
El cierre de la razón en el Derecho Duncan Kennedy y la crítica de la racionalidad en la aplicación/interpretación jurídica

The Closing of Reason in Law

Duncan Kennedy and the Criticism of Rationality in Adjudication

RECIBIDO: 2011-04-11 / ACEPTADO: 2011-06-01

Carlos I. MASSINI CORREAS

Universidad de Mendoza (Argentina)

carlos.massini@um.edu.ar

Resumen: Tras contextualizar al Critical Legal Studies Movement, el autor resume la posición de Duncan Kennedy acerca del problema de la determinación/indeterminación racional en la aplicación del derecho y su propuesta acerca del ideologismo irracional de ese proceso. Luego se efectúan algunas críticas a la posición de ese autor.

Palabras clave: interpretación jurídica, aplicación del derecho, razón práctica, teorías críticas, nihilismo, indeterminación del derecho, *determinatio*, posmodernidad.

Sumario: 1. LA "FILOSOFÍA DE LA SOSPECHA" Y EL DERECHO, DESDE MARX A NUESTROS DÍAS. 2. LA VERSIÓN DEL CLS. 3. LA VERSIÓN "MODERNA/POSMODERNA" DE DUNCAN KENNEDY. 4. ALGUNAS CONSIDERACIONES VALORATIVAS: LA CRÍTICA NIHILISTA. 5. EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO EN LA APLICACIÓN. 6. UNA PERSPECTIVA INCOMPLETA. CONCLUSIONES: ENTRE NIHILISMO Y TRADICIÓN.

Abstract: After contextualizing the Critical Legal Studies Movement, the author summarizes Duncan Kennedy's opinion regarding the problem of law adjudication, and his proposal about the non-rational and ideological nature of this process. After that, the author criticizes Duncan Kennedy's proposal.

Key words: juridical interpretation, adjudication, practical reason, critical theories, nihilism, law indeterminacy, *determinatio*, postmodernity.

Contents: 1. "PHILOSOPHY OF SUSPICION" AND LAW, FROM MARX TO OUR DAYS. 2. THE VERSION OF THE CRITICAL LEGAL STUDIES. 3. THE "MODERN/POST-MODERN" VERSION OF DUNCAN KENNEDY. 4. SOME VALORATIVE REMARKS: THE NIHILISTIC CRITICISM. 5. THE PROBLEM OF DETERMINATION IN ADJUDICATION. 6. AN INCOMPLETE APPROACH. 7. CONCLUSIONS: BETWEEN NIHILISM AND TRADITION.

1. LA “FILOSOFÍA DE LA SOSPECHA” Y EL DERECHO, DESDE MARX A NUESTROS DÍAS

Una de las consecuencias más notorias de la posmodernidad en el estudio del derecho ha sido la difusión en ese ámbito de varias versiones de la denominada “filosofía de la sospecha”. Es bien sabido que esa expresión, que se atribuye generalmente a Paul Ricoeur¹, designa una modalidad de la filosofía contemporánea que reconoce sus orígenes en el pensamiento de la “unholy trinity”, Marx-Nietzsche-Freud, y que se caracteriza principalmente por dos notas: (i) la negación del papel central del sujeto y de la conciencia individual en la conformación del conocimiento y de la praxis humana, y (ii) un escepticismo radical –una sospecha integral– acerca de las posibilidades de un conocimiento racional, objetivo, y por lo tanto veritativo, en todo el ámbito de la praxis humana: política, ética personal, derecho, economía.

Pero además de estos aspectos críticos o negativos de su filosofía, los autores mencionados comparten –con los correspondientes matices y modalidades– una tesis positiva: la que sostiene que detrás de las estructuras aparentes –y engañosas– de la existencia, existe un núcleo de verdadera realidad que explica y da sentido a esas estructuras. Cuál sea ese núcleo, difiere según cada uno de los autores, y resulta ser la infraestructura de las relaciones de producción económica, según Marx; la moral basada en el resentimiento y las relaciones de mero poder, en Nietzsche; el inconsciente determinado por pulsiones de origen predominantemente sexual, en Freud. En cualquier caso, la función del pensamiento –que ha de ser necesariamente *crítico*– es la de develar esa realidad radical, denunciando la falsedad y la mentira de las apariencias y de todo el pensamiento que pretende justificarlas. Todo esto a través de una *hermenéutica de la sospecha*, que a partir de la desconfianza radical en las instituciones, sistemas de ideas y formas sociales, intenta descubrir la trama de la auténtica realidad y de las formas de su ocultamiento².

¹ Ha escrito en este sentido este filósofo francés: “El filósofo contemporáneo encuentra a Freud en los mismos parajes que a Nietzsche y a Marx; los tres se erigen delante de él como los protagonistas de la sospecha, los que arrancan las máscaras. Ha nacido un problema nuevo; el de la mentira de la conciencia, el de la conciencia como mentira...”; RICOEUR, P., *El conflicto de las interpretaciones*, FCE, Buenos Aires, 2003, p. 95.

² Vide: FERRARIS, M., *Historia de la hermenéutica*, trad. A. Perea Cortés, Buenos Aires-México D.F., 2002, pp. 332-333.

El más difundido de estos pensadores y el más sistemático en su aplicación de este esquema de pensamiento al derecho fue Karl Marx, quien, aunque de modo disperso a lo largo de varias de sus obras, sostuvo en definitiva el siguiente esquema explicativo de las realidades jurídicas³: (i) la *verdadera realidad*, que es la raíz originaria de toda la superestructura jurídica, política y ético-cultural, es la de las relaciones de producción económica; (ii) esta infraestructura económica *determina* necesariamente el contenido, la forma y el modo de operar de las realidades jurídicas: normas, instituciones, conductas, así como los valores –ideologías– que pretenden justificarlas; (iii) consecuentemente, las realidades jurídicas *evolucionan* al ritmo de la evolución dialéctica de la infraestructura económica y adquieren diversas conformaciones al compás de las diferentes etapas de la evolución de las relaciones productivas; (iv) finalmente, el pensamiento jurídico auténticamente “científico” tiene como misión *descubrir* la dependencia del derecho de las estructuras económicas y *denunciar* su carácter dependiente, encubridor y meramente funcional a las relaciones de poder y dominación económica⁴.

Ahora bien, esta modalidad constitutivamente crítica del pensamiento acerca del derecho ha tenido una relativa difusión en los ámbitos intelectuales y jurídicos de occidente, a través de varias versiones o tendencias: (i) la estrictamente *marxista*, que se ha desarrollado a través de varias líneas interpretativas, como la vinculada al estructuralismo francés (Althusser, Poulantzas), el dogmatismo soviético (Vysinskij, Romashkin) o ciertos revisionismos dentro del comunismo (Pashukanis, Cerroni); (ii) la denominada del *uso alternativo del derecho*, encabezada en Italia por Pietro Barcellona y difundida en España por Nicolás López Calera, que traduce en el ámbito jurídico las ideas centrales de

³ Para una explicación más extensa de este esquema, vide: MASSINI CORREAS, C.I., “Consideraciones sobre justicia y utopía: el paradigma marxista”, en *Enfoques*, XII-1 (Paraná-Argentina, 2000), pp. 59-81; vide también: MASSINI CORREAS, C.I., *Ensayo crítico sobre el pensamiento filosófico-jurídico de Karl Marx*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976.

⁴ Manuel Atienza y J. Ruiz Manero enumeran otra serie de caracteres: “1) el Derecho tiene carácter clasista; 2) es un fenómeno histórico en el sentido de que es una realidad vinculada a ciertas formas de organización social; 3) desempeña un papel subordinado (...) en relación con otros elementos del todo social; 4) tiene carácter ideológico. Junto a ello, los estudiosos marxistas del Derecho han asumido también: 5) una actitud de rechazo frente al modelo tradicional de ciencia jurídica; 6) una actitud cuando menos de desconfianza o de sospecha frente a los ‘valores’ que el Derecho realiza o debería realizar: la justicia o los derechos humanos”; *Marxismo y filosofía del Derecho*, Fontamara, México D.F., 1993, p. 13.

Antonio Gramsci; (iii) la denominada propiamente *Teoría Crítica*, que sigue las enseñanzas de la Escuela de Frankfurt, en especial las de Jürgen Habermas (Max Pensky, Mattieu Deflem); (iv) la que continúa las ideas del *post-estructuralismo* francés, y que se plasma en algunas obras de Foucault y de Derrida y ha sido difundida por algunos pensadores argentinos como Enrique Marí y Remo Entelman; y (v) algunas otras variantes que han alcanzado menos difusión en los ambientes intelectuales y jurídicos.

2. LA VERSIÓN DEL CLS

Pero como no podía dejar de suceder, también en América del Norte se ha desarrollado una variante de este pensamiento crítico acerca del derecho, variante que surgió en los '70 en la Universidad de Winsconsin-Madison y se difundió rápidamente en varias universidades de primera línea, como la de Harvard, donde fue introducido por el intelectual brasileño Roberto Mangabeira Unger⁵, así como en varias universidades del Reino Unido, y que ha recibido el nombre de *Critical Legal Studies Movement* (en adelante, CLS). Lo verdaderamente relevante de esta escuela es que, al bagaje crítico de la ya consagrada filosofía de la sospecha, le añade aspectos o dimensiones propias de la tradición estadounidense de pensamiento jurídico, en especial, los que provienen de la perspectiva del *American Realism*⁶. Ha escrito en este sentido Pérez Lledó, que el "CLS reproduce muchos argumentos de los realistas contra el formalismo jurídico (contra la ilusión de certeza y aplicabilidad mecánica del Derecho), enfatizando la indeterminación del lenguaje jurídico y la discrecionalidad del intérprete. Con esta 'crítica interna' de la razón jurídica, el CLS aspira a poner al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y de los juristas..."⁷.

⁵ Vide: MANGABEIRA UNGER, R., "The Critical Legal Studies Movement", en *Harvard Law Review*, 96 (Cambridge-Massachusetts, 1983), pp. 561-675. Sobre Unger, vide: HARRIS, J.W., *Legal Philosophies*, Butterworths, London, 1980, pp. 249 ss.

⁶ Vide, sobre esta escuela: KELLY, J.M., *A Short History of Western Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 365 ss.

⁷ PÉREZ LLEDÓ, J.A., "Teorías críticas del derecho", en AA.VV., *El derecho y la justicia*, ed. E. Garzón Valdés & F.J. Laporta, Trotta, Madrid, 1996, p. 97. Vide: PÉREZ LLEDÓ, J.A., *El movimiento 'Critical Legal Studies'*, Tecnos, Madrid, 1996.

Dicho de otro modo, los CLS toman prestado de los realistas americanos la idea de que el verdadero derecho, es decir, el que aplican las cortes de justicia, es altamente irracional, indeterminado y depende sólo mínimamente de la letra y el sistema de las leyes⁸. En realidad, la verdadera raíz de las soluciones a las controversias jurídicas se encuentra en otros elementos extra-jurídicos, que se trata de mantener ocultos, y que residen en la psicología, ideología política o categoría social de los jueces. Ahora bien, este escepticismo acerca de la legalidad y racionalidad tanto del establecimiento de los hechos del caso, como del sentido de las normas aplicables, fue introducido por los integrantes del CLS en el esquema comprensivo de la filosofía de la sospecha, de modo tal que lo que en los realistas aparecía como el mero resultado de una aceptación descarnada y cínica de la experiencia de la vida jurídica de las cortes de justicia, se transforma en el CLS en una explicación integral del derecho en clave crítico-escéptica y, en definitiva, emancipatoria.

Pero sucede que el CLS, a lo largo de su corta pero prolífica historia, ha adoptado varias modalidades diferentes, en consonancia con las diversas versiones de moda de la filosofía de la sospecha. De este modo, el marxismo más o menos ortodoxo, el psicoanálisis freudiano, la “nueva izquierda” norteamericana o el nihilismo posmoderno han inspirado diferentes versiones dentro del movimiento. Casualmente a la última de estas orientaciones, que él mismo denomina “modernismo-posmodernismo de izquierda”, pertenece uno de los más notorios representantes actuales del CLS, el profesor de Harvard Duncan Kennedy. Es posible afirmar, entonces, que la versión del CLS propuesta por este pensador es la –hasta ahora– última versión del movimiento y la que corresponde más ajustadamente a las recientes formulaciones y propuestas de la *intelligentzia*⁹ de izquierda.

⁸ Vide, en este punto: MURPHY, M., *Philosophy of Law*, Blackwell, Malden-Oxford-Carlton, 2007, pp. 198-209.

⁹ El *designatum* de la palabra “intelligentzia”, que tuvo su origen en Polonia y Rusia durante la segunda mitad del siglo XIX, es de difícil determinación; en este lugar se utilizará como designando al “sector social o grupo humano que realiza la tarea intelectual al abrigo de los aparatos ideológicos”; dicho más brevemente, a la “intelectualidad ideologizada”.

3. LA VERSIÓN “MODERNA/POSMODERNA” DE DUNCAN KENNEDY

Muy recientemente ha aparecido en castellano un libro que, bajo el título *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*¹⁰, reúne cuatro ensayos de Duncan Kennedy acerca del tema, central en la temática del CLS, de la aplicación/interpretación jurídica. El libro incluye una *Introducción* de Guillermo Moro, que sirve adecuadamente para presentar al autor de los ensayos y la orientación general de su pensamiento. El análisis de las ideas publicadas en este libro se centrará en el primero y más extenso de los ensayos, que lleva el título de “El comportamiento estratégico en la interpretación jurídica”, aunque se efectuarán también remisiones puntuales a las tesis sostenidas en los restantes estudios.

El propio autor, en las primeras páginas, pone de manifiesto cuál es el contenido central del ensayo, cuando escribe que “El tema central del presente ensayo es el rol que desempeña la ideología política, en el sentido llano de “liberalismo” o “conservadurismo”, en aquella parte de la actividad judicial que es mejor descripta como creación del derecho. Afirmando –concluye– que proyectos ideológicos que nos resultan familiares, como los mencionados, influyen ampliamente la creación judicial del derecho”¹¹. Y a continuación sostiene una tesis común a todos los militantes del CLS: la que sostiene que, a pesar de esa influencia decisiva de la ideología política en la decisión judicial, los jueces siempre aspiran a generar un efecto retórico particular: que se crea que sus soluciones se siguen racionalmente de los materiales jurídicos disponibles (normas, principios constitucionales, pruebas en el expediente), sin consideración ni influencia alguna de la ideología del magistrado.

A continuación, Kennedy precisa la connotación de algunos términos que utilizará durante todo el trabajo; en primer lugar, aclara el sentido en que usará la palabra “estratégico”. “Sabemos –escribe– que el comportamiento estratégico es una posibilidad inerradicable de la interpretación, entendiendo por comportamiento estratégico la elección, fundada en motivaciones externas [al derecho], de trabajar para desarrollar una de las posibles soluciones del

¹⁰ KENNEDY, D., *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, trad. Guillermo Moro, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2010, 154 pp. (En adelante ID).

¹¹ ID., cit., p. 27.

problema jurídico en cuestión en lugar de otra”¹². Y a raíz de que considera que debe estudiarse el impacto de las decisiones judiciales en una sociedad dividida ideológicamente, afirma que “Defino una ideología como un proyecto de universalización de una *intelligentzia* que considera que actúa ‘para’ un grupo cuyos intereses están en conflicto con los de otros grupos”¹³.

Una vez efectuadas estas precisiones, el autor aborda la problemática central del trabajo, que es la referida a que –según él– los jueces resuelven los problemas interpretativo-jurídicos (que considera que se dan en los casos de lagunas, conflicto o ambigüedad de las normas) reformulando parcialmente la estructura normativa, para desplegar luego un repertorio de argumentos jurídicos para justificar sus soluciones. Ahora bien, “en cada caso –escribe Kennedy– la decisión judicial funciona para asegurar ya intereses ideológicos particulares, ya intereses generales de clase de la *intelligentzia*, relacionados con el *statu quo* social y económico”¹⁴. Para este autor, los que llama “observadores informados” [refiriéndose en realidad a los seguidores del CLS], “practican una hermenéutica de la sospecha en relación con la afirmación de que el discurso jurídico, y particularmente los argumentos jurídicos, (...) son autónomos respecto del discurso ideológico”¹⁵.

En realidad, para Duncan Kennedy, el juez que aplica el derecho se mueve entre dos extremos: (i) la pretensión *pública* –y también la *privada* del mismo juez, aunque de modo semiconsciente– de fidelidad interpretativa al derecho normativo, y (ii) la elección *estratégica* de una solución que condice con –y se sigue de– su posición ideológica, sea esta liberal o conservadora. “Siempre es posible –escribe– comportarse estratégicamente, en el sentido de intentar que una particular interpretación de las normas parezca la más adecuada”¹⁶ a los materiales jurídicos de que se dispone en cada caso. Kennedy resume su posición en este punto afirmando que “En las sentencias judiciales, los jueces *siempre* “niegan”, en el sentido común del término, que estén actuando por motivos ideológicos. Esto es, afirman explícitamente que el resultado (...) fue alcanzado siguiendo procedimientos interpretativos impersonales que exclu-

¹² *Ibid.*, p. 28.

¹³ *Ibid.*, p. 28.

¹⁴ *Ibid.*, p. 29.

¹⁵ *Ibid.*, p. 30.

¹⁶ *Ibid.*, p. 32.

yen la influencia de sus ideologías personales. Obviamente –concluye– se trata de una convención y dice poco sobre lo que realmente está sucediendo”¹⁷.

Más adelante, y en relación con esta temática de la resolución ideológica de los casos, Kennedy distingue tres tipos de magistrados judiciales: el juez activista, el mediador y el bipolar¹⁸, pero sostiene que en todos los casos, los jueces llevan a cabo un comportamiento estratégico ordenado a manipular los materiales jurídicos de modo de que la solución se adecue, en última instancia, a las preferencias ideológicas del magistrado. En cualquier caso, Kennedy descarta la posibilidad de un análisis jurídico “racional”, “objetivo” o “centrado sólo en la interpretación”, ya que no existe un criterio de corrección jurídica distinto de las meras “herramientas argumentativas que la cultura jurídica pone a disposición de los jueces para generar el [falso] efecto de necesidad jurídica”¹⁹.

Luego de estas consideraciones críticas de la actividad judicial, el autor pasa a realizar una censura de la misma ideología como concepto explicativo de los resultados jurídicos, y a ese respecto escribe que “Los proyectos ideológicos de la *intelligentzia* liberal o conservadora figuran en mi discusión como un “detrás” que es “revelado” cuando descubrimos la plasticidad del razonamiento jurídico. Pero la misma sustitución del razonamiento jurídico por la ideología en tanto explicación de los resultados está sujeta a la crítica de que la ideología no está más determinada que aquello a lo que reemplaza”²⁰.

Como todos los representantes del CLS, Duncan Kennedy parte en sus consideraciones de una crítica de la concepción moderna del derecho, según la cual sería posible alcanzar soluciones para los casos jurídicos que fueran determinadas exclusivamente –o al menos muy principalmente– por el sistema normativo jurídico²¹. Kennedy, al criticar esta perspectiva, sostiene que la in-

¹⁷ *Ibid.*, p. 36.

¹⁸ “Activista” es el juez que tiene una motivación ideológica y trabaja activamente para alcanzar una interpretación distinta de la que en principio aparece como resultando de los materiales jurídicos; “mediador” es el juez que reconoce la influencia ideológica en las soluciones judiciales, pero escoge una que se encuentre en el medio de ellas; y “bipolar” es el juez que, alternativamente, adopta soluciones que responden a cada uno de los extremos ideológicos; *ibid.*, pp. 38-43.

¹⁹ *Ibid.*, p. 44.

²⁰ *Ibid.*, p. 45.

²¹ *Vide*: MASSINI CORREAS, C.I., *La desintegración del pensar jurídico clásico en la Edad Moderna*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, pp. 25-29.

determinación inherente al derecho se debe a la presencia de factores ideológicos en el proceso de decisión judicial, factores que serían los determinantes en última instancia del contenido de esas decisiones²².

Pero sucede que para Kennedy, como para la mayoría de los autores enrolados en el posmodernismo nihilista, las ideologías también son textos y por lo tanto también deben ser interpretadas. “En resumen –afirma– las ocasiones para el comportamiento estratégico al elegir una interpretación de la ideología propia serán al menos tan numerosos como los que hay para elegir una interpretación de los materiales jurídicos”²³. Dicho en pocas palabras, tampoco las ideologías pueden garantizar resultados determinados y ciertos a las cuestiones judiciales, lo que plantea la cuestión de una *regressio ad infinitum* según la cual los materiales jurídicos serían criticados e interpretados a partir de las ideologías, y a su vez las ideologías habrían de ser criticadas e interpretadas a partir de un nivel de discurso posterior y así sucesivamente hasta el infinito. El mismo autor reconoce que “al principio podría parecer que la regresión infinita de la interpretación invalida uno a uno cada ‘detrás’, de manera tal que ‘la explicación es imposible’”²⁴.

Llegado a este punto, Duncan Kennedy parece dudar entre, por una parte, el reconocimiento de los que llama “estabilizadores” o “vivencias de clausura”²⁵, elementos que detendrían el proceso regresivo, tales como el “consenso autoconsciente”, la historia de las nociones utilizadas, la posición estructural de los hablantes y la coherencia local, que nos permitirían establecer de qué se está hablando, y por la otra, la aceptación de la *regressio ad infinitum* como posición crítica final. Esta parece ser en definitiva su opción metodológica, al menos cuando escribe que “para el observador abocado a un proyecto de teoría social crítica, lo que necesita ser explicado es el *acontecimiento* (la elección judicial de una norma), y cada nivel de textualidad detrás del acontecimiento es útil (...). Mientras no esperemos más –concluye– del esfuerzo explicativo de estas experiencias de clausura, la regresión infinita pre-

²² *Id.*, cit., p. 46.

²³ *Ibid.*, p. 47.

²⁴ *Ibid.*, p. 50.

²⁵ Estos son factores que, sin ninguna pretensión de científicidad u objetividad, hacen posible llegar a una sensación de que se está hablando significativamente, v.gr., cuando la historia del uso de una noción nos permite acceder a su significado, o cuando la opinión de los propios ideólogos acepta como correcto un cierto significado; *ibid.*, pp. 50-51.

senta oportunidades para una descripción más rica y para respuestas más inteligentes, más que para un desastre metodológico”²⁶.

En el siguiente apartado, Kennedy intenta una explicación psicológica del comportamiento estratégico judicial, recurriendo a la categoría de “negación” y apoyándose en una serie de citas de Sigmund y Anna Freud. Pero en definitiva, es posible seleccionar tres frases que resumen el resultado de los análisis realizados en este punto por Duncan Kennedy. Son las siguientes: “Todos quieren que sea verdad que no sólo es posible sino también habitual que los jueces juzguen desprovistos de toda ideología. Pero todos están al tanto de la crítica [del CLS], y todos saben que la teoría ingenua del imperio de la ley es una fábula, y aquellos que lo saben sospechan que las versiones sofisticadas de la filosofía del derecho contemporánea no son mucho mejores”²⁷.

En la segunda, Kennedy sostiene que “Estos jueces están en un aprieto. Su sentido de justicia es inevitablemente ideológico, en el sentido de que un observador externo podría clasificar fácilmente a un juez como liberal o conservador sobre la base de su respuesta a qué es lo que exigía la justicia en las circunstancias dadas. La única alternativa a la justicia ideológica, una vez que el comportamiento estratégico se ha convertido en una posibilidad, parece ser la decisión al azar”²⁸. Y en la tercera de las frases aludidas, la que aparece como una conclusión del apartado, este autor sostiene que “no hay ninguna teoría existente que explique plausiblemente cómo el juez debe decidir, una vez que es consciente de la posibilidad del comportamiento estratégico en la interpretación, de una manera que excluya la ideología...”²⁹.

Finalmente, Kennedy propone una explicación personal del conflicto que divide a la sociedad norteamericana entre la defensa –que él considera ingenua– del imperio de la ley, y la crítica de esa actitud a partir de la aceptación de la inexorable presencia –estratégica– de las ideologías como determinantes centrales de los contenidos de las decisiones judiciales. En este sentido, escribe el autor que “Desde mi posición ideológica específica, el modernismo/posmodernismo de izquierda, hay un motivo mucho más cósmico para la negación [del carácter ideológico de las decisiones], a saber, el carácter contradictorio

²⁶ *Ibid.*, p. 51.

²⁷ *Ibid.*, p. 54.

²⁸ *Ibid.*, p. 71.

²⁹ *Ibid.*, p. 72.

de nuestros impulsos e ideas. Esta noción de la “fundamentabilidad” de la vivencia de contradicción, es uno de los rasgos distintivos del modernismo y sus secuelas, algo así como una premisa, como lo es el anhelo de coherencia como una fuerza autónoma en la vida humana. La gente quiere la coherencia por la coherencia misma (...), porque implica un placer, una liberación de una especie de terror”³⁰. En definitiva, según Kennedy, “los críticos deberíamos afirmar orgullosamente la analogía entre nuestro análisis de lo ideológico en la decisión judicial y la tradición freudiana de rastrear motivos sexuales allí donde las personas están más preocupadas por ocultarlos”³¹.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES VALORATIVAS: LA CRÍTICA NIHILISTA .

Luego de esta breve reseña de las ideas expuestas por Duncan Kennedy en el libro mencionado, corresponde realizar un análisis valorativo de las principales afirmaciones defendidas allí por el profesor de Harvard. Por supuesto que este análisis no podrá ser exhaustivo, dada la extensión prevista para este trabajo, pero se intentará que los puntos que se aborden sean los centrales de la obra estudiada, de modo de hacer posible una valoración global de las ideas de Duncan Kennedy en lo referente a la problemática de la aplicación del derecho.

Al iniciar esta tarea valorativa, conviene efectuar ante todo una breve consideración acerca de la ubicación del pensamiento sintetizado en el contexto de las teorías jurídico-críticas³². Y esto resulta conveniente en razón de que, si bien una parte de las teorías críticas del derecho incluyen, luego de la tarea de impugnación deconstructiva de las instituciones y del pensamiento jurídico vigente, una propuesta vaga y en general confusa de reformulación de esas instituciones y de ese pensamiento desde una perspectiva “alternativa”, emancipatoria o “progresista”³³, en el caso de Kennedy, la que él denomina ideología “moderna/posmoderna de izquierda” y asume explícitamente como

³⁰ *Ibid.*, pp. 76-77.

³¹ *Ibid.*, p. 83.

³² *Vide*, una exposición de este marco en MASSINI CORREAS, C.I., *Filosofía del Derecho I. El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*, 2º ed., Buenos Aires.

³³ *Vide, inter alia*: BARCELLONA, P., *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, trad. J-R. Capella *et alii*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 103 ss.

propia, “es hostil –según Guillermo Moro– a todo proyecto reconstructivo. No propone la realización de una nueva estructura en lugar de aquella sobre la que deposita su ácido filo”³⁴.

Dicho en otras palabras, para Duncan Kennedy, más allá de la crítica del derecho moderno en razón de su carácter ideológico y de su pretensión de determinar racionalmente lo indeterminable, no hay en rigor *nada*; en realidad, sólo una esporádica negación del “falocentrismo” y del “racionalismo en general”, así como la afirmación de una total “pérdida de fe, respecto de las afirmaciones y aspiraciones racionalizadoras y universalizantes de las elites modernas, ya sean de izquierda o de derecha...”³⁵. No hay aquí, por lo tanto, ninguna disyuntiva que explorar, ni estructuras de emancipación por realizar, sino sólo una mera crítica sin principios y sin alternativa. Se trata por lo tanto, en el caso de Kennedy, de una versión extrema –por su nihilismo³⁶– de la propuesta crítico-hermenéutica –hermenéutica de la sospecha– del CLS, sólo que en este caso la sospecha abarca todos los niveles imaginables, no dejando sin cuestionar ninguna dimensión del conocimiento y la práctica jurídica.

El problema central de esta postura nihilista es que una hermenéutica meramente crítica, sin referencia, en principios o en realidades, a bienes o dimensiones del perfeccionamiento humano, queda desprovista de criterios de crítica justificados racionalmente y abocada por lo tanto a un sinsentido radical. Dicho de otro modo, se trata de una crítica meramente gratuita, sin criterios primeros que hagan posible fijar el razonamiento y justificar racionalmente esa misma crítica. El mismo Kennedy lo reconoce en un texto perteneciente a otro de los trabajos incluidos en el libro analizado: “Hay un círculo hermenéutico aquí –escribe– en el cual las indeterminaciones de cada nivel se resuelven apelando a un nivel más profundo que tiene sus propias indeterminaciones, y así sucesivamente, hasta volver al punto de partida, en el cual las ideas jurídicas influyen en la ideología y viceversa”³⁷.

Resulta claro que esta propuesta de Kennedy supone clara una violación de la regla epistemológica conocida como el *trilema de Münchhausen*, formu-

³⁴ MORO, G., “Introducción”, en ID., cit., p. 24.

³⁵ KENNEDY, D., *A Critique of Adjudication. Fin de siècle*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1997, pp. 7-8.

³⁶ Sobre el nihilismo contemporáneo, *vide*: POSSENTI, V., *Nihilismo e Metafisica*, Armando Editore, Roma, 2004, pp. 151 ss.

³⁷ ID., cit., p. 102.

lado originariamente por Hans Albert y replanteado por autores como Raymond Boudon, y según el cual toda teoría necesita apoyarse sobre ciertas proposiciones primeras; ahora bien, estas sólo pueden ser, ya sea *evidentes* y por lo tanto indemostrables, ya sea “demostradas” por una *regresión al infinito*, lo que no demuestra nada, ya sea mostradas a partir de sus *consecuencias*, a través de un razonamiento circular³⁸. Ahora bien, la conclusión que extrae Boudon de este trilema –que es la misma que extrajo Aristóteles hace veinticinco siglos– es que, salvo en el caso de la primera de las opciones, en las restantes no puede justificarse afirmación alguna, ni crítica, ni hermenéutica, ni científica, ni axiológica. La regresión al infinito puede revestir cierto interés lúdico o gustar como divertimento, pero sin principio en alguna afirmación cierta que le sirva de punto de partida, cualquier razonamiento termina respaldándose sólo de modo arbitrario, pueril e inconsistente³⁹.

Por supuesto que los pensadores posmodernos aceptan esa inconsecuencia y la consideran como una liberación de las garras inexorables de la lógica, que estructura rígidamente el pensamiento y coarta de ese modo la libertad humana de construir los contenidos de su entendimiento como mejor le plazca. Pero para quienes no aceptan esa “declaración de bancarrota de la razón humana”⁴⁰ e intentan seguir pensando conforme a las reglas inferidas de la misma experiencia del razonamiento humano, sigue teniendo vigencia la afirmación de Bochenski en el sentido de que “la lógica formal es algo más que una tecnología: es la moral del pensamiento y del discurso. Enseña el ejercicio de la honestidad total, tanto en la expresión como en la justificación. Para los que la han practicado, supone un escudo contra la verborrea, el sinsentido, la falta de responsabilidad en la afirmación de los enunciados y el irracionalismo”⁴¹.

³⁸ Vide: BOUDON, R., “Le trilemme de Münchhausen et l’explication des normes et des valeurs”, en *Le sens des valeurs*, PUF, Paris, 1999, pp. 19-79. Vide asimismo: BOUDON, R., *La racionalidad en las ciencias sociales*, trad. V. Goldstein, Nueva Visión, Buenos Aires, 2010, pp. 98 ss.

³⁹ Vide: ARISTÓTELES, *Analíticos Segundos*, 99b 15 ss. y VIGO, A., *Aristóteles, una introducción*, Instituto de Estudios de la Sociedad, Santiago de Chile, 2007, pp. 52 ss. Reviste especial interés el comentario de Tomás de Aquino al texto aristotélico citado: TOMÁS DE AQUINO, *Comentario a los Analíticos Posteriores de Aristóteles*, Ed. Ana Mallea & Marta Daneri-Rebok, EUNSA, Pamplona, 2002, pp. 298 ss. (L. 20, N° 444 ss.).

⁴⁰ LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. M. Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1980, p. 233.

⁴¹ BOCHENSKI, J.M., *Compendio de lógica matemática*, trad. R. Fernández González, Paraninfo, Madrid, 1976, p. 8.

Finalmente, y para completar esta primera consideración valorativa, es necesario recalcar que todas las posturas nihilistas consecuentes –como la de Kennedy– abocan inexorablemente al más radical relativismo ético y jurídico⁴². “El nihilismo –ha escrito Franco Volpi– es hoy expresión de un profundo malestar de nuestra cultura (...), que ha provocado en el plano filosófico, en lo que respecta a las visiones del mundo y los valores últimos, la corrosión de las creencias y la difusión del relativismo y del escepticismo”⁴³. Por otra parte, y como lo ha mostrado con precisión Leo Strauss⁴⁴, el relativismo nihilista adquiere un carácter decisivo y absoluto, ya que los valores que han perdido objetividad son absolutamente todos, aún los subjetivos, y nada puede justificar racionalmente nada, con lo que en el campo jurídico todas las soluciones serían el resultado de la mera irracionalidad y el sinsentido.

Por lo tanto, no es posible hablar en este contexto de principios jurídicos, de objetividad de ningún tipo, de derechos humanos inexceptionables, de corrección o incorrección de las argumentaciones, de valores o bienes jurídicos, ni en rigor de nada, ya que todo carece de valor epistémico, ontológico o de cualquier otra índole. Difícil será, por lo tanto, elaborar sobre estas bases una teoría jurídica de algún valor positivo o de algún interés práctico. Ha escrito en este sentido Owen Fiss, que “los estudiosos del CLS se distinguen (...) de las Feministas y de los Realistas de una generación anterior por la pureza de su negativismo. Cuando estos estudiosos insisten en que “el derecho es política”, quieren significar algo diferente y más nihilista que los Realistas y las Feministas. Quieren desenmascarar el derecho, pero no transformarlo en un instrumento efectivo de buenas políticas públicas o de ecuanimidad. El objetivo de su crítica es la crítica. Los CLS reconocen que cualquier estructura normativa creada para suplantar al derecho, sería objeto de la misma crítica que ellos utilizan para atacar al derecho”⁴⁵. Y es casualmente esta inhabilidad para desarrollar alguna dimensión constructiva, la que ha debilitado –según lo

⁴² Sobre el relativismo, vide: AA.VV., *El desafío del relativismo*, ed. L. Arenas et alii, Trotta, Madrid, 1997.

⁴³ VOLPI, F., *El nihilismo*, trad. C. del Rosso & A.G. Vigo, Biblos, Buenos Aires, 2005, p. 169.

⁴⁴ STRAUSS, L., *El renacimiento del racionalismo político clásico*, trad. A. de Aguedo, Amorrortu, Buenos Aires, 2007, pp. 78-79. En este punto, vide: MASSINI CORREAS, C.I., “Ley natural y relativismo. Consideraciones a partir de las ideas de Leo Strauss”, en *Intus legere-Filosofía*, 2/2 (Santiago de Chile, 2008), pp. 45-60.

⁴⁵ FISS, O., *The Law as it Could Be*, New York University Press, New York & London, p. 200.

ha reconocido Shirley Robin Letwin— la presencia y la influencia de los postulados del CLS en los ámbitos académicos contemporáneos⁴⁶.

5. EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO EN LA APLICACIÓN

Otro de los aspectos centrales de la crítica desarrollada por Duncan Kennedy y que comparte con todos los representantes del CLS, es la impugnación llevada adelante contra el sistema moderno de pensamiento jurídico, según el cual las normas determinarían racional y exhaustivamente el contenido de las decisiones judiciales que resuelven casos controvertidos. En efecto, una de las motivaciones del pensamiento político-jurídico de la modernidad fue la urgencia de superar la arbitrariedad de los gobernantes absolutos y la extrema —y hasta excesiva— indeterminación a la que había abocado el derecho común europeo. Y uno de los mecanismos ideados para superar la arbitrariedad y la indeterminación y asegurar radicalmente la libertad de los individuos, fue la propuesta de un sistema jurídico legalista, en el que el juez carecía de todo poder creador de derecho, ya que las soluciones venían determinadas íntegramente por los textos legales, aplicados a los casos concretos de modo meramente racional-deductivo⁴⁷.

“El concepto central de esta construcción [moderna] —escribe Guzmán Brito— es la ley; todo gira en torno de quien hace algo con ella (...). El antiguo régimen, en efecto, había terminado por convertirse en un Estado legislativo (...). El racionalismo liberal exageró la medida y llegó a convertir a la ley, cual expresión de la voluntad soberana, en única fuente del derecho”⁴⁸. Y más adelante concluye que mientras los juristas medievales “concibieron su ciencia como un sistema abierto, que en definitiva correspondía al juez cerrar, nosotros [los modernos] la concebimos como un sistema cerrado [de legislación] que como tal es entregado al juez”⁴⁹, que no lo puede corregir, ni completar,

⁴⁶ Vide: ROBIN LETWIN, S., *On the History of the Idea of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 263.

⁴⁷ Vide: VILLEY, M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Montchrestien, Paris, 1968, pp. 548 ss. y CARPINTERO, F., *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*, Encuentro, Madrid, 2008, pp. 208 ss.

⁴⁸ GUZMÁN BRITO, A., “La función jurisdiccional en las concepciones clásica, moderna y contemporánea”, en AA.VV., *La función Judicial*, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 216.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 220.

ni suplementar. De este modo, se eliminaban los elementos centrales de la función judicial y los jueces se veían constreñidos a la mera función lógica de inclusión de los casos particulares en la generalidad de las normas legales, sin adaptaciones, ni adecuaciones, ni valoraciones.

Así las cosas, es posible sostener que la crítica elaborada por los CLS, en especial por Duncan Kennedy, resulta en principio pertinente y acertada, toda vez que pone en evidencia el sinsentido de la pretensión propia del pensamiento moderno y tardomoderno, de que toda la racionalidad de las decisiones judiciales provenga únicamente –o de modo absolutamente preponderante– de la que es propia de la ley. Esta pretensión se ha robustecido, como lo marca bien Kennedy, tras la generalización de la vigencia del principio republicano de la división de poderes y de la ideología democrática, según los cuales sólo el parlamento, elegido democráticamente, está legitimado para establecer los contenidos del derecho. La judicatura, por su parte, es sólo un cuerpo técnico de aplicación mecánica de las normas elaboradas democráticamente por los parlamentos⁵⁰.

Los problemas aparecen cuando Kennedy basa su ataque al legalismo moderno en su tesis de “la presencia de la ideología en *todos* los aspectos de la decisión judicial”⁵¹, eliminando de raíz cualquier posibilidad de un fundamento objetivo de los contenidos jurídicos y reduciendo el razonamiento judicial a una mera elucubración encubridora de preferencias puramente ideológicas. Está claro que las afirmaciones de Kennedy no se reducen a la aseveración de una cierta presencia e influencia de las ideologías políticas de los jueces en el sentido de sus decisiones, pues en ese caso se trataría de una afirmación trivial y obvia, compartida por todos los observadores atentos de la labor judicial. En rigor, lo que caracteriza propiamente la versión de Kennedy es la tesis de que el elemento ideológico es el *determinante central y decisivo* del contenido de las resoluciones judiciales, y de que cualquier alegación referida a precedentes, doctrinas, leyes o principios no es sino parte de un sistema ilusorio y espurio de ocultamiento de esta determinante sustancial.

Ahora bien, si a esto se le agrega el carácter meramente relativo e injustificado que atribuye Kennedy a todas las ideologías⁵², resulta claro que la

⁵⁰ *Ibid.*, cit., p. 110.

⁵¹ *Ibid.*, p. 125. Las itálicas son del autor de este artículo.

⁵² Sobre la noción de ideología, *vide*: MASSINI CORREAS, C.I., *El renacer de las ideologías*, EDIUM, Mendoza (Argentina), 1980, pp. 69 ss.

determinante del contenido de las sentencias puede ser, en rigor, cualquiera: la ideología liberal, la conservadora, la comunista, la fascista o la “moderna/posmoderna de izquierda”, para circunscribirnos a las que Kennedy enumera. Y esto significa que, frente a un caso jurídico determinado, la solución puede ser también cualquiera, sin que pueda argumentarse racionalmente a favor de ella o de cualquier otra, ni valorar positiva o negativamente la decisión alcanzada.

Por supuesto que esto contraría la experiencia más extendida de las opiniones humanas, ya que, como lo ha expresado ajustadamente Spaemann, “las personas distinguen acciones justas o injustas. Y el criterio último para esta distinción no lo constituye la conformidad de estas acciones con las leyes positivas vigentes, pues esas mismas personas distinguen asimismo leyes justas e injustas, sentencias justas o injustas”⁵³. Es decir, que la pretensión pan-ideologista de Kennedy no solo contraría una de las experiencias sociales más elementales y difundidas, sino que hace imposible el debate ético-jurídico, la justificación de las normas, la racionalidad de las sentencias, la científicidad de la ciencia jurídica y prácticamente todo lo que constituye el ámbito del conocimiento y la valoración en el campo jurídico. Es más, tal como lo ha señalado acertadamente Finnis⁵⁴, hace imposible la identificación misma del ámbito de lo jurídico o del derecho en cuanto ámbito específico de las realidades humanas.

6. UNA PERSPECTIVA INCOMPLETA

En rigor, pareciera que una de las causas del desacierto de la crítica elaborada por Kennedy a la concepción moderna del derecho radica en su desatención, no puede saberse si deliberada, respecto a la posibilidad de una concepción alternativa del derecho y de su racionalidad propia. Kennedy impugna la pretensión moderna de la determinación completa del derecho por la racionalidad legislativa, y presenta como opción una mera “crítica de la certeza jurídica (...) [que] resulta liberadora”, y que “contempla las posibilidades de transformación social radical”⁵⁵, sin precisar el sentido de esa transformación. Es decir,

⁵³ SPAEMANN, R., “La actualidad del derecho natural”, en *Ensayos filosóficos*, trad. L. Rodríguez Duplá, Ediciones Cristiandad, Madrid, 2004, p. 67.

⁵⁴ FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1984, pp. 3-22.

⁵⁵ KENNEDY, D., *Legal Reasoning: Collected Essays*, Davis Group Publishers, Aurora-Colorado, 2008, p. 6.

una crítica radical sin más alternativa que la liberación de todo orden jurídico. Pero sucede que existe una perspectiva alternativa⁵⁶, tanto del normativismo moderno como del liberacionismo nihilista, que presenta una concepción del derecho, de la normatividad jurídica y de su concreción, y que presenta soluciones diversas a todas esas cuestiones, y que merece al menos ser explorada en un intento de resolverlas de un modo más rico y razonable que el de la mera negatividad. Se trata de la concepción clásica del derecho, que desde los principales filósofos griegos y los jurisconsultos romanos, pasando por los juristas medievales del *ius commune*, ha formado una tradición de investigación, pensamiento y praxis de una envergadura especialmente relevante⁵⁷.

John Finnis, en un trabajo de especial calidad⁵⁸, ha cotejado las propuestas de esta concepción clásica con la de los CLS, con especial referencia al conocido artículo de Roberto Mangabeira Unger, "The Critical Legal Studies Movement"⁵⁹, a través de una serie de consideraciones que pueden aplicarse adecuadamente a las ideas de Kennedy. Finnis sostiene en ese trabajo que la propuesta del pensador brasileño es un caso más de la incompreensión contemporánea de la tesis clásica según la cual "en el derecho positivo se puede encontrar un modelo de derivación de normas específicas de acción, *i.e.*, de razonabilidad práctica, a través de un proceso intelectual que no es deductivo e implica libre elección (voluntad libre), pero a pesar de ello es un proceso inteligente y dirigido por la razón. Este proceso –concluye– fue denominado por Tomás de Aquino como *determinatio*: nosotros podemos traducirlo por 'especificación', 'concretización', o 'implementación', pero el sentido completo no es alcanzado seguramente por una sola palabra"⁶⁰.

Más adelante agrega Finnis que los CLS "pasan por alto la racionalidad distintiva de la *determinatio*. Por la *determinatio* puede realizarse una particu-

⁵⁶ En rigor, existen varias perspectivas alternativas, algunas de las cuales critica Kennedy en uno de los ensayos del volumen, v.gr., las propuestas por Ronald Dworkin, Neil MacCormick o Joseph Raz; *vide*: ID., cit., pp. 115-124.

⁵⁷ *Vide*, entre muchos otros: MAGALLÓN IBARRA, J.M., *El renacimiento medieval de la jurisprudencia romana*, UNAM, México D.F., 2002, pp. 155 ss. y TAMAYO Y SALMORÁN, R., *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de Occidente*, UNAM, México D.F., 2005, pp. 133 ss.

⁵⁸ FINNIS, J., "On 'The Critical Legal Studies Movement'", en *The American Journal of Jurisprudence*, 30 (Notre Dame, 1985), pp. 21-42.

⁵⁹ MANGABEIRA UNGER, R., "The Critical Legal Studies Movement", en *Harvard Law Review*, 96 (Cambridge-Massachusetts, 1983), pp. 561-675.

⁶⁰ FINNIS, J., cit., p. 23.

larización de ideas generales, compromisos, principios, (...) a través de pasos, ninguno de los cuales es necesario en sí mismo, y todos los cuales pueden razonablemente ser en algún aspecto diferentes –ya que no hay, en esta mirada de instancias, una única solución correcta– pero todos los cuales son razonables...”. Y concluye que la “*determinatio* es razonamiento práctico, cuyos principios son provistos por las formas inteligibles del bien humano, y los requerimientos normativos de alguno de estos bienes, [constituyen instancias de] razonabilidad práctica”⁶¹.

Expresado en otras palabras, en el pensamiento práctico –entendido en el sentido clásico– se presenta la posibilidad de una racionalidad –práctica– no determinante de modo necesario de los resultados de las inferencias en materias jurídicas, en razón fundamentalmente de la contingencia de las múltiples alternativas que se presentan en el campo de las praxis humanas. Pero no obstante esta no-determinabilidad o necesidad de las soluciones, el pensamiento práctico provee de una guía general para la realización del bien humano –los bienes humanos básicos– y ciertos límites decisivos –los absolutos morales– que enmarcan y orientan las soluciones prácticas en un marco de razonabilidad, que no obstante su ductilidad, reviste un carácter objetivo⁶² capaz de justificar racionalmente el valor y la corrección de las soluciones⁶³.

De este modo, resulta innegable que la crítica elaborada por Kennedy y los CLS contra la racionalidad y objetividad en el derecho se queda corta, toda vez que deja de lado toda una visión de la racionalidad práctica que, por otra parte, es la de la tradición central de occidente y que brinda una explicación de la concreción del derecho más articulada y realista que la elaborada por el pensamiento jurídico moderno y sus continuadores. Por otra parte, conviene precisar que la identificación estricta que realiza Kennedy de cualquier remisión o referencia a la justicia con las concepciones ideológicas vigentes, significa un reductivismo difícilmente aceptable y hace desaparecer la posibilidad –que la experiencia jurídica universal confirma– de un anhelo de justicia –y del

⁶¹ *Ibid.*, p. 38.

⁶² *Vide*: MASSINI CORREAS, C.I., “Los principios jurídicos y su objetividad. Consideraciones sobre un debate contemporáneo”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVI (1999), pp. 81-97.

⁶³ *Vide*: MASSINI CORREAS, C.I., “Método y filosofía práctica”, en *Persona y Derecho*, 33 (1985), pp. 223-251 y “Dal positivismo guiridico all’eticità del diritto”, en *Nuntium*, 19 (2003), pp. 26-31.

conocimiento que le sigue— más allá de las preferencias meramente político-sectarias de los operadores jurídicos.

7. CONCLUSIONES: ENTRE NIHILISMO Y TRADICIÓN

Llegado el momento de extraer los principales resultados de los análisis realizados hasta ahora, resulta posible resumirlos escuetamente en los siguientes:

a) La crítica elaborada por Duncan Kennedy del pensamiento jurídico moderno —en el marco de la versión norteamericana de la filosofía de la sospecha que encarna el CLS— especialmente en lo que se refiere a la posibilidad de racionalidad y objetividad en el proceso de aplicación o concreción del derecho, reviste especial interés, ya que supone una versión decididamente radical y fuerte de una impugnación ya encarada por varios autores y corrientes a lo largo del siglo XX⁶⁴; los análisis realizados por Kennedy ponen en evidencia, una vez más, que la pretensión de una determinación unidireccional y exclusiva de la ley respecto de las soluciones jurídicas concretas, es una simple ilusión, no siempre desinteresada, y esconde una concepción reductiva del derecho y del pensamiento y la racionalidad jurídica;

b) Pero no obstante este acierto inicial, la impugnación de Kennedy ofrece varios flancos débiles, el primero de ellos es el carácter nihilista extremo de su hermenéutica de la sospecha, que priva de toda certeza y plausibilidad su elaboración crítica y la conduce a la gratuidad, la irracionalidad y el sinsentido; esto principalmente porque una crítica sin alternativas resulta en una negatividad frustrante, que priva de todo rigor y conclusividad a las argumentaciones y de consecuencia y congruencia a los razonamientos; “La crítica —escribe Claus von Bormann— (...) vive de un presupuesto, que ella misma no puede producir, el de la verdad. (...) Si todo lo existente se presenta como falso y por eso ha de construirse *ab ovo*, y si todo es en igual medida recto y por eso falta toda norma envolvente, no hay ningún estímulo finito para la crítica y nada puede satisfacer el preguntar crítico”⁶⁵.

⁶⁴ Vide: SERNA, P., *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Porrúa, México D.F., 2006, *passim*.

⁶⁵ BORMANN, C. von, “Crítica”, en *Conceptos fundamentales de filosofía*, ed. H. Krings *et alii*, trad. R. Gabás, Herder, Barcelona, 1977, vol. I, p. 447.

c) Además, el criticismo extremo propuesto por este autor se dirige contra una concepción particular del derecho y del razonamiento jurídico, la del racionalismo moderno, dejando de lado –por ignorancia u olvido– la perspectiva clásica, para la cual no existe una determinación unidireccional y excluyente de la ley y la razón deductiva en el proceso de concreción del derecho⁶⁶; como ha mostrado conclusivamente Finnis, las invectivas de los CLS no hacen mella en las propuestas jurídicas del pensamiento clásico, que ofrece una concepción de la razón práctica –en especial, de la práctico-jurídica– mucho más matizada, rica y realista que la empleada por el pensamiento moderno y tardomoderno;

d) Por otra parte, la estricta reducción realizada por Kennedy de cualquier noción de justicia al plano exclusivamente ideológico, supone una desvalorización del pensamiento y la racionalidad práctico-ética al nivel del sectarismo y la parcialidad de la mera ideología, con el consiguiente empobrecimiento de la experiencia humana jurídica; en efecto, esta experiencia, concebida de un modo integral, pone en evidencia la espontánea y permanente inclinación humana hacia parámetros y conductas jurídicamente objetivas e imparciales, más allá de los inevitables parcialismos y unilateralidades que también manifiesta esa experiencia;

e) Finalmente, corresponde recalcar las inevitables limitaciones del pensamiento de la que puede llamarse la “izquierda opulenta”, que los franceses llaman “gauche caviar”, y que desde la comodidad de las cátedras de las más renombradas universidades de occidente, realiza una crítica integral, radical y sin alternativa de las instituciones y las ideas jurídicas, crítica en definitiva nihilista y meramente estética, conducida con una irresponsabilidad y desinterés por las consecuencias que no puede sino alarmar a las inteligencias responsables y sensatas. Frente a esta situación, pareciera que la alternativa más razonable a la innegable crisis de la razón moderna en el campo del derecho y a la esterilidad de las críticas posmodernas, es la de explorar y actualizar las explicaciones propuestas en este ámbito por la tradición central de occidente, en especial en el ámbito de la razón práctica, en búsqueda de soluciones más adecuadas a las estructuras propias de la inteligencia y de la praxis humana.

⁶⁶ Vide: MASSINI CORREAS, C.I., *Filosofía del Derecho III. El conocimiento y la interpretación jurídica*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, pp. 83 ss.

Copyright of Persona y Derecho is the property of Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S.A. and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.