

## CAPÍTULO PRIMERO

# EL SURGIMIENTO DE LOS ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO COMO MOVIMIENTO UNIVERSITARIO

### I. CONSIDERACIONES INICIALES

Los Estudios Críticos del Derecho (*CLS*, por sus siglas en inglés, *Critical Legal Studies*) irrumpen en el pensamiento jurídico norteamericano como un movimiento universitario académico surgido en la década de los sesenta, que obedece a una reacción ante el clima de desigualdad y violencia, geográficamente delimitada a los Estados Unidos de América, cuyos principales antecedentes los encontramos en los estudios de tipo sociojurídico del llamado “realismo jurídico norteamericano”.

Bajo esta postura, se invita a reflexionar sobre el uso dado al derecho, y su vinculación con aspectos de carácter político, económico y social, perceptibles incluso desde el ámbito de la academia jurídica. Igualmente, esta corriente nos exhorta a dimensionar lo inacabado que resulta el conocimiento jurídico, siempre sujeto a múltiples reflexiones, y en el que incluso aspectos como la raza y el género juegan un papel importante en la concepción del derecho.

Más allá de la denuncia, esta corriente de pensamiento ofrece una posibilidad de actuación dentro del marco de las normas e instituciones jurídicas a partir de un sentido de la justicia.

En este tenor, en el presente capítulo abordaremos el contexto histórico en que surgieron los Estudios Críticos del Derecho en los Estados Unidos de América, a efecto de comprender las

razones por las cuales este grupo inicia la tarea de cuestionar los fundamentos de la disciplina jurídica, así como las prácticas jurídicas. De igual manera, analizaremos la dinámica con que se desarrolló el movimiento, inicialmente reducida a una serie de reuniones académicas de un grupo de amigos de la “izquierda”, y que después se convirtió en una red más extensa de académicos y practicantes del derecho, quienes compartían su pensamiento en diversos artículos y ensayos jurídicos.

Observaremos que la corriente en análisis ofrece una óptica del derecho que nos invita a tener conciencia sobre lo limitado del conocimiento jurídico,<sup>1</sup> y exhorta a considerar que más allá de la comprensión aislada de normas y principios jurídicos, requerimos la vinculación del derecho con la política, la economía, la historia, los valores, la vivencia, la experiencia, y, desde luego, la filosofía, que se conjuntan igualmente en el análisis jurídico.

## II. LA HISTORIA COMO CONDUCTORA DE LA COMPRESIÓN DE LA CRÍTICA AL DERECHO

Sin duda, los sucesos históricos inciden en la noción del derecho en un momento dado. En cierta forma, la conciencia jurídica y la concepción del derecho mismo se vinculan a los acontecimientos presentes en un tiempo y espacio físico determinados.<sup>2</sup> Así, resulta conveniente ubicar el contexto político, social, económico y cultural en la aproximación al estudio de la doctrina jurídica, a fin de entender en todo su esplendor el entorno bajo el cual los tratadistas externaron sus ideas acerca del derecho.

La referencia al contexto histórico en el estudio es de particular interés en el análisis de los Estudios Críticos del Derecho. En efecto, detrás de ese aparente descontento y rebeldía que se

---

<sup>1</sup> Nieto, Alejandro y Gordillo, Agustín, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 61 y 62.

<sup>2</sup> Kennedy, Duncan, “Three Globalizations of Law and Legal Thought”, en Trubek, David y Santos, Álvaro (ed.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006, pp. 25-71.

podiera esconder bajo la crítica jurídica subyace un anhelo de denuncia y lucha por mejores condiciones de vida política, económica y social por parte de profesores y estudiantes norteamericanos de la década de los años sesenta y setenta, insatisfechos por las contradicciones y diferencias que la posguerra proyectaba en los Estados Unidos de América.

De esta manera, la historia es una pieza clave que nos auxiliará en la comprensión del sentido de la crítica al derecho que sostienen los representantes de los *CLS*, motivo por el cual estimamos conveniente dar un panorama breve del contexto en el cual surge esta corriente de pensamiento jurídico.

1. *La turbulenta y fragmentada década de los sesenta en los Estados Unidos de América: el inicio del movimiento de los Estudios Críticos del Derecho*

Resultaría insignificante dedicar línea alguna para aludir a una serie de despidos, confrontaciones y escándalos acontecidos en una de las universidades más prestigiosas del mundo a inicios de la segunda mitad del siglo veinte. Sin embargo, la situación cambia si nos referimos al despido de los entonces jóvenes profesores de la Universidad de Yale: Richard Abel, Lee Albert, John Griffiths, Robert Hudec, Larry Simon y David Trubek, y que precisamente derivó de la inconformidad de dichos académicos por las circunstancias políticas y sociales a finales de los años sesenta y principios de los setenta, suceso que marcaría el inicio del movimiento de los Estudios Críticos del Derecho.<sup>3</sup>

Más allá del extravagante y osado estilo de vida y de cultura con el que podemos ubicar a los Estados Unidos en la década de los sesenta,<sup>4</sup> una mirada a aquella nación nos muestra la presencia

---

<sup>3</sup> Pérez Lledó, Juan A., *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 51-59.

<sup>4</sup> Sobre el estilo de vida y cultura en la década de los sesenta, véase Rielly, Edward J., *The 1960s. American Popular Culture through History*, Connecticut-Londres, Greenwood Press, 2003, pp. 23-37, 75-89 y 151-181.

de la contradicción y las apariencias en la vida cotidiana de aquella época. En efecto, frente al crecimiento económico, el bienestar y la industrialización de los Estados Unidos y a la expansión del Estado liberal norteamericano, encontramos que más de una cuarta parte de los habitantes de aquel país se localizaban en la línea de la pobreza, a lo que habría que añadir las desigualdades sociales derivadas de la migración, la segregación racial y de género.<sup>5</sup>

Sobre el particular, Alan Brinkley, profesor de historia en la Universidad de Columbia, nos expone en los siguientes términos la indiferencia que el ciudadano norteamericano mostraba frente a la situación desventajosa que atravesaba la mayor parte de la población:

Era relativamente fácil para los norteamericanos blancos de clase media, de la década de 1950, pensar que el mundo que ellos conocían —de crecimiento económico, de prosperidad personal y de homogeneidad cultural— era el mundo que prácticamente todos los norteamericanos conocían; y que los valores y los postulados que ellos compartían eran los que la mayoría de los ciudadanos compartían también. Pero tales suposiciones eran falsas. Incluso en la misma clase media había gran descontento entre las mujeres, los intelectuales, los jóvenes y otras personas que consideraban que la cultura consumista de su clase social era insatisfactoria, hasta cierto punto, e inclusive embrutecedora. Lo más importante fue que grandes grupos de norteamericanos se quedaron por fuera del círculo de la abundancia y no disfrutaban del bienestar de la clase media ni compartían muchos de sus valores.<sup>6</sup>

A pesar de la indiferencia de una parte de la población, se presentan significativas reacciones por parte de ciertos grupos sociales para denunciar el ambiente de desigualdad y contradic-

---

<sup>5</sup> Henretta, James A. *et al.*, *America's History*, 3a. ed., Nueva York, Worth Publishers, 1997, pp. 893-923.

<sup>6</sup> Brinkley, Alan, *Historia de Estados Unidos. Un país en formación*, 3a. ed., trad. de Carlos Julio Briceño y Félix A. Esquivia M., México, McGraw-Hill Interamericana, 2003, p. 926.

ción que privaba en aquella época, que comprendían desde las crecientes presiones de los afroamericanos y de otras minorías, protestas contra la pobreza y el desempleo, hasta la lucha por la igualdad de género, además de las múltiples muestras de inconformidad por las acciones bélicas y armamentistas de los Estados Unidos, que en suma recogían diversas inquietudes reprimidas tiempo atrás.<sup>7</sup>

A los problemas sociales mencionados, es preciso añadir la crisis de autoridad (o de racionalidad política) experimentada en la década de 1960 tras el inicio de las acciones bélicas bajo las órdenes del presidente Lyndon Johnson, el asesinato del candidato del Partido Demócrata, Robert F. Kennedy, en 1968, y la crisis del Estado durante el mandato de Richard Nixon. Dicha crisis se tradujo en cierto recelo hacia el gobierno federal y sus instituciones,<sup>8</sup> así como en cierta inclinación a creer en interpretaciones conspiratorias de la política.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Dentro de este tipo de protestas sociales, de innegable importancia, resulta la llamada “revolución por los derechos civiles” (1954-1965), integrada por las minorías que buscaban su reconocimiento en la sociedad norteamericana, así como mayor integración en la vida política, económica, social y cultural del país. Esta “revolución” se caracterizó por contar con el apoyo del gobierno federal y del estamento judicial, que en opinión de Philip Jenkins, esta circunstancia obedeció a un interés de los Estados Unidos de ganar la amistad de colonias antiguas, estigmatizadas por la discriminación y la violencia raciales, lo cual beneficiaría la cruzada anticomunista mundial. Siguiendo a este mismo autor, las actuaciones del gobierno en casos como *Brown vs. Board of Education of Topeka* explican en gran medida la difusión y el relativo progreso este tipo de activismo, en aras de eliminar la opresión racial, que era un poderoso instrumento de propaganda comunista tanto en Europa como en el Tercer Mundo. Cfr. Jenkins, Philip, *Breve historia de los Estados Unidos*, 3a. ed., trad. de Guillermo Villaverde López, Madrid, Alianza Editorial, 2009, pp. 330-336.

<sup>8</sup> Durante esta etapa el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América mantuvo un papel activista, símbolo del nuevo liberalismo social (contrario a su tradicional papel de bastión reaccionario), y en el que se decidieron casos relevantes, que comprenden desde aspectos sociales como en *Brown, Miranda, Mapp*, hasta cuestiones morales y de conducta personal, como el caso de *Brandenburg* (1969), *Roe vs. Wade* (1973), entre otros. *Ibidem*, pp. 360-362.

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 341-360.

Así, se gesta la llamada era de la “izquierda política”, o la “nueva izquierda”,<sup>10</sup> integrada con la finalidad de crear la nueva comunidad del “pueblo”, que se levantaría para contrarrestar el poder de las elites, exigir la terminación de la guerra de Vietnam, reivindicar la justicia racial y económica, así como para transformar su vida política.<sup>11</sup>

Uno de los grupos que con mayor ahínco participó en este ambiente de protestas fue el integrado por los estudiantes y profesores jóvenes, quienes hacían extensiva la crítica al sistema político y económico a las propias instituciones educativas, acusadas de mantener políticas públicas que ellos consideraban corruptas o inmorales. Dichas protestas fueron objeto de censura, amenazas y represión, particularmente por parte de profesores veteranos y conservadores.<sup>12</sup>

Con lo anterior, podemos observar que la sensibilidad y preocupación por los problemas sociales del país se ubica no sólo entre los sectores más desprotegidos de la sociedad, sino que incluso se extiende a sectores como la clase media, estudiantes y profesores jóvenes, lo cual conllevó que la protesta alcanzara formas de expresión distintas de las conocidas movilizaciones sociales.

---

<sup>10</sup> La Nueva Izquierda debe contextualizarse en el movimiento surgido en las décadas de los sesenta y setenta. Carentes de un líder único, apoyado por individuos de diversos grupos sociales y con ideología multifacética, quienes se adscribían a este movimiento tenían en común la oposición a la guerra de Vietnam, la lucha contra la discriminación racial y la pobreza, la desaprobación por la carrera armamentista que continuaba su curso en los Estados Unidos de América, el interés común por luchar por los derechos civiles para todos y la búsqueda por cambios radicales en el sistema político y económico de la nación norteamericana. La actuación de la Nueva Izquierda enarboló las banderas de la protesta, reforma, cambio (más que la revolución), individualismo y libertad. La influencia de este grupo decayó al término de la guerra con Vietnam y ante el conservadurismo que aquella nación políticamente comenzaba a implementar. La referencia a la Nueva Izquierda se pretende distinguir de la llamada “Vieja Izquierda”, integrada por los miembros del Partido Comunista y Socialista. *Cf.*: Plano, Jack C. y Greenberg, Milton, “New Left”, *The American Political Dictionary*, 9a. ed., Fort Worth, Harcourt Brace College Publishers, 1993, pp. 85 y 86.

<sup>11</sup> Brinkley, Alan, *op. cit.*, nota 6, p. 976.

<sup>12</sup> Pérez Lledó, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 3, pp. 51-54.

Con la participación del sector estudiantil y de los jóvenes profesores universitarios de las facultades y escuelas de derecho, la protesta e inconformidad se extendió a la propia producción académica en materia jurídica, que radicalizó postulados del realismo jurídico norteamericano<sup>13</sup> y se exhortaba a hacer teoría social — inicialmente bajo los postulados de Carlos Marx y Max Weber— que incluyera la comprensión del derecho como fenómeno social y de crítica de la sociología del derecho.<sup>14</sup> Para tales efectos, se realizaron múltiples reuniones, círculos de lectura, talleres y discusiones para reflexionar en torno a teoría social del derecho.<sup>15</sup> El más trascendente sería el seminario “Derecho y modernización”, bajo el cual se gestaría el movimiento de los Estudios Críticos del Derecho,<sup>16</sup> que constituye nuestro objeto de estudio.

En el marco de esta rebeldía y radicalización de estudiantes y profesores, las autoridades académicas de la Universidad de Yale<sup>17</sup> procedieron con el despido de los principales orquestado-

---

<sup>13</sup> El giro hacia el realismo jurídico norteamericano representó un gran desafío para los entonces inconformes profesores de la Universidad de Yale, en virtud de que implicaba el abandono de los estudios jurídicos orientados hacia el *policy analysis*, el estilo *New Deal* con el que la academia había absorbido el realismo jurídico, con base en los cuales los problemas de indeterminación asociados al formalismo clásico podían resolverse recurriendo a una forma de “ingeniería social” que creía encontrar en las ciencias sociales la fuente de solución de los conflictos que la mera aplicación formal de las reglas no podía resolver. *Ibidem*, p. 52.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> De particular importancia reviste en nuestro análisis el carácter de “movimiento” que adquieren los Estudios Críticos del Derecho. Se estima que con esa caracterización se permite comprender la manera en que al interior de dichos Estudios puedan convivir tesis sociológicas, filosóficas y antropológicas, sin que necesariamente exista uniformidad alguna. *Cfr.* Carrino, Agustino, “Solidaridad y derecho. La sociología jurídica de los «Critical Legal Studies»”, trad. de Elena Beltrán Pedreira, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 12, 1992, p. 11.

<sup>17</sup> Los enfrentamientos entre los profesores más jóvenes y veteranos no sólo versaban sobre dimensiones sobre cuestiones políticas, sino que incluso se acercaban diferencias en cuanto al tipo de teoría del derecho seguir, si habría que pensarse el derecho bajo una teoría social. Asimismo, los hechos de la época daban lugar a pensar el derecho de una manera distinta a la enseñada en la

res de la revuelta: Richard Abel, Lee Albert, John Griffiths, Robert Hudec, Larry Simon y David M. Trubek, conocidos como la “Mafia Radical de la Facultad de Derecho de Yale en el Exilio”.<sup>18</sup>

Hasta este punto podemos constatar que en un primer momento la forma del pensamiento de los *CLS* obedece a una reacción de desconfianza y descontento con el poder político, que había manifestado desaciertos, desinterés, apatía, encubrimientos y represión, a lo que posteriormente se incorporaron los elementos teóricos y filosóficos que sustentaran sus posturas.

Así, la comprensión de la historia de los Estados Unidos de América en la década de los sesenta y setenta<sup>19</sup> en la gestación de los *CLS* nos invita a reconsiderar el contexto político, económico, social y cultural en el estudio del derecho,<sup>20</sup> lo cual representa un referente interesante para conocer la evolución de la problemática jurídica y las soluciones que en un momento dado se han considerado pertinentes.

---

Universidad. Véase Tushnet, Mark, “Critical Legal Studies: A Political History”, *The Yale Law Journal*, New Haven, vol. 100, núm. 5, marzo de 1991, pp. 1530-1534.

<sup>18</sup> Pérez Lledó, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 3, p. 54.

<sup>19</sup> Sobre el particular, estimamos conveniente citar las palabras del italiano Agostino Carrino, para destacar el papel de los integrantes de los Estudios Críticos del Derecho, en el contexto de las “intemperancias” de los *CLS* de la década de los sesenta: “los *CLS* no son marxistas y es necesario prestar atención a esto. No se trata de herederos del sesenta y ocho que han conquistado posiciones importantes en prestigiosas universidades americanas, sino de estudiosos serios que se abandonan en ocasiones a intemperancias que algunos han calificado como «pueriles». Bienvenidas sean estas intemperancias si pueden servir para provocar discusiones y para crear momentos de reflexión crítica”. *Cfr.* Carrino, Agostino, *op. cit.*, nota 16, p. 117.

<sup>20</sup> Es pertinente contextualizar el pensamiento implícito en los Estudios Críticos del Derecho, a efecto de no incurrir en exageraciones y malas interpretaciones, pues en ningún momento esta corriente pretende aplicar la crítica como “remedio” contra la dictadura franquista ni se constituye como un enemigo de la “democracia” y el “liberalismo”, u otro problema análogo. Véase Calsamiglia, Albert, “La retórica de los *Critical Legal Studies*: impresiones de un lector español”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 11, 1992, pp. 295 y 296.



Asimismo, es interesante observar cómo en un principio lo que pareció una simple reacción aislada de académicos contra la conducción del Estado y la desigualdad social y económica que se vivía los años sesenta,<sup>21</sup> posteriormente se convertiría en una corriente de pensamiento jurídico que nos ofrecería una perspectiva diferente de concebir al derecho, al sensibilizarnos con la vinculación del derecho con la política, y mantener una actitud de constante reflexión y crítica de los pilares sobre los que se asienta el mundo jurídico.

## 2. *Tras las huellas de los estudiantes y profesores de Yale en el exilio*

El despido de la llamada “Mafia Radical de la Facultad de Derecho en Yale en el Exilio” fue insuficiente para detener el ánimo de lucha, denuncia y cuestionamiento que estos jóvenes representaban. En esta ocasión, la Universidad de Yale cedería su protagonismo a otros centros universitarios, principalmente a la Universidad de Harvard y la Universidad de Wisconsin en Madison.

En efecto, el liderazgo de David M. Trubek y de su discípulo, Duncan Kennedy, además del contacto e identificación política de izquierda de los profesores universitarios,<sup>22</sup> serían factores clave para la conformación del movimiento de los *CLS*. Así, bajo los coloquios y conferencias enmarcados inicialmente dentro de la tendencia progresista del *Law & Society Movement*,<sup>23</sup> se discutían ideas y trabajos en torno al derecho y a la educación jurídica.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> Pérez Lledó, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 3, pp. 64-66.

<sup>22</sup> El grupo pronto fue enriqueciéndose con el apoyo de profesores como Morton Horowitz, Richard Abel, Roberto Mangabeira Unger, entre otros. *Cfr.* Fortier, Adolfo, “El «Critical Legal Studies Movement» en los Estados Unidos de América”, *Universitas*, Bogotá, núm. 81, 1991, pp. 189 y 190.

<sup>23</sup> Friedrichs, David O., *Law in our Lives. An Introduction*, 2a. ed., California, Roxbury Publishing Co., 2006, pp. 118-141.

<sup>24</sup> Pérez Lledó, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 3, pp. 58-61.

Dos temas en particular serían objeto de atención en los primeros encuentros, a saber: 1) la intención de una investigación social científica del derecho, siguiendo el pensamiento de Max Weber, la cual bien se podría concretar en las premisas de que “toda acción jurídica debe entenderse en términos de categorías y propósitos extrajurídicos” y la contraposición del “derecho en acción” frente “al derecho en los libros”, y 2) el carácter ideológico de la doctrina jurídica, según la cual el derecho es un instrumento de dominación social, económica y política, tanto en el sentido de favorecer los intereses concretos de los dominadores como en el de legitimar el orden existente.<sup>25</sup>

Esta diversidad de posturas nos ilustra una de las notas características del movimiento de los Estudios Críticos del Derecho, consistente en reunir una amplia gama de temas bajo posturas metodológicas y epistemológicas distintas. Su cohesión política no surge por la adhesión a una teoría política elaborada, sino a valores y actitudes de “izquierda” compartidos o por un activismo en disputas políticas que se presentan cotidianamente.

Con el objetivo de localizar y ofrecer una plataforma de discusión y análisis sobre temas comunes dentro de las facultades de derecho, y bajo cierta predisposición política o cultural en general,<sup>26</sup> se organizó la primera Conference on Critical Legal Studies, en 1977, en Madison, Wisconsin.

Esta conferencia forma parte de lo que Duncan Kennedy concibe como la “intervención” de los *CLS* que, políticamente,

---

<sup>25</sup> Los temas que inicialmente fueron objeto de atención del movimiento nos ofrecen una “escisión doctrinaria” entre David M. Trubek y Duncan Kennedy, ya que mientras el primero centraría sus esfuerzos en la búsqueda de una teoría social que explique al derecho, el segundo enfocaría su atención en la idea del derecho como instrumento de dominación. *Ibidem*, pp. 56-58.

<sup>26</sup> Dentro de la evolución de los Estudios Críticos del Derecho, podemos constatar cómo en un primer momento los círculos de reunión eran exclusivos del grupo de conocidos de Trubek y/o Kennedy, al grado de que la convocatoria para la primera Conference on Critical Legal Studies se basó únicamente en las cartas de invitación individuales. Con el paso del tiempo, este círculo de discusión se amplió en los años siguientes hasta adquirir un carácter flexible y abierto. *Ibidem*, pp. 59-68.

se manifiesta en aspectos como la formación de “facciones de izquierda” en varias facultades, la publicación en las revistas académicas de nueva literatura jurídica, la organización de “colonias de vacaciones” de discusión de investigaciones y lectura de clásicos, celebración de congresos, y la constitución de una “red” nacional de apoyo a tales actividades,<sup>27</sup> y el intercambio de ideas de izquierda en torno al derecho, bien en defensa —o ataque— del empleo de la ciencia social en el derecho, bien del marxismo científico o crítico.<sup>28</sup>

Pronto se manifestaría la aceptación de los asistentes por la dinámica que los debates y la discusión de la primera Conferencia on Critical Legal Studies, factor que consolidó las bases de los Estudios Críticos del Derecho, que gradualmente fue incorporando adeptos y simpatizantes, más allá de aquel círculo de amistades de la primera conferencia.

Kennedy identifica a esta etapa como “el mito de la edad de oro del movimiento”, en donde se gestaron las primeras líneas de reflexión para generar una corriente de pensamiento jurídico.<sup>29</sup> En efecto, las reuniones y conferencias en torno a los Estudios Críticos del Derecho conllevaron una amplia y variada producción intelectual, con resonancia en los Estados Unidos

---

<sup>27</sup> Kennedy, Duncan, “Nota sobre la historia de los CLS en los Estados Unidos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, 1992, p. 283, <http://www.duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Nota%20sobre%20la%20Historia%20de%20Cls%20en%20los%20Estados%20Unidos.pdf>.

<sup>28</sup> La controversia y debate nunca fueron ajenos al movimiento. Desde la primera conferencia una serie de alianzas y oposiciones se suscitaron en la temática de discusión, encontrándose al grupo de Trubek (grupo A), a Kennedy (grupo B) y a Tushnet (grupo C), bajo la siguiente línea de debate: 1) A + B vs. C: sustentada por la mayoría de los sociólogos del derecho más o menos disidentes, interesados en atacar al marxismo ortodoxo de Tushnet; 2) A + C vs. B: en este grupo el marxismo científico tenía un potencial aliado entre los que practicaban la ciencia social. Se enfatizó el elemento material frente al idealismo tradicional, y 3) B + C vs. A: se da una alianza entre el marxismo científico y el marxismo crítico, al considerar que el capitalismo es el mal del mundo. *Cfr.* Pérez Lledó, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 3, pp. 60 y 61.

<sup>29</sup> *Cfr.* Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 27, p. 285.

de América<sup>30</sup> y un posterior intercambio de ideas entre la crítica norteamericana y la europea.<sup>31</sup>

La apertura y diversidad siguieron presentes en el desarrollo y evolución de los *CLS*. Ciertamente, la inclusión de nuevos adeptos en el transcurso del tiempo contribuyeron a que este grupo abordara los más variados temas, desde la inicial crítica a la educación jurídica, la indeterminación del derecho y la decisión judicial, hasta el feminismo y la crítica de género y de raza.<sup>32</sup> Asimismo, hacen su aparición nuevos elementos teóricos, acompañados de la radicalización o moderación de posturas, que consolidan el complejo y diversificado carácter de los *CLS*.<sup>33</sup>

En esta dinámica, los simpatizantes del movimiento encontraron un “lugar” común<sup>34</sup> para un tipo de pensamiento que desafiaba al orden establecido e incluso a la academia misma.

---

<sup>30</sup> Además de las universidades de Harvard y Madison, el eco de los Estudios Críticos del Derecho resuena en cierta medida en las escuelas de leyes de Stanford, Georgetown, Washington College of Law, State University of New York, Cardozo Law School, New England Law School and University of California, Los Angeles. *Cfr.* Pérez Lledó, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 3, pp. 61 y 62.

<sup>31</sup> *Ibidem*, pp. 68-87.

<sup>32</sup> La diversidad de temas jurídicos, así como los enfoques multidisciplinarios de los autores críticos, justifican la denominación de los “estudios”. Como comenta César Rodríguez, los CLS no son un sistema teórico ni tampoco forman una “gran teoría”, sino que se integran por una red de trabajos que hacen crítica de objetos específicos (crítica local), bajo un espíritu plural de quienes se adhieren a esta forma de pensamiento jurídico. *Cfr.* Rodríguez, César, “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial”, en Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial. Una fenomenología crítica*, trad. de Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana-Ediciones Uniandes-Instituto Pensar-Siglo del Hombre Editores, 1999, pp. 36-39.

<sup>33</sup> Pérez Lledó, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 3, pp. 62-64.

<sup>34</sup> En opinión de Mark Tushnet, los Estudios Críticos del Derecho metafóricamente representan una *locación política*, que agrupa a personas de izquierda que comparten el proyecto de defender y extender el dominio de la izquierda en la academia jurídica. Para este grupo, el campo de batalla se ubica en la academia, más que en la política electoral, por ejemplo. *Cfr.* Tushnet, Mark, *op. cit.*, nota 17, pp. 1515-1519.

Si bien no podemos pensar que todas las posturas de izquierda habrían de simpatizar con los Estudios Críticos del Derecho, en cierta medida consideramos que este movimiento proporcionó un punto de encuentro en el cual debate de lo “prohibido” podría llevarse a cabo sin la censura, la desconfianza, la intolerancia y la posible represión.

En palabras de Juan Antonio Pérez Lledó:

Uno de los principales méritos que hay que reconocer a CLS es el de haber logrado sacar a la luz a buena parte de ese colectivo hasta entonces amorfo y desapercibido, conectándolo entre sí, proporcionándole una cierta cohesión sin «encauzarlo», ofreciéndole una mínima estructura organizativa y de apoyo profesional y personal, y prestándole una voz que se hiciera oír dentro (e incluso fuera) de las facultades de Derecho.<sup>35</sup>

En ese ambiente de relativa confianza, continúa la elaboración de artículos y obras colectivas de carácter crítico. Ante las crecientes dimensiones de los *CLS*, nuevamente las universidades comienzan a tomar medidas (enfrentamientos, despidos de profesores y denegación de plazas académicas, bajo una “discriminación ideológica”) para contrarrestar la expansión del movimiento.<sup>36</sup>

Por lo anterior, encontramos un desarrollo particular de la gestación de los *CLS*, en donde vemos como constante la postura crítica a la práctica y a la academia jurídica de los representantes de dicho movimiento y un rechazo generalizado por parte de cierto sector de la academia.

Esquemáticamente, Duncan Kennedy nos ofrece la evolución de los Estudios Críticos del Derecho,<sup>37</sup> en los términos que a continuación se mencionan:

— Primera etapa (1977 hasta 1983). Se caracteriza por:  
1) la oposición de la mayoría al carácter reaccionario

---

<sup>35</sup> Pérez Lledó, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 3, p. 64.

<sup>36</sup> *Ibidem*, pp. 79-87.

<sup>37</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 27, pp. 287 y ss.

- de la pedagogía de sus colegas; 2) el rechazo a procedimientos y criterios que limitan el acceso de las mujeres y minorías raciales al medio universitario; 3) la oposición al reforzamiento por medio de la enseñanza de las jerarquías sociales, y, en particular, las profesionales, y 4) el descontento por la exclusión de las cuestiones de justicia económica, social, racial y sexual de los programas de estudios, exclusión que parece favorecer al *statu quo*.
- Segunda etapa (inicia en 1983). Inicia con el debate sobre los derechos de las persona (*rights debate*), lo que da origen a tres principales grupos dentro de los *CLS*: 1) los abogados activistas de izquierda que se interesan por las cuestiones teóricas del derecho, 2) las profesoras feministas que quieren superar el feminismo liberal, y 3) los miembros de minorías raciales que formulan una base teórica para una nueva línea de acción militante contra el racismo.
  - Tercera etapa (comienza en 1992). Se caracteriza por los debates europeos sobre la posmodernidad, el postestructuralismo, el feminismo radical, la teoría crítica de la raza, las teorías críticas de la orientación sexual y del poscolonialismo.

A decir tanto de sus propios representantes como de los juristas externos al movimiento,<sup>38</sup> en general, éste se encuentra en un periodo de “estancamiento”, en tanto que ya no se constata la dinámica de las reuniones de estudiantes y profesores en la discusión crítica que se desarrolló durante la década de finales de los sesenta y principios de los noventa.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Kaufmann, Arthur, *Filosofía del derecho*, 2a. ed., trad. de Luis Villar Borda y Ana María Montoya, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 110.

<sup>39</sup> En torno al estancamiento del movimiento de los Estudios Críticos del Derecho, véase Flor, Fernando de la y Blume, Iván, “La controversia política es parte del razonamiento jurídico. Entrevista a Duncan Kennedy”, trad. de Iván

De hecho, el movimiento ha adquirido un matiz diferente, que se constata en una atomización en diversos enfoques, como la teoría feminista jurídica,<sup>40</sup> la teoría crítica racial, los llamados *LatCrit*, así como los posmodernos, que hacen una crítica del derecho influida por los desarrollos de la teoría literaria (la deconstrucción) y los críticos que enfatizan en la economía política y el contexto económico de las decisiones jurídicas.<sup>41</sup> Como lo afirma Juan Antonio Pérez Lledó, estas perspectivas han dotado a la corriente de los *CLS* de una nueva crítica interna de la razón jurídica, con una nueva orientación teórica-irónica-avanzada, y de una política interna de coalición multicultural.<sup>42</sup>

Es así que pese al estancamiento del movimiento y de ser una corriente minoritaria en la jurisprudencia norteamericana, su línea crítica sigue vigente, tal como lo muestran los artículos y las actividades académicas de profesores de derecho,<sup>43</sup> entre los que se encuentran David M. Trubek, Mark Tushnet, Cornell West, Roberto Mangabeira Unger y Duncan Kennedy. Incluso, es posi-

---

Blume Moore, *Themis. Revista de Derecho*, Lima, núm. 50, 2004, disponible en [http://www.duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Entrevista%20a%20Duncan%20Kennedy\\_Themis.pdf](http://www.duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Entrevista%20a%20Duncan%20Kennedy_Themis.pdf).

<sup>40</sup> Una aproximación interesante a los estudios de género y la crítica a la educación jurídica lo encontramos en el ensayo de Carrie Menkel-Meadow, en donde identifica los puntos centrales de la crítica de género y derecho. Véase Menkel-Meadow, Carrie, “Feminist Legal Theory, Critical Legal Studies, and Legal Education or The Fem-Crits Go to Law School”, *Journal of Legal Education*, Iowa, vol. 38, núm. 1-2, marzo-junio de 1988.

<sup>41</sup> Pérez Lledó, Juan Antonio, “Teorías críticas del derecho”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco (comp.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 97.

<sup>42</sup> Trubek, David y Esser, John, “El «empirismo crítico» en los estudios jurídicos estadounidenses: ¿paradoja, programa o caja de pandora?”, en García Villegas, Mauricio (ed.), *Sociología jurídica*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2005, pp. 363-367.

<sup>43</sup> Pérez Lledó realiza una aproximación entre el comunitarismo europeo y los *CLS*, girando la discusión específicamente sobre el liberalismo. Véase Pérez Lledó, Juan Antonio, “Critical Legal Studies y el comunitarismo”, *Doxa*, núm. 17-18, 1995, disponible en [http://www.cervantesvirtual.com/sevlet/SirveObras/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17\\_07.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/sevlet/SirveObras/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17_07.pdf).

ble observar que algunas ideas del movimiento han sido adaptadas de manera desradicalizada en ámbitos como el derecho laboral y el derecho comparado.<sup>44</sup>

Al contrario de los ataques que suelen formularse a los *CLS*,<sup>45</sup> estimamos que el punto que resulta más difícil aceptar es la pasividad de la corriente en los últimos años. Pese a los cambios históricos, sería conveniente continuar con la reflexión en el sentido de hasta qué punto las contradicciones, desigualdades e “injusticias” continúan presentes, y en donde el derecho no puede permanecer inamovible ante los problemas que aquejan a la sociedad ni ante la dinámica del orden político, económico y social que incide en la práctica jurídica cotidiana.<sup>46</sup>

Es por ello que aun cuando los *CLS* se encuentren en un periodo de estancamiento, ello no debe representar un impedimento o desaliento para analizar sus postulados ni “desterrarlo” de los planes de estudio de las facultades de derecho. Ciertamente, el sentido de la crítica de esta corriente merece llevar nuestra atención a efecto de cuestionar si el rumbo que toma el derecho y la educación jurídica en nuestros días es el indicado, e identificar aquellos aspectos que dificulten el goce de los valores superiores del ordenamiento jurídico.

### 3. *El sentido de la crítica en la corriente de los Estudios*

#### *Críticos el Derecho*

En el presente numeral, procederemos a abordar los alcances de la postura de los Estudios Críticos del Derecho. Para ello, primero tenemos que delinear a qué tipo de crítica se alude.

Sin duda, no es fácil determinar el sentido de la crítica en la corriente en cuestión, en tanto que dicha labor se complica por

---

<sup>44</sup> Flor, Fernando de la y Blume, Iván, *op. cit.*, nota 38, pp. 324 y 325.

<sup>45</sup> Ingram, David, *Law. Key Concepts in Philosophy*, Nueva York, Continuum International Publishing Group, 2006, pp. 196-206.

<sup>46</sup> Nieto, Alejandro, *Crítica de la razón jurídica*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 172-178.



la polisemia del vocablo,<sup>47</sup> aunado a la distinta tradición jurídica desde la que escriben los integrantes de los *CLS*,<sup>48</sup> lo cual involucra una percepción distinta del derecho, así como la diversidad de enfoques metodológicos y temas desde los que escriben los representantes de los Estudios Críticos del Derecho.

A continuación daremos un esbozo acerca del sentido de la crítica en los *CLS*, tomaremos como punto de partida los valores que subyacen en los escritos de sus representantes, así como las herramientas e instrumentos de análisis, para concluir con los principales temas que aborda esta corriente.

Un primer acercamiento a los *CLS* nos pondrá de relieve numerosas que por increíble que parezca, detrás del espíritu liberal que comparten los seguidores de la corriente, en palabras de Juan Antonio Pérez Lledó, subyace “un compromiso profundo con los valores de la tolerancia, la libertad de expresión y de cátedra, el respeto a las minorías y, en especial, el pluralismo y la diversidad académica”.<sup>49</sup>

Ciertamente, la variedad temática sobre la corriente en análisis reflejará el anhelo por destacar la trascendencia de dichos valores, y denunciar aquellos obstáculos, materiales o ideales que

---

<sup>47</sup> “Crítica”, *Diccionario Enciclopédico Espasa*, Madrid, Espasa-Calpe, 1988, vol. 6, p. 3228.

<sup>48</sup> Siguiendo a Mauricio García Villegas, la esencia de la crítica al derecho es distinta en las tradiciones jurídicas del *Common Law* y el derecho continental. Aspectos como las relaciones predominantes entre el derecho y el Estado, el primero y el poder político, y desde luego la operatividad misma del derecho y la doctrina jurídica particular de cada una de las tradiciones, son significativos para incidir en la configuración del pensamiento crítico. Así, por ejemplo, mientras que en Francia la crítica del derecho sólo tiene sentido como crítica a la voluntad popular, desde una perspectiva externa al derecho mismo, en tanto ponga en duda el contrato social y tenga implícita una refundación de la sociedad, en Inglaterra, y por vía de extensión, en los Estados Unidos de América, se permite un tipo de crítica institucionalizada dentro del sistema jurídico, en tanto que, siguiendo a John Locke, se estima que los derechos son anteriores al contrato social y sirven de referente para criticar las decisiones que toman los gobernantes. *Cfr.* García Villegas, Mauricio, *Sociología y crítica del derecho*, México, Fontamara, 2010, pp. 49-61.

<sup>49</sup> Pérez Lledó, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 3, p. 67.

impiden su consecución, aspectos que en gran medida corresponden a propios orígenes teóricos de la corriente en análisis.

A este respecto, Mark Tushnet, profesor de la Universidad de Harvard y uno de los precursores del movimiento, señala que los Estudios Críticos del Derecho son descendientes directos del realismo jurídico norteamericano, y aún más, profundizan en algunos de sus postulados.<sup>50</sup> Concretamente, lo que parece retomarse del realismo son los elementos de crítica,<sup>51</sup> como acontece con la negación de la abstracción de conceptos jurídicos, y las conclusiones contradictorias que se obtienen a partir de ellos; el empleo de la historiografía para denunciar, bajo un enfoque progresista, el rol que han desempeñado los grupos de interés en la sociedad norteamericana a lo largo de los siglos; el llamado “método de la balanza”, que supone la identificación de los intereses en juego, su relación con los valores sociales y su ponderación en la decisión jurídica.<sup>52</sup>

Además de las tesis del realismo jurídico norteamericano de principios del siglo XX,<sup>53</sup> se ha querido vislumbrar en los *CLS* la

---

<sup>50</sup> Tushnet, Mark, “Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings”, *Journal of Legal Education*, Ithaca, vol. 36, núm. 4, diciembre de 1986, p. 505.

<sup>51</sup> Si bien existe una aceptación de los postulados críticos del realismo jurídico norteamericano, por otra parte, se aprecia cierto distanciamiento con la parte propositiva y programa constructivo de los realistas jurídicos, por cuanto a que los *CLS* rechazan el análisis de políticas públicas, las respectivas reformas de Estado, los valores sociales compartidos, y el empleo de una teoría social para explicar el derecho. *Ibidem*, pp. 507-510. De igual forma, se estima que los *CLS* llevan al extremo las tesis del realismo jurídico, como acontece con la concepción de una indeterminación “global” del derecho (no circunscrita a la apelación); la indeterminación del derecho atribuida, no sólo a los métodos de interpretación, sino también al lenguaje mismo, así como al análisis de las esferas públicas-privadas. *Cfr.* Leiter, Brian, “American Legal Realism”, en Golding, Martin P. y Edmundson, William A. (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Massachusetts, Oxford, Victoria, Australia, Blackwell Publishing, 2006, pp. 64 y 65.

<sup>52</sup> Tushnet, Mark, *op. cit.*, nota 50, pp. 505-512.

<sup>53</sup> Luis Recaséns Siches distingue claramente el papel del realismo norteamericano cuando afirma que “lo que interesa a los realistas es averiguar el

influencia de otras corrientes y disciplinas como el socialismo,<sup>54</sup> la psicología,<sup>55</sup> la historiografía,<sup>56</sup> la deconstrucción,<sup>57</sup> la filosofía y la teoría política,<sup>58</sup> la Escuela de Frankfurt, el posmodernismo, así como referencias a autores como Friedrich Nietzsche, Michel Foucault, Edmund Husserl, John Dewey, por enunciar algunos ejemplos, que evidencian la diversidad epistémica de los seguidores críticos, lo cual representa una invitación a incursionar en las más diversas áreas del conocimiento para entender al fenómeno jurídico,<sup>59</sup> aspecto que a su vez nos ofrecerá perspectivas y soluciones distintas a una problemática jurídica determinada.

Con todo ello, en los *CLS*, el derecho, para ser comprendido en su integridad, requiere de su vinculación con elementos como la política, la historia, la psicología, la experiencia y las emociones, excluidas del análisis jurídico.

---

derecho efectivamente real. Éste no es el que aparece declarado en las reglas legislativas, ni tampoco aquel que los jueces declaran con base en sus fallos, sino que de hecho es lo que los jueces hacen, independientemente de lo que expongan en sus sentencias. Para averiguar, pues, el «derecho efectivo» hay que estudiar el modo real como los jueces se comportan”. En el mismo sentido, Recaséns apunta que el movimiento de los realistas se ha diversificado en varios tipos de estudios, entre los cuales es posible ocuparnos de un primer estudio referente al escepticismo respecto de las normas jurídicas formuladas en leyes, reglamentos, precedentes jurisprudenciales, o bien declaradas en las sentencias mismas, y tratan de poner de manifiesto las reglas efectivas conforme a las cuales el juez falla. El otro tipo de estudios indaga sobre el modo en que los jueces enfocan las cuestiones de hecho. Los principales autores realistas son Karl Llewellyn y Jerome Frank. *Cfr.* Recaséns Siches, Luis, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Porrúa, 1963, t. II, pp. 619-649.

<sup>54</sup> Robertson, Michael, “Critical Legal Studies and Socialism”, *New Zealand Universities Law Review*, Wellington, vol. 14, núm. 4, diciembre de 1991, pp. 356-374.

<sup>55</sup> Unger, Roberto Mangabeira, *Conocimiento y política*, trad. de Leonardo Rodríguez Ozan, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, pp. 35-69.

<sup>56</sup> Goodrich, Peter, “Sleeping with the Enemy: An Essay on the Politics of Critical Legal Studies in America”, *New York University Law Review*, Nueva York, vol. 68, núm. 2, mayo de 1993, pp. 416-425.

<sup>57</sup> Rodríguez, César, *op. cit.*, nota 32, pp. 41-46.

<sup>58</sup> García Villegas, Mauricio, *op. cit.*, nota 48, p. 97.

<sup>59</sup> Robertson, Michael, *op. cit.*, nota 54, p. 355.

Sobre el particular, se ha cuestionado esta falta de unidad epistémica y metodológica de la corriente;<sup>60</sup> sin embargo, recordemos que los Estudios Críticos del Derecho no buscan hacer una teoría integral y uniforme del derecho, sino que simplemente pretenden enfatizar el carácter crítico del derecho. Al efecto, es precisamente la actividad crítica la que imprime cohesión a sus seguidores. En la perspectiva de Mark Tushnet, es posible identificar tres lineamientos básicos en la actividad crítica, a saber:

- 1) El trabajo debe estar enfocado a dar la idea de una crítica interminable si seguimos el tema como tal.
- 2) El diseño debe ser una crítica explícita y no una defensa del orden existente.
- 3) El trabajo debe operar como una auténtica crítica.<sup>61</sup>

Bajo esta perspectiva, los Estudios Críticos del Derecho buscan una continua y permanente reflexión jurídica, en aras de demostrar que el conocimiento jurídico es inacabado, y siempre se encuentra sujeto a distintas interpretaciones y discusiones, que a su vez, debidamente identificadas, nos dan un margen de actuación dentro del sistema para mejorar las condiciones sociales.

Adentrándonos en el mensaje de la corriente en análisis, en opinión de Mauricio García Villegas, los Estudios Críticos del Derecho se enmarcan bajo una tipología crítica interna del derecho,<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> William Ewald y J. Paul Oetken exponen que las causas principales de descalificación al movimiento se encuentran en el supuesto desprecio de la educación y doctrina jurídica tradicional, la irreverente forma de expresión de los integrantes del movimiento, así como la radicalidad de sus afirmaciones, carente de un sustento filosófico uniforme y coherente. *Cf. Ewald, William, "Unger's Philosophy: A Critical Legal Study", The Yale Law Journal, New Hampshire, vol. 97, núm. 5, abril de 1998, pp. 668-670; Oetken, J. Paul, "Form and Substance in Critical Legal Studies", The Yale Law Journal, New Haven, vol. 100, núm. 7, mayo de 1991, pp. 2213-2219.*

<sup>61</sup> Tushnet, Mark, *op. cit.*, nota 50, p. 516.

<sup>62</sup> Se enfatiza el carácter de la crítica interna del derecho, lo cual requiere distinguir entre los alcances de la crítica externa y la crítica interna en torno a la

cuyo propósito es “mostrar las inconsistencias, los vacíos o los sesgos de la racionalidad jurídica; es decir, de la dogmática jurídica”.<sup>63</sup> La teleología de esta crítica es atacar la supuesta neutralidad política del derecho, y bajo este principio, su interés radica en denunciar el carácter político y dominador del derecho.<sup>64</sup> Para el autor en cuestión, la intención de los *CLS* consistía en “desmontar la racionalidad jurídica, mostrar sus vacíos y sus incoherencias, con el objeto de poner en evidencia que el derecho es un instrumento político en manos de la élite y destinado a someter a las clases subalternas y a otras minorías como las mujeres y los afroamericanos”.<sup>65</sup>

Como se podrá apreciar, el cuestionamiento se dirige únicamente a la utilización que se hace del derecho, no al derecho como tal.<sup>66</sup> La necesidad del derecho no se pone a discusión. En la crítica interna del derecho, simplemente se trata de exponer la vulnerabilidad del derecho de lograr un orden imparcial, neutral y equitativo, ante el tipo de presiones e influencias de que son objeto, que favorece el que el derecho sea un objeto de dominación.

---

aceptación de la racionalidad del derecho. Así, mientras la primera desconoce este criterio para tratar al derecho como un objeto de estudio ajeno a la disciplina desde la que se hace el análisis, y negar toda posibilidad de redención del existente derecho, la interna sí admite la racionalidad del derecho, y junto con ello la aceptación del derecho. *Cfr.* García Villegas, Mauricio, *op. cit.*, nota 48, pp. 77-81.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>66</sup> En el caso de los Estudios Críticos del Derecho, si bien es cierto que denuncian el carácter político y dominador del derecho, ello no necesariamente implica que adopten la postura de que la única salida al derecho sea la revolución o el cambio radical de sistema político a que alude la obra de Mauricio García Villegas. *Ibidem*, pp. 81-85. La lectura de los *CLS* simplemente nos acerca a temas como la indeterminación del derecho, la vinculación de éste y la política, así como cuestionar el indebido uso que se le da al derecho, sin que se realice mención alguna sobre la posibilidad de recurrir a la revolución o a una oposición a reformas jurídicas.

Un elemento adicional a considerar en la teleología de la corriente que nos ocupa es la crítica sociopolítica y cultural que exponen los seguidores de los *CLS*, que pretende poner al descubierto y censurar las creencias, prácticas e instituciones arraigadas que reproducen las relaciones de desigualdad existentes en la sociedad, con la finalidad de promover transformaciones jurídicas y culturales radicales que aseguren una igualdad social.<sup>67</sup>

De lo expuesto con antelación es posible constatar cómo para los autores de los *CLS*, el ánimo de asegurar la igualdad y la equidad social es un aliciente para denunciar, desde el derecho, aquellas prácticas que se oponen, enturbian y obstaculizan la consecución de tales valores.

Ahora bien, en este cuestionamiento a la neutralidad del derecho, Mark Tushnet enuncia tres proposiciones que comparten los seguidores de la corriente en análisis, que son: 1) el derecho es de una manera u otra indeterminado; 2) el derecho se puede entender si atendemos al contexto en que se dan las decisiones jurídicas, y 3) la vinculación del derecho como política.<sup>68</sup>

En opinión de Roberto Mangabeira Unger, los *CLS* habrán de enfatizar aspectos como la crítica al formalismo y la objetividad, así como el uso instrumental de la práctica y de la doctrina jurídicas a efecto de hacer progresar los objetivos de izquierda.<sup>69</sup> De esta manera, un elemento que no podemos desatender es la vinculación del derecho con el contexto político-social; en este sentido, la descripción del derecho sería incompleta, parcial y deficiente si se desentiende de las circunstancias políticas, económicas y sociales que lo rodean.

Más que negar autonomía al derecho, en este punto lo que quieren externar los críticos es que el contexto político-social<sup>70</sup> incide en la manera de comprender, dar sentido e interpretar

---

<sup>67</sup> Rodríguez, César, *op. cit.*, nota 32, pp. 39 y 40.

<sup>68</sup> Tushnet, Mark V., *op. cit.*, nota 17, p. 1518.

<sup>69</sup> Unger, Roberto Mangabeira, *The Critical Legal Studies Movement*, Massachusetts-Londres, Harvard University Press, 1986, pp. 1-8.

<sup>70</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 27, pp. 283-287.

el derecho, al permitirnos identificar la indeterminación y notas conflictivas que dicho contexto político y social refleja en el derecho.

Así, la concepción del derecho en los *CLS* parte de tres proposiciones distintas: la indeterminación del derecho; que el derecho puede ser entendido de una manera u otra atendiendo al contexto en el que se dan las decisiones jurídicas, y la propuesta de que el derecho es política.<sup>71</sup> Incluso, dentro de la crítica radical encontramos que para los Estudios Críticos del Derecho, el derecho está orientado a mantener la jerarquía, los privilegios y el *statu quo*,<sup>72</sup> temas cuya discusión extiende de los alcances del presente apartado.

Con lo anterior, la crítica de los *CLS* nos invita a “pensar al derecho de tal manera que sea posible entrar en él, criticarlo pero sin rechazarlo completamente, y manipularlo sin dejarse llevar por su sistema y funcionamiento”,<sup>73</sup> perspectiva que en ningún momento pretende prescindir del derecho ni lo considera inútil en la sociedad; simplemente se trata de ofrecer una visión distinta de lo que es el derecho y de cómo concebirlo bajo un contexto de lucha, que la podemos ver como instrumento para lograr la justicia social o para alcanzar el poder.

Una particularidad adicional de la crítica de los *Critical Legal Studies* la ubicamos en el hecho de que un considerable número de escritos de los seguidores se encuentran vinculados con la práctica jurídica, sea desde elementos de análisis de los contratos,<sup>74</sup> la experiencia académica,<sup>75</sup> o bien de la decisión ju-

---

<sup>71</sup> Tushnet, Mark, *op. cit.*, nota 17, p. 1518.

<sup>72</sup> Friedrichs, David O., *op. cit.*, nota 23, pp. 8 y 9.

<sup>73</sup> Kennedy, Duncan, “La educación jurídica como preparación para la jerarquía”, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 2, núm. 3, otoño de 2004, p. 131.

<sup>74</sup> Dalton, Clare, “An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine”, *The Yale Law Journal*, vol. 94, núm. 5, abril de 1985, pp. 999-1010.

<sup>75</sup> Gordon, Robert, “Distintos modelos de educación jurídica”, *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, pp. 199-208; Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 73, pp. 374-379; “How the Law

dicial, a partir de la cual se erige el cuestionamiento a la neutralidad judicial.<sup>76</sup>

Desde la perspectiva de Peter Goodrich, el análisis de los textos jurídicos se convierte en la localidad y terreno de los *CLS*, a través de los cuales la crítica se involucra con el anhelo de comprender el material histórico, la circulación, la interpretación y la aprobación del texto, a efecto de reinterpretarlo, y con ello influir y tratar de cambiar la comunidad política que determina la continuidad y destino del lenguaje del texto, su discurso y su silencio.<sup>77</sup>

De lo anterior se desprende que para los *CLS* el análisis de los textos pretende influir en el actuar del jurista a fin de modificar o cambiar en la medida de lo posible aquellas prácticas que en aras de mantener el *statu quo* impiden el progreso de los sectores más desfavorecidos de la sociedad.

En palabras de Duncan Kennedy, la aspiración de la crítica es

Poner al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y de los juristas, que construyen el Derecho mientras se ven a sí mismos como un instrumento del mismo. Algunos conceptos y palabras-clave son lagunas, conflictos y ambigüedades, indeterminación, mediación, legitimación del *statu quo* (pero no del “capitalismo”), estructuración jurídica de la base material (y en consecuencia imposibilidad de “determinación en la instancia final”). La actitud respecto al Derecho es ambivalente. Por un lado se insiste en su autonomía relativa y en su valor en tanto que dominio de lucha cultural y política; por otro, se persigue con obstinación de mostrar su incoherencia, sus contradicciones internas, sus complicidades. Al mismo tiempo que se toma en serio la noción neo-marxista de que el discurso jurídico equivale a la

---

School Fails: A Polemic”, *Yale Law Review of Law and Social Action* 71, 1970, [http://www.duncankennedy.net/documents/How%20the%20Law%20School%20Fails\\_A%20Polemic.pdf](http://www.duncankennedy.net/documents/How%20the%20Law%20School%20Fails_A%20Polemic.pdf).

<sup>76</sup> Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial. Una fenomenología crítica*, trad. de Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana-Ediciones Uniandes-Instituto Pensar-Siglo del Hombre Editores, 1999, pp. 95-97.

<sup>77</sup> Goodrich, Peter, *op. cit.*, nota 56, pp. 420 y 421.



ideología, hay una rebelión contra las categorías familiares y contra el tono del discurso izquierdista americano de la época, sobre todo contra su moralismo simplista.

La crítica CLS apunta “al interior” del Derecho, al dominio de las reglas detalladas, de los argumentos comunes, de las prácticas familiares de la producción académica y judicial.<sup>78</sup>

En este contexto, la lectura de los *CLS* puede ser de utilidad para tener una visión crítica de la academia, del pensamiento jurídico y de la práctica jurídica cotidiana. De esta manera, los *CLS* están lejos de exponer un sofisticado modelo de razonamiento jurídico, por ejemplo. Más allá de todo ello, la corriente en cuestión nos expone una diversidad de factores a considerar en el derecho, que a la vez que nos exponen sus vulnerabilidades, que debidamente comprendidas e identificadas nos pueden abrir un panorama sobre el cual actuar en el sistema.

### III. EL LEGADO: EL ANÁLISIS JURÍDICO DESDE LA PERSPECTIVA CRÍTICA

Como se ha mencionado con anterioridad, el pensamiento de la línea crítica que iniciaron los *CLS* lo encontramos en la ideología de los representantes que alguna vez integraron el movimiento o en las nuevas corrientes que subyacen con los *CLS*.<sup>79</sup> Sin embargo, lo anterior de ninguna manera implica su abandono o rechazo en la enseñanza ni en el análisis del derecho.

Al efecto, hemos estimado pertinente centrarnos en tres aspectos por los cuales es importante considerar a los Estudios Críticos del Derecho, a saber:

- 1) El surgimiento de los Estudios Críticos del Derecho, en el seno de una época difícil y conflictiva.

---

<sup>78</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 27, p. 284.

<sup>79</sup> *Ibidem*, pp. 287 y 288.

- 2) Seguir con la tarea de cuestionar al derecho y no dar por asentados ni definitivos los conocimientos jurídicos.
- 3) El énfasis en adquirir conciencia de la complejidad del razonamiento jurídico, más allá de las normas y principios, y la posibilidad de actuar en beneficio a la sociedad.

Por lo que respecta al primer punto, los *CLS* nos ofrecen una particular lección en el sentido de cuestionar las injusticias, el descontrol, las contradicciones y las mentiras que se presentan en la sociedad, y su intento de justificación por la vía institucional. En este cuestionamiento, el movimiento de los *CLS* recurrió a una variada gama de medios, como los círculos de discusión, las propias aulas,<sup>80</sup> los artículos de opinión,<sup>81</sup> hasta los medios electrónicos para transmitir su mensaje,<sup>82</sup> lo cual amplía los alcances y divulgación del pensamiento jurídico.

En el mismo orden de ideas, la gestación del movimiento de los Estudios Críticos del Derecho nos invita mantener contacto con la realidad en el estudio y análisis del derecho, que nos permita identificar distintas aristas de la problemática jurídica y ofrezca nuevas líneas de investigación.

En ese sentido, el surgimiento de los Estudios Críticos del Derecho nos demuestra la necesidad de iniciar una forma distinta de estudiar y pensar el derecho, ajustado a las propias experiencias y al contexto sociopolítico, y junto con ello acercar el discurso jurídico a las necesidades de la sociedad.

---

<sup>80</sup> Kennedy, Duncan, "Teaching from the Left in my Anecdote", *Review of Law and Social Change*, Nueva York, vol. 31, 2007, pp. 450-453.

<sup>81</sup> Kennedy, Duncan, "Iraq: The Case for Losing", *Brooklyn Journal of International Law*, Nueva York, vol. 31, tema 3, 2006, pp. 10-18.

<sup>82</sup> Existen algunas páginas electrónicas como <http://www.criticallegalthinking.com/>, en las cuales se divulgan determinados artículos de crítica jurídica, en torno a la raza, el género, la desigualdad social, entre otros. Igualmente, podríamos destacar la página de Duncan Kennedy, <http://duncankennedy.net/home.html> que contiene artículos del autor de acuerdo con los diversos tópicos sobre los que se ha pronunciado, como: crítica a la educación jurídica y a la decisión judicial, sociología del derecho, derecho y economía, historia jurídica, con las traducciones disponibles, así como materiales de enseñanza.

El segundo punto que nos interesa destacar de los *CLS* nos exhorta a continuar con la labor de reflexión jurídica. En cierta manera, desde la educación jurídica se exponen una serie de conceptos y categorías jurídicos que parecieran no admitir discusión ni reflexión posterior. Desde esta perspectiva, se busca dar una continuidad a la crítica jurídica,<sup>83</sup> que permita que el jurista tenga una actuación significativa en la sociedad.<sup>84</sup>

Siguiendo a Jerry L. Anderson, la crítica en los *CLS* permite suponer que la actual estructura jurídica no está del todo dada, y que, por el contrario, hay otras formas posibles, y deseables, de ordenar la sociedad, para lo cual primeramente debe entenderse lo que hay detrás de las normas, de los procedimientos y de las instituciones jurídicos, y en ese sentido la deconstrucción constituye un método imprescindible para valorar qué es lo que subyace en el fondo del fenómeno jurídico, valorar las posibilidades de cambio desde la estructura misma y concebir nuevas reglas de interacción social.<sup>85</sup>

Así, se abre un margen de actuación para el jurista, quien además de los ideales y el compromiso social requiere un conocimiento teórico sólido que le permita tener una explicación coherente del derecho, en vinculación con los problemas propios de la sociedad y de la práctica jurídica misma, y a partir de ahí sentar las bases para una reconstrucción de las reglas y principios jurídicos en los que descansa la sociedad, o si se quiere, de una óptima conducción del ejercicio del derecho. Desde esta perspectiva, se abre una gama de posibilidades en las cuales se puede construir un rumbo distinto de la sociedad, en el cual se hagan efectivos los valores de igualdad, libertad y seguridad.

---

<sup>83</sup> Tushnet, Mark, *op. cit.*, nota 50, p. 511.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 516.

<sup>85</sup> Anderson, Jerry L., "Law School Enters the Matrix: Teaching Critical Legal Studies", *Journal of Legal Education*, Nueva York, vol. 54, núm. 2, junio de 2004, pp. 205 y 206.

Finalmente, el tercer aspecto que nos interesa destacar es el hecho de que con los *CLS* se ofrece una forma distinta de análisis del derecho,<sup>86</sup> si se quiere una perspectiva distinta del razonamiento jurídico, en el que si bien las normas y principios jurídicos son la columna vertebral del derecho, igualmente se enfatiza en la necesidad de valorar otros factores que comprenden desde la política, la economía, la historia, la sociedad, la teoría y la filosofía, hasta la propia psicología, a efecto de aproximarnos a los alcances de la vulnerabilidad humana, a la que están sujetos los operadores jurídicos.

En esta empresa no puede faltar la evaluación de principios, directrices y valores que permean en el derecho mismo,<sup>87</sup> y respecto de ello, los *CLS* nos pueden dar una orientación acerca del tipo de ideología que subyace en un orden jurídico determinado, que, una vez identificada, ofrece la posibilidad de someterla a examen y cuestionamiento de aquellos postulados que bien podrían ser mejorados y replanteados. Con ello, se pretende indagar y explorar las múltiples alternativas con las que podemos conocer y actuar dentro del derecho, que nos acerquen a hacer efectivos los valores de una sociedad justa, libre y equitativa.

---

<sup>86</sup> Tushnet, Mark V., “Critical Legal Theory”, en Golding, Martin P. y Edmundson, William A. (ed.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden-Oxford-Victoria, Blackwell Publishing, 2006, p. 88.

<sup>87</sup> Desde el centro de la academia se reconoce la aportación de los *CLS* al razonamiento jurídico, en cuanto a someter a examen y evaluación aquellos principios y directrices que subyacen en el orden jurídico, a fin de generar una conciencia crítica de la naturaleza contingente del derecho, así como ofrecer una apreciación de las vías por las cuales se puede propiciar un cambio a través del derecho. Así, el análisis del derecho estaría constituido por tres niveles: 1) comprensión e identificación de las normas y precedentes aplicables al caso, así como de argumentos deductivos y analógicos; 2) la identificación de los principios y directrices aplicables al caso, y 3) evaluación de los principios y directrices, y su implicación en los casos concretos, a partir de una razonada perspectiva moral, *Cfr.* Burton, Steven J., “Reaffirming Legal Reasoning: The Challenge from the Left”, *Journal of Legal Education*, Nueva York, vol. 36, núm. 3, septiembre de 1986, pp. 369 y 370.

Como se ha podido constatar, el hilo conductor del pensamiento de los *CLS* no es ni anarquismo ni desprecio por el derecho, ni por el Estado. Por el contrario, la lucha por la justicia social, la imposición y el abuso del poder encubierto por el derecho es lo que inspira un anhelo de denuncia de dicha corriente, a efecto de que el derecho no sea solamente un instrumento de mantenimiento del *statu quo*, sino que busque en la medida de lo posible optar por un orden social más equitativo.

En el contexto de la mitología jurídica de la modernidad,<sup>88</sup> el cuestionamiento, sospecha y replanteamiento de los *CLS* a las normas y al razonamiento jurídico nos ofrece distintas líneas de investigación que nos otorguen conocimientos y distintos modelos de la aplicación y enseñanza del derecho.

#### IV. REFLEXIONES FINALES DEL CAPÍTULO PRIMERO

En el presente apartado se ha explorado el contexto político de la década de los sesenta en los Estados Unidos bajo el cual se gestó el movimiento de los Estudios Críticos del Derecho.

La referencia al contexto histórico permitió identificar las nociones de contradicción, inconsistencia, apariencias e indeterminación que los estudiantes y profesores pretendieron encontrar en el derecho.

La comprensión del panorama histórico nos permitió aproximarnos al sentido de la crítica interna de la corriente de los Estudios Críticos del Derecho. En este enfoque se destaca que el derecho tiene un potencial transformador de la sociedad en la consecución de la justicia, la equidad, la transparencia y la libertad, y es donde el jurista desempeña un papel fundamental en este papel transformador. Las notas críticas las ubicaríamos en la vinculación que realizan los *CLS* del derecho con la sociedad y la política, en el sentido de que la indeter-

---

<sup>88</sup> Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003, pp. 39-67.

minación, la contradicción y las desigualdades presentes en la sociedad se reflejarían en las normas, en los principios y en el razonamiento jurídicos.

De manera que los aspectos que son objeto de reflexión en la temática de los *CLS* se encuentran representados por la objetividad y formalidad del derecho, así como en el cuestionamiento de la neutralidad judicial. Adicionalmente, se cuestiona la manera en que desde la academia y desde la práctica jurídica se reproduce esta desigualdad social.

Desde esta perspectiva, la corriente de los *CLS* ofrece líneas interesantes de investigación, a efecto de identificar los puntos vulnerables de las normas, de los principios y de los razonamiento jurídicos, la actuación de los juristas, así como el rumbo de la educación jurídica. Bajo dichas líneas de investigación, se exhorta al jurista a mantener una reflexión permanente y continua de su actuar en el derecho, a efecto de sumar esfuerzos para mejorar las condiciones de igualdad, equidad y justicia de la sociedad.

## ESQUEMA 1. DESARROLLO DE LOS ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO

<i>Movimiento</i>	<i>Corriente</i>	<i>Legado</i>
<p>Antecedentes</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Descontento y agitación en la década de los sesenta y setenta.</li> <li>• Círculos críticos de lectura.</li> <li>• Enfrentamientos académicos en la Universidad de Yale.</li> </ul> <p>Inicios</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Represión estudiantil y despido de jóvenes profesores y académicos de las universidades.</li> <li>• Conferencias, reuniones y seminarios.</li> <li>• Determinación de las líneas de estudio a seguir.</li> </ul>	<p>Sentido de la crítica</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Estudios reflejados en ensayos, artículos, críticas literarias sobre una gran diversidad temática.</li> <li>• Vinculación del derecho con la política; denuncia a la utilización del derecho para mantener el <i>statu quo</i>; sentido de lucha por la libertad, la tolerancia y el respeto.</li> <li>• Análisis de textos jurídicos (contratos, sentencias, etcétera), así como de la práctica jurídica.</li> <li>• Diversidad metodológica y epistemológica.</li> </ul> <p>Difusión del mensaje: revistas especializadas, academia, libros y medios electrónicos.</p>	<p>1) El surgimiento de los Estudios Críticos del Derecho, en el seno de una época difícil y conflictiva.</p> <p>2) Invitación a continuar con la tarea de cuestionar y no caer en la mediocridad de tener por asentados los conocimientos jurídicos.</p> <p>3) El énfasis en adquirir conciencia de la complejidad del razonamiento jurídico, más allá de las normas y principios, y la posibilidad de actuar en beneficio de la sociedad.</p>

Este esquema muestra el desarrollo de los Estudios Críticos del Derecho como movimiento, corriente y legado.