



2 0 0 8



*Seminario
interdisciplinare sul
tema
Etica, economia e
diritto*

Genova, 12 dicembre 2008

Álvaro Núñez

**Ética, derecho, economía (y política):
la perspectiva crítica**

Introducción

Las relaciones entre derecho, ética y economía son tan profundas e intrincadas que pretender describir aquéllas en profundidad resulta una tarea que supera los objetivos de este trabajo. Además, los tres términos son tan ambiguos que las relaciones que se pueden establecer entre aquellos son incontables. Para los objetivos que aquí persigo es suficiente hacer las siguientes consideraciones introductorias: en primer lugar, parece poco discutible que el derecho codifica algún tipo de ética o moral, aunque es bastante discutible cuál sea ésta y su naturaleza. En segundo lugar, es frecuentemente aceptado que ninguna empresa colectiva o individual puede ser llevada a cabo si no garantizando un nivel mínimo de seguridad jurídica¹; es posible por tanto afirmar que el derecho constituye un factor de posibilidad de la actividad económica en cuanto garantiza la seguridad del uso y de la transmisión de la propiedad. En tercer lugar, si por economía entendemos la ciencia que estudia el comportamiento

¹ Laporta, F. J., *El imperio de la ley*, Trotta, Madrid, 2007.

humano como una relación entre los fines y los medios escasos susceptibles de usos alternativos², entonces toda jerarquización de estos fines implica necesariamente elecciones de carácter práctico o ético. En cuarto lugar, los últimos desarrollos de economía crítica han hecho evidente la importancia de los conceptos éticos – tales como pobreza o necesidades básicas – para la teoría económica³. En resumen, si aceptamos que la justicia es un concepto propio de la ética (y de la política), la definimos como la atribución de cargas y beneficios en una comunidad política, y aceptamos que el derecho consiste en la administración del uso de la fuerza legítima en tal comunidad, entonces estos elementos se presentan como parte de un todo.

El análisis económico del derecho – estudio del derecho mediante los instrumentos teóricos de la economía – ha gozado de una importante influencia en los últimos decenios entre los juristas⁴. No obstante, este tipo de análisis ha generado desde sus comienzos importantes resistencias teóricas entre juristas y filósofos políticos. Aquí me limitaré a señalar dos de las críticas más importantes que se han dirigido contra el análisis económico del derecho: en primer lugar, desde comienzos del siglo XX se ha criticado intensamente el modelo de individuo en el que se basa el análisis económico, esto es, el modelo del *homo economicus* según el cual las personas realizarían constantemente cálculos de maximización de la utilidad y/o del beneficio⁵. La crítica

² Esta es la famosa definición de economía de propuesta por Lionel Robbins [citada en Ortiz de Urbina, I. “El análisis económico del derecho ¿método útil o ideología nefasta?”, en (ed. Curtis, Ch.) *Observar la ley*, Trotta, Madrid, 2006, p. 324]

³ Probablemente el autor que ha hecho más popular el análisis ético de la economía ha sido Amartya Sen. Véase Sen, A. *On Ethics and Economics*, Blacwell, Oxford/Cambridge, 1996; Sen, A. y Nussbaum, M. *La calidad de vida*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

⁴ Chiassoni, P. *Law and economics: l'analisi economica del diritto negli Stati Uniti*, Giappichelli, Turín, 1992

⁵ Este es uno de los problemas más discutidos en teoría económica. Me limito a apuntar que la crítica al modelo del sujeto racional se sitúa en el centro de otras corrientes de pensamiento económico como el institucionalismo. Cfr. Barrotta, P y Raffaelli, T.



sería demoledora: los sujetos, simplemente, no responderían en la realidad a modelos de comportamiento racional tan exigentes. No obstante, este problema ha sido parcialmente salvado mediante dos estrategias: a) afirmando que la construcción de modelos conceptuales no debe medirse por su apego inmediato a la realidad, sino por su capacidad explicativa a largo plazo; b) sosteniendo que se trata de un modelo normativo en sentido débil o técnico, esto es, un análisis sobre cómo debería actuarse – sobre todo, como deberían actuar las instituciones – para que las instituciones jurídicas maximizaran la utilidad.

En segundo lugar, el análisis económico del derecho ha sido criticado también por presentarse como un análisis técnico y neutral, cuando en realidad sus instrumentos conceptuales estarían mediados por fuertes asunciones valorativas implícitas; es decir, el análisis económico estaría indisolublemente unido al *libertarianismo* (cuando no anarco-capitalismo⁶) que defendían los fundadores de la Escuela de Chicago⁷. Al menos en los primeros años del movimientos del *Law & Economics*, éste se presentó como una análisis técnico y neutral del derecho y que por tanto no estaría unido necesariamente con ninguna filosofía política⁸. Esto es, lo que aquí se está discutiendo es si los instrumentos de análisis de la economía permiten realizar un análisis neutral del derecho.

Quienes han criticado con mayor dureza este punto han sido sin duda los movimientos críticos del derecho. Según los críticos, antes que estudiar el derecho mediante instrumentos técnicos de maximización de la utilidad o del beneficio, sería necesario sacar a la luz las consecuencias económicas de las decisiones que toman los juristas y los presupuestos valorativos que subyacen a sus análisis. Utilidad, maximización, rendimiento, etc., – en el uso que hace el análisis económico del derecho – no serían para los

“Economia ded evoluzione sociale”, en *Epistemologia ed economia*, Utet, Turín, 1998.

⁶ Barberis, M., *Ética para juristas*, Trotta, Madrid, 2008, pp. 97 ss.

⁷ Véase Ortiz de Urbina, I., op. cit

⁸ Minda, G. “Law and Economics”, en *Teorie postmoderne del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 157 ss

críticos conceptos técnicos y neutrales, sino que traerían consigo una importante carga valorativa. Tomando como ejemplo el famoso estudio de los accidentes de Calabresi⁹, la idea de distribución del riesgo se fundaría – según los críticos – en la igualdad formal de los sujetos lo que produciría fuertes desigualdades económicas en la práctica: la capacidad de soportar el daño o para adjudicar los recursos necesarios para el control del riesgo no es igual para todos los individuos; adjudicar el riesgo sin tener en cuenta estas desigualdades reales aumenta las diferencias económicas entre los individuos. Así pues, cuando el estudioso del derecho afirma que la solución idónea es hacer recaer el riesgo en la persona que puede evitar en mayor medida el riesgo a menores costes, está presuponiendo una concreta idea de justicia – maximización del beneficio o de la utilidad, o “concepción capitalista de la justicia” en los términos de Posner – cuanto menos, bastante discutible.

Ahora bien, los movimientos críticos del derecho no limitan sus críticas al movimiento del *Law & Economics*. Según los críticos, los juristas – no sólo los militantes del análisis económico – tomarían a diario decisiones que tienen importantes consecuencias políticas, encubriendo sus decisiones no sólo como las mejores sino también como las únicas respuestas razonables, o incluso como la única respuesta posible. Lo que en concreto proponen los críticos a los juristas es tomar conciencia de que su actividad tiene inevitablemente consecuencias políticas¹⁰ y económicas, y actuar en consecuencia proponiendo interpretaciones más igualitaristas. Así pues, para la teoría crítica, los juristas deben asumir que sus descripciones del derecho positivo no son neutrales sino que cada acto de interpretación o aplicación del derecho tiene consecuencias políticas y, por tanto, también económicas. Para los críticos, en conclusión, derecho, ciencia jurídica, ética y economía no serían si no diferentes aspectos del mismo fenómeno: la (lucha) política.

⁹ Calabresi, G. *The cost of accidents. A Legal and Economic Analysis*, Yale, University Press, New Haven, 1970.

¹⁰ Esta tesis fue también defendida por Uberto Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico?*, Comunità, Milano, 1965.



La atención que se ha prestado a los movimientos críticos del derecho en Europa ha sido marginal. Ello se ha debido, al menos en parte, a lo sorprendente de algunas de sus tesis y a un aparato conceptual en ocasiones muy distante del empleado por los juristas. En el presente texto presentaré algunas de las tesis centrales de dos corrientes de estudios jurídicos que se auto-denominan como “críticas”. En concreto, expondré algunas de las más importantes tesis de los *Critical Legal Studies* norteamericanos (CLS) y de la Teoría Crítica argentina.

2. Tesis de los *Critical Legal Studies*

Toda síntesis de las posiciones de los *Critical Legal Studies* (CLS) estadounidenses, debido a la heterogeneidad del movimiento, corre el riesgo de ser parcial. Incluso hay autores que sugieren que la característica común más importante de los CLS es un «antagonismo compartido»¹¹. Con el objetivo de exponer más claramente sus tesis, me concentraré en la corriente central del movimiento: aquella desarrollada por Kennedy y Unger en Harvard¹². Presentaré en primer lugar las tesis de la indeterminación y la contradicción fundamental, para a continuación presentar algunas críticas al modelo de educación legal estadounidense.

2.1. Tesis de la indeterminación y de la contradicción fundamental. Probablemente la tesis más aceptada en Europa de los CLS es la tesis de la indeterminación jurídica del derecho, heredera de algunas tesis del realismo jurídico estadounidense de los años veinte y treinta. Ésta, en realidad, afirma algo bastante familiar a muchos teóricos del derecho europeos: de los mismos textos legislativos es posible derivar varias interpretaciones, incluso antinómicas, todas ellas igualmente válidas. Menos conocida, y aceptada, es aquella que según los CLS sería la causa de la indeterminación: «la

¹¹ Kornhauser, L. A. “The Great Image of Authority”, en *Stanford Law Review*, N°36, 1984. Citado por Minda, G. *Teorie postmoderne del diritto*, op. cit., p. 178.

¹² Aquí seguiré las reconstrucciones de las monografías más importantes escritas en España (Pérez Lledo, *El movimiento “Critical Legal Studies”*, op. cit.) y en Italia (Carrino, *Ideologia e coscienza. Critical Legal Studies*, op. cit.) sobre los CLS.

contradicción fundamental». Para los críticos norteamericanos la causa de la indeterminación del contenido del derecho sería una contradicción en los presupuestos de la ideología subyacente al ordenamiento jurídico norteamericano: el liberalismo.

La estrategia de los CLS consiste en identificar y analizar algunas parejas conceptuales que estructurarían el pensamiento jurídico. Roberto Unger ha identificado hasta seis contradicciones (o manifestaciones de la «contradicción fundamental»¹³), mientras que D. Kennedy la ha sintetizado en una sola: individualismo versus altruismo. Estas parejas conceptuales condensarían las contradicciones normativas y/o valorativas inherentes al ordenamiento jurídico estadounidense, reflejo del pensamiento jurídico, político, económico, social, e incluso psicológico y antropológico, del liberalismo. El problema del liberalismo consistiría en que los juristas no pueden determinar el contenido del derecho pues los principios que lo informan son contradictorios.

Esta tensión, sin embargo, no constituye un puro caos sin sentido; antes bien, los juristas más expertos serían capaces de prever con cierta fiabilidad qué van a decidir los tribunales. Ello se debería a que si bien dentro del liberalismo – ideología que Unger configura de manera tan amplia que en mi opinión abarcaría prácticamente todas las concepciones razonables del bien¹⁴ –, están presentes estas dos lógicas contrapuestas, la contradicción es frecuentemente resuelta en favor del individualismo. Es decir, la producción de soluciones jurídicas es previsible en cuanto en la mayoría de de ocasiones se privilegia el elemento individualista frente al altruista. Ahora bien, ello no implica que las soluciones de corte individualista sean necesarias ni, menos todavía, justas. Es más, es perfectamente posible crear soluciones jurídicas que pongan el acento en el otro aspecto (altruista) del liberalismo. De este modo, los CLS pretenden mostrar la no

¹³ Véase *Knowledge and Politics* (Free Press, 1975). Algunos fragmentos de las obras de Unger se encuentran en su página web <http://www.robertunger.com/>

¹⁴ Según Carrino, *Ideologia e coscienza*, op. cit. p. 61, Unger no identificaría liberalismo con modernidad, si bien no cabe duda de que su concepto de liberalismo es amplísimo.



necesidad de las soluciones cristalizadas por la práctica habitual de los juristas, su convencionalidad.

La contradicción, además de en el plano de los contenidos, se plasmaría también en la forma del ordenamiento. Según Kennedy, la regulación mediante reglas o estándares (principios) jurídicos reflejaría esta contradicción fundamental¹⁵: por un lado, las reglas plasmarían una tendencia por un derecho individualista de reglas aparentemente precisas que permiten perseguir el propio beneficio sin más límite que el impuesto por aquéllas; por el otro, los principios jurídicos ofrecerían una imagen del derecho más cercana a una jurisprudencia sociológica que toma en cuenta las condiciones particulares del caso, más atenta a la realidad social y a las implicaciones políticas de cada caso¹⁶. Además, esta “estética” de un derecho (preferentemente) mediante reglas generaría una (falsa) imagen del derecho como “científico”, perfectamente previsible, cuyas soluciones son consideradas producto necesario de un razonamiento jurídico neutral. Esta imagen del derecho como absolutamente preciso generaría, a su vez, una *forma mentis* (estructura profunda del pensamiento) en los juristas, una cultura jurídica hegemónica que presenta su actividad como autónoma y técnica, no política, incapacitando a los juristas para generar discursos alternativos y más igualitarios.

No obstante, ello no debe llevar a pensar que los CLS se aproximen a la concepción principialista de R. Dworkin. Antes bien, critican el formalismo subyacente de su concepción que, además de proponer un discurso de los derechos legitimante de las relaciones de poder, devolvería el discurso jurídico a la naturalidad y necesidad que los CLS

¹⁵ Esta tesis fue desarrollada por Kennedy en *Forma e sostanza nella giurisdizione del diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992. Kennedy escribió además un breve artículo del mismo nombre en el que resume sus propias tesis (“Forma y substancia en la adjudicación del derecho privado”), disponible en la página web del autor <http://duncankennedy.net/home.html>.

¹⁶ Merece la pena recordar cómo Letizia Gianformaggio señaló, de manera similar, una relación entre el derecho por principios y protección de los derechos de las mujeres. Cfr. Gianformaggio, L. “Eguaglianza e differenza: sono veramente incompatibili?”, en (ed. Facchi, Faralli y Pitch) *Eguaglianza, donne e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005.

quieren rechazar. Es precisamente contra la “domesticación” del discurso realista contra la que los CLS se revelan. Más en concreto, lo que rechazan es un *policy analysis* como productor de “buenas soluciones jurídicas”, denunciando cómo éstas no son necesarias (plano descriptivo) ni la mejor interpretación posible de las fuentes del derecho (plano normativo).

La vía de salida para este «bloqueo» pasaría por la «crítica total», por un «cambio de paradigma» en las relaciones entre sujeto y comunidad que resuelva estas aporías. Esta noción de Unger se asemeja a aquella de Kuhn de «revolución científica»: sólo una ruptura con los presupuestos (en este caso del liberalismo) permitiría superar esta situación, esta fractura entre comunidad e individuo, entre intereses particulares y colectivos. Ahora bien, cuando Unger comienza a construir sus propuestas de cambio resulta menos claro, y sus tesis no son compartidas por la mayoría de los miembros de los CLS. En este mismo sentido, algunos miembros de la corriente post-moderna (Balkin) han rechazado incluso la oportunidad de construir propuestas normativas.

2.2. *Educación legal estadounidense.* Los CLS han insistido en la crítica del modelo educativo de las facultades de Derecho estadounidenses. Su tesis principal es que la facultad es un lugar intensamente político donde se alecciona a los estudiantes en una cierta manera de entender el derecho. Los juristas adquirirían allí una “*forma mentis*”, una determinada percepción entorno al derecho y sobre cómo utilizarlo. Este operación ideológica convertiría a la mayoría de los estudiantes en potenciales abogados de empresa o de grandes despachos, poco comprometidos políticamente, cuando no simplemente ignorantes de la valencia política de su actividad jurídica.

Esta “*forma mentis*” no se transmitiría únicamente mediante la comunicación directa del profesor hacia los alumnos, sino también mediante la misma estructuración de los planes de estudio. Durante el primer año de carrera, los estudiantes estadounidenses de derecho deben cursar las materias obligatorias, asignaturas que son consideradas el núcleo duro de la carrera: derecho civil (contratos, daños y



derechos reales) y derecho penal. Colocar estas materias en el primer año, configurándolas, al contrario que aquéllas impartidas en los dos siguientes, como obligatorias, transmitiría a los estudiantes la idea de que la parte más importante del derecho, aquéllo que éste debe proteger, es la propiedad y la seguridad física. Y esta percepción de las funciones del derecho corresponde a la concepción liberal, pero sobre todo individualista, del Estado y de la justicia.

El método de enseñanza en estas materias sigue siendo – aunque con algunos importantes matices, como la introducción de guías para el estudio – el método Langdell¹⁷, estructurado mediante el estudio de un caso concreto y el diálogo (socrático) entre estudiantes y profesor. Lejos de ser una agradable conversación, en este tipo de clases someten a interrogatorio a un estudiante, ulteriormente asediado por sus propios compañeros cuando aquél se equivoca con el objetivo, según Kennedy¹⁸, de mejorar sus propias calificaciones. Por otro lado, los profesores se mostrarían abiertos a las sugerencias de los estudiantes en los casos problemáticos, dejando incluso entrever sus propias preferencias políticas; pero cuando lo que se discute es un caso fácil, la posición del profesor se vuelve más rígida y, antes que discutir, el profesor intenta que los alumnos lleguen a la conclusión correcta, es decir, a la suya. Esto es precisamente lo que critican los CLS: los casos (considerados) fáciles no son en absoluto fáciles (políticamente), sino que únicamente son la cristalización de una decisión previa que es asumida y transmitida acríticamente a los estudiantes. «El derecho es política», también en los casos fáciles.

Lo que proponen los CLS consiste, por el contrario, en la profundización de la «contradicción fundamental», en un estudio dogmático-crítico del derecho que no prescinda de los instrumentos con los que se ha estudiado tradicionalmente el derecho pero que saque a la luz los presupuestos

¹⁷ Para un resumen de la historia de la educación legal en Estados Unidos véase, por ejemplo, Merico-Stephens, Ana María, “Notas sobre historia de la enseñanza del derecho en Estados Unidos”, en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, N°7, Madrid, 2004.

¹⁸ Kennedy, D., “La educación legal como educación para la jerarquía”, en *Desde otra mirada*, Eudeba, Buenos Aires, 2001

valorativos del razonamiento. Ello permitiría percibir su contingencia, creando de este modo la base necesaria desde la que generar respuestas jurídicas alternativas. La propuesta normativa de ciencia jurídica de los CLS anima a los juristas a hacer explícitas las implicaciones ético-políticas del razonamiento jurídico, debatiendo en cada caso el fondo de estas cuestiones y generando soluciones jurídicas alternativas. La facultad de derecho debe politizarse, convirtiéndose en un lugar privilegiado de lucha por el cambio social.

Cabría no obstante preguntarse, ¿constituye esto realmente un modelo de ciencia jurídica, o se trata más bien de un modelo de “activista político”? Lo que probablemente respondería un miembro de los CLS es que la pregunta no tiene demasiado sentido: todo jurista es un activista político, consciente o inconscientemente. Sin embargo, este modelo es fuertemente dependiente de la premisa según la cual la principal función de la ciencia jurídica (de los juristas en general, y de los dogmáticos del derecho en particular), debe ser cambiar la sociedad, influyendo en las decisiones de los tribunales; conocer el derecho vigente es relegado a tarea secundaria. Además, concediendo (no aceptando), que la principal función de la ciencia jurídica deba ser influir en las decisiones de los tribunales (y por esta vía cambiar la sociedad), la confianza que ponen los CLS en las reconstrucciones alternativas del derecho me parece exagerada, por lo menos para los exigentes objetivos políticos que persiguen. Esto es, aunque es indudable que la ciencia jurídica podría realizar interpretaciones de diferente signo político del discurso del legislador – y de este modo influir notablemente en las interpretaciones acogidas por los tribunales – las tesis de los CLS no son meramente reformistas, sino bastante radicales. Las esperanzas depositadas aquí me parecen simplemente excesivas.

En conclusión, creo que se puede aceptar las tesis escépticas según la cual el derecho está plagado de indeterminaciones, que la mayoría de ellas se resuelven en un determinado sentido (podríamos decir, en favor del «individualismo posesivo»), y que existe un cierto espacio para cambiar la sociedad mediante interpretaciones más



progresistas del derecho. El modelo normativo de ciencia jurídica de los CLS puede ser criticado por las siguientes razones: a) por atribuir a la dogmática jurídica como función principal modificar el derecho. En efecto, la ciencia jurídica tiene un amplio margen de maniobra a la hora de interpretar las disposiciones legislativas, pero no creo que sea conveniente reducir la dogmática jurídica a la continuación de la política por otros medios; b) los CLS ponen demasiadas esperanzas en la capacidad que tienen los juristas de cambiar la sociedad. El proyecto político de los CLS no parece en absoluto moderado sino que propone modificar la sociedad de forma tan radical que los instrumentos de los que dispone la dogmática jurídica parecen francamente insuficientes.

3. Teoría crítica argentina¹⁹

El movimiento argentino se caracteriza por ser un movimiento filosófico-jurídico con importantes intereses en la teoría social y política. Su tesis de partida afirma que el derecho es un fenómeno que no puede ser entendido al margen del resto de la realidad social. En su teoría social han tenido una fuerte influencia el pensamiento marxista a través de la relectura gramsciana y althusseriana, las sociologías críticas de Frankfurt (Adorno, Horkheimer y Marcuse) y foucoltiana, pero también la teoría de sistemas de Luhmann y la teoría de acción comunicativa de Habermas y Apel. Gracias a la figura de Marí, además de la teoría social, los críticos argentinos han introducido categorías psicoanalíticas en el estudio del derecho²⁰.

3.1. Ideología. Según la teoría crítica argentina, el concepto de ideología sería una de las herramientas más poderosas para dar cuenta de las relaciones de poder que el derecho instaura. Pero, ¿en qué sentido es ideológico el derecho? Es posible distinguir al menos tres diferentes conceptos de

¹⁹ Esta corriente, como ya dicho, se auto-denomina como crítica. Me parece importante recordar como Martino, al final de extenso artículo dedicado a la filosofía del derecho argentina, califica a estos autores como “corriente materialista”. Cfr. Martino, A., “La scuola analitica di Buenos Aires”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1977.

²⁰ Marí, E. “Diferentes modos de acceso a la articulación entre derecho y psicoanálisis”, en (Courtis, Ch.) *Desde otra mirada*, op. cit.

ideología en la teoría crítica argentina: a) en primer lugar, un concepto neutral de ideología, que consistiría simplemente en un conjunto de enunciados normativos y/o valorativos. En este primer sentido el derecho sería ideológico en cuanto positiviza una determinada concepción normativa del bien y/o de la justicia; b) un concepto negativo, de corte claramente marxista (o al menos de la vulgata marxista), como falsa conciencia, como visión deformadora de la realidad que impide apreciar la realidad; c) finalmente, un concepto de ideología emparentado fuertemente con aquél gramsciano de hegemonía, según el cual la ideología antes que deformar la realidad, lo que haría sería conformarla, crear una determinada manera de pensar.

Los dos conceptos más importantes para la teoría crítica argentina han sido los dos primeros. Durante los comienzos del movimiento predomina el concepto negativo de ideología, de origen claramente marxista. No obstante, la multiplicación de las dictaduras en América latina, la supresión de las garantías de los derechos fundamentales y de los procedimientos democráticos, hacen que sus posiciones se moderen y vuelvan a tomar en cuenta el concepto neutral de ideología. Es decir, pasan de una posición marxista ortodoxa a posiciones más matizadas; en este sentido, según Cárcova²¹, el derecho cumpliría una «función paradójica» en cuanto no funciona sólo como instrumento de dominación social, sino que también puede ser (y ha sido) un instrumento de liberación, de garantía de la libertad y de la igualdad.

No obstante, esta constatación no hace del derecho un instrumento neutral, disponible para cualquier poder independientemente de su proyecto político. Antes bien, el derecho sería necesariamente ideológico en sentido negativo por dos razones: en primer lugar, porque todo poder necesita de la ocultación como condición de existencia²², y han sido precisamente los juristas quienes se han encargado de maquillar la ilegitimidad del poder y de justificar la violencia

²¹ Cárcova, C., *La opacidad del derecho*, Trotta, Madrid, 1998, cap. I.

²² Esta tesis, que puede parecer excesivamente crítica, en realidad ya fue avanzada por Maquiavelo (*arcana imperii*), y fue retomada también por Bobbio. Véase Bobbio, N., “La democrazia e il potere invisibile”, en *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1995.



pura ejercida por el soberano mediante elaboradas construcciones conceptuales, ocultando la verdadera naturaleza del poder. En segundo lugar, el discurso jurídico es ideológico porque es opaco, esto es, porque su comprensión está reservada sólo a unos pocos, a una élite que tiene la formación necesaria para administrar el poder soberano. Según los críticos, el lenguaje del legislador no determinaría por sí mismo el contenido del derecho, razón por la cual debe ser administrado y completado por los juristas; ahora bien, esta administración o uso requiere el conocimiento de ficciones y criterios de interpretación accesibles sólo a una élite restringida. Dicho con otras palabras, para utilizar el derecho no basta con conocer el discurso de las fuentes, sino que es necesario poseer una serie de conocimientos para operar con aquél. Prueba de ello es que el propio ordenamiento prevé normas (secundarias) sobre quién puede decir el derecho, clausurando así su indeterminación. Así pues, el derecho sería un discurso ideológico, según los críticos, porque no es claro, porque su conocimiento implica una serie de reglas desconocidas para los no iniciados.

Por otro lado, es necesario distinguir entre los diferentes “discursos jurídicos”, esto es, entre el lenguaje de las fuentes del derecho (legislador y jurisprudencia) y los diferentes usos que de éste se hace (jurisprudencia, ciencia jurídica, ciudadanía). Comenzando por el discurso del legislador, éste sería ideológico porque, como ya se dijo, implica la positivización de una serie de premisas normativas (sentido neutro)²³. Pero el legislador puede ser también ideológico por las siguientes razones: a) porque exista una diferencia de ideologías entre normas de diferente rango jerárquico (por ejemplo, entre constitución y ley), y las normas inferiores frustren la consecución de los objetivos de la norma superior (sentido neutro); b) porque las normas describan de manera sesgada ciertas realidades, es decir, cuando el legislador asume como situación de hecho premisas falsas o ideológicas (sentido negativo); por ejemplo,

²³ En lo que sigue me basaré en el análisis de Courtis en “Detrás de la ley. Lineamientos de análisis ideológico del derecho”, en (ed. Ch. Courtis) *Observar la ley*, Trotta, Madrid, 2006.

cuando el Código Civil español exigía la autorización del marido para que las mujeres pudieran realizar determinados actos jurídicos, se basaba en una descripción de aquéllas como seres “naturalmente incapaces”; c) cuando el legislador conscientemente concede derechos de papel para generar un efecto placebo entre los destinatarios (sentido negativo).

En segundo lugar, también el discurso de los jueces puede ser ideológico en los siguientes sentidos: a) porque si entre discurso del legislador y normas jurídicas media necesariamente la interpretación, y esta no es concebida como una operación meramente mecánica, entonces aquéllos eligen entre diversos significados (normas) posibles (sentido neutro); b) además de poder derivar diferentes normas de un mismo enunciado legislativo, los jueces en ocasiones deben elegir qué norma aplicar entre dos normas igualmente válidas (sentido neutro); c) los jueces pueden además frustrar la aplicación de normas; por ejemplo, baste recordar las resistencias de la Corte de Casación italiana de posguerra que se resistió a aplicar la constitución (sentido negativo); d) cuando los jueces presentan sus propias decisiones como derivaciones técnicas, necesarias, e incluso naturales, del ordenamiento jurídico (sentido negativo).

De la ciencia jurídica, siempre según los críticos, podría afirmarse que es una actividad ideológica en el mismo sentido que aquélla de los jueces. Pero además, como ya se dijo, la ciencia jurídica también sería ideológica, por un lado, en cuanto administra las técnicas necesarias para conocer el contenido del derecho; y por el otro, en cuanto legitima el poder, ocultando las injusticias en que éste se funda. En conclusión, los diferentes discursos jurídicos serían ideológicos tanto porque transmiten unas determinadas preferencias normativas, cuanto porque encubren ciertas operaciones como naturales y necesarias.

3.2. *Una dogmática conscientemente política.* En un reciente artículo²⁴, Christian Courtis y Alberto Bovino (C&B) han presentado algunas interesantes tesis, desde una perspectiva crítica, sobre teoría de la ciencia jurídica. La primera parte

²⁴ Bovino, A y Courtis, Ch., “Por una dogmática conscientemente comprometida”, en *Desde otro mirada*, op. cit.



del artículo está dedicada a discutir algunas tesis de Carlos S. Nino, mientras que en la segunda los autores presentan un modelo descriptivo y otro normativo de ciencia jurídica. En lo que sigue trataré de reconstruir el modelo de ciencia jurídica ofrecido por estos autores.

Las críticas que dirigen C&B contra Nino son fundamentalmente dos²⁵: por un lado, critican la tesis de la aceptación dogmática del derecho por parte de los estudiosos del derecho positivo; y por el otro, las tesis de Nino sobre la modificación del ordenamiento por parte de los dogmáticos. Contra la tesis de la aceptación dogmática, C&B sostienen que la indeterminación del derecho hace insostenible la tesis de Nino pues «la determinación de cuál es el contenido del derecho positivo [es] requisito previo a la “adhesión dogmática al derecho positivo”»²⁶. Sin embargo, el contenido del derecho estaría fuertemente indeterminado tanto por razones lingüísticas (semánticas y pragmáticas) como lógicas. Por tanto, según C&B, no tendría sentido afirmar que los juristas aceptan el derecho si no pueden conocer su contenido. Ahora bien, no parece que C&B contemplen la posibilidad de una aceptación de las normas con base en su fuente – lo que se ha llamado positivismo ético – y no en su contenido, lo que implica un importante defecto de sus tesis.

La segunda crítica de C&B rechaza la tesis de Nino según la cual los dogmáticos, cuando reformulan el ordenamiento, lo modifican. El argumento tiene aparentemente bastante fuerza: si no es posible determinar objetiva y neutralmente el contenido del derecho, entonces carece de sentido afirmar que los dogmáticos modifican el derecho. Esto es, si los juristas deben interpretar las fuentes del derecho, y ello implica “añadir algo propio”, entonces *siempre* “manipulan” el derecho, por lo que la afirmación sería exagerada. Por otro lado, C&B rechazan también la tesis de Nino según la cual «los criterios interpretativos de la dogmática son de invención exclusiva de la dogmática»,

²⁵ En concreto se basan en Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática jurídica)*, UNAM, México, 1989 (texto íntegro en internet <http://www.bibliojuridica.org/>), y, Id. *Algunos modelos metodológicos de “ciencia jurídica”*, Fontamara, México, 1993.

²⁶ C&B, “Por una dogmática...”, op. cit., p. 194.

afirmando que, en cualquier caso, la dogmática debe vincular sus propuestas en el derecho positivo, por lo que la afirmación debe ser cuanto menos matizada. Es decir, las respuestas de los dogmáticos siempre se basarían en derecho, por lo que no se inventarían nada.

Me parece que aquí se da una importante tensión entre la tesis de la indeterminación del contenido del derecho y aquella según la cual los dogmáticos no “inventan nada” pues todas las soluciones jurídicas derivarían del ordenamiento. En efecto, los dogmáticos justifican en los modernos estados constitucionales sus opiniones con base en las fuentes escritas del derecho. Ahora bien, los juristas realizan interpretaciones de los textos legales que implican necesariamente la elección entre diversos significados; los dogmáticos, en este sentido, sí “inventarían” pues eligen entre los diversos significados posibles de las disposiciones legislativas, ofreciendo una de las varias reconstrucciones posibles como interpretación del contenido del derecho.

Frente al modelo de Nino, C&B proponen un modelo descriptivo «no ingenuo» de ciencia jurídica. Sus tesis principales pueden ser resumidas del siguiente modo:

a) la dogmática jurídica tiene un carácter esencialmente práctico, es decir, su función es generar respuestas a problemas jurídicos, y su objetivo es orientar e influir sobre las decisiones judiciales;

b) el discurso dogmático depende del contexto en el que se elabora, y en este sentido, la dogmática analizaría únicamente cuestiones problemáticas, lo que depende exclusivamente de la consideración que del problema tengan la jurisprudencia y los propios dogmáticos;

c) si bien detrás de cada solución existe un conflicto de valores subyacente, los dogmáticos no siempre discuten sobre valores, aunque los debates dogmáticos de mayor calidad se producen precisamente en este ámbito;

d) cuando los juristas discuten sobre valores, en realidad lo hacen sobre las diferentes interpretaciones posibles de los principios internos al propio ordenamiento.

C&B añaden a éstas una tesis polémica ulterior: el discurso dogmático no influye tanto como normalmente se ha



creído en las decisiones judiciales. De hecho, influye poco. Y si se considera que la función principal de la dogmática jurídica es, precisamente, guiar las decisiones judiciales, entonces la cuestión adquiere cierta gravedad. Según estos autores, el discurso judicial sería «el resultado final de un proceso de lucha en el cual intervienen elementos jurídicos y extra-jurídicos que operan dentro y fuera del tribunal, dirigidos a la defensa estratégica de los intereses en el conflicto»²⁷. La decisión judicial dependería, según C&B, en gran medida de factores extra-jurídicos que la dogmática de cuño kelseniano no tendría en consideración tales como los sentimientos morales de los jueces, las presiones políticas que reciben o los prejuicios de los propios magistrados. La dogmática, por tanto, estaría ensimismada en debates poco reales e interesantes sobre interpretaciones de las fuentes que poco tienen que ver con la aplicación del derecho por parte de los tribunales.

Además de este modelo descriptivo de ciencia jurídica, C&B proponen un programa normativo de ciencia jurídica crítica de carácter marcadamente sociológico. Antes que una ciencia pura del derecho que se ocupe sólo de proposiciones y enunciados normativos, C&B proponen una aproximación al fenómeno jurídico que señale los condicionamientos que influyen en los magistrados a la hora de resolver los casos particulares. Ahora bien, este conocimiento sobre los condicionamientos judiciales no parece responder en C&B a una pretensión puramente cognitiva. Dicho con otras palabras, este modelo normativo de ciencia jurídica no pretende simplemente aumentar nuestro conocimiento sobre el funcionamiento de los tribunales, sino que debe ser empleado por los dogmáticos, según C&B, para la resolución de problemas prácticos. Se trata pues de un conocimiento de carácter técnico que sirve (debe servir) para resolver problemas jurídicos.

«El reconocimiento de esas condiciones [aquéllas que condicionan las resoluciones judiciales] supone al menos la apertura de la

²⁷ Abramovich, V., “El complejo de Rock Hudson”, en *No Hay Derecho*, Nº4, Buenos Aires, 1991, p.10. Citado por C&B en “Por una dogmática...”, op. cit., p. 214.

dogmática a una orientación sociológica, capaz de revelar las propias dificultades de concreción. El surgimiento del derecho laboral resulta un caso paradigmático del intento de realizar la promesa incumplida del derecho civil de posibilitar las relaciones contractuales entre personas libre e iguales. Sólo a partir del reconocimiento de ciertos condicionamientos materiales que impedían esas relaciones en las *condiciones garantizadas legalmente* pudo desarrollarse una rama jurídica fundada en principios que incorporaron las condiciones de aplicación del derecho a las relaciones laborales para disminuir la desigualdad material de los contratantes. El surgimiento de una dogmática crítica, orientada a señalar la inadecuación de las categorías jurídicas [...] *para ajustarse a un cierto ideal de justicia*, llevó a la construcción de técnicas y categorías teóricas – finalmente convertidas en categorías teóricas – *estructuradas íntegramente a partir de la consideración de esos condicionamientos externos*»²⁸.

Así pues este modelo normativo de ciencia jurídica “crítica” pretende describir mejor cómo funcionan los tribunales no – o no sólo – para aumentar el conocimiento sobre las prácticas de los tribunales, sino para elaborar categorías dogmáticas que permitan superar estos condicionamientos con el objetivo de satisfacer un determinado ideal de justicia. En este mismo sentido, es posible encontrar algunos interesantes paralelismos entre el modelo normativo propuesto por C&B y el concepto de crítica interna del derecho de Luigi Ferrajoli²⁹. Según este autor, sería función de la ciencia jurídica sugerir a los poderes públicos adoptar las garantías necesarias para la protección eficaz de los derechos fundamentales. Y ésta parece ser precisamente la función que C&B le encomiendan a la dogmática jurídica crítica: conocer los obstáculos que impiden la satisfacción de ciertas «*condiciones garantizadas legalmente*», que parecen derivar de un «*cierto ideal de justicia*», creando las categorías dogmáticas necesarias (en sentido técnico) para satisfacer dicho ideal, capaces de superar los «*condicionamientos externos*» que supeditan las decisiones judiciales. Dicho una vez más con otras palabras: crear una dogmática jurídica (técnica) que propone los medios idóneos – esto es, capaces de superar los condicionamientos que determinan (ilegítimamente) las

²⁸ C&B “Por una dogmática...”, op. cit., pp. 219-220 (cursiva mía).

²⁹ Ferrajoli, L., “El derecho como sistema de garantías”, en *Derechos y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.



decisiones judiciales – para realizar una determinada idea de justicia (que deriva del ordenamiento).

Este modelo de «ciencia jurídica crítica» debe afrontar algunos importantes problemas. En primer lugar, tengo ciertas dudas sobre la mayor capacidad de influencia que tendría una ciencia jurídica que denunciara dichos condicionamientos; esto es, no termino de entender cómo un mayor conocimiento de los condicionamientos extra-jurídicos que determinan las decisiones judiciales puede servir para influir en mayor medida sobre aquéllas. En segundo lugar, su modelo normativo de «ciencia jurídica crítica» genera algunos importantes problemas en relación con sus tesis descriptivas: en nuestros ordenamientos no está codificado un sólo ideal de «justicia» – o al menos los principios ético-políticos codificados en las modernas constituciones permiten un número no infinito pero sí alto de posibles reconstrucciones –, sino varios, y C&B no nos dicen sobre cuál de ellos debe construir la dogmática sus soluciones técnicamente idóneas para superar los condicionamientos extra-normativos. Es decir, C&B pasan de defender la indeterminación del contenido del derecho, a una dogmática que (re-)conoce «un ideal de justicia» y pretende influir lo más posible en las decisiones judiciales con el objetivo de satisfacer dicho ideal.

Aquí se abren dos posibilidades para la interpretación de esta propuesta de ciencia jurídica crítica o conscientemente política: a) como la construcción de una teoría de la estrategia persuasiva que tenga en cuenta los condicionamientos extra-normativos de la jurisprudencia para conseguir satisfacer cualquier interpretación dogmática del derecho, es decir, satisfacer cualquier «ideal de justicia» (aquél de C&B, pero también el ideal de justicia de un libertarianista o de un reaccionario); b) como satisfacción de *un* determinado ideal de justicia que se puede derivar de las fuentes del derecho. No creo que C&B estén proponiendo un modelo de dogmática simplemente más persuasiva; antes bien, parece que la segunda opción, que denuncia la distancia entre los ideales (supuestamente) plasmados en el derecho (críticos y/o de izquierda) y la práctica real del derecho, proponiendo los medios idóneos para reducir dicha distancia,

es la preferida por estos autores. Pero ¿qué ideal de justicia?, ¿cuáles condiciones garantizadas legalmente?, ¿cómo derivamos de dichas condiciones un ideal de justicia? La tarea que C&B recomiendan a la ciencia jurídica contradice su tesis de la indeterminación normativa pues presupone conocimiento sobre el contenido del derecho que se deriva de las fuentes de mayor grado jerárquico. El problema de este modelo es que presupone ciertas tesis cognitivistas en torno al contenido del derecho positivo que C&B habían descartado en el modelo descriptivo «no ingenuo».

4. Conclusión

Me parece que es posible derivar algunas características generales sobre los modelos de ciencia jurídica que proponen los movimientos críticos del derecho.

En el plano descriptivo, los dos movimientos críticos aquí analizados afirman que el contenido del derecho es indeterminado: los estadounidenses debido a la «contradicción fundamental»; los argentinos por razones lingüísticas, tanto semánticas como pragmáticas, y lógicas. Ello haría que la dogmática jurídica se convierta necesariamente en una actividad política: el paso de las fuentes del derecho a las normas jurídicas está necesariamente mediado por las valoraciones de los intérpretes.

La conclusión que derivan estos movimientos críticos para su modelo normativo de ciencia jurídica podría formularse de este modo: dado que hacer dogmática implica necesariamente juicios de valor, los juristas deben tomar conciencia de las consecuencias políticas y económicas de su actividad, y deben por tanto – dado que tienen el margen de maniobra necesario para hacerlo – proponer soluciones normativas más justas. La función principal de la dogmática debe ser hacer del mundo un lugar más justo.

Tres son al menos las dificultades con las que se enfrenta, en mi opinión, este modelo normativo de ciencia jurídica:

a) deja de lado el conocimiento del derecho válido y vigente aplicado por los tribunales, lo que me parece criticable. Es posible preguntarse quién debería, si no la dogmática jurídica, conservar este conocimiento sin duda



importante. Es decir, si bien puede ser bueno que los juristas propongan nuevas interpretaciones de los textos legales, también lo es que conozcan el derecho realmente aplicado por los tribunales. La ciencia jurídica debe cumplir también una función cognitiva porque saber si «ejerciendo el derecho a la desobediencia civil, [un sujeto] se arriesga o no a acabar en la cárcel»³⁰ resulta importante;

b) las esperanzas que se depositan en la capacidad de la dogmática jurídica para cambiar el derecho me parecen excesivas. La dogmática jurídica tiene desde luego un importante margen de maniobra a la hora de interpretar el derecho y generar importantes cambios en los ámbitos jurídico y político-social. Ahora bien, el modelo político que anima a los movimientos críticos no es en absoluto moderado, y dudo mucho que el poder político no reaccionaría frente a interpretaciones tan progresistas y/o radicales como las sugeridas por los movimientos críticos.

c) ¿realmente es legítimo configurar la dogmática jurídica como una continuación de la política por otros medios? Luigi Ferrajoli, autor en absoluto sospechoso de ser un conservador en el plano político, ha señalado la inoportunidad de configurar la ciencia jurídica como una segunda instancia democrática. Su propuesta, por el contrario, es de una ciencia jurídica «antiliberal»³¹; esto es, si bien el autor reconoce que la actividad dogmática está mediada por valores, los juristas deberían intentar determinar, aunque no sólo, qué ha establecido el legislador (en sentido amplio): la verdad jurídica. Las propuestas de ciencia jurídica crítica que invitan al jurista a intentar modificar las interpretaciones acogidas por la sociedad y por los tribunales, si bien pueden tener a su favor importantes razones materiales de fondo, cargan con un importante déficit de legitimidad al convertirse en una ulterior instancia de decisión no justificada.

³⁰ Cfr. Bobbio, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992.

³¹ Ferrajoli, L. “La formación y el uso de los conceptos en la ciencia jurídica y en la aplicación de la ley”, en *Epistemología jurídica y garantismo*, op. cit., p. 83.