

TENDENCIAS DEL DERECHO PARA EL SIGLO XXI

Prever y predecir el derecho que regirá en el siglo XXI parecería más que un ejercicio de preciencia, un acto adivinatorio. Sin embargo existen diversos elementos a partir de los cuales es posible inferir ciertas tendencias que se dan actualmente en el mundo, y a las que México no escapa, aunadas a una visión de la vida social y constitucional, que permiten anticipar algunas de las características que habrán de estar presentes en el orden jurídico del futuro.

En las edades moderna y contemporánea han venido prevaleciendo diferentes funciones del derecho. En el siglo XVI dominó la función colonizadora; en el XVII la que permitió un ejercicio de la autoridad sin contrapeso; en el XVIII la que dio base a los contrapesos en el poder; en el XIX la que desarrolló las facultades de la ciudadanía entendida como conjunto de individualidades, y en el XX la que introdujo la tutela del más débil, traducida en los sistemas de bienestar.

¿Qué rasgo distintivo tendrá la función del derecho en el siglo XXI? Muy probablemente el que resulte de que el concepto sociológico de nación y el concepto político de ciudadano perderán su fuerza cohesiva si el derecho no tiene una función promocional¹ que incentive actitudes y disposiciones, entre ellas las que correspondan al conocimiento de las normas que imponen deberes y que confieren poderes.

Hoy es frecuente la expresión de repensar, tratándose de hechos correspondientes al pasado, y de reinventar, aludiendo a acciones que tengan efecto en el presente y en el futuro. Así nos encontramos con el planteamiento de reinventar las instituciones, según Olsen y March (1989); reinventar el gobierno, según Gaebler y Osborne (1991); reinventar el Estado, según López

¹ Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1990, pp. 371 y ss.

Caldera (1992); reinventar la representación política, según Grady (1993); reinventar el derecho según Ackerman (1988) y Martínez García (1992), e incluso reinventar la democracia, según Carol Gould (1988) y Jiménez de Parga (1993).

Con mayor ambición aún se habla no sólo de reinventar, sino incluso de reconquistar. La reconquista del paraíso, según Tamames (1993), se concibe como una gran posibilidad de construir un nuevo orden ecológico. Sin duda aparecerán nuevas formas de aplicar el prefijo *re*.

Por ejemplo: reequilibrar las instituciones, como una acción que permita utilizar cuanto tenemos ya en vigor, pero con una diferente forma de compensación entre las fuerzas reales y las normas aceptadas, que dé lugar a un sistema capaz de generar una nueva mecánica de pesos y contrapesos en una sociedad mucho más compleja que la considerada por Locke, Montesquieu y Tocqueville. El reequilibrio institucional no sólo debe mirar a los órganos del poder, como en la teoría clásica, sino a todo el entramado social moderno, que implica una gran descentralización del poder.

Todo lo anterior es explicable en tanto que la invención se diferencia del descubrimiento, según Kant, en cuanto que éste se refiere a lo preexistente, y lo inventado es lo que surge como novedad. Ya Montaigne hablaba, en el siglo XVI, de “la multiplicación de nuestras invenciones”² como parte del devenir individual y colectivo. En un sentido clásico la invención no es otra cosa que un hallazgo, y por eso se llama “inventario” a la relación de lo conocido. Lo por conocer, es lo por inventar. Así, el futuro supone la invención. Ahora bien, como los conceptos mencionados ya fueron inventados varias veces y es previsible que en el futuro los reelaboremos para llenarlos con un nuevo contenido y con nuevas soluciones, es razonable que hablemos de reinventarlos.

Inventación no es un sinónimo de fantasía sino de creatividad. Digamos que en 1917 los derechos sociales fueron inventados por el Constituyente de Querétaro, y que las sucesivas ampliaciones al catálogo (inventario) de esas garantías, han constituido

² Montaigne, *Ensayos*, libro III, XIII.

su reinención. Ésta, concebida como un proceso permanente de actualización, no ha decrecido ni está cerrada para el futuro.

La reinención fundamental está en el nuevo tipo de contrato social que queremos. Después de todo el contractualismo no es otra cosa que una teoría del poder legítimo basado en el binomio legalidad-racionalidad.

Por lo que hace al derecho del futuro conviene distinguir su forma de elaboración, su contenido y su manera de aplicación. De estos tres grandes rubros, el referente al contenido da las normas, es, por supuesto, el que comporta mayores incógnitas.

A la sociedad del futuro la aguardan intensos debates en los ámbitos de la bioética, particularmente en lo que atañe a la manipulación genética y a la interrupción de la vida. En materia de comunicación también los habrá relativos a la regulación de los sistemas electrónicos y a la protección de los derechos de autor y de intérprete, así como a las patentes y a la preservación de los secretos industriales y comerciales. La defensa de la naturaleza se realizará a través de nuevas estrategias y de la consolidación de nuevos derechos.

Los sistemas de comercio y los intercambios migratorios implicarán, asimismo, la necesidad de nuevas reglas para la solución de controversias. La internacionalización de muchas materias normadas esencialmente en los ámbitos nacionales, como el régimen de las corporaciones, y la preservación de las soberanías nacionales, también obligarán a precisiones conceptuales importantes. Contra lo que se afirma ya por algunos autores, el principio de soberanía será insustituible. Sin Estados soberanos no hay partes que integren la comunidad internacional, de igual forma que sin el concepto de persona tampoco habría posibilidad de elaborar el de sociedad.

Es previsible que las normas tutelares del futuro comprendan en mayor medida a los grupos que carecen de integración y representación formal: niños, jóvenes, ancianos y mujeres. No se espera que prevalezca una visión de tipo benefactor, sino que se establezcan derechos que garanticen su desarrollo, en el caso de la niñez y la juventud; su mayor participación, en el caso de la mujer, y un adecuado sistema prestacional en el caso de la tercera edad.

Pero independientemente de los diversos contenidos temáticos, habrá que considerar el gran encuadramiento de la norma misma. La visión contractualista presentaba a la sociedad como una antítesis del estado de naturaleza. Como resultado de esa perspectiva, los fines sociales a tutelar eran la paz y el orden. El camino que ahora llevan las sociedades ya no es el de un contrapunto frente a la naturaleza, que hacía necesaria la presencia pacificadora y organizadora del Estado, sino el de la adopción creciente de responsabilidades. La diferenciación social, la noción del cambio, los procesos de urbanización y democracia, tienen mucho que ver con el tipo de "contrato social" que regirá en el futuro, y por ende con las fuentes reales y formales del derecho.

En cuanto a los procedimientos de elaboración normativa, los niveles de predicción son otros. Un fenómeno que habrá que prevenir es el de la "babelización" del lenguaje jurídico. A fuer de una creación normativa que resulte progresivamente descentralizada, y de una creación centralizada altamente tecnificada, puede irse abultando la serie de expresiones cuya cantidad, complejidad y densidad hagan difícil su conocimiento y, por ende, su comprensión y aplicación. J. H. Barton alude a este fenómeno con la expresión "explosión jurídica".³

Con el término convencional "juridización", se designa al fenómeno propio de las sociedades modernas de aumentar el volumen normativo. Esta tendencia se proyecta a través de tres actividades: la actualización, por adición o reforma de normas ya existentes; la extensión del derecho hacia áreas no incluidas previamente, como ha sido el caso relativamente reciente de las normas en materia ecológica; y la densificación de las normas, que las hace progresivamente más complejas y que implican la propensión a incorporar disposiciones de naturaleza reglamentaria en textos legales y aun constitucionales. Este casuísmo invasivo se advierte en la mayor parte de los sistemas legales occidentales.

El encuadramiento normativo de los diversos sistemas políticos ha generado que esa juridización se acentúe en el sentido mismo hacia el que se orientan las decisiones políticas. En la edad mo-

³ Cfr. Cotterrel, Roger, *Sociology of Law*, Londres, Butterworth, 1984, cap. IX.

derna el surgimiento del Estado, que reemplazó al concepto estatal de autoridad, supuso un proceso constructivo de un derecho privado adecuado para regular la actividad contractual. Habermas⁴ observa que en el ámbito público esa tendencia jurisdicadora encontró su mejor expresión en el *Leviatán*: la institucionalización pura y simple del poder.

A su vez el Estado de Derecho incorporó una nueva realidad: la del ciudadano como titular del derecho frente al poder. Aquí el derecho no es sólo una potestad del Estado, sino también un atributo del gobernado que se proyecta en el universo de sus garantías.

El Estado Democrático de Derecho abre otro capítulo: el ciudadano, además de la defensa ante el poder, adquiere la posibilidad de participar en el poder. Vota y es elegido. Opina y decide. Piensa y actúa. En otras palabras: tiene garantías y tiene participación.

Un nivel más complejo en la elaboración normativa resulta cuando se adiciona un nuevo elemento para caracterizar al Estado Social y Democrático de Derecho. Se involucra, además de la tutela al individuo y sus derechos de participación democrática, al conjunto de relaciones de clase, instituyendo mecanismos de distribución de la riqueza a través del salario, del ejercicio de derechos colectivos y de un conjunto de prestaciones que aseguran el bienestar.

Esos procesos van aparejados a una creciente juridización que tiene, a su vez, un efecto de paradoja en lo que también Habermas caracteriza como la "colonización del mundo de la vida". Pero andar el camino hacia atrás, para desmontar lo conseguido sólo con el propósito de hacer menos pesado y complejo el aparato normativo, resultaría una decisión de gran costo político. Revocar decisiones políticas para aligerar al sistema jurídico no parece lo más adecuado ni viable.

Por eso, lo que puede plantearse hacia el futuro es la instauración de nuevos instrumentos para encauzar los entendimientos políticos y sociales de manera más dinámica pero no menos se-

⁴ *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1987, t. II, pp. 502 y siguientes.

gura. De alguna forma la rigidez y la abundancia normativas tuvieron como origen la ausencia de otros mecanismos de compromiso que dieran a las reglas del juego un carácter estable, conocido y aplicable. Esto imprimió a la política y a la vida social una sensible dependencia con relación a la norma, con lo que el instrumento se volvió más importante que la acción.

El instrumento se ha hecho de elaboración lenta y de modificación difícil, en tanto que la acción política y las relaciones sociales son más dinámicas y exigen adecuaciones al cambio con mayor rapidez.

Ocurre, por tanto, que los entendimientos normativos van haciéndose progresivamente más costosos, tanto por lo que implica su elaboración, cuanto por su adecuado entendimiento y aplicación.

Adicionalmente esa juridización orilla a que los entendimientos sean parciales en su alcance porque, habida cuenta de la relativa rigidez de la norma, cada interlocutor se deja abierto un resquicio para el matiz de la interpretación. El casuismo es creciente y afecta las características de generalidad y abstracción de la norma.

Al hablarse del nuevo concepto de Estado quizá valga la pena tener en mente que ya en 1918 Santi Romano (*El ordenamiento jurídico*) había llevado a grandes profundidades las tesis institucionalistas de Hauriou y apuntaba que "la crisis del Estado moderno implica precisamente la tendencia de una serie grandísima de grupos sociales a constituirse cada uno en un círculo jurídico independiente".⁵ Sin desconocer que el Estado es la "institución de instituciones", Romano explicaba que el pluralismo hace posible que la sociedad genere nuevos ordenamientos fuera de los dictados estatales.

El Estado renovado puede conservar sus características y ser democrático y social de derecho en tanto que modifique sus estrategias normativas. Luhmann caracteriza al derecho como un instrumento de cohesión social que coordina los mecanismos de integración y de control en un nivel altamente generalizado y abstracto.⁶ Por eso hay tres grados de relación entre sociedad

⁵ Cfr. Bobbio, *cit.*, pp. 153 y ss.

⁶ *Teoría política en el Estado de bienestar*, Madrid, Alianza, 1993, pp. 161 y ss.

y derecho: uno, pasivo, en el que la sociedad condiciona al derecho; otro, activo, en el que el derecho condiciona a la sociedad; y un tercero, reflexivo, en el que ambos interactúan de manera recíproca. Definir la intensidad de esas relaciones y decidir la precedencia de cada una de ellas en cada momento, es tarea de la política, entendida como una forma de distribución del poder a través de comportamientos institucionales, en un ámbito de libertad y con un propósito de justicia.

Las relaciones sociales se fundamentan en un concepto de justicia: la equidad, la libertad, la democracia, la seguridad jurídica, son diversas expresiones de la justicia.

La justicia ha sido y seguirá siendo el objetivo central de todo aparato normativo. Pero tendrá que modernizarse su alcance para superar la fase meramente estatal. La idea de que sólo el Estado puede garantizar la justicia corresponde a un concepto que alcanzó su mayor exponente con el Estado de bienestar. Explicable y necesario en su momento, irá dejando su lugar al de sociedad de bienestar, donde prevalecerán los principios de cooperación, complementación y reciprocidad.

Un sistema en el que nadie se sacrifique en aras de los demás constituye el desiderátum de una sociedad de bienestar. Esto no excluirá la realización de esfuerzos proporcionales a la capacidad de cada quien para contribuir al bienestar colectivo. La mayor aportación no equivale a un sacrificio, habida cuenta de que es el resultado de una distribución racional de responsabilidades conforme a la cual los más favorecidos están más obligados.

El Estado constitucional ha garantizado una especie de neutralidad en las relaciones políticas. Esa neutralidad es dinámica, en tanto que permite márgenes para que los agentes políticos y los agentes sociales celebren acuerdos y diriman conflictos. El problema es que en tanto mayor sea el espacio de la norma, menor margen dejará a los acuerdos y, en esta medida, cada uno de estos procedimientos consensuales tendrá cualquiera de dos efectos: o bien se conviene de manera a la norma, generando sobrecargas para el aparato normativo; o bien se obliga a una nueva elaboración normativa, con lo cual las normas de neutralidad política van siendo sustituidas por normas de compromiso político.

Ahora bien, como la naturaleza de esos compromisos obedece normalmente a requerimientos de fluidez, generan inestabilidad en la norma que, paradójicamente, la hacen objeto de un menor grado de confianza.

Sucede entonces otro efecto indeseado: las normas de compromiso tienen menor duración y son de más cuestionable aplicación que las de neutralidad, con lo cual además de erosionarse la conciencia jurídica de una comunidad se hacen más o menos precarios los acuerdos celebrados.

Para resolver el problema del exceso regulatorio habría dos conjuntos de opciones: uno, la desregulación, o la revisión de la normativa; otro, la preservación del arcano normativo como instrumento burocrático de control, o la integración de una cultura jurídica que dé nuevo sustento al sistema democrático.

La desregulación a pesar de su utilidad ha probado tener dos limitantes: la primera, porque el número de asuntos que requieren ser normados va en aumento, la segunda, porque en el fondo se ha convertido en la transposición de un conjunto normativo a otro conjunto normativo. La revisión de las normas sustantivas, en cambio, ofrece la oportunidad de una depuración razonable que proporcione al orden jurídico coherencia, para evitar yuxtaposiciones y contradicciones; actualidad, para superar omisiones y arcaísmos, y razonabilidad, para reducir el casuismo y dejar mayores espacios a los acuerdos consensuales y a las decisiones jurisdiccionales.

La revisión podrá complementarse con una simplificación referida a aspectos adjetivos. Una mayor extensión para la resolución judicial de conflictos y una mayor autonomía para la composición social de las diferencias, mediante el arbitraje, ofrecerán la respuesta de un derecho más dinámico, apoyado en un aparato judicial responsable y confiable.

Así, la juridización podrá reducirse en tanto la sustituya la "judicialización" de las relaciones sociales. Llamamos "judicialización" tanto al desarrollo de los órganos y procedimientos formales como a los informales, descentralizados, aptos para prevenir y resolver conflictos de intereses.

La cultura jurídica es la otra parte a considerar en el esquema planteado. Si entendemos que el orden jurídico supone una re-

lación binaria que asocia a quien aplica y en quien se aplica la norma, se sigue la necesidad de que ambos la conozcan, así sea en niveles diferentes de profundidad y precisión.

Lo que no puede prolongarse, indefinidamente, hacia el futuro, es el desconocimiento de las normas que garantizan derechos e imponen responsabilidades; tampoco puede perpetuarse la visión de la prescindibilidad del derecho ni la de su imposibilidad de aplicación.

El conjunto de percepciones, actitudes, tradiciones y conocimientos en torno a la norma, está llamado a constituir la cultura jurídica indispensable para dar vida a un nuevo estilo de relación social y, por ende, política.

Esto explica que el 47% de un grupo de ciudadanos recientemente interrogados opine que es necesario reforzar la información jurídica en el ámbito escolar, y que el 41% se manifieste en el sentido de una mayor difusión a través de los medios.

En 1981 Héctor Fix-Zamudio, figura paradigmática para la ciencia jurídica, dedicó un volumen a examinar los problemas de la investigación y la enseñanza del derecho. Fue, el suyo, un enriquecedor esfuerzo porque sistematizó propuestas, propias y ajenas, impelido por la convicción de que es necesario desarrollar la formación de abogados.⁷

Tenemos todavía un rezago en cuanto a la calidad y cantidad de abogados que demanda una sociedad a la vez abierta y compleja. Esto no es sólo responsabilidad de las instituciones de enseñanza; es también resultado de que el ejercicio profesional ha estado, en términos generales, por debajo de los requerimientos sociales.

El tema de las relaciones entre derecho y moral ha sido ampliamente explorado; pero usualmente está referido a los conceptos generales del orden jurídico o, cuando se llega a particularizar, al ejercicio de las funciones del poder. Sin embargo hay un capítulo central, poco explorado, que es la serie de tareas que realizan los abogados como intermediarios frecuentes entre la sociedad y los órganos del poder.

⁷ *Ensayos sobre metodología, docencia e investigación jurídicas*, México, UNAM, 1981.

Nadie discute el valor central de la justicia en una democracia constitucional. Empero, el gozne que hace posible la actualización de la justicia con relación a las expectativas y demandas de solución en cada caso concreto, es el constituido por los abogados. Este aspecto normalmente se omite en las consideraciones acerca de las reformas conducentes a una mejor procuración e impartición de justicia.

Cuando examinamos los problemas de la procuración e impartición de justicia, solemos atender al marco normativo que las rige y a los órganos del Estado que resultan directamente involucrados. Hay razones de peso para que así se haga, pero con ello apenas se toca un aspecto del asunto. El hecho es que no se aborda lo concerniente al tipo y cantidad de abogados, y a cómo la sociedad puede estar segura de su idoneidad técnica y ética. Es verdad que normas precarias o funcionarios venales afectan las demandas, expectativas y compromisos en relación con la justicia; pero otro tanto ocurre cuando quien desvía su acción es el abogado, sea porque no conoce su ciencia, sea porque la tuerce.

El regreso del actor, como le llama Alain Tourraine, no es otra cosa que la premonición de Octavio Paz de que ya se anuncia la vuelta a las virtudes del ciudadano. Por ahí se enfila también la reflexión del Círculo Denis Diderot sobre "la democracia que viene". El mundo de los valores individuales y el de los principios sociales estarán en interacción creciente. Los propiciará una sociedad más educada y mejor informada. Los centros de educación y los medios de comunicación desempeñarán un papel crucial en la configuración del ciudadano del futuro. Generarán, progresivamente, una más íntima y arraigada convicción de auto-perfeccionamiento, auto-administración y auto-desarrollo, que necesariamente se proyectarán en sistemas jurídicos abiertos y flexibles.

La relación entre norma y política puede plantearse en términos de circularidad, como un sistema interactivo, o de linealidad, discutiéndose entonces la prelación de la política o del derecho. Esto último lleva a debates sin salida, pues habrá quienes jamás acepten la primacía de la política, viendo en los acuerdos políticos el quebranto del orden jurídico, y habrá quienes contem-

plen a este orden como una especie de obstáculo que sólo puede ser removido mediante frecuentes modificaciones. La primera posición lleva al inmovilismo y la segunda a la mutación perpetua; la primera no permite encuadrar al fluido fenómeno político, y la segunda no permite sedimentar a las instituciones. Ambos extremos, adoptados en su visión más radical, conducen a perspectivas incompatibles.

Una solución intermedia permite superar las discrepancias: la circularidad de las relaciones política/derecho, a través de prescripciones normativas cuya generalidad y abstracción aseguren reglas básicas para que la conducta social y política encuentre opciones con la misma velocidad que se producen los problemas.

En el punto correspondiente a la observancia de la norma es inevitable determinar que ésta representa, para sus destinatarios, la posibilidad de alcanzar objetivos de justicia y de cooperación. En el universo de la justicia habrá que considerar, como Rawls,⁸ por un lado las libertades básicas (políticas, asociativas, creativas, jurídicas *stricto sensu*) y la equidad (forma de compensación que se traduce en igualdad de oportunidades y beneficios adicionales para los menos aventajados), y por otra parte los términos de la cooperación (Rawls habla de “consensuar”) en tanto que la legitimidad contractual implica “acuerdos voluntarios y ventajosos para todos y la asunción de los deberes pertinentes”.

Lo que Rawls llama “consenso por superposición” alude a que, en una democracia constitucional, la justicia ofrezca una base adecuada para el funcionamiento de las instituciones y ayude a asegurar, por generaciones, relaciones estables.

Los consensos por superposición serían aquellos ofrecidos por las doctrinas morales, filosóficas, políticas y sociales que, aun siendo excluyentes entre sí, converjan en los principios de justicia y les den estabilidad. Se implican así el universo normativo y el cultural para “articular una base compartida de consenso acerca de una concepción política de la justicia, apoyándose en ideas intuitivas fundamentales de los ciudadanos acerca de su sociedad y de su lugar en ella”.⁹

⁸ *Sobre las libertades*, Barcelona, Paidós, 1992, pp. 33 y ss.

⁹ “La idea de un consenso por superposición”, en Betegín y Páramo, *Derecho y moral*, Barcelona, Ariel, 1990, p. 85.

Desde otra perspectiva Habermas entiende que los acuerdos normativamente adscritos se oponen a los entendimientos alcanzados comunicativamente. En este caso pesan más las actitudes culturales que las operaciones interpretativas. Seguramente puede encontrarse una opción diferente a la del antagonismo de esos conceptos y procurar su complementariedad. El entendimiento *a priori* que representa la norma no necesariamente ha de estar reñido con lo que el propio Habermas denominada "mundo de la vida".

La disyuntiva no estará en reafirmar hacia el futuro el estatismo o el sociocentrismo como opciones inevitables, sino como extremos conciliables en un punto de equilibrio razonable, en función del Estado, y sensato, en función de la sociedad. La estrategia constructiva no es, por tanto, decidir entre más normas o menos normas, sino adoptar tantas normas como sean útiles y necesarias para garantizar efectividad en la acción del Estado y equidad en las relaciones sociales.

Así entendido el derecho ha evolucionado, y lo seguirá haciendo, de un sistema de control coactivo, como función de la autoridad, a un estadio más amplio que también comprende la integración (negociación y concertación como fuentes de entendimiento vinculatorio) y la promoción (participación y autonomía como atributos de individuos y colectividades).

Las instituciones, entendidas como reglas esenciales, tienen entre otros objetivos ofrecer pautas de referencia a la sociedad. Es previsible que las expectativas de cambio social requieran, progresivamente, de estabilidad normativa. La vigencia de reglas generales y abstractas claras, conocibles, comprensibles, duraderas y aplicables podrá llegar a convertirse en un requisito que dé márgenes de certidumbre a la sociedad para que ésta alcance niveles sostenidos de justicia.