

CAPÍTULO 3

SOCIOLOGÍA Y CRÍTICA JURÍDICA EN ESTADOS UNIDOS

Quien haya estudiado derecho en la tradición civilista, en América Latina o en Europa continental, no puede menos que sorprenderse con la cantidad de estudios interdisciplinarios que existen en Estados Unidos sobre el derecho. A diferencia de lo que suele suceder en Francia o en Argentina, por ejemplo, las miradas no dogmáticas del derecho son allí algo natural y frecuente, incluso entre quienes se interesan por la técnica jurídica y por el razonamiento estrictamente jurídico.¹ En Europa, en cambio, a pesar de una conspicua tradición sociojurídica² y de importantes desarrollos durante las dos últimas décadas,³ las miradas sociales del derecho mantienen una posición relativamente marginal, tanto en los ámbitos jurídicos como en los

¹ Una ilustración de la importancia del punto de vista sociológico en la práctica del derecho puede verse en el célebre alegato de Luis Brandeis (Brandeis Brief) quien como abogado atacó los largos horarios de trabajo que padecían las mujeres a principios del siglo XX (en el *Caso Muller vs. Oregon*) mostrando las consecuencias fácticas de esos horarios. Desde entonces, este tipo de argumentación sociojurídica es aceptada en el ámbito judicial. Otro ejemplo de ello es el famoso *Caso Brown vs Board of Education*, sobre discriminación racial, en el cual el punto de vista sociológico, que ilustra la discriminación, resultó siendo fundamental.

² Aparte de los clásicos (K. Marx, M. Weber y É. Durkheim), la sociología jurídica de principios del siglo XX tuvo importantes desarrollos en Francia con la obra de Gurvitch (1942), en Alemania con la obra de Ehrlich (1967) y Tönnies (1963), y en Italia con Santi Romano (1946) y posteriormente R. Treves (1978).

³ En especial la creación de la revista *Droit et Société* en Francia y del Instituto Internacional de Sociología Jurídica en Oñati (España).

sociológicos (Dezalay, 1989). En América Latina, por su parte, excepción hecha de algunos casos aislados en Brasil y Colombia, los estudios que abordan temas jurídicos desde otras ciencias sociales no sólo son muy escasos, sino que hacen parte de un limbo olvidado entre el derecho y las ciencias sociales.⁴

Las raíces de esta vitalidad interdisciplinaria del derecho se deben, en buena parte al *Realismo Jurídico*, el cual, a su turno, estuvo fuertemente influenciado por los pensadores pragmáticos de principios del siglo XX.⁵ A finales del siglo XIX, en Estados Unidos prevalecía una visión dogmática del derecho, fundada en conceptos, reglas y principios (una especie de versión norteamericana del positivismo jurídico) que, se suponía, guardaban una relación sistemática, y lógica, entre sí.⁶ Los realistas se enfrentaron a esa cultura jurídica liberal dominante y denunciaron el carácter marginal, indeterminado y político del derecho y de la práctica jurídica.

Para tal efecto, utilizaron, por un lado, el razonamiento lógico, que les servía para poner en evidencia la falta de coherencia de las decisiones judiciales, lo cual fue denominado en aquel entonces como *debunking* (desmonte).⁷ Por otro lado, los realistas abogaron por el uso de las ciencias sociales y en particular por la investigación empírica, como instrumentos para la explicación objetiva de los procesos jurídicos, de tal manera que se pusiera en evidencia la manera

⁴ Sobre los estudios de sociología jurídica en América Latina, véase Correas (1991); Junqueira (2001); Wolkmer (1995); García Villegas y Rodríguez-Garavito (2003).

⁵ El pragmatismo es la corriente filosófica norteamericana por excelencia. Se estima que sus orígenes se remontan a finales del siglo XIX con la filosofía de Charles Peirce, pero su pleno desarrollo sólo tiene lugar a principios del siglo XX con pensadores como William James, John Dewey y más tarde Richard Rorty. Los filósofos pragmáticos, en claro contraste con sus colegas europeos, reivindicaron la necesidad de valorar las ideas a partir de las consecuencias prácticas que ellas podrían producir en la realidad y no simplemente a partir de su construcción interna.

⁶ Esta visión dominante tuvo origen en la reforma hecha por Christopher Langdell en la Universidad de Harvard y es conocida en Estados Unidos como formalismo jurídico (*legal formalism*). Según ellos, el derecho es un sistema de normas coherente, determinante (que produce los efectos prácticos que establece) y políticamente neutral.

⁷ Al final del siglo XX, con el movimiento de Estudios Críticos del Derecho, se utilizaría la palabra *deconstruction*, término más sofisticado que fue introducido por el filósofo francés J. Derrida.

como el derecho logra o no determinar las conductas sociales. Las ciencias sociales eran percibidas como un antídoto contra el sesgo político de la interpretación jurídica (Llewellyn, 1930, 1960; Pound, 1927, 1910; Trubek y Esser, 1989) y, adicionalmente, como una garantía para la producción de normas jurídicas conectadas con el entorno social.⁸ Así pues, los realistas diseñaron una propuesta crítica y científica a la vez.

Pero esta propuesta no estaba libre de problemas. Desde el primer momento se puso en evidencia la tensión que en ella había, entre el crudo relativismo inherente a la práctica deconstructiva, por un lado, y la confianza incuestionada en la objetividad de la investigación empírica, por el otro. Dicho en términos más generales, los realistas debieron enfrentar la tensión entre el análisis empírico de la realidad social (saber) y la valoración política de las instituciones estatales y del derecho (crítica).⁹

Pero eso no siempre fue fácil y es por eso que, a partir de las ideas originales del realismo, fueron surgiendo dos tendencias diferentes: una destinada a mostrar, con ayuda de las ciencias sociales, las conexiones que el derecho mantiene con la realidad social, y otra encaminada a mostrar, a partir de la filosofía y la teoría política, las deficiencias del derecho oficial. A mediados de la segunda mitad del siglo XX, ambas tendencias se consolidaron en dos movimientos académicos que tuvieron gran impacto en la vida intelectual del derecho. El primer movimiento se conoce como *Law and Society* (en adelante LS) y el segundo como *Critical Legal Studies* (en adelante CLS).

Pero la vitalidad del debate jurídico en Estados Unidos y en general en el mundo anglosajón, también se debe a la reflexión que, desde la sociología, se ha hecho sobre el derecho. No sólo las ideas de los clásicos de la sociología sobre el derecho han sido estudiadas en profundidad —véase, por ejemplo, Treviño, 2007, 1996; Hunt, 1982; Cotterrell, 1992; Cain y Hunt, 1979—, sino que la teoría social estado-

⁸ La visión positivista de las ciencias sociales tuvo influencia en el movimiento de los realistas y ello se manifiesta en la idea de una ciencia positiva de las políticas públicas; véase Lasswell y McDougal (1943).

⁹ Edward White (1986, p. 825) plantea esta tensión en términos de una dicotomía valor/hecho (*the fact-value dichotomy*). Véase igualmente Trubek y Esser (1989).

unidense ha producido importantes aportes a la reflexión jurídica. Uno de ellos es la teoría social funcionalista de Talcot Parsons, en la cual el derecho es visto como un conjunto de normas relativamente formalizadas que imponen obligaciones que cumplen diferentes papeles en la sociedad y como un instrumento que, en las sociedades modernas, cumple una labor integradora fundamental, al lado de otras funciones sociales.¹⁰

Otro aporte importante se encuentra en la obra de Donald Black y en particular en su "Sociología Pura del Derecho", en donde pretende formular una teoría general del control social en la cual los elementos normativos y jurídicos quedan excluidos. En su teoría, el derecho es visto como un término de cantidad (más o menos) y estilo (derecho penal, terapéutico, compensatorio, etc.). El derecho varía con la estratificación (sociedades con mayor estratificación tienen más derecho), con las clases sociales (hay más derecho ligado a la riqueza y al estatus) con la cultura (sociedades tradicionales tienen menos derecho que las sociedades modernas, etc.) (Black, 1976; 1972; 1995).

En contraposición a la teoría de Black hay que mencionar la sociología normativa de Philip Selznick y Philippe Nonet (1978). Adicionalmente, ha habido contribuciones importantes en el campo de la sociología de las organizaciones (Edelman, 2004; Edelman y Suchman, 1997) de la policía y el control social (Johnston, 1992; Hutter, 1988; Hawkins, 2003) y por supuesto, de la profesión jurídica (Heinz y Laumann, 1982; Freidson, 1984; Larson, 1997), entre otros. Una visión actual y global de la sociología del derecho, desde el punto de vista de los sociólogos, puede encontrarse en autores como Roger Cotterrell (1983; 1990), Deflem (2008) y Javier Treviño (1996).

Así pues, cuando se habla de sociología jurídica en Estados Unidos, es posible diferenciar dos vertientes: por un lado, aquella que se origina en la reflexión que hacen los juristas y, por el otro, aquella que hacen los sociólogos. En este texto me concentro en la descripción y el análisis de la primera vertiente y en particular de aquellas co-

¹⁰ La sociedad, según Parsons, puede ser analizada como un sistema complejo de funciones interrelacionadas originadas en cuatro subsistemas: la economía, la política, la comunidad y los valores. Los principales textos de Parsons para el derecho son: Parsons, 1977; 1954; 1962; 1968.

rrientes de pensamiento que han evolucionado a partir de las ideas originarias del realismo jurídico. Sólo tendré en cuenta de manera marginal la tradición sociológica de la sociología jurídica. Además de los dos movimientos mencionados en el párrafo anterior (LS y CLS) están los siguientes: Derecho y Economía (*Law and Economics*, en adelante LE), Derecho y Desarrollo (*Law and Development*, en adelante LD); Estudios Críticos de Raza (*Race Theory*, en adelante RT); Teoría Feminista del Derecho (*Feminist Legal Theory*, en adelante FLT), Estudios Críticos Latinos (*LatCrit*), Teoría Posmoderna de Oposición (PO) y Estudios de Conciencia Legal (*Legal Consciousness Studies*, en adelante LCS). Este listado no abarca a todos los movimientos críticos del derecho, pero éstos sí pueden ser los más importantes. Más aún, en las explicaciones que siguen, le daré más importancia a los movimientos críticos progresistas —como es el caso de los CLS— y menos a los conservadores como LE o incluso a los más centrados en políticas públicas como LS y LD.

A pesar de las grandes diferencias que existen entre estas diversas corrientes, todas pueden calificarse como posturas críticas frente al derecho, por lo menos frente al derecho que tienen en mente los abogados y que se enseña en las facultades de derecho. Todos son críticos progresistas, salvo la mayoría de los autores de LE, que si bien tienen una visión crítica del formalismo jurídico, adoptan una posición política conservadora.

En la primera parte describiré las distintas corrientes que tuvieron lugar entre los años 60 y 80, con el fin de mostrar la evolución del legado realista a comienzos de la segunda mitad del siglo XX. En la segunda parte hago una breve exposición, por un lado, de los movimientos de crítica jurídica que surgieron a partir de la disolución del movimiento *Critical Legal Studies* y, por el otro, de la evolución del movimiento LS a partir de los primeros años de los 90. Finalmente, en unas breves conclusiones, planteo algunas consideraciones sobre los debates generados por estas corrientes de pensamiento a la luz de la teoría social y sobre la importancia relativa de la sociología jurídica estadounidense en otras tradiciones y otros contextos, particularmente en América Latina.

I. EL LEGADO DE LAS IDEAS REALISTAS EN EL DERECHO¹¹

A mediados del siglo XX, luego de la época de apogeo del realismo jurídico, surgieron dos movimientos teóricos en Estados Unidos. El primero de ellos, que se denominó Derecho, Ciencia y Políticas Públicas, se dedicó a mantener el propósito realista de apoyo a las políticas públicas, excluyendo, en esa tarea, toda pretensión crítica.¹² El segundo, más elaborado y exitoso, se denominó Escuela del Proceso Legal (*The Legal Process School*) y buscó un camino intermedio entre el formalismo y el realismo jurídicos. Su exponente más notable fue Lon Fuller¹³ y su contribución más importante fue señalar el potencial creativo de la actividad judicial y de los condicionamientos sociales en los postulados jurídicos.

El rigor trágico de la Segunda Guerra Mundial y la necesidad de afirmar los valores liberales en contra del totalitarismo, dieron al traste con buena parte de la empresa de los críticos y los esfuerzos se concentraron en el perfeccionamiento de las políticas públicas.¹⁴ Ciencia y política mantuvieron entonces relaciones armoniosas y ello gracias al consenso que suscitaban los objetivos dispuestos por tales políticas. Fue necesario esperar hasta la década de los 60 para que se produjera un renacimiento de las ideas críticas.

A. El movimiento *Law and Economics*

El nacimiento de *Law and Economics* (en adelante LE) tuvo lugar en la década de los 60, cuando el premio Nóbel de Economía, Ro-

¹¹ Buena parte de las ideas desarrolladas en este apartado provienen del estudio preliminar incluido en el reader *Sociología jurídica* (García Villegas, 2001).

¹² Este movimiento se originó en el artículo publicado por Harold Lasswell y Myres McDouglas (1943).

¹³ Véase Fuller (1986, p. 825). Herederos actuales de esa escuela son John anterior, véase White (1986, p. 825). Herederos actuales de esa escuela son John Hart Ely y Alexander Bickel.

¹⁴ Las épocas revolucionarias y bélicas nunca han sido propicias para el desarrollo de las ideas críticas del derecho (lo cual no implica que se produzcan grandes ideas progresistas que moldeen una nueva doctrina jurídica o una nueva manera de concebir el derecho, como sucedió en la Revolución francesa). Al respecto véase el capítulo segundo.

land Coase, publicó su célebre ensayo "The Problems of Social Cost" (1960) y Guido Calabresi publicó sus textos sobre análisis económico de la responsabilidad jurídica (Calabresi, 1970). Esta primera generación de autores, incómoda con el activismo judicial de la llamada Corte Warren, y en general con el intervencionismo del Estado en el mercado, estuvo empeñada en convertir al derecho en una ciencia neutral, predecible y dotada de los métodos y de la racionalidad propios de la economía, que permitiera a los jueces tomar decisiones fundadas en la eficiencia y no en valores morales o políticos (Posner, 1995).

Coase y sus seguidores hicieron suyos los postulados de la célebre escuela de Chicago, caracterizada por la adopción radical de principios propios del liberalismo económico y por la defensa casi a ultranza de la economía de mercado. (Becker, 1993). Para los representantes de esta escuela, las personas son actores racionales que "maximizan sus intereses" mediante cálculos estratégicos.¹⁵

Con base en este postulado epistemológico a favor del actor racional y de aquel postulado normativo a favor del liberalismo económico, los autores de LE estimaron, por ejemplo, que las penas funcionan como incentivos negativos o positivos para los criminales, que los costos del derecho son sobre todo costos de oportunidad y que la mejor manera de optimizar las transacciones, es decir, de hacerlas eficientes, es por medio de los intercambios voluntarios.

Coase quería idear un modelo de eficiencia económica que pudiera reducir al mínimo las llamadas externalidades, es decir, aquellas actividades que afectan a otros —para bien o para mal— sin que éstos paguen por ellas o sean compensados (dicho en otros términos, los efectos económicos colaterales de las acciones de unas personas sobre otras que no se expresan en un precio). Un ejemplo de externalidad es el impacto que la producción de un objeto tiene en el medio ambiente

Coase sostenía que si los costos de transacción eran mínimos o nulos,¹⁶ la intervención legal era inútil, y que lo mejor, lo más ef-

¹⁵ Esto es lo que se conoce como el modelo del actor racional (Becker, 1993).

¹⁶ Los costos de transacción son aquellos en los que se incurre para llevar a cabo una transacción económica. Así, por ejemplo, para comprar unas manzanas, el comprador paga unos costos adicionales al precio del producto: se desplaza, gasta un tiempo determinado, consigue información sobre el producto, etcétera.

cho debe ser eficiente; 3) el *common law* es, de hecho, eficiente, y 4) el *common law* selecciona reglas eficientes aunque no todas sus normas son de ese tipo (Kornhauser, 1984).

En su interpretación del movimiento LE, Gary Minda sostiene, sin embargo, que hoy en día LE es mucho más disperso de lo que Kornhauser piensa (Minda, 1995). El único postulado que realmente es compartido, dice Minda, es el primero; es decir, el comportamentalista. Una ilustración de esta falta de unidad puede verse en la obra del juez Richard Posner, quizás el más célebre de todos los autores de LE. Si bien sus primeros escritos compartían el ideal de los fundadores que consistía en crear una ciencia dura que pudiera predecir la manera como los jueces deciden y que pudiera atar sus decisiones a los objetivos del mercado —por ejemplo, Posner (1977-1990)—, en sus libros de finales del siglo Posner es mucho menos enfático en el postulado científico y también menos optimista en los beneficios del mercado. Para Posner lo que representa el núcleo duro del LE es su postura pragmática frente al derecho y no tanto el postulado científico de la predicción del comportamiento de los individuos que actúan guiados por reglas.

El auge de LE tuvo lugar durante la era del conservadurismo político y del liberalismo económico que vivió Estados Unidos bajo el gobierno de Ronald Reagan. El fracaso parcial del modelo económico ideado en esa época y el ascenso al poder de una nueva élite política, no sólo le han dado la razón a muchos críticos del LE,¹⁸ sino que es posible que produzcan una reorientación parcial del movimiento en los años que vienen.

B. Derecho y desarrollo (*Law and Development*)

En 1960 el gobierno de Estados Unidos, por medio de la Agencia Internacional para el Desarrollo y en colaboración con la Fundación Ford y otras instituciones privadas, emprendió un ambicioso proyecto destinado a introducir reformas jurídicas —sobre todo en los ámbitos de la educación legal y de la justicia— en países periféricos de Asia, África y Latinoamérica. La premisa fundamental de ese pro-

¹⁸ Véase, por ejemplo, Fiss (1986); Edelman (2004); Kennedy (1998).

El Estado interviniere. Así, por ejemplo, si el ganado de un finquero se pasa del lado de la propiedad de un agrigultor —sin que el ganadero sea responsable de ello— y daña sus sembrados, la solución, dice Coase, no consiste en imponerle una limitación legal o judicial al ganadero o al agrigultor; es decir, en solucionar el problema mediante imposición de responsabilidades jurídicas, sino en dejar que ambos negocien a partir del precio que cada cual le otorga a su derecho. El agrigultor le pondrá un precio al interés que tiene en impedir que el ganado de su vecino se pase de su lado y el ganadero un precio al interés que tienen en mantener intacto, sin limitaciones, su grupo de animales.

La práctica del derecho, dice Coase, debe estar guiada por el principio de eficiencia. Los jueces, por ejemplo, no deben pensar tanto en cuál es la decisión que según ellos es más justa, sino en cuál es la que más produce un resultado eficiente y, de esta manera, protege mejor los derechos de todos. Dicho en otros términos, cuando no existen obstáculos para las transacciones económicas entre las partes —costos de transacción nulos—¹⁷ los recursos serán utilizados eficientemente sin importar quién tenía inicialmente derechos y cuáles normas jurídicas regulan dicha relación.

Las ideas de Coase fueron particularmente influyentes a mediados de los años 80, cuando los políticos conservadores de Estados Unidos, con el presidente Reagan a la cabeza, vivieron su mejor momento. Un número muy grande de los jueces federales —entre ellos Richard Posner— e incluso algunos de los nombrados en la Corte Suprema, se adhirieron explícitamente a este movimiento.

Tantos años de intensa producción intelectual han creado fracturas y dispersión dentro del movimiento. No obstante, Lewis Kornhauser sostiene que todavía es posible identificar cuatro postulados básicos que comparten todos los autores del movimiento. Ellos son: 1) la economía proporciona una teoría útil para predecir la manera como la gente se comporta cuando actúa bajo el derecho; 2) el dere-

¹⁷ Lo cual es muy poco frecuente. En este sentido LE asume los postulados de la escuela neoclásica en economía, según la cual, el mercado se autorregula sin necesidad de intervención externa.

yecto era ésta: el derecho es una herramienta esencial para el desarrollo económico, y los actores del campo jurídico, sobre todo los jueces, los profesores de derecho y los abogados, pueden operar como especies de ingenieros de la vida social e impulsar ese desarrollo.

Alimentados por el espíritu reformista y constructivista de la *Alianza para el Progreso* —una especie de plan Marshall para América Latina—, estos investigadores sociojurídicos se volcaron masivamente hacia los países latinoamericanos con el objeto de incidir en reformas legales consideradas clave para el desarrollo, sobre todo en el tema de la reforma agraria y de la educación legal. La participación entusiasta de profesores estadounidenses —sobre todo de las universidades de Wisconsin, Yale y Stanford— hizo del proyecto inicial un verdadero movimiento intelectual progresista.¹⁹

Buena parte de la intervención de los participantes del movimiento estuvo destinada a reformar la educación jurídica o, por lo menos, la manera de entender e interpretar el derecho. Los profesores estadounidenses creían que había que reducir la tradicional brecha que existe en los países periféricos entre la ley escrita y la realidad social, y que ello era una exigencia pragmática indispensable para hacer del derecho una herramienta del desarrollo. Para lograr ese propósito, los profesores hicieron énfasis en la importancia de enseñar el derecho a partir de casos concretos, como en el *common law*, y en reducir el carácter puramente dogmático y abstracto que es propio de la tradición del derecho civil. Sin embargo, este propósito de trasladar la cultura jurídica estadounidense a países como los latinoamericanos, formados en una cultura jurídica diferente, terminó siendo mucho más difícil de lo que parecía, y por eso fueron muy pocas las experiencias educativas que realmente prosperaron (Trubek y Galanter, 1974; Gardner, 1980; Carty, 1992; Rodríguez-Garavito, 2001; Trubek, 1996).

La ineficacia de las reformas legales planteadas en aquella época pronto opacó y desprestigió al movimiento. Análisis posteriores pusieron de presente la complejidad de las reformas institucionales y la insuficiencia de las propuestas reformistas simplemente jurídicas.

¹⁹ Al respecto, véase la colección de artículos editados por Anthony Carty (1992). Para una evaluación crítica, véase Trubek (1974).

Tres décadas más tarde, a principios de los años 90, surgió una especie de segunda versión del movimiento *Law and Development*. En esta oportunidad, el acento no estaba puesto en la reforma agraria ni en la educación legal, sino en la justicia (Rodríguez-Garavito, 2001). Pero la idea central de este segundo impulso seguía siendo similar a la planteada inicialmente, es decir, que el derecho y más específicamente el sistema judicial es un elemento esencial del desarrollo y que, en consecuencia, las reformas judiciales son una condición ineludible del progreso de los pueblos.

En esta ocasión, como en la anterior, las reformas estuvieron jaladas por el Estado, y en particular por las agencias internacionales para el desarrollo radicadas en Estados Unidos —sobre todo USAID (Agencia Internacional para el Desarrollo) y el Banco Mundial—, las cuales invirtieron enormes cantidades de dinero en los antiguos países de la cortina de hierro y en América Latina.²⁰

C. El movimiento Derecho y Sociedad (*Law and Society*)

En 1964, con la inauguración de la Asociación Derecho y Sociedad, se crea el movimiento Derecho y Sociedad (en adelante L&S). Dos años más tarde nace la publicación *Law and Society Review* en la que se publica lo más significativo del movimiento.²¹ Se pueden diferenciar por lo menos dos etapas: la primera se inicia con su fundación y se extiende hasta finales de la década de 1980; la segunda se origina a finales de los 80 y llega hasta el presente. Por el momento

²⁰ Para una visión general véase Trubek (1996); Shihata (1995); una explicación crítica de estos movimientos de dinero para el desarrollo puede verse en Santos (2000). Un análisis de este fenómeno desde la perspectiva de la ciencia política puede verse en O'Donnell (1998). Es de anotar, finalmente, que entre el 24 y el 25 de marzo de 2000 la Universidad de Wisconsin en Madison organizó un taller al cual fueron invitados más de cuarenta investigadores de diferentes países con el objeto de plantear las posibilidades de un nuevo movimiento de derecho y desarrollo.

²¹ En el congreso celebrado en Berlín en 2007, por ejemplo, se presentaron más de 700 ponencias y asistieron alrededor de 3 000 personas. En 2008, el congreso anual se llevó a cabo en Denver, Colorado; más de mil ponencias fueron presentadas. Cualquier sociólogo extranjero se sorprende de la vitalidad de este movimiento y de la aparente facilidad con la que convoca investigadores provenientes de disciplinas tan diversas como el derecho, la ciencia política, la sociología y la antropología.

sólo me ocuparé de la primera de estas etapas; la segunda será estudiada en el capítulo siguiente (Estudios de Conciencia Jurídica). El segundo aire de Derecho y Sociedad se entiende mejor si se le mira como una respuesta a los ataques provenientes de los críticos durante la década de 1980 y los cuales se explican en dicho capítulo.

En el movimiento L&S es posible distinguir al menos cuatro postulados esenciales:²² 1) énfasis en el estudio del derecho tal como éste opera en la realidad social (*law-in-action*) en contraste con los enfoques dogmáticos (*law-in-books*); 2) confianza en la investigación empírica basada en las ciencias sociales como instrumento de conocimiento objetivo de la realidad social; 3) concepción política progresista y reformista destinada a la consolidación de valores democráticos, liberales y de equidad social, y 4) interés por los procesos institucionales y por el Estado, en particular.

A diferencia de los movimientos precedentes, L&S representa un retorno parcial a la idea realista del vacío insalvable entre los textos jurídicos y su eficacia social (*law in books / law in action*), y en tal sentido retoma, al menos en parte, la idea crítica del derecho. Sin embargo, durante las dos primeras décadas del movimiento, el espíritu crítico se fue perdiendo y ello debido al predominio del empirismo en el interior del movimiento y, sobre todo, al apoyo financiero del Estado destinado al perfeccionamiento de las políticas públicas. Ambas cosas, como lo muestran Austin Sarat y Susan Silbey en un texto célebre (Sarat y Silbey, 1988), obraron en contra del mantenimiento de sus energías críticas.²³

La preocupación central de L&S se concentra, tal como lo dice L. Friedman, en el estudio crítico y empírico de los procesos institucio-

²² Según Trubek (1990), los objetivos del movimiento mantienen una ambigüedad que está ya implícita en su propio objeto de estudio.

²³ Los proyectos iniciales de L&S recibieron apoyo financiero de la Roussel Sage Foundation y del Walter E. Meyer Research Institute. La mayoría de estos proyectos fueron financiados con el objeto de responder a la creciente preocupación, durante los años 60, por el incremento de los índices de criminalidad. Cuatro centros académicos universitarios concentraron estos proyectos: Berkeley, Wisconsin, Northwestern y Denver. Entre ellos sobresalió la Universidad de Wisconsin con su Institute for Legal Studies. Allí fueron especialmente notables los académicos Stewart Macaulay, Jack Ladinsky y Lawrence Friedman.

nales. Durante la primera etapa, esto se manifiesta primordialmente en tres ámbitos temáticos: la justicia, la profesión legal y la teoría sociojurídica.

Además de los dos temas reseñados, algunos autores consideran que los estudios de teoría social aplicada al derecho tienen entidad y profundidad suficientes para conformar un ámbito de estudio dotado de la consistencia y autonomía (Munger, 1998; Macaulay, 1984). Los textos sobre teoría sociojurídica publicados por David Trubek, Boaventura de Sousa Santos y Austin Sarat a final de la década de los 80 son una buena muestra del alcance que tuvo el debate teórico en L&S dos décadas atrás. La dependencia de autores europeos en ese debate y la falta de una teoría sociojurídica general obraron, sin embargo, en contra de la continuidad de esos debates.²⁴ Más adelante retomaré este tema. Por ahora me interesa poner de presente la existencia de un presupuesto teórico más o menos explícito en el desarrollo del movimiento L&S hasta mediados de los años 70; éste consiste en la necesidad de la investigación empírica o del empirismo²⁵ como un remedio crítico contra las distorsiones de la visión dogmática del derecho. Dicho en términos más generales, L&S encontró sus funda-

²⁴ Más aún, sorprende el hecho de que, no obstante la existencia de una cantidad enorme de estudios sociojurídicos empíricos en Estados Unidos, no haya habido autores —salvo quizá Black (1976)— que se hayan aventurado de lleno en estos terrenos. En Europa, en cambio, con muchísimos menos estudios de este tipo, ha habido, además de los clásicos —M. Weber (1978, vol. I, pp. 212-216, 311-315, 331-337; vol. II, pp. 654-658, 753-758, 775-776, 941-943, 952-954); Durkheim (1983, pp. 123-154); Marx (1978, pp. 186-193)—, intentos contemporáneos notables, especialmente con Luhmann (1985) y Habermas (1998), y de manera más difusa con Foucault (1975) y Bourdieu (1986).

²⁵ Sin embargo, la idea de empirismo, tal como lo anota Trubek (1984, p. 582), es ambigua en cuanto puede referirse a por lo menos tres nociones: en primer lugar evoca los conceptos de determinismo (por determinismo se entiende la visión según la cual el mundo social está gobernado por leyes, tal como sucede con el mundo físico; en este sentido, la ciencia social revela las condiciones objetivas de nuestra realidad social) y de positivismo (el positivismo parte de la idea de que la ciencia social, para hacer honor a su nombre, sólo puede consistir en proposiciones acerca de hechos fácticos. En esta visión se incluyen tanto las teorías estructurales funcionalistas de la sociedad como el marxismo). En segundo lugar se refiere a una concepción pragmática de la realidad social. En tercer lugar puede referirse a la noción general de estudios no dogmáticos. Un análisis más detallado de este tema puede verse en Trubek y Esser (1989).

mentos teóricos en una concepción de la ciencia social según la cual existe una realidad objetiva externa a los sujetos, que puede ser conocida, evaluada, medida y descrita, tal como sucede con los hechos naturales. Este presupuesto teórico obtuvo aceptación en una época —mediados de los años 60— en la cual las vinculaciones entre el establecimiento académico y las instituciones estatales se desarrollaban en un ambiente de relativa armonía que permitió el afianzamiento de un movimiento fuertemente centrado en las investigaciones destinadas al mejoramiento de las políticas públicas y relativamente poco interesado en la crítica institucional.

Sin embargo, esta armonía no duraría mucho tiempo. La cercanía de la academia con los diseñadores de las políticas estatales²⁶ condujo a una sobreestimación del impacto social del derecho y del Estado, lo cual desmanteló la agenda relativamente progresista que fue planteada al inicio del movimiento (Trubek, 1990, p. 28).²⁷

En el momento de la creación de L&S se consideraba que existía una diferencia marcada entre política (*politics*) y política pública (*policy*), pues esta última, a diferencia de la primera, estaba fundada en un análisis de la realidad institucional ajeno a toda valoración y limitado al asunto técnico de disponer de unos medios para la realización de ciertos fines. El tema de la ineficacia del derecho era central en este tipo de estudios en la medida en que la sociología jurídica estaba destinada a resolver los problemas técnicos de las normas ineficaces, esto es, de aquellas normas que no lograban los propósitos buscados. Este tipo de estudios, caracterizados por una clara visión instrumental del derecho y conocidos como estudios sobre la brecha (*gap studies*), fueron fuertemente criticados a mediados de la década de los 80.²⁸ Según Austin Sarat, por ejemplo, ellos "mitifican el dere-

²⁶ Según David Trubek (1990, p. 29), "debido a que no había agencia alguna lista para proporcionar ayuda financiera a una disciplina sociojurídica autónoma, su producto fue acomodado para servir las necesidades de las agencias gubernamentales y las fundaciones".

²⁷ Por su parte, Sarat y Silbey (1988, p. 113) sostienen que "[l]a alianza entre academia sociojurídica y la élite encargada de las políticas públicas en el Estado liberal es fuerte y sutil a la vez de tal manera que investigaciones aparentemente críticas [...] paradójicamente refuerzan los presupuestos esenciales del liberalismo legal".

²⁸ Para una crítica de los estudios sociojurídicos como alimentadores de las políticas públicas véase Sarat y Silbey (1988); Abel (1980). La crítica esencial contra

cho porque suponen que los objetivos del derecho se pueden lograr y deben lograrse. Al tratar de volver el derecho más eficaz lo vuelven más difícil de resistir" (Sarat, 1985, p. 28).²⁹ La distinción esencial entre el enfoque dogmático y el enfoque basado en la realidad social era entonces tratada como un asunto de consistencia institucional y no como una razón para la crítica y la dominación política. El catálogo realista —o simplemente no dogmático—, según el cual el derecho es un fenómeno marginal, contradictorio e indeterminado, perdió así su fuerza inicial y se convirtió en un mero problema de disfuncionalidades que podía ser resuelto con la creación de mejores normas con el perfeccionamiento del proceso de implementación.³⁰ A estas críticas se sumó, a finales de la década de los 70, la creación del movimiento Estudios Críticos del Derecho (*Critical Legal Studies*), el cual lanzó un ataque frontal contra los presupuestos teóricos esenciales del L&S: tanto contra el cientificismo empirista, como contra su orientación institucionalista y reformista.

D. Los Estudios Críticos del Derecho

El movimiento *Critical Legal Studies* (en adelante CLS) fue creado en una conferencia sobre estudios críticos organizada, entre otros, por David Trubek, Duncan Kennedy y Mark Tushnet, a principios de 1976.³¹ Sus ideas siempre fueron estimulantes y provocadoras en el ambiente intelectual de las facultades de derecho estadounidenses de

esta perspectiva —the gap paradigm— consiste en que su carácter reformista conlleva una aceptación de los valores liberales (Munger, 1998, p. 40); una visión menos pesimista puede verse en Macaulay (1984).

²⁹ Richard Gordon, por su parte, sostiene que, debido a que tales estudios "asumen una armonía natural de intereses en la satisfacción de las necesidades sociales, o desequilibrio" (Gordon 1984, p. 70).

³⁰ En Estados Unidos esta perspectiva es común en los análisis de la política pública (*policy analysis*). Véase, por ejemplo, Pressman y Wildavsky (1973). Para el caso Europeo, véase Charboneau y Padioleau (1980, pp. 49-75); Dellaray y Mader (1981, pp. 385-397).

³¹ Sobre esta conferencia véase Schlegel (1984). Para una explicación de los alcances teóricos del movimiento véase Kelman (1987). Para una selección de estudios véase Hutchinson (1989). Para una guía bibliográfica véase Bauman (1996).

los años 80. No faltaron incluso las ocasiones en las cuales los CLS suscitaron fuertes reacciones de rechazo. Paul Carrington, por ejemplo, decano en la Universidad de Duke, decía en 1984 que los profesores de CLS no tenían nada que hacer en las facultades de derecho, debido a su orientación nihilista respecto al derecho y a su menosprecio por la profesión jurídica.³²

Los CLS recargaron las baterías críticas que el realismo jurídico había enfilado contra el pensamiento liberal del derecho en las primeras décadas del siglo. Sin embargo, no se trata tanto de un neo-realismo como de un posrealismo, en la medida en que el contenido de la crítica, el alcance político de sus postulados y el bagaje teórico a partir del cual diseñan estos postulados se apartan de lo que fue el corazón teórico y político del realismo (Trubek, 1984). Así, por ejemplo, la crítica de los CLS contra el pensamiento dogmático, y de manera específica, contra su pretensión de crear un sistema de normas aplicable de manera neutral por los jueces, está menos fundada en un problema de lenguaje, como lo creían los realistas; esto es, en la imposibilidad de fijar el sentido de las normas jurídicas, que en un problema político. Ese problema consta de dos premisas: primero, la interpretación jurídica está siempre —incluso en los llamados “casos fáciles” (véase nota 37)— marcada por tensiones entre valores opuestos que no pueden resolverse de manera racional o jurídica, y segundo, ante estas dicotomías valorativas opuestas, los jueces eligen aquellos valores compatibles con el *statu quo* (al respecto véase Kelman, 1987, p. 13). Por eso, los CLS se apartan de los realistas en cuanto a la posibilidad, planteada por estos últimos, de reconstruir la neutralidad del derecho por medio de políticas públicas o del equilibrio entre principios opuestos.³³

Los críticos se interesan —como los realistas— por el papel que el derecho desempeña en la sociedad. Sin embargo, este interés no se manifiesta en el estudio de la eficacia del derecho o de la diferencia entre el enfoque dogmático y el enfoque basado en la realidad social. Tampoco se ocupan del estudio de otras fuentes de regulación social

diferentes del derecho oficial.³⁴ En cambio, los CLS se concentran en los siguientes tres temas: 1) las contradicciones internas del pensamiento jurídico dogmático y su imposibilidad de resolverlas racionalmente; 2) la función política de legitimación que dicho pensamiento lleva a cabo en las sociedades capitalistas modernas, y 3) la posible transformación progresista de la sociedad según una concepción política de izquierda. Todos estos temas son tratados a partir de una visión crítica del derecho, lo cual pone de presente el predominio de una marcada corriente política de izquierda en el interior del movimiento (Tushnet, 1984).

El tema de las contradicciones internas del pensamiento jurídico dogmático es tratado por los críticos con la ayuda de conceptos tales como *rashing*³⁵ (demolición) o “deconstrucción”.³⁶ Los críticos participan en el debate iusfilosófico contemporáneo en el cual se intenta resolver la siguiente pregunta: ¿Qué razones tienen los jueces para resolver los “casos difíciles”?³⁷ O bien, dado un problema de interpretación jurídica en el cual varias soluciones aparecen como posibles, ¿qué criterios tiene el juez para escoger la solución correcta? Este debate está ligado a la distinción entre principios y reglas jurídicas³⁸ y, por esa vía, al problema de la elección jurídica racional de principios o valores jurídicos en conflicto.

³⁴ El tema del pluralismo jurídico, por ejemplo, no es un tema de interés para los críticos.

³⁵ Para una explicación más detallada véase Kelman (1984).

³⁶ Éste es un concepto introducido por el filósofo francés Jacques Derrida y consiste en invertir el orden de análisis y valoración de un discurso —de interpretación literaria— con el objeto de mostrar su carácter aleatorio o arbitrario. Un buen ejemplo de esta perspectiva es el artículo de Duncan Kennedy (1976).

³⁷ Los casos difíciles son aquellos en los cuales el ordenamiento jurídico no proporciona una respuesta clara al problema planteado, bien sea por dificultades de interpretación a nivel normativo, a nivel fáctico, o a ambos niveles. Véase Dworkin (1977).

³⁸ Sobre esta distinción existe un intenso debate. En aras de la simplicidad digamos que los principios son normas generales que no contemplan el supuesto fáctico al que se aplican, mientras las reglas son normas específicas que se aplican a casos previstos por ellas mismas. Mientras estas últimas se aplican o no se aplican, en los principios la aplicación es un asunto de ponderación, de equilibrio entre principios que con frecuencia se oponen (Alexy, 1993). Los críticos sostienen que no existe razonamiento jurídico o técnica de interpretación que permita asegurar el resultado de este equilibrio o de esta ponderación.

³² Citado por David Friedrichs (2006).

³³ Véase la compilación clásica hecha por Boyle (1985, p. 706).

La academia jurídica dominante sostiene que existen métodos de interpretación y de razonamiento que operan como verdaderos límites a la discrecionalidad del aplicador del derecho y que, en consecuencia, garantizan la unidad y la coherencia de las prácticas interpretativas. En contraste, los críticos niegan toda posibilidad de racionalidad en este campo y remiten la explicación de estas decisiones al ámbito político; la elección entre los pares opuestos (*paired oppositions*) es un asunto que no depende del derecho sino de la opción política del juez o del funcionario público en el momento de interpretar y aplicar el derecho.³⁹ Unger, por ejemplo, mostró cómo el derecho de contratos sólo es coherente si se le mira a través de la óptica de la libertad contractual y se excluyen los principios opuestos contemplados en el mismo derecho (Unger, 1986, p. 561). Ninguna doctrina jurídica puede resolver semejantes tensiones, y el hecho de que el pensamiento jurídico liberal sostenga que puede hacerlo es una farsa y un engaño.⁴⁰ Lo que sucede es que la dogmática jurídica favorece de manera consistente uno de los valores de esta tensión y deja de lado aquel ("el complemento peligroso") que políticamente no es conveniente.

El problema de las contradicciones internas del derecho conduce al segundo tema: siendo inviable la justificación de la interpretación jurídica, ¿qué papel cumple la dogmática jurídica? Las élites dominantes se valen del carácter indeterminado de los postulados normativos para imponer una ideología centrada en la supuesta coherencia, racionalidad y neutralidad de la interpretación jurídica. Así, el derecho oculta la manera como los poderosos se benefician de un orden legal que hace todo, menos reconocer la posición prevaleciente de

³⁹ "Todo acto destinado a aplicar un contrato —dice Gordon— implica apoyar un régimen particular de 'libre negociación' en contra de regímenes alternativos que pudieran haber sido aplicados en su lugar" (Gordon, 1987, p. 215).

⁴⁰ La obra de Duncan Kennedy es especialmente rica en estos desarrollos. En su libro *A Critique of Adjudication* (1997), él se opone a la pretensión de Ronald Dworkin de hallar respuestas correctas en el derecho. En contra de la idea de Dworkin de "tomar los derechos en serio" —y aceptar su carácter normativo determinante, es decir, la posibilidad de que realmente sirvan de imperativos ciertos para la regulación de los comportamientos humanos y no como meros postulados finalistas o programáticos—, Kennedy propone "tomar la ideología en serio" (Kennedy, 1997, p. 70).

tales poderosos. El concepto de hegemonía es utilizado en apoyo de este postulado. Una ideología es hegemónica cuando —dice Robert Gordon— su efecto práctico consiste en cerrar la imaginación a posibles órdenes alternativos y, agrega luego, "el derecho, como la religión y las imágenes de televisión, es uno de estos grupos de creencias [...] que sirven para convencer a la gente de que las diversas relaciones jerárquicas en las cuales viven y trabajan son naturales y necesarias" (Gordon, 1998, p. 648).

En este punto es importante el concepto de "reificación" (o cosificación), el cual consiste en tomar las categorías conceptuales que nosotros mismos creamos como si fuesen cosas, como fenómenos naturales e independientes de nosotros mismos.⁴¹ Este concepto es usado para criticar la imagen de un mundo en el cual cada palabra de nuestro lenguaje corresponde a una cosa; un mundo en el cual la unicidad es la regla. En contra de esa imagen, opera una visión de la realidad mediatizada por el lenguaje y, en tal sentido, construida, "artificial", política. En el proceso de reificación jurídica, esto es, de conversión de lo contingente en permanente, los críticos encuentran un mecanismo de dominación ineluctable: por su intermedio, la cultura legal oficial bloquea las posibilidades de imaginar —y de poner en práctica— visiones alternativas del mundo y, de esta manera, proporcióna a las instituciones jurídicas una solidez y una permanencia —propias de las cosas reales— que realmente no poseen (Kelman, 1987, p. 270).

Por último, quizá la característica más homogénea y constante en los críticos es su postura política progresista —según ellos, las cosas podrían ser diferentes— y opuesta no sólo al pensamiento jurídico conservador sino también al liberal.⁴² Mark Tushnet, por ejemplo, se niega a encontrar otra especificidad de los CLS diferente de su posición política: los CLS, dice, "es una ubicación política de un grupo de personas de izquierda que comparten el proyecto de apoyar y extender el área de influencia de la izquierda a la academia legal" (Tushnet,

⁴¹ Sobre este concepto véase Gordon (1998, p. 650); Gabel (1980); Ewick y Silbey (1998, pp. 77 y ss.).

⁴² Los CLS —dice Trubek— "buscan no sólo mostrar las relaciones entre la conciencia legal moderna y la dominación capitalista sino también cambiar dicha conciencia y dichas relaciones" (1984, p. 591).

1991, p. 1516). Según Roberto Unger —uno de los líderes del movimiento—, la tarea deconstruccionista de los críticos conduce a la creación de una dogmática jurídica alternativa (*deviationist doctrine*)⁴³ compuesta por aquellos valores —presentes en las tensiones dicotómicas de la interpretación— excluidos de la aplicación del derecho (Unger, 1986; Gordon, 1998, p. 653).

Sin embargo, si bien todos los críticos parten de una posición política de izquierda, no todos están de acuerdo con esta visión “deconstruccionista” del derecho propuesta por Unger. La discrepancia se origina en la evaluación política del derecho progresista, es decir, en la valoración del derecho como derechos destinados a proteger los intereses de las minorías, de los excluidos, los débiles. Esta discusión gira en torno a la llamada crítica a los derechos y en particular a la crítica al movimiento en favor de los derechos civiles durante las décadas de los 60 y 70 en Estados Unidos. ¿Qué valor tiene para la izquierda política la estrategia de impulsar movimientos sociales destinados a lograr reformas en el derecho? ¿Es el derecho una herramienta eficaz para la emancipación social? Los críticos tienden a responder negativamente: la estrategia jurídica es una ilusión (Balbus, 1977); por un lado, debilita la lucha política contrahegemónica al desviar la atención hacia el proceso jurídico de reforma y, por el otro, su eficacia colectiva es mínima a causa del carácter individualista de los derechos.

Según los CLS, la estrategia de los derechos civiles (*the civil rights strategy*) en Estados Unidos, en lugar de incrementar la protección de los individuos, debilitó el movimiento político y relegó las instituciones. Sin embargo, esta opinión negativa frente a “los derechos” no deja de suscitar controversias entre los mismos críticos.

En relación con este punto, hay algunos críticos que podríamos denominar “blandos”, entre ellos está Robert Gordon (1998), por ejemplo, quien sostiene que “[l]as categorías, principios y retórica del derecho y de la argumentación jurídica ofrecen recursos reales para lograr algunas ventajas en lo referente al cambio social”. En su opinión, las nuevas leyes no siempre benefician a los capitalistas; también, aunque en menor medida, han beneficiado a los trabajado-

⁴³ Esta dogmática alternativa es un resultado positivo del método deconstruccionista. Véase, por ejemplo, Collins (1986); Unger (1986).

res, las mujeres, los pobres, etc.; los marginados pueden eventualmente revertir el fin de la retórica jurídica en su propio beneficio. En sintonía con este planteamiento, David Trubek (1977, p. 554) deja abierta la posibilidad de que las estructuras jurídicas sirvan eventualmente para poner en práctica valores progresistas.⁴⁴

La explicación de estos desacuerdos entre los críticos se origina en posiciones teóricas disímiles frente a la teoría social. Los críticos blandos se conectan con este debate teórico a partir de su rechazo al instrumentalismo. En este rechazo incluyen no sólo al liberalismo sino también al marxismo (Gordon, 1984).⁴⁵ En contra del instrumentalismo marxista, según el cual el Estado y el derecho son simples instrumentos en las manos de la clase dominante,⁴⁶ los críticos, en general, prefieren una visión neomarxista según la cual la dominación social no resulta de manera exclusiva de la dominación económica sino también de la dominación cultural.⁴⁷ Si el derecho sirve

⁴⁴ Esto es lo que Trubek (1977, p. 554) denomina el “nuevo realismo”, es decir, un programa de estudios empíricos que muestre la manera como el derecho formal puede tanto poner en práctica como bloquear valores de igualdad y justicia social. Éste es, pues, según él, un asunto abierto a la investigación que no puede ser decidido de antemano con una generalización teórica. Acordes con esta opinión, los “nuevos críticos” de los años 90 creen que las reformas legales de tipo social y contra la discriminación pueden ser un mecanismo útil de la lucha política. Esta posición es generalmente sostenida por defensores de minorías (véase, por ejemplo, Minow [1987]; Crenshaw [1988]) y por los Estudios de Conciliencia Jurídica, que serán explicados más adelante. Entre estos últimos, es especialmente interesante lo dicho por McCann (1994; 1984).

⁴⁵ La versión liberal del instrumentalismo legal afirma que el derecho es una respuesta institucional a las necesidades de regulación del mercado; las instituciones son aquí concebidas como una respuesta a las necesidades objetivas de regulación económica. La versión marxista plantea una explicación similar, si bien modificada por el hecho de que las necesidades están determinadas sólo por la clase social dominante (Gordon, 1984, p. 59). Ambas visiones conciben el derecho como un subproducto o una variable dependiente de las relaciones económicas.

⁴⁶ Esta visión instrumentalista del Estado supone que éste —según Paul Sweezy— “es un instrumento en las manos de la clase dominante para reforzar y garantizar la estabilidad de la estructura de clase como tal” (Sweezy, 1942, p. 243); véase, igualmente, Miliband (1983).

⁴⁷ El neomarxismo se conoce también como la visión estructuralista del marxismo. El Estado, según esta visión, tiene la función de proteger y reproducir la estructura social de las sociedades capitalistas en la medida en que esta función no se logra

para que la clase dominante mantenga sus privilegios, ello es posible, entre otras cosas, debido a que, por su intermedio, fenómenos tales como la exclusión, la jerarquización, el atropello, etc., son vistos como algo natural y no como artificios de poder (Gordon, 1998). Esta visión cultural de la dominación introduce una cierta indeterminación en las tareas del Estado y del derecho. Si esto es así, es decir, si el derecho mantiene alguna independencia respecto de la realidad social,⁴⁸ en esa misma medida tiene capacidad para incidir por sí mismo en ella y, en consecuencia, la eventualidad de un derecho progresista eficaz no queda descartada (Hay, 1975).

Sin embargo, una vez más, no todos los críticos están de acuerdo con esto; el postulado defendido por algunos críticos "duros", según el cual el derecho progresista es una estrategia más de manipulación de la clase dominante para mantenerse en el poder, es un postulado instrumentalista —el derecho es una herramienta efectiva para hacer algo— y por ello resulta incompatible con el postulado general de la escuela crítica según el cual el derecho es indeterminado (Kelman, 1989, p. 245; Gordon, 1998, p. 655).

Como se ve, el rechazo al instrumentalismo jurídico no es suficiente para unificar a los críticos. Ello se debe a que en el debate neomarxista de los años 70, sobre la posible autonomía del Estado respecto de la economía, está latente una tensión ineludible entre la dimensión cultural de la legitimación política y el carácter estructural de la economía.⁴⁹ Esta tensión divide a los críticos del derecho. Algunos se adhieren a la posición defendida por Poulantzas en el sentido de que la autonomía del Estado —y del derecho— es sólo relativa y que en consecuencia el orden legal está determinado "en última instancia" por la estructura del modo de producción capitalista.⁵⁰ Según esta posición —presente en Balbus (1977), por ejemplo—, las posibilidades de emancipación social mediante las reformas jurídicas progresistas, son prácticamente nulas. Otros, en cambio, apoyados en un

automáticamente con los procesos económicos (Mandel, 1978). Al respecto véase Poulantzas (1978).

⁴⁸ Al respecto véase Balbus (1977); Poulantzas (1978).

⁴⁹ Para una ilustración de este debate véase Barrow (1993).

⁵⁰ El estructuralismo sostiene que las prácticas económicas, ideológicas y políticas se encuentran estandarizadas y determinadas por estructuras profundas, a partir de las cuales se reproduce el orden social (Lévi-Strauss, 1984).

análisis marxista con énfasis en el aspecto cultural,⁵¹ sostienen que el derecho proporciona a los movimientos sociales una real capacidad de maniobra que deriva de las necesidades que tiene el aparato estatal de hacer concesiones con el objeto de mantener o incrementar su legitimidad (Villmoare, 1985; Trubek, 1977, p. 566). Mientras la primera posición hace énfasis en el carácter determinante de la estructura económica, la segunda resalta las necesidades de legitimación del Estado. En este sentido, James Boyle sostiene que al inicio de este debate el elemento dominante era el económico-estructuralista, mientras que al final lo fue el elemento subjetivo (Boyle, 1985, p. 779).

Los CLS no fue un movimiento homogéneo. Algunos señalan incluso que éste fue un movimiento caracterizado por una fuerte marca interdisciplinaria, debido a la inclusión no sólo de la teoría sociológica sino también, y de manera especial, de la teoría social, la filosofía y la ciencia política, y además por una gran diversidad tanto temática como conceptual (Kelman, 1987; Bauman, 1996; Boyle, 1985).

Tras intensos debates internos y la llegada de las ideas posmodernas (véase capítulo cinco), el movimiento terminó fragmentándose en una serie de estudios dispersos. En lo que sigue explico con un poco más de detalle cada uno de estos movimientos.

II. TEORÍAS, MOVIMIENTOS Y TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS

El debate críticojurídico y sociojurídico pasó por una fuerte crisis en Estados Unidos a finales de los años 80. Los CLS se desintegraron como movimiento y L&S empezó a cuestionar de manera radical la manera como había operado durante la última década. No obstante, las dos vertientes —crítica y sociojurídica— que venían desde el realismo se mantuvieron vivas y bien diferenciadas. A continuación explico esta evolución por ambos lados.

⁵¹ Trubek y Esser (1989) se refieren a estos autores como neomarxistas ingleses; entre ellos están Hunt (1985) y Sumner (1979).

En medio de los más fuertes ataques de los críticos contra la investigación sociojurídica, a finales de los años 80, hubo un debate teórico muy importante dentro del movimiento L&S sobre la relación entre investigación y crítica. Esta reorientación revivió el viejo propósito —y debate— de los realistas de principios del siglo XX, de lograr una sociología jurídica empirista y crítica a la vez. Ese debate dio lugar a una reorientación del movimiento L&S a favor del estudio de la percepción del derecho por parte de los actores sociales —en lugar del estudio de las instituciones— y a favor de un mayor compromiso crítico (Sarat y Silbey, 1988). De allí surgieron los llamados estudios de conciencia jurídica. Por la importancia que tuvo esta corriente, dedico un capítulo particular a su estudio (véase capítulo cuarto)

B. Los movimientos neo-críticos del derecho

Así como el movimiento L&S tuvo su crisis a finales de la década de los 80, los críticos también tuvieron su propia crisis, y de ella salieron menos bien librados que los primeros. La amplísima diversidad interdisciplinaria y la falta de cohesión doctrinaria (Boyle, 1985; Gordon, 1998) explican en buena parte la pérdida de vitalidad del movimiento CLS desde los inicios de 1990 y su final división en varios grupos. A continuación expongo de manera breve y general los movimientos que emergieron de la disolución de los críticos.

1. Teoría Crítica Racial⁵²

La interpretación más común y aceptada de la célebre decisión judicial *Brown vs. Board of Education* —así como de los fallos posteriores de la Corte Warren que extendieron la desegregación racial a otros ámbitos de la vida social distintos a la educación— tiende a señalar

⁵² Este apartado y los dos siguientes son tomados del estudio preliminar del *reder Crítica jurídica*, escrito en coautoría con Isabel Cristina Jaramillo y Esteban Restrepo (García Villegas et al., 2006).

que en ella se establece una versión del principio de igualdad —contenido en la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos— conforme a la cual a las autoridades públicas les está vedado hacer diferenciaciones basadas en la raza de las personas al momento de distribuir beneficios o de imponer cargas sociales. Esta versión canónica del principio articulado por *Brown*, que opera como fundamento del constitucionalismo liberal en materia racial, se resume en la frase “nuestra Constitución es ciega al color” (*Our Constitution is color-blind*), expresada por el primer magistrado Harlan en su salvamento de voto a la sentencia *Plessy v. Ferguson*.⁵³

El debate sobre el “constitucionalismo ciego al color” (*Color-Blind Constitutionalism*) —representado por la sentencia *Brown vs. Board of Education*— es el origen de la Teoría Crítica Racial (en adelante TCR).⁵⁴ La TCR fue creada por un grupo de académicos de izquierda (casi todos ellos negros) cuyo propósito fundamental consistió en interrogar y cuestionar las dinámicas mediante las cuales el poder racial es construido, representado y difundido en la sociedad estadounidense contemporánea, y en examinar críticamente cuál es el papel del derecho en esas dinámicas (Crenshaw, 1995). El objetivo fundamental de este grupo consiste en poner en duda los alcances antidisriminatorios de este fallo. Más concretamente, el movimiento se dedica a explorar, desde un punto de vista crítico, las dinámicas sociales que permiten la presencia de un “poder racial” en Estados Unidos. Los TCR examinan cómo se construye, se representa y se perpetúa ese poder y evalúan cuál es el papel que el derecho cumple en dicho poder (*idem*).

Los críticos raciales difícilmente comparten una metodología o una línea doctrinaria homogénea. Aun así, han coincidido en dos intereses fundamentales. El primero tiene que ver con resolver la pregunta acerca de cómo un régimen de supremacía racial blanca ha logrado instalarse y perpetuarse en Estados Unidos —subordinando a las minorías afrodescendientes— y cómo el derecho ha influido en la preservación de ese estado de cosas. Y el segundo consiste en modificar la relación existente entre el régimen de subordinación racial y los fundamentos jurídicos que lo soportan.

⁵³ 163 U.S. 537 (1896).

⁵⁴ 347 U.S. 483 (1954).

Los críticos raciales ponen en tela de juicio la noción de racismo en la que se funda el constitucionalismo liberal, la jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte estadounidense en materia de raza —de hecho, son particularmente escépticos sobre las posibilidades emancipatorias de sus fallos—, y el concepto mismo de raza que se emplea tradicionalmente y que se deriva del discurso de dicha Corte —de carácter meramente biológico y formal.⁵⁵

Para estos críticos, el racismo en Estados Unidos no se manifiesta de manera aislada y ocasional, sino que constituye todo un fenómeno sistémico y fuertemente arraigado en la cultura norteamericana, inserto en un contexto histórico y social muy amplio en el cual el racismo y, por ende, la afirmación de la supremacía blanca, es una constante. Por eso, su respuesta debe ser igual de vigorosa y debe concebirse como todo un proyecto de ingeniería social emprendido desde la “perspectiva de la víctima” (Freeman, 1978).

La teoría racial crítica puede ser presentada como una corriente intelectual que busca una *intervención crítica en el discurso liberal sobre la raza y una intervención racial en el discurso crítico sobre el derecho* (Crenshaw, 2002). Según esta definición, la crítica racial se produce en dos ámbitos de discusión. El primero determina la confrontación de los críticos raciales con el constitucionalismo ciego al color y, por tanto, con la jurisprudencia constitucional estadounidense en materia racial. Esta crítica se articula en torno a tres temáticas que, aunque interrelacionadas, pueden ser tratadas separadamente para efectos explicativos. Estos tres temas son: la crítica a la noción de racismo sobre la que se funda el constitucionalismo liberal en materia racial, la aproximación al papel que la jurisprudencia constitucional ha desempeñado en la preservación del régimen de supremacía blanca y la crítica a la noción de raza que se deriva de esa jurisprudencia.

El segundo ámbito de discusión de la TCR corresponde a su intento por integrar una perspectiva de raza dentro de la crítica al derecho emprendida por los CLS. La crítica racial al constitucionalismo ciego

⁵⁵ El concepto de raza es reivindicado por los críticos como una construcción social y jurídica cuyo fundamento cambia constantemente según las circunstancias históricas, culturales y sociales (Haney López, 1994), o como una identidad con un elemento performativo importante que depende sustancialmente del hacer —y no del ser— del actor y de sus interacciones con los demás (Butler, 1990; Yoshino, 2002).

al color replica, en gran medida, la crítica al derecho llevada a cabo por los CLS. A mediados de los años 80 se produjo un enfrentamiento entre los representantes principales de los CLS y los profesores negros que asistían a las conferencias organizadas por los primeros. Aunque los académicos de color compartían la percepción fundamental de los CLS de que el sistema jurídico servía a los intereses del *statu quo* en los Estados Unidos y, por ende, perpetuaba una estratificación social injusta, echaban de menos una reflexión acerca de cómo la raza y el racismo desempeñaban un papel fundamental en ese proceso de preservación. Para los críticos negros, la ausencia del tema racial en las reflexiones de los CLS y el hecho de que esta ausencia no fuese interrogada críticamente, indicaban que los CLS construían y reproducían el poder racial de manera muy similar a las instituciones que pretendían criticar y desmantelar.

Uno de los puntos fundamentales de controversia entre los CLS y la TCR tiene que ver, como se explicó anteriormente, con el papel de los derechos como vehículos de emancipación social. A juicio de los CLS, la lucha emancipatoria por vía de los derechos constituye una auto-derrota, en la medida en que éstos son instrumentos ofrecidos por las instituciones mismas que se pretende controvertir y, por tanto, la canalización de los conflictos sociales mediante los mismos es una forma de despolitizar esas luchas y de rendirse ante el establecimiento y sus trampas ideológicas (Kennedy, 1981; Tushnet, 1984; Gabel, 1984; Olsen, 1984). La TCR no está de acuerdo con esta desvalorización de los derechos y ésa fue la razón por la cual tanto la TCR como el movimiento feminista se separaron de los CLS.

2. *LatCrit*

A finales de los años 90 surgió una corriente teórica conocida como *LatCrit* y derivada de la TCR, que se interesó por estudiar la situación de los/as latinos/as frente al derecho estadounidense. Sus integrantes se propusieron una serie de prácticas encaminadas a denunciar y confrontar la subordinación a la que históricamente ha estado sometida la comunidad latina (Iglesias, 2001). Este carácter marcadamente práctico hace de este movimiento el menos académico y teórico de los descritos hasta el momento.

El punto fundamental de discusión de esta corriente teórica crítica consiste en el intento por superar el paradigma binario negro/blanco desde el cual se conciben los asuntos raciales y su respectivo tratamiento jurídico en Estados Unidos (Perea, 1997). Un punto central que han dilucidado estos críticos es que, mientras que la identidad latina es más de carácter étnico, de origen nacional, social y cultural, el paradigma estadounidense es estrictamente racial y de carácter binario, por lo cual es un modelo más cerrado, lo cual inevitablemente excluye aspectos determinantes de la identidad hispana (Hernández Truyol, 1997), y de ahí se derivan todas las formas conocidas de discriminación y subordinación.⁵⁶

3. Teoría Feminista Crítica

Las feministas fueron el grupo más numeroso y significativo de quienes se separaron del CLS. Aún hoy en día representan el movimiento más expandido e influyente de crítica jurídica en Estados Unidos. La Teoría Legal Feminista (en adelante TLF) se fundamenta en la creencia de que el derecho ha sido un instrumento fundamental en la subordinación histórica de la mujer. De manera similar a como lo hace la TCR, las feministas se dedican entonces a denunciar la manera como el derecho discrimina a las mujeres, y a intentar mejorar su situación mediante un rediseño del derecho.

Tres tipos de feminismo crítico frente al derecho pueden ser diferenciados en Estados Unidos: el feminismo liberal, el cultural y el crítico. El primero se caracteriza por su aceptación de los principios políticos y jurídicos liberales⁵⁷ y por su convicción de que, a partir de

⁵⁶ Para un análisis más detallado de *LatCrit* véase Valdés (1997; 1999); Iglesias (2001); Perea (1997); y Hernández Truyol (1997).

⁵⁷ Las posiciones de David Trubek y Marc Gallanter (1974) y Duncan Kennedy (1979) han sido importantes para la articulación de la crítica de los CLS al liberalismo. En su artículo "Scholars in Self-Strangement", Trubek y Gallanter (1974) caracterizan la concepción liberal del derecho como aquella que considera: (1) al Estado como agente central del control social y el cambio social; (2) que el Estado ejerce ese poder mediante las normas jurídicas; (3) que las normas jurídicas están cuidadosamente diseñadas para lograr objetivos sociales; (4) que el comportamiento de los individuos tiende a ajustarse a las normas legales, y (5) que el ordenamiento jurídico

esos principios, es posible no sólo entender el problema de las mujeres sino lograr su emancipación. El principal argumento del feminismo liberal es que las mujeres, en tanto seres humanos, son capaces de la misma racionalidad y moralidad que los hombres y, por tanto, deben tener los mismos derechos y obligaciones de éstos.⁵⁸ Por esta razón, su crítica se orienta a revelar las maneras en que las normas jurídicas usan el sexo como criterio de distinción y a evitar todo uso discriminatorio del lenguaje jurídico. Su principal herramienta de lucha consiste en la creación de un lenguaje de los derechos adecuado a la igualdad entre sexos, y sus escenarios de actuación son el proceso legislativo y el judicial (Jaggar, 1983).

El feminismo cultural, por su parte, acepta la tradicional asignación de valores y comportamientos hecha a los dos sexos y estima que el problema de las mujeres radica en una organización jerárquica de esos valores y comportamientos que privilegia lo masculino. La emancipación femenina, según ellas, implica destruir esa jerarquía para dar igual o mayor valor a lo femenino. El principal argumento

se funda en reglas universales que desarrolla e interpreta. Kennedy, en *The Strictures of Blackstone's Commentaries* (1979), resalta en el liberalismo la división entre lo público y lo privado y el discurso de los derechos como mecanismo de mediación en la tensión entre la libertad individual y la existencia colectiva. Según Kennedy, la separación liberal entre el Estado y la sociedad civil representa a los individuos como obligados a resolver el conflicto en las relaciones entre ellos mismos y entre ellos y el Estado. Así, el liberalismo confiere a los derechos la capacidad de solucionar esos conflictos, toda vez que aquéllos implican tanto la pertenencia a la comunidad como un límite a la comunidad y a los otros.

⁵⁸ Las figuras más importantes para el feminismo liberal han sido Mary Wollstonecraft (1992) y John Stuart Mill (1869). En el siglo XX, la feminista liberal más influyente fue Betty Friedan. En su libro *The Feminine Mystique*, ella introdujo en el debate de los años 60 la idea de que la emancipación de las mujeres, a pesar de tener acceso a la educación y a la política, siguieron desempeñándose como amas de casa y siguieron excluidas de las altas esferas políticas y educativas, en cuanto aún no se les atribuyeron capacidades adicionales a las domésticas (Friedan, 1963). Friedan también lideró la campaña en favor de la reforma constitucional para dar iguales derechos a las mujeres (*Equal Rights Amendment*) como presidenta de la Organización Nacional de Mujeres (NOW), fundada por ella en 1969 (Echols, 1989). Aunque esa reforma fue aprobada en 1972 por el Congreso de los Estados Unidos, fracasó en 1982 al no lograrse su ratificación por los estados de la Unión (Jaggar, 1983).

del feminismo cultural consiste en afirmar que las mujeres, debido a su acceso privilegiado a la experiencia de la maternidad, comparten una perspectiva marcada por la vivencia de la conexión, la cual las capacita para una mayor empatía y una conciencia del contexto más accentuada. Esta perspectiva implica que las mujeres prefieran ciertos comportamientos y juzguen de acuerdo con valores diferentes a los de los hombres.⁵⁹ Por este motivo, la crítica del feminismo cultural se orienta a revelar los mecanismos por medio de los cuales lo femenino es invisibilizado y degradado; su principal herramienta de lucha consiste en acusar a la cultura masculina del desastre de la humanidad, y sus escenarios de acción son los que tradicionalmente han sido atribuidos a las mujeres, especialmente aquellos espacios "privados" que se oponen a lo "público" masculino.⁶⁰

Finalmente, el feminismo crítico se opone tanto a la idea de que el problema de las mujeres es simplemente de igualdad o diferencia con los hombres, como a la idea de que el derecho es neutral a la dominación y, por ende, que es una herramienta apropiada para el cambio social. Las feministas críticas⁶¹ rechazan la idea de que el problema de la subordinación de las mujeres se plantee en términos de igualdad—categoría creada por las mismas estructuras masculinas dominantes—y son escépticas frente a sus posibilidades emancipatorias por medio del derecho.

El feminismo crítico considera que el problema de la opresión de las mujeres se manifiesta de dos formas. La primera es la forma repressiva, y se refiere a la posibilidad masculina de obtener satisfacción sexual (MacKinnon, 1982) y reproductiva (Firestone, 1970). La segunda es la forma creativa, que hace alusión a la posibilidad masculina de representar a las mujeres como simples objetos de satisfac-

ción sexual, como seres útiles exclusivamente para ser madres, y como víctimas en términos de grupo, pero no como víctimas concretas (Frug, 1992). El punto central de la opresión se encuentra entonces en el sexo y la reproducción. Para estas feministas, la lucha política contra su discriminación debe orientarse a solucionar el problema de fondo.

Al ubicar la raíz de la opresión en el sexo y la reproducción, el feminismo crítico no sólo explica la opresión y sus mecanismos, sino que exige que la lucha política se oriente a combatir la raíz del problema en lugar de concentrarse en sus síntomas. Con el lema "lo personal es político" como grito de batalla, el feminismo crítico ha reclamado como espacios de contestación política—no moral—los del aborto, el matrimonio, la violación, la prostitución, la pornografía y el acoso sexual. En el aspecto jurídico, las feministas críticas muestran cómo las representaciones doctrinales y judiciales producen y reproducen jerarquías de subordinación. Para mostrar eso se fundan en el carácter político del derecho y en el uso estratégico de las dicotomías público/privado y privado/social como justificación del poder masculino. La lucha mediante el derecho debe hacerse de manera discreta, de forma tal que se puedan subvertir instancias específicas de opresión (MacKinnon, 1983; 1987).

* * *

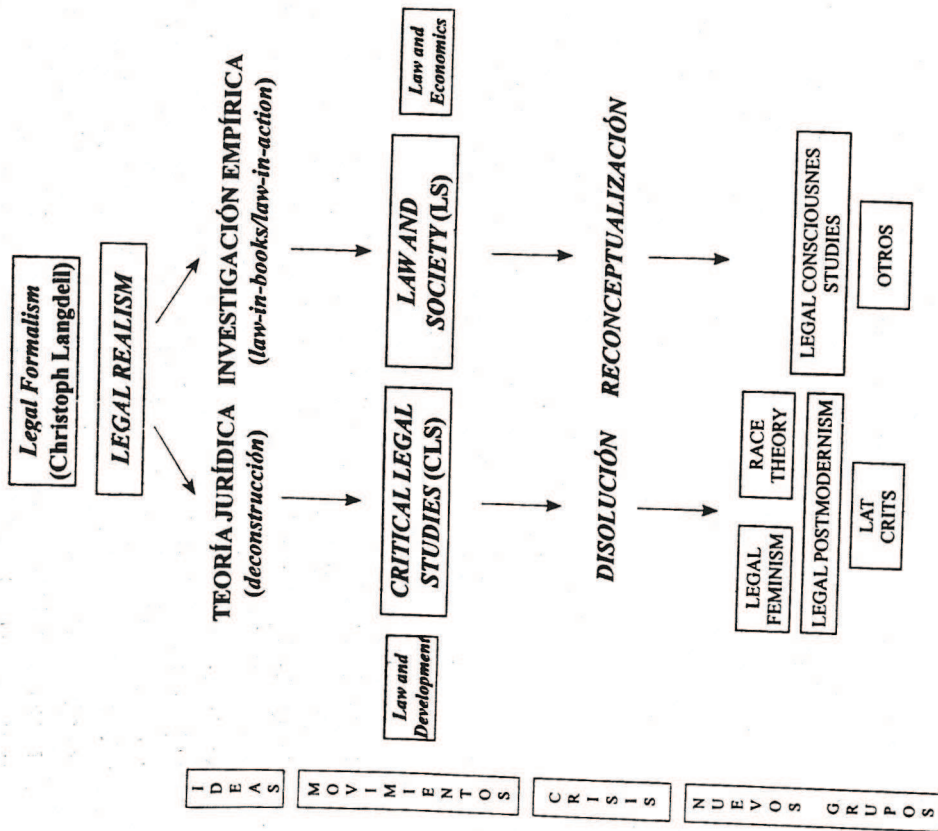
⁵⁹ Las figuras más importantes del feminismo cultural han sido Carol Gilligan (1982) y Mary Daly (1978). En la construcción de los argumentos del feminismo cultural también han sido claves los trabajos de Merlin Stone, Barbara Mor y Monica Sjöö sobre las religiones femeninas en el pasado y la posibilidad de inspirarse en ellas para reinventar el presente (Stone, 1976; Mor, 1987).

⁶⁰ Es importante anotar que las feministas liberales se distinguen de las mujeres conservadoras por su convicción de que las mujeres han sido efectivamente devueltas e invisibilizadas y que ese estado de cosas debe ser modificado.

⁶¹ Para un análisis más detallado del feminismo crítico véase MacKinnon (1982; 1989); Menkel-Meadow (1988); West (1988); Williams (1991); Minow (1987).

A continuación, se presenta un cuadro resumen con la ubicación cronológica de los movimientos descritos en este capítulo

Figura 1. Escuelas, grupos, tendencias



COMENTARIO FINAL

La riqueza del debate jurídico estadounidense se ha originado, en buena parte, en la confrontación entre visiones críticas, visiones formalistas y perspectivas empiristas. El debate se ha planteado de tal

manera que quienes hacen investigación empírica, si bien lo hacen desde una perspectiva progresista, no son estrictamente considerados como críticos del derecho, y los críticos, por su parte, no hacen investigación empírica. Esta división viene de las dos tendencias que se originaron en el realismo jurídico a principios del siglo XX, una más orientada hacia la deconstrucción y la otra hacia las políticas públicas. El estudio conjunto y relacional de todos estos movimientos, tiene, a mi juicio, una gran utilidad y ello por las siguientes razones. En primer lugar, tanto los CLS como los sociólogos del derecho tienen, casi siempre, una visión crítica del derecho o, por lo menos, una visión crítica de la dogmática jurídica⁶² (los CLS se interesan por el sistema jurídico desde una perspectiva no dogmática,⁶³ si bien estudian problemas tratados por la dogmática jurídica.) El hecho de compartir la perspectiva crítica crea no sólo conexiones políticas importantes entre los dos movimientos, sino también conexiones teóricas que son valiosas para ambos. Cuando se entienden esas conexiones, se comprende mejor el sentido y alcance de cada uno de esos dos movimientos.

En segundo lugar, en América Latina, por razones que se explicaron en el capítulo anterior (segundo) y que tienen que ver con la fuerza de la visión dogmática en la tradición del derecho civil, la crítica del derecho se hace principalmente a partir de la teoría jurídica. Aquellos que pretenden estudiar el derecho desde un punto de vista crítico, no dogmático, lo suelen hacer valiéndose de enfoques propios de la teoría y la filosofía del derecho (Hart, 1961; Dworkin, 1985; Habermas, 1998). Pero esos enfoques casi siempre resultan artificiales y poco significativos, cuando de explicar el derecho en América Latina se trata. En una realidad social y jurídica tan rica, tan dramática y tan compleja como la latinoamericana, la discusión no dogmática sobre

⁶² Digo casi siempre porque la perspectiva crítica no siempre está en todos los sociólogos del derecho. Jean Carbonnier, por ejemplo, el sociólogo del derecho más renombrado en Francia, no tenía casi nada de crítico. En Estados Unidos también se podrían encontrar ejemplos de este tipo.

⁶³ La expresión "dogmática jurídica" se entiende aquí en un sentido general, en alusión al pensamiento técnico jurídico dominante en Estados Unidos. En sentido más estricto, la dogmática es el saber jurídico que ordena y da fundamento a la validez de las normas jurídicas de un ordenamiento jurídico dado; al respecto véase Luhmann (1983) y el capítulo primero de este libro.

el derecho suele hacerse al margen de la manera como el derecho efectivamente opera en la sociedad; esto es, por fuera de la sociología jurídica. Este desinterés se debe, a mi juicio, a que se desconocen las múltiples conexiones que existen entre la sociología y la teoría del derecho.⁶⁴ Los críticos estadounidenses, mucho más sensibles a los temas políticos y sociales que los teóricos jurídicos, pueden aportar muchos elementos de juicio interesantes al debate latinoamericano.

En tercer lugar, no hay lugar para mantener una distinción tajante entre una crítica jurídica que no lleva a cabo investigación empírica y una sociología jurídica que no se ocupa del concepto teórico del derecho. Esa separación es más convencional, en el contexto estadounidense, que analítica, y por eso no tiene que ser reproducida en otros países. Más aún, la crítica jurídica más interesante que se hace hoy en día en países como Brasil o Colombia, suele tener un componente de investigación empírica.

Quisiera terminar este ensayo con una referencia a la importancia que, a mi juicio, estos debates tienen para el debate sobre el derecho en América Latina. Nuestra situación social e intelectual es bien singular y creo que debemos evitar el traslado puro y simple de los debates que se libran en Estados Unidos. Sin embargo, tales discusiones no son irrelevantes. Por el contrario, pienso que es mucho lo que tenemos que aprender de ellas. En el apartado dos del capítulo ocho sostengo que las dos características esenciales del derecho en América Latina son la ineficacia y el pluralismo jurídico. En el tema de la ineficacia, por ejemplo, la distinción entre *law-in-books* y *law-in-action* tiene muchas posibilidades de ser retomada y revaluada en nuestro contexto, no obstante su descrédito actual en el ámbito sociojurídico estadounidense. De otra parte, el tema de la eficacia simbólica del derecho o de los usos simbólicos del discurso jurídico con propósitos de legitimación institucional es un fenómeno que tiene una gran importancia en América Latina⁶⁵ y podría beneficiarse de algunos es-

⁶⁴ El derecho es, ante todo, concebido como un conocimiento dogmático, auto-suficiente o que crea sus propias condiciones de verdad. Por eso, las ciencias sociales y, de manera particular la sociología, no suscitan interés en los abogados. Es natural que aquellos abogados que se interesan por una perspectiva no dogmática del derecho, encuentren en la teoría jurídica —no en la sociología— las herramientas conceptuales más útiles para desempeñar su oficio.

⁶⁵ Al respecto véase Neves (1994); Faria (1988); García Villegas (1993).

tudios críticos que han hecho énfasis en la relación entre hegemonía y derecho (por ejemplo, Gordon [1984] y Tushnet [1991; 1984]). En relación con el pluralismo jurídico, la utilidad del debate estadounidense es menos evidente; si bien hace poco más de una década se dieron desarrollos interesantes, el debate actual se encuentra estancado. En América Latina, en cambio, los progresos en este tema parecen ser mayores durante los últimos años (véase, por ejemplo, Santos [2001]). Los Estudios de Conciencia Jurídica y, en general, la perspectiva cultural del derecho, pueden ser utilizados con enorme provecho, por ejemplo, en el análisis de los fenómenos de conciencia jurídica de tipo no oficial, que apoyan las prácticas de pluralismo jurídico. En mi opinión, a pesar de cierto descrédito del empirismo en Estados Unidos, es mucho lo que en América Latina tenemos que aprender en materia de investigación, y el movimiento *Law and Society* puede ser una buena guía. Por último, y tal como lo señalé en el inicio de este estudio, el debate estadounidense puede ser muy útil para enriquecer la discusión sobre la interpretación jurídica y particularmente sobre la interpretación constitucional que en los últimos años se ha adelantado en América Latina y que, por lo demás, suele estar muy ligada al debate en Estados Unidos; la perspectiva de los CLS puede airear y hacer más fructífero ese debate teórico-jurídico latinoamericano, a veces demasiado ensimismado y con pocas referencias a la realidad social.

BIBLIOGRAFÍA

- Abel, Richard, 1980, "Redirecting Social Studies of Law", en *Law and Society Review*, 14, pp. 803-829.
- Alexy, Robert, 1993, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Barrow, Clyde W., 1993, *Critical Theories of the State: Marxist, Neo-Marxist Post-Marxist*. Madison, The University of Wisconsin Press.
- Bauman, Richard W., 1996, *Critical Legal Studies, A Guide to the Literature*. Boulder, Westview Press.
- Becker, Gary, 1993, "Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior", en *Journal of Political Economy*, 101, p. 385.

- Black, Donald, 1972, "The Boundaries of Legal Sociology", en *Yale Law Journal*, 81, pp. 1086-1100.
- _____, 1976, *The Behavior of Law*. Nueva York, Academic Press.
- _____, 1995, "The Epistemology of Pure Sociology", en *Law and Social Inquiry*, 20 (3), pp. 829-870.
- Bourdieu, Pierre, 1986, "La force du droit; éléments pour une sociologie du champ juridique", *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64.
- Boyle, James, 1985, "The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought", en *University of Pennsylvania Law Review*.
- Butler, Judith, 1990, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*. Nueva York, Routledge.
- Cain, Maureen y Alan Hunt, 1979, *Marx and Engles on Law*. Nueva York, Academic Press.
- Calabresi, Guido, 1970, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven, Yale University Press.
- Carty, Anthony, ed., 1992, *Law and Development*. Nueva York, New York University Press.
- Coase, Ronald, 1960, "The Problem of Social Cost", en *Journal of Law and Economics*, 3, pp. 1-44.
- Collins, H., 1986, *The Law of Contract*. Londres, Weidenfeld y Nicolson.
- Correas, Oscar (ed.), 1991, *Sociología jurídica en América Latina*. Ofati, IISI.
- Cotterrell, Roger, 1983, "The Sociological Concept of Law", en *Journal of Law and Sociology*, 10, p. 241.
- _____, 1990, "Sociology of Law in Britain: Its Development and Present Prospects", en V. Ferrari (ed.), *Developing Sociology of Law*. Milán, Giuffrè.
- _____, 1992, *The Sociology of Law. An Introduction*. Londres, Butterworths.
- Crenshaw, Kimberlé Williams, 1988, "Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Anti-discrimination Law", en *Harvard Law Review*, 101, p. 1331.
- _____, 2002, "The First Decade: Reflections, or 'A Foot on the Closing Door'", en *UCLA Law Review*, 49, p. 1343.

- _____, et al., 1995, *Critical Race Theory: The Key Writings that Formed the Movement*. Nueva York, The New Press.
- Charboneau, Simon y Jean G. Padiou, 1980, "La mise en oeuvre d'une politique publique réglementaire: le défrichement des bois et forêts", en *Revue Fr. de Sociologie*, 21.
- Deflem, Mathieu, 2008, *Sociology of Law*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Dellay, J. D. y L. Mader, 1981, "Que faire des objectifs dans une étude de mise en oeuvre de la législation?", en *Revue Suisse de Sociologie*, 7, pp. 385-397.
- Dezalay, Yves, Austin Sarat y Susan Silbey, 1989, "D'une démarche contestataire a un savoir méritocratique. Eléments pour une histoire sociale de la sociologie juridique Américaine", *Actes de la recherche en sciences sociales*, 78, pp. 79-90.
- Durkheim, Émile, 1983, *The Division of Labor in Society*, Nueva York, The Free Press.
- Dworkin, Ronald, 1977, *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- _____, 1985, *A Matter of Principle*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- Edelman, Lauren, 2004, "The Legal Lives of Private Organizations", en A. Sarat (ed.), *The Blackwell Companion to Law and Society*. Malden, Blackwell.
- _____, 2004, "Rivers of Law and Contested Terrains: A Law and Society Approach to Economic Rationality", en *Law and Society Review*, 38, pp. 181-197.
- Edelman, Lauren y Mark Suchman, 1997, "The Legal Environment of Organizations", en *Annual Review of Sociology*, 23, pp. 479-515.
- Ewick, Patricia y Susan Silbey, 1998, *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*. Chicago, University of Chicago Press.
- Faria, José Eduardo, 1988, *Eficacia jurídica e violencia simbólica. O direito como instrumento de transformação social*. São Paulo, Universidad de São Paulo.
- Fiss, Owen, 1986, "The Death of the Law", en *Cornell Law Review*, 72 (1), pp. 1-16.
- Foucault, Michael, 1975, *Surveiller et Punir*. Paris, Gallimard.

- Freidson, Eliot, 1984, "The Changing Nature of Professional Control", en *Annual Review of Sociology*, 10, pp. 1-20.
- Friedrichs, David, 2006, *Law in Our Lives*. Los Angeles, Roxbury Publishing Company.
- Fuller, Lon, 1946, "Reason and Fiat in Case Law", en *Harvard Law Review*, 59, pp. 381-395.
- Gabel, Peter, 1984, "The Phenomenology of Rights-Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves", en *Texas Law Review*, 62, p. 1563.
- Gabel, Peter, 1980, "Reification in Legal Reasoning", en *Research in Law and Sociology*, 3.
- García Villegas, Mauricio, 1993, *La eficacia simbólica del derecho: análisis de situaciones colombianas*. Bogotá, Uniandes.
- (ed.), 2001, *Sociología jurídica. Teoría y sociología jurídica en Estados Unidos*. Bogotá, Universidad Nacional.
- y César A. Rodríguez-Garavito, 2003, "Derecho y sociedad en América Latina; hacia la consolidación de los estudios jurídicos críticos", en M. G. Villegas y C. A. Rodríguez-Garavito (eds.), *Derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá, ILSA, Universidad Nacional de Colombia.
- , Isabel Cristina Jaramillo y Esteban Restrepo, 2006, *Crítica jurídica. Teoría y sociología jurídica en Estados Unidos*. Bogotá, Uniandes-Universidad Nacional.
- Gardner, James, 1980, *Legal Imperialism*. Madison, The University of Wisconsin Press.
- Gordon, Robert W., 1984, "Critical Legal Histories", en *Stanford Law Review*, 57, p. 36.
- , 1998, "Some Critical Theories on Law and their Critics", en D. Kairys (ed.), *The Politics of Law*. Nueva York.
- , 1987, "Unfreezing Legal Reality: Critical Approaches to Law", en *Florida State University Law Review*, 15 (2), p. 195.
- Habermas, Jürgen, 1998, *Facticidad y validez*. Madrid, Trotta.
- Haney López, Ian F., 1994, "The Social Construction of Race: Some Observations on Illusion, Fabrication, and Choice", en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 29, p. 1.
- Hart, H. L. A., 1961, *The Concept of Law*. Oxford, Clarendon Press.
- Hawkins, Keith, 2003, *Law as Last Resort*. Oxford, Oxford University Press.
- Hay, Douglas, 1975, "Property, Authority and the Criminal Law", en P. L. Douglas Hay, John Rule y E. P. Thomson (eds.), *Albions's Fatal Tree: Crime Society and Eighteenth-Century England*. Nueva York, Pantheon Books.
- Heinz, J. P. y E.O. Laumann, 1982, *Chicago Lawyers: The Social Structure of the Bar*. Nueva York, Russel Sage Foundation.
- Hernández Truyol, Berta Esperanza, 1997, "Borders (En)gendered: Normativities, Latinas, and a LatCrit Paradigm", en *New York University Law Review*, 72, p. 882.
- Hunt, Alan, 1982, "Emile Durkheim: Towards a Sociology of Law", en Q. R. Beime (ed.), *Marxism and Law*. Nueva York, John Wiley & Son.
- , 1985, "The Ideology of Law: Advance and Problems in Recent Application of the Concept of Ideology to the Analysis of Law", en *Law and Society Review*, 11, p. 19.
- Hutchinson, C. Allan, 1989, *Critical Legal Studies*. New Jersey, Rowman & Littlefield.
- Hutter, Bridget, 1988, *The Reasonable Arm of the Law?* Oxford, Clarendon Press.
- Iglesias, Elizabeth M. y Francisco Valdés, 2001, "LatCrit at Five: Institutionalizing a Postsubordination Future", en *Denver University Law Review*, 78, p. 1249.
- Johnston, Les, 1992, *The Rebirth of Private Policymaking*. Nueva York, Routledge.
- Junqueira, Eliane, 2001, *Através do Espelho. Ensaio de sociologia do direito*. Rio de Janeiro, Letracapital
- Kelman, Mark, 1987, *A Guide to Critical Legal Studies*. Cambridge, Harvard University Press.
- Kennedy, Duncan, 1976, "Form and Substance in Private Law Adjudication", en *Harvard Law Review*, 89, p. 1685.
- , 1981, "Critical Labor Law Theory: A Comment", en *Industrial Relations Law Journal*, 4, p. 503.
- , 1997, *A Critique of Adjudication*. Cambridge, Harvard University Press.
- , 1998, "Law-and-Economics from the Perspective of Critical Legal Studies", en *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*.

- Minda, Gary, 1995, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*. Nueva York, New York University Press.
- Minow, Martha, 1987, "Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover", en *Yale Law Journal*, 96.
- Munger, Frank, 1998, "Mapping Law and Society", en A. Sarat et al. (eds.), *Crossing Boundaries. Traditions and Transformations in Law and Society Research*. Chicago, Northwestern University Press.
- Neves, Marcelo, 1994, *A constitucionalizacao Simbolica*. São Paulo, Acadêmica.
- Nonet, Philippe y Philip Selznick, 1978, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*. Nueva York, Octagon.
- O'Donnell, Guillermo, 1998, *Polyarchies and the (un)rule of law in Latin America*. University of Notre Dame, Kellogg Institute.
- Olsen, Frances, 1984, "Statutory Rape: A Feminist Critique of Rights Analysis", en *Texas Law Review*, 63, p. 387.
- Parsons, Talcott, 1977, "Law as an Intellectual Stepchild", en *Sociological Inquiry*, 47, pp. 11-58.
- _____, 1954, "A Sociologist Look at the Legal Profession", en *Essays in Sociological Theory*. Nueva York, The Free Press.
- _____, 1962, "The Law and Social Control", en W. M. Evan (ed.), *Law and Sociology*. Nueva York, The Free Press of Glencoe.
- _____, 1968, "Law and Sociology: A Promising Courtship", en A. E. Sutherland (ed.), *The Path of the Law from 1967*. Cambridge Mass., Harvard University Press.
- Perea, Juan F., 1997, "The Black/White Binary Paradigm of Race", en *California Law Review*, 85, p. 1213.
- Posner, Richard, 1977, *The Economic Analysis of Law*. Edited by S. edition. Boston, Little, Brown and Co.
- _____, 1990, *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge, Harvard University Press.
- _____, 1995, *Overcoming Law*. Cambridge, Harvard University Press.
- Pound, Roscoe, 1910, "Law in Books and Law in Action", en *American Law Review*, 44.

- Kornhauser, Lewis, 1984, "The Great Image of Authority", en *Stanford Law Review*, 36, pp. 349-353.
- Larson, Magali Sarfatti, 1997, *The Rise of Professionalism: A Sociological Analysis*. California, University of California Press.
- Lasswell, Harold y Myres McDougal, 1943, "Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public Interest", en *Yale Law Journal*, 53, p. 203.
- Lévi-Strauss, Claude, 1984, *Antropología Estructural*. Buenos Aires, Editorial Universitaria.
- Luhmann, Niklas, 1983, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- _____, 1985, *A Sociological Theory of Law*. Londres, Routledge and Kegan Paul.
- Llewellyn, Karl N., 1960, *The Common Law Tradition*. Boston Little Brown.
- _____, 1930, "A Realistic Jurisprudence. The Next Step", en *Columbia Law Review*, p. 431.
- Macaulay, Stewart, 1984, "Law and Behavioral Science: Is there any There There?", en *Law and Policy*, 6.
- MacKinnon, Catharine A., 1982, "Feminism, Marxism, Method, and State: An Agenda for Theory", en *Signs*, 7 (3), pp. 515-544.
- _____, 1989, *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- Mandel, Ernest, 1978, *Late Capitalism*. Londres, Verso.
- Marx, Karl, 1978, "The German Ideology", en R. Tucker (ed.), *The Marx-Engels Reader*. Nueva York y Londres, W. W. Norton and Co.
- McCann, Michael W., 1994, *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago, University of Chicago Press.
- _____, 1984, "Resurrection and Reform: Perspectives on Property in the American Constitutional Tradition", en *Politics And Society*, 13 (2), pp. 143-176.
- Menkel-Meadow, Carrie J., 1988, "Feminist Legal Theory, Critical Legal Studies, and Legal Education, or 'the Fem-Crits Go to Law School'", en *Journal of Legal Education*, 38, p. 61.
- Miliband, Ralph, 1983, "State, Power and Class Interest", en *New Left Review*, 138, pp. 37-68.

Sweezy, Paul, 1942, *The Theory of Capitalism Development*. Nueva York, Monthly Review Press.

Treviño, A. Javier, 1996, *The Sociology of Law. Classical and Contemporary Perspective*. Nueva York, Martin's Press.

_____, 2007, *Classic Writings in Law and Society*. New Brunswick, Transaction Publishers.

Trubek, David, 1977, "Complexity and Contradiction in Legal Order: Balbus on the Challenge of Critical Social Thought About Law", en *Law and Society Review*, 529.

_____, 1990, "Back to the Future: The Short, Happy Life of the Law and Society Movement", en *Florida State University Law Review*, 18 (4), p. 68.

_____, 1996, "Law and Development: Then and Now", Paper read at ASIL Proceeding.

_____, 1984, "Where the Action is: Critical Legal Studies and Empiricism", en *Stanford Law Review*, 36, pp. 576-622.

_____, y Mark Galanter, 1974, "Scholars in Self-Estrangement: Some Reflexions on the Crisis in the Law and Development in the United States", en *Wisconsin Law Review*, 4, p. 1062.

_____, y John Esser, 1989, "Critical 'Empiricism' in American Legal Studies: Paradox, Program or Pandora's Box?", en *Law and Social Inquiry*, 14 (1), pp. 3-52.

_____, y Marc Galanter, 1974, "Scholars in Self-Estrangement: Some Reflexions on the Crisis in Law and Development", en *Wisconsin Law Review*, pp. 1062-1101.

Tushnet, Mark, 1984, "An Essay on Rights", en *Texas Law Review*, 62 (4).

_____, 1991, "Critical Legal Studies: A Political History", en *Yale Law Journal*, 100, p. 1515.

Unger, Roberto, 1986, *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge, Harvard University Press.

Valdés, Francisco, 1997, "Under Construction: LatCrit Consciousness, Community, and Theory", en *California Law Review*, 85, p. 1087.

_____, 1999, "Theorizing 'OutCrit' Theories: Coalitional Method and Comparative Jurisprudential Experience-RaceCrits, QueerCrits and LatCrits", en *University of Miami Law Review*, 53 (4), p. 1265.

_____, 1927, "Sociology and Law", en W. F. O. y A. Goldenweider (ed.), *The Social Sciences and Their Interrelations*. Nueva York, Houghton Mifflin.

Pressman, Jeremy y Aaron Wildavsky, 1973, *Implementation: How Great Expectations in Washington are Dashed in Oakland; or, Why it's Amazing that Federal Programs Work at all, this Being a Saga of the Economic Development Administration as Told by Two Sympathetic Observers Who Seek to Build Morals on a Foundation of Ruined Hopes*. Berkeley, University of California Press.

Poulantzas, Nicos, 1978, *Political Power and Social Classes*. Londres, Verso.

Rodríguez-Garavito, César A., 2001a, "Globalization, Judicial Reform and the Rule of Law in Latin America: The Return of Law and Development", en *Beyond Law*, 7 (23), pp. 13-42.

_____, 2001b, "Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en América Latina: El regreso de los programas de derecho y desarrollo", en *El Otro Derecho*, 25.

Santos, Boaventura de Sousa, 2000, "Law and Democracy: (Mis)trusting the Global Reform of Courts", en J. Jenson y Boaventura de Sousa Santos (eds.), *Global Institutions, Case Studies in Regulation and innovation*. Aldirshot, Ashgate.

_____, 2001, "Los paisajes de la justicia en sociedades contemporáneas", en B. S. Santos y M. García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá, Uniandes.

Sarat, Austin, 1985, "Legal Effectiveness and Social Studies of Law: On the Unfortunate Persistence of a Research Tradition", en *Legal Studies Forum*, 9 (1), p. 23.

_____, y Susan Silbey, 1988, "The Pull of the Policy Audience", en *Law and Policy*, 10 (2-3), pp. 97-166.

Schlegel, John H., 1984, "Toward an Intimate, Opinionated and Affectionated History of the Conference on Critical Legal Studies", en *Stanford Law Review*, 36, p. 391.

Shihata, Ibrahim F. J., 1995, "Legal Framework for Development: The World Bank's Role in Legal and Judicial Reform", en Malcolm Rowat et al. (eds.), *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean*. Washington, The World Bank.

Sumner, Colin, 1979, *Reading Ideologies: An Investigation into the Marxist Theory of Ideology and Law*. Nueva York, Academic Press.

- Villmoare, Adelaide, 1985, "The Left's Problems With Rights", en *Legal Studies Forum*, 9, p. 39.
- Weber, Max, 1978, *Economy and Society*. Berkeley, University of California Press.
- West, Robin, 1988, "Jurisprudence and Gender", en *University of Chicago Law Review*, 55.
- White, Edward, 1986, "From Realism to Critical Legal Studies: A Truncated Intellectual History", en *Southwestern Law Journal*, 40, p. 819.
- Williams, Patricia, 1991, *The Alchemy of Race and Rights*. Cambridge, Harvard University Press.
- Wolkmer, Carlos Antonio, 1995, *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo, Acadêmica.
- Yoshino, Kenji, 2002, "Covering", en *Yale Law Journal*, 111, p. 769.

CAPÍTULO 4

LOS ESTUDIOS DE CONCIENCIA JURÍDICA

Durante las últimas décadas, la teoría social ha intentado superar las concepciones subjetivistas y estructuralistas a partir de una teoría constructivista en la cual los actores sociales construyen la realidad social mediante sus prácticas. Según esta teoría, ni los sujetos ni los objetos existen antes de esa construcción; la naturaleza de la realidad es por lo tanto siempre simbólica, discursiva.¹ Estas ideas han tenido una recepción calurosa en el movimiento *Law and Society* (en adelante L&S) y, en particular, en una corriente de pensamiento dentro del movimiento denominada "Estudios de Conciencia Jurídica" (en adelante ECJ), que está interesada en el estudio de la conciencia jurídica en la vida cotidiana de los actores sociales. En este ensayo me propongo analizar algunos aspectos de la recepción de esa teoría social constructivista en estos estudios sociojurídicos. La hipótesis que quiero demostrar es que, a pesar de la importancia de sus contribuciones a la comprensión del derecho, hay una ambigüedad teórica en estos estudios. Esta ambigüedad proviene de que los ECJ se adhieren a diferentes tradiciones teóricas que, a mi juicio, son irreconciliables porque parten de presuposiciones diferentes acerca de las relaciones sociales.²

Para ilustrar esta ambigüedad, contrastaré la manera como se usa el concepto de eficacia simbólica en los ECJ y en la obra de Pierre Bourdieu, a quien frecuentemente se cita en los nuevos estudios so-

¹ Para este concepto, véase Laclau y Mouffe (1985).

² Véase Alexander (1987).