

EL PENSAMIENTO JURÍDICO ANTE LA INCERTIDUMBRE DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO

*Javier Pérez Duarte*¹

Sumario: Palabras Clave. 1.- La persona como ser de derecho. 2. El derecho como constructor de realidad. 3.- El riesgo en la sociedad contemporánea. 4.- Justicia privada y justicia pública. 5.- Abstracción y complejidad de la vida humana. 6.- El derecho entre la confianza y la desconfianza. 7.- La crisis del derecho. 8.- El imperio de nadie. 9.- La objetividad frente a la tragedia de la competencia. 10.- Seguridad y riesgo. Bibliografía.

Palabras Claves: Sociedad de Riesgo, Derecho, Conciencia Jurídica; Estado de Derecho.

*“De lo que llaman los hombres
virtud, justicia y bondad,
una mitad es envidia,
y la otra no es caridad”².*

1. La persona como ser de derecho

La perspectiva que ofrecía el Antiguo Régimen era la de ser el tiempo del riesgo, de la inseguridad. Esta visión se extendía en general a todo tiempo anterior a la aparición de la revolución industrial, incluía, por tanto, una buena parte de lo que se denomina la modernidad³. El riesgo parecía haber desaparecido de Occidente, sobre todo desde la terminación de la II Guerra Mundial, aunque permanecía en una buena parte del resto del

1 Profesor de Filosofía del Derecho y de Ética cívica y profesional de la Universidad de Deusto. Bilbao. España

2 Machado, Antonio. Poesías completas. Madrid: Ed. Espasa-Calpe, 1978, p. 219.

3 El presente ensayo fue presentado como ponencia en el Congreso de UNIJES celebrado entre los días 1 y 3 de julio de 2013 en la Universidad de Ramón Llull (ESADE) de Barcelona (España) “Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables” y está prevista su inclusión en una próxima publicación.

mundo. Esta contemplación se encontraba velada por una de las causas de la crisis actual, la ausencia de pensamiento. El hombre actual, vacío de sí mismo, se encuentra enajenado ante su contorno social, ahí se le plantean los problemas más urgentes, y de ese escenario lo espera casi todo. Sólo mira ese inmediato mundo circundante, no ve la densidad de la perspectiva que se le ofrece más allá. La perplejidad y la desorientación ocultan la auténtica visión de los asuntos que más aparentemente le interesan, los políticos, sociales y económicos. No obstante, para resolverlos habrá que dar razón de la vida, de la vida de cada uno⁴.

Desde este punto de vista surge una intuición primera que puede formularse con la proposición de que “*yo soy ser de Derecho*”, punto de partida de la ciencia jurídica, vinculada a la cuestión esencial de la dignidad de la persona. El derecho aparece como un testimonio inmediato de la conciencia, si se despliega esta realidad se descubre que el derecho incide como una forma intelectual en el fondo del pensamiento. Esta idea, dada con cierto carácter de necesidad, no debe confundirse con meras opiniones subjetivas, más o menos reflexivas y variables. Giner de los Ríos incide en esta idea, todo el mundo usa con el mismo sentido la palabra “justicia”, se pone la misma idea en ella; sin embargo, sus definiciones difieren.

La razón se aplica al análisis dialéctico, distingue los elementos de una idea y atribuye a cada uno el valor que le corresponde, aporta luz sobre una noción. La razón llega forzosamente en un proceso de formación en el espíritu, “con tal que atienda al testimonio irrecusable de su propio pensamiento”. Se puede afirmar que el derecho se descubre imbricado en una de las realidades que caracteriza a la modernidad como es la autonomía de la persona, verdad esencial a la hora de plantear medidas preventivas de conflictos jurídicos en escenarios económicos de riesgo. No obstante, la autonomía personal ha de situarse, para que adquiera plena realidad, en la circunstancia social. El análisis experimental contribuye a la comprensión del derecho, tanto desde el punto de vista “de los fenómenos de nuestra propia vida interior y exterior como de la ajena y de las relaciones y organismos sociales”.

Se plantean, por tanto, problemas en la aplicación de medidas preventivas en situaciones de conflicto. Por una parte si las llamadas medidas preventivas están ausentes

4 Marías, Julián. Introducción a la Filosofía. Madrid: Ed. Alianza, 1995, p. 80.

del derecho y, por otra parte, si el conflicto jurídico es, en todo caso, un conflicto. El derecho aparece no sólo en la relación del conocimiento, sino también en la plenitud de la conciencia. Giner de los Ríos distingue, en este sentido, el derecho como investigación y ciencia, el derecho como sentimiento en cuanto deseo de justicia, que existe siempre en el fondo del ser del individuo y, por último, el propósito y voluntad firme de cumplir el derecho, “atemperando a ello nuestra conducta en todo el curso de la vida”. El “espíritu de justicia” representa la plenitud de relaciones del derecho en lo profundo del ser humano que es la conciencia.

La complejidad de la persona obliga, en ocasiones, a estudiarla en sus diversas propiedades y aparece el derecho como desligado de la vida entera, sin embargo, derecho y vida no pueden permanecer separados. La separación entre el derecho y el hecho provoca opiniones controvertidas. Si se considera a la pena como una institución jurídica que tiene sólo un fin en sí misma, se olvida, entonces del criminal, de la víctima, “fuera de las cuales no hay delito, ni pena, ni reparación, ni Derecho”. El derecho pertenece, de acuerdo con Giner de los Ríos, a las propiedades de relación, “el cual no se concibe sino dándose siempre para algo y respecto de alguien (derecho de un sujeto contra tal otro y para tal cosa, obligación de aquél, etcétera)”.

La libertad es imprescindible para que exista relación de derecho. El fundador de la Institución Libre de Enseñanza es contundente cuando afirma que “no hay utilidad, no hay medio alguno, sin la menor excepción, que no se convierta en objeto jurídico”. Al mismo tiempo, los actos que constituyen el derecho “han de ser forzosamente buenos, útiles y libres. La conducta, sólo en cuanto reúne estas cualidades, es el objeto jurídico”, bien se trate de actos propios, bien de otros seres libres que puedan prestar algún servicio⁵.

2. El derecho como constructor de realidad

El derecho aparece como un poderoso ejemplo de imaginación, de construcción de mundo. El derecho, en su inquietante realidad, no pretende responder a la pregunta de si todos los actos del hombre se encuentran bajo su influencia. Conocer es construir, interpretar e intentar ordenar la complejidad del mundo. Para Jesús Ignacio Martínez, “el

⁵ Giner De Los Ríos, Francisco. Resumen de Filosofía del Derecho. Tomo I. Madrid: Ed. Espasa-Calpe, 1926, p. 40 ss.

pensamiento no crea sus leyes partiendo de la naturaleza sino que se las impone”. Es más, “cualquier filosofía no es una interpretación de la realidad: construye un concepto propio de realidad”, desde este punto de vista “el derecho no se limita a regular la realidad: construye una particular realidad jurídica. En definitiva, el pensamiento es productor y no meramente reproductor o reordenador”.

El conocimiento no se para en una realidad objetiva y surge la gran paradoja, “el conocimiento accede a la realidad por su irrealidad”. El derecho es llamado a participar en esta aventura de relación con la realidad, “la peculiar integración jurídica de realidad e irrealidad por medio de procedimientos recursivos”. El derecho es un constructor de realidad⁶. No se olvide que la persona está integrada por una alta dosis de irrealidad, la vida humanan es, en su forma esencial, argumento.

3. El riesgo en la sociedad contemporánea

Las épocas de crisis provocan las grandes interrogantes, en ocasiones parece que se vuelve al comienzo de la historia, no es así, la continuidad es real y de ella se aprende para llevar a cabo de nuevo el planteamiento de los problemas. En medio del caos, en medio del campo de ruinas, se hace necesario ponerse a pensar al estilo de Descartes. El gran período histórico posterior a la II Guerra Mundial ha visto crecer, junto al desarrollo económico, el mito de la seguridad en Occidente. El bienestar se había hecho aparente y surgía, de nuevo, el convencimiento de la prosperidad. No obstante, la realidad ha vuelto a reinstaurar la figura del hombre auténtico o de la autenticidad de la persona.

El riesgo es protagonista en la sociedad contemporánea y, una vez más, se pone en cuestión la verdad de la mundialización. El mundo no es todavía uno, existen mundos en presencia y el riesgo adquiere jerarquías, la incertidumbre va por barrios, en unos lugares más y en otros menos. Los mundos representan a las personas y sus inquietudes. En cada mundo unas personas viven con más temor que otras y la realidad se presenta en todas sus vertientes y perspectivas, en toda su diversidad de justicia e injusticia, de solidaridad e insolidaridad. Surgen las situaciones de peligro, “en la modernidad avanzada, la producción social de *riqueza* va acompañada sistemáticamente por la producción social de *riesgos*”.

6 Martínez García, Jesús Ignacio. La imaginación jurídica. Madrid: Ed. Debate, 1992, p. 23 ss.

La modernidad se ha fracturado, en el sentido de que se han desdibujado los contornos de la sociedad industrial clásica y surge una nueva sociedad industrial caracterizada por el riesgo. La idea de continuidad ha sido sustituida por la de la cesura, la máquina del progreso constante encuentra paréntesis y obstáculos en su funcionamiento. De forma similar a como la revolución industrial terminó con la economía agraria del Antiguo Régimen, la economía del riesgo da por terminada la revolución industrial clásica.

Esta revolución industrial se enfrentó a una naturaleza que había que conocer y dominar. “*La modernización disuelve hoy los contornos de la sociedad industrial, y en la continuidad de la modernidad surge otra figura social*”. Se trata de una continuidad accidentada en la que una modernidad sucede a otra modernidad. La nueva sociedad de la incertidumbre se encuentra ante la paradoja de que “*ha consumido su opuesto, lo ha perdido y da consigo misma en sus premisas y principios funcionales de sociedad industrial*”⁷.

4. Justicia privada y justicia pública

El des-concierto se apodera de los personajes que viven la nueva época que amanece con el siglo XXI. La inquietud se concreta en un enemigo desconocido y que se resiste a identificarse. Esta sociedad del riesgo necesita imaginar un enemigo y se desdobra a sí misma reflejada como en un espejo en otra sociedad del riesgo. “*La lógica del miedo desemboca en un infinito juego de espejos; cada cual debe temer que el otro tome precauciones precisamente por temor a una agresión e intentar así anticiparse para tomar la delantera*”.

El resultado debería ser el refugio tras las murallas del derecho, sin embargo, los individuos de esta modernidad inquietante buscan que cada cual determine “*lo que sea el bien en relación con su particular suum*. Lo justo no estriba en su comportamiento, sino en la opción tomada en caso de litigio para con un correlativo *suum*”⁸. Este planteamiento, que podría derivar en un derecho basado en la fuerza al estilo de Hobbes, desemboca, por el contrario, en un campo de acuerdos más basados en la desconfianza que en la confianza.

7 Beck, Ulrich. La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Ed. Paidós, 2006, p. 29 ss.

8 Brandt, Reinhard. “Observaciones crítico-históricas al escrito de Kant sobre la paz”. En Aramayo, Roberto R., Muguerza, Javier, ROLDÁN, Concha (Editores). La paz y el ideal cosmopolita de la Ilustración. A propósito del bicentenario de Hacia la paz perpetua de Kant. Madrid: Ed. Tecnos, 1996, pp. 36-63.

Los acuerdos, en medio del riesgo, no son entre iguales, son entre fuertes y débiles, entre intereses y necesidades.

El ideal de la teoría del discurso se rompe, no existe auténtico discurso, “las partes mediante amenazas y promesas, introducen en la interacción un poder de negociación” que priva al lenguaje de su poder de vínculo y el juego se convierte en estrategia, “el poder de negociación no deriva del ‘poder del mejor argumento’, sino de recursos materiales, de la potencia física, etc.”⁹.

La verdad surgida tras esta ficción es una sociedad en la que todos los individuos representan el riesgo de todos. El derecho había intentado concertar la modernidad, al estilo de un tercero, en la que los diferentes personajes habían puesto en sus manos el símbolo de la justicia. Ahora son los individuos los que, paradójicamente, pretenden los acuerdos y observan al derecho con desconfianza, la utilidad parece suplantar a la justicia. Ya no vale la distinción entre justicia material y justicia formal, y aparece la justicia privada frente a la justicia pública.

En el Estado de derecho la legislación política constituye la función central. Los tres poderes clásicos están llamados a ser los protagonistas en la producción normativa. Una parte, sin embargo, de las funciones jurídicas es delegada por el poder del Estado en “cuerpos semipúblicos o privados”. Habermas lleva a cabo un análisis en la frontera del derecho cuando se refiere al derecho en sentido lato. Se entiende por tal el conjunto de “sistemas de acción jurídicamente normados”, dentro de un subsistema social atento a expectativas de comportamiento y de comunicaciones sociales. Su núcleo está integrado por actos jurídicos de génesis “privado-autónoma” en términos de derecho reflexivo, que se distinguen, a su vez, de “los decursos de acción gobernados por normas jurídicas materiales”.

El derecho presenta, por tanto, diversas tonalidades, diferentes intensidades de color. “Se da una estratificación entre los ámbitos de interacción formalmente organizados”, los constituidos por medio del derecho propiamente, que sería el derecho en sentido estricto, con sus interacciones de producción y reproducción jurídicas, y “aquellos a

⁹ Habermas, Jürgen. Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Ed. Trotta, 1998, p. 234.

los que el derecho sólo presta una suerte de envoltura, pero que primariamente vienen regulados por instituciones extrajurídicas”.

En ámbitos como la economía o la Administración, formalmente organizados, todas las relaciones se encuentran regidas por el derecho, el actor tiene como referencia el sistema jurídico. En otros ámbitos como la familia o la enseñanza, afirma Habermas, “sólo en caso de conflicto abandona el derecho su difusa presencia de fondo y llega a la conciencia de los actores”. Antes de que estalle el conflicto no existe una conciencia jurídica suficientemente clara en lo que se refiere a la protección de los intereses que están en juego¹⁰.

Es el derecho el que ofrece una conciencia jurídica acerca de los intereses. La cuestión se plantea, por tanto, en una doble vertiente, por una parte, la existencia de medidas preventivas cuando el conflicto jurídico aún no ha surgido y, por otra parte, el intento de solución cuando el conflicto ya se ha planteado y se pretende hacer un uso alternativo del derecho y de la mediación para evitar llegar a los tribunales. El derecho está sometido a interpretación, sin embargo, el juez está sujeto a la ley como cualquier otro miembro de la comunidad jurídica. “la tarea de interpretación consiste en *concretar la ley* en cada caso, esto es, en su *aplicación*”¹¹.

5. Abstracción y complejidad de la vida humana

La complejidad acerca de la presencia del derecho se complica en épocas de crisis, en las que se hace más patente la diferencia entre fuertes y débiles. En esta nueva sociedad “el proceso de modernización se vuelve *reflexivo*, se toma a sí mismo como tema y problema”. Aumenta la contradicción, “la promesa de seguridad crece con los riesgos y ha de ser ratificada una y otra vez frente a una opinión pública alerta y crítica mediante intervenciones cosméticas o reales en el desarrollo técnico-económico”. No obstante, la paradoja se consolida, “en el proceso de modernización quedan liberadas cada vez más fuerzas *destructivas*, y esto en una medida ante la que la inteligencia humana queda

10 *Ibidem*, pp. 264-265.

11 Gadamer, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Ed. Ediciones Sígueme, 2007, p. 401 s.

perpleja”. Esta sociedad “repartidora de riqueza” se convierte, al mismo tiempo, en una sociedad “repartidora de riesgos”¹².

La modernidad sólo es concebible como una modernización permanente que se convierte en obsesiva. Los problemas que se plantean quedan maquillados de una forma abreviada por medio de la “construcción de desvíos siempre nuevos y cada vez más largos”, pretendidamente solucionados por la vía del atajo. Muchos de los problemas se convierten en tragedias por su mal planteamiento, por el alejamiento de la verdad que, frecuentemente, puede ser una verdad imaginada.

En la nueva modernidad, Bauman incide en la idea de que los obstáculos se plantean con una pretensión efímera, “como mucho, les confiere el estatus de limitaciones provisionales, toleradas durante un tiempo, pero que serán inefablemente desguazadas, sorteadas o apartadas del camino tras un esfuerzo más (o solamente unos pocos) de la ciencia (el reflejo pensante y depósito de inteligencia de la tecnología) y de la tecnología (el brazo práctico de la ciencia)”. Se confía en que la ciencia resuelva los problemas, esta sociedad tecnológica espera de la ciencia lo que honradamente no puede ofrecer.

Para Bauman, los obstáculos, incluso aquellos que llegan al límite, son “problemas, y los problemas, como bien sabemos los modernos, son retos que plantean tareas o deberes que, por definición, tienen solución”¹³. No obstante, la inseguridad y la incertidumbre, propias de la vida humana, recuerdan que hay problemas que no ofrecen solución. Es oportuna, desde este punto de vista la matización de Julián Marías, “la última razón de la *inseguridad* de la vida humana estriba en la condición *intrínsecamente problemática* de la persona”.

Si no se acepta la doble condición de continuidad y permanencia de la persona se renuncia a comprenderla. En la actualidad se está lejos de reconocer el fracaso que se ha producido en la contemplación del ser humano. “Se intenta forzar a la realidad humana a ajustarse al sistema conceptual forjado, con justificado éxito, para pensar la naturaleza, es decir, la otra forma de realidad a la que es enteramente irreductible la del hombre como

12 Beck, Ulrich. La sociedad del riesgo...op. cit., p. 30 s.

13 Bauman, Zygmunt. Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores. Barcelona: Ed. Paidós, 2007, p. 101 s.

persona”¹⁴. Se olvida que la otra gran realidad de la persona es su irrealidad, su condición de vida con argumento, de vida imaginada.

Bauman insiste en el carácter de inmediatez y de aceleración de la sociedad moderna, “ocupada en la resolución de problemas sucesivos”. La consecuencia es que “no dispone del tiempo ni del impulso interno necesarios para reflexionar sobre la oscuridad que se augura al otro extremo del largo túnel”. Los desastres se convierten en sorpresas cuando el modo en que la sociedad “aborda tales desastres responde a la pauta de cerrar la puerta del establo después de que el caballo se haya desbocado y haya salido corriendo demasiado lejos para atraparlo”.

El problema se agrava cuando la modernización se encarga de que haya siempre un número creciente de puertas de establo que tengan que ser cerradas, las puertas se multiplican por sí mismas, y el caballo continúa al galope. El mundo actual no ha comprendido que el problema está en el caballo, no en las puertas. Queda, casi siempre, oculta una tercera dimensión de los conflictos, “del mismo modo que sospechamos, y con razón, que un gusano bidimensional imaginario sería incapaz de visualizar un desplazamiento a través de una tercera dimensión”¹⁵.

Ante los efectos perjudiciales de un desvío se intenta solucionar con otro desvío, ante los efectos secundarios de un problema se aplican métodos a corto plazo, de mira estrecha. Los límites del ser humano han estado ausentes durante mucho tiempo de la vida de los contemporáneos. Se ha producido un fenómeno de abstracción de la complejidad de la vida humana, de la contemplación de sus diversas perspectivas y vertientes. La solución de los problemas, así como su método reduccionista, no tiene en cuenta que la persona es irreductible, no se la simplifica con facilidad. Heidegger acude al fondo del problema cuando afirma que “estamos muy lejos de pensar la esencia del actuar de modo suficientemente decisivo. Sólo se conoce el actuar como la producción de un efecto, cuya realidad se estima en función de su utilidad. Pero la esencia del actuar es el llevar a cabo”. Sólo se puede llevar a cabo algo cuando “ya es”, consecuentemente “el pensar lleva a cabo la relación del ser con la esencia del hombre”. El pensamiento adquiere valor en sí mismo,

14 Marías, Julián. *Persona*. Madrid: Ed. Alianza, 1996, p. 63 s.

15 Bauman, Zygmunt. *Miedo líquido...op. cit.*, p. 102 s.

el pensar “no hace ni produce esta relación. El pensar se limita a ofrecérsela al ser como aquello que a él mismo le ha sido dado por el ser”.

El intento de solución de los problemas se contempla, desde la perspectiva del pensamiento, no en la mera producción utilitaria de un efecto, sino en llevar a cabo. “El pensar no se convierte en acción porque salga de él un efecto o porque pueda ser utilizado. El pensar sólo actúa en la medida en que piensa”, y concluye Heidegger, “este actuar es, seguramente, el más simple, pero también el más elevado, porque atañe a la relación del ser con el hombre”¹⁶. En la época actual se camina desbocadamente hacia la negación del planteamiento de los problemas. Se hace la falsa ficción de la eficacia en la búsqueda de soluciones que sólo postergan u ocultan los conflictos. La realidad adquiere los colores y los dibujos de un arte naif que, por su inmediatez, adquiere, sin embargo, dramatismo en épocas de crisis.

Agustín Luna eleva las medidas preventivas y de solución de conflictos a la categoría de pensamiento jurídico cuando las define como “funciones sociales esenciales del derecho, consistentes en la protección de la persona en su dignidad y libre desarrollo y en la predisposición en la pluralidad de la cooperación social”. El derecho se encuentra presente con su poder de atracción y de garantía, así se refleja en la ley de arbitraje de 2003 con su tendencia procesalista frente a la más privatista o civilista. Desde este punto de vista se establece que el árbitro debe sujetarse “a lo dispuesto en esta ley” o que “el laudo firme produce efectos de cosa juzgada”, así como que los árbitros han de poseer “la condición de abogados en ejercicio”, aunque es cierto que se prevé también que tal exigencia profesional puede ceder por “acuerdo expreso en contrario”¹⁷.

6. El derecho entre la confianza y la desconfianza

Para Luhmann el derecho adquiere protagonismo en la tensión entre la dimensión temporal y la dimensión social. El derecho adquiere especial relevancia cuando soporta esa tensión a medida que se incrementa la complejidad social. El derecho se enlaza con los costes sociales que se relacionan con el tiempo, desde un punto de vista más concreto, con

16 Heidegger, Martin. *Hitos*. Madrid: Ed. Alianza Editorial, 2000, p. 259.

17 Luna Serrano, Agustín. “Sobre la prevención de los conflictos y el sometimiento a arbitraje de la superación de la controversia”. En GARCÍA VILLALUENGA, Leticia. (Directora). *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*. Madrid: Ed. Reus, 2010, pp. 17-28.

las expectativas que se plantean en la relación entre conflicto social y tiempo. “El derecho permite saber qué expectativas tienen un respaldo social (y cuáles no). Existiendo esta seguridad que confieren las expectativas, uno se puede enfrentar a los desengaños de la vida cotidiana; o por lo menos se puede estar seguro de no verse desacreditado con relación a sus expectativas”. Aunque Luhmann plantee una interpretación hasta cierto punto de vista generosa del derecho, sin embargo, pretende recordar que, la sociedad, ámbito en el que se mueve el derecho, encuentra una seguridad o, cuando menos una ficción de seguridad, cuando el derecho representa el equilibrio entre las dos labilidades de sociedad y tiempo.

El derecho pretende situarse frente al albur de cualquiera de las dos, de la complejidad de la sociedad, sobre todo en épocas de crisis, y de la voracidad del tiempo. Los protagonistas del conflicto o de la previsión del conflicto saben a qué atenerse ante la complejidad social y lo perentorio del tiempo. No obstante, se debe recordar que el derecho no es la piedra filosofal ni la panacea que puede dar solución a todos los problemas, sin embargo, “uno se permite un mayor grado de confianza (hasta la imprudencia) o de desconfianza, cuando se puede confiar en el derecho”. La confianza y la desconfianza tienen cabida en la misma morada jurídica. Luhmann apunta una cuestión clave, “esto significa que es posible vivir en una sociedad más compleja en la que ya no bastan los mecanismos personalizados o de interacción para obtener la seguridad de la confianza”. Sin embargo, no se debe olvidar, debido a ese equilibrio entre conflicto social y tiempo, que “el derecho tiene también propensión a las crisis de confianza que se transmiten simbólicamente”.

Luhmann advierte acerca de las consecuencias que surgen de la propia naturaleza jurídica, “cuando ya no se respeta el derecho o cuando, hasta donde es posible, ya no se impone, las consecuencias rebasan por mucho lo que de inmediato se presenta como violación de la ley”. Aparece un mundo al margen del derecho, la legalidad frente a la ilegalidad, “entonces el sistema tiene que recurrir a formas más naturales para restaurar, de nuevo, la confianza”¹⁸.

7. La crisis del derecho

18 Luhmann, Niklas. El derecho de la sociedad. México: Ed. Herder, 2005, p. 188 ss.

Si se quiere conceder un valor al derecho habrá de tenerse en cuenta un breve análisis crítico de su situación. Se habla, en términos de Ferrajoli, de una “*crisis de la legalidad*” por diversos motivos. En primer lugar, debido a la ausencia o a la ineficacia de los controles y, por tanto, debido a “la variada y llamativa fenomenología de la ilegalidad del poder”. Se han degradado los límites de las reglas del juego institucional que han provocado, incluso, una crisis constitucional. Las injerencias en los territorios entre los tres poderes clásicos, sin el respeto a las fronteras correspondientes, es un ejemplo de esta crisis que afecta al derecho.

En segundo lugar, la crisis se manifiesta en la falta de adecuación “estructural de las formas del Estado de derecho a las funciones del *Welfare State*, agravada por la acentuación de su carácter selectivo y desigual que deriva de la *crisis del Estado social*”. Esta inadecuación está provocada por la contradicción entre el paradigma del Estado liberal de derecho, construido sobre los límites y prohibiciones impuestos a los poderes públicos por un lado, y el Estado social como promotor de la satisfacción de derechos sociales por otro. La consecuencia es la existencia de una maraña de normas surgidas de la inmediatez que ha provocado una desconfianza hacia el derecho, por ejemplo, “el deterioro de la forma de la ley, la falta de certeza generalizada a causa de la incoherencia y la inflación normativa y, sobre todo, la falta de elaboración de un sistema de garantías de los derechos sociales equiparables, por su capacidad de regulación y control, al sistema de garantías tradicionalmente predispuestas para la propiedad y la libertad”.

El derecho pierde su forma, se ha deformado y esta deformación afecta a su contenido, a su ámbito material. La consecuencia es que se ponen en juego no sólo la garantía sino también la existencia de los derechos sociales y económicos. El problema no termina aquí, esta ineficacia del derecho da lugar a un terreno fecundo para la corrupción y la arbitrariedad.

El tercer motivo que apunta Ferrajoli es la crisis del Estado nacional. Han cambiado los lugares de la soberanía, se ha alterado el sistema de fuentes y, por tanto, se ha debilitado el constitucionalismo. El proceso paulatino de mundialización y, sobre todo, el caso de la Unión Europea, son un ejemplo de esta realidad que se sustraen a los controles parlamentarios “y, al mismo tiempo, a vínculos constitucionales, tanto nacionales como supra-nacionales”.

Esta triple dimensión de la crisis del derecho pone en riesgo a la misma democracia porque “equivale a una crisis del principio de legalidad” del Estado de derecho. Se reproducen “formas neoabsolutistas del poder público, carentes de límites y de controles y gobernadas por intereses fuertes y ocultos, dentro de nuestros ordenamientos”. El derecho pierde su capacidad regulativa debido a la alta complejidad de las sociedades actuales. Se ha producido el debilitamiento de la función normativa y “en particular, la quiebra de sus funciones de límite y vínculo para la política y el mercado y, por tanto, de garantía de los derechos fundamentales, tanto de libertad como sociales”.

Ferrajoli plantea una cuestión esencial, es peligroso caer en un determinismo que admita al derecho como algo que es así porque no puede ser de otra forma. Se puede caer en un paso irreflexivo del ser al deber ser, tanto desde un punto de vista determinista, como desde un punto de vista apoloético, es el peligro que “parece está presente en muchas actuales teorizaciones de la descodificación, la deslegislación o de desregulación”. El derecho es una realidad artificial construida por personas, especialmente por juristas, consecuentemente la responsabilidad no está ausente en la configuración del derecho.

No hay nada de inevitable, de determinista y de irremediable en el caos normativo. “El peligro para el futuro de los derechos fundamentales y de sus garantías depende hoy no sólo de la crisis del derecho, sino también de la crisis de la razón jurídica”. Se produce una falta de confianza en el artificio de la razón, la “*artificial reason*” que supone la razón jurídica moderna que dio lugar al Estado de derecho.

La imaginación y la razón de ser del mundo por ella elaborada se imbrican en una armoniosa simbiosis de la clásica dicotomía “ser” y “deber ser”, desde la que el derecho se piensa y se proyecta “mediante el establecimiento de los valores ético-políticos –igualdad, dignidad de las personas, derechos fundamentales- por los que se acuerda” que las normas deben ser informadas¹⁹.

El planteamiento de Ferrajoli adquiere especial relevancia en la presente sociedad del riesgo, la crisis del derecho abre un escenario inquietante dentro del caos de las profundas, complejas e incomprensibles depresiones económicas y sociales. En palabras de Ulrich Beck “*el progreso sustituye al consenso*”. Las innovaciones tecnológicas incrementan el bienestar social, sin embargo, este supuesto nivel de vida implica efectos

19 Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Ed. Trotta, 2009, p. 15 ss.

negativos como descualificación profesional, riesgos en cuanto a ocupación laboral, perjuicios para la salud o destrucciones de la naturaleza.

El cambio se desplaza hacia decisiones de tipo científico-técnico y económico y en el mercado sólo rige la ley de la ganancia y el máximo beneficio. Todo queda preprogramado bajo la excusa del progreso técnico y económico que entra en contradicción con normas elementales de la democracia que piden “conocer los fines del cambio social, discusión, aceptación y consenso”.

8. El imperio de nadie

Para Beck, la impresión de tranquilidad política es engañosa. La insatisfacción por la política surge por la “desproporción” entre la autoridad oficial, representante de la política, caracterizada por su impotencia, y la transformación de la sociedad que pierde capacidad de decisión y “se encuentra relegada al terreno de lo no político”. Al mismo tiempo que surge una nueva cultura política, el desarrollo científico-técnico deja de ser un ámbito no político debido a su poder de transformación y a la capacidad de producir daños.

En la nueva sociedad el debate parlamentario o las decisiones del poder ejecutivo comienzan a no ser representativos y son suplantados por la microelectrónica, la tecnología nuclear o la genética humana. Las instancias que han controlado el proceso de modernización van perdiendo vigencia y el proceso técnico-económico se queda al margen de la legitimación parlamentaria, al mismo tiempo que se sitúa en un terreno intermedio entre lo político y lo no-político. Aparece una tercera dimensión que Beck denomina como lo “*subpolítico*”.

La consecuencia es que “el diablo de la economía se ha de santiguar con el agua bendita de la moral pública y adoptar una apariencia de santo en relación a la previsión social y a la naturaleza”. Nace una extraña metamorfosis de lo político en lo no político y lo no político en lo político. “Se produce una *revolución disfrazada de normalidad* que recorta posibilidades democráticas de intervención”. Cuando el Estado del bienestar parecía que había alcanzado un grado de autonomía con relación al sistema técnico y económico, ahora, “en cambio, el sistema político está ante la amenaza de ser *desposeído* de su constitución democrática”. El desarrollo de la ciencia tiene como característica la ignorancia de las consecuencias y la ausencia de responsabilidad. “Lo que *no* vemos *ni*

queremos siempre cambia el mundo clara y amenazadoramente”. El “imperio de nadie”, de consecuencias imprevisibles, se adueña de la democracia occidental²⁰.

9. La objetividad frente a la tragedia de la competencia

Georg Simmel, con la perspicacia que le caracteriza, lleva a cabo una interesante relación entre lo que es la norma jurídica y el dinero. “Se dan situaciones prejurídicas absolutas o relativas, en las cuales se establece un derecho empírico, basado sobre la violencia o sobre otros fundamentos. Pero este derecho no se establece jurídicamente; tiene vigencia legal en la medida que existe, pero su existencia no es un hecho legal”, para Simmel aquí se encuentra lo esencial, “le falta la dignidad de todo lo que se apoya en la ley”.

Toda ley basada en la violencia o en otra circunstancia que la convierte en injusta no es un hecho legal, no adquiere la categoría de verdad y, por tanto, de realidad jurídica. “Así, la preocupación de todo poder que establece un derecho ilegal es buscar o fingir cualquier legitimación del mismo, esto es, derivarlo de un derecho previamente existente, lo que, al mismo tiempo”, de forma paradójica, “constituye un homenaje a aquel derecho absoluto, que se encuentra más allá de todo derecho relativo”.

El derecho no se agota en este derecho relativo, “sino que encuentra su símbolo para nosotros, en la forma de una deducción continuada por la que toda ordenación jurídica real se deriva de otra existente con anterioridad”. Simmel describe el derecho como un resultado de la imaginación que adquiere la categoría de verdad y que carece de arbitrariedad, se trata de un derecho que se convierte en derecho previamente existente, al que se acude para legitimar de forma fraudulenta el derecho ilegal. El carácter imaginativo y simbólico del derecho se extiende también en una “deducción continuada” que da lugar al ordenamiento jurídico jerarquizado.

Es importante destacar el valor que Simmel concede al derecho, la ley es ya presunción de dignidad²¹. Este análisis del derecho se sitúa en los albores del siglo XX, cuando se acerca la tragedia de la I Guerra Mundial y Simmel observa las imágenes de la contemporaneidad. “El ser humano es el animal objetivo”, la objetividad de la persona le

20 Beck, Ulrich. La sociedad del riesgo...op. cit., p. 304 ss.

21 Simmel, Georg. Filosofía del dinero. Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1977, p. 83 s.

permite “la observación y manipulación de las cosas que se sitúan más allá del sentimiento y la voluntad subjetivos”. Esta objetividad “dulcifica la tragedia humana de la competencia”.

La objetividad adquiere el valor de elemento ético, “la única moralización posible se da a través del proceso cultural que cada vez objetiva más contenidos vitales en formas transindividuales”. Así, por ejemplo, “los libros, el arte, las construcciones ideales como la patria, la cultura universal, la configuración de la vida en imágenes conceptuales y estéticas, el conocimiento de miles de cosas interesantes y significativas, todo esto se puede disfrutar sin que uno haya de quitárselo al otro”. Esta constelación de objetividades humaniza las relaciones sociales.

Simmel se sitúa en el umbral de lo que no debe ser objeto de conflicto, “cuanto más claramente los valores adquieren esta forma objetiva, tanto más sitio hay en ellos para cada alma, como en la casa de Dios”. Los límites entre la generosidad de lo objetivo y la competencia que implica lo subjetivo están claros, “seguramente la desolación y la amargura de la competencia moderna no serían soportables, si, paralela a ella no se diera esta objetivación creciente de contenidos existenciales, tan ajenos a todo *ôte-toi que je m’y mette*”, característica de la sociedad del riesgo. La objetividad implica “prescindir del Yo” para que el proceso histórico se encamine a un “resultado, posiblemente más noble, a la construcción de un mundo, que es apropiable sin lucha y sin opresión mutua, a la formulación de valores, cuya consecución y disfrute por parte de una persona no excluye a la otra, sino que, antes bien, abre el camino al otro”.

Simmel vincula, al estilo de Aristóteles, una vertiente de la justicia con el cambio de propiedad. “La justicia estricta que ocasiona el intercambio es, solamente, algo formal y relativo: el uno no tiene que recibir ni menos ni más que el otro”. No obstante, el resultado es el “aumento de la suma absoluta de los valores”. Georg Simmel no evita un tema que incita a la reflexión. La objetividad adquiere relevancia cuando se relaciona el dinero con el derecho.

La norma jurídica necesita claridad y “ha llevado a esta limitación asombrosa de considerar como valores personales que se han de proteger contra el fraude aquellos que se pueden expresar en dinero y de reducir, por tanto, los otros a *quantités négligeables*”. No obstante, hay que marcar la frontera, la consecuencia ha sido “la ficción de su predominio

indiscutible”, el problema se plantea “frente a valores que no se pueden expresar en dinero y que, sin embargo, teóricamente son los más elevados”²². Al derecho se le exige velar por todos los valores que se encuentran en juego, de lo contrario se podría llegar a su propio reduccionismo y el de la justicia, de acuerdo a criterios meramente crematísticos.

10. Seguridad y riesgo

En épocas de crisis el tema de la seguridad en relación con la justicia adquiere especial relevancia. Para Pérez-Luño la seguridad se conecta con bienes jurídicos básicos que se estiman social y políticamente necesarios. La justicia abandona su dimensión ideal y abstracta para incorporar las exigencias igualitarias y democratizadoras del Estado social y democrático de derecho. Las medidas de seguridad han de estar conformes con los valores y derechos fundamentales constitucionalmente consagrados por el Estado de Derecho, y se deben aplicar con las garantías procesales y penales propias de su ordenamiento jurídico²³.

Se puede concluir con una reflexión inquietante, para Jesús Ignacio Martínez “cada vez que procuramos la seguridad asistimos a una revancha del riesgo. Así, cuanto más prevención más riesgo. La búsqueda de la seguridad lleva a tomar precauciones”. Se da la paradoja de que “la prevención influye en la disposición al riesgo”, por ejemplo, “un banco estará más dispuesto a otorgar crédito si podemos ofrecer garantías”. No obstante, “los peligros vienen ahora en gran medida del derecho mismo, de acciones realizadas al amparo de la legalidad”, puede ser más terrible la quiebra de un banco, el despido de un puesto de trabajo que un problema de seguridad ciudadana²⁴.

*“¿Dónde está la utilidad
de nuestras utilidades?
Volvamos a la verdad:
vanidad de vanidades”²⁵.*

Bibliografía.

- Bauman, Zygmunt. Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores. Barcelona: Ed. Paidós, 2007.

22 *Ibíd*em, p. 455 s.

23 Pérez Luño, Antonio-Enrique. La seguridad jurídica. Barcelona: Ed. Ariel, 1991, p. 51 ss.

24 Martínez García, Jesús Ignacio. “Pensar el riesgo. En diálogo con Luhmann”. En Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. 2010, n° 21, pp. 133-160.

25 Machado, Antonio. Poesías completas...op. cit., p. 223.

- Beck, Ulrich. La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Ed. Paidós, 2006.
- Brandt, Reinhard. “Observaciones crítico-históricas al escrito de Kant sobre la paz”. En Aramayo, Roberto R., Mugerza, Javier, Roldán, Concha (Editores). La paz y el ideal cosmopolita de la Ilustración. A propósito del bicentenario de Hacia la paz perpetua de Kant. Madrid: Ed. Tecnos, 1996.
- Gadamer, Hans-Georg. Verdad y método. Salamanca: Ed. Ediciones Sígueme, 2007.
- Habermas, Jürgen. Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Ed. Trotta, 1998.
- Heidegger, Martin. Hitos. Madrid: Ed. Alianza Editorial, 2000.
- Luna Serrano, Agustín. “Sobre la prevención de los conflictos y el sometimiento a arbitraje de la superación de la controversia”. En García Villaluenga, Leticia. (Directora). Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI. Madrid: Ed. Reus, 2010.
- Luhmann, Niklas. El derecho de la sociedad. México: Ed. Herder, 2005.
- Machado, Antonio. Poesías completas. Madrid: Ed. Espasa-Calpe, 1978.
- Marías, Julián. Introducción a la Filosofía. Madrid: Ed. Alianza, 1995.
- Giner De Los Ríos, Francisco. Resumen de Filosofía del Derecho. Tomo I. Madrid: Ed. Espasa-Calpe, 1926.
- Marías, Julián. Persona. Madrid: Ed. Alianza, 1996.
- Martínez García, Jesús Ignacio. La imaginación jurídica. Madrid: Ed. Debate, 1992.
- Martínez García, Jesús Ignacio. “Pensar el riesgo. En diálogo con Luhmann”. En Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. 2010, nº 21
- Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Ed. Trotta, 2009.
- Pérez Luño, Antonio-Enrique. La seguridad jurídica. Barcelona: Ed. Ariel, 1991.
- Simmel, Georg. Filosofía del dinero. Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1977.