

CAPÍTULO 2

La teoría crítica en el derecho

NOCIONES, CONCEPTO Y OBJETIVOS

Las bases del movimiento de crítica en el derecho se gestaron a finales de la década de los sesenta, a través de la influencia sobre juristas europeos de las ideas provenientes del economicismo jurídico soviético (Stucka, Pashukanis), de la relectura gramsciana de la teoría marxista hecha por el grupo de Althusser, de la teoría frankfurtiana y de las tesis arqueológicas de Foucault sobre el poder.

El movimiento, atravesado por tesis de inspiración neomarxista y de contracultura, comenzaba a cuestionar el sólido pensamiento juspositivista reinante en el medio académico y en las instancias institucionales. Así, se proyectaban en el campo del derecho investigaciones que desmitificaban la legalidad dogmática tradicional y a la vez introducían análisis sociopolíticos del fenómeno jurídico, aproximando más directamente el derecho al Estado, al poder, a las ideologías, a las prácticas sociales y a la crítica interdisciplinaria. A lo largo de los años setenta, el movimiento de la crítica jurídica se consolidó principalmente en Francia, con profesores universitarios de izquierda (en 1978 surge el “manifiesto” de la Asociación Crítica del Derecho), y posteriormente en Italia con algunos magistrados politizados y antipositivistas (el movimiento del Uso Alternativo del Derecho). La corriente de la crítica jurídica (principalmente la de origen francés) acabó extendiéndose rápidamente a España, Bélgica, Alemania, Inglaterra y Portugal. Ya en la década de los ochenta sus ecos retumbaron en América Latina, principalmente en Argentina (Carlos Cárcova, Ricardo Entelman, Alicia Ruiz, Enrique Marí y otros), en México (Oscar Correas), Chile (Eduardo Novoa Monreal), Brasil y Colombia (a través del grupo de juristas del Instituto

Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA). En Brasil, las discusiones acerca de la “crítica jurídica” y de la importancia pedagógica de la teoría crítica en el derecho adquirieron fuerza a mediados de los ochenta, gracias a la repercusión de los movimientos críticos francés e italiano, y a la iniciativa e incentivos de algunos profesores de filosofía y de sociología jurídica en diversas facultades de derecho brasileñas, como Roberto Lyra Filho, Tércio Sampaio Ferraz Jr., Luis Fernando Coelho y Luis Alberto Warat.

En realidad se trataba de discursos críticos tentativos, “producidos a partir de diferentes perspectivas epistemológicas con pretensión de diagnosticar los efectos sociales del legado tradicional del derecho en sus características normativas y centralizadoras”. Así, los discursos críticos del derecho se desvinculaban “del positivismo jurídico, del jusnaturalismo y del realismo sociológico, haciendo de éstos el objeto de su crítica”. Se pretendía revelar cómo, tras la enseñanza de esas doctrinas idealistas y formalistas, se encontraban “encubiertas y reforzadas las funciones del derecho y del Estado en la reproducción de las sociedades capitalistas” (Warat y Pêpe 1996, 65).

Esclarecidas algunas nociones preliminares, es necesario avanzar en la exploración de las posibilidades conceptuales de la teoría crítica en el derecho. Detengámonos en la precisión inicial de lo que se entiende por “crítica” en este campo específico. Al margen de la idea que tengamos de la “teoría científica” con un grado aceptable de objetividad, sistematicidad y universalidad, la “teoría crítica” es importante en tanto atribuye relevancia al sentido sociopolítico del derecho, es decir, una plena eficacia al discurso que cuestione el tipo de justicia expuesto por cualquier ordenamiento jurídico. Se debe entonces desprender una formulación aceptable y satisfactoria como discurso que insista en el sentido ideológico del derecho, en la medida en que éste sea responsable de prescripciones normativas desvirtuadas por las relaciones sociales (*véase* Correas 1995a, 277-279). La estrategia discursiva no niega la “aparición real” del fenómeno jurídico, sino que procura revelar los intereses y las contradicciones que se ocultan tras una estructura normativa. La crítica se legitima en el momento en que es competente para distinguir, en la esfera jurídica, el “nivel de apariencias” (realidad normativa) de la “realidad subyacente” (o subrayar aquello que no está prescrito pero que existe).

Michel Miaille señala que el término “crítico” se volvió uno “de los más comunes de la filosofía occidental en los últimos dos siglos”; sin

embargo, fue renovado desde el siglo XIX cuando entró en concordancia con los movimientos sociales contestatarios. En efecto, durante mucho tiempo –y aún hoy– la crítica es apenas un modo particular de desarrollo del pensamiento, relativismo en nombre de la Razón de un saber que nunca puede ser absoluto. Con todo esto, continúa Maille,

este distanciamiento es frecuentemente traducido por los juristas de manera simplificada, únicamente por medio de críticas sobre tal o cual punto de la legislación. No es esta la ambición de una reflexión crítica sobre el derecho: (...) ésta debe abordar las cosas por la raíz, volver a la genealogía que permitió la existencia de determinada forma jurídica (...). (Maille 1984, 32)

Aun si se reconocen las ambigüedades y “contrasentidos” de la categoría “crítica” aplicada al derecho, ésta puede y debe ser comprendida como el instrumento operante que permite no sólo esclarecer, estimular y emancipar un sujeto histórico inmerso en determinada normatividad, sino también discutir y redefinir el proceso de constitución del discurso legal mitificado y dominante. En esa medida se puede conceptualizar la “teoría jurídica crítica”, por un lado, como la formulación teórico-práctica que se revela bajo la forma del ejercicio reflexivo capaz de cuestionar y de romper con aquello que se encuentra disciplinariamente ordenado y oficialmente consagrado (en el conocimiento, en el discurso y en el comportamiento) en determinada formación social; por el otro, como la posibilidad de concebir y revivir otras formas diferenciadas, no represivas y emancipadoras, de práctica jurídica.

La constitución de una teoría jurídica crítica presupone la concreción de objetivos que deben ser alcanzados por ella. El jurista argentino Luis A. Warat señala algunos objetivos incluidos en los distintos saberes críticos, que son condiciones para instituir cualquier teoría que intente hacer real una crítica plenamente satisfactoria del fenómeno jurídico. En opinión del mismo autor, las corrientes caracterizadas por propuestas metodológicas distintas se aproximan en la medida en que consiguen una lista de objetivos que vale la pena citar en extenso:

- a) mostrar los mecanismos discursivos a partir de los cuales la cultura jurídica se convierte en un conjunto fetichizado de discursos;
- b) denunciar cómo las funciones políticas e ideológicas de las concepciones normativistas del derecho y del Estado están apoyadas en la ilusoria separación del derecho y de la política y en la idea utópica de la primacía de la ley como garantía de los individuos;

- c) revisar las bases epistemológicas que comandan la producción tradicional de la ciencia del derecho, demostrando de qué manera las creencias teóricas de los juristas en torno a la problemática de la verdad y de la objetividad cumplen una función de legitimación epistémica, a través de la cual se pretende desvirtuar los conflictos sociales, presentándolos como relaciones individuales armonizables por el derecho;
- d) superar los bizantinos debates que nos muestran el derecho desde una perspectiva abstracta, obligándonos a verlo como un saber eminentemente técnico, destinado a la conciliación de intereses individuales, a la preservación y administración de intereses generales (...). De esta forma, la teoría crítica intenta reacomodar el derecho en el conjunto de las prácticas sociales que lo determinan (...). (Warat 1983a, 39-40)
- e) crear una conciencia participativa que permita a los diferentes juristas de oficio involucrarse de manera competente en los múltiples procesos decisorios, como factores de intermediación de las demandas de la sociedad y no como agentes del Estado (...);
- f) modificar las prácticas tradicionales de investigación jurídica a partir de una crítica epistemológica de las teorías dominantes, de sus contradicciones internas y de sus efectos ideológicos con relación a los fenómenos que pretende organizar y explicar;
- g) proporcionar, en las escuelas de derecho, un conjunto de instrumentos pedagógicos adecuado para que los estudiantes puedan adquirir un modo diferente de actuar, pensar y sentir, partiendo de una problemática discursiva que intente mostrar no sólo los nexos del derecho con las relaciones de poder, sino igualmente el papel de las escuelas de derecho como productoras de ideas y representaciones. Estas últimas se entrelazarán posteriormente con la actividad social como un valor *a priori*, lleno de certezas y de dogmatismo. (Warat, en Plastino 1984, 21-22)

POSIBILIDADES Y LÍMITES DE UNA TEORÍA JURÍDICA CRÍTICA

El cuestionamiento acerca de la crisis y de las rupturas de la racionalidad tradicional (idealismo/positivismo), la construcción de nuevos paradigmas sociopolíticos en la esfera de la epistemología de las ciencias humanas y los recientes avances de la filosofía de las ciencias tienen que ser incorporados en la presente investigación sobre la esencia, la naturaleza y la cientificidad del mundo jurídico. Amplios sectores de

la epistemología jurídica contemporáneos no son ajenos a la creación de los actuales modelos de fundamentación ni a la discusión sobre las llamadas revoluciones científicas. El carácter moderno de tales parámetros despierta la conciencia de los jusfilósofos, tanto en la filosofía del derecho como en la teoría general del derecho. Es necesaria una profunda reflexión que lleve a reconsiderar los fundamentos y la estructura del pensamiento jurídico moderno occidental, marcado por la lógica de la racionalidad técnico-formal y por los presupuestos científicos calcados de la dogmática del cientificismo positivista. Compartiendo los cambios de paradigmas que se vienen dando en la filosofía de las ciencias y en las ciencias humanas, es urgente integrar en esa dirección la teoría, la producción y la práctica jurídica contemporánea. Esa tarea permite revisar y romper con el discurso y con el conocimiento jurídico tradicionales, investigar las bases epistemológicas para el contenido del nuevo paradigma en el derecho, y definir posturas y directrices no sólo destinadas a mantener la seguridad, la eficiencia y la dominación del poder normativo vigente, sino también a ejecutar la práctica político-social de una cultura jurídica inclinada a construir una sociedad democrática, cuyo pluralismo –como lo afirma Claude Lefort– proyecte la constante reinención de la democracia y le dé prioridad, dentro de la dialéctica del proceso, a la socialización institucional de la justicia.

Tales preocupaciones, que reflejan la superación de la racionalidad idealista y el desmantelamiento del formalismo lógico-positivista, dejan entrever el espacio cada vez más grande para los horizontes del discurso teórico crítico y de la práctica pluralista en el derecho. Aunque exista una formulación teórico-orgánica, uniforme y acabada, y aunque persista la controversia entre los jusfilósofos sobre la existencia o no de la “teoría crítica del derecho”, no es posible desconocer ni negar la existencia de un pensamiento crítico, representado por diversas corrientes y tendencias que buscan cuestionar, repensar o superar el modelo jurídico tradicional (idealismo/formalismo).

El problema de lo que en el derecho representa el ejercicio de la crítica es abordado, con bastante originalidad, por Luis A. Warat, para quien el “discurso crítico” aparece “(...) como un proceso de intervención sobre el saber acumulado, el cual proporciona la información necesaria para desarrollar un conocimiento analítico capaz de superar las barreras del nivel alcanzado por las ciencias sociales”. Para dicho autor, “el ‘discurso crítico’ no puede tener ninguna pretensión de perfección, ni puede pretender hablar alternativamente en nombre de ninguna uni-

dad o armonía, ya que se encuentra en permanente proceso de elaboración. (...) Realiza análisis fragmentados y transformables, propios de un proceso de producción de un nuevo conocimiento científico” (Warat, en Faria 1988a, 35-36).

Estas observaciones permiten avanzar en la discusión y en la interpretación de la controversia sobre la existencia o no de una “teoría crítica” del derecho, que ha tenido lugar entre algunos de los más representativos jusfilósofos de las últimas décadas. Es importante señalar que en el pensamiento moderno de la crítica jurídica –compuesto por diversas corrientes o tendencias, con distintos ejes metodológicos– aparecen dos posiciones epistemológicas lógicas muy significativas, predominantes hasta la primera mitad de la década de los ochenta. Por un lado, están los teóricos críticos que defienden la posibilidad y la construcción de una “teoría crítica” del derecho a partir de determinados presupuestos teóricos –v.gr., Michel Miaille y Ricardo Entelman–. Por otro lado, los teóricos críticos que no aceptan hablar de la especificidad de una “teoría crítica” del derecho y la conciben más como un discurso de cambio o de un movimiento fragmentado por diferentes perspectivas metodológicas. Aquí se incluyen las posturas doctrinarias de Leonel S. Rocha y Luis A. Warat.

La contribución de Miaille se traduce en la crítica vigorosa y radical al sistema jurídico capitalista (idealismo y formalismo burgués) y en la consecuente afirmación de una nueva propuesta de epistemología normativa, fundada en el materialismo histórico. Para este autor, es necesario identificar y desmitificar los presupuestos ideológicos presentes en el marco de la legalidad burguesa dominante. Igualmente, hay que evidenciar la naturaleza de la “instancia jurídica” en la dinámica entre infraestructura y superestructura, y la función necesaria del derecho en las relaciones de producción del capitalismo. La ruptura con el modo de dominación socioeconómico individualista y la desacralización de los mitos normativos que componen esa estructura jurídica, posibilitan las condiciones –en el pensamiento o en la práctica– para el surgimiento de la “teoría crítica” del derecho, entendida como ciencia social revolucionaria, perfectamente posible en tanto que instrumento válido de las transformaciones políticas. Se formaliza así una racionalidad científica que participa críticamente de la erradicación de las formas jurídicas dominantes. Inspirándose en propuestas de la epistemología francesa contemporánea y del “cientificismo” de corte althusseriano, Miaille articula la formación de una concepción crítica del derecho en la sociedad

capitalista, sobre todo “una teoría marxista renovada del derecho, capaz de suplantarse las insuficiencias de la concepción del derecho como simple reflejo de la infraestructura, o como instancia ideológica” (Falcão, en Plastino 1984, 60. Véase igualmente Novoa Monreal 1985, 99-122). Completando una simbolización político-jurídica de representación y reproducción de las relaciones sociales, en el fondo la “teoría crítica” tiene como objetivo dejar clara la manera como se articulan las relaciones entre la “vida mental y las formas institucionales” (Zuleta Puceiro 1987a, 58).

Otra perspectiva, presentada como tendencia teórica de la filosofía jurídica y bautizada como “teoría crítica”, también fue desarrollada en la primera mitad de los años ochenta por el argentino Ricardo Entelman. Se trata de una “teoría crítica” del derecho que pretende “crear un lugar en el contexto de la problemática jurídica, donde sea posible superar la racionalidad idealista en que se apoyan las diferentes escuelas del pensamiento tradicional en el campo del derecho y a la vez hacer avanzar el pensamiento jurídico materialista, con el fin de que no se limite a la simple función de desarticulación de aquella racionalidad” (Entelman 1982a; Zuleta Puceiro 1987a, 60-61). Para Entelman, la característica de esa producción jurídica crítica es concebir el derecho “como una práctica social específica, en la cual se expresan los conflictos de los grupos sociales actuantes en una formación social determinada, tanto en la producción, circulación y consumo del derecho, como en la producción teórica con relación a la instancia jurídica, y que adquiere una cierta autonomía relativa con respecto a la totalidad de la producción social” (Entelman 1982a, 156). Reconocida la insuficiencia y aceptados los límites de la teoría jurídica tradicional, es necesario construir una epistemología jurídica que supere no sólo los obstáculos naturales epistemológicos de ese tipo de conocimiento, sino que investigue la eficacia del propio poder jurídico, a través de la teoría de los “mitos jurídicos” y la revisión del sentido y de la funcionalidad de la teoría de las ideologías en la práctica “científica” y material de los juristas.

A esas incursiones que intentan solidificar las bases epistemológicas y el contenido conceptual de la “teoría crítica” del derecho se suma además, como punto de partida, la aceptación de ciertas proposiciones críticas provenientes del marxismo clásico (Pashukanis) y la utilización de algunos avances categoriales extraídos de la teoría jurídica tradicional, básicamente en lo que respecta al “análisis del lenguaje y a la cuestión del funcionamiento de las formas lógicas de ese lenguaje, así como ciertas categorías y conceptos de la teoría general del derecho” (Entelman

1982a, 158). Se observa así, en la lógica de organización y de control de las instituciones jurídicas, la incorporación de prácticas y procedimientos ideológicos vinculados a las relaciones sociales de poder. La circulación, el monopolio y la ocultación de la producción de los conocimientos jurídicos a través de la práctica “científica” y de la “filosofía espontánea de los juristas” se realizan en la particularidad de un discurso político-jurídico, esencialmente un discurso de ejercicio del poder. El discurso moderno de poder incide, aglutina y trasciende los micro y macroespacios de la instancia jurídica discursiva. En la proposición epistemológica de la crítica jurídica de Entelman,

el discurso, concebido como lenguaje en acción, permite pensar el derecho y las teorías producidas sobre él como un lenguaje en operación dentro de una formulación social, produciendo y reproduciendo una lectura de sus instituciones que a su vez reúne, y en ocasiones determina, el comportamiento de las distintas instancias que lo componen. Desde ese ángulo, el discurso jurídico será parte preponderante del discurso del poder. (Entelman 1982a, 15; Jeammaud, en Miaille *et al.* 1986, 62-63)

En la aproximación teórica de Entelman se vislumbra un planteamiento de discurso jurídico crítico sustentado en los caminos del eclecticismo y de la interdisciplinariedad. Se trata de un proyecto que atraviesa y sobrepasa ciertas vertientes del materialismo jurídico, de los enfoques ideológicos althusserianos y del realismo normativo lógico-lingüístico, recorriendo determinadas referencias originarias de Foucault y del psicoanálisis. Este discurso, en la medida en que abarca las interacciones de las prácticas teóricas jurídicas, sólo puede ser visualizado como “parte operante de un todo”, que implica la combinación de conceptos y categorías de otras áreas de las ciencias sociales. Solo se comprende esa totalidad en el derecho a partir de una perspectiva interdisciplinaria, ya que la interdisciplinariedad, como pretende Entelman, debe ser entendida

como la interacción de regiones teóricas y no como la incorporación de conceptos producidos por otra ciencia, o como la crítica realizada, por así decir, ‘desde afuera’ de la región demarcada por el discurso jurídico. Esta interdisciplinariedad no hará perder de vista la estrecha vinculación entre la práctica teórica y la historia del desarrollo real de las formaciones sociales en las cuales y para las cuales esta misma se realiza (...). (Entelman 1982a, 15-16)

La segunda corriente entre los teóricos críticos del derecho se concreta en la posición asumida, entre otros, por Leonel S. Rocha y Luis Alberto Warat. Rocha proclama la existencia de dos posturas excluyentes

que demuestran amplias diferencias epistemológicas: la dogmática normativista y la equivocada “teoría crítica” del derecho. Centrándose particularmente en la teoría crítica, Rocha alude a la necesidad de distinguir dos propuestas de “teoría crítica” del derecho: “a) una teoría crítica, que puede ser tildada de ingenua, la cual termina incluso postulando una epistemología crítica por cuanto tiene objetivos opuestos; b) una teoría crítica de corte político-social e histórico, que analiza el derecho a partir de sus especificidades político-ideológicas” (Rocha 1982, 132). Considerada y examinada por oposición a la teoría jurídica dominante (positivismo tradicional), la “teoría crítica” (entendida como una totalidad discursiva) es presentada como otra forma de saber jurídico competente que se legitima y a la vez se impone como fundamento científico sustitutivo, pero que acaba incurriendo en las mismas insuficiencias de la dogmática positivista. La falacia de tal postura se encuentra, contradictoriamente, en la recuperación del propio positivismo, ya que aunque la teoría crítica pretenda construir “un saber de verdades aproximadas, determinadas históricamente por las relaciones de poder de la sociedad”, bajo la apariencia de una verdad concebida como ideológicamente específica, en realidad “(...) esconde una tentativa sofisticada de conseguir el control político de la teoría jurídica positivista dominante. Sin embargo, la teoría crítica, si bien denuncia las estrategias epistemológicas del positivismo, las utiliza por medio de mecanismos altamente complejos” (Rocha 1982, 133). Para este autor, aunque haya objetivos político-ideológicos específicos entre las dos grandes orientaciones epistemológicas, ambas acaban revistiéndose de las particularidades de un saber dogmático. En ese orden de ideas, se constata que

tanto la dogmática como la teoría crítica son puntos de vista epistemológicos que ocultan, bajo el ropaje particular de la ciencia, objetivos políticos específicos: conservadores a la luz de la dogmática y conservadores desde el punto de vista de la teoría crítica. Con todo, esto no autoriza a la teoría crítica a defender la superación de la dogmática jurídica en tanto que ciencia, apoyándose en la vieja oposición entre ciencia e ideología. En otras palabras, el problema no reside en la construcción de una nueva ciencia del derecho que permita problematizar su propia función social, como si el problema del derecho fuese únicamente epistemológico. (...) La cuestión fundamental es el desplazamiento de la problemática del saber superado (dogmática) hacia aquella que expone el saber moderno (teoría crítica) considerada como una problemática político-social. (Rocha 1982, 133-134)

En Rocha es claro que no basta descubrir y denunciar las insuficiencias metodológicas y los aspectos histórico-políticos de la ideología jurí-

dica tradicional, ya que la “teoría crítica” acaba incidiendo en la utilidad del más profundo “conceptualismo”. Urge, ante todo, concretar la temática político-ideológica en los propios mecanismos jurídicos de decisión y aplicación. No sin razón, el autor afirma en su crítica al discurso jurídico alternativo que éste “(...) es político-ideológico desde su constitución histórica, y en esa medida la denuncia de tales aspectos no es suficiente frente a la proposición de un nuevo saber alternativo sobre el derecho. Es decir, no existe oposición –a no ser teórica– entre saber jurídico, sea éste ideológico o no”. El derecho, continúa Rocha, “siempre fue político; es entonces falsa la afirmación de que el derecho se torna crítico debido al descubrimiento realizado por la teoría crítica de este aspecto inherente a su materialidad. Lo que pretendo señalar es que no existe un derecho dogmático o un derecho crítico; lo que existe realmente es un derecho interpretado bajo un punto de vista dogmático o crítico”. Con base en esto, Rocha propone “una teoría que tenga en cuenta la propia materialidad político-ideológica del derecho y que no se contente apenas con criticar las teorías dogmáticas sobre lo jurídico. (Así...) se requiere (...) una postura dialéctica que articule la teoría y la praxis jurídicas (el derecho estatal y paraestatal)” (Rocha 1982, 134-135).

La incursión epistemológica resaltada por Rocha, a pesar de sus méritos, conduce a un cuestionamiento fragmentado, relativista y nihilista de la “teoría crítica” del derecho, apuntando y deteniéndose, superficialmente, en sus excesos “conceptualistas”, en su tendencia camuflada a volverse otra “dogmática” y en su pobre eficacia como práctica decisoria. Sin duda, queda abierto el espacio para un análisis más riguroso, sistémico y perfeccionado, no sólo de las “posibles” deficiencias del pensamiento moderno de la crítica jurídica, sino sobre todo de una justa apreciación de su naturaleza, importancia, dimensión y efectos positivos para la renovación de la filosofía jurídica contemporánea.

Otra postura en la apreciación de las funciones político-ideológicas del discurso de crítica jurídica es la sostenida por Luis Alberto Warat. Al discutir las condiciones de posibilidad de existencia de la “teoría crítica” (entendida como ciencia del derecho), el autor explora, partiendo de un referencial teórico que pasa por la semiología del poder y por la filosofía del lenguaje jurídico, los diversos territorios cubiertos por el “discurso crítico”. Tras denunciar las contradicciones de la racionalidad jurídica idealista, Warat subraya las significaciones fetichistas que sustentan el “discurso crítico” (de corte “gnoseológico”), avanzando en la compleja intertextualidad de un imaginario proyectado, marcado por el mítico dualismo del racionalismo burgués (cotidiano/científico), por la práctica

de un discurso de poder que proyecta la ilusión de una objetividad total y por la circularidad de la producción de significaciones impresas en la exaltación de una pseudointerdisciplinarietà. Para Warat, el espacio teórico del saber crítico se encuentra “(...) bastante fragmentado, no es para nada monolítico y por el contrario está lleno de promesas (y ...) debe ser negado como escuela o corriente de pensamiento”. Se trata antes que nada de una producción y/o actitud de “crítica jurídica” que, “negada como posición (fija), expone un complejo de discursos relacionados de manera flexible y problemática, producidos a partir de diferentes perspectivas epistemológicas, y que pretende diagnosticar los efectos sociales de una concepción normativista y egocéntrica del derecho”. Fundamentalmente, el “pensamiento crítico” se halla integrado por “un conjunto de contralenguajes, los cuales, sin constituir un cuerpo sistemático de categorías, forma un conglomerado de significaciones, de esbozos políticos y teoréticos, con el objetivo de generar un conocimiento del derecho y del Estado, entendidos como elementos constituyentes y constituidos por las relaciones sociales”. Es precisamente con este tipo de investigación crítica que se intenta “realizar una lectura ideológica del saber jurídico dominante, encaminada a la clarificación de sus elementos fetichizados” (Warat, en Plastino 1984a, 17-18).

En la particularidad de esta producción de conocimiento se percibe el síntoma de la subversión normativa inherente a la propia cultura disciplinaria instituida, en la cual la teoría crítica padece las consecuencias “de una crisis en relación con sus efectos de sentido y sus funciones sociales”, toda vez que el desarrollo de determinadas condiciones reales genera los peligros de la “tutela moral” y del “mandarinato de la teoría crítica” (Warat 1985a, 60). Según Warat, el espacio gnoseológico cubierto por el discurso jurídico crítico tiene muchas similitudes y complicidades con las creencias epistémicas que mantienen la elaboración del saber jurídico tradicional. Esta relación de connivencia, que cuestiona mas no destruye una racionalidad jurídica impregnada de creencias y de mitos, consagra por su parte una “teoría crítica” que no tiene significado alguno y que no está comprometida con la verdad. De ahí se desprende “(...) una subversión hecha en un lenguaje cerrado, fonológico, que fundamenta una gramática de recepción tan totalitaria y estereotipada como las formas del saber jurídico que pretende controvertir” (Warat 1985a, 60; *ver también* Warat y Pêpe 1996, 64-66).

La cuestión que provoca “enunciaciones interrogativas” se reviste de la misma mistificación autoritaria de un saber que se proclama crítico y que se propone a su vez reemplazar un orden “científico” por la

glorificación de otra escala normativa, idealizada como si tuviese el estatus de verdad. En opinión de Warat, las corrientes críticas del derecho articulan una desacralización de los “efectos mitológicos comprometidos con el referente imaginario del legislador racional. Sin embargo, ellas no incomodan profundamente dicha mitología (...)” (Warat 1985a, 71). Es evidente que, en la circulación productiva de significaciones, el “discurso crítico” se impone como un discurso de verdad. Aunque reconoce el papel trasgresor de la “teoría crítica”, Warat observa que ésta no logra erradicar determinados presupuestos autoritarios, pues si el pensamiento jurídico tradicional es totalitario porque “habla en nombre de la ley”, la teoría crítica “es también totalitaria porque habla en nombre de la verdad social” (Warat 1985a, 76). La propuesta epistemológica waratiana da prioridad al análisis de la intertextualidad, al paso que minimiza las técnicas interdisciplinarias, dado que para transponer “el mito de la explicación del derecho por sí mismo no basta apelar a la perspectiva metalingüística e interdisciplinaria” (Warat 1985a, 72).

Aunque descarte la existencia y las posibilidades de una “teoría crítica” del derecho y se refiera críticamente a un discurso teórico desmembrado en múltiples perspectivas metodológicas guiadas por “objetivos relativamente compatibles”, Warat estima que aún subsisten algunos factores que permiten repensar todo un proceso institucional de recuperación de los discursos críticos en las escuelas de derecho. Frente a esta posibilidad, enuncia tres críticas. En primer lugar, las tendencias que se autodenominan “críticas” y que ejercitan una práctica discursiva crítica no sólo se apoyan metodológicamente en el racionalismo positivista, sino que acaban consolidando un discurso incompetente que consagra, ideológicamente, el saber jurídico dominante (Warat 1983a, 38). En segundo lugar, para no incurrir en el riesgo de ser marginada, la estrategia de los discursos críticos, en el medio académico, acaba ocultándose y autodesarticulándose, permitiendo así la recuperación de la ideología hegemónica (Warat 1983a, 39). Por último, el condicionamiento a través de los controles jerárquico-administrativos no sólo del saber dominante sino también del “modo de realización de la crítica institucional, impone restricciones burocráticas a la competencia conceptual de los discursos críticos” (Warat 1983a, 39). En síntesis, la posición de Luis A. Warat (de finales de los años ochenta y principios de los noventa) es que el problema de la “teoría crítica” del derecho no es nada más que la “falencia y el delirio de un discurso epistemológico”. Por consiguiente, no existe ya teoría crítica, pues su existencia sólo fue utilizada como una estrategia política.

Hasta aquí, queda clara la controversia sobre la existencia y las posibilidades de una “teoría crítica” del derecho. Si el consenso dice que no se debe aceptar una doctrina crítica general y unitaria, nada impide, por el contrario, que reconozcamos y admitamos el vasto movimiento del “pensamiento crítico” (incluso con sus matices no uniformes y no sistematizados) en la filosofía jurídica de las últimas décadas. Tal movimiento crítico se justifica plenamente por su papel de enfática denuncia del formalismo normativista de toda la cultura jurídica tradicional, así como por su contribución a la renovación de la actual epistemología del derecho.

Además de la impresión y el equívoco de la expresión “teoría crítica del derecho”, resulta adecuado configurar las manifestaciones teóricas, interrogadoras y alternativas, como “corrientes”, “tendencias” o “teorías críticas”. Enrique Zuleta Puceiro observa con razón que “la idea de la teoría crítica del derecho lucha actualmente por conseguir un lugar propio en el panorama de las corrientes revisoras del saber jurídico dominante, a pesar de que la identidad inacabada y la heterogeneidad programática de sus orientaciones principales nos obliguen, en este momento, a hablar más bien de teorías críticas que de una alternativa actual, potencialmente unitaria” (Zuleta Puceiro 1987a, 53). Antoine Jeammaud asume una posición semejante cuando entiende que “sólo existe (...) un movimiento de crítica del derecho, resultante de la coexistencia y de la colaboración naciente de corrientes cuya diversidad está ampliamente ligada a las diferencias de las condiciones políticas que prevalecen en sus países de origen o a las diversas inserciones profesionales de sus miembros” (Jeammaud, en Plastino 1984, 76).

Básicamente, la cuestión inicial no es la de poner en duda y negar, por medio de abstracciones elitistas y estériles nihilismos, la viabilidad del “pensamiento crítico” en el derecho, ya que el significado y la presencia de las corrientes modernas de “crítica jurídica” son innegables. Eso sí, urge cada vez más la cooperación científica entre los juristas críticos, así como la necesidad de articular y aproximar las investigaciones teóricas y las prácticas materiales, legitimando la construcción de un discurso jurídico crítico con mayor organicidad, lógica y consistencia (García y Rodríguez 2003). Reconociendo los múltiples enfoques y ejes metodológicos –dialéctica, semiología, psicoanálisis y análisis sistémico– es necesario reestructurar y consolidar un proyecto discursivo de “crítica jurídica” que, sin llevar a una nueva falsa apreciación dogmática, siga desempeñando tanto una función pedagógica de denuncia y ruptura

de la verdad instituida, como una función de instrumentalización de lo “teórico-práctico”. Este proyecto debe estar destinado a la socialización de la justicia y a servir de avance para la emancipación de las formaciones sociales del capitalismo periférico.

Finalmente, es claro que existe un proyecto jurídico para las estructuras socioeconómicas latinoamericanas que, por intermedio de su espacio normativo/transformador, posibilita la crítica desacralizadora de la práctica política y un proceso de esclarecimiento y emancipación. Aun cuando en un primer momento se deban admitir límites en sus presupuestos epistemológicos, no se pueden minimizar ni negar, en el ámbito de la filosofía jurídica contemporánea, las posibilidades reales del “pensamiento crítico” (representado por “críticos transformadores” y “antidogmáticos liberal-demócratas”). Este pensamiento revela la ineficiencia del formalismo normativista comprometido con los mitos alienantes y las relaciones de poder dominante, y materializa el espacio pedagógico de discusión y construcción de un derecho verdaderamente justo.