nuevas conceptualizaciones y por lo tanto nuevas transformaciones paradigmáticas, que son objeto de nuestra propuesta y que constituyen un salto epistemológico, considerando que el Derecho puede controlar por sí mismo sus propias reglas de funcionamiento y con su dinamismo puede determinar sus formas, procedimientos y relaciones y producir los cambios requeridos por su entorno³⁵.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics. En: *Racionalidad jurídica y globalización*.

ARIZA, Julio. *El discurso narrativo de Gabriel García Márquez. De la realidad política y social a la realidad mítica*. Colombia: Tercer Mundo Editores, 1992.

BACHELAR, Gastón. *La formación del espíritu científico*. Buenos Aires: Siglo XXI, 1972.

BAZÁN J., Luis. *Racionalidad y razonabilidad en Derecho*. Ponencia presentada en el Congreso Mundial de Filosofía del Derecho. Gotingen, agosto de 1991.

BECK, Ulrich. *Que es la globalización*. Barcelona: Paidós, 2001. pp. 57-60.

BOAVENTURA DE SOUSA, Santos. *La globalización del Derecho: Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: ILSA, Ediciones Universidad Nacional de Colombia.

31. *Ibid.* CARCOVA, Carlos, pp. 63 y 64.

32. BECK, Ulrich. *Qué es la globalización*. Barcelona: Paidós, 2001, pp. 57-60.

33. BACHELAR, Gastón. *La formación del espíritu científico*. Buenos Aires: Siglo XXI, 1972.

34. Véanse textos de Teubner Gunter y Wille Helmut.

35. BACHELAR, Gastón. *Op. cit.*, p. 147.

- CAPELA, Juan Ramón. *La globalización: ante una encrucijada político-jurídico*.
- CARCOVA, Carlos María. *Las teorías jurídicas postpositivistas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- DENNINGER, Erhard y GRIMM, Dieter. *Derecho Constitucional para la sociedad multicultural*. Madrid: Trotta, 2007. p. 6.
- ESCALANTE, Fernando. *Especulaciones a partir del concepto de anomia*. Ponencia leída en el Colegio de México, 1989.
- FERRAJOLI, Luigi. Garantismo y Estado de Derecho. En: *El garantismo y la filosofía del Derecho*. Traducción Universidad Externando de Colombia, 2007.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *Sociología Jurídica*. Editor Universidad Nacional, 2001.
- GONZÁLEZ, Juan. *Teoría del desarrollo económico neoinstitucional. Una alternativa a la pobreza en el siglo XXI*. México: Porrúa, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1998.
- KUHN, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*. México: FCE, 1971.
- LAPORTA, Francisco. El imperio de la ley. Una visión actual. Madrid: Trotta, 2007.
- LECHNER, Norbert. *Las sombras del mañana. La dimensión subjetiva de la política*. Santiago de Chile, 2002.
- LOMNITZ, Claudio. *Vicios públicos, virtudes privadas*. México: Ciesas, Porrúa, 2000.
- NACIONES UNIDAS. PACTO GLOBAL. *Objetivos del Milenio. Parte Introductoria*.
- ONU. PACTO GLOBAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Comisión mundial sobre la dimensión mundial de la globalización, 2004 *Por una globalización justa: Crear oportunidades para todos*. Ginebra OIT, 2007.
- RAVENTOS, Daniel. *Las condiciones materiales de la libertad*. Barcelona: El Viejo Topo, 2007.
- SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza Editorial. p. 95.
- STEPHEN, Holmes y CASS R., Sunstein. *El costo de los derechos. Porque la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2011.
- TWINING, William. *Derecho y globalización*. Bogotá, Colombia: Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, 2002, p. 291.
- WALDMANN, Peter. Ponencia presentada en el Colegio de México. México, 1989.
- WILLKE, Helmut. Capacidad de rendimiento del Estado. En: *Revista Persona y Sociedad*, Chile: Universidad Alberto Hurtado. 2007, Vol. XXI, No. 2, pp. 9-16. Traducción Aldo Mascareña.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.