

Teorías críticas del derecho: observaciones sobre el modelo de ciencia jurídica

Por ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO
Università degli Studi di Genova

RESUMEN

El presente artículo trata de presentar los lineamientos generales de los modelos de ciencia jurídica –normativos y descriptivos– de los movimientos críticos del derecho estadounidense y argentino. El texto comienza con una breve introducción sobre la historia de dichos movimientos, para a continuación analizar algunas de las tesis más relevantes a nivel teórico y epistemológico de ambos. Con base en la crítica al modelo de educación jurídica estadounidense y en una reciente y articulada propuesta de dos autores argentinos, se describe –y critica– algunas de las características más importantes de estos modelos críticos de ciencia jurídica.

Palabras clave: *Dogmática jurídica, Critical legal studies, teoría crítica argentina, indeterminación normativa, ideología.*

ABSTRACT

This article presents an outline of two –normative and descriptive– models of legal science: those proposed by the American and the Argentine critical legal movements. The text begins with a brief introduction regarding the history of both movements, and then analyzes some of their most salient thesis on law and epistemology. The main goal of the paper is to describe and criticize some of the most important features of these models of critical legal sci-

ence. I do this taking in consideration a recent, articulated proposal by two Argentine scholars and a critical approach to the American model of legal education.

Key words: *Legal dogmatics, Critical legal studies, Argentinian critic theory, normative indetermination, ideology.*

SUMARIO: 1. ¿QUÉ HACER? BREVE INTRODUCCIÓN A LOS MOVIMIENTOS CRÍTICOS: 1.1 *Critical legal studies estadounidenses*; 1.2 Teoría crítica argentina. 2. TESIS DE LOS *CRITICAL LEGAL STUDIES*: 2.1 Métodos de análisis; 2.2 Tesis de la indeterminación y de la contradicción fundamental.–3. TEORÍA CRÍTICA ARGENTINA: 3.1 Epistemología; 3.2 Ideología.–4. CIENCIA JURÍDICA CRÍTICA: 4.1 Educación legal estadounidense; 4.2 Una dogmática conscientemente política.–5. CONCLUSIÓN.

Las teorías críticas del derecho no han gozado, ni gozan, de gran aceptación entre los juristas europeos. Ello se ha debido, al menos en parte, a lo sorprendente de algunas de sus tesis y a un aparato conceptual en ocasiones demasiado distante del empleado por los juristas. En el presente texto presentaré las tesis centrales de dos corrientes de estudios jurídicos que se auto-denominan como «críticas»: *Critical Legal Studies* norteamericanos (CLS) y la *Teoría Crítica* argentina. Las razones para detenerse a analizar ambos movimientos son, en cierto sentido, opuestas: en el caso estadounidense, los *Critical Legal Studies* son uno de los referentes culturales de quien pretende hacer teoría crítica del derecho debido a la gran difusión que tienen las doctrinas jurídicas elaboradas en aquel país. En el caso argentino, es precisamente la falta de difusión de dicho movimiento –probablemente oscurecido por la teoría del derecho analítica argentina, la cual goza de un merecido prestigio internacional¹– lo que justifica prestar atención a algunas de sus tesis, interesantes en mi opinión. Estos dos movimientos, aunque autónomos y diferentes, tienen algunas características comunes en lo relativo a sus posiciones políticas, su metodología y su teoría de la ciencia jurídica. Objetivo del presente artículo es presentar algunas tesis centrales de las concepciones críticas de la ciencia jurídica.

¹ Sólo hace falta mencionar, al respecto, la notoriedad de las obras de Carrió, Alchourrón, Bulygin, Garzón Valdés, Nino, Caracciolo, Guibourg, Redondo, Navarro o Rodríguez.

1. ¿QUÉ HACER? BREVE INTRODUCCIÓN A LOS MOVIMIENTOS CRÍTICOS

No es fácil encontrar tesis teóricas comunes a todos los movimientos críticos del derecho (*Critical Legal Studies*, Teoría Crítica argentina, *Usa Alternativo del Diritto*, *Critique du Droit*, etc.). Ahora bien, si por algo se caracterizan estos movimientos críticos es por un fuerte compromiso político, radical y/o de izquierdas. Es decir, si bien estos movimientos están interesados en el estudio del derecho, aquello que anima sus investigaciones no parece ser el puro y simple conocimiento científico, sino el activismo político; la pregunta inicial no es «¿qué es el derecho?» o «¿cuál es el contenido del derecho?», sino «¿qué podemos hacer en el mundo como juristas? ¿cómo podemos mejorar el mundo?».

1.1 *Critical legal studies* estadounidenses

No parece que haya demasiada duda en colocar como momento fundacional de los CLS la primera *conference* del grupo, celebrada en 1977 en la Universidad de Wisconsin (Madison). Dicha reunión nace como el encuentro entre algunos veteranos profesores de sociología de Yale (D. Trubek, L. Friedman, P. Selznick y P. Nonet) procedentes del *Law & Society Movement*², y un grupo de jóvenes profesores (D. Kennedy, M. Horwitz y R. Unger) e investigadores (K. Klare y M. Kelman) de Harvard que estaban desarrollando una crítica ideológica del derecho. Es necesario añadir a estas dos una tercera corriente de corte marxista ortodoxa que completa el mapa ideológico de la primera conferencia y cuya figura más reconocida fue Mark Tushnet.

Así pues, dentro de la primera conferencia es posible diferenciar tres corrientes diferentes, capitaneadas respectivamente por Trubek, Kennedy y Tushnet: la sociología empírica del *Law & Society Movement*, la estructuralista-realista³ y la marxista científica más ortodoxa⁴.

² Se trata de un movimiento de sociología crítica, pero cuyo punto teórico de referencia es Max Weber. Véase FRIEDMAN, L., «The law and society movement», en *Stanford Law Review*, núm. 38, 1986.

³ Esta corriente es la que mayor influencia recibió de la teoría realista del derecho de los años veinte y treinta. Para un análisis de la relación entre CLS y realismo jurídico, véase KENNEDY, D. «Notas sobre la historia de CLS en Estados Unidos», *Doxa*, núm. 11, 1992; PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio, *El movimiento «Critical Legal Studies»*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 240 ss.

⁴ Tampoco conviene olvidar otras tres corrientes internas, o cuanto menos con fuertes alianzas con los CLS: por un lado, la teoría feminista del derecho y la *race legal theory*; por el otro, la corriente postmoderna de los CLS. Véase PÉREZ LLEDÓ, *El movimiento «Critical Legal Studies»*, *op. cit.*, pp. 51 ss, 163 ss.; y CARRINO, Agustino, *Ideología e conciencia. Critical Legal Studies*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, cap. I y II.

Las diferencias entre dichas corrientes son importantes, y si bien la pretensión de los organizadores al convocar la reunión fue crear una plataforma de estudiosos con una cierta predisposición política e intelectual común, las disputas no tardaron en comenzar. De las tres corrientes, la primera que resultó desplazada fue el *Law & Society Movement*, debido a la alianza de los diversos marxismos presentes en la conferencia. Pero también la última de las tendencias, la marxista ortodoxa, pasa a un segundo plano a causa del menor calado que había tenido el marxismo científico en la cultura académica norteamericana. Así pues, la corriente realista con tintes marxistas puede ser considerada la corriente central de los CLS.

Quienes mayor atención han prestado en Europa a los CLS han sido preferentemente los filósofos y los teóricos del derecho. Las críticas que han recibido los CLS de aquéllos han sido numerosas, debido principalmente a su desconocimiento de la teoría jurídica continental⁵. Sin embargo, es importante recordar que no se trata de un movimiento de filosofía o teoría jurídica, sino de un grupo de estudiosos de derecho positivo con inquietudes filosófico-políticas. Sus dos principales frentes de batalla han sido la crítica al modelo de educación legal y al formalismo jurídico del que acusan a los estudiosos norteamericanos del derecho. El movimiento tiene además un marcado carácter académico y se desarrolla principalmente en las más importantes facultades estadounidenses de derecho (sobre todo en Yale y Harvard).

1.2 Teoría crítica argentina

La teoría crítica argentina es, por su parte, un movimiento eminentemente filosófico-jurídico. Sus actividades se concentran sobre todo en Buenos Aires, donde se desarrollan diversos seminarios sobre análisis ideológico y psicoanalítico del derecho⁶. La primera conferencia del grupo, celebrada en 1975 en la Universidad de Belgrano (Buenos Aires), suele considerarse –al igual que para los CLS– el momento fundacional del grupo⁷.

El fermento de la teoría crítica argentina se encuentra en las inquietudes políticas de una serie de estudiosos que habían desarrollado

⁵ CALSAMIGLIA, A., «La retórica de Critical Legal Studies. Impresiones de un lector español», en *Doxa*, núm. 11, Alicante, 1992.

⁶ Los temas de análisis de la teoría crítica argentina no se limitan a estos dos, aunque sí tienen una especial relevancia. Para una presentación de algunas de las tesis fundamentales del movimiento crítico argentino desde una perspectiva interna, véase ASEFF, Lucía M. «La Teoría Crítica en la Argentina», en *Doxa*, núm. 21, Alicante, 1998.

⁷ CAPELLA, J. R., «Introducción», en CÁRCOVA, C. M., *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998.

investigaciones en el marco de la «Alianza para el desarrollo»⁸. Este programa –un pequeño «plan Marshall» para América Latina– promovió durante los años sesenta estudios sobre el funcionamiento del Estado con el objetivo de atajar los problemas de corrupción y clientelismo político en países de América Latina. Los orígenes del grupo se encuentran pues en una sociología empírica que analiza el funcionamiento real de las instituciones pero que terminará virando hacia el análisis del derecho como factor de cambio social. Es decir, si bien los comienzos del grupo están marcados por una aproximación descriptiva, con el paso de los años se va afirmando una tendencia crítica que reconoce un importante papel al derecho en el cambio social. Se estudian por tanto el derecho y la sociedad para cambiarlos.

Es necesario señalar la importante diferencia sobre el momento político en que surgen ambos movimientos. La multiplicación de dictaduras en el cono sur –Argentina incluida– hicieron que la crítica al derecho del movimiento argentino se matizara. Esto es, aunque su crítica al funcionamiento de los ordenamientos jurídicos, a las relaciones jerárquicas que establecen, no es en absoluto moderada, los alzamientos militares en América Latina y la suspensión de los derechos fundamentales hicieron que «se [comprendiera] entonces, al precio más alto, el valor de las instituciones democráticas y la importancia estratégica de la defensa de los derechos humanos»⁹.

Sus principales desacuerdos con las otras corrientes de filosofía del derecho pueden ser descritos en términos meta-teóricos: antes que controversias teóricas, el punto fundamental de desacuerdo se centra en qué debe hacer la filosofía del derecho, cuál debe ser su objeto de estudio. En opinión de los críticos, la filosofía jurídica no debería limitarse a describir el derecho desde un punto de vista neutral y avalorativo, sino que debe ser capaz de «generar las posibilidades de una intervención política fructífera desde el discurso jurídico en el comportamiento de la institución social»¹⁰, «porque en la búsqueda de respuestas nos va, sin eufemismos, nuestra vida, nuestra libertad, nuestra seguridad y la de nuestros hijos»¹¹.

2. TESIS DE LOS CRITICAL LEGAL STUDIES

Toda síntesis de las posiciones de los CLS estadounidenses, debido a la heterogeneidad del movimiento, corre el riesgo de ser parcial.

⁸ *Ídem.* p. 27.

⁹ CÁRCOVA, C. M., «Notas acerca de la teoría crítica del derecho», en (ed. COURTIS, Ch.), *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, p. 28.

¹⁰ ENTELMAN, R., «La formación de una epistemología jurídica», en (ed. MARÍ Y VEZZETTI) *El discurso jurídico*, Buenos Aires, Hachette, 1982.

¹¹ RUIZ, A., «Aspectos ideológicos del discurso jurídico», en (ed. MARÍ) *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, pp. 168-169.

Algunos autores incluso sugieren que la característica común más importante de los CLS es un «antagonismo compartido»¹². Con el objetivo de exponer más claramente sus tesis me concentraré en la corriente central del movimiento: aquella desarrollada por Kennedy y Unger en Harvard¹³. Presentaré en primer lugar los métodos más habituales de análisis de los CLS, y las tesis de la indeterminación y la contradicción fundamental, a continuación.

2.1 Métodos de análisis

Los tres métodos más usados por los CLS para analizar el (cualquier) ordenamiento jurídico son¹⁴: el *trashing* (desbrozamiento) del discurso teórico, la deconstrucción, y la genealogía histórica. (a) El *trashing* consiste en el desvelamiento del mensaje oculto e ideológico del discurso de los juristas, en la denuncia de las premisas normativas encubiertas en un halo de naturalidad, objetividad y neutralidad. Lo que se pretende mediante el *trashing* es dar cuenta de cómo los juristas introducen premisas normativas en absoluto obvias en sus conceptos y razonamientos, presentan y justifican como naturales decisiones que no lo son; es decir, señalar la contingencia (pero sobre todo la injusticia) de las soluciones derivadas por los juristas con base en los textos legislativos¹⁵. Todo ello para mostrar que las soluciones que se presentan como resultado neutral del razonamiento jurídico son en realidad producto de elecciones ético-políticas que realizan los dogmáticos jurídicos.

(b) La deconstrucción es, como es sabido, la técnica de análisis filosófico teorizada por J. Derrida¹⁶. Los CLS han aplicado esta técnica para analizar la relación entre el discurso del legislador y la

¹² KORNHAUSER, L. A., «The Great Image of Authority», en *Stanford Law Review*, núm. 36, 1984. Citado por MINDA, G. *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 178.

¹³ Aquí seguiré las reconstrucciones de las monografías más importantes escritas en España (PÉREZ LLEDO, *El movimiento «Critical Legal Studies»*, op. cit.) y en Italia (CARRINO, *Ideologia e coscienza. Critical Legal Studies*, op. cit.) sobre los CLS.

¹⁴ CARRINO, Agostino, *Ideologia e coscienza*, op. cit., pp. 22-28; Id. «Solidaridad y derecho. La sociología jurídica de los «Critical Legal Studies»», en *Doxa*, núm. 12, Alicante, 1992; Id. «Roberto Unger e i *Critical Legal Studies*: scetticismo e diritto», en (ed. Gianfranco ZANETTI) *Filosofi del diritto contemporanei*, Milano, Raffaele Cortina Editore, 1999. Cabe señalar que Gary Minda usa los dos primeros métodos para diferenciar dos periodos de la historia de los CLS. Véase «Critical Legal Studies», en MINDA, G., *Teorie postmoderne del diritto*, op. cit.

¹⁵ Parece en cualquier caso que el *trashing* se caracteriza más por su resultados –sobre todo poner en evidencia la ideología dominante entre los juristas– que por tratarse de un conjunto definido de técnicas. Cfr. KELMAN, M. «Trashing», en (ed. HUTCHINSON, A.C.) *Critical Legal Studies*, Rowman&Liettelfield, 1989.

¹⁶ Véase DERRIDA, J., *La Deconstrucción en las fronteras de la filosofía. La retirada de la metáfora*, Barcelona, Paidós, 1989.

interpretación que de éste hacen los juristas. Los deconstructivistas de los CLS sostienen que la interpretación de cualquier texto está necesariamente mediada por un sujeto, el cual estaría constituido por un ambiente social y cultural. Trasladada al ámbito esta tesis implicaría que: *a)* toda interpretación jurídica está necesariamente mediada por las pre-concepciones del sujeto que interpreta los enunciados normativos –tesis que compartirían muchos teóricos realistas del derecho–; *b)* todo conocimiento en torno al derecho –es decir, no sólo la interpretación sino también la descripción del derecho en términos meta-jurisprudenciales–, está determinada por las pre-comprensiones y prejuicios del sujeto que describe el derecho. Así pues, todo pensamiento jurídico dependería inevitablemente de prejuicios que imposibilitarían un conocimiento neutral y objetivo del derecho. No sería posible, por tanto, describir de manera neutral y/o objetiva el derecho ni su contenido.

La última de las técnicas, la *(c)* genealogía, consiste en la historicización de la ideología jurídica, esto es, en mostrar los presupuestos históricos de la ideología jurídica dominante, mostrando su positividad, su artificialidad. En realidad, la genealogía puede describirse como la aplicación de los dos anteriores métodos a la historia del derecho, es decir, una historia del derecho que haga hincapié en la contingencia de las soluciones propuestas por los juristas en diferentes periodos históricos. Esta técnica parece que es además aquella que mejores resultados ha producido¹⁷.

2.2 Tesis de la indeterminación y de la contradicción fundamental

Probablemente la tesis más aceptada de los CLS es la de la indeterminación del derecho, heredera de algunas tesis del realismo jurídico estadounidense de la primera mitad del siglo xx. La tesis de la indeterminación afirma algo bastante familiar a muchos teóricos del derecho: de los mismos enunciados normativos o precedentes judiciales es posible derivar varias interpretaciones, incluso antinómicas, todas ellas igualmente válidas. Menos conocida y aceptada es aquella que según los CLS sería la causa de la indeterminación: «la contradicción fundamental». Es decir, mientras que la mayor parte de la teoría jurídica europea ha atribuido los problemas de la indeterminación jurídica a causas lingüísticas (semánticas y pragmáticas) y lógicas, los CLS consideran que la causa de la indeterminación del contenido del derecho se debe a una contradicción en los presupuestos de la ideología subyacente al ordenamiento jurídico norteamericano: el liberalismo.

La estrategia de los CLS consiste en identificar y analizar algunas parejas conceptuales que estructurarían el pensamiento jurídico.

¹⁷ Cfr. CARRINO, A. *Ideologia e coscienza, op. cit.* p. 28.

Roberto Unger ha identificado hasta seis contradicciones (o manifestaciones de la «contradicción fundamental»¹⁸), mientras que D. Kennedy la ha sintetizado en una sola: individualismo *versus* altruismo. Estas parejas conceptuales condensarían las contradicciones normativas y/o valorativas inherentes al ordenamiento jurídico estadounidense, reflejo del pensamiento jurídico, político, social, e incluso psicológico y antropológico, del liberalismo. El problema del liberalismo consistiría, en este sentido, en que en su seno estarían presentes dos lógicas o espíritus contrastantes, lo que llevaría a la imposibilidad de determinar de manera neutral el contenido del derecho. Esta tensión, sin embargo, no produce un puro caos sin sentido; antes bien, los juristas expertos son capaces de prever con cierta fiabilidad qué y cómo van a decidir los tribunales. Ello se debería a que si bien dentro del liberalismo –ideología que Unger configura de manera bastante amplia¹⁹–, están presentes estas dos lógicas contrapuestas, la contradicción es frecuentemente resuelta en favor del individualismo. Es decir, la producción de soluciones jurídicas es previsible en cuanto la mayoría de las veces se privilegia el elemento individualista frente al altruista. Ahora bien, ello no implica que las soluciones de corte individualista sean necesarias ni justas. Es más, es perfectamente posible crear soluciones jurídicas que pongan el acento en el aspecto altruista del liberalismo, aquello precisamente que proponen los CLS.

La contradicción, además de en el plano de los contenidos, se plasmaría también en la forma del ordenamiento. Según Kennedy, la regulación mediante reglas o estándares (principios) jurídicos reflejaría esta contradicción fundamental²⁰: por un lado, las reglas plasmarían una tendencia por un derecho individualista de normas aparentemente precisas que permiten perseguir el propio beneficio sin más límite que el impuesto por aquéllas; por el otro, los principios jurídicos ofrecerían una imagen del derecho más cercana a una jurisprudencia sociológica que toma en cuenta las condiciones particulares del caso, más atenta a la realidad social y a las implicaciones políticas de cada caso²¹. Esta relación entre contenido y forma pondría en duda la tesis

¹⁸ Véase *Knowledge and Politics* (Free Press, 1975). Algunos fragmentos de las obras de Unger se encuentran en su página web <http://www.robetounger.com/>

¹⁹ Según CARRINO, Unger no identificaría liberalismo con modernidad, si bien no cabe duda de que su concepto de liberalismo es amplísimo. Cfr. CARRINO, *Ideologia e coscienza*, op. cit. p. 61

²⁰ Esta tesis fue desarrollada por KENNEDY en *Forma e sostanza nella giurisprudizione del diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992. Kennedy escribió además un breve artículo del mismo nombre en el que resume sus propias tesis («Forma y substancia en la adjudicación del derecho privado»), disponible en la página web del autor <http://duncankennedy.net/home.html>.

²¹ Merece la pena recordar, *en passant*, que Letizia Gianformaggio señaló, de manera similar, una relación entre el derecho por principios y la protección de los derechos de las mujeres. Cfr. GIANFORMAGGIO, L. «Eguaglianza e differenza: sono veramente incompatibili?», en (ed. Facchi, Faralli y Pitch) *Eguaglianza, donne e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005.

según la cual el derecho es instrumento neutral en manos de quien ostenta el poder; es decir, la misma forma del derecho presupondría ciertos esquemas de razonamiento que tienden a perpetuar las relaciones de dominación al olvidar el aspecto comunitario o altruista del derecho. Esta «estética» de un derecho de reglas generaría la (falsa) imagen de un método jurídico «científico», como si las decisiones jurídicas fueran producto necesario de un razonamiento jurídico neutral y perfectamente previsible. Esta imagen del derecho como absolutamente preciso generaría pues una *forma mentis* (estructura profunda del pensamiento) en los juristas, una cultura jurídica hegemónica que presenta su actividad como autónoma y técnica, no política, incapacitando a los juristas para generar discursos alternativos.

Finalmente, es posible detectar manifestaciones de la «contradicción fundamental» también en los presupuestos epistemológicos del liberalismo. Según Unger, serían tesis centrales del liberalismo: *a)* la incompatibilidad entre razón y deseo, es decir, la imposibilidad de fundar racionalmente los valores, considerados producto del arbitrio individual; *b)* la oposición entre reglas y valores, es decir, la configuración de reglas obligatorias como producto exclusivamente de la voluntad humana; *c)* la tesis del individualismo ético. En este sentido, la causa de estas contraposiciones según Unger sería la «gran división», la diferencia de origen positivista entre hechos y valores. Ello implicaría para el campo del derecho (1) la imposibilidad de una razón jurídica autónoma capaz de obtener soluciones normativas prescindiendo de consideraciones valorativas, y (2) la imposibilidad de describir en términos neutrales el mundo y el derecho. Los juristas liberales se verían de este modo «bloqueados» ante la imposibilidad de fundar sólidamente sus decisiones. Dicho con otros términos: ni fundación objetiva de los valores, ni convencionalismo basado en hechos sociales. Serían por tanto las premisas subyacentes de la ideología liberal las que impedirían el buen funcionamiento del ordenamiento jurídico.

La vía de salida para este «bloqueo» pasaría por la «crítica total», por un «cambio de paradigma» en las relaciones entre sujeto y comunidad que resuelva estas aporías: sólo una ruptura con los presupuestos del liberalismo permitiría superar esta situación, esta fractura entre comunidad e individuos. No obstante, cuando Unger comienza a construir sus propuestas de cambio resulta menos claro y sus tesis no son compartidas por la mayoría de los miembros de los CLS (tampoco entre los estudiosos de Harvard).

3. TEORÍA CRÍTICA ARGENTINA

El movimiento argentino se caracteriza por ser un movimiento filosófico-jurídico con importantes intereses en la teoría social y política. Su tesis de partida afirma que el derecho es un fenómeno que no

puede ser «comprendido» al margen del resto de la realidad social por lo que sería necesario llevar a cabo una profunda reflexión epistemológica sobre el método con el que afrontar el estudio del derecho. En particular, sobre este movimiento han tenido una fuerte influencia el pensamiento marxista a través de la relectura gramsciana y althusseriana, las sociologías críticas de Frankfurt (Horkheimer, Adorno, Marcuse) y foucoltiana, pero también la teoría de sistemas de Luhmann, la teoría de acción comunicativa de Habermas y Apel y la lingüística de Saussure. Gracias a la figura de Marí, además de la teoría social, los críticos argentinos han introducido categorías psicoanalíticas en el estudio del derecho.

3.1 Epistemología

Las tesis epistemológicas de los críticos argentinos deben ser leídas a la luz de su desacuerdo meta-teórico con las otras corrientes filosófico-jurídicas: iusnaturalismo y positivismo²². Lo que reprochan los críticos a la teoría jurídica tradicional —en particular al positivismo jurídico— es su aproximación neutral al derecho, lo que ocultaría las relaciones de poder que se plasman y se refuerzan mediante el ordenamiento jurídico. Es decir, según los críticos, el positivismo sería reduccionista en cuanto no tematiza lo realmente importante: las relaciones de dominación que el derecho instaura y mantiene. La filosofía del derecho, por tanto, *debería* estudiar el papel del derecho como parte del sistema de dominación y no meramente los problemas derivados del estudio formal de las normas.

Dichas relaciones de dominación que genera el derecho no podrían estudiarse, según los críticos, mediante los instrumentos de las ciencias naturales, es decir, no pueden ser considerados como hechos pues el comportamiento humano —debido a su intencionalidad— no puede ser comprendido mediante dichas categorías. Según estos autores, para analizar la relación entre derecho y poder es necesaria una nueva epistemología, es decir, instrumentos que permitan analizar las relaciones de poder subyacentes a los discursos oficiales, a aquello que no es mostrado inmediatamente por el dato empírico ni analizable con los instrumentos de la lógica formal.

Su punto de partida se encuentra en la noción de «obstáculo epistemológico» de Bachelard, constructivista de la primera mitad del siglo pasado que consideraba el dato empírico no como la principal

²² Véase ENTELMAN, Ricardo, «Introducción», en (ed. Marí y Vezzetti) *El discurso jurídico*, *op. cit.*, y RUIZ, Alicia, «Aspectos ideológicos del discurso jurídico», en (ed. Marí) *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.

fuente de conocimiento sino como algo que lo dificulta²³. Según Bachelard, la percepción sensorial estaría siempre mediada por preconcepciones que deforman la realidad. De este modo, para los críticos argentinos la posibilidad de verificación desaparecería, pues todo conocimiento estaría mediado por los presupuestos metodológicos de cada disciplina.

Para tratar de superar esta situación de «bloqueo epistemológico» optan por la inter-disciplinariedad²⁴, por el uso de categorías conceptuales de otras disciplinas en un camino intermedio entre la fusión de disciplinas y la mera transposición de categorías. No se trataría pues de fundar una nueva disciplina totalizante ni de aplicar categorías de otras materias mecánicamente al derecho, sino de utilizar varias disciplinas conjuntamente para generar nuevos conocimientos. Así pues, una mejor «comprensión» del derecho pasaría necesariamente por la integración de las categorías jurídicas tradicionales con conceptos de otras disciplinas que estudian la realidad social.

3.2 Ideología

Según la teoría crítica argentina, el concepto de ideología sería una de las herramientas más poderosas para dar cuenta de las relaciones de poder que el derecho instaura. Pero, ¿en qué sentido es ideológico el derecho? Es posible distinguir al menos tres conceptos de ideología en la teoría crítica argentina: *a)* en primer lugar, un concepto neutral de ideología como conjunto de enunciados normativos y/o valorativos. El derecho sería ideológico, en este sentido, en cuanto positiviza una determinada concepción normativa del bien y/o de la justicia; *b)* un concepto negativo, de corte claramente marxista (o al menos de la vulgata marxista), como falsa conciencia, como visión deformadora de la realidad; *c)* un concepto de ideología emparentado con aquél gramsciano de hegemonía, según el cual la ideología antes que deformar la realidad, lo que haría sería conformarla, creando una determinada manera de pensar.

Los dos conceptos más importantes para la teoría crítica argentina han sido los dos primeros, al menos porque han sido los más desarrollados²⁵. Durante los comienzos del movimiento predomina el concepto negativo de ideología; sin embargo, la multiplicación de las dic-

²³ Para un análisis del concepto de «obstáculo epistemológico» aplicado al derecho, véase OST, F., y VAN DE KERCHOVE, M., *Elementos para una teoría crítica del derecho*, Universidad Nacional de Colombia, 2001, pp. 68 ss.

²⁴ Esta noción ha sido desarrollada por François OST en «Ciencia del derecho», y posteriormente comentada y desarrollada por Enrique HABA en «Racionalidad e irracionalidad en el derecho», ambos en (ed. Manchego, Palomino) *Discusión sobre el carácter anti-científico del derecho*, Grijley, Lima, 1999.

²⁵ Sin embargo, es necesario advertir que la perspectiva psicoanalítica no ha sido desarrollada tanto como habría cabido esperar por el énfasis que se puso en su planteamiento. Esto es, se ha teorizado mucho más su uso de cuanto realmente se ha utilizado.

taduras en América Latina hace que sus posiciones se moderen y vuelvan a tomar en cuenta el concepto neutral de ideología, pasando de una posición marxista ortodoxa a posiciones más matizadas. En este sentido, según Cárcova²⁶, el derecho cumpliría una «función paradójica» en cuanto no funciona sólo como instrumento de dominación, sino que también puede ser (y ha sido) un instrumento de liberación, de garantía de la libertad y de la igualdad.

No obstante, esta constatación no hace del derecho un instrumento neutral; antes bien, el derecho sería necesariamente ideológico en sentido negativo por dos razones: en primer lugar, porque todo poder necesita de la ocultación como condición de existencia²⁷ y han sido precisamente los juristas quienes se han encargado de maquillar la ilegitimidad del poder y de justificar la violencia ejercida por el soberano mediante elaboradas construcciones conceptuales, ocultando su verdadera naturaleza; en segundo lugar, el discurso jurídico es ideológico porque es opaco, porque su comprensión está reservada sólo a unos pocos, a una élite que tiene la formación necesaria para administrar el poder soberano. Según los críticos, el lenguaje del legislador no determinaría por sí mismo el contenido del derecho, razón por la cual debe ser administrado y completado por los juristas; ahora bien, esta administración requiere el conocimiento de ficciones y criterios de interpretación accesibles sólo a una élite restringida. Dicho con otras palabras: para utilizar el derecho no basta con conocer el discurso de las fuentes sino que es necesario poseer una serie de conocimientos para operar con aquél. En este sentido, el discurso jurídico funcionaría de manera similar a los paradigmas científicos que imponen reglas internas sobre el significado que se le puede atribuir a los enunciados de la disciplina²⁸. Así pues, el derecho sería un discurso ideológico porque su conocimiento implica una serie de reglas desconocidas para los no iniciados.

4. CIENCIA JURÍDICA CRÍTICA

Todo lo dicho hasta aquí, en realidad, puede ser leído en clave de teoría de la ciencia jurídica. Las tesis de la indeterminación y de la contradicción fundamental de los CLS pueden ser interpretadas como

Quien sin duda ha desarrollado en mayor medida esta aproximación es Marí. Véase, COURTIS, Ch., «Enrique Marí (1928-2001)», en *Doxa*, núm. 24, Alicante, 2001.

²⁶ CÁRCOVA, C., *La opacidad del derecho*, op. cit., cap. I.

²⁷ Esta tesis, que puede parecer excesivamente crítica, en realidad ya fue avanzada por Maquiavelo (arcana imperii), y fue retomada también por Bobbio. Véase BOBBIO, N., «La democrazia e il potere invisibile», en *Il futuro della democrazia*, TORINO, Einaudi, 1995.

²⁸ Albert Calsamiglia ha sugerido, con otro lenguaje, tesis similares. Véase CALSAMIGLIA, A., *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1986.

tesis de teoría del conocimiento jurídico —o más en concreto, sobre el estatuto de las operaciones que realizan los juristas cuando interpretan las fuentes del derecho y proponen soluciones normativas—, mientras que la teoría argentina de la ideología marca el camino para un modelo normativo de ciencia jurídica. Para tratar de completar la panorámica sobre el modelo de ciencia jurídica de estos movimientos presentaré la crítica de los CLS al modelo educativo del derecho en Estados Unidos y un modelo de ciencia jurídica crítica sugerida recientemente por dos críticos argentinos.

4.1 Educación legal estadounidense

Los CLS han insistido en la crítica del modelo educativo de las facultades de Derecho estadounidenses. Su tesis principal es que la facultad es un lugar fuertemente político donde se alecciona a los estudiantes en una cierta manera de entender el derecho. Los juristas adquirirían allí una determinada percepción en torno al derecho y sobre cómo utilizarlo. Esta operación ideológica convertiría a la mayoría de los estudiantes en potenciales abogados de empresa, poco comprometidos políticamente, cuando no simplemente ignorantes de la valencia política de su actividad jurídica.

Esta *forma mentis* no se transmitiría únicamente mediante la comunicación directa del profesor hacia los alumnos, sino también mediante los mismos planes de estudio. Durante el primer año de carrera, los estudiantes estadounidenses de derecho deben cursar las materias obligatorias, asignaturas que son consideradas el núcleo duro de la carrera: derecho civil (contratos, daños y derechos reales) y derecho penal. Colocar estas materias en el primer año, configurándolas —al contrario que aquéllas impartidas en los dos siguientes— como obligatorias, transmitiría a los estudiantes la idea de que la parte más importante del derecho, lo que éste debe proteger, es la propiedad y la seguridad física. Y esta percepción de las funciones del derecho corresponde a la concepción liberal, pero sobre todo individualista, del Estado y de la justicia.

El método de enseñanza en estas materias sigue siendo —aunque con algunos importantes matices, como la introducción de guías para el estudio— el método Langdell²⁹, estructurado mediante el estudio de un caso concreto y el diálogo (socrático) entre estudiantes y profesor. Según Kennedy³⁰, en estas clases se presentan tres tipos de casos: los

²⁹ Para un resumen de la historia de la educación legal en Estados Unidos véase PÉREZ LLEDÓ, J. A., *La enseñanza del Derecho. Dos modelos y una propuesta*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2002; MERICO-STEPHENS, Ana María, «Notas sobre historia de la enseñanza del derecho en Estados Unidos», en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, núm. 7, Madrid, 2004.

³⁰ KENNEDY, D., «La educación legal como educación para la jerarquía», en *Desde otra mirada*, op. cit.

casos fáciles o normales, los casos excepcionales y los casos polémicos. Partiendo del hecho de que la inclusión de un caso dentro de una estas categorías depende exclusivamente de la consideración dogmática previa del profesor, Kennedy sostiene que en la facultad se transmitiría la idea según la cual la resolución de los casos polémicos debe obedecer a razonamientos de tipo político, pero los casos fáciles pueden ser resueltos de manera racional, autónoma y neutral. Es decir, los casos fáciles no tendrían implicaciones ético-políticas o es posible resolverlos prescindiendo completamente de ellas. Lo que precisamente rechazan los CLS es que sea posible resolver los casos fáciles sin necesidad de realizar juicios valorativos. Y ello porque toda aplicación de la norma implica su confirmación, su respaldo; suponer que no compartir la solución normativa exime políticamente al jurista que la adopta sería un error, una irresponsabilidad. Cuando aplicamos las normas, más allá de que estemos de acuerdo con ellas, estamos ofreciendo legitimidad a soluciones jurídicas injustas³¹.

Si bien los CLS consideran positivo que se enseñe el método del razonamiento jurídico, critican que las materias teóricas (históricas y filosóficas) sean desplazadas hacia la periferia de los programas universitarios, convirtiéndolas en un mero apéndice. Lo que proponen los CLS, por el contrario, consiste en la profundización de la «contradicción fundamental», en un estudio dogmático-crítico del derecho que no prescinda de los instrumentos con los que se ha estudiado tradicionalmente aquél, pero que saque a la luz los presupuestos valorativos del razonamiento. Ello permitiría percibir su contingencia, creando de este modo la base necesaria desde la que generar respuestas jurídicas alternativas. La propuesta normativa de ciencia jurídica de los CLS anima pues a los juristas a hacer explícitas las implicaciones ético-políticas del razonamiento jurídico, debatiendo en cada caso el fondo de las cuestiones y generando nuevas soluciones jurídicas. La facultad de derecho debe politizarse, convirtiéndose en un lugar privilegiado de lucha por el cambio social.

Cabría no obstante preguntarse ¿constituye esto realmente un modelo de ciencia jurídica, o se trata más bien de un modelo de «activista político»? Lo que probablemente respondería un miembro de los CLS es que la pregunta no tiene demasiado sentido: todo jurista es un activista político, consciente o inconscientemente. Sin embargo, este modelo es fuertemente dependiente de la premisa según la cual la principal función de la ciencia jurídica debe ser cambiar la sociedad, influyendo en las decisiones de los tribunales; conocer el derecho vigente es relegado a tarea secundaria. Además, concediendo (no

³¹ Esta tesis fue también desarrollada por Uberto SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico?*, Milano, Comunità, 1965.

aceptando) que la principal función de la ciencia jurídica deba ser influir en las decisiones de los tribunales (y por esta vía cambiar la sociedad), la confianza que ponen los CLS en las reconstrucciones alternativas del derecho me parece exagerada, por lo menos para los exigentes objetivos políticos que persiguen.

En segundo lugar, la afirmación según la cual en un ordenamiento han sido positivizados valores que potencialmente pueden chocar, es aceptable. Lo que no lo es tanto es que ello conduzca a los juristas a una situación de «bloqueo». Antes bien, como apuntó Bobbio³², es posible generar equilibrios (más o menos) estables entre valores potencialmente contradictorios. Nuestros ordenamientos prevén instancias autoritativas que determinan el contenido del derecho (legislador y jurisprudencia), resolviendo la potencial conflictividad, llegando a compromisos entre –dicho con los términos de los CLS– las dos «almas» (individualismo y altruismo) del ordenamiento. Estos equilibrios, por otro lado, nos pueden gustar más o menos en términos políticos, pero lo que parece poco discutible es que los juristas operan con ellos y no sienten ninguna situación de «bloqueo». Es más, aunque disientan profundamente de dichos equilibrios son perfectamente capaces de operar con ellos. Es decir, si bien existen premisas valorativas en todo razonamiento jurídico, es posible reconstruir o describir dicho razonamiento sin necesidad de aceptar dicho razonamiento ni sus premisas: no es necesario, por ejemplo, compartir el contenido de las normas para afirmar que llevar armas está permitido en algunos estados de EE.UU.

La tesis escéptica según la cual el derecho está plagado de indeterminaciones, que la mayoría de ellas se resuelven en un determinado sentido y que existe un cierto espacio para cambiar la sociedad mediante interpretaciones más progresistas del derecho, creo que debe ser aceptada. Sin embargo, el modelo normativo de ciencia jurídica de los CLS puede ser criticado por las siguientes razones:

- a) atribuir a la dogmática jurídica como función principal modificar el derecho. La ciencia jurídica tiene un amplio margen de maniobra a la hora de interpretar, pero no creo que sea conveniente reducir la dogmática jurídica a la continuación de la política por otros medios;
- b) los CLS ponen demasiadas esperanzas en la capacidad que tienen los juristas de cambiar la sociedad. Si bien la dogmática puede influir en las decisiones judiciales y modificar así las relaciones de poder en la sociedad, los objetivos que persiguen los CLS me parecen más ambiciosos que los cambios que se pueden generar desde la dogmática jurídica.

³² BOBBIO, N., «Tradizione ed eredità del liberalismo», en (ed. BOVERO *et al.*), *I dilemmi del liberalsocialismo*, Roma, La nuova Italia Scientifica, 1994.

4.2 Una dogmática conscientemente política

En un reciente artículo³³, Christian Courtis y Alberto Bovino (C&B) han presentado algunas interesantes tesis sobre teoría de la ciencia jurídica. Dicho artículo me parece especialmente relevante ya que, si bien no constituye la posición «oficial» del movimiento crítico argentino –si es que de algo parecido se pudiera hablar–, es una de las elaboraciones más completas y profundas desde el punto de vista crítico sobre la ciencia jurídica. La primera parte del artículo está dedicada a discutir algunas tesis de Carlos S. Nino, mientras que en la segunda presentan un modelo descriptivo (qué hacen los dogmáticos) y otro normativo de ciencia jurídica (qué deberían hacer los dogmáticos).

Las críticas que dirigen C&B contra Nino son fundamentalmente dos³⁴: por un lado, critican la tesis de la aceptación dogmática del derecho por parte de los estudiosos del derecho positivo; por el otro, la tesis de Nino sobre la modificación del ordenamiento por parte de aquéllos. Contra la tesis de la aceptación dogmática, C&B sostienen que la indeterminación del derecho hace insostenible la tesis de Nino pues «la determinación de cuál es el contenido del derecho positivo [es] requisito previo a la “adhesión dogmática al derecho positivo”»³⁵. Y determinar el contenido del derecho, según C&B, no sería posible al menos por las siguientes razones: *a)* siguiendo a Hart y a Carrió, por la textura abierta del lenguaje jurídico (*open texture*); *b)* porque el legislador ofrece soluciones antinómicas para los mismos casos; *c)* porque dentro del ordenamiento están positivizados principios generales contradictorios; *d)* porque la estructura jerárquica del ordenamiento implica la posibilidad de que se den lagunas técnicas por la falta de establecimiento de las garantías necesarias para el cumplimiento de las normas de rango superior. En resumen, según C&B, no tendría demasiado sentido afirmar que los juristas aceptan «dogmáticamente» el derecho cuando no es posible conocer su contenido.

No obstante, me parece que C&B tienen una percepción poco adecuada en torno a qué significa asumir dogmáticamente el derecho. La aceptación del derecho que Nino atribuye a los dogmáticos, apoyándose (que no aceptando) en la identificación kelseniana entre validez y obligatoriedad del derecho, consiste en la aceptación del derecho por su fuente, independientemente de su contenido. Es decir, según Nino, Kelsen habría dado perfectamente cuenta de las intuiciones de los dogmáticos del derecho («el derecho válido es obligatorio»), aun-

³³ BOVINO, A y COURTIS, Ch., «Por una dogmática conscientemente comprometida», en *Desde otro mirada*, op. cit.

³⁴ En concreto se basan en NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática jurídica)*, México, UNAM, 1989 (texto íntegro en internet <http://www.bibliojuridica.org/>), e, Id. *Algunos modelos metodológicos de «ciencia jurídica»*, México, Fontamara, 1993.

³⁵ C&B, «Por una dogmática...», op. cit., p. 194.

que según el autor argentino dicha intuición sería del todo rechazable. Dicho con otros términos: la tesis de Nino es que los dogmáticos identifican validez con obligatoriedad, esto es, consideran obligatorio el derecho por el hecho de ser válido, en cuanto procede de órganos autorizados por normas secundarias. Ahora bien, C&B no contemplan la posibilidad de que los dogmáticos acepten el derecho exclusivamente por razones formales. En esto consiste precisamente el positivismo ideológico, posición que para estos autores parece que no tuviera sentido.

La segunda crítica de C&B rechaza la tesis de Nino según la cual los dogmáticos, cuando reformulan el ordenamiento, lo modifican. El argumento tiene aparentemente bastante fuerza: si no es posible determinar objetiva ni neutralmente el contenido del derecho, entonces carece de sentido afirmar que los dogmáticos modifican el derecho. Esto es, si los juristas deben interpretar las fuentes del derecho, y ello implica «añadir algo propio», entonces *siempre* «manipulan» el derecho, por lo que la afirmación sería exagerada. Por otro lado, C&B rechazan también la tesis de Nino según la cual «los criterios interpretativos de la dogmática son de invención exclusiva de la dogmática», afirmando que, en cualquier caso, aquélla debe vincular sus propuestas en el derecho positivo, por lo que la afirmación debe ser cuanto menos matizada. Es decir, las respuestas de los dogmáticos siempre se basarían en derecho, por lo que no se inventarían nada ni modificarían el derecho.

Me parece que aquí se da una importante tensión entre la tesis de la indeterminación del contenido del derecho y aquélla según la cual los dogmáticos no modifican el sistema jurídico, pues todas las soluciones jurídicas derivan de los enunciados jurídicos. En efecto, los dogmáticos justifican en los modernos estados constitucionales sus opiniones con base en las fuentes del derecho. Ahora bien, los juristas realizan interpretaciones de los textos legales que implican necesariamente la elección entre diversos significados, lo que en ocasiones supone el cambio de un sistema jurídico a otro³⁶; es más, los dogmáticos incluso crean normas doctrinales *ex novo* que no derivan de ninguna disposición legislativa³⁷. Los dogmáticos, en este sentido, sí «inventarían», pues eligen entre los diversos significados posibles de las disposiciones legislativas, crean normas que no derivan de las fuentes del derecho y, en ocasiones, incluso superan el marco interpretativo de los enunciados normativos. Más adelante veremos como

³⁶ Dicho brevemente: si sucesivamente los juristas interpretan de manera diferente los mismos enunciados normativos, entonces están introduciendo nuevas normas en el sistema jurídico, modificando de este modo el derecho. Se pasa aquí, por tanto, de un sistema jurídico a otro, considerados sincrónicamente. Véase ALCHOURRÓN C. y BULYGIN E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1987.

³⁷ Véase RICCARDO GUASTINI, «Componenti cognitive e componenti nomopoietiche nella scienza giuridica», *Revista Diritto Pubblico*, núm. 3, X, 2004.

esta misma tensión se reproduce también en su modelo normativo de ciencia jurídica.

Frente al modelo de Nino, C&B proponen una teoría descriptiva «no ingenua» sobre la ciencia jurídica (qué hacen realmente los juristas). Sus tesis principales pueden ser resumidas del siguiente modo: *a)* la dogmática jurídica tiene un carácter esencialmente práctico, es decir, su función es generar respuestas a problemas jurídicos, y su objetivo es orientar e influir sobre las decisiones judiciales; *b)* el discurso dogmático depende del contexto en el que se elabora y, en este sentido, la dogmática analizaría únicamente cuestiones problemáticas; qué cuestiones son problemáticas depende exclusivamente de la consideración que del problema tengan la jurisprudencia y la propia dogmática; *c)* si bien detrás de cada solución existe un conflicto de valores subyacente, los dogmáticos no siempre discuten sobre valores, aunque los debates dogmáticos de mayor calidad se producen precisamente en este ámbito; *d)* cuando los juristas sitúan sus debates en el plano ético-político, normalmente discuten sobre las diferentes interpretaciones de los principios internos al propio ordenamiento, de los valores positivizados en el derecho, no de valores externos al derecho.

C&B añaden a éstas una tesis polémica ulterior: el discurso dogmático no influye tanto como normalmente se ha creído en las decisiones judiciales. De hecho, influye poco. Y si se considera que la función principal de la dogmática jurídica es guiar las decisiones judiciales, entonces la cuestión adquiere cierta gravedad. Según C&B, el discurso judicial sería «el resultado final de un proceso de lucha en el cual intervienen elementos jurídicos y extra-jurídicos que operan dentro y fuera del tribunal, dirigidos a la defensa estratégica de los intereses en el conflicto»³⁸. Así pues, el problema sería que el discurso dogmático aparecería ensimismado en el análisis de las fuentes del derecho, sin prestar atención al mundo real, a qué elementos extra-jurídicos condicionan sus decisiones y, por tanto, tendrían muy poca relevancia en la formación de dichas decisiones. La decisión judicial, según C&B, dependería en gran medida de otros factores extra-jurídicos tales como los sentimientos morales de los jueces, las presiones políticas que reciben o los prejuicios de los propios magistrados.

Además de este modelo descriptivo, C&B proponen un modelo normativo de ciencia jurídica crítica de carácter marcadamente sociológico. Antes que una ciencia del derecho que se ocupe sólo de normas y enunciados normativos, C&B proponen una aproximación al fenómeno jurídico que señale los condicionamientos que padecen los magistrados a la hora de resolver los casos particulares. Ahora bien, el conocimiento de este tipo de condicionamientos no parece responder en C&B a una pretensión puramente cognitiva, esto es, dar cuenta de

³⁸ ABRAMOVICH, V., «El complejo de Rock Hudson», en *No Hay Derecho*, núm. 4, Buenos Aires, 1991, p. 10. Citado por C&B en «Por una dogmática...», *op. cit.*, p. 214.

cómo funcionan realmente los tribunales. Dicho conocimiento, por el contrario, debe ser empleado por los dogmáticos, según C&B, para la resolución de problemas prácticos. Se trata pues de un conocimiento que sirve (debe servir) para resolver problemas jurídicos.

«El reconocimiento de esas condiciones [aquéllas que condicionan las resoluciones judiciales] supone al menos la apertura de la dogmática a una orientación sociológica, capaz de revelar las propias dificultades de concreción. El surgimiento del derecho laboral resulta un caso paradigmático del intento de realizar la promesa incumplida del derecho civil de posibilitar las relaciones contractuales entre personas libres e iguales. Sólo a partir del reconocimiento de ciertos condicionamientos materiales que impedían esas relaciones en las *condiciones garantizadas legalmente* pudo desarrollarse una rama jurídica fundada en principios que incorporaron las condiciones de aplicación del derecho a las relaciones laborales para disminuir la desigualdad material de los contratantes. El surgimiento de una dogmática crítica, orientada a señalar la inadecuación de las categorías jurídicas [...] *para ajustarse a un cierto ideal de justicia*, llevó a la construcción de técnicas y categorías teóricas –finalmente convertidas en categorías teóricas– *estructuradas íntegramente a partir de la consideración de esos condicionamientos externos*»³⁹.

Así pues, este modelo normativo de ciencia jurídica «crítica» pretende describir mejor cómo funcionan los tribunales, no (o no sólo) para aumentar el conocimiento sobre las prácticas de los tribunales, sino para elaborar categorías dogmáticas que permitan superar estos condicionamientos con el objetivo de satisfacer un determinado ideal de justicia. En este mismo sentido, es posible encontrar algunos interesantes paralelismos entre el modelo normativo propuesto por C&B y el concepto de crítica interna del derecho de Luigi Ferrajoli⁴⁰. Según este último, sería función de la ciencia jurídica sugerir a los poderes públicos adoptar las garantías necesarias para la protección eficaz de los derechos fundamentales. Y ésta parece ser precisamente la función que C&B le encomiendan a la dogmática jurídica crítica: conocer los obstáculos que impiden la satisfacción de ciertas «*condiciones garantizadas legalmente*», que parecen derivar de un «*cierto ideal de justicia*», creando las categorías dogmáticas necesarias (técnicamente) para satisfacer dicho ideal, capaces de superar los «*condicionamientos externos*» que supeditan las decisiones judiciales. Se trata por tanto de una dogmática que propone los medios idóneos –esto es, capaces de superar los condicionamientos que determinan las decisiones judiciales– para realizar una determinada idea de justicia (que deriva del ordenamiento).

³⁹ C&B, «Por una dogmática...», *op. cit.*, pp. 219-220 (cursiva mía).

⁴⁰ FERRAJOLI, L., «El derecho como sistema de garantías», en *Derechos y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.

Me parece que este modelo de «ciencia jurídica crítica» tiene algunos problemas. En primer lugar, tengo ciertas dudas sobre la mayor capacidad de influencia que tendría una ciencia jurídica que denunciara dichos condicionamientos; esto es, no termino de entender de qué manera un mayor conocimiento de los condicionamientos extra-jurídicos que determinan las decisiones judiciales puede servir para influir en mayor medida sobre aquéllas. Se podría afirmar, con un ejemplo usado por C&B, que pese a que ya resulta un lugar común la denuncia del racismo en la imposición de la pena de muerte en los Estados Unidos, el porcentaje de personas en el corredor de la muerte de hispanos y afroamericanos sigue superando la proporción que representan dentro de la sociedad estadounidense. Los numerosos estudios sobre el tema no parece que hayan modificado demasiado la conducta de los tribunales.

En segundo lugar, su modelo normativo de «ciencia jurídica crítica» genera un importante problema en relación con sus tesis descriptivas por la siguiente razón: en nuestros ordenamientos no está codificado un sólo ideal de «justicia» –los principios constitucionales permiten diferentes reconstrucciones–, sino varios, y C&B no nos dicen sobre cuál de ellos debe construir la dogmática sus soluciones idóneas para superar los condicionamientos extra-normativos. C&B pasan de defender la indeterminación del contenido del derecho, a una dogmática que (re-)conoce «un ideal de justicia» y pretende influir lo más posible en las decisiones judiciales con el objetivo de satisfacer dicho ideal.

Aquí se abren dos posibilidades para la interpretación de esta propuesta de ciencia jurídica crítica: *a)* como dogmática jurídica técnica que tenga en cuenta los condicionamientos extra-normativos de la jurisprudencia para conseguir satisfacer cualquier «ideal de justicia» (aquél de C&B, pero también el ideal de justicia de, por ejemplo, un neo-liberista o el de un conservador); *b)* como satisfacción de *un* determinado ideal de justicia que se puede derivar de las fuentes del derecho. No creo que C&B estén proponiendo un modelo de dogmática simplemente más persuasiva o meramente técnica; antes bien, parece que la segunda opción, que denuncia la distancia entre los ideales plasmados en el derecho (críticos y/o de izquierda) y la práctica real del derecho, es la preferida por estos autores. Pero ¿qué ideal de justicia?, ¿no están positivizados en las constituciones principios de diferente signo político? El problema de este modelo es que presupone ciertas tesis cognitivistas en torno al contenido del derecho positivo que C&B habían descartado en el modelo descriptivo «no ingenuo». En síntesis, en su modelo normativo presuponen que hay un ideal de justicia inequívocamente plasmado en el ordenamiento, mientras que en el modelo descriptivo defienden que el contenido del derecho está indeterminado, que se funda en principios político-jurídicos contradictorios.

El análisis llevado a cabo por C&B sobre la ciencia jurídica tiene el mérito de llamar la atención sobre algunos puntos importantes sobre los que escasamente se discute como, por ejemplo, la influencia real de las tesis dogmáticas en las decisiones judiciales. No obstante, creo que su modelo normativo de ciencia jurídica práctica genera algunas contradicciones con las tesis que defienden en el plano teórico; en particular, aquélla relativa a la indeterminación del derecho.

5. CONCLUSIÓN

En el presente artículo he intentado dar cuenta de algunas de las tesis que me parecen más relevantes de los movimientos críticos del derecho. En este momento me parece posible y necesario derivar algunas conclusiones –si bien todavía parciales y provisionales– sobre el modelo de ciencia jurídica elaborado desde las perspectivas críticas estadounidense y argentina.

En el plano descriptivo, los dos movimientos críticos aquí analizados afirman que el contenido del derecho está indeterminado: los estadounidenses debido a la «contradicción fundamental»; los argentinos, por su parte, añaden razones lingüísticas (semánticas y pragmáticas) y lógicas. Ello haría que la dogmática jurídica se convierta necesariamente en una actividad política: la indeterminación del derecho hace que los juristas realicen constantemente juicios de tipo político. La conclusión que derivan los críticos en el plano normativo de la ciencia jurídica es que dado que hacer dogmática implica necesariamente juicios de valor, los juristas deben tomar conciencia de la valencia política de su actividad y deben proponer soluciones normativas más justas. La función principal de la dogmática debe ser hacer del mundo un lugar más justo.

Tres son al menos las dificultades con las que se enfrentan, en mi opinión, estos modelos normativos de ciencia jurídica: *a)* dejan de lado –o al menos dan muy poca importancia– el conocimiento del derecho válido y vigente aplicado por los tribunales, lo que me parece criticable⁴¹. Si bien puede ser bueno que los juristas propongan nuevas interpretaciones de los textos legales, también lo es que conozcan el derecho realmente aplicado por los tribunales. La ciencia jurídica debe cumplir también una función cognitiva porque saber si «ejerciendo el derecho a la desobediencia civil, [un sujeto] se arriesga o no a acabar

⁴¹ Esta afirmación debe ser matizada en el caso de Curtis, quien efectivamente sí se ha ocupado y ha subrayado las funciones descriptivas de la ciencia jurídica. Cfr. «El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática», en *Observar la ley, op. cit.*

en la cárcel»⁴² resulta importante; *b*) las esperanzas que se depositan en la capacidad de la dogmática jurídica para cambiar el derecho me parecen excesivas. La dogmática jurídica tiene discrecionalidad a la hora de interpretar el derecho y generar importantes cambios en los ámbitos jurídico y político-social. Ahora bien, el modelo político de los críticos no es en absoluto moderado, y dudo mucho que el poder político no reaccionaría frente a interpretaciones tan progresistas y/o radicales como las sugeridas por los movimientos críticos; *c*) ¿realmente es plausible configurar la dogmática jurídica como una continuación de la política por otros medios? Luigi Ferrajoli, autor en absoluto sospechoso de ser un conservador en el plano político, ha señalado la inoportunidad de configurar la ciencia jurídica como una segunda instancia democrática⁴³. Las propuestas de ciencia jurídica crítica que invitan al jurista a intentar modificar las interpretaciones acogidas por la sociedad y por los tribunales, si bien pueden tener a su favor importantes razones materiales de fondo, cargan con un importante déficit de legitimidad al convertirse en una ulterior instancia de decisión no justificada democráticamente.

Fecha de recepción: 25/03/2009. Fecha de aceptación: 15/11/2009.

⁴² Cfr. BOBBIO, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.

⁴³ El autor llega incluso a afirmar que la ciencia jurídica debe mantener una actitud «liberal». FERRAJOLI, L., «La formación y el uso de los conceptos en la ciencia jurídica y en la aplicación de la ley», en *Epistemología jurídica y garantismo*, *op. cit.*, p. 83.