

FONTÁNEZ TORRES, E. (2014) AMBIGÜEDAD Y DERECHO: ENSAYOS DE CRÍTICA JURÍDICA. CABO ROJO: EDITORA EDUCACIÓN EMERGENTE.

César J. Pérez Lizasuain

Profesor, Universidad de Puerto Rico

La jurista puertorriqueña Érika Fontánez Torres, ha propuesto el binomio de Ambigüedad y Derecho para titular su nuevo libro; y que constituye, me parece, un importante aporte a la teoría crítica socio-jurídica puertorriqueña y latinoamericana. Con ello, quizás, Fontánez plantea dos asuntos en uno: 1) la exterioridad de la ambigüedad respecto al Derecho; y 2) una ambigüedad inmanente al Derecho que constituye su lado oculto, su *secreto*. Dicho de otra forma, como enfoque metodológico la autora analiza el Derecho a partir de sus contradicciones. La manera en que Fontánez asume esta postura no debe ser tomada con suavidad. En ella hay implícita una visión sobre el Derecho que es importante destacar: más allá de las versiones que ubican al Derecho como un conjunto de normas *estadocéntricas*, o bien más allá de aquella perspectiva ética y política que plantea al Derecho como mecanismo para lograr reivindicaciones sociales y emancipadoras, Fontánez ubica su existencia real en la contradicción.

De entrada Fontánez reconoce una pluralidad sistémica, o mejor, una *constitucionalidad societal* –al decir de G. Teubner (2011)– que no se agota ante el poder constituido o el Derecho estatal. La fragmentación o la pluralidad de sistemas atraviesan el campo de lo jurídico y viceversa: lo social, lo político, lo económico, lo cultural y lo científico. Cada sistema –haciendo uso de N. Luhmann– cuenta con un código binario de comunicaciones y cuyos significados bien absorben o excluyen diversos saberes dentro de cada sistema. En el caso del Derecho, el código binario de lo legal/ilegal supone el filtro, o el criterio, para valorar cualquier saber y experiencia cómo verdadera o falsa, justa o injusta, legítima o no legítima, o bien para ser reconocido o excluido del sistema legal. Ello le sirve metodológicamente a la autora como punto de partida para desarrollar una importante crítica a un

pretendido absolutismo jurídico que acompaña tradicionalmente a nuestros agentes y promotores del Derecho: el sistema del Derecho no se agota en la práctica estatal (legislativa y judicial) pues se encuentra atravesado por el resto de los sistemas sociales: políticos, económicos, culturales y científicos.

Lo ambiguo que le es externo al Derecho podría ser la mirada del agente o promotor jurídico, y de la gente en general (ciudadanía), respecto a la totalidad sistémica que representa el Derecho y los *usos* y *discursos* que se generan alrededor del mismo. En el segundo plano, la autora le atribuye una cualidad cuasi ontológica al Derecho; su *ser-abí*, la propia vida y muerte del Derecho son definidos por su insoportable ambigüedad (y esto ocurre en gran medida por el apego de la autora, tanto teórico como metodológico, a la teoría de los sistemas de N. Luhmann). En el caso del libro, parece que la mirada ambigua al Derecho se presenta como una propuesta metodológica para entender e interpretar los fenómenos jurídicos contemporáneos; particularmente aquellos en el contexto puertorriqueño. Entre las varias cuestiones que aborda el libro, creo que al menos sobresalen tres ejes temáticos que se abordarán a continuación, seguido, finalmente, de unas siete preguntas para fomentar el debate y la discusión que el trabajo provoca.

La ambigüedad: límite del Derecho y el exceso normativo

Especial hincapié realiza la autora en señalar los límites inherentes a la discursividad y práctica jurídica tomando como punta de lanza los conflictos socio-ambientales. Como bien sugiere G. Teubner, la complejidad normativa que surge hoy día desde una multiplicidad de focos sociales, nace un nuevo tipo de *constitucionalismo societal* que se relaciona tangencialmente con cada sub-sistema social y que ha superado el constitucionalismo moderno como referente del estado-nación. Ante estos múltiples focos de la *discursividad*, sugiere Fontánez, la ambigüedad propia o inmanente del Derecho no llega a absorber y colonizar el evento social en su totalidad. Es necesario, para garantizar su funcionamiento, reducir “[...] la complejidad de los escenarios y controversias sociales en cuestión, y la invisibilización de las instancias de poder subyacentes en todo conflicto [...]” (46).

Por lo tanto, argumento que, aunque mantener un marco de referencia jurídico juega un papel importante en la configuración de los espacios, en cuanto más protagónica sea la presencia del Derecho, más limitada y excluyente será la mirada a las controversias y, por ende, menos margen en la construcción de los espacios, sobre todo los comunes y los inalcanzables para el mercado. Para mí la sentencia es clara: la importancia social y cultural de un espacio particular no queda del todo definida cuando se deja exclusivamente en manos del Derecho (o del sistema legal), pues los parámetros de legalidad/ilegalidad no son suficientes. La reducción de la complejidad social es inevitable desde la mirada jurídica, y ese disimulo hay que atajarlo (19).

Añade Fontáñez lo siguiente:

“[...] el Derecho como discurso legal simplifica la mirada y limita la racionalización de los acontecimientos. Mediante su pronunciamiento (publico/privado; legal/ilegal), el Derecho se constituye como una vía de autoridad que procura resolver, aplacar o simplificar el conflicto [...]” (75).

A modo de ejemplo, la autora destaca los conflictos socio-ambientales (sobre todo en las zonas costeras), como la ocupación de tierras, y relaciona éstos con la producción y reproducción del espacio en Puerto Rico. En estos conflictos ha sido palpable, sobre todo durante los últimos 30 años, la lucha por definir, normativa y culturalmente, el uso y significado del espacio público. En el caso puertorriqueño, la garantía del acceso, libre o regulado, a las playas cuando entra en contacto con el derecho de propiedad. Uno de los casos considerados en el libro se refiere al sector costero conocido como *Ocean Park* y “[...] cuyas casas colindan con la playa del mismo nombre [...]”. En esta ocasión, los residentes decidieron instalar portones y rejas para cerrar el libre acceso a calles y playas. Ante los reclamos no atendidos por parte del Estado que hiciera un grupo de ciudadanos que se oponía al cierre de los accesos a la costa, éstos decidieron remover los portones y rejas por cuenta propia al catalogarlos como ilegales.

En el caso de las playas, aunque ejemplos sobran, *Ocean Park* es quizás el mejor ejemplo de cómo el Derecho como poder

discursivo y normativo interviene para construir la realidad del espacio (el límite que pone el protón de los propietarios sobre el espacio catalogado como playa). La delimitación de la controversia y debate público hizo que ya no se tratara de la playa como espacio de encuentros y cuerpos que transcurren o del uso de la playa y su significado cultural, sino de un asunto muy simple cuya verdad se construye mediante el código legal: ¿es o no legal delimitar el espacio de Ocean Park mediante un portón? ¿Existe o no un derecho a acceder a la playa por la calle Almendro? (86).

Esta cuestión lleva a Fontáñez a preguntarse, *¿Qué queda fuera de la discusión? ¿De qué no se habla?* Y contesta seguidamente: “De mucho: del problema urbano, del acceso limitado al entorno, de la posible desigualdad en el disfrute del recurso, del espacio que queremos habitar y del espacio ausente para el amor [...]” (86-7). Urge, sentencia la autora, el fomento de un espacio, práctico y discursivo, que pueda superar el “hiper-protagonismo” o el fetichismo de lo jurídico. Es necesario superar un entendimiento de “[...] la relación espacio-derecho que solo enfatice el Derecho monista y formal [pues] corre el riesgo de dejar fuera del análisis la diversidad de regímenes que existen, además de que limita significativamente la comprensión de las complejas relaciones sociales que conforman el espacio y su realidad” (93). Así las cosas, esa *limitación* del Derecho, esto es, la abstracción y su mistificación, se materializa en su intento de imponer “una forma de razonamiento” (180) sobre el evento social que termina disimulando las relaciones reales de fuerza que conforman el conflicto social. Dicho de otro modo, el *secreto* del Derecho es que su mismísima esencia y fuerza radican en esta inherente limitación: se devela y se hace real, adquiere su propio *peso*, en su insoportable ambigüedad.

Sin embargo, el límite del Derecho en comprender y traducir cabalmente el evento social dentro de sus significados, plantea la existencia de un *excedente* en la experiencia social que desborda la lógica discursiva e institucional que intenta imponer el código binario del Derecho. De esta forma, asegura la autora citando a Jordi Borja, que “La realidad vale más que lo normativo”

(94). La “realidad”, lo que excede al Derecho, es el terreno plural de la lucha política. De igual modo, reconoce G. Agamben (2005: 157-8) lo siguiente:

"Exhibir el derecho en su no-relación con la vida y la vida en su no-relación con el derecho significa abrir entre ellos un espacio para la acción humana, que en un momento dado reivindicaba para sí el nombre de “política”. La política ha sufrido un eclipse perdurable porque se ha contaminado con el derecho, concibiéndose a sí misma en el mejor de los casos como poder constituyente (esto es, violencia que pone el derecho), cuando no reduciéndose simplemente a poder de negociar con el derecho".

En este caso, el Derecho no logra implantar su *verdad* como criterio de validez sobre un cúmulo de vínculos sociales y normativos que se presentan como autónomos respecto a la esfera de lo jurídico. Para atajar este fenómeno, Fontánez recurre al concepto del *pluralismo jurídico*. “[L]os planteamientos del pluralismo jurídico nos permiten acercarnos más a esas formas en que el Derecho está presente en las relaciones sociales y de poder que conforman el espacio” (93). En sí, contra un pretendido monismo jurídico, la autora apuesta en que la construcción del espacio social, y con ello el espacio de lucha y antagonismo, se conforma en el *contacto* entre las esferas jurídicas formales y las esferas normativas que surgen desde la comunidad y *que en ocasiones* son puestas en prácticas como respuesta al poder¹. Parece ser que la comprensión amplia de la conflictividad social y su relación con el Derecho, que incluiría el estudio de las relaciones reales de poder disimuladas por el fetichismo de lo jurídico, queda relegado a los márgenes de lo jurídico, en lo que sobra, en lo que la ambigüedad que le es propia no puede subsumir.

¹ Ello sin perder de perspectiva, como bien aclara la autora, que no toda organización normativa que surge desde la comunidad necesariamente se alinea a parámetros anti-sistémicos. Como ejemplo alude al caso de la comunidad viequense de Monte Carmelo, en donde la comunidad rescata unos terrenos invadidos y expropiados por la Marina de Guerra estadounidense. Allí, señala Fontánez, la relación propietaria que surge desde los diversos componentes de la comunidad rescatista reproduce el mismo modelo jurídico de la propiedad privada para regular y definir sus espacios y relaciones propietarias.

Crítica al régimen jurídico de propiedad privada

Fontáñez emprende un importante análisis sobre el derecho de propiedad, su uso y la “fuerza del discurso propietario” (109) tanto en los conflictos socio-ambientales, así como desde una perspectiva feminista. Se suma a la crítica, el análisis de la acción social emprendida por parte de los protagonistas envueltos en tales conflictos: comunidades, los operadores del Derecho y del Estado, así como la interpretación judicial correspondiente. La autora pone singular peso a la crítica feminista del régimen normativo de la propiedad privada en cuanto ha servido como dispositivo para perpetuar la desigualdad política y económica de la mujer. El derecho de propiedad, sobre todo, ha servido como tejido institucional dentro del cual se ha trascolado un *régimen de verdad* prevaleciente en nuestras sociedades: la *hegemonía masculina* (149). Desde esta perspectiva, Fontáñez va a declarar como insuficientes aquellas vertientes críticas que se delimiten a proponer legislaciones y nuevos marcos jurídicos para erradicar la desigualdad de la mujer, sin cuestionar el régimen jurídico de la propiedad privada, “[...] pues esa aproximación no responde a una metodología que cuestione la constitución misma del Derecho y su rol en la perpetuación en la inequidad de las mujeres” (145). En cuanto a esta visión metodológica, siguiendo a Michel Foucault y a Judith Butler, declara:

La metodología que hace esto último responde al planteamiento [...] que nos invita a prestar atención al modo en que, a través del Derecho, sus diseños y sus discursos, se crean verdades que perpetúan y normalizan –de manera directa o tácitamente– las relaciones sociales la desigualdad material y de poder, la discriminación y la situación de violencia contra las mujeres (145).

El análisis del régimen jurídico de la propiedad debe superar esa aura de neutralidad que el Derecho Civil intenta otorgarle en la práctica. Ante todo, es importante ubicar al Derecho “[...] *como un instrumento político y como un discurso de poder. Esto es, cualquier análisis crítico debe ubicar la norma en el contexto histórico en que fue promulgada pero, además, debe identificar los intereses socio-económicos e identitarios en pugna al momento de la promulgación [énfasis mío]*”. Allí

donde se ejerce el poder, existe resistencia. Siguiendo esta máxima foucaultiana, destaca la autora, aquello que se manifiesta fuera del Derecho: las instancias sociales en donde se reta a la autoridad y la ley, sobre todo en aquellas experiencias en donde la mujer ha tenido un rol principalísimo en el contexto puertorriqueño, de lo cual habría que destacar a las experiencias relacionadas al rescate de tierras por parte comunidades desprovistas de vivienda. “[C]omo resultado de reformas surgidas a partir de movimientos sociales, muchas mujeres de comunidades y barrios desventajados en Puerto Rico obtuvieron títulos de propiedad [...]” (161). Sin embargo, como bien señala Fontáñez, los reconocidos avances que se lograron a través de diversos movimientos comunitarios y colectividades feministas durante la década de los 60’s y 70’s, enfrentan la contrarrevolución que representa el neoliberalismo: los avances en materia del derecho propietario en la cuestión de la mujer comienza a retroceder como “[...] producto de las dinámicas del mercado [...]” (161).

Con ello, parece destacar Fontáñez la necesidad de una aproximación dual para atajar la desigualdad a la que ha estado expuesta históricamente la mujer: (1) el reconocimiento de las relaciones de poder que determinan el problema social, político y económico de la desigualdad que ha provocado históricamente la *hegemonía masculina*; y (2) emprender políticas públicas de acción afirmativa desde la comprensión de que “[...] los diseños institucionales y figuras jurídicas deben revisarse con el propósito de atajar las crisis y favorecer directamente aquellos y aquellas que quedan excluidas y excluidos de los bienes primarios y necesarios” (160).

Visión ética-política: crítica al sistema legal, autocrítica y esquizofrenia

“¿[E]s posible pensar el Derecho desde el Derecho? ¿Cómo lograrlo sin que la libertad de pensar(lo) esté reñida con su lógica y racionalidad interna, con la legitimidad que las sostiene?” (171). En la parte final de su ensayo, la autora plantea una mirada crítica y ética-política desde su propia *ambigüedad* teórica atravesada por Luhmann, Bourdieu y Foucault:

Desde el Derecho como sistema o campo social, he analizado las respuestas del Derecho desde una perspectiva teórico social, y he comentado críticamente, desde un punto de vista normativo-jurídico, las racionalidades que el sistema legal puede proveer respecto a asuntos puntuales tales como disputas sobre los derechos propietarios, aspectos de justicia social, ambiental o derechos sociales y colectivos. En un segundo ámbito, he observado el ámbito en tanto sistema, descifrando su operación para crear racionalidades, verdades y realidades (171-2).

Desde este ámbito realiza Fontáñez una autocrítica y un cuestionamiento a la racionalidad empleada por las operadoras y operadores del Derecho en su quehacer jurídico. El cuestionamiento acarrea una carga ético-política en cuanto se plantea en todo momento un horizonte mayor dirigido a la transformación social a través del Derecho, pero también fuera de él.

En cualquier caso no resulta fácil para una académica del Derecho ubicarse en este escenario de manera instrumental. Si nuestro trabajo al interior del Derecho será limitado [...] una se pregunta inevitablemente sobre su rol, sobre la dimensión instrumental de su trabajo, sobre la posibilidad o no de generar cambios a través de su quehacer (183).

Fontáñez, en este caso, asume una postura tan ambigua como la misma esencia del Derecho, mientras propone en la conclusión de su ensayo una serie de preguntas y aseveraciones salidas mayormente de la línea teórica *lubmanniana* que ha adoptado. ¿Dónde debe ubicarse la operadora jurídica ante el evento social? ¿Desde el Derecho? ¿Fuera del Derecho? ¿Cuál debe ser la postura del operador jurídico en cuanto le mueve ética y políticamente un interés en promover la transformación social?

Siete preguntas para el debate

Por lo pronto, nos resta preguntar, como tareas futuras a la investigación iniciada en este trabajo, lo siguiente: 1) En el análisis del derecho a la propiedad privada, ¿cabe cuestionar si la misma noción de propiedad privada es intrínseca a la forma que asume el Derecho moderno? ¿Es acaso

la forma de lo jurídico la expresión alienada de nuestras reales relaciones sociales en una sociedad de clases? 2) ¿Qué se hace con esa excedencia, ese *surplus*, de la experiencia social no reconocida y/o no “colonizada” (175) por el Derecho? ¿Reconoceremos esa excedencia como una de tipo constitutivo? ¿Es esa excedencia el vivo terreno de la lucha? ¿Puede esa excedencia, entendida como terreno para la lucha, configurarse como poder constituyente o como un movimiento de afirmación capaz de abrir una renovada secuencia histórica y normativa? (Véase Badiou, 2012); 3) A partir de esa excedencia o *surplus* de la experiencia social, como quizás puedan plantear acontecimientos tan disímiles, entre muchos otros, como el caso Zapatista en el sur de México, así como el caso de la Huelga Estudiantil de la Universidad de Puerto Rico de 2010 en el contexto puertorriqueño: ¿puede dar ese excedente social con formas autodeterminadas de regulación social que se presenten como alternativas a la regulación jurídica de lo social? 4) ¿Cómo efectivamente se desarrollaría una visión crítica que plantee un horizonte ético-político para buscar un “Otro Derecho” – concepto que le debo al jurista puertorriqueño C. Rivera Lugo (2004)– que pueda efectivamente presentarse como alternativa ante esa insoportable ambigüedad? 5) ¿Qué se hace con las ausencias jurídicas? Es decir, con los límites inherentes del Derecho en poder traducir plenamente el evento social. ¿Cuál es la solución? ¿Más Derecho al Derecho? ¿Resignarnos a un *eterno retorno* del Derecho? Ha insistido el pensador italiano G. Agamben (2005), que ante ese límite de lo jurídico para atender la totalidad del acontecimiento social, lo jurídico es suplantado por un *estado de excepción*; y que éste constituye el paradigma de lo político hoy día. ¿Qué podría aportar la teoría de sistemas sobre el mismo? 6) Recientemente, tanto en el contexto estadounidense como en el puertorriqueño, se han tomado varias decisiones judiciales, como lo es el caso resuelto por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Citizens United v. Federal Election Commission*, que legitima la intervención y aporte económico sin restricciones de grupos e intereses privados en las campañas electorales como parte del ejercicio a la libertad de expresión de una *persona jurídica*. Y en el escenario puertorriqueño, *Domínguez v. ELA* que validó la “declaración de un estado de emergencia fiscal” mediante la aprobación de la Ley Núm. 7 de 2009 y *Trinidad v. ELA* que sostiene la constitucionalidad de la Ley Núm. 3 de 2013 que reformó y

afectó adversamente el sistema de retiro de los empleados públicos. Tales casos fueron resueltos, en gran medida, utilizando criterios económicos. ¿Qué tiene que decir la teoría de sistemas ante la *subsunción real* del sistema legal por el sistema económico? Esto es, la intervención plena de la esfera económica en el desarrollo del derecho constitucional, tanto puertorriqueño como estadounidense, en los últimos años y, que a su vez, ha fundado una suerte de estado de excepción en materia económica y contractual. 7) Finalmente, pero no menos importante, más allá de la función de las operadoras y operadores jurídicos dentro del sistema legal, ¿se reconocerá en ese horizonte ético-político, aún por construirse, al *demos*, o a la multitud, como activo protagonista de un poder-instituyente y constituyente que transforme las valoraciones y discursos normativos prevalecientes? Más allá de un C. Schmitt, ¿será posible, pues, devolverle al *demos* su condición política así como su poder decisional?

Referencias Bibliográficas

- Agamben, G. (2005) *Estado de excepción: Homo sacer, II, I*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora.
- Badiou, A. (2012) *The Rebirth of History*. Londres: Verso
- Rivera Lugo, C. (2004) *La Rebelión de Edipo*. San Juan: Ediciones Callejón
- Teubner, G. (2011) “Debate and Dialogue: Constitutionalizing Polycontextuality” en *Social & Legal Studies* 20: 209-252