

HACIA UNA TEORÍA DEL DERECHO POSTMODERNA

Ana Julia Bozo de Carmona
Universidad del Zulia

La labor del abogado es entendida comúnmente como aquella que consiste en buscar y ubicar en los códigos y leyes la disposición adecuada para resolver un caso y aplicar las consecuencias jurídica/s previstas en la norma a la situación de hecho controvertida.

La Filosofía del Derecho producida y enseñada hasta ahora en las universidades de Venezuela y del resto del mundo responde a esa conceptualización. Los problemas físico-jurídicos: concepto de derecho, norma, vigencia, eficacia, etc.; las fuentes del derecho, la hermenéutica jurídica, y muchos otros han sido trabajados desde esa perspectiva ilustrada o moderna que concibe el derecho como el único sistema de normas legitimado para regular la conducta humana social a partir de la concepción legal del mundo y de la vida reflejada en las disposiciones positivas.

Esa visión del derecho es un mito, extraordinariamente fuerte; pero un mito al fin y al cabo. Tal afirmación no es verdadera. No porque el derecho, lejos de ser un sistema completo y estático, es un sistema dinámico en permanente creación y modificación. Esta condición es ya un lugar común en la teoría jurídica sin que tal aceptación haya resultado en una desmitificación del derecho toda vez que la modificación y autocreación permanente del sistema de normas se cumplen siempre y necesariamente conforme a los mecanismos y criterios de valoración -legales- incluidos en el ordenamiento jurídico-positivo.

La mencionada visión del derecho es un mito porque los conceptos e ideas que utilizamos los seres humanos para hacer el mundo que nos

rodea inteligible y manejable se han alterado en su contenido y han perdido su cualidad de referentes éticos legitimadores de lo jurídico. Me refiero a conceptos tales como: responsabilidad, libertad, autoridad, conocimiento científico, justicia, correcto/incorrecto, etc.

La comprensión (no-definición) de tales conceptos e ideas es un previo necesario para responder algunas preguntas cruciales para la regulación de la conducta social y de los conflictos derivados de la misma: ¿Cuáles son los principios y estándares que debemos acordar para hacer posible el discurrir armonioso de la vida social a escalas local y planetaria?, ¿Por qué esos principios y estándares son válidos?, ¿Cómo sabemos que lo son?, ¿Qué es lo que cada individuo debe a los otros individuos con los que comparte la praxis social?, ¿Qué es lo que yo, como individuo que interactúa socialmente, puedo creer, o decir, o hacer?, ¿Cuáles padecimientos sociales podría el derecho tratar de aminorar?, ¿Cómo lograrlo?, ¿De cuáles padecimientos sociales y en qué medida es responsable cada individuo?, ¿Por qué soy responsable de las consecuencias sociales de mi conducta?, ¿Es el derecho puesto por el Estado el orden legitimado para discriminar esas responsabilidades?, ¿Cómo puede ser puesto el derecho para responder a emergentes reclamos de legitimación?, ¿Cuál es el derecho bueno?...

El diseño de respuestas a tales interrogantes y perplejidades constituyen un reto aun no aceptado resueltamente por los estudiosos del derecho y del fenómeno jurídico quienes nos empeñamos en intentar una revisión extensiva de nociones modernas que son incapaces de responder con sentido los problemas de nuestra contemporaneidad.

No es esta la oportunidad para extenderme acerca de los argumentos que prueban tal incapacidad, de la cual, en todo caso, dan cuenta los esfuerzos y discusiones académicas y extraacadémicas cuyos intentos desesperados por proveer respuestas se traducen en producción intelectual escrita y verbal en el marco casi infinito de información que se maneja en nuestra cultura de los “webs” (o

cultura de las redes de información). Sin embargo, ilustraré esa incapacidad con un ejemplo breve:

La filosofía jurídica y política modernas tienden a enfatizar la noción de identidad (bien sea la identidad individual de la tradición liberal o la identidad del grupo social propia de la tradición marxista) cuando uno de los más claros y resaltantes aspectos de nuestra contemporaneidad es la erosión de las tradicionales formas de identificación personal o social: el género, la clase, la raza, el gremio, la familia heterosexual fundada en la monogamia, etc.

Muchos, por no decir la mayoría de los individuos, funcionan más eficazmente fuera de esos parámetros tradicionales de pertenencia y se acogen a otros criterios de identidad *ad hoc* (todavía en construcción) que son considerablemente más fluidos.

Nosotros no podemos fundar nuestras decisiones acerca de cómo actuar en las nociones de racionalidad o legitimidad asociadas a la noción de identidad moderna porque los individuos y los grupos, en nuestra sociedad de fines de siglo, experimentan un alto grado de inestabilidad en su pertenencia a una clase, a una etnia o incluso, a un sexo. Estos contextos identificatorios se nos presentan sólo como narrativas fragmentadas, desagregadas de una generación anterior a la que vivimos.

La filosofía jurídica y política tiene que asumir el reto de repensar la significación de nuestras acciones imbricadas en una data social multicultural que, como individuos, necesitamos lograr comprender y reorganizar.

Derrida, Rorty, Habermas, Lyotard, Deleuze, Guattary; Mac Intyre, por mencionar sólo los más innovadores pensadores en nuestra disciplina, insisten en asumir las construcciones teóricas de la modernidad tal como nos son dadas con el propósito de criticarlas, pero permanecen incapaces, o no deseosos, de concebir soluciones

que requerirían aventurarse mucho más allá de los viejos paradigmas.

Los problemas de racionalidad jurídica, de actuación legítima, de deseo, de responsabilidad, de identidad individual y grupal deben ser trabajados aceptando que importantes procesos de transformación se están cumpliendo en el espectro social.

La historia jurídica puede ser sintetizada en dos grandes periodos:

1) La ciencia jurídica clásica característica de fines del siglo 18 y comienzos del siglo 19. En beneficio de la simplificación, este periodo podríamos denominarlo “de la razón universal” ya que toda la actividad de producción y aplicación de normas de derecho se fundaba en la creencia de que tales normas descansaban en principios universales e inmutables que aseguraban los derechos de los individuos sujetos a las normas.

2) La “*jurisprudence*” del siglo XX. A este lapso lo llamaremos “del pragmatismo”. La teoría jurídica dominante en este siglo ha sido instrumental: el derecho es un instrumento que asegura el orden social; su legitimidad descansa en su capacidad de servir a un propósito social. La teoría jurídica ha fallado, sin embargo, en la definición de cuál o cuáles deben ser esos propósitos sociales y en la proposición de las estrategias a través de las cuales pueden lograrse. La muestra más evidente de esa falla es el fracaso del *Welfare State*.

Son diversas las orientaciones que podemos diferenciar entre los intentos de estructurar explicaciones coherentes de lo jurídico en este segundo bloque. Me parece ilustrativo citar, en este sentido, las más recientes porque ellas muestran que experimentamos un cambio de rumbo en el espacio de la reflexión jurídica. Me refiero a las escuelas o corrientes conocidas como: Derecho y Economía, CLS (*Critical Legal Studies*), Teoría feminista del Derecho, Derecho y Literatura, Teoría Racial Crítica, etc.

En efecto, entre los académicos y prácticos del Derecho ha surgido el interés de trabajar la posibilidad de reemplazar las verdades fundacionales, los valores trascendentales y las concepciones neutrales del derecho por una explicación del Derecho no esencialista, plural y contextual y por una Teoría de la toma de decisiones inscrita en una sociedad multicultural.

A fines del siglo XX nos vemos forzados a reconocer:

- Que el derecho es en sí mismo una forma discursiva culturalmente específica.
- Que no hay una uniformidad (valorativa) preexistente explicativa de la cultura: Hay heterogeneidad y multiplicidad cultural. En consecuencia:
- La autoridad del derecho fundada en una metanorma jerárquicamente superior y subyacente al derecho positivo o, en un propósito social legitimado monoculturalmente se ha tornado crecientemente problemática.

La práctica y la teoría del Derecho liberales características de la modernidad están basadas en una concepción del lenguaje que asume la capacidad de las palabras y los conceptos para capturar objetivamente el significado de los eventos que el Derecho pretende describir y controlar. El lenguaje jurídico profesional usa categorías abstractas tales como objeto/sujeto, derecho/sociedad, sustantivo/adjetivo, etc. para construir reglas de derecho que satisfacen los requisitos jurídicos de generalidad y objetividad. La Teoría del Derecho moderna asume que esas dicotomías representacionales permiten al sistema legal producir decisiones neutrales utilizando el recurso de la interpretación jurídica.

Sin embargo, los nuevos desarrollos en la Teoría Jurídica han producido una fragmentación o fractura en ese modelo representacional. Podemos decir que vivimos, en el ámbito jurídico “una crisis de representación” porque los cánones tradicionales de Verdad se desdibujan y surgen explicaciones que aceptan la verdad como un discurso construido social y contextualmente. La búsqueda

de la verdad se ha constituido en un proceso de “performatividad” social.

Culturas diversas compiten por el control del sistema de normas y no resulta claro si el derecho puede definirse como un orden impersonal, universal o legítimo en este contexto de división cultural o diversidad.

En la compleja sociedad de fines de siglo XX los criterios de racionalidad son dramáticamente diversos porque definen distintos subgrupos de la población, cada uno de los cuales ve y piensa la realidad (y el derecho) desde su propia perspectiva.

Resulta interesante aprovechar esta afirmación para justificar el título y tema de esta ponencia; esto contesta la pregunta: ¿Por qué proponer una Teoría del Derecho Postmoderna distinta a las orientaciones teórico-jurídicas inscritas en el pragmatismo del siglo XX?

La respuesta es la siguiente: El punto de vista pragmático en la Teoría Jurídica concibe el Derecho como un proceso instrumental moldeado por factores extrajurídicos como la historia, la economía, la cultura, etc. La contextualización es una característica que el pragmatismo jurídico comparte con las explicaciones postmodernas del Derecho, pero el pragmatismo contextualiza el Derecho según una cultura y una sociedad (occidentales) homogeneizantes, mientras que desde la postmodernidad se acepta y reivindica un mundo de heterogeneidad cultural irreductible en el cual cada uno de nosotros posee muy diferentes bases de conocimiento y de experiencias de vida.

Si el Derecho pretende mantener su carácter de recurso de control social, debe ser estudiado y trabajado como tal en el marco de la Teoría Jurídica.

Hemos argumentado que las soluciones a los problemas del heterogéneo orden social que compartimos no están implícitas en las reglas y principios formalmente elaborados o en los procesos lógico-formales de aplicación del Derecho. La Teoría Jurídica no puede ser ajena a ese hecho. Es preciso trabajar en un drástico cambio en los contenidos de esa subdisciplina filosófico-jurídica.

Mi propuesta es trabajar, desde la Filosofía Jurídica y la Filosofía Política, en la sustitución de la justicia legal por una justicia creativa. La definición de tal justicia es una tarea pendiente. Sin embargo, hay un punto de partida dilucidado: la justicia creativa es la justicia de una sociedad activa, que asume un mundo turbulento caracterizado por la diferenciación y los cambios vertiginosos en lo social, lo tecnológico y, consecuentemente, en lo ético.

Nosotros necesitamos una “revolución práctica” para una profesión impráctica: el derecho. Tal revolución incluye -al menos- dos requisitos: 1) Reformulación de las categorías formales con las que trabajamos los juristas para transformarlas en categorías funcionales. 2) Desarrollo de la comprensión de la estructura social en la cual el derecho opera, lo cual implica tomar en cuenta las contribuciones que desde otras disciplinas y ciencias pueden ayudar a la solución de los problemas sociales.

La teoría jurídica necesita ser repensada y reformulada. En este trabajo esbozaré cuatro direcciones hacia las cuales la Filosofía Jurídica debe dirigir sus esfuerzos y su reflexión para cumplir aquella revolución práctica en la teoría jurídica.

- La teoría de la verdad ilustrada debe ser reemplazada por una teoría de la verdad sistémica.
- La racionalidad universal fundada en la legalidad o en la legitimidad derivada de la autoridad (soberanía) estatal debe sustituirse por una racionalidad perspectivista.
- La metodología jurídica debe tornarse una metodología basada en la acción.

- Un nuevo diseño del proceso judicial que incluya la concepción de las partes como agentes cuya pluralidad debe ser respetada tiene que sustituir la imagen de un proceso “imparcial” en el cual una de las partes está en lo correcto, la otra en lo incorrecto, y es tarea del juez esclarecer “la verdad”.

Bibliografía Consultada

Books:

- BRIDGES, THOMAS. **The Culture of Citizenship: Inventing Postmodern Civic Culture.** Albany: State University of NY Press, 1991.
- FARREL, FRANK. **Subjectivity, Realism and Postmodernism. The Recovery of the World.** Cambridge: Cambridge University Press, 1994.
- BABICH, BABETTE. **Nietzsche’s Philosophy of Science: Reflecting Science on the Ground of Art and Life.**
- REHG, WILLIAM. **Insight and Solidarity: The discourse Ethics of H. Habermas.**
- ZIMMERMAN, MICHAEL. **Contesting Earth’s Future: Radical Ecology and Postmodernity.** Berkeley Un. of California Press, 1994.
- GUTTING, GARY De. **The Cambridge Companion to Foucault.** Cambridge UN. Press, 1994.
- WALUCHOW, W.J. **Inclusive Legal Positivism.** Oxford: Clarendon Press, 1994.
- BABICH, BABETTE. **Continental and Postmodern Perspectives in the Philosophy of Sciences.**
- RAZ, JOSEPH. **Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics.** Oxford: Clarendon, 1994.
- MANN, PATRICIA. **Micro-politics: Agency in a Postfeminist Era.** Minneapolis: Un. of Minnesota Press, 1994.

- FLEISCHACKER, SAMUEL. **The Ethics of Culture**. Itaca, NY, Cornell Un. Press, 1994.
- HORTON, JOHN and MENDUS SUSAN. **After Mc Intyre**. Notre dame Press, 1994.
- FOUCAULT, MICHEL. **The Order of Things**. NY, Pantheon Books, 1970.
- RORTY, RICHARD. **Philosophy and the Mirror of Nature**. USA, Princeton Un. Press, 1979.
- _____, _____. **Contingency, Irony and Solidarity**. UK, Cambridge Un. Press, 1989.
- GEUSS, RAYMOND. **The idea of a Critical Theory: Habermas and the Frankfurt School**. Cambridge Un. Press, 1981.
- ROSNER, RICHARD. **Overcoming Law**. Cambridge, Mass, Harvard Un. Press, 1995.
- DOUZINAS, COSTAS. **Postmodern Jurisprudence: The Law of Texts in the Texts of Law**. NY, Routledge, 1991.
- LUCKACS, JONH. **The End of the Twentieth Century and the Modern Age**. NY, Ticknor & Fields, 1993.
- MINDA, GARY. **Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at century's end**. New York, New York Univeristy Press, 1995.

Journals, Scientific Events Memories, Periodical, and Collectives

Issues

- PATERSON, DENNIS: *Postmodernism, Feminism, Law*. **Cornell Law Review**. 77, 1992.
- Symposium: Frontiers in Legal Thought. **Duke Law Journal**. 1990.
- Symposium: Legal Education. **Michigan Law Review**. 1993.
- Postmodernism and Law: A symposium. **University of Columbia Law Review**. 1991.
- EPSTEIN, RICHARD: *Legal Education and the politics of exclusion*. **Stanford Law Review**. 45, 1993.