

Libertad y restricción en la decisión judicial

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Ciencias Sociales y Humanidades

NUEVO PENSAMIENTO JURÍDICO

Colección dirigida por Diego Eduardo López Medina

COMITÉ EDITORIAL

Carlos Gaviria Díaz
Isabel Cristina Jaramillo Sierra
Carlos Morales de Setiën Ravina
José Antonio Rivas Campo
Luis Carlos Sotelo Castro

Libertad y restricción en la decisión judicial

El debate con la teoría crítica
del derecho (CLS)

Duncan Kennedy

Estudio preliminar
César Rodríguez

Notas editoriales
Diego Eduardo López



Universidad de los Andes
Facultad de Derecho



Pontificia Universidad Javeriana
Facultad de Ciencias Jurídicas



EDICIONES
UNIANDES



Pensar
Instituto Pensar



Siglo del Hombre Editores

Kennedy, Duncan

Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)/Duncan Kennedy ; traductores Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo. -- Santafé de Bogotá : Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Ediciones Uniandes, 1999.

224 p. 19 cm. -- (Nuevo Pensamiento Jurídico. Serie Temas)
ISBN 958-665-028-6

1. Filosofía del derecho 2. Libertad (Derecho) 3. Autonomía de la voluntad (Derecho) I. López Medina, Diego Eduardo, tr. II. Pombo, Juan Manuel, tr. III. Tit. IV. Serie

340.1 cd 19 ed.
AGS4578

CEP-Biblioteca Luis-Angel Arango

Duncan Kennedy

Artículo original: *Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology*

© 1986 by the Association of American Law Schools.

Cite as 36 Journal of Legal Education 518 (1986). Reprinted by permission

La presente edición, 1999

© de la traducción, Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo

© Facultad de Derecho - Universidad de los Andes

Cr. 1 N°18ª-10 Santafé de Bogotá D.C. • Tel.: 3520466 Ext.: 2382 Fax: 2812130

© Facultad de Ciencias Jurídicas - Pontificia Universidad Javeriana

Calle 40 N° 6-23 Piso 6º Santafé de Bogotá D.C. • Tel.: 3208320

Exts.: 5193-5194 Fax: 3384535

© Instituto de Estudios Sociales y Culturales - Pensar

Cra 7 N° 39-08 Casa Navarro Santafé de Bogotá D.C. • Tel.: 3208320

Exts.: 5141-5143 Fax: 3400421

© Ediciones Uniandes

Cra 1 N° 19-27 Edif. Aulas 6 Santafé de Bogotá D.C. • Tels.: 2824066 - 2869211

Exts.: 2133-2155 Fax: Ext.: 2158

infeduni@uniandes.edu.co

© Siglo del Hombre Editores

Cr. 32 N° 25-46 Santafé de Bogotá D.C. • Tels.: 3440042 - 3377738 Fax: 3377665

siglohomb@openway.com.co

Diseño de colección y portada: Mauricio Melo González

design@mauriciomelo.com

ISBN: 958-665-028-6

(Colección) ISBN: 958-665-000-6

Panamericana Formas e Impresos

Calle 65 N° 94-72 Santafé de Bogotá

Impreso en Colombia - Printed in Colombia

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por, un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	9
<i>Diego Eduardo López Medina</i>	
UNA CRÍTICA CONTRA LOS DOGMAS DE LA COHERENCIA DEL DERECHO Y LA NEUTRALIDAD DE LOS JUECES	
Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial	17
<i>César Rodríguez</i>	
Introducción	19
Dos preguntas persistentes	19
Las respuestas de las teorías constructivistas y de las teorías críticas	21
La incidencia desigual de las propuestas constructivistas y críticas en la teoría crítica y el derecho hispanoamericanos	29
Plan del estudio	34
El significado y el desarrollo de los estudios críticos del derecho	35
¿Qué son los estudios críticos del derecho?	35

El desarrollo de los estudios críticos del derecho	46
Los estudios críticos del derecho en acción:	
la crítica de la adjudicación de Duncan Kennedy	53
La orientación filosófica y política y el propósito de la crítica de la adjudicación	55
La indeterminación del derecho y de la doctrina jurídica	58
La crítica a la adjudicación	62
La ideología y su influencia en la adjudicación	63
Los argumentos no deductivos como vehículo de la ideología en la adjudicación	73
Libertad y restricción en la decisión judicial	79
El giro fenomenológico y la tesis intermedia de Duncan Kennedy	79
La ocultación deliberada de los motivos ideológicos	86
 LIBERTAD Y RESTRICCIÓN EN LA DECISIÓN JUDICIAL: UNA FENOMENOLOGÍA CRÍTICA	 89
<i>Duncan Kennedy</i>	

PRESENTACIÓN

El derecho está cambiando en América Latina. Las teorías que sustentaron la práctica jurídica durante tanto tiempo y de manera tan incontestable están en franco proceso de crítica y reformulación. Las ideas teóricas fundacionales del derecho que nuestro padre Kelsen expuso no concitan hoy la tan cerrada unanimidad que congregaban hace unos pocos años. Eran tan naturales estas ideas positivistas sobre el derecho que la mayoría de nosotros las aprendió como una teoría jurídica *implícita*. Y cuando algo se aprende así, implícitamente, se endurece con la naturalidad de lo obvio, hasta convertirse casi en un reflejo automático. Bastaba con que un profesor de alguna materia dogmática *respetable* enseñara a sus estudiantes cuáles eran las fuentes del derecho, cómo se interpretaban las normas legales, cómo se disolvían ambigüedades o vacíos en la ley, etc., etc. El estudiante, es decir, todos nosotros, aprendíamos de allí una cierta teoría *implícita* del derecho. Deseábamos, en todo caso, practicar esa o alguna otra materia respetable. Allí se enseñaba, en realidad, lo que el derecho era, cómo funcionaba, cómo se ganaban los casos y cómo se conseguía la

estabilidad económica y el estatus social que tanto deseábamos. El profesor de esta materia dogmática, por supuesto, rara vez tenía que articular abiertamente una teoría del derecho. La reproducción de la teoría se hacía *sottovoce* mediante el manejo de textos, argumentos e interpretaciones que a diario hacía el profesor. De allí aprendimos nuestra teoría *operativa* del derecho.

Los profesores de filosofía del derecho, en cambio, no tenían que ser necesariamente *kelsenitas* y ni siquiera tenían que ser *positivistas*. El profesor de filosofía del derecho podía enseñar algo un tanto extraño. Su énfasis, quizá, residía en la necesidad de moralizar la práctica del derecho recordándonos la existencia de valores como la justicia, cuyo nombre aún nos interpelaba pero cuya efectividad no podíamos asir satisfactoriamente. El profesor de filosofía del derecho solía disparar algunas salvas contra el positivismo, cuya presencia en sus formas más planas, le parecía anti-humanista y anti-erudita. Esas clases fueron, para la mayoría de nosotros, más bien abstrusas y desconectadas de las cosas *reales* que se suponía que los abogados existosos hacían en materias respetables. La desconexión nos producía, en últimas, algo de aburrimiento. Las enseñanzas del profesor de filosofía del derecho, por estas razones, no parecían calar muy profundo.

Es necesario aceptar con franqueza que los profesores y escritores de teoría jurídica no siempre nos conectábamos con las preocupaciones vivas de la profesión. Nuestras discusiones, así fueran importantes, poseían un cierto carácter remoto. Algún guiño de aprobación se hacía a estos temas por amor, quizá, a la erudición necesaria que las *cuestiones filosóficas* parecían aportar a cualquier profesional culto. Nuestras clases y nuestros textos seguían siendo fundamentalmente aburridos. Todo el problema de la filosofía del derecho parecía

restringirse a tomar camino en el dilema entre iuspositivismo e iusnaturalismo. La teoría del derecho *tiene que ser otra cosa*. Este libro y esta colección tratan de esbozar qué otras cosas puede ser la teoría del derecho.

La reproducción continúa y finalmente la hegemonía de una cierta teoría positivista del derecho (que utilizó y utiliza todavía como cabeza de turco el nombre de nuestro padre Kelsen) se alcanzó a través de las clases que *no* tenían pretensiones teóricas. El derecho, en ese sentido, *era siempre* la exposición de una teoría acerca de símbolos, prácticas y textos que reclaman para sí la capacidad de controlar la actividad de hombres y sociedades enteras. El profesor dogmático transmitía un *savoir faire* natural e intuitivo que constituía, sin examen, la médula de una teoría no articulada del derecho.

Pero las cosas han empezado a cambiar en América Latina. Los elementos para una crítica frontal a la teoría *implícita* del derecho están ya sobre la mesa, algunos ya hace varios años, pero todavía permanecen en los *extramuros* de las prácticas jurídicas respetables. Los juristas sofisticados conocen, desde la recepción entusiasta de la escuela analítica del derecho, las complejidades interpretativas que afectan los lenguajes naturales en los que se inscriben las normas jurídicas. Los juristas sofisticados conocen, desde la recepción de la cadena *Legal Process- G. Radbruch- L. Fuller- R. Dworkin*, que la relación entre derecho y moralidad y entre derecho y política tenía más complejidades que la expulsión que de ellas había hecho, también por razones políticas y morales, el programa cientificista de la teoría pura del derecho. Los juristas sofisticados conocen, desde la insistencia en las realidades sociológicas, psicológicas y partidistas que hicieron marxistas, realistas, feministas y críticos, que el derecho no está tan lleno de imparcialidad como pregona y que puede cons-

tituirse en un arma más en la división y dominación faccional e interesada de una sociedad.

Al tiempo que los abogados sofisticados, miembros de una élite jurídica, empiezan a absorber estos contenidos, la teoría implícita del derecho empieza a acusar, por otras vías, cambios y reformas de contenido práctico y concreto que empiezan a desintonizarla con los dogmas positivistas tradicionales. La valorización creciente del derecho constitucional frente al derecho codificado y legislado, el florecimiento de las cortes de última instancia mediante su intervención activa en los circuitos de toma de decisiones políticas mayores, la crisis no resuelta del aparato judicial en primera y segunda instancia que han instigado un programa de reestructuración con claro importe ideológico al que se le ha llamado "reforma judicial", los cambios generalizados a los currículos y a las metodologías de enseñanza del derecho y, finalmente, la cada vez más clara gravitación hacia la órbita de influencia geojurídica norteamericana en perjuicio de nuestra añeja filiación europea, son todos fenómenos *prácticos* que ya han afectado de manera radical nuestra manera de entender el derecho. No digo nada nuevo si afirmo que el derecho en América Latina está en una coyuntura teórica fundamental. Hay un cambio de sensibilidad, de paradigma, una renovación generacional, una sensación de que algo nuevo se gesta en contra de algo viejo. Los decanos y profesores de derecho de todo el sub-continente hablan en estos términos cuando le explican al turista asombrado las políticas internas de sus facultades y las dinámicas de la profesión en sus respectivos países. Nuestros padres se sorprenden de los discursos de sus hijos y les recuerdan que nuestro derecho es, por definición, civilista y francés. Los hijos, y ahora los nietos, parecen contradecirlos. Eso, sin más, es teoría del derecho.

Cada vez más es claro para los teóricos del derecho en la región que existe una distancia importante a explorar, entre los libros de teoría tal y como fueron producidos originalmente y las apropiaciones, libres y estratégicas, que de los mismos hemos hecho en América Latina. Nuestro padre Kelsen, por ejemplo, dice mucho más y mucho menos que lo que la teoría implícita del derecho parece reconocerle, así pregone a los cuatro vientos que se apoya exclusivamente en él. Me sorprende mucho todavía cuando, a todo lo largo de América Latina, le pregunto a los litigantes y jueces cuál es el autor y la idea de teoría del derecho que mejor manejan: la respuesta, en el mejor de los casos, conduce invariablemente a Kelsen y no sobrepasa una somera mención a la "pirámide jurídica" que sigue siendo, por mucho, la metáfora más socorrida en el imaginario de nuestros juristas.

Y, por otro lado, la revolución anti-patriarcal se ha iniciado con textos que eran, en los contextos originales de producción, bastante más conservadores de lo que aquí se creía. A un observador anglosajón le es difícil saber, por ejemplo, cómo y por qué los juristas de las nuevas generaciones en América Latina encontraron tan estimulantes y controversiales las obras de un H.L.A. Hart o de un R. Dworkin. Pero lo hemos hecho, con unas hermenéuticas que han hecho de estos autores importantes símbolos de liberación en un esfuerzo por airear política y moralmente a un derecho que parece estancado. Igual utilidad, más o menos, han tenido en la región los aportes del contingente europeo: las nociones de "discurso" (Habermas), de "retórica" (Perelman o Viehweg), de "argumentación" (Alexy) han sido todas puertas abiertas en una reacción en masa contra la teoría implícita del derecho. En América Latina, a pesar de las diferencias claras que estas propuestas teóricas tienen en sus contextos de producción, *la revolution est un bloc*.

El texto que sigue habla por sí solo. Este pequeño libro es el complemento crítico de la teoría de la adjudicación judicial que se reensayó en esta misma colección cuando publicamos el intercambio entre Hart y Dworkin. El texto de Duncan Kennedy es aquí el tercero en discordia y sus opiniones seguramente entusiasmarán a unos y producirán rechazo en otros. El estilo de este texto, sin embargo, pretende hacer ver que la esquizofrenia que ha partido el derecho entre dogmática y teoría es tan sólo una ilusión que bien vale la pena reconsiderar. Kennedy nos va a hablar de un caso concreto y mientras tanto nos va a hablar de teoría del derecho. Una sola y misma cosa. Su discurso (el de Kennedy) nace en el seno de una red de pensadores y activistas sociales y de ahí se explica la excelente introducción que César Rodríguez hace a los estudios críticos del derecho o *critical legal studies*. De esa necesidad de contextualizar el argumento de Kennedy surgen también las mucho menos competentes notas editoriales que he escrito para llevar de la mano al lector por las sinuosidades y detalles de la discusión jurídica que Kennedy confronta. El lector juzgará si estas herramientas son útiles.

De los *ismos* contemporáneos en derecho, *critical legal studies* (CLS) es quizá de los menos conocidos en América Latina y este texto es, dentro de su *corpus* crítico, una pieza fundamental. Los cambios que vive el derecho en la región han defenestrado un rey y muchos aspiran a sucederlo. La crítica al positivismo ha generado una lucha entre dos o tres modelos básicos de entender el derecho. Los autores se insertan de distintas maneras en esos modelos básicos. Los practicantes de derecho ejercemos y entendemos el derecho entre esa disyuntiva de modelos y nos corresponde pensar la cuestión con calma. ¿Qué tipo de derecho queremos? ¿Cómo queremos practicarlo? El derecho en América Latina vive un momento privilegiado en el que la agencia humana puede con-

tribuir al rediseño de los fundamentos teóricos de la disciplina. De este momento de redefiniciones teóricas saldrán nuevas versiones estándares de la práctica jurídica y CLS tiene mucho que aportar en ese esfuerzo.

En esa línea de ideas, la colección Nuevo Pensamiento Jurídico es un esfuerzo por presentar a la comunidad jurídica hispanoparlante trabajos de teoría o filosofía del derecho recientes, de alta calidad y pertinentes para los procesos de reformulación y reestructuración de la práctica jurídica. Este objetivo sólo lo alcanzaremos cuando, sin renunciar al dolor propio de la reflexión rigurosa, estudiantes, profesores, practicantes y en general, el público interesado en esa arma tremenda que es el derecho, vea que la teoría del derecho no es, para nada, aburrida. En un momento de cambio estructural tan intenso como el que vivimos el que no esté bien montado en el tren de la teoría jurídica corre el serio peligro de quedarse atrasado, bien atrasado.

DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA



UNA CRÍTICA CONTRA LOS DOGMAS DE
LA COHERENCIA DEL DERECHO Y LA
NEUTRALIDAD DE LOS JUECES

Los estudios críticos del derecho y la teoría
de la decisión judicial

César Rodríguez

INTRODUCCIÓN

DOS PREGUNTAS PERSISTENTES

La teoría del derecho contemporánea, concebida fundamentalmente como una indagación acerca de la *práctica jurídica* —y en especial acerca de la adjudicación o aplicación del derecho por parte de los jueces en casos concretos—, gira alrededor de dos preguntas inquietantes y siempre recurrentes. De una parte, ¿los sistemas jurídicos son internamente coherentes o incoherentes? y de otra, ¿los jueces son aplicadores neutrales de normas jurídicas o creadores de derecho inspirados en razones políticas y morales?¹

El primer interrogante apunta a la discusión sobre la existencia o inexistencia de lagunas, contradicciones e indeterminaciones en los ordenamientos jurídicos. Por esta razón, en este ámbito de la teoría se debaten cuestiones relativas a la *estructura* de las

1 Estas dos preguntas, que han sido enunciadas aquí en su forma descriptiva, aparecen en los debates teóricos acompañadas generalmente de sus equivalentes prescriptivos: ¿cómo deben ser los ordenamientos jurídicos? y ¿cómo deben aplicar los jueces el derecho?

normas y de los ordenamientos jurídicos, a partir de preguntas tales como: ¿cuál es el criterio de validez de las normas jurídicas (qué permite distinguirlas, por ejemplo, de las normas morales)?, ¿en qué se diferencian las reglas de los principios jurídicos?, ¿es el ordenamiento jurídico un conjunto de normas inspirado en un propósito claramente detectable (v.gr. la protección de la libertad de los individuos, o el predominio del interés general) y estructurado lógicamente, de tal suerte que provee una única solución para cada caso concreto?

El segundo gran interrogante de la teoría jurídica actual hace alusión a la *aplicación* de las normas, particularmente a través de decisiones judiciales. En este campo, por lo tanto, se discuten cuestiones tales como el carácter objetivo o subjetivo de la interpretación jurídica, la intersección o la separación entre el derecho y la política en la adjudicación, el valor de los métodos de interpretación, y la transformación del principio liberal de separación de poderes a causa de la tendencia actual hacia el activismo judicial.²

A pesar de que generan campos de investigación diferentes, es claro que las dos preguntas están estrechamente ligadas, hasta el punto que la respuesta que se da a la primera determina en gran medida la respuesta a la segunda. En efecto, cuando se concibe el ordenamiento jurídico como un sistema armónico y completo, la aplicación judicial de las normas que lo integran aparece como una actividad técnica y neutra, entendida como una suerte de apéndice funcional del mismo sistema. De acuerdo con esta perspectiva, la tarea del juez consiste en desentrañar y explicitar la solución que para el caso con-

2 Sobre esta tendencia y su incidencia en la teoría jurídica, véase César Rodríguez, "Teoría del derecho y decisión judicial. En torno al debate Hart-Dworkin", en: *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de Los Andes, 1997, pp. 15-17.

creto ya prevé el ordenamiento jurídico. Por esta razón, las teorías del derecho que afirman la coherencia del derecho tienden a sostener simultáneamente la neutralidad de la adjudicación.

Por el contrario, cuando se entiende el derecho como un conjunto de normas que tienen una textura abierta y que se encuentran en tensión permanente debido a que protegen simultáneamente intereses de grupos enfrentados (v.gr. trabajadores y empleadores), los litigios y la adjudicación son vistos como campos de enfrentamiento entre dichos grupos, en los que el juez, lejos de mediar de forma neutra, generalmente puede elegir entre interpretaciones alternativas de acuerdo con el resultado que considera más justo. Debido a esto, las teorías que sostienen la indeterminación esencial del derecho, suelen señalar igualmente el carácter subjetivo de la adjudicación.

LAS RESPUESTAS DE LAS TEORÍAS CONSTRUCTIVISTAS Y DE LAS TEORÍAS CRÍTICAS

En el contexto anglosajón, las preguntas señaladas han dado lugar a una clara división entre los teóricos del derecho. De hecho, como lo ha señalado recientemente Duncan Kennedy,³ la evolución de la teoría jurídica anglosajona durante el presente siglo puede ser entendida como la perpetua confrontación entre, de un lado, una serie de propuestas muy diversas que intentan demostrar la coherencia interna del derecho y la neutralidad de la aplicación judicial del mismo y, de otro lado, un conjunto de aproximaciones críticas que pretenden subrayar la radical indeterminación del derecho y el carácter ideológico y político de la adjudicación. Se trata, en otros términos, del debate entre teorías constructivistas (o recons-

3 Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication*, Cambridge, Harvard University Press, 1997, p. 91.

tructivistas) y teorías críticas. Las primeras conforman el paradigma dominante tanto en el medio académico como en la práctica social, mientras que las segundas representan una especie de contra-cultura jurídica, minoritaria dentro y fuera de las facultades de derecho, aunque no por eso menos inquietantes y persistentes. En términos fisiológicos, de acuerdo con la metáfora utilizada por Kennedy,⁴ en tanto que las propuestas constructivistas conforman el "cuerpo" de la teoría jurídica anglosajona, las corrientes críticas constituyen el "virus" teórico que amenaza la salud de dicho cuerpo y que lleva a que éste genere defensas, esto es, nuevas propuestas reestructurativas que buscan restablecer la imagen de coherencia y neutralidad del derecho.

La lista de teorías constructivistas y reestructurativas es amplia y variada. De hecho, aunque tienen en común su oposición al proyecto crítico, dichas teorías utilizan criterios de construcción claramente diferentes, lo que las lleva incluso a rechazarse mutuamente con el mismo encono con el que se resisten a las teorías críticas. Así, por ejemplo, mientras que para el análisis económico del derecho propuesto por Richard Posner el criterio de coherencia del derecho y la adjudicación es la eficiencia,⁵ para H.L.A. Hart dicha coherencia está garantizada en la mayoría de las disputas jurídicas (casos fáciles) gracias a que en este tipo de caso las normas aplicables pueden ser identificadas e interpretadas de forma unívoca.⁶ Entre tanto, para Ronald Dworkin —el teórico reestructurativista por excelencia en el pensamiento jurídico anglosajón de finales de siglo— el derecho y la adjudicación son coheren-

4 *Ibid.*, p. 73.

5 Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown and Company, 1992. Sobre el análisis económico del derecho, véase Santos Pastor, *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*, Madrid, Tecnos, 1989.

6 H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, p. 162.

tes en tanto responden a “la moralidad política presupuesta por las normas e instituciones de la comunidad” donde operan.⁷

Estas propuestas reconstructivistas difieren, además, en la actitud que asumen frente a las teorías críticas. Así, mientras que Hart concede a los críticos la existencia de casos difíciles en los que el derecho es indeterminado y el juez decide de manera discrecional,⁸ Dworkin niega esta posibilidad y, con ello, intenta cerrar cualquier espacio a la propagación del virus crítico.⁹ Esta posición de Dworkin frente a los críticos es, a su vez, objetada por Hart, para quien la ilusión dworkiniana de completud y coherencia plena del derecho es sólo un noble sueño.¹⁰ El contrapunteo entre los reconstructivistas, por supuesto, genera el deleite de los teóricos críticos, como lo indica con ironía Duncan Kennedy en el siguiente comentario:

Ciertamente, la actual multiplicidad de teorías de la neutralidad contradictorias parece una refutación poderosa, aunque por supuesto no definitiva, de todas ellas. Soy un admirador de su trabajo de crítica mutua. Respaldo la crítica de Dworkin contra Richard Posner, al igual que la crítica de Andrew Altman contra Dworkin, y la crítica que seguramente vendrá de (Owen) Fiss contra Altman, y la crítica de Posner contra Fiss (si existe), y así sucesivamente alrededor del círculo. Este [...] es un juego [...] en el que cada escritor simultáneamente teje su propia obra y desata los hilos de la de los otros.¹¹

7 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p. 126.

8 Hart, *op. cit.*, p. 183.

9 Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, pp. 68-71.

10 H.L.A. Hart, “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, en: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 137.

11 Kennedy, *op. cit.*, p. 91, (traducción del autor; notas de pie de páginas omitidas).

El desarrollo de las teorías reconstructivistas, en conclusión, puede ser explicado como el resultado del doble debate señalado contra otras teorías de ese tipo y contra las de corte crítico. De hecho, la estructura y contenido de las dos obras más influyentes de la teoría jurídica anglosajona de la segunda mitad de siglo —*El concepto de derecho* de Hart y *El imperio del derecho*¹² de Dworkin— están animados por el propósito de hacer un ajuste de cuentas con las teorías críticas y las reconstructivistas alternas. En la obra de Hart, la teoría crítica en la mira es el realismo jurídico norteamericano (que Hart caracteriza como la posición escéptica frente a las reglas), mientras que en las reconstructivistas son el positivismo de Austin y el iusnaturalismo, de un lado, y las formalistas y conceptualistas de diverso tipo.¹³ Entre tanto, el libro de Dworkin está explícitamente destinado a enfrentar, de una parte, las tesis de los críticos pragmáticos pertenecientes a la corriente de los estudios críticos del derecho (*critical legal studies*) y, de otra parte, a los proyectos reconstructivistas alternos, concretamente el positivismo hartiano, el convencionalismo, el economicismo de Posner y el originalismo conservador en materia de interpretación constitucional.

En el otro polo del debate se encuentran las teorías críticas, cuya primera manifestación en el contexto anglosajón fue el realismo jurídico de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Desde un comienzo, el realismo puso en tela de juicio la pretendida

12 Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.

13 En *El concepto de derecho*, Hart no especifica ninguna teoría de esta clase. Sin embargo, en el artículo citado sobre la filosofía del derecho norteamericana, Hart identifica a Roscoe Pound como uno de los exponente más claros de este proyecto y, como se mencionó anteriormente, a Dworkin como su defensor más extremo. H.L.A. Hart, "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream", en: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *op. cit.*, p. 134.

objetividad y coherencia lógica del derecho. Así, en una de las obras fundacionales del realismo, *The Path of the Law* (1897), Oliver Wendell Holmes, magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos, acusaba de falaz la imagen formalista del derecho:

La falacia a la que me refiero es la noción según la cual la lógica es el único factor que opera en el derecho [...] El peligro al que aludo consiste [...] en la afirmación según la cual un sistema jurídico como el nuestro puede ser derivado, como la matemática, de un conjunto general de axiomas de conducta. Este es el error natural de las teorías, pero no está confinado a ellas. En una ocasión escuché a un juez eminente decir que nunca profería una decisión hasta que estaba completamente seguro de que era correcta. Por eso, las diferencias de opinión entre los jueces son condenadas a menudo, como si lo que hubiese sucedido fuera que uno u otro grupo de jueces hubiera hecho mal la suma, y como si lo que se hubiese requerido para llegar al inevitable acuerdo fuese un poco más de trabajo.¹⁴

Como se sigue de la misma cita, existe una conexión íntima entre la tesis realista sobre los límites de la lógica y la coherencia en el derecho, de un lado, y la crítica a la doctrina de la aplicación mecánica y neutral del derecho, del otro. El mismo Holmes señalaba la incidencia de su crítica en la concepción de la adjudicación:

Las decisiones judiciales están escritas generalmente en el lenguaje de la lógica. Y el método y las formas de la lógica satisfacen ese anhelo de certeza y tranquilidad que se encuentra en toda mente humana. Pero la certeza generalmente es una ilusión, y la tranquilidad no es el destino del hombre. De-

14 Oliver Wendell Holmes, "The Path of the Law", en: *Harvard Law Review*, 10 (1897). La edición que aquí se cita es *The Path of the Law*, Bedford, Applewood, 1996, pp. 15-16, (traducción del autor).

trás de la forma lógica existe un juicio acerca del valor e importancia relativos de propósitos legislativos que compiten entre sí; es verdad que este es a menudo un juicio desarticulado e inconsciente, y aun así constituye la médula misma del proceso judicial.¹⁵

De esta forma, en la concepción realista de la adjudicación la tarea del juez está lejos de la construcción de un sencillo silogismo a partir de la norma aplicable y los hechos del caso. Para los realistas, por el contrario, los procesos judiciales son “campos de batalla” en los que “la sentencia no puede más que plasmar la preferencia de un juez o una corte en un lugar y un momento determinados”.¹⁶

Con base en esta concepción del derecho y la adjudicación, los teóricos realistas posteriores a Holmes —entre quienes se destacan Felix Cohen, Karl Llewellyn, Robert Hale y Jerome Frank¹⁷— desarrollaron, especialmente en el ámbito del derecho privado, una crítica contra la dogmática y la teoría jurídica dominantes que insistían en la separación clara entre la creación del derecho (de competencia del

15 *Ibid.*, p. 16. (traducción del autor).

16 *Ibid.*, *id.*

17 Las propuestas realistas sobre el derecho constituyen probablemente el aporte más original de la teoría jurídica norteamericana. Este hecho, aunado al escaso conocimiento de dichas propuestas en el medio hispanoamericano, justificaría un análisis detallado sobre el realismo. Esta tarea, sin embargo, desborda los objetivos del presente estudio, que se ocupará predominantemente de las teorías críticas contemporáneas heredadas del realismo. Un comentario general de los trabajos realistas se encuentra en Gary Minda, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*. Nueva York, NYU, 1995, cap. 2. La mejor introducción al realismo, sin embargo, es la lectura directa de los autores citados. Véase Felix Cohen, “The Ethical Basis of Legal Criticism”, en: *Yale Law Review*, 41 (1931); Karl Llewellyn, *The Brumble Bush, or, Our Law and Its Study*. New York, Oceana, 1960; Robert Hale, “Bargaining, Duress and Economic Liberty”, en: *Columbia Law Review*, 43 (1943); Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*. Garden City, Doubleday, 1930.

legislador) y la aplicación del mismo (de competencia del juez). En este contexto, la tarea de los realistas fue insistir en el carácter indeterminado e incompleto del derecho y en la consecuente incidencia en la decisión judicial de factores que, de acuerdo con la concepción dominante, eran extrajurídicos (v.gr. argumentos de conveniencia, posición ideológica del juez, presión de la opinión pública, etc.). Así, en la perspectiva realista la adjudicación, como lo indica la última cita de Holmes, es un escenario al que se extienden los conflictos sociales y políticos entre personas y grupos opuestos, cuya solución es una creación del juez, antes que el resultado de la aplicación deductiva de las normas jurídicas. En esta visión, en conclusión, se derrumba la distinción entre creación y aplicación del derecho; esto, a la vez, como en un efecto de dominó, da al traste con la separación entre derecho y política que yacía en el corazón de las corrientes jurídicas dominantes. Para los realistas, el derecho en general, y la adjudicación en particular, son productos de la dinámica política y social que, lejos de ser ajenos a las tensiones de dicha dinámica, las reproducen.

Las tesis realistas dieron lugar en el medio anglosajón, especialmente en los Estados Unidos, al nacimiento de una pluralidad de corrientes críticas a partir de los años sesenta que heredaron del realismo la actitud escéptica frente al derecho y la adjudicación y la han complementado con frecuencia con una denuncia contra el papel de estos en la conservación de las desigualdades sociales. Así, a finales de los años cincuenta y comienzos de los sesenta, la sociología del derecho contemporánea de los Estados Unidos (dentro del movimiento conocido como Derecho y Sociedad -*Law and Society*-) surgió como una corriente intelectual interdisciplinaria cuyo propósito inicial fue aplicar los métodos de investigación de las ciencias sociales para indagar, entre otras cosas, lo que "realmente" se encontraba detrás de (y después de) la creación de leyes y de la produc-

ción de sentencias u otras formas de solución de conflictos. Así, como lo afirman Trubek y Esser, “el realismo jurídico se encuentra en el origen de las teorías del conocimiento y del derecho alrededor de las cuales el movimiento de Derecho y Sociedad tomó forma”.¹⁸

De igual manera, a mediados de los setenta apareció en el escenario de la teoría jurídica norteamericana el movimiento de los estudios críticos del derecho (*critical legal studies*), que reivindicó de manera explícita su conexión con el realismo jurídico de la primera mitad del siglo.¹⁹ Este movimiento, cuyo estudio es el objeto central de las secciones posteriores de este ensayo, ha radicalizado en los últimos años la crítica realista del derecho para abrir el espacio a propuestas muy diversas, que van desde el racionalismo jurídico de izquierda hasta el irracionalismo posmoderno, pasando por corrientes como el feminismo y la teoría crítica de la raza.²⁰

18 David Trubek y John Esser, “‘Critical Empiricism’ and American Critical Legal Studies: Paradox, Program, or Pandora’s Box?”, en: Christian Joerges y David Trubek (edit.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*. Baden-Baden, Nomos, 1989, p. 110, (traducción del autor). Por otra parte, el trabajo clásico de la sociología del derecho norteamericana sobre la forma como “realmente” opera la adjudicación y sobre la reproducción de las desigualdades sociales en los procesos judiciales, es el de Marc Galanter, “Why the ‘Haves’ Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change”, en: *Law and Society Review*, 9 (1974).

19 Así, por ejemplo, Duncan Kennedy, posiblemente el autor más prominente del movimiento de los estudios críticos, entiende su teoría de la adjudicación como una “extensión del proyecto del realismo jurídico”, en un artículo cuya traducción hace parte del presente libro (“Libertad y restricción en la decisión judicial: una fenomenología crítica”), originalmente publicado bajo el título “Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology”, en: *Journal of Legal Education*, 36 (1986), p. 518.

20 En este punto me limito a mencionar algunas de las corrientes relacionadas de alguna forma con los estudios críticos del derecho, sin entrar a considerar los vínculos problemáticos entre ellas, ni la pregunta más general sobre si existe algo en común entre ellas. Estos temas serán objeto de la siguiente sección de este ensayo.

De esta forma, la sociología del derecho contemporánea²¹ y los estudios críticos del derecho, han actualizado y revitalizado el virus que inquieta, que intenta minar el cuerpo de la teoría jurídica dominante, convirtiéndose en polos alternativos en el pensamiento actual sobre el derecho en el contexto anglosajón.

LA INCIDENCIA DESIGUAL DE LAS PROPUESTAS CONSTRUCTIVISTAS Y CRÍTICAS EN LA TEORÍA JURÍDICA Y EL DERECHO HISPANOAMERICANOS

Durante las últimas dos décadas, la teoría y la práctica jurídicas estadounidenses han tenido una creciente influencia en España y América Latina, motivada fundamentalmente por la adopción o el fortalecimiento en buena parte de los países de habla hispana de una de las instituciones jurídicas centrales de los Estados Unidos, el control de constitucionalidad de las leyes.²² Esta innovación en los ordenamientos jurídicos hispanoamericanos ha implicado un giro hacia un modelo constitucional dualista, esto es, de acuerdo con la tipología propuesta por Ackerman y Rosenkratz,²³ un sistema

-
- 21 Especialmente en su versión crítica de finales de los ochenta y principios de los noventa, que ha asumido de manera consciente la pregunta acerca de la función política y social de los estudios empíricos sobre el derecho, y la pregunta acerca de la "objetividad" de dichos estudios. Véase Trubek y Esser. *op. cit.*, pp. 142-150.
 - 22 Ejemplos de esta tendencia han sido la creación de tribunales constitucionales en España (1978) y Colombia (1991), así como el giro garantista de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina tras la llegada de la democracia. Sobre el caso español, véase Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1981. Sobre el control constitucional argentino, véase Carlos Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 668-673.
 - 23 Bruce Ackerman y Carlos Rosenkratz, "Tres concepciones de la democracia constitucional", en: *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

en el que se distinguen claramente dos niveles normativos: de una parte, la Constitución en la cima de la pirámide de normas y, de otra parte, las leyes y reglas de nivel inferior, que están subordinadas a la Constitución. Esta relación jerárquica entre los dos niveles normativos es garantizada a través del control de constitucionalidad de las leyes encargado en última instancia a una corte constitucional (v.gr. Colombia y España), o a una corte que actúa como instancia máxima tanto en asuntos ordinarios como constitucionales (v.gr. Argentina). En este sistema —inspirado en la Constitución y la práctica judicial de los Estados Unidos— las normas constitucionales tienen un *valor jurídico*, como quiera que son aplicadas a diario por jueces y cortes que examinan cuestiones constitucionales a propósito de casos concretos o de acciones públicas de inexequibilidad. Este modelo contrasta claramente con el monista de origen francés, que prevaleció en España y América Latina hasta finales de los setenta, y en el que el predominio histórico de la ley como expresión de la voluntad popular ha impedido la existencia de un control de constitucionalidad activo conservando así la Constitución un valor fundamentalmente político.²⁴

Resulta muy interesante notar, sin embargo, que el trasplante del control de constitucionalidad y del consecuente protagonismo de los jueces constitucionales, ha estado acompañado por el estudio de sólo una de las líneas de la teoría jurídica anglosajona, esto es, la corriente constructivista sobre el derecho y la adjudicación. En efecto, mientras que autores como Hart y Dworkin han sido traducidos y recibidos con un entusiasmo cada vez mayor en el pensa-

24 Sobre este contraste entre los modelos constitucionales de los Estados Unidos y Francia, en una perspectiva histórica, véase el excelente estudio de Roberto Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1994.

miento jurídico en lengua española,²⁵ e incluso en las decisiones judiciales,²⁶ casi nada se sabe o se dice sobre las teorías críticas del derecho.²⁷ Las obras de autores realistas o pertenecientes al movimiento de los estudios críticos del derecho permanecen en el anonimato, a pesar de formar parte importante del canon de la teoría jurídica contemporánea en lengua inglesa.²⁸ Tampoco han tenido eco las teorías

-
- 25 En efecto, *El concepto de derecho* de Hart apareció en español en 1963, dos años después de haber sido publicado en inglés; el *Postscriptum* a esta obra fue publicado en español en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, *op. cit.*, pp. 89-142. Entre tanto, la obra de Dworkin ha sido traducida copiosamente durante las últimas dos décadas. Véase, entre otros, Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984; *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988. Ha crecido, igualmente, la bibliografía sobre Hart y Dworkin en español. Véase, entre otros, Juan Ramón de Páramo, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984; A. Calsamiglia, "Ensayo sobre Dworkin", en: *Los derechos en serio*, *op. cit.*, pp. 7-27. Sobre la discusión entre Hart y Dworkin, véase César Rodríguez, "Teoría del derecho y decisión judicial. En torno al debate Hart-Dworkin", *op. cit.*
- 26 Así, por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana adoptó explícitamente la posición hartiana sobre las reglas y los principios jurídicos (y, en consecuencia, desechó la tesis de Dworkin), en la sentencia C-083/95 (M.P.: Carlos Gaviria; constitucionalidad de las normas que consagran la analogía, la doctrina constitucional y los principios generales como fuentes auxiliares de derecho).
- 27 En este sentido, es muy significativa la omisión de estas teorías en el recuento que Francisco Laporta hace sobre el pensamiento jurídico contemporáneo. Véase Francisco Laporta, "Ética y derecho", en: Victoria Camps (edit.), *Historia de la ética*, Madrid, Crítica, 1989, Tomo 3.
- 28 Son muy escasos los trabajos sobre el realismo jurídico que existen en español, como lo muestra la bibliografía recopilada por Liborio Hierro en uno de los pocos estudios sobre dicho movimiento, "Realismo jurídico", en: Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta (edit.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 77-86. Son todavía más exiguos los trabajos sobre el movimiento de los estudios críticos del derecho. Actualmente tienen difusión sólo dos trabajos sobre el tema, escritos por Juan A. Pérez Lledó. Véase: *El movimiento "Critical Legal Studies"*, Madrid, Tecnos, 1996; y "Teorías críticas del derecho", en: Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta (edit.), *El derecho y la justicia*, *op. cit.*

críticas elaboradas en el continente europeo, como la escuela del derecho libre de Kantorowicz, la escuela científica de Gény, y los movimientos del uso alternativo del derecho en Italia y de crítica del derecho en Francia.²⁹ La exclusión del pensamiento crítico de la teoría del derecho hispanoamericana ha hecho que la herencia realista se desplace a la sociología jurídica, disciplina que ha ganado considerable vigor en los últimos años en España y, sobre todo, en Latinoamérica.³⁰

De esta forma, existe en nuestro medio un notorio desfase entre la práctica jurídica y social, de una parte, y el pensamiento y las influencias intelectuales dominantes en el ámbito de la teoría y la dogmática jurídicas, de otra. En efecto, mientras que la fragmentación, la desigualdad y el predominio de la fuerza caracterizan en mayor o menor medida las sociedades y el derecho hispanoamericanos, el discurso teórico continúa elaborando las nociones clásicas del formalismo jurídico, esto es, la coherencia del derecho y la neutralidad judicial.³¹ Igualmente, en tanto que el tránsito hacia el modelo norteamericano de control de constitucionalidad genera un creciente activismo judicial, la teoría y la dogmática tienden a insistir en la separación clásica de poderes y en la distinción liberal entre el derecho y la política.

¿Por qué existe este desfase? ¿Por qué en medio de una práctica jurídica inestable, contradictoria, e incluso violenta, no han florecido las teorías de corte

29 Sobre estas corrientes, véase Pérez Lledó, "Teorías críticas del derecho", *op. cit.*

30 Un balance de la creciente sociología jurídica en lengua española se encuentra en: Roberto Bergalli (edit.), *El derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica*, Barcelona, PPU, 1989; y en: Oscar Correas (edit.), *Sociología jurídica en América Latina*, Oñati, Oñati Proceedings, 1991.

31 Sobre el desfase entre prácticas sociales y discurso jurídico en Latinoamérica, véase Boaventura de Sousa Santos, *Estado, derecho y luchas sociales*, Bogotá, ILSA, 1991; y *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de Los Andes, 1997.

realista y crítico que subrayan justamente dichos elementos? La respuesta a estas preguntas es compleja, y su elaboración supera las pretensiones de esta introducción. Sin embargo, es posible anotar por lo menos cuatro razones que ayudan a explicar esta situación. En primer lugar, la adopción en el siglo XIX del sistema jurídico francés —fundamentalmente a través de la introducción de códigos civiles inspirados en el Código de Napoleón— hizo de la ley escrita y codificada la fuente suprema del derecho. En el ámbito de la teoría jurídica, este hecho dio lugar a una tradición formalista aún prevalente, centrada en la exégesis de los textos legales y en la insistencia en el carácter apolítico de la adjudicación.³² En segundo lugar, la educación jurídica ha tendido a reproducir la concepción formalista del derecho, al concentrarse casi de manera exclusiva en el estudio de las normas positivas, lo que ha generado al mismo tiempo una atención sólo marginal a la jurisprudencia y un escaso análisis de las relaciones entre el derecho y la vida social. En tercer lugar, el desconocimiento del realismo jurídico ha impedido que se articule en nuestro medio una crítica radical al derecho y a la adjudicación. Como lo sostiene Kennedy, en los países de tradición jurídica francesa no ha existido una crítica *interna* al derecho, un equivalente del “virus” de la teoría jurídica estadounidense.³³ Por último, el peso histórico del formalismo y de su confianza en la racionalidad interna del derecho³⁴ ha dificultado la entrada

32 Una caracterización de la teoría formalista, y de la anti-formalista que surgió como respuesta contra aquélla, se encuentra en César Rodríguez, “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad”, en: *Observatorio de Justicia Constitucional: balance jurisprudencial 1996, el año de la consolidación*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de Los Andes, 1998, pp. 257-289.

33 Kennedy, *A Critique of Adjudication*, op. cit., pp. 94-95.

34 Posiblemente la expresión más clara de esta confianza racionalista es la formulación de los “métodos de interpretación” como formas neutras de aplicación de la ley. La idea de método, sobra decirlo, está en el nacimiento y en el corazón mismo del pensamiento moderno.

del pensamiento posmoderno al ámbito de la teoría jurídica. En este sentido, el pensamiento jurídico en lengua española sigue siendo radicalmente moderno, de tal forma que la articulación de elementos posmodernos y críticos en la teoría del derecho es una tarea aún por hacer.

PLAN DEL ESTUDIO

El presente trabajo pretende ser un aporte en la realización de dicha tarea. Con este fin, me ocuparé en las siguientes secciones de la corriente crítica contemporánea por excelencia en la teoría jurídica norteamericana, esto es, los estudios críticos del derecho (*critical legal studies*). Como se verá más adelante, este movimiento intelectual ha reivindicado durante las dos últimas décadas la herencia realista y ha asimilado elementos del posmodernismo y el neomarxismo para socavar y dinamizar la teoría y la dogmática jurídicas de los Estados Unidos. El impacto de este esfuerzo crítico ha sido tal que hoy es necesario referirse a los estudios críticos del derecho como una de las corrientes jurídicas fundamentales de ese país, y como una alternativa teórica frente a los intentos constructivistas conocidos en lengua española como los de H.L.A. Hart y Ronald Dworkin. De hecho, *Una crítica de la adjudicación*,³⁵ la obra más reciente de quien es posiblemente el teórico crítico más importante, Duncan Kennedy, puede verse como el trabajo fundamental que cierra la trilogía de la teoría jurídica anglosajona de finales de siglo que comenzó con *El concepto de derecho* de Hart y continuó con *El imperio del derecho* de Dworkin.

Este ensayo intenta servir como introducción a los estudios críticos del derecho, en general, y a su concepción sobre la adjudicación, en particular. Con este propósito, el trabajo estará dividido en dos partes. En

35 Kennedy, *A Critique of Adjudication*, *op. cit.*

la primera, explicaré el significado y el desarrollo del movimiento de los estudios críticos del derecho, haciendo énfasis en las fuentes intelectuales que lo han inspirado y las fases que ha atravesado desde su creación a mediados de los años setenta. En la segunda sección, expondré las líneas centrales de la teoría crítica de la adjudicación más elaborada, esto es, la propuesta por Duncan Kennedy en tres trabajos clásicos de la corriente de los estudios críticos.³⁶ De esta postura teórica, que asumiré como paradigmática del movimiento, resaltaré su carácter a la vez modernista y posmoderno y su defensa de una posición política de izquierda, así como sus tesis sobre la radical indeterminación (e, incluso, contradicción) interna del derecho, la dimensión política de la adjudicación y la función ideológica del dogma de la neutralidad judicial, la incidencia de los argumentos de conveniencia en las decisiones judiciales, y la tensión entre libertad y restricción en la adjudicación.

EL SIGNIFICADO Y EL DESARROLLO DE LOS ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO

¿Qué son los estudios críticos del derecho?

Posiblemente la forma más clara de responder a esta pregunta sea indagar el significado de cada uno de

36 Se trata, en orden cronológico, de "Form and Substance in Private Law Adjudication", en: *Harvard Law Review*, 89 (1976); "Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology" (1986), en: *Journal of Legal Education*, 36 (1986); y *A Critique of Adjudication* (1997), *op. cit.* Por supuesto, existen diferencias importantes en las ideas expuestas por Kennedy en cada uno de estos trabajos debidas fundamentalmente al abandono de algunas tesis y a la inclusión de nuevas herramientas teóricas, particularmente de elementos posmodernos en la última obra. Intentaré dar cuenta de esta evolución del pensamiento de Kennedy en la segunda parte del ensayo. Sin embargo, las propuestas fundamentales han permanecido a lo largo de la obra de este autor, con uno u otro ropaje teórico; es a la dilucidación de esas líneas centrales que dedicaré la mayor atención en dicha sección del ensayo.

los elementos que componen la denominación de esta corriente de pensamiento. En otras palabras, se trata de establecer por qué se habla aquí de “estudios” en plural, en qué consiste su talante “crítico” y en qué sentido se ocupan “del derecho”. Como se verá enseguida, cada uno de estos elementos representa una característica esencial del movimiento y revela algo tanto sobre sus fuentes intelectuales como sobre su contenido.

En primer lugar, se habla de “estudios” porque, a diferencia de lo que sucede con las líneas teóricas establecidas alrededor de la obra de un solo autor, la corriente que aquí se analiza está constituida por los trabajos de un número considerable de autores sobre temas jurídicos muy diversos que, como se verá en detalle más adelante, van desde el derecho laboral hasta el derecho constitucional, pasando por el derecho de los contratos. Son igualmente variados los enfoques disciplinarios asumidos en las diferentes obras críticas, como lo muestra la presencia, entre otros, de trabajos de sociología jurídica,³⁷ filosofía política,³⁸ teoría del derecho³⁹ y dogmática jurídica especializada.⁴⁰ En este sentido, los estudios críticos del derecho no son un sistema teórico —al estilo de sistemas constructivistas como los de Kelsen, Hart o Dworkin—, sino una *red* de trabajos que hacen crítica de objetos específicos, como la adjudicación o la educación jurídica.

Este estilo de *crítica local* es una de las notas distintivas del movimiento, deliberadamente opuesto al

37 Véase, por ejemplo, Richard Abel, “Why Does the A.B.A. Promulgate Legal Rules?”, en: *Texas Law Review*, 59 (1981).

38 Véase, entre otros, Roberto Unger, *Knowledge and Politics*, Nueva York, Free Press, 1975

39 Véase, entre muchos otros, Kennedy, *A Critique of Adjudication*, *op. cit.*

40 Véase, en el ámbito especializado del derecho de los contratos, la crítica de Clare Dalton, “An Essay in the Deconstruction of Contract Theory”, en: *Yale Law Journal*, 94 (1985).

propio de las grandes teorías fundadas por un autor. De hecho, uno de los hitos en la historia del movimiento fue la compilación hecha por Kennedy y Klare de un número importante de artículos y libros que, aunque trataban tópicos muy heterogéneos, tenían en común el propósito de criticar la dogmática y la teoría dominantes respecto de un tema jurídico específico y, por tanto, podían ser agrupados en una bibliografía de "estudios críticos".⁴¹ Esta forma de consolidación del movimiento revela por sí misma el espíritu plural de éste y su característico rechazo de los análisis sistemáticos.⁴² En esta actitud se reconoce uno de los rasgos posmodernos de los estudios críticos del derecho, dado que, como lo sostiene Minda, el posmodernismo es "una práctica y una condición opuesta a la 'Gran Teoría', a los patrones estructurales, a los conocimientos fundacionales".⁴³

La resistencia frente a la sistematización, así como la multiplicidad de temas y perspectivas, ha hecho que con frecuencia se ponga en entredicho la existencia misma de los estudios críticos del derecho como un movimiento con propósitos y postulados reconocibles. De hecho, para algunos autores críticos como Mark Tushnet, el movimiento no existe, en tanto no se puede identificar ningún rasgo característico diferente de la defensa del postulado general según el cual "el derecho es política". De acuerdo con esta opinión, lo que existe es una serie de grupos críticos diversos, entre los cuales se encuentran las feministas, los teóricos

41 Duncan Kennedy y Karl Klare, "Bibliography of Critical Legal Studies", en: *Yale Law Journal*, 94 (1984).

42 Este rechazo ha sido evidenciado por Kennedy en su reciente trabajo sobre la adjudicación, cuando afirma que "la crítica exitosa es local, incluso cuando la localidad es toda una teoría de la neutralidad judicial." Kennedy, *A Critique of Adjudication*, op. cit., p. 92.

43 Gary Minda, *Posmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, op. cit., p. 3.

críticos de la raza, los multiculturalistas y los posmodernos.⁴⁴

Sin embargo, contrario a lo sostenido por Tushnet, dentro de la pluralidad de trabajos críticos existen propósitos, tesis e intereses comunes, que conforman la médula del movimiento. En primer lugar, los estudios críticos tienen un *propósito* que, en los términos de Kennedy, consiste en “poner al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y de los juristas, que crean el derecho mientras se ven a sí mismos como meros instrumentos del mismo”.⁴⁵ La conexión omnipresente entre derecho y política, rehusada por las teorías constructivistas, aparece así en el horizonte de todos los trabajos críticos. En un sentido similar, Martha Minow —pensadora feminista que ha participado ocasionalmente en el movimiento de los estudios jurídicos críticos— sostiene que éste “es reconocible por su propósito de explicar, de una parte, que los principios y doctrinas jurídicas son de textura abierta y pueden dar lugar a resultados contradictorios, y, de otra parte, que las decisiones judiciales expresan una dinámica interna de la cultura jurídica que es contingente, en tanto depende de opciones históricas que privilegian ciertos presupuestos y valores”.⁴⁶

Por otro lado, los autores críticos comparten *tesis e intereses* académicos y políticos que Minow identifica de la siguiente forma:

- 1) Los autores críticos intentan demostrar la indeterminación de la doctrina jurídica: cualquier conjunto de principios jurídicos puede ser usado para conseguir resultados opuestos; 2) los críticos llevan a cabo análisis históricos y socioeconómicos para mostrar cómo los grupos de interés, las clases

44 Mark Tushnet, “Critical Legal Studies: A Political History”, en: *Yale Law Journal*, 100 (1991).

45 Duncan Kennedy, “Notas sobre la historia de CLS en los Estados Unidos”, en: *Doxa*, 11 (1992), p. 284.

46 Martha Minow, “Law Turning Outward”, en: *Telos*, 73 (1986), pp. 84-85.

sociales, o las instituciones económicas arraigadas se benefician de las decisiones jurídicas a pesar de la indeterminación de las doctrinas jurídicas; 3) los autores críticos busca mostrar cómo la cultura y el análisis jurídicos rechazan los elementos provenientes de otros ámbitos de la vida social y legitiman sus resultados; y 4) la escuela crítica procura traer a la luz visiones sociales nuevas o previamente desfavorecidas, y defiende su realización en las prácticas jurídica y política mediante su incorporación en el discurso del derecho".⁴⁷

Ahora bien, una vez se ha explicado la médula de los "estudios" es necesario preguntarse, en segundo lugar, por su aspecto "crítico". Este rasgo esencial del movimiento ya está revelado tanto en el propósito como en las tesis e intereses mencionados, y consiste, como lo sostiene Kennedy, en una doble práctica de, por un lado, "atacar el *statu quo* social y cultural y [...] (por el otro) [...] hacer crítica interna de textos y de prácticas".⁴⁸ En otras palabras, el movimiento es crítico tanto en el sentido *sociopolítico y cultural* de resistencia a la desigualdad y a los patrones sociales existentes, como en el sentido *metodológico*, en tanto su instrumento principal de oposición es la deconstrucción de todo tipo de objetos de la tradición jurídica, como las sentencias, los manuales de enseñanza, los libros y artículos que desarrollan sistemas teóricos constructivistas y las opiniones de profesores de derecho y de abogados.

De acuerdo con el primer sentido de la crítica, de carácter sociopolítico y cultural, los autores del movimiento se sitúan en una posición de izquierda, desde la que ponen al descubierto y censuran las creencias, prácticas e instituciones arraigadas que reproducen las relaciones de desigualdad existentes en la socie-

47 *Ibid.*, *íd.*, (traducción del autor).

48 Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication*, *op. cit.*, p. 5, (traducción del autor).

dad. Entre dichas creencias, prácticas e instituciones, como se verá en detalle más adelante, se encuentran la fe en la coherencia del derecho y la idea de la aplicación neutral del derecho por parte de los jueces. Desde esta postura, los estudios críticos del derecho pretenden promover transformaciones jurídicas y culturales radicales que aseguren un mayor grado de igualdad social. Este talante radical de la crítica y de las transformaciones propuestas es reivindicado por el movimiento como un rasgo que lo distingue de las tendencias progresistas moderadas, como el liberalismo dworkiniano. Desde esta perspectiva, los estudios jurídicos críticos se entienden situados en una posición política opuesta tanto al liberalismo como al conservadurismo norteamericanos que, a pesar de sus diferencias, defienden por igual la moderación: ni el liberalismo pretende una revolución igualitaria, ni el conservadurismo un régimen dictatorial que proteja el libre cambio.⁴⁹

El segundo sentido de la crítica hace alusión a la metodología utilizada en los trabajos de autores del movimiento con el fin de resistir el *statu quo* en el ámbito jurídico. Fieles a la herencia realista, desde un comienzo dichos autores señalaron las contradicciones, tensiones, ambigüedades y vacíos existentes tanto en las normas jurídicas positivas como en las doctrinas, teorías y decisiones judiciales que presentaban una imagen coherente y neutra de la práctica jurídica. La metodología crítica, de esta forma, consiste en un examen minucioso de los textos y prácticas pertenecientes a la tradición jurídica, con el fin de mostrar sus profundas inconsistencias in-

49 En palabras de Kennedy, "los liberales y los conservadores están determinados a 'no ir demasiado lejos' hacia la izquierda o hacia la derecha. Los liberales defienden su posición en pro de la igualdad económica material y la igualdad formal de status sólo hasta cierto punto, más allá del cual abruptamente 'se voltean' y se unen a sus adversarios en nombre de la moderación." *Ibid.*, p. 51.

ternas y su carácter contingente. En otras palabras, de lo que se trata es de minar la supuesta coherencia interna de los objetos predilectos de la tradición jurídica (v.gr. la teoría de la neutralidad judicial) para desenmascarar las opciones políticas que dieron lugar a ellos y los grupos concretos que son favorecidos por el mantenimiento del *statu quo*.

El carácter radical e incesante de esta labor de crítica de los textos y las prácticas de la tradición jurídica es evocado por los términos usados por los autores críticos para referirse a ella. En efecto, en los trabajos críticos se habla de la "demolición"⁵⁰ de los objetos tradicionales, de su detonación a partir de sus elementos inflamables internos que son puestos en acción por la chispa crítica. Esta demolición de textos y prácticas concretos —recuérdese que la crítica es siempre local— opera, como lo subraya Minda refiriéndose a los orígenes del movimiento, en las dos fases ya señaladas:

La idea (de este tipo de trabajos de oposición) era demostrar la indeterminación y la incoherencia del pensamiento jurídico liberal, a través de la 'demolición' de las categorías de la doctrina que los abogados, los jueces y los académicos utilizaban en su trabajo [...] Después de poner al descubierto la indeterminación de la doctrina jurídica, los pensadores críticos procedían a examinar las opciones políticas a las que la doctrina servía.⁵¹

Utilizando esta metodología, en uno de los trabajos pioneros de los estudios críticos, Kennedy mostró la contradicción interna que atraviesa todo el derecho privado, consistente en el enfrentamiento

50 El término inglés utilizado por los críticos *-trashing-* es revelador, porque no sólo hace alusión a la crítica demoledora, sino también al deseo de "echar a la basura" los objetos de la tradición jurídica. La metodología de demolición es explicada por Mark Kelman, "Trashing", en: *Stanford Law Review*, 36 (1984).

51 Minda, *op. cit.*, p. 111.

constante entre dos visiones de la sociedad, el individualismo y el altruismo, que están encarnadas en los textos y prácticas de la tradición jurídica. En este escenario contradictorio, el predominio de una u otra visión en momentos históricos concretos aparece como una elección, como una realidad contingente, de la que se benefician grupos de interés concretos.⁵² En trabajos críticos más recientes —como se verá en la sección siguiente, dedicada a la evolución del movimiento— la metodología de demolición ha sido a la vez revitalizada y transformada por la influencia notoria de la filosofía posmoderna, particularmente por la noción de deconstrucción de Derrida.

La combinación de los dos niveles de la crítica sitúan al movimiento en una línea de pensamiento crítico en la que el realismo jurídico confluye con múltiples influencias filosóficas, entre las que se reconocen como fundamentales las de Nietzsche, Sartre, Marcuse, Foucault, Marx, el psicoanálisis, el neomarxismo de Gramsci y, en los últimos años, Derrida.⁵³ Por esta razón, los estudios críticos constituyen una suerte de pensamiento jurídico de la sospecha, en tanto recoge en el ámbito del derecho la filosofía de la sospecha inaugurada por Nietzsche, Marx y Freud en el siglo pasado. El objeto de la sospecha —tanto en la filosofía en general como en los estudios jurídicos— es la tradición, el discurso predominante, la necesidad y la bondad del *statu quo*. En relación con la adjudicación, por ejemplo, el talante crítico da lugar a una “hermenéuti-

52 Duncan Kennedy, “Form and Substance in Private Law Adjudication”, *op. cit.* Las tesis de este texto serán expuestas en detalle en la segunda sección de este ensayo.

53 Esta genealogía filosófica de los estudios jurídicos críticos se puede encontrar en pasajes aislados de la obra de Kennedy. Véase la nota aclaratoria al comienzo de “Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology”, *op. cit.*, (traducción incluida en este volumen), en la que se reconoce la influencia directa del realismo jurídico y del pensamiento de Sartre y Marx. Véase igualmente las alusiones dispersas a las fuentes filosóficas en *A Critique of Adjudication*, *op. cit.* pp. 5, 263 y 348.

ca de la sospecha”, en la que “se buscan motivos ideológicos ocultos en decisiones judiciales que se presentan a sí mismas como técnicas, deductivas, objetivas, impersonales o neutras [...]”⁵⁴

Por último, si bien ya se explicó cuál es el significado de los “estudios críticos”, es necesario aún explicitar en qué sentido son “del derecho”. El movimiento se entiende a sí mismo como una corriente jurídica, esto es, como un conjunto de trabajos y actividades relativos tanto a las cuestiones técnicas como a las cuestiones teóricas del derecho. La preocupación constante por los asuntos técnicos — que, como se verá, tiene una motivación política — hace que los estudios críticos se resistan a conformar una filosofía del derecho como la de Hart o Dworkin. Tampoco se trata de un conjunto de estudios de dogmática jurídica sin pretensiones filosóficas, como lo muestran las continuas intervenciones de críticos como Kennedy en debates de teoría del derecho. Lo que resulta de los trabajos críticos es una aproximación ecléctica, tanto desde el punto de vista temático — en tanto se ocupan tanto de la dogmática como de la teoría jurídicas) — como desde el punto de vista disciplinario — en tanto utilizan indistintamente herramientas filosóficas, sociológicas, jurídicas, psicológicas, etc —.

En un breve recuento de la evolución y las características del movimiento, Duncan Kennedy describió la naturaleza jurídica del movimiento de la siguiente manera:

La crítica [...] apunta 'al interior' del derecho, al dominio de las reglas detalladas, de los argumentos comunes, de las prácticas familiares de la producción académica y judicial. Los miembros del movimiento enseñan, por otra parte, preferentemente las materias elementales, y se ocupan con frecuencia en sus escritos de las cuestiones técnicas que pre-

54 *Ibid.*, p. 55.

ocupan a las corrientes dominantes. Es precisamente esto lo que les permite *tener* un efecto en las facultades [...].⁵⁵

En esta cita se aprecian dos aspectos centrales de lo jurídico en los estudios críticos. De una parte, como se dijo antes, la crítica apunta con frecuencia contra las normas y las doctrinas relativas a algún problema jurídico técnico en temas tan variados como el derecho laboral,⁵⁶ el derecho constitucional,⁵⁷ el derecho administrativo⁵⁸ y el derecho de los contratos.⁵⁹ Sólo si se discuten las cuestiones técnicas del derecho —sólo si se evita refugiarse en la teoría y no se cede el terreno de la dogmática jurídica al pensamiento convencional— la crítica puede tener un efecto académico y social. Es también por este propósito de modificar en una dirección progresista la práctica jurídica por lo que algunos de los trabajos más interesantes de la corriente han estado dedicados a la crítica de la educación jurídica como mecanismo de reproducción de las jerarquías sociales.⁶⁰

55 Kennedy, "Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos", *op. cit.*, p. 284.

56 Karl Klare, "Critical Theory and Labor Relations Law", en: David Kairys (edit.), *The Politics of Law: A Progressive Critique*, Nueva York, Pantheon, 1982.

57 Mark Tushnet, "The Degradation of Constitutional Discourse", en: *Georgia Law Journal*, 81 (1992).

58 Gerald Frug, "The Ideology of Bureaucracy in American Law", en: *Harvard Law Review*, 97 (1984).

59 Clare Dalton, "An Essay in the Deconstruction of Contract Theory", *op. cit.*

60 Véase el trabajo pionero de Duncan Kennedy, *Legal Education and the Reproduction of Hierachy: A Polemic against the System*, Cambridge, A Far Press, 1983. De acuerdo con Kennedy, es en las facultades de derecho donde los abogados, jueces, funcionarios públicos y asesores privados asimilan las jerarquías existentes en la práctica jurídica (v.gr. entre los que tienen y los que no tienen el conocimiento especializado) y aprenden la estrategia cínica de defender la coherencia del derecho y la neutralidad judicial, a pesar de experimentar a diario la indeterminación y la subjetividad de la práctica jurídica. Véase igualmente Kennedy, *A Critique of Adjudication*, *op. cit.*, pp. 364-368.

De otra parte, el material jurídico objeto de la crítica está conformado predominantemente por *textos* —normas, sentencias, libros, artículos, notas de prensa, etc—, a los que se somete a la labor de demolición interna ya explicada. Esta característica de los estudios críticos del derecho diferencia a este movimiento del otro descendiente contemporáneo del realismo jurídico, la sociología del derecho crítico, cuyo principal objeto de análisis es la práctica social que antecede y sucede a la producción de textos jurídicos. Por esta razón, los trabajos de sociología jurídica apuntan preferentemente al estudio empírico de la implementación de los textos, antes que a la estructura o contenido de estos; también por este motivo la metodología que utilizan es la propia del análisis empírico (observación, estadísticas, etc.), antes que la crítica textual.⁶¹

En cuanto al eclecticismo disciplinario que caracteriza la aproximación al derecho de los estudios críticos —y que hacen problemática su ubicación en alguna especialidad convencional, como la dogmática o la filosofía jurídicas— Kennedy sostiene que:

Con pocas excepciones [...] no se trata aquí ni de filosofía, ni de sociología del derecho, aunque se tomen en préstamo sin pudor los textos clásicos

61. Existe una muy interesante discusión entre los estudios jurídicos críticos y el movimiento de Derecho y Sociedad. De hecho, Duncan Kennedy participó regularmente en los encuentros que eran organizados por algunos de los sociólogos del derecho más prominentes de los Estados Unidos y de Europa, que intentaban crear una sociología del derecho crítica. Esta discusión ha tenido el doble efecto de, por un lado, generar una influencia mutua entre las corrientes y, por el otro, marcar una distancia clara en relación con el objeto de estudio y la metodología de cada una de ellas. Sobre las relaciones entre los dos movimientos, véase David Trubek y John Esser, " 'Critical Empiricism' and American Critical Legal Studies: Paradox, Program, or Pandora's Box?", pp. 134-138; Austin Sarat, "Legal Effectiveness and Social Studies of Law: On the Unfortunate Persistence of a Research Tradition", en: *Legal Studies Forum*, 9 (1985); Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication*, op. cit., pp. 65-70 y cap. 11.

de estas disciplinas, de forma ecléctica, y aunque se pretenda superarlos mientras se los canibaliza. Esta inversión de las jerarquías convencionales de las disciplinas ocasiona muchos malentendidos, en parte porque sus motivaciones culturales y políticas son ininteligibles o repugnantes para la mayor parte de los filósofos y sociólogos profesionales. Su análogo europeo se encuentra, quizá, en la 'crítica cultural' (p. ej. Gramsci, Nietzsche, Benjamin), cuyas pretensiones filosóficas siempre han generado burla o irritación entre los profesionales [...].⁶²

También en la resistencia a los moldes disciplinarios, en fin, existe un elemento de oposición en los estudios críticos. Se hace filosofía del derecho sin construir un sistema teórico y partiendo siempre de los materiales de la *práctica* jurídica; se hace dogmática jurídica, esto es, intervenciones en debates jurídicos técnicos, con base tanto en argumentos propios de la especialidad de que se trate como en argumentos extraídos de la filosofía o de cualquier ámbito de las ciencias sociales.

EL DESARROLLO DE LOS ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO

Los rasgos expuestos en la sección anterior han experimentado cambios a lo largo de un período de más de dos décadas, que comenzó en 1976 cuando por primera vez se realizó un encuentro de estudiosos críticos del derecho.⁶³ Dichos cambios han sido el producto de debates al interior del movimiento que han dado lugar a la creación de diferentes tendencias intelectuales y temáticas en su seno. De acuer-

62 Kennedy, "Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos", *op. cit.*, pp. 284-285.

63 Sobre este encuentro y sobre los orígenes del movimiento, véase Mark Tushnet, "Critical Legal Studies: A Political History", *op. cit.*

do con Minda⁶⁴ y Kennedy,⁶⁵ es posible detectar tres etapas en la evolución de los estudios críticos.⁶⁶

1. Una *fase temprana* en la que los críticos se ocuparon predominantemente de subrayar la indeterminación y las contradicciones internas del discurso jurídico, así como la función de éste en el mantenimiento del *statu quo*. Como lo anota Minda, el propósito de los estudios críticos en esta primera etapa era mostrar que “la doctrina jurídica era una serie de construcciones ideológicas que respaldaban la organización social existente, al convencer a los actores jurídicos y los ciudadanos corrientes que los sistemas jurídico y social eran inevitables y esencialmente justos.”⁶⁷ Con base en esta premisa, los autores críticos afirmaban que “no hay una forma políticamente neutral o coherente de hablar del derecho, porque la lógica interna del derecho depende de principios y conceptos profundamente contradictorios”.⁶⁸

Es en este contexto inicial del movimiento donde tomó forma la “demolición” como estrategia crítica; de lo que se trataba era de perforar el cuerpo de los objetos predilectos de la tradición jurídica, como la teoría de la neutralidad judicial, para llegar hasta su esqueleto, hasta su estructura. Esta estructura se revelaba, bajo el lente crítico, radicalmente contradictoria, a diferencia de lo sugerido por el ideal de coherencia de la doctrina y la práctica jurídicas. Así,

64 Minda, *op. cit.*, cap. 6.

65 Kennedy, “Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos”, *op. cit.*, pp. 285-286.

66 Antes de explicar estas fases, es importante aclarar que éstas no conforman una cronología estricta del movimiento. Lo que ha sucedido es que preocupaciones y debates nuevos se han superpuesto —pero no han reemplazado— a los anteriores. De esta forma, hoy coexisten dentro del movimiento autores y trabajos típicos de cada una de las fases que a continuación se señalan.

67 Minda, *op. cit.*, p. 110.

68 *Ibíd.*, pp. 110-111.

por ejemplo, Kennedy sostuvo que el derecho privado podía ser explicado en términos de una contradicción esencial entre dos ideales que inspiran su doctrina y su práctica, a saber, el individualismo y el altruismo. En otras palabras, la “estructura profunda” del derecho privado estaba conformada por la lucha entre una cosmovisión individualista —favorable al imperio de la autonomía de la voluntad— y una de corte altruista —defensora de instituciones jurídicas que establecieran obligaciones de solidaridad entre los particulares—. ⁶⁹ Otros trabajos de esta fase utilizaron el mismo enfoque para criticar, entre otras doctrinas tradicionales, la teoría liberal del Estado (Unger), ⁷⁰ la teoría de la adjudicación (Gabel y Harris) ⁷¹ y las teorías liberales y progresistas sobre los derechos de las personas (Gabel). ⁷²

A pesar de la existencia de preocupaciones y metodologías comunes, en esta etapa surgió el primer debate radical al interior de los estudios críticos, entre los autores “racionalistas” y los “irracionalistas”. Mientras que los primeros (v.gr. Unger) asumen la crítica como un paso previo a la construcción de comprensiones alternativas del derecho y la sociedad que puedan articularse en proyectos de transformación política a gran escala, los segundos (v.gr. Kennedy y Gabel) tienen un ánimo predominantemente desestabilizador, desconfían de cualquier intento constructivista y limitan sus pretensiones políticas a transformaciones en el modesto ámbito de las facultades de derecho. En otros términos, mientras que los racionalistas son optimis-

69 Kennedy, “Form and Substance in Private Law Adjudication”, *op. cit.*

70 Roberto Unger, *Knowledge and Politics*, *op. cit.*

71 Peter Gabel y Paul Harris, “Building Power and Breaking Images: Critical Legal Theory and the Practice of Law”, en: *NYU Review of Law and Social Change*, 11 (1982).

72 Peter Gabel, “The Phenomenology of Rights Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves”, en: *Texas Law Review*, 62 (1984).

tas en relación con la posibilidad de edificar grandes proyectos sobre el terreno allanado por la crítica —y, por esta razón, rechazan el nihilismo de los irracionistas—, estos últimos descartan esa posibilidad y, por esto, incluyen a los racionalistas entre los autores modernos que son blanco de su trabajo de demolición incesante.

2. Una de las críticas de la primera fase del movimiento —la dirigida contra las teorías de los derechos— generó un debate profundo al interior de los estudios críticos, que reprodujo en buena medida el planteado entre racionalistas e irracionistas y dio lugar a una *fase intermedia* en el desarrollo del movimiento. Para los críticos irracionistas, los derechos son otro de los artificios modernos que esconden —bajo el manto de la retórica de la racionalidad, la universalidad y la necesidad— intereses y opciones históricas contingentes. De acuerdo con esta posición, el discurso convencional sobre los derechos es profundamente contradictorio y alienante, en tanto presenta a los derechos como exigencias éticas universales, a pesar de que la experiencia diaria de su aplicación (v.gr. en decisiones judiciales) muestra claramente las tensiones existentes entre diferentes derechos (v.gr. derecho al trabajo *vs.* derecho a la propiedad y a la libre empresa), tensiones que traducen los intereses de grupos sociales enfrentados (v.gr. trabajadores *vs.* empleadores).

Esta posición es refutada por diversos autores críticos interesados en reconstruir un proyecto progresista a partir de la reivindicación de los derechos de grupos marginados, como las mujeres o las minorías raciales. La entrada al movimiento de un número importante de autores pertenecientes a estos grupos puso en el centro de la discusión el tópico de la consistencia y la utilidad política y jurídica del discurso de los derechos. Para los integrantes y las integrantes del movimiento que reclaman la relevancia de este discurso desde la perspectiva femi-

nista⁷³ y racial⁷⁴ —y que representan en esta segunda fase la línea progresista racionalista— la posición de los críticos irracionales es desmobilizadora, en tanto priva a los grupos marginados de una de las herramientas más eficaces —la apelación a derechos inalienables— para defender sus intereses en los estrados judiciales y en los foros políticos.

3. A mediados de los años ochenta, fueron publicados varios artículos que aplicaban la crítica deconstructiva posmoderna a doctrinas jurídicas tradicionales,⁷⁵ crítica que pasó a caracterizar la *fase actual* del movimiento. El punto de partida de esta etapa fue el rechazo del enfoque estructuralista presente en los trabajos de la primera fase, por parte de autores más jóvenes influidos por la filosofía posmoderna. Para estos críticos posmodernos, la afirmación de la existencia de estructuras profundas en el derecho, de contradicciones fundamentales (v.gr. el enfrentamiento radical entre individualismo y altruismo de Kennedy), es una resonancia del pensamiento racional moderno, en tanto equivale a la formulación de un principio esencial que explica toda la práctica y la doctrina jurídicas en un ámbito determinado (v.gr. el derecho privado). En esta medida, los trabajos críticos que entronizan la contradicción no están muy distantes de las teorías constructivistas que privilegian algún elemento fundamental (v.gr. la moralidad política de la comuni-

73 Martha Minow, "Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover", en: *Yale Law Journal*, 96 (1987).

74 Kimberle Crenshaw, "Race, Reform and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law", en: *Harvard Law Review*, 101 (1988).

75 Dos trabajos seminales en esta dirección son la deconstrucción del derecho de los contratos de Clare Dalton, *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine*, *op. cit.*, y del derecho administrativo de Gerald Frug, *The Ideology of Bureaucracy in American Law*, *op. cit.*

dad en la teoría de Dworkin) para defender la coherencia del derecho y la neutralidad de la adjudicación.

Para los posmodernos, todas las jerarquías conceptuales que privilegian un polo del discurso sobre otro son características de la racionalidad moderna, cuya médula consiste justamente en construir categorías conceptuales opuestas (v.gr. sujeto-objeto) para luego favorecer una de ellas sobre la otra (v.gr. sujeto/objeto). El resultado de esta práctica es la tiranía del orden conceptual existente que, gracias a que reclama estar fundado en la razón, parece natural, necesario. En contra de esta construcción moderna apunta la deconstrucción posmoderna, que sostiene la posibilidad de subvertir todas las jerarquías conceptuales a través de una crítica que muestre sus inconsistencias internas. Para llevar a cabo esta crítica, los deconstructivistas utilizan lo que Derrida ha llamado “la lógica del suplemento” o “el suplemento peligroso”, esto es, la inversión de las jerarquías para mostrar la contingencia del orden establecido por éstas y la posibilidad de privilegiar el polo (suplemento) que hasta ahora ha sido subyugado.⁷⁶ Sin embargo, la exploración de esta posibilidad no tiene como fin la creación de una nueva jerarquía, sino la desestabilización de la anterior y la demostración del carácter relativo de todas las construcciones de la razón.

Así, por ejemplo, la obra más reciente de Kennedy —que abandona el enfoque estructuralista y muestra la influencia clara de Derrida—, pretende enfrentar la dicotomía existente en la teoría de la adjudicación entre lo objetivo (lo neutral, lo “puramente jurídico”) y lo subjetivo (lo ideológico, lo político). La tradición jurídica ha privilegiado abiertamente lo objetivo sobre lo subjetivo, en tanto ha entronizado en los trabajos teóricos y en la práctica judicial la creen-

76 Minda, *op. cit.*, p. 118.

cia en el carácter neutro, apolítico, de la adjudicación. Por este motivo, una de las preocupaciones constantes de la teoría del derecho tradicional ha sido a la vez explicar cómo los jueces son neutrales en su práctica profesional y servir como guía para que esa neutralidad se conserve en los casos difíciles.⁷⁷ Sobre este telón de fondo, la crítica deconstructiva de Kennedy, como se verá detenidamente más adelante, consiste en explorar el elemento subjetivo en la adjudicación, esto es, la incidencia en las decisiones judiciales de factores distintos de la aplicación deductiva de las normas, como los intereses de los grupos afectados por dichas decisiones y las preferencias ideológicas de los jueces. Esta inversión de la jerarquía conceptual subraya la presencia del polo tradicionalmente reprimido (lo subjetivo) y, por tanto, libera concepciones alternativas de la adjudicación negadas por el canon dominante. Lo que ocurre, así, es una inversión de las preguntas relevantes, como lo sugiere Kennedy:

Propongo ubicar mis preguntas —hechas desde una perspectiva de izquierda a la vez modernista y posmoderna, y que permanecen en la marginalidad mientras que nuestra preocupación principal sea defender la posibilidad de la neutralidad— en el centro de la discusión. Se trata, entonces, no de preguntarse cómo los jueces pueden ser neutrales, sino cómo pueden ser actores ideológicos.⁷⁸

De esta forma, contra la propuesta de Dworkin de “tomar los derechos en serio” (y también la tesis

77 Este es el propósito fundamental, por ejemplo, de la aparición del juez Hércules en la teoría del derecho de Dworkin. Véase Ronald Dworkin, “Law’s Empire”, *op. cit.*, cap. 7; y “Taking Rights Seriously”, *op. cit.*, p. 125. Para una explicación de la forma de decidir de Hércules, véase César Rodríguez, “Teoría del derecho y decisión judicial: En torno al debate Hart-Dworkin”, *op. cit.*, pp. 75-84.

78 Kennedy, *A Critique of Adjudication*, *op. cit.*, p. 130.

anexa de la neutralidad judicial), Kennedy sugiere "tomar la ideología en serio".⁷⁹

La incursión de los estudios críticos del derecho en el posmodernismo y el post-estructuralismo ha sido acompañada por el nacimiento de corrientes claramente diferenciadas al interior de movimiento. En efecto, en la actualidad la perspectiva crítica se encuentra dispersa en diferentes tendencias intelectuales que se ocupan del derecho, entre las cuales sobresalen el feminismo radical,⁸⁰ la teoría crítica de la raza,⁸¹ las teorías críticas de la orientación sexual,⁸² y las teorías del postcolonialismo.⁸³

LOS ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO EN ACCIÓN: LA CRÍTICA DE LA ADJUDICACIÓN DE DUNCAN KENNEDY

Hasta este punto, este ensayo ha dado cuenta de las características y del desarrollo de los estudios críticos del derecho, así como de su escaso impacto en el medio jurídico hispanoamericano. El enfoque del escrito ha sido, por lo tanto, descriptivo e histórico. Sin embargo, dado que este trabajo es una introducción al estudio de una corriente intelectual, es necesario aludir de alguna manera al *contenido* de ésta, a las ideas que han propuesto los autores que la constituyen. Por esta razón, la presente sección tendrá un enfoque analítico y se ocupará del contenido de un trabajo crítico concreto, la teoría de la

79 *Ibid.*, p. 70.

80 Véase, entre otros, Robin West, "Jurisprudence and Gender", en: *University of Chicago Law Review*, 55 (1988).

81 Véase Kimberle Crenshaw, *op. cit.*

82 Véase Kendall Thomas, "Beyond the Privacy Principle", en: *Columbia Law Review*, 92 (1992)

83 Véase Lama Abu-Odeh, "Post-Colonial Feminism and the Veil: Considering the Differences", en: *New England Law Review*, 26 (1992). Los trabajos jurídicos críticos de corte postcolonialista han sido fuertemente influidos por Edward Said, *Orientalism*. Nueva York, Vintage, 1979.

adjudicación de Duncan Kennedy. Esta escogencia se justifica no sólo por la relevancia del autor dentro del movimiento crítico, sino también, y sobre todo, por la importancia fundamental del tema en dicho movimiento. En efecto, la crítica a la teoría de la neutralidad judicial ha sido uno de los propósitos centrales de las tres fases de los estudios críticos, dado que ella, como se vio en la introducción a este ensayo, constituye uno de los dos pilares de las teorías constructivistas del derecho y uno de los mecanismos mediante los cuales el derecho, según la perspectiva crítica, conserva y fortalece el *statu quo*.

La teoría de la adjudicación de Kennedy está elaborada en *A Critique of Adjudication* (1997), libro en el que el autor intenta demoler, de manera comprensiva, las bases de las teorías de la neutralidad judicial, cuyo paradigma contemporáneo, como el mismo Kennedy lo señala, es la teoría del derecho como integridad de Ronald Dworkin.⁸⁴ *A Critique of Adjudication* —trabajo que será el objeto central de esta sección— representa a la vez el desarrollo y la revisión de las tesis sobre la adjudicación elaboradas por Kennedy en dos artículos de pretensiones más limitadas. Por una parte, en *Form and Substance in Private Law Adjudication* (1976), una de las obras fundacionales del movimiento, el crítico norteamericano intentó demostrar la contradicción fundamental subyacente al derecho privado y la consecuente imposibilidad de la neutralidad judicial. Por otra parte, en *Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology*, Kennedy recreó el dilema en el que se encuentra un juez progresista que desea un resultado contrario al que la ley parece indicar en un caso imaginario; con ocasión de este ejercicio heurístico, el autor sostiene que tanto la restricción como la libertad son experiencias frecuentes en la actividad judicial. Estos dos artículos servirán como

84 Kennedy, *A Critique of Adjudication*, op. cit., p. 119.

fuentes secundarias del análisis de la crítica de la adjudicación de Kennedy que será presentado a continuación.

La orientación filosófica y política y el propósito de la crítica de la adjudicación

Desde el punto de vista filosófico, el proyecto crítico de la adjudicación de Kennedy está ubicado en la confluencia de la posmodernidad y el modernismo. El proyecto es posmoderno en cuanto apunta a la deconstrucción de las teorías existentes y desconfiaba claramente de las posibilidades de construir teorías alternas. En este sentido, el trabajo se inscribe dentro de la corriente irracionalista de los estudios críticos que, según se explicó, proviene de la primera fase del movimiento y adquiere en la tercera etapa sus connotaciones posmodernas. Por otra parte, el proyecto es modernista en tanto “en lugar de edificar una nueva teoría (que reemplace a la deconstruida), busca inducir [...] las emociones modernistas asociadas con la muerte de la razón — éxtasis, ironía, depresión, etc. —”⁸⁵ Contra los críticos de corte racionalista, entonces, Kennedy defiende una posición inspirada en la sensación de ruptura e innovación propias del modernismo artístico. En su trabajo, así, la teoría jurídica se asocia con la estética.

Desde el punto de vista político, la crítica de la adjudicación es de izquierda, en cuanto pretende desestabilizar las concepciones de la decisión judicial que hacen parte del *statu quo*. Aunque la crítica posmoderna-modernista de Kennedy se dirige tanto al racionalismo de izquierda como al de derecha, su objeto predilecto es la teoría liberal de la neutralidad judicial, símbolo del *statu quo* jurídico que reproduce y refuerza las desigualdades sociales. En este sen-

85 *Ibid.*, p. 342.

tido, Kennedy califica su propuesta como modernista, posmoderna y de izquierda, esto es, a la vez irracionalista y en favor de “una sociedad más igualitaria y comunitaria”.⁸⁶ Se trata de una combinación filosófica-política compleja dado que, como el mismo Kennedy lo nota, la idea racional moderna de “estar en lo correcto” al proponer el cambio social ha sido parte importante de los proyectos de izquierda (v.gr. del marxismo). En otras palabras, no existe una conexión necesaria entre el elemento modernista-posmoderno y el de izquierda; el irracionalismo y esteticismo del primero puede convivir tanto con una posición de derecha como con una de izquierda:

El impulso modernista-posmoderno dentro de la izquierda, el impulso hacia la “demolición”, demistificación y derrumbe de los modos burgueses de certeza [...] tiene una dinámica social y psicológica propia [...]. Esta dinámica no tiene nada que sea intrínsecamente de izquierda. Lo que pretende el proyecto modernista-posmoderno y de izquierda es mantener dicho impulso en un balance difícil pero excitante con el impulso, igualmente autónomo, de luchar contra el *statu quo* desde la izquierda.⁸⁷

Con esta orientación filosófica y política, la crítica de la adjudicación de Kennedy tiene como propósito central, según se mencionó en líneas anteriores, mostrar las inconsistencias internas de las teorías liberales de la neutralidad judicial, así como su inadecuación para describir la práctica judicial cotidiana. En otros términos, el objetivo de la crítica es desestabilizar las teorías constructivistas predominantes, como

86 *Ibid.*, p. 341. Para Kennedy, “el objetivo del proyecto de izquierda es la transformación del sistema de jerarquía social existente —incluyendo sus dimensiones de clase, raza y género— en la dirección de una mayor igualdad y una mayor participación en el gobierno público y privado.” *Ibid.*, p. 6.

87 *Ibid.*, p. 340, (traducción del autor).

la dworkiniana, que afirman la diferencia entre la legislación y la adjudicación y, en un nivel más general, entre la política y el derecho. Contra este tipo de teorías, Kennedy continúa la línea de los estudios críticos que subrayan la mezcla inevitable entre legislación y adjudicación, entre derecho y política, para sostener el carácter ideológico y mostrar los efectos políticos de la labor de los jueces.

El propósito señalado es perseguido por Kennedy mediante dos estrategias fundamentales: de una parte, destaca el papel del derecho y la doctrina jurídica tradicional en la conservación del *statu quo*; de otra parte, enfatiza la importancia que tiene en ese papel el discurso sobre la coherencia del derecho y la neutralidad judicial. Estas dos líneas críticas buscan explotar, demoler, los dos elementos de lo que Kennedy llama el "lado oscuro" del discurso jurídico convencional:

En todos los sistemas occidentales el discurso que usan los jueces, las autoridades jurídicas y los teóricos políticos para legitimar la aplicación del poder estatal niega (suprime, mistifica, distorsiona, esconde, evade) dos fenómenos claves: a) el grado en el que las reglas establecidas (contenidas en un código o en el derecho común) estructuran la vida pública y privada de tal forma que otorgan poder a unos grupos en detrimento de otros, y en general funcionan para reproducir los sistemas jerárquicos que caracterizan a la sociedad en cuestión; b) el grado en el que el sistema de reglas jurídicas contiene lagunas, conflictos y ambigüedades que son resueltas por jueces que persiguen —de manera consciente, semi-consciente o inconsciente— proyectos ideológicos relativos a dichas cuestiones de jerarquía social.⁸⁸

Estos dos rasgos del discurso tradicional están fuertemente entrelazados. En efecto, la negación de

88 *Ibid.*, p. 14. (traducción del autor).

la indeterminación del derecho y del carácter ideológico de la adjudicación funcionan como una especie de cortina de humo que cubre con un manto de legitimidad y necesidad las reglas y las prácticas jurídicas establecidas. En otras palabras, el discurso de la coherencia y la neutralidad hace parecer justo, natural, el funcionamiento de un sistema jurídico que tiende a favorecer los intereses de los grupos que cuentan con mayor información sobre las normas y con mayor poder económico para defender sus intereses.⁸⁹

Por esta razón, la crítica a la adjudicación se dirige fundamentalmente contra la retórica de la coherencia y la neutralidad. Así, en última instancia, la crítica de Kennedy se ubica de nuevo en el campo de las dos preguntas persistentes de la teoría jurídica que fueron señaladas en la introducción de este ensayo. Siguiendo la línea del "virus" teórico iniciado por los realistas, Kennedy sostiene, como se explicará en las dos secciones siguientes, la radical indeterminación del derecho y la doctrina jurídica y el carácter político de la adjudicación.

La indeterminación del derecho y de la doctrina jurídica

En *Freedom and Constraint in Private Law Adjudication*, Kennedy muestra cómo el derecho privado norteamericano está inspirado en dos corrientes éti-

89 El contraste entre la retórica de la igualdad jurídica y la realidad de la desigualdad entre los individuos y los grupos sociales ha sido constantemente resaltado por los trabajos críticos hechos desde la perspectiva de la sociología del derecho. Véase, por ejemplo, el análisis clásico de Marc Galanter sobre el desfase entre, de un lado, el discurso sobre la igualdad en el acceso al sistema judicial, y, de otro, la operación real de dicho sistema, que muestra las ventajas con las que cuentan las partes más poderosas en los procesos (v.gr. los empleadores en procesos laborales) para obtener una decisión favorable. Marc Galanter, "Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", *op. cit.*

cas, políticas y económicas opuestas: el individualismo y el altruismo. Por una parte, muchas de las instituciones familiares del derecho privado responden a una lógica individualista, que privilegia el valor de la *autonomía de la voluntad privada*.⁹⁰ De acuerdo con esta lógica, el derecho debe limitarse a satisfacer dos fines; de una parte, debe asegurar una esfera de total libertad para cada individuo, ejercida sobre los bienes que jurídicamente son de su propiedad; de otra parte, debe prever reglas precisas para los intercambios entre los individuos, representadas fundamentalmente por las normas sobre la formación y ejecución de los contratos y sobre la responsabilidad civil por los daños causados a otros.⁹¹ El ideal en el horizonte de los argumentos individualistas es una sociedad cuya dinámica esté fundada en la iniciativa privada y en la competencia libre entre los individuos. Por esta razón, el derecho debe dejar intactos los resultados de este juego de libre intercambio, restringiéndose a establecer las reglas mínimas de dicho juego en los ámbitos que fueron señalados.⁹² También por este motivo, los jueces deben limitarse a aplicar de manera neutra las reglas fijadas para incentivar el libre cambio.⁹³

Así, por ejemplo, en el campo de la responsabilidad civil, la lógica individualista inspira la institución de la responsabilidad subjetiva, conforme a la

90 Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication", *op. cit.*, p. 1713.

91 *Ibid.*, pp. 1767-1768.

92 En esta apelación a las reglas mínimas se evidencia la conexión entre los argumentos individualistas en el ámbito político, moral y económico, y los argumentos jurídicos en favor de una legislación basada en reglas precisas (y no en principios generales). Esta conexión entre los modos de argumentación político, moral y económico, de un lado, y jurídico, del otro, es una de las tesis centrales del trabajo de Kennedy. *Ibid.*, pp. 1737-1766. Como se verá enseguida, existe también un vínculo entre los argumentos altruistas y la defensa de los principios jurídicos.

93 *Ibid.*, p. 1770.

cual está obligado a indemnizar un daño sólo quien lo causa por negligencia o por dolo. La responsabilidad subjetiva, entonces, se centra en la conducta del individuo que produce el daño (v.gr. el fabricante de un medicamento defectuoso), independientemente de las consecuencias que dicho daño traiga para las víctimas (v.gr. los consumidores del medicamento). Si quien causa el daño no tuvo la intención de hacerlo o no actuó de manera negligente, las víctimas no tienen derecho a la reparación. Como se puede apreciar con facilidad, la doctrina de la responsabilidad subjetiva acoge una de las ideas caras al individualismo, esto es, el mérito; el individuo, así, debe sufrir o disfrutar las consecuencias que ha merecido a través de su conducta.

Existen en el derecho privado, sin embargo, numerosas instituciones que responden a una lógica opuesta al individualismo, de corte altruista, que enfatiza el valor de la *solidaridad* en las relaciones sociales. Desde esta perspectiva, el derecho debe servir como instrumento de cohesión social, estableciendo deberes recíprocos entre los individuos que promuevan la consecución de fines compartidos. En este modelo de sociedad altruista, el derecho privado debe establecer remedios para proteger a las partes débiles de las relaciones sociales (v.gr. las víctimas de un daño). En lugar de un conjunto de reglas precisas aplicables de manera mecánica por el juez, el derecho debe ser, de acuerdo con esta visión, un conjunto de principios generales que permitan al juez llegar a una solución equitativa en cada caso concreto.

En el ámbito de la responsabilidad civil, por ejemplo, la posición altruista inspira la creciente influencia de la doctrina de la responsabilidad objetiva según la cual, quien causa el daño (v.gr. el fabricante del producto defectuoso) debe responder en todo caso por el daño generado a la víctima (v.gr. el consumidor), independientemente del cuidado o la buena fe con la que actuó. Esta doctrina —que regula en nu-

merosos ordenamientos jurídicos los daños causados en ejercicio de actividades peligrosas (v.gr. conducción de vehículos)— atiende fundamentalmente los intereses de la víctima y apela al deber de solidaridad de quien causa el daño sin culpa ni dolo.

Para Kennedy, el conflicto entre el individualismo y el altruismo es radical; se trata de dos visiones de la sociedad profundamente distintas que dan lugar a la convivencia de instituciones, reglas y principios contradictorios al interior del derecho privado. No existe ninguna doctrina ecléctica, ningún principio conciliador, que logre incluir y sintetizar las dos visiones en conflicto. Por esta razón, los proyectos constructivistas fracasan cuando intentan encontrar un único fundamento que explique y dé coherencia a todo el derecho privado. Contra Dworkin y el análisis económico del derecho, Kennedy sostiene que el derecho privado no tiene ningún “núcleo” que salve sus contradicciones, ya sea una moralidad política subyacente a las normas, o el criterio de eficiencia económica, respectivamente:

Mi perspectiva es que los críticos que destacan el papel de la ideología ofrecen una descripción convincente de la realidad cuando responden que no existe ningún núcleo. Cada ocasión para la creación de derecho suscitará el conflicto fundamental entre el individualismo y el altruismo, tanto en el nivel sustancial como en el formal. Sería conveniente —y, de hecho, providencial— que hubiese un núcleo, pero si alguna vez existió uno, hace ya mucho tiempo que fue devorado por la periferia que lo invadió.⁹⁴

Aunque Kennedy restringe su análisis al derecho privado, es posible extender su argumento a las demás áreas del derecho. Así, por ejemplo, el conflicto incesante entre la libertad y la igualdad en el dere-

94 *Ibid.*, p. 1766, (traducción del autor).

cho constitucional —expresado con frecuencia en términos del choque entre derechos de primera generación y derechos de segunda generación— es igualmente radical y, de hecho, puede ser apenas una formulación diferente del mismo conflicto señalado por Kennedy.⁹⁵

Como se vio en la introducción a este ensayo, de la aceptación de la contradicción esencial del derecho y la doctrina jurídica se sigue el rechazo de la tesis de la neutralidad judicial, que será objeto de análisis en la siguiente sección. De acuerdo con Kennedy:

Si este es el caso (si el derecho es radicalmente contradictorio), entonces el juez simplemente no tiene forma alguna de ser neutral. El problema no es que los conceptos que se suponen que motivan su decisión —libertad, igualdad, justicia, bienestar— tienen un significado oscuro o no influyen en su conducta. Ellos están fuertemente arraigados en la cultura y para la mayoría de nosotros es imposible entender el mundo sin ellos. El problema es que con base en ellos el mundo se puede entender de dos formas distintas, una individualista y otra altruista.⁹⁶

La crítica a la adjudicación

La imposibilidad de la neutralidad judicial, que fue sugerida en la última cita, es tratada en extenso por Kennedy en *Freedom and Constraint in Adjudication* y, sobre todo, en *A Critique of Adjudication*. En estos dos trabajos, el autor norteamericano retoma la te-

95 Sobre el conflicto entre derechos de libertad y derechos de igualdad en el campo constitucional, véase Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 499 y ss. Sobre la confrontación clásica entre libertad e igualdad en la teoría y la práctica políticas, véase Norberto Bobbio, *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política*, Madrid, Taurus, 1995.

96 Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication", *op. cit.*, p. 1766.

sis de la indeterminación —aunque abandonando la perspectiva estructuralista de *Form and Substance in Private Law Adjudication* y asumiendo, en su lugar, una postura crítica posmoderna—, para desarrollar las consecuencias que de ella se derivan en el campo de la teoría de la adjudicación.

Con el fin de subrayar la influencia de lo político en la decisión judicial, Kennedy desarrolla tres tópicos fundamentales. En primer lugar, sostiene que lo político incide en la adjudicación a través de la presencia permanente de la ideología en la aplicación judicial del derecho. En segundo lugar, afirma que el vehículo concreto que introduce constantemente la ideología política en la adjudicación es la utilización cotidiana de argumentos de conveniencia pública en las decisiones de los jueces. En tercer lugar, señala que el juez tiene experiencias cotidianas de la existencia tanto de libertad como de restricción en su intento por proferir la sentencia que desea en un caso concreto. A pesar de esta experiencia ambigua, sin embargo, el lenguaje judicial resalta sólo la restricción, en tanto utiliza de manera consciente, de mala fe, la retórica dominante de la aplicación mecánica de las normas. A continuación se considera en detalle cada uno de estos temas de la crítica.

La ideología y su influencia en la adjudicación

Para Kennedy, una ideología es “un proyecto de universalización de una intelligentsia ideológica que se entiende a sí misma como actuando ‘por’ un grupo con intereses en conflicto con los de otros grupos”.⁹⁷ En otras palabras, una ideología es un discurso⁹⁸

97 Kennedy, *A Critique of Adjudication*, *op. cit.*, p. 39, (traducción del autor).

98 La palabra “discurso” aquí tiene un significado amplio. Equivale a “cuerpo de pensamiento”, “conjunto de textos”, esto es, cualquier manifestación de las ideas de una intelligentsia política. *Ibid.*, p. 41.

elaborado por una élite ilustrada que pretende defender a través de él los intereses de un grupo social que entiende representar. La estrategia de defensa consiste en articular el discurso en términos universales, de tal forma que quede oculto el vínculo con el grupo representado.

Así, por ejemplo, la izquierda y la derecha — como lo ha señalado Bobbio⁹⁹ — son las dos ideologías fundamentales en las sociedades contemporáneas, en tanto cada una constituye un proyecto político de una intelligentsia que aboga por los intereses de una colectividad (las clases marginadas, en el caso de la izquierda, y las clases dominantes, en el de la derecha) mediante el uso de un discurso elaborado en términos universales. Así, tanto el discurso de la izquierda como el de la derecha intentan universalizar los intereses de los grupos particulares que defienden, a través de argumentos como los que apelan al carácter inalienable de los derechos humanos (con énfasis en los derechos sociales, en el discurso de izquierda, y en los derechos de libertad, en el discurso de la derecha). En este sentido, de acuerdo con Kennedy, las ideologías actúan como mediadoras entre intereses grupales y argumentos universales.¹⁰⁰

Las ideologías opuestas entran en conflicto constantemente en múltiples escenarios de la vida social. Así, las posiciones de derecha y de izquierda chocan a propósito de asuntos económicos como el gasto público, de tópicos políticos como la representación de las minorías, y de cuestiones éticas como la justificación de los programas de acción afirmativa. En todos estos escenarios, el derecho cumple una función central, en tanto establece las reglas de juego que favorecen una u otra posición ideológica. Por esta razón, las intelligentsias ideológicas y los gru-

99 Norberto Bobbio. *Derecha e izquierda*, op. cit.

100 Kennedy. *A Critique of Adjudication*, op. cit., p. 42.

pos sociales que representan tienen un interés vital en la definición de las reglas jurídicas, tanto cuando se trata de la expedición de una ley como de la solución judicial de un caso concreto. En este sentido, *la lucha ideológica se extiende al ámbito del derecho*; la definición de las reglas jurídicas es uno de los campos de batalla fundamentales entre las ideologías opuestas. De esta forma, el derecho en general, y las decisiones judiciales en particular, son una extensión de la política.

De hecho, la judicialización de los temas políticos más sensibles es un fenómeno corriente en los sistemas que —como el de los Estados Unidos y buena parte de los de Hispanoamérica— han adoptado la institución del control de constitucionalidad. En estos sistemas, virtualmente todos los temas esenciales de los debates ideológicos llegan a instancias judiciales. De acuerdo con Kennedy, dichos temas son de cuatro tipos:¹⁰¹

1. El tratamiento de ciertos grupos sociales y de sus prácticas: este tema comprende tanto los casos de discriminación contra grupos marginados como los casos de pluralismo cultural. En los litigios sobre discriminación, los argumentos que entran en disputa son, de un lado, la protección eficaz de un grupo que ha sido tradicionalmente segregado (v.gr. las mujeres) y, del otro, el respeto a las prácticas sociales existentes.¹⁰² En los casos de multiculturalismo, entre tanto, se enfrentan la postura que defiende la diferencia cultural (v.gr. de los gru-

101 Kennedy, *A Critique of Adjudication*, op. cit., pp. 45-46.

102 Un caso de este tipo fue decidido por la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-410/94. En este fallo, la Corte declaró constitucional la norma legal que establece que las mujeres se jubilan a una edad más temprana que los hombres, argumentando que dicha norma constituía una forma de acción afirmativa que reivindicaba el trabajo doméstico, tradicionalmente no reconocido, que las mujeres realizan por fuera de los horarios y los espacios laborales formales.

pos indígenas), de una parte, y la que subraya la necesidad de mantener la unidad nacional.¹⁰³

2. El diseño del mercado, la burocracia (pública y privada) y los sistemas familiares, y su impacto en el poder de negociación relativo de los grupos sociales: en este ámbito están incluidos, entre otros, los casos que configuran el poder relativo de los trabajadores y los empleadores,¹⁰⁴ de los hijos y los padres,¹⁰⁵ los estudiantes y los centros educativos,¹⁰⁶ los vendedores y los consumidores,¹⁰⁷ y los homosexuales y los heterosexuales.¹⁰⁸

3. La elección de tratamientos represivos o terapéuticos en el ejercicio del poder sancionador del

103 Véase, entre otros, el fallo U-039/97, en el que la Corte opta por la protección de la diversidad al afirmar que el Gobierno nacional debe consultar a las comunidades indígenas la posibilidad de hacer exploraciones petroleras en los territorios donde ellas habitan.

104 Véase, por ejemplo, la sentencia U-342/95, que favorece el poder de organización de los trabajadores al condenar las prácticas empresariales que desestiman la afiliación a los sindicatos.

105 Véase el fallo T-344/93, en el que la Corte respaldó la facultad de los padres de desheredar a sus hijos, cuando estos se hubiesen casado sin su consentimiento a pesar de ser menores de edad en la época del matrimonio.

106 Véase la sentencia T-065/93, donde la balanza se inclina a favor de los estudiantes, en tanto se establece que los colegios no pueden expulsar a un alumno por el solo hecho de llevar el pelo largo.

107 Véase el fallo T-533/96, en el que la Corte se inclina a favor de los consumidores de los servicios de empresas de medicina prepagada, al sostener que éstas no pueden excusarse de prestar el servicio argumentando la existencia de una enfermedad pre-existente que no fue detectada al inicio de la relación contractual con el paciente.

108 Véase la sentencia C-098/97, que mantiene la diferenciación de trato contra las parejas homosexuales, al declarar constitucional la norma que otorga efectos civiles sólo a las uniones maritales de hecho entre heterosexuales. Sobre esta decisión, véase Cristina Motta, "La Corte Constitucional y los derechos de los homosexuales", en: Observatorio de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, *La Corte Constitucional: el año de la consolidación, op. cit.*, pp. 290-299.

Estado o de las personas privadas: están comprendidos en este campo, entre muchos otros, los casos sobre el rigor del procedimiento penal¹⁰⁹ y de las penas impuestas por la comisión de delitos,¹¹⁰ sobre el castigo físico de los padres a los hijos¹¹¹ y sobre la criminalización de ciertas conductas.¹¹²

4. Los procedimientos de toma de decisiones en los ámbitos público y privado: lo que se intenta definir aquí es el carácter participativo o autoritario de los mecanismos mediante los cuales se adoptan decisiones en escenarios públicos y privados.¹¹³

En todas estas áreas, las decisiones tomadas por los jueces tienen una importancia fundamental, en tanto producen tres tipos de efectos decisivos para los grupos involucrados en confrontaciones ideológicas.¹¹⁴ En primer lugar, el efecto inmediato de la decisión judicial es la definición, a favor de un grupo o de otro, del caso concreto. Esto significa, a la vez, que es probable que casos similares sean decididos de la misma forma y que las personas actúen en general en el futuro de acuerdo con lo establecido en la sentencia. En segundo lugar, lo decidido en el fa-

109 Véase, entre muchas otras, la sentencia C-301/93, donde la Corte acepta severas limitaciones al derecho de *habeas corpus* en procesos penales que involucran delitos considerados especialmente graves (de competencia de la justicia regional).

110 Véase el fallo C-565/93, en el que la Corte acepta el aumento dramático de las penas para delitos como el secuestro y el homicidio.

111 Véase la decisión T-371/94. La Corte declara constitucional la norma del Código Civil que faculta a los padres para "castigar moderadamente" a sus hijos.

112 Véase la sentencia C-221/94, a través de la cual la Corte declaró inconstitucional la penalización del porte y uso de dosis personales de narcóticos.

113 Véase, por ejemplo, la sentencia C-180/94, en la que la Corte establece los alcances y límites de los mecanismos de la democracia participativa (v.gr. plebiscito, referendo y revocatoria del mandato a funcionarios de elección popular).

114 Kennedy, *A Critique of Adjudication*, op. cit., pp. 62-63.

llo pasa a ser parte de las reglas de juego de las luchas futuras entre los grupos ideológicos y, por tanto, inciden en el poder relativo de cada uno de estos. Por último, dado que los jueces son símbolos sociales de autoridad e imparcialidad, sus pronunciamientos tienden a generar lo que Kennedy llama "efecto de conversión", esto es, la creencia del público de que lo establecido en sus sentencias es lo correcto. A través del efecto de conversión, el juez que dirime una lucha ideológica en un caso concreto legítima — esto es, hace ver como correcta— la decisión que adoptó.

Una serie de casos decididos por la Corte Constitucional colombiana en sus primeros años de funcionamiento ilustra cabalmente los tres efectos señalados. Antes de la expedición de la Constitución de 1991, era una práctica corriente en los centros de educación secundaria que las estudiantes adolescentes que quedaran en estado de embarazo fuera expulsadas, debido a que, según las directivas de dichos centros, el embarazo temprano era una conducta contraria al reglamento escolar y constituía un mal ejemplo para las demás estudiantes. No existía, en ese entonces, ningún mecanismo procesal que hiciera posible discutir las decisiones de expulsión en los estrados judiciales. Esto hacía que ese tipo de determinaciones fuera asumido como algo corriente tanto por la comunidad educativa (profesores, estudiantes y padres de familia) como por la opinión pública.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 y la consecuente introducción de la acción de tutela —destinada a la protección inmediata de derechos fundamentales— numerosos casos de expulsión de estudiantes embarazadas y de madres solteras fueron judicializados. En varios fallos, la Corte Constitucional determinó que impedir a una estudiante embarazada continuar su formación secundaria violaba tanto su libertad procreativa como su derecho a la educación, y orde-

nó el reintegro inmediato de la adolescente excluida o la reserva de su cupo hasta la finalización del embarazo.¹¹⁵ Con esta serie de sentencias, la Corte no sólo resolvió los casos concretos de las estudiantes que interpusieron las acciones de tutela y fueron reintegradas, sino que también inclinó la balanza del poder entre los directivos escolares y los estudiantes en favor de estos últimos, y generó rápidamente una marcada consciencia social en relación con los derechos de los educandos. El peso de estos dos últimos efectos —el establecimiento de nuevas reglas de juego y la conversión de la opinión pública— es evidente tanto en la prudencia actual en la imposición de sanciones escolares como en la judicialización cotidiana de casos en los que se vulneran los derechos de los estudiantes.¹¹⁶

Ahora bien, los casos señalados demuestran que las decisiones judiciales tienen *efectos* políticos, pero no que dichas decisiones estén motivadas por opciones de ideología política de los jueces. De hecho, la afirmación de la incidencia de lo ideológico en la adjudicación parece contra-fáctica si se tiene en cuenta que la retórica en la que invariablemente están redactadas las sentencias es la de la neutralidad y la aplicación mecánica del derecho. Los jueces, incluso en los casos más difíciles, afirman decidir “en estricto derecho” y redactan sus fallos con la estructura y el estilo de un discurso silogístico. Ante esta evidencia, ¿cómo se puede defender la tesis crítica que señala la influencia constante de las ideologías políticas y de las preferencias ideológicas de los jueces en los fallos judiciales?

115 Véase, entre otras, las sentencias T-292/94 y T-420/92.

116 Véase, por ejemplo, los fallos T-269/94 (la tutela procede contra la decisión de un colegio de suspender de clases a un alumno porque sus padres no habían pagado el valor mensual de la matrícula) y T-340/95 (la tutela procede para ordenar el reintegro de un alumno que fue expulsado por haber reprobado un año escolar).

Kennedy responde esta crucial pregunta desestimando el valor literal de los textos de los fallos y apelando a otro tipo de “prueba” de la presencia de la ideología en la adjudicación. Como se verá en detalle más adelante, Kennedy sostiene que los jueces esconden deliberadamente las motivaciones reales de sus fallos bajo el manto del discurso de la aplicación mecánica del derecho, debido a que dicho discurso hace parte de la concepción dominante de la función judicial. Si se apartan de esta concepción — v.gr. confesando que la decisión de un caso concreto estuvo basada en una preferencia ideológica— son blanco seguro de la crítica de los guardianes de la tradición jurídica (colegas, abogados, profesores de derecho, etc.) e, incluso, pueden llegar a perder su cargo. Por esta razón, como Kennedy lo anota, el texto de los fallos no ofrece evidencia sobre el papel que juega la ideología:

En el discurso jurídico, la evidencia (de la influencia de la ideología) nunca es una ‘pistola humeante’ en el sentido de una confesión de la intención del juez. En los fallos, los jueces *siempre* ‘niegan’, en el sentido común de este término, que están actuando con base en motivos ideológicos. Ellos afirman explícitamente que el resultado [...] fue alcanzado siguiendo procedimientos interpretativos impersonales que excluyen la influencia de sus ideologías personales. Esto es obviamente un gesto de respeto a una convención y nos dice poco sobre lo que ‘realmente’ sucede.¹¹⁷

Por lo tanto, lo que “realmente sucede” puede ser detectado sólo si, en lugar de prestar atención al texto del fallo, el lector crítico construye una interpretación alternativa —que dé cuenta de los intereses ideológicos en juego— de las razones que llevaron el juez

117 Kennedy, *A Critique of Adjudication*, op. cit., p. 55. (traducción del autor).

a tomar esa decisión. Si esa lectura crítica resulta más plausible que la versión ofrecida por el texto del fallo, el carácter ideológico de éste queda “demostrado” en un sentido interpretativo:

En la mayoría de los casos, la única base para imputar la existencia de una preferencia, un motivo o una influencia es 'interpretativa', lo que significa que la sentencia tiene más sentido si la interpretamos como motivada ideológicamente que si la tomamos en sentido literal. No se puede 'probar' que tiene más sentido de esta manera; se puede defender sólo mostrando que la sentencia es contradictoria o no lleva a conclusión alguna si se toma de modo literal, pero que parece por lo menos inteligible, e incluso persuasiva, si se entiende en términos de preferencias ideológicas. No se intenta mostrar mediante evidencia directa lo que el juez estaba pensando. No se trata de una cuestión de prueba, sino de plausibilidad de una 'lectura'.¹¹⁸

La práctica judicial cotidiana ofrece múltiples ejemplos de la pertinencia de este tipo de lectura. De hecho, usualmente sólo la existencia de motivos ideológicos puede explicar satisfactoriamente los cambios bruscos en la jurisprudencia de una corte o de un juez. Así, por ejemplo, en la sentencia C-127/93, la Corte Constitucional colombiana sostuvo que el delito de enriquecimiento ilícito (incremento patrimonial no justificado legalmente) era conexo, esto es, que quien lo cometía (v.gr. un funcionario público corrupto) podía ser condenado sólo si previamente se había condenado a la persona (v.gr. un narcotraficante) que había entregado el dinero y que había realizado la actividad ilícita de la cual éste era producto. En esa ocasión, la Corte afirmó de manera contundente que dicha condena previa era indispensable, dado que “las actividades delictivas deben

118 *Ibid.*, *id.*

estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso y el artículo 248 de la Constitución Política según el cual únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales”.¹¹⁹ Tres años después, sin embargo, en la sentencia C-319/96, la Corte aseveró con igual certeza que no era necesaria la condena previa porque el enriquecimiento ilícito era autónomo, en tanto

[...] la actividad económica que de cualquier manera se lucre de esta misma suerte de actividades, carece del patrocinio del Estado, pues únicamente la empresa que actúa dentro de los límites del bien común, tiene una función social y se hace merecedora de la protección de las leyes y de las autoridades.¹²⁰

¿Por qué sucedió ese cambio de jurisprudencia? ¿Por qué la Corte Constitucional se expone a una crítica fácil contra la incoherencia de su jurisprudencia teniendo en cuenta que, a pesar de su esfuerzo por negarlo, el cambio de postura es evidente? Es claro que el texto de la sentencia no responde estas preguntas dado que su contenido incoherente es justamente una de las fuentes de la perplejidad del lector que conoce la jurisprudencia anterior de la Corte sobre el mismo tema. El fallo, entonces, puede ser comprendido sólo si se tiene en cuenta que en el momento de su expedición el sustento jurídico fundamental de un importante proceso judicial contra la corrupción política en Colombia (el llamado “Proceso 8000”) era justamente la doctrina de

119 Sentencia C-127/93 (M.P.: Alejandro Martínez).

120 Sentencia C-319/96 (M.P.: Vladimiro Naranjo). En esta sentencia, la Corte intenta salvar la contradicción apelando a razones de técnica constitucional según las cuales las normas demandadas en cada una de las sentencias eran distintas (estaban contenidas en dos decretos diferentes), aunque su contenido era prácticamente el mismo.

la autonomía del enriquecimiento ilícito, en tanto ésta permitía que los altos funcionarios procesados y detenidos fueran condenados aunque no se hubiese condenado previamente — como no se había hecho — a los traficantes de quienes aquéllos habían recibido dinero. El propósito de no frustrar la lucha contra la corrupción — en la que el poder judicial en su conjunto estaba empeñado — explica el giro abrupto de la jurisprudencia. De esta forma, es una lectura crítica, que resalta la variable política presente en el fallo, la que ofrece la respuesta que una lectura textual del mismo no alcanza.

Los argumentos no deductivos como vehículo de la ideología en la adjudicación

Kennedy va más allá de la afirmación de la posibilidad de descubrir, mediante lecturas críticas, los motivos ideológicos de los fallos judiciales. De hecho, la tesis de Kennedy es que *la ideología forma parte esencial del discurso jurídico*. Esto se debe a que dicho discurso incluye — además de los argumentos deductivos, fundados en la aplicación silogística de normas positivas —, argumentos no deductivos (*policy arguments*)¹²¹ cuyo contenido y forma de aplicación son claramente ideológicos y cuya

121 La traducción de *policy arguments* es sumamente difícil, como lo muestra el hecho de que Kennedy se ocupe expresamente de este problema en *A Critique of Adjudication*, p. 109. Para Kennedy, el hecho de que este tipo de argumento sea típico de la práctica jurídica de los Estados Unidos hace que el término que lo designa — *policy* — sea virtualmente intraducible. Sin embargo, creo que es posible encontrar equivalentes cercanos, tanto en nuestra lengua como en nuestra práctica jurídica. Así, *policy arguments* significa generalmente “argumento de conveniencia”, en tanto opuesto a argumentos estrictamente jurídicos (esto es, derivados de la aplicación silogística de reglas positivas). Es en este sentido en el que Dworkin, como se verá en el siguiente párrafo, contrasta los argumentos de principio con los argumentos de conveniencia pública (*policy*). Esta es la traducción, por ejemplo, que se utiliza en la versión castellana de “Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical

aplicación por parte de jueces y abogados en casos concretos es un hecho cotidiano.

La división entre argumentos deductivos y argumentos no deductivos no sólo es uno de los pilares de la teoría de Kennedy, sino también la herramienta central de la crítica contra las teorías constructivistas, especialmente la de Dworkin. De hecho, dicha clasificación puede ser vista como una respuesta crítica a la división entre reglas y principios de Dworkin. Para Dworkin, las reglas son normas jurídicas precisas cuya aplicación determina por sí sola el resultado de un caso concreto; los principios, entre tanto, son normas generales que no determinan de forma inmediata el desenlace de un caso, dado que su aplicación requiere usualmente de la ponderación con otros principios encontrados.¹²² Los principios, a su vez, pueden ser de dos tipos. De una parte, existen principios en sentido estricto, normas generales justificadas en razones de tipo moral y que generalmente consagran un derecho individual (v.gr. la libertad de expresión), de otra parte, los argumentos de conveniencia pública son estándares que buscan proteger un objetivo colectivo, como la seguridad nacional o el crecimiento de la economía; las razones que los sustentan, por lo tanto, son de corte utilitarista (utilidad pública).¹²³ El elemento crucial de la tipología de las normas de Dworkin es la afirmación según la cual los jueces deben decidir sólo con base en reglas y en principios en sentido estricto.

Phenomenology", que se publica en el presente volumen. No obstante lo anterior, en esta sección del ensayo traduzco *policy* por una expresión más general, "argumentos no deductivos", dado que éste es el sentido que Kennedy le da expresamente en *A Critique of Adjudication*, p. 109. Por esta razón, el autor incluye dentro de los *policy arguments* tanto las razones de conveniencia pública como las basadas en principios generales (jurídicos, éticos y políticos) y en derechos fundamentales.

¹²² Dworkin, *Taking Rights Seriously*, op. cit., p. 24.

¹²³ *Ibid.*, p. 84.

to, y no con base en argumentos de conveniencia pública. Estos últimos, para Dworkin, son característicos de la función legislativa, no de la adjudicación.¹²⁴ En esta clasificación, pues, se funda la reconstrucción dworkiniana de la separación entre legislación y adjudicación.

En contraste con la tipología de Dworkin, Kennedy constata la presencia permanente tanto de argumentos deductivos como de argumentos no deductivos —entre los que se encuentran los de conveniencia pública— en el discurso jurídico, en general, y en las decisiones judiciales, en particular. Los argumentos deductivos consisten en la aplicación de reglas jurídicas precisas a los casos cobijados por ellas, dentro de un modo de razonamiento silogístico. Dentro de este tipo de razonamiento, la lógica es de todo o nada: una regla se aplica o no se aplica a un caso concreto. Sin embargo, existen también argumentos no deductivos decisivos en los fallos judiciales, entre los cuales se incluyen los que apelan a la conveniencia pública de un cierto resultado, a principios generales (jurídicos, éticos o políticos) y a los derechos individuales. Estos argumentos se diferencian de los deductivos, de acuerdo con Kennedy, en tres aspectos cruciales.¹²⁵ En primer lugar, generalmente su aplicación presupone justamente que los argumentos deductivos son insuficientes para resolver de forma satisfactoria el caso, ya sea porque las reglas existentes no lo prevén, porque son oscuras, o porque su aplicación puede generar consecuencias injustas o inconvenientes. En segundo lugar, los ar-

124 Dworkin. *Law's Empire*, *op. cit.*, pp. 217-218. Para los efectos de la exposición de la crítica de Kennedy a Dworkin, he recogido sólo los elementos básicos de la tipología de las normas propuesta por este último autor. Una explicación más detallada se encuentra en César Rodríguez, "Teoría del derecho y decisión judicial: en torno al debate entre H.L.A. Hart y R. Dworkin", *op. cit.*, pp. 48-53 (diferencias entre reglas y principios) y pp. 77-79 (clasificación de los principios).

125 Kennedy, *A Critique of Adjudication*, *op. cit.*, pp. 98-100.

gumentos no deductivos apelan siempre a la *deseabilidad de un resultado*; en otras palabras, apuntan a las *consecuencias* del fallo para la protección de valores que se estiman deseables. En términos temporales, mientras que los argumentos deductivos privilegian el pasado (las reglas previamente establecidas), los no deductivos atienden fundamentalmente al futuro (las consecuencias del fallo). En tercer lugar, el modelo de aplicación de los argumentos no deductivos es la ponderación de razones opuestas, no el silogismo. Al aplicar este tipo de argumento, el juez se encuentra en medio de un campo de fuerzas opuestas que debe sopesar para inclinarse por uno u otro resultado. En este modelo, están siempre en competencia, por ejemplo, argumentos de conveniencia pública opuestos (v.gr. rapidez vs. calidad de la administración de justicia), principios morales encontrados (v.gr. libertad vs. igualdad) o derechos fundamentales enfrentados (v.gr. libertad de prensa vs. intimidad). Así, la decisión judicial viene a ser un compromiso entre los polos enfrentados, que traza la frontera entre ellos en el caso concreto.

Como se puede ver con facilidad, al aplicar argumentos no deductivos lo que el juez pondera es, en últimas, posturas ideológicas opuestas, frente a las cuales toma partido al inclinar la balanza en favor de una u otra. Según se vio en líneas anteriores, las ideologías articulan los intereses de los grupos sociales en un lenguaje universal, cuyas manifestaciones más comunes son las apelaciones a la conveniencia pública, a los principios generales y a los derechos. Por esta razón, los argumentos no deductivos, utilizados a diario en la práctica del derecho, son para Kennedy el "caballo de Troya" mediante el cual la ideología se introduce en la médula del discurso jurídico.¹²⁶ De esta forma, el juez habla un

126 *Ibíd.*, p. 133.

lenguaje ideologizado, el lenguaje jurídico, que reproduce en el campo de la adjudicación los mismos argumentos utilizados en otros escenarios por los grupos ideológicos. El juez, en definitiva, es un actor ideológico.¹²⁷ Incluso el juez que se empeña en guardar fidelidad a la retórica de la neutralidad es un actor ideológico, en tanto “desarrolla una solución y luego la justifica en un lenguaje jurídico que también es un lenguaje ideológico”.¹²⁸ A través de los argumentos no deductivos, *se invierte el modelo silogístico* de la adjudicación: el juez primero avizora el resultado que desea, y luego busca las normas jurídicas que le sirven para justificarlo.

Ejemplos de la utilización de argumentos no deductivos se encuentran virtualmente en cualquier decisión judicial, particularmente en ámbitos como la adjudicación constitucional. Así, las cortes constitucionales contemporáneas utilizan de manera corriente el discurso de la ponderación de los derechos fundamentales para decidir casos trascendentales en los que un derecho colisiona contra otro.¹²⁹ Igualmente, acude con frecuencia a argumentos de conveniencia pública para determinar la constitucionalidad o

127 *Ibíd.*, pp. 154-155.

128 *Ibíd.*, p. 156.

129 De hecho, la ponderación de derechos es un lugar común en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Véase, por ejemplo, la sentencia T-425/95, donde la Corte, a propósito de un conflicto entre los derechos de los propietarios de dos establecimientos de comercio, afirma que “el ejercicio de los derechos plantea conflictos cuya solución hace necesaria la armonización concreta de las normas constitucionales enfrentadas [...] La colisión de derechos no debe, por lo tanto, resolverse mediante una ponderación superficial o una prelación abstracta de uno de los bienes jurídicos en conflicto. Esta ponderación exige tener en cuenta los diversos bienes e intereses en juego y propender su armonización en la situación concreta, como momento previo y necesario a cualquier jerarquización o prevalencia de una norma constitucional sobre otra”. El mismo lenguaje de la ponderación es utilizado también, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional de Alemania. Véase Alexy, *op. cit.*, cap. 3.

inconstitucionalidad de normas legales de importancia fundamental en la vida social.¹³⁰

La reivindicación de la existencia y utilización común de los argumentos no deductivos subvierte las raíces de las teorías reconstructivistas de la adjudicación, como la de Dworkin. Para Kennedy, la tesis de Dworkin según la cual los jueces no utilizan y no deben utilizar argumentos de conveniencia pública no encaja en absoluto con la práctica jurídica:

Parece difícil, por decir lo menos, que 'encaje' con la práctica jurídica una interpretación de la adjudicación que simplemente excluye del repertorio de la conducta judicial legítima los argumentos consecuenialistas o de utilidad pública. Pienso que una de las razones por las cuales muchos abogados encuentran que Dworkin no es convincente es que de hecho los jueces norteamericanos constantemente exponen argumentos que son idénticos a los que Dworkin dice que ellos evitan.¹³¹

Menos convincentes aún, desde el punto de vista de dicha práctica, son la pretendida neutralidad de Hércules, el juez dworkiniano, y la defensa de la existencia de una respuesta correcta en cada caso judicial. El trabajo de los jueces consiste justamente en trazar límites difíciles, contingentes, entre posturas ideológicas opuestas frente a las cuales deben tomar partido.

130 Así, por ejemplo, en el segundo caso sobre enriquecimiento ilícito (C-319/96), citado anteriormente, la Corte Constitucional colombiana adujo como una de las bases de su sentencia la conveniencia y urgencia de combatir la corrupción política. El cambio de jurisprudencia para castigar ese delito responde, en palabras de la Corte, a la necesidad de detener "el proceso de grave deterioro de la moral pública y de los valores éticos que ha venido padeciendo nuestra sociedad en las últimas décadas, y que ha adquirido dimensiones verdaderamente alarmantes, fenómeno que se ha traducido en una desenfrenada corrupción, no sólo a nivel de la administración pública en general sino también de los particulares."

131 Kennedy, *A Critique of Adjudication*, op. cit., p. 125.

Libertad y restricción en la decisión judicial

Ahora bien, ¿qué concepción de la adjudicación resulta de la crítica a la teoría de la neutralidad del juez? Tanto en *Freedom and Constraint in Adjudication* como en *A Critique of Adjudication*, Kennedy propone un entendimiento radicalmente diferente de la actividad judicial, una vez se ha reconocido la incidencia decisiva de la ideología en dicha actividad. La respuesta de Kennedy pretende mediar entre la tesis realista de la discrecionalidad judicial irrestricta y la tesis reestructuradora de la existencia de límites infranqueables y de decisiones correctas en la labor judicial.

El giro fenomenológico y la tesis intermedia de Kennedy

El punto de partida de la propuesta de Kennedy es un cambio de perspectiva, consistente en abandonar los referentes tradicionales de descripción y evaluación de la decisión judicial, para centrar toda la atención en la descripción de la *experiencia personal del juez en un caso concreto*. Este movimiento hacia lo que acontece en la práctica (que he llamado "giro fenomenológico"),¹³² se aleja tanto de la pretensión hartiana de describir la adjudicación desde afuera (punto de vista externo) como del propósito dworckiniano de a la vez describir y evaluar la tarea del juez desde adentro (punto de vista interno descriptivo-prescriptivo). Contra estas perspectivas, Kennedy

132 Este giro es tan explícito en la teoría de Kennedy que aparece tanto en el título como a lo largo de todo el texto de *Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology*. De hecho, como se puede apreciar a través de la lectura de la traducción de este trabajo, incluida en el presente libro, Kennedy desecha el estilo tradicional de hacer teoría jurídica (v.gr. mediante definiciones, distinciones, etc.) y lo reemplaza por el recuento de la experiencia concreta de un juez en un caso imaginario.

propone mirar la adjudicación desde un punto de vista interno realista. Esto significa que el único referente para hablar de la decisión judicial es la experiencia específica del juez, lo que excluye tanto la observación externa como la formulación de parámetros generales sobre lo que debería ser la adjudicación.

Una vez se ha hecho este giro crucial, la imagen de la labor judicial cambia de forma notoria. En su trabajo cotidiano, el juez experimenta tanto la sensación de *libertad* para crear derecho como la sensación de *restricción* causada por la obligación de aplicar los materiales jurídicos existentes (normas positivas, principios no escritos, convenciones sociales, sentencias anteriores, etc.). Desde el interior de la práctica judicial, entonces, parecen falsas tanto la imagen de la adjudicación del realismo radical, que afirma que el juez es completamente libre de decidir lo que desee, como la de las teorías reconstructivistas (v.gr. la de Dworkin), que sostienen que el juez está totalmente atado por el derecho (en el caso de Dworkin, por las reglas, los principios y la moralidad política de la comunidad).¹³³

Por esta razón, la teoría de la adjudicación de Kennedy rechaza estos dos extremos y se sitúa en el medio de ellos.¹³⁴ El autor crítico propone que veamos la labor del juez a la manera como vemos la de un artesano que debe trabajar con ciertos materiales (v.gr. ladrillos). De una parte, el artesano está restringido por la naturaleza del material con el que cuenta, dado que hay cosas que simplemente no se pueden hacer con ladrillos, como un par de zapatos o un espejo. De otra parte, sin embargo, cuenta con total libertad para diseñar y construir la amplia gama de objetos que se pueden hacer con ladrillos. El artesano, entonces, es libre y limitado a la vez, en tan-

133 Kennedy, *Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology*, op. cit., pp. 560-562.

134 Kennedy, *A Critique of Adjudication*, op. cit., pp. 158-159.

to puede proponerse crear las obras que desee, aunque dentro de las restricciones del material con el que cuenta.¹³⁵

De la misma manera, la tarea del juez es un trabajo que siempre tiene un propósito y que se hace dentro de un "medio físico", dentro de un "campo" constituido por el derecho existente.¹³⁶ El propósito de dicho trabajo es dictar la sentencia que el juez considera más justa en el caso concreto. Como se vio anteriormente, la visión de la sentencia a la que el juez quiere llegar es incluso previa a la búsqueda de los materiales jurídicos que servirían para sustentarla. Dado que en la visión crítica de la práctica judicial se invierte el silogismo, la conclusión (la sentencia) determina la selección e interpretación de las reglas jurídicas y los precedentes relevantes, y no al contrario. El juez, sin embargo, es un artesano limitado por el material con el que cuenta, esto es, por el conjunto de reglas, principios, sentencias, convenciones sociales y argumentos de conveniencia que constituyen el ordenamiento jurídico de su comunidad.

De esta forma, la adjudicación es un escenario donde se presenta con frecuencia una tensión entre la sentencia a la que el juez quiere llegar y lo que el derecho parece indicar, por lo menos a primera vista. Este dilema es explorado a fondo por Kennedy en *Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology*,¹³⁷ donde presenta un caso imaginario en el que un juez progresista desea dictar una sentencia favorable a unos trabajadores en huelga que protestan contra su empresa empleadora, una compañía de transportes, bloqueando la salida de

135 Kennedy, *Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology*, op. cit., p. 526.

136 Kennedy, *A Critique of Adjudication*, op. cit., p. 159.

137 Véase la traducción de este ensayo más adelante en este volumen: "Libertad y restricción en la decisión judicial: Una fenomenología crítica".

buses de propiedad de ésta. Esta sentencia, sin embargo, parece ir en contravía de lo que dicta el derecho vigente en este tipo de casos. Un análisis del recuento que hace Kennedy de la experiencia interna del juez en este caso permite detectar tres aspectos centrales de la teoría crítica de la adjudicación:

1. Los jueces experimentan a menudo la sensación de estar atados por el derecho en los casos que enfrentan. En muchas ocasiones existen, por ejemplo, normas precisas que regulan los hechos materia del proceso, o sentencias de tribunales superiores que han decidido casos idénticos o muy similares. Cuando esto sucede, el juez puede percibir que en relación con el punto que debe dirimir el derecho vigente es "objetivo", en tanto parece "aplicarse sólo".¹³⁸ Lo que esto significa es que, o bien el juez percibe el asunto como una cuestión jurídica clausurada —y, por tanto, aplica de forma mecánica el derecho y no explora alternativas de solución diferentes—, o bien que fracasa en su intento de expedir la sentencia que considera más justa, porque el medio en el que se desenvuelve (el derecho) no le deja espacio para ello. En esta última circunstancia, el fracaso del juez es como el del artesano que no logra construir una fina vasija con los ladrillos que le fueron dados.

La experiencia de restricción es motivada no sólo por los materiales jurídicos, sino por factores extra-jurídicos que afectan en la vida diaria las decisiones de los jueces. Así, por ejemplo, el juez puede sentirse atado por el resultado que la comunidad jurídica o la opinión pública espera del caso; si el juez supone, por ejemplo, que sus colegas o la mayoría de los abogados decidirían el caso en cierto sentido (v.gr. a favor de la empresa transportadora, y no de los tra-

138 Kennedy, *Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology*, op. cit., pp. 520-521.

bajadores), esta opinión predominante actúa como una fuente externa de restricción en su tarea de llegar a la sentencia que desea. Así mismo entran en juego factores como el parecer de los jueces superiores en relación con el tema del caso, dado que el juez quiere que su sentencia no sea revocada durante la apelación. Tampoco quiere romper abiertamente con la tradición jurídica, dado que ello incluso podría poner en peligro su permanencia en el cargo (v.gr. mediante un proceso disciplinario por haber desconocido el derecho vigente).¹³⁹

2. Pero la experiencia de restricción interna y externa, a pesar de lo sostenido por el formalismo jurídico, no es la única familiar para los jueces. Por el contrario, ante la situación de confrontación entre la sentencia a la que desea llegar y el resultado que el derecho parece indicar, el juez despliega una estrategia argumentativa compleja, que —si bien puede fracasar, como se vio antes— también puede desembocar en la construcción de tesis jurídicas convincentes que sustenten satisfactoriamente la sentencia anhelada. En este sentido, también la experiencia de libertad creativa es común en la adjudicación. En otras palabras, desde el punto de vista de la experiencia del juez, “el derecho no es ni esencialmente determinado, ni esencialmente indeterminado”.¹⁴⁰

Así, la indeterminación o la determinación del derecho en un caso específico son el resultado, no el presupuesto de la experiencia del juez. El derecho aparece como un material moldeable, dúctil, al que el juez intenta darle la forma que estima más adecuada en cada litigio. Esta labor artesanal es llevada a cabo mediante múltiples estrategias propias del oficio judicial tales como:¹⁴¹ a) la selección de las nor-

139 *Ibid.*, pp. 553-555.

140 *Ibid.*, p. 562.

141 *Ibid.*, pp. 523-538.

mas (reglas y principios) relevantes que pueden conducir a la solución deseada y el consecuente descarte de las normas que, aunque podrían ser pertinentes para el caso, llevarían al resultado que se quiere evitar; b) la utilización de precedentes que apoyen la decisión a la que se desea llegar, y la marginación de los que tienen el efecto contrario,¹⁴² y c) la construcción de argumentos de conveniencia pública que sustenten el fallo que se pretende alcanzar, y la refutación de los opuestos. Mediante estas estrategias —que, de acuerdo con el discurso constructivista tradicional, son sólo técnicas neutras de argumentación jurídica— los jueces recomponen el campo en el que trabajan, moldean el material jurídico para darle los contornos queridos. Es esta actividad creativa —de trazado de fronteras entre normas, de ampliación o reducción del alcance de los precedentes, de utilización de razones de conveniencia— la que constituye la argumentación judicial, la médula de la adjudicación. El resultado de dicha actividad en un caso concreto puede ser la frustración —ocasionada por la incapacidad del juez de moldear el campo jurídico para llegar a la sentencia proyectada, debido a que dicho campo se muestra resistente, determinado—, o la satisfacción —motivada por la recomposición exitosa del campo jurídico para lograr la decisión buscada—. De cualquier forma, lo crucial en esta concepción de la adjudicación es que el derecho aparece como una *restricción*, no como una *guía* de conducta.¹⁴³

3. La tesis intermedia de Kennedy, donde se reconoce a la vez la libertad y la restricción, es sustan-

142 Esta marginación de los precedentes que fueron decididos de manera contraria a la que se desea en el caso actual es hecha generalmente mediante el argumento según el cual los casos que dieron lugar a dichos precedentes eran diferentes, en algún aspecto relevante, al caso actual. *Ibíd.*, pp. 532-535.

143 Kennedy, *A Critique of Adjudication*, op. cit., p. 202.

cialmente diferente de la propuesta por Hart para mediar entre los realistas y los reestructuristas formalistas. En la concepción de la adjudicación de Hart, la combinación entre libertad y restricción se logra a través de la distinción entre dos tipos de casos, los fáciles y los difíciles. Los primeros ocurren cuando existe una regla precisa que regula y se aplica de manera unívoca a los hechos objeto del proceso. En términos del enfoque lingüístico de Hart, un caso es fácil cuando sus hechos están comprendidos dentro del “núcleo duro” de significado de la regla aplicable. En este tipo de caso, el juez está completamente atado, dado que no le queda otro camino que aplicar mecánicamente la regla relevante.¹⁴⁴ Entre tanto, los casos difíciles tienen lugar cuando no existe una única regla que contemple los hechos, o cuando la regla aplicable es de textura abierta y, por tanto, da lugar a diversas interpretaciones. En otras palabras, un caso es difícil cuando sus hechos, o no están previstos por el derecho positivo, o caen en la “zona de penumbra” del significado de la regla aplicable. En estas circunstancias, el juez es libre de escoger la decisión que desee entre las alternativas existentes; su decisión, en otras palabras, es discrecional.¹⁴⁵

Nótese que la distinción entre casos fáciles y difíciles de Hart es hecha a partir de las características de los materiales jurídicos, no de la experiencia del juez que los aplica. En efecto, la existencia y la claridad de las reglas relevantes son los criterios de diferenciación entre los dos tipos de casos. De esta forma, la facilidad o dificultad del caso están determinadas incluso antes de que el juez se enfrente a él.

Para Kennedy, la distinción entre casos fáciles y difíciles de Hart no tiene sentido desde el punto de

144 H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, op. cit., p. 158.

145 *Ibid.*, p. 164.

vista de la práctica efectiva del juez. En efecto, si bien es cierto que existen áreas del campo jurídico que a primera vista son más complejas de moldear que otras —v.gr. porque existen normas precisas o antecedentes inevitables—, la facilidad o dificultad depende de la *experiencia concreta del juez* al resolver un caso concreto.¹⁴⁶ No hay, ente este sentido, casos intrínsecamente fáciles o difíciles. Así, un caso puede ser difícil aunque exista una única regla clara que le sea aplicable, si el juez considera que el resultado al que conduce dicha regla es abiertamente injusto. Precisamente debido a que el resultado dictado por el derecho parece obvio, es especialmente difícil el trabajo del juez que desea construir una argumentación convincente en favor de la sentencia contraria.¹⁴⁷ De la misma manera, un caso puede ser fácil justamente porque existe una laguna en el derecho o porque las reglas que le son aplicables son ambiguas dado que, en estas circunstancias, el material jurídico se muestra muy dúctil y el juez puede llegar sin inconvenientes al fallo que desea.

La ocultación deliberada de los motivos ideológicos

Si bien los tres puntos expuestos de la teoría de Kennedy parecen conformar una concepción alternativa y plausible de la adjudicación, desde el punto de vista de la misma experiencia judicial a la que apela Kennedy persiste una pregunta inquietante, cuya solución es el último elemento fundamental de la propuesta crítica y servirá como conclusión de este ensayo. La pregunta es la siguiente: teniendo en cuenta, de un lado, que los jueces redactan invaria-

146 Kennedy, *Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology*, op. cit., pp. 547.

147 En general, mientras mayor sea la "brecha de obviedad" —esto es, la distancia entre el resultado jurídicamente obvio y el deseado por el juez—, más ardua es la tarea de éste. *Ibíd.*, p. 529.

blemente sus fallos en el lenguaje tradicional de la neutralidad, y que, del otro, los motivos ideológicos parecen permear constantemente las decisiones judiciales. ¿significa esto que los jueces mienten conscientemente para ocultar dichos motivos bajo la retórica convencional?

Kennedy responde afirmativamente esta pregunta y sostiene que, de hecho, esta ocultación es una parte esencial de la adjudicación en las democracias contemporáneas. Los jueces niegan la influencia de la ideología no sólo porque ésta es la conducta impuesta por la tradición jurídica, sino porque dicha conducta sirve para soslayar *un conflicto inherente a la función judicial*, entre la misión general encomendada al juez de hacer justicia y el deber de éste de acatar las normas positivas vigentes.¹⁴⁸ Dado que el ideal de justicia y el respeto a la legalidad entran en conflicto siempre que las normas positivas parecen dictar un resultado injusto, existe una tensión fundamental inserta en el seno del rol del juez. Siempre que el juez percibe una brecha entre lo que él considera justo y lo que dicta el derecho, se encuentra en la situación dilemática descrita en la sección anterior en medio de la cual trabaja con los materiales jurídicos para lograr la decisión que estima justa. En términos psicológicos, de acuerdo con Kennedy, el juez es completamente consciente de esta situación, hasta el punto que su ocultación bajo la retórica de la neutralidad del fallo es un ejemplo de la forma típica como las personas resuelven la angustia generada por sus tensiones internas, esto es, mediante la negación de dichas tensiones. Esta práctica cínica parece ser, sin embargo, la única salida para el juez, dado que los costos personales de las otras dos posibilidades —reconocer abiertamente la influencia de la ideología, o simplemente renunciar al caso o al cargo— parecen muy altos.¹⁴⁹

148 Kennedy, *A Critique of Adjudication*, op. cit., p. 203.

149 *Ibid.*, pp. 204-205.

Por último, es necesario todavía preguntarse por qué este discurso de ocultación deliberada es aceptado tanto por la comunidad jurídica como por el público en general. En otras palabras, ¿por qué, si existen evidencias diarias de la influencia de lo político en las decisiones judiciales, no se deslegitima la práctica judicial cínica? La respuesta de Kennedy es que tanto los especialistas como los legos en derecho *quieren conservar la imagen del juez neutral*, en tanto que ésta es el símbolo social por excelencia de la imparcialidad.¹⁵⁰ Lo que se intenta preservar es una instancia simbólica, el Juez, de la misma forma como se pretenden conservar figuras como la del padre o la del sacerdote. El Juez (en mayúscula) es posiblemente la imagen paradigmática de la coherencia, el referente que compensa en el nivel simbólico la incoherencia omnipresente en el nivel de la vida cotidiana.¹⁵¹ La retórica de la neutralidad se mantiene, en fin, porque nosotros queremos creer que ella es cierta.

150 *Ibid.*, pp. 205-207.

151 *Ibid.*, pp. 207-209.