

El Otro Derecho es una revista  
coeditada por TEMIS S. A. y el  
Instituto Latinoamericano de  
Servicios Legales  
Alternativos ILSA.

**Director:**  
Fernando Rojas

**Consejo Editorial:**  
Imelda Gutiérrez C.  
Pablo Emilio Angarita  
Gustavo Gallón G.  
Germán Palacio  
Eduardo Rodríguez  
Victor M. Moncayo  
Manuel Jacques (Chile)  
Luis Chirinos (Perú)  
Valdemar de Oliveira  
(Brasil)

**ILSA Junta Directiva**  
Elizabeth Sussekind  
Elsie Monge  
Dennis Lynch  
Fernando Rojas  
Frederick H. Zemans  
Gerard Pierre Charles  
Manuel Jacques  
Valdemar de Oliveira  
Ramón Custodio

**Equipo ILSA - Bogotá**  
Margarita Florez  
Amparo Rojas  
Gloria Torres  
Eduardo Rodríguez  
Germán Palacio  
Carmen Posada  
Edgard Ardila

**Coordinación**  
Margarita Florez  
Marta Rojas

**Carátula:**  
Hernando Carrizosa

**Fotomecánica  
e Impresión:**  
Editorial Nomos Ltda.

ILSA: Calle 61 N° 3-20  
Tel.: 249 01 29  
Télex: 42072  
A.A. 077844  
Bogotá - Colombia

<b>PRESENTACIÓN</b>	<b>3</b>
<b>DEBATES</b>	<b>5</b>
El poder judicial frente a los conflictos colectivos <i>José Eduardo Faría</i>	
	<b>35</b>
Acerca de la crítica jurídica <i>Oscar Correas</i>	
	<b>53</b>
Descongelando la realidad legal: una aproximación crítica al derecho <i>Robert W. Gordon</i>	
	<b>81</b>
<b>REFLEXIONES</b>	
Marginados y conflicto social <i>Guillermo A. Villegas</i>	
	<b>87</b>
<b>RESEÑAS</b>	
Marginados y conflicto social El derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica El derecho sin máscaras	

## Presentación

---

Con ocasión del concurso latinoamericano de ensayo sobre crítica jurídica que Ilsa realizó el año pasado, se contó con la colaboración de varios articulistas cuyos trabajos no fueron premiados por muchas razones. Es el caso que hoy nos ocupa, en relación con los magníficos ensayos de los profesores José Eduardo Campos de Oliveira Faria y Oscar Correias, cuyas colaboraciones fueron catalogadas como Fuera de Concurso, dada la calidad de los autores, su reconocida trayectoria y el permanente esfuerzo de teorización que desarrollan.

El trabajo del profesor Farias, de una manera clara y brillante, nos acerca a los profundos procesos de transformación de los movimientos sociales latinoamericanos que poseen un efecto de revalorización del sistema social como el lugar de la política y que al emerger con inusitada fuerza, producen una crisis de la dogmática jurídica. Los cambios sociales requieren y exigen nuevos tratamientos en el derecho positivo y nuevos procedimientos judiciales. Se abre entonces un inmenso campo para la rama jurisdiccional que se enfrenta en la práctica cotidiana a conflictos sociales no tipificados en las normas y para los cuales la hermenéutica tradicional no es suficiente. Administrar una justicia realmente igualitaria que tenga en cuenta los factores cambiantes de las relaciones en conflicto es un verdadero reto para quienes tienen la función judicial en nuestro medio.

El profesor Oscar Correas, se esfuerza en hacer una precisión conceptual dentro de las muchas vertientes del pensamiento que se han catalogado como Crítica Jurídica. Es evidente el creciente movimiento que alrededor del tema se ha ido consolidando en América Latina. Delimitar y definir los conceptos es una forma de depuración ideológica que tiene utilidad en la medida que permite ir al encuentro de la diferencia específica de los movimientos críticos. Se trata de ir animando la discusión acerca de la teoría crítica y del uso alternativo del derecho.

La última parte de la sección de Debates, la ocupan los intelectuales de Estudios de Crítica Legal, más conocido como el Critical Legal Studies, CLS, grupo norteamericano empeñado desde hace muchos años en discutir y dejar al descubierto las contradicciones de los discursos legales tradicionales. Dentro de una perspectiva académica buscan contribuir a la transformación de prácticas del sistema legal. En el estudio que incluimos nos participan de la cruda realidad de una sociedad cuyos valores individuales son legítimos y tutelados en menoscabo de seres desprotegidos y sumidos en soledades estremecedoras. El intento de develar estas situaciones de injusticia y desigualdad dentro de la cátedra y servir como animadores en un medio poco perceptivo es digno de resaltar y sirve de acercamiento entre abogados de diferentes sistemas jurídicos.

En la sección Reflexiones, incluimos los apuntes que sobre su experiencia nos participa el Centro Jurídico Comunitario, grupo de servicios legales alternativos que trabaja en procura de fortalecer las organizaciones de viviendistas. Asistir jurídicamente a las comunidades sin adentrarse en sus vivencias y coadyuvar en sus experiencias colectivas es una labor que por más bien intencionada no conduce a grandes transformaciones y esa nueva manera de integración es lo destacado de la experiencia que se nos da a conocer.

Reseñamos dos libros que apuntan a desentrañar la real naturaleza del derecho, la formación que reciben los juristas en las universidades que desligan el conocimiento de la realidad que lo circunda produciendo técnicos sin ataduras con su medio y rodeando el discurso jurídico de adornos que lo convierte en ciencia pura sin ataduras históricas.

## El poder judicial frente a los conflictos colectivos

---

José Eduardo Faria

Profesor asociado del Departamento de Filosofía y teoría del Derecho de la Universidad de Sao Paulo. Coordinador del grupo de trabajo Derecho y Sociedad de la Asociación Nacional de Postgrado e investigador en ciencias sociales

---

*La reforma de la administración de justicia en América Latina es un tema central y recurrente no solo en el ámbito académico sino también en los estrados judiciales y políticos. Esta situación en parte está asociada a la crisis de las instituciones cuyo correlato ha generado una reformulación de los principios generales del derecho. En el centro de estas transformaciones se encuentran los movimientos y asociaciones de la sociedad civil quienes han requerejado los patrones culturales.*

*En la búsqueda del producir nuevas formas institucionales los sectores subordinados han ido redefiniendo la relación entre la sociedad civil y el Estado. Estos grupos han revalorizado el sistema social como el lugar de la política, redefiniendo la clásica articulación clase-partido-Estado.*

*La emergencia de una racionalidad substantiva y de una justicia material ha devenido en la crisis de la dogmática jurídica que no logra mantener coherente los tradicionales modelos de la hermenéutica por causa del creciente uso del derecho positivo y jurisprudencial con propósitos alternativos. Los nuevos conflictos sociales exigen nuevos instrumentos y nuevos procedimientos judiciales para ser canalizados. De allí que la rama jurisdiccional se transforma en una arena privilegiada de la lucha y confrontación políticas.*

*Con base en lo anterior el trabajo pretende responder hasta qué punto el poder jurisdiccional puede reaccionar*

DEBATES

positivamente tanto en la reorganización del cuerpo social sobre bases más igualitarias como en la consolidación de un sistema jurisdiccional eficaz y reconocido por todos sus miembros.

---

#### A Magistratura em face dos conflitos coletivos

A reforma de administração de justiça na América Latina tem sido um tema central e recorrente não só no âmbito acadêmico mas também nos tribunais e na área política. Esta situação em parte está associada a crise das instituições que vêm gerando uma reformulação dos princípios gerais do direito. No meio destas transformações encontra-se a dinâmica dos movimentos sociais e associações da sociedade civil os quais têm rachado os padrões culturais vigentes.

Na procura por produzir novas formas institucionais os setores subordinados vêm redefinindo a relação entre a sociedade civil e o Estado. Estes grupos revalorizam o sistema social como o território da política, redefinindo a clássica articulação classe-partido-estado.

A emergência de uma racionalidade substantiva e de uma justiça material vêm produzindo a crise da dogmática jurídica, quem não chega a manter coherentemente os modelos tradicionais da hermenéutica por causa do crescente uso do direito positivo e jurisprudencial com propósitos alternativos. Os novos conflitos sociais exigem novos instrumentos e novos procedimentos judiciais para ser canalizados. Daí que a magistratura transforma-se em uma área privilegiada da luta e do confronto político.

Por estas questões o trabalho quer dar esposta até que ponto a magistratura pode reagir positivamente tanto na reorganização do corpo social sobre bases mais igualitárias quanto na consolidação de um sistema jurisdiccional eficaz e reconhecido por todos seus membros.

---

#### Judicial Power Faces Collective Conflicts

The reform of the administration of justice in Latin America has become a central theme in academic as well as judicial and political spheres. This situation is in part associated with a crisis of state institutions (including the judiciary) which is generating a reformulation of the general principles of law. At the heart of these reformulations are movements within civil society which have broken down traditionally accepted patterns.

In their attempts to create new institutional forms, the subordinated sectors of civil society have redefined the relationship between civil society and the state. These sectors have revitalized the social system as a political forum, redefining the classic class-party-state landscape.

The emergence of a "racionalidad substantiva" and of a "justicia material" has caused a crisis in traditional legal dogmatism. A growing tendency to use law for alternative purposes has rendered traditional models of legal discourse and analysis incoherent. New social conflicts require new instruments and new legal procedures. The judicial branch is thus transformed from a forum for the privileged into a forum for political struggle.

This paper explores the degree to which the judicial branch can react positively to these changes. Judicial efforts which will indicate a positive reaction include: attempts to reorganize the social system on a more egalitarian basis and attempts to create a more effective judicial system recognized by all members of the community.

---

"El Derecho importa y por eso nos incomodamos con toda esta historia".  
E. P. Thompson, *Señores y cazadores*.

- I Los problemas de acceso a la rama jurisdiccional, de la administración de la justicia, de la reforma del Derecho Procesal, de la ampliación de los servicios de asistencia judicial, de la flexibilización de los procedimientos judiciales, de la informalización de los tribunales y de la creación de una hermenéutica alternativa se vuelven en los últimos años bastante polémicos en los países de América Latina. Dentro de éstos, se destacan especialmente aquellos en que, como es el caso brasileiro, la industrialización reciente provocó una diferenciación socio-económica más compleja y contradictoria en un solo momento, propiciando la emergencia de innumerables asociaciones políticas parapartidistas y de movimientos sociales urbanos de composición de clase un tanto dispersos, asociaciones y movimientos constituidos, en su gran mayoría, al margen de los mecanismos representativos tradicionales y de las estructuras jurídicas vigentes.

Uno de los efectos de este fenómeno fue la crisis estructural de las instituciones gubernamentales, expresada por la creciente monopolización de la titularidad de la iniciativa legislativa por parte del Ejecutivo, en detrimento de las tradicionales competencias del Congreso y aún de la autonomía de la rama jurisdiccional.

Otro efecto, vinculado al carácter intervencionista de un Estado que garantiza una economía oligopolizada y cartelizada, fue la decadencia de la idea del contrato y con ella, el agotamiento gradual de los principios de la libre autonomía y de la respon-

sabilidad individual como categorías jurídicas fundamentales para la formalización de las relaciones capitalistas, fenómeno ese que se traduce en la "publicidad" del Derecho Privado, en la "administración" del Derecho Público y por la "reprivatización" del Derecho Administrativo.

Un tercer efecto, no menos importante fue el tipo de conducta adoptado por esos nuevos movimientos y asociaciones, rechazando las relaciones jerárquicas impuestas por el orden económico, político y jurídico vigente, enfatizando el compromiso y participación de los ciudadanos a partir de valores comunitarios de fuerte connotación ideológica y un cierto contenido utópico, descubriendo la importancia de un uso "alternativo" del Derecho vigente y valorizando estrategias inéditas de socialización y articulación de los grupos y clases subalternas en los espacios colectivos de la vida cotidiana, y casi siempre fuera de los marcos institucionales establecidos por la constitución.

En la medida en que, enfrente a.) De la ruptura de los patrones culturales tradicionales y de la erosión de los lazos de arraigamiento social provocados por el tipo de desarrollo adoptado, b.) De la polarización ideológica generada por las contradicciones socio-económicas, c) De la crisis de legitimidad de un sistema representativo basado en los partidos y el parlamento, d.) De la crisis fiscal que mina el potencial cooptador y desmovilizador del Estado provincia y e.) De las nuevas formas de participación política protagonizados por actores hasta entonces sin tradición de movilización y actuación y de los conflictos jurídico-políticos que de allí resultan esos grupos y clases consiguieron apropiarse política y discursivamente de los derechos humanos para convertirlos en sinónimo de "derecho alternativo" de las mayorías marginalizadas, el crecimiento de su poder de lucha y confrontación colectiva, abrió camino para una cuestión importante: aquella relativa a la reevaluación del papel de un poder judicial unificado, centralizado y apropiado monopolísticamente por el Estado en contextos de transformación social y democratización política. O sea: en contextos en los cuales los actores políticos emergentes, valorizando acciones y conductas que hasta entonces no alcanzaban expresión institucionalizada al nivel de las relaciones de poder articuladas alrededor del Estado, se empeñan por alternativas frente a aquellas ofrecidas por las instituciones representativas comunes a la concepción liberal burguesa del Estado y del Derecho para: a) Buscar elaborar sus propios códigos de identidad y autoreconocimiento, b.) Construir sus paradigmas de legitimidad y, c.) Concretar en las prácticas de lucha cotidiana la utopía en favor de una sociedad "libre y justa".

En América Latina, desde los años 70's se ha enfatizado sobre la gradual toma de conciencia de la desigualdad económica y la creciente percepción de un nuevo sentido de la justicia que llevaron a estos actores colectivos emergentes a redefinir las relaciones de sociedad y Estado, redescubriendo el sistema social como el "lugar" de la política y trasladando con eso la clásica cuestión de la constitución de los sujetos políticos, tradi-

cionalmente sub-sumida en la relación clase-partido (en cuanto relación que pre definía el espacio exclusivo y privilegiado de una acción dotada de legitimidad, reconocimiento y eficacia política)<sup>1</sup>. También aquí se ha escrito mucho al respecto de la crisis de las concepciones liberal-burguesas del Estado y del Derecho, como correlato de la implosión de un poder "cósmico", y de la sustitución por un poder "caósmico" (sic) de la emergencia de una racionalidad sustantiva y de una justicia material sobre una racionalidad instrumental, y una justicia formal de la perversión de la razón jurídica frente de su vinculación con el poder normativo de la realidad "ideal", de la quiebra epistemológica y funcional de la dogmática jurídica de carácter positivista normativista, de la revisión (por vía de la praxis judicial) de los tradicionales modelos de hermenéutica, de la inviabilidad de mantener una imagen unitaria del ordenamiento jurídico por causa del creciente uso del derecho positivo y jurisprudencial con propósitos "alternativos", de la implantación de servicios de asesoría jurídica a las organizaciones populares, de la prolongación de las competencias judiciales y del propio énfasis de un supra-legalismo y un supra-normativismo social por parte de los juristas heterodoxos<sup>2</sup> un importante problema, con to-

<sup>1</sup> Ver en ese sentido, Vera da Silva Talles, "Movimientos sociais: reflexões sobre a experiência dos anos 70"; Eduardo Viola e Scott Mainwaring, "Novos Movimientos sociales: cultura política e democracia — Brasil e Argentina"; Ilse Scherer-Warren, "O carácter dos novos movimentos sociais"; Pedro Jacobi, "Movimientos sociais: teoría e prática em questão"; e Paulo Krischke, "Movimientos sociais e transição política: contribuições da democracia de base"; todos estos trabajos están incluidos en Uma revolução no cotidiano Os novos movimentos sociais na América do Sul, Ilse Scherer-Warren e Paulo Krischke organizadores, São Paulo, Brasiliense, 1988. Ver, também, Ruth Cardoso, "Movimentos sociais urbanos: balanço crítico", en Sociedade e Política no Brasil n.º 64, Maria Herminia Tavares de Almeida e Bernardo Sorj organizadores, São Paulo, Brasiliense, 1983, y "Formas de participação popular no Brasil contemporâneo", en Revista da Eundação SEADE, São Paulo, n.º 3, 1985; Eunice Durham, "Movimientos Sociais: a construção de cidadania", en Novos Estudos, São Paulo, CEBRAP, n.º 10, 1984; y Renato Raul Boschi, A arie da associação; política de base e democracia do Brasil, São Paulo, Vértice/Iuperj, 1987.

<sup>2</sup> La bibliografía, en esta materia, es bastante amplia. Entre los trabajos pioneros y paradigmáticos, ver Roberto Lyra Filho, Para um direito sem dogmas, Porto Alegre, Sérgio Fabria, 1980; "Para uma visão dialética do direito", en Sociologia e Direito, Claudio Souto e Joaquim Falcão organizadores, São Paulo, Pioneira, 1980; Razões de defesa do direito, Brasília, Obreira, 1981; Luis Alberto Warat, El derecho y su lenguaje, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciências Sociales, 1973; Mitos e Teorias na Interpretación das Leis, Porto Alegre, Síntese, 1980; "O sentido comun teórico dos juristas", en A crise do direito numa sociedade em mudança", José Eduardo Faria organizador, Brasília, Unb, 1988; e A nureza do poder, Florianópolis, UFSC, 1983; Rosa Maria Cardoso de Chnha, O carácter retórico do principio de legalidade, Porto Alegre, Síntese, 1980; Roberto Mangabeira Unger, O Direito na sociedade moderna, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1979; Boaventura Santos, "The Law of oppressed: the construction and reproduction in Pasagarda", en Law and Society Review, Denver, 1977, n.º 12; "O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica", en Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1979; "Estado, Direito e Questão Urbana", en Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra, 1982, n.º.

do, no ha merecido aún toda la atención que merece, ya sea en los medios académicos, en los círculos políticos, o en el ámbito judicial: se dice que a.) En la redefinición de las relaciones del Estado con la sociedad esta aparece construida en el interior de una nueva representación de lo social y de lo político, por medio de la cual adquiere sentido en cuanto espacio de experiencias originales y en cuanto espacio de constitución de nuevos sujetos, b.) Las redefiniciones de esas relaciones entre el Estado y la sociedad en el ámbito del capitalismo son siempre contradictorias, en la medida en que generan continuamente condiciones para nuevas luchas por transformaciones alternativas de las estructuras socio-económicas y, c.) Los nuevos conflictos colectivos exigen nuevos instrumentos jurídicos y nuevos procedimientos judiciales para poder ser canalizados, filtrados y decididos en el ámbito de las instituciones formales del Estado, lo que transforma la rama jurisdiccional en un locus político privilegiado como arena de lucha, confrontación y negociación de intereses.

La cuestión a que me refiero se relaciona a la cultura profesional, a la sensibilidad social y a la percepción política de la magistratura. En fin, al alcance y el grado de actualización, desalienación y conciencia de su *saber*<sup>3</sup>. Identificar esa cultura, esta sensibilidad y esta percepción en frente a los conflictos colectivos y, por extensión, del propio uso "alternativo" del Derecho es el objetivo central de este trabajo. Un objetivo que, en términos muy generales y bastante esquemáticos, partiendo de la implosión de aquella confianza ingenua e "idealista" en la racionalidad intrínseca de las leyes y de los códigos conjugada con la idea mecanicista de la jurisprudencia, está asociada a dos tipos distintos pero convergentes de problemas a saber:

---

10; e "Introdução a sociologia da administração da justiça", en *Direito e justiça: a função social do judiciário*, José Eduardo Faria organizador, São Paulo, Ática, 1983; Aurélio Wander Bastos, *Conflitos sociais e limites do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, Eldorado, 1975; Carlos Simões, *Direito do Trabalho e modo de produção capitalista*, São Paulo, Símbolo, 1979; Joaquim Falcão, "Justiça Social e Justiça Legal": *Conflitos de propriedade no Recife*", en *Conflicto de Direito de Propriedade*, Rio de Janeiro, Forense, 1984. Ver, también, Enrique Zulete Puceiro, *Paradigma dogmático y ciencia del derecho*, Madrid, Edusa, 1981.

<sup>3</sup> Utilizo aquí la relación de saber en el sentido que Foucault da a ese término, o sea como "un conjunto de elementos, formados de manera regular por una práctica discursiva que son indispensables en la constitución de una ciencia, a pesar de no estar destinados necesariamente a darle un lugar (...); un saber es aquel que podemos hablar en una práctica discursiva que se encuentra así especificada: el dominio constituido por los diferentes objetos que adquirieron o no un estatuto científico (...); un saber es también un espacio en que el sujeto puede tomar posición para hablar de los objetos de que se ocupa en su discurso (...); un saber es también un campo de coordinación y de subordinación de los enunciados en que los conceptos aparecen, se define, son aplicados y se transforman (...), finalmente, un saber se define por posibilidades de utilización y de aproximación ofrecidas por el discurso...". Cf. Michel Foucault, *Arqueología del Saber*, Rio de Janeiro, Forense-Universitária, 1986, p. 206-207.

a) ¿Hasta qué punto estarán los Tribunales y sus Magistrados aptos, funcional y técnicamente, para manejar conflictos clasistas y transgresiones de masa que envuelven grupos, clases y colectividades?. Dada la explosión de litigios en sociedades estigmatizadas por las contradicciones socio-económicas y por formas inéditas de lucha, confrontación y resistencia, como es el caso de la sociedad brasilera, las diferentes instancias judiciales tendrán condiciones para continuar desempeñando con un mínimo de eficacia sus funciones tradicionales de absolver las tensiones y reducir las incertidumbres del sistema político, limitando y "desarmando" los conflictos o bien impidiendo su generalización?

b) Si, como se afirmó, los patrones normativos en vigor en las naciones de industrialización reciente en América Latina se revelan progresivamente incapaces de proseguir suministrando un "sentido de orden", y si la consecución de un orden alternativo estable y legítimo necesita una representación de una "voluntad colectiva" por medio de la cual los grupos y clases en conflicto se reconocen recíprocamente como constitutivos de un nuevo contrato político, ¿de qué manera la rama jurisdiccional podrá actuar tanto en la reorganización del cuerpo social con bases más igualitarias como en la consolidación de un sistema jurídico eficaz y al mismo tiempo reconocido y acatado por todos?

Desde el punto de vista de la práctica jurídica, tales interrogantes han suscitado muchísimas y significativas discusiones relativas, por ejemplo, a las cuestiones del acceso diferenciado a la justicia por parte de las diversas clases y estratos sociales; a la racionalización de las actividades de asistencia jurídica, en virtud del impacto de sus costos sobre la crisis fiscal del Estado; la transformación de los servicios legales tradicionales, que no cuestionan la estructura social y que se limitan a asistir judicialmente a sus usuarios, considerados apenas como "sujetos individuales", en servicios más amplios, capaces de trabajar con "sujetos colectivos" con la finalidad de proponer estrategias hasta de corte extra-judicial; la reforma de los procesos civil, penal y laboral para volverlos más flexibles, rápidos y baratos; la transformación del juez en un legislador activo y creativo, conciente de que la justicia no puede ser reducida a una dimensión exclusivamente técnica, debiendo ser concebida como instrumento para la construcción de una sociedad verdaderamente justa.

Desde el punto de vista de una reflexión más teórica y/o analítica, esas cuestiones deben abrir un campo original de estudio multidisciplinario sobre las relaciones entre Estado y Derecho, sobre la función social del proceso, sobre la organización de los tribunales, sobre las formas de reclutamiento de los Magistrados, sobre su ethos profesional y sobre su cultura política (o sea, sobre los valores que, representando visiones del mundo formadas históricamente antes que preferencias axiológicas de los actores individuales, autónomos, actúan como orientaciones básicas en sus prácticas cotidianas, determinan sus formas de comprensión de la realidad y están incorporados de modo difuso en sus

despachos y sentencias; considerados como parte fundamental de las interacciones políticas de una sociedad determinada, esos valores se relacionan con las clases sociales en conflicto, por tanto no se reducen a ellas, o sea, se refieren a los patrones económicos vigentes, pero tienen una relativa autonomía con referencia a la economía<sup>4</sup>.

Aunque todas estas cuestiones estén evidentemente interligadas, relacionadas y sean convergentes, esta última, relativa a la formación cultural, técnica y profesional y política de los actores jurídicos encargados funcionalmente de la tarea de la aplicación de las reglas generales, abstractas e impersonales es la que nos interesa más de cerca en este trabajo. Ellas estarán aún impregnadas de la vieja tradición legalista, formalista y normativista de la dogmática jurídica, que se expresa por medio de proposiciones hipotéticas del deber ser y cuya preocupación central es la subsunción de los hechos a la prescripción legal, valorizando apenas los aspectos lógico-formales del Derecho Positivo y enfatizando solamente las cuestiones de la validez de la norma, de la determinación del significado de las reglas, de integración de las lagunas y de la eliminación de las antinomias? O, por el contrario, ya estarán sensibles a la necesidad de un *background* cultural capaz de identificar y esclarecer el significado político de las profesiones jurídicas haciendo posible así un distanciamiento crítico y una clara conciencia de las innumerables implicaciones de sus funciones en sociedades fuertemente marcadas por el creciente desequilibrio entre la igualdad jurídico-formal y las desigualdades socio-económicas?

- II En contextos fragmentados, tensos y explosivos como los de América Latina hoy día, esas desigualdades han sido continuamente recodificadas en el imaginario social y político, constituyéndose progresivamente en una amenaza a la estabilidad de los regímenes fundados en una concepción liberal individualista del Estado y del Derecho. Como esos regímenes expresan cada vez más un sistema político contradictorio, una vez que enfatizan la atomización de las clases en cuanto electores y ciudada-

<sup>4</sup> "Esta definición supone que los actores no siempre están conscientes de sus valores políticos. En este sentido, la noción de valores políticos no es sinónimo de discurso o ideología, aunque el discurso y la ideología expresen elementos valorativos. El discurso refleja la actitud consciente o instrumental del actor acerca de la política, siendo por tanto un elemento —clave para comprender aspectos de sus valores. No obstante, los actores no poseen plena consciencia de los factores que integran su visión del mundo y orientan su acción— y en ese sentido su discurso para fines instrumentales no reflejaría aún sus valores conscientes. Las prácticas políticas pueden ser definidas como el estilo y patrón de actuación política. Este aspecto de la cultura política, aunque mucho más difícil de estudiar empíricamente que el discurso político, es igualmente importante. Existen más estudios que han sido hechos sobre discurso e ideología que sobre prácticas políticas. No obstante, debido a las diferencias existentes entre la ideología y la práctica, cualquier tratamiento adecuado de la cultura política debe considerar los estilos de actuación política". Cf. Eduardo Viola e Scott Mainwaring, "Novos movimentos sociais: cultura política e democracia — Brasil e Argentina", en Uma revolução no cotidiano: os novos movimentos sociais na América do Sul, *op. cit.*

nos al mismo tiempo que también establecen condiciones de organización socio-económica, jurídica y administrativa capaces de, en ciertas circunstancias, llevar a la polarización y confrontación social, tanto las profesiones jurídicas como a las propias instituciones de Derecho han sido fuertemente atravesadas por la naturaleza colectiva y por el carácter clasista de los conflictos. La entrada en escena de movimientos populares, sindicales, religiosos y comunitarios bien organizados, que a) Rechazan la concepción liberal de Derechos Humanos (que se limita a definirlos como un conjunto de salvaguardia de las libertades públicas) y concibiéndolos a partir de una perspectiva según la cual las desigualdades sociales son forma propia de la violencia y arbitrio en las sociedades capitalistas, b) Hacen de las relaciones sociales una intrincada trama de prácticas dirigidas a la construcción de nuevas sociabilidades, de nuevas solidaridades, identidades comunes, c) Articulan nuevos espacios dentro y fuera de las estructuras del Estado como locus políticos en los cuales se constituyen en sujetos que ejercitan prácticas de resistencia no encajables con las leyes y los códigos en vigor, d) Rompen con los espacios tradicionales monopolizados por las instituciones estatales para la canalización, filtro y arbitraje de los litigios encuadrados básicamente dentro de una dimensión "interpersonal", e) Desafían la rigidez lógico-formal de los sistemas legales y judiciales, mediante la politización de las cuestiones aparentemente técnicas, y f) Procuran crear hechos consumados para reivindicar nuevos derechos, mediante el énfasis en experiencias particulares centradas en las ideas de auto-organización, autogestión y solidaridad, han abierto camino para acciones y conductas contradictorias. O sea: para comportamientos que comprometen la integridad y la plenitud del orden vigente a partir de las discusiones de problemas específicos, entre ellos, la vieja cuestión de la relación capital versus trabajo, ahora polarizada por la centralización y concentración del capital, por la oligopolización y monopolización del mercado, por la concentración de los poderes burocráticos, por la emergencia de un sistema notarial corporativo de administración de los precios y salarios y por la transformación del espacio de la fábrica como campo de lucha.

Tales prácticas, profundizan la crisis de racionalidad y legitimidad de los estados latinoamericanos, arriesgan su propia "matriz organizacional", y exigen un ejecutivo crecientemente intervencionista y presionado por demandas conflictivas y excluyentes, respuestas cada vez más inmediatas y pragmáticas, las cuales pretenden dispersar, trivializar, desideologizar y decidir los conflictos socio-económicos sin resolverlos. Estas respuestas, a su vez, llevan a estos estados a prolongar su propio espacio de acción y a modificar su dinámica de interacción, lo que aumenta la diversidad de sus instrumentos normativos, amplía la heterogeneidad de sus modos de juridicidad y diversifica las estructuras normativas e institucionales como operan, permitiéndoles expandirse más allá de sus aparatos formales.

En la medida en que por causa de las contradicciones socio-económicas generadas por un desarrollo capitalista tardío y desigual, esos Estados tienden a regular cada problema y a tratar cada conflicto como una cuestión aislada y específica, esa estrategia vuelve asimétrica la praxis jurídica estatal y termina por producir la propia fragmentación de sus funciones reguladoras y arbitrales. Y cuanto mayor es la diversificación fragmentaria de esas funciones, menor la coherencia lógico-formal del sistema jurídico, por consiguiente, mayor el número de posibilidades de combinaciones y articulaciones entre los diferentes modos de juridicidad y sus respectivas estructuras normativas e institucionales<sup>5</sup>.

De este modo, como el mismo Derecho en una misma formación social puede desdoblarse en una multiplicidad de nuevos vehículos jurídicos, cuya articulación con las formas y categorías normativas forjadas por las concepciones liberal-individualistas del Estado y el Derecho, no es simple. Ese fenómeno tiene una doble consecuencia: por un lado, atiende a las necesidades funcionales del Estado obligando a responder contradictoriamente las presiones contradictorias de una sociedad contradictoria. Lo que los lleva, paradójicamente a "balcanizarse" en el mismo proceso social en que mantienen formalmente el control de las técnicas jurídicas de dominación.

Por otro lado, abre espacio para nuevas opciones de lucha por parte de los actores colectivos emergentes, entre los cuales el espacio de la rama jurisdiccional, en términos de desafío a la coherencia de las decisiones judiciales, de reformulación de las concepciones y procedimientos individualistas del proceso civil, de la exigencia de interpretaciones *praeter legem* capaces de volver exequibles nuevos derechos colectivos de presiones en favor de sentencias fundadas en argumentos más de justicia sustantiva que en argumentos de carácter lógico-formal, de reivindicaciones para la descentralización, desburocratización e informalización de la justicia, de peticiones para el reconocimiento de los intereses que son tenidos como "difusos" y hasta de tentativas de recuperación de antiguas prácticas jurídicas de naturaleza clasista lo que propicia significativos avances en las luchas populares.

Como resultado de esta ruptura de organicidad del sistema legal vigente, recurrente en los conocidos conflictos entre tradición y modernidad, arcaísmo y racionalidad, burguesía indus-

<sup>5</sup> Para una discusión teóricamente profunda de ese proceso de fragmentación de los sistemas jurídicos en el estado capitalista ver, Boaventura Santos, "Law and Community: the changing nature of State power in Ibe politics of informal justice, Richard Abel organizador, New York, Academic Press, 1982, y On modes of production of Law and social power, Madison, Institute for Legal Studies, University of Wisconsin Law School, 1984. Discuto ese proceso en Eficácia Jurídica e Violência Simbólica, São Paulo, Edups, 1988; "Ideologia e função do modelo liberal de direito e Estado", en Lua Nova, São Paulo, Cedec, 1988, núm. 14; "A Constituinte e suas condições de eficácia, en A crise do direito numa sociedade em mudança, José Eduardo Faria organizador, op. cit., e Retórica Política e Ideologia Democrática, Rio de Janeiro, Graal, 1984.

trial y oligarquías agrarias, clases dominantes urbanas y rurales y movimientos populares de las áreas metropolitanas y del campo, estado fuerte y sociedad civil aparentemente débil, nacionalismo e internacionalismo, libre comercio y proteccionismo, distribución de la renta y acumulación, legitimidad y gobernabilidad, las reivindicaciones de los nuevos derechos basados exclusivamente en criterios de la racionalidad material y las necesidades de orden práctico cada vez más vienen exigiendo de los juristas nuevos grados de especialización funcional y técnica en su discurso y en su formación profesional-grados que requieren saberes no apenas extradogmáticos, sino, igualmente, extrajurídicos. (Por ejemplo, en los campos de la medicina, del urbanismo, de la tecnología, etc.). ¿Por qué?

Por una razón simple. Al lado de sus preocupaciones de naturaleza profesional, muchos abogados y magistrados, se concientizan de que: a.) Todo discurso jurídico sea en la elaboración de las normas, sea en la aplicación a casos concretos es siempre un discurso argumentado (y, por tanto, organizado al frente de un proyecto específico que el discurso "negocia" frente a una audiencia particular o general) y, b.) Todo discurso jurídico está constituido por estrategias que asumen una apariencia lógica y están destinadas a inducir y regular el juicio colectivo sobre una situación o un objeto. No descartan la posibilidad de recurrir a un arsenal de efectos retóricos para hacer prevalecer sus opciones políticas; por eso, terminan valiéndose de los aspectos contradictorios del Derecho Positivo y de la ambigüedad conceptual de su lenguaje hacia una praxis "alternativa" y "liberadora" en pro de una efectiva justicia social (lenguaje entendido aquí no como la síntesis de lenguas, sino como la colección de las cosas dichas, la síntesis de los mensajes más significativos utilizados no solamente por la lengua ordinaria sino también por todas las lenguas eminentes que, como dice Ricoeur "hicieron de nosotros lo que nosotros somos"). Como afirma un integrante de la magistratura a nivel de la segunda instancia, en una importante declaración:

"Sólo una visión del derecho que mira la realidad social puede salvar el país e impedir la desagregación de su pueblo. Esa visión se da a través de la conciencia crítica, que no puede ignorar las fuerzas conflictivas a nivel de la infraestructura para que el capital divinizado en detrimento del sudor humano, no perpetúe las injusticias a nivel de la super-estructura. (...) A través de la visión dialéctica, eminentemente crítica, el juez se coloca dentro de la realidad social e identifica las fuerzas que producen el derecho, para establecer la relación entre ese derecho y la sociedad. En esa postura, el juez puede y debe cuestionar la propia legitimidad de la norma, para adecuarla a la realidad social. Asumiéndola, puede llegar a decisiones más justas y renovadoras, utilizando los procesos tradicionales de la hermenéutica. Comprobado que el derecho no es neutro; que la norma legal no siempre es el punto de equilibrio entre intereses conflictivos; que el poder muchas veces actúa en beneficio de unos y en detrimento de muchos; que, en el Brasil, la mayoría,

constituída por las clases trabajadoras, está marginalizada y no tiene acceso a los bienes de la producción —En suma, que el orden legal es injusto y opresor— ¿en qué consiste la práctica liberadora del abogado en función de su compromiso político? Ella se inicia por la defensa de los derechos individuales violados, surgidos en los conflictos motivadores de la controversia. En la fuerza renovadora de la jurisprudencia muchas veces respaldada la tesis del abogado. Pero la práctica libertaria adquiere dimensión social en la medida en que trasciende tales límites y se manifiesta coherentemente en todos los actos de la vida del hombre-abogado. El compromiso político se refiere a los actos de la vida pública y particular, y no a la actividad política y profesional en sí. Ella envuelve la práctica de la liberación de las clases dominadas”<sup>6</sup>.

III ¿Cuál debe ser el eje central de un saber técnico y político capaz de sustentar esa práctica? ¿Cuáles serán las responsabilidades profesionales y sociales de los actores jurídicos en las sociedades en transformación? ¿De qué manera proceder en frente del uso alternativo del Derecho? ¿Cómo ignorarlo?

En virtud de las recientes transformaciones sociales que han abierto camino para acciones colectivas y para la institucionalización de derechos sociales e intereses difusos cuya titularidad individual es a lo mínimo problemática<sup>7</sup>, ¿Cómo será posible mantener la enseñanza jurídica atada a los tradicionales para-

<sup>6</sup> Cf. Shelma Lombardi de Kato, “O advogado e o compromisso político de libertação”, en Revista dos Tribunais, volume 589, 1984 y reeditado en Direito e Justiça: a função social do judiciário, José Eduardo Faria organizador, o. cit. La conclusión de la autora es en el sentido de que el jurista necesita “ayudar a la Nación a repensar el derecho en la óptica de los oprimidos y a vivir esta práctica en el interior de su compromiso”. En la introducción de la colección organizada por mí, afirmo que, por causa de los argumentos invocados por esa integrante de la rama judicial, las especializaciones comunes y unidisciplinarias están hoy abriendo paso a nuevas especializaciones más ligadas a la moderna producción agrícola, industrial y de servicios y a los nuevos conflictos recurrentes, necesitando así un saber crecientemente multidisciplinario, antidogmático y antiformalista (la autora es actualmente desembargadora del Tribunal de Justicia de Mato Grosso, habiendo también presidido el Tribunal Regional de ese Estado).

<sup>7</sup> A título de ilustración puede verse el siguiente acuerdo sobre el problema de la notificación de ocupaciones de tierra en una acción de reintegro de la posesión de São Paulo, en donde se consideró válida la citación por edicto en el caso de invasión de áreas de tierras por favelados, dado el carácter colectivo de los intereses y para asegurar las partes el respeto a los principios constitucionales del proceso. Según el juez relator “muchos de esos favelados fueron notificados personalmente, como se vé en los folios 28. Algunos, ya mencionados en la parte inicial no pudieron ser alcanzados por el Sr. Oficial de Justicia que en su certificación notifica la existencia de un clima desfavorable en el local para llevar a cabo la citación personal de todos los citados. Ahora no se ha de perder de vista el carácter colectivo de los intereses en cuestión, bien como la imposibilidad de atender las exigencias del numeral II del art. 282 do CPC, bajo pena de quedar los autores impedidos del ejercicio de su derecho de acción. Se enfrenta la justicia en el caso de invasión de áreas de tierras por favelados acompañados o asentados irregularmente, casi siempre en ciertos y desconocidos con-

digmas dogmáticos de inspiración Kelsiana? ¿De qué modo conjugar la reorganización de los cursos jurídicos, enfrentados como un “espacio” institucional de transmisión de un saber específico y de formación de agentes transmisores, creadores y reproductores del Derecho, con las consecuencias concretas de la ruptura de la organicidad y de la coherencia lógico-formal de los sistemas legales, hoy convertidos en vastos conjuntos de leyes desordenadas y carentes de principios unificadores? ¿Cuál es la posibilidad de conciliar una enseñanza crítica y multidisciplinaria, con una enseñanza profesionalizante, en cuyo ámbito convergen los diferentes sujetos y las distintas variedades de practicantes generadores del Derecho? ¿De qué modo evitar las presiones corporativas de las asociaciones representativas de los actores jurídicos formados por cursos dogmáticos y formalistas, los cuales, aún hoy continúan insistiendo en la imagen del jurista como un ser superior, por encima de las pasiones de los hombres comunes?

Estas cuestiones, formuladas con la convicción de que no se debe pensar en el universo jurídico como algo homogéneo, abren la discusión ideológica inherente a la formación de los abogados y de la magistratura, ya que no se puede pensar en una ideología profesional de juristas sin una estructura jurídica correspondiente. Si es cierto que la especificidad de su papel profesional postula la especificidad del objeto y está al mismo tiempo postulada por esta, se vuelve entonces imposible promover una discusión sobre los actores jurídicos que no sea, simultáneamente, una discusión sobre el Derecho. Es por esto que las cuestiones arriba mencionadas también reflejan la crisis de identidad epistemológica en que hoy se debate la propia reflexión sobre el Derecho. El Derecho actualmente se encuentra “hamletianamente” martirizado por el dilema de ser arte o ciencia<sup>8</sup>. O sea entre ser “tecnología de control organización y dirección social”, lo que implica una formación unidisciplinaria, meramente

un fenómeno social emergente de las condiciones recientes de la vida nacional, en que el flujo migratorio irracionalmente tolerado y así mismo incentivado en algunos casos, deroga los parámetros tradicionales del formalismo procesal e impone modos a veces aparentemente espaciales para asegurar a las partes el respeto de los principios constitucionales del proceso. Intervino el Ministerio Público en calidad de Curador de Ausentes, no se puede afirmar que fueran dejados los derechos de aquellos que por imposibilidad material no fueran citados personalmente, pero que habían sido defendidos en la acción del conocimiento. Además, se mostró la razón de falta de citación que tiene su lugar apropiado en la fase de ejecución cuando se instale. Por ahora bastan las citaciones ya efectuadas en la actuación del celoso órgano del Ministério Público, para un desenvolvimiento válido y regular del proceso. Por lo expuesto, se da providencia al agravio con el fin de cancelar la determinación constante de la r. decisión agravada, para el suministro de las calificaciones de los ocupantes eventuales del área es suficiente, por ahora la notificación por edicto a la que ya se procedió”. Cf. Tribunal de Justiça de São Paulo, agravio de instrumento 58.7551-1, 5ª Câmara, 12/09/85.

<sup>8</sup> Para una profundización de esa cuestión, ver José Eduardo Faria, Reforma do Ensino Jurídico, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1987, e “O ensino do direito”, en Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra, 1986, núm. 21.

informativa, despolitizada y adiestradora, estructurada alrededor de un sistema jurídico que es concebido como autosuficiente, completo, lógico y formalmente coherente; O sea una "actividad verdaderamente científica", eminentemente especulativa y por encima de toda crítica —lo que exige una formación reflexiva, no dogmática y multidisciplinaria, organizada a partir de una interrogación sobre la dimensión política, sobre las implicaciones sociales económicas y sobre la naturaleza ideológica de todo orden jurídico.

En primer caso, como "tecnología del control social", el Derecho es visto como un orden coactivo emanado de la autoridad estatal y constituido por normas de diferentes niveles, que reglamentan el empleo de la fuerza en las relaciones sociales, determinan los límites de los comportamientos y sanciones las conductas no deseadas según el orden que debe ser mantenido. En cuanto técnica destinada a organizar y orientar las interacciones sociales, el Derecho no es enfrentado como un fin en sí mismo, sino apenas como un simple instrumento. Esta concepción se caracteriza por el énfasis del carácter abstracto y aparentemente impersonal de sus elaboraciones, énfasis que pretende depurar las determinaciones subjetivas y objetivas del Derecho, proponiéndose como modelo válido por el efecto de la propia fuerza lógica de la abstracción y de la impersonalidad. Las normas, al establecer una relación de imputación entre actos ilícitos y sanciones, dan origen a una sucesión de deberes jurídicos el elemento primario de todo ordenamiento normativo. Esos deberes, simultáneamente, no tendrían significado moral: como las ideas morales están por encima de toda experiencia y como su contenido varía *ad infinitum*, al Derecho Positivo le interesa apenas el establecimiento de las sanciones como consecuencia del incumplimiento de las normas. El hecho ilícito no es en sí necesariamente inmoral o éticamente condenable es apenas, una conducta contraria a aquellas fijadas por la norma. El Derecho es, así, reducido a un simple sistema de normas, el cual se limita a dar sentido jurídico a los hechos sociales en la medida en que estos son encuadrados en el esquema normativo vigente. Por eso, al determinar el uso de las normas y los instrumentos jurídicos exclusivamente en función de las categorías y de los conceptos legales, esta concepción vuelve innecesario el cuestionamiento del contenido de sus dogmas, esto quiere decir: la discusión relativa a la función social de las leyes y a la identificación de los nexos ocultos que vinculan el derecho a las estructuras (y viceversa). En este sentido una de las características de los sistemas jurídicos es la de regular su propia creación y aplicación mediante presupuestos, postulados y principios unificados que sirven como elementos básicos tanto para la formulación de un determinado orden jurídico como para la propia conceptualización de la dogmática jurídica. Tal concepción, privilegiando las argumentaciones lógicas fundadas en el principio de la no contradicción, deja de lado los aspectos políticos e históricos del fenómeno jurídico, por considerarlos empíricamente contingentes, de un lado destacando lo jurídico-racional como univer-

sal y necesario y, de otro, reduciendo las conductas a las estructuras normativas en una continua destrucción y reconstrucción de las propias estructuras formales del derecho.

En esa concepción, lo que realmente importa es la determinación de un conjunto articulado de conceptos relacionados en un discurso único y sin contradicciones internas, de modo que la organización "científica" del saber jurídico extrae todos sus criterios de "orden" a partir, básicamente, de la racionalidad formal del sistema normativo. Expresadas en normas generales e impersonales, las relaciones jurídicas facultadas, impuestas y prohibidas por los códigos y las leyes, establecen tanto los parámetros de coercibilidad —las reglas que ubican cómo la sanción puede ser operacionalizada— como el control racional de los ciudadanos "libres" esto quiere decir, de los individuos autónomos y atomizados, concebidos como personas privadas y como miembros participantes de la comunidad política, mediante una separación explícita entre el espacio público y la vida privada.

Para la consecución de este proceso de intermediación formalizadora de las relaciones sociales, siempre en la perspectiva de forzar la atomización, la dispersión, la "desideologización" y la banalización de los conflictos de intereses, son categorías abstractas necesarias, capaces de permitir a la dogmática situarse de manera distanciada y "despolitizada" — de los antagonismos reales. Gracias a ese ingenioso proceso de abstracción generalizante, se vuelve posible reducir a la unidad del sistema jurídico toda la multiplicidad y heterogeneidad de las experiencias, objetos y sujetos (con su propia individualidad específica), mediante la selección de sus cualidades y de sus comunes perfiles<sup>9</sup>. Pero, ¿cuál es el criterio de esta selección? ¿Puede ser fundamentado y demostrado en términos lógicos?, o por el contrario ¿dependerá de un juicio de valor determinado por un punto de vista previamente fijado e históricamente condicionado por el tipo de base económica que caracteriza una formación social dada?

Para ilustrar esta exposición esquemática del Positivismo Normativista que tradicionalmente ha funcionado entre nosotros como matriz disciplinaria para un proceso de socialización llevado hacia la articulación de un esquema teórico-práctico particular y específico del saber normativo, aun "cultura general"

<sup>9</sup> Como afirman Barcellona y Cotturri, las operaciones de abstracción presuponen una opción, esto es, la afirmación del carácter esencial de una cualidad con relación a las demás, las cuales no son consideradas esenciales para los fines de la unificación en una categoría única. Segundo como esas operaciones no son lógicas, sino ideológicas, los juristas precisan presentarlas bajo las formas de simples "descripciones" con el fin de que pueden desarrollar la dogmática jurídica. Las abstracciones generalizantes propician así un proceso de idealización del derecho y de las categorías jurídicas, por medio del cual los sistemas legales se presentan como la "razón ordenadora" de las relaciones reales, esto es "como inmutable deber-ser de lo transitorio y desordenado, como rescate y como sublimación de la precariedad y de la finitud". Cf. Pietro Barcellona e Giuseppe Cotturri, "La imagen del jurista, de la doctrina y de los magistrados", en *El Estado y los juristas*, Barcelona, Fontanella, 1976, pp. 99-102.

en el ámbito de los cursos jurídicos, tomemos como ejemplo la importante categoría del "sujeto de derecho": El conjunto de normas positivas relacionadas a un mismo ámbito personal de validez, fórmula por la cual es posible diluir retóricamente las diferencias y especificidades de los hombres concretos y socialmente situados. La noción de "sujeto de derecho" en tanto "hombre medio", es un caso paradigmático del proceso de abstracción generalizante arriba mencionado. Por medio de esta estrategia de generalización indeterminada, las normas pueden organizar relaciones formalmente "igualitarias" entre los "sujetos de derecho"; organización que, privilegiando la autonomía (formal) de la voluntad y la libertad (formal) de disposición contractual, condiciones básicas para la satisfacción de las necesidades por medio del mercado, también vuelve previsibles y controlables los actos de autoridad emanados de los diferentes órganos decisorios del sistema normativo. En nombre de esta concepción legal racional de legitimidad, que desprecia las determinaciones genético-políticas de sus categorías y preceptos, tal sistema es autolimitado para resolver los conflictos jurídicos a partir de decisiones estrictamente legales. Lo que hace que el orden institucional sea encarado como una estructura formalmente homogénea, exclusiva y disciplinadora tanto de los órganos estatales como del comportamiento de los ciudadanos.

El éxito de esta concepción autárquica y autónoma del Derecho como elemento de intermediación formalizadora de las relaciones sociales, depende, entre otros factores, de la propia capacidad de la dogmática de regular las condiciones de producción de sus verdades. O sea: de establecer lo que es jurídico, situando del lado del Derecho Positivo (el universo del deber ser) las condiciones de posibilidad de la razón del orden y del sistema, y lo que es metajurídico, dejando al lado de la sociedad (el mundo del ser) lo irracional, el caos, la inseguridad. El cotidiano, presentado como el reino de lo no sistemático, se vuelve así racional a partir de la intervención armoniosa y uniforme por parte de los códigos y de las leyes. Pero hasta qué punto, especialmente en las inciertas y conflictivas sociedades de América Latina, es posible separar el derecho imaginado como un sistema coherente, abstracto y universal de las implicaciones políticas, económicas, sociales y culturales inherentes a su real funcionamiento? ¿Hasta qué punto el derecho como mecanismo regulador, "ad extra" a partir de criterios exclusivamente lógico-formales, también no presupone una regulación "ad intra" de naturaleza política, en virtud de la correlación de fuerzas e intereses sociales vigentes que se manifiesta no solo en el control del acto de aplicación de las normas, sino también, igualmente, en los modos y en las formas de producción?

Tomemos ahora otro ejemplo, relativo al problema del alcance y del sentido de las expresiones "fines sociales" y "bien común", dos principios generales de derecho, siempre presentes en las exposiciones de motivos de los legisladores ("En la aplicación de la ley" reza el artículo 5° de la Ley de Introducción

al Código Civil, "El Juez atenderá a los fines sociales a que ella se dirige y a las exigencias del bien común").

En un contexto socio-económico como el del Brasil, en que el 20% más pobre del país detenta apenas el 2% de la riqueza nacional, en tanto el 20% más rico se queda con el 66%, "sociales en la perspectiva de quién? ¿Común a quién? Lejos de poseer un significado evidente, tales conceptos expresan varias representaciones conflictivas entre sí, en vez de propiciar una visión precisa del sistema jurídico, funcionan como barreras ideológicas velando contradicciones sociales profundas y antagonismos inconciliables. Así, en qué medida todos los grupos y clases pueden tener realmente los mismos intereses "comunes" y anhelos por los mismos fines? ¿Hasta qué punto todos los hombres situados en una formación social como la brasilera<sup>10</sup>, en que la miseria y la pobreza alcanza el 64% de la población, pueden ser tomados como ciudadanos efectivamente iguales entre sí, en sus derechos, en sus deberes y en sus capacidades tanto subjetivas como objetivas para hacerlos prevalecer?

En el segundo caso, el del derecho visto, pensado y practicado a partir de una perspectiva crítica y especulativa, y por tanto, sensible a la cuestión del uso "alternativo" del Derecho, la cultura jurídica es asumida como un conjunto de diferentes manifestaciones parciales y una experiencia vivida y como tal, incorporada a la propia percepción de la realidad por parte de los actores jurídicos. Esa concepción de derecho se funda en la conciencia de que en el ámbito de un mismo ordenamiento jurídico, hay instancias axiológicas antagónicas las cuales constituyen puntos de referencia alternativos para la actividad concreta de intérprete y este, simultáneamente, en la aplicación del Derecho a casos concretos, puede, dentro evidentemente de ciertos límites, optar por la modificación o por la conservación del orden vigente. Esto porque según esta concepción es imposible reducir la interpretación y la aplicación del derecho a una operación puramente lógica. Por el contrario, de acuerdo con ella, en todas las etapas de la elaboración legislativa y de la interpretación y aplicación del derecho, hay en la acción de los actores jurídicos la influencia decisiva de principios metajurídicos, filosóficos y sociales.

Por eso, la propuesta de una ciencia del derecho reflexiva y políticamente asumida, consciente de las contradicciones del Derecho Positivo y de sus dimensiones políticas, se niega a limi-

<sup>10</sup> Los indicadores sócio-económicos revelan que, entre los años 60 a 80, el 20% tuvo su participación en la renta nacional reducida de 3.9% a 28%, en cuanto los 10% más ricos pasaron de una participación del 39.6% al 50.9%. Esa tendencia se acentuó aún más en el inicio de la década actual, en 1960, el 50% más pobre de la población económicamente activa detentaba el 16% de la renta total, en 1980 esta participación declinó al 14.4% y, en 1983, al 12.4%. El cuadro es aún más dramático desde el ángulo de la pobreza absoluta: en 1980, el 60% las familias tenían rentas abajo de tres salarios mínimos y el 42% se situaban en la franja de medio salario mínimo. Cf. "Relatório sobre a situação social do país", Campinas, Unicamp, Núcleo de Estudos em Políticas Subsantivas, vol. I, 1986.

tar el análisis de las leyes y de los códigos apenas a sus aspectos lógico-formales y a endosar el carácter pretendidamente "neutro" de su aplicación a los casos concretos. Ella va mucho más allá, por un lado encarando el ordenamiento jurídico como algo incompleto, abierto y con lagunas que expresan y reproducen las contradicciones sociales, económicas, políticas y culturales y, por el otro lado, denunciando los reduccionismos que aprehenden o perciben el derecho como un sistema completo y autosuficiente, el cual propicia al intérprete apenas un juicio de conformidad de naturaleza "exegética", teniendo como punto de vista la relación entre los comportamientos sociales y las prescripciones de las normas.

Al golpearse contra los postulados positivistas y las premisas normativas de la dogmática jurídica, este tipo de propuesta rechaza no solo la noción Kantiana de que el hombre es una personalidad moral libre, capaz de distinguir entre el bien y el mal, como también afirma que su imagen como un "sujeto abstracto" y atomizado debe ser sustituida por su percepción como un "ser socializado". Esto es, como producto de fuerzas fuera de su control directo e inmediato. Tanto sus juicios morales como su propia conciencia dependen así, del modo de su inserción en una formación social dada. En ese sentido "la libertad interior" de cada ciudadano no sería de que el otro lado de la moneda, cuyo reverso es la "libertad exterior" pues son los factores externos que condicionan y determinan el conocimiento de los hombres. Por consiguiente la tan invocada "Voz de la conciencia", tan valorizada por la moral liberal, no pertenecería a cada ciudadano; por el contrario ella le sería impuesta por la educación, por la tradición, por la religión y por los principios generales de la cultura jurídica de carácter dogmático, los cuales privilegian el estatismo de las fuentes, cultivan la seguridad del derecho, santifican la certeza y canonizan el orden.

En pocas palabras, la preocupación central de este tipo de propuesta de ciencia del Derecho es:

i) Explicar cómo las formas jurídicas influyen y al mismo tiempo son influenciadas en la organización de un determinado tipo de relaciones de producción económicas y políticas;

ii) identificar el derecho positivo como un sistema abierto, integrado por conceptos, fórmulas y categorías tópicos susceptibles de una progresiva determinación por medio de la práctica creadora del intérprete y,

iii) Demostrar cómo a partir de la pretensión de objetividad y neutralidad de la dogmática se acostumbra a enmascarar los conflictos socio-económicos y políticos. Se parte aquí, pues, de la tesis de que las funciones de organización, reproducción y consenso cumplidas por las leyes no pueden ser concebidas al margen del saber que las constituye. Tal saber debería ser analizado como integrante del propio sistema jurídico, el cual simultáneamente es considerado como producto y condición de la existencia y de la producción de una formación social determinada. El saber jurídico sería, entonces, la manera como se revisa la forma del derecho en la estructura de las relaciones sociales.

Como afirman los defensores de esta propuesta reflexiva y crítica de ciencia del Derecho en un camino seguido por autores ideológicamente distantes entre sí como NORBERTO BOBBIO, ANDRÉ-JEAN ARNAUD, ANTOINE JEANMAUD, PIETRO BARCELLONA, NICOLÁS CALERA, RICHARD ABEL, DAVID TRUBEK, DUNCAN KENNEDY, R. MARGABEIRA UNGER, ROBERTO VERNENGO, LUIS ALBERTO WARAT y BOAVENTURA SANTOS, las doctrinas jurídicas de inspiración positivista, al presentar una concepción universalista de las categorías y normas jurídicas como atributo de una sociedad abstracta, no violan cualquier ley epistemológica fundamental. En verdad, están suministrando las condiciones de intermediación simbólica que propician la representación de los momentos normativos de la sociedad como expresiones coherentes, axiomáticas y abstractas.

La cuestión básica con que se debate este abordaje, entonces, es la explicitación del poder social de las significaciones jurídicas, a fin de esclarecer cómo los puntos de vista inmanentes y formales —que comandan la producción de la dogmática— expresan funciones sociales específicas, como elementos constituidos por los efectos materiales de la ley en la sociedad.

IV Frente a la realidad actual de América Latina (y con especial atención para el Brasil), en cuyas sociedades los movimientos sociales luchan por profundizar el contenido democrático de los regímenes recién salidos del autoritarismo burocrático-militar, ambas concepciones de derecho han enfrentado dificultades para afirmarse hegemónicamente en la formación de los actores jurídicos. ¿Por qué? La primera, como vimos, porque sus postulados, principios y categorías han sido erosionados por las crecientes contradicciones socio-económicas de esas sociedades: al final, para ajustarse a situaciones cada vez más tensas y explosivas, la dogmática jurídica es obligada a asumir tareas con dimensiones ignoradas por el liberalismo político que las inspiró, tendiendo a sustituir el carácter individualizante de los códigos tradicionales por soluciones meta-individuales, que desorganizan la estructura formal del ordenamiento vigente. La segunda, porque se les ha impedido expandirse en el ámbito universitario, pues las Facultades de Derecho se reducen a actuar como "escuelas de la legalidad", las cuales se limitan a reproducir soluciones pre-elaboradas a partir de casos ejemplares, mediante premisas y conceptos nacidos en el siglo XIX y consolidados en la primera mitad del siglo XX. Eso permite, por un lado, que se resguarde acríticamente determinadas opiniones tenidas como "juicios científicos". Y propicia, por otro lado, gracias a un saber pretendidamente humanista y supuestamente no-ideológico, con la falsa apariencia de un conocimiento sistemático y coherente, que se transmitan las creencias que sustentan la dogmática; lo que hace de los actores jurídicos formados por facultades viciadas simples instrumentos en la reproducción del sistema vigente, actuando como "encubridores" ideológicos de los intereses dominantes y como "cooptadores" de los integrantes de grupos y clases subalternas.

Al intentar forjar una mentalidad estrictamente legalista en flagrante contradicción con una realidad no legalista, los cursos jurídicos, tradicionalmente reconocidos como los más aptos para inculcar una "cultura técnica legítima", esto es, inculcarla y reproducirla en un universo profesional específico, condenan a los estudiantes a una formación burocrática y dependiente, incapaz de percibir y captar las razones de los conflictos y de las tensiones sociales. Al mismo tiempo, esos cursos también cristalizan y reproducen con propósitos hegemónicos un contradictorio conjunto de creencias, juicios éticos, proposiciones científicas, justificaciones y saberes acumulados, expresados por medio de disciplinas específicas legitimadas por discursos producidos por los tribunales e institucionalizados por las prácticas jurídicas realizadas en su interior.

Una enseñanza jurídica de ese tipo termina por atribuir significaciones arbitrarias de la realidad social, proyectándolas imaginariamente como posibles y deseables, aunque no siempre factibles, plasmándolas en discursos edificantes, ahistóricos con pretensiones de generalidad. En vez de presentar los institutos jurídicos a partir de sus raíces en el proceso de las relaciones sociales, reconociendo la existencia de múltiples formas estatales y paraestatales de resolver conflictos interpersonales y colectivos, este tipo de enseñanza jurídica se limita y no lo hace de modo inocente o ingenuo al valorizar un entendimiento sistemático y lógico-deductivo, privilegiando el principio de autoridad.

Al consolidar un conocimiento tecnicista teniendo a la vista objetivos prácticos e inmediatos, este tipo de enseñanza conduce a una saturación ideológica en la reflexión sobre el derecho, a un cerramiento de las posibilidades de discusión epistemológica produciendo impedimentos para un cambio de la propia problemática jurídica<sup>11</sup>. Mediante el sentido común teórico producido por esa enseñanza, lo que se tiene es apenas un conjunto de discursos aparentemente unitarios, pero de cientificidad dudosa. Tales discursos, provocan efectos de realidad y coherencia, que consiguen configurar la historia de modo solamente idealizado, con la finalidad de reproducir formas sociales hegemónicas. Al buscar la conciliación aparente y retórica de las contradicciones sociales, como en el caso de la noción de "sujeto de derecho", ese sentido común proyecta los conflictos en una dimensión armoniosa, de esquemas ideales, homogenizando valores sociales y jurídicos, silenciando el papel social e histórico del Derecho y propiciando los lugares comunes para el raciocinio jurídico, el cual se vuelve tautológico ya sea en el *sentido conceptual*, pues todas sus conclusiones se vuelven válidas mediante la adhesión al sistema unitario y coherente, ya sea en *sentido real*, una vez que esa unidad y esa coherencia representan simultáneamente el presupuesto de la argumentación y su propio resultado.

<sup>11</sup> Cf. Luís Alberto Warat, "O sentido comun teórico dos juristas", en *A crise do direito numa sociedade em mudança*, José Eduardo Faria organizador, op. cit.

El gran problema, sin embargo, es que la realidad social, tal como se presenta en casi toda América Latina, inclusive en Brasil, está lejos de ser armoniosa, lineal y progresiva y en verdad ella es articulada y conformada significativamente por diferencias *dialécticas*, lo que coloca en nuevos términos la tradicional cuestión de la efectividad jurídica tal como ha sido formulada en el ámbito de la teoría del derecho. Según los teóricos del derecho, la eficacia de un orden jurídico puede ser definida como el poder de producir efectos jurídicos concretos en la regulación de situaciones, relaciones y comportamientos previstos por sus códigos y leyes<sup>12</sup>. La eficacia se refiere a la aplicabilidad, exigibilidad o ejecutoriedad de las diferentes normas en vigor. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, tales normas son efectivas, cuando técnicamente, pueden ser aplicadas y exigidas dentro de los límites del sistema legal. Desde un punto de vista menos jurídico y más sociológico, esas prescripciones son efectivas cuando encuentran en la realidad socio-económica las condiciones políticas, culturales e ideológicas para su aceptación y cumplimiento por parte de sus destinatarios.

Esa distinción es bastante esquemática; en realidad lejos de excluirse las dos definiciones de eficacia se yuxtaponen: De este modo: un orden jurídico no se transforma en eficaz apenas porque es un sistema de reglas internamente coherente, en términos lógico-formales, o porque está sustentado en el monopolio de la fuerza por parte del Estado, gracias a las fuerzas policiales encargadas de la seguridad pública; ella también se vuelve eficaz porque los ciudadanos incorporan en sus conciencias la premisa de que todas las directrices legales deben ser inviolables. Sin la internalización de un sentido genérico de disciplina y respeto a las leyes a los códigos y a las normas, la eficacia de un ordenamiento legal acaba siendo seriamente comprometido, independientemente del poder represivo del Estado que lo impone.

Es por esto que la cuestión de la efectividad del derecho precisa ser examinada dentro de una perspectiva histórica más amplia, al final el deseo de estabilidad jurídica y la reivindicación de reformas sociales han tenido, como revela la historia contemporánea de América Latina, lógicas específicas y ritmos diferentes. Muchas de las luchas políticas y de los impases institucionales, en nuestro Continente, no pasaron de esfuerzos y tentativas casi siempre frustrados para volver real lo que las constituciones en sus respectivos países aseguraban formalmente ser derechos de los ciudadanos, pero que se habían transformado, en realidad, en privilegio de algunos sectores sociales.

De allí la importancia del tema de la administración de la justicia, una vez que los Tribunales no constituyen, en el día de hoy un importante espacio de lucha para los movimientos

<sup>12</sup> Cf. Antoine Jeammaud, "En torno al problema de la efectividad del derecho", en *Crítica Jurídica*, Puebla, Universidad Autónoma de Puebla, 1984; y Domenico Corradini, *Historicismo y Política del Derecho*, Madrid, E.D.R., 1982. *Discuto esta cuestión con mayor profundidad, en Eficacia Jurídica e Violência Simbólica: o direito como instrumento de transformação social*, São Paulo, Edups, 1988.

sociales y populares emergentes. Como todo orden jurídico es por su propia naturaleza ambivalente consagrando al mismo tiempo las diferentes formas de opresión y discriminación existentes y algunas concepciones normativas propuestas por grupos políticos efectivamente empeñados con las causas democráticas y populares, los Tribunales también permiten la reintroducción del propio derecho positivo en el interior de las relaciones sociales, en la medida en que los jueces pueden ejercer un papel fundamental en la adecuación de los nuevos procedimientos formales a la formulación de una nueva voluntad colectiva esto quiere decir, a la producción de un nuevo sentido de orden.

Digámoslo de otro modo: como en ese "espacio" puede surgir un derecho original y legítimo, que mira más a la cuestión de la justicia que a los problemas de la legalidad, cabe a una magistratura con un conocimiento multidisciplinario y poderes decisorios ampliados, la responsabilidad de criticar el carácter opresor de un orden jurídico ambivalente y de reformular por vía jurisdiccional y a partir de las propias contradicciones sociales los conceptos cerrados y tipificantes de los sistemas legales vigentes, so pena de que la propia magistratura vea progresivamente acabadas tanto la operabilidad como el acatamiento de sus decisiones frente a la expansión de los conflictos colectivos. Un buen ejemplo de este "agotamiento", en el Brasil contemporáneo, ocurrió hace algunos años cuando un determinado Tribunal Regional del Trabajo, cerciorándose de que sus decisiones sobre la ilegalidad de las huelgas contra decretos-leyes que habían reducido el salario nominal de los trabajadores, eran por estos sistemáticamente irrespetadas, y convencido de que la desobediencia justificada en nombre de la legitimidad de los fines terminaba por desmoralizar la propia Corte, optó por una argumentación eminentemente crítica de la propia legislación que iba a ser entonces aplicada en este caso. En su polémica sentencia, los integrantes de este Tribunal hicieron, entre otras, las afirmaciones siguientes:

"La marginalización legal de la huelga presenta una serie de inconveniencias. Primeramente, se puede observar que el decreto de ilegalidad puede ocasionar o no la culminación del movimiento huelguista. En la primera hipótesis a pesar, de la expresa prohibición legal (art. 23, de la ley N° 4.330), ocurren los despidos, sacrificando a la clase de los trabajadores, representada impuesta por los empleadores en respuesta a los perjuicios nacidos de la paralización de sus fábricas. En la segunda hipótesis, la huelga continúa, a pesar del decreto de su ilegalidad. En esta situación varios matices deben ser analizados: De repente nace la revocación sociológica de la ley de huelga, que evidencia su impotencia para solucionar el litigio que le da origen y motivación. Es lo que ha ocurrido de manera general. Las negociaciones continúan, y las partes terminan entrando en arreglo, simuladas inclusive por el propio gobierno el cual, a su vez, demuestra indiferencia frente al fracaso del propio instrumental que coloca legalmente a disposición de los patrones y empleados para la composición de sus intereses. Dentro de este panorama

la situación de los Tribunales Laborales es singular. Premiados por la propia ley de huelga, que de una forma general, como ya está comprobado, impide la juridicidad del instituto, cuando programa la ilegalidad del movimiento paredista y el movimiento continúa, asiste impotente al incumplimiento de una de sus decisiones. Por el otro lado, porque no profundizó en el mérito del problema, habiendo pasado de largo, siente la frustración de la imposibilidad del cumplimiento de la misión constitucional que le fue otorgada, que es la de dirimir los litigios emergentes en las relaciones de trabajo. Se llega entonces a la melancólica conclusión de que la proclamación de la ilegalidad de la huelga no lleva a nada en términos de contribuir para el apaciguamiento de la denominada cuestión social brasilera. Por el contrario: elimina el Tribunal del Trabajo especializado del análisis del mérito motivador de la eclosión del movimiento, y ratifica una vez más, y como siempre la quiebra de la ley de huelga. Es preciso comprender, admitir con coraje que antes de ser un hecho jurídico, la huelga es un hecho social, medio político de presión que debe ser enfrentado sin subterfugios. Está probado que el simple decreto de su ilegalidad no extingue el hecho, no resuelve sus causas ni el alcance de sus objetivos. Por el contrario, en el mejor de sus eventos el instinto se revitaliza o resurge de las cenizas, y termina por imponer arreglos a costa de los sacrificios de la empresa y del trabajador, sacrificios que podrían bien ser evitados"<sup>13</sup>.

Otro ejemplo de "agotamiento" de la operabilidad de las decisiones judiciales viene ocurriendo en el caso de las ocupaciones de tierras justificadas por "no poderse concentrar obviamente en las manos de pocos, en ser usada como instrumento de dominación y explotación de otros seres humanos". (Cf. CNB. Por una nova orden constitucional, Sao Paulo, Paulinas, 1986, 24<sup>a</sup> Assambléia Geral).

Son innumerables los estudios de caso que revelan la creciente tendencia de los ocupantes al no confirmar la autoridad de la rama jurisdiccional cuando sus magistrados, comportándose como técnicos preocupados en hacer de las sentencias meras operaciones lógicas, insisten en enmarcar los conflictos estrictamente con base en la concepción de derecho de propiedad establecida en el Código Civil. (Es importante registrar que la no confirmación no solamente ha sido verificada en los procesos judiciales en que los jueces sustituyeron esta concepción por otra, según la cual el derecho a la vivienda social es concebido como una efectiva limitación al derecho de usar y disponer por parte de los propietarios; esta nueva concepción puede ser ilustrada por una importante e innovadora sentencia de la 3<sup>a</sup> Cámara del 3er. Tribunal de 2<sup>a</sup> Instancia Civil de San Pablo en un proceso de reintegración de la posición en cuya enmienda se afirma que: "llevando la realidad de San Pablo a la presunción de que los favelados son personas comunes, pues las favelas cada vez

<sup>13</sup> Cf. *Proceso TRT, íta. Região, núm. DC 02/86, Manaus, 25 de março de 1986.*

se establecen en nuestra ciudad y que aquellos no son necesariamente bandidos o marginales, sino apenas pobres, no hay cómo separar la aplicación del principio constitucional de la función social de la propiedad porque no hay en los autos, prueba alguna de que los poseedores sean marginales desde el punto de vista jurídico penal<sup>14</sup>.

Este ejemplo nos muestra que los actores jurídicos involucrados en este tipo de conflicto usan instrumentalmente ya sea el sistema legal vigente, ya sea la posibilidad de su reformulación "alternativa" por vías judiciales. En la medida en que las partes, propietarios y ocupantes, defienden concepciones distintas y excluyentes del derecho de propiedad, contraponiendo legalidad y legitimidad, el intérprete se ve así preso de un difícil dilema: el de intentar mantener el espíritu del sistema legal vigente, actualizando ciertas normas dentro de un límite razonable de flexibilidad y adaptándolas jurisprudencialmente como verdaderas reglas colectivas, atribuyéndoles funciones de especificar y conciliar la generalidad de las prescripciones en vigor con la nueva realidad; de intentar resolver el problema en sí, dejando de lado algunas de las limitaciones formales a las que los magistrados están sometidos. Bien, como el propio ethos profesional de las corporaciones para actuar como una especie de arquitecto social, modificando las concepciones discriminatorias del orden jurídico vigente y valiéndose de sus sentencias como instrumento para auxiliar los grupos y clases subalternas para que se constituyan efectivamente como "sujetos colectivos del derecho".

En el primer caso, al empeñarse en cambiar tópicamente el sentido de ciertas prescripciones para reforzar el sentimiento general de la legalidad, a fin de que las partes vuelvan a asumir directamente su cuota de responsabilidad en la defensa del Derecho Positivo, los jueces corren el peligro de ver sus decisiones *praeter legem*, desafiadas por una situación de hecho y que teman sus sentencias como ineficaces.

En el segundo caso, al esforzarse por la revitalización del poder jurisdiccional, como agente activo en la construcción de un orden legal alternativo, esto es, nueva descentralizada, difusa y capaz de abrir caminos para una democracia social, económica, cultural y cotidiana, dado el hecho legitimador de regreso que la prolongación de las funciones judiciales pasa a tener sobre todo el sistema social, los jueces corren otro riesgo: el de, en nombre del tradicional principio de la certeza jurídica, "tienen sus sentencias innovadoras, por tanto, *contra legem*, reformadas por los diferentes procedimientos de control funcional e ideológico creados por el poder jurisdiccional, bajo la forma de correcciones y recursos *ex-officio* para vigilarse asimismo, entre otras razones, para evitar que algunos magistrados incumplan aisladamente procesos autonomizantes de legitimación por

<sup>14</sup> Cf. 1º Tribunal de Alçada Civil, 3ª Câmara, AC. núm. 291.722-SP.

medio de su actividad decisorio creadora a cada caso concreto<sup>15</sup>.

Lo que el ejemplo arriba citado revela, por tanto, es el sentido y el alcance de la crisis actualmente vivida por el poder jurisdiccional en América Latina. Especialmente, en un país como el Brasil, en cuyo ámbito se desenvuelven interacciones conflictivas y convivencias contradictorias entre una concepción instrumental, formalista y normativista de orden legal, y concepciones alternativas de orden justo legítimo y pluralista, todas ellas de carácter finalístico e historicista, concibiendo un derecho en condiciones de reconocer como efectivamente iguales todos los actores sociales y la diversidad de los conflictos en juego y sus respectivas propuestas políticas. Para minimizar los efectos disfuncionales de estas interacciones conflictivas y de esas convivencias contradictorias, el Estado ha utilizado sutiles estrategias de informalización, descentralización y desburocratización de la justicia, por un lado, demostrando alguna buena voluntad" al "aceptar" mayor participación de los ciudadanos en la resolución de sus propios conflictos, pero, de otro lado, valiéndose de esa aparente condescendencia para con el derecho resultante de los juzgados de conciliación y juzgamiento, con el propósito de aprisionar y domesticar el "derecho encontrado en la calle". Se trata de una estrategia que, de cierto, modo reproduce el control arbitrario de la "violencia dulce de la razón jurídica" sobre las tradiciones jurídicas populares de la Europa de los siglos XVI a XIX, tradiciones también descritas por el movimiento codificador entonces emergente como "el derecho de los rústicos". Esa aparente condescendencia pretende recuperar, en el plano simbólico e ideológico, lo que es "concebido" en el plano jurídico institucional. Como afirma A.M. Hespana en su instigante interpretación histórica de las posiciones jurídicas de los "sabios" y de los rústicos, "El discurso sobre el derecho de los rústicos es dominado por una oposición fundamental: la oposición entre "saber" e "ignorancia". Los dos términos de esta oposición no están, por tanto, en equilibrio, porque el saber representa el ideal cultural de una época, y la ignorancia ya no es la inocencia original, sino por el contrario, la actitud antinatural, de aquella que rechaza su realización humana. Toda la violencia del discurso erudito reside en este hecho. Se clasifica a sí mismo como el discurso de la verdad, producto de la

<sup>15</sup> Como afirma Fernando Ruivo, "se podría pensar que, para superar la crisis de legitimación, el aparato judicial se vería impelido a abolir su estado de desconexión con la sociedad y lo haría no fácilmente a través de un incremento de su libertad de decisión. Ahora, la primero es una verdad, lo segundo no sé necesariamente su consecuencia: si el cuerpo judicial necesita ver legitimadas sus decisiones abandonando para eso, por tanto su posición de distanciamiento frente a la sociedad esto no conlleva forzosamente al incremento del activismo judicial innovador del derecho, sino tan solo en una aproximación del proceso de toma de decisión". Cf. Fernando Ruivo, "Aparelho Judicial, Estado e Legitimidade", en Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra, 1981, núm. 6, pp. 133-134, y reeditado en José Eduardo Faria organizador, Direito e Justiça: s função social do Judiciário, op. cit.,

tendencia natural del hombre para el saber. Al mismo tiempo los discursos alternativos son remitidos para una zona de no saber que los priva de cualquier legitimidad. En otras palabras, el jurista erudito nunca considera la práctica jurídica de los rústicos como presencia de "otros derechos"; enraizado en otra orden axiológica y social, sino como resultado de una ignorancia malsana, de lo arbitrario, del error, en fin, de la 'rusticidad'. Y si transige con esas prácticas es siempre por razones de orden táctico, semejantes a las que llevaron a Castillo de Bobadilla a aconsejar a los corregidores una actitud de contemporalización provisional siempre que no se pudiera vencer por la fuerza de la resistencia a sus súbditos. La estrategia de la condescendencia (en el plano institucional) se conjugaba, así, con una estrategia de rechazo (en el plano ideológico simbólico). Pero, teniendo en cuenta la fuerza expansiva de ese capital simbólico extremadamente reproductivo que es el discurso jurídico erudito, porque va a actuar en la formación de todos los cuadros políticos y administrativos, sea en la administración central, sea poco a poco en la administración local, el resultado no podría ser sino la gradual negación del derecho a la asistencia de esa práctica jurídica tradicional, en nombre del progreso de la razón, de un proceso vilizador, de una teleología de la historia, que aún hoy, expropiaría la legitimidad de muchos otros hechos culturales minoritarios. En este sentido, la inversión en la idea de que el saber jurídico, (tal como es entendido en los medios eruditos de la época medieval y moderna) es la única base legítima de la "Rechtsfindung" funciona como medio de expropiación de los poderes periféricos y es comparable a otras formas contemporáneas de centralización del poder"<sup>16</sup>.

Los grupos de asesoría jurídica a los movimientos populares, ya se concientizaron del impacto desorganizador y desmovilizador de las estrategias contemporalizadoras, de las técnicas de desarme y de los mecanismos de desvalorización cultural del saber jurídico popular. Optando por el uso "alternativo" del derecho para formular un "derecho alternativo", tales grupos han llamado la atención sobre la importancia práctica de este problema, enfatizando el espacio de la lucha abierto en el ámbito de los tribunales. Y aún algunos magistrados han, con mucho coraje, hecho lo mismo, reconociéndose a sí mismos como protagonistas de la formulación de una justicia sustantiva y denunciando el carácter ideológico inherente a la atmósfera de la "oficialidad" y la "normatividad" que caracterizan el poder jurisdiccional en el modelo liberal burgués del Derecho y Estado (atmósfera cuya función es promover, facilitar y asegurar el respecto de las partes a las decisiones judiciales, garantizar el distanciamiento entre esas mismas partes y los tribunales, y reforzar el postulado de las concepciones legal-racionales de legitimación de poder en el sentido de que la realización de la justicia, exige como

<sup>16</sup> Cf. A.M.Hespanha, "Sábios e rústicos: a violência doce da razão Jurídica", en Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra, 1988, núm. 25/26, pp. 52-53.

condición fundamental la heteronomía del órgano arbitral y judicial). Veamos a título de ejemplificación declaraciones bastante significativas de algunos abogados jueces:

i) La utilización de las normas vigentes no significa adhesión al ordenamiento legal injusto. El derecho debe ser criticado siempre que no corresponda a los deseos populares. Ocurre que las normas pueden ser un eficiente instrumento de defensa del pueblo. El desprecio por la vía jurídica como solución para ciertos problemas implica desperdicio de una oportunidad para la conquista de beneficios reales. Existen determinadas leyes que favorecen, bajo diferentes aspectos, las luchas populares y resultan, no apenas de la voluntad de las clases dominantes, sino de la suma de varios factores que convergen para la producción del derecho. El desprecio de la legalidad refleja una tentativa de alienarse, huyendo de una realidad difícil y muchas veces cruel. Al asesor jurídico le compete desmitificar el derecho, descodificar el lenguaje jurídico, hermético e ininteligible para el lego, esclareciendo el hecho a la luz de las normas y alertando, inclusive, para los desdoblamientos del ordenamiento político que pueden tener las diversas opciones de decisión"<sup>17</sup>.

ii) "1) El derecho que existe actualmente está viejo y moribundo. No atiende al conjunto de la sociedad, pero las fuerzas populares aún no tienen capacidad de organización y de movilización para formular alternativas; 2) Estas alternativas ya existen, y pueden ser encontradas hasta en las entrelíneas del viejo derecho. Esta es la gran tarea de los abogados comprometidos con las luchas populares: servir, digamos así, de parteros para que nazcan aquellas relaciones jurídicas nuevas, de las luchas de las cuales la sociedad ya está embarazada; 3) Los abogados no son los principales agentes de las transformaciones sociales, pero pueden dar una inestimable contribución en el avance de las luchas y en la consolidación de las conquistas; 4) En la cuestión de la posesión es necesario considerar como un valor jurídico superior a la propiedad. En cuanto que la propiedad es una figura abstracta, que ni los códigos consiguen definir correctamente —definen apenas los modos de adquirir la propiedad y los atributos del propietario— la posesión es una cosa muy concreta, que se genera de la necesidad de tener una vivienda o una tierra para trabajar y retirar el producto del trabajo; 5) El derecho actual, viejo y carcomido, protege de manera irracional al propietario, por el simple hecho de ser portador de un papel: el título. Al contrario, persigue aquel que ocupa, trabaja, produce y hace generar riquezas"<sup>18</sup>.

iii) "En el instituto, nosotros encontramos que los abogados y otros doctores solo tienen dos caminos en sus profesiones: uno de ellos es prestar sus conocimientos para los movimientos populares y no quedar separados de ellos; por el contrario, estar firmemente juntos por la lucha de las transformaciones de la

<sup>17</sup> Cf. "Cadernos GAJOP", op. cit., pp. 49-50.

<sup>18</sup> Cf. Nilson Marques, A luta de classes na questão fiduciária, Rio de Janeiro, Instituto Apoio Jurídico Popular, 1987.

sociedad. El otro camino, es quedarse en la suya, esto quiere decir, aún teniendo simpatía por el pueblo, cuidar de su vida en una posición individualista. Esta posición es conservadora: ayuda a las fuerzas que no quieren cambios en la sociedad, fuerzas que pretenden conservar las cosas tal como están. Un abogado que nunca vió los obreros en la fábrica, ni fue al campo a saber cómo el campesino trabaja duro, de sol a sol, ni nunca subió al morro y conocer la situación de los favelados, no consigue imaginar lo que las personas sencillas piensan sobre el derecho y la justicia. Sólo queda sabiendo que los profesores les enseñaron en la escuela, aquello que los jueces encuentran en el tribunal, que sus colegas discuten en las oficinas. Pero, ni el profesor, ni el juez, ni la mayoría de los colegas conocen una fábrica por dentro, o fue al campo o subió a la favela. Por eso el derecho y la justicia pueden parecer una cosa para la gente que vive en el mundo de las salas de audiencia, de las notarías, de los corredores del forum; y parece otra cosa para el pueblo, que no conoce aquel mundo"<sup>19</sup>.

iv) "La ley nada no es más que el instrumento utilizado por las clases dominantes buscando su perpetuación en el poder. Entonces, la formación de juristas está dirigida para conservar el viejo sistema de dominación, esto es: para conocer y aplicar las normas dictadas por los dominadores. (...) Para rescatar la dignidad del derecho no es posible pretender mantenerlo aislado, compartimentalizado. Es necesario traerlo para el conjunto social, a su contexto histórico (...) en el momento en que se busca un conocimiento más totalizante, se toma conciencia de que el saber es parcial, (comprometido con la producción de la vida social que es dinámica) y cuanto más conciencia se tiene de la parcialidad, por más paradójico que parezca, menos parcial se puede ser, por cuanto hay una distancia de la relación hasta cierto punto neurótica que genera la proximidad. (...) El jurista debe: 1) Participar de todas las actividades tendientes a explicar y divulgar los derechos del ciudadano 2) Comprometerse con las luchas populares para la ruptura del sistema y construcción de una sociedad más justa; 3) Utilizar los aparatos teórico-formales, dirigiéndolos contra los propios intereses y sujetos que representa; 4) Fortalecer los poderes de autodeterminación de los trabajos, a través de la crítica y el desgaste de los aparatos de dominación del derecho burgués. Ahora, es función del jurista orgánico luchar para que sean preservadas todas las conquistas alcanzadas por los menos favorecidos, usando todos los argumentos posibles e inclusive la lógica positivista. (Adviértase; el Derecho es instrumento de un fin mayor: la justicia. Debe ampliar los conceptos ya establecidos en una óptica, libertadora, o restringir los conservadores, principalmente aquellos que se contradicen, ejemplo; propiedad contra posesión; arrendador contra arrendatario, acreedor contra deudor; empleador contra empleado. Aún más, se debe dar visión a las luchas populares, o sea,

<sup>19</sup> Cf. Miguel Pressburger, O Direito a Justiça e a lei, apresentação, IAPJ em co-edición com a Federação de órgãos para Assistência Social e Educacional, Rio de Janeiro, 1988.

construir como un acervo práctico-teórico que posibilite victorias a los avances de la lucha popular. (...) El abogado orgánico debe estar preparado para propiciar el avance, dotando de conocimientos de Derecho Positivo, (el cual debe ser especialista) de la sociología y la filosofía, para dar, así otros elementos para que el juez tenga una visión más global de la situación litigiosa y opciones técnicas que puedan fundamentar el derecho de invadir"<sup>20</sup>.

Es justamente por causa de argumentos como los arriba mencionados y representados, según reconoce, PIETRO BARCELLONA y GIUSEPPE COTTURRI, responsables de importantes estudios sobre la "Magistratura Democrática" y el "uso alternativo del derecho" en Italia, que el acatamiento de una sentencia o su rechazo "responde a la misma ley de identificación, o expresan meras opciones ideológica y no escapan al círculo del falso dilema de autoridad o anarquía". Consecuentemente, concluyen ambos autores, la superación del modelo liberal de organización jurídica a partir de las presiones continuas sobre los límites de las formas y estructuras legales vigentes por parte de los grupos y clases sociales en conflicto, "presuponen la conciencia de la diversidad y la comprensión del tiempo histórico"<sup>21</sup>.

## Conclusión

En esta hora a) En que la transición democrática de América Latina se vuelve simultáneamente un deseo imposible de rechazar y un desafío irreversible; b) En que la democracia ya no es más vista como una simple cristalización de ciertas normas y libertades, las "reglas del juego", por tanto, como dimensión simbólica de la política que se abre interrogativamente en dirección a un futuro visto como un problema y jamás como una certeza, enfrentado como un permanente venir a hacer que se enriquece y revitaliza en los movimientos de cuestionamiento continuo de lo establecido, en la lucha por nuevos derechos que prolongan, reformulan y aun contradicen los ya concebidos y en la permanente reinstitucionalización de lo social y de lo político y c) en que la reordenación institucional de sus países dependen menos de una estructura constitucional programada, *ex-ante* y más de un proceso bastante intrincado en cuyo ámbito se desarrollan múltiples estrategias de negociación que quieren tener como resultado *ex-post* un orden jurídico-político nuevo y alternativo, es imposible dejar de correr riesgos. Y es justamente por ese motivo que, al lado de la crisis de identidad enfrentada hoy por el poder jurisdiccional, scientemente desafiado por la disposición de los movimientos sociales de sustituir el "sujeto de derecho" autónomo y atomizado por los "sujetos colectivos" empeñados en desarrollar al máximo su ciudadanía,

<sup>20</sup> Cf. Amilton Bueno de Carvalho, "Jurista Orgânico: uma contribuição", in Revista Ajuris, Tribunal de Justiça, Porto Alegre, núm. 42, ano 15, marco de 1988.

<sup>21</sup> Cf. Pietro Barcellona e Giuseppe Cotturri, "La imagen del jurista, de la doctrina y de los magistrados", en El Estado y los juristas, op. cit., p. 111.

en ampliar su participación por fuera de los mecanismos representativos tradicionales, en autorealizar sus intereses y en construir sus propios derechos, tampoco se puede dejar de lado el problema de la formación técnico-profesional y político-social de los magistrados. ¿Por qué? Porque los moldes actuales de esta formación, en los cursos hoy existentes, enfrentados en este trabajo como un lugar estratégico para la aprehensión del universo jurídico y como un *locus* fundamental para la articulación de los mecanismos de transmisión, creación y reproducción del derecho, la autoridad del profesor nada más ha representado que la mera autoridad de una ley crecientemente puesta en discusión por las contradicciones sociales. De modo que, para concluir, el tono de la clase magistral apenas permite a los futuros jueces adaptarse al lenguaje de la autoridad instituida, impidiendo al alumno de hoy, al intérprete del mañana que pueda reflexionar sobre la producción, función y condiciones sociales, económicas, políticas y culturales de aplicación alternativa del Derecho Positivo.

## Acerca de la Crítica Jurídica

---

Oscar Correas

Profesor Universidad Autónoma de Puebla.

---

*Desde hace algún tiempo se viene formando en América Latina un grupo de abogados que desde el ámbito de la teoría como de la práctica del Derecho pretenden elaborar un conjunto de herramientas críticas del sistema jurídico vigente. El alcance de su esfuerzo crítico hasta ahora comienza a cobrar importancia. Por tal motivo, surge simultáneamente la necesidad de definir el carácter, naturaleza y significado de la crítica que envuelve la acción de estos militantes de los servicios legales populares.*

*La crítica es un concepto necesario de ser delimitado y definido. Ella no es exclusivamente patrimonio de los grupos sociales que promueven un cambio substantivo de la sociedad moderna. También los apologistas son críticos de su propia experiencia. Pueden ser, como de hecho lo han sido, reformadores y renovadores de sus propias disciplinas; en este sentido también pueden ser considerados como críticos.*

*De hecho la crítica puede ser positiva, si acepta la verdad de su objeto; puede ser negativa si no solo rechaza el método de construcción del objeto sino el objeto mismo. La crítica jurídica adopta esta doble modalidad. Los juristas que militan en estos movimientos de crítica jurídica se encuentran también dentro de estos linderos porque hay varias formas de crítica jurídica: crítica del discurso jurídico (ideología), crítica de la ciencia del derecho; también se puede hablar de crítica del derecho desde el punto de vista interno y desde el punto de vista externo.*

*El propósito del presente trabajo pretende caminar hacia un intento de precisión conceptual que permita ir delimitando el conjunto amplio de acciones que pueden*

estar clasificadas dentro del mismo concepto. Se trata de un esfuerzo de "depuración ideológica" de utilidad para ir encontrando la "diferencia específica" de los movimientos críticos modernos, para nuestro caso particular del derecho. Su pertinencia radica, de la misma manera, en la necesidad de ir desarrollando la discusión y/o comunicación entre teoría crítica y uso alternativo del derecho.

#### A Respeito da Crítica Jurídica

Há algum tempo vem constituindo-se na América Latina um grupo de advogados que desde o âmbito da teoria como da prática do direito pretendem elaborar um conjunto de ferramentas críticas do sistema jurídico vigente. O alcance de seu esforço crítico até agora começa a ter importância. Por este motivo, emerge ao mesmo tempo a necessidade de definir o caráter, natureza y significação da crítica que arrastra ação de estos militantes dos serviços legais populares.

A crítica é um conceito necessário de delimitação e definição. Ela não é exclusivamente patrimônio dos grupos sociais que procuram uma mudança substantiva da sociedade moderna. Também os apologistas são críticos da sua própria experiência e renovadores de suas próprias disciplinas; no mesmo senso também podem ser tidos como críticos.

De fato a crítica pode ser positiva, se aceita a verdade de seu objeto; pode ser negativa se rejeita o método de construção do objeto mais, também, o objeto mesmo. A crítica jurídica admite esta dupla modalidade. Os juristas que militam em estos movimientos de crítica jurídica encontram-se también dentro de estos mesmos límites porque existem varias formas de crítica jurídica: crítica do discurso jurídico (ideología), crítica da ciência do direito; também pode-se falar da crítica do direito desde o ponto de vista interno e desde o ponto de vista externo.

O propósito do presente trabalho pretende caminhar rumo a uma tentativa de precisão conceitual que permita ir definindo o conjunto amplo de ações que podem ser classificadas dentro do mesmo conceito. Trata-se de um esforço de "depuração ideológica" de utilidade para ir encontrando a "diferença específica" dos movimientos críticos modernos, para o nosso caso particular do direito. Sua emergência radica, do mesmo jeito, na necessidade de ir desenvolvendo a discussão y/o comunicação entre a Teoría Crítica e o Uso Alternativo do Direito.

#### In Relation to "La Crítica Jurídica"

For some years now, a group of Latin American lawyers has been elaborating a collection of tools for criticizing the current legal system. This critical effort has taken on considerable importance and it is therefore necessary to define the character, nature and significance of this "crítica jurídica" (critical approach to law) which propels the activity of these alternative legal services activists.

"La crítica" in any discipline (not just law) is a concept that needs to be defined and delimited. It is not the exclusive domain of those seeking to substantially change modern society. It can also be the domain of apologists who are nonetheless reformers within their respective disciplines; in this sense, apologists can also be considered "críticos".

"La crítica" can be considered positive if it accepts as legitimate the "objeto" (aim or end) of the discipline it is criticizing; it can be considered negative if it rejects not only the method of the construction of the "objeto" but also the "objeto" itself. "La crítica jurídica" adopts this double form. Jurists active in this critical legal movement encounter various forms of critical legal theory within these boundaries: including criticism of legal discourse (ideology) and criticism of law as science. One can also view "la crítica jurídica" from internal and external points of view.

The purpose of this paper is to move towards a precise conceptualization that will permit defining the broad collection of activity that can be classified within "la crítica". It is an effort towards "depuración ideológica" (ideological purification) which aims to find the "diferencia específica" (specific distinctiveness) of modern critical movements, especially the modern critical legal movement. Its relevance rests in the need to develop interchange between critical theory and alternative uses of law.

#### 1. La crítica jurídica

Desde hace algunos años ha comenzado a ocupar cierto espacio en la literatura jurídico-política, la expresión *crítica jurídica* o *crítica del derecho*. Existen grupos académicos como la *European Conference of Critical Legal Studies* y la asociación *Critique du Droit*, así como revistas ligadas con esta tendencia ideológica, tales como *Critica del Diritto*, *El otro derecho*, *Crítica Jurídica* con nombres específicamente relacionados con ella. Pero hay también revistas en las que escriben principalmente autores de esta tendencia, e institutos que, sin que su nombre lo denuncie, están dedicados a este tipo de trabajos, como el *Institute for Legal*

Studies de la Universidad de Wisconsin. Existen grupos, más o menos cohesionados, que se reclaman de esta tendencia, como el denominado de la *Teoría crítica del derecho* en Buenos Aires. El fenómeno se ha hecho presente ya suficientemente como para merecer reflexiones de parte de quienes participamos en él.

2. Lo primero que parece oportuno, es explorar la significación de esta palabra. Se me ocurre citar estos ejemplos de su uso:

1. La *Crítica de la razón pura* de Kant
2. La "crítica de la crítica crítica" de Marx y Engels
3. *El capital o la Crítica de la economía política* de Marx
4. La crítica ha sido favorable para la obra X
5. La sentencia N del juez Y ha sido duramente criticada por no estar arreglada a derecho.
6. La ley N ha sido duramente criticada por injusta.

En el ejemplo 1, la palabra "crítica" parece significar lo mismo que "análisis" en tanto que Kant procede a realizar lo que cree un desmenuzamiento de la manera en que procede la razón (*toda razón*). Podría decirse que el análisis del derecho, de su funcionamiento, realizado por Kelsen resulta "crítico". Pero no por el hecho de ser un análisis, sino porque sus resultados nos muestran al derecho como producto de la voluntad de poder, como técnica de control y dominio sobre los hombres, y como un discurso que oculta tanto como muestra. Pero en el uso kantiano del vocablo no se suma, al análisis, este sentido de inconformidad que aparece en la crítica de Kelsen.

En el ejemplo 2 se hace referencia al subtítulo, burlón, que Marx y Engels agregaron a su conocida obra *La sagrada Familia*. Los personajes criticados por estos autores, Bauer y compañía, habían exagerado con la utilización de la tradición alemana respecto precisamente de la crítica y hablaban ahora de la "crítica crítica", suerte de sobreideologización que a Marx y Engels les parecía aborrecible. De allí que el libro estuviera dedicado a criticar esta crítica crítica. Fuese lo que fuese esta actividad teórica marx-engelsiana, parece que debe diferenciarse de lo que finalmente sería en Marx la *crítica de la economía política*, es decir, la crítica, desde el punto de vista que Marx entendía era el de la clase obrera, de la ciencia denominada entonces *Economía política*.

En el ejemplo 3, en el caso de: *El Capital*, "crítica" significa el análisis de los resultados de esa ciencia, a la que Marx no le escatima el nombre de *ciencia*, pero que es "burguesa". Y esto último significaba que, a pesar de los descubrimientos de Smith y Ricardo, esa ciencia estaba aún "envuelta en su piel burguesa" pues continuaba escondiendo fenómenos que no se atrevía a penetrar, porque si lo hacía, pondría al descubierto la explotación en la que se basa el Capitalismo. La diferencia entre la crítica de la economía política y la crítica de la crítica crítica consiste en que la primera implica el reconocimiento del carácter científico de lo criticado, mientras que en el segundo

caso se trata del rechazo total de lo criticado. Parece que el significado marxiano del término "crítica" es el que se aproxima a la utilización de la palabra por los críticos del derecho. En ambos sentidos: tanto cuando se trata de criticar las que ciertos juristas llaman "teorías", como cuando se trata de criticar la ciencia del derecho y los resultados de esa ciencia.

En el ejemplo 4, se muestra que la palabra "crítica" no es siempre utilizada como actividad ideológica que combate a otra expresión ideológica. La "crítica" puede ser "positiva"; es decir, el crítico puede estar de acuerdo, ver como bueno, bello o verdadero, aquello que critica. Parece que la crítica jurídica no está obligada a rechazar todo lo que cae bajo su atención. No parece imposible que un crítico del derecho pueda referirse a una sentencia pero no para atacar sino para elogiar, por ejemplo, el valor que un juez pone de manifiesto en la defensa de los derechos humanos. En este caso, como en el ejemplo 6, la crítica tiene como fundamento, o bien normas jurídicas (5) o bien valores (6).

El significado de la palabra "crítica" en el uso de los juristas que militan en estos movimientos llamados de *crítica del derecho*, admite también la polisemia y podemos hablar entonces de varias formas de *Crítica jurídica*. Podemos hablar de crítica del discurso jurídico como de crítica del discurso de la ciencia del derecho; podemos hablar de la crítica del derecho desde el punto de vista interno y desde el punto de vista externo.

### 3. La crítica del derecho desde el punto de vista interno

Atendiendo a la sugerencia de Hart, puede distinguirse la crítica que realiza un jurista que se instala en el interior de un sistema jurídico, de algún otro tipo de crítica que se instalara en un espacio teórico exterior a ese sistema.

Toda la actividad realizada en pro de la defensa de los derechos humanos, por ejemplo, es crítica del derecho desde el punto de vista interno. Es también el caso de lo que se ha llamado "uso alternativo del derecho", que es una actividad política reivindicada por los juristas críticos como ajustada a sus convicciones éticas. Esta crítica desde el punto de vista interno, debe encuadrarse en lo que Kelsen llamaba *Política del derecho* que debe ser cuidadosamente diferenciada de la *Ciencia del derecho*. La *Política del derecho* es la *actividad política* tendiente a lograr la producción, aplicación o derogación de normas.

Ahora bien, que cierta *actividad política* sea calificada como "crítica del derecho" puede resultar, a primera vista, un tanto desconcertante si se opina que la *crítica* es una actividad intelectual, mientras que la *Política Jurídica* es una *práctica*, y esta a su vez es vista como un conjunto de conductas fácticamente determinables. En realidad no hay tal incompatibilidad entre "crítica jurídica", en tanto tarea intelectual, y *Política del derecho* en tanto práctica política. La diferencia es inexistente por cuanto la *Política del derecho*, por más que sea del orden de las "prácticas" no deja de instalarse en el plano del lenguaje y por lo tanto no deja de ser un *discurso*. La lucha por la alteración del sistema jurídico no puede ser otra cosa que un discurso

acerca de otro discurso. No usaríamos esa expresión —*Política del derecho*— para referirnos a hechos del tipo de arrojar piedras contra los edificios de la legislación en una acción tendiente a lograr la aprobación de una ley, por ejemplo. De tal manera que no puede alegarse que la *Crítica del derecho* no puede coincidir con la *Política del derecho* porque esta sea una "práctica" mientras que la *crítica jurídica* es una actividad intelectual. De allí que el llamado *uso alternativo del derecho* pueda ser visto como *crítica jurídica* desde el punto de vista interno en tanto que este uso alternativo es siempre una actividad tendiente a conseguir la aplicación de normas o la interpretación de ellas de cierta manera y no de otra.

Ahora bien, no toda acción de *Política jurídica* podría ser sensatamente calificada de "crítica" ¿Qué es lo que haría de una *Política jurídica* una parte de la *Crítica del derecho*? O, dicho de otra manera, ¿qué es lo que convertiría en "crítica" una *Política jurídica*? La respuesta no puede basarse en la idea de que la *Crítica jurídica* tenga por objeto la transformación social, porque toda acción política tiene ese objetivo. Toda *Política del derecho* tiene por objetivo alterar el sistema jurídico, supuesto que este sea el conjunto de normas válidas con la producción de cada sentencia o resolución administrativa se "altera" el sistema, pero nadie se atrevería a llamar *Política del derecho* de sentido crítico, a una actividad tendiente, por ejemplo, a aumentar las penas previstas en el Código Penal.

Lo que haría de una cierta, no de cualquiera, *Política del derecho*, una actividad perteneciente a la *Crítica jurídica*, no consiste en ningún ingrediente científico. Es un elemento enteramente ético: se trata del rechazo del actual sistema social latinoamericano. Pero como esto no puede sino consistir en el intento de transformar nuestras sociedades de alguna manera que implique la redistribución de la riqueza, la *Crítica jurídica* está irremisiblemente ligada con el pensamiento socialista latinoamericano. Los matices de lo que pueda llamarse "socialismo" son muchos. Pero de todos modos, no podría haber algo con nombre tal, que no implique alguna forma de redistribución de la riqueza, lo cual a su vez es un objetivo ineludible de cualquier actividad de crítica del derecho. En este punto, la *Crítica del derecho* se separa del pensamiento liberal, de gran auge en estos años, que postula la democracia, pero no el socialismo, como objetivo de la *Política del derecho*. Ello no resta que el liberalismo pueda aportar lo mejor de su pensamiento teórico respecto del derecho —me refiero principalmente a la filosofía analítica y específicamente, por lo que hace a nuestra América, a la llamada Escuela de Buenos Aires—, y que éste, en los escritos de sus pensadores más sensibles, sea auténticamente crítico de las formas jurídicas antidemocráticas. Pero si bien algunos liberales participan de un pensamiento crítico, de una *Teoría general del derecho* de contenido crítico, esto es que denuncie el estado como dominador del hombre por el hombre, eso no implica necesariamente la militancia en una *Política del derecho* como aquella a la que aspiran los juristas que se reclaman de la corriente crítica del

derecho —a veces más bien lo contrario: tratándose de marxismo, o simplemente socialismo, los juristas analíticos suelen perder su ecuanimidad de manera verdaderamente inesperada tratándose, como se trata, de intelectuales de gran prestigio. Es en este punto de la redistribución de la riqueza que me parece ver la línea —no necesariamente ni recta ni muy bien resaltada (no faltan tampoco los liberales con pasado socialista)—, de separación entre cualquier otra *Política del derecho* y una de corte crítico con la significación que la palabra "crítica" es usada por quienes se identifican con la llamada *Crítica jurídica*. Esto no me parece necesariamente válido respecto del movimiento crítico en los países del primer mundo. Supongo que un jurista europeo y tal vez mucho más un norteamericano, pueden ver como compatibles la crítica jurídica y el pensamiento liberal tradicional. Esto no me parece posible en América Latina.

#### 4. La crítica jurídica y el uso alternativo del derecho

Lo que se ha dado en llamar *uso alternativo del derecho* constituye una *Política del derecho* de corte crítico. La idea central de la expresión —"uso alternativo"— es que, a pesar de que el derecho es un discurso prescriptivo generado por el grupo en el poder, y desde luego favorable a sus intereses de todos modos puede ser usado para defenderse del dominador. Esto parece ser una respuesta a aquella simplificación de la vulgata marxista que hacía del derecho el instrumento de la dominación de clases y una superestructura que simplemente habría de cambiar luego de la toma del poder. Esta posición desconocía la política; esto es, el hecho de que las normas son un campo de confrontación, no el resultado final de la lucha.

Este uso *alternativo* del derecho se ha dado en América Latina desde bastante antes de que se convirtiera en motivo de reflexión teórica por parte de connotados juristas italianos en los sesenta, que fueron quienes dieron el nombre a esta práctica. Hay que decir que si a ninguna dictadura militar le faltaron juristas para integrar sus supremas cortes de "justicia", tampoco a los sindicatos combativos y a los presos políticos les faltaron abogados, muchos de los cuales lo pagaron con su vida o su libertad, sin que, por lo demás, los liberales "auténticos" que hoy, afortunada y finalmente se han sumado a la lucha por los derechos humanos, se dieran entonces por enterados o se ofrecieran nunca para presentarse a los cuarteles de policía a evitar que alguien fuera torturado.

El *uso alternativo del derecho* es una auténtica *Política del derecho*, puesto que, usando el orden jurídico, se pretende, siempre, la producción de ciertas normas, principalmente sentencias y resoluciones administrativas favorables a los intereses de los defendidos. Y tratándose, como se trata, siempre que hablamos de uso "alternativo", de la defensa de ciudadanos o grupos sociales desfavorecidos en el reparto de la riqueza, constituye una *Política del derecho* integrante de la *Crítica jurídica* entendida en este caso como crítica del derecho desde el punto de vista interno.

Es claro que tratándose de una práctica que consiste en solicitar la producción de normas que no *contravienen* el sistema jurídico, pareciera que no se trata precisamente de *crítica* pues que se *usa* el derecho existente. Esto es así en efecto, y difiere de la *Política del derecho* que tiende a conseguir la producción de normas generales. Sin embargo la experiencia demuestra que cuando se hace este uso del derecho, aún cuando se trata de solicitar la producción de normas, a veces obviamente procedentes, en favor de los sectores desprotegidos, la respuesta del Estado es siempre, lo menos pesada. Cualquier abogado sabe que defender obreros, campesinos y vejados por la policía o el ejército es siempre difícil, aunque las leyes sean expresas en favor de su cliente. De allí que sea siempre necesario realizar amplios y agotadores alegatos y una actividad febril que constituyen discursos tan críticos del sistema que no hace falta otra cosa que ver la cara de los funcionarios para no dudar que estamos hablando de *Crítica jurídica*. La cara de los funcionarios cuando se pide justicia para los desposeídos —no me refiero a las campañas electorales—, experiencia que desde luego no tienen los que dicen que el derecho protege a todos por igual, que el Estado moderno ha traído la felicidad para todos, y que el derecho *social* ha acabado con la desprotección de los marginados y que por lo tanto, la redistribución de la riqueza es una demanda exagerada, los que combaten, en fin, la *Crítica del derecho*, es la mejor prueba de que el derecho es una técnica de control de los dominadores sobre los dominados.

##### 5. La crítica jurídica desde el punto de vista externo

Según Hart, de donde creo que siempre se toma esta distinción, el punto de vista externo es el de quien estudia normas sin por ello aceptarlas. El punto de vista interno es el de quien *usa* el derecho. Constituye un estudio desde *un punto de vista externo* el que realiza quien no se dispone con ello a ejercer la profesión de abogado, dictar alguna sentencia, o producir un acto administrativo.

Conviene aclarar que el hecho de situarse en el punto de vista externo no excluye, de ninguna manera, que el *objetivo* del estudio esté signado por el interés político, esto es, el interés de producir, posteriormente, alguna actividad política.

Ahora bien, para distinguir a la *Crítica jurídica* de entre las actividades posibles desde el punto de vista externo, es necesario distinguir entre el estudio del *sentido deóntico* y el del *sentido ideológico* del Derecho. El primero es propio del científico que intenta describir —redescribir— las conductas que la norma modaliza. El Derecho describe conductas que son modalizadas por los operadores deónticos (prohibido, permitido, obligatorio). Pero hace más que eso; también transmite una gran cantidad de información, también subrepticamente modalizada, sobre conductas que *deben* producirse. Con la expresión *sentido ideológico* me refiero a todo eso que es *lo demás* incluido en el lenguaje jurídico, que no es la específica y expresa conducta modalizada. Si una norma reza que "el empleador está obligado a pagar por el trabajo del empleado la cantidad X", por el solo hecho de

utilizar la palabra "empleador" y la idea de que se paga por el trabajo —y no por el uso de la fuerza de trabajo del obrero—, esa norma transmite mensajes liminares de los que el jurista "científico" se desentiende; más aún: *su trabajo consiste precisamente* en liberar a las normas de estos acompañamientos ideológicos, y describirlas "científicamente" sin ellos.

De esta distinción entre *sentido deóntico* y *sentido ideológico* del Derecho pueden partir aclaraciones importantes acerca de lo que es, o puede ser, la *Crítica jurídica*.

##### 6. La Ciencia Jurídica y la Crítica de la Ciencia del Derecho

La descripción de normas es un estudio del sentido deóntico del Derecho, de lo cual no sería acertado decir que constituye una "crítica" en alguno de los sentidos vistos más arriba. Lo que puede llevar tal calificación es la *Crítica de la Ciencia del Derecho* que efectivamente practican los juristas.

Si aceptamos la idea de que, al menos teóricamente, es posible describir normas, entonces, al menos teóricamente también, es posible una *Ciencia Jurídica* limitada a esta tarea: el estudio del sentido deóntico del Derecho. Si esto es así, resulta claramente distinguible la *Ciencia del Derecho* y la *Política del Derecho* —sea o no *crítica*. La diferencia, que vale la pena mantener, entre ambas actividades, consiste en que esta última *debe* confinarse en los límites de la *descripción* de normas, mientras que la *Política del derecho* es una actividad del orden de las prescripciones, esto es, que *tiene por objeto declarado* la transformación social, la alteración del sistema jurídico existente. Esta diferencia debe ser mantenida, no porque creamos posible practicar una *Ciencia Jurídica* que no tenga *objetivos* políticos, sino precisamente porque exigirle la apoliticidad a quienes dicen que la *Ciencia Jurídica* no tiene objetivos políticos, constituye la mejor manera de demostrar que eso no es cierto y que esas *pretensiones* científicas no pasan de ser una apología descarada del Derecho y el Estado tal cual como son aquí y ahora. Nunca hubo un jurista que practicara esa ciencia supuestamente *apolítica*. Tengo para mí que jamás habrá nadie que lo haga. Pero eso no quiere decir que, precisamente por eso, la propuesta de Kelsen no sea denunciadora, *crítica*, de esa actividad que pasa por "ciencia", que se presenta, que se enseña y es ferozmente defendida como tal, pero que no pasa de ser esa apología del Estado contra la que luchaba Kelsen. Acerca de si es posible, *realmente*, en el futuro, el cultivo de una ciencia como la que postulaba Kelsen, podemos dejar la respuesta a los juristas que lo intenten.

La "crítica" de esta pseudo ciencia que practican los juristas, fue realizada por Kelsen y es continuada por sus discípulos que se mantienen en esa misma lucha. Es la *Teoría Pura del Derecho* la crítica de esa pseudo ciencia. Y el uso de la palabra "crítica" en esta expresión, corresponde con el uso de la palabra *crítica* en su uso marxiano como *crítica de la economía política*. La diferencia entre esta crítica kelsiana y la crítica de Marx a la *Economía Política* consiste en que el objeto de ésta última era la ideología burguesa incrustada en aquella, mientras que el obje-

to de la crítica kelsiana es la voluntad de poder que se esconde detrás de cualquier pretensión de producir normas y/o aplicarlas e interpretarlas con cierto y no otro sentido. Marx criticaba a la *Economía Política* que le había precedido (en cambio llamaba "vulgar" a la de su tiempo) por no atreverse a llevar hasta sus últimas consecuencias, los descubrimientos que había hecho. Esas últimas consecuencias no podían ser otras, según Marx, que la demostración de la explotación de la fuerza de trabajo en que se basa el capitalismo. Kelsen critica a la *Ciencia Jurídica* —que entonces es *pseudociencia*— por atreverse a presentar sus resultados como *descriptivos* siendo que son *prescriptivos*; por atreverse a presentarse como ciencia cuando no es más que ideología y de la peor: la que se oculta tras la ciencia. Ambos, Kelsen y Marx, creían en cierta forma de existencia de la *verdad*, que es lo que funda, según ellos, la crítica que hacen de la ciencia que conocían.

A mi parecer, Kelsen tiene razón. La ciencia de los juristas es criticable por eso que él dice. Y si a esto agregamos el panorama que mostró Gramsci acerca del papel de los intelectuales en la construcción de la hegemonía, tendremos una idea más rica del papel de esta pseudociencia jurídica en la sociedad capitalista en general, y en América Latina en particular. Todo esto, sus comentarios, su difusión, su profundización, constituye tarea de la *Crítica Jurídica* en tanto crítica de la *Ciencia Jurídica*: crítica del estudio apologético del sentido deóntico del Derecho.

## 7. Ciencia del Derecho, Crítica Jurídica, Ética y Política

Desde un punto de vista externo, podemos asimismo calificar de *crítica* la actividad intelectual que puede hacerse desde una posición expresamente contestataria de la sociedad capitalista —y ya no solamente denunciadora de la arbitrariedad de todo poder—, y que sería la crítica del derecho desde una posición socialista. Una cosa es la crítica de la *ciencia* misma, de sus métodos, de sus pretensiones, y otra cosa es la crítica de las normas descriptas como *resultados* de esa ciencia. Si la *Ciencia del Derecho* —supongamos— nos informa de cuáles son las conductas debidas, con la palabra "crítica" podemos designar nuestro rechazo —ético, político—, de la *injusticia* de esas normas que describe la ciencia. Ya no se trata de criticar la ciencia, como en los usos 2. y 3 de la palabra "crítica", sino del uso como en el ejemplo 5: se trata de la crítica con el sentido de *reprobación moral* de un conjunto de normas. En tal caso, el fundamento de la crítica no es extraído de una teoría de la sociedad, como en el caso de *El Capital*, ni de una teoría política como en el caso de Kelsen referido antes, sino que el fundamento de la crítica es extraído del conjunto de *valores* previamente aceptados. Así, desde la convicción de la injusticia de la explotación de los obreros en el capitalismo, puede criticarse como injustas las normas que establecen como debidas esas conductas consideradas injustas. Por ejemplo, las normas que prohíben a los obreros tomar posesión de lo que producen son normas injustas si aceptamos como justo que quien produce un objeto se apodere de él. Si aceptamos como injusta la tortura, criticaremos como injustas las normas que permiten a la policía arrancar confesiones por

medio de golpes y vejaciones, como son las normas que acuerdan validez a las declaraciones obtenidas en el cuartel sin la presencia del abogado defensor.

¿En qué medida ésta es una crítica desde el punto de vista externo? ¿No es acaso propia de quien *usa* el derecho, propia de los abogados socialistas, de los defensores de los derechos humanos, de quienes intentan el uso "alternativo" del derecho? Lo es, ciertamente, pero no puede negarse que también puede ser una actividad académica. Desde la cátedra universitaria se hace esta tarea cuando, al mismo tiempo que se transmite el sentido deóntico de las normas, se las critica por injustas, cuando se contribuye de esa manera a la formación de una nueva cultura jurídica. Es función de las universidades la difusión de la cultura y su transformación. En la medida en que los juristas democráticos defienden los derechos humanos desde los institutos de investigación, intentando por ejemplo su justificación filosófica, y los abogados socialistas defienden los intereses de los trabajadores, intentando por ejemplo la justificación ética de la apropiación del producto del trabajo por parte de quien lo realiza, hacen *Crítica Jurídica*. Es en este sentido que la *Crítica del Derecho* ético-político también puede ser una actividad realizada desde el punto de vista externo.

## 8. La crítica del sentido ideológico del derecho

Acéptese como ejemplo la siguiente norma:

El dador de trabajo tiene obligación de entregar al empleado, juntamente con el pago de su trabajo, la copia del recibo del mismo, indicando el período al que corresponde el pago, y los descuentos jubilatorios, impositivos o de cualquier otra naturaleza.

El sentido deóntico de esta norma se encuentra en la conducta descripta modalizada como obligatoria. Esta conducta consiste en que el patrón debe entregar al obrero una cantidad de dinero, que es el equivalente del valor de cambio de su fuerza de trabajo, junto con una copia del recibo haciendo constar ciertas precisiones. Supongamos que toda esta descripción se simboliza como *p*, de modo que esta norma dice "obligatorio *p*" (*Op*). La aspiración del científico "objetivo" del derecho es suplir *P* por un enunciado que prescindiera de cualquier otro mensaje liminar que no sea específicamente el que transmite la descripción de la conducta cuya omisión está amenazada con una sanción. Pero resulta que la redacción de la norma, el *significado* de las palabras que la componen, transmiten más que lo que el jurista quisiera leer para poder reemplazar *P* con una descripción "clara", "precisa", "inequívoca". Su esfuerzo consistirá en "limpiar" la expresión legal de todo otro sentido que no sea el de la descripción modalizada de la conducta requerida para no caer en el supuesto de la sanción. El esfuerzo del jurista moderno es, precisamente, lograr una reescritura de la norma de modo que se parezca lo más posible a la simpleza y la claridad de un símbolo como *P*. Enhorabuena si lo consigue. La *Lógica* y la *Informática* le han prometido ayuda eficaz. Habrá dado con el sentido deóntico de esa norma.

Pero el uso de expresiones, muy comunes por lo demás en las legislaciones laborales, como "dador de trabajo", "empleado", "salario", "trabajo", transmiten, junto con el sentido deontológico, otros mensajes liminares que contribuyen a constituir la ideología del dominado, a constituir a este como el *sujeto* a la norma; pero no como cualquier sujeto, sino como "empleado" a quien un buen hombre le "da trabajo" —que desde luego debe agradecerle— y que le paga una muy justa cantidad de dinero por el "trabajo" que ha realizado. Pues bien, todo eso que no es el *sentido deontológico*, que constituye ideología transmitida cotidianamente millones de veces, que construye la conciencia del ciudadano, constituye el *sentido ideológico* del derecho. Y la denuncia de esa ideología transmitida subrepticamente, es la actividad propia, tal vez la más específica, de la *Crítica Jurídica*. De velar lo oculto, lo no aparente a primera vista, es la labor teórica a la que principalmente se dedican los juristas críticos. De allí el interés en Freud, en Kelsen, en Marx, en Foucault, en Gramsci, en la idea de deconstrucción en la teoría de las ficciones en la Lingüística, en la Semiótica, en el tema de la prisión, que se aprecia en los escritos de los militantes de estas corrientes.

Esta crítica difiere de la que se realiza desde el punto de vista interno por quien ejerce la profesión de abogado por ejemplo, y de la que se realiza desde el punto de vista externo desde posiciones filosóficas que tienden a denunciar la injusticia del contenido de las normas.

La diferencia con cualquier crítica encarada desde el punto de vista interno es obvia: quien desarrolla esta crítica lo hace considerando a las normas objeto de análisis, tal como lo hace cualquier científico.

Y la diferencia con la crítica *ético-política* del derecho, consiste en que la crítica del nivel ideológico del derecho, no se realiza en el nivel del discurso de los valores, sino que pretende instalarse en el de los discursos científicos. La defensa de los derechos humanos o la defensa de la justicia de la redistribución de la riqueza, pretende convencer, ganar voluntades, generar ideología, no sobre la base de que lo que se afirma es verdadero, sino sobre la base de que lo que se propone es lo mejor y lo más justo. Se trata del redescubrimiento de la vieja verdad, opacada por un positivismo silvestre de que no hay ningún motivo que impida razonar sobre la justicia y demostrar que algunos principios éticos son mejores que otros, no sobre la base de la fe revelada, sino sobre la base de las formas de pensamiento que en nuestra cultura se han llamado "rationales". Esto no significa necesariamente recurrir a un nuevo jusnaturalismo, siempre que no se pretenda que los enunciados con que se dicen estas opiniones se instalan en el interior del discurso científico.

Pero la crítica del nivel ideológico del derecho no intenta eso, sino que pretende, como cualquier otro discurso de los llamados científicos, arribar al tipo de demostraciones a los que intentan arribar las ciencias sociales en las cuales se apoya. Es claro que existe, en cualquier ciencia social, un objetivo político más obvio cuanto más negado. Pero en este nivel los discursos

críticos del derecho compiten con los apologéticos en el terreno que estos han fundado por derecho de precedencia histórica. Se trata, en realidad, de una competencia que los constituye en *crítica* de los resultados —no ya de la ciencia misma—, de esas ciencias apologéticas, en el sentido marxiano de la Crítica de la Economía Política. Desde luego, los portadores de los discursos apologéticos del estado capitalista no aceptan el carácter científico, ni la "seriedad" de los discursos críticos.

De cualquier manera, el discurso crítico está instalado en el mismo nivel que el de los "científicos", y ha comenzado a rendir sus frutos, a pesar de la persecución, de las dificultades, de su calidad de secundón. Comienza a ser sentido, escuchado, leído, por pocos pero entusiastas juristas a los que cada vez es menos fácil hacerles creer que el Estado es el protector de los débiles o que los "dadores de trabajo" pagan el salario "justo".

Pero instalado en este nivel, el discurso crítico se enfrenta con problemas teóricos de no fácil resolución. El problema es el problema de todo aquel llegado después: el que está instalado es el otro y generalmente es el dueño del campo de juego, tiene al árbitro de su lado, y ha tenido suficiente tiempo de pensar y establecer las reglas. En este caso, están establecidas las palabras con que se construyen las normas; su significado es el oficial; el sentido transmitido es la verdad. La *Ciencia del Derecho* al uso no tiene por qué explicar o justificar la expresión "dador de trabajo". Es el crítico quien se ve obligado a la tarea del develamiento. Mientras que el velo es lo que siempre ha estado allí y por ello no tiene por qué sentirse injustificado.

Esto puede expresarse de esta manera: ¿quién dice que el derecho oculta algo que a la vez transmite? ¿Quién dice que la expresión "dador de trabajo" no es la que describe correctamente el rol social del actor a quien se le aplica? ¿Cuál es ese rol social y quién es la autoridad para describirlo? Es decir, el discurso crítico está obligado a *fundar* su crítica aunque el discurso criticado está en condiciones de sonreír burlona y pasivamente. Este fundamento es el problema teórico de mayor envergadura que ha venido enfrentando la Crítica Jurídica tal como se ha manifestado hasta ahora. Esto se ha reflejado en la búsqueda de una teoría o teorías alternativas. En buena parte de los casos ha sido la búsqueda de una Teoría General del Derecho distinta a la inaugurada por Kelsen, o, si se quiere a la cultivada por el kelsenismo real. A mi juicio esto ha constituido un error. Los resultados que en este campo han obtenido el positivismo y la filosofía analítica, marchan por el camino correcto, si por esto último se entiende la construcción de categorías aceptables para el estudio de cualquier sistema jurídico, que es lo que constituye el objeto de una teoría general del derecho. El campo de trabajo de la crítica del sentido ideológico del derecho moderno es otro.

Respecto de una Teoría General del Derecho, la Crítica Jurídica puede aceptar sin reparos una visión clásica del estado como la de Kelsen, donde encontramos la permanente denuncia

de la arbitrariedad del poder, de su falta de justificación real, y del carácter de instrumento de dominación que tiene el derecho. Son inaceptables entonces ciertas versiones contemporáneas de esta. Teoría General del Derecho que apuntan a cierto "maquillaje" del derecho, al que hacen aparecer como no siempre amenazador, impositivo. Me refiero sobre todo a los intentos de hacer aparecer ciertos sectores del derecho —específicamente las "facultades"— como inocentes o inocuos. Y me refiero también a la ideología de la informática que, dejando de lado el radical señalamiento del carácter represivo del derecho, promete la justicia futura al favor del desarrollo del mundo de las máquinas jurídicas. Pero la lectura de los teóricos autorizados de la Teoría General del Derecho contemporánea, demuestra que muchos de entre ellos son acérrimos defensores del punto de vista clásico respecto de la denuncia del estado y la dominación —admítase que es "clásica" la *Teoría Pura del Derecho*. Desde luego, los juristas críticos deben estar al tanto de los desarrollos de esta Teoría —cuyos avances son permanentes— y en guardia para la crítica de sus formas apoloéticas, que las hay.

Pero el objeto principal de la tarea de la Crítica Jurídica está en otra parte: en la eficacia del discurso normativo. Lo que constituye la preocupación fundamental, una vez aceptado y comprendido que el derecho es una técnica de control social, es la manera como en esta sociedad, la capitalista, el discurso jurídico es eficaz; esto es, cómo efectivamente consigue la dominación de los sectores no favorecidos de la sociedad por parte del grupo en el poder. Esto conduce a dos disciplinas distintas. Por una parte, la que estudia el sentido ideológico del derecho, y por la otra la Sociología Jurídica que estudia los efectos de las normas en la conducta de los ciudadanos. Nos ocuparemos de esta última en otra ocasión.

El estudio del sentido ideológico del derecho tropieza como dijimos más arriba, con un formidable escollo teórico, que es puesto por la posición dominante del discurso apoloético de la pseudo ciencia oficial del derecho: ¿respecto de qué verdad el discurso jurídico formula enunciados que la ocultan?

Si aceptamos —y se trata entonces de una asunción filosófica— que existe algo que es la verdad, entonces no hay otro problema que enunciar la verdad y comparar luego las afirmaciones del discurso jurídico con los enunciados que portan esa verdad. Pero como esto es insatisfactorio para quien, al mismo tiempo que quiere criticar el derecho, piensa que la aceptación de la verdad es lo mismo que aceptar el jusnaturalismo y por lo tanto encontrar que el estado cierto estado es justo, entonces el problema se trueca en este otro: ¿cuál es la teoría social que describe la sociedad capitalista más acertadamente —"acertadamente" abre espacio a las concepciones epistemológicas modernas—, y respecto de cuyos enunciados los del derecho moderno resultan ocultadores, apoloéticos? Porque, en efecto: la afirmación de que el derecho oculta algo, ocultación que construye la ideología del dominado, sólo puede ser consistente si existe una descripción previa de lo ocultado. Si no se describe lo ocultado

no vale decir que hay algo oculto. Es decir, la Crítica Jurídica no puede menos que hacer pie en una descripción de la sociedad capitalista. Pero como de antemano se ha rechazado la idea de la verdad, esa tal descripción debe estar sujeta a las sospechas a las que, en el mundo moderno, están sujetas todas las descripciones —o Teorías— acerca de la sociedad capitalista. Pero, a su vez, como ab-initio, la Crítica Jurídica se autopropone como tal "crítica" de la sociedad capitalista, no puede sino hacer pie en una teoría crítica del capitalismo. En este punto, otra vez, la crítica Jurídica está indisolublemente ligada al pensamiento socialista, y más específicamente a ciertos sectores del pensamiento inaugurado por Marx. Esto porque, muy a pesar de la nueva —y la vieja— derecha, la crítica marxiana del capitalismo no está ligada a los fracasos del socialismo "real". El hecho de que el stalinismo sea una actitud política totalitaria, o que Cuba no haya podido lograr todo el bienestar que la revolución auguraba para sus habitantes, no mengua absolutamente en nada la afirmación de que los capitalistas explotan a los obreros pagando sólo parte del valor que éstos producen en beneficio de aquéllos.

De modo que la crítica del sentido ideológico del derecho debe hacer pie en ésta, que, hasta hoy, es la única teoría crítica del capitalismo. Crítica *sin concesiones*, por lo tanto sin asomo de tentaciones apoloéticas. Es, por eso, la única teoría compatible con una *Teoría General del Derecho* sin absolutamente ninguna tentación apoloética de éste o de cualquier Estado.

La descripción de los fenómenos capitalistas hecha por Marx y sus discípulos, es la base que le permite afirmar después que las "palabras de la ley" transmiten mensajes destinados a forjar la ideología del dominado. No veo ninguna otra posibilidad para una crítica del sentido ideológico del derecho desde una posición originaria del rechazo a la idea de la verdad.

Ahora bien ¿cómo puede el marxismo comprobar lo acertado de su crítica? De la misma manera que los otros ¿acaso las trivialidades explicativas que formulan los apoloetas de la propiedad privada y la gran burguesía tienen más asidero que las del marxismo? En boca de los sirvientes del capital parece que sólo los marxistas debe "probar" lo que dicen... En fin, se trata de la eterna cuestión de la imparcialidad de la ciencia de la sociedad. Pero, quienes afirman cotidianamente esta supuesta imparcialidad, comienzan por declararse antisocialistas.

Vale la pena un párrafo dedicado a los liberales "auténticos". Se observará que están siempre prestos a defender la constitucional libertad de expresión y los lugares universitarios; pero los de ellos. Se observará que cuando las dictaduras militares arrasan hasta con ellos, si se atreven a defender a los —pocos— que los fascistas reprimen, de entre ellos. Se observará que el problema de la miseria de las masas nunca aparece entre los problemas que les preocupan. Se observará que cuando hablamos de la ideología procapitalista del derecho y de sus comentaristas, solamente se sonríen o hacen gestos de desagrado fingiendo

estar aburridos de la misma centinela marxista... Se observará que del derecho hablan siempre en "general"; si hablan de su justicia es sólo para referirse a los problemas relacionados con los derechos del ciudadano, dentro de los cuales difícilmente consideran el derecho a no morir de hambre, a tener educación asegurada y a estar provistos de seguridad social. Se observará que, por lo tanto, lo máximo que arriesgan es su trabajo y siempre que la dictadura sea muy feroz.

Las cosas están hoy así. Por una parte un grupo importante de juristas está dedicado a esta actividad llamada *Crítica Jurídica*, mientras otro grupo, que detenta los principales lugares académicos de América Latina está dedicado a los progresos de la Teoría General del Derecho. Para los juristas críticos, los resultados a los que arriban los otros son utilizables. Para estos la *Crítica Jurídica* es una actividad sin seriedad, subversiva, anclada en el "viejo" marxismo o en el incontrastable psicoanálisis, y por tanto debe ser rechazada y sus cultores impedidos de llegar a los puestos universitarios y editoriales importantes. Se trata de una oposición que adquiere frecuentemente las características del combate, y esto parece no tener solución por el momento.

#### 9. La Crítica Jurídica y el pensamiento marxista

Ciertamente resultaría desafortunado negar que buena parte de las afirmaciones tradicionales del marxismo, no han conseguido la confirmación empírica que todos más o menos estamos dispuestos a reconocer como necesaria para acordar seriedad a las teorías. Pero es de notar que lo que principalmente ha resultado no comprobado por la historia de este siglo, es más bien lo que el marxismo tenía de escatológico; aquello que resultaba una especie de adivinación del futuro; las afirmaciones acerca de la política de la organización obrera, que, con toda razón, han sido señaladas como el fondo teórico del stalinismo. Sin embargo, por otra parte, una fracción, la más importante sin duda, ha sido confirmada por los hechos. Mientras que otra parte queda en estado de teoría a ser desmentida por la historia, y está en la misma situación que cualquier otra teoría manteniéndose como hipótesis cuya falsedad aún no se ha comprobado. En este aspecto, resulta notable que los sociólogos y economistas apologetas del capitalismo reprochan al marxismo la falta de comprobación empírica de algunos de sus enunciados fundamentales, mientras que por su parte están dispuestos a conceder a sus propias teorías el beneficio popperiano: que son aceptables mientras no se compruebe su falsedad.

De modo que el marxismo es hoy un cuerpo teórico del que se han desgajado un buen número de ramas. Pero queda firme, y muy firme, su núcleo central: la descripción del funcionamiento del capitalismo en tanto que sistema social en el cual una pequeña parte de la población obtiene la mayor parte del producto social a través de una especial forma de utilización de la capacidad de la fuerza humana para producir valor. Esta descripción del capitalismo, no sólo ha sido desmentida, sino que ha sido confirmada por los hechos. La mejor prueba de ello es que los sociólogos y economistas apologetas del capitalismo no

han intentado una descripción alternativa: se han limitado a ignorar el tema.

Por lo tanto sí hay una teoría del sistema capitalista que es apta para fundar la *Crítica Jurídica* como crítica del sentido ideológico del derecho. Lo que el derecho oculta en su discurso es lo que Marx puso al descubierto en *El Capital*. De modo que sí hay una descripción que permite señalar como ocultadora cualquier otra descripción de los procesos que el derecho menciona. Si una norma establece como debido el pago del trabajo, oculta que lo que se paga es el precio de la fuerza de trabajo. Lo que autoriza a señalar como apologetico el discurso de esa norma, es su no coincidencia con la descripción científicamente aceptable del fenómeno al que la norma se refiere.

Por lo demás, ya sabemos que el pensamiento marxista será combatido por la ciencia decente. No es de esperar ningún arreglo entre la *Crítica Jurídica* y la apología del derecho. Se trata de una confrontación que se lleva a cabo delante de un público, constituido principalmente por los juristas en formación en las universidades; pero también por los ciudadanos en general. No se trata de convencer a los apologetas del estado; ellos ya lo están si no se mantienen no recibirán su pago. Se trata de una confrontación delante de un público porque estamos convencidos de que cualquier cambio social en América Latina requiere, entre otras cosas, de una nueva cultura jurídica.

## **Descogelando la realidad legal: una aproximación crítica al derecho**

---

Robert W. Gordon \*

---

*Los Estudios de Crítica Legal (ECL) son una manera relativamente nueva de referirse al discurso y la práctica de la ley. Orientado por intelectuales con base en Norteamérica los estudios de crítica legal, E.C.L., pone al descubierto las contradicciones, hipocresías y concepciones sin fundamento de los discursos legales tradicionales.*

*El movimiento de E.C.L., busca contribuir a la transformación de algunas prácticas del sistema legal de tal manera que contribuya a la construcción de una sociedad basada en la igualdad y en la participación en sustitución de las actuales jerarquías en razón de la clase, status, mérito, raza y género que legitiman los discursos legales tradicionales.*

---

*\* Profesor de derecho, en la Universidad de Standford. Graduado en 1967 en el Harvard College, con estudios de Postgrado en la Universidad de Harvard en 1971. La primera versión de este ensayo, fue presentada en el Mason Ladd Memorial Lecture de la escuela de derecho de la Universidad Estatal de Florida en abril de 1985. El autor agradece al Director, profesores y estudiantes de la escuela de derecho, y especialmente, a Janet Bowman, Larry George, Lynne Henderson, Adam Hirsch, John Larson, Jack Van cDoren, y Don Weidner por su hospitalidad y valiosos comentarios. Se intentó presentar nuevas versiones a estudiantes de las facultades de derecho de: University of California at Berkeley (Boalt Hall); Duke University; y Wayne State University. Los comentarios y preguntas formuladas en tales presentaciones fueron útiles en la revisión de este trabajo. Mark Kelman y Robert Weisberg formularon valiosos comentarios a este borrador.*

Unfreezing legal reality: critical approaches to law.

*Critical Legal studies (or CLS, for short) is a relatively new way of talking about and practicing law. Led by legal intellectuals based in North America CLS exposes the contradictions, hypocrisies and unsupported assumptions of traditional legal discourse. The CLS movement seeks to contribute to the transformation of some of the practices of the legal system so that it will contribute to a society based on equality and participation rather than current hierarchies of class, status, "merit", race and gender which traditional legal discourse legitimizes.*

*Os estudos de crítica legal (E.C.L.) são uma maneira relativamente recente de refletir sobre o discurso e a prática do direito.*

*Tais estudos vem sendo dirigidos por intelectuais de norte-américa. Eles colocam a descoberta as contradições sem fundamentos dos discursos jurídicos tradicionais.*

*O movimento de crítica legal (E.C.L.) procura contribuir a transformação de algumas práticas do sistema legal; pretendem ajudar a formação e, ao mesmo tempo, rejeita as atuais hierarquias de classe, status, mérito, raça e gênero que legitimam os discursos legais tradicionais.*

Los "Estudios Críticos Legales"<sup>\*\*\*</sup> continúan floreciendo, a pesar de la persistente crítica acerca de sus propósitos y metas. En la conferencia reproducida a continuación, el profesor Gordon demuestra por qué tales críticas no son nocivas y además completamente irrelevantes en lo que respecta al mensaje central del movimiento. Partiendo de la creciente producción académica del CLS, él muestra a través de ejemplos, que las contribuciones más valiosas del CLS son por naturaleza esencialmente locales. Sin embargo estas elaboraciones críticas predominantemente locales, como él lo explica, pueden ser inmediatamente extendidas a nuevas áreas, con el objeto de destruir la aparentemente necesaria conexión entre la forma en que nuestro derecho se presenta y la forma en que debería presentarse.

<sup>\*\*\*</sup> En adelante se abreviará la expresión Estudios Críticos Legales usando la SIGLA inglesa CLS (Critical Legal Studies).

Una nueva forma de hablar acerca del derecho así como de practicarlo, ha aparecido en escena en los últimos diez años: los "Estudios Críticos Legales" o, para ser más breve, CLS. Me complace particularmente la invitación que se me ha formulado para que hable de esta materia puesto que ello demuestra curiosidad intelectual y generosidad de espíritu, lo que recientemente ha sido muy escaso en el ambiente académico legal. Unas pocas personas asociadas con el CLS, se encuentran, como yo, disfrutando confortablemente de la posición de catedráticos estables en buenas conferencias acerca de nuestra caprichosa herejía. Sin embargo, la gran mayoría de gente afiliada al CLS, o influida por ideas del CLS, o dispuesta a discutir con seriedad aspectos del CLS, son jóvenes abogados que se han encontrado repentinamente en situaciones desesperadamente precarias. Ellos luchan duramente por encontrar o conservar trabajo como profesores en facultades de derecho, cuya furiosa hostilidad por el CLS, sólo es sobrepasada por el rechazo de sus miembros al aprendizaje de todo lo que se relacione con ideas del CLS. Tal resistencia carece de toda base. A pesar de la gran cantidad de publicidad que se ha dado al movimiento, sus oponentes han producido muy pocas discusiones intelectualmente sustanciosas acerca del trabajo del mismo, y por el contrario se han apoyado en caricaturas descorteses, fuera de tono y totalmente inexactas<sup>1</sup>. Lo cierto es que ninguna de las críticas que vienen de fuera del CLS, se aproxima, siquiera cercanamente, al carácter detallado de las críticas que el CLS, formula a la producción más representativa de la literatura jurídico-económica, y menos se acerca a los intensos debates sobre su propio trabajo, que

<sup>1</sup> La mayoría de las críticas contra el CLS considero que caben dentro de una de tres categorías: (1) Polémicas orientadas en forma genérica y vaga por la visión preconcebida y mal informada del autor respectivo acerca del trabajo del CLS —normalmente la opinión es que el CLS es una cruda modalidad de Marxismo instrumental— y que no hacen el esfuerzo de discutir textos específicos producidos por el CLS; (2) Críticas, mas o menos informadas, que van desde lo compasivo hasta lo verdaderamente venenoso, y que tratan el CLS como si fuera una filosofía global o una teoría social del derecho en vez de (como yo reclamaría de la mayor parte del trabajo del CLS) una serie de críticas, discursos y situaciones locales. Este grupo de críticas se ocupan de los pronunciamientos mas genéricos de los escritores del CLS, y no del grueso de su trabajo que consiste, por una parte, en discusiones muy específicas y detalladas de trabajos académicos sobre aspectos de doctrina legal, derecho-y-economía e historia legal; y, por otra, en una docena de trabajos históricos sobre doctrinas e instituciones legales; (3) Un contado número de críticas que se toman el trabajo de ocuparse de aspectos específicos del interés de algunos textos particulares del CLS. La mayoría de estas pocas críticas han sido escritas por historiadores del derecho: ver por ejemplo: Simpson, *The Horwitz Thesis and the History of Contracts*, 46 U. CHI. L REV \*\*\*\*

Una bibliografía más extensa está citada en el texto en inglés "Unfreezing legal reality", publicado en *Florida State University Law Review*, vol. 15, páginas 144 a 220, 1987.

han tenido lugar al interior del CLS. y del más amplio círculo de amigables no-adherentes<sup>2</sup>.

CLS es un movimiento conformado mayoritariamente por profesores de derecho, pero que también incluye algunos abogados practicantes, que para la mayoría de nosotros comenzó a finales de la década de 1960 y comienzos de la de 1970 como producto de un sentido extremo de insatisfacción con nuestra propia educación legal. Nosotros esperábamos producir algún trabajo acerca del derecho que tratara de expresar con claridad y convicción nuestra insatisfacción, y tratara de convertir dicha insatisfacción en una crítica con (fuerza argumental), lógica y contenido. Esperábamos comenzar a construir una serie de descripciones de prácticas legales —conceptos, doctrinas, instituciones, rutinas, estructuras subyacentes—, que parecieran más reales, resonantes y acordes con nuestra experiencia.

En la medida en que la mayoría de nosotros eramos profesores de derecho, nuestros primeros focos de atención fueron las formas en que se escribía y se enseñaba las materias tradicionales, tales como las ofrecidas en los primeros cursos standard de las escuelas de derecho, por parte de las corrientes más representativas y ortodoxas de académicos de lo legal. Gran parte del producto del movimiento hasta el día de hoy ha sido trabajo de demolición (conversión en "basura") de tal producción académica. Otra gran parte ha sido histórica, y ha consistido en un intento de entender como nuestros modos corrientes de pensamiento acerca del derecho han venido a posesionarse de nuestras mentes. En el proceso de hacer historia, descubrimos un tesoro parcialmente enterrado, los escritos de los "Realistas Legales", un grupo de académicos de las décadas de 1920 y 1930 quienes, como nosotros, dedicaron bastante energía intelectual al ataque mortal de sus progenitores, específicamente de la generación "formalista" de doctrinantes legales tales como C. C. Langdell, Samuel Williston, y Joseph Henry Beale. En la actualidad los "Realistas Legales" son recordados principalmente por haber sido escépticos acerca de la fuerza determinante de los precedentes jurisprudenciales; por creer que los jueces podían siempre alcanzar cualquier decisión que desearan y, por lo tanto, podían decidir los casos informados por intereses de clase o caprichos pasajeros. Los escritores del CLS han tratado de resucitar algunas de

---

*Algunas Corresponden a economistas de lo legal: Ver por ejemplo: KORNHAUSER (pás. 191 nota 1). Estos trabajos exhiben diversos grados de percepción (el del profesor Allor en el más sobresaliente) acerca de la substancia de los trabajos criticados, pero en su conjunto son todos admirables y excepcionales en cuanto que tratan de desentrañar y dilucidar dicha substancia.*

<sup>2</sup> Además de las críticas mencionadas en la nota anterior, hay una serie de lo que podríamos llamar disputas-críticas domésticas provenientes de personas totalmente familiarizadas con el trabajo y los métodos del CLS y por lo menos moderadamente solidarios con algunos de sus objetivos intelectuales y políticos. Una bibliografía más extensa está citada en el texto en inglés "Unfreezing legal reality", publicado en *Florida State University Law Review*, vol. 15.

las producciones académicas más substanciales de los Realistas Legales, de ponerlas al servicio de sus propios objetivos, y de generalizarlas y convertirlas en una crítica de los más representativos y ortodoxos modos del pensamiento legal liberal, dándole un mayor alcance del que los Realistas Legales mismos jamás tuvieron en mente.

Hasta ahora he descrito el CLS como un movimiento primordialmente de intelectuales que se ocupa de lo legal. Pero al mismo tiempo se trata de un movimiento que persigue algunos objetivos políticos y sociales compartidos. Nosotros no tenemos una visión uniforme del mundo —de hecho siempre parecemos estar disputando fundamentalmente entre nosotros mismos, si bien de forma afectuosa—, pero lo cierto es que nos une el querer que nuestro trabajo, en la medida de lo posible, contribuya en forma modesta a ir haciendo efectivo el potencial que creemos existe para transformar las prácticas del sistema legal, tratando así de ayudar a convertir la nuestra en una sociedad más decente, equitativa —menos intensamente ordenada por jerarquías de clase, estatuto, "mérito", raza y género—, más descentralizada, democrática, y participativa tanto en sus propias formas de vida social como en las que promueve en otros países. Muchos de nosotros, por consiguiente, considera como audiencia primordial de nuestro trabajo lo que pudiera denominarse liberales de centro o de izquierda, quienes comparten gran parte de esa agenda política genérica, pero creen, por infinidad de razones que es vano el intento de sacarla adelante. Ellos pueden pensar que las cartas están demasiado cargadas en contra del cambio, que el esfuerzo por obtener una sociedad menos jerárquica podría llevar consigo costos tremendos —perdidas de eficiencia productiva, pérdida de libertad individual, poder estatal amenazadoramente expansivo— y sería de cualquier manera estéril pues las jerarquías de poder están demasiado arraigadas. En conversaciones con personas que se sitúan a sí mismas en el centro o izquierda del liberalismo norteamericano, incluso si ellas son de hecho miembros de élites privilegiadas, uno se encuentra una y otra vez con esta parálisis, apoyada en el sentimiento de que las realidades sociales y legales se hallan congeladas, y de que hemos alcanzado el final de nuestra historia y las posibilidades de cambios fundamentales están por siempre cerradas para nosotros.

Actualmente un argumento central del trabajo del CLS ha sido que los discursos ordinarios del campo legal —debates sobre legislación, argumentos legales, decisiones administrativas y judiciales, discusiones de los abogados con sus clientes, comentarios y trabajos académicos legales, etc.— contribuyen en su totalidad a cimentar este sentimiento, a la vez desesperado y complaciente, de que las cosas deben ser de la forma que son y que cambios mayores únicamente podrían hacerlas peores. El discurso legal logra esto en muchas formas. Primero que todo mediante la repetición interminable del clamor de que el derecho

y las otras ciencias políticas han perfeccionado una serie de técnicas e instituciones racionales que han llegado tan cerca como es posible llegar en el intento de solucionar el problema de la dominación en la sociedad civil. Puesto de otra manera, el discurso legal pinta una fantasía idealizada del orden, conforme a la cual las reglas y los procedimientos legales han estructurado de tal manera las relaciones entre los individuos, que tales relaciones pueden ser primordialmente entendidas como instituidas por su propio consentimiento, y sus escogencias libres y racionales. El grado de coerción que aparentemente permanece puede ser explicado como resultante de la necesidad —bien sea necesidades naturales (tales como la escasez o la limitada capacidad de altruismo) o necesidades sociales. Por ejemplo, en un cierto número de los discursos prevalecientes, las jerarquías ordinarias de la dominación y subordinación en el lugar de trabajo son explicadas:

1) en referencia al acuerdo contractual de las partes y a sus preferencias relativas por responsabilidad versus ocio, o asunción de riesgo versus seguridad; 2) en relación con la distribución natural de talentos y habilidades diferenciales (Larry Bird gana más como jugador de basketball porque es el mejor); y 3) como resultado de las demandas de eficiencia productiva las que, se alega, requieren jerarquía amplia para los propósitos de supervisión y monitoreo, centralización de las decisiones de inversión, y cosas por el estilo. Siempre hay algunos residuos de condiciones claramente infelices —sufrimiento, explotación y privación inmerecidas— que no pueden ser explicadas en ninguna de estas formas. Los discursos legales son probablemente más recursivos en el manejo de estos residuos, tratándolos como, en su generalidad, inmediatamente reformables dentro de las opciones políticas prevalecientes para el ajuste de las estructuras de las prácticas ordinarias —uno puede simplemente afinar el esquema de regulación, para corregirlos. Pero el discurso imperante tiene su lado cínico y mundano, y sus momentos trágicos, que sirven de contrapeso a la actitud general de complacencia. Adoptando tal actitud, resignadamente se reconoce que más allá del mínimo necesario y de los residuos reformables de miseria y coerción hay un remanente irreducible e intratable— debido a los límites inherentes a nuestra capacidad de obtener conocimiento social, o de cambiar la sociedad mediante intervención deliberada, o de tomar acciones colectivas contra los males sin sufrir el mal, ese sí, mayor del poder despótico.

Estos discursos de la racionalidad técnica y legal, de los derechos, consentimiento, eficacia y limitación trágica, son por supuesto discursos del poder no solamente por las razones obvias de que los mandatos legales están respaldados por la fuerza y sus operaciones pueden infligir dolor enorme, sino también porque tener acceso a tales discursos, ser capaz de usarlos o pagar a otros para que los usen a nuestro nombre, es una gran parte de lo que significa tener poder. Mas aun, ellos son discursos que —aunque a menudo parcialmente contruidos, o extractados

como concesiones, a través de la presión de grupos relativamente menos poderosos que luchan desde abajo— en la práctica habitual tienden a expresar los intereses y las perspectivas de la gente poderosa que hace uso de ellos. Los discursos tienen parte del poder que tienen debido a que algunos de sus argumentos suenan ser plausibles, aunque muchos no. La afirmación, por ejemplo, de que los trabajadores en fábricas destructoras de su salud voluntariamente “escogen”, en cualquier sentido práctico del término, los riesgos del lugar de trabajo a cambio de una bonificación salarial es probablemente dudosa para todos, excepto aquellos pocos costosamente entrenados para carecer de la capacidad de reconocer lo que está sucediendo a su alrededor. Sumado a esto, tanto los argumentos plausibles como los deleznales están respaldados en los casos del derecho y la economía y las ciencias políticas, por un aparato aparentemente tecnocrático de justificación racional —sugiriendo que la miscelánea de prácticas sociales dentro de las cuales por azar hemos nacido en este momento histórico particular, es algo más que una miscelánea contingente. Ella tiene un *orden*, aun si en ocasiones este es invisible; ella tiene *sentido*. El arreglo de doctrinas, procedimientos, instituciones y normas legales en vigor, puede racionalmente ser derivado de los principios de consideración de la autonomía individual, eficiencia utilitarista o generación de riqueza, las necesidades funcionales del orden social o la prosperidad económica, o el consenso moral y las tradiciones históricas de la comunidad.

Son distintos los argumentos generales que la gente del CLS, ha tratado de formular contra estos discursos del poder. Primero, tales discursos han ayudado a estructurar nuestras percepciones ordinarias de la realidad hasta el punto de sistemáticamente excluir e incluso reprimir visiones alternativas de la vida social, tanto con respecto a lo que ella es como con respecto a lo que ella podría ser. Uno de los propósitos de los métodos del CLS es tratar de rescatar y dar contenido a las visiones alternativas suprimidas. Segundo, aquellos discursos, incluso en sus propios términos, adolecen de falta de sustentación para sus conclusiones incansablemente apologéticas. Cuidadosamente entendidos, ellos podrían ser en su conjunto perfectamente invocados para respaldar más bien una política de transformación social<sup>3</sup>. Los argumentos del CLS respecto de lo que venimos comentando, consisten, de manera general, en que los criterios racionalizadores a que se apela (de autonomía de utilidad funcional, eficiencia, historia, etc.) son demasiado indeterminados para justificar cualquier conclusión acerca de la inevitabilidad o deseabilidad de prácticas corrientes particulares; tales criterios, cuando se les examina, una y otra vez

<sup>3</sup> Para un ejemplo, entre muchos, ver: Kennedy, *Cost-Benefit Analysis or Entitlement Problems: a critique*, 33 *STAN.L.REV.* 387 (1981) (el análisis costo-beneficio, generalmente empleado para limitar la regulación, podría perfectamente ser manipulado, en forma absolutamente consistente con sus premisas y principios, para justificar virtualmente cualquier régimen regulatorio).

descansan sobre proposiciones retóricas ilegítimas o bien dudosas premisas intermedias o dudosas asunciones empíricas. Más aun, las abstracciones, categorías, retórica convencional, modos de razonamiento y aserciones empíricas de nuestros discursos ordinarios, de cualquier manera suelen describir incorrectamente la experiencia social como para no ofrecer ningún panorama favorable a las prácticas que ellos intentan justificar. Sin que se diga por supuesto que podría existir algo como una única forma correcta de vertir o expresar la realidad tal como la gente la experimenta, o que los escritores del CLS puedan afirmar haberla descubierto. Pero el lugar común de los discursos legales frecuentemente produce tal tipo de representaciones distorsionadas de la vida social que sus categorías descartan en forma regular fenómenos como la complejidad, variedad, irracionalidad impredecibilidad, crueldad, coerción, violencia, sufrimiento, solidaridad y auto-sacrificio<sup>4</sup>.

En resumen: el propósito del CLS como empresa intelectual es tratar de descongelar o por lo menos ir martillando poco a poco las categorías mentales que se han congelado debido a su exposición habitual a las prácticas legales —mediante el señalamiento de la forma en que los discursos legales contribuyen a ese congelamiento, y mediante la demostración del carácter problemático de tales discursos. Me doy cuenta de que lo dicho hasta ahora es demasiado abstracto y vago. Para hacerlo más accesible consideremos el siguiente ejemplo de uno de los métodos del CLS para aproximarse a un fragmento del discurso legal. Antes de esto debo formular la justa advertencia de que el CLS es demasiado heterogéneo, demasiado dividido en escuelas en conflicto y métodos de trabajo, bastante conformado por solitarios y excéntricos, como para haber producido un canon ortodoxo de aproximaciones "correctas". El ejemplo de un método del CLS que ofrezco aquí no se deriva de mi propio trabajo sino del trabajo de otros. Constituye una variante dentro de una corriente particular de críticas provenientes del CLS, expuesta mucho mas formal y elaboradamente en los trabajos de Duncan Kennedy, Roberto Unger, Clare Dalton, Peter Gabel, Elizabeth Mensch, Karl Klare, Mary Joe Frug, y Jay Feinman acerca de la legislación contractual, y en el magnifico libro próximo a aparecer de Mark Kelman acerca de la producción académica del CLS en general<sup>5</sup>. No me es posible garantizar que mi intento de aplicar sus métodos cuenta con la aprobación de todos

<sup>4</sup> *No debería ser necesario decir pero lo diré de todas formas para cuidarme contra cargos de presentar panoramas espantosos que nadie en el CLS podría reclamar haber originado o poseer un derecho exclusivo de las críticas de los discursos liberales en términos generales, o de los discursos liberales acerca del derecho específicamente. En verdad algunas de las críticas mas agudas que han ilustrado el discurso del CLS, han provenido de críticos, relativamente conservadores del liberalismo (Burke, Bueckhardt, Tocqueville, Weber, O. W. Holmes, etc.), y del interior mismo de la tradición liberal (Bentham, J. S. Mill, T. H. Green, etc.) así como también de la "izquierda".*

<sup>5</sup> Ver: Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 Harv. L. Rev. 1685 (1976).

Una bibliografía más extensa se encuentra en el texto en inglés "Unfreezing legal reality", publicado en *Florida State University Law Review*, vol. 15, págs. 144 a 220, 1987

ellos, y les recomiendo en forma enérgica a quienes quieran aprender mas acerca de los métodos, que consulten su trabajo antes de hacerlos responsables de todos los errores y tonterías que yo pueda cometer aquí. Mi ejemplo es un caso del tipo de aquellos que yo enseñaría en mi curso de contratos, y, haciendo honor a esta ocasión, un caso del Estado de Florida.

El caso de Vokes contra Arthur Murray Inc.<sup>6</sup>. Se trata de una acción promovida en la Corte del Circuito del Condado Pinellas, en Florida, para que se rescindieran, sobre la base de fraude aproximadamente catorce contratos de clases de baile con Arthur Murray en el lugar de Clearwater. Un "amigo" (no precisamente un amigo, en realidad un instructor de danza en aquél estudio), trajo a Audrey Vokes al estudio para una fiesta pasó gran parte de la noche con ella, y le sostuvo que era una gran bailarina y que tendría un gran futuro por delante como tal. Entonces el estudio le vendió un paquete de promoción, consistente en ocho y media horas de lecciones de baile por el precio de \$ 14.50 dólares. Durante los dieciséis meses siguientes. Audrey Vokes recibió Medallas de Baile, fue ascendida dentro de la jerarquía interna de buenos bailarines de Arthur Murray, y se le hizo acreedora a ser elegible para viajes especiales a Miami y Trinidad (por su cuenta). Mas importante aún, durante este tiempo ella suscribió nuevos contratos de lecciones de baile a largo plazo. Para la época en que ella finalmente decidió retirarse, se había comprometido anticipadamente a pagar \$ 31.090 dólares (equivalentes al valor del año 1969), por un total de 2.302 horas de clase. La corte de primera instancia rechazó su demanda de rescisión, alegando fallas en la formulación del reclamo. El caso fue a la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito, donde la decisión de primera instancia fue revocada y se consideró que había una buena causa para promover la acción.

El juez de primera instancia, evidentemente trató el caso como una cuestión rutinaria, una transacción standar describable en lenguaje completamente estandarizable y asabstracto: ¿C, un consumidor, entra en un contrato con D, un estudio de danza. El contrato estipula que D dará a C, H número de horas de instrucción de baile por un precio y P, pagadero por contados. C rompe el contrato al no pagar los contados tal y como es debido. C es responsable del pago del valor no pagado del precio del contrato. El marco "normal" para la decisión de esta transacción, incluso hoy, continúa siendo el del liberalismo clásico del siglo diecinueve —lo que ahora tendemos a denominar perspectiva de "derecha" o (demasiado desorientador) "conservadora" sobre los negocios privados, como presuntamente libres y eficientes. La corte automáticamente dadá efecto a los signos formales del acuerdo voluntario, en nuestro caso los términos observables del contrato escrito. La habilidad de la Señora Vokes para consentir sobre las condiciones y contratar se presume a partir de su firma. Si ella pretendiera tener alguna

<sup>6</sup> 212 So. 2d. 906 (Fla. 2d. DCA 1968).

posibilidad de éxito en su demanda, ella tendría que luchar en contra de la forma usual de enmarcar su situación y presentarla como un caso que, cae dentro de alguna de las reconocidas categorías de excepción y defensa: coacción, fraude, error, influencia indebida, ausencia de razonabilidad, y así por el estilo.

La categoría que el Juez Pierce, de la Corte de apelaciones del distrito, utilizó para liberar a la señora Vokes de su contrato fue fraude, o distorsión. El problema específico en que la corte se centró consistió en que, como el estudio lo debería haber sabido desde un comienzo, la pobre dama era una muy regular bailarina y no podría haber sido convertida en una bailarina buena o siquiera aceptable no importa cuantas horas y dólares ella hubiera invertido en intentarlo. Sin embargo, al vendedor se le permite una cantidad razonable de desorientación y "exageración" a. precios de venta inflados, hipérbolos, galantería, manipulación psicológica, etc. Más aún, se sostiene como argumento, incluso que un vendedor conocedor de que su transacción puede generar serios problemas que desequilibrarían su valor para el comprador, no tiene obligación de advertirlo.

Pero en este caso, el Juez Pierce sostuvo, la gente del estudio fue mucho más allá de la exageración y el encubrimiento: ellos mintieron. La compradora podía escasamente escuchar el ritmo. A sabiendas de esto, ellos continuaron diciéndole que podría ser una gran bailarina, y así la indujeron a firmar numerosos contratos de larga duración (si ella hubiera sido una bailarina tan mala, argumentó el asesor del estudio, no se justificaba que ella hubiera confiado en las opiniones contrarias del estudio. La legislación contractual clásica, el cuerpo de legislación construido, para sancionar la economía política del liberalismo leseferista del siglo diecinueve, ha suministrado el marco básico para la decisión adoptada. Para evitar la obligación con respecto al estudio, la corte de apelaciones colocó la situación dentro de uno de los tipos de excepción al caso normal. Al hacerlo, sin embargo, la corte aceptó la forma normal de estructurar la situación, diciéndonos que la mayoría del tiempo, las transacciones contractuales de esta clase son adecuadas. Observemos que la corte incluso trató un evento en que no se obligó a la observancia de un contrato, como una oportunidad para ratificar la norma básica de libertad de contrato como aquella situación normal y deseable, una en que la corte coloca su autoridad en apoyo del formalismo considerándolo representativo de la verdadera intención de las partes.

La estructura convencional luce de la siguiente manera:

<b>Normal</b>	<b>Desviado excepcional.</b>
Voluntad de las partes.	Política pública.
Transacciones de mercado.	Regulación.
	Redistribución.
	Paternalismo.
Arreglo privado.	"Intervención" pública.

El lenguaje sobresaliente de nuestro caso, las frases que ustedes subrayarían con marcador, se inclinan a favor de Audrey

Vokes con la menor ruptura posible de tal marco. La decisión es reforzadora del mercado, antes que ser reguladora de éste. La presunción ordinaria de que las transacciones contractuales son aceptadas como producto de la voluntad de decisión libre y racional, es destruida mediante la fuerte evidencia de que una de las partes, el estudio, alimentó el trato o negociación con una información deliberadamente distorsionada. El estudio no tenía por qué suministrar ninguna información acerca de su actividad; pero una vez que lo hizo, suministrando un descuento producto de la exageración, la información dada debería haber sido cierta. A Audrey Vokes se le suministraron en forma deliberada hechos falsos. Observemos la imagen acerca de la decisión del consumidor que se nos presenta. Es tomado de la explicación que se da a la escogencia racional dentro del positivismo científico. Nosotros acumulamos datos, pedazos de información, a partir de la observación y a partir de lo que la gente nos dice. Entonces, nosotros usamos tales datos para decidir como distribuir nuestros recursos de tal manera que se satisfagan nuestras preferencias. El proceso decisorio de la señora Vokes fue distorsionado por defectos introducidos en la información con que se le alimentó.

En su favor debe decirse que el Juez Pierce no se apoyó enteramente en una caracterización tal de los tratos entre la señora Audrey Vokes y el estudio de danza —lo cual sería una decisión verdaderamente lunática así como extremadamente mecánica y abstracta—, descripción que ni siquiera se aproxima a un reflejo de la interacción entre la Señora Vokes y sus instructores de baile, reflejo que pudiera resultar inteligible o interesante para digamos, un novelista, un antropólogo, o incluso un abogado curioso. La lunática y abstracta cualidad de esta descripción surge del intento de enmarcar esta experiencia dentro de algunas de las categorías del análisis legal que —para propósitos de clasificación, conveniencia administrativa, consistencia doctrinaria, legitimación e ideología política —encuentra en las categorías formales, y en la forzada acomodación de la experiencia para que encaje en ellas, un aspecto necesario y verdaderamente indispensable de la función legislativa. "La ley significa tan lastimosamente poco para la vida", como Karl Llewellyn solía decir. "La vida es tan terriblemente dependiente de la ley"<sup>8</sup>. No hay razón para protestar acerca de la abstracción en el derecho en si misma; si la ley no es abstracta, no es ley. Lo que preocupa es cómo el discurso legal formula abstracciones, en una situación particular.

De cualquier manera, nuestro sentido de la experiencia siempre va en contravía de las categorías legales, y siempre nos fuerza a entendimientos alternativos de qué es lo que está pasando. En el caso Vokes, algunas de las alternativas emergen

<sup>7</sup> Ver en forma general: P. ATYAH, *The rise and fall of freedom of contract* (1979).

<sup>8</sup> Llewellyn, *What Price Contract? An Essay in Perspective*, 40 *YALE L. J.*, 705, 751 (1931).

de la narrativa misma de los hechos. Un caso es una historia, y como todos los abogados lo saben, la forma en que la historia es contada suele ser determinante de los resultados<sup>9</sup>. Así, desde el comienzo, nosotros sabemos que la Señora Vokes es una "viuda de 51 años" y "sin familia" y tenía esperanzas de encontrar un "nuevo interés en la vida"; y que los profesores de baile, además de malinformarla, la sujetaron a la premeditada influencia de una "constante y continua andanada de cumplidos, falsa admiración, piropos excesivos, y encomio panegírico", y a "sobrecogedores halagos y lisonjería"<sup>10</sup>.

A través de las imágenes de la Corte, que hemos reseñado brevemente, nuestro consumidor racional ha sido transformado en una mujer solitaria y vulnerable en busca de diversión y compañía —el estudio de danza, de un vendedor de habilidades para baile, en una especie de amante sustituto<sup>11</sup>. Una viuda de 51 años que no soñara con ir, por ejemplo, a un bar de solteros desearía formas respetables y seguras de encontrar compañía masculina. Aprender a bailar es una de tales formas. El estudio de baile se convierte no sólo en una forma de arribar a tal interés, sino en el interés mismo: un lugar donde instructores cálidos y atractivos descubren en ella gracias y talentos insospechados, y la animan a sentirse deseable y en casa, entre amigos. Ellos la colocan en una jerarquía de logros y recompensan sus esfuerzos con medallas y promociones. Fue ella verdaderamente desorientada al decirsele ¿qué tan graciosa y talentosa era? ¿Habrían sido las cosas mejores, y ella más feliz, si se le hubiera ofrecido una apreciación fríamente crítica de su habilidad para el baile? Probablemente la galantería y atención, e incluso las mentiras si uno quisiera llamar así los halagos del seductor, no constituyeron una distorsión del servicio que el estudio debería haberle suministrado, sino una parte esencial del servicio en sí mismo. La mercancía que los hombres del estudio están suministrando es algo más que las habilidades para el baile; es la sensación de estar vivo y entusiasta.

A esta altura, cualquier abogado liberal clásico quisiera interrumpir y preguntar "¿Y qué?". Él podría alegar que todo esto es meramente marginal e irrelevante, que se trata de simples detalles sentimentales. Particularizar los hechos de esta manera podría hacerlo a uno sentir compadecido por una de las partes

<sup>9</sup> Este punto ha sido bien dramatizado recientemente en un excelente trabajo de descripción y propuestas sobre la enseñanza del derecho de contratos. Ver Wangerin, *Skills Training in "Legal Analysis": A systematic approach*. 40. U. MIAMI L. REV. 409 (1986).

<sup>10</sup> YOKES, 212 So. 2d. at 907

<sup>11</sup> Debo enfatizar aquí que la caracterización suministrada acerca de la señora Audrey Vokes y de la gente del estudio "Arthur Murray", tanto en este párrafo como en el resto de este ensayo, no pretenden comunicar nada acerca de los reales Audrey Vokes y personal del estudio. Yo estoy extrapolando, probablemente en una forma totalmente artificiosa, a partir de las claves dispersas en la decisión. Los editores de la Revista de Derecho de la Universidad de Florida hicieron a mi nombre esfuerzos para encontrar información más detallada del caso a partir de memoriales y registros, pero su búsqueda fue infructuosa.

pero difícilmente justifica la derrota de sus expectativas contractuales formales. Uno podría igualmente presentar una imagen tal, trágica, de los directores del estudio, pequeños comerciantes difícilmente arrebatando una ganancia de su negocio, dependiendo de fuentes de ingresos provenientes de contratos a largo plazo para pagar su renta, alimentar sus niños, y mantener a sus instructores empleados. Deberían ellos manejar un negocio que depende de buenas relaciones con los clientes con base en insultos de entrada evaluando fríamente sus habilidades como bailarines y diciéndoles, si carecen de las más mínima habilidad, que desaparezcan?

Además tal abogado podría decir, todos estos detalles circunstanciales que usted ha aportado simplemente convierten el argumento del estudio en algo más fuerte. Si Audrey Vokes quería oír medias-verdades acerca de su habilidad, si la lisonjería y la adulación eran parte del servicio, entonces no puede decirse que haya habido "distorsión" de su escogencia racional. Ella ha contratado para obtener lo que quiere —lo que todos queremos— la ilusión de juventud eterna y de vitalidad erótica, poderes en expansión antes que en disminución con el avance de la edad. Si las cortes niegan a los estudios de danza el derecho de vender esta mercancía mediante la insistencia en que realicen negocios puramente factuales con sus clientes, entonces las personas como Audrey Vokes tendrán escogencias mucho más restringidas, probablemente ningún lugar a donde ir, o por lo menos tendrían que pagar más altos precios para compensar a los estudios por el riesgo de una invalidación judicial ad hoc de algunos de los contratos con sus clientes. La Corte puede decir, con bastante sarcasmo, que los "floridos elogios del estudio... procedieron tanto o más de la urgencia de "hacer sonar la caja registradora" que de una evaluación honesta y realista de las habilidades dancísticas de la señora"<sup>12</sup> ¿O sea que en Norteamérica se ha vuelto ilegal ganarse un billete? —especialmente o a través del suministro de un servicio (galantería y compañía) que una gran proporción de la población trata de satisfacer asistiendo a los estudios de danza?

Sin embargo algunos de nosotros lectores de este caso continuamos sintiendo —¿o no?— que los detalles narrativos presentados por el Juez Pierce son o deben de alguna manera ser relevantes en la decisión del caso, y que escuchar la historia cambia nuestra percepción de la situación y de la justeza de hacer cumplir el contrato, y no simplemente que, en la forma en que el lo ha contado, se nos hace sentir apesumbrados por la viudez solitaria y vulnerable de Audrey Vokes. Los clamores del Juez Pierce con aquellos detalles extra constituyen lo que podría denominarse una jurisprudencia oculta de carácter equitativo. La jurisprudencia no es en realidad totalmente oculta o velada. Parte de ella ha sido formalizada en las categorías de "indebida influencia" o (más vagamente) de "relaciones fidu-

<sup>12</sup> Ver Vokes, 212 So. 2d. at 909.

ciarias"<sup>13</sup>. Según esta idea en las relaciones en que la gente ha obtenido un cierto nivel de intimidad o ha generado expectativas de confianza mutua, debería existir un gran cambio en las reglas legales que sirven de base y afectan la interacción. Una vez que una parte espera que la otra no tome tanta ventaja de ella como pueda, y su guardia baja, el espacio para que la otra ejerza manipulación auto-interesada deberá ser limitado. Hasta cierto punto se espera que la persona se ocupe de proteger y tomar cuidado tanto de su propio interés como del ajeno. Tal es la interpretación usual que se da a los servicios profesionales —médicos o legales, por ejemplo. El estudio de danza en el caso Vokes elabora su mercancía, sus ilusiones mágicas, mediante la creación de una atmósfera de intimidad romántica altamente erotizada; los instructores devienen en substitutos de (pobremente sublimados) amantes de los clientes. La indignación de la Corte, reflejada en la ley sobre indebida influencia y toma de ventaja de relaciones fiduciarias, se deriva en parte del sentido de traición que nosotros todos experimentamos cuando un amante, o una persona íntima, alguien de quien confiábamos nos cuidaría, ha tenido en mente todo el tiempo nada más que su propio beneficio y ventaja. La demandante dice:

"Ustedes me han seducido y me han abandonado, y ahora, para añadir insulto a injuria, esperan que les pague por esta experiencia".

El grupo de consideraciones de equidad a que el Juez Pierce implícitamente apela, crea una más bien revisada imagen de aquella estructura o marco con la cual habíamos comenzado.

Normal	Desviado excepcional
Escogencias privadas.	Política estatal.
Amplitud de brazos en el mercado.	Relaciones Fiduciarias
	Intervención/regulación

Hemos analizado una nueva categoría intermedia que mezcla la obligación pública y la privada: ella impone una serie de obligaciones implícitas que surgen de este contexto supuestamente peculiar de relaciones fiduciarias. Aún así, el mundo "normal" de los tratos comerciales es considerado primordialmente como: las imágenes Neo-Hobbesians de pesadilla de la ley contractual clásica compuesta por individuos que luchan por la persecución de sus propios proyectos, y ven a las demás personas bien sea como instrumentos de sus propósitos o como amenazas para su seguridad. En esta fantasía de paranóicos predadores, la contratación formal representa la única vía segura para que la gente se asocie una a otra. Los contratos son todas aquellas interacciones cuidadosamente circunscritas en que aquellos seres solitarios brevemente se juntan durante un momento alienado de explotación mutua.

<sup>13</sup> Ver E. FARNSWORTH, *Contracts* 4.20, at 268-71 (1982).

Es bastante extraordinario —y es un tributo al poder que tiene la ideología para estructurar percepciones de la realidad que esta perspectiva legal de las transacciones ordinarias haya venido a prevalecer sobre la experiencia diaria en el mundo de los negocios, que son en su mayoría conducidos por comunidades mercantiles en relación continua unas con otras, las que han establecido para ella convenciones y normas de gobierno bastante apartados, en la mayoría de los respectos, de aquellas de la ley contractual clásica. Los documentos escritos no se espera que definan con anticipación la totalidad de los términos de la actividad; la flexibilidad en adaptar los términos a las cambiantes circunstancias constituye una virtud, la insistencia literal acerca de los términos formales ("trabajando conforme a la regla") representa obstruccionismo de mala fe. En tiempos difíciles —tales como escasez, huelgas, incrementos de precio— se espera que las partes se presten apoyo mutuo y compartan sus pérdidas. Esta descripción del comportamiento contractual de los mercaderes capitalistas ordinarios, en realidad encaja más cercanamente dentro del patrón de reglas construido para la categoría desviada o "fiduciaria" que para la categoría standard de amplitud de brazos<sup>14</sup>.

Se oye frecuentemente el argumento de que a menos que los términos formales de los contratos sean cumplidos al pie de la letra, la economía colapsaría. Pero en realidad todo lo contrario se aproximaría más cercanamente a la verdad: es la insistencia en la obligatoriedad formal lo que determinaría el colapso<sup>15</sup>. Un régimen que promueva el individualismo de corto plazo —oportunismo, comportamiento estratégico, depredación y paranoia— puede resultar, como cualquier economista atento a los costos de transacciones o cualquier hombre de negocios lo saben, altamente ineficiente: la gente tiene constantemente que gastar valiosos recursos para precaverse del riesgo de que alguien pueda tomar ventaja de ella. Mas aún, los tratos del largo plazo requieren flexibilidad y compromiso de cooperación. La especificación formal anticipada de todo aquello que puede suceder es un desperdicio de recursos, y la atadura de los socios comerciales a tal tipo de especificaciones, en condiciones cambiantes, es de lo más tonto<sup>16</sup>. El sistema legal, el argumento podría decir, debe por lo tanto asegurar relaciones de

<sup>14</sup> Para una descripción clásica de la realidad "relacional" en los tratos comerciales continuos, ver: Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business*, 18 AM. SOC. REV. 55 (1963); I. MACNEIL, *THE NEW SOCIAL CONTRACT: AN INQUIRY INTO MODERN CONTRACTUAL RELATIONS* (1980); Dore, *Goodwill and the Spirit of Market Capitalism*. 34 BRIT. J. SOC. 459 (1983)

<sup>15</sup> Esta frase es en cierta forma confusa, en la medida en que afirma con demasiada seriedad el carácter determinante de la "obligatoriedad formal". La ley contractual clásica, como sus críticos, los Realistas Legales, jamás se cansaron de indicar, es pródiga en vías de escape a la obligatoriedad formal. Por ejemplo, falta de consideración, defectos en la oferta-aceptación, recursos de mitigación-previsibilidad-incertidumbre, etc.

<sup>16</sup> Para el argumento sobre "costos-de-transacción" ver, adicionalmente las fuentes citadas en supra nota 14, Williamson, *Relations*, 22 J. LAW and ECON. 233 (1979).

confianza, reciprocidad general, y penalizar los rompimientos de la confianza —especialmente— en situaciones en que la relación puede no ser de carácter continuado, de tal manera que la sanción consistente en rechazar tratos futuros no está a disposición. Desde esta perspectiva, lo que la Corte hace en el caso Vokes es simplemente sancionar y hacer cumplir la expectativa de una de las partes conforme a la cual la otra le dará un tratamiento de buena fe en todo tipo de transacción. Vokes, uno podría decir, no debe ser considerado como una transacción desviada después de todo, sino simplemente como una que involucra una serie de ideas acerca de lo que las partes han “consentido”, distintas de aquellas involucradas en la transacción típica de amplitud de brazos.

El argumento que acabamos de presentar nos exige considerar la no obligatoriedad de cumplimiento vista en nuestro caso, no como una interferencia sino como una promoción de las metas de la contratación libre en el mercado. Para enumerar brevemente unas pocas más:

1. Tenemos el argumento hecho por la Corte: el estudio desorientó al cliente acerca del valor del contrato mediante mentiras sobre su habilidad para el baile. Este no es un argumento terriblemente defensible, pero existe otro que se le parece —que el estudio conoce un hecho clave acerca de estos contratos que los clientes ignoran: el apetito por los servicios comerciales de instrucción de baile rápidamente se satura. Poca gente termina realmente queriendo algo parecido al enorme total de horas para las cuales se registra. La venta de estos contratos es como la venta de un carruaje fantástico: los contratos son bellos, pero se convierten en calabazas a la media noche. El estudio tiene mucha experiencia acerca de esto; y los clientes no la tienen y no son capaces usualmente de saberlo hasta que es demasiado tarde. Esta asimetría del conocimiento es la que hace la contratación a largo plazo no solo posible sino necesaria en este tipo de negocios: los clientes no regresarían a menos que se hubieran atado a través de los contratos.

2. La serie anterior de argumentos sugiere uno más: la capacidad del cliente para la “contratación libre” en el presente debe ser limitada, para así garantizar su capacidad de escogencia libre en el futuro. Al estudio no debe permitírsele que ate a la Señora a este acuerdo porque esto equivale a amarrar muchos de sus recursos y demasiado de su tiempo por un término muy largo. Esto es parecido a las políticas del *common law* contra la destinación perpetua de ingresos, los contratos de no—competencia a largo plazo, los contratos que lo atan a uno a esclavitud, o las reglas criminalizando las drogas adictivas<sup>17</sup>. La metáfora más frecuente para esta forma de restricción en el presente con el fin de proteger la escogencia futura es la historia de Ulises y las Sirenas: Ulises le pide a sus marineros que lo aten al mástil,

<sup>17</sup> Ver: *Distributive and Paternalistic Motives*, supra nota 5, para un desarrollo completo de la forma general de este argumento.

de tal manera que no se le permita lanzarse al mar intentado capturar el irresistible sonido de las Sirenas<sup>18</sup>.

3. La analogía con las drogas adictivas sugiere incluso una línea de argumentación más, dirigida a la *capacidad* contractual. Las técnicas particulares de seducción utilizadas para vender el contrato han suspendido la capacidad de la señora Vokes para escoger racionalmente. El estudio la enlaza mediante halagos glamorosos, y luego amenaza con suspender la droga a menos que ella continúe firmando contratos. La evidencia principal de esto es simplemente el número disparatado de lecciones — aun si ella bailara por dos horas al día, todos los días, por los próximos diez años, ella no habría utilizado la totalidad de horas compradas. Ella no es “loca” en el sentido de clínicamente psicótica o necesitada de encierro, pero la situación la ha amarrado. Uno podría incluso presentar un caso de *coacción* a partir de los mismos hechos: el estudio ha creado una situación de monopolio temporal en que sus actividades tienen valor único. La ha conducido a un desierto en donde él posee la única fuente de agua, y utiliza tal situación para extraer ganancias gigantescas.

4. Aún un argumento más, totalmente consistente con la lógica de obligatoriedad de los contratos libres, simplemente alegaría que el estudio rompió el contrato antes incluso de que el cliente lo hiciera, mediante su imposibilidad de mantener a la cliente satisfecha. La atención que ella había recibido al comienzo es un ejemplo, una especie de garantías implícita del tratamiento que ella recibiría más tarde. Uno podría también argumentar que la obligación que tiene ella de pagar estaba sujeta a la condición implícita de que se diera satisfacción continuada al cliente. Cuando las lecciones ya no la entusiasmaron más, ella podía cancelarlas.

Con esta carga de argumentos en mente, tratemos de redibujar nuestro diagrama:

#### Normal

Escogencia libre  
En los mercados.  
Protección a la razonable expectativa de las partes: relaciones de confianza, buena fe; condiciones implícitas de trato justo, satisfacción.  
Protección de la capacidad total (largo-plazo) para escogencia libre.  
Refuerzo de las condiciones de libre cambio.  
Políticas contra la conducta distorsionante y limitante de la escogencia: distorsión informativa, ocultamiento; Coerción mediante adicción y retención.

#### Desviado excepcional.

Política estatal.  
Intervención.  
Regulación.

Serie opuesta.

<sup>18</sup> Ver en términos generales J. ELSTER, *ULYSSES AND THE SIRENS: STUDIES IN RATIONALITY AND IRRATIONALITY* (2ª ed., 1985).

El sentido del nuevo diagrama es que todos los movimientos que un liberal clásico quiere caracterizar como *intervención* del estado en, o regulación del régimen de contratación privada, pueden fácilmente ser reformulados como protectivos y reforzadores del régimen mismo de contratación privada. Todo sistema de libre contratación necesita normas básicas (reglas "constitutivas"), que especifiquen cuándo se debe considerar que un intercambio es libre. Todo sistema debe decidir lo que se considera como escogencia desventajosa —que constituye fraude, coacción, falta de capacidad: cuál de las opciones propias de un individuo, la inicial o la posterior, debe ser protegida en determinadas escogencias; deben los contratos ser contruados formal y estrechamente o ampliar funcionalmente, y así por el estilo. La sumatoria de estas decisiones constituye el sistema real en vigencia<sup>19</sup>. En el caso de la Ley Contractual de finales del siglo veinte, sucede que existen por lo menos dos sistemas rivales y contradictorios de normas básicas para la regulación privada a las cuales pueden apelar: un mundo formal Neo-Hobbesiano de normas "individualistas", que especifica un campo bastante estrecho, pero firmemente obligatorio cuando se le acepta, de obligaciones mutuas; y un régimen bastante informal de estándares "altruistas", que origina un campo nublado y abierto de deberes indefinidos de apoyo, de los cuales se puede escapar en forma relativamente fácil ante circunstancias cambiantes o ante el comportamieto de mala fe por la otra parte<sup>20</sup>.

Es predecible que el diagrama redibujado vuelva locos a los liberales clásicos. Ellos objetan que tal esquema desordenado de reglas básicas, sabotea la totalidad de la empresa libertaria que intenta trazar líneas claras de cumplimiento, diferenciando la escogencia voluntaria privada de la intervención estatal (coercitiva). Todos los contratos que resultan nocivos para una de las partes serían vulnerables de ser atacados sobre la base de insuficiente ilustración al momento de celebrarse, o circunstancias cambiantes. Todos los contratos, dicen ellos, envuelven una cierta disparidad en el poder comercial, en el conocimiento y en las capacidades negociales. Todos los contratos pueden ser considerados como contentivos de amenazas coercitivas: "Si usted no contrata conmigo en mis términos, yo me retiraré de la relación"<sup>21</sup>. Practicamente todos los contratos en el mundo de los negocios envuelven un número de socios en algún tipo de relaciones cercanas y continuas. Si comenzamos a aceptar todas aquellas situaciones como bases para la no obligatoriedad de los términos formalmente especificados, la totalidad del sistema de negociación privada queda expuesta a retos legales.

Los liberales modernos por supuesto, responden a este clamor clásico con reaseguranzas de que no debemos preocupar-

<sup>19</sup> Ver: *Distritutive and Paternalistic Motives*, supra nota 5.

<sup>20</sup> Ver: *Form and Substance*, supra nota 5..

<sup>21</sup> Ver: *Hale, Bargaining, duress, and Economic Liberty*, 43 *COLUM. L. REV.* 603 (1943).

nos, la integridad del sistema no ha sido comprometida. Es simplemente que la tarea de identificación de transacciones libremente negociadas se ha movido de un enfoque basado en reglas formales a un enfoque informal particularista, que distingue en forma mas confiable que el viejo sistema, la transacción justa de la engañosa. La gente del CLS tiende a estar de acuerdo con el liberal clásico: su queja es exacta, y este es el punto. El régimen de excepción contradice en verdad, y potencialmente se engulle, el régimen de reglas. Y las cosas son incluso peores para el liberal clásico. No resulta solamente cierto que lo que él considera como norma clásica de obligatoriedad de contratos privados, justificaría una serie de conclusiones legales que él solía considerar intervencionistas<sup>22</sup>, sino que para añadir a su creciente sensación de que el mundo se ha enloquecido y esta volviéndose al revés, consideramos que el cumplimiento obligatorio de la transacción "medular" o "normal" del sistema liberal clásico envuelve en sí mismo la realización de una serie de controvertidas políticas públicas —escogencias acerca de como regular—. Desde esta perspectiva —toda obligatoriedad rutinaria del cumplimiento contractual representa una forma de regulación de las transacciones privadas. El esquema podría ser redibujado así:

Normal	Desviado excepcional
La ley simplemente facilitando las escogencias voluntarias privadas.	Ley regulatoria
Serie opuesta.	La totalidad de la Ley contractual.

En esta época este punto de vista debe ser completamente incontrovertible, o por lo menos debe ser menos controvertido de lo que fue en la década de 1890, cuando Holmes comenzó a articularlo. Este fue el punto de vista standar del *Realismo Legal*, y muchos cursos de contratos del primer año en las facultades de derecho se presentan con frecuencia. Pero incluso aquellos que están prestos a reconocer este argumento a un nivel abstracto, no actúan en la práctica como si lo hicieran, de tal manera que quisiera perfeccionarlo un poco más para hacerlo más concreto y completo.

Los abogados y economistas políticos de finales del siglo diecinueve, pensaron que habían desarrollado un sistema completamente neutral y político de ley contractual, que llevaría a la plenitud, tanto el bienestar como la libertad natural. Para que el sistema trabajara, creyeron ellos, las cortes simplemente debían seguir las reglas que protegían las intenciones libres for-

<sup>22</sup> El que se queja de que la corte está interfiriendo con la contratación —la corte replica que ella simplemente está haciendo cumplir las normas básicas sobre las cuales la institución de la contratación depende esencialmente. El caso no constituye una violación, sino un reforzamiento del esquema.

malmente manifestadas. De alguna manera ellos estaban persuadidos de que el razonamiento legal de la libre contratación no implicaría el poder coercitivo del Estado en la misma forma que la "regulación" de la contratación lo habría hecho. Por supuesto una parte que se apoya en el cumplimiento forzoso legalmente garantizado, no se está involucrando en una transacción en el mismo sentido en que hacer una cita para almorzar la próxima semana es una transacción privada<sup>23</sup>. Si las cosas resultan mal, ella espera tener la opción de que su interpretación del trato sea respaldada por la fuerza estatal —llegando incluso a comprenderse la División 101 Aerotransportada de la Guardia Nacional si el demandado se resiste al cumplimiento. Si el demandado no cancela la obligación, ellos retendrán sus muebles, su casa, y los venderán para satisfacer la resolución judicial. Esto es coerción. El problema es, cuales son las condiciones bajo las que la fuerza del estado debe ser despegada ¿O, al decir de Arthur Corbin, uno de los Realistas legales iniciales, "¿Qué acciones son las que determinarían a la sociedad a avanzar con su brazo armado?"<sup>24</sup>.

Los realistas legales se deleitaron particularmente en demostrar que cada serie de reglas, aparentemente inocuas y neutrales, incluso normas como las de "buzones de correo" que definen cuando la aceptación o recepción se considera efectiva, involucran la adopción de escogencias potencialmente controvertibles entre políticas enfrentadas. La situación *Vokes* suministra un buen ejemplo. Para la corte de primera instancia, la protección de la voluntad de las partes, sus intenciones contractuales, significa la colocación de la fuerza del estado detrás de las formas de contratación de Arthur Murray, con la firma de Audrey Vokes en ellas. La forma del estudio, sin investigación ulterior acerca de las circunstancias de la transacción, y a pesar de que superficialmente él pareciera haber comprometido al cliente a un negocio grotesco, se considera representativa de las intenciones del cliente. El productor de la forma, y de las cuidadosamente orquestadas circunstancias de su suscripción, es por lo tanto autorizado para controlar la interpretación de la transacción. La parte fascinante de este negocio es la manera en que la corte de primera instancia adopta una política que confiere gran poder social a la parte que controla la forma, y entonces iguala este régimen de poder que acaba de crear con la llamada libertad natural —la "intención de las partes"— y, finalmente, proclama su resistencia, excepto en casos extremos,

<sup>23</sup> Obviamente, ni siquiera el acuerdo de almorzar la próxima semana es completamente "privado" si por tal cosa uno significa que él compromete las partes únicamente porque, y hasta el punto de, que ellas ambas lo quieren. Las normas que pueden crear tales compromisos y sancionan su ruptura son socialmente creadas; una de las sanciones comunes, rechazo de tratos económicos posteriores, es también uno de los instrumentos privilegiados reconocidos por el sistema legal para causar daño a otros.

<sup>24</sup> Cordin, *Offer and Acceptance, and some of the resulting Legal Relations*, 26, YALE L. J. 169, 170 (1917).

a dejar de lado la forma, sobre la base de que hacerlo sería substituir la voluntad de las partes por el juicio de la ley.

Observemos que el argumento que estoy presentando no es el argumento liberal de izquierda o socialista tradicional en favor de una mayor intervención en las transacciones mercantiles o de una más intensiva regulación de los contratos. Es una puesta en tela de juicio de las categorías de "libre contratación" y "regulación" pública, como descripciones adecuadas de la vida y la experiencia social. Todas las razones para no permitir que Arthur Murray se apropie de los bienes de Audrey Vokes pueden ser reformuladas como reforzadoras-de-la-escogencia y reforzadoras-del-mercado. Y todas las razones para que se forzara a dicha apropiación, pueden ser caracterizadas como reguladoras e intervencionistas-desconocer la libre escogencia de Audrey Vokes en función de garantizar la seguridad de Arthur Murray y la seguridad de las ganancias empresariales en general. El slogan del libre contrato es como el slogan de la propiedad privada-ambos son vacíos y ninguno especifica adecuadamente qué sucede en una economía capitalista—. La cuestión es siempre: qué clase de propiedad y qué clase de regímenes contractuales, debe garantizar un sistema a través de su fuerza? Las nociones abstractas de propiedad y contrato, libertad y eficiencia, no suministran literalmente ninguna ayuda cuando se trata de responder a estos interrogantes. Como lo hemos manifestado, a un nivel altamente teórico, los abogados y los economistas liberales no deben encontrar nada controversial acerca de esto: ellos lo han sabido por mucho tiempo. Lo que la academia liberal no enfatiza es como el discurso de las cortes y abogados, cómo el discurso popular, constantemente, subrepticamente, casi inconscientemente, continúa privilegiando una entre muchas posibles clases de políticas regulatorias —una de las posibles perspectivas sobre el mundo— como si se tratara de algo natural, normal, racional, libre, eficiente, y generalmente perfecto y justo. La reacción inicial, incluso entre personas que gustan de considerarse a sí mismas como liberales de izquierda, orientadas hacia la producción del consumidor, del lado de los desfavorecidos, etc. (que ha constituido la tendencia general de los abogados y jueces que han desarrollado la moderna ley contractual post-Realista, por ejemplo), es que Audrey Vokes debe perder, a menos que haga grandes esfuerzos para convencer a la Corte de que su caso es excepcional, de que ella pertenece a la clase anormal, y de que brindarle protección envuelve una "intervención" paternalista y una "regulación" de la escogencia contractual libre, de una manera que la decisión en favor del estudio misteriosamente no cobijaría<sup>25</sup>.

La persistencia de este esquema mental se pudo ilustrar de manera muy clara cuando, después de que esta charla había

<sup>25</sup> Acerca de la tendencia de incluso los discursos liberales de izquierda a privilegiar la posición libertaria de derecha, ver: M. KELMAN, *supra* nota 5.

concluido, un estudiante de evidente alta inteligencia se acercó a mi y me dijo algo así como: "No es el ejemplo que usted está dando aquí uno de esos difíciles casos límites que siempre son difíciles de decidir porque envuelven hechos especiales, frente a los cuales la aplicación de las normas ordinarias causaría una obvia injusticia y una dureza excepcional ¿No se trata de que las reglas no están diseñadas en realidad para casos extremos como este, sino para las ordinarias situaciones comerciales, en donde el sistema legal *debe* simplemente hacer cumplir en forma rutinaria los contratos que las partes han acordado? "Yo me sentí incómodo con la observación porque ella demostraba que los principales argumentos que yo había tratado de presentar no habían resultado efectivos después de todo: que todo acto de libre contratación implica la colocación de la fuerza estatal en favor de un régimen particular de "libre negociación" enfrentado a regimenes competidores que podrían ser aplicados en vez de aquél; que las doctrinas de la ley contractual de hecho hacen disponibles a las partes en *todo* tipo de casos incluidos aquéllos casos de contratos que aparecen "superficialmente" (queriendo decir tal y como se les esquematiza por las categorías del sistema legal) exigir un único resultado correcto —una multiplicidad de regimenes regulatorios, algunos arraigados en visiones individualistas, y otros en visiones cooperativas y solidarias de la vida económica<sup>26</sup>, pero en frente de tal multiplicidad uno de los regimenes, el régimen liberal-formal-individualista clásico, ha venido recibiendo un status privilegiado con respecto a los demás. Yo había esperado desbaratar y problematizar en la mente de la audiencia la destinación básica entre "acuerdos voluntarios" por un lado, y "regulación de acuerdos" por el otro; pero para este oyente en particular fallé en forma espectacular. Lamenté momentáneamente el haber escogido para mí charla precisamente la clase de caso que los editores de los libros de casos contractuales clasifican dentro de la sección denominada "Ausencia de razonabilidad" o "Regulación del trato" para

<sup>26</sup> Un ejemplo espectacular sobre cómo convertir un caso "fácil" en caso "difícil", o un esquema "individualista" en uno "altruista" en el contexto comercial, es el de *Columbia Nitrogen Corp. Vs. Royster*, 451 F. 2d 3 (4th Cir. 1971). Las partes tenían lo que parecía ser, de acuerdo con los documentos contractuales, un contrato por 3 años, de cantidad mínima y precio fijo para la compra y venta de fosfatos. Cuando los precios del fosfato cayeron a finales de la década de 1960, el comprador trató de ordenar tan poca cantidad como le fue posible de acuerdo con el contrato, y de renegociar el precio. La firma vendedora se mantuvo firme acerca del precio pactado en el contrato. El comprador fue exitoso en persuadir a la Cuarta Corte del Circuito de que exigiera la presentación de evidencias sobre la costumbre contractual y la manera de negociar por cuanto "debido a la incertidumbre de las cosechas y las condiciones climáticas, los precios agrícolas y, los programas agrícolas del gobierno, los términos expresos de precio y cantidad en los contratos sobre materiales en la industria de fertilizantes mezclados constituyen meras proyecciones que deben ser ajustadas conforme a las fuerzas del mercado", *id.* 7, y mas aún porque el comprador había perdonado los términos expresos del contrato para beneficio del vendedor cuando este estaba atravesando por tiempos difíciles, y ahora era justo que se le diera reciprocidad en el tratamiento.

ejemplificar el tipo de comportamiento comercial desviado, lejano y que se aprovecha de partes excepcionalmente vulnerables, tanto que la ley contractual ha debido diseñar mecanismos especiales para controlarlo —la clase de caso que, al aparecer como grotesco, no parece suscitar preguntas acerca del cumplimiento forzoso rutinario impuesto por la ley para el resto de la economía. La respuesta del estudiante fue precisamente aquella formulada generalmente por los jueces y académicos post-Realistas: tratar de aislar y separar aquellas clases excepcionales de transacción (aquí "de consumo" por oposición a transacciones "comerciales", y transacciones que involucran vulnerabilidad excepcional a la explotación y los resultados dañinos) de aquellos tratos comerciales ordinarios que se dan en el corazón de la economía de mercado. Tales mecanismos de aislamiento resultan entonces convirtiéndose en mecanismos de legitimación, mediante su normativización, de las instancias *rutinarias* de explotación vulnerabilidad en las transacciones mercantiles —es decir de denegación de las realidades diarias de dolor y coerción en la vida comercial.

La perspectiva que hemos venido sosteniendo sugiere que todo caso —como toda otra instancia de discurso legal—, constituye una tenue empresa de construcción del mundo. No se trata de una empresa aislada, sino que se combina con millones de empresas similares para originar los campos de nuestra conciencia, a través de los cuales nosotros interpretamos, y por lo mismo continuamente producimos y reproducimos, las realidades sociales familiares. De tal manera, incluso la decisión equitativa y generosa de esta corte —como también la jurisprudencia contractual relativamente equitativa, generosa, de buena fe y con motivación social, de la generación post-Realista —reafirma el cúmulo de imágenes que constituyen la forma en que se cree que el mundo es, y debe ser la mayor parte del tiempo. Ella enfrenta el mundo normal de los negocios al mundo cuasifiduciario de las transacciones del estudio de baile —el mundo "masculino" del cumplimiento forzoso rutinario al mundo "femenino" y sentimental de las excepciones de equidad— el consumidor hipotéticamente razonable, auto-suficiente, predatorio y paranoico, al excepcional y desviado caso de una mujer emocionalmente vulnerable, en su edad adulta que la hace parecer requerir de peculiar protección<sup>27</sup>. Existe incluso una conexión

<sup>27</sup> Clare Dalton ha presentado brillantemente la construcción de la vida social en los casos de "contrato de cohabitación" tales como *Marvin Vs. Marvin*, 18 Cal. 3d 660, 557 P 2d 106, 134 Cal. Rptr. 815 (1976); *Hewitt Vs. Hewitt*, 77 Ill. 2d 49, 394 N.E. 2d 1204 (1979). Dalton señala que las mujeres en estos casos son : 1) o mostradas dentro de la retórica judicial como santas, víctimas, o rameras —mujeres quienes han sacrificado todo por amor, han sido objeto de explotación sexual, o han tratado de seducir a los hombres por dinero; 2) o sino como completamente abstraídas del contexto doméstico íntimo y tratadas como socios de tratos comerciales ordinarios. Las imágenes no dejan espacio para una concepción de las relaciones entre hombre y mujer por fuera del matrimonio y basadas en la afectividad sexual mutua, el sacrificio mutuo, y las contribuciones compartidas en dinero y especie a la comunidad afectiva. Ver Dalton, *supra* nota 5, at 1095-113.

obvia entre el mundo "normal" construido a través de la retórica contractual individualista y el mundo social realmente habitado por Audrey Vokes. Ambos son mundos tan escasos de tratos comprensivos y asociación solidaria, que la viuda tiene que acudir a comprar compañía como si fuera una mercancía, y después cuidarse de sus compañeros como un halcón, para estar segura de que ellos no la están explotando.

El propósito de este análisis es simplemente descongelar, esta tenue actividad de construcción del mundo señalar que ciertas clases de categorías de sentido común, tales como la distinción "público" "privado" empleada en el discurso contractual, pueden ser colocadas al revés hasta el punto de sacudir nuestras percepciones convencionales de la realidad. La gente reacciona en forma diferente a este tipo de demostración:

1. Algunos se deprimen. Piensan: "se trata de una cuestión de poder de cualquier forma. Uno puede probar hasta entristecerse que las justificaciones del poder son intelectualmente arbitrarias y esto no lo llevará a ningún lado". Esto resulta con seguridad por lo menos parcialmente equivocado: el poder es en parte mantenido mediante la aceptación de sus justificaciones.

2. Algunos se muestran impacientes: "Todo esto está muy bien, pero qué consigue en favor de Audrey Vokes y gente como ella ¿Qué debería el juez Pierce haber hecho que él no hizo? ¿Qué acción es recomendada? "En forma más general, "¿Cuál es el argumento político de esta clase de demostración, en todo caso? Algunas respuestas rápidas:

a) Gran parte de la cuestión es simplemente enseñar, no a través de un solo ejemplo como este sino mediante cientos de ellos, un método de crítica que un estudiante puede fácilmente irrigar sobre discursos similares y que con seguridad encontrará repetidamente en otros sitios. Se asume que hay una estructura común que subyace a los discursos genéricos, que racionaliza la dominación y la jerarquía, que ciertos tipos de movimientos retóricos son recurrentes, de tal manera que si uno puede agarrar la forma estructural de tales argumentos, puede encajar un discurso crítico apropiado a los discursos locales del poder, en cuanto y cuando, la oportunidad se presente.

b) Suponiendo que la oportunidad sea una como la de nuestro caso —esto es, suponiendo que uno es el abogado para alguien como Audrey o un asistente para alguien como el Juez Pierce. ¿Qué le sugiere a uno la crítica en tal situación? Una respuesta es que se presione por una ampliación de la manera ordinaria de esquematizar tales transacciones, por una retórica de decisión judicial que enfatice como metas centrales y normales del sistema legal la protección de la capacidad de libertad práctica en el largo plazo, el cumplimiento forzoso de las obligaciones fiduciarias con respecto a gente que uno ha convertido en emocionalmente dependiente, la limitada importancia de los signos formales de aceptación a los tratos de largo plazo, alto precio, etc. Este sería un golpe muy tenue para luchar por la reconstrucción de la vida social, pero si el argumento de que

la vida social tal y como está constituida es conformada a partir de millones de actos elementales de construcción resulta válido, entonces, el golpe resulta bastante real. El caso *Vokes* en sí mismo fue reportado en ALR<sup>28</sup> y ha sido reimpresso en un cierto número de libros de contratos, de tal forma que el ha tenido en realidad una más bien amplia circulación en la cultura legal.

c) ¿Hará algo la opinión en forma inmediata para proteger a los consumidores contra su victimización por parte de los estudios de baile? No, probablemente no mucho después de todo, con excepción probablemente de la dramatización del problema. La regulación del Common Law a través de la rama judicial, probablemente no suministra demasiado apoyo contra abusos de esta clase, por cuanto que él trabaja caso-por-caso, y los estudios no paran mientes en perder unos pocos casos siempre y cuando puedan mantener a la mayoría de sus clientes atados a sus contratos<sup>29</sup>. Un abogado de Audrey Vokes que estuviera suficientemente indignado por el tratamiento dado a ella como para querer ayudar a otros a evitarlo, probablemente buscaría otras formas de apoyo contra los estudios —bancos locales y compañías de seguros, publicidad, grupos de presión para los ancianos que pudieran presionar por legislación que prohibiera en forma definitiva la contratación a largo plazo en tal clase de negocios<sup>30</sup>, y así por el estilo. El problema básico que este caso revela es cómo la gente se encuentra de solitaria, y qué tan pocos sitios hay en la mayoría de las comunidades para que la gente se asocie en público en formas no amenazantes. Este es, por supuesto, un problema más grande que las prácticas legales han también contribuido a crear —y que las prácticas legales podrían jugar algún papel en aminorar— pero es uno que las decisiones en materia de ley contractual, no pueden afectar mayormente en forma inmediata.

Lo que quiero insistir, en respuesta a la pregunta frecuentemente formulada, "Pero qué soluciones tiene el CLS?", es que no puede existir ningún grupo de soluciones prediseñado para la situación revelada por el caso *Vokes*. Hay una política estática —que es la política normal del sistema legal— y una política de transformación, cuyas tácticas y estrategias tendrían que variar localmente conforme a los contextos locales. Quien esté por fuera del contexto puede a lo sumo identificar una serie

<sup>28</sup> ALR 3D 1405 (1969). Ver también *Annotation, Seller's Liability for Fraud in Connection with Contract for the Sale of Long Term Dancing Lessons*, id. at 1412.

<sup>29</sup> Ver *Leff, Unconscionability and the Crowd - Consumers and the Common Law Tradition*. 31 U. PITT. L. REV. 349 (1970); *Schrag, On her Majesty's Secret Service: Protecting the Consumer in New York City*, 80 YALE L. J 1529 (1971); *MACAULAY, Lawyers and Consumer Protection Laws*, 14 LAW and SOC'Y REV. 115 (1979).

<sup>30</sup> Ver, por ejemplo, *CAL. CIV. CODE 1812.50-.54 (West 1985)*. Se me ha dicho que tales estatutos fueron de hecho redactados por estudiantes de derecho de la Universidad de Stanford, quienes habían leído casos como el caso *Vokes* en sus clases de contratos.

de estrategias que han operado en otros sitios y otros tiempos, y algunas razones por las cuales tales estrategias pueden o no operar en un caso particular. La variación creativa debe ser una tarea de la gente en el escenario.

3) Algunas personas que toman seriamente el mensaje de la aproximación del CLS ejemplificada aquí entran en pánico: "Si uno fusiona la libertad y la regulación en una sola cosa, en un mismo pantano interpretativo, si uno parece convertir la libertad y la coerción, la escogencia privada y el poder público, en retóricas intercambiables, uno niega la capacidad de la ley para resolver el problema del poder en la vida social, y deja abierta la puerta a una regulación estatal absolutizante y totalitaria a la que no pueden imponerse límites". Esta es una reacción extrema. Ella supone que somos absolutamente incapaces de conocer la libertad cuandoquiera que la experimentamos, de tal manera que debemos codificar su contenido a través de formas congeladas reedificadas, incluso con el pleno conocimiento de que tales formas no funcionarán realmente como nosotros esperamos y protegerán así como también subvertirán la libertad. No estoy aquí alegando en contra de las reglas —tales y como la excelente norma de que la policía no debe allanar a las 3 a.m. o debe por lo menos suministrar explicaciones a alguien por fuera de la burocracia policial antes de poder— sino en contra del fetichismo de las reglas que supone que la salvación proviene de las reglas, mas que de las prácticas sociales que los hacedores de reglas tratan de simbolizar y cristalizar, y que lo enceguece a uno sobre la posibilidad de la opresión a través de las reglas. El fetichismo de la "libertad de contrato", por ejemplo, hace difícil observar que en un régimen contractual particular en vigencia, no pueda constituir un instrumento tanto para facilitar como para restringir la dominación y la jerarquía en la vida social.

4. Y unos pocos (los pocos por quienes, si por alguien, vale la pena esforzarnos en esta empresa) experimentan una conmoción que es probablemente la premoción de progreso genuino. En las facultades de derecho, por ejemplo, una horrible mayoría del entrenamiento que proporcionamos —incluso aquellos de nosotros que relativamente hablamos desde la izquierda— es brutalmente, y deliberadamente anti-sentimental. "No hay tal cosa como en almuerzo gratuito". Esto es útil: como mi colega Mark Kelman dice, siempre es útil para los conservadores señalar que uno no puede obtener vivienda habitable mediante el hecho de que un juez declare que los propietarios deben garantizar la habitabilidad. Pero al mismo tiempo los conservadores —que aquí incluyen los liberales de izquierda que han absorbido gran parte de las imágenes conservadoras del mundo, un mundo en el que la mayoría de las transacciones son libres y voluntarias en algún sentido significativo, la mayoría del tiempo —han sido dejados salirse con las suyas en crear un sentido de desesperanza del cambio, de falsa legitimación y de falsa necesidad. Si no

hay tal cosa como un almuerzo gratis, no hay tal cosa como un contrato libre. Si los argumentos resignados y complacientes resultan, una y otra vez, ser equivocados, debe ser que después de todo es posible que el altruismo, la comunidad, la participación democrática, la igualdad, y cosas por el estilo, pueden ser promovidos sin destruir la libertad y la eficiencia económica. A lo menos, siempre resulta la conmoción de saber que parte de los argumentos elegantemente racionalistas o resignados y de mundo-abrumado, acerca de por qué nada puede cambiar, no son buenos.

## Marginados y conflicto social

---

Guillermo Arturo Villegas Duque-Abogado

Centro Jurídico Comunitario.  
Bogotá - Colombia

---

### Antecedentes

Desde la década del treinta, cuando Bogotá apenas se iniciaba como ciudad pujante en el concierto latinoamericano y el sector de Chapinero determinaba el habitat de las familias de alto linaje, ya los primeros obreros participaban en la explotación de canteras en los cerros orientales.

Eran los pasos iniciales de la producción para lo que constituiría una gran urbe; las canteras con su explotación de greda, piedra, arena, eran el punto de encuentro de inmigrantes y propietarios, muchos arraigaron sus familias, otros se fueron o murieron.

Cuando la explotación dejó de ser lucrativa en el sector, los propietarios de la tierra, en compensación de salarios y prestaciones sociales de muchos años (para entonces ya estaba en marcha la revolución del presidente ALFONSO LÓPEZ PUMAREJO) cedieron la posesión de sus tierras, pero no se preocuparon por titularlas a favor de los nuevos adquirentes.

Con el tiempo vendría a denominarse ese sector, "Bosque Calderón", resultante de las tierras de las familias Calderón Tejada y Calderón Barriga, entre otras.

### Situación actual

Hoy la caracterización de las familias por clanes, en las que paradójicamente todavía se reconoce el pater o mater familias, da una idea de la ocupación ininterrumpida de la tierra por vía directa de dos o tres generaciones. En su gran mayoría, los habitantes —3.000 aproximadamente—, pertenecen a familias pa-

triarcales en segunda y tercera generación, sin embargo su nivel de vida continúa siendo bajo: oficios domésticos en residencias del sector de Chapinero, Los Rosales, El Chicó, etc.; albañilería y obras de construcción, ventas ambulantes, la crianza y ceba en pequeña escala de animales domésticos en sus propias viviendas.

No obstante el atraso en esas condiciones, lo único que adquirió valor fue el suelo y hoy es la fuente que podría asegurar un mejor estado socio-económico a los pobladores, dado que las obras de infraestructura urbanística que atraviesan los terrenos, y el patrimonio ecológico que defienden la Corporación Autónoma Regional (CAR y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado (E.A.A.B.)), hacen de esta una privilegiada zona de desarrollo.

### **El problema**

Con los primeros tropiezos del Plan Integral de Desarrollo Urbano de Bogotá (PIDUZOB), promovido financieramente por la Agencia Interamericana de Desarrollo (A.I.D.), constructores, urbanizadores, rentistas, etc. fijaron, desde comienzos de los setenta, sus intereses en el sector y recurriendo a formulaciones jurídicas de toda índole, legales y extralegales, lograron ubicarse *ad portas* de las titulaciones de algunos de esos predios, sin importarles las necesidades de los poseedores cuyo transcurso de tiempo los había favorecido para adjudicaciones por prescripciones adquisitivas extraordinarias de dominio.

Funcionarios, jueces, inspectores corruptos, amparados en una pretendida legalidad, fueron prestándose a identificaciones de inmuebles "sin linderos", a entregas judiciales, a desalojos, sin que los pobladores pudieran formular oposición legal, ya por desconocimiento de la ley, ora por violaciones del derecho de defensa, consagrado como principio constitucional (Artículo 26 C. Nal.). Brigadas cívicas, comités de defensa, asociaciones de derechos humanos, comunidades eclesiales, organizaciones religiosas y juntas comunales, iniciaron las primeras luchas de resistencia civil contra las decisiones arbitrarias de las autoridades jurisdiccionales y la represión de la policía. Ante la densa problemática social y económica, el Concejo Distrital de Bogotá, produjo el acuerdo 5 de 1978, en donde parte de esos terrenos se declararon de utilidad pública e interés social y ordenaba la negociación directa, o en su defecto la expropiación. La norma escrita así quedó, y el transcurso del tiempo demostró en las sucesivas Administraciones Distritales que la problemática social y económica continuaba latente. Por el contrario los intereses particulares de unos cuantos capitalistas, intentaron someter al rigor de la justicia penal a sus moradores, señalándolos de invasores, usurpadores, perturbadores, desprestigiando y estigmatizando su status.

### **Centro Jurídico Comunitario y conflicto social**

Más que una organización, el Centro Jurídico Comunitario es una propuesta socio-jurídica y política que se inscribe en la búsqueda

de una hegemonía alternativa. Defiende dentro del pluralismo, una concepción democrática de la sociedad, orienta su razón, su acción, hacia la dignificación del ser humano, apoya todo proyecto que defienda y realice los derechos humanos; cree en la libertad y asume el compromiso de su defensa.

Entiende que el derecho en cuanto tal, los procedimientos legales, realizan una concepción de la sociedad, pero que los valores esenciales de la misma, están seriamente cuestionados, hasta el punto de la crisis de legitimidad de quienes imponen el orden y la justicia. Existe una discrepancia evidente entre norma y realidad jurídica, una polarización a niveles de antagonismo entre el nivel efectivo de pretensiones y el nivel de necesidades admitidas funcionalmente por la dominación. Tales expresiones sólo tienen sentido si se analizan conjuntamente con la crisis general de la sociedad.

Creemos que el rol de las organizaciones en lo que suele denominarse "lucha de clases", es particularmente significativo, en la construcción de un contrapoder que se oponga por su dinámica al modelo transcultural de sociedad impuesto; por ello, no basta la participación en la satisfacción de necesidades, sino de articularla al desarrollo general de los sectores populares, a la confrontación de una nueva teoría que instigue y justifique la acción de esas clases.

Es decir, somos concientes como organización de una doble finalidad: apoyar la emancipación de las clases populares, en la que el hombre como portador de necesidades positivas sea el protagonista de su destino histórico y de otra, educar, instruir, formar para la autogestión comunitaria, en donde pueda asegurarse el proceso de liberación nacional, económica y política.

Creemos que el conflicto social pervive por la naturaleza misma de la acumulación y del mercado libre, ejes del capitalismo; que una teoría sistemática del derecho positivo, reduce la vitalidad de las contiendas sociales y políticas al restringido y desueto espacio de la interpretación normativa, así resulta que la misma legalidad ignora y obstruye las demandas populares. Emerge la justicia como principio de defensa con alto contenido axiológico; no la justicia vista a través de la lente de la lógica forma que es impartida por quien tiene la verdad a quien no la tiene, sino como una realidad que se ajusta a los niveles efectivos de pretensiones demandadas por esos sectores.

La autogestión en nuestra praxis, como proyecto, intenta el crecimiento de las potencialidades colectivas a través de acciones definidas, de reflexiones críticas que fomenten procesos reales de participación popular y que sirvan a estrategias globales, regionales, nacionales e internacionales; también la concreción de un extenso trabajo pedagógico educativo que prepare la subjetividad del individuo en aquellos procesos comunitarios.

### **Comunidades maltrechas cuyas necesidades corresponden a nuestro atraso secular-alternativas**

La comunidad Bosque Calderón en referencia y la dinámica social que la caracteriza desde sus comienzos, dadas las actuales

condiciones de subdesarrollo capitalista en Colombia como en América Latina y la deteriorada capacidad de consumo de los asalariados, obligan en gran parte a que los análisis y reflexiones críticas, lo mismo que las alternativas, no se sustraigan a una visión general de la problemática, que contribuyan a nuevas estrategias de defensa y transformación en otros sectores.

Hoy gran parte de nuestra común población no tiene asegurada la reproducción física y este mínimo de subsistencia, diversas experiencias nos lo demuestran, no se consigue sino a través de la lucha social organizada, es decir, estas nuevas formas de lucha en América Latina son expresiones de resistencia organizada contra las reducciones de los niveles de reproducción.

¿Cómo desconocer, el empobrecimiento, intelectual y material de los pobladores agobiados por un denominador común, la pobreza? En aras de una aproximación a la reflexión final señalamos las siguientes características:

a) Un proceso de división internacional del trabajo, que precipita en muchos de nuestros países, las mismas secuelas sociales negativas de la industrialización asociada.

b) Un proceso de migración interna del campo a las ciudades, que se inicia en la primera fase de industrialización y que aún continúa, provocando un crecimiento incontrolable de las grandes ciudades.

c) El enorme crecimiento de los barrios pobres, tanto en espacios libres dentro de las grandes capitales como en su periferia.

La ausencia casi absoluta de servicios públicos (acueducto, alcantarillado, luz eléctrica y transporte).

e) El engaño y, el fraude a incautos y necesitados ciudadanos por avivatos, comerciantes subterráneos, políticos inescrupulosos y profesionales ambiciosos, en la ocupación, invasión o "venta" de terrenos no aptos para la vivienda.

f) La condición de subproletarios, pequeños artesanos o ciudadanos "informales", que derivan su subsistencia de fuentes indirectas de producción.

La vivienda, la tierra que la soporta, la lucha por conquistarla, reproducen microsocialmente las características del conflicto social que a todos atañe. Esa es la justa dimensión de nuestro engranaje, adoptar los patrones generales del cambio que a diario sucede en los sectores dominados y adecuarlos a la especificidad de cada proyecto comunitario.

Con toda la carga de la marginalidad social y el control social ejercido por la ideología dominante, toda acción que se limite a la argumentación legal resulta insular. El derecho, la idea y la praxis de lo jurídico, asumen aquí un papel significativo para promover la participación social, deben insertarse en la perspectiva de esos sectores. La práctica jurídica, digámoslo alternativa, favorece ampliamente la organización social, (sin pretenderla totalizante, porque ello implicaría incurrir en el juridicismo) está seriamente orientada a cuestionar la falacia del legalismo (el derecho surgido de las teorizaciones y de las

realizaciones del principio liberal, según el cual, la iniciativa privada constituye la condición indispensable para el bienestar colectivo y no media diferencia alguna entre los individuos en cuanto a la posibilidad *abstracta* que tienen para querer su propio provecho) y la disfuncionalidad sistémica del denominado "Estado de derecho"; con aquella, descorder del velo que oculta los antagonismos de la sociedad civil, restituir la contradicción social a la realidad, impedir que tales conflictos sean etiquetados como el producto de las relaciones competitivas de la economía capitalista.

Es el momento en que de lo jurídico se induce un proceso educativo, en donde el derecho puede servir de pretexto para la toma de conciencia de los marginados, y se constituye como instrumento vital la metodología que transforma el querer en hacer. Entra pues el abogado como promotor de la organización, limitando su actuación ante la autonomía de la comunidad. Es importante coadyuvar a la superación de los usuales niveles descriptivos y facilitar el análisis de los acontecimientos para elevar la conciencia. Aceptar indefectiblemente como última ratio, que la educación pretende estructurar los elementos subjetivos de análisis de la realidad y dirigirlos a los procesos de transformación de la conciencia, en donde interactúan en el sujeto su capacidad crítica, analítica y propositiva. En una sociedad en crisis, el uso alternativo del derecho debe inscribirse como medio vitalizador de las conquistas populares, por el cual la noción de lo jurídico en cuanto tal, pierde sentido ya por la proliferación normativa, ora por la conciencia acrítica del aplicador de normas, del administrador de justicia. Desmitificada la idea del derecho, de la toga y el código, se induce pues la apropiación de una normatividad y una práctica que amplíen el papel de la justicia. Como ha escrito Horkheimer, la libertad es siempre un poco arbitraria si se expande demasiado, aumenta las oportunidades para algunos sujetos de oprimir a otros, y por tanto reduce la esfera de la justicia y la justicia es tanto más grande cuanto la libertad es más reducida.

Tratamos que la administración de justicia tenga contacto con la realidad social; en ocasiones muy a pesar de inícuas determinaciones jurisdiccionales, acciones comunitarias y organizativas de defensa, que el juez no justifique y oculte los vacíos y las fisuras del complejo normativo, sino por el contrario que las contradicciones inherentes al sistema sean resueltas en beneficio de la comunidad. En ese proceso valorativo, desde luego, debe confrontarse el derecho positivo que legitima las sentencias, y los principios universales, constitucionales, en los cuales, libertad, igualdad, solidaridad, en general los derechos humanos, tienen inspiración supranacional y realización allende la restrictiva relación normativa.

### A manera de conclusión

Nuestra comunidad en Bogotá, Bosque Calderón, hoy todavía tiene seriamente comprometida su supervivencia. Soporta los

gravámenes de un proceso judicial ante una autoridad de ese género durante veinte años. Los intereses de los reclamantes de un área de veinte mil metros cuadrados, han sufrido transformaciones. Altos funcionarios públicos que someten a presión a sus subalternos, han intentado ya en diecisiete ocasiones consecutivas el desalojo de treinta y dos familias, de terrenos que poseen desde hace más de cincuenta años y cuya significación no sólo afectiva, sino económica hace incalculable el precio de dichos terrenos.

Nuestra práctica jurídica emerge del alto grado de aceptación de las propuestas formuladas por el *Centro Jurídico Comunitario* a la comunidad y desde allí, talleres de inducción, educación legal, pedagogía transformadora, que fortalezcan la creación de una conciencia comunitaria capaz de reducir y extinguir las intenciones represivas de los "propietarios" de la tierra.

Para infortunio de los pobladores, la lógica procesal, los términos, las oportunidades legales para solicitar pruebas y objetar, nunca existieron. Fue una acción controvertida por dos intereses aparentemente contradictorios, con una misma finalidad: Apropiarse de la tierra y promover la especulación financiera.

A partir de entonces, resurgió la necesidad de fortalecer la organización comunitaria y la iniciación de proyectos educativos para animar la conciencia de los pobladores, mediante núcleos de base que confrontaran la acción del Estado y crearan las condiciones para que nuestra práctica jurídica instrumentalizara su desarrollo hacia la consecución del fin primordial: El derecho a la vivienda, que permite la realización de una vida plena.

#### Bibliografía de referencia

- BARATTA, ALESSANDRO, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Siglo XXI, México 1986.
- CENTRO JURÍDICO COMUNITARIO, Educación Popular, taller mimeógrafo, Dimensión Educativa, Bogotá, octubre-diciembre.
- CONFLICTO VIDA Y DERECHO, Revista Jurídica, volumen 1, N° 1, Chile, mayo de 1989.
- DOMINICO CORRADINI, *Crítica del politicismo y del juridicismo — en Crítica Jurídica*, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, N° 4, UAP, México, mayo de 1986.
- FREIRE, PAULO, *Pedagogía del Oprimido*, Siglo XXI, México, 1979.
- GARCÍA, ANTONIO, *Dialéctica de la democracia*, Plaza y Janés, Bogotá, 1987.
- VILLEGAS DUQUE, GUILLERMO ARTURO, Colombia: *Una crisis de derechos humanos, conferencia — xeroscopia*, México D. F., agosto de 1988.
- VILLEGAS DUQUE GUILLERMO ARTURO, *Uso alternativo del derecho en comunidades vecinales, Conferencia — mimeógrafo*, Maracaibo-Venezuela, marzo de 1988.

## El derecho y sus realidades. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica

Roberto Bergalli (Coordinador)

Editado por PPU, Promociones y Publicaciones Universitarias, S. A. Barcelona, España

La preocupación que al interior de cualquier Facultad de Derecho se puede plantear sobre el tipo de profesional que pretende moldear podría ser considerada como muy propia de su oficio pero algo ajena a los problemas que regulan a una sociedad. Sin embargo, este interrogante, que bien podría hacerse a cualquier disciplina académica (aún las denominadas exactas), necesariamente nos remite al terreno que asigna determinadas funciones, determinados procedimientos y determinada escala valorativa a los diversos objetos del saber. Pues es a partir de esta delimitación territorial de los objetos que se construye el proceso de aprendizaje sobre su funcionamiento, sobre su tecnología, sobre sus efectos económicos y políticos. La discusión sobre los diferentes grados o acentos acerca del uso que le puede asignar a cada disciplina puede en algún momento resquebrajar la unidad interna del objeto. Es el caso de los problemas relacionados con el método que pueden llegar a escindir la construcción sistémica de cualquier disciplina o saber. Sin embargo, al interior de cualquier objeto del saber parece existir un determinado grado de libertad que permite constituir la democracia interna de la disciplina sin desfigurarla o descaracterizarla.

En el caso específico de la enseñanza usualmente impartida en las facultades de derecho podemos ver que se trata de un entrenamiento técnico encaminado a la formación de juristas tradicionales, es decir, aquellos (in) formados dentro de la tradición formalista del positivismo jurídico. Este tipo de profesional

RESEÑAS

es lo que Bergalli denomina de "operadores jurídicos" para señalar el carácter técnico profesional de los abogados en su función de aplicadores del derecho. Frente a este tipo de profesional parece surgir la emergencia de un tipo de jurista, más racional y científico, que pueda interpretar las complejas relaciones entre los diferentes sistemas (jurídico, económico, político, etc.) que estructuran la organización social. En consecuencia, nos dice el prof. Bergalli, la pretensión de que el Volljurist sea esencialmente un técnico jurídico desconectado de los procesos sociales, económicos y culturales que gestan el nacimiento y orientan el modo de aplicación de su objeto de conocimiento, no es más que un episodio en la ya remanida tentativa de hacer de la denominada ciencia del derecho o de las llamadas ciencias jurídicas unas formas neutras de conocimiento y, con ellas, así poder transformar (o querer mantener) a su objeto en uno de carácter autónomo.

*El jurista científico* sería la base que demandaría un replanteamiento del derecho y su enseñanza. Un sujeto que entrelazara adecuadamente (según cierta dosimetría) el saber sociológico y el saber jurídico afrontaría con ventaja los desafíos de una sociología del derecho. La sociología del derecho emerge, entonces, como un intento de sintetizar la eterna tensión existente entre estos dos saberes. Buscaría explorar cierto equilibrio (hasta ahora poco conseguido) no solo entre los dos objetos particulares del conocimiento sino, simultáneamente, entre la eterna tensión existente entre teoría y práctica a través de la búsqueda de una racionalidad implícita o interna de la acción jurídica, sea normativa o formal sea especulativa o real. Cómo serían los pilares sobre los que se edificaría esta "nueva disciplina", es decir, cuáles son los fundamentos más importantes sobre los que hoy en día se apoya una sociología jurídica, apropiada a la interpretación de los discursos e ideologías que subyacen tanto en los procesos de creación cuanto de aplicación de las normas jurídicas, es el propósito de esta publicación que el prof. Bergalli del Instituto de estudios penales, de la facultad de derecho de la Universidad de Barcelona, nos presenta para su examen y consideración. Esta publicación, que reúne trabajos tan diversos y polémicos de profesionales como Raenato Treves, Alessandro Baratta, R. Bergalli, Wolf Paul, Rudiger Lautmann y María José Farinas Dulce, entre otros, constituye el resultado de las jornadas sobre la investigación y la enseñanza de la sociología jurídica realizadas durante los días 7-9 de abril de 1988 dentro de la animación de la universidad de Barcelona, España.

En América Latina parece emerger con particular importancia la necesidad de caminar hacia una revisión de la enseñanza de los estudios de derecho. Sin duda existen esfuerzos en este sentido pero aislados y dispersos. Aquí este reto seguramente exige una nueva reconceptualización no solo del derecho sino de la metodología de la enseñanza en la medida en que la dinámica misma del movimiento social parece exigir y resolver dilemas que desbordan la preocupación, importante sí pero no suficiente, de construcción de un nuevo objeto del saber y su positiviza-

ción. El contexto latinoamericano parece tender más hacia la constitución de un tipo de abogado que provisionalmente podríamos llamar aquí de *jurista sociopolítico* que describe una estructura de comunicación distinta entre el movimiento social y el abogado. En este sentido, la importancia de impulsar esfuerzos en esta dirección constituye una tarea de relativa importancia. El libro que coordina el prof. Bergalli constituye un buen ejemplo de esfuerzos similares, aunque tal vez más orgánicos, que se están realizando actualmente en otras latitudes.

## El derecho sin máscara

Arnaud, André-Jean

Edita, Laboratorio de Sociología Jurídica,  
San Sebastián, España, 1990.

Una decena de artículos sirven a André-Jean Arnaud de vehículo para penetrar en la real naturaleza del derecho. Con ellos nos invita a remover el "maquillaje" que lo disfraza y lo embellece. A tomar la juridicidad como práctica social y a analizar en sus diferentes espacios y desde allí avanzar en el análisis de problemas como el carácter ideológico de la transmisión de saber jurídico; la condición "terrorista" del lenguaje de los tribunales; la realidad de la crisis por fuera de la crisis del derecho; la naturaleza de la clase de la ética de la magistratura.

Para ingresar en esa problemática, da un primer paso con una reflexión sobre la desviación entre los juristas. Al parecer su análisis se centra en un tipo de sociedad con el imperio del derecho como elemento fundamental de cohesión y de funcionamiento de las relaciones sociales capitalistas. Para ella es necesario el jurista conformista que contribuya a la eficacia de ese elemento. Pero frente a este surge el jurista contestatario definido por el profesor de Oñati como aquel que incorpora la argumentación política al análisis jurídico.

Para Arnaud, todos los juristas están integrados, ya por conformismo, ya por desviación. Ni la contestación ni ninguna forma de desviación de los juristas puede ser alternativa. En general la desviación nace cuando el espíritu crítico está más desarrollado que la sumisión. En ella el desviado decide trasgredir, violar. Pero solo se trasgrede y viola aquello que la sociedad ha preestablecido como peligroso para su equilibrio.

El jurista integrado es un agente de la ideología jurídica que lee el derecho como si fuera principio y causa de toda realidad social; como si no fuera una continuidad histórica. El juez que incorpora el elemento político a su decisión (lo inusual), el sindicato de jueces y los demás juristas desviados reconocen la existencia del derecho por fuera de la esfera contenciosa. Se trata de la "práctica jurídica social" que incorpora otra racionalidad a la del análisis del derecho positivo. Pero no combaten las insti-

tuciones sino su ideología: "no denuncian los principios de voluntad, libertad e igualdad sino el voluntarismo, el subjetivismo y el igualitarismo".

Además, la desviación es una vacuna. La élite es incapaz, por sí misma, de adaptar su ideología a la realidad social. Con su actuación los desviados ayudan a la clase dominante a mejorar su análisis de la situación y desde allí originar las reformas necesarias a la regeneración del sistema. La contestación refuerza la ideología que combate.

## NOTAS

## NOTAS