

CAPÍTULO 3

Principales escuelas del pensamiento jurídico crítico en Occidente

En capítulos anteriores ha quedado demostrado que las transformaciones sociales, políticas y culturales por las que atraviesa la sociedad burguesa capitalista, acompañadas de las crisis y los cambios de los paradigmas dominantes en las ciencias humanas y en la filosofía de las ciencias, han tenido profundas consecuencias en la teoría tradicional del derecho y han puesto en evidencia de forma permanente los límites y disfunciones de ésta. La crisis de los modelos normativos técnicos y formales establece condiciones para el surgimiento de orientaciones teóricas que cuestionan y superan el reduccionismo normativista.

Toda esa revisión crítica del derecho dominante, marcada por la crisis de legitimidad y por la crisis de producción y aplicación de la justicia, ha producido un amplio movimiento transcontinental de crítica jurídica, aunque de forma heterogénea y no sistemática. Este movimiento no se reduce a una única y particular teoría crítica del derecho, sino que comprende múltiples tendencias, corrientes o formulaciones críticas que surgen de matrices ideológicas y científicas distintas, y reflejan las condiciones sociopolíticas que predominan en sus países de origen.

Teniendo presente la especificidad de cada proceso histórico, es posible intentar una clasificación de la crítica jurídica en cuatro grandes ejes epistemológicos: 1) *Critical Legal Studies* (estudios jurídicos críticos): movimiento de crítica norteamericano, pero cada vez con más influencia en la cultura angloamericana; 2) *Association Critique du Droit* (Asociación de Crítica Jurídica): surge y se desarrolla en Francia, y cuenta con una gran aceptación en el Tercer Mundo y en América Latina (principalmente en México y Brasil); 3) *Uso Alternativo del Derecho*: postura

crítica desplegada en Italia, posteriormente adoptada en España y en otras partes de Europa y en América; 4) *Enfoques epistemológicos de pluralismo jurídico*. Además de las cuatro grandes tendencias mencionadas, subsisten movimientos de crítica jurídica con su propio espacio de reconocimiento, tales como el modelo científico de la interdisciplinariedad (Bélgica), la revisión crítica de inspiración frankfurtiana (Alemania), la sociología de la retórica jurídica (Portugal), la crítica jurídica de matriz neomarxista (España, México, Chile, Colombia, Brasil, etc.), y la crítica psicoanalítica del derecho y la semiología jurídica (Argentina y Brasil).

ORIENTACIÓN CRÍTICA EN LOS ESTADOS UNIDOS

El núcleo de la crítica jurídica en los Estados Unidos son los Critical Legal Studies, marcados por un cierto eclecticismo que cubre perspectivas teóricas atravesadas por el realismo jurídico, por el marxismo frankfurtiano, por el estructuralismo francés y por el análisis interdisciplinario. Se trata de un movimiento que, mediante la investigación histórica, filosófica y sociológica, pretende desmitificar la teoría jurídica liberal norteamericana, revelando hasta qué punto se evidencia su grado de compromiso con las relaciones de poder y con las ideologías dominantes, y apuntando incluso a la falacia de la neutralidad y de la complicidad de clase de los jueces en la práctica judicial (Rodríguez 1999; Noronha 1988, 49-50).

Lejos de la rica tradición social revolucionaria europea, el escenario político norteamericano fue siempre muy limitado en términos de experiencias sociales radicales y de participación de las masas trabajadoras. En ese espacio, todavía caracterizado por la reacción al liberalismo económico y por el fuerte influjo de los activismos políticos de los años sesenta (los derechos civiles, los movimientos feministas y los *lobbies* contra la guerra de Vietnam), es donde surgen los Critical Legal Studies. Este grupo fue fundado en 1977 por profesores y especialistas de diversas áreas de las ciencias humanas, muchos de ellos provenientes del movimiento de Law and Society (Derecho y Sociedad). No pasó mucho tiempo para que los Critical Legal Studies, con su postura polémica, radical e intelectualizada, obtuvieran un cierto prestigio, no sólo en el medio de las instituciones de enseñanza del derecho sino también en el ámbito de las actividades científicas y académicas (Zuleta Puceiro 1987a, 113; Rodríguez 1999; Eagleton 1991).

Su perspectiva histórico-ideológica transpone la herencia del realismo jurídico liberal para llegar a la contundente crítica social de todo el saber doctrinario y la práctica judicial positiva. La reconstrucción de las categorías y de los procedimientos oficializados favorece una estructura alternativa “situada claramente a la izquierda del sistema” (Zuleta Puceiro 1987a, 114-115). Tal postura puede ser detallada en los fundamentos de los Critical Legal Studies, sustentados en algunos presupuestos teóricos de la fenomenología, del historicismo social (E. Thompson), del estructuralismo francés (Foucault) y, fundamentalmente, del neomarxismo (Gramsci, Habermas, Offe). De todos estos referentes, indiscutiblemente la influencia más fuerte sobre los Critical Legal Studies fue la del marxismo. En realidad, “(...) fue la primera vez que un grupo de investigadores/juristas americanos tomaron en serio el marxismo” (Abel 1988, 88). Tras una breve incursión en los textos de autores clásicos como Pashukanis, los adeptos de los Critical Legal Studies acabaron por repudiar las corrientes positivas y deterministas del marxismo y se concentraron “en el estudio de una superestructura relativamente autónoma: el derecho como ideología (C. Summer), legitimación (A. Hyde) y fuerza hegemónica (E. Genovese)” (Abel 1988, 88).

Teniendo en cuenta tales presupuestos, es posible constatar que los Critical Legal Studies tienen como finalidad, por un lado, denunciar las tensiones y las contradicciones entre “los ideales normativos y la estructura social” y, por otro lado, cuestionar interdisciplinariamente “las formas bajo las cuales el derecho ejerce su papel institucional en los procesos de integración y estabilización de los fenómenos de poder en la sociedad” (Zuleta Puceiro 1987a, 115).

Parece claro que en la pretensión de los Critical Legal Studies la apreciación tradicional permite la inclusión de “un tipo de interpretación en que las nociones de estructura, contenido, ideología y contexto abren el análisis textual y funcional a enfoques nunca antes practicados (...)” (Zuleta Puceiro 1987b, 117). Zuleta Puceiro estima, acertadamente, que “el dogma de la neutralidad y objetividad del discurso jurídico no es otra cosa que un mecanismo privilegiado de afirmación de intereses y de reproducción de formas establecidas de jerarquía social” (Zuleta Puceiro 1987b, 122). Por esta razón,

la teoría crítica debe ser entendida (...) como un intento por desmascarar este estado de cosas y, a partir de ello, definir una función alternativa del derecho y de la ciencia jurídica (...). La teoría crítica del derecho, en su versión norteamericana, es empírica aunque sin que ello signifique que se reduzca a un enfoque

exclusivamente empírico-analítico. Ella es también filosófica, pero en el sentido de “crítica” y no de filosofía primera o reflexión fundamental. (...) Es, finalmente, práctica en el sentido esbozado por la teoría crítica de la sociedad: está pues orientada hacia el esclarecimiento y la emancipación social, y no exclusivamente hacia la articulación de una nueva tecnología social. (Zuleta Puceiro 1987b, 122)

Más allá de una preocupación social e histórica, los Critical Legal Studies procuran afirmarse teóricamente en la filosofía política contemporánea, en el punto de encuentro de la teoría de la interpretación y de la política jurídica, así como en los paradigmas modernos de organización social. Estos intentan, dentro de su particular eclecticismo, romper y renovar los núcleos que articulan la teoría jurídica dominante a través de un “enfoque normativo, de un análisis empírico y de una propuesta de reforma social” (Zuleta Puceiro 1987b, 117-118; Rodríguez 1999). Algunos de los exponentes intelectuales de esta corriente son Morton Horwitz, Duncan Kennedy, Mark Tushnet, Karl Klare, Robert Gordon, Peter Gabel, Mark Kelman, Richard Abel, Thomas Heller, David Trubek, William Simon y el brasileño Roberto Mangabeira Unger, quienes ocupan un lugar altamente significativo en la doctrina, desarrollo y proyección de los Critical Legal Studies¹.

Sin considerarlos como integrantes o adeptos de los Critical Legal Studies, otros autores se destacan internacionalmente por su originalidad e importante contribución a la renovación de la cultura jurídica anglonorteamericana. Me refiero a filósofos que desarrollan profundas críticas al liberalismo individualista utilitario y al positivismo jurídico contemporáneo, así como al pensamiento crítico norteamericano (y al propio grupo de los Critical Legal Studies). En este sentido, es preciso recordar a John Rawls (profesor de Harvard y autor de *A Theory of Justice*, 1971), Robert Nozick (*Anarchy, State, and Utopia*, 1974) y principalmente a Ronald Dworkin, profesor en Nueva York y sucesor de Herbert L.A. Hart en la Universidad de Oxford, contra quien ha dirigido críticas contundentes. Para Dworkin, Hart ofrece la versión más completa del positivismo jurídico actual, y contra dicha posición enfila sus críticas (sobre el debate Hart-Dworkin, ver Rodríguez 1997).

¹ Sobre este punto, agradezco las informaciones y los textos sobre los Critical Legal Studies cedidos por los profesores Enrique Zuleta Puceiro y José Eduardo Faria. Un balance de la situación actual de la teoría crítica del derecho en el pensamiento norteamericano puede ser encontrado en Zuleta Puceiro (1987b, 123-124) y en Mangabeira Unger (1983). César A. Rodríguez (1999) ha hecho un análisis introductorio y actualizado de los Critical Legal Studies.

CORRIENTES CRÍTICAS EN EUROPA

Francia: Asociación Crítica del Derecho

Este movimiento de investigación crítica, formado por juristas y profesores de las facultades francesas de derecho (Lyon, Montpellier, Saint-Etienne, Grenoble), propone una teoría jurídica opuesta al individualismo y al positivismo formalistas, aproximándose a la ciencia política y privilegiando el materialismo histórico como referencial metodológico. Diversos factores preparan el clima para la creación de esta asociación crítica en 1978, entre los cuales se destacan: el predominio, en los años sesenta, de la escuela marxista althusseriana; el redescubrimiento de la obra de Gramsci; la aparición de los primeros trabajos de Foucault; la repercusión de los acontecimientos de mayo de 1968; el impacto de la constitución de un sindicato de magistrados y de abogados, y la organización de seminarios críticos y de reflexiones epistemológicas en las facultades de derecho. Cuando surgió la *Association Critique du Droit*, se editó un manifiesto que estructuró y definió las bases teóricas de todo el movimiento. De igual modo se lanzó un proyecto de una colección de obras de carácter pedagógico, así como una revista de divulgación crítica, *Procès*, que refleja el pensamiento político-jurídico del grupo (ver Miaille 1988, 85).

En cuanto a la evolución de las posiciones epistemológicas de la *Critique du Droit* es preciso distinguir dos periodos. En un primer momento, de manera bastante atrevida y en contraposición a la ciencia jurídica tradicional, se busca la reconstrucción de una teoría general del derecho, apoyándose en el materialismo histórico-dialéctico. Posteriormente, de forma más cautelosa y abandonando el proyecto inicial, se intenta sistematizar una investigación concreta sobre los mecanismos de organización y reglamentación de la práctica jurídica (la tecnología de los modos de acción normativa) en el ámbito de la sociedad burguesa.

El primer periodo, que corresponde a la fundación (1978) y a la publicación del *Manifiesto*, traduce claramente la idea de que el derecho y el Estado son fenómenos producidos por las contradicciones sociales, de manera que la apreciación neutra del derecho no hace más que reforzar la dominación del modo de producción capitalista. Se vuelve contradictorio y arbitrario, para la propia realidad social, presentar como naturales las distinciones “clásicas” entre ciencia jurídica y ciencia política, entre derecho público y derecho privado, entre individuo y colectividad.

Así, la finalidad del movimiento no es sólo introducir un nuevo discurso teórico y otra “práctica de ruptura con la ideología dominante”, sino ante todo incrementar las transformaciones en la enseñanza y la investigación jurídica de las universidades, contribuyendo a edificar una epistemología del derecho bajo la perspectiva de “transición al socialismo” (Miaille 1988, 86).

Esta visión global de las principales “tesis” del proyecto inicial de la *Critique du Droit* puede ser apreciada en toda su dimensión en la siguiente declaración:

La lucha de clases penetra constantemente en el Estado y en el derecho. Las funciones y relaciones de éstos se ven afectadas por las contradicciones que aquélla determina. Al mismo tiempo, la investigación y la enseñanza no reflejan esa realidad. (...) La ciencia del derecho tradicional, luego de haber participado en la construcción del Estado liberal y de haber recibido el reconocimiento merecido, no dejó herederos. Hasta ahora, el delineamiento del derecho en las facultades se mantiene fuertemente impregnado de formalismo e idealismo. La pretendida objetividad en la enseñanza del derecho se limita a reconocer un Estado de derecho, sin enfatizar en los fundamentos reales y en las verdaderas funciones del Estado y del derecho. (...) La enseñanza y la investigación se basan en distinciones arbitrarias y nocivas para la investigación científica: distinciones entre ciencia jurídica y ciencia política, derecho privado y derecho público. Además, en la medida en que pretende delimitar su objeto, esta enseñanza oculta casi siempre el carácter móvil y contradictorio de la realidad social, una vez que la hipótesis fundamental de la Colección es que la ciencia de lo jurídico parta y, adicionalmente, dependa de la ciencia política. (...) El proyecto de la Colección tiene, por lo tanto, dos objetivos: primero que todo, modificar las prácticas de investigación y, segundo, ofrecer a un público en formación una apreciación del contenido y del funcionamiento de lo jurídico con la ayuda de los instrumentos pedagógicos adecuados. Con el uso privilegiado del materialismo histórico y dialéctico, la Colección buscará contribuir a la comprensión de los fenómenos jurídicos desde la perspectiva de una transición hacia nuevas relaciones sociales, en otras palabras, hacia el socialismo. (Jeammaud 1986, 43; Zuleta Puceiro 1987a, 56)

Este programa refleja la reacción a las concepciones doctrinarias formalistas predominantes en las instituciones universitarias y en las instancias judiciales. En comparación con otras corrientes de la crítica jurídica, la *Critique du Droit* no se encontraba monopolizada exclusivamente por filósofos del derecho sino por juristas y politólogos preocupados por elaborar un nuevo discurso científico “desfetichizado”,

repercutiendo en sus respectivas áreas de investigación, tales como el derecho público y la filosofía político-jurídica (Michel Miaille, Maurice Bourjol, Jacques Michel, Philippe Dujardin), el derecho civil (G. de la Bradelle), el derecho laboral (A. Jeammaud, A. Roudil, G. Lyon-Caen), el derecho mercantil (Michel Jeantin) y el derecho administrativo (J. J. Gleizal) (Zuleta Puceiro 1987a, 57; Jeammaud 1986, 49)².

El segundo periodo se caracteriza por una toma de conciencia de los límites reales de la teorización materialista de origen althusseriano, y por el avance hacia “una renovada preocupación por la tecnología y el juego concreto del derecho”. De este modo se descartan los enfoques más globales de la supuesta ciencia jurídica alternativa confundida con la problematización de la “superestructura/infraestructura”, de la “instancia jurídica” y de la “autonomía relativa” de lo jurídico en las formaciones sociales capitalistas, privilegiando los análisis sobre las “relaciones que los sujetos mantienen con las normas y las instituciones”. Todo esto resulta en una competente teorización investigativa “de los procedimientos técnicos del derecho y de los procedimientos que éste organiza para abordar los conflictos” (Jeammaud 1986, 16-17). En efecto, no se trata tanto de construir una verdadera teoría general sino de superar el discurso de tipo formal positivista, dándole prioridad al “análisis y a la descripción de la técnica jurídica como un conocimiento científico del derecho en su función de dimensión de un todo social”, y preocupándose igualmente por la investigación de las “modalidades de producción social de las normas jurídicas” (Jeammaud 1986, 65).

Las nuevas directrices del movimiento de la *Critique du Droit*, además de considerar los distintos mecanismos técnicos de representación jurídica que organizan y reglamentan las relaciones sociales, se esfuerzan –aunque bajo el riesgo del eclecticismo impreciso– por instaurar una amplia discusión sobre temas como “la representación, la jurisprudencia, la resolución de conflictos, las transformaciones de la administración (...) y el retorno al Estado de derecho” (Miaille 1988, 86).

Este cambio epistemológico se hace evidente en la evolución del pensamiento de Michel Miaille, uno de los principales intérpretes del movimiento francés de la crítica jurídica. Abandonando muchas de sus ideas althusserianas de la obra *Una introducción crítica al derecho*, las cuales comenzaron ya a ser refutadas en la segunda parte de *L'État de*

² Para un análisis más completo del movimiento crítico francés, véanse algunas de las obras que tuvieron una significativa repercusión en este campo: Bourjol (1978), Miaille (1979, 1985), Gleizal (1980).

Droit, en la actualidad Miaille no concibe el derecho como la única instancia ideológica superestructural, sino como una forma específica del modo de producción y de relación social capitalista. Incorporando categorías de Gaston Bachelard, Miaille deja de considerar el marxismo como una ciencia acabada, y opta por una epistemología que se va construyendo y superando poco a poco. Vale la pena añadir que aunque la Association Critique du Droit no constituye en estricto sentido una “escuela” doctrinaria con un proyecto teórico científico acabado, es innegable su influencia en las principales ideas del movimiento francés en el ámbito del pensamiento jurídico crítico de numerosos países de Europa y principalmente de América Latina (México y Brasil). Internamente, entre tanto, más allá de su primera fase de crítica total al formalismo dogmático de los años setenta, se puede constatar hoy en día que aunque el movimiento haya tenido una buena producción intelectual y haya sido aceptado por el establecimiento de la época, no consiguió alcanzar todos sus objetivos. Esto se explica no tanto por la obstrucción o supremacía de los juristas positivistas, sino por el propio cambio, evolución y fragmentación de los juristas críticos.³

Finalmente, y aunque sea independiente de la Association Critique du Droit, no podemos olvidar la destacada contribución teórica de André-Jean Arnaud a la filosofía y la sociología jurídicas francesas contemporáneas. Los análisis crítico-estructurales de Arnaud tienen incidencia tanto en preocupaciones de corte semiológico retórico sobre el Código Civil francés y las prácticas y los discursos de los juristas, como en reflexiones que convergen hacia una sociología del “desvío” y del “discurso de la razón jurídica” (*véanse*, para una mayor comprensión del pensamiento del autor: Arnaud 1975, 1981, 1988, 1991a, 1991b, 1999; Arnaud, en Arruda Jr. 1992; Arnaud y Dulce 2000). Después de llevar a cabo en España, como director científico, un trabajo de importancia significativa para la implementación y expansión del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, este autor ha estudiado en los últimos años la relación del derecho con los temas del pluralismo, la interdisciplinariedad, la regulación, la posmodernidad y la globalización.

³ En este sentido, vale la pena mencionar una nota adicional de este movimiento: el tema al cual un discurso desmitificador como el de Michel Miaille da prioridad no es la incisiva crítica sociológica del derecho, sino más bien la crítica interna al propio derecho.

Italia y España: Uso Alternativo del Derecho

Desde finales de los años sesenta y comienzos de los setenta se formó en Italia un movimiento teórico-práctico compuesto por profesores universitarios, abogados y, principalmente, magistrados progresistas. El objetivo de esa importante tendencia política y jurídica fue proponer, frente a la dominación y a la imposición del derecho burgués capitalista, la utilización del ordenamiento jurídico vigente y de sus instituciones al servicio de una práctica judicial emancipadora, dirigido a las clases o a los sectores sociales menos favorecidos.

En realidad, esta concepción no llega a ser un paradigma sustitutivo o alternativo de la ciencia jurídica positivista, sino que pretende simplemente la aplicación diferente de la dogmática predominante, explotando las contradicciones y las crisis del sistema mismo y buscando formas más democráticas que superen el orden social burgués (*ver* Zuleta Puceiro 1981, 248; Atienza 1985; Novoa Monreal 1985, 63-67). Sin descartar el aparato normativo oficial ni formular hipótesis o definir nuevas categorías jurídicas, el Uso Alternativo del Derecho, en palabras de Saavedra López, se presenta como una propuesta

tanto de carácter práctico como teórico, de utilizar y consolidar el derecho y los instrumentos jurídicos en una dirección emancipadora; (...) de proyectar y realizar una cultura y una práctica jurídicas alternativas a la cultura y a la práctica dominantes, en fin, de privilegiar en el plano jurídico, sin romper con la legalidad establecida, especialmente en el plano judicial, (...) los intereses y la práctica de aquellos “sujetos jurídicos” que se encuentran sometidos a las relaciones sociales de dominación. (López Calera *et al.* 1978, 40; Zuleta Puceiro 1981, 250-251)

El movimiento del Uso Alternativo del Derecho fue representado, desde la década de los sesenta, por numerosos magistrados integrantes de la Magistratura Democrática, corriente disidente al interior de la Associazione Nazionale Magistrati. Además de editar dos importantes revistas (*Magistratura Democrática* y *Quale Giustizia*), captó el interés de algunos de los más importantes juristas críticos antidogmáticos de Italia, tales como Pietro Barcellona, Giuseppe Cotturri, Luigi Ferrajoli, Salvatore Senese, Vincenzo Accattatis, entre otros. Dicho sea de paso, el reconocimiento de su significado permite afirmar que los influjos del movimiento crítico italiano se difundieron y encontraron un eco entre los juristas y magistrados de España (Nicolás López Calera, Modesto Saavedra López y Perfecto Andrés Ibáñez) y de Alemania (Ulrich Mücken-

berger y Dieter Hart) (véanse López Calera *et al.* 1978, 67; Saavedra López 1978; Barcellona, Hart y Mückenberger 1983).

Apoyándose en presupuestos del pensamiento neomarxista contemporáneo que explotan las fisuras, antinomias y contradicciones del orden jurídico burgués, los seguidores del modelo alternativo del derecho enfatizaban dos temas: de un lado, la estrecha relación entre la función política del derecho como instrumento de dominación y las determinaciones socioeconómicas del modo de producción capitalista, y del otro, el papel del poder judicial, que asegura el *statu quo* establecido, actuando no sólo como instrumento ideológico del Estado sino como instrumento de represión y control institucionalizado. La tradición liberal individualista ha demostrado que el poder judicial no es una instancia neutra e independiente en la esfera de la maquinaria estatal, al servicio de las libertades y por encima de los antagonismos de clase (Zuleta Puceiro 1981, 251; López Calera *et al.* 1978, 71). Sobre este punto, Ferrajoli resalta la necesidad de desenmascarar ciertos postulados ideológicos de la cultura jurídica burguesa, tales como la apoliticidad, la imparcialidad y la independencia de los jueces (López Calera *et al.* 1978, 17). La contradicción reside en el hecho de que el poder judicial, no obstante su apariencia de neutralidad, no es más que una institución de naturaleza política, reflejo de la dinámica misma de poder del Estado capitalista. Mientras que Barcellona insiste en la obligatoriedad de la función política del derecho y en la necesaria legitimación de una praxis emancipadora, Ferrajoli afirma que la práctica alternativa no debe solamente convertir las contradicciones del derecho burgués en un proceso de emancipación de los sectores populares sino que debe definir claramente la inserción de la magistratura y del poder judicial “en la ampliación de los posibles espacios democráticos” (Barcellona y Cotturri 1976, 254; López Calera *et al.* 1978, 40).

En esa perspectiva delineada por los teóricos del Uso Alternativo del Derecho, la dimensión política del ente judicial en la sociedad de clases es evidente “a partir de su estructura rígidamente jerarquizada cuyo vértice, al cual se llega por indicación política o por selección rigurosa, cumple el simple papel de homologar y reducir a una entidad los criterios de las instancias inferiores”. (Faria 1984b, 171). En ese caso, “lo que los defensores del uso alternativo proponen, entre otras cosas, es justamente la prolongación del proceso hermenéutico en las instancias menores, ocupadas por jueces más jóvenes y más sensibles, a las reivindicaciones de los sectores populares” (Faria 1984b, 171).

Se critica con frecuencia al Uso Alternativo del Derecho como producto reformista que no rompe radicalmente con la legalidad burguesa y que busca explotar y operar por encima de la crisis socioeconómica de algunos países del capitalismo europeo avanzado. Ahora bien, en lo que respecta a las posibles críticas al movimiento alternativo, hay que tener –como en el caso de Andrés Ibáñez– una postura realista basada en el reconocimiento de que las contradicciones no están jamás ausentes del sistema jurídico capitalista. Por encima de todo, no se pretende con los juristas alternativos, como muchas veces se exclama, introducir “...la contradicción, la inseguridad y la duda en el mundo del derecho, considerado tradicionalmente como salvación a los vaivenes que sacuden los demás niveles de la estructura social” (Ibáñez 1978, 85). En este sentido,

no es que se quiera romper la armonía jurídica, que por demás se considera inexistente, ni tampoco arrastrar al juego político a un juez (...) pues lo cierto es que ni los límites entre política y derecho son nítidos, ni resulta posible lograr que un magistrado deje de ser antes o al mismo tiempo juez-ciudadano, con todo lo que esto implica. (Ibáñez 1978, 85)

Finalmente, en la evolución de determinados sectores del pensamiento crítico italiano (generalmente identificado con posturas “antidogmáticas reformistas”) es preciso mencionar el paso hacia un eclecticismo moderado, muy próximo de algunas posturas analíticas, o hacia una creciente tendencia a las tesis garantistas⁴. En su fase ideológicamente más ortodoxa, el movimiento del Uso Alternativo del Derecho repercutió principalmente en las áreas de derecho civil procesal. Posteriormente, avanzando en dirección de las variantes pluralistas, analíticas y neomarxistas, incidió con más fuerza en el derecho penal y en la criminología. En ese contexto, aparecen con mucha relevancia los trabajos de Luigi Ferrajoli y Alessandro Baratta, ampliamente divulgados en la revista *Dei Delitti e Delle Pene*, especializada en investigaciones y estudios históricos sobre cuestiones criminales (Baratta 1986, Ferrajoli 1995, Resta 1992).

⁴ Hace muchos años que la temática del uso alternativo del derecho no merece más atención y dejó de ser la preocupación del antiguo grupo italiano de los años setenta, principalmente de sus fundadores, como Pietro Barcellona. Este autor, que llegó a integrar el Consejo Superior de la Magistratura italiana (1976-1979) y fue diputado del PCI (1979-1983), hoy en día, además de ser catedrático de instituciones de derecho privado en la Universidad de Catania y de ejercer las funciones de director de la revista *Democrazia e Diritto*, ha investigado sobre la relación del derecho con la democracia, con la posmodernidad y con la búsqueda paradigmática de una nueva comunidad. Una confirmación de esta realidad puede verse en Barcellona (1995, 1996a, 1996b).

Alemania: pensamiento jurídico crítico

Gran parte de la discusión sobre la teoría y la ciencia del derecho en Alemania puede verse como un diálogo imaginario con Niklas Luhmann, máximo exponente del formalismo sociológico de tipo sistémico. Igualmente, la propuesta sobre una reflexión crítica de la teoría del derecho con características no dogmáticas pasa necesariamente por las últimas contribuciones de la filosofía, particularmente aquellas que se refieren al redescubrimiento de la hermenéutica ontológica de Gadamer, de la epistemología crítico-dialéctica de Habermas, de la valoración ético-lingüística de Karl O. Apel, así como de los fundamentos de la justicia política expuestos por Otfried Höffe. Se trata de posturas que reflejan reacciones antipositivistas, de contenido profundamente emancipatorio de la sociedad y que buscan una nueva racionalidad.

Hasta hace muy poco tiempo, la teoría del derecho se hallaba totalmente rodeada de tendencias idealistas (existencialismo, fenomenología, etc.) o de ideales neopositivistas, basados en presupuestos extraídos de las ciencias naturales, de la filosofía del lenguaje y de la lógica analítica. En ese contexto de reconquista de la tradición dialéctica y de la crítica emancipatoria, del antipositivismo radical y de la influencia de las ideas de la Escuela de Frankfurt, surgen algunas de las propuestas de la epistemología jurídica. Así, la teoría del derecho aparece como “reflexión trascendental” en Dietrich Böhler (inspirado en Marx y Apel) y como “crítica del derecho” en Wolf Paul (fundada en el joven Marx y en el proyecto crítico de Habermas).

Para Böhler, la categoría “reflexión” posee un sentido innovador como instrumento trascendental de articulación entre la teoría y la praxis. Superando los reduccionismos del funcionalismo y del formalismo, al delimitar los fundamentos de la concepción trascendental de la sociedad, el autor busca construir una teoría del derecho concebida como “*modus* del actuar comunicativo y de la reflexión situacional” (De Giorgi 1979, 131). Esta teoría del derecho como “reflexión crítica” tiene en primer lugar la función histórico-científica de recuperar, en la relación sujeto-objeto, la fuerza de la intersubjetividad. Un segundo propósito es buscar “una adecuada autocomprensión del sentido de la reflexión” para la ciencia jurídica (De Giorgi 1979, 132), una autocomprensión situada en la esfera transformadora de las relaciones sociales. La teoría del derecho debe explorar el grado de científicidad de sus proposiciones jurídicas y reflejar de manera crítica su propia racionalidad. En esa perspectiva, comenta De Giorgi, todo ese proceso del derecho como “reflexión

crítica” materializa el cuestionamiento sobre la racionalidad y el estatus epistemológico orientado hacia el interés emancipatorio, definiéndose así por un conocimiento práctico crítico de superación de lo institucionalizado. En Böhler queda explícito que la teoría del derecho constituye “no sólo el modelo de su racionalidad reflexiva, sino (...) también el cuadro de referencia de una mediación consciente de la ciencia jurídica en la praxis. Esta mediación es un proyecto de un derecho futuro como derecho humano, como anticipación de una transformación de la sociedad” (De Giorgi 1979, 133-134). La propuesta jurídica de Böhler no deja de ser un proyecto utópico revolucionario, expresión metateórica de la “jurisprudencia reflexible”.

A partir de las contribuciones de Marx, Bloch y Habermas,⁵ en el espacio abierto por la reflexión de Böhler y en la profundización crítica de esa temática, surge la propuesta epistemológica de Wolf Paul. Buscando recuperar la autenticidad crítica del pensamiento de Marx, este autor estima que la teoría no sólo debe atenerse a la descripción formalista de su objeto, sino también a la comprensión de un todo social por medio de la crítica que conduzca a su transformación. De este modo, el derecho únicamente puede ser percibido como fenómeno cuyas raíces se encuentran en la realidad histórica y social, y que a su vez es capaz, en tanto conocimiento crítico, de revelarse como un factor de permanente modificación. En opinión de Wolf Paul, la teoría como crítica del derecho posee un doble objetivo: “como teoría crítica del derecho, ella inaugura el conocimiento sistemático del derecho históricamente existente, en la perspectiva de su transformación, incluyendo la transformación de su dogmática. Ésta es, por lo tanto, una teoría del derecho e igualmente una teoría de su propia transformación” (Paul 1979, 136).

Para esta corriente resulta necesario retomar el discurso crítico antidogmático extraído de la doctrina marxista del derecho para así desvirtuarlo e incluirlo sistemáticamente en la estructura metodológica de la hermenéutica jurídica tradicional. Más allá de la perspectiva del joven Marx, Wolf Paul se sirve de Ernst Bloch, para quien la “concretización de la crítica en el sentido de la acción no es posible sin que haya un proyecto de contenido, sin contar con la preventiva anticipación del futuro, sin la presencia de imágenes de una utopía concreta” (De Giorgi 1979, 136, 139). Dentro de este modo de evolución, la crítica se fija en el examen de las contradicciones, al tiempo que supera y transforma,

⁵ Para un examen más completo y atento de las principales tesis de este último autor sobre el derecho, ver Habermas 1997.

dialécticamente, la instancia crítica en una praxis social. Por consiguiente, la “teoría crítica” del derecho se vuelve la instancia crítica más adecuada para transformar y orientar la praxis hacia la propia emancipación, ya que este “derecho crítico así producido por medio de la crítica se eleva como una forma de emancipación humana, una utopía concreta, una praxis libertadora.”

(...) el derecho crítico es la verdad de una sociedad que, por medio del derecho, disolvió el velo de la ideología y de la represión, una sociedad que desenmascaró el derecho de la dominación y que se abrió críticamente al dominio del derecho. (...) Solamente el derecho crítico –que penetra y desarticula las relaciones de poder social, económico y político en vez de legitimarlas– es el que puede ser la expresión real de la verdadera sociedad humana. (De Giorgi 1979, 141-142)

En la propuesta epistemológica de Wolf Paul (siguiendo el modelo habermasiano) es claro el esbozo de una ontología jurídica, desmitificadora de la estructura de la ciencia jurídica dogmática y edificadora de una “deontología racional”, destinada a construir el proceso material de emancipación de la sociedad (De Giorgi 1979, 143-144; Paul 1988).

España: tendencias antidogmáticas, pluralistas y neomarxistas

Más allá de las tendencias comunes relacionadas con el jusnaturalismo (de origen cristiano y neoescolástico) y con el positivismo jurídico (marcado por el historicismo, el sociologismo, el funcionalismo y otras corrientes), la actividad jusfilosófica española influyó en el surgimiento de algunas posturas alternativas y antidogmáticas frente al pensamiento tradicional. Muchas de estas propuestas parten de presupuestos epistemológicos positivistas, evolucionando hacia una crítica sociológica de carácter político e ideológico (socialdemócrata o socialista), que acaba por repercutir en posturas jurídicas mucho más próximas de la filosofía analítica. Se trata de un fenómeno específico de la filosofía jurídica española, esto es, la utilización por parte de juristas “antidogmáticos” (identificados con el discurso socialdemócrata, funcionalista y neomarxista) de los principios metodológicos que estructuran el modelo de la ciencia analítica. Esto último puede ser explicado, de una parte, por la propia situación democrática que vivió la España posfranquista, y de otra parte por la realidad creada por la llegada al poder de algunos juristas y teóricos del socialismo. El empleo de criterios técnico-formales para componer un discurso crítico, esencialmente doctrinal, ideológico y táctico, se justifica en el hecho de que la filosofía analítica alega no ser

“comprometida”; su formalismo “neutro” y “esterilizado” tiene la ventaja de servir y justificar a todos aquellos que están en el poder, cualquiera que sea el discurso político-ideológico conservador o el progresista de izquierda (Lorca Navarrete, en Fassò 1981, 372-373)⁶.

Entre los más importantes autores españoles con propuestas jurídicas críticas podemos citar a Nicolás M. López Calera, Elías Díaz, Juan Ramón Capella y Joaquín Herrera Flores. Probablemente, Nicolás López Calera, profesor catedrático de la Universidad de Granada, es el representante más importante del Uso Alternativo del Derecho. Después de un recorrido por el jusnaturalismo neoescolástico, evolucionó radicalmente en los años setenta hacia un pluralismo social que pasa por el hegelianismo y por el estructuralismo, llegando a la práctica alternativa del derecho. Además de estar encargado de la revista *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* y de ejercer la presidencia de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social, López Calera ha publicado numerosos trabajos de investigación sobre temas como: Hegel y los derechos humanos, Gramsci y el derecho, la legitimación democrática del derecho, la democratización moral del derecho, la naturaleza dialéctica de los derechos humanos, filosofía del derecho como teoría crítica, derecho y tolerancia, galantismo jurídico, y los derechos colectivos (López Calera 1985, 1992a, 1992b, 2000).

Elías Díaz, catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid y director de la revista *Sistema*, es reconocido como el defensor intelectual del pluralismo político, pasando de un sociologismo historicista a posiciones más formales y eclécticas, próximas al pensamiento analítico. Las preocupaciones jusfilosóficas de Elías Díaz comprenden una totalidad que refleja la continua interacción de las perspectivas científico-normativas, sociológicas y filosóficas. El autor aboga por una conciencia crítica superadora de la positividad instituida, marcada por intereses tanto axiológicos como sociojurídicos. En su filosofía crítica, el derecho (sistema de legalidad) aparece como emanación de un “determinado sistema de intereses y valores (sistema de legitimidad en sentido amplio)”, pues “todo sistema de legitimidad intenta realizarse a través de un determinado sistema de legalidad” (Lorca Navarrete 1981, 374-375). Para él, “son tres los niveles en los cuales (...) se manifiesta la legitimidad: la legitimidad impuesta por una legalidad (investigación propia de la ciencia del derecho); la legitimidad racional, entendida como crítica radical

⁶ Estas observaciones son el resultado de una entrevista del autor de este libro con el profesor Enrique Zuleta Puceiro en Buenos Aires, el 30 de noviembre de 1988.

de los dos niveles anteriores y que viene a constituirse en el tema central de la filosofía del derecho” (Lorca Navarrete 1981, 374-375. *Ver también* Díaz 1977, 1979, 1980). En consecuencia, en la concepción de Elías Díaz, la filosofía crítica del derecho debe estar siempre dispuesta a cuestionar y reubicar cada uno de esos niveles en la percepción totalizadora de la realidad jurídica. En sus más recientes trabajos, Díaz se ha ocupado no sólo de la función de las “instituciones políticas” y de los “nuevos movimientos sociales” en la construcción del socialismo democrático, sino principalmente de la función de establecer los criterios adecuados para “una teoría de la legitimidad (democrática) y una correlativa teoría (crítica) de la justicia” (Díaz 1984, 21-73; 1988a, 41-67; 1988b, 667-681; 1993).

Por otra parte, distanciándose del jusnaturalismo y del positivismo jurídico, Juan Ramón Capella adopta una postura teórica claramente ideológica, centrada en la transformación radical del orden jurídico burgués. Estamos frente a un ensayista ecléctico y un conferencista polémico, con intereses múltiples que van desde las incursiones sobre la filosofía marxista, los problemas teóricos relacionados con la ciencia y la lógica, hasta los problemas de ecología, pacifismo, feminismo y armamentismo. En opinión de algunos críticos, Capella no cuenta con un trabajo profundo ni rigurosamente acabado del derecho, que comience con una propuesta jurídica de corte lógico-analítico que luego evolucione hacia una orientación antiformalista y crítica. En función de esas ideas y de algunas posturas ideológicas incisivas defendidas en su libro *Sobre la extinción del derecho y la supresión de los juristas*, el autor acabó desencadenando una amplia discusión en la cual defiende que

el jurista fue, en el pasado, el intelectual orgánico privilegiado de las clases dominantes en una sociedad dividida en clases (...) Hoy, el objetivo no es únicamente la realización de una sociedad nueva con su correspondiente Estado; el objetivo es la conquista de una comunidad (...) La realización de la comunidad deja de requerir la democracia (...), la democracia, en el mejor de los casos, es la sumisión de la minoría a la mayoría (...), deja de exigir libertad política (...) y deja de exigir justicia (...) Ahora bien, el derecho de tipo nuevo se sale del cuadro de todo derecho anterior (...) [ya que lo que permite el] “carácter liberatorio a este nuevo tipo de derecho es la remisión continua hacia la articulación de la sociedad civil. (Capella 1977, 35, 71, 77, 99; Lorca Navarrete 1981, 377)

Queda claro que Capella, sin reducir el derecho a la política, busca la “interpretación histórico-materialista del contenido concreto de las normas jurídicas”, intentando, por un lado, “esbozar una teoría del de-

recho como instrumento del dominio de clase, y por otro lado, profundizar en el estudio del carácter ideológico del derecho y de la doctrina de los juristas” (Puiquelet 1987, 30-31; Capella 1976, 1979, 1993, 1997).

Pero la crítica radical y la tradición de los estudios jurídicos de vanguardia no se encuentran únicamente centrados en el grupo de Juan Ramón Capella en Barcelona. En los años noventa se destacó el trabajo de algunos investigadores de la Universidad de Sevilla, entre los cuales se encuentran Antonio Enrique Pérez Luño y David Sánchez Rubio, así como el círculo crítico del programa de doctorado en Derechos Humanos y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide, coordinado por Joaquín Herrera Flores.

Marcado por un pensamiento ecléctico y pluralista, Antonio Enrique Pérez Luño, catedrático de filosofía del derecho en Sevilla, es el autor de una extensa producción jurídica que cubre múltiples áreas como la cibernética, la informática, los derechos humanos, las nuevas tecnologías y la seguridad jurídica (Pérez Luño 1976, 1986, 1991, 1992). Joaquín Herrera Flores es profesor titular de filosofía del derecho en Sevilla y autor de diversos ensayos publicados en revistas especializadas; se ha interesado en el análisis del fenómeno jurídico a la luz de los problemas de la democracia, de las necesidades humanas y de los valores. En su trabajo “Crítica jurídica y estudios de derecho”, apunta que la crítica jurídica está fundada en los principios de reflexividad, complejidad y esperanza. En su tesis de doctorado articula premisas teóricas, políticas y axiológicas de la Escuela de Budapest con el concepto de derechos humanos, destacando el papel de un sistema de necesidades radicales (Herrera Flores 1987, 403-431; 1989; 1993a; 1993b, 87-93; 2000).

No se puede terminar esta breve caracterización sin referir el trabajo de dos jóvenes jústilósofos, David Sánchez Rubio y Francisco J. Contreras Peláez, egresados del sector crítico del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla. Discípulo y excolega de Herrera Flores, David Sánchez Rubio se presenta actualmente como el principal interlocutor español dedicado a construir una legalidad alternativa, teniendo como base los presupuestos de la filosofía de la liberación latinoamericana. Esta propuesta, que hace parte de un humanismo dialéctico, queda clara en su bellísima tesis de doctorado, titulada “Proyección jurídica de la filosofía latinoamericana de la liberación. Aproximación concreta a la obra de Leopoldo Zea y Enrique Dussel”, publicada bajo el título *Filosofía, derecho y liberación en América Latina* (Sánchez Rubio 1999). Resulta loable el conocimiento, interés y simpatía de

Sánchez Rubio por la filosofía de la liberación y por el derecho alternativo en Brasil, profundización teórica de un campo de estudio ya abordado en la experiencia y en la práctica efectiva de Jesús Antonio de la Torre Rangel en México.

Francisco J. Contreras Peláez, quien cursó sus estudios de doctorado en Sevilla, es hoy en día profesor de filosofía del derecho en la Universidad de Huelva. Sus principales investigaciones han sido sobre la historia del pensamiento jurídico-político, la teoría de los derechos humanos y ante todo sobre la dimensión ideológica de los derechos sociales (Sánchez Rubio 1994, Contreras Peláez 1994).

Para finalizar, aunque exista una única “escuela” jurídica crítica en España, es preciso mencionar el significativo y renovador trabajo (en el área de las prácticas judiciales alternativas por medio de la hermenéutica crítica) del grupo Jueces para la Democracia, cuyo representante principal es Perfecto Andrés Ibáñez (1978).

Bélgica: el modelo de la crítica interdisciplinaria

La discusión fundamental sobre las posibilidades de una ciencia jurídica del derecho fue precisamente el objetivo del “Séminaire Interdisciplinaire d’Études Juridiques” (SIEJ), conformado por juristas (algunos de ellos vinculados a las Facultés Universitaires Saint-Louis) como François Ost, Jacques Lenoble, Michel van de Kerchove y François Rigaux. La preocupación central de este grupo –la investigación interdisciplinaria aplicada al fenómeno jurídico– quedó plasmada en el artículo de François Ost titulado “Questions Méthodologiques à Propos de la Recherche Interdisciplinaire en Droit” (*ver*, Ost 1978, 1-29. Igualmente, una interpretación lograda de esta metodología aparece en la obra colectiva: Van der Kerchove 1978).

Según François Ost, las enseñanzas de la etnología jurídica y del derecho comparado han demostrado la pluralidad de formas de derecho en el tiempo y en el espacio. No sólo parece imposible hablar de una única esencia del derecho, sino que en la actualidad presenciamos la desacralización de la ley como instrumento exclusivo de reglamentación social. En ese contexto, es necesario desmitificar las formas de racionalización y legitimación de la dogmática jurídica, suplantadas por otras formas de saber sobre el derecho y redefinidas por la estructura jurídica integrada a los múltiples modos de control social. Estos nuevos cuestionamientos de carácter interdisciplinario permiten sustituir la ciencia dogmática del derecho por la ciencia crítica del derecho (Ost 1978, 2-3).

El diálogo y la interacción entre derecho y ciencias humanas producen “problemas específicos relacionados con la articulación de las disciplinas”, de lo cual se desprende la necesidad de abordar dos cuestiones preliminares esenciales: aquella que trata sobre la *naturaleza del diálogo* y la relacionada con el *objeto del diálogo*.

La cuestión de la *naturaleza del diálogo* consiste en que para justificar el diálogo entre derecho y ciencias humanas existen respuestas de naturaleza pluridisciplinaria, transdisciplinaria e interdisciplinaria. Para François Ost, la pluridisciplinaria se refiere a la “yuxtaposición (o la suma) de disciplinas que produce objetos tan diferentes como perspectivas de iniciación”, mientras que la transdisciplinaria, “abandonando los puntos de vista particulares de cada disciplina, produce un saber autónomo, creando nuevos objetivos teóricos y aplicando nuevos métodos. Estamos frente a una integración de disciplinas (...)”, que construye algo nuevo y común (Ost 1978, 6-7). Desde este momento, la interdisciplinaria es el diálogo que

se produce a partir del campo teórico inicial de una disciplina analizada, que desarrolla problemas recortando total o parcialmente aquellos diálogos elaborados por otra disciplina. Se trata aquí de una articulación de disciplinas. (...) La cooperación interdisciplinaria permite el diálogo, respetando las diferencias específicas y buscando realizar una especie de traducción científica de un lenguaje para otro. (Ost 1978, 7-8)

Así, en opinión del grupo crítico del SIEJ, adoptando y privilegiando un campo teórico inicial, la interdisciplinaria se impone como el método de investigación central para superar la ciencia dogmática del derecho.

La cuestión del *objeto del diálogo* consiste en que, una vez establecida la naturaleza del enfoque (la interdisciplinaria), es preciso fijar convencionalmente la disciplina “motora” (el derecho) que ocupa el centro del sistema disciplinario pero que, teniendo presente tanto una perspectiva propia (el punto de vista interno de los juristas) como la dinámica de la perspectiva externa ofrecida por las ciencias humanas, posibilite la permutación continua de posiciones. El derecho funciona, en consecuencia, como el discurso-objeto en la interacción teórica con los “metadiscursos externos que lo toman como objeto de estudio” (Ost 1978, 10-11). Bajo la óptica de la interdisciplinaria, los problemas son identificados y cuestionados primeramente teniendo en cuenta la perspectiva interna del objeto estudiado (teoría general del derecho o dogmática

jurídica) para que, enseguida, éstos sean investigados dentro de la perspectiva externa, dándole prioridad al discurso que informa la filosofía (epistemología), la sociología, la lingüística, el psicoanálisis, etc. Una interpretación significativa de la racionalidad jurídica (a partir del metadiscurso epistemológico-psicoanalítico) se encuentra en la obra *Droit, Mythe et Raison*, de Jacques Lenoble y François Ost (1980, 12-13)⁷. En la obra de François Ost parece claro que toda investigación de carácter interdisciplinario debe reflejar una intención crítica y emancipatoria.

Portugal: la sociología de la retórica jurídica

Si bien no es posible afirmar la consagración de un núcleo o movimiento crítico del derecho en Portugal, podemos resaltar las investigaciones empíricas con repercusiones críticas en el área de la filosofía y de la sociología jurídicas de Boaventura de Sousa Santos. Al comienzo de los años setenta, el autor llevó a cabo algunos estudios empírico-sociológicos sobre las estructuras jurídicas internas de una favela de Río de Janeiro, a la que le dio el nombre imaginario de “Pasárgada”.

Apoyado en una investigación basada en las herramientas de la sociología de la retórica jurídica, Boaventura de Sousa Santos no sólo hace el análisis estructural del derecho moderno, sino que, sobre todo, denuncia la crisis que se manifiesta en el sistema judicial capitalista, apuntando las posibles reformas para la transformación de la administración de justicia.

En la opinión del sociólogo de la Universidad de Coimbra⁸, la praxis de la legalidad capitalista es revelada por la articulación de tres componentes estructurales básicos: la *retórica*, la *burocracia* y la *violencia*. En el paradigma moderno de normatividad tecnoformal, cada uno de estos elementos posee internamente su lógica y principios organizacionales

⁷ A finales de los años ochenta, las tendencias del grupo belga se encaminaron hacia las cuestiones relativas a la teoría de la regulación en el derecho y hacia las formulaciones jurídicas sistémicas. Ver Van der Kerchove y Ost (1988). En la década de los noventa, François Ost (1997) incursionó en los problemas ambientales.

⁸ Aquí también podemos mencionar a António Manoel Hespanha, profesor del Instituto de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Lisboa, como uno de los más importantes investigadores críticos en el ámbito de la metodología histórico-jurídica y de la historia institucional moderna. Sus obras *A História do Direito na História Social* (1978), *História das Instituições. Épocas Medieval e Moderna* (1982), *Justiça e Prospectiva* (1993) y *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia* (1997), acentúan la dimensión social y cultural del derecho y de las instituciones jurídicas.

propios. Cada una de estas categorías alcanza “una forma de comunicación y una estrategia de toma de decisiones”, de la siguiente forma:

La retórica se basa en la producción de persuasión y de adhesión voluntaria por medio de la movilización del potencial argumentativo de secuencias y artefactos verbales y no verbales, socialmente aceptados. La burocracia se funda en la imposición autoritaria a través de la movilización del potencial demostrativo del conocimiento profesional, de las reglas formales generales y de los procedimientos jerárquicamente organizados. La violencia, por su parte, se basa en el uso o en la amenaza de la fuerza física. (Santos, en Soares *et al.* 1985, 81; *ver también* Santos 1998, 91-101)

La especificidad de la legalidad capitalista radica en el funcionamiento y la interacción conjunta de estos tres requisitos que, una vez estructurados, establecen relaciones en los niveles de “covariación cuantitativa”, de “combinación geopolítica” y de “interpenetración cuantitativa” (Santos, en Soares *et al.* 1985, 81-83; Santos 1983, 143-145). Para Santos, el modelo jurídico estatal capitalista se ha caracterizado, en los últimos dos siglos, por la retirada gradual de la retórica, relegada a las áreas dominadas de la periferia político-económica, así como por la expansión progresiva de la burocracia y de la violencia, predominantes en la esfera del núcleo hegemónico.

La configuración de este modelo teórico permite alcanzar formas para superar la crisis del paradigma tradicional del derecho, definiendo profundas reformas cualitativas que favorecerán el surgimiento del “modo de producción jurídico dominado por la retórica”. Aunque reconozca el tipo de reforma que pasa por la “administración tecnócrata de la justicia”, Santos se interesa por modelos alternativos de administración de justicia, tales como la “informalización/deslegalización de la justicia”, y la “justicia comunitaria”, a través de la mediación o de la conciliación, que comprende la “creación de procesos, instancias e instituciones relativamente descentralizados, informales y desprofesionalizados que sustituyan o complementen (...) la administración tradicional de la justicia para volverla, en términos generales, más rápida, más barata y más accesible” (Santos 1983, 140). Esas reformas hacen posible la construcción de otro derecho, un modelo jurídico que limitará y restringirá el espacio de dominación de las categorías de “burocracia” (dominio de la jerarquía normativa) y de “violencia” (ordenación de la legitimidad bajo coacción) y que promoverá igualmente la expansión de la “retórica” como proceso dialógico de negociación y de participación. En la formulación del nuevo paradigma jurídico estatal hay que consi-

derar también el desplazamiento paralelo del conocimiento científico, ya que el nuevo conocimiento de científicidad como utopía “apuntará hacia la dicotomía liberación/opresión” (Santos, en Soares *et al.* 1985, 96-97). La estructura dual del poder que se hace efectiva en la dominación política capitalista refleja, en las periferias sociales dependientes, la tipicidad de una retórica jurídica marcada por la opresión lógica de la burocracia y de la violencia. En este contexto se puede pensar en el potencial liberador de la pluralidad de paradigmas jurídicos, representada por la existencia de la legalidad paralela.

En sus más recientes investigaciones, Santos ha estudiado cuestiones relativas a la transición del derecho en la posmodernidad y a los efectos de la globalización en las prácticas legales. Esto implica que el orden jurídico estará dirigido hacia un horizonte social democrático y emancipatorio, capaz de asegurar y ampliar los derechos individuales y colectivos. Se trata aquí del hecho de privilegiar el espacio de un nuevo “minimalismo jurídico”, es decir, la “expresión relativa del valor simbólico del derecho, la cual tiene lugar en la transición del derecho máximo al derecho mínimo” (Santos 1989a, 113-123; 1989b, 223-263)⁹.

CORRIENTES CRÍTICAS DEL DERECHO EN AMÉRICA LATINA

Las principales tendencias del pensamiento crítico del derecho trascienden los horizontes de la doctrina norteamericana y europea, extendiéndose por los países latinoamericanos, especialmente México, Argentina y Brasil. Debido a la fuerte influencia de la cultura anglosajona sobre la Escuela Analítica Argentina, es evidente el gran interés de algunos juristas de Buenos Aires por los Critical Legal Studies. A partir de los años ochenta fue igualmente importante la influencia de diferentes tendencias marxistas, provenientes del Uso Alternativo del Derecho (Italia) y de la Asociación Crítica del Derecho (Francia), sobre amplios sectores del derecho crítico latinoamericano, entre los cuales está el grupo de juristas mexicanos reunidos en la Universidad de Puebla y en la Universidad Autónoma Metropolitana de México/Azcapotzalco. Esta influencia se extiende también a las posturas aisladas de juridicismo marxista (Chile, Perú y Colombia), al movimiento crítico de Buenos Aires (enfo-

⁹ Sobre la crisis del “paradigma dominante” y del “paradigma emergente” en la sociedad, véase Santos (1987, 1989c). Sus últimos trabajos apuntan hacia el descubrimiento de nuevos rumbos metodológico-epistemológicos (Santos 1990, 1991, 1994, 1998, 2000).

ques de tipo lingüístico-psicoanalítico), así como a las jornadas y los encuentros de la Asociación Latinoamericana de Metodología de la Enseñanza del Derecho (Almed), integrada por jusfilósofos e investigadores empíricos de distintas nacionalidades, cuyo núcleo se encuentra en Brasil. La proliferación de ideas críticas sobre la enseñanza jurídica y las nuevas investigaciones metodológicas sobre el derecho fueron publicadas en el principal vehículo de difusión de la Almed, la revista *Contradogmática*, que en los últimos años ha dejado de ser editada.

Además de la profunda influencia del grupo mexicano de crítica jurídica (coordinado por Oscar Correas) y de la Almed (coordinada por Luis A. Warat), tienen gran importancia otros órganos o institutos regionales de investigación sociopolítico-jurídica, entre los cuales podemos citar al Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (Clacso), en cuyo seno se encuentra un grupo de investigadores sobre el derecho y las ciencias sociales con sede en Buenos Aires y que ya cuenta con más de dos décadas de experiencia; al Grupo Latinoamericano de Criminología Crítica, que en los últimos diez años ha venido promoviendo fructíferos intercambios y publicaciones crítico-legales; al Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), localizado en Bogotá, el cual tiene como principal órgano de divulgación la revista *El Otro Derecho*; al Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), con sede en Buenos Aires y dirigido por Octavio Carsen, y al Centro de Acción y Reflexión para el Cambio (Quercum), establecido en Santiago de Chile y conducido por el abogado popular Manuel Jacques. Todos estos movimientos e instituciones han dado prioridad a los temas del uso alternativo del derecho, los derechos humanos y la asesoría jurídica popular.

La crítica jurídica en México

Uno de los núcleos más fuertes de la investigación jurídica progresista latinoamericana se encuentra en México, alrededor de las investigaciones publicadas por la revista *Crítica Jurídica*, cuyo principal representante es Oscar Correas (ver Jeammaud 1982; Novoa Monreal 1985; Correas, en Miaille *et al.* 1986). Igualmente mencionamos a Graciela Bensusan, Jorge Luis Ibarra (rector de la Universidad de Sonora), Antonio Azuela (Grupo de la UAM/Azcapotzalco) y a Jesús Antonio de la Torre Rangel (Facultad de Derecho de Aguascalientes).

Desprovista del antiguo apoyo institucional de la Universidad de Puebla, y debido a la partida de Oscar Correas para la UNAM de Ciudad de México, la revista *Crítica Jurídica* pasó a ser editada por el Instituto

de Investigaciones Jurídicas. En 1996, Correas se vio obligado a abandonar este Instituto, pasando por la Facultad de Ciencias Políticas y estableciéndose en el Centro de Investigaciones Interdisciplinarias¹⁰.

Oscar Correas, jurista argentino radicado en México, se perfila como uno de los principales teóricos del pensamiento crítico mexicano y uno de los responsables directos del éxito de las publicaciones de *Crítica Jurídica*. A partir de presupuestos de índole marxista, Correas hace una crítica contundente al derecho moderno. Oponiéndose a la crítica jurídica formal del positivismo, el autor defiende una ciencia jurídica material dirigida a los contenidos normativos como consolidación de los fenómenos socioeconómicos. En su obra *Ideología jurídica*, Correas busca demostrar, mediante una serie de ensayos, los problemas y los límites de las concepciones del derecho derivados de la distinción/oposición “estructura-superestructura” y de algunas imprecisiones de la teoría de Pashukanis, así como del proceso de funcionamiento de la normatividad capitalista en el ámbito del derecho civil, laboral, económico, público, penal, etc. De su trabajo se desprende la propuesta de que el derecho es una “forma social”, es decir, una de las formas de existencia de las relaciones sociales, sin reducirse a un simple “fenómeno económico esencial” ni a la forma que le es dictada por el Estado. La “forma jurídica” (apariencia concreta) es la “forma especial normativa de existencia de los fenómenos básicos. (...) El objetivo de la crítica es esa dimensión normativa que comúnmente llamamos jurídica, dimensión que no está separada de lo económico sino que es su modo concreto de existencia” (Correas 1983, 15, 38-39).

Avanzando en su crítica al derecho moderno e inspirándose en la teoría del valor propuesta por Marx en *El capital*, el autor plantea, en su obra *Introducción a la crítica del derecho moderno*, que las normas del sistema (la circulación de mercancías, la compra y venta de la fuerza del trabajo y la circulación del capital) son la expresión del fenómeno económico exclusivamente capitalista. Así, queda demostrado que el “derecho moderno contiene una ‘lógica’, una estructura que no es sino la forma ‘normativa’ de las exigencias de la reproducción ampliada del capital” (Correas 1986b, 7-8). En sus posturas más recientes, el autor de-

¹⁰ Además de la revista *Crítica Jurídica*, que desde el número 17 de 2000 está siendo publicada por las Facultades de Brasil con apoyo del Centro de Investigaciones de la UNAM y de la Universidad de Sonora, registramos la existencia de otras revistas críticas como *Alter e Inter Criminis* (del Inacipe). A propósito del “marxismo jurídico” en México y en América Latina, véase De la Torre (1989, 157-195).

muestra su interés tanto por las investigaciones que incluyen una crítica de naturaleza sociopolítico desmitificadora del formalismo kelseniano, como por los análisis del derecho indígena, del pluralismo legal, de la racionalidad jurídica y de la política del derecho entendida como “crítica jurídica”¹¹. Al parecer de Oscar Correas, la “crítica jurídica”, aunque sea una forma de la “teoría crítica” del derecho, no debe ser confundida con ésta, ya que opera con base en datos concretos al paso que objetiva la aplicación de una práctica política transformadora. Por su parte, la “teoría crítica”, como su propio nombre lo indica, incide fundamentalmente en la esfera de la especulación y de la teorización.

La contribución teórica del jurista Jesús Antonio de la Torre Rangel (profesor de la Universidad de Aguascalientes e integrante de la Escuela Libre de Derecho) es la más original e innovadora propuesta de epistemología jurídica crítica, dedicada a la liberación popular latinoamericana. En las obras *El derecho como arma de liberación en América Latina* y *El derecho que nace del pueblo*, De la Torre deja en claro su crítica a los diversos modelos de normativismos formales predominantes en la cultura burguesa occidental, así como su opción por un jusnaturalismo histórico adecuado a América Latina. Este último se basa en los principios de la “filosofía de la liberación”, lo cual permite reconsiderar la problemática “justicia/bien común” y contribuye estratégicamente a la crítica permanente del sistema social vigente. Para De la Torre, es preciso buscar la superación de la juridicidad moderna existente, ya que el “derecho vigente es mucho más expresión de injusticia y opresión que de justicia. (...) La injusticia instalada en nuestra sociedad latinoamericana no se debe a que el derecho no se aplica, sino a la aplicación misma del derecho vigente” (De la Torre 1984, 23). En la nueva organización de la sociedad, el derecho deberá nacer del pueblo, un derecho “desde la perspectiva de los oprimidos con el carácter de creadores”, un derecho encarado como instrumento de lucha y de cambio social en América Latina (De la Torre 1984, 14-15; 1986a, 12-13; 1991; 1992; 1997; 1998; 2001).

Para este autor, no hay duda de que la conquista de los derechos por parte del pueblo no se lleva a cabo necesariamente por medio del derecho positivo dominante, ya que el “pueblo puede manejar también conceptos basados en el sentimiento de justicia”, surgidos de su propia

¹¹ Estas preocupaciones fueron demostradas en varios ensayos. Véase Correas 1989, 403-413; 1990, 35-51. El avance de las posturas epistemológicas puede comprobarse en sus más recientes libros (Correas 1994a, 1994b, 1995a, 1995b).

experiencia histórica en tanto que pueblo explotado. Del mismo modo, esta juridicidad “que fundamenta la exigencia de sus derechos sobrepasa la realidad del derecho positivo. Se fundamenta en la concepción misma de la justicia y está inspirada en el concepto histórico de justicia, alternativa al concepto de ‘justicia conservadora’ de la legalidad vigente” (De la Torre 1984, 29; 1986a, 18-19). En contraposición con las orientaciones clásicas jusfilosóficas (positivismo, jusnaturalismo y marxismo), De la Torre opta por una teoría jurídica crítico-instrumental colocada al servicio de los oprimidos. De ella se desprende una ética política libertadora que se aproxima a la propuesta ontológica del filósofo y teólogo argentino Enrique Dussel.

Desde esta perspectiva, es fundamental relacionar el nuevo derecho que “nace del pueblo” con las categorías de centro/periferia, dependencia/emancipación, totalidad/exterioridad, dominación/liberación y dialéctica/analéctica. La conciencia de esa problemática permite edificar la auténtica juridicidad del otro, la “revelación del hombre con toda su dignidad personal” (De la Torre 1983, 96-132; 1986a, 56; 1986b, 391-402). Para ello, es igualmente importante la utilización del método analéctico que, partiendo de la realidad social (totalidad/exterioridad), “abre la posibilidad en la filosofía jurídica” de cuestionar, permanente y críticamente, “el concepto de lo justo de la juridicidad en el modo de producción capitalista”. El derecho moderno acaba siendo

superado por lo verdaderamente justo, que, para la totalidad, es ilegal. La justicia y el bien común, vistos desde la perspectiva del otro, recobran su sentido ya que el otro, desde la exterioridad del modo de producción y su juridicidad, provoca una legalidad de la justicia. La juridicidad moderna, así como cualquier otra juridicidad alienante, será superada en la reflexión filosófica (...), cuando el otro fuere reconocido como otro. El primer momento será reconocer la desigualdad de los desiguales y, a partir de ello, admitir el reconocimiento pleno, ya no de lo desigual sino de lo distinto, portador de justicia en tanto que otro. (...) Por esa razón se cuestiona y se coloca en situación de crisis el derecho de la modernidad (...) que existe con el fin de mantener el lucro y el poder. (De la Torre 1986a, 55-56)

Antes de cerrar esta breve alusión al trabajo jurídico crítico en México es importante mencionar los aportes del filósofo del derecho Arturo Berumen Campos y los del grupo de pensamiento jurídico crítico con sede en el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe), en el cual se destacan Fernando Tenorio Tagle, Alicia González Vidaurri, Augusto Sánchez Sandoval y Luis González Plascencia.

Chile y Colombia: aportes marxistas al derecho

La aparición de una preocupación jurídica teórico-práctica con claras resonancias de la crítica marxista inspiró y a la vez dominó los estudios de algunos abogados, tanto en México como en Chile, Perú, Colombia y Cuba¹². Como contribución al pensamiento jurídico en Chile, podemos mencionar a Eduardo Novoa Monreal y a Manuel Jacques, y en Colombia los trabajos de Víctor Manuel Moncayo, Gilberto Tobón Sanín, Eduardo Rodríguez M., Germán Palacio, Fernando Rojas Hurtado y Germán Burgos.

Durante muchos años, Eduardo Novoa Monreal fue profesor de teoría general del derecho y de derecho penal en la Universidad de Chile, presidente del Instituto de Ciencias Penales Chilenas y asesor jurídico del gobierno de Salvador Allende entre 1970 y 1973. Las raíces de sus polémicas investigaciones críticas surgen, por primera vez, cuando ataca el sistema legal oficial en la revista *Mensaje* (Nº 134) de Santiago de Chile, en noviembre de 1964. La obra crítica esencial de Novoa Monreal fue *El derecho como obstáculo al cambio social* (1980), la cual lo proyectó internacionalmente y alcanzó ocho ediciones hasta 1986. No se trata de una crítica general y acabada a la teoría dogmática del derecho, sino de una crítica a determinados mecanismos jurídicos obsoletos e ineficaces, los cuales, en la medida en que reproducen los “principios, conceptos y valores del capitalismo y de la ideología conservadora liberal-individualista”, acaban obstaculizando el desarrollo y los cambios de las estructuras sociales (Novoa Monreal 1980; 1985, 77-79). Otros trabajos críticos como *Derecho, política y democracia* o *Instrumentos jurídicos para una política económica avanzada* permiten que el autor retome y profundice algunas cuestiones, como la propiedad privada, los derechos humanos, la democracia en el proceso de socialización y los medios normativos para la implementación de proyectos políticos eficaces (Novoa Monreal 1983, 1987).

¹² No podemos dejar de mencionar la importancia del trabajo de algunos investigadores jurídicos en Perú y Cuba, tales como Jorge Rendón Vásquez, especialista en derecho laboral y profesor emérito de la Universidad Mayor de San Marcos en Lima (entre muchos otros, véase Rendón 1989). En lo que respecta a los juristas cubanos, debemos destacar a Julio Fernández Bulté, profesor de filosofía jurídica (Fernández *et al.* 1984), a Delio J. Carreras Cuevas, historiador y profesor de derecho romano (Carreras 1977), ambos integrantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, y a Hugo Azcuy Henríquez, especialista en derecho constitucional del Centro de Estudios sobre América (CEA-La Habana).

Sólidamente sustentada en posturas socialistas, muy próximas al marxismo clásico, la teoría de Novoa Monreal entiende el derecho no como una auténtica ciencia, sino como

una técnica instrumental destinada a servir por igual las distintas ideologías que se dividen a favor de quien decide la suerte (...) y de quien ejerce el poder en una sociedad. Las ideas políticas y sociales dominantes determinan lo que debe ser el Estado y moldean el contenido de las normas jurídicas. Por consiguiente, para determinar el contenido del derecho resulta decisiva la consideración de la forma de organización social para la cual éste está destinado a servir, conforme ella sea liberal-individualista, reformista o revolucionaria. (Novoa Monreal 1985, 80-82, 93)

En el contexto progresista latinoamericano, la vasta producción crítica de Novoa, aunque fuertemente marcada por un radicalismo jurídico marxista, ha tenido una amplia repercusión que sobrepasa las fronteras de su país de origen.

Igualmente ejemplares son los esfuerzos teóricos del abogado popular chileno Manuel Jacques, profundamente comprometido con las prácticas y los servicios legales alternativos considerados como un proceso innovador y transformador. Su intento se resume en buscar una abogacía orientada hacia la satisfacción de “necesidades fundamentales” (sustentabilidad, subsistencia y realización del individuo y de la persona humana), capaz de transformar el orden establecido y de avanzar en la construcción de una “nueva utopía como expresión de un proyecto real de liberación”, socializando el derecho y edificando la normatividad a partir de las realidades cotidianas. En sus ensayos más recientes –principalmente en “Una concepción metodológica del uso alternativo del derecho”–, Jacques propone la sistematización, la metodología y los contenidos para el ejercicio de los llamados “servicios legales alternativos”. Frente a la construcción teórico-práctica ya estructurada, estos programas han sido “recibidos con inmenso entusiasmo a lo largo y ancho de la geografía chilena, así como en otros países latinoamericanos. Sus posiciones, de matices gramscianos, combinadas con una buena dosis de originalidad, se incluyen entre las más logradas” entre los pensadores críticos del derecho (Rojas Hurtado 1988). Su trabajo teórico se complementa con una efectiva práctica legal popular, vinculada a la coordinación del Centro de Acción y Reflexión para el Cambio (Quercum), creado para la atención y defensa de los derechos humanos de todos aquellos que sufrieron la discriminación del régimen fascista de Pinochet.

Más allá del contexto chileno, sobresalen las formulaciones jurídico-filosóficas de corte marxista de algunos autores colombianos. En sus

inicios, el pensamiento jurídico crítico en Colombia buscó, como lo señala Quiñones Páez (1987, 46), indagar la consolidación del derecho como “relación de dominación, así como el papel que en él se le da a lo ideológico y al Estado, sus implicaciones con respecto al delito y a la política criminal, y el contenido de la práctica jurídica en sí misma”.

En primer lugar, debemos mencionar al jurista formado en la Universidad Nacional de Colombia, Víctor Manuel Moncayo, quien se ha acercado al ámbito de la teoría crítica del derecho con dos ensayos denominados “El derecho: una relación de producción” y “Sobre el derecho en las formaciones sociales capitalistas”. En opinión de Quiñones Páez, Moncayo pretende alcanzar dos objetivos esenciales: definir el papel del derecho en el proceso de obtención de la plusvalía y analizar su función como vehículo obligatorio en la manifestación y realización de los intereses de clase (Quiñones Páez 1987, 46).

Igualmente, Gilberto Tobón Sanín, catedrático de la Universidad Nacional –seccional Medellín–, publicó un estudio sobre el “Carácter ideológico de la filosofía del derecho” en el cual busca resaltar las limitaciones de la teoría del derecho, deformada por criterios ideológicos de inclinación jusnaturalista y positivista. También merecen la atención las investigaciones de Germán Palacio (miembro de ILSA) sobre los servicios legales populares, las prácticas jurídicas críticas, las relaciones de producción capitalistas, el pluralismo jurídico y los impactos de la globalización (Palacio 1993).

Para terminar, es importante mencionar el trabajo de Fernando Rojas Hurtado, autor con una sólida formación en derecho, sociología jurídica y administración pública. Entre sus más importantes trabajos están *Luchas obreras y política laboral en Colombia* (escrito conjuntamente con Moncayo), *Derechos humanos y crítica social en América Latina*, *Criminalidad y constituyente*, así como sus publicaciones en la revista *El Otro Derecho*, que abordan las “comparaciones entre las tendencias de los servicios legales en Norteamérica, Europa y América Latina”. Examinando la crítica marxista del derecho en Colombia, Quiñones resalta la variedad de materias abordadas por Rojas Hurtado. En un primer momento, su interés se centró en una filosofía crítica criminal, en la cual se busca revelar, de un lado, “... el sentido causal del aparato estatal de represión del delito; de otro lado, señalar el cambio que el desarrollo del capitalismo provocó con respecto al objeto de represión desde el hecho del crimen hasta la persona del criminal”. Igualmente, Rojas buscó elucidar el significado de algunos de los delitos más

generalizados al interior de las relaciones burguesas de producción (Quiñones Páez 1987, 48-50).

Igualmente, Rojas llevó a cabo una amplia investigación relacionada con las múltiples prácticas jurídicas alternativas, articulando esas experiencias populares por medio del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA-Bogotá) y de su principal órgano de difusión, *El Otro Derecho*, del cual fue director.

Es importante resaltar el aporte institucional de ILSA –una organización sin ánimo de lucro que se dedica a la promoción de los servicios legales alternativos en la región de América Latina y del Caribe–. Según sus propósitos, definidos en la presentación del primer número de la revista *El Otro Derecho*, la expresión “alternativos” debe ser entendida como aquellos “(...) grupos de apoyo jurídico popular que buscan defender intereses colectivos mediante la organización comunitaria y la capacitación legal orientada hacia la movilización y la autoorganización” (Rojas Hurtado 1988, 3)¹³. En sus veinticinco años de existencia, ILSA no sólo ha privilegiado el estudio de culturas legales informales, sino que, ante todo, ha incentivado la formación de prácticas jurídicas nacionales renovadoras en toda América Latina. Con este intento, su consejo directivo, constituido por personas de diversos países, articula “(...) encuentros de capacitación y de intercambio de experiencias, estudios de campo, en los cuales se contextualiza y evoluciona el trabajo de los grupos de servicios legales alternativos, publicaciones de informaciones y análisis, campañas de denuncia, de solidaridad y de movilización a favor de las reivindicaciones populares” (Rojas Hurtado 1998, 3-5). Los grupos de servicios legales alternativos vinculados directa o indirectamente a ILSA se preocupan principalmente por las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, y trabajan con grupos de mujeres, negros, indios, campesinos, desplazados y organizaciones sindicales.

ILSA también ha promovido las publicaciones más recientes sobre estudios jurídicos críticos en América Latina, entre las cuales se destaca el proyecto dirigido por César A. Rodríguez y Mauricio García. Bajo la coordinación de estos dos sociólogos del derecho colombianos, un grupo de autores de diversos países, disciplinas y perspectivas han reflexionado acerca del pasado y futuro de los estudios críticos sobre el derecho en la región (*ver* García y Rodríguez 2003).

¹³ Sobre la reafirmación de los objetivos y funciones de esta institución, véase el manifiesto conmemorativo de los diez años de ILSA: ILSA (1989, 5-49).

El movimiento crítico en Argentina

No existe propiamente una “escuela” crítica argentina, ni tampoco se puede hablar de una “teoría crítica” sistematizada y reconocida por el consenso intelectual. El panorama del pensamiento “antidogmático”, principalmente en la Universidad de Buenos Aires, adoptó una especificidad similar a la presentada en la España democrática posfranquista. De la misma forma en que los jusfilósofos críticos españoles se convirtieron, con la llegada del socialismo al poder, en justificadores analíticos de la legalidad vigente, muchos juristas insurgentes en Argentina acabaron comprometiéndose y ejerciendo altas funciones durante la administración de Raúl Alfonsín. En ese sentido, Luis A. Warat recuerda que algunos de los teóricos reconocidos como “críticos”, al paso que desarrollaban investigaciones en torno a la retórica desmitificadora, no hicieron sino discursos jurídicos del ejercicio del poder. Se esconde, detrás de ciertas “teorías críticas”, la intención incontrolable de contar con una práctica político-ideológica perfectamente definida.

Con estas aclaraciones, cabe señalar que la preocupación por un pensamiento jurídico “antidogmático” estuvo presente en muchos juristas-investigadores, quienes –a pesar de los distintos enfoques epistemológicos– coincidieron en algunas cuestiones centrales que se resumieron en problemas como la intersección “derecho/sociedad”, el papel de la ideología como elemento constituyente del discurso jurídico, el derecho como discurso de poder, los análisis que involucran la sociología jurídica y las relaciones entre el derecho y el psicoanálisis (Correas 1987, 169-170; Cárcova *et al.* 1991).

El aparato represivo y la discriminación política que azotaron a Argentina durante el autoritarismo de los regímenes militares hicieron que muchos autores desarrollaran su trabajo intelectual en el exterior. Es el caso de Oscar Correas, Graciela Bensusan (los dos en México) y Luis Alberto Warat (en Brasil). Igualmente, otros teóricos argentinos hicieron notar su presencia con reconocidos trabajos, como José María Gómez –politólogo que desarrolla investigaciones en el área de los derechos humanos en la PUC/RJ (Brasil)– o Roberto Bergalli, quien está vinculado a la Universidad de Barcelona y ha hecho una destacada contribución tanto a la sociología jurídica como a la criminología crítica. Bergalli fue, entre 1994 y 1995, director científico del Instituto Internacional de Sociología Jurídica en Oñati, España¹⁴.

¹⁴ Además de sus estudios sobre sociología y criminología crítica, Roberto Bergalli ha partici-

Probablemente, al no haber una “escuela” crítica o un pensamiento cuestionador uniforme, aparecen análisis de diferentes matices, bien sea en publicaciones colectivas y en trabajos individuales, o en ensayos editados en revistas especializadas. Las diversas aproximaciones epistemológicas están atravesadas por una crítica de perspectiva ecléctica –dialéctica/discursiva/ideológica multiculturalista, con autores como Ricardo Entelman, Carlos M. Cárcova, Alicia E.C. Ruiz–, sistémico-sociológica –Enrique Zuleta Puceiro– y psicoanalítica –Enrique Eduardo Marí, Enrique Kozicki y otros– (véase Cárcova *et al.* 1991).

Igualmente, Carlos M. Cárcova se ha preocupado por definir los parámetros de un paradigma jurídico adecuado al análisis estructural de la sociedad. Para él, la investigación de carácter interdisciplinario implica mucha cautela y sentido de autocrítica, pues “una cosa es advertir sobre la insuficiencia de ciertos modelos de conocimiento (...) y otra es estar en condiciones de generar un verdadero modelo alternativo” (Cárcova, en Correas 1987, 170). En la constitución de la nueva teoría que contenga el nuevo paradigma social en su conjunto y la especificidad de la instancia jurídica, es esencial articular otra noción de científicidad venida de la epistemología de Bachelard, de la relectura de Gramsci, Legendre, Lefort, Castoradis y de los presupuestos de la Escuela de Frankfurt.

Al referirse al movimiento crítico en Argentina, Carlos Cárcova señala que, en primer lugar, se buscó dar una respuesta a los problemas del derecho desde perspectivas materialistas. Con el paso del tiempo se abandonaron las posturas iniciales y se comenzó a pensar en la necesidad de comprender el derecho como un ‘momento’ del todo social, que solamente se podría explicar a partir de un discurso transdisciplinario, de intersección de distintos saberes (Cárcova, en Correas 1987, 172). Entre tales saberes están la economía, la política, la historia, el psicoanálisis y la antropología. Tal convicción implicaba que cada uno de los teóricos críticos fuera insistiendo en parámetros diferentes: algunos debían ocuparse de los problemas del derecho y el psicoanálisis; otros, de aspectos relativos a la teoría del discurso, y otros debían guardar los intereses iniciales más vinculados con la teoría del Estado o la sociología¹⁵. Durante los años noventa, el interés de Cárcova se centró en te-

pado en el programa alternativo de práctica judicial democrática. Véanse Bergalli (1984, 1990, 1994) y Bergalli y Marí (1989).

¹⁵ Hablando de estas cuestiones de derecho y psicoanálisis, importa mencionar el trabajo de Alicia Ruiz, quien ha venido investigando el papel de los jueces en las transformaciones

mas de carácter multidisciplinario y transdisciplinario, como el pluralismo jurídico, el derecho alternativo, los derechos humanos, la relación entre el marxismo y el derecho (y entre la regulación y la globalización), y el multiculturalismo (Cárcova 1993, 1996, 1999).

Por su parte, Enrique Zuleta Puceiro, atento a las profundas transformaciones de la filosofía de las ciencias y a la supuesta crisis de los modelos científicos del positivismo, intentó repensar toda la génesis, el desarrollo y la insuficiencia de la racionalidad que sustenta el paradigma dogmático del derecho. Con base en una aproximación histórico-sociológica de contenido sistémico, Zuleta Puceiro señaló la necesidad de establecer un nuevo punto de referencia para la ciencia del derecho, en el cual la “noción de interdisciplinariedad está llamada a desempeñar un papel central” (Zuleta Puceiro 1981; 1987a, 69-74). Esta reconstrucción histórico-sistemática del derecho, fundada en la práctica de una racionalidad crítica, incorpora los presupuestos epistemológicos de la teoría del conocimiento, de la sociología de la ciencia y de la ciencia política. La cuestión de la concepción crítica en el derecho implica no sólo la denuncia de la cultura jurídica fetichizada, envuelta en el reduccionismo y en la deficiencia del formalismo normativista, sino ante todo la recuperación de la interpretación político-progresiva de la juridicidad moderna. De hecho, la renovación del tema de la “politicidad” en el derecho requiere una “teoría de la interpretación efectivamente adecuada a las necesidades de una ciencia jurídica abierta a las transformaciones actuales de la vida social” (Zuleta Puceiro 1987a, 148).

El nuevo tipo de producción teórica se concreta por el esfuerzo conjunto y por la fructífera relación entre autores argentinos y franceses, específicamente dentro del trabajo de Enrique Eduardo Marí y Enrique A. Kozicki. A partir de la relectura de Freud (vía Lacan) y de la difusión de los estudios de Pierre Legendre, el movimiento “juspicoanalítico” de Buenos Aires busca, por un lado, precisar genealógicamente el imaginario representativo que domina la dogmática jurídica discursiva occidental –a través del examen de la intersección efectiva de la intertextualidad de lo “psicoanalítico” y de lo “jurídico”– y, por otro lado, comprender la relación entre el texto normativo en la manipulación de los deseos inconscientes –el montaje en el cual las ficciones son verdaderas– y la función específica de la ley en tanto que estructura represora de la institución social (*ver Entelman et al.* 1982b, Marí *et al.* 1987). En

sociales, el impacto del multiculturalismo en el derecho y la identidad femenina. *Ver* Ruiz (2000).

ese sentido, como bien precisa Entelman, la ley se proyecta al paso que ordena y somete. La ley

no somete solamente por la fuerza física que ella misma organiza y esconde tras el texto, sino que somete también por la manipulación del deseo y por el control de los impulsos. Somete porque es la encargada de canalizar el amor del Poder. La sumisión ya no se encuentra únicamente explicada en las funciones normativas de los órganos jurídicos sino también en las propias pulsiones de los súbditos. Se configura aquí el deseo y el discurso del psicoanálisis en el núcleo de un problema, de un problema que resulta esencial para los juristas. (Entelman *et al.* 1982b, 19)

Es hora de evaluar críticamente el impacto de los mecanismos del discurso jurídico (considerado como un discurso del poder) en la subjetividad humana o en el proceso de textualización de los cuerpos. Como discurso del orden y de lo simbólico, el derecho ocupa la circularidad real del espacio, así como su interacción funcional con las ficciones fundadoras de verdades “en el montaje de referentes sagrados y profanos del Poder” (Marí *et al.* 1987).

Adicionalmente, debemos mencionar el hecho de que Enrique Marí, antes de sus investigaciones y relecturas psicoanalíticas de Foucault, Legendre y Bentham, incursionó en la “teoría de las ideologías” y en la vigorosa impugnación del neopositivismo lógico-empírico, llegando a la propuesta de una epistemología materialista de claras tendencias neomarxistas (véase Marí 1974). En Argentina, Marí es sin duda uno de los autores con una de las más significativas producciones teórico-jusfilosóficas¹⁶.

A pesar de los innegables resultados del grupo “juspicoanalítico” de Buenos Aires, con su gran dosis de originalidad y con la apertura de nuevos horizontes de reflexión que marcaron la ruptura con la racionalidad clásica de la cultura jurídica occidental, es necesario ser cuidadoso al estudiar las posturas que se proclaman crítico-desmitificadoras. Estas corrientes corren el riesgo del elitismo simbólico-lingüístico que desnaturaliza la totalidad de la subjetividad individualista y debilita el proyecto de una práctica social emancipadora.

Debido a su innegable importancia para el movimiento jurídico crítico en América Latina, cabe señalar que la Almed –conformada oficial-

¹⁶ Aunque no haya incursionado en el área de los estudios jusfilosóficos, vale la pena traer a cuento la obra de Eugenio R. Zaffaroni, ya que ésta cuestiona la dogmática tradicional de la justicia penal, desarrollando una postura crítica en lo que se refiere a la política criminal, a los derechos humanos, al derecho público y a la sociología político-jurídica. Entre algunos de sus más importantes trabajos véase Zaffaroni (1991, 1995).

mente en 1974 por juristas argentinos y brasileros, a partir de un simposio en la Universidad de Morón–, después de la preocupación inicial por desmitificar todo el sistema tradicional de enseñanza y de investigación jurídicos, evolucionó hacia un proyecto crítico de denuncia y de redefinición de las formas de producción del conocimiento jurídico dominante (*ver* Rodrigues 1993, 145-147). Como lo aclara Warat, dentro de sus objetivos no está precisar, con rigor y eficiencia, las categorías teóricas para la formulación acabada de un discurso crítico del derecho, sino más bien volverse una “búsqueda” y una “exploración” de ciertas posibilidades desmitificadoras”, sobre todo como “territorio estratégico para la concientización teórica de los juristas” (Warat 1984a, 2). Teniendo en mente el alcance y los límites de los diferentes discursos críticos sobre el derecho –y, al mismo tiempo, tratando de hacer un inventario de los múltiples puntos de referencia comunes–, Warat resalta como principales líneas de investigación crítica de la Almed las siguientes:

- a) el cuestionamiento de las escuelas de derecho; b) la tendencia de reformulación crítica de las bases epistemológicas de la producción del conocimiento científico, tomando la teoría jurídica como forma social a ser explicada y no como explicación de lo real; c) la dirección semiológica a partir del cambio y de la destrucción del paradigma semiológico dominante, paradigma que, al estar basado en presupuestos positivistas y empiristas, era extremadamente insuficiente para mostrar el poder de las significaciones como elemento de organización, legitimación y reproducción de las relaciones sociales. (Warat 1984a, 22)

Es necesario considerar la relevancia de los encuentros, jornadas, congresos internacionales y publicaciones de los diversos autores e investigadores ligados a la Almed, organismo que tuvo como principal ente de divulgación la revista *Contradogmáticas*. A pesar del consenso en torno a la necesidad de hacer la crítica a la teoría tradicional del derecho y de construir otro derecho en el espacio del pluralismo democrático, nunca fue fácil definir la postura política de los integrantes de la Almed. De hecho, este grupo estuvo siempre integrado por investigadores de distintas filiaciones, nacionalidades y de amplio espectro ideológico: socialistas, neomarxistas, liberales demócratas, anarco-surrealistas, pacifistas, demócratas reformistas, etc. El resultado fue una teoría y una práctica heterogéneas, en la que conviven una gama de tendencias antidogmáticas agrupadas en cuatro posturas metodológicas: la sistémica, la dialéctica, la semiológica y la psicoanalítica.

Dado que algunos investigadores de reconocida trayectoria no produjeron trabajos acabados ni contribuciones científicas maduras para

una correcta evaluación (únicamente artículos publicados separadamente), y dada la constante evolución intelectual del grupo, es difícil hacer un balance y una clasificación sistemáticas. Por esta razón, es mejor caracterizar la Almed¹⁷ en términos menos precisos, como una organización compuesta por un amplio círculo de juristas, investigadores empíricos y científicos políticos latinoamericanos de tendencias diversas. Entre los más destacados se encuentran Luis Alberto Warat, Eduardo Angel Russo, Augustín Squella, José María Gómez, Carlos Alberto Plascino, Enrique Zuleta Puceiro, Gisele Cittadino, Leonel Severo Rocha, Tércio Sampaio Ferraz Jr., Roberto A. R. de Aguilar, Joaquim de A. Falcão, Osvaldo F. de Melo y José Alcibíades de Oliveira Jr. Algunos de estos autores, sin embargo, ya se han desvinculado del grupo.

¹⁷ El último encuentro de la Almed (VII Jornadas Latinoamericanas) fue realizado en 1988, en la ciudad de Santa Cruz do Sul. La revista *Contradogmáticas* (Nº 9) fue editada por última vez en 1991.