

En tiempos de globalización

Marena Briones
Velasteguí

El poder de decisión se ha descolocado, no sólo internacionalmente, sino también nacionalmente. El Estado-nación y su configuración jurídica se han visto sacudidos, además, por los ímpetus descentralizadores y las reivindicaciones locales de sus co-rrespondientes cuotas de poder.

LAS RAZONES SALTAN A LA VISTA

Sin entrar por el momento en las consabidas distinciones que problematizan y enriquecen la reflexión en torno a la definición del término "derecho", ni a los rasgos que diferencian a los diversos sistemas jurídicos², que conferirían matices al análisis de la afirmación que continúa, es imprescindible volver la mirada hacia una idea que ha vivido largamente vinculada a las percepciones y consideraciones formuladas sobre el fenómeno jurídico: su tendencia conservadora. Puesto de cara a la sociedad y a la permanente movilidad de que ella goza, el derecho aparece siempre como la tortuga frente a la liebre. Nadie —me parece— aún adhiriéndose a la tesis de que el derecho sí puede ser un factor de cambio social, osaría sostener que las transformaciones jurídicas pueden sucederse más rápido o antes que las transformaciones sociales, y eso que, sin duda, las primeras pertenecen también al ámbito de las segundas.

Una manera de enfocar lo antes dicho, por ejemplo, es retomar la constatación de que "Todo derecho, en la medida en que establece e impone una determinada organización del grupo social y, en consecuencia, funciona como sistema de control social y de seguridad jurídica, conlleva inevitablemente la consolidación de posiciones que, en principio, implican por sí mismas un cierto tipo de resistencias al cambio social."³ No es que esté desprovisto de dinámica, puesto que de hecho se modifica; sino que, por mencionar una sola circunstancia, su formalización está supeditada a los límites que las instituciones y los procedimientos le imponen.

Por otra parte, la propia enseñanza del derecho suele poner énfasis en una actitud más bien ortodoxa de los operadores jurídicos. Si bien la hermenéutica, camino ineludible del conocimiento jurídico y de la aplicación de sus preceptos, da aliento a argumentos a favor de un ámbito creador de derecho en la actividad que desarrollan los jueces, tal hipótesis no deja de tener oposición en el mundo jurídico, particularmente en el de tradición continental europea.

Con más o menos dosis de conservadurismo e inclusive con su relativa potencia para incidir en el cambio social,

lo cierto es que el derecho, en toda la extensión que la palabra puede comprender, tiene un ritmo que no se compagina con la fuerza de la cadencia social. Si eso ha sido así hasta hace poco, en que dicha cadencia era jurídicamente al menos llevadera, ¿qué está ocurriendo con el derecho hoy, en que asistimos a un vértigo de innovaciones tecnológicas y modificaciones socio-político-económicas, cuyas consecuencias todavía son impredecibles?

Esa es la pregunta clave que, en estas líneas, más que tratar de responder a plenitud, quiero compartir con los lectores y las lectoras de estas páginas universitarias que han asumido la gratificante e impostergable tarea de convocar al pensamiento y al debate. Todas las épocas han demandado elaboraciones humanas sobre los múltiples asombros que han producido; pero la actual no sólo que conlleva el reto y la obligación propios de cualquier presente, sino que parece no tener parangón con alguna otra en su aceleramiento y en su complejidad.⁴

¿SE DESVANECE EL MUNDO?

La interrogación no podía pasar desapercibida. Los siglos XIV y XV vieron iniciarse y consolidarse un sistema económico orientado por la racionalización de los negocios hacia el máximo beneficio; un sistema político fundado en la razón de Estado como norma suprema; un sistema social cuyo norte era el "hombre como medida de todas las cosas"; y un modelo de conocimiento basado en el empirismo y la perfección. El siglo XVII, oscilando entre su esplendor artístico y la violenta intransigencia de un Estado absolutista, dio cabida a un nuevo método científico que conjugaba la experiencia con la especulación, la comprobación y la construcción de un sistema generalizador y dio como resultado la visión moderna de la ciencia.

El siglo XVIII fue el siglo liberalmente burgués: liberalismo económico, liberalismo político y un racionalismo-empirismo filosófico. Fue también el siglo de la que puede ser considerada la primera gran jornada feminista, pero su marca de fábrica fue la revolución industrial. Con ella adquirieron otras dimensiones las relaciones laborales, los

modos de producción, el desarrollo económico y las relaciones sociales en general. El siglo XIX, no obstante el surgimiento de alternativas anti-liberales y de una activa expresión romántica⁵, se asentó en un liberalismo de tres grandes líneas: en lo político, el gobierno como función y derecho de la sociedad y como resultado del acuerdo entre sus propias fuerzas; en lo económico, el derecho a la propiedad privada y la libre competencia entre oferta y demanda; en lo intelectual, tolerancia, respeto, confianza en la razón y fe casi sin límites en las posibilidades de las ciencias naturales.

El siglo XX, pues, como todo siglo, llegó con historia. Quizás esa historia permita explicar en parte su rasgo más elocuente: las guerras. El siglo XX, al decir de muchos, ha sido el siglo de las guerras, pero también lo ha sido del protagonismo de las masas, del culto a la tecnología, de la agresividad como receta de vida, de la mecanización de la cotidianidad individual y colectiva, de las comunicaciones sin fronteras, de la conciencia del ser social, del flujo imparable de información, de las ciencias como lugar de la verdad, del Estado social así como de su cuestionamiento, de la realización humana como proyecto de emancipación, de las identidades y los movimientos sociales, del reacomodo de nuevos órdenes económico-internacionales y de un programa logo-etno-homo-céntrico sobre la realidad.

El siglo XX sin embargo, es mucho más que eso. Berma⁶ lo dice así: "Todos los hombres y mujeres del mundo comparten hoy una forma de experiencia vital —experiencia del espacio y el tiempo, del ser y de los otros, de las posibilidades y los peligros de la vida— a la que llamaré modernidad. Ser modernos es encontrarse en un medio ambiente que nos promete aventura, poder, alegría, crecimiento, transformación de nosotros mismos y del mundo —y que al mismo tiempo amenaza con destruir todo lo que tenemos, lo que sabemos, lo que somos... Ser modernos es ser parte de un universo en el que, como dijo Marx, "todo lo que es sólido se evapora en el aire".

El siglo XX, con un pie puesto en su final y el otro en un nuevo secular y milenar comienzo es, así mismo, el siglo de las paradojas. Si hay algo que puede caracterizar la angustia cognitiva que nos atormenta en estos momentos, eso es, precisamente, el tener que sobrellevar sin recursos el desmoronamiento de los grandes sistemas teóricos. "Vemos desenvolverse pensamientos de tipo interaccionista; valoramos no sin ansiedad la comunicación, el intercambio, la idea de red; nos interesamos más por el cambio que por el orden, por las rupturas que por la tranquilizante permanencia; somos sensibles a la complejidad, al pluralismo, a la suavidad, a la flexibilidad, a la ligereza..."⁷

El derecho ha sido y es un sistema construido como cualquier otro meta-relato. Ha pretendido conferirnos explicaciones y respuestas omnicomprendivas; ha bebido de una fuente rigurosamente racionalista y ha dado de beber la ilusión de una racionalidad humana capaz de doblegar hasta a las más fieras tormentas; ha sabido cosechar para sí y para sus influjos el encanto de las certidumbres y ha resistido contra viento y marea los embates de sus no escasas injusticias. ¿Hasta cuándo?

TODO CAMBIA, TODO CAMBIA

En este punto de la reflexión y antes de pasar al desglose de unos cuantos aspectos que considero esenciales para

el planteamiento que inspira estas ideas, es oportuno añadir brevemente una mención a tres de los dilemas sobre los cuales está dando vueltas el mundo actual:

- Iguales y diferentes a la vez, también expresado como "igualdad en la diferencia" o "diferencia en la igualdad". "En la actualidad la mayoría de países son culturalmente diversos. Según estimaciones recientes, los 184 Estados independientes del mundo contienen más de 600 grupos de lenguas vivas y 5.000 grupos étnicos... Esta diversidad plantea una serie de cuestiones importantes y potencialmente divisivas. Así, minorías y mayorías se enfrentan cada vez más respecto de temas como los derechos lingüísticos, la autonomía regional, la representación política, el curriculum educativo, las reivindicaciones territoriales, la política de inmigración y naturalización, e incluso acerca de los símbolos nacionales como la elección del himno nacional y las festividades oficiales."⁸
- La contradicción del uno y los todos. Deben participar todos, pero no pueden participar todos. El reconocimiento de la pluralidad social de voces e intereses, ligada a la consigna de una democracia deliberativa y participativa se estrella con las limitaciones propias de cualquier mecanismo de representación. Y ello, sin contar con los fracasos a que se ha visto sometida la práctica democrática representativa, especialmente en nuestra América latina y caribeña.
- Pensar complejamente. "El pensamiento sobre la complejidad debe considerarse un método para comprender la diversidad, en lugar de una metáfora unificada. Su valor epistemológico podría provenir del reconocimiento del don de la naturaleza y la sociedad para descubrir cosas sin proponérselo. No que no existen reglas, sino que las reglas son creadas, y cambiadas, en un proceso constante de acciones deliberadas e interacciones únicas."⁹

O, dicho con otras palabras, la "aptitud para pensar lo múltiple, sin por ello reducirlo a la unidad o abandonarlo a la dispersión"; para "pensar a la vez en la determinación e indeterminación del sistema, en su rigor y su borrosidad, en su sistemática y en su casuística".¹⁰

LAS PARADOJAS TAMBIÉN SON JURÍDICAS

Pues, bien, ahora corresponde entrar sin mayores preámbulos al propio terreno de estas disquisiciones:

¿Dónde está la justicia?

Tal vez nada haya sido más objeto de controversia en estos últimos años como la misma justicia. Suficiente sería con reparar en el testimonio más cercano: la justicia ecuatoriana puesta en la picota de la incredulidad y la desconfianza, las demandas de reconocimiento de los sistemas de justicia comunitaria indígena y el apareamiento de procedimientos que recurren a la aplicación de la justicia por mano propia. Sin embargo de que esos datos son de por sí reveladores, no son suficientes. Aquí se trata, incluso, de resaltar la problematización de una concepción universalizadora de justicia.

Puesto que, como quedó asentado algunos párrafos arriba, la multiculturalidad es un signo de estos tiempos y la igualdad en la diferencia ha sido asumida como un desafío actual, no es posible eludir la confrontación entre unos

derechos de índole general y otros derechos de carácter minoritario. Las posibles soluciones no están tan a la mano. No es fácil responder jurídicamente, aunque no sólo jurídicamente, a preguntas tales como ¿qué grupos deberían estar representados en el parlamento: los indígenas, los negros, las mujeres, los jóvenes?, ¿las mujeres blancas pueden representar a las mujeres negras?, ¿los indígenas evangélicos pueden representar a los indígenas católicos?, ¿los hombres heterosexuales pueden representar a los hombres homosexuales?. O ¿por qué los miembros de un determinado grupo deberían tener ciertos derechos que los miembros de otro grupo no tienen; por ejemplo, el porcentaje obligatorio de inclusión femenina en las listas de elección pluripersonal, que la ley ecuatoriana establece para impulsar la participación política de las mujeres?. O ¿deberíamos los mestizos aprender quichua durante nuestra educación básica, dado que los pueblos indígenas forzosamente aprenden el español?.

A esas inquietudes, para nada desdeñables, habría que sumar también el peculiar doble juego que se da entre el insistido desprestigio de los jueces y la constante invocación de que ellos son objeto. Por un lado, el auge de las vías alternativas para la solución de los conflictos, que adquiere cada día más ámbito de acción debido a la fragilidad del sistema judicial; y, por otro, un reclamo explícito y permanente de una actividad judicial independiente y razonable, que confiera seguridad y confianza sociales, y la perseverante demanda de que una vocería judicial autorizada se exprese a través de los medios de comunicación social. Como la califica Arnaud¹¹ es la paradoja del "amor/odio del censor".

¿Quién puede con tanta globalización?

Conectada con lo anterior, en cuanto a que formas "inoficiales" (mediación, negociación, costumbres, arbitrajes, etcétera), están reemplazando a los espacios formalmente institucionales de solución de controversias, aparece la puesta en jaque del Estado-nación. La tendencia globalizadora, entre otros efectos, ha provocado el debilitamiento de la jurisdicción estatal, no sólo porque los ámbitos supranacionales van organizándose por encima de los Estados, sino porque los órdenes jurídicos de estos últimos "No logran tener en cuenta, de una manera lógica, la pluralidad de situaciones sociales, económicas, políticas y culturales cada vez más diferenciadas", y porque "Como el Estado no puede dejar muchas de esas acciones, hechos, situaciones y casos sin ningún tipo de control, se ve obligado a editar normas ad hoc para casos muy especializados. Y tanto más su producción normativa está en esa línea, cuanto más su derecho positivo pierde organicidad y racionalidad de sistema dada su pretensión de abarcar una intrincada y a veces contradictoria pluralidad de intereses y comportamientos altamente particulares."¹²

Adicionalmente, no se puede negar que las relaciones jurídicas también se han globalizado. Desde la existencia del derecho comunitario, con la Comunidad Económica Europea a la cabeza, hasta la cada vez más intensa internacionalización de los debates de naturaleza socio-jurídica, económico-jurídica, ético-jurídica, bio-jurídica, político-jurídica, filosófico-jurídica y demás, que no sólo ha respondido al placer que puede producir intercambiar conocimiento, sino también a la realidad económico-social que se está configurando gracias al actual modelo de desarrollo

que Castells¹³ denomina "capitalismo informacional"¹⁴, más la excesiva producción legislativa y jurisprudencial que han supuesto todos los factores antes anotados, descubren un mundo jurídico en imparable transformación.

En esa línea, Arnaud¹⁵ llega a afirmar que "el ordenamiento jurídico no puede seguir siendo concebido en términos nacionales, ni siquiera internacionales" y que tanto es así, que "la "comunidad" es presentada por los juristas del Derecho comunitario como una instancia sui generis, ni nacional, ni internacional".

Los poderes se descolocan

Entrar en el terreno jurídico, de una u otra manera, conduce al ámbito de la teoría política. Toda estructura o sistema de gobierno descansa obligatoriamente en un conjunto de previsiones jurídicas que, en primera instancia, se hallan en el texto constitucional. Es allí, en la norma suprema, donde se han asentado la legitimidad de las instituciones, el fundamento distributivo de los poderes estatales, la consideración axiológica que ampara los derechos ciudadanos; en fin, las reglas básicas del funcionamiento de una sociedad.

Esa vocación jurídico-política, sin embargo, está sufriendo hoy los azotes de los recios vientos que soplan con la globalización. Ahora, los países enfrentan la arremetida de una economía que se organiza y vive sin recurrir necesariamente a vínculos con los Estados-nación. Como dice Arnaud¹⁶ "Lo único que les queda a las naciones es el poder -también restringido- de corregir, a través de medidas de orden interno, los grandes daños que causan a su propio sistema las decisiones internacionales y los sucesos económicos mundiales."

El poder de decisión se ha descolocado, no sólo internacionalmente, sino también nacionalmente. El Estado-nación y su configuración jurídica se han visto sacudidos, además, por los ímpetus descentralizadores y las reivindicaciones locales de sus correspondientes cuotas de poder. La tradicional idea filosófico-jurídica de una soberanía fundada en la unidad del Estado ha debido dejar paso al reto de entender y poner en práctica una concepción de soberanía que conjugue las soberanías locales con una suerte de soberanía nacional, que no borre a las primeras, ni las subsuma en ella.

Lo local y lo nacional; lo local y lo global. En esas intrincadas relaciones de sociedad en red deben hoy realizarse el ideal de justicia y la equidad social. El derecho no parece estar preparado aún para eso. Su afecto por una visión positivista de sí mismo y su renuencia a entablar abiertamente diálogo con otras disciplinas son todavía un lastre con el que carga a cuestas.

¿Un borroso desconcierto?

Lo que han tenido en común los iusfilósofos que han teorizado sobre la argumentación jurídica ha sido, justamente, el esforzado deseo de construir un modelo de racionalidad que sirva de guía para las decisiones jurídicas. Ese deseo calzaba muy bien con la premisa moderna que ponía a la razón como suprema luz del conocimiento. Pero ese paradigma racional ha sido puesto hoy en entredicho.

Para quienes han llevado el cuestionamiento hasta las últimas consecuencias, "ya no hay posibilidad de argumentación, sino sólo de narración; en lugar de argumentos, se ofrecen relatos. Y estos relatos son efímeros, contingentes;

no pretenden la universalidad ni la necesidad, a veces ni siquiera la verdad, sino únicamente la verosimilitud."¹⁷

Un punto de quiebre tan audaz debe su importancia en la teoría filosófica a varias vertientes. Todas ellas, de una u otra manera, han enfrentado el dilema entre la propensión a lo unívoco y la propensión a lo equívoco. "Antes casi nada era cierto (con las exigencias científicas de los positivistas), mas ahora casi nada es falso (con la desmedida apertura de criterios que se ha querido establecer en el pensamiento posmoderno)."¹⁸

¿Han afectado tales disquisiciones al derecho? Sí y no. No, porque las consecuencias para la práctica jurídica no han llegado a ser nihilistas. Quienes estimulan la reflexión en torno a una teoría de la argumentación jurídica han solidificado, según lo explicita Alexy¹⁹, en el término medio de una tendencia determinista ("es innecesario plantearse el problema de cómo fundamentar las decisiones jurídicas") y una tendencia decisionista ("es imposible plantearse el problema de cómo fundamentar las decisiones jurídicas").

Sí, porque la construcción lógico-deductiva del razonamiento jurídico ha sido objeto de críticas suficientemente razonables. Si bien el debate ha terminado inserto en una oposición entre racionalismo normativo e irracionalismo normativo y los críticos de la teoría lógico-deductiva han sido calificados de irracionistas y de defensores de la arbitrariedad subjetiva de los jueces, las fracturas a la visión lógicamente formal del razonamiento jurídico tienen asidero. Después de tanto bregar con las interpretaciones legales y las decisiones judiciales, bien sabemos que ni la estructura silogística agota los sentidos de las normas y de las relaciones entre ellas y de ellas con los hechos, ni el lenguaje deja de ser ambiguo y vago por su aplicación.

Por otro lado, también se ha comprobado que en las decisiones judiciales juegan un rol preponderante los análisis valorativos de los jueces, no exentos de una personal subjetividad, análisis valorativos que, en principio, no tienen nada de extraños, dado que en toda norma siempre se entrelazan un elemento fáctico, un elemento axiológico y un elemento normativo. Poner al descubierto esta característica de la actividad judicial de ninguna manera significa autorizar el libre albedrío de los jueces, ni violentar la básica seguridad jurídica que toda sociedad requiere. Simplemente, tiene el propósito de reconocer y destacar, para los efectos

pertinentes, que el derecho no es un objeto neutral, ni en la promulgación de sus disposiciones, ni en la solución de las controversias judiciales, ni en su elaboración doctrinaria.

"Ya nadie puede... afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente"²⁰ Para esto, dice Alexy²¹, "existen al menos, cuatro razones: (1) la vaguedad del lenguaje jurídico, (2) la posibilidad de conflictos de normas, (3) el hecho de que sean posibles casos que necesiten de una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma ya vigente, y (4) la posibilidad de decidir incluso contra al tenor literal de una norma en casos especiales".

Así, pues, en el amplio bosque de la argumentación jurídica y como un camino para teorizar sobre ella aparece la lógica borrosa (fuzzy logic). Concebida como un modelo explicativo de las decisiones judiciales, enfoca su interés en proporcionar varias opciones de diferentes modos posibles de razonar jurídicamente, para encontrar la más plausible de las decisiones.

Cuánto pueda la lógica borrosa en el derrotero que ha tomado, no es finalidad para estas páginas. Lo que interesa es que, quiera o no quiera, el derecho está siendo removido. Por las reflexiones teóricas, por los acontecimientos sociales, por las contradicciones humanas, por la fuerza de los hechos, por los cambios con que el mundo nos sorprende diariamente. No obstante, el peso de la tradición con la que se ha formado continúa impidiéndole actuar también como su propio y agudo interpelante.

El lugar es exquisito

El llamado, en todo caso, está hecho. La predisposición para borrar en este espacio las anteriores inquietudes no ha tenido más impulso que la convicción de que la Universidad es, por excelencia, el lugar desde donde puede y debe alzarse majestuosamente el vuelo libertario del pensamiento. ¡Qué otro lugar puede ser más exquisito para enseñar aprendiendo y aprender enseñando! Para creer y dudar tantas veces como sea necesario. Para hurgar, descubrir, experimentar y argumentar. ¡Y qué mejor cimiento de partida que la inagotable curiosidad que suele agitar la vitalidad de los espíritus jóvenes!

NOTAS

1. Me refiero a las dificultades que existen para construir una definición de derecho, que logre dar cuenta simultánea de sus variadas facetas: derecho como ciencia, derecho como sistema positivo de normas, derecho como facultad. Una presentación sintetizada de esas dificultades puede encontrarse en Introducción al análisis del derecho, de Carlos Santiago Nino (Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987: 3ra. reimpresión de la 2da. edición ampliada y revisada)
2. Tan sólo la comparación entre la corriente de tradición romana y la del "common law" nos conduciría a establecer particularidades en la dinámica jurídica.
3. DÍAZ, Elías, La sociedad entre el derecho y la justicia, Temas Clave # 73, Salvat Editores, S.A., Barcelona, 1982.
4. Basta con recoger parte del prolífico debate "modernidad-postmodernidad", para aceptar el supuesto. Autores como Jean-Francois Lyotard, Marshall Berman, Agnes Heller, Jürgen Habermas, Daniel Bell, María Cristina Reigadas, Carlo A. Viano, Gianni Vattimo, Alan Touraine, Beatriz Sarlo, por mencionar unos cuantos, participan en el sesudo desconcierto reflexivo sobre los síntomas actuales.

NOTAS

5. Romanticismo en su acepción amplia de "estilo de vida que afectó a las creencias políticas a través de los grandes mitos de la revolución, la rebeldía a la tiranía, la lucha por la libertad y la grandeza de los ideales nacionales..." (Los siglos de la Historia, Temas Clave # 34, Salvat Editores, S.A., Barcelona, 1981).
6. Marshall Berman, en Brindis por la modernidad, artículo aparecido en El debate modernidad/posmodernidad, compilación y prólogo por Nicolás Casullo, Puntosur Editores, Buenos Aires, 1989.
7. ARNAUD, André-Jean, Los juristas frente a la sociedad, Doxa Cuadernos de Filosofía y Derecho No. 15-16, volumen II, 1994.
8. KYMLICKA, Will, Ciudadanía multicultural, Ediciones Paidós Ibérica, S.A., Buenos Aires, 1996.
9. CASTELLS, Manuel, La era de la información. Economía, sociedad y cultura, volumen 1: La sociedad red, Alianza Editorial, Madrid, 1996.
10. Von de Kerahove, Michel y Ost, Francois, El sistema jurídico entre orden y desorden, Servicio.
11. ARNAUD, André-Jean (1994).
12. FARÍA, José Eduardo, Derechos humanos y globalización económica: notas para una discusión, Revista El Otro Derecho No. 23, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, 1999.
13. CASTELLS, Manuel (1996).
14. Castells sostiene que en los últimos 25 años, el mundo ha pasado del industrialismo al informacionalismo y de la sociedad industrial a la sociedad de la información. Añade que continúa el predominio mundial de un modo de producción capitalista, pero que, en esta ocasión, la "principal fuente de la productividad es la capacidad cualitativa para optimizar la combinación y el uso de los factores de producción basándose en el conocimiento y la información".
15. ARNAUD, André-Jean (1994).
16. ARNAUD, André-Jean (1994).
17. BEUCHOT, Mauricio, Posmodernidad, hermenéutica y analogía, Universidad Intercontinental, México, 1996.
18. BEUCHOT, Mauricio (1996).
19. ALEXY, Robert, Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
20. LARENZ, Karl, Metodología de la Ciencia del Derecho, Editorial Ariel, Barcelona, 1980.
21. ALEXY, Robert (1989).