

ARTÍCULO

El puesto del Derecho en el cosmos epistemológico

Hugo Rafael Mancuso

Hugo Rafael Mancuso

Postdoctor en Semiótica general y aplicada (Université de Genève (UniGE). Doctor en Letras (Semiótica e Italianistica) por la Università degli Studi di Roma "La Sapienza" (Uniroma1).

Universidad de Buenos Aires (UBA). Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet)

Correo electrónico: adversus@fibertel.com.ar

Fecha de recepción: 15/02/2021

Fecha de aceptación: 15/03/2021

Resumen

El objetivo específico de este trabajo es la descripción de la mutación de la epistemología del Derecho contemporáneo, desde lo que fue el paradigma de la codificación —que se formó a partir del iluminismo— hasta los planteos sistémicos actuales. Describiré cómo se fue transformando paulatinamente un concepto (el de codificación) y cómo esa variación epistemológica influirá después en la práctica jurídica contemporánea, es decir desde la segunda mitad del siglo XX a lo que llevamos en el siglo XXI. Como conclusión provisoria habría que evaluar cómo aprovechar las ventajas y el logro civilizatorio que significó el código y el Estado de Derecho y abrirse a lo que sería la complejidad de la sociedad contemporánea donde aparecen fenómenos como la globalización del delito y de la economía, la transnacionalización de las empresas y la existencia de Internet o el uso de las criptomonedas. Fenómenos que, si uno está arraigado a la epistemología jurídica del siglo XVIII no puede dar ni siquiera cuenta. Pero entendamos que sin esa

mentalidad jurídica del código estaríamos viviendo en el peor de los despotismos. Esta inestabilidad de vivir entre estos dos polos opuestos es, tal vez, el gran desafío que tenemos delante hoy.

Palabras claves

Epistemología

Codificación

Ciencias Jurídicas

The Place of Law in the Epistemological Cosmos

Summary

The specific objective of this work is the description of the mutation of the epistemology of contemporary Law, from what was the paradigm of codification - which was formed from the Enlightenment - to the current systemic proposals. I will describe how a concept (that of codification) was gradually transformed and how this epistemological variation will later influence contemporary legal practice, that is, from the second half of the 20th century until now in the 21st century. As a provisional conclusion, it would be necessary to evaluate how to take advantage of the benefits and the civilizing achievement that the code and the rule of law meant and open up to what would be the complexity of contemporary society where phenomena such as the globalization of crime and the economy, the transnationalization of companies and the existence of the Internet or the use of cryptocurrencies appear. Phenomena that, if one is rooted in the legal epistemology of the eighteenth century, cannot even be accounted for. But let's understand that without that legal mentality of the code we would be living in the

worst of despotisms. This instability of living between these two opposite poles is, perhaps, the great challenge before us today.

Keywords

Epistemology

Codification

Legal Sciences

«(...) gli uomini che non sanno il vero delle cose
procurano d'attenersi al certo (...)»
(Giambattista Vico, 1725 [1942]: IX, 118)

En el título de esta presentación hay una cita parcial y parafraseada de un famoso libro de Max Scheler *El puesto del hombre en el cosmos* (1927) en el cual el autor se preocupó principalmente por reflexionar acerca del «valor» en sentido ético-filosófico y, principalmente, acerca de los «valores» en el contexto del Derecho. Además de continuar con la revisión crítica del positivismo —junto a otros pensadores de orientación neokantiana como Ernst A. Cassirer y a otros posteriores de orientación neo hegeliana como Benedetto Croce y Robin G. Collingwood— trata de dar cuenta de la entidad material de los valores (en el sentido de una entidad cuasi universal si bien *también*, a su vez, relativa e histórica) y de cómo puede influir dicha vivencia (*Erlebnis*) en el todo de la cultura humana y en particular en el derecho natural y positivo. Para ello toma un ejemplo jurídico específico: el homicidio. No en todas las culturas ni en todas las épocas, el homicidio es considerado un delito; más aún, en las culturas en donde

lo es, el homicidio puede ser aceptado en ciertas circunstancias y en determinados contextos específicos. Esto quiere decir que si bien los valores tienen una entidad material —existen «realísticamente»— a su vez también, esos valores tienen un cierto grado de relatividad, aunque no necesariamente total y absoluta porque se ubican en un contexto que debe ser interpretado en cada caso particular. Justamente aquí aparece el término clave de la filosofía de la cultura que prospera a fines del siglo XIX —y que tendrá una influencia fundamental en el siglo XX— que es el concepto de «margen de constructividad» de los valores y de cómo son vistos e interpretados siempre en el ámbito de una cierta jerarquía.

No voy a referirme en esta sede, específicamente, a la filosofía de Scheler ni siquiera en sus implicancias jurídicas, pero me importaba recordar con este juego de palabras, mediante esa paráfrasis del título su tesis fundamental (objetividad de los valores en una jerarquía relativa) porque tiene que ver con algunos de los aspectos que expondré a continuación para intentar comprender cuál sería la situación (por eso hablo de cosmos o universo epistemológico) de la reflexión o de la epistemología del Derecho y de las ciencias jurídicas y sociales en general.

El objetivo específico de este trabajo es *la descripción de la mutación de la epistemología del Derecho contemporáneo, desde lo que fue el paradigma de la codificación —que se formó a partir del iluminismo— hasta los planteos sistémicos*

actuales. Mi presentación pretende ser ante todo descriptiva, más allá de las preferencias de cada uno. Desearía —con la mayor descripción y la menor valoración posibles— referirme a cómo se fue transformando paulatinamente un concepto (el de codificación) y cómo esa variación epistemológica influirá después en la práctica jurídica contemporánea, es decir desde la segunda mitad del siglo XX a lo que llevamos en el siglo XXI, con sus bemoles, sus aciertos y sus complejidades. Obviamente el Derecho, como parte de las ciencias sociales o humanas (no vamos a hacer una disquisición en ese sentido) no es ajeno a las conflictividades que está atravesando gran parte del pensamiento contemporáneo, especialmente en los últimos veinte años.

Sigue a continuación un *racconto* sucinto del paradigma de la codificación y de sus supuestos ideológicos implicados. Este modelo jurídico se basó principalmente en una serie de principios y presupuestos que podemos enumerar rápidamente en los siguientes puntos:

- a) la determinación de la *primacía de la forma*, entendida como categoría, es decir, el Derecho es una categoría que tiene que ser entendida de manera abstracta y por ende codificable;
- b) la centralidad y autosuficiencia del *código*;
- c) el *principio de legalidad* como garantía de la seguridad individual;
- d) el principio de *seguridad jurídica*;

- e) el *principio de igualdad* de los ciudadanos ante la ley;
- f) el presupuesto de la *previsibilidad de las decisiones judiciales* y
- g) la *división de los poderes* del Estado.

Estos supuestos son hasta tal punto basilares que aparecen expuestos no sólo en todos los tratados e investigaciones de la época y posteriores, sino que son principios indiscutidos en la mayoría de las constituciones modernas de Occidente.

Una serie de corolarios que podemos derivar de estos principios que son también supuestos epistemológicos básicos del paradigma de la codificación, son:

- a) La *independencia* y la *irresponsabilidad* política del Poder Judicial: es decir no es responsable de las consecuencias políticas de sus decisiones tomadas a partir de la interpretación de la ley; y
- b) el *enjuiciamiento obligatorio* en los países del Derecho continental codificado o sea que el enjuiciamiento no se puede evitar ni negociar. Se aplica por un ciego acto administrativo-judicial no discrecional.

Los paradigmas de la codificación siempre tuvieron dos alas desde la Ilustración: por un lado, el Derecho Penal y por el otro el Derecho Civil. Era inconcebible que existiera el uno sin el otro, como dos ámbitos no aislados, no estancos, pero dos ámbitos absolutamente distinguibles.

Es menester recordar a Cesare Beccaria, arquetipo del iluminista milanés, uno de los sistematizadores del paradigma y a su obra más conocida: *De los delitos y las penas* (1764).

Beccaria pide que las leyes sean pocas, sencillas, claras, las penas lo más leves (*i.e.* lo más proporcional) posible en cada caso, con juicios rápidos y con pruebas materiales, la abolición de la tortura y de ser posible también la abolición de la pena de muerte.

Resumidamente, estas son las conclusiones principales de la obra de Beccaria y que en cierto sentido sintetizan lo que serían los *desiderátums* del espíritu de la codificación iluminista que llega hasta el presente.

Por otra parte, para Beccaria no es menos importante lo siguiente: *el juez no puede interpretar libremente la ley, el juez tiene que aplicar la ley; no tiene margen alguno de discrecionalidad*. El Iluminismo jurídico restringía la arbitrariedad por lo tanto el juez si bien podría considerar atenuantes o agravantes pero la interpretación tenía que estar, siempre, acotada.

También Montesquieu, en *El espíritu de las leyes* (1748) insistía ya en este principio: los jueces de la Nación solamente pueden ser *ventrílocuos de la ley*, a través de su voz habla la Ley (en mayúsculas). Hay indudablemente una cosificación —en el sentido de una abstracción— del concepto de ley la cual tenía que ser aplicada con la menor distorsión posible para garantizar la aplicación del *principio de igualdad*. Al juez se le reconoce una

función pura y absolutamente de *reconocimiento del hecho, del autor y de la aplicación de la norma mediante su hermenéutica*. Sin embargo, justamente las transformaciones que se producen principalmente a partir de los años sesenta y setenta del siglo XX, ponen en crisis este mecanismo metodológico y, por ende, este paradigma epistemológico. De aquí en más proliferarán, paulatinamente, numerosas legislaciones complementarias por fuera de los códigos — que no buscarán ser incorporada a los mismos— con lo cual empiezan a producirse ciertas distorsiones o contradicciones en el sistema jurídico, potencialmente graves. Y esto sucede sobre todo en ciertos ámbitos del Derecho más sensibles a la arbitrariedad con la proliferación de legislaciones a veces demagógicas que por momentos parecen ser decisiones ad hoc e incluso ad hominem, posiblemente necesarias para resolver situaciones en determinado momento en áreas que involucran algún tipo de dimensión asistencial: derecho de familia, protección de menores, protección de minorías, derecho laboral, asistencia sanitaria y social en general. E incluso también, después, influirá en ciertos ámbitos del Derecho Penal, en el que pocas décadas antes hubiese sido impensable que pudieran ser afectados por esta tentación, que para Beccaria era absolutamente negativa y diríamos, incluso, dictatorial sino totalitaria. Porque a su parecer, el axioma común —que muchas veces se acepta sin entender— de «buscar el espíritu de la ley y no la letra» puede ser el inicio de «las más profundas aberraciones e iniquidades». Insisto, describo una transformación epistemológica a partir de

una reformulación valorativa que, en la visión de Scheler, si bien los valores no mutan sí muta la valoración que se hace de los mismos: en sus términos, se *reorganiza la jerarquía de esos valores* y precisamente eso es lo que estamos describiendo aquí.

Entonces en determinados ámbitos que involucra una marcada dimensión asistencial o cuando —según la visión de los jueces o de los operadores del Derecho— ciertas cuestiones no son solucionadas por el legislador, el juez se tiente a legislar con sus decisiones así como otras veces es el legislador (tentado por la presión social que tiende a ser cada vez mayor y sobre todo a partir de la proliferación de los medios masivos de comunicación) sanciona leyes que después entran en contradicción con el plexo normativo pre existente, sin modificar regularmente ese plexo normativo.

Con este proceso —que se manifiesta sobre todo en la segunda mitad del siglo XX en las culturas del derecho codificado o continental, que prácticamente incluye casi toda Europa oriental, occidental y toda América excepto Estados Unidos— disminuyen paulatinamente las diferencias entre el *Common Law* y el derecho codificado.¹

1 No vamos a analizar aquí las mutaciones sufridas, a su vez, por el *Common Law* en el siglo XX pero se da un proceso análogo: ante la gran proliferación de interpretaciones hechas por jueces en distintas épocas y tribunales, también surge una tentación «codificante» en las prácticas de la «ley común».

Hay una observación que realiza Iuri Lotman en sus artículos sobre la *Semiótica de la Cultura* (1979) que es muy significativa.

Para Lotman, desde una perspectiva semiótica general en el estudio de cultura siempre, de un modo u otro, todas las sociedades humanas y en todas las épocas tienden a realizarse en torno a un «libro» (sagrado) o a un «código» (derecho codificado) o mediante prácticas hermenéuticas de la ley consuetudinaria (*Common Law*). Para Lotman este es un universal cultural que ocurre de un modo o del otro: las culturas (o grandes periodos temporales de esas culturas) se organizan de una manera o de otra.

Asimismo, hay un hecho que se puede verificar fácilmente con nuestra práctica cotidiana, académica o jurídica: el Derecho deja (sea en sus operadores, sea en la población) siempre una «sensación de insatisfacción». En los países en los que hay *Common Law*, se añora un sistema codificado y los países con sistema codificado imaginan que —muchas veces incluso en la vulgata de los operadores jurídicos— la solución para los conflictos sociales sería la aplicación del *Common Law*.

Es una observación que no deja de ser pertinente y significativa en este contexto.

Volviendo a la formación del sistema codificado del siglo XVIII a partir del Iluminismo, el desarrollo del derecho codificado continental moderno es producto de la confluencia de tres corrientes de pensamiento.

Por un lado, el *racionalismo* que se desarrolla en el siglo XVI y primera parte del siglo XVII con autores como Descartes y Leibniz, que es eminentemente filosófico y gnoseológico y fija una serie de elementos como principios que van a ser aceptados durante siglos, casi sin discusión (al menos hasta Charles S. Peirce, hacia mediados del siglo XIX) en particular la tesis de que *existen verdades que son universales y modos absolutamente objetivos de demostrar esas verdades*: de la mente autónoma (como principio psicológico), del alma (como principio gnoseológico) y, en consecuencia, la existencia del mundo material (*res extensa*).

La segunda corriente cultural que confluye en la creación del derecho codificado moderno es, justamente, el *Iluminismo*, especialmente el alemán —con Immanuel Kant— y el italiano —con numerosos juristas entre los cuales está Cesare Beccaria— y su aplicación político-social con la Ilustración y el despotismo ilustrado.

Y después también (aunque pueda parecer contradictorio) la tradición de la *cultura católica* en particular por la afirmación del universalismo y por la posibilidad lógica y ética de distinguir claramente la verdad y de la falsedad —axioma heredado del realismo crítico tomista— y la concepción de que la falta y el error (pecado) siempre podrá ser *demostrado, compensado y perdonado*.

La confluencia de estas tres tradiciones, decisivas en ese momento en la sociedad occidental, definen los

supuestos fundamentales del Derecho moderno: codificar en definitiva es lo que en metodología se denomina «reduccionismo» en un sentido no negativo en tanto «simplificación operativa» o abstracción para llegar a una norma general (que se pretende universal) que permite garantizar la transparencia y la igualdad en la aplicación del Derecho.

La primera codificación importante en la historia de Occidente es la que se da con Justiniano en el Imperio Romano de Oriente, después Imperio Bizantino. Ante la pluralidad de normas, legislaciones, códigos parciales, arcaicos, jurisprudencia, acumulada durante más de 1000 años en la tradición romana (desde las legislaciones de los curules y las *Doce Tablas*) era necesario hacer una obra monumental de construcción unificada, racional, que implicaba forzosamente una cierta simplificación racional de esa tradición plurimilenaria. Un estado de cosas análogo aparecerá nuevamente en el Iluminismo, es decir, ante la proliferación de jurisprudencia arbitraria de los tribunales tardo medievales se impone la necesidad de que las normas básicas —que tienen que ser pocas, claras y distintas, según la visión de Descartes y de Beccaria— deben estar escritas, claramente especificadas, atendiendo a todas las posibles variaciones que pueda haber, coherentemente organizadas para que puedan ser aplicadas sin duda alguna por el operador jurídico y para que el que las recibe (el pueblo, la persona llana) las perciba como no arbitrarias y por ende justas. Además, esto era coherente con el contexto epistemológico del siglo XVIII y

posteriormente del siglo XIX, en particular con el positivismo filosófico que es la justificación portante de las ciencias naturales, a saber: la afirmación de que puede haber *ciertas explicaciones universales, definitivas y contrastables* para la totalidad de los fenómenos de la realidad. Coherente con esta idea, las ciencias jurídicas tenían que tratar de reconstruirse con normas que fueran universales y generales. A su vez, es necesario recordar, que la Ilustración fue, en gran medida, una reacción de intelectuales jóvenes que se oponían a los resabios del feudalismo que perduraba en algunas zonas de Europa, el cual debía ser imperativamente superado porque existían nuevas condiciones de producción que implicaban una complejidad social mayor.²

No deja de ser curioso e interesante recordar que ciertos testimonios de época manifestaban ese grado de incertidumbre que se vivía antes de la codificación. Por ejemplo, un personaje de la novela de François Rabelais, *Gargantúa y Pantagruel* (1542/1984) —novela satírica, bufonesca de críticas sociales profundas que será estudiada también en su aspecto literario y comunicativo por Michail Bajtin— es un juez que decide sus sentencias juzgando a los dados. Rabelais insiste en que el grado de arbitrariedad era tal, que el anciano magistrado que veía

² Dicha reforma fue muy importante, precisamente, en la América española con la llegada de los borbones que fueron propagandísticamente iluministas puesto que, ante la vastedad territorial y de culturas del Imperio Español, era necesario enfrentar los conflictos que podían surgir de modo mínimamente coherente y previsible y, sobre todo, dinámico.

mal muchas veces podía confundir el cuatro con el cinco. Es una metáfora perfecta de la arbitrariedad que podía darse en ciertos juzgamientos: era un juez que evaluaba según su arbitrio absoluto tirando los dados; pero además de ese arbitrio absoluto, como era miope, podía equivocarse también lo que había salido en los dados *arbitrariamente*. Es la cristalización del *non plus ultra* del absurdo. Luego, sigue Rabelais, cuando el presidente del tribunal le llama la atención sobre su modo de juzgar, le dice: «créame, yo no soy menos justo que mis compañeros y colegas que no tiran los dados, pero igualmente deciden lo que les parece».³ Testimonios similares encontramos en Francesco Guicciardini (1530), en Michel E. de Montaigne (1580) y en el ya citado Montesquieu (1749).

Montaigne comenta (y esta cuestión reaparecerá insistentemente en Beccaria) que «no es necesario buscar la barbarie extrema en los caníbales de lugares remotos, porque si uno quisiese conocerla debería simplemente ver cómo funcionan los tribunales de nuestro país» (Libro I, cap. XXXI: De los caníbales, p. 367). Es decir, la barbarie absoluta, superior a la de los caníbales incluso, está en esos tribunales inquisitoriales que (tal como lo resume brillantemente la tesis de Beccaria) buscan la confesión más la verdad y esa confesión se obtenía mediante tortura lo cual la volvía inútil porque «bajo tortura cualquiera confiesa cualquier cosa».

³Véase Vol. II, cap. XXXIX: “Como Pantagruel asiste a la causa di Briigliadoca el cual decidía los litigios con el sortilegio de los dados” (pp. 839 ss.).

Ahora bien, la codificación, que podemos considerar desde algún punto de vista como algo negativa, limitada o asfixiante, fue en su momento una reforma radical del procedimiento judicial, más aún fue el inicio del concepto de que debía de haber un proceso judicial a seguir, que fuese transparente, imparcial y mínimamente objetivo. Desde una dimensión lógico-metodológica, es interesante entender otro punto: la codificación implica otro supuesto metodológico, epistemológico y lógico: el binarismo. O sea, la lógica binaria es la que actúa en la norma codificada: inocente/culpable; perpetrador/víctima; verdadero/falso, etcétera. Una lógica que reproduce los principios lógicos racionalistas: si/no, es/no es, excluyendo una tercera posibilidad. Con lo cual, indudablemente, el margen de discrecionalidad se atempera, más allá de cualquier otra consideración. Binarismo igualador y liberador y no opresor.

Algunos otros supuestos importantes que actúan en la codificación (supuestos epistemológicos y después, por ende, en cierto sentido históricos e ideológicos) es que el sujeto del Derecho codificado es el *individuo, la persona humana* (a diferencia de lo que era el Derecho medieval o de lo que después aparecerá a fines del siglo XX e inicios del siglo XXI) siempre es un individuo, nunca grupos ni clases ni corporaciones (salvo que sean sociedades de Derecho Civil). El sujeto, el *lector modelo* del Derecho codificado, es el individuo autónomo. Porque la sociedad es definida como un conjunto de individuos. La responsabilidad y la protección es al individuo, no a un

grupo de privilegio como era la casta privilegiada en la sociedad feudal.

El Estado, a su vez, es presentado, de modo abstracto, como el ente-árbitro entre individuos en conflicto y el protector de sus garantías.

Desde el punto de vista económico, el Derecho codificado lo que va a legitimar a su vez, es la superación de la economía feudal; es decir, va a legitimar, va a proteger la formación y el desarrollo del mercado libre entre individuos y la propiedad privada que —al decir de Hegel— objetiviza la libertad individual puesto que el reconocimiento de la propiedad privada *no existía antes de la codificación* ya que solamente existía propiedad pública o colectiva o feudal o a institucional pero nunca de un individuo.

Además, a partir de la codificación, se explicita claramente el concepto de contrato: un contrato entre partes, entre individuos teóricamente iguales o por lo menos equivalentes. Y no sólo eso, sino que la sociedad es vista, a partir de la concepción roussoniana, como un contrato social; no un contrato entre grupos que forman la sociedad sino un contrato entre personas que forman la sociedad delegando parcialmente y *no definitivamente* ese poder al Estado así creado. Obviamente estas tesis van a ser posteriormente criticadas, ya a fines del siglo XIX y durante todo el siglo XX y de modo muy acre.

El modelo cultural subyacente al código por ende es, repetimos, *formalista*, entendido como la postulación

de categorías que después tienen que ser aplicadas (como las categorías kantianas en la teoría conocimiento) en la práctica cotidiana del Derecho. Siempre a partir de una lógica binaria, una conexión cognitiva de tipo binario que se centra en última instancia en el concepto de causa: ¿Quién o qué es la causa? Y en el concepto de responsabilidad: ¿Quién es el agente actante de esto que ocurre? Por ende: ¿Quién es el culpable?

Ya a fines del siglo XIX y sobre todo en el siglo XX, empieza un paulatino *proceso de deconstrucción o de decodificación* de este paradigma. La primera contradicción (refutación) profunda que padece el ámbito jurídico codificado es el discurso del socialismo del Ochocientos, ese heterogéneo conjunto de ideologías, a veces contradictorias, que surge a fines del siglo XIX. Las distintas corrientes del socialismo (desde el socialismo cristiano pacifista y laborista hasta el anarquismo expropiador y terrorista pasando por el anarco socialismo reformista y sindicalista hasta el marxismo y el comunismo totalitarios, así como también por las distintas formulaciones —desde autoritarias a totalitarias— del nacional-socialismo) criticarán por distintos motivos y desde distintos puntos de vista, el paradigma de la codificación. Entonces, en cierto sentido, podemos entender que dicho paradigma moderno fue una experiencia (que todavía subsiste, no es que desapareciese) paulatinamente modificada por la presión de las distintas corrientes socialistas tanto las revolucionarias como las reformistas o las reaccionarias. Un proceso relativamente breve, de 200 años desde su

formulación, hasta su apogeo y que actualmente padece una erosión constante, sutil a veces, explícita otras y sin solución de continuidad a la vista. Precisamente, hacia los años setenta del siglo XX, se va a acelerar vertiginosamente esta deconstrucción de la codificación excediendo el área asistencial y centrándose también en el área del Derecho Penal.

Así, los penalistas se preguntan cómo enfrentar nuevas variantes de problemáticas sociales que parecerían ser difíciles de enfrentar con el código y con el consecuente *estado de derecho* garantizado.

Concretamente, dos aspectos son el pretexto: a) el terrorismo de los años setenta, un terrorismo de distintas orientaciones, que podía ser de derecha o de izquierda, religioso o ateo y que se manifestó en Europa y en América; y b) la exacerbación y sofisticación del crimen organizado. Por ello, ciertos teóricos de distintas orientaciones ideológicas, incluso diferentes orientaciones epistemológicas, comienzan a ver como ineficaz el Derecho que se utilizó eficazmente en los últimos siglos. Y surgen una serie de normativas específicas para crear herramientas destinadas a enfrentar situaciones específicas: sea el terrorismo (que a fines del siglo XX se agudiza y complica mucho más con la aparición del terrorismo islámico y de connotación religiosa) sea el crimen organizado que, por las condiciones socio-económicas y tecnológicas, se globaliza.

Esta decodificación trata de solucionar lo que no se solucionaría supuestamente en el contexto de la

codificación tradicional y aun cuando estas modificaciones que se realizan por afuera de los códigos (produciendo una serie que tiene un carácter *extraordinario*) no sólo debilitan el código sino el Estado de Derecho mismo.

Entonces, indudablemente este estado de cosas implica una revolución en el paradigma, porque se quiera o no, se pone en crisis lo que para los operadores jurídicos fue siempre sacrosanto: la *plenitud del Estado de Derecho y de las garantías constitucionales*. Obviamente, no es que el Estado de Derecho desaparezca porque se apliquen normativas extraordinarias, pero indudablemente hay una modulación de ese concepto de garantías tal como se lo hubo definido en los últimos dos siglos.

Pero además de estos delitos extraordinarios, complejizados por las condiciones sociales contemporáneas, aparece otra serie de fenómenos que hacen que el Código parezca para los ciudadanos y para los operadores del Derecho como insuficiente o, paradójicamente a veces, excesivo. De ese modo, proliferan cada vez más y más legislaciones o jurisprudencia específicas que pretenden la tutela de los derechos de las minorías, en general mediante el procedimiento de la discriminación positiva con el cual un magistrado se decide a actuar asegurando derechos que están ya garantizados en las constituciones pero que considera (justificadamente o no) que debe explicitar y subrayar redundantemente. Es decir que hay una inflación de acciones que van, no anulando el mundo

jurídico codificado, pero sí desvirtuándolo e incluso devaluándolo.

Es por lo que, en la contemporaneidad posmoderna, el concepto epistemológico de ley universal (que por otra parte también entró en crisis en otros ámbitos de las ciencias sociales o naturales) se diluye. O por lo menos se redefine corriéndose el riesgo de caer no en una relatividad contextualizada sino un preocupante doble estándar de matriz cuasi feudal por el resurgimiento del arbitrio que, expulsado por la puerta de la «igualdad» reingresa por la ventana de los «nuevos derechos». Puede ser que tales normas sean necesarias o que finalmente tengan una utilidad o validez limitada y simplemente simbólica o una vigencia efímera. Pero entendamos que esto hubiese sido no sólo impensable para Beccaria sino decididamente nefasto en su visión. Es decir, nosotros hoy día estamos viviendo, para bien o para mal, una situación que es la opuesta a la que se vivía en el Iluminismo, porque en vez de pensar que lo recomendable sería la existencia de pocas leyes claras y distintas, hoy se ve como deseable la proliferación de muchas leyes, oscuras y confusas y por fuera de los códigos y por ello a veces incluso contradictorias.

Es cierto que periódicamente se reforman los códigos, pero tardía y parcialmente. Lo que es frecuente y vertiginoso, en cambio, es la proliferación de normas no codificadas hibridándose el sistema jurídico codificado con el consuetudinario del *Common Law*. E incluso, la práctica judicial es vista cada vez más como una disputa,

como un campo de batalla: así como se definió la diplomacia como la guerra con otras armas hoy día podríamos definir la práctica jurídica actual como una guerra que se desarrolla de otra forma: el *lawfare*, el hostigamiento o guerra jurídica que resuelve o, peor aún, castiga por lo que la política no pudo no solamente solucionar sino simplemente plantear.

Por otro lado, no resulta tampoco ya claro que el sujeto del Derecho en la actualidad siga siendo el individuo ya que proliferaron numerosas organizaciones no gubernamentales (ONG) globales, transnacionales y potentísimas, que presionan de modo indecible para modificar la legislación y las prácticas jurídicas de los Estados soberanos (que tampoco se reconocen ya como tales) supuestamente en beneficio del «bien común». Ni que hablar de los grupos económicos que también son una novedad contemporánea: grupos de presión, de *lobbysmo* que actúan en defensa de intereses muy específicos y concretos y de ilimitado poder. Tomemos por caso los *lobbys* de la *Big Pharma* que obtuvieron recientemente de todos los gobiernos del mundo (o gran parte) la garantía *extra lex* de que no se van a poder iniciar acciones de reparación de ningún tipo por eventuales daños que las vacunas contra el Covid-19 produjesen; sean daños irreparables, muertes o efectos no previstos en la actualidad amén de haber obtenido la autorización para la aprobación provisoria y extraordinaria del uso de tales fármacos sin las garantías y pruebas de eficacia y riesgos previstas, precisamente, por las normas codificadas que quedaron de hecho

derogadas o por lo menos suspendidas. Desde el punto de vista del código es impensable que ciertos grupos de presión, como los *lobbys* farmacéuticos, pudiesen obtener una excepción que invalide el principio de igualdad ante la ley. Los grupos farmacéuticos, obtenida esta legislación *ad hoc*, están hoy día experimentando sus sueros en la población (tácitamente voluntaria) y los mismos gobiernos no ven como aberrante esta práctica, sino que además presionan a sus ciudadanos de variadas formas —contrarias a las normas constitucionales fundamentales— a ofrecerse a tal experimentación sin el debido consentimiento informado sobre la ecuación riesgo-beneficio ni mucho menos.

Lo descripto, indudablemente, es una contrastación parcial de que ese concepto de igualdad ante la ley se diluyó o se está diluyendo y de que derechos fundamentales inderogables, por lo menos en ciertos contextos, se relativizan profundamente y de modo incluso contradictorio en beneficio de las partes: a veces sí, a veces no según el autor y el árbitro. Lo que vale hoy aquí no vale mañana allá...

Es cierto que las sociedades contemporáneas son indudablemente complejas y profundamente heterogéneas (contradictoriamente se busca por un lado esta diversidad pero simultáneamente se la condena...) por lo que se pretexta que el legislador, el juez, el operador jurídico tienen que actuar en ciertas circunstancias para resolver casos tales como la creciente presencia de extranjeros que profesan una religión

donde se admite la poligamia o el matrimonio de niñas con adultos y a su vez tratar de armonizar esta consuetudine con sociedades monógamas y los derechos consecuentes (incluso previsionales) de esa situación y la extensión absoluta de las garantías asistenciales aún a quien no es solidario con ese mismo sistema asistencial. *La práctica del Derecho se complejiza objetivamente también por esa heterogeneidad objetiva intencionalmente provocada y luego criticada.*

Indudablemente, el Derecho futuro no podrá no dar cuenta de lo heterogéneo sin desarrollarse en pos de un paradigma epistemológico que intente dar cuenta de la complejidad, sea apelando a la teoría general de sistemas y a la cibernética, sea apelando a las epistemologías deconstructivistas o a la aceptación de la atomización plural. *Pero entendiendo también los riesgos implicados.*

Algunos teóricos recientes como los belgas M. van de Kerchove y F. Ost (1991) postulan la necesidad de superar el binarismo de los últimos siglos e incorporar el tercero excluido, incorporar activamente una tercera voz (bajtiniana o peirceana) es decir, incorporar un tercer elemento activo (el juez) que no se limite a ser solamente un árbitro sino a actuar de una manera activa. Es una respuesta hipotética a esta cuestión, no necesariamente la solución ni mucho menos a las problemáticas planteadas.

Esta concepción la comparten también otros autores como M. Delmas-Marty (1986) y S. Corbino (2018)

quienes postulan un derecho flexible incluso en ámbito penal. Es decir, un derecho que tiene que adaptarse al contexto y llegar a un juzgamiento que dé cuenta de la poli-causalidad que implica todo fenómeno humano.

No sabemos si eso es posible o hasta qué punto practicable o deseable, pero es una indagación que postula un paradigma epistemológico dinámico de la práctica jurídica al proponer el regreso del tercero que había sido excluido justamente con la imposición de la codificación. Indudablemente, si Beccaria estuviese entre nosotros, posiblemente diría que es muy interesante como concepto abstracto, pero que al regresar el fantasma se quiso evitar en el siglo XVIII, es decir que el juez —que es el tercero que volvería— actúe arbitrariamente o peor todavía presionado por los *lobbys* económicos o por las organizaciones delictivas o por la opinión pública manipulada por los medios de comunicación se correría el riesgo de que la práctica jurídica se convierta simplemente en el brazo armado del despotismo global.

No es una solución automática ni mucho menos. Y si lo vemos desde otro punto de vista tampoco es original; si existen los códigos, tuvo una razón de ser, no es que en un determinado momento la cultura del siglo XVIII se decidió crear códigos para complicar la vida. Fue visto como algo necesario, muy justificado. No fue una idea disparatada ni una ocurrencia anodina, había una motivación: garantizar la igualdad ante la ley e intentar aplicar algo de justicia en una sociedad de clases que cristalizaba en castas. No obstante, estas investigaciones, son intentos validos de aplicar una concepción dinámica y semiótica, que de cuenta de la complejidad de los

fenómenos y de la variabilidad cultural en el contexto extremadamente complejo de la heterogeneidad actual. Este es el desafío que hoy tenemos cuando desarrollamos una investigación en el ámbito jurídico y en el ámbito de las ciencias sociales en general.

Como conclusión provisoria habría que ver cómo aprovechar las ventajas y el logro civilizatorio que significó el código y el Estado de Derecho y abrirse a lo que sería la complejidad de la sociedad contemporánea donde aparecen fenómenos como la globalización del delito y de la economía, la transnacionalización de las empresas y la existencia de Internet o el uso de las criptomonedas. Elementos prácticamente incontrolables, imposibles de legislar, arbitrar o regular mínimamente para asegurar, ni más ni menos que la igualdad ante la Ley. Fenómenos que, si uno está arraigado a la epistemología jurídica del siglo XVIII no puede dar ni siquiera cuenta.

Pero entendamos que sin esa mentalidad jurídica del código estaríamos viviendo en el peor de los despotismos: uno global, evanescente, invisible, virtual, amable y en nombre de una abstracta humanidad que es retomada sólo como lugar común a conveniencia de los nuevos déspotas.

Esta inestabilidad de vivir entre estos dos polos opuestos es, tal vez, el gran desafío que tenemos delante hoy día y que debemos dar cuenta en las investigaciones que desarrollemos actualmente, pero sin olvidar al gran filósofo y jurista napolitano Giambattista Vico (1725) y

sus «*corsi y ricorsi*»: todo va y vuelve, es cierto, pero nunca de modo idéntico.

Referencias

- Beccaria, C. (2011). *De los delitos y de las penas*. Madrid, España: Trotta (trabajo original publicado en 1764).
- Corbino, S. (2018). *Rigore è quando arbitro fischia. Il mito della legalità*. Napoli, Italia: Jovene.
- Delmas-Marty, M. (1986). *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*. Paris, France :PUF.
- Guicciardini, F. (1969). *Ricordi*. Roma, Italia: Loescher. (original publicado en 1530)
- Kerchove, M. van der & F. Ost. (1991). *Le système juridique entre ordre et désordre*. Paris , France: PUF.
- Lotman, I. (1979). *Semiótica de la cultura*. Madrid, España: Cátedra.
- Montaigne, M. de. (1987). *Ensayos I, II*. Madrid, España: Alianza (original publicado en 1580).
- Montesquieu, Ch. de (1968). *El espíritu de las leyes*. Madrid, España: Alianza (original publicado en 1748).
- Rabelais, F. (1984). *Gargantúa y Pantagruel*. Buenos Aires, Argentina: CEAL (original publicado en 1542).

Scheler, M. (1936). *El puesto del hombre en el cosmos*. Madrid, España: Revista de Occidente.

Vico, G. (1942). *Scienza nuova seconda*. Bari, Italia: Laterza (original publicado en 1725).