

# El Derecho como campo de crítica y poder. La política de la teoría legal desde América Latina

## Law as field of critique and power. The politics of legal theory from Latin America

Roger Merino<sup>\* \*\*</sup>

### Resumen:

Los marcos teóricos dominantes que definen los límites ontológicos y epistemológicos de la teoría legal han marginalizado o excluido visiones alternativas sobre la justicia y la organización social. Además, y a pesar de estar profundamente arraigados a una matriz política e ideológica determinada, estos marcos teóricos han pretendido oscurecer el rol de *lo político* en la definición de su base conceptual. La perspectiva teórica que se desarrolla en el presente artículo, y que es parte de una larga tradición de *teorías críticas* (en plural), busca revelar la profunda relación entre el Derecho y la Política, y reformularla analíticamente para proponer una visión amplia sobre la teoría legal desde América Latina.

### Abstract:

The dominant theoretical frameworks that define the ontological and epistemological limits of legal theory have marginalized or excluded alternatives visions on justice and social organization. Moreover, and in spite of being deeply embedded in specific political and ideological matrix, these frameworks have attempted to obscure the role of the political in the definition of its conceptual basis. The theoretical perspective that is developed in this article - and that is part of a long tradition of critical theories (in plural) - seeks to reveal the deep relation between Law and Politics and reformulate it analytically in order to propose a broad vision of the legal theory from Latin America.

### Palabras clave:

Teoría crítica legal - América Latina - colonialidad

### Keywords:

Critical legal studies - Latin America - coloniality

### Sumario:

1. Introducción: La teoría legal como campo de disputas ideológicas - 2. Derecho y modernidad - 3. La consolidación de la dogmática jurídica - 4. Las tendencias irracionales del Derecho - 5. La neo-dogmática del interpretacionismo: entre Kelsen y Radbruch - 6. Las teorías críticas del Derecho en el siglo XXI - 7. La política de la Teoría Legal: crítica jurídica y colonialidad - 8. Notas conclusivas sobre la justicia y el poder en la teoría legal - 9. Bibliografía

\* Profesor e investigador en la Universidad del Pacífico (Lima, Perú); Visiting Scholar en la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard (2016). Es Ph.D. en Ciencias Sociales y Políticas por la Universidad de Bath (Reino Unido), donde obtuvo el Máster en Políticas Públicas y Globalización. También tiene el Máster en Derecho Comparado, Economía y Finanzas por la Universidad Internacional de Turín y el Máster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, donde se graduó como abogado.

\*\* Agradezco especialmente a los profesores Duncan Kennedy y David Kennedy de la Universidad de Harvard por sus consejos y comentarios respecto a varios de los temas desarrollados en este artículo. También a la profesora Helena Alviar de la Universidad de Los Andes de Colombia por nuestras conversaciones sobre la teoría crítica en América Latina. Mil gracias también a la Universidad del Pacífico por el respaldo institucional durante mi estancia como investigador en el Instituto de Derecho y Política Global de la Escuela de Derecho de Harvard.

## 1. Introducción: La teoría legal como campo de disputas ideológicas

El argumento central de este artículo es que los marcos teóricos dominantes que definen los límites ontológicos y epistemológicos de la teoría legal han marginalizado o excluido visiones alternativas sobre la justicia y la organización social<sup>1</sup>. Además, y a pesar de estar profundamente arraigados a una matriz política e ideológica determinada, estos marcos teóricos han pretendido oscurecer el rol de *lo político* en la definición de su base conceptual. La perspectiva teórica que aquí se propone y que es parte de una larga tradición de *teorías críticas* (en plural), busca revelar la profunda relación entre Derecho y Política, y reformularla para proponer una visión amplia sobre *lo jurídico* desde América Latina.

Y es que, paradójicamente, el renovado interés interdisciplinario en la teoría legal parece alcanzar una amplia gama de disciplinas, pero no al ámbito que le es connatural: la teoría política. A los ya clásicos "Derecho y Sociedad"<sup>2</sup>, "Derecho y Desarrollo"<sup>3</sup>, "Derecho y Economía"<sup>4</sup>, "Derecho y Finanzas"<sup>5</sup>, "Derecho y Literatura"<sup>6</sup> se siguen desarrollando nuevos "Derecho y..."; como el "Derecho y Cine"<sup>7</sup>, "Derecho y Psicología"<sup>8</sup>, "Derecho y Globalización"<sup>9</sup>, incluso con cursos específicos en prestigiosas facultades de Derecho en el mundo.<sup>10</sup> Sin embargo, hay una menor preocupación por entender analítica y sistemáticamente la relación entre el Derecho y el Poder.<sup>11</sup> Ciertamente, el poder es un tema central en la teoría crítica legal y desde esta perspectiva se han desarrollado varias aproximaciones

- 1 El presente artículo desarrolla varias consideraciones sobre la justicia y la relación entre el Derecho y el poder, planteadas en: Merino, Roger. *Justicia Social y Economía en la Teoría del Derecho. Las intersecciones entre el Derecho, la Economía y la Política* (Lima: Palestra Editores, 2016).
- 2 Véase un recuento del movimiento en: Lawrence Friedman, "The Law and Society Movement". *Stanford Law Review*, Vol. 38, No. 3 (Feb., 1986), 763-780; Susan Silbery y Austin Sarat, "Critical Traditions in Law and Society Research", *Law and Society Review*, 21 (1), 1987, 165-74; Bryant Garth y Joyce Sterling, "From Legal Realism to Law and Society: Reshaping Law for the Last Stages of the Social Activist State", *Law & Society Review*, Vol. 32, No. 2 (1998), 409-472.
- 3 Los estudios clásicos incluyen: David Trube, "Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development", *The Yale Law Journal*, Volume 82, Num 1 (November, 1972): 1-50; Francis Snyder, "Law and Development in the Light of Dependency Theory", *Law & Society Review*. Vol. 14, No. 3 (Spring, 1980), 723-804; John Merryman, *Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline & Revival of the Law and Development Movement*, *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 25, No. 3 (Summer, 1977), 457-491; Brian Tamanaha, "The Lessons of Law-and-Development Studies (Review)". *The American Journal of International Law*, Vol. 89, No. 2 (Apr., 1995), 470-486. Una nueva era del movimiento se inauguró con: David Trubek & Alvaro Santos, eds. *The new law and economic development: A critical appraisal* (New York: Cambridge University Press, 2006).
- 4 Sobre los hitos y estudios fundacionales del movimiento: Richard Posner, *Economic Analysis of Law* (Little Brown and Company, 1973); Richard, Posner. "The Law and Economics Movement", *The American Economic Review*, Vol. 77, No. 2 (May, 1987), 1-13; Ronald Coase, "Law and Economics at Chicago". *The Journal of Law & Economics*, Vol. 36, No. 1 (Apr., 1993), 239-254. Jolls, Christine, Sunstein, Cass, Thaler, Richard, "A Behavioral Approach to Law and Economics", *Stanford Law Review*, Vol. 50, No. 5 (May, 1998), 1471-1550.
- 5 Véase: Florencio López de Silanes; Rafael La Porta; Andrei Shleifer y Robert Vishny, "Law and Finance". *Journal of Political Economy*, Vol. 106 (1998) 1113-1155. Thorsten Becka, Demirgüç-Kunta, Asli, Levine, Ross. "Law and finance: why does legal origin matter?" *Journal of Comparative Economics*, Vol. 31, Issue. 4 (December 2003), 653-675. Katharina Pistor, Martin Raiser y Stanislaw Gelfer, "Law and Finance in Transition Economies". *Economics in Transition*. Vol. 8, Issue 2 (2000), 325-368.
- 6 Un recuento del movimiento en: James Boyd White. *The Legal Imagination. Studies in the Nature of Legal Thought and Expression* (Boston: Little, Brown and Co., 1973); Robin West, "Jurisprudence as Narrative: An Aesthetic Analysis of Modern Legal Theory", *New York University Law Review*, 60 (2) (1985): 145 - 200. Harold Suretsky, "Search for a Theory: An Annotated Bibliography of Writings on the Relation of Law to Literature and the Humanities", *Rutgers Law Review*, 32 (1979): 727-740. Kieran, Dolin. *A Critical Introduction to Law and Literature* (Cambridge: CUP, 2007).
- 7 Steve Greenfield, Guy Osborn y Peter Robson. *Film and the Law: The Cinema of Justice* (Oxford: Hart Publishing, 2nd ed. 2010). Amnon Reichman, "The production of law (and cinema): preliminary comments on an emerging discourse", *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Vol. 17, (2008): 457-508. Benjamin Rivaya, "Law and Cinema". *Rechtstheorie*, Vol. 40, No. 1 (2009): 125-147. Shulamit Almog y Amnon Reichman, "Casablanca: Judgment and Dynamic Enclaves in Law and Cinema", *Osgoode Hall Law Journal*, 42 (2) (2004): 201-227.
- 8 Jeffrey Rachlinski, "New Law and Psychology: A Reply to Critics, Skeptics, and Cautious Supporters", *Cornell Law Review*, 85 (3) (2000): 739 - 766. Janice Nadler y Pam Mueller. "Social Psychology and the Law". *The Oxford Handbook of Law and Economics*, Vol. 1, Francesco Parisi Ed. (forthcoming, 2017). Disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2876868>
- 9 Boaventura de Sousa Santos y Cesar A, Rodríguez-Garavito, eds., 2005. *Law and Globalization from Below* (Cambridge - New York: Cambridge University Press, 2005). Sally Engle Merry, "From Law and Colonialism to Law and Globalization". *Law & social Inquiry*. Vol. 28, Issue 2 (April, 2003): 569-590; Paul Berman, "From International Law to Law and Globalization", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 43, 485-500.
- 10 Kim Connolly, "Elucidating the Elephant: Interdisciplinary Law School Classes", *Washington University Journal of Law and Policy*, vol. 11 (2003): 11-61.
- 11 Aunque no se puede hablar aquí de un movimiento, existen trabajos aislados que buscan comprender analíticamente la relación entre el Derecho y la Teoría Política, por ejemplo: David Kairys, ed. *The politics of law: a progressive critique* (New York: Pantheon Books, 1982). Martha Finnemore y Stepehn Toope. "Alternatives to 'Legalization': Richer Views of Law and Politics", *International Organization*, Vol. 55, No. 3 (Summer, 2001), 743-758.

interdisciplinarias sobre lo jurídico; no obstante ello, es preciso ir más allá y proponer un marco conceptual general para entender la relación entre el Derecho y el Poder, sobre todo en un contexto en el cual se siguen observando esfuerzos tanto desde la Ciencia Política como la Ciencia Jurídica por defender su pureza conceptual. A contracorriente de ello, este artículo propone una perspectiva teórica donde *lo jurídico* y *lo político* son elementos indisolubles desde el punto de vista analítico y empírico.

Entendiendo al Derecho como una disciplina sobre los patrones de regulación del orden social y al poder como la capacidad de influir y determinar (directa o indirectamente; coercitiva o hegemónicamente) el comportamiento de grupos e individuos, observaremos cómo la relación entre el Derecho y el Poder es umbilical. El Derecho es el producto y a la vez el medio a través del cual se expresa el poder, y como tal, es también un espacio de disputas ideológicas sobre las definiciones de lo *justo* dentro de las sociedades y sus diferentes escalas (comunitaria, regional, nacional, internacional o global). Es por ello que entender al Derecho como espacio de lucha y negociación tiene implicancias profundas en la teoría legal. En contra del positivismo, lo jurídico no es necesariamente lo justo. A diferencia del interpretacionismo, el hecho de que lo jurídico no sea necesariamente lo justo no implica que este se encuentre limitado por supuestos principios trascendentales que son justificados discursivamente. Las ideas sobre lo justo derivan de la opresión y falta de libertad que sufren los individuos en sus relaciones de poder diaria, tanto en el ámbito público como privado, tanto en la dimensión socio-económica/estructural como en la dimensión individual o colectiva de reconocimiento de derechos. El orden legal puede ser usado entonces para perpetuar esas relaciones y estructuras de poder, para contrarrestarlas o para transformarlas.

Por razones de espacio, el artículo no pretende ahondar en las definiciones de lo jurídico, lo político y la justicia, pero sí mostrar las disputas ideológicas que están en la base conceptual de las teorías legales dominantes, con el objeto de hacer una propuesta teórica preliminar sobre la política de la teoría legal desde América Latina.

## 2. Derecho y modernidad

Usualmente, se concibe a la modernidad como un proyecto estrictamente europeo. Así, Habermas<sup>12</sup> observa cómo importantes hechos históricos que se consolidan en el siglo dieciocho, tales como la reforma inglesa y la revolución francesa, acompañados del pensamiento de la ilustración, constituyen la base del proyecto moderno, esto es, la constitución de un nuevo orden en el cual la iglesia romano-católica deja de tener el poder hegemónico en el mundo y este es asumido por los nuevos estados liberales que reconocerán derechos ciudadanos e impulsarán el desarrollo capitalista. Similarmente para Hayek, estos hechos históricos constituyen el modelo para el "mundo civilizado".<sup>13</sup>

Estos puntos de vista usuales olvidan un elemento fundamental en la constitución de la modernidad: la colonialidad. Desde la perspectiva decolonial<sup>14</sup>, la modernidad no comienza en el siglo dieciocho con la ilustración y las reformas y revoluciones liberales, sino tres siglos antes, con la colonización de América.<sup>15</sup> Este hecho es fundamental porque con la colonización se constituye la ontología y epistemología que será la base del proyecto

12 Jürgen Habermas, *The Philosophical Discourse of Modernity: Twelve Lectures*. Trans. by Frederick Lawrence. (Cambridge: Polity Press and Blackwell, 1987).

13 Friedrich Hayek, *The Constitution of Liberty*. (Chicago: The University of Chicago Press, 1960).

14 La perspectiva decolonial ha tenido aportes notables a la filosofía política y los estudios culturales. Sólo por mencionar a los teóricos más importantes: Anibal Quijano, "Coloniality of Power, Eurocentrism, and Latin America", *Nepantla: Views from South*, vol. 1, núm. 3 (2000), 533 - 580; Enrique Dussel, *1942 El encubrimiento del otro: hacia el origen del mito de la modernidad* (La Paz: Plural Editores - UMSA, 1994), 9 y sgts.; Walter Dignolo, *The Darker Side of Western Modernity: Global Futures, Decolonial Options* (Durham and London: Duke University Press, 2011). Véase además los libros colectivos: Edgardo Lander, *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas* (Buenos Aires: Clacso. Castro-Gómez, S., 1993). Ramón Grosfoguel, eds. *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos, Pontificia Universidad Javeriana, 2000).

15 Anibal Quijano, *Coloniality of Power*, Enrique Dussel; *1942 El encubrimiento del otro*.

moderno: la racionalidad y el universalismo. Es con la colonización que comienza una división económica global del mundo pues desde allí habrá países a los que se les explota las materias primas y países que desarrollan su industria sobre la base de esa explotación.<sup>16</sup> Con la colonización también se constituye un tipo de ontología y epistemología (la europea) que es considerada como portadora de un valor inherente y superior que debe desplegarse mediante la imposición de sus instituciones legales y económicas, es decir, mediante la imposición del emergente capitalismo liberal.

Es en el contexto de las conquistas que Descartes puede pensar al hombre europeo como portador de una racionalidad inherente más allá del tiempo y el espacio<sup>17</sup>, posteriormente Kant podrá pensar a ese mismo hombre como portador de una individualidad moral trascendental<sup>18</sup> y Hegel a la sociedad europea como la única con una historia de las ideas.<sup>19</sup> Es en ese mismo contexto en el cual los teóricos liberales del contrato social, particularmente John Locke, fundamentaba la existencia de la sociedad en la libertad y la propiedad privada<sup>20</sup>, al mismo tiempo que justificaba la desposesión y la masacre de los pueblos indígenas.<sup>21</sup>

Es decir, el proyecto moderno tiene, por un lado, una ontología eurocéntrica que exalta la racionalidad trascendental del ser humano (y consecuentemente su individualidad), y por otro, una epistemología eurocéntrica que exalta el universalismo y neutralidad del conocimiento (y consecuentemente, la idea de progreso evolutivo). Estas son las bases ontológicas y epistemológicas del liberalismo y el capitalismo, y, por supuesto, de sus instituciones legales más importantes, la propiedad y el contrato.<sup>22</sup>

En efecto, es con la modernidad que se empiezan a pensar estas instituciones teóricamente, pero sus fuentes teóricas directas no pueden verse en el siglo diecinueve<sup>23</sup>, sino debemos poner atención al Derecho Canónico del siglo doce y al pensamiento neo-escolástico.<sup>24</sup> Aunque el aporte de los glosadores y comentaristas de las fuentes romanas fue fundamental en la construcción del Derecho Común Europeo<sup>25</sup>, los teóricos del Derecho Canónico desde el siglo doce y posteriormente los teóricos de la neo-escolástica de la escuela de Salamanca del siglo dieciséis, son los que pusieron los cimientos del Derecho Natural y de la modernidad legal. En efecto, es reconocido que la teoría del clásico Derecho Canónico estimuló el auge del consensualismo, el cual estuvo enraizado en el precepto moral cristiano de veracidad.<sup>26</sup> Desde aquel, los canonistas del siglo doce modelaron este precepto moral en el principio de que todas las promesas, independientemente de

16 Anibal Quijano, *Coloniality of Power*, 533 y sgts.

17 Ramón Grosfoguel, "Descolonizando Los Universalismos Occidentales: El Pluri-Versalismo Transmoderno Decolonial Desde Aimé Césaire Hasta Los Zapatistas". En: *El giro decolonial*

18 Una moral trascendental masculina, blanca y Europea. Ver: Gayatri Spivak, *A critique of postcolonial reason* (Cambridge - London: Harvard University Press, 1999).

19 Enrique Dussel, *1942 El encubrimiento del otro*.

20 Michael Hardt y Antonio Negri, *Commonwealth* (Cambridge: Harvard University Press, 2009).

21 Barbara Arneil, "Trade, Plantations, and Property: John Locke and the Economic Defense of Colonialism", *Journal of the History of Ideas*, vol. 55, núm. 4 (1994), 591 - 609; Franz Hinkelammert, "The Hidden Logic of Modernity: Locke and the Inversion of Human Rights", *Worlds & Knowledges Otherwise* (2004, Fall), 1-27.

22 Esto no quiere decir que el contrato y la propiedad no hayan sido importantes con anterioridad. No sólo en el Derecho Romano, dónde claramente había instituciones contractuales (Carlo Longo. *Corso di Diritto Romano. Fatti Giuridici, Negozio Giuridico, Atti Illeciti* (Milano: Giuffrè, 1935); Giuseppe Grosso. *Il Problema dell' autonomia privata attraverso l'esperienza viva degli ordinamenti giuridici romani*. En: *Scritti Giuridici in onore di Francesco Carnelutti* (Padova: Cedam, 1950). Salvatore Riccobono. *Corso di Diritto Romano. Stipulationes Contractus Pacta* (Milano: Giuffrè, 1935)), sino que además, en muchas sociedades no occidentales el acuerdo es y ha sido muy importante para el intercambio económico, pero con otras connotaciones, pues no está principalmente dirigido a la ganancia sino a la cooperación (Enrique Mayer y Giorgio Alberti, eds. *Reciprocidad e intercambio en los Andes Peruanos* (Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 1974).

23 Como lo hace por ejemplo: Morton J. Horwitz, "The Historical Foundations of Modern Contract Law", *Harvard Law Review*, Vol. 87, No. 5 (Mar., 1974): 917-956.

24 Paolo Grossi. *El orden jurídico medieval*. Trad. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez (Madrid: Marcial Pons, 1996).

25 John Merryman, *La tradición jurídica romano canónica*. Trad. Carlos Sierra (México: Fondo de Cultura Económica, 1997): p. 30. Sin embargo, gran parte de la doctrina consideró a los glosadores como una escuela puramente teórica cuyo aporte a la praxis fue mínimo (Ludwig Enneccerus, *Derecho Civil Parte General*. 13eva revisión por Hans Nipperdey. Trad. de la 39ava ed. Vol. I (Barcelona: Bosch, 1953): 65).

26 Harold J. Berman, "The Religious Sources of General Contract Law: An Historical Perspective", *Journal of Law and Religion*, Vol. 4, No. 1 (1986), 103-124, 123.

cualquier formalidad, eran vinculantes: el consenso se convertía en el criterio central para la creación de obligaciones jurídicas.<sup>27</sup>

Algunos siglos después puede observarse que el pensamiento neo-escolástico, influenciado por Aristóteles vía Tomás de Aquino, aún estaba inmerso en el orden político y legal del *ius gentium*, en el cual la iglesia romano-católica tenía total hegemonía; sin embargo, empezaron a poner énfasis en el Derecho Natural que poseía valor universal independiente de cualquier autoridad humana.<sup>28</sup> Teóricos como Francisco de Vitoria (1483-1546) y luego Francisco Suarez (1548-1617) argumentaban que el Derecho positivo de las naciones eran reglas que se encontraban de acuerdo con un Derecho natural inherente y se convertían en parte del Derecho positivo a través de un consenso de las entidades políticas que constituían la comunidad internacional.<sup>29</sup> Hugo Grotius (1583-1645) posteriormente, en ausencia de una autoridad supranacional que legitimase los acuerdos entre soberanos, tuvo que establecer una conexión entre el *ius naturale* y este Derecho positivo de las naciones, el *ius gentium voluntarium* que él fundamentó en el principio de '*pacta sunt servanda*': el cumplimiento de una promesa o pacto era un deber universal bajo el derecho natural.<sup>30</sup> Así, Grotius y los otros teóricos del Derecho Internacional del siglo diecisiete consideraban a los tratados como una parte integral de la categoría más general de contratos. Similarmente, los teóricos del Derecho Natural tales como Samuel Pufendorf (1632-1694) y Wolff, partiendo de las reglas universales del Derecho natural, entendieron a los contratos y los tratados internacionales bajo las mismas reglas básicas acerca de la creación de obligaciones.<sup>31</sup> Por ello, se afirma que muchos de los principios básicos del Derecho canónico fueron adoptados por el Derecho secular<sup>32</sup> y eventualmente fueron justificados sobre la base de la teoría de la voluntad y autonomía privada.<sup>33</sup>

Si se observa con atención esta genealogía más allá de la perspectiva eurocéntrica, podrá encontrarse la importancia de la conquista en la constitución ontológica y epistemológica de la legalidad liberal. Así, los teóricos de la neo-escolástica al mismo tiempo que sentaban las bases para una teoría natural de los derechos y el consensualismo, legitimaban la colonización a través de doctrinas jurídicas como la "guerra justa". En *De Indis et de ivre belli relectiones* (1532), Francisco de Vitoria afirmó que los "indios" eran legítimos propietarios de la tierra en América, sin embargo, ellos podían perder sus derechos si los conquistadores tenían una causa justa para librar la guerra contra ellos. Esta causa surgía si es que los indios no cumplían con sus obligaciones inherentes: 1) Dejar *libre entrada* a los colonizadores en sus tierras; 2) Permitir el *comercio* entre los colonizadores; 3) Compartir la riqueza de sus *tierras*; 4) Permitir la propagación de la cristiandad. De esta forma, la "guerra justa" otorgaba a los colonizadores un título legal de territorio como consecuencia de una "conquista legal".<sup>34</sup> La expansión del contractualismo (el comercio entre los colonizadores) y la propiedad (acumulación de tierras) era pues una necesidad dentro del proyecto de colonización.<sup>35</sup>

Es en este contexto de expansión del Derecho Natural que la filosofía racionalista ya mencionada de René Descartes (1596 -1650) llega a su máximo apogeo, la que autoproclamándose como única y atemporal se sobreponía e invisibilizaba otras formas de pensar y existir. Igualmente, las teorías de John Locke (1632-1704), el padre del liberalismo,

27 Randall Lesaffer, Randall, "The Medieval Canon Law of Contract and Early Modern Treaty Law", *Journal of the History of International Law*, 2 (2000): 178-198, 183.

28 Randall Lesaffer, "The Medieval Canon Law of Contract ...", 181.

29 Randall Lesaffer, "The Medieval Canon Law of Contract ...", 181.

30 Randall Lesaffer, "The Medieval Canon Law of Contract ...", 182.

31 Randall Lesaffer, "The Medieval Canon Law of Contract ...", 186.

32 Los teóricos del Derecho natural como Grotius y Pufendorf (1632-1694) dependían fuertemente de los escritos de los teóricos neoescolásticos del contrato como Domingo de Soto (1495-1560), Diego de Covarrubias (1512-1577), Luis Molina (1535-1600) o Leonardus Lessius (1554-1623), y, a través de ellos la influencia del pensamiento escolástico tomista sobre el Derecho moderno del contrato es predominante (James Gordley, "Morality and Contract: The Question of Paternalism", *William and Mary Law Review*, 48 (2007), 1733 - 1772.

33 Harold Berman, "The Religious Sources of General Contract Law...", 123.

34 Jérémie Gilbert, *Peoples' land rights under International Law: from victims to actors* (Ardsey: Transnational Publishers, 2006), p. 1 y sgts..

35 Merete Borch, "Rethinking the origins of Terra Nullius", *Australian Historical Studies*, vol. 117 (2001), 222-239.

justificaron teorías como *terra nullius* dirigidas a legitimar la conquista de América del Norte por parte del imperio británico.<sup>36</sup>

### 3. La consolidación de la dogmática jurídica

La misma tradición del Derecho Natural que justificó la “guerra justa” en contra de los “indios” en el nombre de Dios primero, y luego con la constitución del moderno estado nación, en el nombre de la razón y el progreso, proporcionó el fundamento del proyecto racionalista de la ilustración basado en la voluntad individual, el cual apoyó procesos revolucionarios tales como la Independencia de Estados Unidos y la revolución francesa. La teoría legal que emergió de estos procesos fue el positivismo legalista basado en la teoría de la voluntad, que en el Derecho Privado significó que la libertad de contratar y la propiedad privada fueron los pilares de la sociedad civil, y en el Derecho Público que el contrato social era el fundamento del Estado liberal<sup>37</sup>.

Es en Francia donde se consolidan estas ideas a través de la codificación, la que se funda en el encuentro del Derecho natural racionalista y la Ilustración<sup>38</sup>. El Código Civil Francés de 1804 plasmó legislativamente estas ideas y admitió a la autonomía de la voluntad como fuente por excelencia de las obligaciones. Así, tres pilares soportan toda la construcción del Código de Napoleón: la liberación de la propiedad privada, la plenitud de los contratos y la fuerza de la responsabilidad personal<sup>39</sup>. Se configura de esta forma una libertad irrestricta para contratar, donde el Estado sólo puede intervenir para garantizar el ejercicio de esta autonomía. Este entendimiento de la autonomía de la voluntad guarda estrecha relación con el modelo económico imperante, donde el Estado era aceptado solamente como un protector en las relaciones de producción<sup>40</sup>.

Los fundamentos epistemológicos y ontológicos de la modernidad tienen aquí su mayor manifestación. El Código Civil Francés y sus instituciones fundamentales, la propiedad privada y el contrato, son asumidas como estrictamente racionales y universales, así, inherente y naturalmente superiores, y como consecuencia de ello, exportables como modelo<sup>41</sup>. Sin embargo, en vez de tratarse de procesos de importación normativa asépticos y naturales, los Revolucionarios franceses exportaron el modelo francés a través de conquistas y de manera autoritaria<sup>42</sup>, o mediante una suerte de violencia simbólica de acuerdo a la cual las élites locales trasplantan el modelo a pesar de tener contextos sociales muy distintos, al sentirse seducidos por su contenido universalista y mesiánico<sup>43</sup>.

36 En sus *Two Treatises of Government*, Locke afirmaba la supremacía de la economía agrícola y organización político legal europea, y observaba que como dicho nivel de organización sobre la tierra no existía en América, esas tierras eran *terra nullius* y podían ser apropiadas (James Tully, “Aboriginal property and Western theory: recovering a middle ground”, *Social Philosophy and Policy*, vol. 11 (1994), 159; Stuart Banner, Why Terra Nullius? Anthropology and Property Law in Early Australia. *Law and History Review*, 23, 1 (2005), 95-131; Susan Dodds, “Justice and Indigenous Land Rights”, *Inquiry: An Interdisciplinary Journal of Philosophy*, vol. 41, núm. 2 (1998), 187-205). Esta perspectiva fue tan influyente que Emeric de Vattel en su libro *The Law of Nations or the Principles of Natural Law* (1758) siguió los argumentos lockeanos para justificar las colonizaciones francesas y británicas. El influyente teórico legal inglés Blackstone también estaba profundamente influenciado por Locke cuando argumentaba que el único tipo de tierra que podía ser adquirida mediante la colonización era la que estaba “desierta y no cultivada”. (Dodds, “Justice and Indigenous Land Rights”, p. 190).

37 Michel Villey. “Grandeza y Decadencia del voluntarismo jurídico”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia* (1996, Septiembre): 230 - 250.

38 José Luis De los Mozos. *Derecho Civil, Método, Sistemas y categorías jurídicas* (Madrid: Civitas, 1988): 98.

39 René Savatier. “Destin du Code civil français. 1804-1954”. *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 6 N°4, (1954, Octubre-diciembre): 637.

40 “La libertad de contratación consiste en que los particulares puedan ejecutar todos los actos jurídicos que quieran y de hacerlos producir las consecuencias jurídicas que les convengan, siempre que no se trate de un acto o de un efecto jurídico prohibido por una disposición expresa de la ley. Todo lo que no está prohibido, está permitido” (Ambrosio Colín y Henri Capitant, *Curso Elemental de Derecho Civil*. Trad. Demófilo de Buen. 2da. ed. Tomo I (Reus: Madrid, 1941): 160).

41 La idea de superioridad del Derecho Francés ha sido observada en su propia historia a partir del siglo XV y XVI en que los juristas franceses ven a su propio Derecho como cultural y socialmente “excepcional” en relación a otras naciones emergentes (Sylvain Soleil, “La formación del derecho francés como modelo jurídico”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. XXVIII, 2006).

42 Importaciones forzosas en Europa se dieron en el Condado de Niza en 1795 (Bélgica), o en Ginebra en 1798 (Sylvain Soleil, “La formación del derecho francés...”).

43 Sylvain Soleil, “La formación del derecho francés...”.

El positivismo legalista tuvo su máxima expresión con la escuela de la exegesis. Sin embargo, en esa época ya existían perspectivas anti-legalistas como, por ejemplo, el especial énfasis jurisprudencial de Demolombe o el liberalismo radical de Émile Acolas (1826-1891), un libertario que criticaba el *Code Civil* como estatizante y opresivo, y la enseñanza exegética como dogmática<sup>44</sup>.

El Derecho Natural también influyó en el Derecho Germano del siglo dieciocho, especialmente en el Derecho Privado<sup>45</sup>. El modelo científico de razonamiento se fundó en el reconocimiento de la unidad de todas las ciencias derivada de argumentos matemáticos como el silogismo. Descartes, Francis Bacon y Gottfried Leibniz fueron los precursores de este paradigma científico<sup>46</sup> que luego fue popularizado por Christian Wolff en el Derecho. Este modelo proporcionó importantes bases filosóficas para el desarrollo del movimiento de la pandectística, que buscaba reducir el Derecho virtualmente a un sistema matemático sustentado en principios. El paradigma geométrico también se extendió a Inglaterra, Escocia y Estados Unidos a finales del siglo dieciocho y comienzos del siglo diecinueve<sup>47</sup>.

Savigny y su escuela tomaron algunas ideas básicas de la escuela del Derecho Natural de su época. Por ejemplo, la idea de que el Derecho Privado es la suma de reglas que gobiernan la coexistencia de personas libres. Además, la noción del derecho subjetivo como un área de libertad en la cual gobierna la voluntad de las personas, lo que influyó en el concepto de *Rechtsgeschäft* o declaración de voluntad<sup>48</sup>. A nivel ideológico, la esencia era prácticamente la misma: la idea básica de un orden legal que trataba a todos como libres e iguales<sup>49</sup>. No obstante, la escuela histórica del Derecho pretendía desligarse de la escuela del Derecho Natural<sup>50</sup> y establecer una verdadera "ciencia legal" o *Rechtswissenschaft*<sup>51</sup> a través de la combinación del método histórico y sistemático. Los estudios históricos proporcionaban el material (los principios subyacentes y abstractos revelados en el tiempo) a los que el sistema les daba una forma científica apropiada<sup>52</sup>.

Estas ideas fueron desarrolladas por Puchta y su "jurisprudencia de conceptos" (*Begriffsjurisprudenz*), la cual reducía el Derecho a un juego de inducción y deducción. El Derecho ya no era producto de la historia, sino de la lógica. El cumplimiento de esta promesa de coherencia interna y auto reproducción lógica era la agenda de la ciencia legal

44 António Manuel Hespanha, "Tomando la historia en serio: Los exégetas según ellos mismos." *Revista Forum*, Vol. 2, Nº. 3, (2012): 13-51, 41. Estas y otras vertientes han llevado incluso a discutir hoy en día la "leyenda negra" de la *École de l'Exégèse*, como una escuela predominante, leyenda que tendría origen en el libro *L'École de l'exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, de Julien de Bonnacase (1919), quien buscaba demostrar que toda la historia del derecho francés en el siglo XIX se podía explicar por la tensión entre una corriente innovadora, abierta a la vida -que se explicaba por la influencia de la doctrina "científica" alemana- y otra estéril y conservadora, que identificaba el Derecho con la ley y que evitaba cualquier legitimidad creadora de los juristas.

45 Helmut Coing, "German "Pandektistik" in Its Relationship to the Former "Ius Commune". *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 37, No. 1 (Winter, 1989), 9.

46 M.H. Hoeflich, "Law & Geometry: Legal Science from Leibniz to Langdell", *The American Journal of Legal History*, Vol. 30, No. 2 (Apr., 1986), 98, 99.

47 En el *Common Law* esta tradición se basó especialmente en Francis Bacon y los desarrollos de William Blackstone, lo que continuó en el siglo diecinueve por John Austin, el fundador de la escuela anglo-americana de positivismo analítico. En Estados Unidos estas ideas fueron trasplantadas por Christopher Columbus Langdell, que introdujo el método del caso de estudio en la Harvard Law School en los 1870's (M.H. Hoeflich, M. H., "Law & Geometry...", 110-120).

48 Helmut Coing, "German "Pandektistik" ..., 13.

49 Hans-Peter Haferkamp, "The Science of Private Law and the State in Nineteenth Century Germany". *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 56, No. 3, 683.

50 "Mathias Reimann", *Nineteenth Century German Legal Science*, *Boston College Law Review*, 31 (1990): 837 - 897, 843.

51 El nuevo concepto de ciencia legal fue respuesta al desafío propuesto por la filosofía crítica de Kant, que había destruido la fe en las premisas y métodos del Derecho Natural. Kant puntualizó que la ética y el Derecho eran de distinta naturaleza y requerían diferentes procesos de pensamiento. Por ello, afirmaba que había una diferencia fundamental entre el conocimiento obtenido a través de la experiencia y máximas encontradas a través de la razón pura. Para remediar esa confusión metodológica, Kant dividió el Derecho Natural en diferentes disciplinas con métodos y fines distintos: la ética, que se enfocaba en estándares internos de conducta; el Derecho que se enfocaba en conductas externas exigibles. Dentro del Derecho, Kant aislaba la filosofía legal que determinaba estándares ideales (el reino de los filósofos para la aplicación de la razón pura) y la ciencia del Derecho positivo (el reino de los juristas basado en la experiencia). Hegel adoptó estas distinciones y se convirtieron en un lugar común a comienzos del siglo diecinueve (Mathias Reimann, *Nineteenth Century German Legal Science*, 845, 846).

52 Mathias Reimann, *Nineteenth Century German Legal Science*, 855, 856; Andres Rahmatian, "Friedrich Carl von Savigny's Beruf und Volksgeistlehre", *The Journal of Legal History*, 28(1), 2007, 1-29.

de la segunda mitad del siglo diecinueve. En esa línea, el "Tratado sobre el Derecho de las Pandectas" de Bernhard Windscheid presentó el Derecho Privado en toda su complejidad como un orden internamente lógico, cada concepto y regla tenía su lugar en un sistema cuidadosamente diseñado, jerárquico y sin vacíos. El fruto final de la ciencia sistemática romanista fue el Código Civil Alemán de 1900, que es comúnmente reconocido como hijo del *Pandektenwissenschaft* y del liberalismo,<sup>53</sup> el gran monumento del positivismo científico<sup>54</sup>. El método sobre el que se basa, un sistema de conceptos generales interconectados a través de operaciones lógicas, fue el sello del conceptualismo. Como resultado, este representaba los ideales de la pandectística en su precisión conceptual, coherencia sistemática y consistencia lógica, pero también mostraba las limitaciones de la abstracción y la falta de interés en las necesidades de la sociedad industrializada<sup>55</sup>.

En realidad, la ciencia legal alemana no estaba interesada en la data histórica en sí misma, sino en la supuesta verdad trascendental que la contenía, por lo que el historicismo de Savigny era en realidad a-histórico<sup>56</sup>. Tampoco estaba interesada en la justicia sustantiva u objetivos sociales, ni consideraba la desigualdad del poder de negociación de los grupos sociales<sup>57</sup>. La principal preocupación de esta Ciencia no eran los efectos anti-sociales de la autonomía privada, sino la autonomía del Derecho Privado frente al Estado<sup>58</sup>.

En América Latina, en un principio, es el ordenamiento jurídico del Imperio Español el que se impone a través del proceso de colonización. Así, las Partidas Españolas fueron impuestas en las colonias españolas, e incluso en la colonia francesa en Norte América, Louisiana, cuando fue cedida a España en 1760<sup>59</sup>. Después de la independencia, las élites de las nuevas republicas debían crear un nuevo Derecho que reemplace el Derecho colonial, para lo cual construyeron un marco constitucional basándose en los escritos políticos de los filósofos de la ilustración, la constitución liberal española de Cádiz (1812), la constitución de los Estados Unidos de América, y el marco legal general basándose en el positivismo legalista francés y el positivismo científico alemán<sup>60</sup>. En las ex colonias españolas la influencia francesa fue particularmente importante<sup>61</sup>, por ejemplo, el *Code Civil* fue la fuente de la cual Bolívar lanzó su último esfuerzo para unificar los restos de la Gran Colombia en 1829<sup>62</sup>.

Así, el influyente Código Civil Chileno de 1855 elaborado por Andrés Bello<sup>63</sup> combinó el pensamiento de la ilustración europea a través del *Code* con las reglas sociales que se habían instaurado durante la colonia a través de las leyes coloniales españolas<sup>64</sup>. El Código Civil Francés fue también una fuente importante para otros códigos influyentes como el Código de Brasil de Teixeira de Freitas (*Esboco do Codigo Civil*) de 1860, y el Código Civil argentino de Dalmacio Vélez Sarsfield del mismo periodo. Los comentarios doctrinales franceses continuaron siendo en la primera parte del siglo veinte herramientas interpretativas y guías para los tratados locales de Derecho Civil<sup>65</sup>. El positivismo científico alemán también tuvo influencia especialmente en Brasil, y en menor medida en los demás

53 Hans-Peter Haferkamp, "The Science of Private Law and the State in Nineteenth Century...", 688.

54 David Southern, "German legal ideas in the nineteenth and twentieth centuries", *The Liverpool Law Review*, Vol.X (1), 1988, 65, 68.

55 Mathias Reimann, *Nineteenth Century German Legal Science*, p. 867.

56 David Southern, "German legal ideas in the nineteenth and twentieth centuries", *The Liverpool Law Review*, Vol.X (1), 1988, 65, 68.

57 Mathias Reimann, *Nineteenth Century German Legal Science*, p. 892.

58 Hans-Peter Haferkamp, "The Science of Private Law and the State in Nineteenth Century...", 688.

59 William Howe, "Roman and Civil Law in America", *Harvard Law Review*, Vol. 16, No. 5 (Mar., 1903), 351.

60 Matthew Mirow, "The Code Napoleon: Buried but ruling in Latin America". *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol 33, 2005, 181.

61 William Howe, "Roman and Civil Law in America", 344.

62 Matthew Mirow, "The Power of Codification in Latin America: Simon Bolivar and the Code Napoleon", *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Vol 8, 2000.

63 Este código fue adoptado por El Salvador, Ecuador, Venezuela, Nicaragua, Colombia y Honduras, y fue la principal fuente de los códigos civiles de Uruguay, México, Guatemala, Costa Rica y Paraguay (Matthew Mirow, "Borrowing Private Law in Latin America: Andres Bello's Use of the Code Napoleon in Drafting the Chilean Civil Code". *Louisiana Law Review*, Vol. 61, Num. 2, 2001, 291).

64 Matthew Mirow, "Borrowing Private Law in Latin America...", 292.

65 Matthew Mirow, "The Code Napoleon: Buried but ruling in Latin America...", 184

países latinoamericanos. Mientras que la doctrina italiana empieza a tener prestigio suficiente para ser trasplantada recién a partir de la segunda mitad del siglo pasado<sup>66</sup>.

En dicho contexto, la importación de normas e ideas europeas realizadas por las elites locales, representa y perpetúa la continuidad con la ilustración europea. Como sugiere Jorge Esquirol: las sociedades latinoamericanas no son Europeas, solo sus juristas pretenden serlo<sup>67</sup>. Las élites locales, sin embargo, no prestaban atención a las reacciones contra el positivismo dentro de la propia Europa. Por ejemplo, en Alemania un sector de germanistas enarbolaba la idea del Derecho como costumbre de la gente en una forma popular y tradicional oponiéndose a la perspectiva científica y elitista de Savigny. Georg Beseler en su libro "Derecho de la Gente y Derecho de los Juristas" defendía en contra de Puchta, el derecho del pueblo de desarrollar el Derecho germano en sus formas tradicionales. Julius Hermann von Kirchmann lanzó similares ataques en 1848 cuando argumentaba que la ciencia legal no era solo metodológicamente un sin sentido, sino también bastante perjudicial porque su abstracción destruía el sentido de justicia. Los trabajos de Otto von Gierke también se alejaban del conceptualismo al considerar que la asociación era una expresión del carácter colectivista del derecho germano en contraste con el individualismo rampante del Derecho Romano<sup>68</sup>.

Los críticos presentaban protestas antifomales en contra de la incapacidad de la ciencia legal de comprender la realidad social. Dos objetivos caracterizaron al movimiento crítico: el deseo de subordinar el Derecho a la justicia, y el fin de colocar los intereses de la comunidad encima de los derechos de los individuos. Ambos fines derivaban de la convicción de que el Derecho positivo no podía dar a la sociedad una unidad orgánica y solidaria<sup>69</sup>. En efecto, el positivismo científico pretendía convertir al Derecho en un sistema neutral, racional y abstracto de normas que no tiene nada que ver con la violenta expansión del capitalismo y el colonialismo. Sin embargo, para Weber, la aproximación formal era el paradigma legal y cualquier otro entendimiento de la legalidad era una tendencia irracional y anti-formal del Derecho Moderno<sup>70</sup>.

#### 4. Las tendencias irracionales del Derecho

En el siglo pasado, el formalismo de Hans Kelsen constituyó la mayor expresión de una perspectiva formalista y despolitizada de la legalidad, mientras los principales ejemplos de tendencias anti-formales fueron el Marxismo, la sociología jurídica y el decisionismo de Carl Schmitt. Estas, de diversa manera, constituyen las bases de las actuales corrientes críticas del Derecho y contienen marcos teóricos esenciales para comprender la relación entre el Derecho y el Poder.

##### 4.1. El Marxismo Jurídico

La Teoría Marxista del Derecho fue desarrollada especialmente por Evgeny Pashukanis. Para el jurista ruso, la institución básica del capitalismo es el intercambio pues todos los bienes (incluyendo el trabajo) son considerados *commodities*, esto es, destinados al intercambio en el mercado<sup>71</sup>. Entonces, el proceso de construcción de *commodities* implica que tanto lo objetos desiguales que se intercambian (el dinero y el bien) como el trabajo desigual que los ha producido deben convertirse en lo que no son, iguales. Esta forma económica que funciona independientemente y autónomamente de la voluntad de los sujetos que la constituyen, es el fetichismo de los *commodities*: los sujetos que crean los objetos se convierten en objetos. En

66 John Merryman, "The Italian Style I: Doctrine", *Stanford Law Review*, Vol. 18, No. 2 (Nov., 1965), 43-45.

67 Jorge Esquirol, "Writing the Law of Latin America", *The George Washington International Law Review*, Vol. 40, 2009, 705; También: Arnulf Becker Lorca, *Mestizo International Law. A Global Intellectual History 1842 - 1933* (London - New York: Cambridge University Press, 2015).

68 Mathias Reimann, Mathias, *Nineteenth Century German Legal Science*, 870, 871.

69 David Southern, "German legal ideas...", 69.

70 Duncan Kennedy, Duncan. "Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought". *Hastings Law Journal*, 55 (5), 1031-76.

71 Lon Fuller, "Pashukanis and Vyshinsky: A Study in the Development of Marxian Legal Theory". *Michigan Law Review*, Vol. 47, No. 8 (Jun., 1949), 1160.

el aspecto legal, se da este proceso a través de la noción del contrato: el empleador establece sus relaciones legales con su trabajador mediante acuerdo, es una explotación mediante el intercambio<sup>72</sup>. Así, para Pashukanis el Derecho es simplemente la forma tomada por la relación de intercambio entre individuos. Mientras el Derecho se perciba como no teniendo nada que ver con la relación de intercambio, sino como el producto de instituciones estatales y actores legales, el Derecho es fetichizado, su forma permite ocultar su esencia: el fetichismo legal complementa el fetichismo de los *commodities*<sup>73</sup>.

De esta manera, mientras los productos toman la forma de *commodities* individuales, las personas toman la forma de ciudadanos individuales "libres e iguales". Sin embargo, los ciudadanos en principio no son iguales pues tienen diferentes necesidades, proyectos, motivaciones. El intercambio económico y la representación política requiere así que individuos cualitativamente distintos con inconmensurables intereses entren en una relación formal de equivalencia con otros, ellos se convierten en lo que no son: iguales<sup>74</sup>. Así, la forma legal "hace una abstracción del hombre real" en palabras de Marx, lo que es homólogo a la abstracción que la forma de los *commodities* hace de los "productos reales". Como la forma de los *commodities* reemplaza el valor de uso y el trabajo concreto con la abstracción del valor de intercambio y el des-diferenciado poder de trabajo, la forma legal reemplaza la multiplicidad de necesidades e intereses concretos con la abstracción de la voluntad y los derechos, y el individuo socialmente diferenciado con la abstracción del sujeto o la persona jurídica. Así, el sujeto de los "derechos iguales" sustituye al sujeto concreto con necesidades, y la abstracta persona jurídica sustituye a la persona real de carne y hueso. En suma, la igualdad legal funciona para enmascarar las diferencias de clases y desigualdades sociales<sup>75</sup>.

Por ello, para el Marxismo el Derecho es en esencia Derecho Privado<sup>76</sup>. El Derecho del capitalismo es ejemplificado por el derecho de los contratos, el que refuerza la ideología individualista. Las relaciones sociales entre personas asumen una misteriosa forma doble: el Estado a través de la maquinaria judicial aparece como un garante imparcial de los derechos y deberes de los ciudadanos, pero atrás de él se encuentra el poder organizado de una clase sobre otra. Así, el Estado de Derecho impuesto por el Estado para clarificar y estabilizar las relaciones sociales están enraizados en - y reflejan - relaciones de producción<sup>77</sup>. Sin embargo, para Pashukanis siempre que haya intercambio habrá Derecho, y siempre que haya Derecho habrá Derecho burgués. Por ello, el Derecho socialista no podía ser algo epistemológicamente diferente al Derecho capitalista: el Derecho, incluso en una economía socialista, es simplemente un instrumento de poder<sup>78</sup>.

#### 4.2. Las primeras aproximaciones sociológicas

De acuerdo con Duncan Kennedy<sup>79</sup> los inventores del modelo social del pensamiento jurídico incluyen a Jhering, Ehrlich, Gierke, Geny, Saleilles, Duguit, Lambert, Josserand, Gounot, Gurvitch, Pound, y Cardozo. Ellos tienen en común con los marxistas que interpretan el régimen de la teoría de la voluntad como un epifenómeno en relación con una base (en el caso de los Marxistas la economía capitalista, y en el caso de la aproximación social, la

72 Lon Fuller, "Pashukanis and Vyshinsky...", 1161.

73 Neil Mullin, Neil, "Pashukanis and the demise of law: an essay review", *Contemporary Crises*, 4, 1980, p. 435.

74 Isaac Balbus, "Commodity Form and Legal Form: An Essay on the 'Relative Autonomy' of the Law", *Law & Society Review*, Vol. 11, No. 3 (Winter, 1977), 576.

75 Isaac Balbus, "Commodity Form and Legal Form...", 577.

76 China Miéville, *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law* (Leiden and Boston: Brill, 2005).

77 Pashukanis argumenta que las relaciones sociales capitalistas y las relaciones legales que las reflejan en el paradigma del Derecho contractual son trasplantadas a todas las áreas del Derecho (Alan Stone, "The Place of Law in the Marxian Structure-Superstructure Archetype", *Law & Society Review*, Vol. 19, No. 1, 1985, p. 45; Neil Mullin, Neil, "Pashukanis and the demise of law...", 435). Collins criticó este intento de explicar todas las reglas legales como reflejos de intercambio de *commodities* por ser reduccionista, pues en el caso del Derecho criminal Pashukanis parece olvidar el rol de esta rama como vindicador de los valores dominantes y los estándares de la sociedad (Alan Stone, "The Place of Law in the Marxian...", 45).

78 Lon Fuller, "Pashukanis and Vyshinsky...", 1163. Quizá por afirmar ello, Pashukanis fue posteriormente criticado y asesinado por el régimen estalinista.

79 Duncan Kennedy, "Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality...", 1035.

sociedad concebida como organismo). La idea común era que la teoría de la voluntad y el positivismo se relacionaba con las condiciones socioeconómicas de la primera mitad del siglo diecinueve. Pero los representantes de la perspectiva social eran anti-Marxistas así como eran anti *laissez faire*. Su objetivo era salvar al liberalismo de sí mismo. Su idea básica era que las condiciones de finales del siglo diecinueve representaban una transformación social, consistente en la urbanización, industrialización, sociedad organizativa, globalización de los mercados, todos resumidos en la idea de interdependencia. Debido a que la teoría de la voluntad era individualista, esta ignoraba la interdependencia y asumía particulares reglas legales que permitían comportamientos antisociales. La crisis de la fábrica moderna (los accidentes industriales) y los guetos urbanos (pauperización) y, más tarde, la crisis de los mercados financieros, todos derivaban del fracaso de la coherencia del Derecho individualista para responder a las necesidades sociales de las modernas condiciones de interdependencia<sup>80</sup>.

La teoría social en el Derecho también discute el monopolio del Estado en la producción normativa<sup>81</sup>. El pluralismo jurídico criticaba así a la perspectiva monista, la cual admite que el orden social influye en la producción y ejecución del orden legal, pero el Derecho siempre se equipara al Estado<sup>82</sup>. El pluralismo, en cambio, observa que el Derecho estatal es solo una forma de Derecho y no necesariamente la sociológicamente dominante. El derecho existe en varias capas o niveles (Gurvitch), este puede existir en asociaciones (Gierke, Ehrlich), instituciones (Romano, Hauriou) o sistemas sociales de diferente tamaño y naturaleza. Así, los grupos sociales de cualquier envergadura pueden ser vistos como poseedores de las mismas necesidades jurídicas fundamentales<sup>83</sup>. Sin embargo, el problema de las aproximaciones pluralistas es cómo explicar la relación entre estos diferentes niveles de Derecho<sup>84</sup> y el rol de la dimensión moral en la configuración jurídica.<sup>85</sup>

Por su parte, para los eclécticos el Derecho existe más allá del Derecho estatal, no obstante, este es el Derecho dominante pues tiene mecanismos que aseguran su efectividad. Por ejemplo, la definición de Max Weber se basaba en la existencia de procesos particulares sancionadores que constituían la garantía de coerción para hacerlo efectivo. Este poder de policía que puede existir en muchos grupos sociales tendría particular nivel de desarrollo en el Estado<sup>86</sup>. Así, esta definición social convencional del Derecho se basó en un test de severidad (coerción/fuerza) y naturaleza (públicamente aprobada y ejecutada) de la sanción impuesta sobre una infracción para ser considerada como legal; sin embargo, este veía al Derecho como un patrón establecido en forma estatal y no como un proceso social, por lo que sociedades pre estatales que carecían de una organización política comprehensiva no eran consideradas como portadoras de legalidad<sup>87</sup>.

80 Duncan Kennedy, "Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality...", 1035.

81 Roger Cotterrell, "The Sociological Concept of Law", *Journal of Law and Society*, Vol. 10, No. 2 (Winter, 1983), 244.

82 Roger Cotterrell, "The Sociological Concept of Law", 244.

83 Roger Cotterrell, "The Sociological Concept of Law...", 245.

84 Ibid. Eugen Ehrlich y Bronislaw Malinowski, fundadores de la Sociología del Derecho y la Antropología del Derecho, respectivamente, argumentaban que el Derecho consiste - y puede ser encontrado - en la conducta regularizada o patrones reales de comportamiento en una comunidad, asociación o sociedad. Ambos sufrieron, sin embargo, del mismo problema: cómo distinguir específicamente normas legales de las otras clases de normas operadoras en la vida social. El realista Felix Cohen observó que bajo la terminología de Ehrlich el Derecho se mezcla con religión, costumbre, ética, moralidad, decoro y etiqueta. Ambos creían que era importante hacer distinciones, pero Malinowski no ofreció criterio alguno, y aunque Ehrlich propuso que la *opinio necessitatis* era el rasgo característico de la norma legal (es decir, dentro del grupo la norma legal es considerada de gran importancia), este criterio fue difícil de aplicar y era incapaz de proporcionar una distinción confiable entre normas legales y no legales (Tamanaha, Brian, An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 15, No. 4 (Winter, 1995), 503 - 505).

85 El institucionalismo de Hauriou y Romano también fue bastante problemático. Para Hauriou la institución es de alguna manera precedente al Derecho. Una institución es una "idea de obra o de empresa" que se realiza y permanece jurídicamente en un ambiente social. Para Romano, sin embargo, Derecho e institución coinciden, él va más allá de Hauriou y construye un marco teórico en el cual el orden privado en sí configura un ordenamiento jurídico fuera de toda consideración ética o moral (Romano, Santi. *Frammenti di un Dizionario Giuridico* (Milajo, Giuffrè, 1983): 24; Massimo La Torre, "Teorías institucionalistas del derecho (esbozo de una voz de enciclopedia)", Trad. Javier Ansuátegui. *Derechos y Libertades*, Núm. 14 II (enero, 2006): 105, 106).

86 Roger Cotterrell, "The Sociological Concept of Law...", 250.

87 Brian Tamanaha, "An Analytical Map of Social Scientific Approaches...", 507.

En términos teóricos, las visiones sociales del Derecho no tuvieron mucho desarrollo en América Latina. Ciertamente, hay una influencia de pensadores sociales desde los años 40 hasta los años 90 en donde se habla de la “publicización del Derecho”<sup>88</sup>. Sin embargo, se trata de una importación de discusiones, perspectivas e instituciones teóricas europeas sin un desarrollo teórico propio<sup>89</sup>.

### 4.3. El decisionismo de Schmitt

Una de las versiones legales irracionales que se apartó del formalismo de manera más radical es el decisionismo de Carl Schmitt. El jurista alemán distinguía tres tipos de órdenes legales: reglas, decisiones y órdenes concretos. El primero (normativismo) estaba definido en términos de normas abstractas; el segundo (decisionismo) se refería a decisiones individuales sin fundarse en ninguna regla; la teoría del orden concreto era la toma de decisiones con referencia a la comunidad concreta que existía en un orden social. Schmitt criticaba al normativismo por representar la abdicación de la responsabilidad personal del jurista, pero también criticaba al decisionismo por ser arbitrario e impredecible, en cambio, presentaba a la teoría concreta del orden como una combinación de libertad y racionalidad<sup>90</sup>. Sin embargo, lo que proponía era decisionismo puro<sup>91</sup>. Los órdenes concretos en realidad eran una comunidad orgánica en la que los individuos se encuentran insertos como partes de un todo que no pueden trascender, y cuya regulación es intrínseca al organismo mismo y, por lo tanto, no necesita de normas (abstractas y generales) sino que se manifiesta en las concretas manifestaciones vitales de los miembros y, en particular, en la decisión de aquellos que tienen un contacto privilegiado con la comunidad<sup>92</sup>.

Así, mientras Kelsen buscaba mostrar que el orden legal era un orden racional si era concebido sin presuponer ninguna posición política o ética sustantiva; Schmitt afirmaba la sustancia sobre la forma, una ética de pura convicción y voluntad ejecutiva, no limitada por reglas<sup>93</sup>. De hecho, aunque al igual que Kelsen, Schmitt<sup>94</sup> definía el Derecho como un sistema de normas, para él una norma es una proposición general y abstracta, y cualquier situación factual que es traída hacia ella es única, por lo que la autoridad tiene que decidir si la situación factual se inserta en la operación de una regla general. Para Schmitt, el positivismo legal evade esta relación a través de su definición normativa, excluyendo consideraciones de contexto social y político. Pero desde que todo Derecho es “Derecho situacional”<sup>95</sup>, una norma siempre requiere el suplemento de una autoridad con el poder de decidir su aplicación: la decisión es tan parte del Derecho como la norma<sup>96</sup>. Por lo tanto, los jueces tienen un poder inherente más allá de la ley al resolver casos concretos, así como el soberano tiene un poder inherente más allá de la ley al administrar la sociedad. Para Schmitt<sup>97</sup>, esta política cruda que se hace evidente en excepciones (en casos difíciles para los jueces; en el estado de excepción para el soberano) es el contenido de lo *político*, que es

88 Ejemplos de trabajos acordes con ese momento en Latinoamérica: Antonio Aguilar Gutierrez, “La evolución del contrato”. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, Año VIII, Num. 22, 1955; Julio Cesar Torres. “La intervención del Estado en el contrato”. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Tomo 34, 1944, 1130-1135. Ramón Domínguez Aguila, “La autonomía privada, decadencia y renacimiento”, *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, 1981, p. 143-155. Se refiere a este fenómeno fuera de contexto: Jorge Mosset Iturraspe, *La publicización del Derecho Privado*, *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVI, N.º 3, 1996.

89 En cambio, en Estados Unidos surge a partir de los años 20 la escuela realista. En dicho contexto, Llewellyn criticó a la visión formalista del Derecho expresada en estatutos y precedentes. Para Llewellyn, la indeterminación y a veces incoherencia del Derecho significaba que la personalidad del juez en cierta medida explicaba el resultado de los casos. Así, el gobierno no era un gobierno de leyes, sino uno de leyes a través de hombres (Thomas Miles y Cass Sunstein, “The New Legal Realism Reviewed work”. *The University of Chicago Law Review*, Vol. 75, No. 2 (Spring, 2008), 831-851).

90 David Southern, “German legal ideas...”, 79.

91 David Southern, “German legal ideas...”, 79.

92 Massimo La Torre, “Teorías institucionalistas del derecho...”, 106, 107.

93 David Dyzenhaus, “Why Carl Schmitt? *Carl Schmitt Critique of Liberalism*”, Dyzenhaus ed. (Durham and London: Duke University Press, 1998): 10.

94 Carl Schmitt, *Legality and legitimacy*. Trans. Jeffrey Seitzer (Durham, NC: Duke University Press, 2004).

95 Carl Schmitt, *Political Theology, Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. Trans. George Schwab (Chicago: University of Chicago Press, 2005).

96 Daniel McLoughlin, “In Force without Significance: Kantian Nihilism and Agamben’s Critique of Law”. *Law and Critique*, 20 (3), 2009, 245-57.

97 Carl Schmitt, *The Concept of the Political*. Trans. George Schwab (Chicago: University of Chicago Press, 2007).

la capacidad de definir el antagonismo entre amigo y enemigo<sup>98</sup>. La legalidad liberal está así atrapada en una encrucijada: o es absolutamente e inocentemente neutral, negando lo político y siendo así destruida por órdenes competidores (por ejemplo, el anarquismo o el comunismo), o es falsamente neutral y sustancialmente autoritaria porque al definir lo político excluye radicalmente cualquier orden competidor.

Por lo tanto, para Schmitt la concepción formal y neutral del Derecho facilita la auto destrucción de lo que llamó el Estado legislativo al no proporcionar ningún motivo sustantivo para juzgar los fines de los diferentes partidos políticos. Así, este firme anti-parlamentarista estaba preocupado con el hecho de que el parlamento sea tomado por partidos que tienen intenciones no parlamentarias: cualquiera que controle el 51 por ciento será legalmente capaz de convertir al 49 restante en ilegal; ante tales circunstancias la mayoría se convierte en el "Estado en sí mismo"<sup>99</sup>. En este contexto, Schmitt advierte el peligro de que el parlamento pueda emitir normas de excepción, un derecho que él prefiere reservar al poder ejecutivo pues este, de acuerdo con él, está más estrechamente ligado a la "voluntad democrática"; sin embargo, en sus textos no demuestra porqué esto es verdad<sup>100</sup>. Schmitt asocia la "voluntad democrática" del pueblo con una voluntad homogénea, negando la diversidad y pluralidad. De esta manera, la derecha conservadora elitista y nostálgicos monarquistas como Schmitt se presentan como verdaderos demócratas al asociar sus intereses con esa supuesta voluntad homogénea, promoviendo una especie de conservadurismo de vanguardia a través de cuestionables poderes constitucionales del presidente, lo que constituyó uno de los principales rasgos legales del fascismo<sup>101</sup>.

Así, Schmitt caricaturiza el Estado legislativo (identificado con el parlamentarismo de Weimar) como una tiranía cruda de la mayoría que es abiertamente agresiva al redistribuir la propiedad a través de regulaciones legales sustantivas, pero excesivamente débil cuando permite a todos los partidos acceder a su proceso de creación de normas legales a través de la neutralidad libre de valor<sup>102</sup>. Por ello, el liberalismo ha fallado al negar *lo político*, no lo ha eliminado pero lo ha escondido a través de un discurso neutral, anti político. Así, *lo político* debe ser hecho aparente, sincerado<sup>103</sup>.

Schmitt observó el potencial dentro del Derecho de derrumbar las bases de la legalidad democrática liberal a través de las provisiones de Estado de emergencia de la Constitución de Weimar (Artículo 48), leído en conjunción con otros poderes ejecutivos otorgados al presidente plebiscitario que actuaría comisionado por el pueblo. Para Schmitt, la Constitución de Weimar era solo otro intento liberal de controlar las reales fuerzas irracionales del poder político, pero este solo podía reconocer tales fuerzas y preparar el camino para su propia destrucción<sup>104</sup>. El ataque de Schmitt no es a la capacidad de decisión del orden liberal, sino a la ideología liberal que oculta el carácter decisionista de toda regla y que niega que el liberalismo esté inmerso por naturaleza en principios totalitarios para su auto conservación.

Irónicamente, la jurisprudencia liberal positivista cuando es cuidadosamente examinada revela lo que busca ocultar: las fuentes que son investidas de misticismo u oscuridad pero que en realidad es el fundamento sin fundamento (por ejemplo, la noción de *Grundnorm*

98 *Lo político* en Schmitt está ligado al "estado de naturaleza", el cual estaría subyacente en toda cultura. Para él, el liberalismo olvida el fundamento de la cultura, el estado de naturaleza, que es la naturaleza humana en toda su peligrosidad. Así, mientras que Hobbes en un mundo no liberal usa el concepto de estado de naturaleza para fundamentar la necesidad de liberalismo, Schmitt en un mundo liberal realiza la crítica al liberalismo gracias a ese mismo estado de naturaleza. Este estado es un estado de guerra, puro y simple. Sin embargo, la afirmación del estado de naturaleza no significa automáticamente la afirmación de la guerra, sino "la renuncia a la seguridad del status quo" (Leo Strauss, "Notes on Carl Schmitt", *The concept of the political*, 104).

99 John McCormick, "Identifying or exploiting the paradoxes of constitutional democracy?" *An Introduction to Carl Schmitt Legality and Legitimacy*, xxxi.

100 John McCormick, "Identifying or exploiting the paradoxes...", xxxi.

101 John McCormick, "Identifying or exploiting the paradoxes...", xxxiii.

102 John McCormick, "Identifying or exploiting the paradoxes...", xxxiii. Dyzenhaus, David, Why Carl Schmitt?... 11.

103 Leo Strauss, 84.

104 David Dyzenhaus, "Why Carl Schmitt?...", 12.

en Hans Kelsen)<sup>105</sup>. Así, las soluciones de principio de Dworkin o la penumbra de incerteza de Hart ante casos difíciles es una clase de mini-estado de emergencia para una teoría positivista del Derecho dado que no es posible de resolver directa y claramente por el Derecho. En principio, el problema sería menor porque en este mini-estado se contiene un orden aparentemente más legal y extenso, sin embargo, si las fronteras entre centro y penumbra no pueden ser claramente delimitadas, el centro parece desaparecer y el estado de emergencia se convierte en incontenible y omnipresente<sup>106</sup>.

Schmitt está convencido de que la distinción amigo - enemigo representa una realidad política inescapable. Al final del día, los liberales también tendrán que enfrentar esta realidad y abandonar su afirmación de neutralidad. Según Schmitt, el Estado liberal debe dejar de lado la ilusión de neutralidad y declarar y defender abiertamente sus fines políticos particulares. De otro modo, el estado caerá presa de un enemigo determinado y fuerte. En cualquier caso, la pretensión liberal de neutralidad necesariamente desaparecerá<sup>107</sup>.

## 5. La neo-dogmática del interpretacionismo: entre Kelsen y Radbruch

A pesar de sus limitaciones y premisas discutibles, las llamadas perspectivas irracionales pusieron al poder en el centro del análisis legal y ayudaron a tener una comprensión más profunda de lo *jurídico*, que trascendía el limitado espacio dejado por el positivismo legalista y el positivismo científico. Sin embargo, no se presentó una crítica comprehensiva a los tres elementos fundacionales del orden jurídico dominante (el liberalismo, el capitalismo y la modernidad). Más bien, la aplicación concreta de algunas de estas perspectivas a partir de la crisis del liberalismo económico y el positivismo legal dio resultados trágicos. Especialmente, el decisionismo en Europa transformó la democracia institucional en países como Alemania e Italia en regímenes populistas y místicos.

En el periodo de la post-guerra, los nuevos Estados europeos buscaban explícitamente subordinar el Derecho positivo a ciertos valores morales trascendentales. La teoría legal de Smend, tal y como fue transmitida por su pupilo Konrad Hesse, se convirtió en la teoría ortodoxa de la República Federal Alemana. La idea central de Hesse es la unidad de la constitución (*Einheit*), por lo que las contradicciones aparentes se debían resolver mediante referencias a una armonía superior<sup>108</sup>. Esta armonía era representada por la constitución de Alemania Occidental de 1949 como la norma fundamental (*Grundgesetz*).

Es así que después de la segunda guerra mundial la legalidad liberal fue reforzada teórica e institucionalmente. Hannah Arendt<sup>109</sup> acusó al sistema internacional por conectar la ciudadanía a los derechos (a aquellos a los que no se les reconocía nacionalidad carecían de protección estatal), por lo que era necesario proponer "*el derecho a tener derechos*" o el derecho de cada individuo de pertenecer a la humanidad, el cual debería ser garantizado por la humanidad misma. Esto era un renacimiento del Derecho Natural en el sentido de que el fundamento de la protección de los derechos humanos no podía ser asegurado por los estados o por una confederación de estados sino por la "humanidad". Sobre la base de este nuevo ius naturalismo fue creado un marco legal institucional (Declaraciones, agencias internacionales, cortes internacionales) y un discurso internacional de protección de los derechos humanos que afirma que los derechos humanos existen independientemente de la cultura y la ideología<sup>110</sup>.

105 Robert Howse, "From Legitimacy to Dictatorship, and back again: Leo Strauss's Critique of the Anti-Liberalism of Carl Schmitt". *Carl Schmitt Critique of Liberalism*, ed. by David Dyzenhaus (Durham and London: Duke University Press, 1998): 63.

106 David Dyzenhaus, "Why Carl Schmitt?...", 12.

107 Heiner Bielefeldt, "Carl Schmitt's Critique of Liberalism: Systematic reconstruction and counter-criticism". *Carl Schmitt Critique of Liberalism*, David Dyzenhaus ed. (Durham and London: Duke University Press, 1998): 25.

108 David Southern, "German legal ideas... 81.

109 Hannah Arendt, *The Origins of Totalitarianism* (New York/London: Harvest Book, 1973).

110 Elizabeth Zechenter, "In the Name of Culture: Cultural Relativism and the Abuse of the Individual". *Journal of Anthropological Research* 53.3 (1997): 319-47.

En la teoría legal emergió una suerte de perspectiva ecléctica en relación a la legalidad liberal. A diferencia de Kelsen, quien afirmaba que no había argumento racional en contra de la validez legal de un sistema extremadamente injusto, Radbruch argumentaba que la validez legal debe ser evaluada por ciertos estándares mínimos de justicia: El derecho se convierte en ilegal si este alcanza un nivel de extrema injusticia<sup>111</sup>. Así, este criterio sirve para escapar de leyes formales extremadamente injustas, por ello se afirma que la fórmula de Radbruch propone un término medio entre el Derecho Natural y el positivismo legal<sup>112</sup>. Los debates subsecuentes entre los normativistas estrictos (por ejemplo, Hart) y aquellos que aceptaban la inclusión de ciertos parámetros de justicia (por ejemplo, Fuller) son extensiones de este debate. A partir de allí, el formalismo legal duro ha sido suavizado apelando a veces a principios, políticas o requerimientos morales<sup>113</sup>. Esto es especialmente evidente en el constitucionalismo dominante. La combinación del formalismo y el ius naturalismo es llamado “interpretacionismo” y se enfoca en el rol de los principios más allá de la discrecionalidad o las reglas al juzgar casos<sup>114</sup>.

El problema con el interpretacionismo o la llamada teoría de la argumentación jurídica es que su énfasis en el proceso discursivo y no en las estructuras y relaciones de poder lo convierten en una disciplina que nuevamente despolitiza los asuntos legales convirtiéndolos en artilugios técnicos. Sin embargo, el hecho de esconder lo político en justificaciones aparentemente neutrales no lo elimina. Las decisiones legales (jurisdiccionales, legislativas y ejecutivas) no pueden escapar de las discusiones sobre sus orientaciones ideológicas.

## 6. Las teorías críticas del Derecho en el siglo XXI

Los cuestionamientos a la legalidad liberal formulados por las teorías irracionales del Derecho no han sido resueltos satisfactoriamente, razón por la cual han surgido nuevas perspectivas críticas. Estas nuevas perspectivas han replanteado muchos postulados de las teorías críticas clásicas, sin embargo, siguen ocupando un lugar marginal en la academia jurídica.

Respecto a las aproximaciones sociales del Derecho, estas volvieron al debate en los años sesenta en el contexto de la universalización de los derechos humanos en la post-guerra y la discusión en torno a los derechos humanos entre “universalistas y relativistas culturales”<sup>115</sup>. A partir de los años ochenta, temas como la complejidad de la sociedad de consumo y la globalización han pretendido ser explicadas mediante complejas tesis basadas en la autopoiesis que observa al Derecho como un sub-sistema de la sociedad que se auto-reproduce con inputs externos<sup>116</sup> o teorías de interlegalidad que propone la intersección de distintos espacios legales (el infra estado, el estado y el supra estado)<sup>117</sup>. Nuevas perspectivas sociales pueden observarse en los movimientos “Derecho y Globalización” o “Derecho como emancipación social”<sup>118</sup>, siendo el sociólogo del Derecho Boaventura de Sousa Santos<sup>119</sup> el académico que más ha impulsado el uso del Derecho como herramienta

111 Frank Haldemann. “Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law”. *Ratio Juris* 18.2 (2005): 162-78.

112 Franz Haldemann, op.cit., 167.

113 Duncan Kennedy, “Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality...”,

114 Ver: Ronald Dworkin. *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1978).

115 Los relativistas culturales denunciaban la universalidad de los derechos humanos conceptualizados como derechos abstractos sin considerar la dimensión institucional y socio-económica, descontextualizándolos (Adamantia Pollis. “A New Universalism”. *Human Rights: New Perspectives, New Realities*. Ed. Adamantia Pollis and Peter Schwab (Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2000): 9-30; Jack Donnelly, “Cultural Relativism and Universal Human Rights”. *Human Rights Quarterly* 6.4 (1984), 400-19; Chris Brown, “Universal Human Rights: A Critique”. *The International Journal of Human Rights* 1.2 (1997), 41-65.

116 Teubner, Gunther. *Autopoietic Law: A new approach to law and society* (Berlin: European University Institute, 1988).

117 Boaventura de Sousa Santos, “Law: A Map of Misreading. Toward a Post-Modern Conception of Law”, *Journal of Law and Society*, 14, 3 (1987), 279-302.

118 Balakrishnan Rajagopal, “Counter-Hegemonic International Law: Rethinking Human Rights and Development as a Third World Strategy”. *Third World Quarterly*, 27.5 (2006), 767-83; Stammers, Neil. Social Movements and the Social Construction of Human Rights, *Human Rights Quarterly*, 21.4, 1999, 980-1008; Onazi, Oche. Towards a Subaltern Theory of Human Rights, *Global Jurist*, 9.2, 2009, 1-25.

119 En particular, ver: Boaventura de Sousa Santos. *Another Knowledge is Possible: Beyond Northern Epistemologies* (London: Verso, 2007); Toward a Multicultural Conception of Human Rights. *Beyond Law*, 9.25, 2002a, 9-32; Toward a New Legal Common Sense: *Law, Globalization and Emancipation*. 2nd ed (London: LexisNexis Butterworths, 2002).

de cambio social en los últimos años.<sup>120</sup> Por su parte, las ideas marxistas no han vuelto a ser desarrolladas de forma sistemática en la disciplina legal, salvo algunos estudios como el de China Miéville sobre la aproximación marxista del Derecho Internacional<sup>121</sup>.

En dicho contexto, la escuela que ha propuesto de forma sistemática una perspectiva crítica del Derecho son los “Estudios Críticos Legales” (*Critical Legal Studies* - CLS) o los crits, a partir de los años 70s en la Universidad de Harvard. Los crits al igual que el movimiento “Derecho y Economía” deriva del realismo jurídico y su reacción al formalismo dogmático.<sup>122</sup> Ambos buscan el significado de lo jurídico más allá de lo jurídico, ya sea en las consecuencias económicas de las decisiones legales (en el Derecho y Economía) o el contexto social y las relaciones de poder (en los CLS). El bagaje teórico de los crits, sin embargo, está arraigado en el pensamiento postmoderno, mientras que el Derecho y Economía es un pensamiento totalmente modernizante. Así, para los crits el post-estructuralismo francés, particularmente Derrida<sup>123</sup> y Foucault<sup>124</sup> son fundamentales, así como los teóricos de la escuela de Frankfurt como Adorno y Horkheimer<sup>125</sup>. Asimismo, la relectura de los trabajos de Schmitt en clave post-estructuralista (vía Giorgio Agamben, por ejemplo) y los neo/post-Marxistas como Negri o Harvey son bases teóricas importantes. Además, los crits son verdaderamente multidisciplinares pues la economía no es la única disciplina que ayuda a entender el Derecho, sino también la política, sociología, literatura, entre otros.

La crítica de los CLS tiene dos componentes: la tesis de la indeterminación y la tesis de la ideología. La tesis de la indeterminación señala que el Derecho es interno y externamente inconsistente: es internamente inconsistente en el sentido de que el razonamiento legal no es un método neutral para alcanzar resultados legales objetivos, solo es un sistema de técnicas manipuladoras diseñadas para ocultar el hecho de que un juez solo elige entre valores. El Derecho es externamente inconsistente en el sentido que en realidad no produce resultados correctos que sean predecibles. La tesis ideológica afirma que el Derecho es un aparato ideológico y parcializado antes que neutral e independiente: se ataca así la supuesta validez neutral de todas las formas de análisis legal, tanto las doctrinas convencionales como el análisis económico<sup>126</sup>.

En dicho contexto, los crits tienen dos proyectos distintos, a veces en conflicto, a veces complementarios: el proyecto de izquierda y el proyecto post-moderno. El primer proyecto desarrolla las tesis de la indeterminación e ideología para ilustrar los defectos de las formas liberales de la economía y la sociedad. El segundo proyecto utiliza estas tesis para ilustrar las deficiencias de todo tipo de pensamiento racional totalizante<sup>127</sup>.

120 Para Santos, la globalización es solo una forma de localismo occidental que se hizo cosmopolita y hegemónica. En contra de esta versión de globalización emerge una globalización contra-hegemónica donde puede observarse el potencial emancipatorio del Derecho en las luchas desarrolladas por organizaciones y movimientos sociales. Así, lo que hace hegemónica a la legalidad liberal es el uso que los poderosos hacen sobre ella, por lo que es posible usar herramientas hegemónicas (las leyes y derechos reconocidos por el Estado) para fines no hegemónicos. Esta perspectiva comparte ciertas similitudes con la corriente marxista del “uso alternativo del Derecho” que apareció en los años 60s en Alemania e Italia (Ulrich Mückenberger y Dieter Hart, “La formación de los juristas y la función legitimadora de las categorías jurídicas”. *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*. Trad. Carlos Lasarte, 2da ed. (Madrid: Civitas, 1983).

121 China Miéville, *A Marxist Approach to International Law...*

122 Sin embargo, el “Derecho y Economía” hoy es considerado un nuevo formalismo al estar basado en proposiciones abstractas enraizadas en las asunciones económicas de la escuela de Chicago (Victoria Nourse y Gregory Shaffer. *Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory?* *Cornell Law Review* 95.1, 2009, 61-137).

123 Derrida ha tenido intervenciones explícitas en la disciplina jurídica, por ejemplo: Jacques Derrida, “Force of Law: The “Mystical Foundation of Authority””, *Deconstruction and the possibility of justice*, Drucilla Cornell, Michel Rosenfeld and David Gray Carlson eds. (New York-London: Routledge, 1992).

124 Foucault ha sido especialmente relevante en la teoría criminal, aunque sus reflexiones sobre el poder pueden aplicarse a cualquier ámbito del Derecho. Ver: Michael Foucault, *Power*, James Faubion ed. (New York: The New Press, 2001).

125 Los intelectuales de la primera generación de la Escuela de Frankfurt en los años 20s son los creadores de la teoría crítica en las ciencias sociales. Referencias: Max Horkheimer, *Teoría crítica*, tras. Edgardo Albizu y Carlos Luis (Buenos Aires-Madrid: Amorrortu, 2003).

126 Jason Whitehead, “From criticism to critique: preserving the radical potential of critical legal studies through a reexamination of Frankfurt School Critical Theory”, *Florida State University Law Review*, Vol. 26, 1999, p. 706; Allan Hutchinson and Patrick Monahan, “Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought”. *Stanford Law Review*, Vol. 36 (1984), 199-245; Kennedy, Duncan, La crítica de los derechos en los Critical Legal Studies, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2006, 47.

127 Duncan Kennedy, “La crítica de los derechos...”; Whitehead, “From criticism to critique...”

Los CLS han promovido diferentes teorías legales postmodernas como la teoría crítica de la raza (*critical race theory*<sup>128</sup>), el feminismo legal crítico (*critical legal feminism*<sup>129</sup>), la teoría legal *queer*<sup>130</sup>, entre otras. Estas perspectivas, sin embargo, son criticadas por carecer de una agenda positiva de cambio al sufrir de la ambivalencia política del postmodernismo y no cuestionar la lógica materialista del capitalismo<sup>131</sup>. Además, se critica su falta de homogeneidad: comparten fuentes de pensamiento similares pero con énfasis distintos, creando un conjunto de teorías que a veces se complementan pero que a veces entran en contradicción. La crítica a los críticos es agudizada cuando se observa su excesivo eurocentrismo y la falta de diálogo con perspectivas no occidentales<sup>132</sup>.

En América Latina la disciplina legal ha sido tradicionalmente dogmática y conservadora, a diferencia de otras disciplinas como la Sociología que ha sido enriquecida con aportes originales de la región. No obstante, en los últimos años nuevos académicos vienen proponiendo enfoques críticos desde América Latina<sup>133</sup>.

## 7. La política de la Teoría Legal: crítica jurídica y colonialidad

Hoy en día, la teoría crítica legal debe ir más allá de una perspectiva descriptiva que tiene como objetivo principal mostrar la ideología e incerteza propia del orden legal. Debe proponer, además, un enfoque analítico y una agenda de acción positiva que explique la dinámica de las relaciones de poder en el - y a través del - orden legal.

En la teoría social y política contemporánea existen marcos teóricos importantes para entender el contenido y el alcance del poder. Así, en contra de la premisa liberal de que el poder legítimo es ejercido por el Estado en representación del pueblo, Foucault<sup>134</sup> argumenta que el poder es utilizado para construir y oprimir la vida de los individuos. En el *ancien régime*, el soberano ejerce el poder a través de formas espectaculares de castigo con el objeto de imponer reglas a través del miedo<sup>135</sup>; en la era moderna, el poder se convierte en poder biopolítico a través de la disciplina y la goberamentalidad<sup>136</sup>. La disciplina opera sobre individuos específicos en un espacio particular (por ejemplo, en la escuela y hospitales) con el objeto de gobernarlos al hacerles internalizar las reglas programadas por el soberano. La goberamentalidad opera sobre grupos poblacionales mayores mediante políticas que buscan gestionar la condición social y económica de la gente y proyectar una gestión nacional que se preocupa por sus necesidades, pero que en el fondo busca hacer que el pueblo internalice los fines del gobierno.

128 Sobre los fundamentos de este movimiento: Crenshaw, Kimberle, Gotanda, Neil, Peller, Gary, Kendall, Thomas eds. *Critical Race Theory* (New York: The New Press, 1995).

129 Por ejemplo: Deborah Rhode, "Feminist Critical Theories". *Stanford Law Review*. Vol. 42, No. 3 (Feb., 1990), 617-638.

130 Una aproximación general puede verse en: Lauria Kepros, "Queer Theory: Weed or Seed in the Garden of Legal Theory?" *Law and Sexuality Review*, Vol 9, 1999-2000, 279-310.

131 Terry Eagleton, *Las ilusiones del Postmodernismo*, trad. Marcos Mayer (Buenos Aires: Paidós, 1997): 194.

132 Hoy la teoría crítica legal trata de superar estas falencias a través de nuevas estrategias de apertura a pensamientos críticos no occidentales con el fin de construir nuevas agendas de políticas públicas y cambio social. En Estados Unidos, el Instituto de Derecho y Política Global de la Universidad de Harvard ha constituido una red de investigadores de todo el mundo que comparten proyectos y celebran conferencias y talleres anuales para desarrollar perspectivas críticas sobre el Derecho y la Política. Bajo el liderazgo de David Kennedy y profesores de universidades de tradición crítica como Science Po de Francia o Melbourne en Australia, el IGLP (por sus siglas en inglés) ha renovado y globalizado el espacio de discusión de la teoría crítica legal. En el Reino Unido, la Escuela de Derecho de la Universidad de Londres, *Birkbeck College*, promueve fuertemente el pensamiento crítico legal de la mano de académicos como Costas Douzinas, Peter Fitzpatrick u Oscar Guardiola-Rivera. Otras universidades en el Reino Unido como la Universidad de Kent vienen constituyéndose en espacios importantes para el pensamiento crítico.

133 Véase el trabajo seminal de: Diego López Medina, *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, (Bogotá: Legis, 2004); Una compilación de la teoría crítica latinoamericana puede verse en: César Rodríguez Garavito, (coord.). *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011).

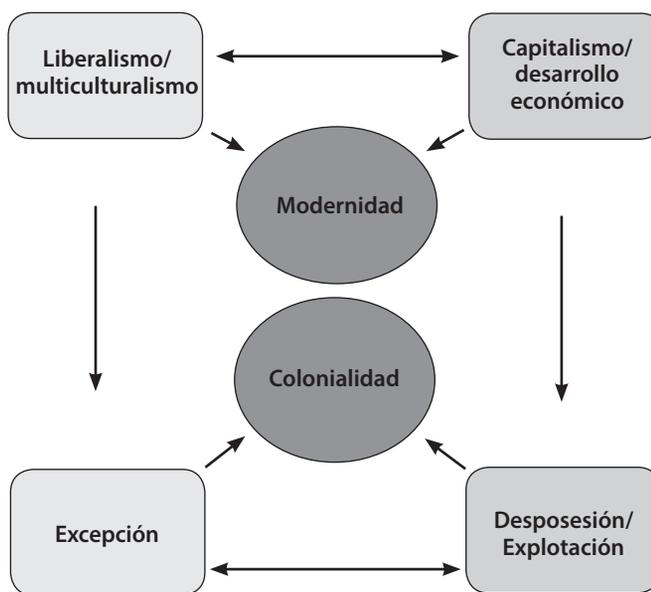
134 Michael Foucault, *Power...*; Michael Foucault, *The Birth of Biopolitics. Lectures at the College de France 1978-1979*. Trad. Graham Burchell (New York: Palgrave MacMillan, 2008).

135 Kevin Walby, "Contributions to a Post-Sovereignist Understanding of Law: Foucault, Law as Governance, and Legal Pluralism". *Social & Legal Studies*, 16 (2007) 551-571.

136 Victor Tadros, "Between Governance and Discipline: The Law and Michel Foucault". *Oxford Journal of Legal Studies*, 18 (1), (1998): 75-103.

Fraser afirma que el análisis de Foucault hacía referencia al sistema fordista de regulación social y al estado de bienestar keynesiano de la post guerra, en el cual los servicios sociales se convirtieron en sistemas de gobernalidad. La actual era post-fordista es multidimensional, dispersa y marketizada, en vez de responder a un sistema nacional y socialmente concentrado; en suma, el actual orden parece ser más deleuziano que foucaultiano<sup>137</sup>. El complejo marco teórico de Deleuze y Guattari<sup>138</sup> explora la auto-producción y re-producción del sistema capitalista mediante un proceso caótico de deterritorialización y simbolismo que produce incesantemente rizomas: redes, cadenas semióticas y organizaciones de poder en ámbitos tan diversos como las artes, ciencias y luchas sociales. Es por ello que Hardt y Negri afirman que este es un sistema que no solo produce *commodities* sino también subjetividades: "produce necesidades, relaciones sociales, cuerpos y mentes; produce productores"<sup>139</sup>.

Estas perspectivas, aunque relevantes, tienden a excluir o minimizar el rol de la colonialidad en el orden social. Hemos visto que el desarrollo del Derecho Moderno se sustenta en una perspectiva ontológica y epistemológica que ha excluido visiones sociales alternativas y que ha sido consolidada por perspectivas dogmáticas abstractas, generales y universales. En dicho contexto, mientras que puede argumentarse que la excepción propuesta por Schmitt y criticada por Agamben constituye el lado oscuro del liberalismo (el multiculturalismo liberal del día de hoy), y la acumulación por desposesión y explotación y su normalización a través del fetichismo de los *commodities*, criticado por el marxismo, constituye el lado oscuro del desarrollo capitalista (hoy conocido como "desarrollo económico"), la base ontológica y epistemológica de este orden, la modernidad, tiene como lado oscuro a la colonialidad, elemento que si bien ha sido abordado por algunas perspectivas sociales (sobre todo desde la antropología jurídica), recién tiene mayor atención gracias a la teoría post y decolonial.



Elaboración propia

137 Nancy Fraser, "From discipline to flexibilization?" *Constellations*, 10 (2), 2003, 160-171.

138 Gilles Deleuze y Felix Guattari, *Anti-Oedipus: Capitalism and Schizophrenia*. Trans. Hurley, R., Seem, M., and Lane, H. (New York: Viking Press, 1977); Gilles Deleuze y Felix Guattari, *A thousand plateaus: Capitalism and Schizophrenia*. Trans. Massumi, B. (London - Minneapolis: University of Minnesota Press, 1987).

139 Michael Hardt y Antonio Negri, *Empire* (Massachusetts: Harvard University Press, 2000): 32. Hardt and Negri teorizan la noción de Imperio como un nuevo paradigma diferente a la idea de imperialismo capitalista. Este nuevo paradigma no se define en términos negativos (como el decline de los estados nación, la desregulación, etc.), sino en términos positivos, como un proceso de regulación global y dominio en el cual organismos públicos internacionales, agencias de finanzas y comercio internacional (IMF, WB, WTO) y corporaciones, todos son elementos de una suerte de constitución jurídico política supra nacional.

El poder entonces no solo es poder disciplinario y biopolítico, es poder arraigado en la colonialidad, por lo que el análisis de la agencia de aquellos que han sido objeto de poder debe trascender o repensar los marcos teóricos que minimizan este elemento, como aquellos de la contra-hegemonía y subalternidad. Los orígenes conceptuales de la *subalternidad* fueron propuestos por Gramsci, quien vio una relación orgánica de hegemonía entre el estado y la sociedad civil. La hegemonía es el ejercicio de la dominación a través de la legitimidad política antes que a través de la fuerza<sup>140</sup>: mientras que la fuerza es ejercida por instituciones represivas (la policía, las fuerzas armadas), el consentimiento es producido por instituciones tales como las escuelas, la iglesia o los medios de comunicación. En dicho contexto, los subalternos buscan pasar de la subalternidad hacia una nueva relación de dominación hegemónica a través del partido comunista<sup>141</sup>; o - en la apropiación de Gramsci por parte de Laclau and Mouffe<sup>142</sup>- a través de procesos de democracia radical. El Estado capitalista liberal es aquí una intermediación necesaria para lograr una nueva hegemonía. En contraste, el concepto de *autonomía* va más allá del antagonismo político entre hegemonía y subalternidad porque las relaciones hegemónicas no construyen a los sujetos, lo importante son los procesos de constitución de subjetividades alternativas<sup>143</sup>. Así, mientras los proyectos contra hegemónicos priorizan la construcción de ideas totalizantes para toda la sociedad y privilegia la lucha política y la participación dentro de las instituciones políticas y legales; los proyectos emancipatorios buscan subvertir la estructura política predominante mediante la priorización de la autonomía directa: "*la contra-hegemonía busca crear un poder alternativo, la emancipación busca eliminar las relaciones de poder*"<sup>144</sup>.

Desde la perspectiva decolonial la dicotomía subalternidad/contrahegemonía versus autonomía/emancipación es una cuestión más de estrategia que de verdad conceptual. Es decir, los subalternos a veces eligen el camino de la autonomía (luchas sociales fuera de marcos institucionales formales) o la contra-hegemonía (luchas sociales a través de los marcos institucionales, en particular, el sistema de partidos). Lo importante es observar cómo a través de cualquiera de estas dos opciones aquellos que han sido objeto de poder buscan re-imaginar los límites ontológicos y epistemológicos de lo político y lo jurídico<sup>145</sup>.

Para nosotros<sup>146</sup>, *lo político* es el espacio ontológico y epistemológico definido por la interacción entre *los procesos de política pública o policy* (o de gobernar), y *los procesos de política o politics* (las demandas sociales de los grupos organizados)<sup>147</sup>. Esto significa que *lo político* es definido por estos dos elementos: Primero, lo que está vigentemente regulado y administrado por la gobernanza nacional y global (*lo político* siempre tiene fronteras legales constituidas por *lo jurídico*); segundo, lo que es posible de lograr con demandas políticas o *politics*, sean estas institucionalizadas (partidos políticos, activismo judicial) o

140 Duncan Kennedy, "Antonio Gramsci and the Legal System". *ALSA Forum*, 6, 1982, 32 - 37.

141 Massimo Modonesi, *Subalternidad, Antagonismo, Autonomía. Marxismos y subjetivación política* (Buenos Aires: CLACSO, 2010).

142 Ernesto Laclau y Chantal Mouffe, *Hegemony and Socialist Strategy: Towards a Radical Democratic Politics*. 2nd ed. (London and New York: Verso, 2001).

143 Massimo Modonesi, *Subalternidad, Antagonismo...*

144 Raúl Ornelas, "Counterhegemonies and Emancipations: Notes for a Debate". *The South Atlantic Quarterly*, 111 (1), 2012, 145-164: p. 149. Holloway radicaliza el proyecto autonómico al criticar la pretensión de identificar una subjetividad política definida en la clase trabajadora frente al capital. Para él, la lucha de clases no es una lucha del trabajo contra el capital, sino del hacer contra el trabajo, una lucha contra toda construcción clasificatoria basada en el trabajo abstracto (John Holloway, *Change the World Without Taking Power: The Meaning of Revolution Today* (London: Pluto, 2002); John Holloway, *Crack capitalism* (London: Pluto, 2010).

145 Esta propuesta ya se encuentra en: Roger Merino, *The politics of indigenous self-determination. Extractive industries, state policies and territorial rights in the Peruvian Amazon*. Thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy. University of Bath, Department of Social and Policy Sciences (February, 2015).

146 Hay muchas perspectivas alrededor de la noción de *lo político*. Desde las ideas pioneras de Carl Schmitt's (Carl Schmitt, *The concept of the political*. Tras. George Schwab. Original: 1932 (Chicago: University of Chicago Press, 2007) sobre la definición de lo político como la distinción entre amigos y enemigos, hasta la perspectiva de Chantal Mouffe (Chantal Mouffe, *On the Political*. Abingdon and New York: Routledge, 2005) sobre lo político como el espacio para el desarrollo de relaciones políticas agonistas; o las reflexiones de Slavoj Žižek sobre la necesidad de re-politizar lo político (Jidith Butler, Ernesto Laclau, Slavoj Žižek, *Contingency, Hegemony, Universality: Contemporary Dialogues on the Left*. London-New York: Verso, 2000) o de Walter Dignolo sobre la descolonización del espacio político (Mignolo, W., *The Darker Side of Western Modernity: Global Futures, Decolonial Options*. Durham: Duke University Press, 2011).

147 Jacques Rancière, "Politics, Identification, and Subjectivization". *The Identity in Question*, 61, 1992, 58-64.

no (movilización social). Así, por un lado, el aspecto de política pública de *lo político* define instituciones y normas legales que establecen el espacio en el cual se pretende que *la política* se desarrolle. Por otro lado, *la política* expresa las prácticas que constantemente confrontan las políticas públicas y de esta manera reconfigura sus límites jurídicos (reformas institucionales), redefiniendo el espacio de *lo político*. Sin embargo, si bien es cierto *la política* siempre cuestiona los límites establecidos por *las políticas públicas*, haciendo que *lo político* sea flexible y dinámico, existe un límite ontológico y epistemológico implícito que define la imaginación política y sus fronteras legales, y que hace inviable discusiones más allá de esa imaginación. Una teoría crítica desde América Latina no solo debe cuestionar los límites de *lo político* y *lo jurídico*, sino también debería explorar esas dimensiones prohibidas para construir una nueva imaginación política y jurídica.

## 8. Notas conclusivas sobre la justicia y el poder en la teoría legal

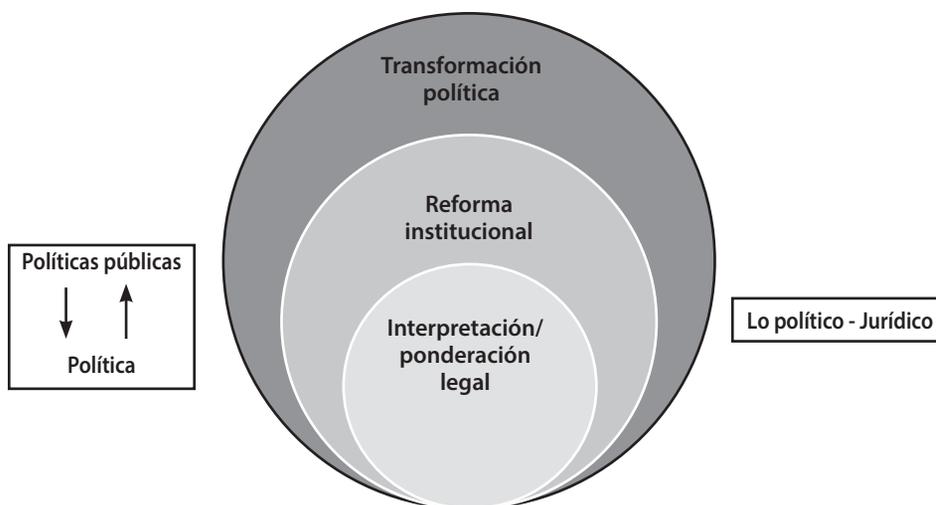
El objetivo de construir una nueva imaginación política y jurídica implica la búsqueda de una justicia más profunda en la sociedad. Las diferentes perspectivas legales sobre la justicia tienden a equiparar justicia con el acuerdo entre libres e iguales, o aquello que dispone la norma jurídica, o una ética trascendental, o aquello que maximiza en abstracto el bienestar de la colectividad o el bienestar individual. Estas diferentes perspectivas en realidad comprenden al Derecho con una visión subyacente de filosofía política, lo que les permite formular implícita o explícitamente una idea de justicia. Es pues el reino del poder, no de la ley, en donde puede encontrarse y discutirse el contenido y los límites de la justicia.

De esta forma, antes que con la eficiencia, la moral o principios trascendentales, la justicia tiene que ver con el poder, en específico, con la forma cómo el ejercicio del poder puede ser balanceado o transformado. Por ello, es justo aquello que logra el equilibrio de poder a través del reconocimiento y ejercicio de derechos para individuos, grupos o entidades en situación de vulnerabilidad, o a través de la redistribución económica que busque la equidad social, en ese sentido, *la justicia es equidad* en sentido material y contextual.

Esta búsqueda de equilibrio a veces implica tomar decisiones legales más liberales o más colectivistas, dependiendo de cada caso. También implica utilizar mecanismos institucionalizados o no institucionalizados, implica reinterpretar, rediseñar, repensar o reconstruir el marco legal y político vigente. En fin, la idea de justicia que formulo está en el Derecho y más allá de él, es principista pero también pragmática porque las urgencias de justicia van más allá de marcos teóricos trascendentales. Es decir, los requerimientos de justicia siempre *están en el Derecho y más allá del Derecho*, es preciso apropiarnos de la legalidad para hacer justicia concreta pero no se debe olvidar que los límites de lo jurídico y lo político deben disputarse si es que queremos alcanzar una justicia más profunda y genuina, que discuta abierta y democráticamente sobre los fundamentos mismos del actual orden social.<sup>148</sup> Es por ello que la teoría crítica del Derecho es en realidad una teoría crítica de la sociedad tendiente a la transformación de la imaginación política y jurídica. En efecto, la teoría crítica del Derecho no puede iniciar y terminar en la dimensión de la interpretación y ponderación legal o en la reforma institucional, sino que debe discutir analíticamente todas las dimensiones de la dinámica jurídico-social<sup>149</sup>.

148 Roger Merino, *Justicia Social y Economía en la Teoría del Derecho...*, 360 y sgts.

149 Roger Merino, *Justicia Social y Economía en la Teoría del Derecho...*, 363



Elaboración propia

Es importante señalar que ir más allá de *lo político/jurídico* no solo implica un proceso constituyente, sino reinterpretar las bases ontológicas y epistemológicas del orden social para plantear un nuevo espacio político con nuevas fronteras legales. Lo que es político y jurídico pretende ser estable e inimpugnable, pero por naturaleza es dinámico, inestable y disputable. Lo que en el pasado no era posible de discusión pública (a-político) hoy es objeto de debate y posibilidad de transformación. Reconocer el matrimonio igualitario para los grupos LGTBIQ, reconocer que los pueblos indígenas no son comunidades o minorías étnicas con derechos de propiedad sino naciones con derechos territoriales, por ejemplo, hace unas décadas estaba fuera de *lo político* y hoy son parte de un proceso de transformación política.

De esta forma, la teoría crítica del Derecho permite proponer un análisis más profundo que las diversas aproximaciones jurídicas que se enfocan en las dimensiones de interpretación /ponderación legal o reforma institucional (desde la dogmática legal o económica). Al enfocarse también en la dimensión de la transformación política, la teoría crítica legal muestra las intersecciones entre el Derecho, la Economía y la Política y cuestiona los fundamentos del actual orden social: el liberalismo, el capitalismo y la modernidad. El liberalismo y el capitalismo constituyen las bases regulatorias del orden social y el proyecto de la modernidad su base ontológica y epistemológica, que hace que estos elementos sean entendidos como universales, racionales y trascendentales. Al cuestionar cada uno de estos componentes del orden social puede observarse su lado oscuro: *la excepción* como lado oscuro del liberalismo, la explotación/ desposesión como lado oscuro del capitalismo y la *colonialidad* como lado oscuro de la modernidad<sup>150</sup>. Las diferentes perspectivas críticas se enfocan en algunos de estos elementos, pero si se pretende alcanzar todas las dimensiones de análisis y reformular nuestra imaginación político/jurídica es preciso formular una crítica comprehensiva de todos estos elementos.

Por otro lado, es preciso señalar que si bien el activismo judicial, interpretaciones audaces o reformas institucionales pueden concretizar algunos requerimientos de justicia, siempre es posible atravesar todas las dimensiones para alcanzar una justicia más profunda. Por ejemplo, en el caso de la justicia contractual, una primera reacción para proteger a los sujetos con débil poder de negociación en el mercado ha sido interpretaciones jurisdiccionales audaces en favor de la parte débil contractual, sin embargo, se ha requerido ir más allá a través de una serie de reformas institucionales (derechos especiales para los consumidores, mecanismos procedimentales específicos, etc.). No obstante, es posible

150 Roger Merino, "Critical Human Rights and Liberal Legality: Struggling for "The Right to Have Communal Rights"", *Philosophy Study*, Vol. 3, No. 3 (March 2013), 246-261.

observar también cómo la justicia contractual puede trascender estas dimensiones en un contexto de relaciones económicas y sociales cada vez más complejas. Así, es posible pensar en relaciones económicas donde la reciprocidad y no el antagonismo sea el principio orientador de las relaciones económicas. Por ejemplo, las grandes redes globales en las que se comparte información en línea, el software libre o el *copyleft* ponen a uno de los bienes más preciados del mundo contemporáneo, la información, fuera de la lógica individualista economicista y plantea nuevos mecanismos para la interacción económica y el bienestar colectivo<sup>151</sup>.

En materia de derechos de propiedad de los pueblos indígenas también puede observarse estas distintas dimensiones. Por un lado, reconocer como lo hizo la Corte Interamericana de Derechos Humanos que el “derecho humano” a la propiedad privada debe entenderse también para la “propiedad colectiva” de los pueblos indígenas, implica una interpretación y ponderación legal progresista<sup>152</sup>. Luego, reconocer que la propiedad colectiva requiere mecanismos de titulación y discutir sus alcances implica una reforma institucional. Pero reconocer que los pueblos indígenas son naciones con derecho al territorio implica más que una reforma incluso constitucional, implica replantear los fundamentos ontológicos y epistemológicos de la idea de nación misma<sup>153</sup>.

Similar análisis puede hacerse con respecto al tema general de los derechos humanos. Más allá de interpretaciones audaces tendientes a la protección del medio ambiente y las reformas institucionales para asegurar estándares de convivencia adecuados con el ambiente, la discusión sobre los derechos de la naturaleza cuestionan las fronteras de los paradigmas de la modernidad sobre la relación ser humano y entorno natural como una relación sujeto - objeto. Más allá de su reconocimiento constitucional en la Constitución de Ecuador del año 2008 y en recientes leyes de Bolivia, su completo reconocimiento implica un cambio en la forma de entender (epistemología) y ser (ontología) en el mundo<sup>154</sup>.

En fin, queda por explorar con más detalle cómo estos y otros temas transitan por cada una de las dimensiones de interpretación y ponderación legal, reforma institucional y transformación política hacia la búsqueda de una justicia más profunda. Ensanchar el entendimiento de *lo jurídico* para comprender estas dimensiones es el gran reto de la Teoría del Derecho, de tal forma que esta disciplina pueda convertirse en una herramienta para construir una sociedad más democrática y solidaria.

## 9. Bibliografía

Aguilar Gutiérrez, Antonio. 1955. La evolución del contrato. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, Año VIII, Num. 22: 27-49.

Almog, Shulamit y Amnon Reichman. 2004. Casablanca: Judgment and Dynamic Enclaves in Law and Cinema. *Osgoode Hall Law Journal*, 42 (2): 201-227.

Arendt, Hannah. 1973. *The Origins of Totalitarianism*. New York/London: Harvest Book.

Arneil, B. 1994. Trade, Plantations, and Property: John Locke and the Economic Defense of Colonialism, *Journal of the History of Ideas*, vol. 55, núm. 4: 591 - 609.

<sup>151</sup> Roger Merino, *Justicia Social y Economía en la Teoría del Derecho...*, 360 y sgts.

<sup>152</sup> Roger Merino, “Descolonizando los derechos de propiedad. Derechos indígenas comunales y el paradigma de la propiedad privada”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 141, Setiembre - Diciembre 2014.

<sup>153</sup> Roger Merino, “Law and politics of Indigenous self-determination: the meaning of the right to prior consultation”. *Indigenous Peoples and International Law* (Routledge, 2017) (forthcoming). Merino, Roger ¿Minorías o naciones? Discursos y políticas de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas”. *Revista Argumentos*, 8, n° 2 (Julio 2014). Disponible: [http://revistargumentos.org.pe/minorias\\_naciones.html](http://revistargumentos.org.pe/minorias_naciones.html).

<sup>154</sup> Roger Merino, “An alternative to ‘alternative development’? *Buen vivir* and human development in Andean countries”. *Oxford Development Studies*. Vol. 44, Issue 3 (August - October, 2016): 271-286. Merino, Roger The new politics of development in Latin America: The (dis)encounters of *Buen vivir* and the political economy. En Ismael Muñoz, Marcial Blondet y Gonzalo Gamio (eds.), *Ética, Agencia y Desarrollo Humano* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2017) (en prensa).

Balbus, Isaac. 1977. Commodity Form and Legal Form: An Essay on the "Relative Autonomy" of the Law, *Law & Society Review*, Vol. 11, No. 3 (Invierno): 571-588.

Banner, S. 2005. Why Terra Nullius? Anthropology and Property Law in Early Australia. *Law and History Review*, 23 (1): 95-131.

Becka, Thorsten, Asli Demirgüç-Kunta, Ross Levine. 2003. Law and finance: why does legal origin matter? *Journal of Comparative Economics*, Vol. 31, Issue. 4 (Diciembre): 653-675.

Becker Lorca, A. 2015. *Mestizo International Law. A Global Intellectual History 1842-1933*. London/New York: Cambridge University Press.

Berman, Harold J. 1986. The Religious Sources of General Contract Law: An Historical Perspective. *Journal of Law and Religion*, Vol. 4, No. 1: 103-124.

Berman, Paul. 2003. From International Law to Law and Globalization. *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 43: 485 - 500.

Bielefeldt, Heiner. 1998. Carl Schmitt's Critique of Liberalism: Systematic reconstruction and counter-criticism. *Carl Schmitt Critique of Liberalism*, David Dyzenhaus ed. Durham and London: Duke University Press.

Borch, Merete. 2001. "Rethinking the origins of Terra Nullius", *Australian Historical Studies*, vol. 117: 222 - 239.

Brown, Chris. 1997. Universal Human Rights: A Critique. *The International Journal of Human Rights* 1.2: 41-65.

Butler, J., Ernesto Laclau, Slavoj Žižek. 2000. *Contingency, Hegemony, Universality: Contemporary Dialogues on the Left*. London/New York: Verso.

Coase, Ronald. 1993. Law and Economics at Chicago. *The Journal of Law & Economics*, Vol. 36, No. 1 (April): 239-254.

Coing, Helmut. 1989. German "Pandektistik" in Its Relationship to the Former "Ius Commune". *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 37, No. 1 (Invierno): 9-15.

Colin, A. y Capitant, H. 1941. *Curso Elemental de Derecho Civil*. Trad. Demófilo de Buen. 2da. ed. Tomo I. Reus: Madrid.

Connolly, Kim. 2003. Elucidating the Elephant: Interdisciplinary Law School Classes, *Washington University Journal of Law and Policy*, vol. 11: 11-61.

Cotterrell, Roger. 1983. The Sociological Concept of Law, *Journal of Law and Society*, Vol. 10, No. 2 (Winter): 241-255.

Crenshaw, Kimberle, Gotanda, Neil, Peller, Gary, Kendall, Thomas eds. 1995. *Critical Race Theory*. New York: The New Press.

De los Mozos, José Luis. 1988. *Derecho Civil, Método, Sistemas y categorías jurídicas*. Madrid: Civitas.

Deleuze, G. and Guattari, F. 1987. *A thousand plateaus: Capitalism and Schizophrenia*. Trans. Massumi, B. London/Minneapolis: University of Minnesota Press.

\_\_\_\_\_. 1977. *Anti-Oedipus: Capitalism and Schizophrenia*. Trans. Hurley, R., Seem, M., and Lane, H. New York: Viking Press.

Derrida, Jacques. 1992. Force of Law: The "Mystical Foundation of Authority", *Deconstruction and the possibility of justice*, Drucilla Cornell, Michel Rosenfeld and David Gray Carlson eds. New York-London: Routledge.

Dodds, S. 1998. Justice and Indigenous Land Rights, *Inquiry: An Interdisciplinary Journal of Philosophy*, vol. 41, núm. 2: 187-205.

Domínguez Águila, Ramón. 1981. La autonomía privada, decadencia y renacimiento. *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*: 143-155.

Donnelly, Jack. 1984. Cultural Relativism and Universal Human Rights. *Human Rights Quarterly* 6.4: 400-19.

Dussel, Enrique. 1994. *1942 El encubrimiento del otro: hacia el origen del mito de la modernidad*. La Paz: Plural Editores - UMSA.

Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1978).

Dyzenhaus, David., Why Carl Schmitt? *Carl Schmitt Critique of Liberalism*, Dyzenhaus ed. (Durham and London: Duke University Press, 1998).

Eagleton, Terry, *Las ilusiones del Postmodernismo*, trad. Marcos Mayer (Buenos Aires: Paidós, 1997).

Engle Merry, Sally. 2003. From Law and Colonialism to Law and Globalization. *Law & social Inquiry*. Vol. 28, Issue 2, Abril: 569-590.

Enneccerus, Ludwing. 1953. *Derecho Civil Parte General*. 13eva revisión por Hans Nipperdey. Trad. de la 39ava ed. Vol. I. Barcelona: Bosch.

Esquirol, Jorge. 2009. Writing the Law of Latin America, *The George Washington International Law Review*, Vol. 40: 693-732.

Finnemore, Martha y Stephen Toope. 2001. Alternatives to "Legalization": Richer Views of Law and Politics. *International Organization*, Vol. 55, No. 3 (Verano), 743-758.

Foucault, Michael. 2008. *The Birth of Biopolitics. Lectures at the College de France 1978-1979*. Trad. Graham Burchell. New York: Palgrave McMillan

Foucault, Michael. 2001. *Power*, James Faubion ed. New York: The New Press, 2001

Fraser, Nancy. 2003. From discipline to flexibilization? *Constellations*, 10 (2), 160-171.

Friedman, Lawrence. 1986. The Law and Society Movement. *Stanford Law Review*, Vol. 38, No. 3, Febrero, 763-780

Fuller, Lon. 1949. Pashukanis and Vyshinsky: A Study in the Development of Marxian Legal Theory. *Michigan Law Review*, Vol. 47, No. 8, Junio, 1157-1166.

Garth, Bryant y Joyce Sterling. 1998. From Legal Realism to Law and Society: Reshaping Law for the Last Stages of the Social Activist State. *Law & Society Review*, Vol. 32, No. 2, 409-472.

Gilbert, Jérémie. 2006. *Peoples' land rights under International Law: from victims to actors*. Ardsley: Transnational Publishers.

Gordley, James. 2007. Morality and Contract: The Question of Paternalism, *William and Mary Law Review*, 48, 1733 - 1772.

Greenfield, Steve, Osborn, Guy and Robson, Peter. 2010. *Film and the Law: The Cinema of Justice*. Oxford: Hart Publishing, 2da edición.

Grosfoguel, Ramón. 2000. eds. *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos, Pontificia Universidad Javeriana.

Grossi, Paolo. 1996. *El orden jurídico medieval*. Trad. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Madrid: Marcial Pons.

Grosso, Giuseppe. 1950. *Il Problema dell' autonomia privata attraverso l'esperienza viva degli ordinamenti giuridici romani*. En: *Scritti Giuridici in onore di Francesco Carnelutti*. Padova: Cedam.

Habermas, Jürgen. 1987. *The Philosophical Discourse of Modernity: Twelve Lectures*. Trans. by Frederick Lawrence. Cambridge: Polity Press and Blackwell.

Haferkamp, Hans-Peter. 2008. The Science of Private Law and the State in Nineteenth Century Germany. *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 56, No. 3, 667-689.

Haldemann, Frank. 2005. Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law. *Ratio Juris* 18.2: 162-78.

Hardt, Michael y Antonio Negri. 2009. *Commonwealth*. Cambridge: Harvard University Press.

Hardt, Michael y Antonio Negri. 2000. *Empire*. Massachusetts: Harvard University Press.

Hayek, Friedrich. 1960. *The Constitution of Liberty*. Chicago: The University of Chicago Press.

Hespanha, A. 2012. Tomando la historia en serio: Los exégetas según ellos mismos. *Revista Forum*, Vol. 2, Nº. 3: 13-51.

Hinkelammert, F. 2004. The Hidden Logic of Modernity: Locke and the Inversion of Human Rights, *Worlds & Knowledges Otherwise* (Otoño), 1-27.

Hoeflich, M. H. 1986. Law & Geometry: Legal Science from Leibniz to Langdell, *The American Journal of Legal History*, Vol. 30, No. 2. Abril: 95-121.

Holloway, J. 2002. *Change the World Without Taking Power: The Meaning of Revolution Today*. London: Pluto

Holloway, J. 2010. *Crack capitalism*. London: Pluto.

Horkheimer, Max. 2003. *Teoría crítica*, tras. Edgardo Albizu y Carlos Luis. Buenos Aires-Madrid: Amorrortu.

Horwitz, Morton J. 1974. The Historical Foundations of Modern Contract Law, *Harvard Law Review*, Vol. 87, No. 5, Marzo: 917-956.

Howe, William. 1903. Roman and Civil Law in America, *Harvard Law Review*, Vol. 16, No. 5. Marzo, 342-358.

Howse, Robert, 1998. From Legitimacy to Dictatorship, and back again: Leo Strauss's Critique of the Anti-Liberalism of Carl Schmitt. *Carl Schmitt Critique of Liberalism*, ed. by David Dyzenhaus. Durham and London: Duke University Press.

Hutchinson, Allan y Patrick Monahan. 1984. Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought. *Stanford Law Review*, Vol. 36: 199-245.

Jolls, Christine, Cass Sunstein y Richard Thaler. 1998. A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, Vol. 50, No. 5, Mayo: 1471-1550.

Kairys, David ed. 1982. *The politics of law: a progressive critique*. New York: Pantheon Books.

Kennedy, Duncan. 1982. Antonio Gramsci and the Legal System. *ALSA Forum*, 6: 32-37.

Kennedy, Duncan. 2006. La crítica de los derechos en los Critical Legal Studies, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*: 47-90.

Kennedy, Duncan. 2004. Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought. *Hastings Law Journal*, 55 (5), 1031-76.

Kepros, Laurie. 2000. Queer Theory: Weed or Seed in the Garden of Legal Theory? *Law and Sexuality Review*, Vol 9: 279-310.

Kieran, Dolin. 2007. *A Critical Introduction to Law and Literature*. Cambridge: CUP.

La Torre, Massimo. 2006. Teorías institucionalistas del derecho (esbozo de una voz de enciclopedia), Trad. Javier Ansuátegui. *Derechos y Libertades*, Núm. 14 II, enero: 103-112.

Laclau, E. y C. Mouffe. 2001. *Hegemony and Socialist Strategy: Towards a Radical Democratic Politics*. 2nd ed. London and New York: Verso.

Lander, E. 1993. *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: Clacso.

Lesaffer, Randall, 2000. The Medieval Canon Law of Contract and Early Modern Treaty Law, *Journal of the History of International Law*, 2: 178-198

Longo, Carlo. 1935. *Corso di Diritto Romano. Fatti Giuridici, Negozio Giuridico, Atti Illeciti*. Milano: Giuffrè.

López de Silanes, Florencio, Rafael La Porta, Andrei Shleifer y Robert Vishny. 1998. Law and Finance. *Journal of Political Economy*, Vol. 106: 1113-1155.

López Medina, Diego. 2004. *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis.

Mayer, E. y G. Alberti. eds. 1974. *Reciprocidad e intercambio en los Andes Peruanos*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

McCormick, John. 2004. Identifying or exploiting the paradoxes of constitutional democracy? *An Introduction to Carl Schmitt Legality and Legitimacy*. En: Schmitt, Carl. *Legality and legitimacy*. Trans. Jeffrey Seitzer. Durham. North Carolina: Duke University Press.

McLoughlin, Daniel. 2009. In Force without Significance: Kantian Nihilism and Agamben's Critique of Law. *Law and Critique*, 20 (3), 245-57.

Merino Roger, 2016. An alternative to 'alternative development'? *Buen vivir* and human development in Andean countries. *Oxford Development Studies*. Vol. 44 Issue 3 (Agosto- Octubre)

Merino, Roger. 2014. ¿Minorías o naciones? Discursos y políticas de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas". *Revista Argumentos*, 8, n° 2, (Julio). Disponible: [http://revistargumentos.org.pe/minorias\\_naciones.html](http://revistargumentos.org.pe/minorias_naciones.html).

Merino, Roger. 2013. Critical Human Rights and Liberal Legality: Struggling for "The Right to Have Communal Rights". *Philosophy Study*, Vol. 3, No. 3, (Marzo): 246-261.

Merino, Roger. 2014. Descolonizando los derechos de propiedad. Derechos indígenas comunales y el paradigma de la propiedad privada. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 141, (Setiembre - Diciembre): 935-964.

Merino, Roger. 2016. *Justicia Social y Economía en la Teoría del Derecho. Las intersecciones entre el Derecho, la Economía y la Política*. Lima: Palestra Editores.

Merino, Roger. 2017. Law and politics of Indigenous self-determination: the meaning of the right to prior consultation. *Indigenous Peoples and International Law*. Routledge, (forthcoming).

Merino, Roger. 2015. *The politics of indigenous self-determination. Extractive industries, state policies and territorial rights in the Peruvian Amazon*. Thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy. University of Bath, Department of Social and Policy Sciences, February.

Merino, Roger. 2017. The new politics of development in Latin America: The (dis)encounters of *Buen vivir* and the political economy. En Ismael Muñoz, Marcial Blondet y Gonzalo Gamio (eds.), *Ética, Agencia y Desarrollo Humano*. Lima: Fondo Editorial PUCP, (en prensa).

Merryman, John. 1997. *La tradición jurídica romano canónica*. Trad. Carlos Sierra. México: Fondo de Cultura Económica.

Merryman, John. 1965. The Italian Style I: Doctrine, *Stanford Law Review*, Vol. 18, No. 2, (Noviembre), 39-65.

Merryman, John. 1977. Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline & Revival of the Law and Development Movement. *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 25, No. 3. (Verano): 457-491.

Miévillle, China. 2005. *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law*. Leiden and Boston: Brill.

Mignolo, Walter, 2011. *The Darker Side of Western Modernity: Global Futures, Decolonial Options*. Durham and London: Duke University Press.

Miles, Thomas y Cass Sunstein. 2008. The New Legal Realism Reviewed work. *The University of Chicago Law Review*, Vol. 75, No. 2, (Primavera): 831-851.

Mirow, M. C., 2001. Borrowing Private Law in Latin America: Andres Bello's Use of the Code Napoleon in Drafting the Chilean Civil Code. *Louisiana Law Review*, Vol. 61, Num. 2: 291-329.

Mirow, M. C. 2005. The Code Napoleon: Buried but ruling in Latin America. *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol 33: 179-194.

Mirow, M.C. 2000. The Power of Codification in Latin America: Simon Bolivar and the Code Napoleon, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Vol 8: 83-116.

Modonesi, M. 2010. *Subalternidad, Antagonismo, Autonomía. Marxismos y subjetivación política*. Buenos Aires: CLACSO.

Mosset Iturraspe, Jorge. 1996. *La publicización del Derecho Privado*, *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVI, N.º 3.

Mouffe, C. 2005. *On the Political*. Abingdon and New York: Routledge.

Mückenberger, Ulrich y Dieter Hart. 1983. La formación de los juristas y la función legitimadora de las categorías jurídicas. *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*. Trad. Carlos Lasarte, 2da ed. Madrid: Civitas.

Mullin, Neil. 1980. Pashukanis and the demise of law: an essay review, *Contemporary Crises*, 4: 433 - 438.

Nadler, Janice y Pam Mueller. 2017. Social Psychology and the Law. *The Oxford Handbook of Law and Economics*, Vol. 1, Francesco Parisi Ed. forthcoming. Disponible en: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2876868>

Nourse, Victoria y Gregory Shaffer. 2009. Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory? *Cornell Law Review* 95.1: 61-137.

Onazi, Oche. 2009. Towards a Subaltern Theory of Human Rights, *Global Jurist*, 9.2, 2009, 1-25.

Ornelas, R. 2012. Counterhegemonies and Emancipations: Notes for a Debate. *The South Atlantic Quarterly*, 111 (1): 145-164.

Pistor, Katharina, Martin Raiser y Stanislaw Gelfer. 2000. Law and Finance in Transition Economies. *Economics in Transition*. Vol. 8, Issue 2: 325-368.

Pollis, Adamantia. 2000. A New Universalism. *Human Rights: New Perspectives, New Realities*. Ed. Adamantia Pollis and Peter Schwab. Boulder: Lynne Rienner Publishers.

Posner, Richard. 1973. *Economic Analysis of Law*. Little Brown and Company.

Quijano, A. 2000. Coloniality of Power, Eurocentrism, and Latin America. *Nepantla: Views from South*, vol. 1, núm. 3: 533-580.

Rachlinski, Jeffrey. 2000. New Law and Psychology: A Reply to Critics, Skeptics, and Cautious Supporters, *Cornell Law Review*, 85 (3): 739-766.

Rahmatian, Andreas. 2007. Friedrich Carl von Savigny's Beruf and Volksgeistlehre, *The Journal of Legal History*, 28(1): 1-29.

Rajagopal, Balakrishnan. 2006. Counter-Hegemonic International Law: Rethinking Human Rights and Development as a Third World Strategy. *Third World Quarterly*, 27.5: 767-83.

Rancière, J. 1992. Politics, Identification, and Subjectivization. *The Identity in Question*, 61: 58-64.

Reichman, Amnon. 2008. The production of law (and cinema): preliminary comments on an emerging discourse. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Vol. 17: 457-508.

Reimann, Mathias. 1990. Nineteenth Century German Legal Science, *Boston College Law Review*, 31: 837-897.

Rhode, Deborah. 1990. Feminist Critical Theories. *Stanford Law Review*. Vol. 42, No. 3, Feb.: 617-638.

Riccobono, Salvatore. 1935. *Corso di Diritto Romano. Stipulationes Contractus Pacta*. Milano: Giuffrè.

Richard, Posner. 1987. The Law and Economics Movement. *The American Economic Review*, Vol. 77, No. 2, Mayo: 1-13.

Rivaya, Benjamín. 2009. Law and Cinema. *Rechtstheorie*, Vol. 40, No. 1: 125-147.

Rodríguez Garavito, César (coord.). 2011. *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Romano, Santi. 1983. *Frammenti di un Dizionario Giuridico*. Milajo, Giuffrè.

Santos, Boaventura de Sousa. 1987. Law: A Map of Misreading. Toward a Post-Modern Conception of Law, *Journal of Law and Society*, 14, 3, 279-302.

Santos, Boaventura de Sousa. 2007. *Another Knowledge is Possible: Beyond Northern Epistemologies*. London: Verso.

Santos, Boaventura de Sousa. 2002. Toward a Multicultural Conception of Human Rights. *Beyond Law*, 9:25: 9-32

Santos, Boaventura de Sousa. 2002. *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*. 2da ed. London: LexisNexis Butterworths.

Santos, BS. and Rodriguez, C. eds. 2005. *Law and Globalization from Below*. Cambridge - New York: Cambridge University Press.

Savatier, René. 1954. Destin du Code civil français. 1804-1954. *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 6 N°4. Octubre-diciembre: 637-664.

Schmitt, C., 2007. *The concept of the political*. Tras. George Schwab (Chicago: University of Chicago Press).

Schmitt, Carl. 2004. *Legality and legitimacy*. Trans. Jeffrey Seitzer. Durham, NC: Duke University Press.

Schmitt, Carl. 2005. *Political Theology, Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. Trans. George Schwab. Chicago: University of Chicago Press.

Silbey, Susan y Austin Sarat. 1987. Critical Traditions in Law and Society Research, *Law and Society Review*, 21 (1): 165-74

Snyder, Francis. 1980. Law and Development in the Light of Dependency Theory. *Law & Society Review*. Vol. 14, No. 3, Primavera: 723-804

Soleil, Sylvain. 2006. La formación del derecho francés como modelo jurídico Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. XXVIII: 387-398.

Southern, D. 1988. German legal ideas in the nineteenth and twentieth centuries, *The Liverpool Law Review*, Vol. X (1), 63-83.

Spivak, G. 1999, *A critique of postcolonial reason*. Cambridge - London: Harvard University Press.

Stammers, Neil. 1999. Social Movements and the Social Construction of Human Rights, *Human Rights Quarterly*, 21.4: 980-1008.

Stone, Alan, 1985. The Place of Law in the Marxian Structure-Superstructure Archetype, *Law & Society Review*, Vol. 19, No. 1: 39-68.

Strauss, Leo, 2007. Notes on Carl Schmitt, *The concept of the political*. Trans. George Schwab. Chicago: University of Chicago Press.

Suretsky, Harold. 1979. Search for a Theory: An Annotated Bibliography of Writings on the Relation of Law to Literature and the Humanities, *Rutgers Law Review*, 32: 727-740.

Tadros, V. 1998. Between Governance and Discipline: The Law and Michel Foucault. *Oxford Journal of Legal Studies*, 18 (1): 75-103.

Tamanaha, Brian. 1995. An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 15, No. 4, Invierno: 501-535.

Tamanaha, Brian. 1995. The Lessons of Law-and-Development Studies (Review). *The American Journal of International Law*, Vol. 89, No. 2, Abril: 470-486.

Teubner, Gunther. 1988. *Autopoietic Law: A new approach to law and society*. Berlin: European University Institute.

Torres, Julio Cesar. 1944. La intervención del Estado en el contrato. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Tomo 34: 1130-1135.

Trubek, David y Alvaro Santos eds. 2006. *The new law and economic development: A critical appraisal*. New York: Cambridge University Press.

Trubek, David. 1972. Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development. *The Yale Law Journal*, Volume 82, Num 1, November: 1-50.

Tully, J. 1994. "Aboriginal property and Western theory: recovering a middle ground", *Social Philosophy and Policy*, vol. 11: 153-180.

Villey, Michel. 1996. Grandeza y Decadencia del voluntarismo jurídico. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia*, Septiembre: 230-250.

Walby, K. 2007. Contributions to a Post-Sovereignist Understanding of Law: Foucault, Law as Governance, and Legal Pluralism. *Social & Legal Studies*, 16: 551-571.

West, Robin. 1985. Jurisprudence as Narrative: An Aesthetic Analysis of Modern Legal Theory, *New York University Law Review*, 60 (2): 145-200.

White, J.B. 1973. *The Legal Imagination. Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*. Boston: Little, Brown and Co.

Whitehead, Jason. 1999. From criticism to critique: preserving the radical potential of critical legal studies through a reexamination of Frankfurt School Critical Theory, *Florida State University Law Review*, Vol. 26: 701-742.

Zechenter, Elizabeth. 1997. In the Name of Culture: Cultural Relativism and the Abuse of the Individual. *Journal of Anthropological Research* 53.3: 319-47.