

SOLIDARIDAD Y DERECHO. LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA DE LOS «CRITICAL LEGAL STUDIES»*

1. Los «Critical Legal Studies» en el panorama cultural americano²

Una de las características del panorama cultural de los Estados Unidos de América³, en relación con el campo jurídico y político-jurídico, es algo que podríamos llamar intervención «sobre el terreno». Los teóricos y sociólogos americanos intervienen directamente sobre las «cosas», ya se trate de instituciones de Derecho privado, de manuales institucionales, de textos clásicos, de situaciones concretas, de cuestiones filosóficas, de los discursos de los «mandarines del Derecho», de los currícula estudiantiles, o de las políticas de las facultades de Derecho⁴, en una suerte de «fiesta de

*Del original en italiano publicado en la revista *Democrazia e Diritto*, año XXX, nº 5-6, septiembre-diciembre, 1990.

² Las páginas que siguen constituyen una primera aproximación al estudio de las principales posiciones teóricas del movimiento de los «Critical Legal Studies» (en adelante (ClS)). Como tales son sólo una primera introducción al conocimiento de algunas tesis fundamentales del movimiento, vistas a través de la exposición crítica de algunos ensayos relevantes para la historia del movimiento mismo. Espero, de todos modos, que a la expectativa de un trabajo más amplio, este artículo pueda ser una contribución útil, no sólo para los juristas sino también para los filósofos, sociólogos e historiadores. Este ensayo forma parte de una investigación sobre la filosofía político-jurídica estadounidense y es el resultado de varias estancias en diversas universidades americanas. Deseo agradecer su hospitalidad al Departamento de Filosofía de la California State University, en San Diego, y la Law School de la Washington University de San Luis, Missouri. Debo un agradecimiento particular al amigo y profesor Stanley L. Paulson por sus sugerencias en el curso de este trabajo y, *last but not least*, al Comité de Ciencias Jurídicas del Consejo Nacional de Investigaciones que ha financiado mi estancia en Estados Unidos.

³ En el curso de este ensayo, cuando se refiera a los «Critical Legal Studies» (ClS) el adjetivo «Crítico» con mayúscula indicará siempre a los exponentes de las tesis del movimiento.

⁴ Un elogio y una justificación del «localismo» de los ClS se encuentra en

la concreción» que asombra más cuanto más parece tener que ver, especialmente en los estudios jurídicos Críticos (Cls), con posiciones fundadas sobre opciones éticas y políticas concretas.

Diré que esta concreción, esta atención a los sucesos, a los hechos, bajo el presupuesto de que incluso una corriente filosófica es un hecho, un hecho social que se explica, se interpreta y eventualmente se «critica», es lo que insufla vida a los diferentes movimientos de pensamiento americano en el campo jurídico, tanto que hasta un texto de literatura se desguaza, en algunos análisis, como un hecho, repleto de otros hechos y de líneas de pensamiento completas.

No se escribe, en definitiva, sobre los libros de los demás, que a su vez son libros escritos sobre otros libros ajenos, en una especie de círculo vicioso, sino que cada cosa, y por lo tanto también el libro mismo, asume la forma de «contraparte» del discurso teórico.

Naturalmente, esto es más evidente en el movimiento etiquetado como «Law and Literature»⁵, pero vale también para los Cls, como lo demuestran los análisis críticos de situaciones sociales concretas, tales como los realizados sobre la situación de inferioridad de grupos particulares de mujeres en ciertas ciudades americanas, o los análisis que Duncan Kennedy ha dedicado a un texto clásico de la tradición del *Common Law*, los *Commentaries* de Blackstone, así como, obviamente, las prácticas «locales» propugnadas por el movimiento.

Todo esto diversifica extraordinariamente el panorama cultural americano. Se va a dedicar atención a un movimiento específico de estudios jurídicos, pero ¿cómo no recordar otros que allí se desarrollaron, procedentes de diversas corrientes culturales y políticas, tales como «Law and Society», «Law and Literature», «Law and Economics», «Law as Interpretation»? No quiero decir

R. W. Gordon, «Critical Legal Studies», en *The Legal Studies Forum*, vol. 9, 1985, pp. 335-340. Cfr. A. Hunt, «The Theory of Critical Legal Studies», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 6, 1986, pp. 27 y ss.

⁵ R. A. Posner, *Law and Literature. A Misunderstood Relation*, Harvard University Press, 1988, pp. 177-178, observa que «el movimiento de los Cls coincide con el “law and literature movement” en dos puntos. Algunos de sus seguidores encuentran en la literatura una descripción vivaz del carácter y de los efectos represivos de las instituciones sociales, incluida la jurídica... Otros encuentran en las escuelas de crítica literaria contemporáneas, centradas en la figura del lector, un escepticismo interpretativo que piensan puede ser aplicado a los textos jurídicos con el fin de remover la idea según la cual el Derecho expresaría normas impersonales». Posner, como se sabe, es el máximo exponente de los estudios económicos del Derecho.

que debamos aprender acriticamente de los Estados Unidos de América. Como se verá, en muchos aspectos, incluso los «Critical Legal Studies» son un movimiento que no carece de escoria que en nuestra cultura, en Italia, ha sido desechada hace tiempo. Sin embargo, que sean tan influyentes en las universidades americanas, que les dediquen tantos congresos, reuniones, números completos de revistas, nos hace pensar, sobre todo en un momento en el cual la visión crítica del Derecho y de la sociedad parece haber depuesto sus armas y haber cedido el paso a una aceptación acrítica de lo existente.

Debo decir que crea un cierto embarazo ver citados, en los textos de los estudiosos americanos, nombres que entre nosotros parecen olvidados, Carlos Marx y Antonio Gramsci incluidos. Sin embargo, se trata de un hecho, un hecho que debe hacernos reflexionar también -pero no sólo- sobre la precipitación con la que se han metido en el trastero autores de los cuales, quizá, hoy, sólo hoy, se puede comenzar a aprender alguna nueva lección. El marxismo (sea ortodoxo o crítico) es un componente de los Cls, pero los Cls no son marxistas y es necesario prestar atención a esto. No se trata de herederos del sesenta y ocho que han conquistado posiciones importantes en prestigiosas universidades americanas, sino de estudiosos serios que se abandonan en ocasiones a intemperancias que algunos han calificado como «pueriles»⁶. Bienvenidas sean estas intemperancias si pueden servir para provocar discusiones y para crear momentos de reflexión crítica. Por lo demás se trata de un «movimiento», y es éste un aspecto que debe ser subrayado, porque de otro modo no se comprendería cómo en su interior pueden convivir tesis sociológicas, filosóficas y antropológicas, que a veces pueden resultar cualquier cosa menos uniformes.

No es fácil una exposición exhaustiva de los Cls, porque está desarrollándose en la actualidad una versión inglesa de este tipo de estudios, especialmente gracias a los análisis sociológico-jurídicos de Alan Hunt⁷. La escasa atención prestada en Italia a los Cls

⁶ R. A. Posner, *op. cit.*, p. 358. El fragmento merece ser citado por entero: «Aunque muchos profesores de Derecho consideren a los Cls espantosos por su radicalismo y su pueril mala educación, estos estudios se instalan con demasiada claridad en el horizonte académico contemporáneo para ser ignorados».

⁷ Cfr. P. Fitzpatrick; A. Hunt (eds.), *Critical Legal Studies*, Basil Blackwell, 1987; J. Eekelaar, «What is “Critical” Family Law?», en *The Law Quarterly Review*, vol. 105, 1989, pp. 244-261. Como en los Estados Unidos, también en el Reino Unido los Cls derivan de la escuela de Sociología del Derecho; sobre la Sociología jurídica en América y Gran Bretaña cfr. J. S. Sterling, «The State of American Sociology of Law», y R. B. M. Cotterrell, «Sociology of Law in

representa, en mi opinión, una laguna que no se quiere ni se puede colmar, pero que espero que en poco tiempo pueda ser menor, aunque sólo sea porque se van notando, en los mismos Cls, momentos de «autocrítica» que pueden probablemente llevar a la revisión de algunas posiciones extremistas, que han perjudicado al movimiento.

En las páginas que siguen intentaré esbozar unas líneas para una «introducción al estudio de los Critical Legal Studies» que por las razones antes expuestas no puede ser más que una primera aproximación a un conocimiento más completo de este movimiento, que no representa sólo una línea de pensamiento jurídico sino también de pensamiento político y de pensamiento filosófico: «El movimiento de los estudios Críticos del Derecho -ha escrito su representante más notable, Roberto M. Unger- ha socavado las ideas centrales del moderno pensamiento jurídico y en su lugar ha colocado una concepción diferente del Derecho. Esta concepción implica una visión de la sociedad e informa una práctica de la política»⁸.

Los Cls son un movimiento de estudios jurídicos claramente orientados a la izquierda⁹, cuya génesis organizativa puede remontarse a la primera conferencia de crítica del Derecho celebrada en 1977¹⁰. Los Críticos ocupan posiciones de relieve en las univer-

Britain: its Development and Present Prospects», en V. Ferrari (ed.), *Developing Sociology of Law. A World Wide Documentary Enquiry*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 805 ss. y 779 ss.

⁸ R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard University Press, 1986, p. 1. Para una discusión crítica de este trabajo de Unger, que es un auténtico «manifiesto» de los Cls, cfr. J. M. Finnis, «On critical Legal Studies Movement», en J. Eekelaar; J. Bell (eds.), *Oxford Essays in Jurisprudence, Third Series*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 145-165; J. W. Harris, «Unger's Critique of Formalism in Legal Reasoning: Hero, Hercules, and Humdrum», en *The Modern Law Review*, vol. 52, 1989, pp. 42-63.

⁹ Duncan Kennedy, «Critical Labor Theory: A Comment», en *Ind. Rel. Law Journal*, vol. 4, 1981, pp. 503 y 506, define los Cls como «la emergencia de una *intelligentsia* de nueva izquierda comprometida a la vez con la teoría y la práctica, que crea una visión radical de izquierda en un terreno donde sólo existían variaciones sobre el tema de la legitimación del *status quo*» (N.T.: toda la cita en inglés en el original). «Asalto frontal» al edificio del pensamiento jurídico tradicional, definen a los Cls A. Hutchinson y Monahan, «Law, Politics and The Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought», en *Stanford Law Review*, vol. 36, 1984, pp. 199-245. Cfr. A. Hunt, «The Theory of Critical Legal Studies», cit., pp. 1-45.

¹⁰ Para una historia del movimiento y notas sobre sus miembros más conocidos cfr. J. H. Schlegel, «Notes Toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies», en *Stanford Law Review*, vol. 36, 1984, pp. 391-411.

sidades americanas, incluso en las más conocidas, y no faltan exponentes del *establishment* que reclamen el alejamiento o que invoquen la dimisión de los «nihilistas» de los cargos que ocupan en las Law Schools¹¹.

Los CIs encuentran sus raíces en el realismo jurídico americano, en el marxismo crítico de la escuela de Frankfurt y en la perspectiva de Sociología del Derecho del «Law and Society Movement»; en ellos se entrecruzan líneas de pensamiento no siempre homogéneas, procedentes de distintas tradiciones culturales, aunque siempre de un modo o de otro políticamente radicales¹². El aspecto que ha puesto a los Críticos bajo el fuego de sus adversarios ha sido un cierto vanguardismo iconoclasta¹³, que en realidad sólo tiene que ver con algunos de ellos. En estas páginas dejaré a un lado estos aspectos para centrarme en los temas relevantes del movimiento, sobre las líneas de fondo de la empresa Crítica, y en primer lugar sobre la gran atención -que como veremos, tiene en sí misma una motivación teórica pero está llena de efectos prácticos- dedicada en el ámbito del movimiento (un movimiento de naturaleza sociológica) a las cuestiones de Filosofía, antes incluso que a las que tienen que ver con la Filosofía del Derecho. A las cuestiones de Filosofía entendida no tanto como «sistema» a construir y defender, sino como objeto a comprender. Los CIs carecen de una filosofía específica; de hecho se pasa de la fenomenología al estructuralismo

¹¹ «Cfr. P. Carrington, «Of Law and the River», en *Journal of Legal Education*, vol. 34, 1984, p. 222. Cfr. también el caso de Paul Bator, en Harvard desde 1959, que ha dejado la facultad justamente en polémica con la excesiva influencia del movimiento Crítico, que habría politizado la enseñanza: cfr. M. Sturn, «Bator To Take Chicago Post», en *Harvard Law Record*, 20 septiembre 1985, p. 1, así como el artículo del *New York Times*, 15 septiembre 1985, p. 58, col. 1, «A Professor at Harvard Law heads to West and Right». Cfr. también, más general, D. Margolick, «The Split at Harvard Law goes down at its foundation», *The New York Times*, 6 octubre 1985, E, col. 1; Lacayo, «Critical Legal Times at Harvard», en *Time*, 18 noviembre 1985, p. 97; J. Stuart Russell, «The Critical Legal Studies Challenge to Contemporary Mainstream Legal Philosophy», en *Ottawa Law Review*, vol. 18, 1986, p. 2, notas 3-5.

¹² Los CIs son los herederos directos del realismo y del «Law and Society movement». Incluso ellos atacan desde la izquierda la complacencia del centro; niegan que el Derecho sea autónomo e insisten en las contradicciones dentro del sistema de reglas»: M. Tushnet, «Critical Legal Studies and Constitutional Law: An Essay in Deconstruction», en *Stanford Law Review*, vol. 36, 1984, pp. 623 y 626. El término «deconstrucción», que señala un momento importante de la actividad Crítica, muestra la influencia que incluso en el campo de los estudios jurídicos despliega en América la obra de Derrida.

¹³ Cfr. D. Luban, «Legal Modernism», en *Michigan Law Review*, vol. 84, 1986, p. 1.675.

o al marxismo crítico. Pero al contrario de lo que

ha sostenido Hunt¹⁴, la ausencia de una teoría precisa y de una filosofía determinada, lejos de suponer un punto débil de los Cls, representa, en mi opinión, su fuerza, aunque haga difícil la exposición de las tesis de un movimiento tan complejo¹⁵.

2. Derecho y cambio social

Todo el movimiento de los estudios Críticos encuentra probablemente su punto inicial y su fuerza en un libro de uno de sus máximos exponentes, *Knowledge and Politics* de Roberto M. Unger, traducido y publicado hace unos años en Italia, sin que, a decir verdad, despertase demasiado interés¹⁶. Se trata de una tentativa radical de crítica al liberalismo, trata de individualizar la «estructura profunda» del sistema social, político e ideológico del liberalismo a partir de los albores de la época moderna. El propósito del libro, que no esconde sus raíces en la filosofía neokantiana alemana, de Rudolf Stammler a Max Weber y Emile Lask¹⁷, es el de proporcionar una justificación para una teoría política capaz de superar la escisión entre individuo y comunidad -una escisión vinculada estrechamente a la visión que tiene la modernidad de la

¹⁴ A. Hunt, «The Theory of Cls», *cit.*, pp. 37 ss.

¹⁵ Mientras Peter Gabel conserva su enfoque fenomenológico originario, Duncan Kennedy declara explícitamente que su objetivo es «presentar al lector un método que podría llamarse estructuralista, o fenomenológico, o neomarxista, o las tres cosas a la vez». Duncan Kennedy, «The Structure of Blackstone's *Commentaries*, en *Buffalo Law Review*, vol. 28, 1979, p. 209.

¹⁶ R. M. Unger, *Knowledge and Politics*, New York, Free Press 1975. Existe trad. cast. de L. Rodríguez Ozán. F.C.E., México, 1985. Se citan las páginas del original y de la traducción.

¹⁷ Cfr. sobre este punto A. Hutchinson «Law, Politics and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought», *cit.*, p. 234, nota 156; D. Luban, «Legal Modernism», *cit.*, que extiende la vinculación con el «modernismo neokantiano» a todo el movimiento de los CLS: ellos «son la forma que el modernismo asume en el pensamiento jurídico. Como el modernismo en Filosofía y en Sociología, socava los cimientos de nociones consolidadas, insistiendo sobre el hecho de que todo aquello que tenemos es algo que recreamos cotidianamente. Como una forma de modernismo los Cls sostienen que nuestra vida no tiene ningún significado fuera de las instituciones y de los procesos a través de los cuales nosotros la creamos y nos creamos a nosotros mismos. Así, en parte, el programa de los Cls es justificado en el modo en que lo son todos los programas modernistas: el programa consiste en remover formas de vida congeladas demostrando que no tienen ninguna integridad particular. Y cualquier cosa que vuelva eficaz esa demostración -deseos utópicos, análisis rigurosos de los textos jurídicos, propuestas concretas- forma parte del programa», M. Tushnet, «Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings», en *Journal of Legal Education*, vol. 36, 1986, p. 517.

relación entre hechos y valores, universales y particulares- con el fin de delinear la posibilidad de una comunidad no estructurada sobre relaciones de dominio y de un individualismo sin el ímpetu destructivo de los lazos sociales y de la solidaridad intersubjetiva que caracteriza a la modernidad liberal¹⁸.

La tesis de Unger, esquemáticamente, es que la desintegración moral y el conflicto de valores propio del mundo occidental se arraigan en contradicciones situadas en esta «estructura profunda» de la sociedad liberal, que impone una consideración totalizadora del liberalismo: «no simplemente como un conjunto de doctrinas sobre la distribución del poder y de la riqueza, sino como una concepción metafísica del pensamiento y de la sociedad»¹⁹. El término «estructura profunda», tomado de Noam Chomsky, se revela, de hecho, en Unger, como homólogo de «crítica total»: en la medida en que se hace la búsqueda de esta «estructura profunda» del liberalismo, de sus métodos, problemas y experiencias, se está haciendo crítica del liberalismo, crítica «total» de toda una tradición que ha estructurado no sólo el modo de pensar de sus seguidores sino también el de aquéllos que al hacer una crítica parcial de ella, en realidad han compartido, sin saberlo, y al menos en parte, las premisas de base.

Esta «estructura profunda» implica, por este motivo, asunciones teóricas antiilustradas²⁰ sobre la naturaleza del hombre y sobre su capacidad, sobre las relaciones hecho / valor y sobre la distinción universal / particular, que evidencian determinadas consecuencias antinómicas²¹. El fin que Unger se propone es la superación de estas antinomias que estructuran el pensamiento liberal (que privilegia siempre una sola parte de la antinomia: el individualismo, la regla, *rule of law*, etc.) y en particular la antinomia entre individuo y comunidad que caracteriza la situación no únicamente sociopolítica sino existencial del hombre moderno. Se trata de proyectar una comunidad (o más comunidades:

¹⁸ Cfr. también R. M. Unger, *Passion. An Essay on Personality*, New York, The Free Press, 1984.

¹⁹ R. M. Unger, *Knowledge and Politics*, New York, Free Press, 1975, p. 6; p. 13, trad. cast.

²⁰ A través de Unger la teoría Crítica del Derecho se basa en realidad «sobre la crítica del proyecto histórico de la ilustración», esto es, de un movimiento que ha intentado resolver de manera racional y consensual el problema del orden social: Cfr. A. Hunt, *op. cit.*, pp. 5-6.

²¹ Como observa Gerald Frug, «el liberalismo no constituye una forma unitaria de interpretación del mundo; al contrario, es una concepción basada en la visión del mundo como una serie de dualismos complejos»: G. Frug, «The City as a Legal Concept», en *Harvard Law Review*, vol. 93, 1980, p. 1.075.

hay que recordar

que el «localismo», las prácticas locales, tienen relevancia en la actividad de los «Críticos») estructurada sobre una cuota mínima de dominio y, al mismo tiempo, un individualismo que carezca de la destructividad iconoclasta que define, al menos en parte, a la modernidad. Como escribe el mismo Unger, es necesario inventar relaciones sociales que escapen al dilema entre utopía (comunidad socialista) e idolatría (comunidad organicista de tipo conservador)²².

Junto al texto de Unger de 1975, que sin duda debe considerarse el punto de partida del movimiento de los estudios jurídicos Críticos en mayor medida que el libro posterior *Law and Modern Society*, se pueden citar entre las fuentes de los CIs dos ensayos de otro de sus exponentes relevantes, Duncan Kennedy: hablo del largo artículo sobre los *Commentaries* de Blackstone y a «Form and Substance in Private Law Adjudication», de 1976, que delinea con mayor fuerza la tendencia solidaria del movimiento. Utilísimos para un conocimiento de algunas líneas fundamentales de los CIs son los libros de David Kayris (ed.), *The Politics of Law. A Progressive Critique*, de 1982, y el fascículo monográfico de enero de 1984 de la *Stanford Law Review*, dedicado en su totalidad a los temas del movimiento y que ha sido el número de revista jurídica más vendido en el territorio de los Estados Unidos de América.

En el volumen editado por Kayris, destaca el ensayo de Robert W. Gordon sobre «New Developments in Legal Theory», que me parece que es una buena llave de acceso a la maraña de tendencias y de temas presentes en los CIs. Gordon (que es un historiador del pensamiento jurídico) trata de identificar algunas de las motivaciones de los Críticos y de demostrar cómo sus experiencias personales pueden haberles impulsado a desarrollar una teoría de la Historia del Derecho que, recuperando la tradición progresista de la historiografía americana de autores como Beard y Parrington, hiciese de eje sobre aquella «estructura profunda» de la que hablábamos antes y se opusiese a la idea de la historia jurídica aprendida en las facultades de Derecho. Muchos, a finales de los años sesenta, estaban sorprendidos por dos aspectos de las relaciones entre el Derecho y el «mundo real»: en primer lugar por el hecho de que el Derecho no estuviese bien sintonizado con las necesidades sociales: mientras la sociedad parecía atravesar un período de turbulencias, el curriculum de los estudios jurídicos parecía estar completamente desgajado de la realidad; en segundo lugar, por el hecho de que las victorias de la izquierda jurídica habían sido

²² R. Unger, *Knowledge and Politics*, cit, p. 288; p. 289 trad. cast.

alcanzadas con costes demasiado altos para tener a fin de cuentas impacto marginal. ¿No era esto una demostración de que la capacidad para usar el Derecho estaba unida a la riqueza y a la posición social elevada? Pero el problema era más profundo y complicado que la simple aplicación «inicua» de un Derecho que se enseñaba como neutral; era el mismo contenido del Derecho el que parecía reflejar de modo inexorable la división de clases y la desigualdad social.

Se podría pensar que esta posición refleja la vieja concepción marxista del Derecho como superestructura, pero, en realidad, casi todos los Críticos rechazan decididamente la noción paleomarxista del Derecho como simple instrumento de la clase dominante²³, concepción reafirmada sin embargo por algunos neomarxistas. En definitiva, todas las clases parecen interiorizar categorías jurídicas, según una tesis fundamental del movimiento²⁴, y esto centra el problema vital de los estudios Críticos del Derecho, a saber, la relación entre Derecho y sociedad como cuestión esencial para la comprensión del cambio histórico. Ahora bien, ya que uno de los aspectos relevantes de los Cls es la crítica al funcionalismo como explicación de esta relación²⁵, surge con fuerza uno de los temas más discutidos por los Críticos, el de la legitimidad del Estado en cuanto sujeto privilegiado de la imposición del Derecho.

Se trata de un entrecruzamiento problemático (cambio histórico-Derecho-legitimidad del Estado) estudiado en particular por Robert Gordon, que ha identificado una estructura compleja del Derecho que lo hace particularmente resistente al cambio social y

²³ Algunos Críticos pueden caracterizarse como «marxistas ortodoxos». Cfr. A. Hutchinson - P. Monahan, «Law, Politics and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought», cit.; J. Stuart Russell, «The Critical Studies Challenge to Contemporary Mainstream Legal Philosophy», cit.; J.S. Webb, «A Progressive Critique? The Contribution of Critical Legal Scholarship to a Marxist Theory of Law», en *Law Teacher*, vol. 19, 1985, pp. 98 ss.

²⁴ «El Derecho, como la religión y las imágenes televisivas» escribe R. Gordon, «New Developments in Legal Theory», en D. Kayris, *The Politics of Law. A Progressive Critique*, New York. Pantheon Books, 1982, p. 287, es uno esos «conjuntos de ideas [...] que convencen a las personas de que las muchas relaciones jerárquicas en las que viven o trabajan son naturales y necesarias».

²⁵ «El objeto del trabajo (generalmente definido como antipositivista o interpretativo) realizado por algunos juristas de la escuela Crítica es el de intentar describir -casi como un reconocimiento geográfico- algunos de los sistemas de ideas que se entretajan y se combinan. Inspirándose en la obra de «estructuralistas» como Levi-Strauss o Piaget, estos estudiosos sostienen que las ideas jurídicas están organizadas en estructuras, en códigos culturales complejos»: R. Gordon, «New Developments in Legal Theory», *ibidem*.

explica por qué las jerarquías dominantes parecen llevar siempre la mejor parte. Apelando a Grainsei (que juega un papel importante en la cultura de izquierda americana), Gordon dedica especial atención a la «función de legitimación» del Derecho²⁶. Todas las clases sociales se inclinan por considerar al Derecho como un fenómeno natural e inevitable. La misma clase obrera, si se mira bien, no ha discutido ni puede hacerlo, los derechos de los propietarios, porque tales derechos parecen necesarios para la misma auto-realización de la clase obrera (en relación con esto hay que recordar que los Cls se oponen declaradamente a la llamada «Escuela de Derechos y Principios» de Dworkin²⁷ y en algún sentido se asocian a la crítica comunitarista de la tesis de los derechos en nombre de una prioridad de los bienes). En esto Gordon manifiesta una de las convicciones centrales de los Críticos, que dicen que este hecho es el resultado de un conjunto complejo de convicciones interiorizadas y difusas, podemos decir de una «falsa conciencia» convertida en el sentido común en la sociedad liberal a partir de Hobbes: el «otro» es siempre una amenaza y un peligro para el individuo, según, más que una idea trabajada a nivel histórico, una convicción situada en el inconsciente. Se trata de un aspecto crucial de esta «estructura profunda» (o «contradicción fundamental») de la sociedad liberal puesta de relieve por Unger, pero esta estructura profunda es, si se mira con cuidado (en esto ha de ayudar el trabajo histórico, y no en vano los análisis históricos constituyen la parte fuerte de los estudios Críticos del Derecho, a partir de ese libro «de frontera» que es *The Transformation of American Law* de Morton Horwitz²⁸), una construcción práctica y teórica de las clases dominantes con el fin de conservar el poder, una construcción que ha disuelto el sujeto concreto para hacer emerger sólo unos segmentos de la totalidad; no el sujeto de

²⁶ Sobre el tema de la función de legitimación del Derecho. Cfr. también Kayris. «Introduction» a *The Politics of Law*, cit., pp. 5-6.

²⁷ Cfr. R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, cit., p. 13.

²⁸ M. J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1780-1860*, Harvard University Press, 1977. El aspecto más interesante de este libro -ha observado Robert Gordon, «Critical Legal Histories», en *Stanford Law Review*, vol. 36, 1984, pp. 96-97-, «que ha sido un acontecimiento en la historia de la cultura jurídica-intelectual americana, consiste en que sustituye la hoy dominante visión optimista de nuestra cultura por alguna de las principales aproximaciones pesimistas: en primer lugar la historia del lado oscuro del desarrollo capitalista, la destrucción de vínculos y convenciones llenas de significado en la comunidad, el dislocamiento de las familias, la desaparición de artes respetadas, la reducción del trabajo a rutina, el desplazamiento de las normas que regulaban equitativamente las transacciones por una ética de promoción de un interés egoísta como bien supremo».

carne y hueso, sino el papel (la pluralidad de papeles) desempeñado en cada ocasión por el sujeto: el formalismo jurídico liberal se dirige a los seres humanos, como subraya Unger, sólo en el nivel en que las diferencias entre las personas desaparecen. Los estudios de los intereses y objetivos individuales del actor económico o de la persona jurídica se relegan a otras disciplinas, como la Sociología o la Psicología, para ser abandonados de nuevo por estas ciencias en favor de la búsqueda de las estructuras universales de la sociedad y del sujeto²⁹. Se trata de un movimiento político estructurado sobre un sistema de categorías y de significados producidos por las élites dominantes con la finalidad de conservar su poder. El Crítico quiere demostrar que todas estas categorías no son necesarias, que son abstracciones de relaciones concretas entre los individuos. Considerarlas como inevitables y naturales lleva al fenómeno que Marx denominaba «reificación», que encuentra su expresión en la retórica de los derechos del hombre, refuerzo de los modelos existentes de jerarquía y de dominio.

La historiografía Crítica del Derecho quiere mostrar cómo se desarrollan estas categorías «reificadas» y en qué medida dependen de hipótesis filosóficas. Las normas jurídicas modernas son contingentes, no absolutas, y esto en un doble sentido: en primer lugar son una creación nuestra, en segundo lugar, ningún sistema particular de reglas jurídicas es necesitado de manera absoluta por ningún ordenamiento social. Este aspecto identifica una tendencia propiamente filosófica de los Cls, la que describe (y critica) a la moderna sociedad capitalista a través de la descripción (y de la crítica) de la filosofía liberal. La específica Sociología del Derecho de los Críticos americanos es la trasposición de este preciso discurso filosófico.

Tal «discurso filosófico» no consiste en una especial teoría filosófica. Los Cls no construyen teorías, sino que «adoptan» teorías filosóficas con fines Críticos. Esto se hace evidente en el rechazo del marxismo como base filosófica de la empresa Crítica. El rechazo se explica fácilmente por todo lo que he dicho hasta este momento. En la medida en que el marxismo es una teoría «instrumentalista», no puede servir a los fines de los Cls, que de alguna manera parecen invertir los términos de la tradicional aproximación marxista a las relaciones entre conciencia y sociedad, entre Derecho y estructura socioeconómica. Para los Críticos no existe una relación de distinción y causalidad entre el contenido de las normas jurídicas y los intereses de clase; la crítica del

²⁹ R. M. Unger, *Knowledge and Politics*, cit., Cfr. también Idem, *The Critical Legal Studies Movement*, cit.

economicismo se convierte en una crítica de la «estructura profunda», que no distingue entre Derecho y sociedad, entre Derecho y economía, sino que pone en primer plano el nexo inextricable entre estos factores, la «totalidad» del mundo real³⁰. Esta «totalidad» encuentra su lugar de expresión privilegiado en sus formas ideológicas, que, lejos de ser las de una superestructura, estructuran y forman el universo liberal³¹, de manera que la misma ideología jurídica juega un papel importante, más bien decisivo, en la reproducción de la subordinación del hombre³²: «esto que experimentamos como “realidad social” es algo que nosotros mismos construimos continuamente»³³. Como observa Peter Gabel, «el pensamiento jurídico nace, naturalmente, en la conciencia de la clase dominante, porque es a esta clase a quien le interesa su existencia, pero es aceptado e interiorizado por todos por la ausencia traumática de los nexos y vínculos que de otro modo desembocarían en la conciencia»³⁴.

Para los Cls la ideología jurídica es una fuerza productiva en la determinación de la conciencia sea de las clases dominantes, sea de las clases dominadas en la sociedad capitalista. Desempeña un papel de legitimación y de hegemonía: «El discurso jurídico forma nuestras ideas sobre la experiencia y la capacidad de la especie humana, nuestras concepciones de la justicia, de la libertad y de la obligación, así como nuestras visiones del

³⁰ Para los Cls «las instituciones encargadas de crear e interpretar el Derecho se encuentran entre las fuentes primarias de las imágenes de orden y desorden, virtud y vicio, razonabilidad y locura, realismo e ingenuidad visionaria, y de algunos de los más banales aspectos de la realidad social que la gente común ha aprendido y usa para dar un sentido a su propia vida»: R. W. Gordon, «Critical Legal Histories», *cit.*, p. 109.

³¹ Es significativo, en este sentido, que el ensayo de Duncan Kennedy sobre *los Commentaries* de Blackstone se abre con una cita de Karl Korsch. Sobre la sociología empírica marxista de Korsch cfr. A. Carrino, *Stato e Filosofia nel marxismo occidentale. Saggio su Karl Korsch*, Napoli, Jovene, 1981.

³² «La “economía” no es más “real” que las “ideas jurídicas”. Es un conjunto de convenciones entre las que “ideas jurídicas” como la propiedad, los contratos, las obligaciones promisorias y fiduciarias, por no hablar del dinero, son elementos indispensables que le permiten reproducirse», *ibid.*, p. 117.

³³ R. W. Gordon, «New Developments in Legal Theory», *cit.*, p. 287. La gente, continúa Gordon, «construye estructuras y después reacciona (y llega a convencerse sinceramente) como si las estructuras que ha construido estuviesen determinadas por la historia, por la naturaleza humana y por las leyes económicas».

³⁴ P. Gabel, «Reification in Legal Reasoning», en S. Spitzer (ed.), *Research in Law and Sociology*, Greenwich, JAI Press, 1980, vol. 3, pp. 25-26. De P. Gabel también «The Phenomenology of Rights-Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves», en *Texas Law Review*, vol. 62, 1984, pp. 1.563ss.

futuro»³⁵. Este es un

³⁵ *Ibid.* «Para los críticos el orden social está mantenido por un sistema

aspecto crucial de la aproximación Crítica, que no siempre ha sido teórica y empíricamente analizado y demostrado³⁶. ¿Cuál es la relación entre ideología y conciencia? El concepto de conciencia (de conciencia «jurídica») es central en los estudios Críticos, pero no siempre rigurosamente investigado³⁷.

Alan Hunt ha puesto de relieve los dos sentidos en que se emplea este concepto: un sentido restringido y un sentido amplio. «El concepto restringido de conciencia jurídica la identifica con la conciencia de los profesionales de Derecho, incluidos los jueces y los juristas prácticos... El concepto amplio de conciencia jurídica la identifica con una forma característica de conciencia muy difusa en la sociedad; aquéllos que no están en contacto con las instituciones y procedimientos jurídicos no carecen de conciencia jurídica»³⁸. Estos dos conceptos están formulados por dos de los más importantes miembros de los Cls del modo siguiente: según Duncan Kennedy, que adopta la versión «restringida» del concepto de conciencia jurídica, ésta es «el cuerpo de ideas a través de las cuales los juristas hacen experiencia de las cuestiones jurídicas... es la particular forma de conciencia que caracteriza la profesión del jurista como un grupo particular en un momento particular»³⁹. Para Peter Gabel, que asume el concepto de conciencia jurídica en sentido amplio, «el dominio jurídico surge en la conciencia de

de creencias. El sistema de creencias que estructura la acción y mantiene el orden en la sociedad capitalista presenta como eterno y necesario lo que son sólo intereses arbitrarios y transitorios de la élite dominante. Este cuerpo de ideas generalmente aceptado justifica el poder injusto y desigual del grupo dominante. Este sistema de ideas son “reificaciones”, que presentan como esencial, necesario y objetivo lo que es contingente, arbitrario y subjetivo. Además, son hegemónicos, o lo que es lo mismo, sirven los intereses legítimos de la clase dominante únicamente». D. Trubek, «Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empriricism», en *Stanford Law Review*, vol. 36, 1984, p. 606. La presencia de Antonio Gramsci en esta tesis no precisa ser subrayada. Cfr. también R. W. Gordon, «Critical Legal Histories», *cit.*, p. 109. «El poder ejercido por un régimen jurídico consiste no tanto en la fuerza que puede aplicar contra quien viola sus reglas, como en su capacidad de convencer a la gente de que el mundo descrito en sus imágenes y categorías es el único mundo alcanzable en que una persona sensata querría vivir».

³⁶ Cfr. A. Hunt, *op. cit.*, pp. 12-13.

³⁷ Gr. A. Hutchinson - P. Monahan, «Law, Politics and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought», *cit.*, pp. 219 ss.

³⁸ A. Hunt, «The Theory of Critical Legal Studies», *cit.*, pp. 13, 14.

³⁹ D. Kennedy, «Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness», en S. Spitzer (ed.), *op. cit.*, pp. 5, 23. Una idea similar del concepto de conciencia jurídica es el de Morton Horwitz, «The Transformation of American Law», *cit.*, Idem, «The Doctrine of Objective Causation», en D. Kayris (ed.), *The Politics of Law, cit.*, pp. 201-213. Cfr. A. Hunt, *op. ult. cit.*, pp. 18-20.

todas las personas como una especie de represión legitimante... El pensamiento jurídico surge naturalmente en la conciencia de la clase dominante porque es a ésta a quien interesa, pero es aceptado e interiorizado por todos los individuos»⁴⁰. Los dos conceptos de conciencia jurídica, el «profesional» y el «universal», se encuentran a menudo empleados de forma autónoma, de manera que acentúan o bien el momento funcionalista (como Gabel) o el papel de la doctrina jurídica (como Kennedy)⁴¹.

El análisis Crítico del formalismo jurídico intenta demostrar que las reglas jurídicas se aplican de manera diferente en situaciones diferentes porque contienen principios contradictorios. El intento más logrado es el que se ha hecho sobre la doctrina económica del Derecho (la «Law and Economics School»⁴²) para demostrar cómo las tesis de los economistas jurídicos se basan sobre premisas contradictorias. En muchos ensayos de Historia del Derecho se ha demostrado hasta qué punto es falaz la idea de una racionalidad intrínseca del Derecho. (En un nivel más general, ésta es la crítica de Unger -como resumen de otras muchas posiciones- a las tesis del formalismo y del objetivismo de la historia jurídica ya que rechaza la concepción de un sistema de tipos sociales con una estructura institucional innata. Esta crítica constituye el eje del movimiento y encuentra probablemente su formulación más clara

⁴⁰ P. Gabel, «Reification in Legal Reasoning», en *Research in Law and Sociology*, vol. 3, 1980, p. 26.

⁴¹ Para una crítica de estos conceptos de conciencia jurídica, cfr. A. Hunt, *op. ult. cit.*, pp. 14-15. También el debate entre Kennedy y Gabel: P. Gabel - D. Kennedy «Roll over Beethoven», en *Stanford Law Review*, vol. 36, 1984, pp. 155. En cierto sentido, el contraste entre Kennedy y Gabel puede reconducirse al que se produce entre abstracción (teórica) y análisis empírico: si el pensamiento debe poder aprehender la realidad, la abstracción contradice su fin, declara Kennedy: «No se puede describir de manera plausible el “ser” si no es de la manera más vaga y general. Se pueden describir de forma plausible situaciones humanas ricas, relativamente contextualizadas, no abstractas», p. 48 *ibid.* Por eso el posestructuralismo ofrece la posibilidad de encontrar un instrumento para especificar una comunión entre el Derecho, a través de su forma o de sus características estructurales, y las estructuras económicas y políticas. Cfr. T. Heller, «Structuralism and Critique», en *Stanford Law Review*, vol. 36, 1984, pp. 127 ss.

⁴² Para una crítica del «Law and Economics» desde el punto de vista de los estudios Críticos, cfr. M. Kelman, «Misunderstanding Social Life: A Critical of the Core Premises of “Law and Economics”», en *Journal of Legal Education*, vol. 33, 1983, pp. 274-284; L. A. Kornhauser, «The Great Image of Authority», en *Stanford Law Review*, vol. 36, 1984, pp. 349-389; M. Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, 1987, pp. 151 ss. Sobre este último trabajo cfr. la recensión de A. Somek, en *Rechtstheorie*, Bd. 20, 1989, pp. 547-549.

y argumentada en el ensayo de Unger, *The Critical Legal Studies Movement*⁴³).

En la historia de la historiografía jurídica americana el libro de Morton Horwitz, *The Transformation of American Law 1780-1867*, fue el primer intento de practicar el tipo de historia favorito de los Cls; en *The Politics of Law*, Elizabeth Mensch ha formulado una versión de la historia del Derecho americano aceptada por muchos exponentes del movimiento; Hutchinson y Monahan, en su «Law, Politics, and the Critical Legal Scholars», escriben: «Hasta la mitad del siglo diecinueve existía una aceptación difusa de una aproximación al Derecho meramente instrumental; los jueces decidían las cuestiones haciendo una apelación abierta a consideraciones de naturaleza política. Hacia los años sesenta del siglo pasado comenzó un alejamiento, claro aunque tímido, de esta concepción amplia del proceso jurídico. En los años noventa se completó la transformación. La comunidad jurídica había caído víctima del contagio clásico: los jueces pretendían resolver todas las controversias solamente con la rígida aplicación de las reglas. La tendencia del pensamiento jurídico -conocida como conceptualismo- floreció aproximadamente durante un par de decenios, alcanzando su zenit hacia los años veinte de nuestro siglo. Su declinar fue rápido y dramático»⁴⁴. Y en ese momento apareció sobre la escena un movimiento de pensamiento extraordinariamente relevante para los autores de los Cls, el realismo jurídico⁴⁵, mientras la depresión hacía las decisiones «progresistas» de los tribunales más controvertidas. Los realistas jurídicos fueron los primeros en poner en cuestión la aproximación legalista, fundada en la rigidez de las reglas, aunque para ellos el papel de los jueces no se podía legitimar a menos que estuviese clara la distinción entre Derecho y moral, tesis fundamental del positivismo jurídico, hoy discutida no sólo por los Cls, sino también por un autor liberal como Ronald Dworkin. Según muchos exponentes de los Cls, lo que los teóricos liberales quieren mantener todavía es una distinción neta entre razonamiento jurídico y debate político,

⁴³ R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, cit.

⁴⁴ Hutchinson-Monahan, *op. cit.*, p. 203.

⁴⁵ Sobre el realismo jurídico ver, en la literatura italiana, el trabajo, por otro lado, notable, de G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962; así como Anónimo, «Round and Round the Bramble Bush: From Legal Realism to Critical Legal Scholarship» en *Harvard Law Review*, vol. 95, 1982, pp. 1.669 ss., y E. Purcell, *The Crisis of Democratic Theory: Scientific Naturalism and the Problem of Value*, Kentucky University Press, 1973, pp. 74-94; J. Stuart Russell, *op. cit.*, pp. 3 ss. Cfr. también W. Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Widenfeld y Nicolson, 1973.

tentativa que pasa a través de varias vías, desde la fidelidad prestada a la moralidad convencional a los derechos fundamentales o a la economía⁴⁶. Lo que ocurre e importa, en las tesis liberales, es que el Derecho «media» entre los intereses contrapuestos que encontramos en política.

En uno de los ensayos más interesantes y refinados de los Cls, «Critical Legal Histories», Robert Gordon muestra cómo los historiadores tradicionales del Derecho han descrito la racionalidad del sistema normativo. La descripción liberal tradicional es similar a la de los historiadores marxistas, en la medida en que el Derecho es considerado como el resultado funcional de la realidad social objetiva, aunque con un «fin» distinto. En lugar de ser un medio de conservación del poder político, el Derecho se contempla como un conjunto de respuestas evolutivas a las necesidades de una sociedad en desarrollo. También los realistas jurídicos adoptaron esta concepción; la solución que ellos daban a los problemas de legitimación consistía en hacer a los jueces creadores más eficientes de política. Esta imagen del Derecho no sólo considera erróneamente al Derecho como un árbitro neutral, sino que, según Gordon, reifica la teoría de modo desviante. El análisis de las categorías históricas es interesante por sí mismo, pero no deja de suscitar un problema filosófico de fondo: la relación entre Derecho y mundo social en general y la relación entre categorías abstractas de pensamiento jurídico y realidad objetiva.

Los distintos teóricos de los Cls tienen ideas diferentes sobre el tipo de teoría que necesitan. La misma descripción de Gordon de las relaciones entre pensamiento y realidad tiene colores y sabores mucho más idealistas que deterministas. Siguiendo un procedimiento análogo al de Thomas Kuhn en la historia de la ciencia, el procedimiento fundado en el paradigma de la «ciencia normal», Gordon considera a las categorías jurídicas como condicionantes de nuestra visión de la realidad y afirma que estas categorías influyen en la realidad social en su nivel más profundo. Por ejemplo, escribe, «es prácticamente imposible describir cualquier conjunto de prácticas sociales “fundamentales” sin describir las relaciones jurídicas de las personas implicadas -relaciones jurídicas que no se limitan a condicionar el modo en que la gente se relaciona recíprocamente, sino que definen en una medida importante los términos constitutivos de la relación»⁴⁷. Algunos de los teóricos de los Cls han rechazado esta tesis, la mayor parte niegan que la economía sea el fundamento y el Derecho la supe-

⁴⁶ Cfr. Hutchinson - Monahan, *op. cit.*, pp. 207-208.

⁴⁷ R. W. Gordon, «Critical Legal Histories», *cit.*, p. 103.

reestructura: «El núcleo central del razonamiento Crítico es que la “economía” no es algo separado del “Derecho”, que reacciona al Derecho y que a su vez sufre la reacción de éste; la idea de su separación es un efecto alucinatorio de la “reificación” liberal del “Estado” y del “mercado” (o de lo “público” y de lo “privado”) en entidades separadas»⁴⁸.

El objetivo Gordon es el de separar la historia Crítica de aquéllas que hacen pensar que en la historia se encuentra un espíritu hegeliano de un mundo que se realiza. La historia no es tan inexorablemente determinista o idealista. Las historias Críticas «subrayan que es la gente la que construye estos sistemas para satisfacer sus necesidades de cooperación y hacerse proteger contra el terror recíproco»⁴⁹. Es ésta la que muchos autores de los Cls llaman «contradicción fundamental», esto es, la contradicción entre nuestras necesidades individuales y nuestras necesidades sociales, entre la necesidad de relación con los otros y la necesidad de libertad y de autonomía individual. Lo que está determinado por nuestras estructuras de pensamiento son las categorías en las cuales el conflicto político se presenta ante nuestros ojos.

Este conflicto viene oscurecido por la aparente necesidad de formas jurídicas, formas jurídicas que operan para esconder la realidad política, por ejemplo la distinción público / privado. La política es en realidad una parte de nuestras prácticas sociales cotidianas, de manera que para Gordon un argumento decisivo del programa de los Cls consiste en hacer ver cómo las categorías jurídicas estructuran nuestra vida ordinaria. El problema normativo es el de la capacidad de imaginar nuevas formas de vida social.

Según Alan Hunt, en su artículo sobre «The Theory of Critical Legal Studies»⁵⁰, las relaciones entre Derecho y sociedad y entre conceptos y condiciones materiales necesitan esclarecimientos ulteriores. La teoría de los Cls busca explícitamente no considerar al Derecho como un reino autónomo, pero tiene también la necesidad de evitar el determinismo marxista para dar mordiente al momento normativo que contiene. Esta teoría puede ser una reacción fatalista al determinismo, pero puede ser también una reflexión sobre la pobreza de un marxismo para el cual el cambio revolucionario es simplemente el ascenso de otra clase dominante. Una descripción de las relaciones entre ideas y condiciones materiales es también necesaria para evitar las implicaciones que supo-

⁴⁸ *Id.*, p. 124. Los Críticos consideran al Derecho «como un productor primario de una conciencia ideológica»; *id.*, p. 112.

⁴⁹ *Id.*, p. 117.

⁵⁰ A. Hunt, «The Theory of Critical Legal Studies», *cit.*, p. 1.

nen que las categorías filosóficas dentro de las que los Cls desarrollan buena parte de sus discusiones son de hecho categorías que describen al capitalismo contemporáneo. Por otro lado es necesaria alguna eficacia causal de categorías «profundas» de pensamiento para explicar cómo funciona el Derecho a fin de legitimar la ideología política, y es esto lo que lleva a los teóricos de los Cls a concentrarse sobre categorías político-culturales, más que económicas.

Pero debe ser resuelta todavía una importante cuestión, es la de saber si esta contradicción está creada por el liberalismo o es un aspecto fundamental de la condición humana. A esto ha intentado dar una respuesta James Boyle, que en su «The Politics of Reason»⁵¹ ha buscado la unidad entre los intelectuales del Cls, el realismo jurídico, la teoría lingüística⁵² y el marxismo en torno a una idea según la cual «nuestras ideas de racionalidad son ellas mismas incoherentes, autoritarias o políticamente confusas»⁵³. Su análisis del conjunto de los Cls o de sus relaciones con la filosofía y la historia de la teoría del Derecho merece atención por sí mismo, pero aquí me limitaré a recordar su núcleo teórico, esto es, el énfasis sobre la tensión «entre la pretensión según la cual el razonamiento jurídico y el sentido común restringen las posibilidades políticas y sociales y la pretensión de que la doctrina jurídica es indeterminada y se aplica de un modo extremadamente fluctuante»⁵⁴. De nuevo, el análisis se vuelve a la explicación de la conciencia jurídica. Para Boyle, la noción de «autonomía relativa» es todavía una noción positivista que mira a la «verdad objetiva». No existe ninguna explicación objetiva de la relación entre la tendencia subjetivista y la estructuralista en la teoría social. Lo que nosotros tenemos que hacer es una especie de «visión doble» al estilo de Nagel; los problemas de cualquier teoría social, incluidos los Cls, contemplan los intentos de «mediar» en esta tensión, para conseguirlo, lo que necesita la teoría social es una base fenomenológica que le permita fundar la teoría y ponerla en condiciones de tener consecuencias prácticas, de «separar las experiencias que constituyen nuestra estructura de aquéllas que las contradicen»⁵⁵.

⁵¹ J. Boyle, «The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought», en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 133, 1985, pp. 684-780.

⁵² Cfr. S. Brainerd, «The Groundless Assault: A Wittgensteinian Look At Language, Structuralism, and Critical Legal Theory», *Review*, vol. 133, 1985, pp. 684-780.

⁵³ J. Boyle, «The Politics of Reason», *cit.*, p. 690.

⁵⁴ *Id.*, p. 730.

⁵⁵ *Id.*, p. 759.

Cualquier teoría es «parcial, no definitiva» y probablemente puede ser «cosificada» en el proceso de reificación⁵⁶. Puesto que la capacidad de explicación de una teoría parece depender de haber identificado o no la estructura de ideas que legitima las relaciones políticas de dominio, nosotros podríamos considerar central la noción del sujeto individual, mientras se podría pensar que la teoría realiza su objeto normativo simplemente haciendo ver cómo estamos «constreñidos» por las estructuras de la ideología. Para Boyle, sin embargo, es imposible identificar estas grandes estructuras de pensamiento y estas abstracciones no constituyen nuestra realidad social⁵⁷. Por otro lado el estructuralismo ha demostrado que «el sujeto no es en absoluto tan natural ni tan obvio o fundamental como parece... sino que es una construcción artificial que necesita una particular visión del mundo»⁵⁸. No podemos hacer críticas de todo, sino críticas «locales». «Locales» no significa, sin embargo, no teóricas. La teoría liberal del estado es un «localismo» abierto a la crítica. A pesar de que Boyle afirme que necesitamos la teoría, no piensa que cualquiera de las teorías sociales que investiga tenga mayores pretensiones de verdad objetiva que cualquier otra. En el momento en que reconocemos la existencia de la estructura, reconocemos también su contingencia, y es este momento de libertad el que permite reaccionar⁵⁹.

Lo que está implícito en los intentos de descripción del Derecho de los Cls es que estos intentos no pueden ser aislados de descripciones de contextos político-sociales más amplios, que estas explicaciones no pueden ser enteramente «externas», sino que deben considerar los conceptos jurídicos como, al menos en parte, constructores de la realidad: debemos comprender nuestra historia social para comprender los fenómenos jurídicos. Esto hace al Derecho intrínsecamente político y hace problemática la legitimación del Derecho y del Estado. El proyecto de los Cls busca una «apertura» de las mentes, con el fin de poder imaginar y crear nuevas estructuras sociales. Liberarse de la tendencia a reificar nos da la libertad de reaccionar, ¿pero cómo debemos reaccionar una vez obtenida esta libertad?

Un punto muy discutido en los Cls es la necesidad de una teoría normativa. Las dos partes de la controversia se definen habitualmente como irracionales y racionales, aunque estas etiquetas me parecen bastante equívocas.

⁵⁶ *Id.*, p. 765.

⁵⁷ *Id.*, p. 772.

⁵⁸ *Id.*, p. 777.

⁵⁹ *Id.*, p. 778.

3. El nihilismo jurídico y la «contradicción fundamental»

Los realistas jurídicos, que optaron por no hacer del proceso decisorio judicial una forma de ciencia social, eran muchas veces «nihilistas» en todo lo que se refería a los fundamentos racionales del discurso jurídico. Y alguna de las motivaciones de una rígida separación positivista entre Derecho y moral está basada en la idea de que los valores morales están más allá de la jurisdicción racional. Diversos estudiosos de los CIs parecen adoptar posiciones «nihilistas». Joseph Singer⁶⁰ en un ensayo con el sugestivo título «The Player and the Cards», además de sostener que el Derecho no es políticamente neutral sostiene que las decisiones jurídicas y la misma teoría jurídica tradicional son radicalmente indeterminadas (lo que no significa que sean «arbitrarias»⁶¹) y que no existe ninguna base objetiva para estas decisiones. No sólo los materiales jurídicos pueden apoyar a cualquiera de las partes de la controversia, sino que la teoría normativa no puede proporcionar una alternativa sostenible al cuerpo de principios jurídicos contradictorios que constituyen el Derecho. Muchos comentaristas consideran nihilista incluso la obra de Duncan Kennedy⁶², mientras el ensayo de Mark Kelman titulado «Trashing»⁶³ no es sólo la arti-

⁶⁰ J. Singer, «The Player and The Cards: Nihilism and Legal Theory», en *Yale Law Journal*, vol. 94, 1984, pp. 1-76. Cfr. también «The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld», en *Wisconsin Law Review*, 1982, pp. 975 ss.

⁶¹ «Las teorías jurídicas propuestas para justificar -escribe Singer, «The Player and The Cards», *cit.*, pp. 24-25- nuestras reglas e instituciones son indeterminadas. Las mismas teorías podrían ser usadas para justificar cosas muy diferentes. Esto no significa, sin embargo, que los resultados de nuestros sistemas jurídicos sean completamente imprevisibles y que las elecciones hechas por los jueces sean arbitrarias en el sentido de imprudentes. Se pueden descubrir e incluso predecir en cierta medida las elecciones ponderadas porque están condicionadas por la cultura jurídica, las convenciones, el «sentido común» y la política. La costumbre, más que la razón, limita la búsqueda y sugiere el resultado».

⁶² De Kennedy, además de las obras citadas en este ensayo, cfr. también: «Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique», en *Stanford Law Review*, vol. 33, 1981, pp. 387 ss.; «Cost-Reduction Theory as Legitimation», en *Yale Law Journal*, vol. 90, 1981, pp. 1.275 y ss.; «Legal Education and the Reproduction of Hierarchy», en *Journal of Legal Education*, vol. 32, 1982, pp. 591 ss.; «The Role of Law in Economic Thought: Essays on the Fetichism of Commodities», en *The American University Law Review*, vol. 34, 1985, pp. 939-1.001.

⁶³ M. Kelman, «Trashing», en *Stanford Law Review*, vol. 36, 1984, pp. 293 ss. El término «trashing», desbrozar, es una cláusula de estilo de los CIS que Kelman define: «Tomar argumentos específicos muy seriamente en sus propios términos; descubrir que, de hecho, son insensatos ([tragi]-cómicos); y después

culación de otra corriente del pensamiento Crítico, sino el título abreviado de la sola especie de actividad que los nihilistas consideran justificable, precisamente el «trashing», el «desbrozamiento» del discurso teórico.

Para Allan Hutchinson y Patrick Monahan⁶⁴, que parten de una teoría rigurosamente neomarxista, no existe ninguna posibilidad de imaginar de modo legítimo un mundo social alternativo sin abandonar los temas centrales de la crítica epistemológica de los CIs. En su opinión, la teoría Crítica del Derecho desemboca en un «nihilismo doctrinal» que es incompatible con los fines políticos y prácticos del movimiento. Para proclamar que una visión social es «mejor» los CIs deben abandonar sus tesis acerca de la relatividad de todas las verdades sobre la vida social y de la contingencia de todas las estructuras sociales. De otro modo su visión es sólo otro caso de lucha política enmascarada con el Derecho, una nueva versión del Derecho natural⁶⁵. La visión Crítica debe ser algo más que otra ideología. Existen diversas opciones para la teoría política de los CIs pero ninguna resulta atractiva para una práctica política coherente que además quiera ser eficaz. Los CIs pueden estar tentados a proclamar que la liberación del dominio de las conciencias es el fin de las ideologías, pero esto parece absurdo; pueden abrazar el anarquismo, pero esto, entre otros muchos problemas, parece desesperadamente optimista con respecto a la naturaleza de los seres humanos. Hutchinson y Monahan consideran por eso necesario que los CIs renuncien a su noción central, la idea de la «contradicción fundamental». Exhortan a los Críticos a ver esa noción como una ilusión, reteniendo que autonomía y comunidad no son necesariamente contradictorias, tal alternativa empobrecería las nociones actuales de «libertad» y «comunidad» y necesitaría como fundamento de la teoría social una teoría de la personalidad humana. Esta exigencia es sin embargo similar a la idea de Roberto Unger expresada en *Passion*⁶⁶, un libro publicado después de la aparición del artículo de Hutchinson y Monahan. Pero éstos han suscitado un problema que Unger, quien identifica la naturaleza de la libertad y el aspecto esencial de la personalidad

buscar un orden (no el germen de la verdad) cualquiera (del observador externo) en el caos internamente contradictorio, incoherente, que hemos desvelado» (*id.*, p. 293). En el contexto de las facultades de Derecho el «trashing» es una técnica antiautoritaria para reconocer y minar los poderes ilegítimos radicados en las jerarquías que aparecen en las superficies legítimas y necesarias.

⁶⁴ A. Hutchinson, P. Monahan, «Law, Politics and the Critical Legal Thought», *cit.*

⁶⁵ *Id.*, p. 233.

⁶⁶ R. M. Unger, «Passion, An Essay in Personality», *cit.*

con la trascendencia de los contextos del pensamiento y de la vida social, no ha resuelto todavía. En efecto, Unger no parece ofrece ninguna justificación de su concepción de la personalidad: desear ir más allá de las constricciones arbitrarias a las que está sujeto el individuo puede ser un elemento importante del carácter del hombre, pero es difícil comprender por qué ha de ser esto lo que defina por sí mismo las características fundamentales del ser humano.

David Luban, en el ya citado ensayo «Legal Modernism», ha intentado categorizar algunos ensayos Críticos como una forma de «exceso modernista», confrontándolos al modernismo en el arte. El impulso que sostiene al modernismo artístico es la noción según la cual nuestros «contextos sociales ya no están en condiciones de sostener las convicciones de su legitimidad»⁶⁷. Sus componentes son una crítica despiadada de las convenciones combinada con un «motivo del exilio», con la idea de que estamos en el mundo desacoplados y sin casa, aislados los unos de los otros. El modernismo en arte pretende que el arte representativo miente sobre el mundo y su relación con el público⁶⁸. Centrando nuestra atención sobre esta relación, ésta no nos consiente escapar a la verdad que es nuestra alienación del evento. De modo parecido los Críticos niegan el consuelo representado por la teoría liberal. Trabajan para demostrarnos no sólo nuestras relaciones con el mundo, sino también la ajenidad de nuestro propio pensamiento. Pero cuando buscan «sepultar el pasado»⁶⁹ y no sólo criticarlo avanzan de muy diferente manera. El modernismo en arte debe centrarse sobre nuestras convenciones y nuestras relaciones con el mundo, pero debe convencernos de que es todavía arte. Cuando avanza de manera muy diferente, el modernismo se convierte en fraude y engaño. Por ello no puede no asumir el arte premoderno como punto de partida. La tendencia de los Cls a contemplar cualquier punto de partida como ideológico es realmente la desconfianza modernista de todos los contextos. El argumento de la indeterminación -llevado adelante por los Cls conjuntamente con la crítica del formalismo, de la coherencia de la doctrina jurídica y de la marginalidad del sistema de reglas respecto del consenso moral que puede ser alcanzado sobre la racionalidad de la acción-, cuando logra su punto extremo, mina la posibilidad misma del discurso práctico. El modernista es abandonado al nihilismo, que consiste en el tema existencialista del rechazo

⁶⁷ D. Luban, *op. cit.*, p. 1.687.

⁶⁸ *Id.*, p. 1.664.

⁶⁹ *Id.*, p. 1.675.

desesperado a participar o en la fe de cualquier tipo de salvación romántica⁷⁰.

Otro crítico del «nihilismo jurídico», John Stick, en «Can Nihilism Be Pragmatic?»⁷¹, intenta colocar la tendencia de los Cls hacia el nihilismo no en las implicaciones de su crítica epistemológica del Derecho, o en la falta de fundamento de su propia teoría social sobre una teoría de la personalidad, y mucho menos en una cierta tendencia propia de la conciencia modernista, sino en el uso no apropiado de la filosofía pragmatista contemporánea y en una tendencia a juzgar a los teóricos tradicionales a través de una concepción de la racionalidad pasada de moda con la cual es imposible coincidir. La crítica de Stick se concentra en Joseph Singer, como representante nihilista de los Críticos. Según Singer las decisiones jurídicas, para ser objetivas, deben ser fieles a una norma extralegal de racionalidad. Singer se basa principalmente en el pragmatismo de Richard Rorty⁷², pero los pragmatistas, según Rorty, no encuentran ningún problema en el acuerdo intersubjetivo interno a un «discurso normal». Vincular la legitimidad política a la objetividad interna del Derecho, como no hace el positivismo, ignora la diferencia entre la sociedad y la profesión de jurista. Singer se basa también sobre la vieja concepción positivista para la que los valores son intrínsecamente subjetivos. Ya que el nihilismo debe sostener que no existen ni estándares compartidos de racionalidad⁷³ ni valores compartidos, se ve obligado a calar en la tradición cartesiana para la que no existe elección concerniente al juicio normativo, introduciendo la dualidad que los

⁷⁰ *Id.*, p. 1.686.

⁷¹ J. Stick, «Can Nihilism Be Pragmatic?», en *Harvard Law Review*, vol. 100, 1986, pp. 332 ss.

⁷² Cfr. J. Singer, «The Player and the Cards», *cit.*, pp. 34 ss.

⁷³ «El consenso racional -escribe Singer- no puede constituir una fundamentación objetiva del razonamiento jurídico, porque, en sí mismo, no puede generar determinadas respuestas... Puesto que la idea del consenso racional es internamente contradictoria, no puede determinar nuestras conclusiones, ni puede funcionar como fuente de esas conclusiones o como procedimiento de producción de resultados objetivos... la idea del consenso racional combina sus dos hipótesis de base; por tanto encubre la contradicción que la sostiene. Puesto que no existen respuestas a las contradicciones nos encontramos vacilantes entre el principio de que una cierta práctica social está justificada porque los demás están de acuerdo con ella y el principio por el cual está justificada la práctica social porque la razón (nuestro procedimiento de decisión innato) nos dice que es justa, independientemente de lo que digan los demás», J. Singer, *op.cit.*, p. 38. Cfr. también, M. Sandel, *Liberalism and the limits of Justice*, Cambridge University Press, 1982, p. 119 (desde el punto de vista de la filosofía comunitarista).

Cls pretenden querer eliminar⁷⁴. Dentro de la práctica jurídica

⁷⁴ Cfr. J. Stick, *op. cit.*, p. 375.

-contesta Stick- las «reglas» están determinadas como lo demuestra el hecho de que las decisiones pueden ser previstas. Que estas reglas estén inarticuladas no dice nada en contra de su determinabilidad; Stick (que me parece que sintetiza bien la réplica liberal a los Cls) pone una analogía entre estas reglas y las de la gramática⁷⁵. Además, la acusación según la cual las teorías del razonamiento jurídico no consiguen la determinabilidad se funda en la suposición de que estas teorías deben generar respuestas, lo que sería controvertido en sí mismo. Tampoco la mera existencia de argumentos contradictorios demuestra indeterminabilidad. Dentro del contexto de la práctica legal puede ser útil limitar la relevancia de los argumentos. El argumento epistemológico nihilista opera sólo contra un sistema axiomático de razonamiento jurídico y una teoría de la verdad como correspondencia, ninguna de las cuales es adoptada por los teóricos liberales.

Los Cls, según la crítica de Stick, no se concentran en general sobre las actuales teorías liberales del Derecho. El pragmatismo niega que podamos adoptar cualquier nueva concepción del mundo, de manera que la estrategia preferida por los Cls debe ser la de conservar lo que es válido de la concepción liberal, si bien transformada por movimientos de opinión como el feminismo y el socialismo, que los liberales ignoran. «Desbrozar» no puede ser un medio de cambio social; el movimiento debe confrontarse con la teoría liberal sobre el plano de la argumentación. Y esto es lo que intentan hacer ofreciendo una teoría normativa positiva autores como Roberto Unger (y, en parte, Drucilla Cornell⁷⁶).

4. Solidaridad y Derecho

En *Passion*, Roberto Unger afronta un problema ya discutido en *Knowledge and Politics*, el problema de las relaciones intersubjetivas, que, como veremos, está en la base del ensayo de Duncan Kennedy sobre «Form and Substance in Private Law Adjudication».

⁷⁵ *Id.*, p. 353.

⁷⁶ Cfr. D. Cornell, «Toward a Modern / Postmodern Reconstruction of Ethics», en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 133, 1984, pp. 1.325 ss.; Idem, «Convention and Critique», en *Cardozo Law Review*, vol. 7, 1986, pp. 679 ss.; Idem, «Two Lectures on the Normative Dimensions of Community in the Law», en *Tennessee Law Review*, vol. 54, 1987, pp. 327 ss.; Idem, «The Poststructuralist Challenge to the Ideal of Community», en *Cardozo Law Review*, vol. 8, 1987, pp. 989 ss.

Unger⁷⁷ comprende la realidad social en los términos del encuentro intersubjetivo y subraya que los problemas a afrontar en una reconstrucción de la teoría ético-política son sustancialmente dos: el problema de la contextualidad, afrontado con más detalle en *Knowledge and Politics*, y el problema de la solidaridad, que constituye el eje del discurso en *Passion*. La contextualidad es sobre todo un problema epistemológico: ¿Cómo podríamos trascender el contexto en el que estamos inmersos? ¿Cómo *repensar* nuestras prácticas sociales dado que estamos *empapados* de una particular práctica social? En la teoría política radical el problema es particularmente importante, en cuanto se trata de cambiar la situación en la que nos encontramos. Pero para Unger el ideal ético que debe guiar la búsqueda de mundos alternativos al mundo capitalista debe ser encontrado en la solución del problema de la *solidaridad*, que corresponde al problema, suscitado por Kennedy, del altruismo en la praxis jurídica. En su ensayo *The Critical Legal Studies Movement*, ha proporcionado una guía programática para la reorganización de nuestras instituciones de modo que puedan servir para estas necesidades y tareas, una visión de la teoría político-social apropiada que acompañe su teoría psicológica y ética.

Para Unger, el problema de la solidaridad tiene que ver con la «contradicción fundamental» de la condición humana, la tensión que existe entre nuestra necesidad de los otros y el miedo que les tenemos. Unger opina que el liberalismo lleva al extremo esta tensión, que las estructuras políticas del estado liberal tienden a crear situaciones que van en detrimento de nuestras necesidades fundamentales, aunque -y éste es un punto importante a subrayar- el proyecto inicial de la modernidad tenía en su origen una función de emancipación. La tarea más importante y fundamental es para Unger la «autoafirmación», un concepto que suena aquí con connotaciones claramente liberales. Naturalmente, Unger contesta la idea liberal relativa a las condiciones de la realización de la «autoafirmación», en cuanto los instrumentos de la autoafirmación no tienen, para Unger, nada de instrumentales en la relación intersubjetiva, que, al contrario, resulta difícil justamente desde las estructuras de pensamiento encerradas en las instituciones políticas del estado y de la sociedad liberal. La autoafirmación del

⁷⁷ Una detallada exposición crítica, desde un punto de vista marxista, de la doctrina ungeriana, está en A. C. Hutchinson - P. J. Monahan, «The “Rights” Stuff: R. Unger and Beyond», en *Texas Law Review*, vol. 62, 1984, pp. 1.477-1.539; Idem, «Law, Politics and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought», cit., pp. 239 ss.

yo, para Unger necesita de una condición fundamental, una condición de igualdad que la sociedad liberal moderna no sólo no realiza sino que tiende a sofocar a causa de las relaciones jerárquicas de poder solidificadas en la estructura capitalista del mundo.

La ética que debería guiar la formación de estas relaciones se centra, en Unger, sobre el concepto de «virtud individual». Considera la posibilidad de que el yo esté abierto a las críticas de los otros como el motivo-guía de su ética, aunque no pueda dejar de subrayar también cómo, todas las relaciones personales, por sí mismas, contienen una tendencia a la relación de dominio y de dependencia. Su posición aparece en este libro bastante alejada de las tendencias habituales de la filosofía moral de tipo anglosajón: lo que él enfatiza es la pasión y no la racionalidad del yo, lo cual no quiere decir, a pesar de todo, que esté contra la «racionalidad».

Sólo la pasión, para Unger, puede mediar nuestras relaciones personales de modo que éstas sirvan realmente a nuestra necesidad de autoafirmación. Analiza las virtudes en términos de odio y amor. Todas las pasiones son variaciones de comportamiento analizables en términos de clausura o participación en auténticas relaciones no instrumentales a la búsqueda de la autoafirmación. Bajo esta óptica, incluso el odio no trata al otro como un simple medio. La importancia que nos atribuimos es inevitable y refleja nuestra necesidad fundamental de ser personas únicas en el mundo con nuestra vida plena de significado. Pero hemos de considerar también a los demás como seres únicos, irreductibles a objetos de posesión, y en alguna medida más allá de una consideración meramente epistémica.

Naturalmente, Unger reconoce que las explicaciones filosóficas de la ética en términos de virtud y de naturaleza humana ideal han caído en el descrédito⁷⁸, y parte de su proyecto consiste en reducir la distancia entre los intereses individuales y las acciones morales que ha caracterizado a gran parte de la filosofía moral a partir de Kant. Considera la pasión como un sentimiento (y un concepto) descriptivo de nuestra experiencia moral, que arroja luz, ya sea sobre nuestros conflictos morales con los otros, ya sea sobre nuestra necesidad de autorrealización. «La definición de una experiencia de pasión como un episodio en la novela de la libertad y de la aceptación, o en la contranovela que la acompaña, es totalmente equivalente a la concepción que considera a todas las pasiones como un modo específico de tratar las relaciones entre miedo recíproco y deseo de los otros; un modo de hablar se

⁷⁸ R. M. Unger, «Passion», *cit.*, pp. 43-44, 78-87.

traduce en el otro»⁷⁹. La virtud se pone a la tarea de reconstruir nuestros caracteres de manera que se haga posible la interacción benéfica. Ésta se pone a la tarea de criticar los contextos y los hábitos y de «permanecer en contacto con las realidades personales que más cuentan»⁸⁰.

Unger considera necesaria una teoría psicológica del yo para conseguir una separación y una resistencia del yo con respecto a las instituciones y a los dogmas reificados de la sociedad: «¿Por qué deben resistir las pasiones a las instituciones y a los dogmas de la sociedad? Porque sólo a través de esta resistencia la gente puede evitar que la polaridad de las pasiones sea vuelta del revés y ocultada por la realización forzosa de los roles sociales predefinidos. Y sólo tratando a los otros como individuos en lugar de roles, los individuos pueden hacer un lugar a la pasión»⁸¹. El yo y sus «pasiones» se convierten así en la última barrera contra la reificación total y la homogeneización de las formas de vida producidas por el mecanismo alienante de la relación capitalista, tendente a la disolución del sujeto individual en el rol y en las diferentes manifestaciones sociales establecidas en la estructura social. El individuo concreto aparece entonces como la última playa para una resistencia crítica al mundo moderno; de todos modos, las tesis de Unger pueden ser parangonadas a las de Alasdair MacIntyre sobre la virtud y sobre el teleologismo ínsito en la estructura concreta del individuo. La sociabilidad, la reciprocidad, las relaciones intersubjetivas aparecen a Unger como los aspectos fundamentales de nuestra vida social, en un programa de autoanálisis capaz de liberar nuestro yo de las contradicciones fundamentales depositadas en la conciencia por el trabajo, hoy ya, secular del pensamiento liberal y de su «estructura profunda». Lo que propone Unger es una *revolución cultural del yo*, del sujeto individual concreto como condición necesaria de una transformación de las estructuras sociales existentes. De todos modos asistimos aquí a una puesta del revés de la concepción marxista tradicional, más que al simple rechazo de las teorías jurídicas mayoritarias como teorías no neutrales, no coherentes, infundadas.

Pero la falta de fundamentación y la indeterminación de los sistemas, de las decisiones y de las teorías jurídicas, reconocida ahora como determinada políticamente, no se abandona al puro nihilismo. Como ha resaltado uno de los exponentes de los Cls

⁷⁹ *Id.*, p. 114.

⁸⁰ *Id.*, p. 254.

⁸¹ *Id.*, p. 271.

más sospechoso de ser nihilista, Joseph Singer, «cuando renunciamos a la idea de que el sistema jurídico tiene un fundamento, “una base racional”, no nos estamos abandonando a la nada. Estamos abandonados a nosotros mismos, y nosotros no somos nada»⁸². La alternativa al fundamento -ha observado también Gerald Frug- «no es el “caos” sino la reconstrucción conjunta de la vida social... la búsqueda de una democracia participativa»⁸³.

Otro intento que merece señalarse como central para una comprensión de la empresa Crítica es el que emprende Duncan Kennedy en *Forma y sustancia en la jurisdicción del Derecho privado*, relativo a la oposición entre reglas y estándares y a la filosofía política alternativa que subyace a la elección de unos u otros en el Derecho privado⁸⁴. La tesis de partida de Kennedy es que el contraste entre el recurso a reglas rígidas y a estándares en la justificación de las sentencias no es en sí mismo alternativo. El recurso a unas u otras o a ambas constituye la ambigüedad fundamental de la jurisdicción privada, porque se trata de consecuencias de impulsos contradictorios presentes en gran cantidad en la argumentación y en la justificación jurídica, donde se combaten dos impulsos primarios, el del altruismo, que lleva a razonamientos y justificaciones *ad hoc*, y el del individualismo, que privilegia la administración de las reglas, y por tanto de reglas fijas, aplicables «de manera general».

Kennedy sostiene que existen dos paradigmas políticos, ambos vitales y ambos en competición y conflicto, conflicto que se reproduce entre nosotros y en nosotros. Nosotros (todos nosotros) creemos al mismo tiempo en ambos paradigmas políticos, el del individualismo, o en una teoría política en la cual lo que es primario son los fines de cada sujeto y cada uno tiene el Derecho de perseguir estos fines en la medida en que respeta los derechos de los otros (paradigma político distinto del puro egoísmo, que considera normativamente insignificante la misma existencia de los otros), y el del altruismo (un paradigma mucho menos definido), una teoría política en la que no se da ninguna prioridad normativa a los fines propios de un sujeto y en la cual se está ligado a la búsqueda de las ventajas de los demás independientemente de que los otros estén vinculados a prestar una ayuda recíproca. Esto no

⁸² J. Singer, «The Player and the Cards», *cit.*, p. 66.

⁸³ G. Frug, «The Ideology of Bureaucracy in American Law», en *Harvard Law Review*, vol. 97, 1984, p. 1.386.

⁸⁴ Hay que recordar que la referencia a la jurisdicción se justifica especialmente en el sistema americano, caracterizado por una notable litigiosidad y donde por esa razón el problema de la capacidad de los jueces de resolver litigios tiene una importancia notable.

significa que se esté vinculando al trato de los fines de cada uno como si fueran iguales: a diferencia del santo, el altruista puede preocuparse en mayor medida de ciertas personas. La adhesión a la forma de regla se vincula normalmente al individualismo, mientras la forma de estándar se asocia con el altruismo. Como ha observado Kelman, «Kennedy puede haber inferido mejor esta estrecha conexión porque ha analizado del modo más idóneo el cuerpo jurídico al cual se adapta mejor su pretensión, el Derecho de los contratos»⁸⁵, en el cual, por ejemplo, el principio de la buena fe exige que las partes contratantes tengan presentes los intereses de la otra parte a no dañarse a sí misma en el curso de sus propios negocios, aunque esta deducción hubiese podido ser hecha igualmente en relación con el Derecho tributario: «Si -observa Kelman- contemplamos los esfuerzos del contribuyente para minimizar sus propios impuestos como un juego competitivo contra otros contribuyentes cuyos pagos se elevarán para satisfacer objetivos impositivos fijados cuando algunos contribuyentes evaden, entonces la forma de regla se asocia generalmente con una actitud hostil de sálvase el que pueda que nosotros no debemos nada aunque otros “ellos” puedan atraparnos debiendo. Las posiciones orientadas a estándares suponen que podemos describir mejor lo que debemos en términos que tienen un significado general pero que son difíciles de explicar -nuestro poder de mercado (ganancias netas) reducido por deducciones por gastos que se quieren promocionar- pero que tenemos un deber de no esconder ni el poder adquisitivo, ni la intención y naturaleza de nuestros gastos»⁸⁶.

De cualquier modo, Kennedy no parece hacer un gran esfuerzo para explicar la conexión existente entre forma y sustancia, aunque, probablemente, en su razonamiento está implícita una distinción entre teoría (o ciencia) del Derecho y Sociología del Derecho. Las reglas presuponen una visión científica del Derecho (en sentido normativo puro, por ejemplo kelseniano), mientras que los estándares apelan necesariamente a una aproximación sociológica. En este sentido, los Cls tal como se explica en este ensayo de Kennedy, declaran abiertamente que el elemento prioritario es el hecho, la intuición vinculada a la situación concreta en la cual los actores del drama jurídico están implicados. Lo que cuenta es la excepción, no la norma general. Y es la excepción la que consiente la práctica orientada a la redistribución (de poder, dinero, etc.) mientras la regla fija el *statu quo* en detrimento de cualquier discurso funda-

⁸⁵ M. Kelman, *A Guide to Cls*, cit., p. 55.

⁸⁶ *Id.*, pp. 55-56.

mentado éticamente. La distinción entre regla y estándar tiene un significado, ya sea ético, ya, como observa Kelman, «estético»: «Las reglas apelan a la estética de la precisión, a la sicología de la negación o del pragmatismo escéptico;... los estándares apelan a la estética del absolutismo romántico, a la sicología de la implicación dolorosa en cada situación, el pragmatismo que rechaza la necesidad de la generalidad ampulosa»⁸⁷. En este sentido la forma no es neutra, pero reclama un discurso sustancial, lo que significa que el Derecho no es una pura forma, sino que está estrechamente vinculado y conectado a la búsqueda de valores, a ideologías políticas que se manifiestan en el tipo de forma elegida. Las reglas manifiestan la subjetividad de los valores, mientras los estándares declaran su raíz en la comunidad existente, en los valores compartidos. El problema suscitado por Kennedy en este ensayo asume un valor central y fundamental: la predilección por la forma de las reglas es una declaración de falta de fundamentación ontológica de los valores, considerados ahora arbitrarios y sólo justificados emotivamente si se apela a la jaula de la norma abstracta. Pero en este sentido la regla no es más que la expresión del individualismo que estructura la modernidad y el Derecho moderno. El estándar encuentra su premisa en la esperanza de la posibilidad de un diálogo moral y de un consenso entre los sujetos que forman parte de la comunidad (sea general o simplemente un tribunal que debe decidir un caso).

El ensayo de Kennedy debe ser entendido como una crítica al individualismo; el discurso sobre los estándares no asume, realmente, un punto de defensa sino un punto de partida para desarrollar el ataque a la teoría jurídica tradicional⁸⁸. El argumento

⁸⁷ *Id.*, p. 61.

⁸⁸ La expresión «teoría jurídica tradicional» (o mayoritaria) se refiere por lo general, en los CIs, a tres corrientes principales: el positivismo, la teoría de los derechos (rights theory), y la «Law and Economics School». Para la teoría positivista la referencia más habitual es al pensamiento de H. L. A. Hart, *El concepto de Derecho* (trad. cast. de G. Carrió), Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968; la «rights theory» tiene su expresión más notable en R. Dworkin, *Los Derechos en serio* (trad. M. Guastavino. Estudio Preliminar A. Calsamiglia), Ed. Ariel, Barcelona, 1984; B. Ackerman, *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, Conn: Yale University Press, 1980; J. Rawls, *Una teoría de la Justicia* (trad. M. D. González), Fondo de Cultura Económica, México, 1974; R. Nozick, *Anarquía, Estado y Utopía* (trad. de R. Tamayo), Fondo de Cultura Económica, México, 1988; la escuela de Derecho y Economía está representada por R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 1977; *Idem*, *The Economics of Justice*, 1981; *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, Harvard University Press, 1988. Naturalmente todas estas teorías son la expresión de valores políticos. Sobre este punto cfr. en particular D. Kennedy, «Legal Education and the

de los estándares no puede por este motivo ser entendido como un discurso que es defendido como tal, porque sería fácil demostrar cómo sería impracticable para el estado un razonamiento que prefiera los estándares sobre las reglas abstractas, mientras, de hecho, la contradicción fundamental que encuentra expresión en la oposición entre reglas y estándares es una contradicción que continúa intacta en la actual estructura jurídica, en donde el recurso a lo que nosotros llamamos cláusulas generales se acompaña del recurso a reglas y los jueces siguen siendo quienes deciden, ya sea sobre la base de reglas, ya sobre la base de principios o de estándares. Desde un punto de vista normativo la posición de Kennedy no supone una gran contribución, aunque sirve como instrumento teórico para comprender la situación sociológica y jurídica global en la que nos encontramos hoy, tal vez, como en el caso de Kennedy, para llevar a un ataque radical al individualismo que está en la base de la ideología jurídica moderna. Lo mismo se puede decir de Peter Gabel, un crítico con una mayor orientación filosófica (en sentido fenomenológico y neomarxista), para el cual el punto de partida es la concreción de la situación en la cual se está implicado para una crítica entre forma y sustancia: en la vida concreta, observa Gabel, nosotros no encontramos abstractos «ciudadanos empeñados en un encendido discurso moral, sino un grupo de personas aisladas ligadas únicamente a través del ciclo de la producción y del consumo que determina su existencia social; encontramos el funcionamiento mecánico que la mayor parte de la gente llama trabajo, la vaciedad prefabricada de la *fast food*, la manipulación obsesiva de los mecanismos que ocupan el aburrimiento del tiempo libre y la clase de «amor» que intenta realizar el deseo a través de la dependencia ambivalente y la fantasía pornográfica. La infelicidad y la desesperación que contienen estos procesos no son simplemente la consecuencia de «problemas psicológicos»;... estos procesos concretos constituyen la totalidad social dentro de la cual se forma la mente y se encuentra en dificultades. Y son los efectos de estos procesos los que expresan la verdadera moralidad de nuestras instituciones políticas»⁸⁹.

La apelación a la relación entre forma y sustancia, en este caso, tiene una importancia heurística, más que de proyecto. No se trata, en realidad, de proponer un modelo jurídico basado

Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System», Cambridge, Afar, 1983, pp. 82-84.

⁸⁹ Peter Gabel, «Book Review» de R. Dworkin, «Taking Rights Seriously», en *Harvard Law Review*, vol. 91, 1977, pp. 311-312.

sobre estándares (lo que Kennedy parece ignorar es cómo una experiencia concreta de recurso constitucional a cláusulas generales o principios generales es rastreable en el período de la República de Weimar, pero en un sentido conservador y reaccionario), sino de criticar un modelo jurídico individualista que cree poder prescindir de los estándares, o lo que es lo mismo, de una dimensión sustancial de equidad que es la única que consiente la crítica del Derecho formal moderno. «La crítica del pensamiento jurídico es el análisis de las concepciones del mundo que están en la moderna conciencia jurídica»⁹⁰. Los estándares presuponen una condición fundamental, es el consenso de la comunidad: bastaría esto para hacer entender cómo, sociológicamente, esta condición, en las estructuras conflictivas del mundo actual, es no sólo irrealizable, sino de hecho inexistente⁹¹. El valor del ensayo de Kennedy, a mi entender, está en haber encontrado un lugar «ideal» desde el cual se critica lo existente, porque no hay duda que sin ese lugar diferente es imposible criticar las estructuras sociales existentes. La comunidad dialógica de Kennedy que está en la base de la elección a favor de los estándares no existe de hecho en el mundo moderno, pero debe ser presupuesta, una presuposición que no es, sin embargo, una ficción, sino que encuentra su realización en un lugar, la conciencia individual de todos los individuos. Es de aquí de donde parten los Cls para la crítica del mundo liberal, y de la sociedad capitalista. Esto aparece claramente en la crítica de Karl Klare a la categoría de contratación colectiva en el campo del Derecho del trabajo: deberíamos cambiar -escribe en «Critical Theory and Labor Relations Law»- «la visión legalista de la contratación colectiva en la cual forma y sustancia están separadas y en la cual los derechos se mueven en torno del poder contractual más que de las necesidades humanas: en la que las prerrogativas del capital vienen antepuestas a los intereses democráticos de los trabajadores; en la cual los sindicatos se niegan a vender la fuerza de trabajo pero dejan a la dirección las decisiones de importancia general relativa al uso de los recursos de la sociedad».

La contratación colectiva es por eso un ejemplo clásico, para Klare, de lo que Alan Wolfe ha definido como «política alienada»: «el proceso a través del cual -escribe Klare- la capacidad colectiva y de autogobierno de la gente le es arrebatada y restituida de una forma que, mientras que por un lado pretende falsamente servir exigencias universales, de hecho resquebraja el sentido

⁹⁰ D. Trubek, «Where the Action Is: Cls and Empiricism», *cit.*, p. 589.

⁹¹ Cfr. sobre esto, mi crítica a Michael Walzer en A. Carrino, «Kelsen e il tramonto della sovranità», en *Democrazia e Diritto*, 1989, 4-5, pp. 378 ss.

social y colectivo de la gente, induce su consenso a la jerarquía ilegítima y sustituye la autogestión autónoma de la gente por el control autónomo por parte del poder». Cuando se subraya unilateralmente el momento formal-procedimental a costa de la «sustancia» se asiste, sobre todo en el campo de la contratación colectiva, a un ejemplo práctico y concreto de la concepción liberal según la cual la democracia reside «en el mismo proceso de contratación, también si los temas “centrales” están alejados de la mesa de negociaciones antes de comenzar la contratación».

La crítica a la forma de regla asume por tanto, en un campo decisivo para la democracia, un significado enfatizado por los Cls, el significado de crítica de la ideología liberal capitalista, urdida para institucionalizar y aislar, más que para reprimir, el conflicto de clases. Así pues, sin una crítica radical del sistema ideológico y de valores inherentes a la estructura y a la práctica capitalistas se perpetúa el sistema de dominio capitalista y de sometimiento del trabajo: «El sistema de trabajo -escribe Klare- es, dicho en pocas palabras, una ideología legitimante que refuerza las instituciones dominantes y la cultura hegemónica de nuestra sociedad. La crítica totalizadora de la legislación laboral, es por eso, un requisito previo indispensable para el progreso hacia la libertad en el puesto de trabajo».

Como se ve, la crítica de Kennedy a la forma de regla y a la separación entre procedimiento y sustancia, en el momento en que viene aplicada a un caso concreto, se revela como un instrumento hermenéutico y crítico central, en la medida en que, en palabras de Klare, «esta separación constituye una de las características más conspicuas de la legislación laboral como ideología».

Pero lo que impresiona más es que el énfasis que la teoría liberal pone en el procedimiento, sobre la forma, debe servir a un proceso de emancipación de las clases subalternas. Éste es un momento de gran relevancia en el juego que desde hace algunos años dirigen los grupos dominantes en las democracias neocapitalistas. El dominio ya no pasa por el encuentro de «esencias» antagonistas, sino por el debilitamiento progresivo del antagonismo y en el reforzamiento simultáneo del juego de confrontación formal-procedimental. Las sociedades posliberales han realizado así una jugada estratégica de excepcional importancia, no tanto «dulcificando» el conflicto, como creando un tablero de juego tan innovador que las viejas estrategias y tácticas antagonistas han quedado fuera de combate.

Por eso, en los Cls, asume una relevancia tan determinante el reenvío continuo a la «contradicción fundamental» como único instrumento «crítico» para un ataque eficaz a la estructura de la

ideología capitalista. En su artículo sobre los *Commentaries* de Blackstone, un punto de referencia en la historia de la *Common Law* anglosajona, Kennedy escribe un párrafo muy citado en los Cls: «El objetivo de la libertad individual es al mismo tiempo dependiente de, e incompatible con, la acción coercitiva común que es necesaria para realizarlo. Los demás son necesarios si queremos convertirnos en personas, porque nos restituyen la esencia de nosotros mismos y nos protegen de modo determinante contra la destrucción. Pero el universo de los otros al tiempo nos forma, protege y... amenaza con destruirnos. Innumerables conformismos, pequeñas y grandes concesiones del yo a los otros son el precio de la libertad que nosotros vivimos en sociedad»⁹².

El papel de las reglas en la mediación de las contradicciones fundamentales es directo: se puede negar, así sintetiza más tarde Kennedy el argumento liberal, que nuestras propias vinculaciones hacia los otros sean dolorosas o contradictorias, si se cree que se han establecido bases categóricas para tratar con ellos, para distinguir la acción benévola de los ataques malévolos. La respuesta formalista liberal a la contradicción fundamental es simple: yo interaccionaré con los otros hasta y en la medida en que ellos respeten mis derechos. El Estado garantizará todos los excesos por parte de los privados. Si no se ha traspasado ningún límite, podemos pretender que la interacción se ha verificado de modo indoloro. Puesto que los mismos funcionarios estatales podrían, al garantizar los límites de la esfera privada, convertirse en una fuente de opresión dolorosa, nosotros limitamos su radio de acción, ya sea con la insistencia de que hagan respetar únicamente reglas claras, o estableciendo unos derechos separados que son relevantes sólo frente al Estado⁹³.

Las reglas suponen en este caso ausencia de implicación, desapego y frialdad respecto al juego que se está jugando. No importa que el agente explique su comportamiento, a sí mismo o a los demás: importa que eso esté previsto en la regla, que vale en cuanto tal, independientemente de que esté justificada o explicada sobre la base de intereses que traspasen su génesis histórica. El sistema de reglas aparece como el sistema que nos ha aligerado del peso de la existencia, de la reflexión y de la contradicción. En el momento en el cual las reglas existen, podemos dejar a un lado pensar sobre el Derecho y sobre la finalidad concreta que realiza.

⁹² D. Kennedy, «The Structure of Blackstone's *Commentaries*», *cit.*, pp. 211-212.

⁹³ *Id.* pp. 258-261. Sobre el tema de la oposición entre reglas y estándares se detiene extensamente M. Kelman, *A Guide to Cls*, *cit.*, pp. 15-63.

Las reglas, que encuentran su máxima expresión en el sistema de Kelsen (a decir verdad, la importancia del normativismo kelseniano no aparece en los Cls, que parecen ignorar completamente el nombre del jurista vienés⁹⁴), son al final la moral de lo posible en un sistema de individualismo escéptico que protege a todos del riesgo de la tragedia existencial. Como observa Kelman, «las reglas son el opio de las masas»⁹⁵, aunque, añadido yo, esto no es aplicable al Derecho en cuanto tal, sino al Derecho moderno, que en el momento que ha asumido la forma de reglas y del individualismo ha renunciado deliberadamente al momento sintético⁹⁶ que aparece presente en el Derecho occidental de los siglos XI y XII, suplantado por el momento analítico-disgregante sólo en la jurisprudencia del siglo XX, como ha demostrado sobradamente Harold J. Berman en *Law and Revolution*⁹⁷. Esto comporta una crítica del Derecho que, precisamente, no se coloque «en ningún lugar», sino en cualquier lugar, sea histórica o intelectualmente. La necesidad de volver a pensar la historia de la tradición jurídica occidental aparece así evidente, porque sólo con referentes históricos concretos es posible criticar la abstracción del Derecho moderno y su transformación en un complejo de reglas artificiales, privado de contacto con la antinómica existencia humana, con esa antinomia bien presente en el origen de la tradición jurídica occidental que sin embargo sabía ver las interrelaciones existentes entre Derecho y valor y que era, en definitiva, el problema de la relación entre trascendencia e immanencia, el problema de la reconciliación entre Dios y hombre. El radicalismo de los Cls no excluye un discurso de este género, porque al final el problema entre forma y sustancia se convierte en otro modo de hablar (al menos hipotéticamente) de la relación entre la potencia y el acto, entre los valores y los hechos. La necesidad de teorías que manifiestan muchos cultivadores de los Cls encuentra una formulación eficaz en la última página de *Knowledge and Politics* de Unger:

⁹⁴ He encontrado una sola referencia a Kelsen, en el ámbito de la escuela positivista, en un ensayo de Kennedy, «Legal Formality», *cit.* Sobre la importancia del paradigma normativista kelseniano cfr. A. Carrino, *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*, Napoli, Ed. Scientifiche italiane, 1990.

⁹⁵ M. Kelman, *A Guide to Cls*, *cit.*, p. 63.

⁹⁶ En esta perspectiva, los Cls contienen un punto iusnaturalista que les acerca a ciertas corrientes del iusnaturalismo europeo, tal y como están representadas en Italia, por ejemplo, a la concepción fenomenológica del Derecho de Sergio Cotta y de su visión del Derecho fundado sobre la relación intrínseca al sujeto individual (*relazionalità*). Cfr., por último, S. Cotta, *Diritto, persona, mundo humano*, Torino, Giapichelli, 1989.

⁹⁷ H. J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1983.

«Cuando la Filosofía ha develado la verdad para la que está capacitada, se vuelve hacia la política y hacia la oración; hacia la política a través de la cual se modifica el mundo; hacia la oración, mediante la cual los hombres piden a Dios que consume la transformación del mundo, llevándolos a su presencia, y dándoles aquello que, abandonados a su suerte, jamás obtendrían»⁹⁸.

5. Liberalismo y crítica del liberalismo: una conclusión provisional

Describir detalladamente las posiciones fundamentales y los aspectos relevantes o simplemente interesantes de los Cls es prácticamente imposible en este lugar. Los Cls encuentran un antecedente (aunque sólo sea en ciertos aspectos característicos) en aquel debate sobre «el uso alternativo del Derecho» que caracterizó a la cultura de izquierda en Italia en un momento ciertamente superado y del que, sin embargo, muchos de nosotros somos hijos.

El retorno prepotente del liberalismo nos pone a todos ante interrogantes urgentes, de no fácil solución. ¿Es «natural» el sistema económico, político, y social en el cual vivimos y que parece triunfante a escala planetaria? ¿El fin de aquellas falsas alternativas al capitalismo representadas por los sistemas de socialismo real significa, en pocas palabras, la aceptación incondicional del liberalismo ideológico y del económico? Este es un interrogante particularmente lacerante hoy. ¿Ha desaparecido realmente la idea de que el conflicto es la dimensión real de la condición humana en la actual situación a nivel mundial? ¿La homogeneización de los estilos de vida de manera que pierde cualquier sensatez el discurso sobre el sentido de la vida individual y social es realmente nuestro destino? Son preguntas que más de uno encontrará superadas, incluso retrógradas en la época de cambios que estamos viviendo desde hace unos años. Y sin embargo no lo son en absoluto, en la medida en que no son hechas como instrumentales respecto a prácticas políticas que de cualquier modo están superadas, y a teorías que no sólo han perdido la batalla, sino que lo han hecho justamente frente al Estado liberal.

Pero aceptar -como yo personalmente acepto- el horizonte del Estado liberal como el único lugar en el que se pueden producir las batallas por la emancipación humana no debe significar la renuncia a cuestionarse sobre la posibilidad de comunidades

⁹⁸ R. M. Unger, «Knowledge and Politics», p. 294.

diferentes a las que están señaladas por el estigma de la modernidad, o mejor del fracaso del proyecto moderno. En este sentido, llegar a la raíz del sistema moderno es todavía posible, incluso necesario; no tanto de forma inmediata, para cambiar las cosas, como para entender mejor el punto en el cual nos encontramos hoy. Es verdad lo contrario de lo que escribió Marx: hasta ahora hemos cambiado el mundo, ahora se trata de entenderlo.

Sin una ciencia de la sociedad no se puede operar sobre la sociedad. Es más, sin una filosofía social no se puede esperar una sociedad más libre y más justa, o simplemente más humana y solidaria. Ahora, sólo el liberalismo garantiza, en mi opinión, el único terreno a partir del cual emprender esta empresa: la crítica del liberalismo pasa por su aceptación. Dicho de otra manera, «conceptos como “equidad” y “solidaridad” funcionan siempre dentro de la estructura de una concepción dogmática de la política y del Derecho. La determinación de fines políticos y sociales está codeterminada por las principales fuerzas constitutivas del discurso jurídico, por su teleología, por su racionalidad, por su conceptualización de la causalidad»⁹⁹. La crítica al discurso de los derechos, iniciada por Marx en *La cuestión judía*, no debe ni puede llevar a la crítica total de cualquier discurso sobre derechos porque pueda servir de algún modo a la justificación del sistema liberal. Como ha observado «un crítico benévolo» de los Cls, Ed Sparer, «el derecho legalmente protegido a disentir no se opone ni al socialismo ni a la comunidad; sino que es necesario para su realización. Los derechos individuales y liberales de expresión y de disenso no tienen sólo un contenido “privado” y “egoísta”, son necesarios para la lucha y el avance social, ya sea en la sociedad socialista, ya sea en la sociedad capitalista... La libertad de expresión y el derecho a disentir son esenciales a la condición humana que parece más valorada explícitamente en los escritos jurídicos Críticos: el estado de la “comunidad”, la experiencia de la solidaridad con el prójimo en la vida y en el esfuerzo común»¹⁰⁰. De esto es un ejemplo el mismo movimiento de los Cls, crítico radical del sistema liberal en una sociedad capitalista por excelencia como la americana: al discutir el libro de David Kayris, *The Politics of Law*, empresa conjunta de los Cls y de la *National Lawyers Guild*, Sanford Levinson ha observado que el discurso de los Críticos

⁹⁹ J. M. Broekman, «Legal Subjectivity as a Precondition for the Intertwinement of Law and the Welfare State», en G. Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin-New York, de Gruyter, 1986, p. 88.

¹⁰⁰ E. Sparer, «Fundamental Human Rights. Legal Entitlements and the Social Struggle: A Friendly Critique of the Critical Legal Studies Movement», en *Stanford Law Review*, vol. 36, 1984, pp. 509-574 (*cit.*, p. 545).

sobre la legitimación política del Derecho moderno, si funciona, no lo hace holísticamente, al menos en todas las ocasiones que se pone en cuestión y se critica al Derecho moderno¹⁰¹. Probablemente, la tesis de la necesaria aceptación del sistema y el Estado liberal para su crítica no sólo no sería aprobada por los teóricos críticos, sino considerada como el verdadero enemigo de su empresa, si bien ellos mismos -al menos en parte-, después de haber criticado (y a mi entender justamente) la doctrina jurídica liberal, son extremadamente vagos sobre sus deseos de trascender la concepción liberal de la autonomía individual, probablemente porque saben, conscientemente (como en Unger y en su propuesta de un «superliberalismo») o inconscientemente, de los riesgos que comporta cualquier intento de realización efectiva de los ideales comunitaristas en el actual estado de cosas (el totalitarismo está mucho más cerca de lo que podemos sospechar¹⁰²). Es éste un punto de división y de contraste con su apuesta. Lo cual no impide que la descripción (crítica) que un filósofo comunitarista como Walzer hace del liberalismo y que encuentra aceptable el Crítico «nihilista» Singer, pueda encontrar complicidad incluso en mí mismo, para lo bueno y lo malo que el *objeto* de esta descripción contiene¹⁰³: «El liberalismo es sobre todo una doctrina de la liberación. Libera a los individuos de la comunidad étnica y religiosa, de las corporaciones, de las parroquias, del prójimo. Abole todo tipo de controles y de agencias de control: tribunales eclesiásticos, censuras culturales, leyes prohibicionistas (sumptuary laws), restricciones de movimientos, grupos de presión, lazos familiares. Eso crea hombres y mujeres libres, que están vinculados sólo por sus contratos, y gobernados, cuando los contratos pierden fuerza, por un Estado poderoso y distante. Lo cual genera un

¹⁰¹ S. Levinson, «Escaping Liberalism: Easier Said Than Done», en *Harvard Law Review*, vol. 96, 1983, p. 1.472.

¹⁰² Como ha escrito S. Levinson, *op. ult. cit.*, p. 1.484, «si el lenguaje de los “derechos” es demasiado monódico, el discurso de respuesta de la comunidad corre el riesgo de cancelar la libertad que los liberales -incluso, en apariencia, los autores (los críticos)- quieren hacer coexistir con la igualdad y también con la fraternidad. Podemos encontrar, de nuevo, visiones dialécticas que se ponen a nuestra disposición, y según las cuales las antinomias se resolverán por sí solas antes que generar simplemente la nada producida por la colisión entre materia y antimateria; pero a finales del siglo XX, se requiere más fe que nunca, dados los horrores gemelos del fascismo y del socialismo totalitario de Estado, para considerar a estas visiones como sueños y no, más bien, como pesadillas.

¹⁰³ Para una crítica análoga cfr. A. Carrino, *Scienza e politica nella crisi della modernità*, Roma, Edizioni Lavoro, 1989.

individualismo radical y por eso una competición feroz entre individuos que buscan sólo la afirmación de sí mismos»¹⁰⁴.

(Traducción de Elena Beltrán Pedreira)

¹⁰⁴ M. Walzer, «Nervous Liberals», en *Radical Principles. Reflections of an Unreconstructed Democrat*, New York, Basic Books, 1980, pp. 97-98. Sobre este punto también A. Carrino, *Esodo e interpretazione: una nota su Walzer, Introduzione a M. Walzer, Interpretazione e Critica sociale* (trad. it. a cura di A. Carrino), Roma, Ed. Lavoro, 1990, pp. 7 ss.; así como R. Bellamy, *Defining Liberalism: Neutralist, Ethical or Political?*, en Idem (ed.), «Liberalism and Recent Legal Philosophy», en *ARSP*, Beiheft 36, Stuttgart, Steiner, 1989, pp. 23-43.

DOXA-12 (1992)

