

"El derecho "viejo" y el dercho "nuevo". El impacto de lo juridico en la sociedad latinoamericana actual. .

Ramiro Contreras Acevedo y Guadalupe Sànchez Trujillo.

Cita:

Ramiro Contreras Acevedo y Guadalupe Sànchez Trujillo (2007). *"El derecho "viejo" y el dercho "nuevo". El impacto de lo juridico en la sociedad latinoamericana actual. XXVI Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. Asociación Latinoamericana de Sociología, Guadalajara.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-066/748>

El derecho “viejo” y el derecho “nuevo”. El impacto de lo jurídico en la sociedad latinoamericana actual.

Ramiro CONTRERAS ACEVEDO¹
Guadalupe SÁNCHEZ TRUJILLO²

Contenido:

1.- Antecedentes: la herencia de la modernidad. 2.- Los marcos teóricos actuales. 3.- La teoría crítica 4.- Postulados de la teoría jurídica crítica latinoamericana: la europeización del derecho y el robo epistémico. 5.- Reconstrucción metodológica. 6.- Metodología de la enseñanza jurídica y la metodología jurídica. 7.- Lineamientos para un programa de docencia jurídica en Latinoamérica.

Resumen:

Este trabajo analiza los propósitos del paradigma de la modernidad y señala por qué éstos son los fundamentos de la normatividad jurídica existente, no solo para México, sino para toda Latinoamérica. Se evidencia que los paradigmas jurídicos siguen asentados en el positivismo y “norman” a esta sociedad, conforme una metodología esencialista. Por ello es necesaria una crítica y una reconstrucción de una “realidad recortada”, provocada por el “asesinato epistemológico” (Boaventura de Sousa Santos) que han producido las diferentes fuerzas de poder en América Latina. Del análisis de los diferentes paradigmas jurídicos y su respectiva crítica, aparece evidente la necesidad de una metodología jurídica nueva que permita la formación del nuevo abogado –sujeto olvidado en las ciencias sociales, a las que se dice pertenece el derecho- y la creación de *otra* –nueva- normatividad, donde ésta no quede reducida a la ley, sino que sea un derecho emancipador.

Palabras claves: Teoría crítica latinoamericana, epistemología jurídica, derecho.

1.- Antecedentes: la herencia de la modernidad.

En el fenómeno de la globalización se esconde un fuerte equívoco: la globalización se ve como algo “natural” y como “natural” se acepta, también, su fuerza hegemónica. Hoy, sin embargo, hay fuerzas contrahegemónicas muy importantes, es decir, también existe una globalización desde abajo que, entre otras cosas obliga a replanteamientos sobre las relaciones entre derecho y Estado, entre derecho y movimientos sociales y entre un posible pluralismo jurídico y el sistema garantista. Nótese que el derecho, en Latinoamérica, no ha formado parte de los temas de las investigaciones de la sociología. Hay estudios de sociología jurídica. Pero éstos tienen un objeto de estudio distinto.

¹ Universidad de Guadalajara, México. coradr@hotmail.com

² Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Puebla, México. guadalupe.sanchez@itsm.mx

Estas tendencias, las hegemónicas y las contrahegemónicas, producen una constante tensión en toda América Latina. Los términos “producción del derecho”, “la función del derecho”, “la representación política” tienen significados distintos para las dos globalizaciones e inciden en el futuro de las sociedades, sobre todo, de grupos indígenas y grupos minoritarios.

La creación del derecho en los países latinoamericanos y la teoría jurídica han seguido una metodología positivista. Hoy, en Latinoamérica se ha comenzado a afirmar que el derecho nace de los movimientos sociales. Pero no todos lo ven así, ni lo aceptan. La sociedad se rige hoy, todavía, por paradigmas de la modernidad occidental y es preciso conocerla.

Los románticos de finales del siglo XVIII habían vislumbrado la posibilidad de que el ejercicio de la libertad individual fuera, en la sociedad moderna, como había sucedido en la Grecia clásica. El paradigma para la construcción normativa descansaba en esta visión cultural.

Después de casi dos siglos, parecería que en América Latina se han superado posiciones metafísicas y sus derivados: el idealismo filosófico, el materialismo y el empirismo moderno que aparecen como provenientes de temas de dimensión salvífica o de visiones identitarias y vislumbra horizontes con otros soles.³ México y Latinoamérica vivieron acriticamente el síntoma de la modernidad: la irracional relación de la razón sobre la humanidad, la desmedida ambición de poseer la naturaleza por medios científicos, tecnológicos y económicos con la pretensión de superar consigo paradigmas ya sufridos: la “barbarie o civilización”, “liberales o conservadores” “atraso o progreso”. Se soñó que el progreso vendría por el aumento del mercado.

La confianza en la razón, erigida como máximo ídolo, heredada de la modernidad exigió el sacrificio del presente y del futuro y reclama otra vez el triunfo de la naturaleza sobre el hombre e insiste en resucitar modelos pasados para seguir sobreviviendo. Se pregona que ser moderno es tener democracia y se entiende ésta como una forma de gobierno que prioriza la economía y el poder, más que la calidad de vida social. La modernidad y la posmodernidad han mantenido prácticamente la misma idea de “naturaleza”, “sociedad”, “ley” y “Estado”. Se cree que “Producir” y “ganar” es el único modo de estar en la

³ Véase: Jürgen HABERMAS. *Pensamiento metafísico*. Madrid. Trotta.1990. p. 39.

sociedad. No es extraño que el mercado y la economía que vive de él, vicié los ámbitos de la vida pública y este entretenimiento toque los cimientos de sus sistemas sociales, educativos, ambientales y normativos. La ecuación “*más dinero = riqueza*” avalada por una gran parte de la sociedad ya no se desmiente, sino que la afianza la globalización económica hegemónica.

Hoy vuelven a tomar actualidad las tesis de que la humanización es la diaria tarea (Bloch) e irónicamente se vuelve presente la frase aquella de que los pensamientos absolutos de una época son los de la clase dominante (Marx). Ya no se le da interés a la crítica marxista que subrayaba que la praxis social abarcaba las dimensiones del tiempo (histórico) y del espacio (social) y establece una mediación entre la naturaleza subjetiva de los individuos implicados en la cooperación social y la naturaleza externa. Hoy ese proceso de mediación se “economizó” y es parte del motor del mercado.

El trabajo, que se podía interpretar en términos de estética, el juego más interesante que realiza el hombre, deviene en un proceso circular de extrañamiento, no de objetivación y reapropiación de las fuerzas del propio ser. Ese proceso de automediación de la naturaleza que recoge en sí la autorrealización de los sujetos activos que intervienen en él, como afirma Hegel, es hoy un asunto de la economización de la vida y la filosofía de la praxis, que quiso extraer los contenidos normativos de la modernidad de una razón encarnada en el acontecer mediador que es la praxis social, no forma parte del paradigma que crea la norma de la sociedad latinoamericana.⁴

Pero esta razón criticada acremente por la posmodernidad es descalificada al afirmar que la vida de la sociedad es un “*simply set of procedures from the selection of rulers*”(Gibson). Pero esa confianza en la razón, que produce la vida moderna, ese proceso de racionalización, connota al mismo tiempo, tanto la emancipación, como la cosificación, ya no por el trabajo (Marx) y la manipulación de los puntos vitales de la sociedad moderna (Wellmer), sino por la entronización de la economía y la ganancia, en todos los niveles de la vida social.

Para los filósofos de la Escuela de Frankfurt el concepto “truncado” de racionalidad de Weber describía el proceso de modernización y la deformación

⁴ Jürgen HABERMAS. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main. Suhrkamp. 1997. p.406.

ideológica de la conciencia y la deificación de las relaciones sociales que había desarrollado la modernidad. Por ello, contra Marx, el proceso de modernidad capitalista no indica el resurgimiento de una sociedad sin clases, sino un sistema cerrado de racionalidad instrumental y administrativa, arraigado en la creencia deificada de los individuos que viven en esta “modernización” neoliberal⁵.

La Ilustración fue, de hecho, incapaz de cumplir o terminar la necesidad del bienestar. Tampoco respondió nunca la cuestión principal heredada del medioevo: podían o no salvarse, después de colapsarse las ideas del mundo religioso, los elementos tradicionales que trascienden los principios profanos de una ética universal de la responsabilidad.

En la sociedad latinoamericana sucedió lo que en todas las sociedades modernas: la pérdida de la “vida ética” en la esfera de la sociedad civil, la dinámica catastrófica de la economía, la deshumanización del trabajo y la miseria de la clase trabajadora, tanto de las ciudades, como del campo.

En esta clase social, la ley, la moralidad y la política han perdido su función emancipadora. La única “libertad” en esta sociedad ya tampoco se define por la continua necesidad de producir para vivir: no hay trabajo. La crítica que Marx hizo a Hegel –justificar la diferenciación funcional en el Estado moderno-, el surgimiento de los subsistemas de economías relativamente autónomas, la política, la administración de la jurisdicción, la cultura, la pérdida de la vida estética en la sociedad civil, hoy insisten en la pretensión de darle sentido a Latinoamérica, mientras aumentan los pobres y empeora la calidad de vida de la mayoría de los latinoamericanos.

A la modernidad siguió la posmodernidad y a ésta la globalización y su deslumbrante tecnología de los medios de comunicación. Todo el orgullo de fundamentación de la verdad tiene como madre un razonamiento apoyado y manipulado por la noticia mediática: la verdad para los ciudadanos es lo que los medios masivos de comunicación difunden. Hoy más que nunca hay que decir que “la cultura occidental ha vivido de una creencia que sostiene como ciencia”⁶.

⁵ Cfr. WELLMER. *Habermas y la modernidad*. México. Editorial REI. 1995. p. 65 y ss.

⁶ HAAG Karl. *Der Fortschritt in der Philosophie*. Frankfurt am Main. Suhrkamp. 1983. P. 164.

Todo el siglo XIX critica y reflexiona sobre el fundamento de la razón práctica, de donde la sociedad pueda alimentar su obrar. Pero, es en ese siglo donde moral y derecho consagran su divorcio. Mientras, irónicamente, en América Latina, paso a paso y con dificultades despierta la sensibilidad hacia la igualdad, la diversidad y la identidad. Hoy esa sensibilidad del siglo XIX no ha muerto, a pesar del insistente trabajo del Poder.

Por ello, darle mayor seriedad al tema de una teoría jurídica latinoamericana aparece como necesario. Esto, sin embargo, requiere de un instrumental teórico específico y unos criterios epistemológicos diferentes –nuevos- para abordar estas tareas. Los “estudios críticos sobre el derecho en América Latina”⁷ ya son un área iniciada con un programa específico: el derecho es visto como un fenómeno social fundamental para, por un lado, posibilitar o articular la dominación política excluyente e injusta: un derecho que compensa la debilidad de un sistema político. Por otro lado, existen quienes ven en el derecho un potente instrumento emancipatorio.

En ambos casos, debe deslindarse si se trata de una instrumentación del derecho que exija el replanteamiento de los elementos de las fuentes del derecho de la clásica definición que rezaba: “**las fuentes del derecho son...** que se enseña en las *facultades de estudios jurídicos* de las universidades públicas, de donde la filosofía se ha ido y en las *facultades de filosofía* de estas instituciones, tampoco se estudian los fundamentos de las problemáticas jurídicas⁸.

La secularización del derecho ha generado problemáticas que no ha resuelto la sociedad latinoamericana actual. Los síntomas son: la eficacia de la norma jurídica sigue basándose en lo coercitivo y la coerción es una subalternidad cuando la norma jurídica es acatada acríticamente. En la secularización del derecho no se aprecia la hegemonía ni el ejercicio de la libertad del individuo que vive dentro de la sociedad y continúa el conflicto entre coerción y hegemonía: el derecho es sólo aquella norma creada por el Poder y por ello la autorrealización de la libertad, en muchos países latinoamericanos, no es posible dentro de la sociedad y el estado de derecho no es más que una

⁷ Mauricio GARCÍA VILLEGAS y Cesar A RODRÍGUEZ. *Derecho y sociedad en América Latina* Bogotá, ILSA, 2003. Pág 10 y ss.

⁸ Jürgen HABERMAS. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main. Suhrkamp. 1997. p.9.

afirmación que no resiste la verificación. Baste, para prueba de ello, examinar la posibilidad de la tutela eficaz en el área de las acciones colectivas.

2.- Los paradigmas jurídicos, actuales marcos teóricos.

¿Cuáles han sido los paradigmas jurídicos con los que se han generado los principales cuerpos normativos en los últimos dos siglos? Sólo para evocar las principales concepciones, recuérdense los siguientes nombres: la jurisprudencia latina (Ulpiano), la ciencia jurídica medieval (*ius commune*), la literalidad de la ley (Escuela de la exégesis), la verificación de la actividad judicial (Escuela noruega), la conceptualización lógica del derecho, la investigación de intereses (von Ihering), la ciencia jurídica normativista (Kelsen y la escuela positivista), investigación sociológica funcional (Parsons, Cohen y Pound), la dogmática Jurídica (Kantorowicz, Bobbio, Ross), la libre investigación del derecho (Bülow, Oscar y E. Ehrlich), la jurisprudencia científica (Francois Geny, Hauriou), la investigación de valores (Hartmann, Scheler y Lotze), la investigación histórica (Joseph de Maistre), la jurisprudencia anglosajona (Common Law), el conocimiento prudencial muy apreciado actualmente, etc⁹.

Pero en Latinoamérica, la teoría tridimensional es la más conocida y tres son los paradigmas que actualmente se enseñan en los centros universitarios latinoamericanos: el iusnaturalismo, el iusrealismo y el iusformalismo. No obstante, autores europeos insisten en que

parece imposible dar un concepto unívoco del derecho, por la sencilla razón, de que se trata de definirlo desde tres diversos puntos de vista... (están en un) error... quienes han pretendido encerrar en una sola definición (al derecho) objetos diferentes entre sí, no implica únicamente confusión de puntos de vista, sino, lo que es peor, concomitante confusión de los objetos contemplados¹⁰

Es decir, hay una confusión cuando se pregunta ¿qué es el derecho?:

Cada uno de estos derechos es estudiado desde cada una de las perspectivas que mencionamos...: 1) El iusnaturalismo se ocupa del derecho justo o natural, y lo que le interesa son los valores; 2) El iusformalismo se identifica con el derecho vigente o formal, y lo que le preocupa son las normas; 3) El iusrealismo se enfoca al derecho eficaz o real, y lo que lo fundamenta son los hechos.

⁹ Juan Antonio MARTÍNEZ MUÑOZ. *El conocimiento jurídico*. Madrid. Universidad Complutense. 2005. Sobre todo páginas 345 y ss.

¹⁰ Imer FLORES. *La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica*. Boletín de derecho comparado. México. UNAM. 1997. p.1027

Por ello cuando se aprende el derecho, no se sabe cuál derecho es el que va a regular la acción concreta en la vida diaria:

El aspecto axiológico, al derecho como valor; el normativo, al derecho como norma; y, el fáctico, al derecho como realidad. Esta forma de concebir al derecho es el pilar de la Teoría tridimensional del derecho y de la Teoría integral del derecho, cuyos exponentes son Miguel Reale y Luis Recaséns Siches, respectivamente...a donde tenemos que acudir y cómo debemos proceder para conocer qué derechos tenemos¹¹

Hay que subrayar que los *modos de conocimiento* del derecho son muy variados, puesto que *son muchas las formas que informan* acerca del derecho. Tampoco se puede fijar un método o modo de conocimiento del derecho definitivo y exclusivo.

En toda América Latina es común esta concepción:

...el derecho es un producto social que se constituye en el seno de la comunicación lingüística. Según esta tesis, el derecho obtiene su objetividad esencial en sus encarnaciones lingüísticas y su correspondiente reflejo en el imaginario social. Con una fórmula un tanto paradójica, me atrevería a decir que, bajo esta óptica, el derecho es lo que se dice sobre el derecho...¹²

Y aunque los principios del Estado de derecho, según dicen los textos universitarios, y los derechos fundamentales *pueden definirse en abstracto*, sólo se pueden hallar en constituciones históricas y en sistemas políticos, porque un paradigma jurídico explica, con ayuda de un modelo de la sociedad contemporánea, de qué modo han de entenderse y manejarse los principios del Estado de derecho y los derechos fundamentales¹³

3.- La teoría crítica.

Pareciera que no se acepta que el mundo ha cambiado. Pero si esto no solo es cierto, sino que cada día aumenta la vertiginosidad del cambio, entonces es necesario encontrar elementos para un nuevo marco teórico para la reconstrucción del derecho latinoamericano. Hay muchos paradigmas para la creación de la norma jurídica. Algunos teóricos jurídico y sociojurídicos

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ Jürgen HABERMAS. *Faktizität und Geltung*.. Frankfurt am Main. Suhrkamp. 1997. P. 238. Habermas cita, en el texto, a Wieacker que dice: “un modelo social del derecho” representa algo así como la teoría implícita que de la sociedad tiene el sistema jurídico, es decir, la imagen que éste se hace de su entorno social”.

latinoamericanos buscan soluciones dentro del paradigma de la Teoría crítica. Las características del paradigma de la Teoría Crítica son, entre otras¹⁴:

a) *Una clara toma de conciencia del proceso que se está dando en la sociedad* y, por ello, la necesidad de una crítica bajo el análisis de la racionalidad de la sociedad, como lo señalaba Horkheimer cuando nacía la Escuela de Frankfurt:

“bosquejar un cuadro del proceso social con ayuda de las diversas ciencias, que lleve a un conocimiento más profundo del estado crítico del mundo y de los posibles puntos de partida para su ordenación más racional”¹⁵

b) *Una constante referencia a la totalidad e historicidad*. El mismo Horkheimer decía que no todas las teorías son verdaderas, sino sólo las que saben captar el hecho histórico de forma profunda. Dos características más, encerradas en ésta: *no admitir un concepto universal y objetivo de verdad y sentirse siempre una teoría emancipadora*, donde el criterio de verdad es la praxis.

c) Una crítica al positivismo y concepciones semejantes, como, por ejemplo, el empirismo metodológico del quehacer científico.

4.-. La teoría crítica latinoamericana: la europeización en el derecho y el robo epistémico.

a) La regulación jurídica del conocimiento tradicional en Latinoamérica.

Indudablemente que el derecho moderno y sus formas jurídicas llevan una carga ideológica del tiempo y espacio donde surge, con pretensiones de dirigir la forma de concebir el mundo. El derecho es, también, el reflejo de la visión y augurio de una época determinada. Por ello su objeto, en muchos momentos de la historia latinoamericana, ha sido, manipular, más que emancipar al individuo¹⁶.

América Latina toma sus paradigmas jurídicos de la teoría de la sociedad que tenían, al tiempo de la conquista, Madrid y Coimbra. La metodología para el avance o desarrollo de nuevas realidades jurídicas, a diferencia de la Escuela de Frankfurt que parte de lo concreto, es el universalismo, el esencialismo y la ahistoricidad.

¹⁴ Juan Antonio ESTRADA DÍAZ., *La teoría crítica de Max Horkheimer*. Granada. Universidad de Granada, 1990, pp. 39 y ss.

¹⁵ Horkheimer, Max. *Dialéctica del iluminismo*. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1969, p. 8. Así mismo se encuentran estas ideas en *Teoría crítica*. Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1974, p. 276-283.

¹⁶ Andressa CALDAS. *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: la conquista de los saberes*. Bogotá. 2004. Pág 31 hasta la 82.

En un contexto de herencia nominalista (donde se construyó todo el medioevo europeo) el concepto no es fiel expresión de la realidad colectiva, sino de lo individual: los signos universales son representaciones abstractas de la realidad. Este es el sustrato teórico de la jurídica europea posmedieval.

La creación de conceptos abstractos da nacimiento a nuevas realidades concebidas de igual modo y que serán objeto de regulación jurídica, primero en Europa y posteriormente en América Latina. Así, por ejemplo, el concepto de “sujeto de derecho”, necesario para el nuevo orden económico, será un concepto abstracto.

Para un nuevo orden jurídico necesario para el siglo XVIII (inicio de una sociedad capitalista), el sujeto del derecho es aquél que tiene voluntad para vender y comprar. En América Latina la actividad más importante y el móvil del “descubrimiento” fue comerciar. La libertad, supuesta, del sujeto de derecho desaparece por las necesidades que le crea este nuevo sistema económico: mientras alguien no sea propietario, no es sujeto de derecho, ni tiene derechos subjetivos. Y se busca al derecho romano como apoyo para atribuirle perennidad a estos conceptos jurídicos.

El concepto de derecho a la propiedad puede ser aplicado a todo aquello que sea objeto de valor económico. Nótese esta transformación esencial: el derecho decide la clasificación de persona y objeto, y aunque la clasificación producirá verdad jurídica, no tendrá verdad objetiva: la sociedad ha encontrado valor económico a las producciones intelectuales en cuanto favorecen el desarrollo y establecimiento del nuevo sistema mercatorio. Las cosas antes eran inertes y desapercibidas, ahora son objeto del derecho a la propiedad. Cuando aparece un nuevo objeto de propiedad, aparece un nuevo concepto de titular.

b) La europeización del derecho y el robo epistémico.

La crisis epistemológica significa la decadencia de la ciencia, porque ha uncido sus fines a los intereses de una clase en particular. No plasma nuevos conocimientos, sino que atribuye el carácter de perpetuidad a las situaciones actuales de una sociedad dada. Sus criterios de verdad carecen de una visión plena del mundo, en el que existen consecuencias no visualizadas, ni relacionadas con fenómenos ya explicados. Es la falta de objetividad en los

fines y resultados de la ciencia moderna. La ciencia moderna es una concepción mercantil de la ciencia.

La crisis del paradigma moderno se ubica en el plano del conocimiento y en el plano social. La ciencia ha sido creada para estatuir como leyes, aquéllas condiciones que las sociedades viven (que han sido creadas para manipular la realidad para los objetivos de los dominantes).

El conocimiento acerca del conocimiento de las cosas, ha sido el instrumento colonizador del mundo de vida. La modernidad identificó su comprensión del mundo con su comprensión lineal del tiempo¹⁷ Para la teoría crítica posmoderna no existen sólo dualidades en la realidad. Ésta es un conjunto de complejidades. Regresar a la experiencia histórica puede ayudar a recuperar

“los fragmentos de aquellas formas alternativas de la modernidad que anidaron en el ayer pero no llegaron a alzar el vuelo...La experiencia desperdiciada generó grandes recortes de realidad... La ciencia y el derecho estatal son responsables de la destrucción de las formas jurídicas alternativas y de encadenar el derecho a los aventares del Estado y de sus grupos de privilegio”¹⁸

Dada esta pérdida en la cientificidad moderna, para explicar el mundo de manera más pura, completa, se debe iniciar una lucha teórica que supere el hegemonismo. Esta lucha tiene dos vertientes: una epistemológico-cultural y **otra societal (social y política).**

Con ese recorte de realidad “que hace invisibles partes importantes de la acción social colectiva del ayer, se hurtaría la posibilidad de entender la miseria del presente, al tiempo que se dificulta la construcción del espanto que produciría, con otra mirada, su horror”¹⁹. La idea esencialista, manipulada al explicar la justicia, favorecería el concepto de homogeneización histórica que condena, a lo diferente, a un lugar residual. Y Europa no ha hecho gran cosa para replantear el problema de unas ciencias sociales que expliquen tanto el centro como la periferia.

Existen 4 condiciones o conocimientos causantes de la crisis; son conocimientos que permiten ver que no todo es tan simple; que pueden existir otras reacciones que son imprevisibles, diferentes y autónomas de las acciones

¹⁷ Juan Carlos MONEDERO En la presentación que hace de B. de Sousa Santos en *El milenio huérfano*. Madrid. Trotta. 2005. p 24

¹⁸ Ibid. Pág 24 y s.

¹⁹ Ibid. Pág 24

y reacciones dadas como regla general. Consecuencias que escapan de la vista de esta ciencia moderna.

Para superar este *conocimiento-regulación* y llegar al *conocimiento-emancipación* es necesario superar el *monoculturalismo*, que trae consigo el *epistemicidio*. La ciencia moderna debe reunir a las alternativas y a las *ecologías* (suma de saberes que existen y permiten cuestionar los modos de producción modernos excluyentes).

Existen tres herramientas a las que hay que recurrir: *la sociología de las ausencias*, *la teoría de la traducción* y *la hermenéutica diatópica*.

La noción de progreso consiste, para la teoría crítica latinoamericana la superación de la dicotomía *experiencias/expectativas*, *consenso/resignación*, *espera/esperanza*.

El nuevo riesgo que nos presenta esta ciencia posmoderna, es caer en el relativismo, no responde a las preguntas epistemológicas dando criterios de verdad y objetividad, sino trata de encontrar el sentido de las prácticas sociales y armar un conocimiento lógico, referenciado y útil; como lo refiere Carlos Monedero, interpretando a Boaventura de Sousa Santos.

Para ello es necesario pasar de una acción conformista a una acción rebelde, que permita construir un pensamiento crítico.

c) la Teoría crítica latinoamericana:

Se parte de una crítica al principio de Estatalidad, es decir de aquella afirmación que sostiene que no existe normatividad fuera del Estado. Del principio de unicidad, es decir que toda sociedad tiene un único sistema de normas; del principio de positividad que afirma que todo derecho está expresado en un sistema formalizado, escrito sistematizado, es decir, de identificar al derecho con los mecanismos legalizados, con la ley escrita; y al principio de racionalidad que afirma que el sistema jurídico es fruto de una lógica procedimental propia, fundada en la presunción de universalidad y neutralidad²⁰.

²⁰ Antonio Carlos WOLKMER.. *Apuntes*. Gran parte de las ideas son tomadas de ese curso de posgrado realizado en la Universidad de Guadalajara. También pueden verse algunas de estas ideas en su *Pluralismo Jurídico*. Sevilla. Editorial Mad. 2006.

La teoría crítica latinoamericana se puede definir como un nuevo paradigma de ciencia, que busca encontrar la pluralidad de conocimientos y su armonización, creando una complejidad de conocimientos, dilucidando una nueva concepción del mundo objetiva, pura y sana de todo normativismo, que sea factor de dominación, generando un posmoderno criterio de verdad y certeza.

Se afirma que los modelos teológicos, metafísicos y científicos, que han sustentado a lo largo de los siglos las formas dominantes del saber, de organización social y de racionalidad, no consiguen responder totalmente a las inquietudes y necesidades de la realidad latinoamericana. Son verdades hegemónicas que se vuelven insatisfactorias y limitadas. No ofrecen directrices ni normas seguras.

El gran problema para los pueblos de la periferia es que se trata de un proyecto cerrado y eurocéntrico, que no reconoce la alteridad, que no reconoce al otro, al pobre, al oprimido y que es excluyente. Se trata de la disfuncionalidad de un sistema y la desarticulación de un elemento que compone una organización dada.

La cuestión no es abandonar el proyecto de la Modernidad, sino re-construir y realizar sus ideales (o promesas no cumplidas), limitando su lógica de mercado y su racionalidad instrumental. El desafío es establecer condiciones históricas; reordenar, recomponer, abrir nuevos canales a las demandas de los nuevos actores sociales que se han movilizadado en la sociedad civil y que representa la culminación de las contradicciones estructurales y de los conflictos sociales.

Sus rasgos son su orientación dialéctica, utópica, revolucionaria, desmitificadora y emancipadora.

Si las raíces de la teoría crítica frankfurtiana eran la creación de un instrumental metodológico que permitiera la toma de conciencia histórica, sobre todo de los sectores alienados, para la formación de agentes sociales poseedores de una concepción del mundo desmitificadora, antidogmática, cuestionadora, participativa y libertadora, la teoría crítica latinoamericana busca el instrumental teórico metodológico para un proceso social adecuado y la emancipación de los excluidos.

La función de la teoría crítica latinoamericana es abrir alternativas de acción y márgenes de posibilidades que se proyecten sobre las continuidades históricas;

definir un proyecto que posibilite el cambio de la sociedad en función de un nuevo tipo de “sujeto histórico”.

Sus supuestos articulan, dialécticamente, la “teoría” con la “praxis”; el pensamiento crítico con la acción estratégica y en un horizonte a partir del Sur; y cuyas construcciones de legitimidad vienen del poder comunitario y de los nuevos actores de intereses colectivos; y tiene sus fundamentos en la historicidad de una “praxis” concreta, teniendo en cuenta estructuras socioeconómicas de espacios locales y nacionales explotados, dependientes, marginados y colonizados; y en categorías teóricas y procesos de conocimiento que emergen de las culturas no centrales, no eurocéntricas, sino periféricas.

Y en cuanto al ámbito jurídico, “la teoría crítica latinoamericana” centra las discusiones en redefinir el proceso de constitución de una legalidad que es dominante, injusta y opresora. Repensar, cuestionar y romper con la dogmática lógico formal imperante en una época o en un determinado momento de la cultura jurídica de un país, propiciando las condiciones para el largo proceso pedagógico de “esclarecimiento”, “autoconciencia” y “emancipación”.

La problemática del pluralismo jurídico:

Es un conjunto teórico que designa la existencia de más de una realidad y múltiples formas de acción práctica y diferenciaciones de campos sociales. Se trata de una doctrina que se opone al monismo centralizador, al estatismo intervencionista y al individualismo.

Su campo de estudio mira a conceptos como autonomía (con relación al Estado); a una descentralización (esferas fragmentadas), a una revisión de la (in)tolerancia (moderación) por la validez del localismo (familia, barrio, vecinos) y la existencia de la diversidad (diferencias)

Se contraponen a visiones conservadoras, liberales, radicales. Y es una reacción al positivismo jurídico.

El pluralismo jurídico es la negación de que el Estado sea exclusivo y única fuente de todo el Derecho, ya que se da prioridad a la producción normativa generada por las diversas instancias de la vida social. Significa, que junto al sistema estatal, existen otros sistemas autónomos e independientes que operan de forma paralela y alterna. Y da igual validez a la multiplicidad de expresiones o prácticas jurídicas en un mismo espacio sociopolítico,

interactuados por conflictos o consensos, pudiendo ser oficiales o no, y teniendo su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales.

Hay algunos autores cuyas ideas centrales afirman la negación de la imposición de las normas legales de la metrópolis y la conservación del Derecho Indígena (Boaventura de Sousa Santos); la ineficacia de la legislación oficial y la injusticia social en un mundo cada día con más pobres (Jacques Vanderlinden) o la crisis de la legitimidad política que favorece las manifestaciones no estatales (Joaquím Falcão).

Sin embargo el pluralismo jurídico puede ser visto como un proyecto conservador: como la manifestación jurídica propia del capitalismo global, neoliberal, desregulado. Un conjunto de fenómenos que se presentan en Latinoamérica y en México: la descentralización administrativa, la integración de mercados, la globalización y acumulación flexible del capital, la formación de bloques económicos, las políticas de privatización, la información dirigida de servicios, la regulación social flexible y supranacional.

El falso pluralismo jurídico se camufla defendiendo las prácticas legales supranacionales; la descentralización de la administración de la justicia; la no reglamentación de los derechos sociales; defensa de un derecho flexible; un derecho construido en la mesa de negociaciones, a través de acuerdos o pactos comerciales. Una nueva lógica operativa que construye otra “lex mercatoria”.

Este falso pluralismo jurídico sirve a los intentos del “neocolonialismo” neoliberal de los países del capitalismo central avanzado, vinculado a los proyectos de la “posmodernidad”, caracterizado, entre otras muchas cosas por la multiplicidad de lenguajes. Es otro embuste para escamotear la concentración violenta del capital en el “centro” (los países ricos), excluyendo definitivamente a la “periferia” (países así llamados “en vía de desarrollo”).

La reconstrucción

Proyecto relacionado a los sectores populares, producto de las luchas sociales, expresión de la alternatividad. Se trata de una propuesta multidisciplinaria que visualiza, como un nuevo paradigma, un pluralismo jurídico comunitario participativo, apto para reconocer y legitimar emergentes normatividades extra

e infraestatales (institucionalizadas o no), engendradas bajo conflictos y luchas sociales, contradicciones y correlaciones de fuerza, reivindicaciones, carencias y necesidades humanas.

La condición básica para la realización concreta de los objetivos del pluralismo jurídico latinoamericano implica la construcción de espacios abiertos, descentralizados, participativos y democráticos, transformando las carencias y necesidades en la positivación de “nuevos” derechos. Es una síntesis de todos los intereses cotidianos individuales y colectivos. Se trata de una propuesta contraria al pluralismo proyectado por la democracia liberal y burguesa, tradicionalmente elitista, conservadora y salvaje, que siempre privilegia los intereses de sectores exclusivos y de minorías con poder de decisión, en detrimento de las prioridades de la vida comunitaria.

El pluralismo jurídico latinoamericano se entiende como producto de las luchas, reivindicaciones y formas de ver el mundo de los sectores explotados y excluidos de la sociedades latinoamericanas; debe ser identificado como germen de nuevos valores y formas de entender y vivir la democracia y la justicia, que engloba, en sus principales presupuestos, la legitimidad de los nuevos sujetos colectivos (movimientos sociales), la ejecución de un sistema de satisfacción de las necesidades y la descentralización de un espacio público participativo, y el desarrollo pedagógico de una ética de solidaridad y la consolidación de procesos conducentes a una racionalidad emancipadora.

Por ello entre sus estrategias está:

a) Estrategias para con la sociedad:

- Luchar por la creación de instituciones más democráticas, pluralistas y participativas, cambiando las metodologías de trabajo heredadas en la cultura jurídica,
- Desarrollar paradigmas o estrategias práctico-teóricas más flexibles y descentralizadas, que contemple las nuevas complejidades de la vida de las sociedades latinoamericanas;
- Articular medidas que hagan viable la solución combinada de los problemas estructurales internos y externos.
- Concienciar y movilizar la sociedad civil para despertar el interés por políticas participativas, redefiniendo los espacios de prácticas sociales, experiencias de

grupos emergentes y establecimiento de redes y alianzas con nuevos sujetos políticos.

b) Estrategias en ámbito jurídico:

- Promover teorías que apoyen el reconocimiento y la implementación de nuevas formas de jurisdicción especial (como justicia indígena, justicia de paz);
- Creación de instrumentos de medición de la descentralización administrativa, legislativa y judicial;
- Creación de fuentes alternativas de producción legislativa
- Identificación y definición de nuevos criterios fundantes para el derecho: vida humana con dignidad, derecho a la integridad física (garantías) y derecho a la participación, dentro de una radical justiciabilidad y exigibilidad de los derechos.

c) Estrategias jurisdiccionales:

- a) Uso alternativo del derecho en los tribunales (principios generales, equidad, necesidades justas);
- b) Utilización de un sistema autónomo y paralelo del pluralismo jurídico: reconocimiento de los derechos emergentes y prácticas comunitarias de justicia.

5.- Reconstrucción metodológica:

Lo anterior evidencia la necesidad de una nueva metodología para la generación de conocimiento jurídico. Pero esto no es posible si continúa achatada la capacidad crítica del abogado,

- a) Problematizar la realidad presente. Sólo se puede problematizar cuando se puede pensar de manera diferente, cuando se ha generado una cultura diferente a la actual
- b) Criticar los paradigmas jurídicos occidentales. No se ha sabido (podido) vivir de manera diferente: el derecho se obedece. No hay más que homogeneidad, no es posible la pluriculturalidad en el ámbito jurídico.
- c) Develar y visibilizar serán, quizás, los métodos para esta nueva generación de ciencia jurídica: la formación metodológica del abogado ha sido la de describir, no la de develar lo que hay atrás del fenómeno social, como tampoco

formar un abogado que sea capaz de hacer visible “lo que está detrás” del fenómeno social.

Es especialmente difícil para el abogado, y más en un programa de posgrado, de una institución privada, “hacer visibles” las causas de por qué a un fenómeno dado, continúan siéndole ineficaces las diferentes modificaciones normativas. Un ejemplo de ello es la ineficacia casi “perenne” de la administración de justicia, o de la seguridad pública que se da en Latinoamérica.

6.- Metodología de la enseñanza jurídica y la metodología jurídica.

Las metodologías que inciden en el derecho deben asegurar la generación de conocimiento jurídico. El derecho debe hacer frente al reto que significa responder a las expectativas de un país con elementos propios y que busca interrelacionarse con los demás.²¹ El modelo educativo de la licenciatura y el posgrado en derecho en México, por ejemplo, debe apostar por una concepción del derecho consensuada, a fin de saber qué concepto de derecho y qué derecho se va a enseñar, para que a su vez, los estudiantes e investigadores trabajen y generen conocimiento que incida eficazmente en la realidad, respondiendo a los retos y oportunidades que aquella le presenta. Y el consenso será que el derecho es algo más que la ley, el derecho ha de ser emancipador o no resolverá la “otredad” de muchas “partes” de la sociedad que hay en México y en Latinoamérica y que siguen como partes olvidadas del todo social.

7.- Lineamientos para un programa de docencia jurídica.

Un programa de docencia jurídica debe arriesgarse a romper paradigmas que lo atan a mecanismos esclavizadores y extraños, que nada tienen que ver con la realidad del escenario en donde se encuentra Latinoamérica. “La formación de los juristas tiene mucho que ver con el desarrollo mismo de la cultura jurídica”.²² A diferencia de muchos países latinoamericanos, en México no existe el abogado popular, por ejemplo. No se ha considerado ni tomado en

²¹ Ya desde 1976 Jorge Witker reflexionaba sobre esta necesidad en *Técnicas de la enseñanza del derecho*. 4ª edic., Editorial Pac – UNAM, 1985, p. 119 y ss.

²² Carbonell, Miguel. *La enseñanza del derecho*. 2ª edic., Porrúa-UNAM, 2006, p. 17.

serio el cambio jurídico que ya es pauta a nivel mundial: el derecho, un tiempo basado en el paradigma de tutela primordialmente del interés del particular, ahora tiene como interés central, tutelar el interés del bien social: un árbol, aunque esté en *mi* calle, debe observar lo establecido por la normatividad ambiental. La crítica a los paradigmas positivistas no ha sido la tarea de los últimos dos siglos. Hoy, sin embargo, ya comienzan a señalarse ironías, falacias y perversiones²³, aunque todavía el problema permanecerá por mucho tiempo.

BIBLIOGRAFIA

- CALDAS, Andressa. *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: la conquista de los saberes*. Bogotá. 2004.
- CARBONELI, Miguel. *La enseñanza del derecho*. 2ª edic., Porrúa-UNAM, 2006.
- ESTRADA DÍAZ, Juan Antonio. *La teoría crítica de Max Horkheimer*. Granada. Universidad de Granada, 1990.
- FLORES, Imer. *La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica*. Boletín de derecho comparado. México. UNAM. 1997.
- GARCÍA VILLEGAS Mauricio y Cesar A RODRÍGUEZ. *Derecho y sociedad en América Latina* Bogotá, ILSA, 2003.
- HAAG, Karl. *Der Fortschritt in der Philosophie*. Frankfurt am Main. Suhrkamp. 1983.
- HABERMAS Jürgen. *Pensamiento metafísico*. Madrid. Trotta. 1990.
- HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*.. Frankfurt am Main. Suhrkamp. 1997.
- HORKHEIMER, Max. *Dialéctica del iluminismo*. Editorial Sudamericana, Buenos Aires. 1969.
- Teoría crítica*. Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1974.
- MARTÍNEZ MUÑOZ Juan Antonio. *El conocimiento jurídico*. Madrid. Universidad Complutense. 2005.
- MONEDERO Juan Carlos. En la presentación que hace de B. de Sousa Santos en *El milenio huérfano*. Madrid. Trotta. 2005.
- SANCHEZ FERNÁNDEZ Luis Manuel. *Ironías, falacias, perversiones, enigmas: sobre el positivismo y la tesis de la separación*. Doxa. Núm. 25. 2002. Alicante.
- WELLMER. *Habermas y la modernidad*.. México. Editorial REI. 1995.
- WITKER Jorge. *Técnicas de la enseñanza del derecho*. 4ª edic., Editorial Pac – UNAM, 1985.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. Sevilla. Editorial Mad. 2006.

²³ Luis Manuel SANCHEZ FERNÁNDEZ. *Ironías, falacias, perversiones, enigmas: sobre el positivismo y la tesis de la separación*. Doxa. Núm. 25. 2002. Alicante. Pág 333. Véase del mismo autor, en *Isonomía* Núm 8. 1998. México. ITAM. un artículo cuyo título es *Límites del modelo de ciencia jurídica actual*.