

Un acercamiento a las relaciones jurídicas extraestatales (Posmodernas): Elementos o caracteres

Ronald Chacín Fuenmayor
Instituto de Filosofía del Derecho
"Dr. José Manuel Delgado Ocando"
Sección de Filosofía Política
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Maracaibo, Venezuela
E-mail: rchf@iamnet.com

Resumen

Se intenta caracterizar los elementos o aspectos que conforman las relaciones jurídicas extraestatales, las cuales ponen de manifiesto la existencia de un nuevo derecho emergente o posmoderno, a través de la consideración de los discursos de diversos autores que han profundizado sobre esta concepción jurídica y algunos casos concretos ocurridos en la realidad donde se evidencia el discurrir de este nuevo derecho. Se concluye sobre varios aspectos que podrían caracterizar las nuevas formas de derecho emergente y se explora la pertinencia de incluir la tradición de cultura como elemento o carácter que pudiera estar contenido en muchos casos en el discurrir de la ley posmoderna.

Palabras clave: Concepción posmoderna, teoría jurídica, derecho emergente, elementos o caracteres.

An Approach To Extra-State (Post-Modern) Juridic Relations

Abstract

This article tries to characterize the elements or aspects which comprise the extra-state juridic relationships which demonstrate the existence or emergence of post-modern law, based on the consideration of the discourse of a diversity of authors who have focused on this juridic perception, and certain concrete cases which have actually occurred, and which give evidence to this new law. The article concludes with various aspects which could characterize the new forms of this emergent law, and explores the pertinence of including cultural tradition as an element or aspect which should be included in many cases in the development of post-modern law.

Key words: Post-modern conception, juridic theory, emergent law, elements or characteristics.

Introducción

Entendemos las relaciones jurídicas extraestatales como las surgidas independientemente del Estado, lo que ha dado lugar a lo que se conoce como la concepción jurídica posmoderna, aludiendo a las diferentes prácticas sociales que evidencian la existencia de normas jurídicas no puestas por el Estado, y que de alguna manera no pueden asimilarse a nuestro entender como derecho consuetudinario en virtud de ser variables, poco perdurables, en fin desechables (De Sousa Santos, 1994).

La concepción jurídica postmoderna one de manifiesto varios aspectos: 1. El Estado pierde el monopolio de la creación del derecho, dada la existencia de diferentes órdenes legales (pluralismo

legal); 2. El minimalismo jurídico, que implica que la ley es el resultado de la traslación directa de las relaciones de poder a los espacios microsociales, (De Sousa Santos, 1994), estando ausente en estas relaciones de poder la entidad estatal; y 3. Las Microrrevoluciones o movilizaciones políticas, de resistencia en muchos casos, en los espacios locales, con objetivos claros, cerca de la vida diaria. Aspectos estos que ponen de manifiesto la trivialización o desestimación de la ley y del Estado y que son el producto de varios factores según Boaventura de Sousa Santos (1994):

Ineficacia de la ley en su función emancipadora.

Incapacidad de la ley para expandir los derechos.

Reformas legales tardías, inadecuadas y poco profundas.

Incapacidad de la ley para resolver los problemas de fin de siglo (Chernobyl, SIDA, etc).

Los elementos de la concepción posmoderna del derecho que se desprenden de las prácticas sociales desarrolladas en la vida diaria (hogar, trabajo, vecindad, localidad, etc), dan al traste con las categorías jurídicas de la teoría moderna del derecho relacionadas con la creación e implementación del mismo, a saber:

El derecho no es solamente creado por el Estado.

El derecho no es sólo creado desde un mismo centro ni mucho menos desde arriba (Fin del monopolio de la legalidad) (De Sousa Santos, 1994).

La legitimidad, validez y vigencia del derecho no depende (al menos exclusivamente) de los elementos previstos por la teoría moderna del derecho (procedimiento formal de creación, derogación y reforma de leyes realizado por el poder legislativo).

La categoría de derecho positivo, en cuanto es puesto exclusivamente por el Estado, queda fuertemente cuestionada.

La aplicación del derecho no depende exclusivamente de instituciones ni de mecanismos oficiales.

Los argumentos tomados en cuenta para la resolución de los conflictos no son exclusivamente los argumentos legales ni los contenidos en otras fuentes del derecho reconocidos por la ley.

Reconociendo el gran impacto de las relaciones jurídicas extraestatales en la teoría del derecho y en la filosofía del derecho en general, pretendemos continuar en la misma vía de analizar dichas relaciones que configuran el nuevo derecho extraestatal, intentando caracterizar o al menos aproximarnos a caracterizar este nuevo derecho (considerando aportes de investigadores de la materia), y destacando a su vez casos concretos que evidencian las nuevas relaciones jurídicas.

Las relaciones jurídicas extraestatales

Tomando en consideración diversos autores que han manejado la temática jurídica posmoderna, se intentará indicar, sin pretender la exhaustividad, algunos aspectos que podrían caracterizar al nuevo derecho emergente:

Su creación es ajena al Estado, pudiendo ser el resultado de la traslación directa de las relaciones de poder a los espacios microsociales (familia, hogar, trabajo, vecindad, localidad, etc), es lo que se conoce como Minimalismo Jurídico (De Sousa Santos, 1994).

Este derecho no surge de un centro único y mucho menos desde arriba, por referirse a los espacios microsociales, poniéndose de manifiesto, tal como lo señala De Sousa Santos (1994), la pérdida del monopolio de la legalidad del Estado.

La creación y aplicación de sus reglas se desenvuelven alrededor de las microrrevoluciones o el neo-

ludismo, que son movilizaciones políticas de resistencia en muchos casos, transparentes en objetivos, que discurren en el ámbito local, cerca de la vida diaria (De Sousa Santos, 1994). Ejemplo de esto se tiene a las luchas urbanas en Recife-Brasil, que serán analizadas más adelante.

En su discurrir, en su creación y aplicación, se expresa la trivialización del derecho y del Estado, en virtud de que se aprecia por parte de sus actores, las personas o entes responsables de su creación y aplicación, una desestimación del valor de la justicia legal ante la aplicación de una justicia extralegal y consensual.

Este derecho discurre a través de 3 espacios, ámbitos o escalas: El espacio local, donde discurre el derecho local, que es no oficial e informal, más o menos consuetudinario, ya que sus normas pueden o no tener cierta permanencia. El espacio o ámbito nacional, donde actúa preponderantemente el derecho estatal u oficial y el espacio mundial, donde actúa el derecho transnacional, resultado de prácticas de los actores dominantes (las compañías transnacionales), menos consuetudinario por estar constituido por costumbres instantáneas y oficial si se quiere, a pesar de ser ajeno al derecho estatal, ya que crea cierta inmunidad frente al derecho estatal, en virtud de ser impuesto a los Estados nacionales y aceptado casi incondicionalmente por estos y por el Derecho internacional público (1).

Es un derecho consustanciado con las éticas aplicadas, que conforme a Tosca Hernández (1997), son aquellas resultantes del diálogo, de la participación de las personas y grupos en ámbitos sociales determinados y con intereses compartidos, utilizando la hermeneútica crítica que permite la acción comunicativa o discursiva.

Ejemplos de ellas se tiene a la bioética, las propias de la genética, la ecología, los negocios, etc. De este tipo de éticas va a surgir el nuevo derecho emergente, según la autora (1997:109): "...las reglas de derecho que surjan de estas prácticas, son más válidas y justas, es decir, legítimas, cuanto más institucionalizado (consolidado) se encuentren los procedimientos decisorio de las mismas..." (Paréntesis nuestros). La autora sitúa estas prácticas sociales que conforman las éticas aplicadas en sociedades democráticas, en virtud de la participación de los grupos sociales que implica el desarrollo de las mismas y el subsiguiente derecho que emerge de ellas.

Enfatiza en formas de derecho distintas al derecho estatal y a las otras fuentes del derecho distintas a la ley, reconocidas por este derecho. En efecto, algunos críticos de la concepción posmoderna del derecho, como Pétzold Pernía (1996), desestiman los lineamientos de esta concepción asimilándola a la teorización jurídica moderna, sirviéndose de autores como Couture y Perelman, quienes plantean también cierto desapego a la ley a la hora de interpretar el derecho, dada la necesidad de considerar las otras fuentes del derecho y de restringir o extender el alcance de las reglas del derecho en aras de la aceptación de las soluciones dadas por los jueces a los conflictos jurídicos. Y así mismo otros defensores de la teoría jurídica moderna como Carrión Wam (1996), minimizan las críticas posmodernas asimilándolas a las esgrimidas a lo largo de la historia de la Filosofía del Derecho contra el positivismo jurídico y las cuales han tenido su debida discusión y discernimiento en la modernidad.

Consideramos que a pesar de las críticas planteadas, si hay vuelco en la concepción posmoderna en relación a la Teoría moderna del derecho, lo novedoso de dicha concepción no es la consideración de otras formas de derecho

distintas al derecho legislado, distintas a lo planteado por el positivismo jurídico y que los jusnaturalistas cuestionaron vehementemente, sino el contenido de estas formas de derecho que se consideran y el énfasis dado a las mismas. En efecto, la concepción jurídica posmoderna admite la existencia de otras formas de derecho, pero con caracteres diferentes al menos poco similares con las otras fuentes del derecho aceptadas por el derecho estatal, como la costumbre, los principios generales del derecho, la analogía, etc.

El nuevo derecho tal como lo indica De Sousa Santos (1994), es variable, contextual, consensual, desechable, etc. Caracteres no presentes, al menos en las fuentes del derecho nombradas, sobre todos los caracteres de variabilidad, consensualidad y su cualidad de desechable, lo cual conforma formas de derecho distintas a las contempladas como fuentes del derecho según la teoría moderna del derecho (fuentes no objetivadas según la teorización de Ross, 1977) y si no son distintas este tipo de fuentes, por lo menos en la actualidad no puede tajantemente ser asimiladas al nuevo derecho emergente.

Y por otro lado, la visión posmoderna le quita esa aura de solemnidad a la ley, esa cualidad de aureática (De Sousa Santos, 1994), que siempre le ha otorgado la teoría moderna a pesar de la consideración de fuentes del derecho no objetivadas, en virtud de estar estas siempre subordinadas al derecho estatal. Es decir, esa consideración del derecho legislado como esencia del ordenamiento jurídico es dejada de un lado por la trivialización de la ley del Estado, que se desprende de la concepción posmoderna y a la cual hemos hecho referencia y no solamente esto, sino que el Estado como creador del derecho legislado y reconocedor de otras formas de derecho es obviado en la creación y muchas veces hasta en la aplicación o en el discutir de las nuevas relaciones jurídicas; la concepción pos-

moderna da entonces cuenta del nuevo derecho emergente distinto a las consideraciones de la teoría moderna.

El derecho no es más producto de una relación lineal positividad-vigencia

Según Delgado Ocando (1997c) el derecho es un *estructuratum*, constituido por prácticas sociales ontológicamente configuradas por el espacio estructurante. En este sentido el autor le da énfasis a la influencia del medio donde se desenvuelven las prácticas sociales para establecer el derecho, rompiéndose de esta manera, tal como lo indica el autor la relación lineal (positividad-vigencia) entre alguien que pone el derecho y el producto de su postura (la norma) y la relación con los destinatarios de la misma, lo cual es inexistente en estos ámbitos, ya que el derecho nace de prácticas sociales condicionadas por el sitio donde se estructuran.

De Sousa Santos en este mismo aspecto coincide con Delgado Ocando, señalando la existencia de una legalidad contextual, ajustada a los intereses momentáneos de las partes involucradas y las relaciones de poder entre ellas (De Sousa Santos, 1994). Destacando igualmente este autor la influencia del contexto, del espacio y sus actores en la configuración del nuevo derecho.

Este autor también, para apoyar su opinión habla de cuatro ámbitos donde se desenvuelven las prácticas sociales creadoras de derecho, son ellos: el espacio doméstico, el espacio laboral, el espacio ciudadano y el espacio mundial, cada uno con su unidad de práctica social o actores, unidad institucional, forma de poder social y forma de derecho (De Sousa Santos, 1992).

En el espacio doméstico la unidad de práctica social es la familia, la forma institucional es el matrimonio o parentesco, el mecanismo de poder social es la patriarquía y la forma de producción es el derecho doméstico. Evidencian-

dose como cada espacio con sus diferentes elementos configuran (tal como lo indica Delgado Ocando), las nuevas formas de derecho. Es así como también el derecho surgido del espacio laboral es el derecho de producción, en el espacio ciudadano el derecho territorial y en el espacio mundial es el derecho sistemático, cada uno con los diferentes elementos estructurantes ya señalados: unidad de práctica social, forma de poder social y unidad institucional, propia de cada espacio.

Presenta el carácter performativo generador de efectos ilocucionarios y perlocucionarios

Según Delgado Ocando (1997a) el derecho es performativo, en el sentido que es válido en relación con el sujeto que lo promulga y con las circunstancias de la enunciación, sin importar su expresión lingüística en sentido estricto y por producir efectos ilocucionarios y perlocucionarios. Ilocucionario por referirse a una realidad constituida por el enunciado de derecho, que es una forma posible de conducta contenida en las normas generales y perlocucionarios por referirse a la cualidad de producir actos de cumplimiento o de ejecución incluidos en las normas individualizadas.

De la misma manera el derecho posmoderno o emergente es performativo, en virtud de producir formas de poder y de derivarse de él igualmente efectos ilocucionarios y perlocucionarios generados de las prácticas sociales regulativas que se dan en los diversos espacios (Estado, mercado, comunidad, etc). (Delgado Ocando, 1997c). Es decir, el carácter performativo esencial a todo enunciado de derecho está presente en las relaciones jurídicas posmodernas, por lo que se evidencia la naturaleza jurídica de las mismas, pero no en el sentido del derecho estatal, cuya performatividad deviene de las autoridades competentes del Estado, autorizadas para establecer las normas generales

e individualizadas o de cumplimiento. La performatividad del derecho emergente en cambio, con sus efectos ilocucionarios y perlocucionarios, se deriva de la influencia de los actores de cada espacio y sus intereses.

Son formas de derecho fluidas, efímeras, siempre negociables y renegociables, en conclusión desechables, tal como lo indica De Sousa Santos (1994), son normas jurídicas variables, consensuales, no generales, dependientes del contexto donde discurre la necesidad y contingencia microsocial que pretendan regular, de lo cual, a nuestro entender, va a depender su derogabilidad o permanencia.

El significado de la justicia del nuevo derecho emergente no es exhaustivo y está ligado a las tradiciones: Tal como lo afirma Feldman (1996), ya que dicho derecho entra en diferentes contextos y las tradiciones con las cuales está ligado en dichos contextos están en constante transformación. Los límites de las tradiciones son siempre disputados, constituidos y reconstituidos y esta constante reconstitución siempre es simultáneamente constructiva y destructiva. Según el autor el concepto de tradición nos ayuda a comprender la construcción social de la realidad, por lo cual no se deben reducir las tradiciones actuales o el concepto de alguna tradición dentro de una sencilla formulación lingüística o dentro de algún objeto establecido, para comprender el significado de la nueva justicia, ya que precisamente el concepto de justicia forma parte de nuestras tradiciones y queda necesariamente unido a estas. Al estar las tradiciones en constante transformación en diferentes contextos, la justicia que depende de estas queda imposibilitada de ser exhaustiva.

En el mismo orden de ideas, Gary Minda (1995) en su obra "Postmodern Legal Movements", afirma que el pos-

modernismo se sirve de diversas técnicas como la metáfora, la narrativa, la historia hablada, para descubrir las nuevas ideas dentro de lo local, lo cual podría asimilarse a unos elementos que podrían ser propios de una tradición en los términos de Feldman (1996).

Su legitimidad depende del consenso: Tal como lo afirma Coelho (1997): “La legitimidad de sus normas no radica en su supuesta racionalidad ni en la científicidad del saber que a partir de ella se construye, sino en el consenso de los miembros de las comunidades, que crean sus propias reglas de convivencia y adhieren, de manera más o menos uniforme, la creencia en la necesidad de obedecer tales reglas”. (1997:6). Es decir, que aquella legitimidad que depende del órgano que crea la norma (Estado) y del cumplimiento del procedimiento legal establecido para crearla es dejada de lado, por el contenido material de la legitimidad, referido a la aceptación de los destinatarios de la norma y sobre todo el consenso de los miembros de las comunidades que va a regir.

Privilegia la justicia material sobre la ley: Lo que le importa no es la preservación del texto de la ley, sino el cumplimiento de la justicia en los casos concretos, independientemente que la misma se consiga con la ley o fuera de ella. (Coelho, 1997). Justicia ésta no exhaustiva, y variable (Feldman, 1996), tal como se indicó, por depender de las tradiciones y de los distintos contextos de los cuales surge y al mismo tiempo es impartida.

Sus normas son más ajustadas a la sociedad: Tal como lo indica Teubner (1997), no porque estas provengan del crecimiento del conocimiento social y económico del derecho, sino por la sincronía de las nuevas leyes con las operaciones sociales. En este sentido De Sousa Santos (1994:171) indica características similares a la ley pos-

moderna: “Es una ley **antiaurática**, una ley intersticial, casi coloquial, **la cual repite las relaciones sociales en vez de moldearlas**, y de una manera tal que la distinción entre el conocimiento legal profesional y no profesional, tanto como la discrepancia entre la ley en los textos y la ley en acción deja de tener sentido” (Subrayado nuestro).

Su relación con el derecho oficial es paradójica: Según lo afirma Teubner (1997), los dos derechos el emergente y el oficial actúan en una relación ambigua, se encuentran separados, pero relacionados; son autónomos pero interdependientes, se encuentran superpuestos, etc. De Sousa Santos por su parte habla que los dos derechos se hallan en confluencia pacífica y por su parte Coelho (1997) afirma que el derecho emergente implica que cada grupo social tenga sus propias normas de convivencia, que se impondrían al sistema jurídico estatal en caso de conflicto, es decir, “un derecho contra legem”, lo cual pareciera contradecir la tesis de confluencia pacífica de De Sousa Santos (1994).

Tratando de aclarar los puntos de vista planteados, consideramos válido lo planteado por Teubner (1997) con respecto a la relación contradictoria de los dos órdenes legales, el oficial y el emergente. En efecto, se encuentran por un lado separados y a la vez relacionados, por un lado independientes y a la vez interpenetrados, lo cual pudiere describir el origen y la aplicación del nuevo derecho en relación con el derecho oficial. El derecho emergente surge en una forma ajena al derecho estatal, ya que emerge de las prácticas sociales situadas en un contexto determinado, al margen del poder estatal, lo cual explica la separación entre ambos. Pero su interrelación se comprende a nuestro parecer en la aplicación del nuevo derecho, que entra en contradicción con el derecho estatal en la regula-

ción y resolución de determinados casos concretos y ocurre lo planteado por Coelho (1997) la configuración de “un derecho contralegem”, pero que al mismo tiempo es aceptado por el derecho estatal, ocurriendo entonces lo que afirma De Sousa Santos (1994), la confluencia pacífica de los órdenes legales. Esta confluencia pacífica, esta contradicción de los órdenes legales, desde luego implica la interrelación de las dos formas de derecho.

Los elementos nombrados podrían caracterizar o ser considerados para caracterizar la legalidad posmoderna, claro está, sin pretender ser los mismos exhaustivos, en virtud de que dicha realidad se está construyendo científicamente; sus categorías y conceptualización están en un proceso de configuración.

Ejemplos de relaciones jurídicas extraestatales

En esta parte analizaremos algunos ejemplos de relaciones jurídicas no oficiales, considerando los trabajos de Boaventura de Sousa Santos (1992), que hace una descripción del derecho emergente en varias barriadas de Brasil, concretamente en Recife y de Delgado Ocando (1997b) quien realiza un análisis del trabajo de De Sousa Santos sobre la localidad de Pasargada, que es un análisis sobre el Derecho local de Pasargada.

En dichas localidades se evidencia la existencia de ciertos conflictos, relacionados con la posesión de la tierra, ante la necesidad de los habitantes de las barriadas de poseer vivienda y la existencia de terrenos de propiedad privada o pública, que son ocupados por la gente de bajo recursos necesitada de vivienda (2).

Estos conflictos traen consigo el discurrir de mecanismos, instituciones y argumentaciones tanto estatales como no estatales para resolverlos, confluyendo ambos derechos, privando en algunas ocasiones el derecho estatal y en otras ocasiones el derecho emergente, que es de alguna manera aceptado por las instituciones oficiales, trayendo consigo la resolución de conflictos de diver-

sa manera: unas veces desalojando a los invasores de los terrenos privados, otras veces dándole tregua a los invasores para desalojar el lugar mientras consiguen otro alojamiento, en otras ocasiones otorgándole a los invasores la oportunidad de que el terreno les sea arrendado a un bajo costo, etc.

Del análisis de las obras señaladas se indica a continuación varios elementos que describen dichos conflictos o relaciones jurídicas extraestatales, surgidas en las localidades de Brasil (Recife y Pasargada):

Tal como se indicó y según lo expresado por Delgado Ocando (1997b) se evidencia la coexistencia del Derecho local emergente, con el Derecho oficial del asfalto, por ejemplo, las quejas, elemento del derecho oficial, no se realizan ante alguna autoridad administrativa sino ante organizaciones de los grupos de las localidades responsables de la tramitación para la obtención de vivienda. La solución de los conflictos en muchos casos implica la decisión de las autoridades estatales (jurisdiccionales o administrativas), pero reconociendo en muchos casos los alegatos, estrategias, valoraciones y normativa de los grupos locales, que contradicen expresamente la valoración legal que le da primacía al derecho de propiedad sobre la necesidad de vivienda de la población, y sobre todo en estos casos, en virtud de alegarse a través de un hecho ilegal y en muchos casos delictual: la invasión de propiedad privada.

Existe un derecho emergente emancipatorio: El Derecho del Asfalto llega a reconocer efectivamente el Derecho Social de vivienda de las comunidades invasoras. De Sousa Santos (Citado por Delgado Ocando, 1997b), plantea que el derecho de Pasargada es una alternativa válida para realizar las aspiraciones que el propio Estado declara

legítimas pero que no satisface, moderándose de esta manera la agudización del conflicto.

El derecho emergente que se manifiesta en los conflictos es no profesional, accesible, consensual, promotor de la participación democrática (Delgado Ocando, 1997b).

En efecto, el derecho posmoderno no implica necesariamente la participación de profesionales del derecho, en virtud de la presencia activa de grupos de la sociedad civil que hacen valer sus alegatos en la solución de conflictos ante su contraparte los propietarios, instituciones mediadores como la iglesia e instituciones estatales (tribunales, administración pública). Quizás por eso, por poder discurrir al margen de las instituciones estatales es más accesible. Al mismo tiempo que implica la organización y participación de los grupos locales involucrados (sociedad civil), profundizando de esta manera la participación democrática que implica un desarrollo de la comunidad.

Existe una nueva positividad jurídica (Delgado Ocando, 1997b), en virtud de que las normas consideradas en la resolución de los conflictos son otras a las establecidas o reconocidas por el Estado, persiguiendo aquellas el desarrollo y el bien de la comunidad y no el mero control de la sociedad que son el objetivo de las normas derivadas del Estado.

El nuevo derecho que regula los conflictos urbanos, como lo prevé Delgado Ocando (1997b), surge de la ubicuidad y microfísica de la política, es decir, la política está en todas partes, aun en los espacios microsociales, donde se evidencia a través de luchas sociales, de conflictos sociales que son politizados en un primer momento, con elementos como la movilización, la participación de ciertos actores, etc, para luego ser legalizados, es decir, para resolverlos con alegatos o normas donde priva la consensualidad sobre la razón legal. Tal como lo indica De Sousa

Santos: "...el desarrollo de los conflictos se caracteriza por la resistencia pacífica activa y por la movilización política del derecho. Cualquiera de estas estrategias presupone la organización de los ocupantes/moradores lo que, como se sabe, es en general difícil" (1992:109).

Existe la presencia de instituciones no oficiales en la resolución de conflictos, como la Iglesia a través de su Comisión de Justicia de Paz (CJP), muy activa en la resolución de las luchas urbanas de Recife, la cual funge como asesora y hasta intercesora de los grupos invasores y en ocasiones hasta de representantes de estos y como intermediaria las partes en conflicto y los órganos jurisdiccionales para la solución de la controversia. Esta actividad de la iglesia al lado de las clases populares en Recife es verdaderamente intensa y sistemática y abarca gran cantidad de sacerdotes y laicos que organizan y movilizan los habitantes de las comunidades humildes de Recife.

Se observa la presencia de otras figuras o instituciones no estatales además de la iglesia, en la resolución de los conflictos urbanos, como la Asamblea de Moradores, la Comisión de habitantes, las personalidades involucradas en la resolución de conflictos como mediadores o intercesores de las clases populares, como el párroco de la localidad Monseñor Helder Cámara y el Premio Nobel de la Paz en 1980, Pérez Esquivel, según lo descrito por De Sousa Santos (1992).

La conformidad de la decisión del Estado con los intereses de los grupos invasores es directamente proporcional al nivel de organización y movilización de éstas (De Sousa Santos, 1992). Al mismo tiempo dicha satisfacción de las aspiraciones de las clases populares depende según el mismo autor de la estructura de la propiedad privada, es decir, del costo del terreno en conflicto y del propietario

del mismo. Se observaba que si el terreno era costoso y de propiedad de una compañía transnacional, prevalecía el derecho de propiedad; pero si el terreno no era costoso y era de propiedad privada nacional o pertenecía al Estado, podría ser reconocido de alguna manera el derecho social de habitación de los invasores sobre el derecho de propiedad de los dueños del terreno.

Muchos de los conflictos urbanos tienen dos caracteres importantes según De Sousa Santos (1992): ocurren continuamente y presentan diferencias marcadas en el poder social o económico de las partes, ya que ocurren entre propietarios e invasores, entre comerciantes y consumidores, etc. Quizás por “la falta de acceso a las partes”(3).

que deben ser protegidas según el ordenamiento jurídico, siendo ésta quizás una de los factores que influyen en la incapacidad de emancipar del derecho legislado a que alude De Sousa Santos (1994).

Elementos como la confluencia derecho oficial-derecho emergente, la posibilidad de emancipación, el ámbito micro-social, las características de los grupos intervinientes, etc; caracterizan los conflictos urbanos locales de Recife y Pasargada y las relaciones jurídicas que discurren alrededor, lo cual coincide claramente con los caracteres del derecho posmoderno esbozados anteriormente, desprendiéndose la validez descriptiva de la tesis posmoderna del derecho.

Ya con una idea de las características del nuevo derecho emergente y de ejemplos de este derecho en el ámbito de algunas localidades de Brasil, entraremos a dar referencias sobre algunos casos concretos de este tipo de relaciones jurídicas en la realidad social venezolana.

A manera de conclusión

A pesar que las tesis jurídica posmoderna se encuentra en construcción, consideramos inobjectables la existencia del derecho

emergente, al margen del Estado y en confluencia con este, que impacta fuertemente a las categorías y figuras de la teoría del derecho moderno, situación puesta de manifiesto en las categorías apenas construidas de la concepción posmoderna: minimalismo jurídico, microrrevoluciones, pérdida del monopolio del Estado de la legalidad, contextualización y consensualismo del derecho, etc. Esto a nuestro modo de ver es inobjetable, lo cual no queda demeritado por las críticas modernas, que asimilan la descripción posmoderna a una especie de discusión jusnaturalismo vs. Positivismo, que puede según ellos ser dirimida perfectamente dentro de la teoría jurídica moderna ni por otras críticas que van en el sentido de asimilar el derecho emergente a las otras fuentes del derecho distintas a la ley (Fuentes no objetivadas según la clasificación de Ross, 1977), contempladas por la concepción moderna.

El derecho emergente es más que todo eso, implica trivializar el Estado y la ley, en base a un derecho contextual (variable en tiempo y espacio, en virtud de los criterios microsociales que los sustentan), consensual, desechable, etc; cuestión no planteada obviamente por los positivistas, ni aun por los jusnaturalistas. Al mismo tiempo frente al derecho emergente no existe un reconocimiento expreso del Estado, como es el realizado por éste al aceptar en virtud de la ley a otras fuentes del derecho (costumbre, equidad, principios generales del derecho, etc). Lo que opera es una confluencia pacífica, una aceptación tácita por parte del Estado, a estas nuevas formas de derecho, que se evidencia sobre todo en la resolución de los conflictos de las luchas urbanas en Recife, donde el Estado a través de los órganos jurisdiccionales acepta los alegatos o valoraciones contextuales, extralegales de los grupos en conflicto y hasta decide conforme a estos o simplemente no actúa o es inerte frente a estos, lo cual es una situación práctica producto del discurrir de la intersticialidad de esta nueva forma de derecho que se origina en las prácticas sociales del ámbito local y se internan como anticuerpos que circulan sin resistencia aparente, en el sistema sanguíneo del Derecho estatal.

Todo lo cual deja constancia de la presencia de formas nuevas de derecho emanadas de distintos ámbitos (contextual) que implican la configuración de un nuevo derecho, que deja de un lado los elementos de positividad y vigencia del derecho estatal para conforme al juicio de Delgado Ocando, privilegiar los distintos ámbitos (familia, mercado, trabajo, etc) y sus prácticas sociales que son factores esenciales de su configuración.

Por otra parte, pensamos que la tradición de cultura debe tomarse en cuenta a la hora de analizar otros caracteres que puedan configurar la noción de las prácticas jurídicas posmodernas. La tradición de cultura en el sentido de Ross (1977), que la define como un conjunto de valoraciones que se practican a nivel de la comunidad, que permiten establecer sus criterios o concepciones acerca de lo que son las diversas expresiones del grupo social y que tienen en algún modo interés o aparecen vinculadas, con los aspectos jurídicos que regulan al comportamiento de la sociedad y su carácter de mutabilidad en el sentido del mismo Ross (1963) y sobre todo en el sentido de Pineda, el cual "...está referido a la consideración temporal y espacial, es decir, que sus cambios estarán determinados por el tiempo y lugar en que pueda ubicarse una tradición de cultura determinada, perteneciente a una sociedad particularizada" (Pineda, 1974:114).

Se observa una aparente coincidencia entre Pineda y por otro lado Feldman (1996), cuando este último habla de la importancia de las tradiciones de la localidad para configurar la justicia de este nuevo derecho emergente, cuestión que Pineda pareciera reconocer cuando indica arriba que la tradición de cultura deriva de una sociedad particularizada. ¿Asimilaríamos entonces el derecho emergente a la tradición de cultura en el sentido de Pineda y Ross?, planteamos la inquietud y le tocará a los filósofos del derecho contribuir a responderla, sólo nos parece pertinente señalar que aun así se demuestre tal coincidencia, la misma no demerita en modo alguno las categorías ya surgidas de la tesis jurídica posmoderna, ya que esto, por el contrario, sólo redundaría en una afi-

nación de la caracterización y conceptualización del nuevo derecho, el cual sería de todas maneras emergente por darle énfasis a esta fuente del derecho, que sería más que fuente el propio derecho, el derecho posmoderno, manteniéndose a todas luces la trivialización de la ley y el Estado, y evidenciando de todas maneras la existencia de relaciones jurídicas al margen del Estado y con vida propia a pesar de la falta de reconocimiento legal expreso de estas relaciones y de las valoraciones surgidas de las prácticas sociales contextuales, al margen del Estado.

Para finalizar, opinamos que ante este panorama de generación y desarrollo de nuevas relaciones jurídicas, se hace necesario el actuar de una filosofía del derecho con una actitud axiológica descriptiva, que de cuenta de los valores presentes en estas nuevas prácticas sociales, en virtud de que las mismas reflejan la realización efectiva de las aspiraciones de los actores en los distintos ámbitos donde se desenvuelven las prácticas sociales, que son en muchos casos la realización de aspiraciones que el derecho estatal declara legítimas (Delgado Ocando, 1997b) pero que no son efectivamente materializadas, siendo entonces materializadas por el nuevo derecho a través de acciones emancipatorias. Implica entonces advertir en estas prácticas, sin cuestionar, la presencia de un valor según De Sousa Santos (1994), que es social y emancipador radicado en el nuevo derecho configurado, que trivializa la ley y consagra (realiza efectivamente) los derechos.

Notas

- 1) Para mayor información de las distintas escalas donde se desarrolla el nuevo derecho emergente, se sugiere la consulta de De Sousa Santos (1992).
- 2) Para mayor abundamiento sobre los conflictos ocurridos en las barriadas de varias localidades de Brasil, se sugiere la consulta de De Sousa Santos (1992) Págs.: 97-119, en donde se describen tres conflictos urbanos: Caso de la Villa de los Niños, el caso del Skylab y el caso de la Villa Campesina, así mismo se

sugiere consultar Delgado Ocando (1997b), un análisis sobre el Derecho emergente de la comunidad brasileña de Pasargada, descrito por De Sousa Santos.

- 3) Es lo que denomina Sabatier y Mazmanian (1993): Falta de acceso de actores externos, es decir, la deficiencia en el proceso de implementación de la ley, que implica la imposibilidad de acceso a los procedimientos para proteger el derecho consagrado en la ley a los grupos beneficiarios como el trabajador en la ley del trabajo, el consumidor en la ley de protección al consumidor, etc.

Lista de Referencias

- Carrión Wam, Roque. "Especificidad de la Razón Práctica Jurídica: ¿Es posible un derecho postmoderno?" En: **Frónesis**. Número Especial, dedicado al Seminario sobre la Crisis del Pensamiento Jurídico Moderno y las Manifestaciones Posmodernas de su Reconstrucción. Instituto de Filosofía del Derecho "Dr. José Manuel Delgado Ocando", Universidad del Zulia. Junio de 1996.
- Coelho, Luis Fernando. "La Teoría Crítica del Derecho en la Postmodernidad". (Mimeografiado). Ponencia presentada en el XVIIIo Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social. Buenos Aires y La Plata, Argentina, del 10 al 15 de agosto de 1997.
- De Sousa Santos, Boaventura. "Hacia un entendimiento postmoderno del Derecho". En: **Frónesis**, No. 2, año 1, 1994. Instituto de Filosofía del Derecho "Dr. José Manuel Delgado Ocando". Universidad del Zulia.
- - - - **Estado, Derecho y Luchas Sociales**. Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Alternativos (ILSA). 1992. 242 p.
- Delgado Ocando, José Manuel (1997a) *Lectura Semiótica de la Egoología*. (Mimeografiado). 9p.
- - - - (1997b). "Hacia una Concepción posmoderna del Derecho". Ponencia presentada en el Encuentro Nacional de Profesores de Filosofía del Derecho en honor al Dr. José Manuel Delgado Ocando. Univer-

sidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Octubre de 1997.

---- (1997c) *Estética del Derecho*. (Mimeografiado). 2p.

Feldman, Stephen. "The politics of Postmodern Jurisprudence". En: *Michigan Law Review*, Vol. 95, No. 1. The Michigan Law Review Association 1996.

Hernández Tosca. "Lo Etico y lo Jurídico Normativo en la práctica científica-tecnológica posmoderna". En: **Frónesis** Vol. 4 No. 1 abril de 1997. Instituto de Filosofía del Derecho "Dr. José Manuel Delgado Ocando", Universidad del Zulia.

Minda, Gary. **Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence al Century's End**. New York University. 1995. 350 p.

Péztold Pernía, Hermann. "De la Modernidad a la Postmodernidad: ¿Ruptura o continuidad? Racionalidad Vs. Razonabilidad en el derecho positivo y su interpretación. En: **Frónesis**. Número Especial, dedicado al Seminario sobre la Crisis del Pensamiento Jurídico Moderno y las Manifestaciones Posmodernas de su Reconstrucción. Instituto de Filosofía del Derecho "Dr. José Manuel Delgado Ocando", Universidad del Zulia. Junio de 1996.

Pineda, Mario. **Introducción al Derecho**. Vol. II: Las Fuentes del Derecho y otros temas. Facultad de Derecho de la Universidad del Zulia. 1974.

Ross, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Cuarta Edición, Abril de 1977. 375 p.

Sabatier, Paul y Daniel, Mazmanian. **La Implementación de la Política Pública: un marco de análisis**. En: *La Implementación de las Políticas (Compendio)*. Coordinado por Luis Aguilar Villanueva. México, Miguel Angel Porrúa Grupo Editorial, 1993. 470 p.

Teubner, Gunther. "The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism". En: **Law and Power**. MM. Edit. 1997.