

LE MOUVEMENT DES CRITICAL LEGAL STUDIES. DE LA MODERNITÉ À LA POSTMODERNITÉ EN THÉORIE DU DROIT

Guillermo HIERREZUELO CONDE

Resumen: Unger descubre en el Derecho natural unos principios universales, a la vez que revolucionarios, que trascienden de los valores humanos. En base a estos principios, rechaza el formalismo jurídico y la doctrina en la que se fundamenta. Clare Dalton, representante de los Critical Legal Studies (CLS), defiende la deconstrucción del propio contrato. En otro orden de cosas, Gerald Frug se postula como contrario a la burocracia y, en consecuencia, a los sistemas burocráticos, en la medida en que representan una forma de organización social no democrática. Girardeau A. Spann propone el veto legislativo como mecanismo de usurpación del poder que no se está ejerciendo de forma correcta. Singer valora la objetividad como único camino para alcanzar la verdad. De esta forma, propone la neutralidad del Derecho. John Leubsdorf se manifiesta contrario a la deconstrucción de cualquier Constitución. Joseph William Singer analiza el debate de los Derechos jurídicos en la Teoría del Derecho analítico desde Bentham a Hohfeld (pp. 173-256). En realidad, Hohfeld distingue, en concreto, la existencia de ocho Derechos jurídicos fundamentales. Derechos, privilegios, poderes, inmunidades, ausencia de derechos, deberes, incapacidades y responsabilidades. Además, establece una clara diferenciación entre Derecho y privilegio, por lo que ha recibido muchas y duras críticas. Hohfeld entiende que las libertades pueden legítimamente entrar en conflicto, ya que las libertades no están vinculadas necesariamente a los Derechos. J. Bentham hace un planteamiento analítico, distinguiendo entre leyes permisivas y leyes coercitivas. Henry Terry distingue entre Derechos “correspondientes” y “Derechos protegidos”. Los teóricos tradicionales abogan por la neutralidad del Derecho, y también hay que tener en cuenta la relación que existe entre los conceptos de determinación, de objetividad y de neutralidad. El máximo exponente de la deconstrucción está representado en la figura de Jacques Derrida, que entiende que una traducción perfectamente puede recoger el sentido del texto original. Su obra más relevante es *De la grammatologie*. Por otro lado, Ferdinand de Saussure distingue entre la lengua, el sistema de reglas lingüísticas de segundo plano y la palabra. Balkin considera que “las lecturas deconstructivas de textos jurídicos pueden ser una herramienta de análisis tanto para la derecha como para la izquierda” (p. 378). John Leubsdorf, al analizar la deconstrucción de la Constitución de los Estados Unidos de América, valora que la misma no solo contiene compromisos, sino también ambigüedades. En su Preámbulo utiliza verbos de acción y de creación: formar, establecer, hacer, reinar, poder, desarrollar, asegurar o decretar. Martha Minow analiza la sesión 1986 de la Corte Suprema, y destaca que la sociedad americana es heterogénea, y que su sistema jurídico en el siglo XIX únicamente reconoce tres razas: la blanca, la negra y la india.

Palabras clave: Teoría del Derecho, Derecho, Sociedad, Modernidad, Postmodernidad, Critical Legal Studies, Jack N. Rakove, Martha Minow, Law and Society Review, Girardeau A. Spann.

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Guillermo Hierrezuelo Conde (Diciembre 2017 - Marzo 2018): «LE MOUVEMENT DES CRITICAL LEGAL STUDIES. DE LA MODERNITÉ À LA POSTMODERNITÉ EN THÉORIE DU DROIT», en Revista crítica de Historia Laborales y de la Política Social, n. 11 (Diciembre 2017 - Marzo 2018).

La conjunción entre Derecho y Sociedad se han ido conformando a mediados de los años 60 del siglo XX. En efecto, la reunión de la Asociación Americana de Sociología en agosto de 1964 y la aparición de la revista Law and Society Review, en 1966 se configuran como hitos relevantes. Sin duda, el Derecho se presenta como un fenómeno cultural que solo se comprende a la luz de la historia intelectual, y que no hace más que reflejar la voluntad soberana de una sociedad. Por otro lado, la filosofía política antigua se inscribe en lo que Leibniz llama la filosofía perenne, que describe un mundo impersonal e inmutable, en el que las categorías permanecen estables y no cambian (p. 26). Unger señala las tres concepciones del Derecho: como una costumbre; si bien con el transcurso del tiempo ha llegado a producirse una separación entre el Estado y la sociedad, fruto de la necesidad de que el Derecho adquiriera un carácter auténtico y público; pero también ha sido considerado como un sistema de orden jurídico, es decir, un sistema de Derecho positivo, público y autónomo (pp. 30-31). Finalmente, Unger descubre en el Derecho natural unos principios universales, al mismo tiempo que revolucionarios, que trascienden los valores puramente humanos. De esta forma, surge el Estado de bienestar, que se fundamenta en los valores sociales. En su pensamiento Unger rechaza el formalismo jurídico y la doctrina en la que se fundamenta. Los trabajos metodológicos han sido continuados por autores de la talla intelectual de Gordon, William W. Fischer III o Jack N. Rakove, en el Simposium celebrado en 1997 en Stanford. Uno de los máximos representantes de los Critical Legal Studies (CLS) es Clare Dalton, que defiende la deconstrucción del contrato (pp. 72-77), y que aboga por la “cohabitación marital” en la medida en que se trata de un contrato (p. 73). Por otro lado, Gerald Frug se manifiesta radicalmente en contra de la creciente burocracia y, en consecuencia, de los sistemas burocráticos, que en realidad son una forma de organización social no democrática. En otro orden de cosas, Girardeau A. Spann propone el veto legislativo como mecanismo para usurpar el poder judicial cuando esté ausente (pp. 82-87). Duncan Kennedy se adhiere al ideal mínimo de Estado de Derecho, que se opone al propio “imperio de la Ley” (rule of law), de carácter más rígido y formal. Por otro lado, Singer considera que un buen medio de transición hacia su objeto de estudio es la objetividad, lo que le lleva al estudio de “criterios racionales” y de “estándares objetivos”, con la finalidad de alcanzar la verdad. De esta forma, y siguiendo la estela de los teóricos de Derecho tradicionales pretende que el Derecho sea y deba ser neutro.

En el pensamiento postmoderno destacan personajes de la talla intelectual de Gary Peller o Jack Balkin (pp. 127-146). Este último apela a la “significación intersubjetiva”, o al

“desarrollo histórico” como forma de instituir una nueva deconstrucción. En efecto, Balkin compara la práctica de la deconstrucción a la del psicoanálisis. Sin embargo, John Leubsdorf se opone a la deconstrucción de cualquier Constitución, que define como la “lectura de un texto para dilucidar los conflictos internos, las contradicciones y las incertidumbres que disimulan su apariencia de orden” (p. 146). Esta es la concepción que aplica, a modo de ejemplo, la Constitución de los Estados Unidos de América. De esta forma, la Constitución se presenta como un texto que recoge miles de voces “inferiores” y “superiores”.

En el artículo de Joseph William Singer se analiza el debate de los Derechos jurídicos en la Teoría del Derecho analítico desde Bentham a Hohfeld (pp. 173-256). El modelo del Estado de Derecho liberal describe el sistema jurídico en términos derivados de la teoría del contrato social. El principal debate de la Teoría del Derecho analítica se centra en la definición de los Derechos jurídicos y las libertades jurídicas. Hohfeld identifica ocho Derechos jurídicos fundamentales: cuatro a título primario: derechos, privilegios, poderes e inmunidades; y sus opuestos: ausencia de derechos, deberes, incapacidades y responsabilidades (pp. 183-184). Los Derechos jurídicos, a juicio de Hohfeld, no son más que ventajas que el Estado confiere a los individuos. Una de las principales preocupaciones que está presente en Hohfeld es la diferenciación entre un Derecho y un privilegio. Sin embargo, los críticos de este autor pretenden que los Derechos se tienen que deducir lógicamente de los privilegios, ya que conferir una libertad jurídica necesariamente implicaría establecer deberes a los demás. Sin embargo, Hohfeld sostiene que las libertades pueden legítimamente entrar en conflicto, ya que las libertades no acompañan necesariamente a los Derechos. Jeremy Bentham es el autor de la primera obra anglo-americana de la Teoría del Derecho analítico (*Of Laws in General*, 1782), donde explica con detalle las relaciones entre Derechos y libertades escritas desde una óptica analítica antes que lo hiciera Henry Terry en su Tratado de 1884. Además, el esquema analítico que ofrece Bentham es una versión distinta a la metateoría de John Stuart Mill. En efecto, Bentham, distingue entre leyes permisivas y leyes coercitivas, si bien de ambas se derivan Derechos jurídicos. John Austin reconoce la existencia de “libertades”, que no son otra cosa que la ausencia de deberes jurídicos. Singer entiende que el estatuto de las libertades que configura Austin es algo distinto al de Bentham (p. 207). Sin embargo, al igual que Bentham afirma que las libertades políticas y civiles existen raramente sin las obligaciones jurídicas que les corresponden. Otra cuestión es la referente al “damnum absque injuria” (pérdida sin daño), que siempre se ha presentado como una anomalía para los esquemas clásicos (pp. 222-252). En su *Principles of Law* (1875) Henry Terry trata de forma amplia la cuestión del damnum absque injuria. De hecho, Terry está considerado como el primero de los juristas analíticos que estudia el problema del damnum absque injuria y lo hace desde una perspectiva totalmente nueva. Terry admite que el citado damnum se inflige por el ejercicio de una libertad jurídica y lo considera como una anomalía o caso especial. Además, distingue entre Derechos “correspondientes” y los Derechos “protegidos”. Pero John Salmond se presenta como el primer jurista analítico en establecer un esquema analítico que describe claramente el damnum absque injuria (pp. 238-246). Wesley Hohfeld fundamenta su sistema analítico sobre el sistema anterior de Salmond (pp. 246-256). Por otro lado, los opositores de Hohfeld clarificaron las relaciones entre los Derechos y las libertades. En realidad, la carga de Hohfeld contra la relación entre Derechos y libertades representa un modelo de crítica que ha sido utilizado por otros juristas realistas como ataque generalizado contra toda una serie de errores conceptualistas (p. 255). En

efecto, la crítica hohfeldiana al sistema clásico demuestra que los Derechos jurídicos encuentran su justificación en una teoría jurídica y política contradictoria.

Singer también escribe sobre el nihilismo y la Teoría del Derecho (pp. 257-332). Algunos autores han llegado a manifestar que el nihilismo tiene tanto un componente epistemológico como otro moral. Desde el punto de vista moral, el nihilismo pretende valorar toda acción como buena o mala. Aunque las teorías de Derecho tradicional reconocen el carácter inevitable y deseable de una cierta indeterminación, aunque no arbitrariedad, al mismo tiempo exigen que el reino del Derecho tenga la connotación de la determinación. Pero esta determinación debe ser global, coherente y directiva. En efecto, en la medida en que las decisiones jurídicas sean previsibles, podrán explicarse por la cultura jurídica. Además, aunque la cuestión de la objetividad está unida a la de la determinación, también difiere de ella. En otro orden de cosas, hay que señalar que el consenso racional es el procedimiento de decisión más utilizado entre los teóricos del Derecho tradicionales que pretenden establecer una base objetiva para las reglas jurídicas. Este consenso es una base necesaria para la sociedad liberal, aunque los propios teóricos del consenso reconocen que el mismo es insuficiente para el gobierno y el Derecho, incorporando un segundo fundamento para la Teoría del Derecho: la razón. Además, los teóricos tradicionales pretenden que el Derecho sea y deba ser neutro. Hay que señalar las relaciones que existen entre los conceptos de determinación, de objetividad y de neutralidad. J. M. Balkin escribe sobre la práctica deconstructiva y la Teoría del Derecho (pp. 333-378). En el mismo analiza el pensamiento de Jacques Derrida y la interpretación de los textos, conocida como deconstrucción. Las técnicas de deconstrucción establecen un nuevo tipo de estrategia interpretativa y una crítica de las interpretaciones convencionales de textos jurídicos (p. 334). En efecto, Derrida considera que hoy día es una banalidad sugerir que una traducción jamás pueda recoger perfectamente el sentido del original (p. 335). Otro ejemplo de deconstrucción aparece en la obra del lingüista suizo Ferdinand de Saussure, que distingue entre la lengua, el sistema de reglas lingüísticas de segundo plano y la propia palabra. Además, la práctica deconstructiva presenta menos interés para los juristas que para los filósofos. De hecho, el Derecho es una empresa mucho más pragmática que la filosofía. La obra más conocida sobre la deconstrucción y el tratamiento de la escritura y la palabra es la de Derrida, titulada *De la grammatologie*. Considera que la palabra, al igual que la escritura, puede ser poco clara e incluso ambigua, y además que la palabra se presenta como significado de un pensamiento. Otro representante de la Teoría del Derecho y con una reputación como deconstructor es el británico P. S. Atiyah. La deconstrucción, por su propia naturaleza, se presenta como una herramienta analítica y no sintética. Balkin valora que «las lecturas deconstructivas de textos jurídicos pueden ser una herramienta de análisis tanto para la derecha como para la izquierda» (p. 378).

Otra cuestión que trata Balkin es la controvertida importancia de la nota a pie de página (pp. 379-428). En este artículo escribe sobre la importancia del Derecho y de la Literatura. En realidad, tanto la escritura jurídica como la literaria tienen una semiótica similar que podría ser utilizada tanto en los contextos jurídicos como en los literarios. Además, los recursos en los escritos jurídicos a las figuras como la metáfora o la metonimia no son casuales. En concreto en la nota a pie de página (footnote) habría que analizar la importancia o relevancia del mensaje que se coloca en las notas finales o al final del

volumen. Balkin las califica como “sin importancia, no esenciales” (p. 381). Este autor también analiza la nota como opinión (pp. 407-410).

Pero también hay que deconstruir la Constitución, en palabras de John Leubsdorf (pp. 429-451), con especial referencia a la de Estados Unidos de América. Por deconstruir hay que entender la lectura de un texto para dilucidar los conflictos internos, las contradicciones y las incertidumbres que disimulan su aparente orden. En efecto, la Constitución contiene no solo compromisos, sino también ambigüedades. En el Preámbulo de la misma se afirma que el Pueblo es el que “ordena y establece esta Constitución para los Estados Unidos de América”. De esta forma, la Constitución consagra la confusión de la voz del Pueblo con la voz de quienes pretenden hablar en su nombre. Este Preámbulo utiliza verbos de acción y de creación: formar, establecer, hacer, reinar, poder, desarrollar, asegurar o decretar, entre otros. Pero la Constitución requiere de la ratificación de los propios Estados. La primera de las Constituciones de Estados Unidos de América limita los poderes que le son conferidos a través de la división de poderes. En efecto, el art. II limita los poderes que el propio art. 1º confiere al Congreso.

Martha Minow estudia la sesión 1986 de la Corte Suprema. En esta sesión de la Corte Suprema, la Nación se enfrenta a los problemas de la diferencia en una sociedad heterogénea. En efecto, se plantean cuestiones a propósito de la significación jurídica permitida sobre la diferencia en la vida de los individuos, de los grupos minoritarios y de los grupos mayoritarios, relativos al sexo (género), la raza, la etnia y la religión. El dilema de la diferencia aparece como irresoluble, máxime cuando las diferencias son intrínsecas. Por otro lado, no podemos olvidar que el sistema jurídico americano del siglo XIX reconoce solamente tres razas: la blanca, la negra y la india. [Recibido el 12 de julio de 2017].