

LA CRÍTICA QUE EL NUEVO PARADIGMA DE LA CIENCIA POS-MODERNA TRAE PARA LA CIENCIA DEL DERECHO

Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto*

La crítica que el nuevo paradigma de la ciencia en la pos-modernidad presenta para la Ciencia del Derecho reside en la propia crisis del Sistema Judicial en el sentido de la búsqueda de una nueva función social de la magistratura y en la construcción de un nuevo perfil frente a la pos-modernidad. La magistratura consciente de esa crisis y de la necesidad de su superación debe, según Bistra Stefanova Apostolova (1998), “cuestionar los imperativos de la cultura jurídica liberal, que se constituye como factor impeditivo de su transformación en mediadores calificados de las nuevas formas de conflictos”.

En este contexto de crisis institucional, el Poder Judicial, mediante una actuación creativa, pragmática y social del juez, pretende superar tales desafíos. En este mister, si de un lado, el magistrado pasa a ser protagonista activo en la efectiva concretización de los Derechos Fundamentales y de ciudadanía, por otro, debe embasar sus decisiones en una visión humanista, multidisciplinar y pragmática, buscando nuevos espacios para el consenso.

La función de los jueces, a lo largo del siglo XIX, estaba orientada en el sentido de legitimar la actuación del legislador que poseía un lugar de destaque político en el contexto de la distribución de los poderes constitucionales. El distanciamiento de la actuación del juez del campo de la política se proponía asegurar la reproducción fiel del Derecho positivo legislado en la resolución de los conflictos individualizados, garantizando, de esta manera, los Derechos y las libertades individuales. En síntesis, ese tipo de configuración de las funciones de los magistrados correspondía al entendimiento de legitimidad y de distribución del poder político en un sistema orientado por los imperativos del liberalismo.

* Jueza de Derecho del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios en Brasil.
Maestra en Derecho por la Universidad Federal del Pernambuco (UFPE) en Brasil.
Doctoranda en Ciencias Jurídicas y Sociales por la *Universidad del Museo Social Argentino* (UMSA) en Argentina.

A partir del final del siglo XIX, debido a las transformaciones políticas, económicas y culturales que marcaron el desarrollo del Estado moderno, comenzó también a ser modificado el significado sociopolítico de las funciones de los magistrados. Sin embargo, consoante Boaventura de Sousa Santos, fue sólo después de la Segunda Guerra Mundial que, en los países centrales, se consolidó una nueva forma de Estado, el Estado-Providencia. En el que dice respecto a los países periféricos, el referido autor observa la no-adequación de esa cronología a las realidades históricas de esos países, en los cuales hasta los Derechos de cuño liberal, llamados también de Derechos de primera generación o Derechos clásicos, no se respetan (SANTOS, 1996, p. 34-43).

En Brasil desde finales del siglo XX, la cuestión de la implementación plena de las bases del Estado de Bienestar Social continúa siendo un tema polémico. No obstante, la cultura jurídica y las prácticas de aplicación del Derecho presentan, en las últimas dos décadas, modificaciones significativas que las aproximan a las características del Derecho Social, base de sustento jurídico y político del Estado-Providencia (MACEDO JUNIOR, 1995, p.51).

Con el aumento de la complejidad del Estado y el surgimiento de nuevos grupos y actores sociales, fruto de la actuación acentuada de los movimientos sociales a finales de la década del 70, la Sociología del Derecho constató que el modelo liberal, en el cual se basaba el ejercicio de la magistratura, entró definitivamente en crisis, determinando la erosión de la legitimación clásica de la actuación de los jueces. Se verifica, en aquel período, la pérdida de la importancia del sistema judicial en la resolución de los conflictos y el aumento de mecanismos privados de solución de litigios de carácter antisocial, tanto entre las capas más pobres de la población, con el exterminio de moradores de la calle, como entre las más ricas, que, valiéndose de su poder económico, no siempre se someten a la normatividad estatal.

Para Bistra Stefanova Apostolova, la señal de una práctica judicial adecuada a la demanda pos-moderna por derechos surgió en la época de la transición democrática de los años 80, protagonizada por la actuación del movimiento Jueces Alternativos y de la Asociación Jueces para la Democracia. (APOSTOLOVA, 1998).

Eliane Botelho Junqueira interligó el surgimiento de los Jueces Alternativos con el proceso de democratización que hizo visible la confrontación entre el orden jurídico

liberal y los conflictos de naturaleza colectiva, proceso ese derivado de la necesidad de garantía de Derechos sociales mínimos para la mayoría de la población (JUNQUEIRA, 1993).

Los jueces de ese Movimiento entienden el Derecho en su función transformadora de la sociedad, orientada por los valores jurídicos del Estado Democrático de Derecho, positivados en la Constitución Federal. No es diversa la esencia del uso alternativo del Derecho, cuyos adeptos se posicionan en el sentido de la defensa de la parte más débil en una relación jurídica, intentando rescatar la dimensión social de la actividad del juez.

Los referidos movimientos de jueces críticos pretendían ofrecer respuestas adecuadas a la demanda por Derechos de los Nuevos Movimientos Sociales, que cuestionaban la racionalidad formal del ordenamiento jurídico, colocando en jaque el paradigma que está en la base de la actuación tradicional del Judiciario, abriendo la discusión sobre la función social de la actuación del juez en el contexto de la pérdida de la legitimidad de las funciones clásicas de las instituciones estatales.

José Eduardo Faria sintetizó tres líneas fundamentales para la comprensión de la actuación de los adeptos al Derecho crítico, que explicitan los términos de la ruptura de los movimientos de jueces críticos con el paradigma positivista-legalista dominante en la cultura jurídica brasileña. En primer lugar, esos jueces perciben el ordenamiento jurídico como un sistema incompleto y abierto, llevando en consideración que él reproduce las contradicciones sociales, económicas y políticas de la complejidad de la sociedad brasileña. En segundo lugar, los jueces críticos procuran la Justicia substancial y no la Justicia formal, valorizando las relaciones concretas de los hombres y enfatizando, en ese sentido, la importancia de adecuar la ley. Y, por último, esos jueces ven la sentencia judicial no como fruto de subsunción lógica y obligatoria, sino como un compromiso político entre exigencias inconciliables (FARIA, 1992).

Las interpretaciones divergentes de los textos legales comenzaron a transformar paulatinamente el proceso jurídico, acentuando una visión contemporánea del proceso, según lo cual el espacio del Judiciario se transformó en una reproducción del actual escenario político-social brasileño marcado por las acciones colectivas y conflictivas de los varios actores sociales. Los contenidos de las sentencias sobre una misma cuestión varían

en función de las inclinaciones ideológicas y doctrinarias de los magistrados, hecho revelador de la lucha simbólica entre los profesionales del campo (FARIA, 1992).

José Geraldo Sousa Júnior, en su libro *Para uma crítica da eficácia do Direito*, estudió el pluralismo jurídico bajo una perspectiva sociológica, entendiendo que en el mismo espacio político pueden existir diversos sistemas jurídicos, decurrentes de la multiplicidad de las fuentes del Derecho. Él considera necesario hacer algunas diferenciaciones en el concepto del pluralismo, ya que percibe la insuficiencia de la convivencia plural bajo los criterios de la libertad formal y de la tolerancia “para la superación de la desigualdad real subyacente a las connotaciones socioeconómicas de los diferentes sistemas de valores”; en ese sentido, el pluralismo valorativo debería fomentar el desarrollo de la consciencia crítica de los hombres, con miras a la superación de la desigualdad real (SOUSA JÚNIOR, 1984).

En Brasil, el movimiento crítico de los jueces surgió en un momento en que las demandas de los sectores de la sociedad por Derechos sociales y colectivos superaban las posibilidades de la oferta de los códigos, inspirados en una visión liberal-individual del mundo, y esas demandas exigían del juez una interpretación crítica del Derecho en condiciones de dar mayor legitimidad a su actuación de acuerdo con las aspiraciones de los nuevos movimientos sociales. Esos jueces, al encontrarse con las rígidas rutinas burocráticas presas a exigencias formales, procuraron la realización de la Justicia substantiva, atendiendo a las peculiaridades de cada caso concreto. Tomando una posición jurídica y ética al lado de la parte más débil de la relación jurídica, ellos se opusieron al predominio del valor económico.

¿Será posible que los magistrados actúen al mismo tiempo en la superación de las desigualdades de oportunidades y en la organización de un sistema judicial, reconocido por todos los actores sociales en confrontación como el espacio institucional adecuado para la discusión racional de las diferencias? En la literatura jurídica hay innumerables críticas e indagaciones en relación a la actuación de los jueces críticos, las cuales reflejan la complejidad del tema y la importancia del debate para explicitar las consecuencias jurídicas, políticas y sociales de la actuación de esos Magistrados.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior indaga: “¿en qué medida, en el contexto de la sociedad pos-moderna, los adeptos al uso alternativo del Derecho, que politizan el ejercicio

de la profesión, no contribuyen para la transformación del Derecho en un simple bien de consumo, fomentando una relación pragmática del jurista con el mundo, típica de la actuación política?” (FERRAZ JÚNIOR, 1994).

No concordamos con esa posición, dado que el juez que observa la concepción pragmatista de Derecho evalúa comparativamente diversas hipótesis de resolución de un caso concreto teniendo en cuenta sus consecuencias. De todas las posibilidades de decisión, él intenta suponer consecuencias y, de la confrontación de estas, trata de escoger aquella que corresponda mejor a las necesidades humanas y sociales, en vez de encerrarse dentro de su propio sistema, o subsistema jurídico. Esa concepción de Derecho implica la adopción de recursos no jurídicos en su aplicación y contribuciones de otras disciplinas en su elaboración.

Es de fundamental importancia que la especialización de los juristas se complemente con nuevas síntesis que permitan obtener las perspectivas necesarias para la concretización del Derecho, entre ellas la concepción filosófico-pragmática. No se puede hacer Ciencia social o jurídica sin sentido histórico, experiencial, sin ningún compromiso directo con las condiciones materiales de la sociedad y con los procesos en los cuales los actores sociales están insertados.

Delante del proceso de definición de la función social del juez contemporáneo, es oportuno destacar que, a despecho de las referidas críticas a los jueces que confieren un uso alternativo al Derecho, y pese a no compartir con varias de sus ideas, entre ellas la de la no plenitud del ordenamiento jurídico; dada, a mi modo de ver, la posibilidad de que siempre haya una respuesta efectiva de cuño social, educativo y pedagógico a través de las decisiones judiciales, dentro del ordenamiento jurídico, inclusive con una concepción pragmatista de Derecho, bastando para ello la observancia de los principios y valores constitucionales. Con todo, entiendo relevante y valerosa la búsqueda de los jueces críticos en dar una respuesta efectiva de ciudadanía, principalmente durante los años 80, época en la que los valores y principios democráticos estaban comenzando a establecerse como fundamentales a la Dignidad de la persona humana.

De esta forma, se verifica que el nuevo orden del discurso que está produciendo el conocimiento jurídico, actualmente, según Bistra Stefanova Apostolova (1998), se centra en la comprensión del juez como “agente político activo en la construcción de un nuevo

orden legal adecuado a los tiempos pos-modernos, en los cuales el Derecho y la Justicia son objetos de permanente lucha, discusión y adaptación”. Para ello, se hace necesario la obtención de nuevos abordajes por la vía multidisciplinar, de forma humanista e pluralista.

El Poder Judicial contemporáneo enfrenta la articulación de un Derecho positivo, coyuntural, evasivo, transitorio, complejo y contradictorio, en una sociedad de conflictos crecientes, envuelta en la globalización económica y, por eso, se impone a la diversificación del Judicial para atender a las necesidades de control de la norma positiva. En virtud de ello, recientemente se le han hecho innumerables críticas a la actuación del Poder Judicial en Brasil; con todo, ese Poder carece de mejores instrumentos de trabajo. La legislación nacional, además de la técnica deficiente, hoy en día su producción es igualmente caótica, así como deficientes, son los instrumentos disponibles al Judicial, porque ya no se acepta la verdadera liturgia del proceso, el amor desmedido por los ritos, que casi ponen fin en sí mismos.

El Judicial, en los tiempos actuales, no puede proponerse ejercer una función tan solo jurídica, técnica, secundaria, sino que debe ejercer un papel activo, innovador del orden jurídico y social, dado que debe contribuir para la efectividad de los Derechos sociales, procurando darles su real densidad. El juez debe estar atento a las transformaciones del mundo moderno, porque, al aplicar el Derecho, no puede desconocer los aspectos sociales, políticos y económicos de los hechos que le son subyugados.

Cabe al juez ejercer la actividad recreadora del Derecho a través del proceso hermenéutico, así como adaptar las reglas jurídicas a las nuevas y constantes condiciones de la realidad social y, con responsabilidad, debe buscar las soluciones justas a los conflictos, siempre con la observancia de los principios constitucionales de la proporcionalidad y de la razonabilidad.

El modelo pos-positivista vigente invierte en la juridicidad de los principios ante la insuficiencia de la concepción jurídica normativa-legal delante de la dinámica de la realidad social en continua mutación y complejidad. Se verifica que, de un lado, está el Derecho instituido formalmente y, de otro, la normatividad que emerge de las relaciones sociales, lo que lleva a la necesidad de novas condiciones sociales y teóricas para orientar la cognición del Derecho y la actuación de sus operadores.

En ese contexto, se percibe la emergencia de nuevos movimientos sociales y de nuevos sujetos de Derecho en ellos constituidos, en consecuencia del surgimiento de nuevos conflictos y de la ocurrencia de un efectivo pluralismo jurídico. Se trata de una crisis decurrente del agotamiento de los fundamentos que alcanza a todas las instituciones sociales, no siendo diferente con relación a la Ciencia del Derecho y al Sistema Judiciario, que ya no pueden servirse del referencial de la cultura legalista que los construyeron.

Entonces, ese proceso es oportuno para el espacio de crítica sobre el propio pensar y la actuación de los jueces y asegura condiciones para el debate abierto sobre el Derecho y la Justicia. Se cuida de un apelo al poder creativo de los jueces y, también, a la renovación de las instituciones para la apertura de nuevos espacios públicos y condiciones para el debate y para la construcción de nuevos consensos, en el sentido de la plena concretización de los Derechos de ciudadanía y del fortalecimiento de la cultura de Derechos Humanos.

Referencias

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. São Paulo: Saraiva, 1996.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: os Juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 12-41, 1994.

_____. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

GOMES, Luís Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *A Sociologia do Direito no Brasil: introdução ao debate atual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993.

MACEDO JUNIOR, R. P. A Evolução Institucional do Ministério Público Brasileiro. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Uma introdução ao estudo da Justiça*. São Paulo: Sumare, 1995.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*. São Paulo: Dialética, 1998.

_____. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do Judiciário e a visão dos Juízes. *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 34-45, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da administração da Justiça. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de; AGUIAR, A. R. A. (Orgs.). *Introdução crítica ao Direito do Trabalho*. Brasília, p.104-125.1993. (Série O Direito Achado na Rua, v. 2).

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 11, n. 30, p. 29-62, fev. 1996.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. *Para uma crítica da eficácia do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1984.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Teoria geral do controle jurídico do poder público*. Lisboa: Cosmos, 1996.