

“LA CONTROVERSIA POLÍTICA ES PARTE DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO”*

Entrevista a Duncan Kennedy**

Formado por un conjunto enormemente heterogéneo de autores que utilizan soportes teóricos y metodologías muy diversas, que se ocupan de una serie variadísima de problemas pertenecientes a múltiples campos de estudio, y que ofrecen soluciones dispares y muchas veces contradictorias entre sí, el movimiento Critical Legal Studies es una crítica de izquierda a la doctrina jurídica liberal que incorpora continuamente disciplinas consideradas distintas al Derecho, las cuales ponen al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y de los juristas. Esta diversidad atacada por sus críticos es, sin embargo, celebrada por los propios integrantes del movimiento como un logro, ya que busca desarrollarse en la diversidad sin proponer una teoría o un método “correcto”.

Aprovechando nuestra visita a la Universidad de Harvard, THEMIS-Revista de Derecho no podía dejar pasar la oportunidad de conversar con el fundador y portavoz del movimiento sobre temas vinculados a la educación legal y la ideología jurídica.

* La presente entrevista fue realizada –sobre la base de las preguntas preparadas por Jimena Aliaga Gamarra, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS– por Fernando de la Flor Koechlin, miembro de la Comisión de Financiamiento, e Iván Blume Moore, miembro de la Comisión de Contenido, quien tuvo a cargo la traducción.

** Profesor Carter de Filosofía del Derecho, Harvard Law School. Fundador del Movimiento Critical Legal Studies.

1. ¿Qué son los Critical Legal Studies?

Critical Legal Studies es un término que tiene, por lo menos, tres o cuatro significados diferentes. Primero, Critical Legal Studies fue un movimiento compuesto por profesores y estudiantes de Derecho desde finales de los setenta hasta comienzo de los noventa. El movimiento tenía dos objetivos: el primero era desarrollar una crítica de izquierda al funcionamiento de la legalidad en los Estados Unidos, incluyendo una crítica a la ideología jurídica; el segundo objetivo era reformar la educación legal. El movimiento se desintegró o desmoronó a principio de los noventa. Esto significa que fue uno de los movimientos académicos de izquierda más efectivo y duradero de los que surgieron en los sesenta.

Critical Legal Studies también alude a una escuela de pensamiento distinta del movimiento en sí. La escuela de pensamiento se plasma en artículos y actividades académicas de profesores de Derecho. Si bien ésta se inicia durante el período del movimiento, continúa hasta la fecha. Es una escuela de pensamiento minoritaria: el número de personas que actualmente se identifica con los Critical Legal Studies en los Estados Unidos asciende, quizás, a cincuenta, siendo la mayoría profesores de distintas facultades de Derecho. Aunque el número es pequeño, su influencia es mayor de la que se cree. Muchas ideas asociadas con el movimiento han sido adaptadas, en forma desradicalizada, por la corriente académica dominante o convencional; y en áreas como la del Derecho Internacional, Derecho Laboral y Derecho Comparado la escuela es activa y bastante influyente.

Uno puede entender a los Critical Legal Studies como un intento por combinar el pensamiento del realismo jurídico norteamericano con la teoría crítica europea, incluyendo al legado marxista, pero también al del estructuralismo y pos-estructuralismo. Es común que en los Estados Unidos se interprete a la escuela sólo como realismo jurídico o como Marxismo. En realidad, ha sido producto de un intento por lograr una nueva síntesis entre ideas pos-marxistas y pos-realistas con ideas estructuralistas y pos-estructuralistas.

Algunos de los temas fundamentales son los siguientes:

Primero, un fuerte énfasis en las lagunas, conflictos y ambigüedades en el ordenamiento jurídico positivo, elementos que hacen inevitable la libertad de interpretación extensiva. Así que aquí afirmaré que es

una radicalización de ideas tanto europeas como norteamericanas acerca de la inevitabilidad de las lagunas y conflictos, insistiendo en que existe mucho más indeterminación en el ordenamiento jurídico positivo de lo que reconoce la corriente dominante de pensadores del Derecho. Sin embargo, no se afirma que no exista algo como un resultado jurídicamente requerido. La insistencia es más bien que la existencia o inexistencia de una compulsión legal, se comprende mejor "fenomenológicamente". La experiencia de una compulsión o libertad interpretativa es una función de estrategia interpretativa así como del contexto jurídico (esto es, los materiales legales), en vez de una característica "objetiva" de la pregunta en cuestión. Intérpretes distintos experimentan libertad o restricción frente a las mismas preguntas dependiendo de qué tanto tiempo y habilidad le hayan dedicado a la pregunta, y también según sus propias predisposiciones. La experiencia de la restricción es tan real como la experiencia de libertad interpretativa, pero ninguna de ellas puede ser atribuida definitivamente a los materiales en sí ni por sí mismos. Ésta es una nueva, interesante y difícil posición en la teoría del Derecho. Si les interesa, pueden encontrar mucho más acerca de ella en el artículo que su revista gentilmente me tradujera y publicara diez años atrás¹.

La segunda de las ideas básicas es que las reglas positivas del Derecho Privado tienen un efecto distributivo significativo en el bienestar de los grupos en conflicto de la sociedad. En el Contexto del Derecho Civil, esto se entiende mejor como un ataque al entendimiento del ordenamiento jurídico como aquel en el cual existe un trasfondo de Derecho Privado neutral, y luego una capa de Derecho Público diseñada para lograr objetivos distributivos u objetivos relacionados con la justicia social. En este modelo tradicional, el Derecho Privado es un trasfondo neutral y después está el Derecho Público, el cual es una intervención en orden a cambiar resultados en una dirección socialmente deseable.

Una idea muy importante de los Critical Legal Studies es que las áreas del ordenamiento jurídico (el Derecho Privado de Contratos, Propiedad, Daños, Familia y Sucesiones) que generalmente se entienden, dentro de la cultura jurídica, como la expresión de principios generales incontrovertibles, en realidad implican decisiones políticas. Por ejemplo: el principio de libertad no explica muy bien el Derecho de Contratos, como tampoco el principio de culpa explica mucho del Derecho de responsabilidad civil. Debido a la indeterminación de los principios, el contenido de las

¹ Nota del traductor: Ver, KENNEDY, Duncan. "Notas sobre la historia de los Critical Legal Studies en los Estados Unidos". En: THEMIS-Revista de Derecho 25. 1993. p. 103.

reglas del Derecho Privado debe ser entendido como una serie de opciones o decisiones socialmente cuestionables. Esto sugiere que las reglas del Derecho Privado se entienden mejor como análogas a la intervención del Derecho Público, y que sus políticas pueden ser estudiadas incluyendo tanto sus efectos en la distribución de las cosas deseadas por los individuos, como la formación de identidades.

Una tercera idea importante es que los jueces y profesores de Derecho involucrados en la interpretación jurídica tienen la tendencia, primero, a encubrir o negar el grado de elección que existe en su práctica interpretativa y, segundo, a ignorar o negar las consecuencias distributivas o políticas de la elección entre las posibles interpretaciones. La práctica de los juristas, ya sean jueces o también académicos, produce un discurso de necesidad¹¹. Esto significa que el intérprete presenta su posición como necesaria dentro del contexto de las ciencias jurídicas, o quizás si fuera un modernista osado, dentro del contexto del *policy analysis*¹². Esto involucra una negación tanto del grado de elección como del significado político de la elección. Así, el discurso jurídico no es transparente, es en realidad un discurso de elección e intención política presentado como un discurso de necesidad interpretativa. Además, observamos que las elecciones interpretativas y la dirección del trabajo interpretativo de los juristas, particularmente en lo que concierne al Derecho Privado, tiende a ser “centrista” ya que apoya el *status quo* en contra de cualquier esfuerzo serio por la justicia social.

Un cuarto punto se ocupa de la lucha contemporánea sobre la viabilidad del Derecho Social. Éste era una rebelión en contra de la ciencia jurídica clásica del siglo XIX. Inicialmente fue metodológicamente anti-formalista y al mismo tiempo estaba comprometido con reformas legales sustantivas en Derecho Laboral, Derecho de Daños, Derecho de Propiedad, Derecho de Familia, Derecho Internacional, etc. El Derecho Social afirmaba la protección de las partes débiles y la transformación de la sociedad en dirección a la justicia social. Como tal, podía ser tanto de derecha –en un modo autoritario, normalmente católico– o de izquierda –en un modo social demócrata pero anti-marxista.

Hoy en día el Derecho Social se encuentra expuesto a una severa crítica debido a que fracasó en incorporar un sofisticado análisis económico de las formas en

que las protecciones sociales pueden ayudar o hacer daño a las personas que pretende proteger. El discurso del Derecho Social ha sido desigual al momento de enfrentar la pregunta de cuándo puede funcionar y cuándo no. A nivel mundial, los neoliberales han explotado esta debilidad y han desarrollado un argumento de derecha que plantea que las protecciones sociales son siempre y *a priori* dañinas tanto para los supuestos beneficiarios, como para la meta de lograr un crecimiento económico. Ésta ha sido la posición típica de la derecha libertaria que actualmente controla al gobierno de los Estados Unidos y las instituciones internacionales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Organización Mundial del Comercio. En el ámbito académico norteamericano, esta postura es afirmada por el análisis económico del Derecho de derecha, un elemento influyente dentro de la corriente dominante.

Los autores asociados a los Critical Legal Studies han atacado la posición neoliberal argumentando que el Derecho Social es, con frecuencia, muy efectivo protegiendo partes débiles y que no es ineficiente ni perjudicial para el crecimiento económico *a priori*. En lo referente a esto, hemos tratado de desarrollar un tipo de defensa analítica fuerte –frecuentemente apoyándonos en el análisis económico– que los defensores tradicionales del Derecho Social nunca lograron llevar a cabo. Aquí se puede interpretar nuestra actividad como un intento por apartarnos de la defensa indiscriminada del régimen del Derecho Social hacia un análisis más riguroso, que a la vez conlleva un ataque agudo sobre el sesgo y los errores de la crítica neoliberal sobre lo social.

2. George Priest, el profesor de Yale, visitó Lima el año pasado. Durante su visita THEMIS-Revista de Derecho tuvo la oportunidad de entrevistarle sobre diferentes aspectos vinculados al análisis económico del Derecho. En aquella oportunidad, ante la pregunta sobre las principales críticas formuladas a esa corriente, nos respondió: “... una crítica de izquierda fue planteada por un grupo denominado Critical Legal Studies (...) pero este movimiento fracasó porque no progresaron en la comprensión del sistema legal”¹. ¿Cuál es su opinión acerca de la afirmación del profesor Priest?

¹¹ Nota del Traductor: Kennedy se refiere a como se pretende hacer pensar que la adopción de reglas en el Derecho, brotan del razonamiento jurídico más que de la política y de la economía.

¹² Nota del Traductor: Justificaciones de carácter económico, social, y a veces incluso político o moral. Los docentes e investigadores americanos acentúan la necesidad de buscar, por detrás de las reglas impresas, los problemas subyacentes de política social y de administración práctica. De este modo, se aprende el Derecho como un instrumento que esta continuamente remodelando la sociedad y la economía americana.

¹ PRIEST, George. Entrevista. “Cuanto más Globalización tengamos más importante será el análisis económico del Derecho”. En: THEMIS-Revista de Derecho 49. 2004. p. 287.

Precisamente, George Priest es uno de los juristas del ala de derecha del análisis económico de Derecho que ha atacado al Derecho Social, y en su caso particular a la ley de protección al consumidor. Por supuesto, es absolutamente justo que un miembro de una escuela sostenga que los miembros de otra no contribuyeron al entendimiento del Derecho, pero hay algo interesante en su respuesta. Ustedes le preguntaron sobre las críticas realizadas al análisis económico del Derecho y es verdad que hay una serie de críticas de los Critical Legal Studies a la corriente dominante de análisis económico del Derecho en los Estados Unidos. Mas él no señaló que éstas no hubieran tenido éxito; lo que dijo fue que el movimiento fracasó. En ese sentido, debo señalar que las críticas más efectivas al análisis económico del Derecho han sido, de hecho, las críticas desarrolladas por los autores de los Critical Legal Studies durante los últimos veinte años. Ésa es una bibliografía extensa y, considero, muy apabullante.

La idea básica de nuestra crítica es que el objetivo de la eficiencia o “maximización de la riqueza”, como se encuentra definido particularmente por Kaldor-Hicks, es un criterio que no tiene sentido para la creación de normas. Es realmente inconcebible que un legislador o juez racional escoja qué normas promulgar o cómo interpretarlas en base al criterio de eficiencia, sin tener en cuenta las consecuencias en la distribución o en la identidad social o para los derechos. No obstante, ésa es su propuesta.

Segundo, la corriente dominante del análisis económico del Derecho opera con una concepción de eficiencia completamente estática. Por eso nunca, en toda su historia, lograron hacer una conexión plausible entre sus propuestas desregulatorias y el desarrollo económico. Ellos afirman estar profundamente interesados en el bienestar social agregado. Pero sus propuestas para eliminar las protecciones sociales, aun así fueran eficientes, que no lo son, en el mejor de los casos tendrían un impacto estático único en el bienestar, y podrían tener repercusiones dinámicas desastrosas a largo plazo. Lo que sus propuestas logran principalmente es agravar la desigualdad de ingreso, y no existe razón empírica o teórica alguna para creer que una mayor desigualdad aumente el crecimiento –de hecho, la experiencia de los tigres asiáticos prueba lo contrario. Esta crítica a la corriente dominante del análisis económico del Derecho en los Estados Unidos es, por el momento, más evidente en países del Tercer Mundo y Europa Occidental, que en los Estados

Unidos. Pueden encontrar estas críticas en mi página web en la Internet^{IV}. Escribí un artículo en el New Palgrave Dictionary of Law and Economics que contiene una elaborada bibliografía de críticas como estas. El análisis económico del Derecho tiene muy poca influencia fuera de los Estados Unidos, con la excepción de que es parte de las políticas de ajustes estructurales neoliberales promovidas por instituciones financieras internacionales para imponer estructuras económicas específicas en países del Tercer Mundo.

Entonces, ¿los Critical Legal Studies fracasaron? El movimiento en sí se desmoronó. Decir que ha fracasado es cierto en un sentido. Si uno es parte de un movimiento quiere que dure eternamente y crezca más y más y nunca muera. La mayoría de las personas que participaron del movimiento dirían algo como: “fue bueno mientras duró pero fue imposible que durara para siempre dadas sus divisiones políticas internas y los maltratos de la corriente dominante”. ¿Hemos contribuido a la teoría del Derecho o a su entendimiento? En realidad, pienso que los puntos que mencioné hace unos momentos como: la radicalización de la crítica a la indeterminación; el enfocar nuevamente la discusión hacia las consecuencias distributivas y la identidad en la interpretación jurídica; el desarrollo de una teoría sobre la manera en que la política influye en el Derecho sin reducir el Derecho a la política; reconocer la autonomía relativa y el contenido ideológico del Derecho como un fenómeno, en lugar de solamente tratarlo como una súper estructura, pero rechazando la pretensión liberal de su neutralidad. Estas ideas son las contribuciones básicas. Luego, el intento por crear una versión más efectiva del Derecho Social frente a la crítica de derecha... No deseo sonar como si estuviera a la defensiva, está en ustedes establecer, al revisar nuestro material, si es que en realidad hemos contribuido o no al Derecho.

3. En “Legal education as training for hierarchy”² usted afirma que el estudio del Derecho tiene un significado social que no es otro que el éxito. ¿Usted considera que los ideales sociales, progresistas que puedan haber tenido los alumnos en alguna etapa de sus vidas se pierden al encontrarse con un ambiente extremadamente competitivo?

En el contexto norteamericano, la educación legal funciona como medio, tanto para la formación de una

^{IV} Nota del traductor: Ver: <http://duncankennedy.net>.

² “Educación legal como preparación para la jerarquía”.

élite, como para la movilidad social. No son lo mismo. Existen muchos alumnos de Derecho que vienen de estratos modestos para los que la educación legal es un paso a la clase media, y existe otro sector del sistema de educación legal de élite que forma una élite profesional corporativa del Estado que se encuentra muy cerca a la riqueza y el poder. Estas son, en realidad, las diversas formas en que funciona el sistema. Una experiencia básica de la facultad de Derecho de ambos sectores es que el estudio del Derecho es desmoralizador para los alumnos que tienen aspiraciones y creencias progresivas sociales de izquierda.

Existen dos razones distintas para esto. Una es que la ideología de la profesión y el sistema altamente competitivo han sido diseñados para erradicar la política del sistema educativo. Aunque usted fuera un alumno muy comprometido con la política y piense que el Derecho está atado a la misma, al ingresar a la facultad descubrirá que pasará toda su vida estudiando cosas que el profesor le dice que no tienen mayor significado político, con excepción del curso de Derecho Constitucional, el cual todos saben que es muy político. La política se encuentra reclusa en un rincón mientras la gran mayoría del Derecho es planteado como meramente técnico y la atmósfera es una de intensa competencia y ansiedad. De ahí que no haya tiempo o autonomía para pensar políticamente en el tema.

La segunda razón es que en los Estados Unidos existe un número muy limitado de trabajos que permiten a alumnos progresistas llevar a cabo sus ideas progresistas^v del Derecho. Muchos estudiantes al ingresar a la facultad de Derecho piensan que van a ser instrumentos de la justicia social y descubren que tienen que tomar un trabajo que no tiene contenido social alguno. Tanto el sistema educativo como la experiencia del mercado de trabajo ejercen una influencia pacificadora y desmoralizadora sobre los estudiantes progresistas. Estos elementos crean fuertes motivos para reinterpretar sus planes de vida, para que se conviertan en simples abogados convencionales y eviten, así, el dolor y la desilusión de luchar contra el sistema.

4. ¿Cómo se pueden hacer clases políticamente activas sin adoctrinar al mismo tiempo a los alumnos?

Esta es una pregunta a la cual le he dedicado mucha atención en mi carrera como profesor de Derecho. La forma en que intento cumplir la meta de enseñar mi forma de ver al Derecho sin adoctrinar a mis alumnos es la siguiente: lo que trato de enseñarles es que la controversia política es parte del razonamiento jurídico. Lo que trato de hacer en mis clases es ayudar a los alumnos a que se den cuenta cómo elementos de razonamiento jurídico, aparentemente técnicos, son de izquierda, derecha o de centro. No les enseño que los argumentos de izquierda son los correctos y que los argumentos de derecha están equivocados. Es suficiente para mí lograr que los alumnos reconozcan que lo que aparece ante ellos como mera actividad profesional, tiene un contenido político implícito oculto, lo cual es controversial. Así, no estoy tratando de enseñarles que el razonamiento jurídico es intrínsecamente de derecha.

Lo que yo creo es que el razonamiento jurídico contiene argumentos de derecha y de izquierda, que son negados, ocultados o disfrazados. Evidentemente, ésta es también una posición política en sí misma. Sin embargo, creo que los estudiantes son perfectamente capaces de decidir por sí mismos lo que piensan al respecto. Es lo opuesto a lo que la mayoría de sus profesores les están enseñando, por lo que no temo que se sientan presionados o adoctrinados a aceptarla.

5. Robert Nozick², el reconocido filósofo de Harvard, esboza una tesis sociológica acerca de la razón por la cual los intelectuales tienden hacia la izquierda política y cuestionan el capitalismo. Él propone que el sistema educativo los acostumbra a recibir mayores recompensas, y les enseña que son los individuos más valiosos. Ello, los lleva a desarrollar un resentimiento hacia la sociedad, que distribuye recompensas y valora a los individuos de acuerdo a las preferencias del mercado. ¿Está usted de acuerdo con esta posición?

^v Nota del traductor: Kennedy se está refiriendo a alternativas como el despacho individual, el trabajo *pro bono*, abogados de asociaciones sin fines de lucro que defienden causas políticas o de interés público, abogados dedicados a prestar servicios gratuitos, abogados laboristas de sindicatos, etcétera.

² NOZICK, Robert. "¿Por qué los intelectuales se oponen al capitalismo?". En: THEMIS-Revista de Derecho 45. 2002. p.181.

No creo que sea posible brindar una explicación puramente sociológica al hecho que muchos intelectuales sean de izquierda, aunque también considero que existe un pequeño elemento de verdad en la posición de Nozick. Mi primera impresión es que los intelectuales en los Estados Unidos y otros países han sido de izquierda en el transcurso de los siglos XIX y XX, aun durante el período en el que el sistema universitario altamente meritocrático descrito por Nozick no existía. Esto parece ser un problema empírico para su idea.

Un segundo problema es que dentro de la intelectualidad, los científicos no son particularmente de izquierda. Son los intelectuales preocupados por

la política, la sociedad y la cultura los que se orientan en esa dirección. Yo veo esto como el proceso de reproducción de una tradición cultural crítica que se encuentra preocupada en ver al total de la gente, incluyendo al más pobre y al más oprimido, en vez del enfoque normal de la gente de clase media, que se preocupa sólo por ellos y sus vecinos. Esta tradición es más débil en los Estados Unidos que en muchos otros países y de hecho existen muchos intelectuales conservadores en los Estados Unidos. En mi opinión, cuando los intelectuales logran suficiente autonomía respecto de los negocios y del Estado como para poder expresar sus opiniones, ellos tienden a expresar opiniones de izquierda ya que creen, correctamente, que los sistemas son injustos.