

FILOSOFÍA DEL DERECHO: UNA MIRADA POSMODERNA

Krystyna Wojcik Radkowska
Doctora en Derecho
Profesora de Filosofía del Derecho
Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 14 de septiembre
Fecha de aceptación: 13 de noviembre

RESUMEN: La propuesta de una mirada posmoderna de la Filosofía del derecho supone la negación del proceso moderno de desarrollo de la reflexión jurídica desde unos conocimientos empírico-analíticos, a través de las teorías hermenéutico-comunicativas, hasta su revisión crítica. Para muchos la denominación de una reflexión como posmoderna resulta algo sospechosa. Pero lo que realmente aporta el pensamiento posmoderno es la constatación de que ninguna teoría ni filosofía del derecho puede ser reconocida como objetiva y construida como un modo independiente de explicación del fenómeno jurídico. Las aportaciones posmodernas en su función de deconstrucción ponen en cuestión la filosofía y la práctica del derecho conceptuales, llevando al pensamiento jurídico por un camino de inseguridad. A pesar de estas opiniones, el texto demuestra que los autores posmodernos han propiciado el “desencantamiento” del mundo y, en cierta medida, han permitido “ver” la realidad.

ABSTRACT: The proposal of a postmodern Philosophy of Law supposes the negation of the modern process of development of the juridical reflection, starting from empirical-analytical knowledge, through the hermeneutic-communicative theories, until its critical revision. For many the categorisation of a reflection as postmodern is seen as suspicious. But what the real contribution of postmodern thought is a realisation that no theory or philosophy of law can be recognized as objective and constructed as an independent mode of explanation of the legal phenomenon. Postmodern contributions, in their function of deconstruction, call into question the philosophy and practice of conceptual law, leading legal thought along a path of insecurity. Despite these views, the text shows that the postmodernists have provided a "disenchantment" of the world and, to some extent, have allowed "see" reality.

PALABRAS CLAVE: Filosofía del derecho, posmodernidad, práctica jurídica.

KEY WORDS: Philosophy of Law, postmodernism, legal praxis.

La presentación de la cultura como un fenómeno de carácter lingüístico-comunicativo por parte de J. Habermas y de la Escuela de Frankfurt tuvo gran impacto sobre la teoría y la filosofía jurídica. En este contexto se pueden apreciar las dificultades que aportaba la limitación de la filosofía y de la reflexión jurídica a cierto tipo de conocimiento analítico-empírico. La descripción de la cultura presentada por J. Habermas permitió constatar que la expansión del saber empírico-analítico, motivado por el interés técnico y la dominación sobre el objeto de investigación, ponía en peligro el desarrollo de las ciencias hermenéutico-históricas.

Las ciencias hermenéutico-históricas, enfocadas hacia la esfera de la comunicación interhumana y preocupadas por la transmisión intergeneracional de la tradición, en su enfoque general, tienen unos objetivos prácticos. Protegen el proceso de creación de las referencias simbólicas y aseguran la configuración de una esfera “unificada” de la vida social. En el ámbito jurídico, la filosofía hermenéutica del derecho pretendía realizar estos objetivos resaltando la importancia de la interpretación en el funcionamiento del derecho. Especialmente centra su interés en la función de la comprensión como el método del conocimiento del derecho y en el rol del intérprete como sujeto que participa en el proceso de construcción del derecho como un objeto cultural. Estas aportaciones no resultaron suficientes para poder solucionar todos los problemas de comunicación. Particularmente porque se debería asumir del mismo modo los casos de la interpretación bien fundamentada como aquella que depende de la libre voluntad del sujeto, reconocido como racional al margen de sus rasgos reales.¹

En este contexto J. Habermas puso en evidencia que la acción de comunicación no se limita a un acto de entendimiento a través de la interpretación y que los actos de habla se coordinan en el proceso de comunicación como un determinado tipo de interacción.² En el proceso aparecen unos “fallos” comunicativos, que demandan la creación de un conocimiento crítico que sea capaz de analizarlos y eliminarlos.³

En la actualidad estamos apreciando una ruptura del proceso de la comunicación social, particularmente provocada por su carácter masivo y que, según la teoría de la comunicación, demanda una corrección de los errores y la eliminación de las barreras comunicativas. El derecho configurado como un fenómeno comunicativo padece los mismos problemas y dificultades. La crisis del derecho podría ser superada, según algunos pensadores, gracias al proceso de saneamiento de los fallos comunicativos en el proceso de creación y aplicación del derecho.⁴ Estas aportaciones sugieren la necesidad de cierta “emancipación” cognitiva de los juristas, la limitación del proceso de instrumentalización del derecho, siempre en el marco del reconocimiento del necesario valor de las acciones comunicativas. Los valores transcendentales de las acciones comunicativas, aquellos que constituyen una específica ética comunicativa, pueden ayudar a construir un derecho fundamentado en una “libre” comunicación, en la que las normas y valores no se aceptan de modo irreflexivo y donde la libertad de la deliberación será limitada solamente por los rasgos inmanentes del habla.⁵

La propuesta de una filosofía del derecho posmoderna supone una negación del indicado proceso de desarrollo de la reflexión jurídica desde unos conocimientos empírico – analíticos, a través de las teorías hermenéutico – comunicativas hasta su revisión crítica.

¹ J. Habermas. *Teoria dzialania komunikacyjnego*. Polskie Wydawnictwo Naukowe, Warszawa, 1999, T.I, pp. LXXX-LXXXI.

² J. Habermas, op. cit. pp. 241.

³ J. Habermas, op.cit. pp. 190.

⁴ K. Stasiuk, *Krytyka kultury jako krytyka komunikacji*. Wydawnictwo Uniwersytetu Wroclawskiego, Wroclaw, 2003, pp. 186.

⁵ M. Zirk-Sadowski, Postmodernistyczna jurysprudencja? en M. Blachuta (ed.) *Z zagadnien teorii i filozofii prawa. Ponowoczesnosc*. Wydawnictwo Kolonia Limited, Wroclaw, 2007, pp. 13 -14.

El término “posmodernidad”, utilizado principalmente en el contexto de la literatura y el arte, fue elaborado conceptualmente por J.F. Lyotard. Esta nueva formación intelectual construyó su reflexión filosófica acudiendo a determinados rasgos específicos de la actualidad como la multiplicación de los rasgos y proyectos sociales de las personas, la diversificación social, la tolerancia hacia distintas opciones sociales, la creación de diferentes discursos sobre la realidad social y la descentralización de la cultura.⁶ El pensamiento posmoderno se centra en la puesta en cuestión de la idea moderna, de origen cartesiano, de fundamentación de los conocimientos. En el ámbito de las ciencias humanas la filosofía moderna se apoyaba en una estructura epistémica equilibrada: un cogito libre frente a una realidad independiente y objetiva. Esto significaba que no todas las imaginaciones del sujeto sobre la realidad deberían ser reconocidas como válidas. En el ámbito de la teoría y práctica jurídica el jurista, entendido como un cogito autónomo, en su conocimiento del derecho estaba limitado o por la realidad cultural externa, construida como criterios lingüísticos del entendimiento y de la comunicación o como los principios morales, o por otro cogito superior, en este caso el soberano. Esta estructura epistémica es puesta en cuestión por el pensamiento posmoderno, ya que, según su punto de vista, al sujeto le corresponde el poder de crear a través de la interpretación distintas “verdades” reconocidas como la realidad. El cogito que interpreta los textos y decide sobre los modos de su interpretación pierde un fundamental criterio de referencia de su actividad – la universalidad de su conocimiento.

Para muchos la denominación de una reflexión como posmoderna resulta algo sospechosa porque varios la entienden como un sinónimo del nihilismo y desorden del pensamiento. Por el contrario, y lo que realmente aporta el pensamiento posmoderno, es una constatación de que ninguna teoría ni filosofía del derecho puede ser reconocida como objetiva y construida como un modo independiente de explicación del fenómeno jurídico. La visión teórica elaborada junto con la conciencia de su creador constituyen una parte de la realidad presentada y explicada por esta misma visión.

Tampoco podemos considerar que la corriente posmoderna constituye una “escuela” filosófica. Resulta conveniente la opinión de que estamos frente a un fenómeno de cierto “agotamiento” de la cultura filosófica occidental o una reacción contra discursos metafísicos de diferentes corrientes filosóficas. Este agotamiento, por lo general, no nos conduce al rechazo de toda aportación filosófica sino al cambio de las posiciones de categorías dominantes en los discursos filosóficos como la razón, la verdad o la objetividad hacia los niveles de los discursos locales, a los que no se les atribuye el carácter universal. La posmodernidad, al final, puede ser entendida como una práctica filosófica que quiere devolver la significación a cualquier discurso. La práctica que cuestiona los discursos filosóficos que construyen un ontología fundamentada en un orden objetivo, una epistemología basada en las categorías de razón y de experiencia, a la vez rechazando la sugerencia que la realidad la podemos encerrar en unas categorías conceptuales fijas.⁷

La teoría y filosofía jurídicas, pero también la cultura jurídica, demuestran sus fuertes influencias modernas y, en este sentido, promovieron la construcción del nuevo concepto de poder fundamentado en la oposición entre el sujeto y el objeto del conocimiento. La reflexión posmoderna revisó este concepto del poder y de la sumisión a él teniendo en cuenta la idea ilustrada de la distribución del poder. La modernidad elaboró la visión del poder “diversificado”, frente al poder centralizado de la época premoderna, en el que todos participan como súbditos y, al mismo tiempo, como fuentes del poder. En este contexto no existe ninguna “sociabilidad externa” aquella a la que podemos acudir para escaparse del poder. Se crea un determinado “régimen “ de verdad, un discurso que impone modos de distinguir las afirmaciones verdaderas de las falsas y se atribuye la posición indiscutible a quienes deciden qué debe ser considerado como la verdad. La modernidad construye una

⁶ A. Szachraj, Co to jest postmodernizm? en M.A. Potocka (ed.) *Postmodernizm. Teksty polskich autorow*. Wydawnictwo Inter Esse, Krakow, 2003, pp. 41 y siguiente.

⁷ M. Zirk-Sadowski, Postmodernistyczna jurisprudencia? op. cit. pp. 15.

sociedad “disciplinada”, que no nos ofrece ninguna otra alternativa ya que, analizando la creación y el funcionamiento del poder y de la dominación, las descubrimos incluso en la construcción del lenguaje.

En este sentido R. Safransky demuestra que el principio de la racionalidad moderna tiene un significativo impacto en la esfera pública y en la teoría social que supone la eliminación del concepto de mal.⁸ La idea del mal se convierte en residuo de los tiempos precientíficos. Cuando el hombre se opone a las indicaciones de la ciencia, resulta ser tonto pero no malo, actúa de modo equivocado. La moderna idea del mal como falta de racionalidad provoca la deshumanización del hombre. En consecuencia el adversario político o ideológico pierde sus rasgos humanos, ya que no se considera como un sujeto que comete el error sino como alguien que se convierte él mismo en el “error” y debe ser eliminado.

Por estas razones los posmodernos consideran la ontología, la epistemología y la filosofía como parte de las estructuras del poder que imponen distintos modos de dominación. La relación entre el poder y la filosofía suponía la dominación de unos discursos centrales, reconocidos y aceptados, además de la marginación de los discursos alternativos, reconocidos como innecesarios o como unas “desviaciones”. El programa posmoderno recupera todo lo que no encajaba en las grandes narraciones modernas basadas en el logocentrismo, todo lo que resultaba distinto, alternativo, excéntrico o contracultural. Se preocupa por la demostración de la diferencia – “*la différence*”.⁹ La posmodernidad supone una ruptura con las metanarraciones modernas construidas sobre los conceptos de la razón, la verdad, el significado y la incorporación en el mundo de los discursos “locales”. Esto no nos conduce a la sustitución de viejos discursos por nuevos, sino que, a través de la deconstrucción, nos ayuda a emanciparnos, especialmente descubriendo la dominación escondida en los discursos modernos, lo que, en sentido general, nos permite no convertirnos en una “emanación” del poder.

El derecho y la reflexión jurídica modernos esconden este tipo de violencia, y por esa razón, los posmodernos las reconocen como unos mecanismos fundamentales de la exclusión y marginalización social. El pensamiento posmoderno, analizando las aportaciones históricas de la filosofía jurídica, pone en evidencia estos procesos escondidos detrás de un problema fundamental del pensamiento iusfilosófico moderno: búsqueda de la respuesta a la pregunta ¿qué es el derecho?¹⁰

Los mecanismos de la dominación en el contexto jurídico fueron desarrollados en función de unas más amplias metanarraciones modernas. Por ejemplo, según los posmodernos, el concepto jurídico del derecho natural estaba formulado en el contexto de los significados construidos por las metanarraciones metafísicas (el modelo platónico-aristotélico de derecho natural) o epistemológicas (el modelo de Hume y Kant de derecho natural). Estos coexistían con la metanarración normativa construida en base a la teoría pura del derecho y la limitación de la ciencia del derecho a los aspectos positivo-normativos del mismo.¹¹

Otro criterio de la narración moderna deconstruido por los posmodernos hace referencia al fenómeno de alienación, es decir, al hecho de que los fenómenos jurídicos de la humanidad, en particular la idea de la legalidad, actuaron contra la persona humana y su libertad.

⁸ R. Safransky, *Zło. Dramat wolności*. Wydawnictwo Aletheia, Warszawa, 1999, pp. 155. Versión española: *El mal o el drama de la libertad*. Tusquets, Barcelona, 2002.

⁹ Sobre este tema : C. Douzinas, R. Warrington, S. McVeigh, *Postmodern Jurisprudence: the Law of Text in the Text of Law*. Routledge, London-New York, 1991, pp. 23.

¹⁰ C. Douzinas, R. Warrington, S. McVeigh, *Postmodern Jurisprudence...* op. cit. pp. 18 y siguientes.

¹¹ C. Douzinas, R. Warrington, S. McVeigh, op. cit. pp. 21.

Los posmodernos resaltan que la filosofía moderna estuvo concentrada sobre el concepto de “yo”, en la subjetividad.¹² Dos categorías fundamentales condicionaban la construcción del sujeto: la razón y la oposición entre el sujeto y el objeto. Aparece el sujeto separado de los objetos, lo que significa, que también él está separado de sí mismo ya que, a la vez, tiene que ser reconocido como un objeto de la reflexión. La Posmodernidad elimina el punto de vista interno sobre el “yo”, que no debe ser considerado como punto central para el entendimiento del mundo. El sujeto está constituido como un tipo de “intersección” de las huellas lingüísticas, pero no sirve como referencia unificadora. Un individuo no aparece como un sujeto autónomo sino que se le está construyendo en función de distintos discursos que él mismo no domina.¹³ M. Foucault en el libro “*Vigilar y castigar*” analiza la “construcción” del sujeto a través del discurso científico fundamentado en la dominación. El derecho se convierte en una herramienta de organización racional de la convivencia social atribuida al poder. Este poder no puede actuar libremente porque su libertad, en sentido racional, se reduce al entendimiento y la aplicación de lo objetivamente necesario. Los conceptos dependen de los criterios científicos, cuya fuerza impositiva proviene de la voluntad común racionalmente establecida.¹⁴

La crítica de la subjetividad conduce a los posmodernos hacia la revisión del concepto de autor. M. Foucault rechaza el concepto de autor como una fuente del discurso. El autor se entiende como una construcción y una función del discurso que impone modos de funcionamiento del texto en la sociedad. La función de ser un autor de un texto, por un lado, impone el reconocimiento de la coherencia del texto y, por otro, delimita el marco de la libertad de interpretación.¹⁵

Las consideraciones sobre la autonomía del sujeto, la puesta en cuestión del punto de vista interno sobre su construcción repercuten en el ámbito de la reflexión jurídica. Según los posmodernos la filosofía del derecho debe tener carácter externo.¹⁶ Este rasgo hace referencia a la distinción propuesta por H.L.A. Hart entre el punto de vista externo y el punto de vista interno. El punto de vista interno del conocimiento corresponde al sujeto que participa en una determinada práctica social, que utiliza las categorías elaboradas por esa práctica, aquellas que la configuran para explicarla. El punto de vista externo permite analizar la práctica recurriendo las categorías ajenas a su universo simbólico, construyendo su significado a través de los conceptos externos. En este sentido el punto de vista interno no puede fundamentar la autonomía del derecho y el poder del juez condicionado por esa autonomía.

Ambos puntos de vista buscan las bases de la legitimización y racionalización de las subrealidades. El primero – interno se limita a la reconstrucción y justificación de los fenómenos que configuran la realidad. El externo indica que la realidad y los métodos de actuación humanas utilizados en su contexto deber ser considerados como casos particulares de algo más general y más importante. El primero afirma, a través de su reflexión, toda práctica investigada, el segundo, solamente, aquellos fragmentos de la práctica que corresponden al asumido y aceptado a priori, para las necesidades de la investigación, el modelo de verificación (por. ej. lógico, político, sociotécnico). El punto de vista interno suele ser llamado autónomo y el externo de integración.¹⁷ Ambas actitudes

¹² Sobre este tema: R. C. Solomon, *A History of Western Philosophy: Continental Philosophy since 1750*. Oxford University Press, New York, 1988, pp. 194.

¹³ T. Cave, *Fictional Identities*. En H. Harris (ed.) *Identity*. Clarendon Press, Oxford, 1995, pp.109.

¹⁴ M. Foucault en *Nadzorowac i karac. Narodziny wiezienia*. Aletheia, Warszawa, 1998; versión española: *Vigilar y castigar*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2012. El autor presenta la construcción del poder a través de los discursos científicos como: enfermedades psíquicas o criminología.

¹⁵ M. Foucault, Kim jest autor. en *Szalenstwo i literatura. Powiedziane, napisane, wybor*. Wydawnictwo T. Komendant, Warszawa, 1999, pp. 374.

¹⁶ D.E. Litowitz, *Posmodern Philosophy of Law*, University Press of Kansas, Kansas, 1997, capítulo 2.

¹⁷ A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej*. Wydawnictwo Kolonia Limited, Wroclaw, 2002, pp. 69.

adoptan una posición frente a la realidad institucionalmente creada por dicha práctica. La posición teórica externa cuestiona o rechaza la realidad o, por lo menos, sus aspectos específicos. La interna la trata como dada, como real, porque constituye un único referente para el conocimiento del sujeto y, a la vez, aporta los estándares para la verificación de la realidad y los objetos que configuran la práctica, en definitiva, permitiendo separar lo real de lo irreal. Así D.E. Litowitz opina que la reflexión posmoderna sobre el derecho tiene carácter externo, ya que no construye una teoría del derecho “jurídica”, no aporta unos conocimientos útiles y significativos para su construcción y confirmación.¹⁸

Las aportaciones posmodernas en su función de deconstrucción, ponen en cuestión la filosofía y la práctica del derecho conceptuales, llevando el pensamiento jurídico por el camino de la inseguridad.¹⁹ La realización de estas propuestas puede conducir hacia una puesta en cuestión de toda la fundamentación del derecho. Parece que la reflexión posmoderna no aporta ninguna solución salvo una nueva “falta de transparencia”.²⁰ Por estas razones D.E. Litowitz crítica a J. Derrida que olvida que el derecho y la justicia cumplen unas fundamentales funciones – de regulación, de estabilización y de racionalización y que todas las aportaciones de este autor se reducen a los elementos puramente argumentativos.²¹ Particularmente los juristas, criticando las aportaciones posmodernas, sugirieron que en la historia de la filosofía encontramos varias ideas parecidas que no tuvieron mayor impacto posterior.

A pesar de estas opiniones podemos indicar algunos elementos positivos aportados por la reflexión posmoderna. En cierto modo, el pensamiento posmoderno, ha propiciado el “desencanto” del mundo, nos ha permitido “ver” la realidad. La crisis de la filosofía de corte logocéntrico, el apoyo a los diferentes tipos de totalitarismos, la falta de contacto con la cultura de masas ha provocado que la política y, sobre todo, los ciudadanos de a pie hayan rechazado la autoridad de la filosofía. La cultura de masas, el consumo, la sociedad posindustrial desarrollada pueden funcionar sin la metafísica, sin el logos y sin la filosofía conceptual. No necesitan realizar ninguna visión teórica del mundo construida por la filosofía, es decir, no necesitan someterse a la violencia escondida en los discursos filosóficos, pueden libremente funcionar en el mundo “posfilosófico”.

Por primera vez en la historia de la filosofía se ha establecido la convicción que no existe ninguna interrelación entre el proyecto de la realidad filosóficamente elaborado y la política, también política del derecho.²² Los posmodernos han puesto en cuestión la existencia de un orden “natural” del mundo, que desde la antigüedad estaba fundamentado en la visión de la continuidad entre el orden de la naturaleza y el orden de la realidad social. Al mismo tiempo permitieron que a la metafísica se la pueda considerar solamente como una visión de un filósofo concreto quien construye, en el contexto del discurso filosófico, su propia idea sobre la realidad y los valores en ella incluidos. La política pertenece al mundo de las relaciones públicas, que está construido de modo diferente, depende de las aportaciones y de las opiniones sociales o de las impuestas por la teoría de los modos de solución de conflictos sociales. La política se desarrolla a través de los conflictos sociales y la búsqueda de los consensos. Este proceso no tiene un orden interno bien determinado, depende de los vínculos de las circunstancias y de situaciones sociales. Cualquiera puede contribuir con su propia convicción filosófica sobre la realidad, nos movemos en un específico “mercado” de ideas y de opiniones.

¹⁸ D.E. Litowitz, *Posmodern Philosophy of Law*. op.cit. pp.32.

¹⁹ B. Wojciechowski, *Dekonstrukcja między prawem a sprawiedliwoscia*. en: L. Leszczynski (ed.) *Zmiany społeczne a zmiany w prawie*. Wydawnictwo UMCS, Lublin, 1999, pp. 314.

²⁰ B. Wojciechowski, op. cit. pp. 314 y siguiente.

²¹ D.E. Litowitz, op. cit. pp. 32.

²² M. Zirk-Sadowski, *Postmodernistyczna jursprudencja?*, op.cit. pp. 22.

La filosofía puede suministrar a los políticos los argumentos, los métodos de discusión, pero no se puede convertir en una única y definitiva fundamentación de las soluciones adoptadas. En el contexto en que todos los puntos de vista, todas las cosmovisiones tienen el mismo estatus y validez, la supremacía de uno de ellos y su imposición como una visión filosóficamente y públicamente reconocida dependen o de su imposición a través de la violencia, de la dominación o del carisma del gobernante. La sociedad no es capaz, en el contexto del discurso público, de elegir racionalmente y definitivamente ni una opinión metafísica ni una política fundamentada en esta visión.

Analizando desde la perspectiva posmoderna el derecho y sus instituciones podemos apreciar ciertas similitudes con lo anteriormente expuesto. El derecho constituye, junto con la religión, uno de los pocos discursos logocéntricos coherentes y que sigue siendo utilizado a lo largo de toda la historia de la humanidad. Parece que resulta injustificado declarar el fin del derecho, pero varios autores están cuestionando el sentido teórico y filosófico de las actuaciones de los juristas. La autoridad del derecho cada vez más se está alejando de la autoridad de la reflexión académica.

Observamos que en el ámbito jurídico se imponen dos procesos: por un lado la crisis de la filosofía general y también jurídica y, por otro, cada vez más una creciente importancia de la práctica inmediata en el proceso de positivización del derecho. Este proceso provoca que resulta cada vez más complicado construir una visión teórica conceptualmente coherente del derecho siguiendo la línea marcada por los pensadores modernos – desde unos sistemas filosóficos contruidos previamente hacia el derecho positivo.²³ La filosofía jurídica contemporánea se está desarrollando desde una dirección contraria – desde el derecho positivo hacia la configuración filosófica. Además una creciente juridificación de las relaciones sociales, y una menor efectividad de las regulaciones normativas provocan que resulte muy complicado presentar una visión del derecho que responda a los postulados propuestos por R. Dworkin: la coherencia y la integridad de la cultura jurídica.

Particularmente este proceso lo podemos apreciar analizando el funcionamiento de los sistemas jurídicos continentales en los que la generalidad y la abstracción de la regulación normativa demandan una determinada fundamentación que proviene de una configuración teórica conceptual anterior a la legislación. La construcción de este tipo de proyecto teórico resulta muy complicada en la sociedad contemporánea caracterizada por la pluralidad de las opiniones que, desde un punto de vista posmoderno, todas deben ser consideradas como igualmente válidas. Precisamente en las sociedades que se encuentran en el proceso de “transformación”, es decir, en las que nuevas instituciones jurídicas no aparecen como consecuencia de un proceso de desarrollo histórico, sino como unos “trasplantes jurídicos”, la autoridad del derecho se encuentra muy debilitada e incluso, en algunos ámbitos de regulación normativa, esta falta de autoridad puede ser considerada como una situación de anomia.²⁴

Por estas razones y en este contexto, la práctica jurídica posmoderna puede resultar bastante significativa. La constatación de la ausencia de la seguridad y de la firmeza en la fundamentación del derecho no viene de mano del pensamiento posmoderno. Como he comentado anteriormente, estos rasgos ya estaban presente en la época moderna escondidos detrás de los grandes metanarraciones filosóficas. La posmodernidad solamente ha puesto en evidencia que las categorías del derecho natural, de la racionalidad jurídica, de la política del derecho no resultan suficientemente convincentes como argumentos para la cultura jurídica contemporánea.

²³ Sobre este tema del desarrollo histórico de la filosofía del derecho: M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Krakow, 2000.

²⁴ M. Zirk-Sadowski, *Postmodernistyczna jurysprudencja?* op cit. pp. 23.

Así el análisis del derecho se centra en las soluciones concretas de los casos jurídicos, en la fuerza vinculante de las decisiones jurídicas. Los pensadores posmodernos toman como referencia la figura del juez, del interpretador contrapuesto a la categoría del legislador, cuya discrecionalidad decisiva encuentra una nueva justificación. Según ellos, en el contexto de puesta en cuestión de las categorías universales, la fuente de la justicia se encuentra en los discursos locales. Podemos decir que no se trata de una persona jurídica, reconocida institucionalmente, sino de un ser humano con su experiencia “local” quien esta juzgando asuntos de otro ser humano. Encontramos una ilustración de esta situación en la paráfrasis de las palabras de C. Schmitt referidas a la democracia – la esencia de la función de juzgar se demuestra en el hecho de que todas las decisiones deben concernir solamente a aquellos que las están tomando.²⁵ La reflexión posmoderna no sugiere que tenemos que renunciar a la búsqueda de la verdad y de la justicia. Solamente, tal como ya he comentado, ponen en cuestión las “grandes narraciones” construidas por las elites e impuestas a todos los hombres como una herramienta de la violencia y de la dominación escondidas detrás de estos discursos. En este sentido J. Derrida explica que sus aportaciones no cuestionan ni el concepto de verdad ni de estabilidad interpretativa, ya que estas categorías existen y deberían permanecer, sino que analiza las estructuras sedimentadas que forman el elemento discursivo, la discursividad filosófica en la que pensamos. Al buscar el detalle tenemos que buscar la disseminación del sentido en los sentidos. En una situación definida pragmáticamente, la verdad se construye en función del contexto en el que se debe demostrar, justificar, funcionar, actuar, cumplir los criterios lingüísticos, determinados reglas sociales, éticas, político-institucionales etc.²⁶ Desde esta óptica la posmodernidad renuncia a las reglas universales y se centra en la situación concreta, en sus rasgos.

El rechazo de criterios universales y la concentración en los rasgos concretos del conflicto, siendo el hilo conductor del pensamiento posmoderno, plantea la pregunta sobre lo qué nos queda después de la puesta en cuestión de las grandes narraciones. No encontramos una respuesta clara y convincente, ya que distintos autores prevén diferentes soluciones. R. Rorty habla sobre democracia, sobre la gran conversación construida gracias al declive de la metafísica y S. Fish propone la “retórica”, una continúa discusión en la que ninguna constatación encuentra un argumento definitivo.²⁷

Para finalizar esta presentación de la reflexión posmoderna acerca del derecho, podemos aportar algunas reflexiones de los autores contemporáneos acerca de los rasgos que debe representar la reflexión teórica filosófica dedicada a la elaboración de un determinado concepto de derecho para los tiempos posmodernos.²⁸ Según D.E. Litowitz esa teoría necesita ser interna, autónoma y positiva.²⁹ El punto de vista interno hace referencia a la realidad en la que actúan los actores – los juristas. La autonomía significa la apertura a otros universos de significados, lo que supone, que sea capaz de encontrar su legitimación en el contexto social, asumiendo su pluralidad, referida tanto al conocimiento como a las opiniones sociales. Debe también ser positiva ayudando a la práctica jurídica a encontrar criterios adecuados para la solución de sus problemas. Esta reflexión permite ayudar a elaborar un derecho ajustado a los tiempos posmodernos en función de cinco rasgos atribuidos al fenómeno jurídico: el individualismo, la institucionalidad, la defensa de la subjetividad, la deliberalidad y la aplicación del principio de la justificada cautela.

²⁵ C. Schmitt, *Teologia polityczna i inne pisma*. SIW, Fundacja im. Stefana Batorego, Krakow-Warszawa, 2000, pp. 138.

²⁶ J. Derrida, *Limited Inc*, Northwestern University Press, Evanstone, 1989, t. III. La información proviene del: Ch. Norris, *Dekonstrukcja contra postmodernism: teoria krytyczna a zgroza nuklearna. Tworczość*, núm.kwiecien, 2007, pp.59.

²⁷ Indicaciones provienen del texto de M. Zirk-Sadowski, *Postmodernistyczna jurisprudencja?* op. cit. pp. 24.

²⁸ Sobre este tema: K. Wojcik, *El derecho para la convivencia democrática en el siglo XXI. Una propuesta desde la perspectiva posmoderna*. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Tomo 72, Fasc.4, 2016, pp. 1211-1230.

²⁹ D.E. Litowitz, *Postmodern Philosophy and Law*. Unniversity Press of Kansas, Kansas, 1997, capítulo 2.

El individualismo significa que el derecho debe configurarse como una herramienta que permite negociar las soluciones entre distintas partes de los conflictos, entre los actores autónomos, no subordinados unos a otros. Para este objetivo las aportaciones del modelo comunicativo resultarán muy útiles.

El carácter lingüístico del derecho demanda una configuración de una semántica de carácter institucional en la que el sentido de las formulaciones normativas adquiere su significado en función de la tradición cultural de su creación y de su aplicación e interpretación, unos aspectos aportados por la cultura jurídica profesional. Esta semántica creada institucionalmente se presenta como parte “integral” del derecho y existe como algo “real” en el contexto social.

La tradición liberal configura al individuo como un sujeto de derechos y deberes, responsable de sus actos. El individuo en los tiempos posmodernos se presenta como un consumidor, se constituye como un objeto del proceso de marketing, sobre todo en el ámbito político.³⁰ Esto supone que pierde una parte de su subjetividad, en el sentido de que el “emisor” del servicio político lo “libera” de la responsabilidad por las decisiones tomadas, ya que estas no dependen de su decisión racional sino de sus emociones. En este contexto queda claro que el derecho no puede eliminar la responsabilidad de uno si su decisión vulnera los intereses de otros. La libertad no tiene sentido cuando supone la falta de responsabilidad por la vida de otras personas.

El concepto de deliberación sirve para la solución de conflictos sociales gracias al carácter particular, local de la racionalidad interna del derecho. Demanda el cumplimiento adecuado del criterio de plena participación en los debates. El concepto de subjetividad jurídica está construido en base a la idea de una comunión estable de los intereses de los sujetos que participan cooperando en la comunidad. Para los pensadores posmodernos, que rechazan los criterios universales, resulta importante que los sujetos sociales pueden organizarse en función de unos intereses particulares, concretos. No resultan útiles, para este objetivo, unos conceptos y regulaciones jurídicas generales como las categorías de asociaciones, de sociedades o de partidos. Para la coordinación de la diversificación social sirven, de modo más adecuado, unos procedimientos que aseguran una participación efectiva de todos en la solución de los problemas sociales, por supuesto, siempre apreciando la especificidad de los asuntos particulares.

En la sociedad posindustrial el hombre “masificado”, en el sentido de J. Ortega-y Gasset, se caracteriza por el rasgo particular de posesión de unas visiones de la realidad muy dispersas, que van más allá del marco institucional de convivencia y de las necesidades de la división social del trabajo. La pluralidad de las visiones, falta de las referencias objetivas, universales provoca la inseguridad, divide la comunidad, dificulta la convivencia.³¹ El derecho, el elemento de la unificación social, sufre continuos “atentados” de aquellos que quieren utilizar su fuerza coactiva para realizar sus propios intereses. Para que el derecho pueda cumplir su función de cohesión social, resulta operativo el recurso a su tradicional herramienta de solución de conflictos sociales – la exclusión de aquellos que pierden en la confrontación. Parece más adecuado aplicar el principio de justificada cautela que recomienda, partiendo de la situación de multitud de opiniones y de la diversificación de los criterios valorativos, que se busquen unas soluciones más respetuosas y menos agresivas hacia los perdedores. El derecho debe aportar unas soluciones que eviten mayores riesgos para la vida social, que puedan sosegar los conflictos, asegurar la convivencia.

³⁰ Z. Bauman; C. Bordoni, *Estado de crisis*. Paidós, Barcelona, 2016, pp. 139-189.

³¹ Sobre estas tendencias: Z. Bauman, *La modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002 y también: Z. Bauman; L. Donskis, *Ceguera moral*, Paidós, Barcelona, 2015.

Al final, la filosofía posmoderna, y particularmente la reflexión posmoderna sobre el derecho, revelando tantos rasgos que caracterizan la sociedad contemporánea, deben ayudar a los hombres a construir una regulación jurídica que se ajuste a estas circunstancias para mantener la colaboración en el marco del sistema democrático.

BIBLIOGRAFÍA

- Z. Bauman; C. Bordoni, *Estado de crisis*. Paidós, Barcelona, 2016
- Z. Bauman; L. Donskis, *Ceguera moral*, Paidós, Barcelona, 2015
- Z. Bauman, *La modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002
- T. Cave, Fictional Identities. En: H. Harris (ed.) *Identity*. Clarendon Press, Oxford, 1995
- J. Derrida, *Limited Inc*, Northwestern University Press, Evanstone, 1989
- C. Douzinas, R. Warrington, S. McVeigh, *Postmodern Jurisprudence: the Law of Text in the Text of Law*. Routledge, London-New York, 1991
- M. Foucault, Kim jest autor. En *Szalenstwo i literatura. Powiedziane, napisane, wybor*. Wydawnictwo T. Komendant, Warszawa, 1999
- M. Foucault, *Nadzorowac i karac. Narodziny wiezienia*. Aletheia, Warszawa, 1998. Versión española: *Vigilar y castigar*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2012
- J. Habermas. *Teoria dzialania komunikacyjnego*. Polskie Wydawnictwo Naukowe, Warszawa, 1999
- A. Kozak, *Granice prawniczej wladzy dyskrecjonalnej*. Wydawnictwo Kolonia Limited, Wroclaw, 2002
- L. Leszczynski (ed.) *Zmiany społeczne a zmiany w prawie*. Wydawnictwo UMCS, Lublin, 1999
- D.E. Litowitz, *Postmodern Philosophy and Law*. Unniversity Press of Kansas, Kansas, 1997
- Ch. Norris, Dekonstrukcja contra postmodernism: teoria krytyczna a zgroza nuklearna. *Tworczość*, núm. kwiecień 2007
- R. Safransky, *Zlo. Dramat wolności*. Wydawnictwo Aletheia, Warszawa, 1999. Versión española: *El mal o el drama de la libertad*. Tusquets, Barcelona, 2002.
- C. Schmitt, *Teologia polityczna i inne pisma*. SIW, Fundacja im. Stefana Batorego, Krakow-Warszawa, 2000
- R. C. Solomon, *A History of Western Philosophy: Continental Philosophy since 1750*. Oxford University Press, New York, 1988
- K. Stasiuk, *Krytyka kultury jako krytyka komunikacji*. Wydawnictwo Uniwersytetu Wroclawskiego, Wroclaw, 2003

A. Szachraj, Co to jest postmodernizm? En M.A. Potocka (ed.) *Postmodernizm. Teksty polskich autorow.* Wydawnictwo Inter Esse, Krakow, 2003

B. Wojciechowski, Dekonstrukcja miedzy prawem a sprawiedliwoscia. En L. Leszczynski (ed.) *Zmiany spoleczne a zmiany w prawie.* Wydawnictwo UMCS, Lublin, 1999,

K. Wojcik, El derecho para la convivencia democrática en el siglo XXI. Una propuesta desde la perspectiva posmoderna. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Tomo 72, Fasc.4, 2016

M. Zirk-Sadowski, Postmodernistyczna jurisprudencja? En M. Blachuta (ed.) *Z zagadnien teorii i filozofii prawa. Ponowoczesnosc.* Wydawnictwo Kolonia Limited, Wroclaw, 2007

M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Krakow, 2000