

FISURAS EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO: EL MOVIMIENTO «CRITICAL LEGAL STUDIES»

*Domingo A. Mesa M.**

RESUMEN

A finales de los años setenta nace el movimiento Critical Legal Studies, corriente altamente heterogénea, de interés en la filosofía y teoría del derecho y en la sociología jurídica. En su bagaje intelectual se ha apoyado en el iusrealismo norteamericano, el neomarxismo y el postmodernismo, desde los cuales ha negado cualquier concepción racional, objetiva, neutral, científica y apolítica del derecho, la función judicial y, en general, los discursos jurídicos. Desde una posición de izquierda, los Estudios Críticos del Derecho se han dirigido entonces contra el policy analysis, el formalismo jurídico, el análisis económico del derecho posneriano, la jurisprudencia de principios de Ronald Dworkin o la sociología positivista, pero también contra el marxismo ortodoxo, la filosofía política liberal y la teoría social clásica. El presente texto ofrece una aproximación panorámica a este movimiento.

ABSTRACT

In the late 70's the critical legal studies movement was born. This was a highly heterogeneous school of thought, which is of interest for philosophy, the theory of law and legal sociology. This movement's theoretical background is drawn from North American legal realism, neo-Marxism and postmodernism, from which it has disclaimed any rational, objective, neutral, scientific and apolitical conception of law, the judicial function and, in general, legal discourses. The Critical Legal Studies, of leftist inclination, has directed its arguments against policy analysis, legal formalism, the Posnerian economic analysis of the law, Ronald Dworkin's jurisprudence of principles or positivist sociology, but also against orthodox Marxism, liberal political philosophy and classic social theory. This article offers a general appreciation of this school.

* Abogado de la Universidad de Antioquia y especialista en Derecho Financiero de la UPB. Actualmente se desempeña como profesor de argumentación jurídica en varias universidades de la ciudad de Medellín.

INTRODUCCIÓN¹

Exégesis y Jurisprudencia de Conceptos se impusieron como escuelas de pensamiento jurídico hegemónicas en su concepción del derecho moderno, constituyendo las primeras corrientes iuspositivistas. Pero multiplicidad de corrientes y de teorías jurídicas florecieron durante el siglo XIX en lo que se conoce como la «rebelión contra el formalismo», representado por la francesa école de l'exégèse, o por su hermana alemana, la Begriffsjurisprudenz, constituidas en las primeras escuelas positivistas del pensamiento jurídico: la escuela histórica del derecho de Puchta y Savigny, el positivismo sociológico de Leon Duguit, la jurisprudencia finalista del segundo Ihering, la jurisprudencia de intereses (Interessenjurisprudenz) de Phillip Heck, el movimiento del derecho libre (Freirechtsbewegung) de Hermann Kantorowicz, o el positivismo sociológico de León Duguit, compartieron todas su escepticismo frente al derecho y su ciencia como ámbitos autónomos y autosuficientes en su interpretación y operación. Ante múltiples contextos y situaciones políticas, sociales y económicas, los juristas no exegéticos y anticonceptualistas invocaban la historia, la fáctica solidaridad, el telos objetivo del derecho, o algún criterio de derecho natural como en el caso de la escuela de la libre investigación científica de Gény.

El positivismo jurídico recobrará su preponderancia en la Europa Continental con la Teoría pura del derecho de Hans Kelsen, quien será rebatido por su discípulo Alf Ross y por Karl Olivecrona, máximos representantes del realismo jurídico escandinavo. También desde el materialismo marxista se pretendió criticar al que se consideraba nada científico y sí muy ideológico positivismo jurídico, pocas veces con la altura de Kelsen.

En cuanto a la tradición jurídica del common law, el positivismo jurídico se impondría en el siglo XIX con la obra de John Austin y con la de Hart en el presente. En Norteamérica, la cruzada contra el formalismo comenzará con la jurisprudencia sociológica de Holmes, Pound y Cardozo, heredera de la

¹ Una presentación general del Movimiento Critical Legal Studies fue publicada por el autor en la Revista Colombiana de Derecho Constitucional, número 6, del 2000, bajo el título «El Movimiento Critical Legal Studies: la imposibilidad de una ciencia jurídico constitucional». En el presente escrito se esbozan algunas otras críticas a la concepción liberal de los derechos y al balancing, típico de la jurisprudencia norteamericana, al paso que amplió la contextualización de CLS dentro del pensamiento jurídico contemporáneo.

jurisprudencia de intereses y favorecerá el clima para la emergencia del realismo jurídico norteamericano de juristas como Karl Llewellyn, Felix Cohen y Jerome Frank.

Ese positivismo jurídico de Kelsen o de Hart ya no será el formalista o normativista del siglo XIX. Ambos autores reconocen las sentencias de los jueces como actos de voluntad, en frente de las múltiples interpretaciones que puede soportar una norma, en el caso de Kelsen o de la textura abierta de las normas en el caso de Hart.

El siglo XX es enormemente rico en propuestas y corrientes jurídicas, sobre todo desde la segunda posguerra, cuando el positivismo jurídico sufre un duro revés como consecuencia de su desprestigio (no del todo justificado), y se configuran los contemporáneos Estados Constitucionales de Derecho que exigen dejar de lado el formalismo jurídico en su ceguera frente a lo fáctico-real y en su asepsia frente a los valores. Por eso el centro de la indagación jurídica deja de ser solamente el sistema jurídico o las normas jurídicas (cuestión estática), al estilo de los análisis estructurales sobre los elementos del derecho (de eso trata especialmente la teoría pura de Kelsen) y cobran enorme importancia los problemas hermenéuticos y argumentativos (cuestiones dinámicas y funcionales), en diversos ejercicios de crítica frente al alcance de la lógica deductiva, que es cuestionada desde las construcciones teóricas hermenéuticas, retóricas y tópicas de Gadamer, Perelman y Viehweg, respectivamente (Atienza, 1996:231).

En Norteamérica, aún después del apogeo del realismo jurídico, Ronald Dworkin también se sumará al antiformalismo defendiendo una jurisprudencia de principios y una teoría interpretativa del derecho (por oposición a las que denomina teorías semánticas del derecho).

Por otro lado, disciplinas que no tenían lugar alguno en el modelo de ciencia jurídica del positivismo, le pasarán a éste una cuenta de cobro. Tal es el caso del Economic Analysis of Law (Análisis Económico del Derecho),² cultivado por el movimiento Law and Economics (Derecho y Economía) que estima la

² Sobre las diferentes orientaciones en el Análisis Económico del Derecho puede consultarse el texto de Paloma Durán y Lalaguna (1992).

eficiencia como elemento conceptual del derecho o del movimiento Law and Literature (Derecho y Literatura), con su insistencia en que la imaginación literaria hace parte del razonamiento público, político y jurídico de una sociedad (Nussbaum, 1997).³ Igualmente, desde el feminismo⁴ y el antirracismo se librarán importantes ejercicios de crítica jurídica. En todo caso, desde el decenio del sesenta se asiste a un posicionamiento de la sociología del derecho, anteriormente marginada al interior del pensamiento jurídico junto con la antropología, la psicología y otras disciplinas que también han reclamado su lugar en el propio razonamiento jurídico.

Otras corrientes o escuelas, frecuentemente calificadas como críticas del derecho, se han mostrado especialmente radicales en su concepción del derecho y la práctica jurídica y han desarrollado las más impuras teorías del derecho, cuyas tesis tienden a ser incompatibles, por lo menos a primera vista, con los ideales y presupuestos del Estado de Derecho. Así, por ejemplo, a comienzos del decenio del setenta surge en Italia la corriente en torno al uso alternativo del derecho o jurisprudencia alternativa, que defendió el carácter contradictorio del sistema jurídico y el importante papel del juez en el cambio social y en la transición hacia el socialismo. En 1977 surge en Francia la corriente Critique du droit (Crítica del derecho), con el objeto de crear una auténtica ciencia jurídica conforme con el materialismo marxista y en igual año nace en Estados Unidos el movimiento Critical Legal Studies (en español, Estudios Críticos del Derecho), hasta ahora vigente, y que se nutre de los aportes de movimientos como el realismo jurídico, el neomarxismo francfortiano y el postmodernismo. También en Latinoamérica se ha venido sosteniendo la legitimidad de un derecho alternativo⁵ bajo variados enfoques, resaltándose la idea de un derecho de producción local y popular, cuestionándose sobre todo el dogma positivista del origen estatal del derecho, y en cambio se defiende la existencia de un pluralismo jurídico.

³ Sobre estos movimientos se puede consultar Jan Broekman (1997).

⁴ Sobre la crítica feminista al derecho puede consultarse el texto de Robin West (2000).

⁵ Una importante síntesis sobre el derecho alternativo (principalmente propio de Brasil) se encuentra en el artículo de Joaquín Herrera Flórez y David Sánchez Rubio (1993). Recientemente se publicó el texto de María de Lourdes Souza (2001), que aborda los proyectos alternativos de Italia, España y Brasil.

Mientras la jurisprudencia alternativa conoció el ocaso en el mismo decenio del setenta,⁶ la corriente francesa abandonó su proyecto inicial ya a comienzos del decenio del ochenta. De modo que hasta ahora sólo Critical Legal Studies y el derecho alternativo latinoamericano se mantienen en pie dentro del pensamiento jurídico.

Notas comunes entre las corrientes críticas del derecho: entre las corrientes críticas del derecho que se mencionan, pueden leerse ciertas aproximaciones que se tienden en sus condiciones de surgimiento y en los contenidos de sus proyectos críticos. En esta dirección, Juan Antonio Pérez Lledó se refirió a los rasgos de familia propios de estas corrientes en los siguientes términos:

1) frente al iusnaturalismo idealista y al iuspositivismo formalista, énfasis en la dimensión histórica y social del derecho; pero se abandona la lectura materialista tradicional, reconociendo su relativa autonomía e incluso su carácter constitutivo de las relaciones sociales (paralelamente se acentúa el eclecticismo teórico); 2) frente a la autonomía de la dogmática jurídica, defensa de la interdisciplinariedad; pero se toma en serio la crítica interna de la regulación jurídica y su estructura formal, sin refugiarse en una sociología jurídica externa; 3) énfasis en la dimensión política del derecho y del discurso jurídico, rechazando su supuesta neutralidad valorativa; 4) énfasis en la indeterminación del Derecho (lagunas y contradicciones formales, incoherencias sustantivas) y la subjetividad del razonamiento jurídico (reforzado por la progresiva adopción de la actual crítica postmoderna; 5) énfasis en el carácter ideológico del Derecho, con especial atención a la producción y reproducción de la conciencia jurídica (Derecho como discurso de los juristas, enseñanza del Derecho); 6) ambivalencia hacia el Derecho, criticado como factor de conservación del status quo y apreciado como instrumento potencial de transformación (Pérez, 1996b: 99–100).

⁶ Parte de ese ocaso se explica porque la jurisprudencia alternativa no constituyó tanto una escuela o corriente como la unión de jueces y juristas militantes que en una coyuntura muy específica, exigieron el paso del Estado Liberal a ese estado Constitucional, que ordenado desde la Constitución posfascista de 1948, y defraudado durante decenios de una práctica judicial conservadora y elitista que continuó operando el derecho de espaldas a los textos constitucionales o mantuvo con vida las autoritarias legislaciones fascistas. Una vez el Estado Constitucional se impuso y fue tomado en serio, gran parte del sentido de la jurisprudencia alternativa se perdió y se prefirió buscar una jurisprudencia democrática y constitucional para la integración, en vez de una jurisprudencia fragmentaria hacia el socialismo. Una jurisprudencia alternativa también sería invocada en los últimos años del franquismo español y en la transición a la democracia para restarle legitimidad a las normas franquistas, máxime si muchas de ellas se mantuvieron vigentes aun con el tránsito constitucional.

Es importante enfatizar en estos tópicos a la hora de identificar determinadas corrientes y teorías como críticas del derecho, en razón de la multiplicidad de objetos en que puede recaer esa crítica: el derecho positivo, una corriente predominante en el pensamiento jurídico, los presupuestos científicos de la ciencia jurídica, o, en una orientación sociojurídica, todo lo que involucra al derecho en acción (la enseñanza del derecho, la profesión jurídica y las agremiaciones, las cárceles).

Un acercamiento a las corrientes críticas del derecho y, concretamente, a Critical Legal Studies, permite dar cuenta de los diferentes matices y sentidos en que se puede ser racionalista o antirracionalista en derecho, o en que se puede ser formalista o antiformalista, o en que se puede tener una concepción política o antipolítica del ámbito jurídico. Si la hurticante pluma del segundo Ihering despedazó la racionalidad lógico-deductiva de la jurisprudencia de conceptos que él mismo había cultivado, denunciando a quienes vivían en el «cielo de los conceptos», hoy día se formula similar denuncia contra quienes partiendo de la razón práctica han desarrollado sofisticadas y complejas teorías de la argumentación jurídica o el razonamiento jurídico, como las de Alexy o Dworkin. También a ellos se les ha descalificado como neoformalistas, y hasta de «hablangéritos» e irracionales,⁷ justo a quienes quieren racionalizar la operación del derecho. La falta de atención por tales matices ha llevado a enormes confusiones en el pensamiento jurídico contemporáneo, tales como la confusión entre positivismo jurídico metodológico y positivismo jurídico formalista-normativista, o, para decirlo de otra manera, entre el positivismo como método y el positivismo de la Escuela de la Exégesis. Igualmente, Kelsen fue radicalmente racionalista en cuanto al modelo de ciencia para el derecho, pero fue irracionista en cuanto no se ocupó en su modelo de ciencia del problema de la interpretación y de razonamiento jurídico.

Las corrientes críticas del derecho se sitúan por fuera del debate entre el no positivismo y el positivismo, en el que resaltan Dworkin y Alexy como críticos de éste, pero desde criterios de moralidad y cierto derecho natural, y defendiendo las tradicionales e impuestas virtudes del derecho: sistematicidad, racionalidad, coherencia, eso sí, desde la hermenéutica y la racionalidad

⁷ Es el caso del costarricense Enrique P. Haba (1996), quien realiza una buena síntesis de sus críticas a Dworkin y Alexy.

práctica. Las corrientes críticas en cambio, se sitúan entre el materialismo, el realismo y el postmodernismo en sus críticas al juspositivismo, sin coqueteos jusnaturalistas, levantándose no sólo contra el positivismo jurídico, sino también contra cualquier intento por cientificar el conocimiento jurídico, negando pues, la autonomía del razonamiento jurídico frente a cuestiones morales o políticas y afirmando la siempre presente subjetividad de intérpretes y magistrados.

En tal sentido, las teorías propias de juristas como Dworkin o Alexy no constituyen teorías críticas, salvo en el sentido en que representan serias críticas al positivismo jurídico (Hartiano desde Dworkin y Kelseniano desde Alexy), pero esto último no es un elemento definidor de las corrientes y teorías críticas del derecho, que precisamente se contraponen con las mencionadas críticas al positivismo jurídico por no pretender fundar una ciencia jurídica bajo presupuestos de coherencia, racionalidad, objetividad, neutralidad, y enfatizar en cambio la dimensión política en todos los momentos del derecho. De modo que las corrientes y teorías críticas del derecho desbordan las objeciones contemporáneas al positivismo jurídico, y en todo caso, se muestran particularmente radicales en su escepticismo frente al derecho y su supuesta ciencia. Además, la crítica al positivismo jurídico a que se acudiese tras la segunda posguerra, se ha desenvuelto en un cierto coqueteo con el derecho natural bajo parámetros de moralidad, perspectiva que de ninguna manera se encuentra presente entre la crítica jurídica a la que puede remitirse el Movimiento Critical Legal Studies; corriente que sin mostrarse homogénea en sus planteamientos, abarca, eso sí, las más originales y profundas perspectivas del pensamiento crítico frente al derecho.

En igual dirección, en Bélgica, los profesores François Ost y Michel van de Kerchove (2001), vienen insistiendo en una teoría crítica del derecho, distante de las anteriores, y que con el nombre de teoría lúdica del derecho han desarrollado bajo referentes hermenéuticos y sistémicos, constituyendo ante todo, una mera crítica al rígido positivismo jurídico de la Europa Continental, para procurar una teoría del derecho que responda los retos de la postmodernidad, echándose en falta una perspectiva materialista, lo mismo que la afirmación de incoherencias o contradicciones en el derecho más allá de lo que pueden reconocer desde la hermenéutica.

El Movimiento Critical Legal Studies constituye una de las principales corrientes dentro del pensamiento jurídico contemporáneo, y en sus ambiciosas críticas se muestra lo suficientemente sincronizado con los planteamientos de vanguardia en la ciencia jurídica, como es el caso de las aportaciones de Ronald Dworkin (frente a quien son duramente críticos), uno de los filósofos del derecho que más influencia está teniendo en la cultura jurídica junto con Robert Alexy y su teoría de la argumentación jurídica, juristas que aún proviniendo de tradiciones jurídicas bien disímiles, muestran un notable acercamiento en su concepción del derecho y en sus objeciones al formalismo jurídico. Y sin embargo, hace rato que Critical Legal Studies llegó al climax de su producción y hoy se bate en retirada o cede en sus planteamientos, tal como lo registra Fiss (1992). Ese ocaso actual de la corriente se corresponde con su peculiar condición de izquierda en un país del capitalismo central.

Presentar algunos planteamientos críticos de Critical Legal Studies en el contexto del pensamiento jurídico contemporáneo constituye el objeto de estas líneas sin ninguna pretensión de exhaustividad, cuestión imposible de conseguir ante sus innumerables investigaciones y publicaciones, lo mismo que por su referente teórico ampliamente heterógeneo, a más de la intersección entre el Movimiento y los movimientos sociales.⁸

Tal acercamiento al pensamiento jurídico crítico resulta valioso frente al exagerado y ligero culto que sigue teniendo el derecho en la cultura occidental, que lo continúa presentando como el mediador de las relaciones políticas y de los conflictos, sin reparar en sus límites y alcances dentro de un contexto económico y cultural que cada vez se muestra más inabarcable y contingente. Por lo demás, abordar este movimiento se hace aun más necesario en un momento en que la jurística de todos los Estados Constitucionales de Derecho del mundo está mirando hacia el pensamiento jurídico norteamericano, que ya cumple dos siglos de judicial review y de protagonismo judicial.

Con todo y el valor de la crítica jurídica, podría parecer atrevido llamar al escepticismo frente al derecho en un país que más que negación del derecho parece sediento de un Estado que no existe y de un derecho que sólo se impone

⁸ El texto de Juan Antonio Pérez Lledó (1996) resulta hasta ahora el más extenso y completo estudio que se ha hecho en lengua española sobre este movimiento y constituye la principal fuente de este artículo.

de manera ritual y fragmentaria. Pero aunque Estado y Derecho se impongan, esa imposición no puede dejarse a la discreción de los poderosos. En todo caso, ojalá que este escrito permita hacer pensar sobre el carácter contingente, no sólo de las doctrinas e instituciones jurídicas, sino del mismo derecho.

Las raíces del movimiento: El movimiento Critical Legal Studies (en adelante CLS), surge formalmente en 1977 en Los Estados Unidos de América, como heredero de gran parte de los planteamientos del realismo jurídico norteamericano. Sus raíces, sin embargo, se remontan a los agitados años sesenta, decenio cargado de hechos políticos y luchas ideológicas, en relación con numerosas cuestiones norteamericanas e internacionales: como el hippismo, la guerra de Vietnam o la lucha racial.

Antes de la emergencia de CLS existía el trabajo del movimiento Law and Society (Derecho y Sociedad), constituido en 1964 con la inauguración de la Asociación Derecho y Sociedad y que después del predominio realista fue la única corriente que pretendió continuar un trabajo crítico con base en tres postulados: el interés por el derecho en acción por contraposición con el derecho en los libros del dogmatismo, es decir, un claro interés sociojurídico; una confianza en la investigación empírica con el auxilio de las ciencias sociales; y «una concepción política progresista y reformista destinada a la consolidación de valores democráticos, liberales y de equidad social...Sin embargo, el peso del empirismo y el predominio de un apoyo financiero destinado al perfeccionamiento de las políticas públicas, por lo menos durante las dos primeras décadas del movimiento, obraron en contra del mantenimiento de sus energías críticas» (García, 2001: 6). Critical Legal Studies nació contra el estilo de la teoría jurídica y enseñanza del derecho que impuso el realismo jurídico pos New Deal, un realismo descafeinado y que aunque se enorgullecía de ver más allá del argumento jurídico conceptualista para subrayar la noción de que todo el derecho está basado en consideraciones políticas» creía que «las clasificaciones jurídicas se encuentran determinadas por sus consecuencias. El orden que se sugiere es el de la inmanente racionalidad funcional del ordenamiento jurídico. La destreza básica es la que permite localizar el grupo principal de intereses funcionales (eficiencia, justicia o lo que sea) (Gordon, 1999:149). Pero, «Ya a fines de los años sesenta, volvieron a surgir los proyectos realistas más ambiciosos. El primer resurgimiento provino de la

izquierda liberal, inspirada por los nuevos movimientos sociales en los que los estudiantes de derecho comenzaron a involucrarse y a presionar a sus facultades a fin de que se reconocieran en el currículum. Algunos ejemplos incluyen los derechos civiles de los negros, derechos sociales y servicios para los pobres, el movimiento feminista, los derechos de los consumidores y la conservación de los recursos del medio ambiente. Las facultades respondieron añadiendo una batería de cursos en derecho urbano, derecho de la extrema pobreza, discriminación por raza y género, derecho sobre la conservación de los recursos del medio ambiente y similares, lo que produjo un gran empuje a las orientaciones en la enseñanza del derecho que privilegiaran la visión de contexto, las políticas públicas y los métodos de clínicas jurídicas» (Gordon, 1999:151-152).

Durante estos dos decenios de bagaje académico e intelectual, CLS ha recurrido a muy variadas aportaciones teóricas, entre las que sobresalen, en un primer momento, las propias del neomarxismo y el realismo jurídico norteamericano; mientras en un segundo momento, las principales aportaciones acogidas, provienen del ambiente filosófico postmodernista. En los primeros años predominan los estudios sobre la indeterminación jurídica y el carácter conservador del derecho; mientras para el decenio del noventa los estudios más originales se refieren a la deconstrucción.

Los planteamientos críticos de CLS se dirigen hacia la estructura interna del derecho –sin que por ello se olviden de todo aquello con que éste interactúe–, hacia la enseñanza tradicionalmente impartida por las universidades norteamericanas, como también hacia la sociología del derecho de corte positivista –hasta el momento imperante–, rechazando siempre toda concepción apolítica, científica, objetiva y neutral del derecho y de la doctrina y enseñanza jurídicas, por su función legitimadora de la sociedad capitalista, todo ello en procura de una transformación progresista de esta sociedad en una dirección de izquierda.

En medio de la conflictividad de los años sesenta, la enseñanza del derecho en las facultades seguía marcada por el positivismo y el formalismo jurídico, conforme a los cuales la enseñanza jurídica tiene por objeto la transmisión de conocimientos, aptitudes y técnicas, dejando por fuera la participación de otras

disciplinas en la formación jurídica, lo mismo que cualquier tipo de valoraciones políticas, morales, económicas o culturales, en función de una pretendida naturaleza neutral, apolítica, científica y objetiva del conocimiento jurídico. Contra esta nota predominante en los estudios de derecho, algunos de los jóvenes profesores de la Facultad de Derecho de Yale, tomaron parte en debates en torno al «reclutamiento obligatorio», al juicio a líderes de los Panteras Negras o manifestaron su desinterés en torno a la dogmática jurídica, en favor de la práctica de la sociología jurídica. Las autoridades de Yale no tardaron en reaccionar despidiendo a seis profesores implicados en estos progresistas conatos ideológicos (Pérez, 1996:51).

Con estos y otros antecedentes se celebra en mayo de 1977 la primera “Conference on Critical Legal Studies”, cuyos asistentes fueron invitados personalmente, mediante carta firmada por un comité organizador integrado por David Trubek, Duncan Kennedy, Richard Abel, Mark Tushnet, Roberto Mangabeira Unger y otros. En esta carta se aludía a dos tipos de trabajo de carácter crítico con los que simpatizó desde sus orígenes: el primero de ellos muy próximo a la investigación social heredera de Max Weber y según la cual «toda acción jurídica debe entenderse en términos de categorías y propósitos extrajurídicos» y por otro lado, que el derecho en acción es radicalmente distinto del derecho en los libros; el segundo tipo alude al derecho como instrumento de dominación social, económica y política, al favorecer los intereses de los dominadores y por legitimar el orden existente, enfatizando el carácter ideológico de la doctrina jurídica y la gran importancia de su estructura interna (Pérez, 1996:56-57).

Las invitaciones estaban dirigidas a académicos amigos que desde las facultades de derecho o áreas afines estuvieran insatisfechos con el economicismo del marxismo ortodoxo, las reformas liberales del estado de bienestar, el autoritarismo, la esterilidad y descontextualización de la enseñanza jurídica y las concepciones apolíticas y neutrales del derecho y su conocimiento (Pérez, 1996:58).

El sentido de la actitud crítica de critical legal studies: Tributario del neomarxismo de Escuela de Francfort, el uso del término "crítica" por parte del Critical Legal Studies Movement, obedece a la recepción que se hace de sus

elaboraciones en torno a una Teoría Crítica (Pérez, 1996:353-357), caracterizada por su permanente autorreflexividad, la crítica tanto epistemológica como política al positivismo y cientificismo de las ciencias sociales y a su correspondiente empiricismo, para defender en cambio una filosofía social crítica y especulativa, de carácter transdisciplinario y fundada en el juego teoría/práctica como unidad inescindible. El término también involucra, en un sentido sociopolítico y desde una posición de izquierda, el ataque al status quo político, social, cultural e inclusive intelectual norteamericano, para defender un orden social más igualitario. En tercer lugar, el apelativo está relacionado con la crítica interna del derecho positivo, del cual se ataca cualquier idea de coherencia, predeterminación y que pretenda fundar una aplicación e interpretación neutral del derecho (Rodríguez, 1999:39-40). Sendas críticas están, sin embargo, plenamente vinculadas, en la medida de que para la Corriente, la idea de coherencia se hace funcional al mantenimiento de dicho status quo, al pretender excluir las cuestiones políticas del funcionamiento cotidiano del derecho (Pérez, 1996:262 y ss.).

Por esta última orientación, el sentido en que Critical Legal Studies constituye una corriente crítica, está dado por el hecho de que ella ha retomado el proyecto precisamente crítico del movimiento realista, que se dirigió a enfatizar la indeterminación del derecho, dejando de lado el proyecto constructivo de los realistas y que en cambio han pretendido asumir otras corrientes como Derecho y Sociedad. En tal sentido, la Corriente sería crítica por oposición a aquellas corrientes que pretenden fundar sistemas conceptuales que de manera científica y absolutamente lógica y coherente den cuenta de un ordenamiento jurídico positivo. Ejemplo clásico de este tipo de corrientes sería la desarrollada en torno a una teoría pura del derecho, que descarta los vacíos jurídicos y resuelve las antinomias.

CLS como movimiento y corriente en el pensamiento jurídico: CLS constituye un movimiento casi completamente conformado por juristas académicos y cuyos iniciadores comparten un transfondo educativo y de experiencias sociales, políticas y culturales: los años sesenta.

Intelectualmente, sin embargo, surgen problemas para caracterizar a CLS como movimiento, dada la enorme heterogeneidad existente entre sus integrantes,

quienes hacen uso de soportes teóricos y metodológicos muy diversos y se ocupan de problemas pertenecientes a múltiples campos de estudio, frente a los cuales, a menudo, asumen posturas distantes y hasta contradictorias entre sí, lo cual es el necesario resultado de que las críticas desarrolladas desde CLS se construyan partiendo de materiales propios de disciplinas que para el formalismo y positivismo jurídicos, resultan impertinentes en el estudio del derecho, en la ciencia jurídica (v. gr., la ciencia política, la filosofía, la ética, la teoría social, la antropología, la historiografía o la crítica literaria), lo mismo que de tradiciones del pensamiento jurídico, social, político y filosófico, tan diversas, como el realismo jurídico, el neomarxismo de Escuela de Francfort, el postmodernismo, la teoría feminista, la teoría crítica de la raza, el psicoanálisis, el estructuralismo o el existencialismo, como señala Gordon (1999).

«Los CLS son realmente muchas cosas (un paraguas organizacional amplio para una enorme y extraña coalición de abogados de izquierda, tanto profesores de derecho, como practicantes; una forma de hacer política en las facultades de derecho; una colección de diversas teorías jurídicas, un nombre distintivo de algunos métodos de historia social y del derecho)».

La diversidad característica de CLS también se evidencia en el objeto concreto de sus estudios, que, por ejemplo, van desde el derecho positivo, hasta el ejercicio de la profesión jurídica y la enseñanza del derecho, y desde la justicia informal hasta el multiculturalismo.

Pero toda esta heterogeneidad científica y conceptual que caracteriza a CLS –y que para muchos pone en duda su carácter de movimiento–, no es casual y sólo resulta comprensible si se tiene en cuenta su recorrido intelectual y el debate que frente a la teoría se ha desarrollado en su propio seno.

En cuanto a la primera situación, CLS ha transitado un territorio intelectual muy vasto, que comienza con el aprovechamiento de las conceptualizaciones del neomarxismo de Escuela de Francfort y del realismo jurídico norteamericano y que en los últimos años ha virado significativamente hacia algunas de las teorizaciones defendidas desde el postmodernismo,

especialmente la concerniente a la microfísica del poder de Foucault, y la relativa a la crítica literaria y la deconstrucción de Derrida.⁹

Desde la deconstrucción¹⁰ se ha visto que si el derecho refleja visiones sociales que implican privilegiar particulares concepciones de la naturaleza humana, a medida que se deconstruyen principios jurídicos, se deconstruye la ideología o visión del mundo que los informa o se demuestra la incompletud de las doctrinas y se pueden hacer deshacer los argumentos jurídicos a sí mismos. En fin, la deconstrucción se ha utilizado para el análisis ideológico e histórico y para invertir las jerarquías afirmadas por el derecho y por la ciencia jurídica, lo mismo que para la interpretación jurídica (Pérez, 1996:181 y ss.). Desde la deconstrucción también se revisó la perspectiva crítica propia de la primera etapa de CLS, en el sentido de que afirmar la existencia de contradicciones profundas en el derecho, como lo hace Duncan Kennedy en relación con el derecho privado (2000), constituye «una resonancia del pensamiento racional moderno, en tanto equivale a la formulación de un principio esencial que explica toda la práctica y doctrina jurídica en un ámbito determinado»; la crítica jurídica deconstructiva, en cambio, sostiene la posibilidad de subvertir todas las jerarquías conceptuales a través de una crítica que muestre sus inconsistencias internas» (Rodríguez, 1999: 50-51).

La segunda situación consiste en el debate suscitado al interior de CLS en torno al problema de la teoría, que bajo la forma de la teoría social general, a gran escala (cuyo ejemplo más significativo se encuentra en el marxismo), es blanco de críticas por parte de la casi totalidad de CLSers (como son denominados los integrantes del movimiento), especialmente por parte de quienes se inspiran en posturas propias del postmodernismo y que descalifican las ambiciosas explicaciones abstractas y estructurales que la misma ofrece y en cambio se aproximan más a la teoría local (lo mismo que a la ultrateoría e inclusive, por parte de algún sector, a la antiteoría), consistente en aquel conjunto de prácticas

⁹ El mismo Jacques Derrida ha aplaudido la tarea jusdeconstructiva de los CLSES postmodernos, en el entendido de que sus trabajos «responden a los programas más radicales de una deconstrucción que querría, para ser consecuente con ella misma, no quedarse encerrada en discursos puramente especulativos, teóricos y académicos sino pretender... tener consecuencias, cambiar las cosas, intervenir de manera eficiente y responsable, siempre mediatizada evidentemente, no sólo en la profesión sino en lo que se llama la cité, la polis y más generalmente en el mundo» (Derrida,1992:134).

¹⁰ Una síntesis sobre la deconstrucción y los problemas del derecho y la justicia en Derrida la aporta Marco Antonio Navarro (1999).

teóricas concretas –críticas o constructivas– que no pretenden ser aplicaciones de una concepción teórica global, aunque puedan extraerse conceptos y elementos de dichos sistemas teóricos para usarlos como herramientas útiles en su tarea teórica a pequeña escala (Pérez, 1996:179-180). Teoría local como la defendida y practicada en el postmodernismo, especialmente por Michel Foucault, uno de los autores postmodernistas que han dejado huella en el movimiento.

Bajo las anteriores orientaciones y posturas políticas, CLS se levanta entonces contra la ciencia social y la sociología del derecho positivistas, contra la teoría social clásica, contra la forma tradicional de enseñanza del derecho, el liberalismo, el determinismo marxista, las concepciones científicas, racionales, objetivas y apolíticas del derecho (tales como la jurisprudencia de principios de Ronald Dworkin o el análisis económico del derecho de Richard Posner), lo mismo que contra los estudios dogmáticos, también dominantes en su país, defendiendo en cambio, la naturaleza política y valorativa, no sólo del derecho, sino también de los estudios jurídicos y de la función judicial.

Su falta de unificación teórica y política hace que los CLSers (como son denominados los militantes del Movimiento) sean registrados como juristas menos afortunados que los mismos realistas norteamericanos. Esa es la impresión de Albert Calsamiglia, quien al denunciar la ausencia de una agenda política en el seno de CLS, encuentra que el realismo jurídico también mantuvo un programa crítico del Estado liberal sin un método de análisis objetivo, pero, siendo conscientes de las opciones políticas que defendían, se centraron en la política del «New Deal» (Calsamiglia, 1992:299).

Finalmente, hacia finales del decenio del ochenta, se efectúa una valiosa intersección, no del todo pacífica, entre CLS y otras corrientes que venían emergiendo en Norteamérica: la jurisprudencia feminista (Feminist Jurisprudence) y la teoría crítica de la raza (Critical Race Theorie), lo mismo que con otros enfoques como las teorías críticas sobre la orientación sexual, o el postcolonialismo y el pluralismo cultural, entre los cuales son dignos de resaltar los estudios latinos (Latin Critical Studies), que han renovado el contenido de sus debates y que también se desarrollan en una perspectiva

interdisciplinaria, introduciendo a su vez gran parte de la temática postmoderna en el seno de CLS (Pérez, 1996:194 y ss.).

También durante este decenio se suscita una proyección internacional del Movimiento hacia Canadá, Australia, varios países europeos¹¹ y sobre todo hacia Inglaterra, donde funciona un fuerte grupo de Critical Legal Studies, que en muchos de sus postulados y directrices se aproximan a los propios de sus homólogos estadounidenses, distanciándose en el mayor valor que tiene para los europeos la perspectiva marxista.

La enseñanza del derecho: Como señala Gordon (1999) «La premisa principal de CLS respecto de la enseñanza del derecho es ésta: que las formas convencionales de discurso jurídico, (los significados; la forma en que los generadores del derecho, tales como administradores, jueces, estudiosos, abogados practicantes y profesores hablan y analizan cotidianamente la vida social y el rol del derecho como regulador de esta última), son prácticas políticas y más aún, prácticas que producen efectos sociales innecesariamente conservadores en la mente de quienes se involucran en ellas. Más que cualquier otra cosa, los CLS son sólo un conjunto de técnicas con el objetivo de tratar de agitar este estado mental y sacarlo de su nube de complacencia». En relación con la enseñanza tradicional del derecho, CLS ha rechazado que las cuestiones estrictamente técnico-jurídicas o dogmáticas se hayan asumido de una manera independiente de la teoría social y del discurso político, filosófico y moral.¹² CLS aboga entonces por una vinculación de tales discursos –los cuales suelen ser considerados «extrajurídicos»–, con el tratamiento de cualquier problema jurídico, especialmente los relacionados con las instituciones jurídicas propias del derecho positivo. De manera que las cuestiones filosóficas o políticas cultivadas por CLS no se convierten en un simple agregado de abstracciones, al estilo de la tradición intelectual y docente de las facultades,¹³ sino que al

¹¹ En los que se ha celebrado anualmente la Conferencia Europea sobre Critical Legal Studies.

¹² En Colombia la enseñanza del derecho también se ha perfilado desde el formalismo de la Exégesis que llegó de la mano del proceso codificador. En las facultades del país la formación jurídica no ha seguido más que la lógica de los textos normativos, echándose en falta la formación teórica y práctica. Es decir, en Colombia ni siquiera puede decirse que la dogmática jurídica resulte predominante, entre unos operadores que ligeramente la descalifican como consecuencia del craso irracionalismo. La misma formación jusfilosófica de los abogados ha sido deficiente. Recientemente, sin embargo, la Constitución de 1991 ha impulsado la acogida de nuevas cátedras sobre hermenéutica, sociología jurídica o racionalidad o favorecido cierta actividad investigativa.

¹³ Me refiero al aislamiento que se tiende entre los docentes encargados de las cátedras de teoría y filosofía del derecho y los docentes de las áreas específicas del ordenamiento, de modo que la interacción y debate

contrario, los debates políticos y filosóficos de los CLSers se libran fundamentalmente contra los dogmáticos del derecho y los juristas prácticos en los propios terrenos que recorre cotidianamente la cultura jurídica dominante y no contra los filósofos del derecho (Pérez, 1996:101-102), de suerte que el objetivo de CLS es practicar la filosofía en el Derecho, introduciendo el discurso sustantivo de carácter político-moral no al lado, sino dentro de los estudios jurídico-positivos, lo cual está relacionado con el carácter preponderantemente interno de su crítica jurídica (Pérez, 1996:144).

Igual de interesante resulta la posición del Movimiento ante el enfoque tradicional de la enseñanza y la investigación jurídicas, conforme al cual, mientras esta última se percibe como operando en las fronteras, en el frente de batalla, aquélla sería impartida dentro de los límites de un territorio ya conquistado y pacificado. La enseñanza sería un simple proceso de transmisión de verdades, aptitudes y técnicas relativamente bien establecidas. Contra tal enfoque, CLS difumina tal oposición entre investigación y docencia, en razón de que asume la condición constituyente de la enseñanza del derecho respecto del pensamiento jurídico (Pérez, 1996:120).

En esa dirección, alguno de los representantes de CLS, ha propuesto constituir los currículos de derecho en las facultades mediante la combinación de tres bloques: el análisis doctrinal, la enseñanza clínica o práctica y la formación en análisis cultural y social, en economía política, antropología, filosofía y otras áreas similares (Pérez, 1996:142-145).

Una concepción política del derecho y de la teoría jurídica: En cuanto al derecho propiamente dicho, CLS lo concibe políticamente, en la medida de que no sólo el derecho incorpora principios en conflicto (p. e., individualismo y altruismo), sino que además, cualquier derecho establecido no es más que un resultado transitorio y contingente de luchas ideológicas entre sectores sociales y concepciones sobre la justicia, la libertad y demás valores sociales, políticos y económicos (Pérez, 1996:271).

entre sendos sectores del conocimiento resulta mínimo. Para los primeros, el saber filosófico o teórico tiende a resultar un saber superior y autosuficiente; para los segundos, el saber técnico tiende a ser el que por cuestiones prácticas y situarse en un plano más concreto, merece toda la atención

Duncan Kennedy, uno de los principales representantes del Movimiento se refiere a las lógicas contradictorias que atraviesan al derecho privado y a cómo se enfrentan dos modos retóricos en la adjudicación y doctrina jurídica norteamericanas: individualismo y altruismo, cada uno de los cuales halla su realización de formas diferentes. El primero se concreta en la invocación de reglas rígidas y precisas mientras el segundo se apoya en el recurso a los estándares y «principios de equidad que generan decisiones ad hoc, con un valor relativamente bajo como precedentes» (Kennedy, 2001:163).

Posición que es desestimada por quienes critican a CLS, en el sentido de que ni Hart ni Kelsen y nadie después de ellos ha negado las relaciones entre derecho y política. Pero aquí se quedan cortos nuevamente estos críticos en sus ataques a CLS, pues CLS no se limita a defender la naturaleza política del derecho, sino que además se niega a distinguir entre razonamiento jurídico y discusión política, en la medida de que la lucha política está presente no sólo en el origen del sistema jurídico, sino que continúa presente en su funcionamiento, en cada uno de sus momentos, en su interpretación y aplicación, en las pretensiones del litigante –y no sólo en la medida de que casi toda norma tiene un margen de aplicación que posibilita la discrecionalidad política del intérprete, o en el sentido de que los jueces suelen decidir conforme con sus convicciones políticas–, sino en cuanto en los ámbitos jurídicos (y esto es lo más recalado por CLS), se reproducen prácticamente todas las discusiones políticas presentes en el debate público de una sociedad (Pérez, 1996:273). En tal dirección es que CLS estima inapropiado concebir el razonamiento jurídico como un ámbito apolítico, científico, neutral y objetivo, y esto sí les distancia de los representantes del pensamiento jurídico dominante y de las orientaciones contemporáneas obsesionadas con el racionalismo jurídico.

Es obvio que para Hans Kelsen los jueces crean derecho, pero esa actividad queda subsumida por la concepción jerárquica del ordenamiento, dado que toda su creación jurídica debe darse dentro de los límites de las normas a las que está sometido el juez, siendo las normas que éste dicte (las sentencias) la mera individuación y concreción de normas más generales. En cambio desde CLS, sostiene Duncan Kennedy, esa naturaleza política vendría dada por el hecho de que en la argumentación jurídica lo que se hace es re-formular reglas generales y re-estructurar hechos de modo que el caso que en un principio parecía «ser

cubierto por la norma A ahora resulte cubierto por la norma B» (Kennedy, 1999:137-139 y 149-150).

Desde Hart se presenta una situación algo parecida, pues aunque el juez tiene una enorme discrecionalidad en los casos difíciles, en los demás se encuentra bien interdicta su discreción.

Pero resulta aun más curioso que los críticos le recuerden a CLS que Kelsen, Hart y todos los demás grandes juristas concibieron políticamente el derecho siendo que en el caso de Kelsen, su teoría pura del derecho pretende precisamente científizar el estudio del derecho, fundar una auténtica ciencia jurídica, que es lo que precisamente estima imposible CLS. Su constante énfasis en que *law is politics*, en que derecho es política, debe entenderse en el sentido de que *law* es un término que al igual que derecho, implica varias acepciones, que van desde la ley, hasta un ordenamiento jurídico y su supuesta ciencia.

Indeterminación jurídica: Uno de los problemas teóricos más desarrollados por CLS es precisamente el relacionado con la indeterminación del derecho (*indeterminacy thesis*) y que se vincula con su concepción política del mismo.

Dicha tesis es la que como ya se explicó, definiría a CLS respecto del derecho como corriente crítica y constituye la continuación de la tesis sobre la indeterminación lingüística del derecho sostenida por los realistas, pero esta vez extendida al nivel de los principios.

Conforme a la tesis de la indeterminación sostenida por CLS, los jueces toman decisiones que no vienen completamente dictadas por el derecho, no sólo porque en los pleitos judiciales suelen ser relevantes varias normas jurídicas – aún apuntando hacia soluciones y direcciones diferentes–, y porque las normas suelen presentar una textura abierta –y esto es herencia de los realistas–, sino también por el conflicto existente al interior del derecho entre principios, valores e ideales, y ante todo, por la íntima relación entre derecho y política.

Robert Gordon refuerza esta crítica contra las objeciones hechas en el sentido de que «las decisiones jurídicas son predecibles la mayor parte del tiempo, y

que los abogados se ganan la vida prediciéndolas. Los teóricos críticos concuerdan con esto –dice Gordon–, pero afirman que las decisiones jurídicas son predecibles no porque tales decisiones sean exigidas inexorablemente por las doctrinas o principios jurídicos existentes, sino porque los abogados y otros intérpretes tienden a desarrollar convenciones compartidas acerca de cómo deben aplicar la ley; y tales convenciones permanecen estables durante algún tiempo, hasta que ocurre algo que las desestabiliza» (2001:207). Es así como son entendidos los cambios jurisprudenciales que en Norteamérica implicaron el paso de la doctrina eufemística de «separados pero iguales», al reconocimiento, desde los años cincuenta de que el apartheid violaba el derecho a la igual consideración y respeto, y que conllevó su progresivo desmonte.¹⁴

Si hay algo que caracterice profundamente al movimiento Critical Legal Studies, es precisamente este planteamiento en torno a la indeterminación del derecho, sobre todo en lo tocante a los principios y valores jurídicos, pues a diferencia de diversas corrientes que denuncian serios inconvenientes de un derecho por reglas, pero confían en afrontarlos acudiendo a la intervención de los principios, CLS considera en cambio, que invocar los principios sólo sirve para trasladar la indeterminación al nivel de éstos, en razón de los mencionados conflictos, dado que no existen metaprincipios.

Así pues, según CLS, no existe ningún criterio seguro para asignarle a cada principio o valor en conflicto el peso correspondiente en un caso determinado, contrario a lo sostenido por Ronald Dworkin, quien aunque reconoce que en el interior del derecho existen principios que apuntan hacia direcciones opuestas, niega que ello implique un elevado grado de indeterminación, conforme a su concepción del derecho como integridad y defiende la tesis de la única respuesta correcta dada la dimensión de «peso» que él les atribuye, y que resultaría medido, precisamente, mediante el método del balance¹⁵ (balancing method) como criterio para sopesar el peso de los principios conforme a «la

¹⁴ Estos cambios no serían el resultado de una tranquila y pacífica evolución jurisprudencial o jurídica, sino la manifestación directa de los conflictos y luchas en que se involucra el derecho.

¹⁵ Sobre el balancing puede consultarse el texto de Enrique Alonso García (1984).

mejor teoría del derecho establecido» (the soundest theorie of the settled law), la teoría elaborada por el ideal juez Hércules (Dworkin, 1992: 179 y ss.).¹⁶

Ante lo cual, CLS considera que la «invocación de los principios sólo sirve para empujar hacia otro nivel el punto por el cual se introduce la indeterminación»,¹⁷ estima impensable la tesis de la única respuesta correcta por cuanto la controversia ideológica y política alcanza el foro jurídico e insiste en que no se puede descubrir un metacriterio objetivo suficientemente útil para asignar pesos a los principios (Pérez, 1996: 269). Planteamiento que no suelen considerar los críticos que sostienen contra CLS que su crítica al formalismo jurídico no constituye una novedad, que ya estaba presente en la obra de Gény y Heck y los demás juristas que concurrieron en la rebelión contra el formalismo. Cuestión muy cierta. El mismo constitucionalismo de la segunda posguerra se levantó contra el formalismo. Pero precisamente ahí está CLS mostrando los límites que se niega a reconocer la jurisprudencia contemporánea, obsesionada con la racionalización de la operación del derecho, en lo que para CLS no son más que manifestaciones de un formalismo jurídico sofisticado.

El escepticismo de CLS frente al balancing method como criterio para racionalizar la operación del derecho y resolver los conflictos entre principios no es infundado ni ligero si se tiene en cuenta que la experiencia práctica de su utilización en la Corte Suprema de Justicia norteamericana ha suscitado importantes debates. En ese sentido, dijo Black, uno de los jueces de la Corte: «No creo que este tribunal pueda pretender seriamente llevar la lógica del balancing a sus últimas consecuencias. Ello implicaría que los norteamericanos no tendrían el derecho perfecto a exponer sus opiniones a sus vecinos ni sus vecinos derecho a oírlos, sino que sólo existiría un derecho condicionado».

Opinión que fuera expresada en un proceso en que se enjuiciaba la constitucionalidad de una denegación de admisión al ejercicio de la abogacía por rehusarse el candidato a contestar las preguntas relativas a la pertenencia al

¹⁶ En este texto, pésimamente traducido al español, cuyo título obvio debió ser El imperio del derecho, Dworkin responde a algunas críticas de CLS descalificándolos como meros neorealistas y tergiversadores del liberalismo.

¹⁷ Andrew Altman, «Legal Realism, Critical Legal Studies and Dworkin», *Philosophy and Public Affairs*, 1986, vol.15, p. 217; citado por Juan Antonio Pérez Lledó (1996:264).

Partido Comunista.¹⁸ Denegación que fue admitida invocando la necesaria reconciliación consistente en contrapesar adecuadamente los intereses implicados, cuando en un contexto se afirman derechos constitucionales frente a una actuación legítima de los poderes públicos.

También Mark Tushnet, uno de los iniciadores del Movimiento y de orientación marxista, se refiere a la indeterminación técnica propia del balancing, por cuanto la valoración de los intereses en juego exige una teoría substantiva de los derechos sin que hasta ahora haya sido indicada por la Supreme Court. Tushnet se refiere a uno de los grandes escándalos en materia de equilibrio a que dio lugar un importante fallo judicial,¹⁹ sobre todo en la opinión independiente del magistrado Frankfurter: «En un lado de la balanza puso los detalles de la “subversión” comunista y las amenazas a la seguridad nacional estadounidense, y en el otro todo un himno a los valores abstractos de la libertad de expresión», en un claro abuso del mismo balancing. Pero, aun cuando los intereses se definieran en un mismo nivel de generalidad como exigen los defensores del balancing, Tushnet no descarta la indeterminación técnica por cuanto «la selección de ese nivel requiere que se tenga una teoría substantiva de los derechos, que por definición no está disponible para quien debe generar el equilibrio en esa etapa del análisis. Además, los hechos y los intereses pueden descomponerse o universalizarse a voluntad, para trivializar o exagerar el peso de los hechos o de los intereses. Si los tribunales deciden crear equilibrio a un nivel relativamente abstracto, pueden tomar hechos relativamente abstractos y generalizar su trivialidad.

Por lo tanto, aquel que quiera “reconocer” un derecho puede elegir la medida de valor, las consecuencias y el nivel de generalidad necesarios. Esto mismo puede hacer quien quiera negar que se ha violado un derecho (Tushnet, 2001: 120-121).

Esta crítica resulta de fundamental interés para la jurística nacional y los debates jurídicos, teniendo en cuenta el despliegue que vienen teniendo dentro del constitucionalismo y la hermenéutica, nociones que pretenden disciplinar la

¹⁸ *Konigsberg vs. State Bar of California*, 366 U.S. 36 (1961). Uno de esos procesos que pretendió juridizar las prácticas políticas del *McCartismo*.

¹⁹ Este otro fallo macartista se registra como *Dennis vs. Estados Unidos*. U.S. 494 (1951).

operación de los conflictos que se reconocen en relación con los principios y derechos fundamentales, tales como la «ponderación» (Alexy, 1993: 71-82),²⁰ el «núcleo esencial» o «irreductible» de los derechos fundamentales (Pérez, 1991: 311-312), o el «bloque de constitucionalidad», que inclusive han sido incorporados en la legislación²¹ y ampliamente acogidos por la jurisprudencia constitucional.²² El sentido en que CLS se refiere al formalismo jurídico como algo no sólo referido a las reglas o normas propias del formalismo normativista, constituye, no sólo una actitud de crítica jurídica, sino también de prudencia, frente al estrépito con que los principios y categorías como el núcleo esencial, o el bloque de constitucionalidad son construídas, definidas e incorporadas como patrimonio de la ciencia jurídica.²³

La crítica interna del derecho: La indisposición frente a las explicaciones hechas desde las teorías globales conllevará también el abandono de la crítica externa del derecho, centrada en las relaciones entre éste y la sociedad. Crítica para la cual resulta fundamental el estudio de las relaciones socioeconómicas y que en la versión del marxismo economicista implicó el ensombrecimiento de los estudios jurídicos críticos por indagaciones de corte socioeconómico (Pérez, 1996: 179 y ss.).

CLS, en cambio, ha venido centrándose en la crítica interna de la razón jurídica, del derecho positivo mismo, como discurso y pensamiento, para la mejor comprensión de su contenido y estructura interna.

Es por esta reorientación táctica, lo mismo que por su concepción política del derecho y del conocimiento jurídico, que CLS ha desarrollado uno de sus más grandes planteamientos críticos: la tesis de la indeterminación del derecho como ampliación de la tesis realista de la indeterminación lingüística del derecho, a partir de la cual se ha indagado por las contradicciones y tensiones internas del derecho (Pérez, 1996: 262 y ss.).

²⁰ Principio que ha sido teorizado por este autor con base en jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania.

²¹ Ley Estatutaria de los Estados de Excepción 137 de junio 2 de 1994, artículo 8°.

²² Por ejemplo, en las sentencias C-531 de 1993, C-037 de 1996, SU-640 de 1998 y T-375 de 1997.

²³ Un importante texto colombiano que llama la atención en tal sentido es el de Iván Orozco Abad y Juan Gabriel Gómez Albarello (1999).

El derecho como ideología legitimadora: Bajo el concepto de ideología legitimadora, ha sido abordada la dimensión discursiva e ideológica del derecho por parte de CLS, conforme a la cual el «discurso del derecho –sus categorías, argumentos, modos de razonamiento, tropos retóricos, y rituales procedimentales– encaja en un complejo de prácticas que juntas estructuran las percepciones de la gente y que por tanto actúan para reproducir o intentar cambiar la realidad social de dicha gente» (Pérez, 1996: 389).

Para CLS, no es tanto que el derecho convenza –tal como lo denunciaban clásicas críticas– de la justicia del orden social del que hace parte, sino que ante todo, el derecho actúa –más sutil y complejamente– creando en la conciencia de la gente una visión de cómo es el mundo, ocultando su carácter contingente y con ello la posibilidad de imaginar órdenes alternativos (Pérez, 1996: 390-391). De modo que el pensamiento contrahegemónico²⁴ no es ya descalificado como injustificado sino simplemente como carente de sentido e impensable. Así, Robert Gordon sostiene que «El Derecho como la religión y las imágenes de televisión es uno de esos grupos de creencias –que se vincula con otra serie de grupos, no jurídicos pero similares– para convencer a la gente de que las diversas relaciones jerárquicas en las cuales viven y trabajan son naturales y necesarias» (Gordon, 2001: 199).

Con lo anterior, CLS asume también al derecho como ideología legitimadora, sobre todo en el sentido de que éste actúa no tanto convenciéndonos de la justicia del sistema social existente, sino que enseña que tal sistema es básicamente inmutable, de modo que el discurso del derecho se integraría con un complejo de prácticas discursivas que estructura las percepciones de la gente y que puede reproducir o cambiar la realidad social. Así, durante los dos decenios que lleva este movimiento de existencia, su concepción del derecho como “ideología legitimadora” ha pasado por diversos sentidos, que van, desde la que denuncia cómo el derecho sirve para mostrar el sistema social existente como justo –en un primer momento–, hasta la de que el derecho, conjuntamente con otros factores o instituciones, contribuye para crear en la conciencia de las personas una determinada visión sobre el mundo, visión que viniendo a coincidir con la organización social existente, connota la idea de que

²⁴ Esta crítica de CLS se ha desarrollado en remisión expresa al concepto de hegemonía elaborado por Gramsci.

ésta es inmutable, siendo imposible las alternativas –en un segundo momento– (Pérez, 1996: 390 y ss.).

Esta crítica ideológica del derecho, se conecta con la crítica interna, en la medida de que inicialmente se examina cómo opera la conciencia jurídica en la creación de una visión del mundo, para «mostrar después cómo esa visión puede ser transformada mediante la crítica interna y detallada de las incoherencias del pensamiento jurídico...» (Pérez, 1996: 397).

Las ambivalencias de CLS: CLS ha reconocido plenamente la relevancia de la dimensión social e histórica y en general del contexto del derecho a efecto de su crítica y conocimiento, lo que es apenas esperable en tanta corriente heredera del realismo norteamericano. Sin embargo, como receptora del neomarxismo de Escuela de Francfort, el movimiento sostiene la tesis de la autonomía relativa del derecho e inclusive su carácter constitutivo de las relaciones sociales, lo que va unido a su predilección por la crítica interna.

Como consecuencia de esta posición intermedia entre el distanciamiento frente al dogma del determinismo del marxismo economicista y el efectuado ante el dogma de la autonomía del formalismo jurídico, CLS se ha preocupado por estudiar la dimensión social del derecho en el derecho mismo, partiendo de su concepción como ideología legitimadora, que contribuye a constituir la conciencia de la gente sobre la realidad social y sus posibilidades de transformación. De este modo el discurso del derecho se integraría con un complejo de prácticas discursivas que estructura las percepciones de la gente y que puede reproducir o cambiar la realidad social, formando parte de aquel conjunto de creencias que estructura cierta visión del mundo (Pérez, 1996: 387-396).

Desde este enfoque, dos ambivalencias importantes y vinculadas entre sí son sostenidas por CLS frente al derecho: por un lado, la relacionada con la función social del derecho, por otro, la que tiene que ver con el carácter contradictorio del mismo.

En cuanto a la primera, es en los planteamientos en torno al carácter mutuamente constitutivo del derecho que se manifiesta la ambivalencia de

CLS. En los mismos, no se comparte el denominado instrumentalismo o funcionalismo propio de las teorías sociales dominantes: como las liberales – p.e., la sociología funcionalista–, o las marxistas, y que entienden el derecho como un elemento subordinado a la realidad social e instrumentalmente orientado a satisfacer demandas originadas en la sociedad en su conjunto o de una clase o grupo dominante (Pérez, 1996: 377).

CLS sostiene por el contrario, que el derecho está inseparablemente unido a la sociedad, por cuanto no puede imaginarse una sociedad avanzada, fuertemente juridificada, ni sus individuos, independientemente de la estructura jurídica. El derecho para CLS no responde a intereses prejurídicos diferenciados, toda vez que tales intereses son también definidos por el derecho (Pérez, 1996: 378).

De este modo, CLS simpatiza con nociones neomarxistas, lejanas al marxismo ortodoxo, como la de la «autonomía relativa del derecho», negando que las prácticas jurídicas cambien inevitablemente al cambiar las relaciones productivas o al alterarse el equilibrio del poder político, en tanto las prácticas jurídicas dependen en buena parte de prácticas jurídicas previas y de factores propios de la cultura jurídica misma. Defiende así, la idea del carácter mutuamente constitutivo del derecho y la sociedad, por la definición que el derecho hace del status de diversas personas e individuos, lo mismo que de sus relaciones con otros entes o con el Estado (Pérez, 1996: 381 y ss.).

En cuanto a la segunda, si las contradicciones e incoherencias presentes en el derecho alcanzan también el plano de los principios (p. e., individualismo vs. altruismo o *laissez faire* vs. intervencionismo), y la lucha política no sólo está en el origen del sistema jurídico, sino que continúa presente en su funcionamiento ordinario, en la medida de que en las discusiones jurídicas se reproducen prácticamente todas las controversias políticas, entonces el derecho no sólo es un instrumento para los sometimientos, sino también un terreno para las luchas políticas. De manera que la posición ambivalente de CLS se conecta con su énfasis en la incoherencia y la concepción política del derecho y con su crítica del discurso jurídico como ideología legitimadora, que precisamente busca demostrar que el pedazo de orden representado por el derecho no es tan sólido, siendo posible un orden distinto.

Los CLSers, sin embargo, tienden a ser bastante escépticos frente a la eficacia del derecho y sus reformas en la emancipación social –lo que los involucra en debates con los representantes de Feminist Jurisprudence y de Critical Race Theory, porque, «por un lado, debilita la lucha política contrahegemónica al desviar la atención hacia el proceso jurídico de reforma y, por el otro, su eficacia colectiva es mínima a causa del carácter individualista de los derechos (García, 2001: 12)».

En estas ambivalencias, es Mark Tushnet uno de los CLSers que más escéptico se muestra frente al discurso liberal de los derechos denunciando no sólo su inestabilidad e indeterminación, sino también su inutilidad política.

Con el término «inestabilidad» se refiere a la necesaria contextualización que le fija alcances y límites a los derechos, contexto supremamente variable y contingente. La indeterminación de los derechos proviene del mismo orden jurídico al que «pertenecen» los derechos junto con otros derechos, intereses y precedentes, tal como se mencionó al referir el debate sobre el balancing. La reificación de los derechos consiste en que las experiencias cotidianas de las que brotan los derechos terminan abstraídas, encapsuladas, reificadas, bajo categorías abstractas denominadas derechos, siendo que esas «experiencias en sí son confrontaciones concretas en circunstancias reales, ricas en detalles y orientadas en innumerables direcciones» de modo que se debe insistir en conservar las experiencias reales en vez de tratar de abstraer derechos generales a partir de esas experiencias. El lenguaje de los derechos debe abandonarse en la medida que requiera como meta la realización de la abstracción reificada de los “derechos”, más que las experiencias de solidaridad e individualidad (Tushnet, 2001: 131).

Pero Tushnet llega tan lejos en su crítica que sostiene la falta de utilidad política de los derechos en razón de su abstracción y porque disuaden la movilización política conforme lo ha comprobado la praxis norteamericana. A este criterio se suma Gordon (2001: 210), quien aunque reconoce algunas ventajas ofrecidas por el derecho en función del cambio social, advierte que «la retórica de los derechos puede ser una peligrosa arma de doble filo, como lo ha llegado a descubrir también el movimiento negro a favor de los derechos

civiles. Algunos derechos mínimos pueden convertirse en topes: (usted obtiene sus derechos pero eso es todo lo que obtiene)».

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1978.
- ALONSO GARCÍA, Enrique. La interpretación de la Constitución, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- IBÁÑEZ, Andrés. Perfecto. «Para una práctica judicial alternativa», Anales de la Cátedra Francisco Suárez, n.º 16, 1976. pp. 155-175.
- _____. Política y justicia en el Estado capitalista, Barcelona: Fontanella.
- _____. Justicia/conflicto. Madrid: Tecnos, 1988.
- ARANGO, Rodolfo. ¿Hay respuestas correctas en el derecho?, Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999.
- ATIENZA, Manuel. «Argumentación jurídica». En: Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco, eds., Derecho y justicia, Madrid: Trotta, 1996. pp. 231-238.
- BARCELLONA, Pietro. L'uso alternativo del diritto, vol. I, «Scienza giuridica e analisi marxista»; vol. II, «Ortodossia giuridica e pratica politica, Biblioteca di Cultura Moderna, Roma-Bari, Laterza-Editori, 1973. Versión española: El uso alternativo del derecho, Barcelona, Fontanella, 1977.
- BIRGIN, Haydée. El Derecho en el Género y el Género en el Derecho, Buenos Aires: Biblos, 2000.
- BOBBIO, Norberto. El positivismo jurídico. Lecciones de filosofía del derecho reunidas por el doctor Nello Morra, trad. de Rafael de Asís y Andrea Greppi, Madrid: Debate, 1993.
- BROEKMAN, Jan M. Derecho, filosofía del derecho y teoría del derecho. Trad. de Hans Lindahl y Pilar Burgos Checa, Santafé de Bogotá: Temis. 1997.
- CALSAMIGLIA, Albert. Introducción a la ciencia jurídica, Barcelona: Ariel, 1990.
- _____. La retórica de Critical Legal Studies. Impresiones de un lector español», Doxa, Alicante, 11, pp.295-310.
- CÁRCOVA, Carlos María. Derecho, política y magistratura, Buenos Aires: Biblos, 1996.
- _____. La opacidad del derecho, Madrid: Trotta, 1998.

- CARRERAS, Mercedes. «Cuando el derecho se convierte en política: reflexiones sobre Critical Legal Studies», Isegoría, n.º 21, 1999. pp. 165-174.
- CARRINO, Agostino. «Solidaridad y derecho. La sociología jurídica de los “Critical Legal Studies”», Doxa, Alicante, No. 12, 1992, pp. 115-153.
- CERRONI, Umberto. Marx y el derecho moderno, México: Grijalbo, 1975.
- CORREAS, Óscar. Introducción a la crítica de la ideología jurídica. Ensayo sociosemiológico, México: Unam, 1993.
- _____. Introducción a la crítica del derecho moderno. Puebla: Ed. Universidad Autónoma de Puebla – Universidad Autónoma de Guerrero, 1986.
- _____. Kelsen y los marxistas, México: Ediciones Coyoacán, 1994.
- COSTA, Pietro. «La alternativa “tomada en serio”: manifiestos jurídicos en los años setenta», Anales de la Cátedra Francisco Suárez, n.º 30, 1990. pp. 161-203.
- DERRIDA, Jacques (1992): «Fuerza de ley: El “fundamento místico de la autoridad”», Doxa (Alicante), 11, pp. 129-191.
- _____. Fuerza de ley, Madrid: Tecnos, 1997.
- DURÁN y Lalaguna, Paloma. Una aproximación al análisis económico del derecho, Granada: Comares, 1992.
- DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Trad. de Martha Guastavino. Barcelona: Ariel, 1984.
- _____. El imperio de la justicia, Barcelona: Gedisa, 1992.
- EDELMAN, Bernard. La práctica ideológica del derecho, Madrid: Tecnos, 1978.
- ENTELMAN, Ricardo. Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra, en: AAVV Materiales para una teoría crítica del derecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1991.
- _____. El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos, Buenos Aires: Hachette, 1982.
- FISS, Owen. «¿La muerte del Derecho?», Doxa, Alicante, n.º 10, 1991/2, pp. 123-140.
- _____. «El Derecho recuperado», Doxa, Alicante, n.º 11, 1992. pp. 233-246.
- FITZPATRICK Peter. La mitología del derecho moderno, México: Siglo XXI Editores, 1998.
- FOUCAULT, Michel. La verdad y las formas jurídicas. Barcelona: Gedisa, 1996.
- GARCÍA PASCUAL, Cristina. Legitimidad y poder judicial, Valencia: Editions Alfons El Magnanim, 1997.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas, Santafé de Bogotá: Ediciones Uniandes, 1993.

_____. Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001.

GORDON, Robert W. «Conferencia Brendan Brown: la Teoría crítica del derecho (Critical Legal Studies), como método de enseñanza del derecho», en: Böhmer, Martín F. La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía, Barcelona: Gedisa, 1999. pp. 147-172.

_____. «Algunas teorías críticas del derecho y sus críticos». En: García Villegas, Mauricio, ed., Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001. pp. 191-212.

HABA, Enrique P. «Una discusión: ¿Quiénes son los “irracionalistas” en la teoría del derecho?», en: Doxa, Alicante, 1996. pp. 385-401.

HART, H.L.A. El concepto de derecho, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.

HERRERA FLÓREZ, Joaquín y SÁNCHEZ RUBIO, David. «Aproximación al derecho alternativo en Iberoamérica». En: Jueces para la democracia, n.º 20, 1993. pp. 87-93.

HIERRO, Liborio. «Realismo jurídico». En: Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco, eds., Derecho y justicia, Madrid: Trotta, 1996. pp. 77-86.

HOERSTER, Norbert. En defensa del positivismo jurídico, trad. de Jorge M. Seña, Barcelona: Gedisa, 1992.

JEAMMAUD, Antoine.: «Propuestas para una comprensión materialista del Derecho del Trabajo», Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, 1982. n.º 22, pp. 101-124.

_____. «Critique du droit en Francia: De la búsqueda de una teoría materialista del derecho al estudio crítico de la regulación jurídica», Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, n.º 25. Otra traducción en: Jeammaud, Antoine et al. (1986): La crítica jurídica en Francia, México: Universidad Autónoma de Puebla, 1985.

KENNEDY, Duncan. «Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos», Doxa, Alicante, n.º 11, 1992. pp. 283-293.

_____. Libertad y restricción en la decisión judicial. Una fenomenología crítica. Santafé de Bogotá: Uniandes, 1999.

_____. «Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado». En: García Villegas Mauricio, ed., Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001.

LÓPEZ CALERA, Nicolás María et al. Sobre el uso alternativo del derecho. Valencia: Fernando Torres, 1998.

- LÓPEZ SÁENZ, María Carmen. «Interpretar o deconstruir. Gadamer o Derrida», Analogía Filosófica, México, 2000.
- NAVARRO GALAZ, Marco Antonio. «Notas para un análisis sobre el derecho y la justicia en el texto Fuerza de ley de Jacques Derrida», Revista Chilena de Derecho, Santiago de Chile, 1999. vol. 26, n.º 4.
- NUSSBAUM, Martha. Justicia poética, Barcelona: Editorial Andrés Bello, 1997.
- OST, François y VAN DE KERCHOVE, Michel. Elementos para una teoría crítica del derecho, trad. de Mauricio García Villegas, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2001.
- PASHUKANIS, Eugenio. Teoría general del derecho y marxismo, Barcelona: Labor Universitaria, 1976.
- PAUL, Wolf. «Las dos caras de la teoría jurídica marxista», Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, 1985 n.º 25.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. El movimiento Critical Legal Studies, Madrid: Tecnos, 1996.
- _____. «Teorías críticas del derecho» en: Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco, eds., Derecho y justicia, Madrid: Trotta, 1996 b. pp. 87–102.
- POULANTZAS, Nicos. Hegemonía y dominación en el estado moderno, México: Cuadernos de Pasado y Presente, 1973.
- REVISTA CRÍTICA JURÍDICA,
- REVISTA EL OTRO DERECHO, Bogotá: ILSA, NOS. 1-24.
- RODRÍGUEZ, César. «Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial». En: Kennedy, Duncan: Libertad y restricción en la decisión judicial. Una fenomenología crítica, Santafé de Bogotá: Uniandes, 1999.
- RUIZ, Alicia E. C., y otros. Materiales para una teoría crítica del derecho, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1991.
- _____. Identidad femenina y discurso jurídico, Buenos Aires: Biblos, 2000.
- SAAVEDRA, Modesto. Interpretación del derecho y crítica jurídica, México: Fontamara, 1994.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Estado, derecho y luchas sociales, Bogotá: ILSA, 1991.
- SCHMILL O. Ulises. «El positivismo jurídico». En: Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco, eds., Derecho y justicia, Madrid: Trotta, 1996. pp. 65-76.

SOUZA, María de Lourdes. El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil, Bogotá: Ilsa, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2001.

TUSHNET, Mark. «Ensayo sobre los derechos». En: García Villegas, Mauricio, ed., Sociología Jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos, Bogotá: Universidad Nacional, 2001. p. 113-159.

WEST, Robin. Género y teoría del derecho, Bogotá: Uniandes, Universidad de los Andes, Instituto Pensar, Universidad Javeriana y Siglo del Hombre Editores, 2000.