

CAPÍTULO 12

ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO

Andrés MOLINA OCHOA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Plataforma política*. III. *Por profesores estadounidenses*. IV. *Avanzar una agenda filosófica y política*. V. *Situación actual*. VI. *Bibliografía*

Los *Estudios Críticos del Derecho* (*CLS* por sus siglas en inglés) es un movimiento de pensamiento jurídico de izquierda que se originó a finales de la década de los setenta y comienzos de los ochenta en algunas facultades de derecho de los Estados Unidos. Más que una escuela dogmática en la que todos los participantes adhieren a un conjunto de tesis, *CLS* debe entenderse como una plataforma¹ usada por profesores de derecho estadounidenses con el fin de avanzar su agenda filosófica y política, y transformar la estructura jerarquizada de las facultades de derecho de su país.

I. INTRODUCCIÓN

Escribir un estudio introductorio sobre una escuela de pensamiento jurídico exige tomar decisiones muy difíciles. Es necesario, por ejemplo, elegir entre las muchas tesis defendidas y entre los autores más relevantes. Toda decisión tiene un costo, por exponer una gran variedad de posiciones entre una escuela, en ocasiones se sacrifica la claridad y la brevedad; en otras oportunidades, es la precisión a la que se renuncia.

* Profesor de filosofía en la Universidad Estatal de Nueva York en Old Westbury, Estados Unidos.

¹ Como se verá a continuación, los miembros de los *Estudios Críticos del Derecho* en ocasiones utilizan expresiones espaciales para definir a su movimiento. En español, fue quizás Pérez Lledó quien popularizó la frase “plataforma política” para caracterizarlos, ver: Pérez Lledó, Juan Antonio, *El Movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 58 y 163. Ver también, Pérez Lledó, Juan Antonio, “Teorías Críticas Del Derecho,” en Laporta, Francisco Javier y Garzón Valdés, Ernesto (eds.), *El Derecho y La Justicia*., Madrid, Trotta, 1996, pp. 95.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 1, pp. 435-458.

Estos problemas se acentúan en el caso de los *CLS*. Los Estudios Críticos del Derecho son una tendencia de pensamiento que difícilmente puede ser caracterizada mediante un conjunto de proposiciones. En los *CLS*, como advierte Albert Casamiglia, “diferentes autores piensan cosas diversas sobre los mismos temas”.² En contraste con otras escuelas más tradicionales del pensamiento jurídico, en *CLS* no es posible encontrar al menos una tesis compartida por la mayoría de sus miembros.

Es difícil, también, dar cuenta de *CLS* por la gran cantidad de artículos divulgados no sólo en revistas académicas sino en publicaciones de difícil acceso³ o simplemente sólo circuladas entre los miembros del grupo.⁴ La sola lectura y catalogación de las obras del movimiento es una empresa que demandaría años de trabajo e investigación.

Para agravar las cosas, los *crits*—expresión con la que suele denominarse a los miembros del movimiento— usan con poco rigor académico multitud de escuelas filosóficas y jurídicas, muchas de ellas incluso contradictorias entre sí. Esta babel de citas, referencias e influencias es reconocida en ocasiones como un problema por los mismos *crits*,⁵ en otras, incluso, es defendida como una virtud dentro del movimiento.⁶ En todo caso, virtud o de-

² Calsamiglia Blancafort, Albert, “La retórica de Critical Legal Studies: impresiones de un lector español,” *Doxa*, núm. 11, 1992, 297, p. 297

³ Según Pérez Lledó, existen más de mil artículos escritos por miembros del CLS. Ver: Pérez Lledó, Juan Antonio, *El Movimiento Critical Legal Studies*, *op. cit.*, p. 19.

⁴ Richard Michael Fischl, por ejemplo, señala la no publicada obra de Duncan Kennedy sobre la conciencia legal como el trabajo más fundamental en este campo. Ver: Fischl, Richard Michael, “The Question That Killed Critical Legal Studies,” *Law & Social Inquiry*, vol. 17, núm. 4, 1992, p. 796.

⁵ Hablando sobre el uso de la obra de Wittgenstein hecha por los miembros de *CLS*, Mark Tushnet, uno de los fundadores del movimiento, manifestó: “Por ejemplo, en ocasiones los miembros de los Estudios Críticos del Derecho se acercaron al pensamiento de Wittgenstein cuando hablaban de la indeterminación del derecho, pero los filósofos que sabían más de Wittgenstein que los abogados también sabían que lo máximo que podía sacarse de Wittgenstein para los propósitos de los argumentos de los Estudios Críticos del Derecho exigía que uno se justificara en interpretaciones de Wittgenstein que eran, como menos, extremadamente controvertibles entre los filósofos profesionales.” Ver: Tushnet, Mark, “Survey Article: Critical Legal Theory (without Modifiers) in the United States,” *Journal of Political Philosophy*, vol. 13, núm. 1, 2005, p. 102.

⁶ Duncan Kennedy, otro de los padres de los *CLS*, hablando sobre los filósofos estructuralistas que han influenciado el pensamiento suyo, manifestó: “La idea es que no me preocupa lo que ellos piensen acerca de lo que yo hago con su material, y sé que ellos nunca leerán nada de lo que escribo. Sólo soy un profesor de derecho, ellos están en París, y espero que mueran pronto, y espero que ningún teórico brillante en que dependa mi materia prima llegue a existir hasta que yo me muera, así yo estaré afuera del horrible control de su in-

fecto, una exposición de las diferentes escuelas filosóficas y políticas que han influenciado a los *CLS* implica recorrer desde el marxismo más ortodoxo hasta el post estructuralismo francés (véase, FOUCAULT Y LA TEORÍA JURÍDICA), sin dejar de lado al REALISMO JURÍDICO ESTADOUNIDENSE y al movimiento de DERECHO Y SOCIEDAD, una vasta colección de temas y teorías que difícilmente son entendidas con académica profundidad por cualquier estudioso de la materia.

Por lo demás, presentar la obra de *CLS* es también relatar parte del mundo de intrigas que en ocasiones domina a la academia estadounidense. *CLS* es también una plataforma política en la que profesores de izquierda se refugiaron ante la persecución de los estamentos más conservadores del establecimiento. Por esta razón, es imposible describir a los *Estudios Críticos del Derecho* sin hacer referencia a una cultura compleja y críptica, a la cual se tiene poco acceso salvo las en ocasiones parcializadas declaraciones de los interesados.

Finalmente, para hablar de *CLS* también se necesita un conocimiento de la historia de los Estados Unidos en las últimas décadas, no sólo de los acontecimientos que impulsaron la creación del movimiento y sus primeras publicaciones, sino de los cambios políticos que poco a poco significaron su declive y casi desaparición. La relación de *CLS* con la historia de su país es tan estrecha que carece de sentido presentar al movimiento con solo una exposición teórica de sus principales tesis.

En consecuencia, se buscará describir las principales características del *CLS*, esperando que las mareas producidas por la historia y estructura de las universidades en los Estados Unidos, de los movimientos sociales, del marxismo y de sus críticas, del realismo jurídico estadounidense, no sean tan grandes como para hacernos naufragar en el intento. En especial, se hará hincapié en tres elementos de los *CLS* que los distinguen de otras escuelas y que, de alguna forma, explican lo que podría entenderse como el núcleo teórico del movimiento: 1. La estructura de *CLS* como una plataforma política. 2. El elemento humano de *CLS*; es decir, una tendencia desarrollada, en gran parte, por profesores de derecho pertenecientes a la Academia estadounidense. 3. Con el fin de impulsar o avanzar una agenda política.

II. PLATAFORMA POLÍTICA

Desde sus inicios, los *crits* han entendido al movimiento como un espacio, un lugar, una estructura para avanzar sus ideas políticas y defenderse de

fluencia patriarcal y matriarcal.” Kennedy, Duncan *et al.*, “Critical Legal Theory,” en Tiefenburn, Susan (ed.), *Law and the Arts*. Westport, CT, Greenwood Press, 1999, p. 129.

sus contradictorios.⁷ La plataforma se encuentra localizada en la Academia estadounidense, especialmente en algunas facultades de derecho, sus fines son, en este sentido, político-académicos y no electorales.⁸

Dos hitos históricos son importantes para explicar el nacimiento de la plataforma política en la que se convertiría el *CLS*. El primero fue la conferencia celebrada en la Universidad de Madison-Wisconsin, en 1977.⁹ A esta conferencia, asistieron varios grupos de académicos que compartían tanto el malestar por la forma como el derecho era enseñado en las facultades norteamericanas, como la aspiración por desarrollar nuevos métodos de investigación jurídica que incluyeran ideas de diferentes disciplinas. El segundo hito fueron las persecuciones que sufrieron varios profesores de Harvard que simpatizaban con posiciones de izquierda.

La conferencia de 1977 es, sin duda alguna, uno de los eventos más importantes en la creación del *CLS*. Antes de ella, los profesores David Tubek y Richard Abel habían organizado un programa sobre “Derecho y Modernización” en la Universidad de Yale,¹⁰ financiado por la Agencia para el Desarrollo Internacional, al cual asistieron quienes se convertirían en algunos de los miembros más importantes del *CLS*. Entre ellos, Duncan Kennedy, Nancy Gertner, Helene Iestwaart y Mark Tushnet.¹¹

⁷ Mark Tushnet, por ejemplo, de forma enfática sostiene que los “estudios críticos del derecho son menos un movimiento intelectual sobre el derecho (aunque también lo sea) que una locación política.” Ver: Tushnet, Mark, “Critical Legal Studies: A Political History,” *The Yale Law Journal*, vol. 100, núm. 5, 1991, p. 1515.

⁸ En palabras de Tushnet, “Si los estudios críticos del derecho es la locación para gente que se identifica a sí misma con un proyecto político particular, la sicología de la auto-identificación requiere que ellos se vean a sí mismos como compartiendo ciertos compromisos intelectuales, para ser una locación política en la Academia, en lugar de ser, por ejemplo, una locación política en la política electoral.” Ver Tushnet, Mark, “Critical Legal Studies” *op. cit.*, p.1518. En igual sentido, Duncan Kennedy define al movimiento como, “una intervención, a la vez política e intelectual en el ‘campo académico’ de las facultades de derecho, iniciada y renovada periódicamente por profesores, estudiantas y estudiantes.” Ver: Kennedy, Duncan, “Nota Sobre La Historia de CLS En Los Estados Unidos”, *Doxa*, núm. 11, 1992, p. 283.

⁹ Para una descripción de la conferencia, ver especialmente: Tushnet, “Critical Legal Studies,” *op. cit.*, pp. 1533–1536; Schlegel, John Henry, “Notes Toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies,” *Stanford Law Review*, vol. 36, núm. 1-2, 1984, p. 391; Schlag, Pierre, “Critical Legal Studies” en Katz, Stanley N. (ed.) *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

¹⁰ Pérez Lledó, *El Movimiento Critical Legal Studies*, *op. cit.*, pp. 56–57.

¹¹ Ver, Tushnet, “Critical Legal Studies,” *op. cit.*, p. 1533.

Los participantes del programa no tardarían en darse cuenta de la necesidad de un enfoque nuevo para el estudio del derecho. Como afirma Mark Tushnet, “[e]n el curso de esas discusiones, configurada por la confrontación del realismo jurídico con la teoría social clásica, en un clima de confrontación política, los esquemas de lo que serían los *Estudios Críticos del Derecho* serían bosquejados”.¹²

En una sección posterior, se analizarán las críticas que los por entonces jóvenes estudiantes de derecho hacían a las teorías sociales y jurídicas dominantes de la época. Por ahora, es importante resaltar que en el programa de “Derecho y Modernización” se empezaron a gestar no sólo unas ideas comunes, sino la necesidad de crear una estructura que aglutinara a todos aquellos que deseaban desarrollar un pensamiento jurídico alternativo a las tendencias en boga.¹³ En este sentido, puede afirmarse que el movimiento de los *CLS* había ya nacido en las aspiraciones de quienes impulsaron la Conferencia de 1977, la cual sería, por tanto, sólo la confirmación de las inquietudes ya desarrolladas en el programa de “Derecho y Modernización.”

Según los relatos de quienes participaron en la Conferencia de 1977,¹⁴ al final del encuentro académico quedó claro que existía una fuerte oposición a los dos movimientos que solían albergar a los profesores disidentes de la época, la escuela de la *policy science* y el marxismo ortodoxo. En consecuencia, las necesidades que habían intuido los asistentes al programa de “Derecho y Modernización” se hicieron más palpables y se dio inicio a una serie de conferencias, encuentros y publicaciones que constituirían con el tiempo el corazón de los *Estudios Críticos del Derecho*.

Ahora bien, si la inconformidad con las herramientas teóricas que se usaban para el estudio del derecho había persuadido a los futuros *crits* de la necesidad de crear una nueva tendencia jurídica, su situación laboral los convenció de la urgencia de mantener y fortalecer la plataforma apenas creada. A mediados de la década del ochenta, los estamentos más conservadores de varias universidades intentaron marginalizar, e incluso expulsar, de la Academia a los miembros del *CLS*.

En 1985, por ejemplo, la asociación conservadora *Harvard Society for Law and Public Policy* organizó una conferencia que se llamaba *¿Deberían estar los*

¹² *Ibid.*

¹³ En este sentido, Pérez Lledó afirma, “se intentaba localizar y ofrecer una plataforma a una serie de gente que estaba trabajando en las facultades de Derecho, o en contextos académicos cercanos (sociología jurídica, antropología jurídica, ciencia política), con una cierta predisposición política o cultural vagamente percibida como común.” Pérez Lledó, *El Movimiento Critical Legal Studies*, *op. cit.*, p. 58.

¹⁴ Ver *supra* n. 9

*Critical Legal Studies en las facultades de Derecho?*¹⁵ con el fin de desprestigiar y atacar al reciente movimiento. Semanas después, se daría la que sería conocida como *la batalla de Harvard*, una confrontación entre aquellos académicos que intentaban defender los derechos de cuatro docentes (David Trubek, Daniel Tarullo, Clare Dalton y Zipporah Wiseman), a quienes se les negó ser profesores titulares (tenure) por su pertenencia o cercanía al *CLS*, y las directivas de la Universidad de Harvard.

Los miembros del *CLS* fueron también perseguidos en otras universidades y en círculos distintos a la Academia. Paul Carrington, quien entonces era el decano de la facultad de derecho de la Universidad de Duke, por ejemplo, manifestó refiriéndose a los *crits*: “En un esfuerzo honesto para proclamar la necesidad de una revolución, los profesores nihilistas tendrán más probabilidades de entrenar estafadores que radicales... [Por tanto] el nihilista tienen un deber ético de abandonar la facultad de derecho”.¹⁶ Por su parte, el prestigioso periódico *Wall Street Journal* publicó un artículo en el que criticaba a los *crits* por sus lujos, entre ellos a Duncan Kennedy por tener un Jaguar, en épocas en las que su carro era un Nissan Sentra.¹⁷

La historia de persecuciones que han sufrido los *crits* casi que desde su aparición en la famosa Conferencia en Madison, en 1977, contribuyeron a forjar al *CLS* como un lugar de protección y no sólo como una escuela académica, como una plataforma de pensamiento en la que se refugiaron muchos de quienes eran perseguidos por sus investigaciones o por sus posturas ideológicas. Desde esta plataforma, los *crits* lanzaron originales y repetidos, serios y superficiales, contundentes e inocuos ataques a varias de las tesis defendidas por la filosofía jurídica de la época.

III. POR PROFESORES ESTADOUNIDENSES

El *CLS* es un movimiento de profesores estadounidenses y, como tal, es el resultado de una larga, en ocasiones olvidada, historia de reivindicaciones y luchas sociales en los Estados Unidos en la que la Academia, en ocasiones, ha participado. Mark Tushnet, por ejemplo, sitúa a la generación de los *crits*, como aquella hija de las víctimas del macartismo. Para ellos, el dere-

¹⁵ Para un recuento sucinto de la conferencia, ver: Pérez Lledó, Juan Antonio, *El Movimiento Critical Legal Studies*, *op. cit.*, p. 84.

¹⁶ Citado por: Kelman, Mark, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1987, p. 9.

¹⁷ Fischl, “The Question That Killed Critical Legal Studies,” *op. cit.*, p. 780.

cho no fue sólo el mecanismo utilizado por las minorías para lograr sus conquistas sociales—como sucedió con el movimiento de los derechos civiles durante los sesenta— sino el instrumento usado para perseguir y criminalizar a la protesta social ante el Comité de Actividades Anti Americanas de la Cámara de Representantes. Algunos de los miembros del *CLS*¹⁸ vieron cuando niños cómo sus padres eran perseguidos por agentes del orden que se amparaban en la ley para justificar detenciones y acosos contra todo aquel que manifestara alguna afinidad política con la izquierda. La experiencia jurídica de los *crits* no es sólo la de la Corte Warren que acabó con la discriminación racial en las escuelas de los Estados Unidos, también es la del juez Webster Thayer que presidió el proceso de Sacco y Vanzetti.¹⁹

Los *crits* también son herederos de todos los movimientos estudiantiles de los sesenta y de su lucha por una Academia menos jerarquizada.²⁰ La experiencia de una burocracia universitaria que en la mayoría de los casos impidió o no facilitó las protestas en contra de la guerra de Vietnam convenció a muchos *crits* de la necesidad de transformar la enseñanza del derecho y la estructura de las universidades en los Estados Unidos. Por lo demás, una vez los miembros del *CLS* ingresaron en la Academia, pudieron comprobar la rápida transformación que sufren los estudiantes de derecho, de jóvenes idealistas de izquierda a soldados militantes del capitalismo más salvaje. En consecuencia, no es sorprendente que la enseñanza del derecho sea uno de los temas más debatidos y estudiados dentro del movimiento.²¹

¹⁸ Tushnet, "Critical Legal Studies," *op. cit.*, p. 1535.

¹⁹ Nicola Sacco y Bartolomeo Vanzetti fueron dos anarquistas italianos sentenciados a muerte en Estados Unidos, en 1927. Los procesos en contra de Sacco y Vanzetti estuvieron llenos de atropellos; por ejemplo, varios testimonios que exoneraban a los acusados fueron excluidos, sólo porque fueron dados por italianos. Con el tiempo, Sacco y Vanzetti se han convertido en el ejemplo por antonomasia de lo arbitrario que puede ser, en muchos casos, la justicia penal. Para una reseña de los atropellos cometidos por el juez Webster Thayer en contra de Sacco y Vanzetti, ver: Watson, Bruce, *Sacco and Vanzetti: The Men, the Murders, and the Judgment of Mankind*, New York, Viking, 2000.

²⁰ En palabras de Calvin Trillin, los *crits* son herederos del *nose-thumb* de Berkeley, la mueca que consiste en ponerse la mano abierta al frente de la nariz. Esto gesto era característico de los movimientos estudiantiles que en los sesentas luchaban por abrirse espacios en medio de la jerarquizada academia estadounidense. Ver, Trillin, Calvin, "Harvard Law," *The New Yorker*, March 26, 1984, http://www.newyorker.com/archive/1984/03/26/1984_03_26_053_TNY_CARDS_000340258.

²¹ Ver, por ejemplo: Gordon, Robert W., "Critical Legal Studies as a Teaching Method, against the Background of the Intellectual Politics of Modern Legal Education in the United States", *Legal Education Review*, vol. 1, 1989, pp. 59-83; Kennedy, Duncan y Carrington, Paul D., *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: a Polemic Against the System: a Critical Edition*, Nueva York: New York University Press, 2004.

Resumiendo en pocas líneas lo que sin duda ameritaría una mayor reflexión, los *crits* son el producto de una generación que creció con las esperanzas emancipadoras y revolucionarias de los sesenta, pero que se volvió escéptica frente al papel transformador que podían tener ciertas instituciones jurídicas como los derechos humanos o el estado de derecho. Los *crits*, además, son una generación de docentes conscientes tanto del papel transformador que la Academia puede tener en la sociedad, como de su función en la reproducción de las formas más opresivas de poder. Por lo anterior, la lucha de los miembros del *CLS* es, ante todo, académica. La idea es no sólo cambiar las estructuras burocráticas que imperan en las Universidades, sino revisar y contradecir aquellas disciplinas de saber que contribuyen a perpetuar sistemas de dominación. Los *crits*, por tanto, sostienen relaciones de confrontación con las escuelas que más los han influido. Lo que se busca es no sólo aprovechar las tesis más útiles, sino rechazar aquellos elementos de las teorías que impiden dinamizar los cambios necesarios en la sociedad.

Entre las muchas y heterogéneas teorías de las que se han apropiado los *crits*, quizás las dos más importantes son el realismo jurídico estadounidense, el marxismo clásico y el neomarxismo. En la siguiente sección, se analizará la relación de los *Estudios Críticos del Derecho* con estas escuelas.

1. *Realismo Jurídico*

La relación del *CLS* con el REALISMO ESTADOUNIDENSE es un ejemplo claro de lo ambivalente que son los *crits* con las teorías que discuten y apropian. Del realismo, los *crits* retomaron la tesis de la indeterminación, la idea de que no existe una respuesta única a los problemas jurídicos. Para defender esta posición, los realistas se habían centrado en la ambigüedad del lenguaje de las reglas jurídicas. Jerome Frank,²² por ejemplo, había señalado que la acción de un chofer embriagado que atropella a una persona puede bien calificarse como culpa con representación (imprudencia consciente) o dolo eventual, dependiendo del contenido que el intérprete dé a las palabras. Si a esto le sumamos la existencia de reglas contradictorias en todo SISTEMA JURÍDICO y, por tanto, la posibilidad que tienen los jueces de escoger la norma que deseen para justificar sus decisiones, el mito de la no discrecionalidad de los fallos judiciales se derrumba con facilidad (véase, CONFLICTOS NORMATIVOS).

²² Frank, Jerome, *Law and the Modern Mind*. (Garden City, N.Y.: Doubleday & Co., 1963), 109.

Los *crits* retomaron muchos de estos argumentos que cuestionaban la no DISCRECIONALIDAD de las decisiones judiciales,²³ pero modernizándolos para refutar a aquellas teorías que intentaron responder, precisamente, a los retos teóricos originados por el escepticismo ante las reglas defendido por el realismo jurídico. Desmontar el “mito” de la determinación de las decisiones judiciales no era una simple tarea teórica para los *crits*. Con esta labor, ellos pretendían alcanzar, al menos, dos objetivos políticos. En primer lugar, buscaban analizar y reconstruir críticamente las perspectivas políticas de los jueces. En consecuencia, las sentencias no aparecían como textos immaculados creados por semidioses que sólo pronunciaban la sacrosanta voz del pueblo, sino como textos redactados por personas de carne y hueso, interesadas en avanzar una agenda política en medio de una confrontación jurídica. Ejemplos de este tipo de investigación se encuentran en obras como *Libertad y restricción en la decisión judicial*,²⁴ en la cual se pretende analizar las diferentes motivaciones, límites y posibilidades que tienen los jueces al momento de decidir un caso. En otros textos como *A People's History of the Supreme Court*,²⁵ se busca reconstruir las influencias sociales y económicas que impulsaron los cambios más importantes en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

En segundo lugar, desmontar el mito de la determinación permitió a los *crits* diseñar estrategias políticas de litigio. A diferencia de los abogados tradicionales, los miembros del *CLS* no sólo buscaban la protección de los intereses de sus clientes, sino transformar el mismo sistema culpable de la conculcación de los derechos. Un ejemplo interesante de este tipo de análisis se encuentra en el estudio hecho por Peter Gabel y Paul Harris²⁶ sobre el caso de Inez García, una joven latina acusada de asesinar a uno de sus violadores, veinte minutos después de haber sufrido la agresión. El primer abogado de Inez García, Charles Garry, la representó alegando una causal

²³ Con cierta modestia, Mark Tushnet reconoce que, “La teoría crítica del derecho modernizó el escepticismo frente a la ley, pero probablemente no añadió ningún argumento sorprendentemente nuevo a aquellos que los realistas jurídicos habían producido.” Ver, Tushnet, Mark, “Critical Legal Theory,” en *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Golding, Martín P. y Edmundson, William A. (eds.) Malden, MA, Blackwell Pub., 2005, o, 81.

²⁴ Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción En La Decisión Judicial: El Debate Con La Teoría Crítica Del Derecho (CLS)*, Bogotá, Ediciones Uniandes, Instituto de Estudios Sociales y Culturales Pensar, Siglo del Hombre, 1999.

²⁵ Irons, Peter H., *A People's History of the Supreme Court*, New York, Viking, 1999.

²⁶ Gabel, Peter y Harris, Paul, “Building Power and Breaking Images: Critical Legal Theory and the Practice of Law,” *New York University Review of Law and Social Change*, vol. 11, 1983, pp. 369–411.

de inculpabilidad por hallarse la defendida en un estado transitorio de alteración de conciencia. Aunque el resultado fue benéfico para Inez García, en términos jurídicos, no lo fue desde la perspectiva política de la acusada. La estrategia llevada a cabo por Charles Garry se basó en el delito cometido por Inez y no en la violación de la que fue víctima; de esta forma, en opinión de Gabel y Harris, se legitimó un discurso dominante que oculta las agresiones que sufren las mujeres.

En un segundo proceso, Inez García contrató a la abogada feminista Susan Jordan, quien alegó legítima defensa, en lugar de la causal de inculpabilidad aducida por Garry. La idea era, “traducir la regla de la legítima defensa, masculinamente orientada, en una forma que capturara la experiencia de una mujer enfrentando un ataque posible por un hombre”.²⁷ Para los *crits*, lo importante de la estrategia liderada por Susan Jordan no fue el resultado particular del caso, sino las consecuencias políticas del proceso; en especial, que el movimiento feminista se hubiera movilizadado a partir de la situación de Inez García y que hubiera llevado a cabo un cambio en la forma patriarcal y sexista de entender la legítima defensa (véase, además, TEORÍA JURÍDICA FEMINISTA).

Para los miembros de los *Estudios Críticos del Derecho*, como se ha dicho, defender la indeterminación de las decisiones judiciales no sólo es una tesis teórica, es también una herramienta política que les permite tanto criticar como proponer alternativas a las decisiones tomadas por los jueces. Como se evidencia en el estudio del caso de Inez García, al señalar que el juez tiene discreción al momento de decidir fallos judiciales, los *crits* visualizan las sentencias dentro del contexto de las luchas políticas en el que se encuentran, así como diseñan nuevas estrategias para la transformación del derecho y de la sociedad.

Cuando el *CLS* nace, varias décadas habían pasado ya desde que el realismo norteamericano había planteado sus tesis a favor de la discrecionalidad de los jueces. Además, muchas escuelas en boga proponían modelos teóricos que supuestamente resolvían los retos planteados por los realistas. Por esta razón, gran parte de trabajo teórico de los *crits* se dedicó a desmontar las respuestas a los retos del realismo de las más importantes tendencias jurídicas de la época. Quizás los ejemplos más notorios de las luchas de los *crits* contra los intentos reconstructivos se encuentran en las discusiones que tuvieron con Dworkin y con los miembros del movimiento de *Derecho y Economía*.

²⁷ *Ibidem*, p. 382.

Como sugiere Andrew Altman, las críticas de los realistas a la determinación judicial habían olvidado que, “[e]l derecho es más que sólo reglas jurídicas. También es los principios éticos e ideales de los cuales las reglas son una (aunque imperfecta) expresión, y son estos principios e ideas precisamente los que ayudan a guiar a los jueces a un resultado determinado”.²⁸ En este sentido, Ronald Dworkin defendió la tesis según la cual siempre existe una respuesta correcta en el derecho, a pesar de la ambigüedad y las contradicciones que puedan existir en todo ordenamiento jurídico, porque los jueces tienen la obligación de encontrar la mejor interpretación posible de la práctica jurídica existente. Los principios jurídicos y la virtud de la integridad alumbrarían a los jueces en su labor de encontrar el fallo debido²⁹ (véase, TEORÍA INTERPRETATIVISTA DEL DERECHO).

Supóngase que en un país los delitos cometidos durante la noche tienen un agravante que aumenta la pena en cinco meses. Un delincuente comete un crimen en pleno eclipse total de sol ¿Fue el crimen perpetrado de día o de noche?, ¿Se le debe agravar o no la pena al delincuente? Los realistas habían sugerido que en últimas los jueces interpretarían la regla según sus deseos, de manera tal que la cuantía de la pena dependerá del estado de ánimo del intérprete o de sus convicciones políticas, pero no del contenido de la norma. Para Dworkin, en cambio, la respuesta al problema jurídico debe hallarse no sólo en el contenido de la ley, sino en los principios éticos que la justifican. Así las cosas, podría argumentarse que los jueces están en la obligación de no agravar la pena, dado el principio de *in dubio pro reo*.³⁰

Los *crits* reaccionaron en contra de la respuesta ofrecida por Dworkin, señalando que los principios jurídicos no sólo son esencialmente contradictorios,³¹ sino que es imposible encontrar un método o un meta-principio

²⁸ Altman, Andrew, “Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin,” *Philosophy & Public Affairs*, vol. 15, núm. 3, 1986, p. 212.

²⁹ Ver en especial, Ronald Dworkin, *El Imperio de La Justicia*, Barcelon, Gedisa, 1992.

³⁰ Analizar cuál sería el resultado debido aplicando el modelo sugerido por Dworkin escapa al objeto de este escrito. Lo que es importante resaltar, sin embargo, es que para Dworkin los principios jurídicos, en este caso el de *in dubio pro reo*, vacunan a los sistemas jurídicos de la DISCRECIONALIDAD JUDICIAL que existiría en el caso de que el derecho fuera sólo un conjunto de reglas. Ver: Dworkin, *El Imperio de La Justicia*, cap. VI.; TEORÍA INTERPRETATIVISTA DEL DERECHO.

³¹ Dworkin mismo había aceptado que los principios jurídicos se contradicen entre sí. Aun así, para él existe sólo una respuesta correcta incluso en los casos difíciles, porque es posible ponderar entre los principios contradictorios para hallar el que mejor explique y justifique las prácticas jurídicas existentes. En otras palabras, para Dworkin, no es cierto que los jueces elijan discrecionalmente entre principios opuestos, sino que aplican el principio que mejor ilumina el caso: “Cuando dos principios se intersecan [...] quien tiene que resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno.” Ver: Dworkin,

que garantice que no haya discrecionalidad al momento de fallar un caso. En el anterior ejemplo, un juez menos garantista podrá invocar, verbi gratia, el principio de la retribución de la pena para asignar una condena más drástica. Para los *crits*, la solución a este conflicto está mediada por la estructura del ordenamiento jurídico y por las micro-luchas que se dan al momento de decidir el fallo; es decir, por la vocación política del intérprete, por el tiempo que disponga para defender su posición, por el carácter del tribunal de apelación, por la redacción de las normas, por la presión pública, entre otras.³² Todas estas son variables que influyen en el resultado y que no pueden obviarse, como pretenderá Dworkin y otras corrientes afines, con métodos abstractos como la ponderación de Alexy.³³

Algo similar sucedió con la relación entre los *Estudios Críticos del Derecho* y el movimiento de *Derecho y Economía* (véase, ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO). Los miembros de esta escuela³⁴ propusieron acudir a la microeconomía para explicar cómo fallan y deberían fallar los casos jurídicos. De esta forma, se pretendía que los jueces aplicaran métodos objetivos, neutrales, científicos y racionales que permitieran hallar una *apolítica* respuesta al problema en litigio. En consecuencia, la economía se convirtió en la candidata a llenar los intersticios de discrecionalidad inherente a todo sistema jurídico.

Los *crits* respondieron al movimiento de *Derecho y Economía*, señalando los presupuestos políticos de su teoría, en especial del teorema de Coase,³⁵ y

Ronald, "The Model of Rules I," en *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p. 26.

³² Ver en especial, Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción En La Decisión Judicial: El Debate Con La Teoría Crítica Del Derecho (CLS)*, *op. cit.*

³³ Es importante aclarar que la noción de ponderación sugerida por Robert Alexy es distinta a la planteada por Dworkin. Para el primero, los principios son criterios de maximización, para el segundo, son normas que garantizan la protección de un derecho y que vencen consideraciones de utilidad. Por ello, mientras para Alexy la ponderación puede expresarse mediante una fórmula lógica que compara entre la importancia dada a dos estándares, para Dworkin es necesario una profunda investigación sobre la justificación ética de cada principio. Ver, en especial, Dworkin, "The Model of Rules I," *op. cit.*; Robert Alexy, *Teoría de Los Derechos Fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

³⁴ Para una introducción, ver Posner, Richard, *El Análisis Económico Del Derecho*, México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

³⁵ Para una introducción a la discusión entre el movimiento de *Derecho y Economía* y los *Estudios Críticos del Derecho*, ver en especial, Newman, Peter y Kennedy, Duncan, "Law-and-economics from the Perspective of Critical Legal Studies," in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London - New York, Macmillan Reference, Stockton Press, 1998, pp. 465-474; Eastman, Wayne, "Critical Legal Studies," en Bouckaert, Boudewijn y Geest,

cuestionando, por tanto, la supuesta neutralidad y apoliticidad de sus métodos interpretativos y de análisis, así como del valor de la eficiencia. En otras palabras, los miembros del *CLS* mostraron que los métodos de INTERPRETACIÓN JURÍDICA basados en la economía eran sólo una de las facciones en disputa, y que sus resultados dependían de aceptar tesis no comprobadas que servían para disfrazar intereses políticos y de clase. Los seres humanos no son sólo, como presuponen los adherentes a *Derecho y Economía*, egoístas interesados sólo en su propio bienestar y no siempre eligen racionalmente para satisfacer sus preferencias.

Los *crits* no sólo se dedicaron a defender la tesis realista de la indeterminación jurídica, de quienes de alguna forma propusieron modelos teóricos para “solucionar” o “limitar” la discrecionalidad de los jueces, ellos también adoptaron muchos de los métodos de investigación que utilizaron los realistas. Como afirma Mark Tushnet, “La teoría crítica del derecho aprendió del realismo jurídico estadounidense, la percepción de que una explicación del derecho debe combinar un análisis del razonamiento jurídico con la teoría social, vagamente definida.”³⁶

Desde sus primeras críticas a los métodos de enseñanza e investigación jurídica defendidos por Christopher Columbus Langdell,³⁷ el movimiento realista cuestionó la separación del derecho frente a otras disciplinas como la sociología o la filosofía. Siguiendo este camino, con el fin de una mejor comprensión y análisis del fenómeno jurídico, los *crits* sostuvieron diálogos críticos con disciplinas teóricas tan variadas como el marxismo clásico, el deconstruccionismo, la filosofía del lenguaje y el posestructuralismo.

2. *Marxismo Clásico y Neo-Marxismo*

Desde sus inicios, el movimiento de los *Estudios Críticos del Derecho* tomó una postura crítica frente al marxismo clásico.³⁸ La principal disputa entre los miembros de ambas escuelas se dio sobre el papel que el derecho cumple

Gerrit de (eds.) *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar, 2000, pp. 754–789.

³⁶ Tushnet, “Critical Legal Theory,” *op. cit.*, p. 81.

³⁷ Para un resumen de los métodos de enseñanza e investigación jurídica comunes en la época y las críticas del realismo estadounidense, ver en especial, Twining, William, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1973.

³⁸ Para una descripción sobre la relación entre los *crits* y los marxistas clásicos durante la primeras conferencia del *CLS*, ver en especial Tushnet, “Critical Legal Studies,” *op. cit.*; Schlegel, “Notes Toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies,” *op. cit.*

en la transformación de la sociedad. Mientras para el marxismo clásico, los cambios en superestructuras como el derecho son de poca importancia, los *crits* piensan que importantes cambios pueden darse a través de modificaciones en las diferentes representaciones generadas por los sistemas jurídicos.³⁹

Para los *crits*, el marxismo incurre en el error de creer que las decisiones judiciales son determinadas por las fuerzas socioeconómicas. En otras palabras, el marxismo olvida que el derecho no sólo es un espejo de la base material de la sociedad, sino que es un instrumento para crear otras realidades. Los sistemas jurídicos crean conceptos como *derecho subjetivo* o *propiedad privada*, los cuales a su vez determinan la forma de entender las relaciones sociales. Por esta razón, un cambio en el derecho puede significar una verdadera revolución en una sociedad.

Los miembros de los *Estudios Críticos del Derecho* tampoco aceptaron la idea de que los grupos dominantes pudieran controlar todas o la mayoría de las decisiones judiciales. Como afirma Mark Kelman, los *crits* encontraron difícil de creer,

que las élites pudieran dominar cada decisión hecha, ya sea porque los sistemas jurídicos pueden ser relativamente autónomos, o porque los imperativos de consistencia ideológica pueden superar la orientación del resultado, o simplemente porque menos está en juego en cada disputa intrasistémica de lo que los teóricos del dominio de las élites algunas veces insinúan.⁴⁰

Para los *crits*, además, el marxismo no daba cuenta de importantes características de todo SISTEMA JURÍDICO, como el hecho de que los jueces en ocasiones presten más atención a la ley, o a casos anteriores que a la clase social en la que se encuentran,⁴¹ o que muchas reformas jurídicas habían sido propuestas por líderes que de forma sincera deseaban una verdadera transformación social.

El determinismo jurídico defendido por el marxismo clásico, a los ojos de los *crits*, es un elemento conservador que en realidad obstaculiza los cambios sociales y que representa los elementos más oscuros de la política de izquierda. En este sentido, refiriéndose a la posición frente al marxismo de los *crits* en las décadas del 70 y 80, John Henry Schlegel manifiesta que,

³⁹ Para un estudio crítico sobre la relación entre el marxismo y *CLS*, ver en especial: Sciaraffa, Stefan, "Critical Legal Studies: A Marxist Rejoinder," *Legal Theory*, vol. 5, núm. 2, 1999, pp. 201-219.

⁴⁰ Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, *op. cit.*, p. 248.

⁴¹ Tushnet, Mark, "Critical Legal Theory," *op. cit.*, p. 83.

Aun en las más liberales partes del mundo de la academia jurídica, Marx significa Lenin, Lenin significa Stalin, Stalin significa las purgas y los gulags, y los sucesores de Stalin significaban una posibilidad de una economía tecnológicamente avanzada como parte de una sociedad aún más represiva que la nuestra. En tales circunstancias, uno puede entender una aversión a una visión determinista de las relaciones sociales que venía de la izquierda.⁴²

Impulsados por sus divergencias con el marxismo clásico, los *crits* se acercaron a otras posiciones de izquierda más afines con sus postulados, tales como la Teoría Crítica y los movimientos postmodernos. Para algunos autores, incluso, el *CLS* puede entenderse como la aplicación a la teoría jurídica de las herramientas teóricas propuestas por la Escuela de Fráncfort.⁴³

De toda esta variopinta amalgama de autores y corrientes, los *crits* fueron extrayendo diferentes herramientas teóricas que emplearían en sus análisis, en algunas ocasiones con poco rigor académico. Una de ellas fue el denominado *trashing*,⁴⁴ el cual, en palabras de los propios *crits*, consiste en, “mostrar cómo un discurso ha convertido lo contingente en lo necesario, y revelar las interpretaciones alternativas reprimidas que son perfectamente consistentes con las manifiestas premisas del discurso”.⁴⁵

Las discusiones que tuvieron los *crits* con Dworkin y la escuela de *Derecho y Economía*, en gran parte, son ejemplos de *trashing*. Cuando estos movimientos sugerían que la interpretación judicial debía rendir resultados necesarios, gracias a que la ética y la economía respectivamente resolvían el problema de la indeterminación jurídica, los miembros del *CLS* señalaron que aun siguiendo las teorías interpretativas de Dworkin o el teorema de Coase se podría llegar a resultados contradictorios. En consecuencia, la decisión judicial no es el resultado de métodos que conducen a resultados necesarios, sino de procesos en los cuales se ven enfrentadas diferentes facciones políticas.

Los *crits* también adoptaron el método deconstructivista desarrollado por el famoso filósofo francés Jacques Derrida. Los miembros del *CLS* en-

⁴² Fischl, “The Question That Killed Critical Legal Studies,” *op. cit.*, p. 973.

⁴³ En palabras de Pérez Lledó, “CLS ha sido, entre otras cosas, una especie de traslación al campo jurídico de la Teoría Crítica de la Escuela de Fráncfort.” Ver, Pérez Lledó, *El Movimiento Critical Legal Studies*, *op. cit.*, p. 177.

⁴⁴ *Trash* en inglés significa tanto basura como botar a la basura. Ha sido en ocasiones traducida como “operación de descombro”.

⁴⁵ Gordon, Robert, “Law and Identity,” *Tikkun*, vol. 3, núm. 1, 1988, p. 16. Sobre el concepto de *trashing*, ver en especial, Kelman, Mark, “Trashing,” *Stanford Law Review*, vol. 36 1984, pp. 293–321.

tendieron a la desconstrucción como una herramienta⁴⁶ para encontrar el caótico patrón que está detrás del aparente orden legal de las decisiones jurídicas.⁴⁷ En este sentido, autores como Duncan Kennedy intentaron hallar en la historia del derecho de los contratos civiles⁴⁸ patrones que yacían detrás de las diferentes normativas y cambios legislativos: por un lado, una visión de la sociedad liberal, en la cual los seres humanos son agentes responsables e independientes, por otra, una visión paternalista del derecho, según la cual el Estado debe cuidar de los ciudadanos y distribuir sus riquezas. El derecho de los contratos, en consecuencia, es un campo de batalla en el que diferentes concepciones políticas sobre los seres humanos se enfrentan de forma constante a lo largo de la historia.

De otro autor francés, Michel Foucault, los *crits* introdujeron otro concepto, el de genealogía, el cual entendieron como una historia de categorías jurídicas como propiedad, corporación, público o privado.⁴⁹ En este tipo de empresa, como afirma Robert W. Gordon, uno de los principales líderes del movimiento, los *crits* han tenido sus más importantes contribuciones al pensamiento jurídico contemporáneo.⁵⁰

Como ejemplo del uso de la genealogía por los miembros del *CLS*, Gordon sugiere el caso de los manifestantes en los centros comerciales.⁵¹ Tradicionalmente, los abogados han estudiado el problema como un conflicto entre el derecho a la propiedad de los dueños del centro comercial y el de la libertad de expresión de los huelguistas. Según Gordon, la historia puede ayudar, en este caso, señalando las obligaciones que de forma tradicional el derecho exige en compensación por las garantías ofrecidas para proteger la propiedad privada⁵² Los dueños de los centros comerciales, en consecuencia, estarían demandado una protección a los derechos que jamás ha sido

⁴⁶ Es importante aclarar que los *crits* pretendieron utilizar de forma “liberal” herramientas teóricas complejas como la desconstrucción o la genealogía. En este artículo, más que un análisis crítico sobre el uso correcto o apropiado de estos conceptos, lo que se pretende es sólo una pequeña reseña sobre lo que significaron para los *crits*, y como ellos usaron estos conceptos. Véase, además, FOUCAULT Y LA TEORÍA JURÍDICA.

⁴⁷ Ver Gordon, “Law and Identity,” *op. cit.*, p. 15.

⁴⁸ Ver en especial, Kennedy, Duncan, “Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power,” *Maryland Law Review*, vol. 41, núm. 4, 2012, p. 563.

⁴⁹ Ver Gordon, “Law and Identity,” *op. cit.*, p. 16.

⁵⁰ Gordon, Robert W., “Critical Legal Histories,” *Stanford Law Review*, vol. 36, núm. 1-2 1984, p. 57.

⁵¹ Ver, Gordon, “Law and Identity,” *op. cit.*

⁵² *Idem.*

reconocida sin contraprestación alguna. Su reclamo, por tanto, contradice la historia jurídica de la propiedad privada.

Resumiendo, puede afirmarse que los *crits* heredaron del marxismo clásico una posición crítica frente a las estructuras del poder dominante en la sociedad, sin embargo, cuestionaron sus tesis sobre la primacía de las fuerzas socioeconómicas, así como su visión sobre la interpretación judicial. Por esta razón, los miembros del *CLS* se acercaron a posiciones neo marxistas y de otras tendencias filosóficas que permitían un estudio más detallado de la forma cómo opera el derecho para legitimar y justificar situaciones de dominación.

IV. AVANZAR UNA AGENDA FILOSÓFICA Y POLÍTICA

En un artículo escrito a inicios de la década de los noventa, Richard Michael Fischl, profesor de derecho de la Universidad de Connecticut, intentó responder a una amiga suya, también docente en la materia, quien le sugirió que los *CLS* fracasaron porque no fueron capaces de proponer una alternativa.⁵³ El reto de la amiga fue debatido también por otros *crits* en varios espacios académicos, incluyendo una conferencia celebrada en la Universidad de Alabama.⁵⁴

A lo largo del artículo, Fischl sugiere que aunque los *crits* no ofrecieron una respuesta a los sistemas que criticaban, su posición era válida y necesaria para la sociedad. Así como para un paciente es importante saber de qué está enfermo, aunque todavía desconozca la cura, para la teoría jurídica es esencial reconocer los males del derecho, así no pueda proponer alternativas. En consecuencia, pareciera que los *crits* no tuvieran una agenda que avanzar, salvo las críticas ya reseñadas al determinismo en las ciencias sociales y jurídicas, y su insistencia por una investigación jurídica no alejada de la política y de otras disciplinas.

La defensa del *CLS* hecha por Fischl es válida no sólo para esta escuela, sino para similares teorías críticas. Para una persona puede ser vital reconocer que padece SIDA, por ejemplo, aunque todavía no se dispongan los medios para tratar esta enfermedad. Por lo demás, es imposible encontrar la cura sino se conoce, al menos, en qué consiste el virus. *CLS*, en este sen-

⁵³ Fischl, "The Question That Killed Critical Legal Studies," *op. cit.*

⁵⁴ Ver en especial, Schlegel, John Henry, "CLS Wasn't Killed by a Question," *Alabama Law Review*, vol. 58, núm. 5, 2007, pp. 967-977.

tido, puede entenderse como una teoría dedicada al diagnóstico, aunque no al tratamiento, de los males que afectan al derecho contemporáneo.

Aun así, parece exagerado afirmar que los *CLS* no tuvieran un proyecto político que avanzar en sus contiendas políticas y teóricas. Si bien es cierto que los *crits* ni desarrollaron, ni impulsaron macro-teorías que pudieran expresar una visión política o jurídica,⁵⁵ sí defendieron posturas específicas que debían adoptar los sistemas jurídicos en las respectivas coyunturas de turno. Así, por ejemplo, en los casos antes mencionados, los *crits* optaron por una visión de la legítima defensa que expresara las posiciones de los sectores feministas en el proceso contra Inez García, así como defendieron los derechos de los huelguistas a manifestarse en los centros comerciales. Estos y otros proyectos que los *crits* impulsaron constituyen, de alguna forma, la agenda política de los *CLS*.

Por lo demás, sería contradictorio sostener que los *crits* propugnaron por algunas posturas teóricas con el fin de desarrollar una agenda política que no existía. En el caso ya explicado de la defensa de la indeterminación de las decisiones judiciales, Duncan Kennedy, es enfático en afirmar que se debió a la necesidad de impulsar sus proyectos políticos:

Mostrar cuánto del derecho actual vigente era el producto de proyectos políticos tanto de la derecha como de la izquierda moderada, para que entonces pudiéramos discutir por proyectos más radicales, no sobre la base de lo legalmente correcto, pero sobre la base de que eran correctos si la gente los quería.⁵⁶

En consecuencia, la defensa de la indeterminación de la ley, quizás la tesis más difundida entre los *crits* es, a la vez, una propuesta por una versión más radical y contestaria de la democracia, una que sospecha de los mecanismos tradicionales de control político como la regla de derecho y los DERECHOS HUMANOS, y que duda de la legitimidad de los ordenamientos jurídicos. En este sentido, como se advirtió al inicio del capítulo, los *crits* son hijos de la generación que fue perseguida por el macartismo en los Estados Unidos.

A pesar de lo anterior, es difícil describir la agenda política de los integrantes de los *Estudios Críticos del Derecho* por dos razones. En primer lugar, porque, como se explicó, los *crits* no desarrollaron macro teorías, sino pro-

⁵⁵ Como afirma Pérez Lledó, “CLS ni se adhiere ni aspira a construir un único ‘sistema’ teórico y opta en cambio por prácticas teóricas a pequeña escala (‘teoría local’) adaptando elementos tomados de las más diversas tradiciones y autores.” Ver, Pérez Lledó, “Teorías Críticas Del Derecho,” *op. cit.*, p. 96.

⁵⁶ Kennedy, Duncan *et al.*, “Critical Legal Theory,” *op. cit.*, p. 117.

yectos doctrinarios sobre problemas específicos del derecho. En otras palabras, en la mayoría de los casos, los *crits* se dedicaron a problemas puntuales de la dogmática jurídica y no a la elaboración de una teoría del derecho propia. La reconstrucción, por tanto, de su agenda política, implica abordar temas tan diversos como la IGUALDAD DE GÉNERO, los derechos de los manifestantes o la crítica a la teoría tradicional de los DERECHOS HUMANOS.⁵⁷ En varios de estos campos de lucha política, los propios miembros del *CLS* se enfrentaron entre ellos, porque no aceptaban los idearios políticos de los otros integrantes del movimiento.⁵⁸

En segundo lugar, porque la propuesta de los miembros de los *Estudios Críticos del Derecho* tiene una aparente contradicción. Por un lado, como se vio cuando se discutió la relación entre el movimiento y el marxismo, los *crits* vieron al derecho como un discurso que pre configuraba realidades y al que, por tanto, podía acudir para realizar importantes cambios en la estructura de la sociedad. Por otro lado, los *crits* fueron críticos de instituciones, como la regla de derecho o los derechos humanos, que fueron tradicionalmente utilizadas para avanzar las luchas sociales de las minorías en los Estados Unidos.

La contradicción es aparente, sin embargo, porque una cosa es criticar algunas instituciones tradicionales del derecho, otra muy distinta es negar que los sistemas jurídicos sean campos de batalla en los cuales pueden lograrse importantes reivindicaciones sociales. Los *crits* negaron la primera de estas tesis, pero suscribieron la segunda. Por esta razón, los miembros de los

⁵⁷ Para las críticas de los *crits* a la noción tradicional de derechos humanos, ver en particular, Tushnet, Mark, "Rights: An Essay in Informal Political Theory," *Politics & Society* 17, núm. 4, 1989, pp. 403–451; Price, David Andrews, "Taking Rights Cynically: A Review of Critical Legal Studies," *Cambridge Law Journal*, vol. 48, 1989, pp. 271–301.

⁵⁸ Quizás el caso más importante fueron las controversias que se dieron en el movimiento alrededor de los derechos humanos. La posición mayoritaria de los *crits* era de escepticismo. Para ellos, era imposible invocar la protección de los derechos humanos, sin darle poder a las Cortes y al Estado y, por tanto, sin agravar las verdaderas causas de los problemas políticos. Además, muy en la vena de la crítica heredera de la tradición inaugurada por Marx en *La cuestión judía*, los miembros de los *Estudios Críticos del Derecho* pensaban que los derechos humanos fortalecen una posición individualista del ser humano que obstaculiza una visión más humanitaria y fraterna. Esta posición obligó a autores como Patricia Williams a retirarse del movimiento, porque para ellos, los derechos humanos eran una importante herramienta política que había sido fundamental para la protección de las minorías en la historia reciente estadounidense. Cfr., Williams, Patricia J., *The Alchemy of Race and Rights*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991; Bauer, Bruno; Marx, Karl, y Mate, Reyes, *La cuestión judía*, Rubí; México, D.F.: Anthropos Editorial, Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa, 2009. Para Duncan Kennedy, esta disputa generó una nueva etapa en el desarrollo del *CLS*. Cfr., Kennedy, Duncan, "Nota Sobre La Historia de CLS En Los Estados Unidos," *op. cit.*

Estudios Críticos del Derecho impulsaron su agenda política con métodos pocos tradicionales para la comunidad jurídica. Ellos utilizaron al derecho para lograr sus metas políticas, pero no con las herramientas jurídicas tradicionales. En algunos casos, por ejemplo, propugnaron por defensas en las que se buscaba ridiculizar a los jueces⁵⁹ o por estrategias en las cuales se arriesgaba la libertad de los representados, como en el caso ya estudiado de Inez García.

En conclusión, puede afirmarse que aunque los *crits* no desarrollaron una macro teoría política o jurídica, sí propugnaron por específicos intereses políticos, la mayoría de los cuales puede adscribirse a tendencias progresistas, o de izquierda, que buscaban reivindicar a grupos tradicionalmente marginados.

V. SITUACIÓN ACTUAL

Como reconocen los propios *crits*, los *Estudios Críticos del Derecho* es un movimiento pasado. Duncan Kennedy, por ejemplo, sin ambages describe al *CLS* como un movimiento que, “únicamente existe como una escuela de pensamiento en la Academia Jurídica”,⁶⁰ en tanto que autores como Tushnet⁶¹ o Fischl⁶² se preguntan por lo que quedó o queda de *CLS* en la el pensamiento jurídico estadounidense.

Muchas razones se han aducido para explicar el temprano deceso de los *CLS*. Mark Tushnet, por ejemplo, sugiere que la estructura actual de las universidades estadounidenses ha favorecido el desarrollo de otras tendencias de izquierda que han desplazado el nicho que antes ocupaban los *crits*. Así, por ejemplo, cuando en aras de la diversidad se desea vincular a un profesor que simpatice con los sectores más progresistas, se contratará a docentes que trabajen en temas como la crítica de la raza o de género, pero no a un *crits*. Una explicación similar sugiere que la mayoría de académicos que hicieron parte del movimiento se han retirado o no disponen de las

⁵⁹ Ver, por ejemplo, la defensa hecha por varios *crits* a los *Ocho de Chicago*. Cfr. Gabel y Harris, “Building Power and Breaking Images: Critical Legal Theory and the Practice of Law,” *op. cit.*

⁶⁰ Newman y Kennedy, “Law-and-economics from the Perspective of Critical Legal Studies,” *op. cit.*, p. 465.

⁶¹ Tushnet, “Survey Article,” *op. cit.*

⁶² Fischl, “The Question That Killed Critical Legal Studies,” *op. cit.*

energías necesarias para tareas como la organización de conferencias y publicaciones, sin las cuales *CLS* está destinado a desaparecer.⁶³

Para Pierre Schlag, muchos simpatizantes de los *Estudios Críticos del Derecho* decidieron retirarse del movimiento o moderar sus posiciones, con el fin de encontrar menos resistencia al momento de optar por algún ascenso.⁶⁴ Otros autores como John Henry Schlegel sostienen que fue la falta de originalidad en los trabajos nuevos de los autores, la que llevó al decaimiento del *CLS*.⁶⁵

Movimientos afines como la teoría crítica de la raza o la teoría jurídica feminista desarrollaron, además, proyectos de investigación que desplazaron los trabajos que antes realizaban los *crits* y que se opusieron a algunas de sus tesis. El movimiento de la teoría crítica de la raza, por ejemplo, consideraba que la posición mayoritaria entre el *CLS* respecto a los derechos humanos contribuía a, “minimizar, descuidar y trivializar la relación entre derecho y raza”.⁶⁶ La TEORÍA JURÍDICA FEMINISTA, por su parte, ha desarrollado métodos de investigación filosófica distintos a los del *CLS*. En este sentido, por ejemplo, se ha prestado mucha mayor atención a las narrativas individuales y a géneros no tradicionales de escritura.

De todos modos, los *CLS* permanecen vigentes en el pensamiento jurídico norteamericano. En primer lugar, porque muchos de sus miembros continúan escribiendo y desarrollando algunas de las ideas que originaron el movimiento hace ya varios años. En segundo lugar, porque varias de sus tesis han sido retomadas por otras escuelas o continúan haciendo parte del debate jurídico contemporáneo. No es exagerado afirmar que por muchos años seguirán defendiéndose tesis como la no determinación de los sistemas jurídicos y se continuará cuestionando el papel político que cumple el derecho.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALEXANDER - FLOYD, Nikol G., “Critical Race Black Feminism: A ‘Jurisprudence of Resistance’ and the Transformation of the Academy.” *Signs*, vol. 35, núm. 4.

⁶³ Tushnet, “Survey Article,” *op. cit.*

⁶⁴ Ver, Schlag, “Critical Legal Studies,” *op. cit.*, p. 298.

⁶⁵ Ver, Schlegel, “CLS Wasn’t Killed by a Question,” *op. cit.*

⁶⁶ Alexander - Floyd, Nikol G., “A Critical Race Black Feminism: ‘Jurisprudence of Resistance’ and the Transformation of the Academy,” *Signs*, vol. 35, núm. 4, 2010, p. 812.

- ALEXYS, Robert, *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALTMAN, Andrew, “Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin.” *Philosophy & Public Affairs*, vol. 15, núm. 3, 1986.
- BAUER, Bruno, MARX, Karl y REYES Mate, *La cuestión judía*. Rubí; México, D.F., Anthropos Editorial ; Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa, 2009.
- CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert. “La retórica de Critical Legal Studies: impresiones de un lector español,” *Doxa*, núm. 11, 1992.
- DWORKIN, Ronald, *El Imperio de La Justicia*. Barcelona, Gedisa, 1992.
- , “The Model of Rules I.” en *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.
- EASTMAN, Wayne, “Critical Legal Studies” en Bouckaert, Boudewijn y Geest, Gerrit de (eds.) *Encyclopedia of Law and Economics*, . Cheltenham, UK - Northampton, MA, Edward Elgar, 2000.
- FISCHL, Richard Michael, “The Question That Killed Critical Legal Studies.” *Law & Social Inquiry*, vol. 17, núm. 4, 1992.
- FRANK, Jerome, *Law and the Modern Mind*. Garden City, N.Y., Doubleday & Co., 1963.
- GABEL, Peter, y HARRIS, Paul, “Building Power and Breaking Images: Critical Legal Theory and the Practice of Law.” *New York University Review of Law and Social Change*, vol. 11 1983.
- GORDON, Robert, “Law and Identity.” *Tikkun*, vol. 3, núm. 1, 1988.
- , “Critical Legal Histories.” *Stanford Law Review*, vol. 36, núm. 1-2, 1984.
- , “Critical Legal Studies as a Teaching Method, Against the Background of the Intellectual Politics of Modern Legal Education in the United States.” *Legal Education Review*, vol, 1, 1989, pp. 59–83.
- IRONS, Peter H, *A People’s History of the Supreme Court*. New York, Viking, 1999.
- KELMAN, Mark, *A Guide to Critical Legal Studies*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1987.
- , “Trashing.” *Stanford Law Review*, vol. 36, 1984, pp. 293–321.
- KENNEDY, Duncan, “Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power.” *Maryland Law Review*, vol. 41, núm. 4, 2012.

- _____, *Libertad y Restricción En La Decisión Judicial: El Debate Con La Teoría Crítica Del Derecho (CLS)*. Bogotá, Ediciones Uniandes, Instituto de Estudios Sociales y Culturales Pensar, Siglo del Hombre, 1999.
- _____, “Nota Sobre La Historia de CLS En Los Estados Unidos”, *Doxa*, núm. 11, 1992.
- KENNEDY, Duncan, y CARRINGTON, Paul D., *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: a Polemic Against the System: a Critical Edition*. Nueva York, New York University Press, 2004.
- KENNEDY, Duncan; LASSER, Mitchel; KENNEDY, David; BERMAN, David; SILBER, Norman, y KESSLER, Lawrence. “Critical Legal Theory” in Tiefenburn, Susan (ed.) *Law and the Arts*. Westport, CT, Greenwood Press, 1999.
- NEWMAN, Peter, y KENNEDY, Duncan (eds.), “Law-and-economics from the Perspective of Critical Legal Studies” en *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 465–474. London; New York, Macmillan Reference, Stockton Press, 1998.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio, *El Movimiento Critical Legal Studies*. Madrid, Tecnos, 1996.
- _____, “Teorías Críticas Del Derecho.” en Laporta, Francisco Javier y Garzón Valdéz, Ernesto (eds.) *El Derecho y La Justicia*, Madrid, Trotta, 1996.
- POSNER, Richard, *El Análisis Económico Del Derecho*. México, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- PRICE, David Andrews, “Taking Rights Cynically: A Review of Critical Legal Studies.” *Cambridge Law Journal*, vol. 48, 1988.
- SCHLAG, Pierre, “Critical Legal Studies,” Katz, Stanley (ed.) *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*. Oxford, Oxford University Press, 2009.
- SCHLEGEL, John Henry, “Notes Toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies.” *Stanford Law Review*, vol. 36, núm. 1-2, 1984.
- _____, “CLS Wasn’t Killed by a Question.” *Alabama Law Review*, vol. 58, núm. 5, 2007.
- SCIARAFFA, Stefan, “Critical Legal Studies: A Marxist Rejoinder.” *Legal Theory*, vol. 5, núm. 2, 1999.
- TRILLIN, Calvin, “Harvard Law” *The New Yorker*, March 26, 1984. http://www.newyorker.com/archive/1984/03/26/1984_03_26_053_TNY_CARDS_000340258.
- TUSHNET, Mark, “Critical Legal Studies: A Political History.” *The Yale Law Journal*, vol. 100, núm. 5, 1991.

- _____, “Rights: An Essay in Informal Political Theory.” *Politics & Society*, vol. 17, núm. 4 1989.
- _____, “Survey Article: Critical Legal Theory (without Modifiers) in the United States.” *Journal of Political Philosophy*, vol. 13, núm. 1, 2005).
- TUSHNET, Mark, “Critical Legal Theory.” en Golding, Martin P. and Edmundson, William (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden, MA: Blackwell Pub., 2005.
- TWINING, William, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*. London, Weidenfeld and Nicolson, 1973.
- WATSON, Bruce, *Sacco and Vanzetti: The Men, the Murders, and the Judgment of Mankind*. New York: Viking, 2007.
- WILLIAMS, Patricia J., *The Alchemy of Race and Rights*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1991.