

Cuando el Derecho se convierte en política: reflexiones sobre *Critical Legal Studies* *

MERCEDES CARRERAS

Universidad de Valencia

1. *Concepto y temas*

En 1977 un grupo de profesores se reunió en Harvard Law School para poner de manifiesto los prejuicios ideológicos de las principales corrientes de la Filosofía del Derecho norteamericana: el realismo jurídico, el formalismo y el liberalismo¹. *The Conference on Critical Legal Studies (CLS)* surgió con el propósito de diseñar un modelo de sociedad fundado sobre una aproximación sustantiva a la personalidad humana que estuviera exenta de intereses ocultos y de la dominación clasista de las instituciones jurídicas². Mark Tushnet define CLS como *a political location for a group of people on the Left who share the project of supporting and extending the domain of the Left in the legal academy*³. Sin embargo, cabe identificar a CLS sólo con los movimientos de izquierdas que apoyan su trilogía básica: *Law is politics*, *Law is substantially indeterminate* y *Law is a form of mystification*⁴.

Pese a la diversidad de las corrientes que se sitúan en CLS, todas ellas participan de un enfoque ideológico-político post-marxista o afín a las corrientes socialistas y comunitarias de izquierdas⁵. CLS está en una línea similar a la tradición de la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt, pero formula sus argumentos con arreglo al método deconstructivista que sustituye al sujeto por el contexto⁶. La ausencia de una crítica objetivamente sustantiva, cau-

sada por la crisis de los objetivos clásicos de la izquierda, se ha sustituido por una crítica formalmente lingüística, justificada en sí misma⁷. Stanley Fish considera que el Derecho es un fenómeno lingüístico irreductible a otros fenómenos, que extrae su esencia de la comunidad de habla jurídica⁸. Los miembros de CLS mantienen una concepción crítica de la actividad intelectual frente a su respectivo entorno histórico. El núcleo de su obra viene marcado por el análisis de las estrategias reactivas de un Estado saturado de demandas sociales y cuyos mecanismos institucionales tienden a desactivar cualquier voluntad política disidente. Aunque CLS adoptó inicialmente como base los supuestos primarios del marxismo, no ha podido evolucionar sin cuestionar y superar sus déficits teóricos, entre los que destaca la negación de un espacio autónomo y específico para la política entendida como forma de acción social.

Mediante una terminología autorreferencial y oscura CLS pretende demostrar el carácter indeterminado de los modelos usuales de sistema jurídico. Con este propósito, y bajo la influencia de Marx, Freud, Gramsci y Lukács, denuncian la existencia de tres lacras sociales que intentan desmitificar⁹:

1.º La conciencia hegemónica, en el sentido de Gramsci, determina la fundamentación del orden social en un sistema

* Las valiosas enseñanzas de los Profesores Bruce Ackerman y Owen Fiss de Yale Law School, a cuyos cursos tuve ocasión de asistir, fueron decisivas para despertar mi interés por este movimiento.

de creencias que reflejan los intereses arbitrarios de la élite dominante.

2.º La reificación de este sistema ideológico, que se presenta como esencial y objetivo, cuando en realidad es contingente, arbitrario y subjetivo.

3.º El pensamiento jurídico actúa como un mecanismo de inhibición de una serie de incoherencias que nos resultaría doloroso admitir. Así, se niega a reconocer la contradicción entre las promesas de libertad y la igualdad frente a la realidad de la opresión y la jerarquía.

CLS postula que tanto el Derecho actual como su estructura institucional son contingentes porque están determinados por la sociedad. A partir de esta premisa trata de señalar los prejuicios del proceso de elección social que reflejan el conflicto de clases y la explotación en la línea del materialismo histórico marxista. CLS considera que el discurso que da fundamento al Derecho y a las instituciones jurídicas no es más que un mito que trata de legitimar los conflictos de clase presentes y pasados¹⁰. Cuando los «Crits»¹¹ afirman que el Derecho es política (*Law is politics*) no sólo se refieren a la influencia que la política puede tener sobre el Derecho¹², sino también a que el Derecho es un mero ejercicio del poder político que se oculta bajo otra denominación.

Al centrarse en estos aspectos socioeconómicos CLS adopta el lenguaje comunitario del altruismo frente cualquier forma de individualismo metodológico. Intenta crear una nueva opinión sobre las opciones políticas para demostrar que el sistema jurídico actual es ilegítimo porque trata de mitificar la realidad. Además de su afán desmitificador el enfoque crítico subraya las ventajas que se derivarían de una sociedad libre de pretensiones hegemónicas, con sus consecuencias de explotación y alienación, propias del capitalismo.

CLS, al igual que los enfoques conservador y liberal, rechaza la noción de derechos naturales o inalienables. Cabría pen-

sar que un economista de CLS preferiría un oponente conservador a un adversario liberal. Lo cierto es que los conservadores constituyen un blanco ideológico fácil y por tanto resulta sencillo planear una estrategia de ataque. Todo esto resulta mucho más problemático cuando se trata de un programa liberal. El liberal, mientras presenta propuestas que mitigan las presiones sociales que exigen un cambio, retiene los valores básicos de la estructura social originaria, impidiendo cualquier modificación sustancial. Por ejemplo, la legislación liberal para mejorar la calidad de la vivienda y facilitar el acceso a las viviendas de protección oficial es casi peor que no hacer nada. Los parlamentos liberales, según CLS, no velan por la aplicación efectiva de sus normas, lo cual no contribuye a resolver los conflictos sociales ni la explotación. Paradójicamente, los beneficiarios de estas medidas suelen adoptar una actitud conformista y confiada, pues consideran que el problema está resuelto una vez se ha legislado sobre la materia. Los *Crits* tratan de redistribuir tanto el poder como los recursos y evitar el inmovilismo social de corte liberal. Por esta causa, Mark Kelman no duda en calificar a las normas jurídicas como «el opio del pueblo»¹³.

2. *La crítica al Estado liberal de Derecho*

CLS pretende demostrar que el ordenamiento jurídico característico del Estado liberal está lejos de ser neutral, determinado y objetivo. CLS se presenta como un movimiento radical, aunque, como veremos, no es capaz de ofrecer una alternativa coherente, pues su retórica es altamente contradictoria. CLS centra su ataque al sistema jurídico liberal en torno a tres aspectos básicos que trataré de sintetizar:

1.º El carácter indeterminado del ordenamiento jurídico. CLS censura el formalismo jurídico, pues considera que no

cabe hablar de un razonamiento jurídico autónomo y neutral que rija la aplicación del Derecho y garantice la objetividad de las decisiones frente a las convicciones éticas o políticas de los operadores jurídicos. En realidad el ordenamiento viene consolidando el mito de la aplicación de las normas conforme a un método racional y objetivo. Sin embargo, el Derecho tiene un carácter indeterminado, y las normas jurídicas no sirven para asegurar soluciones definitivas a los litigios que se plantean. CLS justifica su tesis mediante una doble crítica. Mediante la crítica interna pretende demostrar que las premisas de la teoría liberal del Derecho son inconsistentes, incompletas, ambiguas y, por tanto, indeterminadas. La crítica externa busca un resultado similar, pero se apoya en la lingüística, la historia o la filosofía. CLS ha empleado la lingüística moderna y la deconstrucción para mostrar que la naturaleza misma del lenguaje hace que el Derecho sea indeterminado. En la misma línea, CLS destaca el protagonismo de los grupos de presión y las relaciones de poder en la adopción de decisiones jurídicas relevantes.

2.º La existencia de modelos antropológicos contradictorios. Duncan Kennedy destaca la relación antagónica entre el individuo y la comunidad, entre la libertad y la seguridad. Otros autores del movimiento consideran que el pensamiento liberal se construye a base de una serie de dicotomías antagónicas: autonomía de la voluntad-determinismo, público-privado, subjetivo-objetivo, individualismo-altruismo, normas-principios. Estas relaciones contradictorias son una muestra adicional del carácter indeterminado e incoherente del sistema jurídico. Según CLS el Derecho provoca que sus destinatarios favorezcan de forma inconsciente uno de los extremos de estos dualismos hasta llegar a configurar un ordenamiento jerárquico y parcial como garante del *status quo*.

3.º La falta de objetividad y neutralidad del sistema. CLS rechaza las pretensiones de objetividad y plenitud del ordenamiento jurídico, pues en él no se hallan todos los criterios racionales para resolver las cuestiones jurídicas. Antes bien, el discurso jurídico bajo una apariencia de racionalidad formal contribuye a consolidar la falsa conciencia y la reificación. De manera que las decisiones jurídicas se adoptan sobre la base de alternativas políticas con una fuerte carga emotiva. Por eso cabe identificar sin más el Derecho con la política.

No obstante, CLS exige que el destinatario de las normas no sólo atienda al fondo (*substance*), sino también a la forma, en concreto a la retórica. CLS se ha ocupado especialmente de mostrar cómo el lenguaje y otras estructuras formales se utilizan de forma sutil para satisfacer objetivos concretos de dirigismo cultural¹⁴. En este sentido puede resultar útil examinar la relación peculiar que se establece entre la retórica propia de CLS y su visión material del Derecho a través de cinco binomios básicos, a su vez no exentos de problemática.

1.º *Participación* (inclusion) versus *elitismo*. CLS se guía por una retórica de la participación que se traduce en la adopción de un tono informal, el empleo de un lenguaje coloquial, la cultura pop como fuente de ejemplos...¹⁵, esta estrategia retórica refleja un deseo implícito de mitigar la naturaleza elitista del discurso jurídico convencional. La estructuración de los artículos científicos en diálogos es otro recurso estilístico participativo de uso muy frecuente. Esta forma de retórica busca una mayor accesibilidad, participación e igualdad. Por un lado, rechaza la rigidez del discurso jurídico e insiste en que no cabe hablar de un ordenamiento jurídico al margen de las relaciones sociales cotidianas. CLS nos invita a participar en el discurso jurídico, pues el Derecho es un producto tan humano como la música o

la literatura. Por otro, el tono coloquial del lenguaje y la alusión frecuente a sucesos de la vida real hacen que el lector sea el principal aliado del escritor. La forma dialogada denota el intento de eliminar las relaciones jerárquicas entre lector-escritor y entre profesor-alumno.

No obstante, pese a estos deseos igualitarios, lo cierto es que CLS se sirve de una retórica altamente inaccesible y excluyente. De hecho, como los miembros de CLS escriben sólo para los miembros de su club de *ethereal scholars*¹⁶, la retórica del igualitarismo participativo se transforma en la retórica de la jerarquía elitista. Cabría pensar que tal caracterización de CLS es un tanto injusta, porque las ciencias sociales tienen una terminología específica, de manera que esta contradicción sería sólo una apariencia. No obstante, CLS insiste en que el fondo no puede separarse de la forma. Y en este caso sería problemático para CLS apoyarse en una materia independiente de su soporte retórico. Precisamente CLS insiste en la necesidad de unir materia y forma para criticar el discurso jurídico: la forma, como retórica propia del discurso jurídico, de sus normas, de sus derechos y principios, es la causa de la alienación y la falsa conciencia, con independencia de sus pretensiones sustantivas de igualdad¹⁷. Lo cierto es que CLS no es capaz de integrar dos propuestas antagónicas, la retórica de la participación se opone al carácter inaccesible y elitista del discurso jurídico tradicional; no obstante, la retórica de la exclusión lo que hace es incorporar ese discurso. No se trata de reprochar a CLS que haya utilizado la retórica de ciertos autores europeos, pues cabe incluso pensar que su lenguaje sea el más apropiado para transmitir la sofisticación de sus planteamientos. Pero conviene poner de manifiesto que CLS no consigue elaborar una teoría que sea digerible por la mayoría, ni que facilite la participación del auditorio. CLS pretende servirse de la retórica para incluir a todos,

pero acaba por conversar sólo consigo mismo.

2.º *Subjetivismo versus estructuralismo*. El estilo desenfadado de CLS tiene como principal objetivo hacer frente al formalismo del discurso jurídico. El argumento sería el siguiente: según CLS, las normas jurídicas limitan las posibilidades de cambios innovadores y crean una falsa sensación de objetividad. A su vez, el carácter abstracto, mecánico y formal del lenguaje académico es una amenaza para la libertad de expresión en aras de la neutralidad científica. CLS propone como alternativa que los profesores de Derecho prediquen con el ejemplo y empiecen por prescindir del modelo estilístico al uso para adoptar la retórica de los sujetos (*rethoric of subjects*), entendidos como individuos totalmente autónomos y no vinculados a las estructuras formales¹⁸. De hecho, muchos miembros de CLS se autodefinen como nihilistas o irracionistas¹⁹, pues consideran que las pretensiones jurídicas carecen de un cuerpo racional de doctrina que sirva para su fundamentación. Por ello, frente a la autoridad, la razonabilidad y la asepsia del discurso jurídico ortodoxo proponen una retórica atrevida y coloquial. Esta retórica subjetivista presenta a un sujeto libre de seguir los dictados de las estructuras epistemológicas, dado su carácter opresivo. El individuo figura como la fuente principal del significado y de la verdad, capaz, por tanto, de producir cambios radicales mediante su conducta.

Sin embargo, la retórica subjetivista de CLS se nutre en gran parte de la tradición estructuralista que rechaza la primacía del sujeto. La retórica estructuralista procede al análisis crítico del ordenamiento jurídico liberal, pero centrándose en su marco histórico-político, con resultados poco halagüeños²⁰. La retórica estructuralista de CLS se advierte en sus alusiones frecuentes a las fuerzas y estructuras sociales. Roberto Unger no duda en utilizar el lenguaje hegeliano para referirse al curso ascendente de

la historia. El determinismo histórico de Marx también es otra de las constantes en la literatura de CLS. Estos enfoques destacan la función de las estructuras en la vida social y su poder explicativo para rechazar la primacía del sujeto. Vemos cómo CLS se enfrenta de nuevo a dos retóricas antagónicas cuando analiza el sustrato político del sistema jurídico. CLS considera que el Derecho no es neutral, está viciado ideológicamente y, en definitiva, es un instrumento de dominación en manos de la élite de gobierno. Sucede que las retóricas subjetivista y la estructuralista entran en conflicto porque cada una atribuye esta falta de neutralidad del Derecho a causas distintas, lo cual no deja de ser problemático. Desde la retórica subjetivista, CLS acusa al Derecho de ser *infinitely manipulable*, pues en definitiva el ordenamiento legaliza y racionaliza las preferencias personales de quienes figuran al frente de los centros de decisión²¹. De manera que los tribunales tienen un amplio material donde elegir. No obstante, cuando CLS adopta el lenguaje estructuralista insiste en el carácter sistémico o estructural del Derecho, que adquiere la dimensión de una alucinación colectiva²². Se trata de un sistema que perpetúa las desigualdades económicas y sociales y cuyas normas son *the opiate of the masses*²³. Si la estructura del ordenamiento jurídico contuviera los vicios estructurales denunciados por CLS, los operadores jurídicos alimentarían esta dinámica al adoptar sus decisiones para consolidar y asegurar el funcionamiento del sistema. Pero no cabe afirmar que los operadores jurídicos se vean obligados a este proceder, pues CLS niega esta causalidad necesaria al hacer referencia a la manipulación y la elección propias de su retórica subjetiva. Además, en su momento subjetivista CLS rechaza la posibilidad de justificar globalmente la realidad social apelando a algún contexto institucionalizado. Pero el lenguaje de los opiáceos y de las alucinaciones implica que hay una

realidad social básica que está intoxicada por la droga procedente del sistema liberal. CLS no constituye una excepción y utiliza inconscientemente la retórica estructuralista como fundamento racionalizador al apoyarse en una moralidad transhistórica-transcultural que acompaña a la evolución de la sociedad. Cuando los *Crits* declaran que el Derecho es un *mere artifact*²⁴, lo hacen con una intención crítica, como si CLS tuviera acceso a algo distinto; no obstante, su subjetivismo indica que no lo consiguen.

3.º *Incertidumbre jurídica versus certeza crítica*. Algunas veces CLS se burla abiertamente de la terminología jurídica para argumentar su carácter indeterminado. Expresiones tales como «loopification», «trashing», «intersubjective zap», «mumbo-jumbo»... son tan poco precisas como «buena fe», «bien común» o «razonable». Se trata de aplicar a los manuales de teoría del Derecho el estilo típico de los estructuralistas. Esta retórica de la incertidumbre jurídica está relacionada con la retórica subjetivista y la retórica de la participación ya comentadas, pues denuncia la reificación de una serie de conceptos elusivos e indeterminados.

Pero esta retórica de la incertidumbre jurídica queda neutralizada por la retórica de la seguridad crítica. En los apartados anteriores intenté demostrar que las acusaciones de inaccesibilidad y estructuralismo derivaban del peculiar tratamiento que CLS dispensaba a la teoría social. CLS parte de «la falsa conciencia» o del «pensamiento contrahegemónico» para justificar su crítica a la falta de certeza del Derecho²⁵. No obstante, los *Crits* condenan y favorecen simultáneamente la incertidumbre. Por un lado, consideran que la falta de certeza amenaza la legitimidad del sistema jurídico²⁶. El carácter indeterminado del ordenamiento permite que los jueces puedan manipularlo y satisfacer sus pretensiones mediante un ejercicio ilegítimo del poder coactivo. Por otro, los *Crits* uti-

lizan una retórica que alienta la plasticidad y las posibilidades performativas del texto frente a las normas rígidas y determinadas, donde la textura abierta del lenguaje se concibe más como valor que como defecto²⁷.

Estos designios contradictorios se reflejan en los dos postulados esenciales de CLS: que el Derecho es política (*Law is politics*) y que el Derecho es indeterminado (*Law is indeterminate*). Si el Derecho es indeterminado y simultáneamente puede reducirse a la política, entonces resulta que la política (o al menos aquel sector de la política que se identifica con lo jurídico) también es indeterminada. Sin embargo, CLS no lanza esta acusación, porque ello minaría sus argumentos sobre el papel determinante de las fuerzas sociales y económicas en la historia. Para paliar esta incoherencia aparente los *Crits* aclaran que cuando afirman que el Derecho es indeterminado en realidad quieren decir que el Derecho está indeterminado internamente, pues las normas y principios jurídicos dotados de autoridad no justifican por sí solos las soluciones a las controversias jurídicas. Sucede que los resultados dependen de un plus exógeno. De manera que CLS puede afirmar a la vez que el Derecho es indeterminado (internamente) y que el Derecho es cuestión de política. Dado el sentido que CLS da a la falta de certeza interna, resulta decisivo para su análisis crítico identificar cuáles son esas variables exógenas. Joseph Singer considera que «la cultura jurídica, los convencionalismos sociales, el sentido común y la política en lugar de la razón» son los elementos extrajurídicos que determinan los resultados. Sin embargo, destacados autores liberales incluyen el contexto y la razón práctica dentro de los materiales jurídicos. La calificación de estos conceptos como instrumentos del razonamiento jurídico reduce sustancialmente el grado de incertidumbre interna del Derecho y su sesgo político. Paradójicamente, la retó-

rica de la incertidumbre supone una concepción formal del razonamiento jurídico. CLS ataca el formalismo, pero exige implícitamente un grado elevado de certeza en el Derecho²⁸.

4.º *Concreción versus abstracción*. En «Spring Break», una de las obras más innovadoras de la literatura jurídica académica, D. Kennedy relata las experiencias de su visita a las cárceles de Uruguay²⁹. El texto no tiene notas a pie de página ni se refiere a temas jurídicos, sólo a la gente, a una serie de anécdotas concretas y sentimientos. De manera que uno no puede dejar de preguntarse qué hace un artículo semejante en una prestigiosa revista de Derecho. Es evidente que Kennedy quiere provocar esta actitud en el lector especializado, pues su respuesta inmediata es *¿Why not?* Pretende alterar el esquema tradicional del discurso jurídico para desmitificarlo y dar prioridad a lo que él denomina las cuatro «ps» de la vida jurídica: lo personal, lo privado, lo particular y lo pasional³⁰. «Spring Break» está en la línea de la retórica subjetivista y de la participación, pero adquiere una identidad propia a través de una retórica de la concreción libre de los condicionamientos teóricos tradicionales. Sin embargo, al final de su artículo Kennedy incluye un apéndice para situar su texto dentro de la literatura jurídica contemporánea. El apéndice es técnico, abstracto y con un marcado tono postestructuralista³¹. Resulta sorprendente la poca difusión que ha tenido este artículo entre CLS, dada la tendencia de los *Crits* a citarse entre sí y a desarrollar líneas de análisis iniciadas por sus colegas³². Además, el resto de la comunidad científica suele referirse al apéndice y no a la parte innovadora. Resulta que CLS tiene dificultades en aplicar este tipo de retórica a la literatura académica. De hecho, aunque este estilo narrativo tiene cierto éxito entre las feministas, podemos considerar que «Spring Break» ha fracasado en su intento de incorporar lo concreto y lo personal a los textos

de CLS. Mark Tushnet, en un artículo reciente, se declara incapaz de renunciar al estilo convencional³³.

5.º *Clandestinidad versus publicidad.* CLS ha sido el objeto y la fuente de una amplia iconografía bélica. En este clima de crispación Tushnet afirmó: *when they find out what we're doing, they're going to come after us with guns*³⁴. La prensa ha tomado parte de esta retórica para calificar a CLS de *guerrilla warfare* en su intento de alcanzar la *revolution, not reform*³⁵. Por ejemplo, en la reunión de la American Association of Law Schools, en 1984, los *Crits* repartieron una revista «alternativa» donde se rebelaban contra el estilo académico tradicional de este tipo de publicaciones. *Lizard* es un collage de artículos, comics, anuncios publicitarios, chistes... Dentro de este clima de clandestinidad de la *American gauche divine*, Duncan Kennedy no dudó en publicar *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy* (1983), sin ISBN, en Afar Press, una editorial que ni siquiera figura en la guía de teléfonos de Boston³⁶.

Sin embargo, resulta interesante comparar este *little red Book* con su artículo «Freedom and Constraint in Adjudication: a Critical Phenomenology», donde Kennedy adopta la personalidad y el lenguaje característico de un juez federal de Boston que ha de resolver un caso. El conflicto entre el Kennedy revolucionario que publica libros casi a escondidas y el Kennedy juez federal es un ejemplo paradigmático de la esquizofrenia que caracteriza las inclinaciones retóricas de los *Crits*. La verdad es que la mayoría de los profesores que militan en CLS gozan actualmente de una posición privilegiada en prestigiosas Universidades del país, de manera que la jerarquía no les resulta indiferente. Seguramente Kennedy no podría publicar un libro en Afar Press y esperar al mismo tiempo que alguien lo leyera, si no fuera también *full Professor* adscrito a la plantilla

de Harvard Law School, con numerosos artículos en prestigiosas revistas científicas.

La pugna entre la retórica clandestina y la oficial es fruto de la peculiar situación en que se encuentra la mayoría de los profesores de CLS: están en la cima de una jerarquía social que consideran ilegítima³⁷. Esto les permite hablar con cierta autoridad a un auditorio potencialmente capacitado para ayudarles a desarticular la estructura jerárquica donde ellos mismos están situados. Cabe advertir que los dualismos antagónicos en los que se apoya la retórica innovadora de CLS tienen su génesis en la «contradicción fundamental» entre libertad y seguridad. La retórica de la participación, del subjetivismo, la incertidumbre, la concreción y la clandestinidad deriva del deseo de libertad, mientras que la retórica del elitismo, el estructuralismo, la certeza, la abstracción y la publicidad deriva del deseo de seguridad.

Sin embargo, CLS considera que ha depurado la teoría liberal al revelar sus contradicciones internas. Además CLS trata de ofrecer una visión alternativa que en principio descansa sobre la retórica de la libertad, encarnada en el primer término de los binomios que hemos manejado: participación, subjetivismo, incertidumbre, concreción y clandestinidad. Sin embargo, su retórica conduce a la seguridad representada por la retórica del elitismo, estructuralismo, certeza, abstracción y publicidad. Lo cierto es que Kelman, Kennedy y Tushnet han evolucionado progresivamente hacia la retórica de la seguridad. Aunque CLS tenía las trazas de un movimiento romántico y utópico, cada vez encuentra más dificultades para acomodarse a este espíritu.

A la vista de lo expuesto hasta ahora no es de extrañar que los círculos académicos norteamericanos hayan aceptado de mejor grado a «Derecho y Economía» que a *Critical Legal Studies*³⁸. Las causas son bastante simples: junto al conservadurismo característico de las facultades de Derecho

y su aversión hacia los movimientos radicales, CLS ha empleado los argumentos menos convincentes de la tradición del realismo jurídico americano para frenar los avances de «Derecho y Economía». CLS se mostró poco prudente al tratar de forma abierta al ordenamiento jurídico como una serie de dogmas que los operadores jurídicos podían manipular según su conveniencia para justificar así cualquier resultado³⁹. Además, se apoyaron en el carácter indeterminado y versátil de la teoría del Derecho para demostrar que «no existen

los casos fáciles». De manera que los abogados-economistas se equivocaban doblemente al creer que podían determinar cuáles eran las normas jurídicas que conducían a soluciones eficientes y que sus conclusiones tendrían alguna influencia en las decisiones de los jueces.

Lo cierto es que CLS inició su propia deconstrucción, pues si cualquier tipo de teoría es indeterminada y por eso sus resultados son erróneos, eso mismo había de ocurrir con la suya.

NOTAS

¹ Sobre los orígenes y objetivos del movimiento v. J. H. Schlegel, «Notes Toward an Intimate, Opinionated and Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies», *Stanford Law Review*, 36, 1-2 (1984), 391-411; D. Kennedy, «Psycho-Social CLS: A Comment on the Cardozo Symposium», *Cardozo Law Review* (New York), 6 (1984-1985), 1013-1031.

CLS utiliza los términos liberal y liberalismo en sentido amplio para referirse a la corriente de pensamiento iniciada por Locke, Bentham, Kant y Mill. De manera que no sólo considera liberales a John Rawls, Bruce Ackerman o Ronald Dworkin, sino también a Richard Posner, Robert Nozick, George Bush y Bill Clinton.

² Richard Posner se refiere a este movimiento como «The law is politics school» en *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1990, p. 154. Sin embargo, manifiesta sus dudas acerca de su seriedad al afirmar «The critical legal studies movement is the sort of thing that you would expect to be subsidized by conservatives because it discredits radical perspectives», cfr. «Remarks on Law and Literature», *Loyola University of Chicago Law Journal*, 23, 2 (1992), 181-207, p. 193.

J. Turtley, «The Hitchhiker's Guide to CLS, Unger and Deep Thought», *Northwestern University Law Review*, 81 (1987), 593-619, p. 595: «CLS's board attack on legal discourse as "itself a form of political domination and a barrier to progressive change" inspired a deluge of radical criticism of the traditional role of law in society.»

M. Tushnet, «Critical Legal Studies: a Political History», *The Yale Law Journal* (New Haven), 100, 5 (1991), 1515-1544, pp. 1515-1516: «The story of critical legal studies is a story of how the legal academy simultaneously tolerates and contains a radical political location.»

³ Cfr. M. Tushnet, «Critical Legal Studies: A Political History», *loc. cit.*, p. 1516.

⁴ «Law and Society» es una agrupación que surgió a finales de los setenta en Wisconsin Law School y que insistía en la necesidad de completar las enseñanzas jurídicas con la práctica forense a través de las «legal clinics». Aunque Law and Society participa del espíritu progresista de CLS e incluso ha tratado de utilizar su infraestructura para penetrar en los círculos académicos, encuentra dificultades en asimilar su enfoque interdisciplinar. Cfr. L. M. Friedman, «The Law and Society Movement», *Stanford Law Review*, 38 (1986), 763-780.

⁵ J. P. Oetken, «Form and Substance in Critical Legal Studies», *The Yale Law Journal* (New Haven), 100, 7 (1991), 2209-2228, p. 2209n: «Within CLS there is a variety of worldviews and methodological approaches... however its scholars share sufficient themes, arguments, and approaches to permit intelligent discussion of the movement as a whole.»

⁶ En este caso los *Crits* se muestran tan poco originales como los postestructuralistas franceses, quienes «para apoyar este primado del "texto" recurren a Nietzsche y Mallarmé, en cuanto autores que defienden una interpretación indefinida e inacabable, y los oponen a Saussure, que había creído en la existencia absoluta de los signos. A la semiología estructuralista contraponen una hermenéutica nihilista», cfr. J. Bailesteros, *Postmodernidad: Decadencia o Resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 86 y 87.

Critical Legal Studies está más cerca del postestructuralismo que de los frankfurtianos que sí creen en el sujeto.

⁷ P. Gabel y D. Kennedy, «Roll Over Beethoven», *Stanford Law Review*, 36 (1984), 1-55, p. 19: «It is not inconsistent to, on the one hand, realize the projective temporal character of human existence, in which

no one is identified, and the living subject is continually not what he or she is by moving into the next moment in a creative and constructive way.» Sobre la incorporación de estas corrientes a los estudios de Derecho v. D. Kennedy, «Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship», *New England Law Review* (New Haven), 21 (1985-86), 209-289.

Raymond Geuss destaca los cuatro rasgos que definen una teoría crítica: 1) pretende ilustrar la acción de los agentes, capacitándolos para determinar sus propios intereses; 2) trata de eliminar las coerciones autoimpuestas; 3) tiene un contenido cognitivo, y 4) posee un carácter epistemológico reflexivo, no objetivante. Cfr. *The Idea of a Critical Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981, p. 2.

⁸ Sobre la crítica postmoderna de la metodología clásica de la jurisprudencia de conceptos, con especial referencia a CLS, v. J. J. Gil Cremades, «Del Paradigma del Mal Legislador al Paradigma del Mal Juez», *Theoria* (1987-1988), pp. 115-119; A. Carrino, «Solidaridad y Derecho. La Sociología Jurídica de los Critical Legal Studies», *Doxa* (Alicante), 12 (1992), 115-153, pp. 115-153; Juan A. Pérez Lledó, «La Enseñanza del Derecho en Estados Unidos», *Doxa* (Alicante), 12 (1992), 41-93.

⁹ Cfr. D. Trubek, «Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism», *Stanford Law Review*, 36 (1984), 579-622.

¹⁰ Felipe González Vicén insistió en la utilidad del marxismo para desenmascarar la pretendida objetividad de un formalismo jurídico que, en definitiva, se limita a defender los intereses de los bien situados. De manera que «para quien no hace suyos los supuestos de la sociedad capitalista, la seguridad —máximo valor para el positivismo jurídico formalista— aparece sólo como la fachada y la justificación de una de las sociedades más injustas e inmisericordes que ha conocido la historia...» v. J. Ballesteros, *Sobre el Sentido del Derecho*, Madrid, Tecnos, 2.ª ed., 1982, p. 42, en relación con F. González Vicén, *Estudios de Filosofía del Derecho*, La Laguna, Facultad de Derecho, 1979, p. 384.

¹¹ Así es como se llaman entre sí.

¹² Por ejemplo, a través del nombramiento de los jueces.

¹³ M. Kelman, *A Guide to Critical Studies*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1987, p. 63.

¹⁴ A. C. Hutchinson, «From Cultural Construction to Historical Deconstruction», *The Yale Law Journal* (New Haven), 94, 2 (1984), 209-237, p. 210: «Yet, it is through language that legal and jurisprudential discourse has operated as a mode of social control.»

¹⁵ Destaca la alusión continuada al cine, a la letra de canciones de moda, a los deportes y a las novelas de ciencia ficción. De hecho uno de los artículos clave de Peter Gabel y Duncan Kennedy, «Roll over Beethoven», lleva el título de una canción de Chuck Berry. v. «Roll over Beethoven», *Stanford Law Review*, 36, 1 (1984), 1-55.

A. C. Hutchinson, «From Cultural Construction to Historical Deconstruction», *The Yale Law Journal*, 94, 2 (1984), pp. 236-237: «Most manuals on legal writing stress the need for the cold virtues of precision, conciseness, simplicity, logic and detachment... The organization, presentation, and editorial practices of the law reviews tend to impose a stylistic and disabling straitjacket on legal writing and, therefore, thought.»

¹⁶ Cfr. R. Delgado, «The Ethereal Scholar: Does Critical Legal Studies Have what Minorities Want?», *Harvard Civil Rights and Civil Liberties Law Review* (Cambridge), 22 (1987), 301-322, p. 301.

¹⁷ V. M. Tushnet, «An Essay on Rights», *Texas Law Review* (Houston), 62 (1984), 1363-1403, p. 1369.

¹⁸ Las expresiones subidas de tono son una constante en las obras de CLS; las más usadas son «fucking oppression», «reified, ideological shit», «construtions of the shit-hierarchy», cfr. M. Kelman, «Trashing», *Stanford Law Review*, 36 (1984), 293-348, p. 321.

¹⁹ M. Tushnet, «Trust, Justice, and the American Way: an Interpretation of Public Law Scholarship in the Seventies», *Texas Law Review* (Houston), 57 (1979), 1307-1359, p. 1340.

²⁰ Duncan Kennedy considera que es «wrong and corrupt» y que sus contenidos consisten en «lies and errors», cfr. «Critical Labor Law Theory: A Comment», *Industrial Relations Law Journal* (New York), 4 (1981), 503-506, p. 503.

²¹ J. W. Singer, «The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory», *The Yale Law Journal* (New Haven), 94 (1984), 1-70, p. 10.

²² Cfr. P. Gabel y D. Kennedy, «Roll over Beethoven», *Stanford Law Review*, 36, 1 (1984), pp. 34 y 40.

²³ M. Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1987, p. 63.

²⁴ Cfr. S. Fish, «Anti-Professionalism», *Cardozo Law Review* (New York), 7 (1986), 645-677, p. 645. Fish coincide con Richard Rorty, pues ambos consideran que «... la Filosofía carece de las bases suficientes para ser una profesión con sus propios objetivos y reglas profesionales..., la Filosofía ni tiene ya, ni debe tener la última palabra por encima de la literatura, el cine, el periodismo, la ciencia o la historia», v. R. Rorty, «Democracia y filosofía. Diálogo con Gabriel Bello Reguera», *Claves de Razón Práctica*, 20 (1992), p. 42.

²⁵ Cfr. M. Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1987, p. 270: «The claim, then, that legalism blocks transformative, counterhegemonic thought can only mean that the particular substantive reifying practices associated with our legal culture have a particular capacity to block thought of specific transformative programs and/or that the usual legal technique or procedure of reification itself solidifies politically conservative practice.»

²⁶ Cfr. D. Kennedy, «Legal Formality», *Journal of Legal Studies* (New York), 2 (1973), 351-398, pp. 351-354.

²⁷ Cfr. J. W. Singer, «The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory», *The Yale Law Journal* (New Haven), 94 (1984), p. 14.

Sobre los enunciados operativos (*performative utterances*) y las funciones del lenguaje v. M. A. Barrere Unzueta, *La Escuela de Bobbio*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 213-215.

²⁸ F. Schauer, «Formalism», *The Yale Law Journal* (New Haven), 97 (1988), 509-548.

²⁹ D. Kennedy, «Spring Break», *Texas Law Review* (Houston), 63 (1985), 1377-1423.

³⁰ D. Kennedy, «Spring Break», *Texas Law Review* (Houston), 63, 1985, p. 1421: «... the p's in legal life: the personal, private, particular and passionate».

³¹ D. Kennedy declara su propósito de «... decentering my own textual presence», en «Spring Break», *loc. cit.*, p. 1422.

³² Alan Freeman califica al artículo de «simply academic- acongealed and reified by-product of a forgotten political moment», v. «Racism, Rights and the Quest for Equality of Opportunity: A Critical Essay», *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* (Cambridge), 23 (1988), p. 321.

³³ M. Tushnet, «Critical Legal Studies: A Political History», *The Yale Law Journal*, 100, 5 (1991), p. 1515n: «... departures from the standard form require a degree of technical competence in writing that I lack. I have been uncomfortable with the publication of law review articles in the form of short stories, or short storied in the form of law review articles...».

³⁴ John Henry Schlegel cita estas palabras de Tushnet en «Notes toward an Intimate, Opinionated, and

Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies», *Stanford Law Review*, 36 (1984), p. 403.

³⁵ Cfr. A. Margolick, «The Split at Harvard Goes down to its Foundations», *The New York Times*, octubre 6, 1985, § 4, p. 7, col. 1.

³⁶ V. D. Kennedy, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy*, Boston, Afar Press, 1983.

³⁷ Por lo que se refiere a los estudios jurídicos, muchos *Crits* ocupan puestos influyentes como catedráticos en centros de poder (Facultades de Derecho de élite como Stanford y Harvard). También es cierto que muchos *Crits* se encuentran marginados de los círculos académicos y a algunos se les negó el acceso a la cátedra en la década de los sesenta. V. M. Tushnet, «Critical Legal Studies: A Political History», *The Yale Law Journal*, 100, 5 (1991), pp. 1530-1534. Sobre los riesgos que entrañaría la vinculación a CLS para los *attorneys*, v. P. Gabel y P. Harris, «Building Power and Breaking Images: Critical Legal Theory and the Practice of Law», *New York University Review of Law and Social Change*, 11 (1982-83), 369-411.

³⁸ O. Fiss, «¿La Muerte del Derecho», *Doxa* (Alicante), 10 (1991), 123-140, p. 134: «la crítica sin una visión de lo que puede reemplazar lo que es destruido me impresiona como algo políticamente no apetecible e irresponsable». El Prof. Fiss publicó «The Death of the Law?» por primera vez en *Cornell Law Review* (Ithaca), 72, 1 (1986), 1-16.

³⁹ Según Peter Gabel, la capacidad de los juristas para manipular determinadas facetas de la cultura jurídica depende de los esquemas retóricos en los que se han formado. Cfr. «The Phenomenology of Rights-Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves», *Texas Law Review* (Houston), 62 (1984), 1563-1599.