



UNA BREVE HISTORIA DE LOS CRÍTICOS BRITÁNICOS, O DE LA JURISPRUDENCIA RESTRINGIDA A LA GENERAL *

COSTAS DOUZINAS**
UNIVERSIDAD DE LONDRES

Recibido el 28 de octubre de 2009 y aprobado el 10 de noviembre de 2009

RESUMEN

La enseñanza del derecho ha sido limitada al estudio tecnocrático de la ley y se ha tornado en académicamente periférica de las otras ciencias y disciplinas sociales, lo cual ha resultado en un empobrecimiento en el estudio del derecho y en un empobrecimiento ético, manteniendo la responsabilidad moral por fuera de la ley. Los críticos británicos han asumido nuevas formas de abordar el estudio del derecho, separándose de lo propuesto por las escuelas continentales y norteamericanas, mediante la deconstrucción, el giro ético y la política de resistencia u olvido crítico.

PALABRAS CLAVE

Enseñanza del derecho, ética, deconstrucción, política de resistencia, críticos británicos.

* Traducción del inglés por Pablo R. Arango, Universidad de Caldas. El traductor expresa su agradecimiento al doctor Ricardo Sanín por sus comentarios.

** Profesor de derecho y director del Instituto Birkbeck para las Humanidades en Birbeck, Universidad de Londres. Es reconocido por su trabajo en derechos humanos, estética, teoría del derecho postmoderno y filosofía política. Fuertemente ligado al Movimiento Británico de Estudios Legales Críticos desde sus inicios, e hizo parte del equipo que estableció la Facultad de Derecho de Birkbeck.

A BRIEF HISTORY OF BRITISH CRITICS, OR ON THE RESTRICTED JURISPRUDENCE

ABSTRACT

Law teaching has been limited to the technocratic study of the law and it has become an academic periphery in other social sciences and disciplines, which has resulted in an impoverished study of law and ethics, keeping moral responsibility outside the realm of the law. The British critics have taken new manners to approach the study of law, distancing themselves from continental and North American schools, by means of deconstruction, the ethic turn and the resistance politics or critical oblivion.

KEY WORDS

Teaching law, ethics, deconstruction, resistance politics, British critics.

“Leer libros de derecho es como comer aserrín”, le escribió Kafka a un amigo. Todos hemos tenido la experiencia del aserrín en la boca, incluso nuestros libros de jurisprudencia no se han escapado del gusto a ripio, como lo atestiguan muchos estudiantes de jurisprudencia. Y, sin embargo, la jurisprudencia es la prudencia, la *phronesis* del derecho, tanto su vida consciente como su conciencia.

Primero que todo, la vida consciente del derecho. Todos los grandes filósofos, desde Platón a Hobbes, Kant, Hegel, Marx y Weber, tenían un conocimiento detallado del derecho y los asuntos jurídicos eran el centro de su interés. La *Constitución de Atenas* de Aristóteles, así como la *Filosofía del derecho* de Hegel son intentos por examinar el vínculo social, por descubrir y promover lo que une el alma al cuerpo, lo que los mantiene juntos y los vincula a la sociedad y sus instituciones. Pero este primer significado de la sabiduría no puede separarse de un segundo: la jurisprudencia es la conciencia del derecho, la exploración de la justicia de la ley o de una ley ideal o un rasero de equidad contra el cual la ley siempre es juzgada. La *República* de Platón es la primera y más completa búsqueda del significado de la justicia, mientras que *Las leyes* son una guía completa a la legislación, mucho antes que Bentham. Visto desde la perspectiva del *longue duree*, el derecho representa el principio de la reproducción social, de la transmisión, de lo que sobrevive de nuestro paso por el mundo. Dondequiera que la filosofía se ha ocupado del significado del vínculo social, tuvo que mirar hacia el derecho y convertirse en filosofía del derecho, la gran fuente de la cual emergieron la filosofía política primero y, de ahí, las disciplinas en los siglos XVII y XIX, respectivamente.

Pero este nacimiento de las disciplinas del útero de la filosofía del derecho condujo a un empobrecimiento de los estudios legales y de la jurisprudencia modernista, de dos maneras. En primer lugar, el estudio académico del derecho se convirtió en una entomología de las normas, una guía para el legalismo tecnocrático, una ciencia de lo que existe legalmente y una legitimación de las políticas actuales. Una clase de lógica matemática que Edmund Burke llamó ‘especulativismo metafísico’¹, reemplazó la inmersión humanística en los textos legales y su hermenéutica. Pero el formalismo de las normas fue una representación lamentablemente inadecuada de la empresa del derecho, incluso en el nivel de la descripción. Como resultado, el estudio académico del derecho se volvió académicamente periférico, una comprensión del derecho totalmente innecesaria para las otras ciencias y disciplinas sociales, y la educación en derecho tomó la forma de un estudio vocacional y fue tratada como tal por los estudiantes y el resto de la academia. Cuando los académicos del derecho se quejan acerca de la falta de interés de los estudiantes en asuntos teóricos u otros temas ‘extracurriculares’, sólo podemos culparnos a nosotros mismos. Nos hemos portado durante unos cien años como proveedores de un conocimiento de fórmulas, los recipientes del cual están ahí para memorizarlo y repetirlo en formas incluso más condensadas y más parecidas a una fórmula. Pero como dijo Nietzsche de sus propios estudios, cuando el único órgano enfocado por el profesor es la oreja, ésta crece desproporcionadamente, devorándose el cerebro.

El segundo tipo de pobreza fue ética, y es mucho peor. Se basó en la separación, característica de la metafísica de la modernidad, entre sujeto y objeto, una separación que se reproduce en las dicotomías legales mencionadas atrás, como las de hechos y normas, ley objetiva y moralidad subjetiva o normas y opiniones. Un objetivo central oculto tras el legalismo es mantener la responsabilidad moral por fuera del dominio de la ley, con la creencia o la esperanza de que la estricta lógica de las normas y la deducción pueden traducir adecuadamente el conflicto social al lenguaje de problemas técnicos acerca de la lógica de las normas, los cuales pueden dejarse confiadamente en manos de técnicos de las normas.

Es esta clase de enfoque empobrecido del estudio del derecho el que ha sido desafiado en los últimos treinta años por la teoría del derecho. La jurisprudencia contemporánea puede dividirse en enfoques externos e internos. Las teorías externas, típicamente los estudios socio-jurídicos o la sociología del derecho, lo atestiguan: tratan las razones, los argumentos y las justificaciones como ‘hechos’ que deben incorporarse en contextos explicativos más amplios, no jurídicos. La tarea es identificar las cadenas causales, que conforman o son conformadas por las prácticas jurídicas, para derivar la justicia del conocimiento. Los estudios socio-jurídicos pretenden no tener una agenda normativa. Desde luego, no sería difícil mostrar que, en muchos casos, tales estudios comienzan con una descripción de

¹ Edmund Burke, *Reflections on the Revolution in France* (JGA Pocock ed.) (London, Hackett, 1987), 51.

la realidad que, implícitamente (consciente o inconscientemente), involucra una posición normativa (la importancia del pluralismo o ADR) y entonces concluyen, si se animan, burlando la dicotomía Es-Debe con la que comenzaron. Como aquellos agnósticos que están más obsesionados con Dios que la mayoría de los devotos cristianos, nuestros amigos de los estudios socio-jurídicos son sujetos más fieles a la ley, los ingenuos que más siguen la ley cuando afirman estar ignorándola o violándola.

Las teorías internas, por otra parte (típicamente la jurisprudencia hermenéutica del valor y los principios y una buena parte de los Estudios Legales Críticos de Estados Unidos), adoptan el punto de vista del abogado o el juez y tratan de teorizar el proceso judicial de argumentación y razonamiento. Para la ortodoxia, los compromisos normativos más amplios coinciden potencialmente con los desarrollos doctrinales, mientras que, para los críticos, ambas cosas son divergentes. Los antagonistas están ubicados actualmente en un *continuum*, siendo la única diferencia la naturaleza de la divergencia: para unos es secundaria y remediable, para otros es fundamental o inescapable. Esta última posición no ha sido asumida seriamente por los Críticos Americanos, a pesar del servicio que le presta a conceptos como ‘contradicción fundamental’, ‘crisis de legitimación’, etc.²

Ambos tipos de teoría pueden denominarse jurisprudencia restringida. Ésta reflexiona sobre la pregunta ‘¿qué es el derecho?’. La pregunta presupone que hay un número de marcas o características que delimitan el terreno y definen lo que es propio del derecho. Pero una vez que la pregunta se plantea en términos de ‘qué es’, la respuesta necesariamente ofrecerá una serie de predicados para la palabra ‘derecho’, una definición de su presunta esencia, la cual entonces será buscada en todos los fenómenos jurídicos. Como resultado, un número limitado de instituciones, prácticas y actores será incluido y considerado relevante para la investigación jurisprudencial, y un amplio número de preguntas permanecerá sin respuesta.

La jurisprudencia general, el tipo de pensamiento acerca del derecho y el vínculo social desarrollado por los Críticos Británicos, vuelve la mirada a las preocupaciones clásicas de la filosofía (del derecho), y adopta una concepción mucho más amplia de lo jurídico. Examina los aspectos jurídicos de la reproducción social, tanto adentro como por fuera de la legislación de Estado. En este sentido, la jurisprudencia general se ocupa no sólo con el derecho formulado, sino también con lo que podría llamarse la ley del derecho. Las interdicciones, las órdenes y las normas han desempeñado un papel central en la vida social desde el decálogo de Moisés hasta el superego freudiano. Organizan la religión y animan la ética y la estética de la existencia. Las leyes definen la razón política a través de la cual

² Costas Douzinas, ‘Law and Justice in postmodernity’ in Stephen Connor ed., *The Cambridge Companion to Postmodernism* (Cambridge, Cambridge University Press, 2004), 196.

las sociedades desarrollan su idea del bien común. Todos los aspectos jurídicos de los modos de producción y reproducción económicos, políticos, emocionales y físicos, son parte de una jurisprudencia general. Este tipo de jurisprudencia enfoca todos los asuntos que fueron examinados por la filosofía clásica bajo las denominaciones de ley y justicia. Actualmente, incluye la economía política del derecho, los procesos e instituciones globales que regulan los flujos de capital y a las personas desde Nairobi a Neasden, privilegiando a algunas y convirtiendo a otras en refugiados sin derechos; las transiciones desde el imperio hasta la nación que caracterizan la condición postcolonial; las construcciones y escenarios ideológicos e imaginarios por los que nos entendemos a nosotros mismos y nos relacionamos con otros; las maneras en que el género, la raza o la sexualidad crean formas de identidad que disciplinan los cuerpos así como ofrecen lugares de resistencia; la acción de los derechos que permiten a las personas tanto adquirir como luchar por identidades. Y como los aspectos jurídicos operan tanto en el nivel del ser como en el de la existencia social, una jurisprudencia general examina las formas en que la subjetividad es creada como un lugar de libertad y sujeción.

LAS ESTRATEGIAS DE LOS CRÍTICOS BRITÁNICOS

La Conferencia Británica de Derecho Crítico (CDC) es un movimiento intelectual con una gran dosis de política. La CDC anual comenzó en 1984 y se ha verificado sin interrupciones desde entonces. En todos estos años no se han creado empleados, puestos, jefes, secretarías, comités o delegaciones. No hay organización. La conferencia ha sido y ha permanecido siendo eso: una conferencia y un nombre. Podríamos llamar la CDC ‘una comunidad que se reúne’, una amplia iglesia que existe durante tres días una vez al año durante el encuentro y deja de existir cuando éste termina. Cada septiembre se decide el lugar para la próxima reunión y la gente dice sus adioses por otro año, dejándole al siguiente organizador la tarea de hacer la programación. Ningún homenaje, poder o posición se vincula a la conferencia, ni ascensos o mejores empleos se siguen de la organización o la participación. Sólo hay una conferencia anual, y personas que llegan cada año porque aman las ideas y están preocupados por el papel del derecho en la sociedad y por su propio papel en la institución. Con los años, las conferencias introdujeron temas, escuelas de pensamiento y movimientos desconocidos u omitidos por la academia jurídica. El marxismo occidental, el posmodernismo y la deconstrucción fueron las principales influencias teóricas de las primeras conferencias, pero pronto el nuevo radicalismo de la raza, el género y la teoría poscolonial fueron involucrados en la academia jurídica a través de la CDC. De hecho, estas conferencias fueron las únicas vías académicas en las que tales temas se discutían durante años antes de que se convirtieran en respetables y entraran, aunque marginalmente, a la academia dominante.

En los últimos treinta años, los estudios críticos británicos (jurídicos) han sido asociados con un número de enfoques y estrategias que intentaron reintroducir el pensamiento y la justicia en la academia y la educación jurídica. Podríamos identificar tres estrategias dominantes: la deconstructiva (que coincide ampliamente con la década de los 80), la ética (los 90) y la política (los 2000). Consideraré cada una vinculándola con tendencias más amplias en la academia.

A. DECONSTRUCCIÓN

La primera fase de la CDC consistió en un período de construcción de la identidad del movimiento y de clarificación de nuestras relaciones con la escuela americana de Estudios Críticos de Derecho y con la izquierda europea. La posición crítica de Europa era un marxismo sociologizado, bien representado por la sociología jurídica y la criminología. Los primeros Críticos Británicos, sin embargo, provenían de trasfondos post-marxistas y post-estructuralistas, y eran más versados en filosofía que en sociología, en psicoanálisis que en criminología y en estética que en economía. En la búsqueda de reconocimiento y visibilidad, perseguimos una instancia de confrontación, atacando por igual a los positivistas y los naturalistas, a los socialdemócratas y a los liberales. Adoptando un *motto* de Leo Strauss, según el cual *‘cuando el conocimiento y la razón están sujetos a la autoridad, se denominan ‘teología’ o ‘aprendizaje del derecho’, pero no pueden llamarse filosofía’*, la CDC argumentó que las críticas neo-kantianas seguían siendo inmanentes al régimen y al discurso del poder y que están implicadas en las mismas relaciones que pretenden juzgar³. Los actos de poder no pueden usarse para socavar el poder. La crítica inmanente sigue siendo la imagen en el espejo, y la compañera, del juez.

Esta creencia se vio fortalecida por el aparente fracaso de los Críticos Americanos y por la desintegración de ese movimiento en los primeros años de la década de los 90. Para los Británicos, nuestros camaradas Americanos habían sido presa de los peligros del normativismo. Los repetidos, y más bien molestos, ejercicios de ‘trashing’ doctrinario y de ponerse por encima de los otros fueron predicados con base en la creencia de que si se mostraba que los jueces americanos hacedores de la ley –particularmente los de la Corte Suprema– eran mucho menos coherentes y menos informados por principios de lo que pretendían, de algún modo su legitimidad se vería afectada. La ‘contradicción fundamental’, así como la incoherencia de la doctrina, sonaban sospechosas para los oídos europeos, sonaban a ejercicios en realismo y cinismo antes que a política radical.

Al aceptar la base de significado y la organización hermenéutica de una buena parte del derecho, los Críticos Británicos adoptaron la deconstrucción como su estrategia inicial. Derrida afirma controversialmente, en ‘La Fuerza del Derecho’,

³ Leo Strauss, *Natural Law and History* (Chicago, Chicago University Press, 1965), 92.

que mientras el derecho puede deconstruirse, la deconstrucción es justicia⁴. La deconstrucción del derecho positivo intervino y desenmascaró, o bien las pretensiones históricas de continuidad, legitimidad y orden del derecho, o bien las pretensiones sistemáticas de coherencia, racionalidad o integridad argumentativa basada en los derechos morales. La estrategia fue presupuesta en una serie de movimientos que tuvieron una inmensa importancia teórica en los 80. El primero consistió en enfocar el derecho como un texto antes que como un sistema de normas o como un repositorio de la sabiduría de los principios. El normativismo tradicional fue reemplazado por una textualidad alegre, y los enfoques sistemáticos por la teoría literaria. El segundo consistió en situar el derecho en sus distintos contextos: económico, político, social, etc., pero, contra el derecho en los enfoques contextuales, la frontera entre texto y contexto se volvió porosa, la bipolaridad se multiplicó *ad infinitum*, y las estrategias, tales como la iteración, el injerto y la suplementación, socavaron la tranquilidad textual de los estudios jurídicos. En realidad, uno podría decir que el derecho es el terreno perfecto para la operación de la deconstrucción, en la medida en que parece seguir lealmente todos los principios textuales estándar que la deconstrucción ataca. Todos los seguidores de Derrida, Paul De Man⁵, J. Hillis-Miller⁶, Barbara Johnson⁷, Chris Norris⁸, Jonathan Culler⁹, Geoffrey Bennington¹⁰, todas las luminarias de la deconstrucción fueron durante un corto período intelectuales de los estudios críticos del derecho.

Aplicada al derecho, esta estrategia descubrió la dinámica de la escritura impura tras las pretensiones de auto-presencia y coherencia de los textos jurídicos. La lectura cuidadosa, adoptada como el método del posmodernismo temprano, buscaba deconstruir el logonomocentrismo en los textos de derecho. En realidad, según el crítico Johnatan Culler, el encuentro entre deconstrucción y derecho *'parece casi pre-ordenado –ambos parecen estar hechos, en algún sentido, la una para el otro'*¹¹. No es difícil ver por qué. La jurisprudencia está obsesionada con el orden. Su trabajo ha sido presentar el derecho como un sistema que sigue una lógica estricta de normas o un arreglo disciplinado y coherente de principios, un procedimiento que le daría al derecho identidad, dignidad y legitimidad. El corpus del derecho es presentado literalmente como un cuerpo. Debe digerir y transformar lo no-

⁴ Jacques Derrida, 'The Force of Law' 11 *Cardozo Law Review* 5-6 (1990), 919.

⁵ Paul de Man, *Allegories of Reading* (New Haven, Yale University Press, 1979). It discusses Rousseau's *Social Contract* and legal concepts of contract and property.

⁶ J. Hillis Miller, 'Laying down the Law in Literature' 11 *Cardozo Law Review* 5-6 (1990), 1491.

⁷ Barbara Johnson, *The Critical Difference* (Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1980). It discusses standard jurisprudential themes such as natural law, positivism and mercy through a reading of *Billy Budd*.

⁸ Chris Norris, 'Against a New Pragmatism: Law, Deconstruction and the Interests of Theory', XXI, in *Southern Humanities Review* 4, 301. An assessment of Derridean critical legal theory and comparison with postmodern literary theory.

⁹ Jonathan Culler, *Framing the Sign* (Oxford, Blackwell, 1988). It discusses extensively American Critical Legal Studies.

¹⁰ Geoffrey Bennington, *Legislations: The Politics of Deconstruction* (London, Verso, 1994). Discusses the role of the literary critic and philosopher as jurist.

¹¹ Culler op. cit., 150.

jurídico en jurídico o, si no, debe rechazarlo. La ley de Dios en el naturalismo, la *grundnorm* y la norma de reconocimiento de los positivistas, los principios y los derechos de los hermeneutas son los *topoi* del orden, la identidad y la unidad. No es sorprendente que cuando el problema de la legalidad del derecho se vuelve dominante, las respuestas darán una definición de la esencia, construirán un sistema de características esenciales e inscribirán la legalidad en una historia concebida exclusivamente como el despliegue del significado: el esfuerzo por distinguir los progresos jurídicos de los no jurídicos, por un lado, la búsqueda de una lista de marcas que delimitan el área completa para la estipulación de un derecho único del género, por el otro, la ley del derecho. El derecho puede reclamar su imperio porque puede ser claramente delimitar su exterior, su contexto y su terreno de operaciones. Pero según el convincente principio deconstructivo, que recibe su aplicación más atractiva en el derecho, un área es autosuficiente sólo si su exterior está marcado distintivamente de tal modo que configura y constituye lo que hay en su interior. El exterior, la moralidad, la política, la economía, hace parte de la constitución del área en pie de igualdad con lo que es propio de ésta.

Los deconstruccionistas jurídicos examinaron los conceptos, la argumentación y la organización discursiva de los textos jurídicos. Mostraron que los conceptos nunca son simples o soberanos. Se constituyen en redes conceptuales, las cuales impiden la autoconsistencia y el cierre. Los principios básicos, tales como la libertad de expresión, están definidos y estructurados por sus presuntas excepciones tales como el poder policivo del Estado, la obscenidad, la privacidad, etc. En el nivel de la argumentación, las contradicciones intervienen entre las premisas y los objetivos de un argumento y su operación real, como cuando se muestra que la libertad y la autonomía que supuestamente promueve la ley de contratos conducen a sus opuestos exactos. Finalmente, la comprensión textual revela discrepancias semióticas y retóricas, e inconsistencias, que socavan sus aspiraciones semánticas superficiales, y perturban la argumentación más rigurosa. La deconstrucción temprana rechazó todos los fundamentos epistemológicos, considerándolos contingentes, mientras que los valores normativos fueron reemplazados por genealogías históricas situadas o guiones habilitantes. La diferencia, la escritura y el trazo reemplazaron las oposiciones binarias, tales como mismo/distinto, adentro/afuera, hecho/valor, norma/política. El carácter resolutivo de las decisiones morales y de las distinciones jurídicas fue reemplazado por el ambos/y, y el ni/no por el intento necesario para elegir entre oposiciones hechas imposibles por la presencia de la indecidibilidad. En una feliz transformación, la astucia de la razón se volvió la astucia de los textos, y fue celebrada la habilidad de los textos mismos para socavar su propia lógica. La crítica se transformó en semiótica, un proceso de resignificación en el que los textos resultaron burlados o vueltos contra sí mismos para liberar su potencial radical¹².

¹² Peter Goodrich, *Reading the Law* (London Blackwell, 1986); Douzinas, Warrington and McVeigh, *Postmodern Jurisprudence* (London, Routledge, 1991).

La deconstrucción toma su distancia de la crítica puesto que la crítica asume criterios normativos contra los cuales hace sus juicios. El deconstrutor temprano, por el contrario, era un testigo irónico que pagaba tributo al derecho queriendo que éste o aquel no estuvieran. A diferencia de los enfoques contextuales, los Críticos Británicos leían cuidadosamente los textos jurídicos y la historia jurídica y los trataban como el terreno privilegiado de estudio. Pero, a diferencia de las teorías internas, los leían no sólo por su coherencia normativa, sino también por sus omisiones, represiones y distorsiones, por sus signos del poder opresivo y por los síntomas de los traumas creados por la institución. Si hay patriarcado o explotación económica, entonces ambas cosas pueden ser trazadas en el texto, en su retórica y en sus imágenes, en sus certezas y omisiones, las cuales seguirán en el exterior en las vidas de las personas y en la historia de la dominación. Ni sólo en el texto ni sólo afuera 'en el mundo', la teoría crítica explora la organización textual e institucional del derecho: como un sistema de signos, parte del orden simbólico, el derecho es tanto necesario cuanto ficticio. Pero las ficciones jurídicas operan y cambian el mundo, ayudan a establecer ambas: la libertad del sujeto y su subordinación a la institución.

B. EL GIRO ÉTICO

A la vez que se distanció de la crítica, la deconstrucción siguió siendo inherente al régimen del discurso jurídico y a la corriente gravitacional de los textos cuyas afirmaciones buscaba destrozarse; estuvo por mucho tiempo asociada con una voluntad de verdad. Las cosas cambiaron a comienzos de los 90 con el giro ético. La ética y la estética fueron reintroducidas en el derecho y, gradualmente, el enfoque de los 'derechos' y la moralidad sustantiva del derecho reemplazaron el viejo positivismo honesto. Ahora la moralidad ha sido excluida del derecho debido a la experiencia moderna del relativismo y el pluralismo, y al temor del nihilismo. El derecho es presentado como la respuesta a la irreconciliabilidad de los valores, como la más perfecta encarnación de la razón humana. Estas pretensiones pueden encontrarse a lo largo del currículum de los estudios de derecho. Enumeremos algunas. El derecho privado convierte los conflictos sociales en disputas técnicas, la resolución de las cuales se confía a expertos públicos y técnicos de las normas y los procedimientos. El derecho público impone límites constitucionales y restricciones normativas a la organización y el ejercicio del poder estatal. Las normas despersonalizan el poder y estructuran el ejercicio de la discreción al excluir los valores subjetivos, restringen la elección en la aplicación del derecho por parte de administradores y jueces. De hecho, la regla de la ley es presentada como la ley de las reglas, cuyo principal logro es purgar el derecho de consideraciones éticas.

Esta pobreza moral e intelectual, la idea bizarra de que el derecho no tiene valores y no piensa, fue desafiada por las repetidas fallas y errores de la justicia. En este punto, la jurisprudencia ortodoxa volvió su atención a la hermenéutica, la filosofía

moral y la teoría literaria, como ayudas para la empresa del positivismo, expresando la necesidad profundamente sentida de un retorno a la moralidad. La nueva jurisprudencia hermenéutica insistió en que el derecho no es sólo un sistema de normas sino un tesoro de significados, valores y principios. Podemos, por tanto, abandonar la *Grundnorm* y la norma de reconocimiento por el significado del significado; podemos aproximarnos a los textos de la ley a través de la ley del texto.

El giro literario y hermenéutico le dio a la teoría jurídica un sentido de la excitación perdido por mucho tiempo. Convirtió la hasta entonces rechazada moralidad privatizada en un elemento integral de la interpretación jurídica. Pero hay una trampa. Para tomar la popular teoría hermenéutica de Ronald Dworkin, la operación del derecho es presentada como encarnando necesariamente –y siguiendo–, valores y principios morales. Los textos jurídicos deben leerse como un esquema simple y coherente animado por los principios de *‘la justicia y la igualdad y el proceso procedimental dentro de la relación de lo correcto’*¹³. Una posición similar se encuentra en la obra de James Boyd White, el representante más prominente del movimiento de derecho y literatura. La justicia debe ser enfocada como traducción¹⁴.

La moralidad y la filosofía moral entraron al derecho y fueron reconocidas correctamente como un elemento inescapable de la hermenéutica jurídica. Pero la tarea de la jurisprudencia hermenéutica era presentar el derecho como la narrativa perfecta de una comunidad en paz consigo misma. La moralidad no es vista más como una serie de valores subjetivos y relativos, como lo afirman los positivistas, ni es un estándar crítico contra el cual pueden juzgarse los actos del poder jurídico. Si existe una respuesta jurídica correcta y puede ser descubierta –incluso en los casos difíciles– en los anales del derecho a través del uso de la filosofía moral, los jueces no pueden usar sus propios mecanismos y la decisión judicial puede exorcizarse. La pesadilla del positivismo puede convertirse en el noble sueño del hermeneuta¹⁵.

Para los Críticos Británicos, que comandaron el ataque al positivismo amoral, el desafío de la nueva ortodoxia ético-estética era grande. La jurisprudencia se estaba moviendo en áreas y preocupaciones que siempre habían animado la posición crítica, para socavar precisamente los ataques radicales. La ética se volvió un terreno de pelea, políticamente a través del nuevo humanitarismo e intelectualmente a través de la afirmación del ‘final de la historia’. La CDC asumió el desafío desarrollando una teoría ética y de la justicia no kantiana, y separando el texto jurídico de su contexto ético-político. La estrategia fue modelada por la crítica de la ideología practicada por la escuela de Frankfurt y el neo-marxismo. Esta

¹³ Dworkin op. cit, 404.

¹⁴ James Boyd White, *Justice as Translation* (Chicago, University of Chicago Press, 1990).

¹⁵ H.L.A. Hart, ‘The nightmare and the noble dream’,

estrategia rechaza las premisas en las que descansa un discurso o práctica y las acusa de errores fácticos, infelicidad moral y dominación política. Esa es la razón por la que la crítica radical siempre debe incluir un crucial momento utópico¹⁶. Si la crítica sigue siendo normativa y servil con las interpretaciones dominantes de una sociedad, incluso si éstas son construidas ‘bajo su mejor luz posible’, su persecución crítica, a lo mejor, exigirá la concordancia entre la ‘estructura profunda’ normativa y sus manifestaciones superficiales. Pero cuando tales ‘estructuras’ modelan la dominación y la explotación, necesitamos trascenderlas en lugar de ajustarlas completamente a sus requisitos normativos. Debe haber una distancia, un exceso de división o carencia debe separar las posiciones normativas de las alternativas radicales. En cierta medida, el crítico debe ser extranjero (de su propia tradición), cierto grado de incompreensión debe involucrarse y colorear sus más adecuadas descripciones y su evaluación íntima.

La posición ética emergente se facilitó por la importación del concepto cuasi-trascendental –o, de hecho, trascendente– del Otro y los gambitos asociados a la llegada de una justicia, o de un mesías o de una democracia todavía por venir. Empujado teóricamente por los nuevos moralistas alemanes, y políticamente por el naciente nuevo orden mundial, Derrida adoptó la posición del legislador, de un extraño hacedor de leyes que habla en lugar de, o mejor, en nombre de, el Otro. Los Críticos Británicos apoyaron y a menudo adoptaron no menos la posición del legislador argumentando por una nueva concepción de la utopía basada en el dominio imaginario. Pero la bienvenida del otro, la emergencia de la justicia, la llegada del evento apareció en el horizonte teórico en el punto en que las condiciones históricas de su realización (imposible) parecían replegarse.

El deber político en este punto era imaginar y proponer un enfoque alternativo de la justicia contra las pretensiones complacientes de que el derecho, con su recién descubierta sustancia moral, estaba repartiendo justicia. Hay dos tipos de justicia, argumentamos, utilizando las fuentes históricas desde el *common law* hasta las filosofías de Levinas, Derrida y Bloch. La primera concepción inmanente ayuda a la reparación, redirige el derecho cuando éste ha olvidado sus promesas. Pero la propia justicia, tanto dentro como afuera de la ley juzga el todo de la ley en nombre de un principio trascendente basado-en-el-otro. Necesitamos imaginar o soñar un derecho o sociedad en los que las personas no son más despreciadas o degradadas, oprimidas o dominadas, y, desde este punto de partida imposible pero necesario, juzgar el aquí y el ahora.

¹⁶ Douzinas, Utopía.

C. LA POLÍTICA DE LA RESISTENCIA O EL OLVIDO CRÍTICO

Los conflictos internos entre varios tipos de crítica se están volviendo incrementalmente irrelevantes, creo, en la medida en que entramos en el nuevo orden mundial. Éste tiene tres características bien conocidas:

1. Su orden simbólico conduce a un debilitamiento gradual de la soberanía y a su reemplazo por las organizaciones internacionales bajo el control de los Grandes Poderes.
2. Su imaginario promete una distribución de humanitarismo y derechos humanos.
3. Finalmente, su universal único y real es la penetración global del capitalismo neoliberal.

En el Nuevo orden, la nomofilia filosófica y crítica de la modernidad se ha vuelto ahora una condición general del vínculo social, una suerte de *nomocracia* infecciosa. El derecho nos es más la forma o el instrumento, la herramienta o la restricción del poder, sino que ha comenzado a volverse la operación misma, la sustancia del poder. La forma jurídica es exprimida y carcomida por la privatización de las áreas públicas de actividad y la publicitación simultánea de los dominios de la acción privada. El contenido jurídico, por otra parte, se ha vuelto coextensivo con las operaciones del poder. El derecho como un significante vacío que se vincula a todo, desde caminar en la calle hasta la liberación iraquí, se reproduce autopoéticamente en una espiral de validez interminable, pero está vacío de sentido o significación.

El giro biopolítico global significa que las principales pretensiones normativas del derecho moderno, típicamente de los derechos humanos, se han vuelto ahora una parte integral de las relaciones de poder; que preceden, acompañan y legitiman la penetración de todas las partes del mundo por el nuevo orden¹⁷. El abismo entre los principios normativos y su realización, entre estructura subyacente y manifestación superficial, no ha desaparecido en absoluto. Como resultado, la crítica inmanente tiene poco que hacer, mientras que el sueño utópico se ha atrofiado, borrado del dominio público por aquellos que tienen el poder para convertir sus intereses y deseos en sentido común normativo¹⁸. Para ponerlo de otro modo, mientras el derecho en la modernidad expresó tanto la voluntad de una comunidad de vivir juntos –de donde derivaba su fuerza y energía normativas– como la estructura de dominación y sujeción o subjetivización, esta división, precaria como siempre ha sido, no ha desaparecido en absoluto. Toda la crítica inmanente, lo que significa toda

¹⁷ Costas Douzinas, 'Postmodern Just Wars' in John Strawson ed., *Law after Ground Zero* (London, Glasshouse, 2002).

¹⁸ Russell Jacobi, *The End of Utopia* (New York, Routledge, 1996).

crítica propiamente dicha, es ahora o naif o mala fe. La crítica ha sido domesticada, la extranjería o el nomadismo han perdido su estatus como la pretensión NT de que el exterior no existe. En este sentido es que pediría olvidar la crítica. ¿Hay alguna alternativa?

Es en este punto que la CDC adoptó una estancia explícitamente política de resistencia. Los comentarios de Foucault sobre Kant aceptaron que la crítica consiste en reflejar y controlar los límites. Pero mientras que Kant explora los límites externos del conocimiento, estableciendo una policía cognitiva de fronteras, para Foucault el papel de la crítica debería ser positivo y transgresivo. La crítica busca *‘en lo que nos es dado como universal, necesario, obligatorio, qué lugar es ocupado por lo que es singular, contingente y el producto de restricciones arbitrarias. El punto, en pocas palabras, es transformar la crítica conducida en la forma de limitaciones necesarias en una crítica práctica que toma la forma de una posible trasgresión’*¹⁹¹⁹. La crítica significa *l’art de n’être pas tellement gouverné*, no ser regulado mucho o de tal manera. El negocio de la crítica está ligado a la resistencia al gobierno o a la gubernamentalidad y a actos de desobjetivación, intentos de separación de las exigencias del poder biopolítico.

Foucault lo plantea del siguiente modo en una serie de seminarios denominados ‘Defender la sociedad’:

El papel de quien habla entre campos de batalla no es el del legislador o del filósofo, la figura de la paz y el armisticio, en la posición que soñaron Solón o Kant. Establecerse a uno mismo en el centro entre adversarios o por encima de ellos, imponer una ley general y encontrar un orden de reconciliación: esto no es lo que está en cuestión. Lo que está en cuestión es la postulación de un derecho marcado por la asimetría, el hallazgo de una verdad ligada a una relación de fuerza, una verdad-arma y un derecho singular. El sujeto que habla es un guerrero –No quiero decir ni siquiera ‘polémico’²⁰²⁰.

Ésta no es una crítica epistemológica ni inmanente del tipo hermenéutico o jurídico. Se acerca más a un arte de la guerra crític nacido de la crisis, la operación de una ontología histórica en la que el poder es redescubierto como una potencialidad que cambia al yo y el mundo.

Esa es para mí la más importante lección de Carl Schmitt también, aunque ha sido omitida porque plantea una lectura más desagradable del significado de la soberanía que las varias discusiones esotéricas. Sin universalizar la posición del

¹⁹ Michel Foucault, ‘What is Enlightenment’ in *Ethics* (Paul Rabinow ed.) (New York: New Press, 1997), 315.

²⁰ Michel Foucault, *Il faut défendre la société* (M Bertani and A Fontana eds.) (Paris, Seuil/Gallimard, 1997), 46.

.....

filósofo o el jurista/crítico, el sujeto es un sujeto beligerante ubicado en el campo de batalla, rodeado de enemigos, buscando una victoria particular y con una visión perspectivista de la verdad. Foucault aceptó la crítica de Benjamin de la violencia cuando dijo que la guerra ruge bajo la cubierta de la paz. La guerra como modelo del vínculo social facilita un tipo diferente de crítica, que no sería ya más la crítica propiamente dicha sino actos de resistencia crítica, subversión crítica o incluso eventos de rebelión crítica. El intento del cosmopolitismo es precisamente aliviarnos de la ansiedad del conflicto bajo las pretensiones universalizadoras, que incluyen tanto los derechos humanos como la mayor saturación posible del mundo por la explotación capitalista y la dependencia tecnológica. La semiótica y la ética de la época renombran el conflicto como competencia, la dominación como penetración del mercado y la guerra como liberación y humanitarismo. Contra este intento de usar la guerra para los intereses de dominación mientras se niega su nombre, el crítico foucaultiano debe revivir la tradición de la guerra en actos de creación de diferentes yoes y de confrontación del poder o del gobierno con la potencialidad de la praxis.

Esto no sería una crítica como un juicio dentro de la historia o sin ella, sino actos de cortar (*cutting*) (el significado griego original de crisis), ni aplicar la ley ni esperar por una epifanía redentora. La crítica temprana condujo a la crisis y preparó la base para las revoluciones. Nuestra condición crítica actual podría ayudar a revivir el pensamiento y la acción radicales. Es dejando oculta la crítica (sus tipos dominantes) que podríamos ser capaces de desafiar el derecho biopolítico.

Eso sería una adición adecuada al reconocimiento de la teoría jurídica crítica. Luego de años de indiferencia y hostilidad por parte de los guardianes de la ortodoxia la CDC ha sido aceptada a regañadientes. No puede publicarse ningún artículo respetable en la *Modern Law Review* sin mencionar la deconstrucción, a Derrida o a alguna otra figura del canon post-estructuralista. Como resultado, la sorda indiferencia de otras disciplinas hacia el derecho ha sido vuelta de revés: ninguna conferencia sobre filosofía política o relaciones internacionales es considerada completa sin la participación de un Crítico. Los Críticos Británicos casi por sí solos reintrodujeron los estudios jurídicos en el corazón de la academia, moviendo la jurisprudencia restringida del libro de texto a la jurisprudencia general. Pero nuestra tarea no fue sólo revivir la jurisprudencia y volver respetable la academia jurídica. Nuestra tarea fue, y es ahora más que nunca, cambiar el mundo.