

VV.AA., *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*; Christian COURTIS (compilador), Eudeba, Buenos Aires, 2001, 421 pp.

En un sentido amplio, criticar es cuestionar, poner en duda las representaciones sociales asentadas en la naturalización de lo contingente, detectar las mediaciones incritas en la trama de lo que se nos aparece como inmediato, pero también es, según su etimología griega y latina (κρίνω, κριτικός, *cernere*), discernir, observar, distinguir, disponer, en suma, de «otra mirada» capaz de aprehender la realidad de las cosas (o mejor, las cosas de la realidad, por ejemplo el derecho) de una forma menos complaciente y más fértil, menos edificante y más lúcida, menos esquemática y más compleja, menos armónica y más conflictiva. El primer acierto de este volumen, compilado con buen criterio por el profesor Christian Courtis y editado pulcramente por Eudeba es, pues, su título. El libro confirma, además, la consolidación de una tendencia presente en los estudios críticos (teóricos, sociológicos, dogmáticos y filosóficos) del derecho desde hace ya bastantes décadas: el refinamiento de esa «otra mirada» y el relativo abandono de la ya vieja actitud apriorística y despectiva que no veía en los ordenamientos jurídicos nada más que un «reflejo» superestructural del modo de producción capitalista. Las limitaciones a que abocaba tal actitud determinaron, en buena medida, la apertura de la Crítica jurídica hacia ámbitos tradicionalmente no estimados como relevantes para la conformación del discurso jurídico, una ampliación de la mirada que caminó en paralelo a los sucesivos «giros» habidos en el pensamiento del siglo veinte. Adicionalmente, y como si de una suerte de proceso análogo al de la ruptura de géneros literarios o artísticos se tratara, la Crítica jurídica extrajo todas las consecuencias de las dificultades que trae consigo la pretensión de blindar y aislar los análisis del fenómeno jurídico de toda contaminación «no científica», explicitando, gracias a un instrumental proveniente de muy diversas disciplinas, los múltiples factores (simbólicos, sociales, lingüísticos, psicológicos, políticos, narrativos, ideológicos y, obviamente, económicos) que intervienen en la imagen de la validez, la legitimidad y la eficacia de las normas.

Una fecunda ambivalencia permea de una forma u otra este agregado de estudios. Por una parte, resulta ya difícil discutir que el derecho (o el ordenamiento, o, si se quiere, el sistema jurídico) es una construcción social que legitima, perpetúa y reproduce relaciones de poder y de dominación entre sujetos que él mismo constituye y cuyo punto de cierre es, en última instancia, la violencia. Sin embargo, es igualmente cierto que, comenzando por los textos constitucionales, el derecho representa una promesa de felicidad, un instrumento de posible transformación social vehiculable a través del cabal cumplimiento de la promesa positivamente normada. La legalidad, en suma, es o puede ser un arma en poder de los sin poder, y el reconocimiento de este hecho, lejos de implicar una claudicación ante el *statu quo*, imprime un inusitado vigor al conjunto de discursos (constructivos, reconstructivos o deconstructivos) que problematizan la comprensión convencional de la teoría y la práctica jurídicas y tratan de explicitar propedéuticas para «otro derecho» posible.

El bloque central del libro está compuesto por un conjunto de artículos de temática varia realizados por autores argentinos. Más allá del interés intrínseco de los textos, esta primera sección tiene una notoria dimensión informativa, atendido que proporciona un conocimiento de primera mano de la teoría, filosofía y sociología jurídicas que practica en Argentina una fértil «segunda generación» de jóvenes críticos que sigue la estela dejada por Enrique Marí y otros «veteranos» (Entelman, Cárcova, Alicia Ruiz). Estos dos últimos aportan sendos estudios introductorios sobre los motivos recurrentes de la Crítica jurídica (la implicación del teórico en la construcción de su objeto; la recepción en el campo del derecho de la noción kuhniana de «cambio de paradigma» epistemológico; la necesidad de complejizar los análisis de las reglas de producción del discurso jurídico; la desocultación de las relaciones entre derecho y poder; la apertura del «universo propio» de la teoría jurídica a otras disciplinas para captar el «resto» de la interacción humana; el distanciamiento de los dos grandes modos de concebir el fenómeno jurídico –iusnaturalismo y positivismo–; el cuestionamiento de la *rational choice* en un contexto de crisis de las filosofías de la conciencia y la importancia conferida al fenómeno de la «ideología», entre otros). Cárcova menciona las múltiples influencias «externas» que han recepcionado las teorías críticas del derecho (del materialismo histórico a la genealogía postestructuralista de matriz nietzscheana, de la primera escuela de Frankfurt a la hermenéutica postheideggeriana, de la filosofía del lenguaje ordinario o de las «formas de vida» al textualismo deconstructivista de Derrida, de la teoría de sistemas al psicoanálisis) y ofrece un estructurado cuadro explicativo de las corrientes señeras de la crítica jurídica: en Europa continental, la *Critique du droit* francesa y el *Uso alternativo del diritto* italiano, más ceñidas al campo dogmático o a la práctica jurisdiccional y más apegadas al marxismo o a un liberal-izquierdismo crítico; en el ámbito anglosajón, los *Critical legal studies*, mucho más abiertos a las influencias teóricas arriba señaladas. Es de especial interés el relato de la configuración de una teoría crítica del derecho en latinoamérica, muy en particular en Argentina, un país que ha «exportado» iusfilósofos de orientación analítica y escuela positivista –autores, por lo demás, de primera línea– con mucha mayor intensidad de lo que lo ha hecho con los de otras procedencias teóricas. Y es igualmente interesante la nómina de autores con los que, al decir de Cárcova, la Crítica jurídica dialoga con mayor frecuencia, un listado que dice mucho de la recepción desprejuiciada e inclusiva de los diferentes posmodernismos en la academia argentina.

Enrique Marí y Claudio Martyniuk contribuyen al volumen con los dos artículos menos convencionales. Marí explora, a partir de las aportaciones de Pierre Legendre, los modos de articulación entre derecho y psicoanálisis en un bello texto que, por su tema, recuerda a aquel que Paul Veyne escribiera para el coloquio de Royaumont en 1985 («El individuo herido en el corazón por el poder público»). El añorado «padre» (ya que se habla de psicoanálisis) de la crítica argentina se pregunta por la proverbial desatención de los juristas hacia esa instancia constitutiva de la subjetividad humana, la parte de la psique no idéntica a la conciencia cuyo permanente sustraerse al control racional del sujeto Freud acertó a caracterizar con una frase memorable: «el yo no es amo y señor de su propia casa». Allí, en la «otra escena», en el inconsciente, se ponen en movimiento los nexos entre el poder (asentado en el temor y las leyes) y el amor, los resortes del impulso de sometimiento y del afán placentero de acatar al revestido de dominio. Marí muestra con eru-

dición que la literatura bajomedieval está atravesada de significativos ejemplos de «amor político», y rescata luego, con total pertinencia, un artículo, «Dios y Estado», que *el otro* Kelsen redactara bajo el influjo inequívoco de Freud a comienzos de los años veinte. El autor de la *Teoría pura* equipara allí la teoría del Estado a la doctrina de Dios, pues los polos de trascendencia (el Estado respecto al derecho y Dios respecto al mundo) responden a una misma estructura lógica y, tanto la actitud social como la religiosa, remiten a una misma experiencia psíquica fundamental, la relación paterno-filial. Experimentada como padre, toda autoridad es capaz de manipular, en beneficio propio, las emociones de aquellos a quienes anula la voluntad. Convertidos en niños, estos últimos quedan a expensas del anhelo de sumisión, un sentimiento ambiguo que en cualquier momento puede trocar en afán de someter a otros. El amor político alcanza cotas paroxísticas en la veneración de los cuerpos de los muertos, convertidos en soporte material de pasiones personales, políticas y sociales o en templos de expiación. Las liturgias y rituales tendentes a aplacar la furia del poderoso muerto o a aureolar su paso por el mundo son, como muestra Marí, una constante histórica desde el mundo grecolatino hasta nuestros días (no por azar, el más significativo ejemplo latinoamericano del que echa mano Marí es el del disparatado periplo del cadáver embalsamado de Eva Perón, una figura, lo escribo sin afán de bromear, que daría para varios volúmenes de psicoanálisis político de Argentina). La interpretación psicoanalítica aporta originales coordenadas para explicar la fascinación por el poder: es en los puntos de conexión entre las coacciones de la ley, que regulan el comportamiento transparente del hombre en la escena visible, y la constricción de la Ley del padre como límite del deseo absoluto en la escena invisible donde, a juicio de Marí, psicoanálisis y derecho pueden esclarecer conjuntamente el vínculo entre el poder y el amor.

Por su parte, Claudio Martyniuk se adentra en los terrenos de la hermenéutica, ese modo de concebir la razón jurídica que liga el conocimiento de la normatividad del derecho a la exégesis narrativista del texto legal, la historicidad, la pertenencia comunitaria y los acuerdos preinterpretativos que, en contraste con el método explicativo y la *Erklären*, determinan la reconducción de toda forma de conocimiento o experiencia a un caso particular de *comprensión* (*Verstehen*). Sirviéndose de un denso aparato bibliográfico en el que caben desde Hans Albert hasta Stanley Fish, Martyniuk desgrana los puntos clave del «giro interpretativo» y de la comprensión del derecho como «novela razonable», y elige como interlocutor a Dworkin, con quien comparte tesis conocidas como la indistinción descripción/prescripción, la inevitable dimensión moral que impregna las normas y las decisiones o la caracterización del descriptor del derecho como partícipe autorreflexivo, entre otras. Sin embargo, Martyniuk no parece compartir el «noble sueño» de la única solución correcta que postula el autor de *Los derechos en serio* (una suerte de *integración del ordenamiento por otros medios* paradójicamente homologable al formalismo paleomecanicista) y opta más bien por detenerse en los territorios de la indeterminación. De ello deja constancia en la última parte de su trabajo, en el que, partiendo de la retórica jurídica, explicita la «imposibilidad de leer» un texto de una vez por todas o, si se quiere, la problematización intrínseca a toda lectura de una norma.

Uno de los temas más debatidos por iusfilósofos y constitucionalistas es el de la justificación del control de constitucionalidad. Una vez supraordenados jerárquicamente determinados contenidos normativos –no sólo formales,

pace Kelsen— en el sistema de fuentes, el hecho de que un poder ajeno al parlamento tenga atribuido el control de la adecuación de la ley a las normas constitucionales es objeto de un debate que, como sostiene Paula Viturro, será tanto más refinado en la medida en que se reconozca que la interpretación de la constitución no puede reducirse a una mera cuestión de técnica jurídica y que lo que subyace a las diferentes opciones teóricas de la discusión es, en última instancia, una concepción de la democracia. Su artículo —complementario, según creo, al de Ferrajoli—, orientado a tematizar el carácter político del control de constitucionalidad, expone detalladamente, tras una brillante introducción, la histórica polémica entre Schmitt y Kelsen sobre la instancia que debía ser garante de la Constitución.

Roberto Gargarella dedica su contribución a analizar el itinerario intelectual de Jon Elster, el prolífico profesor de Chicago que en su día fundara con otros el denominado marxismo analítico y que ha dedicado parte de su obra reciente al análisis de procesos constituyentes. Gargarella define esa evolución como un «camino de descreimiento», una trayectoria caracterizada por el paulatino alejamiento del autor noruego de determinadas macroconstrucciones omnicomprensivas (de ahí su lectura crítica de Marx), pero también de algunas herramientas teóricas claramente insuficientes (de ahí sus críticas a la teoría de la elección racional). Elster se sirve de un individualismo metodológico heterodoxo que presta especial atención a los microfundamentos de la acción, a los déficit de racionalidad y a los flecos emotivos del comportamiento humano. Nociones como «precompromiso», «preferencias adaptativas y contra-adaptativas», «debilidad de la voluntad», «normas sociales» o «emociones» se han ido agregando al bagaje elsteriano a lo largo de un camino que, si bien es un camino de descreimiento, no lo es de pesimismo o escepticismo radical. Gargarella subraya que Elster únicamente pide modestia teórica, prudencia explicativa y humildad predictiva, unas demandas que no implican la cancelación del debate sobre la justicia.

Los modos de interacción de los nuevos movimientos sociales (*nms*) con el Estado y el derecho en la etapa de hipertrofia del mercado es el tema desarrollado en el trabajo de Diego Duquelsky. Duquelsky refiere los orígenes y las notas distintivas de los *nms* y explica con finura la ambigüedad que impregna su relación dialéctica con el poder. La dinámica común pasa por la articulación del conflicto por parte de los *nms* a través de diversos medios no convencionales. El Estado y el derecho responden con estrategias neutralizadoras orientadas a desarticular (o tecnificar jurídicamente) el conflicto social. A su vez, los *nms* pueden replicar con contra-estrategias de signo contrario para repolitizar la cuestión controvertida, para mantenerla viva o, simplemente, para ser reconocidos. Sin embargo, hoy se verifica una segunda dinámica complementaria, caracterizada por la alteración de los roles descritos. Por un lado, un Estado «laxo» puede entrar en el juego y negociar (obviamente, al modo estratégico), puede permitir lisa y llanamente la apropiación de funciones de gestión de determinado bien público promovida por los *nms* y puede, por último, integrar sistémicamente a los *nms*, colocándolos en el siguiente dilema: o asumir una cuota de poder renunciando a su independencia, o conservar su alteridad política al precio de no tener poder decisorio en las agencias públicas. Por su parte, los *nms* no se limitan a impugnar *in toto* el sistema, sino que «redescubren la legalidad» (en particular la legalidad constitucional y el derecho internacional de derechos humanos) y cobran conciencia de las potencialidades que tiene la lucha por acercar la normativi-

dad a la efectividad para satisfacer necesidades e intereses ligados a sus reivindicaciones.

Es inevitable hacer una lectura coyuntural de la contribución de Laura Pautassi. Su texto aporta muchas claves para comprender uno de los hilos rojos que condujeron al estallido de fines de 2001 en Argentina, mera punta de un iceberg que nadie pudo, supo o quiso detener a lo largo de diez años y que terminó trompicando contra un país entero. Iniciadas a fines de los ochenta, las «reformas estructurales» no han supuesto, según Pautassi, una transición o una adaptación del Estado del bienestar argentino (un modelo híbrido de corte corporativo), sino una verdadera mutación hacia un diseño residualista, una transformación tutelada por las agencias internacionales de asistencia crediticia e instrumentada por determinados sectores nacionales que, si en su día se beneficiaron del desarrollo de las instituciones bienestaristas, en la época del ajuste obtuvieron prebendas de su desmantelamiento. El orwelliano lenguaje intransitivo de la «estabilidad» y la «modernización del Estado» apenas logró encubrir la divergencia entre las reformas de las políticas sociales efectivamente puestas en marcha y los principios que, se aseguraba, las inspiraban. Estos principios derivaban de la amplia positivación de derechos sociales y de tratados internacionales que tuvo lugar tras la reforma constitucional de 1994, un proceso que, por sus específicas características, generó, ciertamente, poco entusiasmo popular. Como explica minuciosamente Pautassi, la traducción práctica del mensaje reformista en materia previsional, sanitaria y educativa estuvo informada por la desuniversalización y la «focalización» minimalista, pero fue sin duda el ámbito laboral donde la disciplina pro-mercado se dejó sentir con mayor intensidad. Una Corte Suprema dócil y una escasa participación ciudadana hicieron el resto. La «herida argentina» es, sin duda, compleja y pluridimensional. El texto de Pautassi explica convincentemente que los experimentos neoliberales de los noventa fueron una de sus causas.

La pregunta por el sujeto (ontológico, gnoseológico, ético) ha sido una constante de la filosofía moderna desde que, inmediatamente después de Kant, empezara a ser cuestionada su pretendida autotransparencia. Por su parte, la subjetividad jurídica moderno-clásica nace con una contradicción seminal: por un lado, la poderosa construcción iluminista prometió trocar el destino del *status* en la carrera de talentos del contrato, el honor medieval en dignidad igualitaria y la sujeción en igualdad formal; por otro, el molde del sujeto llamado a protagonizar la gesta operó como un mecanismo generador de repetidas exclusiones que ni siquiera el transcurso de dos siglos ha podido reparar. Sebastián E. Tedeschi relata, en un trabajo espléndido, los avatares y las quiebras de la subjetividad jurídica moderna, ubicando el análisis en el terreno del derecho privado. Para ello describe genealógicamente los impulsos e ideologías que coadyuvieron a consolidar la codificación, un movimiento sustentado en el afán de diseñar un traje legal para la clase triunfante de las revoluciones burguesas caracterizado por la armónica ausencia de lagunas y antinomias en el sistema, la simplicidad, claridad, escasez, concisión, generalidad, abstracción y brevedad de las leyes, la previsibilidad y la confiabilidad del marco en que los individuos habían de perseguir sus fines privados, un marco protegido por un derecho público puramente limitador o «negativo». La representación del sujeto del derecho moderno ha sido el individuo libre, racional, autónomo, dotado de conciencia y voluntad y dueño de sus decisiones, una figura alegórica insostenible que, sin embargo, triunfa

cada veinte segundos en los anuncios televisivos. Tedeschi se ocupa, en la segunda mitad de su trabajo, de explicar las diferentes transformaciones de los ordenamientos que han puesto en crisis el modelo clásico liberal, unos cambios debidos al impacto que sobre el derecho civil han generado algunos procesos como la expansión del derecho público característica del desarrollo de los estados del bienestar y lo que podría llamarse el «constitucionalismo de derecho privado». Lejos de suscribir diagnósticos apresurados que sancionan «la era de la descodificación», el autor propone una nueva agenda para el derecho privado que profundice en la dimensión ciudadana del derecho civil y otorgue visibilidad a todos sus sujetos.

El primer bloque del libro se cierra con un trabajo conjunto de Alberto Bovino y Christian Courtis dedicado, en su primer tramo, a reconstruir el estatuto de la dogmática jurídica a partir de una crítica de determinadas posiciones sostenidas desde la filosofía del derecho en torno a sus presupuestos y sus funciones. Para Bovino y Courtis, cuando se habla de adhesión «dogmática» de los dogmáticos al derecho, habría que precisar, por una parte, de qué derecho se habla, siendo así que la determinación del contenido real del derecho positivo enfrenta múltiples puntos no pacíficos que convierten a esa determinación en un *prius* en el que el jurista doctrinal ya ha de tomar partido, y, por otra, de qué tipo de adhesión se habla, ya que no se puede ignorar el alcance real de determinadas funciones que singularizan la tarea de los dogmáticos. A pesar de que los problemas de determinación señalados tornan difusa la frontera entre las funciones descriptiva y creadora de la dogmática, los autores distinguen a) una función pedagógico-expositiva (ordenadora y sistematizadora del contenido de los diferentes sectores del ordenamiento), b) una función de suministro de criterios para interpretar el derecho positivo, no desprovista de contenido prescriptivo (*de lege lata*, pero, igualmente, de elaboración de una política *de sententia ferenda*), y c) una función crítico-prescriptiva (*de lege ferenda*) resuelta en la crítica del derecho vigente, pero también de decisiones jurisprudenciales, y en la propuesta de reemplazo de la norma o de la modificación de la decisión. Los autores discuten algunas ideas como la supuesta necesidad de que el dogmático oculte sus presupuestos epistemológicos, filosóficos o ético-políticos para que su actividad pueda ser calificada como dogmática, o que las soluciones sugeridas con el fin de salvar las impurezas de los ordenamientos hayan de descansar en la hipótesis del legislador racional. Si se aceptan determinadas notas distintivas de la actividad doctrinal (su carácter de guía para la toma de decisiones y para generar cambios en el derecho, su fuerte dependencia de contextos pragmáticos no estáticos, su naturaleza esencialmente polémica y la inevitable presencia de contenidos valorativos aunque no necesariamente extranormativos en toda discusión), se comprenderá que el *desideratum* formulado por Bovino y Courtis sea el de un jurista consciente de que la tarea de la dogmática consiste en «completar coherentemente la solución de casos problemáticos a partir de cierta reconstrucción ideológico-política del orden jurídico-positivo». Una dogmática «conscientemente política» estará en mejor situación para reformular y/o estructurar el orden deseado o el «proyecto utópico» que, como afirman los autores, está contenido en los textos legales.

Pero esto no basta. Es preciso, además, que el dogmático tenga presente la especificidad y la lógica particular de la práctica judicial a fin de no engañarse sobre el «rendimiento» y la influencia de sus soluciones en esa sede,

dado que no existe uniformidad semántica entre el discurso teórico y la sentencia como producto del proceso. Este último es, precisamente, el ámbito de «lucha» donde se pone en evidencia la tensión entre la teoría y la práctica y, sobre todo, donde aparecen explícita e implícitamente las circunstancias extranormativas que influyen en la adopción de las decisiones judiciales. Para realizar el orden deseado (o el «programa utópico») es insuficiente (e incluso fútil) limitar el trabajo dogmático a los textos legales o a su reformulación, sin ampliar el objeto de estudio a otros elementos que determinan las condiciones de producción del discurso jurídico. Reconocer y tener presentes esos condicionamientos externos para tratar de disminuir su influencia exige, para Bovino y Courtis, la necesaria apertura de la dogmática a una orientación sociológica en todas las ramas del ordenamiento. En la medida en que así lo haga, la doctrina podrá esperar una mayor influencia de su actividad en la práctica judicial y, al mismo tiempo, cumplirá con la tarea de mostrar en toda su extensión los criterios que efectivamente informan la aplicación del derecho.

* * *

El segundo bloque del libro reúne varios trabajos de algunas cabezas visibles del movimiento *Critical legal studies*. A modo de transición, el compilador ha tenido el acierto de incluir artículos de dos reputados sociólogos críticos del derecho en lengua portuguesa de ambas orillas del Atlántico (José Eduardo Faria y Boaventura de Sousa Santos), además de un trabajo de Luigi Ferrajoli, uno de los más interesantes teóricos del derecho de la siempre pujante cultura iusfilosófica italiana.

Faria propone una reevaluación del papel de la magistratura brasileña en un contexto de consolidación de una cuestión político-social caracterizada por la emergencia de nuevos movimientos de contestación y actores sociales sin tradición previa que plantean demandas de dimensión grupal y colectiva para tutelar intereses difusos no reconducibles a los parámetros contenciosos de corte individualista. En un largo texto que repasa los puntos clave para construir una jurisdicción sensible a tales reclamos, Faria presenta dos grandes modelos de praxis judicial y de comprensión del derecho: el de «tecnología de control social» y el «crítico-alternativo», abundando en un aspecto trascendental como es el de la formación (académica y práctica) de los jueces. Por su parte, Boaventura de Sousa Santos acredita, una vez más, su probada habilidad como diagnosticador epocal de la cultura jurídico-política y su pericia para conceptualizar las megatendencias verificables en esta fase de transición que, *à tort ou à raison*, ha dado en llamarse posmoderna.

Luigi Ferrajoli contribuye al volumen con un texto que sintetiza sus conocidas ideas sobre la divergencia existente entre la democracia constitucional (disciplinada por vínculos y límites sustanciales) y lo que denomina democracia plebiscitaria. Como se sabe, el autor de *Diritto e ragione* ha redefinido y perfeccionado críticamente el normativismo kelseniano partiendo de la alteración interna del paradigma positivista clásico, una mutación derivada de la positivación jerárquicamente supraordenada a la ley ordinaria de los derechos fundamentales (liberales y sociales) en las constituciones rígidas. Ferrajoli no utiliza la expresión «cambio de paradigma» en el sentido que en su día T. S. Kuhn diera a esta expresión. No hay, para él, cambio de paradigma *de o en la teoría*, sino cambio de paradigma *del derecho*, es decir, de la

estructura de los ordenamientos y, correlativamente, de la condición de validez de las leyes, del papel de la jurisdicción, de la función de la ciencia jurídica, de la naturaleza de la democracia y de la relación entre política y derecho. En su texto explicita estos cambios y aboga por una expansión del constitucionalismo garantista al ámbito internacional.

No sin ironía, Robert W. Gordon denomina «nuestra caprichosa herejía» a *Critical Legal Studies* (CLS), un conspicuo agregado de prácticas, discursos específicos y métodos alternativos de crítica de la teoría y la práctica del derecho dominantes en los Estados Unidos que, a falta de mejor denominación, han quedado agrupadas bajo el rubro «movimiento». Como se sabe, se trata de una corriente de la que, exceptuando algunos estudios específicos (por ejemplo, el completo e informativo libro de J. A. Pérez Lledó), en España sólo hemos conocido de un modo disperso, tangencial y fragmentario. No es equivocado calificar los CLS como un movimiento crítico «local» para cuya comprensión es preciso conocer, siquiera de un modo aproximado, la tradición cultural, política y jurídica norteamericana. Aunque es cierto que el juez del sistema de *common law* está más vinculado de lo que parece y que el juez continental es más creador de lo que se dice, aunque el derecho escrito o legislado forma ya parte de los sistemas anglosajones y el derecho «judicial» gana terreno en los sistemas de derecho codificado, aunque, en fin, normativismo y empirismo no puedan distribuirse en un mapamundi rígido, todavía subsiste la gran división de la cultura jurídica occidental en dos grandes tradiciones, de modo que se debe partir de esa diferencia para comprender qué hace CLS, pero sobre todo contra qué dirige sus críticas.

El filón teórico-jurídico que nutrió a la corriente desde su emergencia fue el «redescubrimiento» de los clásicos del realismo jurídico norteamericano, mientras que las influencias europeas (desde Gramsci y Lukács hasta los posmodernismos, pasando por el neomarxismo y la primera teoría crítica), aun siendo trascendentales para comprender el trabajo de CLS, son relativamente extrañas al campo del derecho.

Acaso el conocido lema «el derecho es política» (derivado de «todo es política»), así como la ubicua presencia de la tesis de la indeterminación (no ya de las reglas, sino *también* de los principios o estándares) como «herramienta de trabajo» sean dos de las notas definitorias de un movimiento «sin doctrina» que emergió a fines de los sesenta y principios de los setenta. Al proyecto originario, que, tras una modesta pero impactante expansión, quedó algo deconstruido después de la «batalla de Harvard» de 1986, se fueron agregando otras orientaciones y enfoques (*Postcolonial studies*, *Critical race theory*, *Feminist jurisprudence*, etc.) que interseccionaron con sus preocupaciones. Una vez más, el compilador ha atinado en la selección de los cinco textos que cierran el volumen, cuyas logradas traducciones captan perfectamente los rasgos peculiares que caracterizan la literatura de los *Crits*. Aunque los trabajos no son recientes, ofrecen una cumplida panorámica introductoria de las intenciones y los temas del «movimiento», así como de su heterogeneidad interna.

En el primer trabajo, Frances Olsen traza un mapa de las corrientes del feminismo jurídico. A partir de algunos dualismos (razón/emoción, poder/sensibilidad, pensamiento/sentimiento, etc.) que, según Olsen, han estructurado el pensamiento común y de las características que definen esos dualismos (sexualización, jerarquización, creación masculina del derecho), la autora identifica tres grandes corrientes feministas, singularizables por su

rechazo de la sexualización, de la jerarquización o de ambas cosas al tiempo. A su juicio, el feminismo igualitario (liberal, pero también izquierdista y marxista) rechaza la sexualización, pero acepta la jerarquía: las mujeres, simplemente, deben ganar el polo tradicionalmente considerado masculino de los dualismos. Por su parte, el llamado feminismo de la diferencia rechaza la jerarquía, pero acepta la sexualización: las mujeres deben preservar su diferencia, pero la jerarquía debe virar hacia el polo de los dualismos considerado femenino. Finalmente, las *fem crits* (donde se ubica Olsen) rechazan tanto la sexualización como la jerarquía, abogando por el cuestionamiento de los dualismos y por una estrategia «andrógina» de crítica jurídica que persiga la alteración de los roles tradicionales.

La lectura de los dos artículos de Robert W. Gordon contribuirá, quizás, a disipar la imagen un tanto estereotipada que de CLS se ha transmitido alguna vez en Europa. De nuevo, el impulso genérico no es otro que el de contrvertir lo normalmente indiscutido. La ideología (o, si queremos, las ideas hegemónicas, el sistema de creencias, el *habitus* o los «aspectos blandos» o superestructurales) ha reificado o, según la metáfora preferida por Gordon, ha «congelado» el sistema legal, confiriéndole la apariencia de neutralidad, de bondad y, sobre todo, de inevitabilidad. Los discursos comunes sobre el derecho son discursos de poder sostenidos por un aparato tecnocrático de legitimación. Esos discursos estructuran nuestra percepción de la realidad hasta el punto de reprimir visiones alternativas de la vida social. El trabajo de CLS consiste, para Gordon, en «descongelar» la realidad legal, prestando especial atención a los presupuestos metajurídicos que la doctrina y los tribunales asumen de modo implícito al teorizar o decidir. Las formas de llevar a cabo el trabajo son múltiples: utilizando las armas que proporciona el sistema contra el propio sistema, redescubriendo y reinterpretando la teoría y la práctica jurídicas con el fin de quebrar la fuerza de los sistemas de significados que dominan la realidad jurídica, esclareciendo el carácter histórico, contingente y, por tanto, revocable de determinadas prácticas de razonamiento jurídico, etc. «Uno de los objetivos de los métodos de los CLS —escribe Gordon— es tratar de rescatar y dar contenido a las visiones alternativas reprimidas».

El autor ofrece un ejemplo de aplicación de esos métodos de interpretación a un caso real de acción para obtener la rescisión de un contrato fundada en fraude. La relectura de la sentencia de segunda instancia que lleva a cabo Gordon persigue mostrar que la tutela del interés del estafado vehiculada como «excepción» al régimen de funcionamiento «normal» del derecho de contratos no hace sino reafirmar y reforzar la representación *laissez-fairista* y decimonónica del mercado como mecanismo natural de asignación. Y muestra (con bastante gracia) hasta qué punto algunos de los pilares sobre los que se asientan las transacciones privadas (v. gr. la idea del «consumidor racional») son puros fetiches ideológicos carentes de base empírica. A partir de un caso concreto y de un contexto particular, la finalidad de Gordon es suscitar en su audiencia la idea de que el derecho contractual puede ser como es (reglas formales que especifican estrictamente las obligaciones), pero que también puede ser de otra manera (régimen informal de estándares con deberes indeterminados basados en la confianza). Lo que interesa es que estos dos modelos corresponden a sendas maneras de concebir la sociedad y sus sujetos: el primero, individualista y neo-hobbesiano, se parece bastante a las sociedades actuales; el segundo, «altruista», corresponde al que desearía Gordon.

Leyendo el artículo de Gordon se comprende el significado que CLS ha atribuido a la llamada tesis de la indeterminación. Como se sabe, los realistas ya subrayaron el carácter impreciso de las reglas (derivadas de los precedentes) y, sobre todo, el inevitable conflicto entre las reglas aplicables a un caso judicial. La existencia de soluciones divergentes desplaza la decisión judicial al terreno de los principios y objetivos políticos subyacentes a tales reglas, de suerte que: a) el conocimiento del derecho depende sólo del análisis empírico de la praxis judicial y b) esa praxis está siempre condicionada por la política. CLS radicaliza, por así decir, esta tesis. Igual que los realistas, afirman la inexistencia de reglas preconstituidas, pero además, niegan que existan principios de *policy* o estándares preconstituidos. No existiría un sistema más o menos coherente de principios o estándares que proporcione pautas o esquemas justificatorios regulares de decisión. Tales pautas son convenciones generadas por la cultura jurídica a partir de determinada visión de los principios que informan el sistema de reglas, pero (y esto es lo que trata de mostrar Gordon con algunos principios del derecho contractual) sobre ese mismo derecho pueden generarse convenciones distintas, inspiradas por principios opuestos, pero que estarían igualmente justificadas jurídicamente. ¿Cuál es, en resumen, la tesis? Que la práctica jurídica puede jugar un papel interesante para forjar cambios políticos y sociales.

Uno de los rasgos distintivos de CLS ha sido su constante reflexión sobre los diferentes aspectos de la formación que reciben los estudiantes (diseño de los programas, metodología didáctica, organización docente, modos de evaluación, orientación preprofesional, etc.). Duncan Kennedy, uno de los autores más conocidos de CLS, traza un cuadro diagnóstico bastante sombrío de la educación legal transmitida en las facultades de derecho norteamericanas. Que esa preparación esté, a su juicio, plagada de mensajes absurdos y carentes de sentido sobre la profesión del jurista en general (y del abogado en particular) no es casual. Responde, según Kennedy, a la necesidad de presentar como natural, eficiente y justo el hecho de que los abogados presten sus servicios a una sociedad regida por los patrones de la jerarquía y la dominación. Para Kennedy, los elementos alrededor de los cuales se estructura la licenciatura en leyes (el programa del primer año, básicamente nucleado en los sectores del derecho y las normas que constituyen la base del capitalismo americano, la preeminencia, también en el primer año, del «método socrático», una técnica pseudoparticipativa e intimidatoria, la selección de los materiales de los *casebooks*, el reiterado mensaje de la separación derecho/política sustentado en la cientificidad del razonamiento jurídico en los «casos fáciles», la promoción de un ambiente competitivo por medio de una evaluación basada en el *ranking*, el tipo prevalente de profesorado, las relaciones entre el personal universitario, el sistema de recluta de los despachos jurídicos, etc.), así como los diferentes modos de inhabilitar a los estudiantes para el desarrollo futuro de prácticas jurídicas alternativas (v. gr., la abogacía de interés público) consolidan un sistema académico que, simplemente, entrena a los estudiantes para la obediencia y la dominación: «[...] la educación jurídica es una de las causas de la jerarquía jurídica. La educación jurídica sostiene la jerarquía por analogía, le aporta una ideología que la legitima justificando las normas que subyacen a ella, y le ofrece una ideología particular que mistifica el razonamiento jurídico». Todo esto es, sin duda, bastante cierto. Salvadas todas las distancias, es un diagnóstico allegable también a nuestras facultades. Es obvio que no se puede reclamar a priori que los profesores

de las distintas materias adhieran a determinada opción metodológica. Es el caso, sin embargo, que la enseñanza del derecho está cada vez más condicionada por un poderoso sistema de ideas (explícitas en los informes de expertos, planes de renovación y calidad, etc., e implícitas en el desenvolvimiento rutinario de la docencia) que cercena, o al menos limita, el estudio de aspectos trascendentales de la producción y, sobre todo, la aplicación del derecho en cualquiera de sus sectores.

El último texto del libro es una interesante entrevista realizada al propio Kennedy en la que éste habla sobre los orígenes, el desarrollo, los objetivos, los debates, los enemigos y las «persecuciones» de que ha sido objeto CLS. La mayoría de las respuestas de Kennedy (en especial, las que atañen a la justicia social) son sorprendentemente sensatas. Quizá para comprender cabalmente la naturaleza polémica (y aun muy polémica) de CLS sea preciso alejarse de los fértiles debates teóricos y metateóricos que han generado y ubicarse en el plano de las implicaciones sociológicas y culturales de la presencia de un movimiento de esta naturaleza en la academia norteamericana. En todo caso, una mirada europea (más saludablemente alejandrina y, si se quiere, más senil) debe tender, me parece, a ser más indulgente con los elementos ornamentales que conforman el *atrezzo* de combate de CLS (el estilo irreverente, las afirmaciones sumarias, la insistencia en el *élan* destructor o demolidor del movimiento, la propensión a descubrir mediterráneos, la recepción deslumbrada de determinados *dernier cri* filosóficos provenientes de Europa, etc.) y valorar en su justa medida tanto los brillantes análisis de las instituciones del derecho norteamericano como las conclusiones y los resultados de sus investigaciones.

Ni el escepticismo conduce sin más a la apología del más desnudo decisionismo, ni el afán problematizador (o deconstructor) puede identificarse con el nihilismo político. En mi opinión, CLS es una corriente bastante más «constructiva» de lo que sus miembros afirman (e incluso de lo que creen).

* * *

Desde otra mirada es un volumen imprescindible para el lector en castellano interesado en los desarrollos recientes de la crítica jurídica. Es cierto que se pueden discutir algunos aspectos generales del libro. Por ejemplo, la tendencia, presente en algunos de los textos, a identificar (de forma tal vez «reductiva») la Crítica jurídica con una determinada elección epistemológica. Como sea, todos los trabajos reunidos muestran con solvencia que el espíritu crítico es un elemento indispensable a la hora de abordar las múltiples dimensiones del fenómeno jurídico. Ya como crítica del derecho, es decir, como metadiscurso cuyo discurso objeto es el derecho legislado, aplicado, sistematizado o enseñado, ya como crítica de la teoría del derecho, es decir, como (meta)-metadiscurso cuyo discurso objeto son los metadiscursos teóricos sobre el derecho, la Crítica jurídica evidencia que la desconfianza hacia las imágenes edificantes y encomiásticas del orden (o el desorden) jurídico es un arma a la que el jurista no puede renunciar si no quiere pagar el precio de la ingenuidad, la irresponsabilidad o, peor todavía, la complicidad con el estado de cosas no precisamente prometedor en que nos toca vivir.

Pablo MIRAVET
Universitat de València