

El debate jurídico contemporáneo entre realismo y posmodernismo en Estados Unidos

*Raúl Ávila Ortiz**

INTRODUCCIÓN

La evolución del pensamiento jurídico y el sistema legal de Estados Unidos puede ser analizada a través de su relación funcional con el desarrollo del capitalismo en los últimos dos siglos.

Desde este enfoque, el debate jurídico contemporáneo entre realistas y posmodernos corresponde, al menos en buena medida, a la transición que tiene lugar en el nivel de la infraestructura y que es generada por la transición del capitalismo neomercantilista industrial del segundo tercio del siglo xx, al capitalismo neoliberal globalizado de los últimos decenios. Al mismo tiempo, ha de considerarse la tesis de que las propias representaciones que sobre el derecho se forman los protagonistas del debate influye en los términos del mismo y repercute, bajo ciertas condiciones, en la orientación del desarrollo económico.

El objeto de este trabajo, que consiste en mostrar los términos del debate contemporáneo entre la corriente jurídica del realismo y las ideas del posmodernismo en Estados Unidos, intenta contextualizar

* Mexicano, maestro en Estudios Latinoamericanos por la Universidad de Texas en Austin y doctor en derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM.

su comprensión haciendo referencia histórica a la forma en que se ha manifestado aquella relación funcional entre subsistemas sociales.

Para ello procedo de la siguiente forma: primero, me refiero a las etapas de la evolución del capitalismo estadounidense; segundo, ubico las rupturas o cambios relevantes en la evolución del pensamiento jurídico aplicado a casos concretos, es decir, a través de la jurisprudencia, que se relacionen con aquellas etapas y, tercero, concentro mi análisis en la circunstancia actual del capitalismo estadounidense y su relación con el debate jurídico entre realistas y posmodernos.

El trabajo, así concebido, pretende exceder la sola narrativa de los contenidos y posturas de un debate jurídico de suyo interesante e ilustrativo. Se intenta fundamentar una comprensión posible del sentido dialéctico recurrente de la historia, para tratar de extraer de ésta, la maestra de ceremonias de la vida, enseñanzas útiles para la propia ciencia social y su aplicación práctica. Basado en fuentes bibliográficas diversas que contrasté para validar la información obtenida, a partir de ella el trabajo también pretende dibujar algunas trayectorias de pensamiento futuro sobre el objeto de estudio.

ETAPAS DEL CAPITALISMO ESTADUNIDENSE

La idea de etapas o ciclos en la historia es tan antigua como el hombre mismo. En el mundo moderno, Vico, Herder o Marx, por ejemplo, postularon leyes que explicaban la evolución cíclica de las sociedades humanas.¹

En materia económica, se debe al economista ruso Nikolai Dimitrievich Kondratief, a mediados de los años veinte del siglo xx, así como a Joseph Schumpeter, en 1939, el estudio científico de las llamadas ondas largas o ciclos de la vida económica. El primero analizó Europa y advertía un ascenso económico en el periodo 1780-1790 a 1810-1817; descenso entre 1810-1817 a 1844-1851; ascenso de 1844-1851 a 1890-1896, y desde este año hasta 1920, así como el inicio de una etapa de declive entre 1914-1920. Según Theotonio Dos Santos, dicha

¹ Véase José M. Sevilla, "El concepto de filosofía de la historia en la modernidad", en Manuel Reyes Mate, ed., *Filosofía de la historia* (Madrid: Trotta, 1993), 65-84.

etapa se habría extendido hasta 1940-1945, tendencia que se habría revertido durante 1945-1973 y se habría vuelto a invertir desde el periodo 1966-1973 hasta 1993, o incluso hasta 1998, año a partir del cual se esperaría observar una nueva tendencia hacia el crecimiento. Kondratief encontró, entonces, ciclos largos de alternativo crecimiento y decrecimiento en periodos de 25 años.

Schumpeter, a diferencia de Kondratief, identificó ciclos largos de 40 a 60 años, combinados con otros más cortos; ciclos de inversión que tendrían lugar de 4 en 4 años, así como otros adicionales con duración de 9 a 11 años, ya identificados por Clement Juglar hacia 1860.

Las aportaciones del propio Dos Santos, André Gunder Frank e Immanuel Wallerstein, entre otros, dadas a conocer durante los años sesenta y setenta, sumaron a dicho conocimiento la propuesta de los ciclos extralargos de 200 a 250 años, en tanto que la teoría de las etapas del desarrollo económico, reeditada por Walter Rostow en 1978, redescubrió a Kondratief y replanteó, refinó y amplió la conocida teoría de las etapas del desarrollo económico (prerrequisitos extraeconómicos —mercantilismo—, el despegue y el consumo masivo autosostenido), dada a conocer a finales de la década de los cincuenta y revitalizada luego de la caída del socialismo real.²

Sirva esta breve referencia para argumentar que, para el caso de Estados Unidos, el propio Rostow sitúa la etapa de prerrequisitos para el despegue industrial en el periodo previo al segundo tercio del siglo XIX; el despegue a partir de esa época y hasta el último tercio del mismo siglo, y la era del consumo masivo autosostenido desde el último tercio del siglo XIX en adelante.

Sumado a lo anterior, cabe apuntar que, para economistas como Douglas Dowd, la historia económica de Estados Unidos se desen-

² Véanse Theotonio Dos Santos, "La cuestión de las ondas largas", en Jaime Estay, Alicia Girón y Osvaldo Martínez, coords., *La globalización de la economía mundial: principales dimensiones en el umbral del siglo XXI* (México: Instituto de Investigaciones Económicas, UNAM-Benemérita Universidad Autónoma de Puebla-Centro de Investigaciones de la Economía Mundial-Miguel Ángel Porrúa, 1999), 77-100; W. Walter Rostow, *The Stages of Economic Growth* (Cambridge: Cambridge University Press, 1960); ídem, *The World Economy. History and Prospect* (Austin: University of Texas Press, 1978), 51, e ídem, *Theorists of Economic Growth from David Hume to the Present (with a Perspective on the Next Century)* (Oxford: Oxford University Press, 1990), 446 y ss.

vuelve en fases de mercantilismo y librecambismo que modifican el papel del Estado en la economía.³

Así, en una primera etapa, después de la Independencia, se creó en Estados Unidos el sistema mercantilista inspirado en el pensamiento comercial proteccionista de Hamilton; una segunda fase, después del periodo presidencial de Andrew Jackson, marcó el inicio del capitalismo librecambista, que alcanzó su clímax en las décadas posteriores a la Guerra Civil; la tercera etapa, como respuesta a la inestabilidad y signos prometedores del capitalismo industrial maduro, comienza al finalizar el siglo XIX y se distingue por una nueva concentración del poder en el Washington de Wilson; esta etapa, pese al tímido intento liberalizador de los años veinte, se extendió hasta mediados de los años setenta, merced a la Gran Depresión de 1929, la política del Nuevo Orden y la segunda guerra mundial; la cuarta etapa, que comenzó a fines de los setenta, como se sabe, se caracteriza por una nueva reestructuración del papel interventor del Estado en la economía y la sociedad.

RUPTURAS JURÍDICAS EN LA EVOLUCIÓN DE ESTADOS UNIDOS

En términos generales, una ruptura jurídica representa un momento de superación o transición cualitativa de una concepción científica y su aplicación práctica sobre problemas sociolegales a otra. Puede sostenerse —en los términos planteados por Thomas Khun para la ciencia—⁴ que las rupturas jurídicas forman parte de una revolución científico-jurídica sustitutiva de un paradigma por otro. Esto ha ocurrido en varias ocasiones en la evolución del pensamiento y el sis-

³ Véanse Douglas Dowd, *U.S. Capitalism Development Since 1763* (Armonk, N.Y.: M.E. Sharpe, 1993). Una periodización similar se encuentra en Glenn Porter, ed., *Encyclopedia of American Economic History: Studies of the Principal Movements and Ideas*, vol. I, parte II, "The Chronology of American Economic History" (Nueva York: University of Delaware, 1980), 17-130; una fuente más, para la periodización del siglo XIX, se halla en Louis M. Hacker, *American Capitalism* (Huntington, N.Y.: R.E. Krieger, 1979), y para el siglo XX, Angus Maddison, *La economía mundial en el siglo XX: rendimiento y política en Asia, América Latina, la URSS y los países de la OCDE* (México: FCE, 1992), así como las múltiples referencias citadas en Anthony Chase, *Law and History: The Evolution of the American Legal System* (Nueva York: The New Press, 1997), 209-210.

⁴ Véase Thomas S. Khun, *La estructura de las revoluciones científicas* (México: FCE, 1971).

tema legal estadounidense, movimiento que se ha presentado relativamente engarzado a los procesos continuos y discontinuos de la evolución económica. En ese orden de ideas, procede subrayar que el pensamiento jurídico estadounidense, funcionalmente interactivo respecto del desarrollo capitalista, registra determinados momentos relevantes de cambio. El primero, a finales de los años treinta del siglo XIX, es decir, justo en la transición de la primera a la segunda etapa del desarrollo capitalista. En éste, la interpretación jurídica y su aplicación judicial transitaron de un enfoque no discriminatorio del derecho privado respecto del derecho público, en materia económica, el cual era más funcional a la sociedad mercantilista, comúnmente caracterizada por la existencia de protecciones, privilegios y prebendas mediante asignación de recursos a los agentes económicos a través del Estado, a la distinción entre criterios amplios y estrictos de interpretación, según se tratara de cuestiones privadas o públicas. Esta modificación resultó favorable a la promoción del capitalismo librecambista fundado en las reglas abstractas de la libre competencia en el mercado y que, por tanto, reduce el papel del Estado en la economía y la sociedad, aunque suele fortalecer, como fue el caso, su capacidad normativa.

Esta transición se reveló, durante la presidencia de Roger B. Taney en la Suprema Corte de Justicia (1837-1864), en el famoso *Caso del puente sobre el río Carlos vs. el puente Warren*, de 1837. Dicho caso consistió en la adopción, por parte de la Corte —a partir de una interpretación estricta del texto de un título de concesión, conectada a una visión liberal de la economía—, de un nuevo concepto de la propiedad y el valor, así como de una nueva forma de concebir el papel del derecho en la economía y la sociedad, con el propósito de impulsar el desarrollo económico mediante la supresión de prácticas monopólicas.⁵

⁵ Véase Bernard Schwartz, *A History of the Supreme Court* (Nueva York: Oxford University Press, 1993), 75-77 y 102, donde señala que la decisión mencionada de la Corte Taney tuvo un impacto tal en el desarrollo empresarial y económico de Estados Unidos, que el número de compañías involucradas en la manufactura se incrementó significativamente, además de que si antes de Taney sólo se encontraban invertidos 50 000 000 de dólares en la manufactura, hacia 1860 la cifra había crecido hasta un billón de dólares. Véase también Robert G. Mac Closkey, *The American Supreme Court* (Chicago: University of Chicago Press, 1994), 58; Chase, *Law and History...*, y Samuel Eliot Morrison, Henry Steele Commager y William E. Leuchtenburg, *Breve historia de los Estados Unidos*, 4ªed. (México: FCE, 1999), 244.

El segundo, a fines del siglo XIX y principios del XX —un ciclo expansivo, según Kondratief; la etapa del consumo masivo autosostenido de Rostow—, durante la presidencia del ministro Melville Weston Fuller (1888-1910). El cambio en este periodo crucial de la historia económica de Estados Unidos consistió en la visible modificación de criterios jurisdiccionales previos que, por una parte, limitaban la libertad de contratación y, por la otra, tornaban improcedente la revisión judicial constitucional de ciertas tasas impositivas establecidas por ley.

Los respectivos casos que dieron pie a tales cambios fueron: 1) *Allgeyer vs. Louisiana*, de 1897, al que el ministro Rufus W. Peckham propuso la interpretación en sentido amplio del concepto de “libertad” establecido en la Decimocuarta Enmienda, lo cual, por cierto, hizo del “debido proceso legal” (a través del alegato de su violación, mediante la aplicación de la legislación en materia económica expedida por el Congreso) el instrumento para neutralizar la intervención del Estado en la economía, y favorecía así la lógica del libre juego de la oferta y la demanda; 2) el llamado *Income Tax Case*, en el que la corte declaró anticonstitucional la Ley del Impuesto sobre la Renta de 1894, pues consideró, en una reñida y polémica votación de cinco contra cuatro, que ésta era, según lo pretendía el demandante, contraria al artículo 1, sección 2, de la Constitución, toda vez que establecía un impuesto que se consideró directo, pues gravaba el capital o los ingresos y no el consumo, además de que dicho impuesto no era proporcional a la población de los estados de la unión, de tal suerte que era tildado, incluso, de perseguir fines comunistas.⁶

Luego de un largo periodo de transición de los criterios de la corte, que se distinguió no sólo por la irrupción del realismo judicial enarbolado por el ministro Oliver Wendell Holmes (1902-1932) en contra del formalismo racionalista del siglo XIX, sino por opiniones divergentes de diversos ministros en turno, por ejemplo, a la constitucionalidad de la ley antimonopolios y de leyes protectoras en materia laboral (sobre la libertad de contratación o jornada limitada y sobre indemnización por riesgos de trabajo con negligencia del

⁶ Schwartz, *A History...*, 174-189. Desde aquí hasta la nota 9 se sigue centralmente este libro, pero la información se ha confrontado con las otras fuentes citadas en la nota 5.

trabajador o sin ella, entre otros temas), es decir, sobre el modelo de desarrollo económico, se manifiesta el tercer momento de cambio en la orientación de la jurisprudencia estadounidense. Este momento inicia, en realidad, hasta 1937.

En efecto, la renuncia de William F. Taft como presidente de la corte en 1930, quien había sustituido a Edward D. White en 1921, y la asunción de Charles E. Hughes en aquel año, no cambió el sentido fundamental de la jurisprudencia liberal individualista heredada del siglo XIX, pues no sólo la mantuvo, sino que anuló la legislación del llamado Nuevo Orden (por ejemplo, la Ley para la Reconstrucción Industrial Nacional de 1935 y la Ley para la Reestructuración Agrícola de 1936; en total, doce importantes resoluciones entre 1934-1936) y restringió el Poder Legislativo del Estado, pese a las graves circunstancias económicas derivadas de la crisis financiera de 1929.

Ante la delicada situación prevaleciente, el presidente Franklin D. Roosevelt propuso al Senado modificar la integración de la Corte mediante la fórmula consistente en que el titular del Poder Ejecutivo podría nombrar otro ministro por cada uno que excediera los setenta años y no se hubiera retirado, de tal forma que aquél podría nombrar hasta seis, alterando así la estructura de la votación. La historia es muy conocida: aunque el Senado rechazó la iniciativa, dos ministros de la corte modificaron su postura ante la legislación del Nuevo Orden, lo que permitió que en un solo día, el 29 de marzo de 1937, se revirtieran decisiones cruciales en materia de salario mínimo y negociación colectiva, quiebras agrícolas y control sobre armas de fuego (lo que consta en casos como el *National Labor Relations Board vs. Jones & Laughlin Steel Corp.*), en lo que ha sido calificado como una revolución constitucional únicamente análoga a la que propiciara el ministro Taney un siglo atrás.⁷

Esta nueva orientación se mantuvo constante en las siguientes cuatro décadas, durante las cuales, sobre todo en la corte Warren (1953-1969), los asuntos económicos se interpretaron restrictivamente y los relativos a los derechos humanos de carácter civil recibieron un tratamiento que permitió su expansión y mejor protección, no sólo frente al poder sino ante los derechos de propiedad —incluido

⁷ *Ibid.*, 225-245.

el tema crucial de los derechos civiles y políticos de las minorías raciales, ejemplificado en el caso *Brown vs. Board of Education*, de 1954, que dio fin a la segregación racial en las escuelas o el histórico caso *Roe vs. Wade* sobre el derecho a la privacidad (con motivo del derecho a abortar), resuelto polémicamente por la corte Burger (1969-1986), en 1973.⁸

El cuarto momento corresponde en cierta medida a la corte Burger, y en mucho mayor grado a la actual corte Rehnquist. En términos de método, de acuerdo con la literatura, se ha observado un pronunciado pragmatismo en la valoración de los casos resueltos, de tal forma que las consideraciones sobre consecuencias sociales de las decisiones, e incluso el señalamiento de que han existido resoluciones ad hoc, de acuerdo con las circunstancias, son constantes en los análisis. En cuanto a la reorientación jurisprudencial, William H. Rehnquist, quien ya formaba parte de la corte Warren como ministro, ha declarado expresamente que ésta se excedió en la interpretación de diversos artículos constitucionales sobre derechos civiles, por lo que su misión consiste en reajustar esos derechos conforme a la Constitución. De particular importancia para este trabajo, aunque sólo se aludan para no exceder en su objeto, son las decisiones restrictivas tomadas en materia de derechos civiles y derecho penal, así como las expansivas en lo que respecta a derechos de propiedad, libertad de contratación y derecho a elegir, lo mismo que en materia de constitucionalidad, por ejemplo, del TLCAN.⁹

LA TRANSICIÓN CAPITALISTA CONTEMPORÁNEA Y SU REFRACCIÓN EN ESTADOS UNIDOS

El capitalismo occidental, en general, y el estadounidense, en particular, se han desplegado en los últimos dos siglos conforme a los ciclos u ondas de corto y mediano plazos descritos en la primera parte de este tra-

⁸ *Ibid.*, 246-361.

⁹ *Ibid.*, 362-377. Sobre el papel activo de la Suprema Corte de Estados Unidos respecto de la legislación del Nuevo Orden y su papel pasivo en lo concerniente al Nuevo Internacionalismo, en el que se ubica el TLCAN, véase Bruce Ackerman y David Golove, *Is NAFTA Constitutional?* (Cambridge: Harvard University Press, 1995).

bajo. Dicha evolución cíclica, en condiciones tecnológicas y de complejidad social ascendentes, puede representarse en términos de movimientos de expansión y contracción de la economía, los cuales producen importantes impactos en el sistema jurídico y el pensamiento legal.

Con el precedente de una crisis económica, en los periodos de expansión el cuerpo gubernamental adquiere una más débil presencia material en la vida social y una más débil influencia ideológica. Por el contrario, cuando hay crisis económica, en los periodos de contracción la presencia material de las instituciones gubernamentales se incrementa y su influencia ideológica se intensifica.

No obstante lo anterior, la transición capitalista contemporánea registra un movimiento contradictorio: aunque la economía de Estados Unidos entró, en los últimos veinte años, en un periodo de desaceleración respecto a las dos celebradas décadas estadounidenses (las de los cincuenta y sesenta), la búsqueda de una nueva etapa de expansión económica se ha intentado a través de diversos instrumentos reductores del papel del Estado en la economía. La actual transición es claramente diferente a las anteriores, porque el Estado no ha sido visto como el mecanismo para resolver una crisis, según sucedió en los años treinta, sino como el causante de aquélla.

En ese sentido, debe señalarse que el fenómeno de la globalización contemporánea viene acompañado de una nueva concentración del poder financiero en la llamada metaburguesía global, así como por la reconfiguración igualmente global de la estructura de clases. Dicha reconfiguración no es ajena a una profunda reestructuración económica interna (en Estados Unidos) con importantes impactos territoriales, sociales e institucionales: territoriales, debido a la redistribución de las ventajas competitivas dinámicas para participar en el mercado global; sociales, por el desajuste y desordenamiento de los agentes y actores tradicionales, como las industrias de chimenea, negocios, sindicatos, empresarios y trabajadores típicos, así como el notorio impacto en la estructura de oportunidades, e institucionales, por la incómoda posición del gobierno ante las fuerzas globalizadoras e intrarregionales que, aun en Estados Unidos, lo aprisionan de un lado y del otro.

Destacadamente, la actual transición capitalista global repercute, modifica, redimensiona y reconfigura la estructura de las clases socia-

les. Aparecen nuevos referentes para la dinámica social y nuevos sujetos sociales, como los movimientos intra y extranacionales más articulados de etnias, mujeres, comunidades, grupos y organizaciones diversas.¹⁰

Estados Unidos, una sociedad paradigmáticamente multicultural, pero progresivamente recentralizada a lo largo del siglo xx en sus ejes institucionales básicos de administración del poder, muestra a través de la competencia de discursos jurídicos una parte de las reacciones académicas y sociales al impacto de la globalización.

El derecho se enfrenta, en este contexto, a una nueva transición que le representa un nuevo dilema; y en esa tensión transicional, en ese dilema, se inscribe el debate entre realistas y posmodernos.

EL DEBATE JURÍDICO CONTEMPORÁNEO ENTRE REALISMO Y POSMODERNISMO¹¹

Es bien sabido que las teorías realistas del derecho reconocen dos vertientes: la estadounidense y la escandinava. La primera se distingue por su enfoque pragmatista y conductista respecto de las insti-

¹⁰ Para la transición capitalista actual y sus impactos socioculturales en Estados Unidos, véanse Ravi Batra, *The Crash of the Millenium: Surviving the Coming Inflationary Depression* (Nueva York: Harmony Books, 1999); Gary Burtless, Robert Z. Lawrence, Robert E. Litan y Robert J. Shapiro, *Globaphobia: Confronting Fears about Open Trade* (Washington, D.C.: The Brookings Institution, 1998); David Harvey, *The Condition of Postmodernity* (Oxford: Basil Blackwell, 1990); Jan Nederveen Pieterse, *Global Modernities* (Londres: Sage, 1995); Paul Kennedy, *Preparing for the Twenty-First Century* (Nueva York: Random House, 1993), sobre todo el capítulo 13, "The American Dilemma"; Arthur M. Melzer, Jerry Weinberger y M. Richard Zinman, eds., *Multiculturalism and American Democracy* (Kansas: University of Kansas Press, 1998); Arthur M. Schlesinger Jr., *The Disuniting America* (Nueva York: W.W. Norton, 1992); Leslie Sklair, *Sociology of the Global System* (Washington, D.C.: The Johns Hopkins University Press, 1995); Michael Walzer, *Tratado sobre la tolerancia*, trad. de Francisco Álvarez (Barcelona: Paidós, 1998), particularmente el epílogo, "Reflexiones sobre el multiculturalismo estadounidense", 105-123.

¹¹ El presente apartado se basa en las obras de Surya P. Sinha, *What Is Law?* (Oxford: Routledge, 1989), e ídem, *Jurisprudence: Legal Philosophy in a Nutsbell* (St. Paul, Minn.: West Publishing, 1993). Asimismo, Douzinas Costas y Ronnie Warrington, *Post-Modern Jurisprudence: The Law of Text in the Text of Law* (Londres: Routledge, 1991); Jean-François Lyotard, *The Postmodern Condition* (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1984), y Pauline Marie Rosenau, *Post-Modernism and the Social Science: Insights, Inroads and Intrusions* (Princeton: Princeton University Press, 1992).

tuciones sociales. El marco filosófico del realismo, aportado por John Dewey (1859-1952), William James (1842-1910) y Pierce, es crucial para entender la propuesta metodológica de dicha escuela.

En primer término, Dewey desarrolló la lógica experimental como instrumento para fundamentar una teoría de la investigación que se expresa en la identificación de un problema, planteamiento de hipótesis y su confirmación o no mediante procedimientos empíricos. Se trata de crear conocimiento que sirva de base para el conocimiento ulterior. Se postula que no hay verdades absolutas, sino un proceso indagatorio autocorrectivo que va refinando su solidez epistemológica. El realismo jurídico sigue esta lógica indagatoria.

Para James, el método pragmatista resuelve el problema de las discusiones metafísicas interminables, puesto que si los conceptos o nociones no tienen consecuencias prácticas, entonces resultan irrelevantes. En lugar de concentrarse en primeros principios o categorías, se enfoca en las últimas cosas, consecuencias, frutos y hechos.

En el plano jurídico, y retomando sólo una pequeña muestra de las teorías realistas, John Gray (1839-1915) sostiene que el Estado existe para proteger y promover los intereses humanos y lo hace mediante derechos y obligaciones, cuyo conocimiento no es universal porque nadie conoce sus propios derechos y obligaciones, ni los de los demás de manera perfecta. Como el Poder Judicial es el que aplica las normas jurídicas al caso concreto mediante la subsunción de los hechos en las normas, entonces se sostiene que estas decisiones judiciales son el derecho, porque los jueces crean reglas inexistentes.

Oliver Holmes (1841-1935), por su parte, al proponer el concepto del “hombre malo” que está pendiente de las decisiones de los jueces para orientar su conducta, postula que el derecho no es sino las profecías racionales que los presuntos afectados elaboran sobre dichas decisiones, de modo que constriñen su conducta en esos términos y no con base en axiomas generales atemporales escritos en códigos.

En el caso de Joseph Bingham, quien naciera a fines del siglo XIX, el dato relevante consiste en la acción de los jueces, quienes se encargan de imprimir efectos jurídicos a las reglas o principios generales del derecho. Jerome Frank agrega que el derecho es legislativamente indefinido e indeterminado, y que la definición y determinación concreta la llevan a cabo, en efecto, los jueces.

En síntesis, el realismo enfatiza el derecho judicial y no el legislado; se aplica en los sistemas jurídicos basados en casos; no enfatiza reglas y principios y tampoco los ideales teóricos del derecho, por lo que la ideología jurídica descansa en quienes llegan a ser jueces y, en última instancia, al convertirse en un procedimiento formal, no se distingue entre buen y mal derecho; desatiende que el legislador prevé clases de casos y no casos personales, e ignora que muchas relaciones jurídicas no se resuelven en los tribunales; confunde las ciencias sociales o culturales con la ciencia natural, pues en lugar de justificación o comprensión se busca explicación; la decisión judicial no produce automáticamente su efecto en la conducta del implicado, sino que éste participa con su voluntad y juicio independiente, y, a final de cuentas, para predecir las decisiones de los jueces, se requiere conocer las instituciones sobre las que éstos fundan sus decisiones.

En lo que respecta al posmodernismo, corriente en la que se distinguen posiciones moderadas y radicales o escépticas, guarda amplios puntos de contacto y se llega a identificar con la corriente de los estudios crítico-jurídicos que se desarrollaron durante los años setenta como reacción a los desencantos con la guerra de Vietnam y como crítica a las instituciones establecidas, con el fin de buscar una visión alternativa del derecho y de la personalidad humana. La escuela de los estudios críticos, que ha generado una abundante bibliografía, puede verse como un árbol cuyas ideas troncales se ramifican en diversas direcciones: las teorías feministas, de la raza y el pluralismo o policentrismo jurídicos.

La Escuela de los estudios críticos del derecho (Critical Legal Studies)

Las raíces filosóficas de esta escuela provienen de la teoría crítica de la Escuela de Francfort, la epistemología relativista y el propio realismo jurídico estadounidense. En esencia:

- a) Se propone que la teoría social no puede producir axiomas científicos, sino sólo una mejor cognición y la liberación del hombre a través de la autorreflexión crítica.

- b) Se rechazan las certidumbres tradicionales y las verdades absolutas y universales, al sostener que no existe racionalmente una objetividad a priori que se corresponda con la experiencia, sino que sólo son verdaderas las proposiciones lógicas verificadas empíricamente, de suerte que lo que se postula es un relativismo ético contextualizado social, económica y psicológicamente, de manera que las categorías humanas y del lenguaje son contingentes, y lingüística y antropológicamente determinadas.

En ese sentido, ya en los años setenta Khun llegó a plantear que las disciplinas científicas o no científicas proveen solamente interpretaciones de textos, mas no garantizan el acceso a la verdad objetiva. Barthes, por su parte, ha propuesto que un texto sólo tiene significado en términos del marco interpretativo seleccionado, de modo que no hay interpretación objetiva, aunque Stanley Fish ha planteado que existen comunidades interpretativas en las que puede haber objetividad; mientras que Jacques Derrida sostiene que todo texto refleja la creencia en la verdad objetiva, por lo que la labor del crítico consiste en deconstruir esta metafísica, develando cómo el texto carcome sus propios reclamos de verdad y cómo en los hechos el significado es contingente.

- c) Aunque coinciden con el realismo en su rechazo al formalismo jurídico, critican su programa porque sostienen que las consideraciones pragmáticas, sociales y de política pública, propias del enfoque realista, reproducen el statu quo y desatienden la visión ética de la vida.

De acuerdo con Sinha, la Escuela de los estudios críticos del derecho sostiene las siguientes tesis, en algunas de las cuales se revelan las diferencias con el realismo:

- a) Rechaza el liberalismo individualista, el cual propone una falsa visión de la sociabilidad humana institucionalizada en el Estado, pues las relaciones individuales entran en contradicción, mientras que aquél reproduce y legitima el capitalismo dejando intacto

to, aun a través del Estado benefactor, los mecanismos de la explotación encubierta.

- b) La mayor contradicción liberal radica en que la limitación negativa de la libertad del otro niega la propia libertad individual, paradoja que es institucionalizada mediante la creación del Estado, encargado de limitar la libertad. Esa oposición se extiende al conflicto entre justicia procedimental y justicia de fondo (esta última con frecuencia sacrificada por la primera); a la sociedad (mediante la lucha de clases) y a las relaciones entre individuo y comunidad; a la oposición entre subjetividad de los valores personales y la esperanza en una verdad moral objetiva; entre reglas y parámetros; libre voluntad y determinismo; entre derechos activos de libertad y derechos pasivos de seguridad, y, en fin, entre democracia y la antidemocrática revisión judicial.
- c) Sostiene que el liberalismo debe ser desenmascarado y deconstruido porque sólo refuerza las desigualdades económicas al no desafiar la estructura social. Las instituciones sociales son creadas socialmente, y contingentes e injustas en tanto que aparentemente son naturales, necesarias y justas. El liberalismo, a través del derecho, se encarga de perpetuar el estado de cosas prevaleciente.
- d) Los textos no tienen un significado objetivo intrínseco, más bien dependen de la interpretación subjetiva de su significado, lo que —traducido al ámbito legal— revela el control del derecho por la política, de manera que el derecho no es cognoscible, ni objetivo, ni valorativamente neutral como lo reclama el liberalismo, sino que está cargado de la interpretación política subjetiva del intérprete o del autor, cuyos juicios de valor, proceso mental y su contexto social, que además difiere según sea el género, están imbricados en la interpretación que produce. Dado que los sistemas legales están contruidos sobre presunciones contradictorias, su característica principal es la indeterminación, lo cual provoca que quienes toman las decisiones, aun sin dejar de ser honestos, favorezcan a uno u otro elemento integrante de dicha contradicción.
- e) El formalismo es inaceptable porque, al concebir el derecho como un sistema deductivo sustentado en sí mismo, las deci-

siones resultan de la aplicación de principios, precedentes y procedimientos sin referencia al contexto político, económico y social, objetivos sociales y valores. La sociedad no puede resolver disputas mediante una doctrina y un sistema legal pretendidamente neutrales en valores, porque toda decisión es contingente y depende de las creencias de quienes toman las decisiones. Sin una teoría legal plausible no puede haber teoría social.

- f) Rechaza el positivismo y la noción de que en derecho es factible el empirismo y el conocimiento científico.
- g) Los conceptos no son abstractos (y no se deben cosificar), más bien son socialmente contextuales y dependientes de la experiencia social históricamente contingente.
- h) El derecho no es sólo racionalidad (eso es un mito); también es pasión y voluntad, ambas inherentes a aquél.
- i) Las presunciones institucionales o imaginativas que un individuo se forma son moldeadas por su contexto, que a su vez es determinado por el ambiente político, social y económico. Dicho contexto se rompe, cambia con frecuencia y al mismo tiempo hace cambiar aquellas presunciones, de tal suerte que el individuo se autoafirma experimentando nuevas relaciones a través de esos continuos rompimientos.
- j) El derecho es una expresión de la política, y en realidad se usa como instrumento de la propaganda política que enmascara las desigualdades de clase y la explotación, de tal suerte que los delitos, por ejemplo, son resultado del orden injusto imperante.
- k) En lugar de reformar el sistema legal, habría que transformar las instituciones sociales, políticas y legales.
- l) No es posible admitir una teoría general del derecho o habría que construir una teoría alternativa.
- m) El posmodernismo sostiene que sus propuestas no deben ser objeto de prueba empírica, sino en términos de la pertinencia de sus cuestionamientos sobre las normas jurídicas. Debido a que el propósito de la explicación de una regla legal es contribuir a elaborar un juicio de valor sobre la misma, la explicación debe darse en términos tales que revelen la estructura de valor de las reglas.

El centro del debate, en todo caso, se ubica en lo siguiente: el realismo mantiene puntos de contacto con el posmodernismo, particularmente en su rechazo al formalismo, la desmitificación del derecho y la revelación de su indeterminación y no objetividad. Pero dichas corrientes de pensamiento también divergen en aspectos cruciales: mientras que el realismo trata de hacer del derecho un instrumento de la política pública, el posmodernismo trata de deslegitimarlos; mientras que el realismo se caracteriza por su estilo racionalista ilustrado y su énfasis individualista, el posmodernismo es romántico, antirracionalista y procomunitario; mientras que el racionalismo propone la objetividad de las sentencias, el posmodernismo sostiene que esto es imposible.

En relación con lo anterior, las críticas posmodernas al liberalismo —y en buena medida al realismo— en muchos aspectos diversos autores las consideran exageradas y sin el respaldo probatorio y argumental suficientemente sólido para asumirlas; así, por ejemplo, aplicar el método literario de la deconstrucción a los textos jurídicos entraña hacer abstracción de las enormes diferencias entre uno y otro tipo de textos, en tanto que el planteamiento de la unidad entre derecho y política niega las fuertes diferencias entre los razonamientos político (dirigido a justificar los fines) y jurídico (dirigido a justificar los valores), sin que se explique la forma en que se salvan tales divergencias, o bien sin que se proponga una alternativa. En el posmodernismo sólo hay deconstrucción, pero su capacidad técnica y operativa es prácticamente nula, no así su potencial filosófico.

Teorías jurídicas del feminismo

Motivadas en las centenarias luchas por garantizarse un espacio en la sociedad estadounidense, las mujeres y las teorías jurídicas feministas han venido contribuyendo al debate y la crítica respecto de las teorías legales prevalecientes.

Actualmente se distinguen siete escuelas del pensamiento jurídico feminista:

- 1) El feminismo liberal, de igualdad de oportunidades, formalmente equitativo o simétrico.

- 2) El asimilacionista.
- 3) El bivalente, diferencial o del trato especial.
- 4) El incorporativista.
- 5) El de la voz diferente, cultural o relacional.
- 6) El de la dominación o radical.
- 7) El posmoderno.

Tales corrientes teóricas feministas abordan en común los siguientes cinco temas:

1. Critican la historia sin referencia al papel de la mujer en aquélla y la acusan de patriarcal o inspirada en los intereses y visiones de los hombres, que trascienden la periodización histórica, las concepciones sobre la naturaleza humana, el potencial del género y los arreglos sociales.
2. El derecho mismo es criticado como patriarcal, pues es la expresión del poder, la subordinación y el dominio de los hombres sobre las mujeres, tanto en la esfera pública, como en la privada. Así, por ejemplo, en la medida en que la sociedad patriarcal tiene el poder de nombrar las cosas y, por lo tanto, de crearlas socialmente y asignarles un valor, los hombres a través del lenguaje reproducen sus valores excluyendo los de las mujeres. Las concepciones así forjadas pretenden ser neutrales u objetivas en lo que a valor se refieren, cuando en realidad sólo expresan la psicología del hombre y no la de la mujer, por lo que en realidad se trata de mitos. En lugar de los dualismos típicos de la ontología de los hombres, se propone una forma relacional y no de oposición del ser con el otro.
3. Desafían el determinismo biológico como base de la diferencia hombre/mujer; sostienen que esas diferencias son socialmente construidas y que si bien el sexo determina los aspectos genitales o la capacidad reproductiva, no lo hace con los aspectos de trato psicológico, moral o social asignado a cada género.
4. En lugar de separar los conceptos de sexo y género, como lo hace el estilo patriarcal de pensamiento dualista, señalan que hay una relación dialéctica entre uno y otro, en la cual existen componentes adicionales.

En la agenda de investigación hay varios temas comunes: políticamente, persiguen la igualdad entre hombres y mujeres; analíticamente, hacen del “género” una categoría a fin de reconstituir prácticas legales que han excluido los intereses de las mujeres, y metodológicamente, a riesgo de un individualismo notorio, utilizan sus experiencias como mujeres (sobre todo para analizar temas como la jerarquía de género, la cosificación sexual y las estructuras sociales) con el propósito de proponer los cambios necesarios.

El feminismo jurídico liberal postula que, dentro de las instituciones existentes y con base en la racionalidad y autonomía propias de hombres y mujeres, se garantice la igualdad formal de trato a unos y otras. Sin que se nieguen las diferencias sexuales, y sin importar quién diseñe las instituciones, la participación de las mujeres en el mercado y su capacidad de opción deben estar aseguradas por el derecho.

El feminismo asimilacionista, por el contrario, al basarse en la eliminación de las diferencias sexuales (lo que las trivializa) propone que se cancele cualquier distinción en las esferas institucional, legal o personal. La capacidad reproductiva se equilibra con los métodos de reproducción artificial y los efectos psicológicos de la maternidad con instituciones especializadas en la educación de los hijos, o bien, la abolición de la familia heterosexual.

El feminismo bivalente, por su parte, acepta las diferencias sexuales, defiende que las distinciones entre géneros son de origen psicológico y propone un sistema dual de derechos para las mujeres: uno igual y otro especial, mediante la especificación de sus diferencias (las cuales no se identifican tan fácilmente y no resolverían el problema estructural de fondo de la desigualdad entre géneros) a través del derecho.

El feminismo incorporativista, a su vez, limita las diferencias de género al embarazo y la lactancia, dejando de lado los aspectos sexuales y las dimensiones institucional, legal y política de esas diferencias, lo que oscurece el problema de la dominación del hombre sistemáticamente organizada y consagrada en el derecho.

El feminismo cultural celebra las diferencias de género y asigna a la mujer un papel moralmente relevante en determinadas

actividades sociales, por ejemplo, la educación y el cuidado de los hijos, lo cual debería ser valorado especialmente por el derecho. Este enfoque, a la vez que enfatiza rasgos trascendientemente femeninos de la mujer que han sido ignorados, la excluye de la competencia económica, la agresividad y el egoísmo, rasgos supuestamente masculinos.

El feminismo radical conceptúa a la mujer como “clase” y señala que “género” y “sexo” son una función del poder masculino social y jurídicamente estructurado, por lo que el derecho tendría que tomar en serio la diferencia hombre/mujer y tutelar en forma pertinente, los delitos sexuales, prohibir la pornografía que subordina a la mujer y regular la libertad reproductiva y la sexual voluntaria, esto último bajo la consideración de que para la mujer el sexo es capaz de cosificarla. El enfoque no considera los problemas de poder entre mujeres, la diferencia entre pornografía y erotismo y las posibles limitaciones a la libertad de expresión, entre otros.

5. El feminismo posmoderno hace depender la categoría “mujer” no de una esencia o de una sola teoría o propósito, sino de relativos factores psicológicos y sociales que interactúan en contextos múltiples y diferentes, y que generan diversas identidades femeninas, según el caso y las necesidades concretas, de tal suerte que la identidad, que se reconfigura constantemente a sí misma, no reconoce reducciones ni limitaciones por pertenecer a una particular categoría.

Las teorías feministas en el derecho, como se infiere, cuestionan en diversos grados el liberalismo y el realismo jurídico, tratando de reivindicar derechos que llegan a implicar una concepción distinta de la estructura del orden jurídico.

Teorías jurídicas de la raza

En general, las teorías jurídicas de la raza pretenden maximizar la posición de los afroamericanos en la sociedad estadounidense mediante la impugnación del modelo legal prevaleciente.

Motivados en una larga cadena de luchas por conseguir un espacio digno e igualitario frente a la mayoría blanca, los promotores de dichas teorías observan que la percepción y experiencia del mundo varían de acuerdo con la postura que se adopte en la estructura racial de la sociedad, lo que marca una diferencia en cómo se enfocan los temas jurídicos, que la práctica institucional de todos los días es la expresión de normas creadas por los blancos, aunque pueda admitirse su propensión a la neutralidad, y que las categorías jurídicas son el resultado de las presunciones culturales dominantes, las cuales obtienen la conformidad cultural de los miembros de las razas minoritarias a cambio de su reconocimiento legal.

Policentrismo jurídico

Aunque originalmente desarrollado en Dinamarca, hoy crece en Estados Unidos y rechaza la idea de un derecho internacional y de valores únicos y universales dentro del sistema jurídico, a la vez que niega el relativismo moral radical. Por el contrario, postula que un sistema unitario y absoluto de valores es riesgoso porque éstos son múltiples y no armónicos, y sus diferencias no pueden ser resueltas conforme a una verdad y criterio último unificador, lo cual es ajeno a la experiencia cotidiana, fomenta el pesimismo, distorsiona la realidad y promueve la tiranía.

Al mismo tiempo, sin embargo, acepta el pluralismo de valores morales, sin incurrir en el relativismo radical posmoderno, por lo que concibe las relaciones jurídicas como interrelación entre diversos órdenes normativos que deben ser reconocidos en el sistema jurídico.

Esta perspectiva abre la puerta a la maximización de la legitimidad del orden jurídico, promueve una metodología no coercitiva mediante la expansión de la libertad de elegir los valores propios que se prefieran; promueve la estabilidad al dotar a individuos y grupos sus propios espacios morales; provee un marco para entender la interacción entre grupos dominantes y subordinados; evita tanto la eliminación marxista de clases para lograr una sociedad más libre, como la necesidad de contar con una sola perspectiva unitaria privilegiada. Sus debilidades son no considerar ciertas luchas sociales

particulares y el dominio de ciertos grupos de interés. Sus principales desafíos consisten en la identificación de cuáles son esos valores plurales y cómo realizarlos.

CONCLUSIÓN

El presente ensayo ha definido como objeto de estudio el debate jurídico contemporáneo en Estados Unidos entre las corrientes de pensamiento del realismo y del posmodernismo.

El realismo jurídico reconoce antecedentes desde mediados del siglo XIX en Estados Unidos y cobra particular fuerza durante el XX. Es de inspiración filosófica pragmatista conductista y con fuerte énfasis científico empírico, lo que lo ubica en la esfera de la metodología positivista.

El posmodernismo jurídico, por su parte, emerge durante la década de los sesenta del siglo XX en Estados Unidos y se desarrolla en las décadas siguientes, en buena medida a través de los llamados Estudios críticos del derecho (*Critical Legal Studies*). El posmodernismo jurídico es de inspiración filosófica estructuralista y crítica, inscrito en la tradición de la Escuela de Francfort, con fuerte énfasis en la hermenéutica y la deconstrucción; es, por tanto, claramente relativista, antiliberal y antipositivista.

No obstante tales diferencias, el realismo y el posmodernismo jurídicos comparten una posición opuesta al formalismo jurídico de corte racionalista no empírico y ajeno a los contenidos extralegales, así como la idea de la indeterminación del derecho y la preocupación por el contexto social, económico y político en que éste se desenvuelve, de manera que ambos intentan desmitificarlo.

Al mismo tiempo, mientras que el realismo jurídico enfoca las decisiones jurídicas en términos de políticas públicas (racionalidad objetiva, costos, beneficios, actores, contexto socioeconómico y político, consecuencias previsibles), el posmodernismo jurídico le cuestiona su consciente o inconsciente enmascaramiento y reproducción del statu quo, a la vez que reclama cambios más profundos en todo el sistema social y promueve una reconcentración en la ética de la vida.

De acuerdo con la información expuesta, mientras que el realismo sustenta una pretensión filosófica universalista a través de un pragmatismo aparentemente sin ideología (fundado en la premisa del máximo beneficio social en un orden liberal), el posmodernismo se inclina moderada o radicalmente por el relativismo ético contextual dinámico, intentando comprender y resolver de fondo los problemas de la complejidad del mundo postindustrial. A diferencia del realismo jurídico, el posmodernismo no sólo desmitifica sino que intenta deslegitimar al derecho y, a diferencia de aquél, no propone alternativa alguna luego de la deconstrucción de los discursos y textos, a los que tilda de inobjetivos e ideológicamente manipulados.

Este trabajo ha intentado también contextualizar el debate jurídico entre el realismo y el posmodernismo en la lógica de la actual transición capitalista globalizada, ubicando como fondo histórico la evolución de la economía estadounidense y sus interacciones con el pensamiento jurídico y el sistema legal. Al respecto, se mostró que la economía estadounidense ha pasado por varias etapas de desarrollo, mismas que incluyen ciclos de expansión y contracción que modifican el papel del Estado en la economía y la sociedad, cambios respecto de los cuales aparecen como funcionales las transiciones en el pensamiento jurídico y la jurisprudencia, elementos que también inciden en el rumbo económico.

Así, a la transición del mercantilismo de la etapa postindependiente al capitalismo liberal de 1830 en adelante, le correspondió una transición jurídica que reorientó el contenido y las formas jurisprudenciales. De esta transición deja relevante constancia la decisión suscrita por la corte Taney en 1837, al resolver el *Caso del puente sobre el río Carlos vs. el puente Warren*, puesto que cambió la doctrina jurisprudencial sobre los derechos de propiedad y el valor, así como sobre las facultades del Estado frente a los particulares en materia económica, todo lo cual redundó en una mayor expansión del mercado corporativo manufacturero en los decenios siguientes.

La corte Fuller, de fines del siglo XIX, en plena época de expansión industrial de Estados Unidos, amplió jurisprudencialmente los cauces constitucionales del desarrollo corporativo y limitó la presencia del Estado y la legislación en las relaciones comerciales. La

transición al modelo inverso ocurrió hasta 1937, durante la llamada “segunda corte” Hughes, cuando el presidente Roosevelt se vio obligado a “forzar” el cambio de criterios de la corte, a fin de que ésta abandonara los criterios formales y sustantivos heredados del siglo XIX y aprobara la legislación económica que ejecutaba la política del Nuevo Orden. Ante los profundos cambios experimentados en la estructura social y económica de Estados Unidos a partir del fin de la segunda guerra mundial, a lo que no fue ajeno el esquema de la guerra fría, las cortes subsecuentes hasta la actual, presidida por el ministro Rehnquist desde 1986, refinaron y desarrollaron jurisprudencialmente la nueva orientación económica, a la vez que expandieron el catálogo y mecanismos protectores de los derechos civiles y políticos, sobre todo de las minorías raciales.

En ese periodo, cabe destacar la actuación de la corte Warren, la cual, encabezada por su ministro presidente, utilizó un método heterodoxo de solución de conflictos en la búsqueda de la justicia y la equidad: el realismo, heredado del ministro Holmes, con quien Rehnquist divergía desde entonces por su aparente infidelidad al texto constitucional.

La corte Rehnquist, por tanto, se ha distinguido por sus intentos de revertir los precedentes sentados por la corte Warren, limitando diversos derechos civiles y penales, lo cual posiblemente está afectando los equilibrios sociales y raciales, a la vez que ha regresado —junto con la ola del nuevo liberalismo de las últimas dos décadas— a buscar en la libertad de contratación, la protección de los derechos de propiedad y el derecho de opción la llave para solucionar los conflictos ligados a la aspiración al bienestar y la prosperidad estadounidenses. La corte Rehnquist —para los fines de este ensayo— también se ha caracterizado, según sus analistas, por un excesivo pragmatismo que llega a producir resoluciones ad hoc, según el caso.

Volviendo al objeto de estudio, es decir, el debate contemporáneo entre realismo y posmodernismo, cabe apuntar que la información analizada revela que la transición capitalista global está teniendo diversas repercusiones en el sistema social de Estados Unidos, una de las cuales es la reactivación del debate multiculturalista que se refracta en la discusión entre aquellas dos corrientes. Forman parte

de ese debate la Escuela de los estudios críticos y sus diversos ramales, como las teorías feministas, las de la raza y el policentrismo o pluralismo jurídicos. Cada una porta en su seno reclamos al liberalismo y al realismo, en la medida en que los señalan como justificadores de un modelo social y legal que reproduce la injusticia a partir de referentes pretendidamente absolutos o únicos. No obstante su riqueza crítica y su acervo filosófico creciente, la falta de propuestas alternativas y ciertos “desplantes” metodológicos, todavía no acabadas ni corregidos, respectivamente, abren a dichas teorías flancos débiles que comprometen su aplicación práctica y su utilidad social.

Sin ánimo alguno de predecir el curso de esta nueva transición económica y jurídica, conviene advertir que así como el realismo jurídico desplazó gradualmente durante el siglo xx al formalismo racionalista, primero con Holmes, luego con Warren y ahora con Rehnquist, el debate en curso entre realistas y posmodernos abre un nuevo capítulo en la historia jurídica de Estados Unidos. Será la dinámica interacción entre economía y derecho, sociedad y política, la que, como en otros momentos del pasado, defina el sentido de la nueva reorientación.