

## Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica

**Duncan Kennedy**

Siglo XXI, Buenos Aires, 2010, 151 páginas.

Federico L. De Fazio

*Izquierda y derecho...* es una recopilación de artículos, capítulos y conferencias cuya autoría pertenece al reconocido profesor de derecho de la Universidad de Harvard, Duncan Kennedy. Las presentaciones reunidas se enmarcan coherentemente con lo que ha sido toda la actividad académica de Kennedy dentro de la corriente del pensamiento jurídico denominada *Critical Legal Studies* (CLS). Como pauta general, podemos señalar que el principal propósito de los CLS ha sido desenmascarar las pretensiones de neutralidad y a-politicidad de las teorías jurídicas tradicionales. Su foco se ha puesto sobre la cardinal influencia que la ideología tiene en la práctica cotidiana de los jueces a la hora de interpretar (y adjudicar) el derecho. Toda esta tradición de estudios críticos estrictamente jurídicos, donde la figura de Kennedy resulta emblemática, se ha presentado como un “virus” que ha puesto en cuestión no sólo a las tradicionales maneras de concebir la labor de los jueces sino, potencialmente también, a la propia concepción moderna sobre el Estado de Derecho y la democracia.

El primer ensayo de la recopilación está centrado en retratar una “fenomenología de la labor judicial”, esforzándose por explicar las vivencias del juez al momento de abordar un caso judicial. A diferencia de las tradicionales teorías jurídicas, Kennedy no concibe a las normas como guías sino como restricciones para resolver los casos. Desde su perspectiva,

los jueces no son “la boca de ley” sino que intentan fundamentar normativamente aquello que decidieron anteriormente y que coincide con sus inclinaciones valorativas personales. Sostiene que todo actuar judicial es un “actuar estratégico” donde el juez intentará desestabilizar la interpretación común (o corrientemente aceptada) que se le presenta a los fines de adaptarla a la solución que él cree más justa (la que ineludiblemente será ideológica). Tomando la categoría que realizara Bobbio (*Destra e sinistra*) y considerando el contexto bipartidista norteamericano, Kennedy sugiere que existen dos ideologías principales (entendiendo “ideología” como proyectos de universalización de una “*intelligentsia*” que considera que actúa para un grupo cuyos intereses están en conflicto con los de otro grupo) de tendencia moderada, que influyen, expresamente o no, en las decisiones de los tribunales. Ellas son la ideología liberal y la ideología conservadora. Si bien ambas comparten valores comunes (como el respeto a la democracia política) se distinguen en que la primera tiene una tendencia más inclinada a favorecer la igualdad social. Tal día da, sostendrá el autor; siempre estará inmiscuida, conflictivamente, en la labor de interpretación del “material jurídico”.

Kennedy prosigue distinguiendo, como tipos ideales, tres modelos de juez. Identificará jueces “activistas restringidos” (quienes siempre priorizarán moldear el significado legislativo según sus preferen-

cias valorativas, ya sean estas liberales o conservadoras); jueces “mediadores” (aquellos que siendo “activistas de centro” o bien oponiéndose a cualquier “activista restringido”, intentan tomar decisiones que medien entre los dos polos) y, por último, jueces “bipolares” (aquellos que, por un lado, pueden tener actitudes de tipo “esquizofrénicas”, como es el caso de aquellos que suelen fallar con cautela ante los poderosos a los fines de conservar sus cargos, o, por otro lado, aquellos que adopten actitudes que simulen cierta “neutralidad”, fallando en ciertas ocasiones para un bando y en otras para otro). Los tres tipos de juez, pese a sus diferentes maneras de proceder, tienen dos coincidencias fundamentales: a) que los tres, ya sea en forma directa (como el primer modelo de juez) o indirecta (como los otros dos modelos) están influidos por la irreductible diada ideológica, y b) que, paradójicamente, los tres sustentan (retóricamente hablando) sus decisiones en aplicaciones de la ley limpias de ideologías, es decir, neutrales. ¿Cómo se compatibilizan en la práctica esas características comunes que resultan inconmensurables? Bien, sostiene Kennedy, gracias a la negación que el juez y la sociedad hacen de aquella realidad. Tomando las definiciones que S. Freud y A. Freud han dado a la negación, el autor considera que los jueces se topan ante un “conflicto de rol” que es insuperable y que “semi-conscientemente” (a decir de Sartre, mitad represión y mitad “mala fe”, pues se oculta aquello que se sabe que sucede ineludiblemente) conviven con tal conflicto reprimiéndolo. Asimismo, la sociedad toda también decide negar la gravitación de la ideología en las decisiones judiciales a los fines de no caer en la angustia de haber creído en un diseño institucional fallido y evitar caer en un mar de incertidumbres.

En el segundo ensayo Kennedy contrasta su posición teórica con las tradiciones jurídicas positivistas. Como ya se señaló, estas últimas adoptan posturas “cognitivistas” (limpias de la política y las ideologías) que el profesor de Harvard rechaza con su noción de “trabajo estratégico” del juez. El juez, cree, siempre intentará forzar o desestabilizar la interpretación que se le presenta intuitivamente como primera respuesta y adaptarla a sus pretensiones de justicia. Su única limitación será su imposibilidad argumental (a saber: los “materiales jurídicos” con los que cuenta; una aceptación interpretativa unánime o casi unánime sobre un determinado tipo de caso; conservar su cargo de juez; entre otras posibilidades). Aquí la idea de la “determinación del derecho”, tan preciada a las valoraciones del Estado de Derecho, del imperio de la ley o de la regla de la mayoría, queda por demás relativizada. La determinación del derecho quedaría sujeta a la capacidad del juez de poder “trabajar estratégicamente” sobre los materiales jurídicos. El derecho sería predecible en tanto podamos suponer que el juez no va a poder desestabilizar la aprehensión con la que se había topado al momento de conocer el caso (que a su vez tiene sentido como cúmulo histórico de “estrategias”).

En el tercer ensayo Kennedy indaga sobre la idea moderna del Estado de Derecho y la concepción tradicional proveniente de los “Padres Fundadores” que suponen una estricta separación entre el ámbito de la creación de normas y el ámbito de la aplicación de normas (por tanto, entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial; entre la política y el derecho, entre lo subjetivo y lo objetivo, entre los valores y la verdad). ¿Qué queda de esta tradición simbólica si aceptamos, al estilo Kennedy, que el juez es un “estratega”? Las diferentes teorías del derecho,

acusa, han pretendido mantener al margen a la ideología de la vida judicial a los fines de respaldar tal tradición teórica, mediante la creencia en la posibilidad de una aplicación “objetiva” de las normas: algunos entendiendo que hay un núcleo generalizado de significado cognoscible (como Hart), otros entendiendo que el sistema jurídico, como un todo, tiene un valorización común (una filosofía política) que le da sentido (Dworkin). Si no puede hablarse de “verdad interpretativa” y reconocemos que en el acto interpretativo del juez la ideología se inmiscuye, entonces la *juris-dictio* será tanto un acto de creación como de aplicación del derecho. Así lo entiende Kennedy mediante su concepción amplia de la interpretación. No habrá un halo de significado o de principios que den certeza y coherencia al ordenamiento jurídico, sino que habrá concepciones ideológicas sobre las que el juez, semi-conscientemente, se apoyará al momento de manipular los “materiales jurídicos” y dictar sentencia.

En el último capítulo Kennedy relata la eficacia que ha tenido y tiene la “fe” en los valores y directrices arrojados por la Constitución de Estados Unidos y por quienes la interpretan (los jueces de la Suprema Corte). Sostiene, metafóricamente, que la obediencia en los fallos de los tribunales supremos está basada en cuestiones de “creencia” al estilo pre-moderno. Como los adivinos de la Edad Antigua o los pontífices de la Edad Media, los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos fallan sobre cuestiones sustanciales en la vida de los ciudadanos, fundamentando interpretar los valores

últimos sostenidos por la manifestación del pueblo (*Bill of Rights*). Ahora bien, Kennedy, al definirse como un “escéptico constitucional”, pone en cuestión las decisiones jurisdiccionales no sólo mediante su noción de “interpretación como trabajo estratégico” sino además mediante su convicción de que no existe una colectividad llamada “pueblo” que haya construido al derecho constitucional y haya ratificado tales valores últimos. Cree, en definitiva, que esas decisiones pueden imponerse y estabilizarse (pese a su carácter contra-mayoritario) gracias a esa “fe” (que también es negación) materializada en una especie de “manipulación ingenua” por parte de los jueces.

La compilación que establece el libro, si bien no es sistemática, ofrece una buena entrada a las nociones del autor. Como puede notarse, la obra de Kennedy es tan ácida como reveladora. Su intención principal, cuestión que en la obra se refleja asiduamente, es intentar relatar, a modo de explicación intuitiva, cómo es que los jueces verdaderamente fallan, tirando abajo viejos mitos sobre la labor neutral y mecánica de la judicatura. Si la idea moderna de verdad interpretativa (como algo científico) se pone en cuestión, entonces la función del Poder Legislativo y la legitimidad de las decisiones prácticas basadas en la voluntad de la mayoría y en el imperio de la ley también se ponen en cuestión. Un problema que la teoría política, creemos, no debiera desmerecer cuando reflexiona sobre la democracia, sobre el Estado de Derecho, sobre la separación de los poderes, etc.