

## LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO, UNA PERSPECTIVA FENOMENOLÓGICA

### CONSTRUCTION OF LAW, A PHENOMENOLOGICAL



Jaime Hernández Ortiz<sup>1</sup>

---

**Sumario:** Introducción, I.- Alfred Schutz, ¿hacia una fenomenológica del derecho? a) El ámbito de la vida cotidiana, b) La cuestión del derecho; II.- La construcción social del conocimiento; a) Berger y Luckmann, b) La construcción social del derecho. III.- El interaccionismo simbólico; a) Blumer, Goffman; b) Escenarios y rituales en el ámbito jurídico. IV.- Postestructuralismo, la reproducción de la cultura jurídica. Pierre Bourdieu VI.- Etnometodología. a) Tres aportes: el actor social, la situación y la observación participante. VII.-Derecho y posmodernidad. a) ¿Existe en realidad el posmodernismo? ¿Cuándo entramos y salimos de él?, b) La justicia, la legalidad y los derechos humanos en la modernidad/posmodernidad VIII.- Conclusiones. Fecha de recepción: 20 de Julio de 2011 /Fecha de aceptación: 10 de Agosto de 2011.

---

---

<sup>1</sup> Doctor en Ciencias Sociales por el Colegio de Jalisco. Maestro en Derecho por la Universidad de Guadalajara. Profesor Titular en la División de Estudios Jurídicos del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades. [jhdez@cencar.udg.mx](mailto:jhdez@cencar.udg.mx)

## Resumen

Los enfoques fenomenológicos pueden ayudar a comprender cómo surge el derecho contemporáneo; principalmente a través de las interacciones sociales. También ayudan a explicar cómo aparecen las instituciones del derecho, las instituciones de justicia o bien las instituciones gubernamentales.

Es decir, explica cómo a través de los elementos intersubjetivos del sujeto, aprende sus derechos. Lo puede desprender una metodología para conocer los elementos subyacentes en la comprensión de los problemas jurídicos, por su distinta significatividad.

Sólo entonces es posible saber cómo la noción de "derecho" ha llegado a darse por establecida en unas sociedades y en otras no; cómo algunas sociedades conservan ese derecho; y lo que es más interesante, cómo algunas de estas sociedades conservan su realidad pero pueden desaparecer para un individuo o para una colectividad entera.

Existen propuestas y concepciones teóricas desde esta perspectiva, y diversos autores como Schutz, Blumer, Goffman, que ofrecen metodologías de interpretación desde la vida cotidiana. Y en este contexto es importante conocer como se da la reproducción del derecho dominante y cómo, desde esos y otros autores clásicos del pensamiento sociológico, como Berger y Luckmann, se ha influido en el desarrollo de nuevas concepciones acerca del derecho como una disciplina en relación con *lo social*

Al parecer, el derecho es una disciplina social poco identificada en el desarrollo de *lo social*, y se inserta ahora, sin claridad y sin defensa dentro del vertiginoso y arrollador cambio de las teorías de la posmodernidad.

## Abstract

Phenomenological approaches may help us understand how contemporary law arises, primarily through social interactions. They also help explain how law institutions appear, justice institutions or government institutions.

That is, explains how, through the intersubjective elements of the subject, learn their rights. It may shed a methodology to understand the underlying elements in understanding the legal issues and by their different significance.

Only then is it possible to know how the notion of "right" has come to give established in societies and not others, how some companies retain the right, and what is more interesting, how some of these companies can retain their reality but disappear for an individual or a collective whole.

There are theoretical proposals and ideas from this perspective, several authors such as Schutz, Blumer, Goffman, offering methods of interpretation from everyday life. In this context it is important to know how it turns out playing the dominant right

and how, from these and other classics of sociological thought, as Berger and Luckmann, has influenced the development of new conceptions of law as a discipline in relation with social.

Apparently, the law is a little social discipline identified in the development of the social and inserted now, unclear and defenseless in the rapid and sweeping change in the theories of postmodernism.

**Palabras Clave:**

Derecho, fenomenológica del derecho, metodología.

**Key Words:**

Right., a phenomenological law, methodology.

**Introducción:**

En este documento me propongo reunir algunas reflexiones sobre la fenomenología, el interaccionismo simbólico, la etnometodología y la sociología de la praxis, de algunos de sus autores más significativos, en relación con algunos aspectos que pueden ser aplicables al ámbito del derecho.

Por otra parte, sin tratar de dar respuesta a interrogantes que se plantean en la dimensión de los derechos humanos, trataré de señalar algunos breves aportes que esas corrientes sociológicas podrían hacer.

En ese sentido, creo que existen algunas propuestas y concepciones teóricas, particularmente en torno a la reproducción del derecho dominante, la conducta criminal, los rituales en el derecho, (particularmente de los abogados); y la observación participante, como método de estudio de actores y grupos civiles, por ejemplo.

Hoy por hoy el redescubrimiento de los presupuestos implícitos sobre las que se levanta el mundo de la vida cotidiana ofrece nuevas luces al desvelamiento de las estructuras y posiciones sociopolíticas como las teorías de los derechos humanos, que se reeditan de tiempo en tiempo y que hoy tienen un despliegue fundamental.

De ahí entonces la búsqueda de lo que está detrás de la “realidad cotidiana” constituye una de las premisas de la investigación en las ciencias sociales, principalmente para el desarrollo de nuevos enfoques “desde abajo y hacia arriba”.

En un último aspecto trataré de hacer algunas consideraciones acerca de la modernidad y el llamado postmodernismo y su impacto en el campo del derecho.

Por ello, en este trabajo pretendo abordar cómo desde diversos autores clásicos y corrientes del siglo XX, han influido en el desarrollo de nuevas concepciones acerca del derecho como una disciplina en relación con los derechos humanos y los valores y conceptos sociales implícitos.

## I. Alfred Schutz, ¿hacia una fenomenológica del derecho?

Alfred Schutz inauguró una perspectiva distinta de ver las ciencias sociales ya que sostenía que es posible comprender a todos los seres humanos. Schutz reforzó una vertiente interpretativa iniciada por Husserl, al que conoció por un breve periodo; y al mismo tiempo impulsó una nueva corriente sociológica fincada en el estudio de la vida cotidiana y el mundo de vida, que “es la región que el hombre puede modificar e intervenir partiendo de la actitud natural y por consiguiente la realidad fundamental y eminente del hombre”.<sup>2</sup>

Schutz propone el estudio de los procedimientos de interpretación que empleamos cada día de nuestra vida para dar sentido a nuestras acciones y la de los demás. Por ello, sin pecar de falsa modestia señala que “intenta superar” a Weber. Para Schutz, la sociología comprensiva de Weber no revisa ni le da demasiada importancia a la vida cotidiana ya que no resuelve el problema de las significaciones y no explica de dónde sale el *sentido*. Precisamente uno de sus desacuerdos con Weber, del que por cierto no se despeja demasiado.

Para Schutz -señalan Berger y Luckmann-, Weber no aclaró qué es la “*verstehen*”, o sea el explicar, ya que el comprender es lo opuesto.<sup>3</sup> Hecho en el que coincide Giddens, pues por un tiempo a este término no se le dio la verdadera importancia, al que incluso se le consideró como un fenómeno “psicológico” no obstante que formaba parte constitutivo de todas las cuestiones relativas a la interpretación del significado.<sup>4</sup>

Schutz, sin embargo, recurre a la noción de acción social y por lo tanto inaugura un individualismo sociológico fincado en una especie de *microsociología*, partiendo de la vida cotidiana y la categoría *mundo de vida*. Schutz coincide así con Weber, en el sentido de que es posible elaborar una ciencia libre de valores como garantía de cientificidad, el uso de tipos ideales como herramientas y el uso de conceptos sustantivos en la interpretación de los fenómenos sociales como el concepto de la acción social. Para Schutz el concepto de acción social es el arquetipo de la acción racional y explica la relación social y la vida social misma: “El mundo de vida, entendido en su totalidad, como mundo natural y social, es el escenario y lo que pone límites a mi acción y a nuestra acción recíproca”<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Schutz, Alfred, *Las estructuras del mundo de la vida*, Amorrortu editores, Buenos Aires, 1973, p. 23

<sup>3</sup> *Ibíd.*, p. 23

<sup>4</sup> Giddens, Anthony, y Turner, Jonathan, *La teoría social hoy*, Alianza Editorial, CONACULTA, México, 1990, pp. 11 y 13

<sup>5</sup> Alfred Schutz, “El mundo de la vida cotidiana y la actitud natural” en *Las estructuras del mundo de la vida*, Amorrortu editores, Buenos Aires, 1973, p.27

Más adelante señala: "El mundo de la vida es, ante todo, el ámbito de la práctica de la acción".<sup>6</sup> En este sentido, sus aportes, con categorías similares, pero con instrumental procedimental muy parecido a la fenomenología y la sociología comprensiva weberiana se desprenden algunas corrientes como la etnometodología de Garfinkel y la dramaturgia social de Goffman, entre otros.

Por otra parte, Schutz defiende apasionadamente la fenomenología, el estudio de fenómenos o apariencias, de lo que aparece en la conciencia como tal y que adquiere una dimensión total y de credibilidad científica:

La fenomenología se presenta como una filosofía del hombre en su mundo vital, capaz de explicar el sentido de este mundo vital de una manera rigurosamente científica. Su objeto es la demostración y explicación de las actividades de conciencia, de la subjetividad trascendental dentro de la cual se constituye este mundo de la vida. Puesto que la fenomenología trascendental no acepta nada como evidente por sí mismo, sino que trata de llevar todo a este grado de evidencia, escapa a todo positivismo ingenuo y puede aspirar a ser la verdadera ciencia del espíritu genuinamente racional, en la acepción correcta de este término.<sup>7</sup>

Schutz se pregunta: ¿cómo se dan nuestras experiencias en el mundo? Y para responder señala que la percepción del sujeto produce la evidencia primera.; en este sentido la relación del sujeto con el mundo es un diálogo instaurador de *sentido*. Ya que si bien el hombre se manifiesta mediante la intencionalidad, hay por lo tanto una corriente interna de conciencia (*Durée*), que es el lugar de producción del *significado*.

Para Schutz todos los seres humanos estamos dotados de capacidad para dar sentido a las cosas que hacemos, están dados de manera automática y natural a todos los sujetos y están presentes en todas las situaciones. En todos existe la *epojé* que consiste en una actitud natural, (de la que se diferencia la *epojé* fenomenológica, que consiste en desarrollar de la reducción fenomenológica), y por lo tanto se tiene la certeza de que el mundo seguirá estando ahí, y lo que hice antes, "puedo volver a hacerlo", "así sucesivamente"; de manera que el sujeto pretende la recuperación de la primera mirada y descubrir la actividad que constituye la subjetividad".

Se confía por lo menos que el mundo persistirá y el conocimiento obtenido de mis semejantes seguirá conservando su validez fundamental.

De esta manera es constante el significado, aunque las cosas no lo tengan, es decir, no las tienen por sí mismas. Por lo mismo, no estamos preguntándonos sin problemas. De ahí la *epojé* fenomenológica – empezar a dudar, poner entre paréntesis- que es el método de recuperación fenomenológica.

---

<sup>6</sup> *Ibíd.*,

<sup>7</sup> Schutz, Alfred, "La fenomenología y las ciencias sociales" en *El problema de la realidad social*, Amorrortu editores, Buenos Aires, 1974, pp. 129

Por lo tanto el significado “no es una cualidad inherente a ciertas experiencias que surgen dentro de nuestro flujo de conciencia, sino del resultado de una interpretación de una experiencia pasada contemplada desde ahora con una actitud reflexiva.”<sup>8</sup>

#### **a) El ámbito de la vida cotidiana**

El mundo social de Schutz es el de la vida cotidiana, vivida por las personas que no tienen a priori un interés teórico para la constitución del mundo. Este mundo social es un mundo *intersubjetivo*, un mundo de rutinas en el que los actos de la vida cotidiana son realizados en su mayoría, maquinalmente.

Para Schutz la realidad social es la suma total de los objetos y conocimientos del mundo cultural y social vivido por la mentalidad del sentido común de los hombres que viven juntos numerosas relaciones de interacción:

Es presupuesto, se está en actitud natural, lo gobierna un sentido pragmático, es ínter subjetivo. Los sujetos poseen un acervo de conocimientos, tipificaciones y se está en actitud de alerta, perspectiva temporal estándar. El propio cuerpo es el origen de sus coordenadas y el ahora ordena el tiempo.<sup>9</sup>

La adquisición y el aprendizaje es, de esta forma, una “sedimentación de experiencias actuales en estructuras de sentido, de acuerdo con su significatividad y tipicidad”. Este proceso ocurre en la *dureé* y en el tiempo subjetivo, la traducción de vivencias en experiencia conforma un contexto homogénea de sentido. La significatividad por tanto, sistematiza la explicación del significado. De cualquier forma de incorporación de elementos subjetivos del acervo social es lenta y a través de objetivaciones (corporización de procesos subjetivos en hecho u objetos cotidianos).

De igual forma se desarrolla un acervo de conocimiento, que es un stock de conocimientos que permiten captar interpretar y resolver las situaciones que se presumen en el mundo de vida. Las situaciones pueden ser rutinarias o problemáticas, su desarrollo, estas una vez resueltas, se convierten en rutinarias. Pero sin dejar de considerar que de todos modos, existe una amplia zona de conocimientos “negativo” y de “opacidad” del mundo de la vida.<sup>10</sup>

Por otra parte, para Schutz el conocimiento especializado es propio de sociedades complejas y se distribuye según los roles sociales. Por lo tanto, el conocimiento es factor de poder y los expertos aglutinan gran parte de él.

#### **b) La cuestión del derecho.**

---

<sup>8</sup> Schutz, "El mundo de la vida..." Op. Cit., p.28

<sup>9</sup> Schutz , Alfred, *La construcción significativa del mundo social*, Paidós editores, España, 1993, p. 16

<sup>10</sup> *Ibíd.*, p. 59



Schutz presupone que el derecho forma parte de las ciencias culturales y sociales: “todas las ciencias se refieran a objetos de la naturaleza o de los llamados fenómenos culturales, son una totalidad de actividades humanas”.<sup>11</sup>

En el mundo de la vida cotidiana a todos nos interesa poder orientarnos en nuestra acción de modo ordinario.

De esta forma las explicaciones sedimentarias en mi acervo de conocimiento tienen el carácter de directivas para la acción: “si las cosas son de tal y cual manera, actuaré de tal o cual manera”<sup>12</sup> Por lo tanto, buscaremos día a día, aprender las *normas* y pautas de conducta que se requieren día a día, y de las formas distintas para adaptarnos a la vida cotidiana; de ahí entonces el convencionalismo de las normas de conducta y las *costumbres* que se pueden hacer rutinarias y que son *fuentes* del derecho.

Las costumbres obedecen al sentido común. “El mundo de la vida cotidiana es, por lo tanto fundamentalmente *intersubjetivo*”: es un mundo social.<sup>13</sup>

Las costumbres las aprendemos de otros: “En efecto, así como el cuerpo del otro es representado por el otro como su otro, y así sucesivamente. Lo mismo es válido para todos los sujetos, es decir, para esta comunidad abierta de mónadas que Husserl ha denominado la intersubjetividad trascendental.”<sup>14</sup> Así desde el comienzo “mi mundo cotidiano no es mi mundo privado, sino mas bien un mundo ínter subjetivo”.<sup>15</sup>

De esta forma la relación entre acervo subjetivo y acervo social es reciproca, no hay forma de constituirse uno sin el otro. Como cada quien puede atribuir a las normas determinadas formas significación; por tanto, la estructura del acervo consiste pues, en un contexto de sentido determinado por las significatividad del momento. Las reglas sociales podrán tener validez por el momento y por lo tanto, “comprobamos que muchos elementos del mundo de vida son modificables por mi acción. Me encuentro en una situación espaciotemporal y social”.<sup>16</sup>

Por ello hay que preguntarse con Schutz si el derecho, que esta basado en gran medida por las apariencias y las primeras intenciones, puede desarrollarse desde un análisis fenomenológico. Es decir, cómo a través de los elementos intersubjetivos del sujeto, de cómo aprende sus derechos, se podría desprender una metodología para conocer los elementos subyacentes en la solución de los problemas sociales. Schutz lo cree posible:

---

<sup>11</sup> Schutz, "La fenomenología..." *Op. Cit.*, p. 127

<sup>12</sup> Schutz, "El mundo de la vida..." *Op. Cit.*, p. 35

<sup>13</sup> *Ibid*, p. 37

<sup>14</sup> Schutz, "La fenomenología..." *Op. Cit.*, 133

<sup>15</sup> Schutz, "El mundo de la vida..." *Op. Cit.*, 25

<sup>16</sup> Schutz, *Las estructuras...* *Op. Cit* p. 8

Si en verdad el método fenomenológico puede probar su legítimo derecho a fundamentar las ciencias culturales, y si de este modo logra llevar a la luz un estilo de pensamiento específico de estas ciencias mediante un análisis de las actividades constitutivas de la subjetividad trascendental, ¿contribuiría de algún modo esa prueba a la solución de los problemas metodológicos de las ciencias concretas de los fenómenos culturales (el derecho, el mundo económico y social, el arte, la historia, etc.), ya que todas estas ciencias están relacionadas con esa esfera mundana que la fenomenología trascendental ha puesto entre paréntesis? <sup>17</sup>

En este sentido creo, hay evidentemente disciplinas en el derecho como la criminalística y la criminología donde los elementos empíricos, son determinantes para la búsqueda de teorías de la conducta violenta y antisocial.

Sin embargo, fuera de estos campos, el derecho se despega casi de todo elemento particular, pues aún lo casuístico, sigue siendo general.

## II La construcción social del conocimiento

### a) Berger y Luckmann.

Berger y Luckmann con su ya clásico e insuperable libro *La Construcción social de la realidad*, inauguran una poderosa reflexión en torno a la construcción de las ciencias sociales. Su propuesta es muy sencilla pero demoledora: “la realidad se construye socialmente y la sociología del conocimiento debe analizar los procesos por los cuales se produce”.<sup>18</sup> Nada más nada menos.

Y luego, sin polemizar, ni prestarse a debates señalan que:

Bastará definir la “realidad” como “una cualidad propia de los fenómenos que reconocemos como independientes de nuestra propia volición) (no podemos hacerlos “desaparecer”, y definir el “conocimiento”: como la certidumbre de que los fenómenos son reales y de que poseen características específicas.”<sup>19</sup>

Aquí con esta definición reconocen la tesis fenomenológica fundamental de de Husserl y de Schutz, “no hay ninguna duda de que el mundo existe”.<sup>20</sup>

De esta manera la sociología se posiciona en un ángulo no antes visto, en el del *conocimiento*. De tal forma que no son ya los objetos sociales en sí, como tales, el propósito de la sociología, sino los procesos de construcción de los objetos y de cómo conocemos y los definimos, el nuevo objeto de esta ciencia.

---

<sup>17</sup> Alfred, "La fenomenología..." Op. Cit., p. 130

<sup>18</sup> Berger, Peter y Luckmann, Thomas, *La construcción social de la realidad*, Amorrortu Editores, Argentina, 2003, p. 11

<sup>19</sup> Ibidem

<sup>20</sup> Schutz, "La fenomenología...", Op. Cit., p. 129



Es decir, los procesos de los cuales se reproduce el objeto social. Berger y Luckmann sostienen que las ciencias sociales, al igual como lo sostiene Schutz, del cual se consideran deudores, es la *comprensión* de los seres humanos. Y para ello necesitamos un fundamento, que es el conocimiento en la vida cotidiana:

El mundo de la vida cotidiana no solo se da por establecido como realidad en el comportamiento subjetivamente significativo de sus vidas. Es un mundo que se origina en sus pensamientos y acciones. Es un mundo que se origina en sus pensamientos y acciones, y que está sustentado como real por estos.<sup>21</sup>

Berger y Luckmann afirman que el método que consideran más conveniente para clarificar los fundamentos del conocimiento de la vida cotidiana es el del análisis fenomenológico, método puramente descriptivo y, como tal, “empírico”, pero no “científico”, que así consideramos la naturaleza de las ciencias empíricas<sup>22</sup> Dice que la atención a este mundo está condicionado por lo que uno hace: “la conciencia siempre es intencional, siempre apunta o se dirige a objetos”<sup>23</sup>

Un análisis fenomenológico detallado revelaría las diversas capas de experiencia y las distintas estructuras de significado que intervienen:

Aprendo la realidad de la vida cotidiana como una realidad ordenada. La realidad de la vida se presenta ya objetivada, o sea, constituida por un orden de objeto que han sido designados *como* objetos antes de que apareciesen en escena... el lenguaje usado en la vida cotidiana me proporciona continuamente las objetivaciones indispensables y dispone el orden dentro del cual estas adquieren sentido y dentro del cual la vida cotidiana tiene significado para mi.<sup>24</sup>

El lenguaje, a diferencia de Schutz, tendrá entonces un peso más fuerte ya que este marca las coordenadas de la en la sociedad y “llena esa vida de objetos significativos”<sup>25</sup>. Se expresa en canales en los que la externalización produce un mundo objetivo; objetiviza este mundo a través del lenguaje”.<sup>26</sup>

En ese sentido el conocimiento tiene un papel preponderante como nuevo objeto social, ya que las sociedades determinan la presencia pero no la naturaleza de las ideas. En otras palabras, el mundo se origina en los pensamientos y acciones de los hombres y que está sustentado como real por estos. Así de simple y de contundente.

## **b) La construcción del derecho**

---

<sup>21</sup> Berger y Luckmann, *La construcción... Op. Cit.* p. 35

<sup>22</sup> Berger, Peter y Luckmann, Thomas, *La construcción social de la realidad*, Amorrortu Editores, Argentina, 2003, p. 36

<sup>23</sup> *Ibíd.*

<sup>24</sup> *Ibíd.*, p. 37

<sup>25</sup> *Ibíd.*, p. 35

<sup>26</sup> *Ibíd.*, p. 87

Por ello entonces cabe preguntarnos, como lo hacen Berger y Luckmann: ¿cómo es posible que los significados subjetivos se vuelven factibilidades objetivas?, Y así, ¿cómo se da el orden legal, si la realidad está ordenada y se si está constituida el orden como realidad subjetiva?

Esto puede explicar entonces cómo aparecen las instituciones del derecho, las instituciones de justicia o bien las instituciones gubernamentales.

Para nuestros autores la institucionalización aparece cada que se da una tipificación recíproca de acciones habitualizadas por tipos de actores. Dicho de otra forma, toda tipificación de esa clase es una institución que además “implican historicidad”<sup>27</sup>

Un mundo institucionalizado se experimenta como realidad objetiva y tiene una historia que antecede al nacimiento del individuo.

Las institucionalizaciones aparecen entonces como si poseyeran una realidad propia, que se presenta al individuo como un hecho externo y coercitivo<sup>28</sup>. Invocan y deben invocar una autoridad sobre el individuo con independencia de los significados subjetivos.

Por otra parte, vemos también la aparición de funcionarios, de aquellos que hacen operar las instituciones, que en este caso son los juristas o abogados, que tienen un rol y que sirven de nexo institucional, donde “el rol mismo, es un nexo institucional”<sup>29</sup>

El análisis de los roles tiene particular importancia para la sociología del conocimiento porque revela las mediaciones entre los universos macroscópicos de significado que están objetivados en una sociedad y las maneras que estos universos cobran realidad subjetiva para los individuos.<sup>30</sup>

Por ello, en el ámbito jurídico se da por sentado que el derecho, tal como lo conocemos y pensamos, es el resultado de las intencionalidades de la acción y lo mejor de la “buena voluntad” de los hombres del pasado, que aparentemente nos han legado un orden legal cada vez más “armonioso y positivo”, del que no puede dudarse supuestamente que esta hecho para nuestro bien y nuestro beneficio y que se perfecciona cada día.

Es más, sin leyes, sin instituciones, pensaríamos que estamos condenados al fracaso social; por eso se ha llegado a pensar que:

**En el plano del significado el orden institucional representa una defensa contra el terror... Si bien el horror a la soledad ya existe como algo que**

---

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 74

<sup>28</sup> *Ibid.*, p... 38

<sup>29</sup> *Ibid.*, p.97

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 111

probablemente se da en la sociabilidad propia de la contribución del hombre, se manifiesta en el plano del significado en las incapacidades de este al llevar una existencia significativa aislado de las construcciones nómicas de la sociedad.<sup>31</sup>

Para Berger el problema de ciertas categorías no son para que las responda el sociólogo, sino el filósofo, y por lo tanto, sucede lo mismo con el jurista. El filósofo del derecho y concretamente el sociólogo del derecho lo que sí se puede hacer es indagar cómo la noción de “derecho” ha llegado a darse por establecida en unas sociedades y en otras no, cómo en algunas sociedades conservan esa realidad y, lo que es más interesante, cómo algunas de estas sociedades conservan su realidad pero pueden desaparecer para un individuo o para una colectividad entera<sup>32</sup>.

Los aportes de Berger y Luckmann son esenciales para promover el estudio teórico-metodológico, en el campo del derecho ya que la “sociología del conocimiento” deberá tratar no solo las variaciones empíricas del “conocimiento” en las sociedades humanas, sino los procesos por los que *cualquier* cuerpo de conocimiento llega a quedar establecido socialmente como “realidad”.<sup>33</sup>

De manera que podemos preguntarnos ¿cómo llegamos a poseer conciencia de que tenemos derechos? ¿Cómo se han arraigado determinado tipo de derechos y otros no? ¿Qué derechos se enciman y suplantán o cómo desde el derecho responden a ciertos intereses de grupo o de una sociedad entera? Y sobre todo, ¿cómo se cristalizan en el hombre de la calle?

### III. El interaccionismo simbólico. Blumer, Goffman

Se ha recurrido al interaccionismo simbólico para designar un enfoque relativamente definido del estudio de la vida de los grupos humanos y del comportamiento del hombre. Se considera que George H. Mead, es quien desarrolló con mayor profundidad el interaccionismo simbólico.

Para Blumer el interaccionismo se basa en los más recientes análisis de tres sencillas premisas: el ser humano orienta sus actos hacia las cosas en función de lo que estas significan para él; que el significado de las cosas se deriva o surge como consecuencia de la interacción social que cada cual mantiene con el prójimo, y; que los significados se manipulan mediante un proceso interpretativo.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> Ibid., p. 130

<sup>32</sup> Ibid., p. 13

<sup>33</sup> Ibid., p. 13

<sup>34</sup> Blumer, Herbert, *El interaccionismo simbólico: perspectiva y método*. p.3

De ahí entonces que el interaccionismo simbólico pone atención a los detalles de la construcción del mundo social, pero no cree, y tiene razón, “que el significado emane de la estructura intrínseca de la cosa que lo posee”<sup>35</sup>

Uno de los principios fundamentales del interaccionismo simbólico es que todo esquema de sociedad humana empíricamente enfocada, sea cual fuere el origen, debe respetar el hecho de que, en primera y última instancia, la sociedad se compone de personas involucradas en la acción.<sup>36</sup>

Es para Blumer el interaccionismo simbólico no una doctrina filosófica sino una ciencia social empírica, un enfoque encaminado a ofrecer un conocimiento verificable de la vida del grupo y los comportamientos humanos. Presupone una existencia de un mundo empírico, *y que se mantiene inmutable ante el observador*<sup>37</sup>, cuya naturaleza empírica ha de ser desentrañado, sacada a la luz mediante un examen directo, minucioso y ponderado.<sup>38</sup>

Luego propone toda una metodología en la que destaca, la descripción de un mundo previo, la formulación de preguntas y problemas, recolección de datos, relaciones entre datos, interpretación de hallazgos y la utilización de conceptos. Por ello cuestiona las metodologías actuales”<sup>39</sup>

Por otro lado sugiere la posibilidad de acceder al estudio de un fenómeno social, aun careciendo de información de primera mano. El interaccionismo simbólico es así un enfoque realista del estudio científico del comportamiento y la vida de grupo humanos. Su mundo empírico es el mundo natural de esa vida y ese comportamiento; remite al mundo sus problemas, realiza sus estudios en su seno y extrae sus interpretaciones de esos estudios naturalistas. Dice:

Si se pretende estudiar, por ejemplo, el comportamiento característico de los cultos religiosos se acudirá a los cultos reales y se les observara detenidamente en su desarrollo. Si se desea estudiar los movimientos sociales, se seguirá detenidamente la trayectoria, historia y experiencias vitales de dichos movimientos en la realidad. Si lo que se pretende es estudiar el uso de drogas entre adolescentes, se recurrirá a la vida real de estos para observar y analizar el uso que hacen de ellas y así sucesivamente con cualquier otro tema digno de atención.<sup>40</sup>

Desde esta lógica entonces, los movimientos ciudadanos por los derechos humanos, los organismos de la sociedad civil, los organismos no gubernamentales, pueden ser estudiados desde el interaccionismo simbólico.

---

<sup>35</sup> Ibid, p.4

<sup>36</sup> Ibid, p.5

<sup>37</sup> Ibid, p.16

<sup>38</sup> Ibid, p.36

<sup>39</sup> Ibid, p, .20

<sup>40</sup> Id, p.35

Es de destacar la idea de que los individuos se organizan en las organizaciones sociales a partir de sus enfoques. Ya que los sujetos no son simples medios para la actuación y expresión de las fuerzas o mecanismos del sistema: “La organización no es tampoco una maquina enorme cuyo comportamiento y el de sus piezas han de explicarse ateniéndose a los principios de funcionamiento de la propia organización”.<sup>41</sup>

#### a) Escenarios y rituales en el ámbito jurídico

Es interesante como el interaccionismo simbólico de Goffman, aunque tiene un desarrollo posterior en otros campos, en el campo del derecho también puede ser innovador, sobre todo en el aspecto de los llamados juicios orales. Que es una realidad en otros países pero en el nuestro aún no, dado que el derecho mexicano es escrito en su inmensa mayoría:

La capacidad social de la vista es enorme y, el acuerdo de los videntes, impresionante: dos factores que puede explotar el investigador. Le ofrecen, en efecto, la posibilidad de considerar claramente figuras conductivas que la insuficiencia de talento literario no le permitiría citar sólo por medio de las palabras.<sup>42</sup>

Los jueces, al analizar la conducta cara a cara de los implicados en una *situación*, como parte de un juicio, y específicamente un juicio oral, pueden configurar una nueva forma de impartir justicia y conocimiento del sujeto, (y de todos los actores que intervienen en un proceso).

Pero además, puede servir para analizar los rituales de los abogados y juristas. En este sentido es más aplicable el analizar los escenarios en que se desenvuelve al abogado. Es decir, la conducta en algunos escenarios específicos tanto del litigante, como del funcionario, como del juez, que realizan numerosos rituales.

A través de esas escenificaciones, un sociólogo del derecho puede obtener importantes datos, dados *los montajes* que existen al respecto, de leyes que simulan cumplirse y de procedimientos solemnes del derecho o prácticas judiciales que distan mucho de serlo.

Para “ser hay que parecer” se dice en la jerga jurídica y de los desplantes frente a un hecho *de jure* ya que hay reglas culturales, no escritas, que también se respetan y que se deben demostrar empíricamente:

En primer lugar, mientras que el sustrato de un gesto tiene su fundamento en el cuerpo de su productor, la forma del gesto puede ser fundamento en el cuerpo de su productor, la forma del gesto puede ser determinada

---

<sup>41</sup> *Ibíd.*, p.44

<sup>42</sup> *Ibíd.* , p. 138.

íntimamente por la morada (niche) micro ecológica en que se encuentra el locutor.<sup>43</sup>

Goffman, a través de la fotografía de gran consumo público, demuestra cómo las mujeres deben cumplir “espontáneamente” y en sociedad o deliberadamente ciertos rituales, (ritualización de primer grado-, o ritualización de segundo grado o hiperitualización): “las fotografías publicitarias se componen de poses estudiadas cuidadosamente para que parezcan «naturalísimas. Pero yo sostengo que las expresiones reales de la feminidad y de la masculinidad proceden también de poses artificiales, en el sentido etimológico de este término.”<sup>44</sup>

La misma metodología podría hacerse de otros indicadores de la estructura social. De ello se deriva que las situaciones sociales no tienen ni propiedades ni estructuras propias aparentemente definidas, pero que pueden serlo: “Yo definiría una situación social como un medio constituido por mutuas posibilidades de dominio, en el cual un individuo se encontrará por doquier asequible a las percepciones directas de todos los que están “presentes” y que le son similarmente asequibles”<sup>45</sup>

Hay pues un idioma ritual en el que todos participamos en situaciones sociales y con la misma finalidad: la de hacer interpretable un acto previsto.

Dice Goffman, que los publicistas, y que ahora pueden ser los dueños y los poderes fácticos, “no hacen sino convencionalizar nuestras convenciones, estilizar lo que ya está estilizado, dar un empleo frívolo a imágenes fuera de contexto.

En resumen, su chapuza, si se nos permite, es la hiperitualización.”<sup>46</sup> Como vemos esta chapuza puede ser aplicable en los rituales de los abogados y algunas de sus *leguleyadas*.

Llama mucho la atención que para Goffman el interaccionismo permite notar cuando los individuos que violan sistemáticamente las normas del orden de interacción. Dice:

Después de todo la mayoría de actos de violencia son mitigados por la oferta de algún tipo de intercambio -no deseado por la víctima- por parte del agresor y, por supuesto, este presupone que el mantenimiento de las normas sobre el habla y sobre los gestos amenazadores cumple esta función. En el caso de la violencia no negociada sucede lo mismo. Los asesinos tienen que depender y aprovecharse del tráfico y de las normas convencionales sobre la apariencia física si quieren tener oportunidad de atacar a su víctima y huir de la escena del crimen. Los vestíbulos,

---

<sup>43</sup> *Ibíd.*, p. 130.

<sup>44</sup> *Ibíd.*, p. 167

<sup>45</sup> *Ibíd.*, p. 132.

<sup>46</sup> *Ibíd.*, p. 168



ascensores y callejones pueden ser sitios peligrosos porque pueden estar ocultos a la vista y ocupados solo por la víctima y el agresor; pero detrás de la oportunidad que ello proporciona al delincuente esta su dependencia de las normas, que le permiten entrar y salir de allí sin levantar sospechas. Todo ello debería recordarnos que, en casi todos los casos, los acuerdos de interacción pueden resistir una violación sistemática, al menos a corto plazo, y por lo tanto que si bien es beneficioso para el individuo convencer a los demás de que su cumplimiento es fundamental para el mantenimiento del orden y mostrar una conformidad aparente con ellos, no lo será soslayar sus sutilezas.<sup>47</sup>

Pero además, llama la atención cómo para Goffman el mismo Estado puede no sólo definir su propia existencia, sino reclamar para sí la autoridad final sobre el control de las amenazas a la vida y las propiedades en toda su jurisdicción territorial, con base en el manejo de las interacciones sociales:

El Estado posee (en teoría siempre y en la práctica muy a menudo) mecanismos seguros de intervención cuando las formas locales de control social no consiguen mantener las alteraciones del orden de interacción dentro de ciertos límites; especialmente en lugares públicos, pero no solo en ellos. Sin duda, la prevalencia del orden de interacción incluso en los lugares más públicos no es creación del aparato estatal.<sup>48</sup>

Y finaliza Goffman señalando cómo algunas formas de protesta social pueden ser interpretadas por lo gobernantes oficiales como una afrenta a la seguridad del Estado, para ser disueltas por la fuerza debido a ello; aunque, de hecho, no contengan nada evidentemente amenazante para el orden público en un sentido sustantivo.

Esto se debe al hecho de que “las violaciones del orden público pueden llevarse a cabo no sólo por interés propio, sino como reto claro a la autoridad del Estado, como actos simbólicos interpretados a modo de afrenta y utilizados para anticipar tal interpretación.”<sup>49</sup>

## **V Postestructuralismo, la reproducción de la cultura jurídica. Pierre Bourdieu**

Pierre Bourdieu, desarrolla un amplio trabajo en numerosos campos de la vida social.

Bourdieu, intenta superar algunas antinomias profundamente asentadas en la ciencia social, entre ellas el antagonismo, en apariencia irresoluble, entre modos de conocimiento subjetivistas y objetivistas, la separación del análisis de lo simbólico de lo material y el sostenido divorcio entre investigación y teoría.

---

<sup>47</sup> *Ibíd.*, p. 180.

<sup>48</sup> *Ibíd.*, p. 181

<sup>49</sup> *Ibíd.*, p. 182.

Wacquant sostiene que el esfuerzo de Bourdieu ha sido echar por la borda dicotomías, como entre lo micro y el macro análisis. Por otra parte y por lo mismo ha sostenido la posibilidad de una política unificada de las prácticas y del poder simbólico en particular, que combine efectivamente abordajes fenomenológicos y estructurales en el marco de un modo de investigación social integrado y epistemológicamente coherente, de aplicación universal.

De ahí entonces la postura postestructuralista de Bourdieu: ni énfasis en una física objetivista de las estructuras materiales ni en una fenomenología constructivista. Para ello propone un estructuralismo genético que intente articular ambos polos.<sup>50</sup>

De este modo, dice Wacquant, el trabajo de Bourdieu ha tenido lugar alrededor de tres nodos: los estudios en educación que se reúnen en torno a la reproducción; los estudios en antropología que pone atención a las etnografías basadas en la teoría del *habitus* y el capital simbólico; y la tercera, la de la sociología de cultura, la estética y las clases sociales.

Dado lo amplio de su trabajo poco se ha discernido de las conexiones entre esos y otros campos.

La tarea de la sociología, afirma de Bourdieu Wacquant es "descubrir las estructuras mas profundamente enterradas de los diversos mundos sociales que constituyen el universo social, así como los 'mecanismos' que tienden a asegurar su reproducción o su transformación."<sup>51</sup>; de tal forma que la sociología debe ser vista como sistema:

Es el arte de pensar cosas *fenoménicamente* (el subrayado es mío) diferentes como similares en su estructura y funcionamiento, y de transferir aquello que se ha establecido acerca de u objeto construido, digamos el campo religioso, a toda una serie de objetos nuevos, el campo artístico o el político y así sucesivamente.<sup>52</sup>

Entonces, a tono con los estudios sobre la reproducción conviene señalar el papel que ha tenido la cultura jurídica, que se reproduce, de la que sin duda es determinante para comprender el desenvolvimiento de una sociedad. De ahí la idea una antropología de la práctica humana, de la praxeología social.

Por otra parte hay que ver cómo se reproduce la enseñanza del derecho, pues desde esta perspectiva la escuela esta en el centro mismo de una triple reproducción: la de los recorridos individuales, la de las estructuras sociales y las de las legitimidades culturales.<sup>53</sup> Y el *habitus* explica este proceso:

---

<sup>50</sup> Bourdieu, Pierre y Wacquant, Luis, *Una invitación a la sociología reflexiva*. Siglo XXI, 2005, pp. 28-29

<sup>51</sup> Bourdieu, *Una invitación...* *Op. Cit*, p. 31

<sup>52</sup> *Ibíd.*, p. 29

<sup>53</sup> Cfr. Dubet, Francois, *La escuela*, Ed. Losada, 2000, p. 419

Los procesos de reproducción están intensamente imbricados con la noción de *habitus*. Es el *habitus* lo que da cuenta, en el seno de este contra-modelo, de la armonización de las prácticas y de los procesos de reproducción; el *habitus* es la incorporación de un espacio social estructurado gracias al cual la historia y la acción de cada agente son especificaciones de la historia y de las estructuras colectivas de clase. La acción no es ni el resultado de una elección racional, ni una simple respuesta a presiones externas; el *habitus* es inextricablemente programación y estrategia. La escuela engendra *habitus* capaces de producir prácticas de acuerdo con la cultura legítima, reproduciendo así las condiciones sociales de producción de ese arbitrio cultural.<sup>54</sup>

Finalmente es el mismo Bourdieu para quien los campos de producción cultural ocupan una posición dominada en el campo de poder, en la formación de los intelectuales.<sup>55</sup>

## VI Etnometodología.

La etnometodología, según Coulon, trata sobre las actividades prácticas, las circunstancias prácticas y el razonamiento sociológico práctico como temas de estudio empírico, de tal forma que se concede a las actividades banales de la vida cotidiana la misma atención que a los acontecimientos extraordinarios.

Para los etnometodólogos esta disciplina es la búsqueda empírica de los métodos empleados por los individuos para dar sentido y, al mismo tiempo, utilizar sus acciones de todos los días: comunicarse, tomar decisiones, razonar, etc. Por lo tanto, la sociología será, pues, el estudio de todas las actividades, ya sean triviales y científicas; considerando que la propia sociología debe ser entendida como una actividad práctica y que se presenta como una actividad social reflexiva que intenta explicar los métodos de todas las prácticas sociales incluidas las propias.

Para Garfinkel, forjador esencial en esta corriente, señala:

Contrariamente a Durkheim afirmando de que la realidad objetiva de los hechos sociales es el principio fundamental de la sociología, nosotros postularemos a título de política investigadora que para los miembros que hacen sociología, el fenómeno fundamental es la realidad objetiva de los hechos sociales” Por lo tanto el postulado para Garfinkel será el siguiente: “hay que considerar los hechos sociales como relaciones práctica, el hecho social no es un objeto estable, sino el producto de la actividad continuada de los hombres que ponen en práctica su *savoir-faire*, sus procedimientos,

---

<sup>54</sup> Ibidem

<sup>55</sup> Bourdieu Pierre, *Cosas Dichas*, Gedisa, Barcelona, 1987, p. 47

reglas de conducta, en suma una metodología profana cuyo análisis constituye la verdadera tarea de un sociólogo.<sup>56</sup>

Según Coulon, el interaccionismo simbólico, del que a veces no distingue conceptualmente de la etnometodología (ya que ambos proceden del mismo tronco fenomenológico como ya vimos) sostiene que las descripciones constituyen el telón de fondo, el objeto esencial de toda búsqueda sociológica.

Para esta corriente, el conocimiento se nos revela de forma inmediata a través de las interacciones, y no requiere, hasta cierto punto mayor preparación profesional, pues “una persona dotada de un conjunto de procedimientos, de métodos, de actividades, de *savoir-faire*, que la hace capaz de inventar dispositivos de adaptación para dar sentido al mundo que le rodea”.

Para la etnometodología la relación entre actor y situación no está basada en los contenidos culturales ni está en las reglas, sino que nacerá a partir de los procesos de interpretación, es decir, el punto de vista de los actores, con el que fabrican su mundo social, que es totalmente accesible al otro:

En el mundo de los objetos culturales y de las instituciones sociales en que nacemos, nos reconocemos... Desde el comienzo, nosotros los actores de la escena social vivimos el mundo como un mundo de cultura y de naturaleza a la vez, no como un mundo privado, sino ínter subjetivo, es decir, que es común a todos nosotros, que se nos o que es potencialmente accesible para cada uno de nosotros, esto implica la intercomunicación y el lenguaje<sup>57</sup>

La etnometodología deberá elucidar cómo se llega a un status metodológico claro, por ejemplo establecido o ilusorio, objetivo o subjetivo.<sup>58</sup> Hacer visible el mundo es hacer comprensible mi acción, por ejemplo; pues al describirla doy a entender su sentido, al revelar los procedimientos que empleo para expresarla.

Desde este punto de vista, el interaccionismo simbólico, comete un error al descalificar los métodos cualitativos “porque distancian al investigador del actor”, es decir, las estadísticas y las encuestas no son útiles.

En este sentido Giddens cuestiona a los etnometodólogos por ser en esencia induccionistas y “ser partidarios de describir a detalle los procesos empíricos, dejando de lado aquellos que, en apariencia, constitutiva, son la explicación, y que también evitan la cientificidad de las descripciones”<sup>59</sup>.

Por otra parte, aunque Bourdieu reconoce los aportes de la etnometodología, señala que tiene dos limitaciones:

---

<sup>56</sup> Coulon, Alain, *La etnometodología*, Cátedra, Barcelona, 1988, p 31

<sup>57</sup> *Ibidem*

<sup>58</sup> *Ibid* p.49

<sup>59</sup> Cf. Giddens y Turner, *La Teoría...* Op. Cit.

(...)concibe alas estructuras sociales como la mera agregación de estrategias y actos de clasificación individuales, tornando imposible dar cuenta de su resistencia así como de las configuraciones emergentes y objetivas que estas estrategias perpetúan o desafían.; y segundo, no hay que olvidar que ellos no han construido las categorías que ponen en funcionamiento en un trabajo de construcción<sup>60</sup>

**a) Tres aportes: el actor social, la situación y la observación participante.**

Los Etnometodólogos tratarán de comprender cómo las personas describen y proponen juntos la definición de una situación. Por ello, desde mi punto de vista son tres los aportes que hacen al campo del análisis social de lo jurídico:

Uno.- Si bien la sociología de Garfinkel esta instituida “sobre el reconocimiento de la capacidad reflexiva e interpretativa propia de un actor social”, es de destacar cómo un líder social ha construido una cosmovisión del mundo y un perspectiva de conocimiento sobre el estado de cosas, del que ha estado inconforme y ha luchando por años, primero al interpretar, luego comprender, luego inconformarse y finalmente tratar de modificar los hechos o la realidad.

Dos. - Si los actores producen objetivación, ello implica que el conocimiento científico no posee el monopolio de la objetivación, de la manera que es el mismo Garfinkel el que cuando señala que se inicia en los estudios de los tribunales judiciales; al investigar el uso del sentido común en la construcción de la justicia. En este sentido Garfinkel, puede tener razón, ya que si bien para los etnometodólogos el corte epistemológico ente conocimiento practico y conocimiento erudito no existe,<sup>61</sup> puede quedar completamente claro que al observar a una persona común y corriente, se puede deducir una aplicación más basada en la justicia que en a legalidad; pues es sabido que los jueces, los peritos, pueden deducir una resolución legal que justa, pues se impone lo normativo por sobre la realidad histórica o moral.

Tres.- Los aportes en el campo de la investigación de los grupos sociales, que pueden ser ahora movimientos u organismos no gubernamentales (ONG) en la metodología de la investigación participativa, ya que todos los actores, en una forma u otra, aún en detalles vivenciales, forman parte activa de la definición de la situación.

**VIII. Derecho y posmodernidad.**

---

<sup>60</sup> Bourdieu, Una invitación....Op. Cit., p. 35

<sup>61</sup> Coulon, *La etnometodología...Op. Ci.*, p. 57

Podemos preguntarnos ahora, ¿por qué el debate de la modernidad es el referente obligado de la problematización sobre la sociedad y la cultura contemporáneas?<sup>62</sup>

Contestar significa entonces debatir desde otras lecturas, otros métodos de observación, comprensión y explicación de las llamadas “teorías clásicas”, para redimensionarlas en términos de las nuevas experiencias y vivencias del presente, o sea, en las del *tiempo ahora*.

Teorías que fueron y hasta cierto punto son (y no son vigentes), por lo menos en el inicio de tercer milenio; que sin embargo enfrentan severos cuestionamientos y a los que han resistido con gallardía. ¿Quién pone en duda la sociología comprensiva de Weber, la fenomenología de Husserl, o de la antropología significativa de Geertz, o de la etnometodología de Garfinkel o la sociología de la vida cotidiana de Berger y Luckmann que aún aparecen como rocas sólidas en un firmamento donde aún lo sólido se desvanece?

¿Hay continuidad en la teoría social o ruptura? ¿Existen dos paradigmas claramente diferenciados de la teoría social, una moderna y otra posmoderna? ¿Ya fue rebasado lo moderno por lo posmoderno? ¿Están claramente distinguidos los elementos definitorios de uno y otro concepto; o bien en qué elementos se entreveran ambas concepciones permitiendo la consolidación de una o más vertientes de la teoría social y que terminan siendo los dos lados de la misma moneda? ¿O cómo sus ramas se articulan en el tronco común del árbol de *lo social* en el contexto del mismo desarrollo capitalismo occidental-mundial? O bien, ¿el posmodernismo es una gran rama, ya autónoma, desprendida de ese otro árbol, pero que al mismo tiempo tiene sus propias expresiones interdependientes y generadoras de nuevas formas de explicar la realidad a modo de rizomas y metáforas y aporías? ¿Son el posmodernismo y el modernismo corrientes antagónicas que, parafraseando a Paolo Virno, sólo es posible comprender el alcance de un concepto examinándolo con los ojos de aquellos que han combatido con tenacidad?

Pero además, se plantea un principio epistemológico que al parecer es imbatible para la construcción de los objetos de estudios de las *nuevas* ciencias sociales y para la generación del conocimiento en la investigación social es el planteamiento de Weber: “No las conexiones de *hecho* entre cosas sino las conexiones *conceptuales* entre *problemas* están en la base de la labor de las diversas ciencias”.

En este contexto, de forma ilimitada, los objetos de estudio tradicionales y sus métodos clásicos, sufren de fuertes sacudidas teórico-conceptuales-metodológicas (o en otras palabras: teóricas-empíricas), dado que la sociedad, el sujeto y el individuo que conocíamos hace tan sólo algunas décadas, se han estado haciendo cada vez más borrosos y menos claros.

---

<sup>62</sup> Miguel Hernández, entrevista 7 de abril de 2008



Al menos en el derecho, una disciplina social poco identificada en el desarrollo de *lo social*, se inserta ahora, al parecer, sin claridad y sin defensa dentro del vertiginoso y arrollador cambio de las teorías de la posmodernidad.

Desde hace algunos años atrás, muy recientemente, la discusión acerca de la crítica a la modernidad ha comenzado a trascender del campo de las ciencias sociales al ámbito del derecho.

Pero, paradójicamente, el nivel de discusión tan rico y fecundo entre filósofos, lingüistas, sociólogos y antropólogos sobre la crisis de la modernidad y el surgimiento de la posmodernidad no ha generado ni por asomo el mismo nivel de discusión en el campo jurídico.

Más bien ha sido al revés, ni siquiera el tema de la posmodernidad llegará a debatirse en nuestro país en la próxima década. Pero cuando esto suceda posiblemente será demasiado tarde, cuando los grandes procesos de confrontación geopolítica y la expansión de las tendencias neoliberales transformen instituciones, culturas y estructuras jurídicas.

Y creo, sin equivocarme, que muchos juristas piensan que el postmodernismo es sólo una corriente de opinión política que tiene como propósito formar políticos y administradores mucho “más modernos”; por lo tanto, este concepto que no tiene los enfoques catastrofistas y pesimistas donde quiera que se manifiestan.

**a) ¿Existe en realidad el posmodernismo? ¿Cuándo entramos y salimos de él?**

De entrada muchas preguntas: ¿Hay alguien que inventó el posmodernismo como dice Braidotti?<sup>63</sup> ¿Desde dónde podemos hablar de posmodernismo? ¿Antes de él, desde él o después de él? ¿Cuál puede ser el referente respecto al cual podemos mirar la posmodernidad? ¿Hay algún punto donde nos podamos colocar con imparcialidad?

Aún con el amplio bagaje cultural y literario existente en torno al tema tal parece que aún no tenemos palabras ordenadoras que nos permitan tener una cabal comprensión al respecto.

Por un lado necesitamos de los referentes de la modernidad para comprender el mismo postmodernismo, al mismo tiempo que éste cuestiona aquél.

Es ya sabido que la posmodernidad cuestiona y erosiona los valores modernos que se fundan en la razón, el progreso con base en el desarrollo científico y tecnológico, los grandes discursos heroicos, las utopías, y la noción de realidad; del derecho y la legalidad.

---

<sup>63</sup> Risi Braidotti, *Sujetos nómades*, Paidós, Barcelona, 2000, p.23

En todo caso, hoy estamos inmersos en una sociedad en la que el sistema capitalista ha terminado por establecerse, si no en todos, cuanto menos en la mayoría de los países.

Con el desarrollo industrial, de los medios de comunicación masiva y la tecnología, hemos ido transformándonos en lo que hoy se denomina “sociedad de masas”, y para otros de las “multitudes”, concepto perdedor frente al *pueblo*, en la construcción del Estado moderno,<sup>64</sup> cuyo imperativo sigue siendo el consumo, por demás, bandera capitalista y signo de la misma modernidad.

Sin embargo, lo paradójico de todo esto es que en una sociedad con casi todas las características comunes entre sí, por un modo de producción que no debe ser contradictorio en sí, y que de alguna manera supondría una “unidad”, está signada por el individualismo, la fragmentación y la atomización.

Y decir individualismo es ya decir mucho, cuando el sujeto mismo esta cosificado. Aunque una de las respuestas posmodernas a esta bandera ha sido la lucha por la legitimación de las diferencias, pues ante el concepto de homogeneidad y producción en serie el hombre ha buscado la manera de autoproclamarse distinto, auténtico, y esta distinción ha de ser tan legítima como cualquier otra.

Empero, si es cierto que la posmodernidad reivindica el derecho o la libertad a la diferencia y el reposicionamiento del hombre como eje de todas cosas, ¿por qué sigue existiendo la “marginación”, “alienación” dentro del mismo discurso posmoderno del sistema capitalista? ¿No era esto lo que de alguna manera pretendía Talcott Parsons que en relación al tema del orden social, proponía una sociedad libre de disturbios, predecible en cierta forma, y que desterrara los efectos perniciosos del capitalismo sin dejar de ser capitalismo, desde sus postulados de la teoría voluntarista de la acción social?<sup>65</sup>

Recordemos que Parsons buscaba que la teoría liberal clásica se pudiera realizar, pues “si los individuos se limitan a actuar naturalmente serán racionales, y que si sirven a sus intereses egoístas como individuos la sociedad será “automáticamente estable” y se satisfarán todas las necesidades individuales”, a modo de mecanismo de autorregulación automática”.

Aunque luego reconoce Parsons que este mecanismo aún no se ha habido<sup>66</sup>, y creo que no se dará, aunque los teóricos del neoliberalismo sostienen que el libre mercado sería la autorregulación del capital, una “mano invisible”, como sostienen abiertamente algunos.

---

<sup>64</sup> Paolo Virno, “Gramática de la multitud. Para un análisis de las formas de la vida contemporánea”, abril de 2002, foja, 3.

<sup>65</sup> CF. Richard Munch, “Teoría parsoniana actual: en busca de una nueva síntesis”, en Giddens y Tunner, *La teoría...Op. cit.*, pp.133-2004

<sup>66</sup> Jeffrey, Alexander C. *Las teorías sociológicas desde la segunda guerra mundial*, Gedisa, Barcelona, 1989, p. 20

Por ello, contrario a los discursos modernos que sostenían firmeza, confianza, certeza, ahora estamos situados en el discurso de la ambigüedad, de lo confuso y de lo incierto: en suma, como lo es el discurso neoliberal en esencia: de incertidumbre.

Por otro lado, la posmodernidad representa para muchos la muerte de la utopía, construcción también de la modernidad. Los grandes discursos que movilizaron al hombre, incluyendo muchos religiosos, hoy han perdido mucho de su fuerza, su significación.

Pero tampoco estamos necesariamente en presencia de la muerte de los valores. Y es aquí donde el discursos de los derechos humanos, más que el derecho mismo, a secas, ofrece nuevas esperanzas y la construcción de nuevos significados en las relaciones entre los individuos y las sociedades humanas.

#### **b) La justicia, la legalidad y los derechos humanos en la modernidad/posmodernidad.**

Cómo no debatir el papel del derecho moderno cuando algunos de sus supuestos fundamentales se encuentran en entredicho. Por ejemplo, la noción *pueblo*, tan ligada a la construcción y la existencia del Estado moderno, se encuentra en muchos lados carente de significado.<sup>67</sup>

Incluso el pueblo ha sido sustituido ahora por "la multitud", concepto rival desde el siglo XVII. Y peor aún, dice Virno:

La multitud contemporánea no está compuesta ni de "ciudadanos" ni de "productores"; ocupa una región intermedia entre "individual" y "colectivo"; y por ello ya no es válida de ningún modo la distinción entre "publico" y "privado".<sup>68</sup>

O bien, los temas mismos de la interculturalidad configuran escenarios que modifican los estrechos límites de los derechos locales, frente a los derechos globales. Por ejemplo dice Martucelli:

Por una parte, hay que tener en cuenta la transformación de la lógica de las posiciones sociales, el aumento simultáneo de la riqueza de algunos y de la pobreza de otros, lo que refleja en gran parte aislamientos identitarios a los que se ven abocados tanto algunos inmigrantes como algunos autóctonos de las capas populares. La voluntad de protección de algunos se traduce, en efecto, por la "exclusión" de los otros"<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> Virno, Op. Cit.

<sup>68</sup> Ibíd.,

<sup>69</sup> Danilo Marticeelli, "Lo intercultural ante la prueba de la dinámica entre exclusión e integración social", Revista CIDOB, DÁFERS Internacionals 66-67, s/f. p.54

De ahí entonces que la exclusión puede generar nuevos sujetos, los migrantes, los exiliados, los sujetos *nómades*. A los que tiene que responder ahora el llamado derecho internacional.

El tema del posmodernismo tiene un arribo muy reciente en el campo jurídico y no todos los llamados juristas tienen una idea clara de lo que este término significa. Para los juristas que trabajan, por ejemplo, en nuevas realidades normativas, como los que apoyan la integración europea, lo hacen a partir de una nueva noción de ciudadanía regional y un posnacionalismo que rebasa la tradicional noción del Estado-Nación.

Sin embargo para los juristas de América Latina la noción de posmodernidad apenas puede significar la transición de una etapa moderna en otra más moderna.

La modernidad puede definirse desde esa idea como una etapa del desarrollo social, ya que su aparición coincide con la aparición del capitalismo. Pero pensar que el posmodernismo es una crítica del capitalismo estamos equivocados, porque podríamos pensar que es el advenimiento de una nueva sociedad como poscapitalista o prosocialista, lo cual por lo menos es teóricamente, en estos momentos imposible.

En este sentido, siguiendo a Weber, la modernidad es una explicación racional de la producción de la vida social. Y como discurso, la modernidad desarrolla algunos tópicos de forma significativa: la idea del progreso, el derecho moderno, la ciencia y la ética productiva.

Para muchos, en mi caso, el capitalismo está asociado a la modernidad misma. Dice Habermas:

La idea de ser "moderno" a través de una relación renovada con los clásicos, cambió a partir de la confianza, inspirada en la ciencia, en un progreso infinito del conocimiento y un infinito mejoramiento social y moral. Surgió así una nueva forma de la conciencia moderna.<sup>70</sup>

Así las cosas la modernidad no es una teoría conceptual propiamente hablando sino un modo de producción. Y todo forma parte de la modernidad. (Para sociólogos como Wallerstein los sistemas socialistas formaban parte incluso del mismo sistema-mundo-moderno).

Como la modernidad produce una *vida social*, ésta se reproduce en el contexto de un modo de producción concreto que requiere de mercancías, salarios, mercado, propiedad privada y leyes de distribución que generen uno de sus principales soportes: la plusvalía, basada en la explotación de la mano de obra.

---

<sup>70</sup> Jürgen Habermas, "Modernidad: un proyecto incompleto", en Nicolás Casullo (ed) *El debate modernidad posmodernidad*. Buenos Aires, Editorial Puerto Sur, 1989, pp. 131

Asociado entonces el desarrollo del capitalismo a la maquina y el avance tecnológico que genera el desarrollo de las fuerzas productivas, este modo de producción lleva implícito la noción de progreso y emancipación, es decir del dominio del hombre de la naturaleza, que una vez expandido en todos los espacios posibles lograría el tan anhelado bienestar personal y colectivo; y que, como todos sabemos, ha quedado inconcluso e incompleto hasta el día de hoy. Debido a ello se ha pensado también que la modernidad sigue estando incompleta.

Dice Habermas: “Se nos dice que el impulso de la vanguardia está agotado, que cualquiera que se considere de vanguardia puede ir leyendo su condena a muerte. Aunque la vanguardia siga expandiéndose, ya no es más creativa. El modernismo dominaría, pero muerto”<sup>71</sup>

En un contexto en el cual existe un desencanto de la modernidad y su racionalidad, de sus teorías se produce en el derecho una tendencia a una organización no totalitaria, no lineal y no mecánica, a la vez que se busca el orden dentro de la diversidad y la diversidad dentro del orden legal, basado en la ética de los derechos humanos.

Cabe indicar que un derecho “posmoderno” no pretende renunciar a la unidad de un sistema jurídico, lo que pretende es que esa unidad se construya y se desarrolle de modo que de cabida a la diversidad y a la pluriculturalidad.

Desde otra óptica: en el derecho actual se enfrentan ya la globalización y el multiculturalismo, de modo que ambos procesos, uno desde fuera y otro desde dentro, minan la típica identidad nacional tradicional, donde los Estados-nación también van desapareciendo.

Desde la globalización se establecen estructuras sociales sistémicas de dimensión planetaria que no son necesariamente consensuales y que tienden a reproducir formas de dominio de unos países sobre otros. Pero desde el multiculturalismo crece la conciencia del derecho que les asiste a todas las comunidades e individuos para autoafirmarse frente al otro (a) s en igualdad de condiciones.

De ahí entonces que el discurso implícito del capitalismo lleva implícito el de la libertad y el ejercicio de los derechos humanos. Pero ¿cómo se expresará esta lucha y se mantendrá en la posmodernidad?

## VIII. Conclusiones

1.- El derecho ha configurado un *ethos* social que se acopla, conforma y subordina a las teorías sociales prevalecientes en una sociedad. Así, el derecho

---

<sup>71</sup> *Ibíd.*, p. 139

por mucho tiempo ha sido también eminentemente positivista, y en algunos casos fenomenológico. Y citando a Dubet, ha tenido también una *paideia* funcionalista<sup>72</sup>.

2.- Cuando hablamos de teoría social del derecho, se está hablando todavía en términos epistemológicos; es decir, cómo se plantea ahora su objeto de estudio. Al interior del derecho parece que no pone en duda su científicidad; sin embargo, desde diversas vertientes esta disciplina se erosiona profundamente.

3.- Coincido con Giddens en el sentido de que la falta de consensos es inherente a la teoría social y que no es sostenible la idea de que puede haber observaciones neutrales.<sup>73</sup>

Por lo tanto, los temas de la coercitividad social seguirán formando parte del núcleo duro de las ciencias sociales hoy día y por lo tanto del derecho; en ese sentido coincido con Miliband, quien insiste en que “la dominación de clase y la lucha de clases generan la dinámica central de la organización humana. Por tal motivo la principal preocupación de la teoría social es el análisis de la capacidad de administrar los medios de producción comunicación y coerción de una sociedad”, donde el derecho es fundamental.<sup>74</sup>

4.- Si todo lo sólido se desvanece en el aire, parafraseando a Marx, posiblemente, es necesario llegar, desde la problematización de nuestros objetos de estudio; al fondo de lo que es la comprensión-aprehensión; esto es, la dinámica de los nuevos planteamientos morales y el vaciamiento de sentido que implica la posmodernidad.

5. Por ello concluyo con algunas preguntas: ¿Qué significa ahora tener derechos en la modernidad? Si existen crisis en los sistemas de gobierno y profundas rupturas epistemológicas, en las que el consenso es que no hay consenso, ¿cómo se representan esos derechos en el sujeto y en el cuerpo?, ¿cómo se presentan ahora los vaciamientos de sentido en las normas legales y se presenta ahora la emergencia de la utopía de los derechos humanos?

---

<sup>72</sup> Cfr. Dubet, *La escuela, Op. Cit.*

<sup>73</sup> Giddens y Turner, *La teoría... Op. Cit.*, p. 11

<sup>74</sup> Citado por Giddens, *ibid*, p. 19.