

Recepción: 23/08/2013
Aceptación: 10/12/2013

Luis Meliante Garcé*

La crítica jurídica Latinoamericana en sentido estricto: de la invisibilidad a su consideración en la doctrina nacional

*Latin American legal criticism in the strict sense: from invisibility
to its consideration in uruguayan academic legal writing*

Resumen

El trabajo que se pone a consideración, responde a una visión crítica del Derecho que en nuestro país, es francamente minoritaria.

La puja de Las Teorías Críticas del Derecho, por instalarse como un modelo alternativo en un escenario de la Teoría General del Derecho y de la Filosofía jurídica, signado por la confluencia del iusnaturalismo (en todas sus vertientes) y el positivismo también con sus variedades, de alguna manera preeminente explícita o implícitamente en el pensamiento jurídico, es una pretensión absolutamente válida y además saludable, porque también se extiende predeciblemente, al campo dogmático.

La Crítica Jurídica, entendida sustantivamente en sentido estricto tal como se explica en este aporte, atrae para su consideración preeminente, cuestiones y aspectos que han sido descuidados o por lo menos considerados de manera secundaria por la Teoría Jurídica uruguaya, y más aún en el campo de la Dogmática.

Si a ello se agrega, la importancia conferida por la Crítica a la búsqueda de ciertas rupturas razonables en el modelo educativo propiciado para el Derecho, y además al análisis cauteloso del proceso de su constitucionalización, todo parece indicar, salvo que gane la opacidad, que se abrirán centros de interés para instalar un saludable y necesario debate.

Palabras Clave: crítica; estricto; enseñanza; sujeto; constitucionalización

Abstract

This paper sets forth a critical vision of Law, only shared by a minority in Uruguay.

The struggle of Critical Theories of Law to be recognized as an alternative model in a General Theory of Law and Philosophy scenario, signed by a confluence of "iusnaturalism" and "uspositivism" (in all their aspects), and preminent explicitly or implicitly in legal thought, is a perfectly appropriate and even healthy effort, as it expands predictably to the dogmatic field.

The acceptance of a possible dialogue, in terms of reasonable equality, is good for Law.

Legal Criticism, understood literally as it is explained in this paper, focuses mainly on the pre-

* Profesor Adjunto Titular de Filosofía y Teoría General del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho del Centro Latinoamericano de Economía Humana. (Claeh). Correo electrónico: luiamelgar@hotmail.com

eminent consideration, aspects and issues as relationships, that have been neglected or at least regarded as secondary in the opinion of Uruguayan Law Theory, especially in the Dogmatic field.

Furthermore, with the inclusion in this paper of the significance of searching certain disruptions in the educational model, and also a detailed examination of the constitutionalization process of Law, it can be concluded, unless opacity prevails, that several debates will need to be opened, as they are healthy and urgently needed.

Keywords: *critical; critique; criticism; strict; education; legal subject; constitutionalization*

Introducción

En la República Oriental del Uruguay, expresar alguna idea sobre *las Teorías Críticas del Derecho*, no es una tema fácil.

El marcado eclecticismo de los contenidos de las propias *Teorías Críticas*, y a su vez la natural ambigüedad con la que el término *crítica* es utilizado en los distintos contextos reflexivos atinentes al Derecho, dificultan notoriamente su tratamiento. Por otro lado, una mirada crítica sobre el Derecho, particularmente si se la considera desde sus bases teóricas fundacionales, es notoriamente minoritaria y ha sido muy poco difundida tanto en el pensamiento filosófico jurídico uruguayo como en el campo dogmático. Podría afirmarse, que ha estado prácticamente invisible.

En la literatura jurídica de nuestro país, en forma bastante reciente, se propuso un concepto de *Teoría Crítica* en torno al Derecho que responde a la tradición filosófica de donde se estima que ha nacido, en el que se afirma que el mismo se adapta a la circunstancia jurídica y política latinoamericana que está reclamando entre otras cosas, una re- formulación del concepto de *sujeto* que permita a éste, una nueva forma de inserción en todos los ámbitos (social, jurídico, político, económico) que le son propios e inherentes. (Meliante, 2011:4).

Este tema, así como otros que constituyen categorías de importante reflexión dentro del marco teórico *crítico*, tales como la relación Derecho-lenguaje, Derecho-poder, Derecho-política, Derecho-ideología, Derecho-decisión judicial, Derecho-narrativa, Derecho-enseñanza del Derecho, Derecho-interdisciplinariedad, resultan primordiales para la *crítica* pero han estado alejados del interés prevalente de los juristas uruguayos.

Puede sostenerse que la reflexión jurídico filosófica sobre alguna de ellas, debe preceder a todo abordaje que se efectúe en relación al Derecho o por lo menos incluirlo de alguna manera, ya se considere que éste sea o no una ciencia social, u otro tipo de saber; aunque puede afirmarse que en nuestro país no se ha entendido doctrinariamente hasta ahora, que las mismas posean el necesario poder de convocatoria para constituirse en aspectos que merezcan un análisis particularizado.

Tampoco estos temas deberían resultar ajenos a la reflexión jurídica, si se tiene en cuenta que pueden ocurrir ciertas movilizaciones en las estructuras profundas del modo de ser jurídico de nuestro país, con la irrupción del proceso de *constitucionalización* del Derecho que de forma relativamente reciente, se ha insinuado teóricamente, particularmente en su visión euro-céntrica, como se verá más adelante.

Finalmente, la naturaleza de una mera puesta en escena de la *crítica* que se hace en este trabajo, de una manera no ortodoxa, así como la presentación de sus tópicos más generales, desplazan radicalmente la posibilidad de que se estudien en profundidad todos y cada uno de los temas propuestos como categorías de análisis de la misma. Eso será seguramente objeto de un trabajo mayor en el futuro. De todos modos, algunos de ellos serán considerados por lo menos de una manera provisional, tentativa y naturalmente revisable.

La crítica en el Derecho. Sus sentidos

Michel Miaille, explica que el término *crítica*, es frecuentemente utilizado con exceso, incluso por autores que no responden a esta corriente de pensamiento, según la conceptualización que habremos de ver. “*Le mot critique este actuellement utilisé, presque galvaudé au point que beaucoup d’auteurs et même courants de pensée se présentent comme*” (Miaille 1992: 20, 21).

Por ejemplo, y solo para que se aprecie como una relevante referencia, el insigne constitucionalista italiano Luigi Ferrajoli, ha postulado la construcción de un *positivismo crítico*, ubicado dentro de las fronteras de la propia teoría positivista. Ferrajoli aporta así una variante del positivismo, cuya tarea principal será la identificación de antinomias y lagunas, es decir, de aquellos espacios de ilegitimidad del Derecho y exceso de poder. (Sferazza Taibi, 2010: 11).

En la medida que *criticar*, en sentido *amplio* es poner en cuestión, puede decirse que no se consideran desde esa perspectiva, ciertos insumos filosóficos fundacionales puntuales; contexto que debe entenderse compuesto por aquellos contenidos que responden a la tradición filosófica que se formula en el S XX con los maestros de la Escuela de Frankfurt, y de ahí en más con sus epígonos intelectuales y otras filosofías y teorías aunque más no sea parcialmente afines, según se verá seguidamente.

La *crítica*, puede también guardar una equivalencia con el concepto de dar *otra mirada*, como lo ha propuesto Christian Curtis (disponer, discernir, dar otra mirada, (“cernere”). (Curtis: 2001).

En el concepto que se califica como *amplio*, la tradición filosófica se deja de lado y se sustituye por una *actitud* intelectual de cuestionamiento discursivo de aspectos sincrónicos específicos del *statu quo* teórico de una determinada aérea del Derecho. En este mismo sentido, también legítimamente toda disidencia o innovación académicamente seria que se exponga en ese contexto del Derecho, puede llegar a denominarse o calificarse de *crítica*.

En cambio desde otro ángulo, en sentido *estricto*, a partir del marco especulativo que se ejerce dentro de un *mismo núcleo* teórico respetuoso de una tradición filosófica común, tienen origen discursos que abarcan fundamentalmente aspectos dispersos y temas que generalmente no eran antes objeto de atención primordial por parte de los juristas. Se le conoce a ésta, como “*Teoría Crítica del Derecho*” o “*Teorías Críticas del Derecho*”. En este sentido *estricto*, debe hablarse también de *Teorías Críticas*, puesto que como se verá, las versiones son varias y de marcado eclecticismo.

El tema ha sido correctamente explicado por Antonio Carlos Wolkmer, quien alude a la ambigüedad, elasticidad y amplitud del término *crítica*, y señala los innumerables significados con que el mismo se ha empleado a través del tiempo, especificando - en el sentido que realmente interesa - que la *crítica* puede ser conceptualizada como un “...*instrumental pedagógico operante (teórico-práctico) que permite a sujetos inertes y mitificados una toma histórica de conciencia, desencadenado procesos que conducen a la formación de agentes sociales poseedores de una concepción del mundo racionalizada, antidogmática, participativa y transformadora...*”. (Wolkmer, 2002:5). Contextualizando este aspecto, el autor hace alusión previamente en forma concreta a Paulo Freire, quien por su parte expresa que la *crí-*

tica: ... es aquel conocimiento que no es dogmático, ni permanente, pero que existe en un continuo proceso de hacerse a sí mismo. Y, siguiendo la posición de que no existe conocimiento sin praxis, el conocimiento "crítico" sería aquel relacionado con un cierto tipo de acción que resulta de la transformación de la realidad. Solamente una teoría "crítica" puede ser el resultado de liberación del ser humano, pues no existe transformación de la realidad, sin liberación del ser humano... (Freire, Paulo; cit. por Wolkmer, 2002:4).

En síntesis, puede llamarse "*teoría crítica*" en *sentido amplio*, a todo aporte discursivo que en uso de la libre expresión y la honesta contribución académica, refiera a toda disidencia o innovación que ponga en cuestión algún aspecto del *statu quo* teórico, en un área determinada del Derecho.

Por el contrario, desde el punto de vista *estricto*, solo podrá entenderse por *Teoría Crítica o Teorías Críticas del Derecho*, a aquella o aquellas que en general, guarden correspondencia discursiva y conceptual con la tradición filosófica que se concreta en el S. XX en la Escuela de Frankfurt. Esta encuentra su inspiración teórica en la tradición que se remonta lejanamente a la dialéctica hegeliana, al pensamiento de Nietzsche, al subjetivismo psicoanalítico freudiano, a la sociología weberiana, culminando con un fuerte intento de re-formulación del materialismo marxista, y luego continúa hasta nuestros días con los aportes de sus epígonos intelectuales y otras contribuciones filosóficas que conforman un núcleo teórico, aunque sea parcialmente afín. En este contexto pues, queda evidenciado un perfil teórico común *de la o las teorías críticas*. Pese al particular eclecticismo de las mismas, al responder todas, por lo menos en general, a una matriz teórica común, tal condición permita claramente su identificación como tales.

En este último caso, puede decirse también, que el término *crítica en sentido estricto*, adquiere naturaleza *sustantiva*. En el otro, constituye una *adjetivación*. Ello no desmerece que se pueda emplear el mismo en cualquiera de las posibilidades que se anotan, aunque convendría hacer la aclaración contextual de su uso.

Precisamente, en este último sentido (*estricto*), constituyen para la *crítica* centros de interés reflexivo de singular relevancia, las relaciones entre "Derecho-lenguaje", "Derecho-poder", "Derecho-política", "Derecho-ideología", "Derecho-narrativa", "Derecho-decisión Judicial", "Derecho-enseñanza del Derecho", "Derecho-interdisciplinaria", además de la *consabida re-formulación jurídica del concepto de sujeto*, categorías todas que merecieron tradicionalmente

una atención general, episódica y secundaria por parte de los juristas, pero que toman por el contrario un lugar preponderante en la visión *Crítica del Derecho en sentido estricto*, en varias de sus versiones.

La profundización del análisis de estos contenidos o categorías repercute sin duda en toda la dogmática jurídica, como se verá en forma parcial y brevemente. Es conveniente aclarar también, que en el ámbito de las Teorías *Críticas del Derecho en sentido estricto*, todo otro tipo de reflexión sobre temas que preocupan a la dogmática jurídica tales como técnicas, instituciones, normas, procedimientos, etc., son considerados por aquellas, en general, como formas de manifestaciones del *poder* o formas en que éste se materializa pragmáticamente.

Puede expresarse, que el punto de confluencia al que se arriba en la consideración del Derecho por parte de la o las *Teorías críticas*, es que éste “*se co-instituye en la praxis, en el sentido de que el Derecho de cualquier formación social, es parte calificada de su historia, de su ideología y de su concepción política. En definitiva, se co-instituye...*” (Meliante, 2011: 226). Se perfila así, una forma privilegiada y calificada de expresar los modos de solucionar los conflictos sociales en una sociedad históricamente determinada la que se traduce funcionalmente en una pluralidad de formas socio-discursivas que tienen diversos interlocutores calificados, generalmente en oposición. (Meliante, *ibid*). El abordaje cognoscitivo del Derecho desde la perspectiva que se analiza, es en primer lugar discursivo, particularmente semántico, pero también intencionalmente social, histórico, ideológico y político. Determinar finalmente si el resultado de ese abordaje, (esto es el Derecho), constituye una ciencia social o forma parte de otro tipo de conocimiento, conforma un aspecto de la discusión epistemológica interna de la *crítica jurídica en sentido estricto* y constituye un tema en el que aún, dentro de ese contexto reflexivo, no existe unanimidad de opiniones.

Solo para citar algunas fuentes, podría entenderse que el Derecho es una forma de saber, de reflexión, que sin constituir un conocimiento científico general se apoya epistemológicamente en diferentes disciplinas (Wolkmer, 2002:20 y 77), o que puede integrar el universo de las ciencias sociales (Meliante, 2010: 55,56 e *ibidem*, 2011:72), o que es una práctica social específica de naturaleza discursiva que se desarrolla en una formación social determinada (Cárcova, 2007:162). Puede legítimamente afirmarse también, que éste sea meramente una *práctica social*, como por ejemplo lo hace Atienza, a quien si bien no puede considerarse un expositor de la *crítica en sentido estricto*, en su perspectiva filosófica es claro que

ésta de alguna manera, tuvo algo de incidencia. También sería ésta, la posición de Gonzalo Sozzo. (Atienza, 2007:661-663; Sozzo, 2006:319).

Noticia sobre las Teorías Jurídicas Críticas en los horizontes culturales latinoamericano y norteamericano. La tradición filosófica fundacional

Es aceptado generalmente que el territorio latinoamericano, comprende a los países de habla española y portuguesa del continente, incluyendo las lenguas indígenas autóctonas que también se hablan en gran parte de América. También existen lugares donde se hablan otras lenguas, como es el caso por ejemplo de Haití, en donde además de su lengua autóctona o criolla se habla francés. Como consecuencia de aspectos geográficos, antropológicos, sociológicos y no meramente lingüísticos, es posible incluir también en el territorio latinoamericano a otros países, como por ejemplo a Puerto Rico, aunque sea éste en realidad, un Estado Libre asociado a los Estados Unidos de Norteamérica.

Para conciliar todos estos aspectos, puede hablarse de un *horizonte cultural* latinoamericano (Covos, 1995:11) con definiciones propias, que exceden lo meramente lingüístico y lo diferencian de otro *constituido* en otra gran parte geopolítica de América, de influencia anglosajona: el *horizonte cultural* norteamericano. Esta será la forma de denominación que se adoptará en este trabajo. Sin perjuicio de ello, los modelos de integración que se han ensayado y que puedan ensayarse en el futuro para América toda, así como desde otro punto de vista las interferencias y consecuencias muy peculiares que el proceso de globalización ha tenido en Latinoamérica, no configuran un obstáculo para la denominación de *horizonte cultural* que se adopta en el mismo.

Finalmente en forma previa a abordar el tema singularizado en el presente apartado, teniendo en cuenta la característica peculiar de auto-construcción permanente y de constante apertura del pensamiento *crítico jurídico en sentido estricto*, debe aludirse en general a la incidencia de la denominada *tradición filosófica fundacional* y a otras influencias. La notoria y ya anotada matriz originalmente *frankfurtiana*, en primer lugar, se complementa con el pensamiento de Jürgen Habermas, de quien si bien puede decirse que es un heredero de la Escuela de Frankfurt en la medida que su construcción sigue en general las líneas planteadas por Horkheimer y Adorno y en alguna medida Marcuse, como bien se ha referido en algún momento, sus trabajos presentan una mayor amplitud, vinculando elementos extraídos de la Filosofía y de las Ciencias Sociales. (Bolade-

ras, 1996:18). No obstante, la circunstancia de que Habermas haya elaborado sus tesis sobre la *juridización* del mundo de la vida de la forma en que lo hizo, llevó a que se expresara que su pensamiento "... *re-formula una desconfianza sociológica frente al Derecho*". (Velazco, 1994:179). Habermas también, tuvo el mérito de haber depurado la Teoría Crítica de los maestros de Frankfurt de sus tentaciones más elitistas, abandonado la dialéctica, la crítica negativa, el psicoanálisis y cualquier deriva utopista lo que supone una concentración de esfuerzos teóricos y una considerable moderación de sus esfuerzos políticos. (Noguera, 1996:135).

Por su parte, Carlos María Cárcova menciona nítidamente los aspectos centrales de la obra de madurez de Habermas, la prestigiosa *Teoría de la acción comunicativa*. Se trata de advertir, dice el autor que al expresar la sociedad contemporánea una racionalidad instrumental, *requiere también una racionalidad comunicativa, que demanda diálogo y además el sostenimiento de buenas razones* que sostengan la institucionalidad. Continúa expresando también, *...que subsisten los riesgos, cada vez más amenazadores, de que el mundo de vida sea colonizado por los sistemas, que la moral – para subrayarlo en términos particulares- sea definido por el mercado. Frente a tales riesgos, Habermas afirma el valor emancipatorio de la crítica deconstructiva, de la denuncia de los mecanismos expropiatorios, en el despliegue deliberativo de la interacción pues, afirma, la realidad se construye como sentido en el intercambio dialógico. La utilización del lenguaje dirigida al entendimiento constituye el modo original de uso... Con el lenguaje también se engaña*, dirá Cárcova, y solo ciertas condiciones específicas que operan como presupuestos de validez de la comunicación, conducen a la verdad por consenso. Comprensibilidad, veracidad, rectitud, valor ilocutivo de lo que se dice, caracterizan lo que Habermas denomina "*situación ideal de diálogo*". (Cárcova, 2007: 228-229).

En relación a la función del Derecho y su papel en el proceso de integración social, el autor argentino señala también que cuando Habermas sostuvo la tesis de la *autonomización* del sistema jurídico, ello no podía significar una desconexión absoluta entre Derecho y Moral ni entre Derecho y Política; concluyendo con palabras de éste en donde expresa: *...Autónomo es un sistema jurídico sólo en la medida en que los procedimientos institucionalizados para la legislación y la administración de justicia garantizan una formación imparcial de la voluntad y del juicio y, por esta vía, permite que penetre tanto en el derecho como en la política, una racionalidad procedimental de tipo ético. No puede haber derecho autónomo, sin democracia realizada...* (Cárcova, 2007: 232-233).

A las tesis *habermasianas* se sumaron también otras influencias. Sin que ello constituya un inventario exhaustivo, corresponde señalar en general aquellas que han tenido distinta relevancia en este modo de ver al Derecho y han incidido en sus distintas perspectivas; como por ejemplo algunos aspectos de la filosofía *comprensivista* de origen *diltheyano*, y su deriva posterior en Georg Gadamer, como también algunas de las tesis de Max Weber, así como los profundos cuestionamientos que hace Michel Foucault a la “filosofía del poder”, o aquella influencia que ha tenido en la *crítica jurídica*, la filosofía del lenguaje de origen *estructuralista* o la visión *deconstructivista* de Jacques Derridá, así como las tesis de Norberto Bobbio en su fase del positivismo *metodológico* y su migración hacia un interés confeso por la Ciencia Política, y también en algunos casos la marcada influencia del empirismo sociologista, como ocurriera por ejemplo, en la versión *crítica* del movimiento de los Critical Legal Studies (CLS), de alguna manera herederos del viejo y fecundo realismo anglosajón.

Por su parte Mario Lozano, refiriéndose exclusivamente a la corriente *crítica* del Derecho alternativo que tuvo singular influencia en parte de la República Federativa del Brasil, y que el autor ubica entre los años 1988 y 1994 fundamentalmente en la parte meridional de ese país en el Estado de Rio Grande do Sul; menciona la trascendencia que el pensamiento de Ihering, así como el de Ehrlich, Kantorowicz, Heck y del propio realismo empirista norteamericano, tuvieron en la formación de muchos de los juristas alternativos brasileños, (Lozano, 2000:304). También alude a la opinión del sociólogo brasileño Claudio Souto, quien menciona dos fuentes generales que a su juicio incidieron en el *alternativismo crítico* de ese país: el “jusnaturalismo tradicional” y aquella que el autor denomina “... el derecho vivo... que de hecho domina la vida social...”, (Lozano, *ibid.*: 302), así como también la incidencia que tuvo en esta variante de la *crítica*, la corriente religiosa denominada “Teología de la liberación”. (Lozano, *ibid.*: 304).

Lo que viene de expresarse demuestra cabalmente que la *crítica* en general se encuentra signada, como ya se advirtiera, por un marcado eclecticismo tanto en sus contenidos como en sus influencias. No obstante, el relevamiento del pensamiento de la *crítica jurídica* que se efectúa en el presente trabajo y pese a que puede argumentarse válidamente que muchas de las expresiones del mismo pueden haber quedado ya en el pasado, no desmerece la procedencia de su mención. Debe decirse también, que aún en la actualidad en sus versiones vigentes, el pensamiento *crítico en sentido estricto* se encuentra en formación y tiene su trasfondo original en aquella manera de pensar en parte muy europea necesariamente

fundacional, a la que ya se aludiera antes.

Con esta perspectiva, se fueron generando en Norteamérica y también en Latinoamérica, formas de reflexión acerca del Derecho que volvieron su mirada a las realidades jurídicas de sus propias formaciones sociales, considerando para ello los aspectos políticos, socioculturales, ideológicos y económicos de las mismas, buscando constituir una filosofía jurídica que les fuera propicia y además, inherente. Puede así hablarse entonces, de teorías jurídicas críticas latinoamericanas y norteamericanas, en sentido estricto.

En Norteamérica, la *crítica en sentido estricto*, surgió desde las Universidades de Harvard y Yale, como una reacción a la actividad jurídica de ese país, durante los años setenta del siglo pasado, con el llamado movimiento de los *Critical Legal Studies (CLS)*. Su influencia incluso, trascendió fuera de fronteras y perdura aún hoy. Como se dijera, el movimiento, heredero del viejo “realismo norteamericano” de base fuertemente empirista, se encuentra ligado también al ya consabido pensamiento de la Escuela de Frankfurt, a las tesis de Foucault, y en parte al pensamiento de Nietzsche y Weber, Leví Strauss y Derridá, entre otros. (Carrino, 1992: 115-153, Cárcova, 2007:114, Meliante, 2011:7). Su representante más conspicuo, y sin perjuicio de las contribuciones de Roberto Unger, Morton Horwitz, Karl Klare y Al Katz, entre otros, es en la actualidad el profesor de Harvard, Duncan Kennedy, y sus opiniones no solo han abarcado aspectos atinentes a la Filosofía y Teoría General del Derecho, sino que también se han extendido al campo de la dogmática. (Kennedy, 2012:101).

En Latinoamérica, el panorama es más complejo y la influencia de la *crítica en sentido estricto*, ha sido diferente según los países en donde ésta se adoptara. Resultan notoriamente ilustrativos al respecto los trabajos ya citados de Mario Lozano, (Lozano, 2000:295 y ss.) y Antonio Carlos Wolkmer. (Wolkmer, 2002; 59 y ss.).

En Europa occidental – dice Lozano – durante los años setenta y ochenta del siglo pasado, se llevaron a cabo reformas reclamadas desde el mayo del ’68 y se desarrollaron movimientos de un “derecho alternativo”, como la “*Critique du droit*” en Francia y “*L’uso alternativo del Diritto*” en Italia, y surgieron también en otros lugares de Europa central movimientos críticos que llegaron incluso a expresarse de forma escrita con revistas tales como “*Jueces para la Democracia*” en España, “*Kritische Justiz*” en Alemania, “*Kritick van Recht*” en Holanda etc. (Lozano, 2000: 283). Mientras eso ocurría en Europa, “...*en Sudamérica estaban te-*

niendo lugar una serie de golpes de Estado militares, que eran respuesta a los problemas económicos y sociales...” que el propio autor enumera: latifundismo, pésima distribución de la riqueza entre los ciudadanos, control de las materias primas por parte de empresas extranjeras, inflación galopante, tutela de menores y en algunos países supervivencia de los indígenas. (Lozano, 2000: 295).

Considerando la opinión vertida, deben tenerse presente también, las nefastas y sangrientas consecuencias que esos golpes militares dejaron en cada uno de los países que ocurrieron y que pasados ya más de cuarenta años de su aparición, sus secuelas aún perduran. Su irrupción no se puede desvincular de la promoción gestada desde EE.UU., de la denominada “doctrina de la seguridad nacional”, de lamentable y luctuosa trayectoria, con cuya difusión se pretendió contrarrestar la aparición en varios países latinoamericanos de distintos movimientos guerrilleros que reivindicaron en ese momento la lucha armada, como un instrumento para combatir también la ya argumentada desigualdad social y económica del momento. La polarización de la situación política interna, sumada a la intervención estadounidense en esos países y la confrontación de la guerrilla, culminaron haciendo trastabillar las frágiles democracias liberales por entonces existentes, instalándose así las férreas y sangrientas dictaduras militares ya aludidas.

Tras la caída de las mismas, con la recuperación de la vida democrática, continúa diciendo Lozano: “... *podieron desarrollarse movimientos jurídicos críticos o alternativos: las particularidades de la historia del Cono Sur explican por qué razón dichos movimientos no se desarrollaron hasta el final de los años ochenta...*” (Lozano, 2000: 296). Este desfase de casi veinte años entre aquel tipo de pensamiento europeo *crítico* en relación al Derecho y el latinoamericano que nace posteriormente, lo vincula el autor a la larga interrupción democrática y al control en la libre circulación de las ideas, impuestas por las dictaduras militares. (Lozano, *ibid.*). La recuperación de la democracia y el regreso de muchos intelectuales, de forzados exilios en Europa, trajo consigo la posibilidad de “... *nuevas iniciativas (Que) comenzaron a circular con mayor intensidad*”. (Lozano, *ibid.*).

Destaca también el autor, las diferencias notorias que existen entre las repercusiones del movimiento de la *crítica jurídica* en Brasil y en Argentina, por ejemplo. En Argentina, explica, tuvo su influencia la corriente denominada *Critique Du Droit*, destacando la figura notoria de Carlos María Cárcova como referente; haciendo lo propio en relación a México con el Prof. Oscar Correas, quien tuvo, según explica, una marcada influencia luego sobre el magistrado brasileño de

Santa Catarina, Lédio Rosa de Andrade. (Lozano, 2000: 297, 298). Sin embargo en Brasil las opiniones se encuentran divididas en torno a este tópico respecto al cual, hay autores que marcan la influencia en ese país de la corriente francesa “*Critique du droit*”, y otros que se inclinan por la preeminencia de la italiana, “*L’uso alternativo del Diritto*”. (Lozano, 2000: 304). Dentro de este *horizonte cultural* latinoamericano tan especial, mientras el pensamiento *crítico jurídico en sentido estricto* iba siendo aceptado por lo menos parcialmente en muchos países constitutivos del mismo y como se ve incluso muy cercanos; en Uruguay su recepción fue nula.

Ahora bien, profundizando un poco y sin perjuicio de lo que viene de exponerse, no debe olvidarse que la *Reine Rechtslehre de Hans Kelsen*, fue sin duda la obra más importante de Teoría y Filosofía del Derecho del pasado S XX, debiéndose tener presente el enorme legado formulado por autor al mundo jurídico, tanto en el ámbito epistemológico como en el marco de rigurosos conceptos de Teoría General del Derecho. Como bien lo señala el profesor brasileño Wolkmer; hubo en los albores del movimiento *crítico del Derecho* en los años setenta del siglo pasado, : ... *un cuestionamiento del sólido pensamiento juspositivista reinante no solo académicamente sino institucionalmente y además una necesidad de desmitificación de la legalidad dogmática tradicional y la introducción de un análisis sociopolítico del fenómeno jurídico, aproximando el Derecho al Estado, al lenguaje, al poder, a las ideologías, a las prácticas sociales y sometiéndolo a la crítica interdisciplinaria...* (Wolkmer, 2002:16).

Ya a fines de los años setenta y comienzos de la década de los ochenta, los criterios básicos del enfoque del Derecho promovidos por aquellos movimientos citados, “*Critique du Droit*” de origen francés y su par italiano, “*Uso alternativo del Diritto*”, se habían extendido como se vio, por otros países de Europa central (Alemania, España, Holanda, Portugal, por ejemplo), para derivar luego hacia algunos países de Latinoamérica : Chile, Brasil, Colombia, Perú, México y particularmente de manera muy cercana, cruzando apenas el Río de la Plata, en la República Argentina.

A manera de apretada síntesis y con el riesgo de caer en exclusiones impensadas, en este universo teórico deben mencionarse en Latinoamérica a algunos de sus seguidores: Oscar Correas y Alma Melgarejo en Mexico, Eduardo Novoa Monreal en Chile, Luis Fernando Coelho, Roberto Lyra Philo, Tercio Sampacio Ferraz Jr., Lédio Rosa de Andrade, Amílron Bueno de Carvalho y Antonio Car-

los Wolkmer en Brasil, y en Argentina a Luis Alberto Warat, Enrique Mari, Carlos María Cárcova, Ricardo Entelman, Alicia Ruiz, Lucía Assef, Christian Courtis, Carlos Martyniuk, Diego Dukelsky, Jorge Douglas Price, José Orler, y de alguna manera también a Gonzalo Sozzo, entre otros.

Ya se han visto las particularidades del término “*crítica*”, por lo que seguidamente se hace necesario aproximarse a una conceptualización, luego de tantas especificidades y eclecticismos, de aquello que puede entenderse por “*Teoría Jurídica Crítica en sentido estricto*”, complementando las ideas que ya se adelantaron.

¿Es posible establecer un concepto aceptable de *teoría jurídica crítica* latinoamericana que pueda ser recibida también en la República Oriental del Uruguay?

La pregunta que encabeza el presente apartado y una respuesta tentativa a la misma, parece crucial.

Antonio Carlos Wolkmer citando al Profesor mexicano Oscar Correas expresa que: *...la “crítica” puede comprender aquel conocimiento que no es dogmático, ni permanente, ... que existe en un continuo proceso de hacerse a sí mismo. Y, siguiendo la posición de que no existe conocimiento sin praxis, el conocimiento “crítico” sería aquel relacionado con un cierto tipo de acción que resulta en la transformación de la realidad. Solamente una teoría “crítica puede resultar en la liberación del ser humano, pues no existe transformación de la realidad sin liberación del ser humano...* (Correas, cit. por Wolkmer, 2002: 4).

Es claro también que la *Teoría Jurídica Crítica* tal como está hoy constituida, ha instalado unos de sus puntos de debate más fuertes, en la discusión de los aspectos políticos e ideológicos del Derecho. Probablemente ese camino como modo de confrontación expositiva de la *crítica jurídica* respecto de los paradigmas dominantes en Latinoamérica en el campo del Derecho (iuspositivismo – iusnaturalismo), no podría quizás haberse iniciado de otra forma, en la medida que la discusión de ambas categorías (Derecho-política; Derecho-ideología), constituyen una muestra de aquellas que han tenido mayor consistencia y más fuerte fundamentación dentro del contexto *crítico*. Además, la discusión del Derecho desde esa perspectiva, abre una gran puerta que reconduce al análisis de otras categorías consideradas teóricamente prioritarias y recurrentes en la *crítica*.

Wolkmer, también alude a los objetivos que el argentino *Luis A. Warat*, ha diseñado para una *teoría jurídica crítica*, es decir las condiciones necesarias para instituir una real *crítica* plenamente satisfactoria del fenómeno jurídico. Entre ellas el autor menciona: ... a) *el des-encubrimiento de los mecanismos discursivos del Derecho, para evitar que se convierta en un conjunto fetichizado de discursos; b) denunciar como las funciones políticas e ideológicas de las concepciones normativistas del Derecho y el Estado están apoyadas en la ilusoria separación del Derecho y la Política, y que la idea de la primacía de la ley, ilusoria al fin, opera como garantía para todos los individuos; c) revisar aspectos epistemológicos de la Ciencia del Derecho, demostrando como las creencias de los juristas en torno a la verdad y la objetividad, cumplen una función de legitimación a través de la cual se desvirtúan los conflictos sociales, presentándolos como relaciones individuales armonizables por el Derecho; d) superar la idea promovida que muestra al Derecho desde una perspectiva abstracta y lo presenta como un saber eminentemente técnico, destinado a la conciliación de intereses individuales y a la preservación y administración de intereses generales; e) crear una conciencia participativa que permita a los juristas involucrarse eficazmente en los múltiples procesos decisorios, como factores de intermediación en las demandas de la sociedad; f) modificar la práctica de la investigación jurídica, posibilitando una crítica epistemológica interna de las teorías dominantes, para ver sus contradicciones y los efectos ideológicos que repercuten en los fenómenos que pretende organizar y explicar; y g) propiciar modificaciones pedagógicas, dotando a las instituciones terciarias dedicadas a la enseñanza del Derecho de instrumentos adecuados, para que los estudiantes puedan alcanzar un modo diferente de actuar, pensar y sentir, a partir de prácticas discursivas, que muestren no solo los nexos del Derecho con las relaciones de Poder, sino como las instituciones de enseñanza del Derecho, son productoras (o re-productoras) de ideas y representaciones....(Wolkmer, 2002: 19,20)*

De todos modos es necesario reconocer que existe realmente una seria dificultad para determinar un concepto *crítica jurídica* y más aún en la República Oriental del Uruguay en donde como ya se adelantara, esa forma de concebir al Derecho no solo es minoritaria en el pensamiento doctrinario uruguayo sino que tampoco ha sido tomada como interlocutora válida en este país, por ninguno de los dos paradigmas tradicionalmente dominantes.

Desde el campo de la Sociología Jurídica, el Profesor portugués Boaventura de Sousa Santos, ha señalado esta dificultad generalizada en el ámbito de las cien-

cias sociales para construir una *teoría crítica*. En este contexto, De Sousa Santos entiende por *Teoría Crítica*: "... toda a teoría que não reduz a "realidade" ao que existe...", explicando luego que: "... la realidad cualquiera sea el modo como es concebida, es considerada por la teoría crítica como un campo de posibilidades y la tarea de la teoría consiste precisamente en definir y evaluar la naturaleza y el ámbito de las alternativas de lo que está empíricamente dado...". (De Sousa Santos, 1999:197). El análisis crítico de lo que existe se asienta en el presupuesto de que: "... la existencia no se agota en las posibilidades de existencia y que, por tanto hay alternativas posibles de superar o que es criticable lo que existe..." (De Sousa Santos, *ibid.*).

Conforme a la propuesta del autor, es posible afirmar que no faltan por cierto en las sociedades latinoamericanas contemporáneas circunstancias *criticables*, sociales, económicas, políticas, o en clave estricta de derechos humanos avasallados que provoquen indignación; pero precisamente ese sentimiento de rechazo tiene que ser más que suficiente para plantear una perspectiva *crítica* sobre la naturaleza y la cualidad moral de las sociedades que integran ese *horizonte cultural*, así como para buscar alternativas teóricamente fundadas para dar respuestas a las mismas. Estos aspectos están siempre presentes en la base de la *teoría crítica moderna*. (De Sousa Santos, 1999:31), y si bien muestran la evidencia de notorias tensiones sociales, generalmente por la carencia de soluciones que el Derecho tiene en un abordaje solitario a tales problemas, se hace necesario la alianza interdisciplinaria de éste con otras disciplinas sociales, aunque en principio no sea más que episódicamente.

En lo concerniente al rol de los juristas, el tipo de respuesta que les compete, no ha de ser solamente partir de la idea de auto considerarse "... *productores autónomos de conocimiento y trabajo, al margen de la realidad social que les rodea...*", (De Sousa Santos, 1999:29). Por el contrario, la necesidad de involucrarse funcionalmente, eventualmente pedagógicamente y además, en la búsqueda de la generación institucional de un contexto socio-jurídico y político que permita el rescate de las identidades perdidas y la re-construcción de una nueva forma de sujeto, es absolutamente crucial. Entre otras cosas porque si los juristas, alcanzan una correcta formación profesional, están calificados para organizar, hacer inteligible y además difundir desde una praxis mediadora, un *discurso* que contemple las posibles soluciones a las demandas sociales insatisfechas sin invadir los campos de actuación de otras disciplinas sociales, pero manteniendo sí, un diálogo provechoso con las mismas.

En forma provisional, puede entenderse por Teoría Jurídica Crítica en *sentido estricto* y ya pensando también en su validez para la República Oriental del Uruguay, *aquella que partiendo de la filosofía fundacional de la escuela de Frankfurt y de las concepciones filosóficas que de ella han derivado, con la confluencia del pensamiento de otras filosofías aunque sea parcialmente afines; entienda que la realidad socio-jurídica de las formaciones políticas latinoamericanas es transformable en uso de un intercambio social claramente democrático, dialógico, pacífico y humanista, motivando que se arbitren por el Derecho en una relación inter y transdisciplinaria, mecanismos para una debida articulación de la praxis y el discurso aplicable en todos sus instrumentos; haciendo efectiva la traducción abierta y posible de las demandas insatisfechas de los actores sociales colectivos, buscando dar solución a las mismas.*

En este contexto para que el funcionamiento de las sociedades del concierto latinoamericano, incluida por supuesto la que conforma hoy la formación social peculiar de la República Oriental del Uruguay alcancen sus plenitudes democráticas, será tarea prioritaria la emisión de señales claras en el diseño de políticas públicas que emanen desde los centros de poder político y una mejora sustancial, inmediata y cabal, en la generación de uno – tan solo uno - de los instrumentos necesarios para la eficacia de estos objetivos, como es la producción legislativa. Que se proponga una cuidadosa, esmerada y también moderada tarea legislativa, no es casual. Las normas son absolutamente necesarias, puesto que son el instrumento que constituye el primer frente de abordaje político-social, y consecuentemente jurídico, para lograr una dinámica de un funcionamiento social adecuado. Ellas conforman parte de la estructura insoslayable del Estado de Derecho. Pero la proliferación normativa, no es un indicador confiable de un gobierno eficiente.

En la República Oriental del Uruguay, no siempre pero sí muchas veces, se impulsa una producción normativa a veces deficitaria en su organización textual y sus contenidos, como forma de dar respuestas político jurídicas tendientes a provocar cambios que buscan ser estructurales.

Un caso casi paradigmático, ha sido por ejemplo, el de la ley No. 18.572 de 13.09.2009, de Abreviación de los Procesos Laborales, de corta vida, que fuera dejada sin efecto por la Ley No. 18.623 de 13.11.2009, para luego ser sustituida por la ley No. 18.847 de 24.11.2011, hoy vigente. Todo ese itinerario, trajo como consecuencia una lluvia de procesos de inconstitucionalidad que fueron acogidos parcialmente por la Suprema Corte de Justicia uruguaya, pero que conllevaron como

efecto natural, la paralización por extenso lapso de innumerables demandas laborales con el consiguiente perjuicio para los reclamantes. Otro caso de legislación controversial, es de la ley 18.191 de 14.11.2007, sobre “Tránsito y circulación vial en el territorio nacional”, así como en su ámbito, el D. del Poder Ejecutivo No. 556/2008 sobre “Control de alcohol en sangre de conductores”. En estas especies, es clara la correcta y necesaria intención legislativa de regular la situación del tránsito en el territorio nacional, cuestión acuciante por el alto grado de siniestralidad con resultados mortales que ocurrían y ocurren en el país. No obstante, la disparidad de criterios en su interpretación y las dificultades en su aplicación por parte de las autoridades nacionales, sobre todo en el ámbito de las Intendencias Departamentales, han motivado recientemente, que el Congreso Nacional de Intendentes sugiriera modificaciones en gran parte de su articulado para su consideración legislativa. Concomitantemente sería aconsejable que se tenga en cuenta como un indicador válido, que en el imaginario social, el factor de credibilidad sobre la eficacia de las estructuras legales, es probable que haya menguado por diversas razones: ya sea por la ineficiencia de las formulaciones legislativas, porque las mismas no contemplan, por ejemplo, las demandas sociales que se consideran justificadas por alguna parte de la ciudadanía o determinados grupos con peso real en la estructura social; otras veces por la deficiencia de la propia expresión legislativa tal como es formulada hoy en los Parlamentos que asumieron luego del largo silencio democrático posterior a la ruptura del orden institucional, en donde los aspectos atinentes al discurso y a la técnica legislativa son muchas veces deficitarios, lo que genera consecuentemente un elenco de contradicciones con una gravosa repercusión pragmática, que suele ser luego muy difícil de solucionar. En tales casos la realidad podría mostrar que solo a partir de las normas, no se generan herramientas diferentes que posibiliten un equilibrio social adecuado.

No obstante, sin perjuicio de ello, en forma bastante reciente se promulgó la Ley No. 19.075 de mayo de 2013, que legisla la posibilidad del matrimonio homosexual en términos de igualdad, aceptándose así adecuadamente, demandas sociales que provenían de un sector de la ciudadanía que reclamaba fuertemente su inclusión y tratamiento igualitario, desde larga data. Uruguay, se colocó así en el concierto mundial, en un escenario de avanzada. También, por razones fácilmente comprensibles, ha sido más difícil la aceptación social de la ley No. 18.987, de octubre de 2012, que legisló sobre la interrupción voluntaria del embarazo. En este caso, pese a los muchos cuestionamientos de distinto signo que se le han hecho, parece ser que su aprobación comunitaria ha sido igualmente mayoritaria.

Queda en escena y es protagonista de un debate mayor, político, corporativo ciudadano, y con seguras secuelas legislativas; la ley recientemente aprobada en el Senado uruguayo, que regula la legalización del consumo, distribución, cultivo, y comercialización del *cannabis*, cuya aceptación no está aún definida, comunitariamente, al día de hoy (16/12/2013).

Es posible también que se pueda percibir en lo que refiere al epicentro latinoamericano, un contralor más efectivo de la ciudadanía a través de ciertas formulaciones que podrían denominarse *panoptizantes*, al mejor estilo foucaultiano, al haberse instalado normativamente a través de un trasiego recíproco de informaciones y competencias, incluso con alcance regional, cierto tipo de policías institucionalizadas, sobre de todo de la economía, que muchas veces a través de un sistema de cruzamiento efectivo de datos entre distintos organismos gubernamentales, obtienen eficazmente su finalidad controladora, cuya actividad a la larga, podría llegar a poner en cuestión la idea de libertad sostenida y anhelada fuertemente en todas las sociedades pos-dictatoriales que re-nacieron a mediados de los ochenta del siglo anterior y que aún a más de una década de principios de este siglo, buscan mecanismos para fortalecer la Democracia. El tema es absolutamente discutible y las razones para su instalación, aunque polémicas, deben ser analizadas cautelosamente. En efecto, si el argumento legitimador es la lucha contra la corruptela en cualquiera de sus formas, de ser efectivamente así, la cuestión debe ser estudiada con prudencia partiendo desde su real dimensión social. Como puede verse, toda Teoría *Jurídica Crítica*, debe estar comprometida con el tiempo histórico, acompañarlo, e incidir para cambiar las circunstancias que deban ser cambiadas.

Queda en evidencia así, desde esta perspectiva filosófica, en principio, una respetuosa toma de distancia de toda posición filosófica *jusnaturalista*, y además, una clara ruptura con el *positivismo vernáculo*. Ante estos cuestionamientos, sin dudar que *positivismo* fue una filosofía matriz que generó una forma única de transformación social y propició además una manera de entender la política y el modelo de Derecho que la sostuvo y que se instaló también explícita e implícitamente en la enseñanza del mismo; es notoria la necesidad de lograr la formulación de lo que Boaventura De Sousa Santos llama, “*una teoría de la traducción*” que permita que las diferentes demandas sociales se hagan claramente inteligibles y admita a la vez, que los diferentes actores colectivos puedan verlas de alguna manera satisfechas. (De Sousa Santos, 1999: 203).

Resulta de especial interés citar a la Profesora argentina Alicia Ruiz, quien en sentido similar a lo que se ha venido exponiendo y refiriéndose a las particularidades de los cambios en las políticas de género, ha dicho: “...*No basta con cambiar la ley – aunque, y paradójicamente, cambiar la ley sea, a veces, de la mayor importancia – porque el discurso jurídico opera, con fuerza singular, más allá de la pura normatividad. Instala creencias, ficciones y mitos que consolidan un imaginario colectivo resistente a las transformaciones...*” (Ruiz, 2001:130).

Se evidencian así con las palabras de Alicia Ruiz, dos particularidades. Una de ellas, contra lo que puede creerse, es que no existe en la *crítica* así entendida, un abandono de las normas en función del activismo judicial a partir de la toma de decisiones de la magistratura con criterios *extra legem*. Sí, existe una puesta en primer plano de la necesidad de desterrar de la ley el recurso a la ficción y a los mitos, vistos como forma de perpetuar veladamente la dominación del hombre por el hombre. La cuestión tan oculta de la mistificación a través de la ley, y el recurso a la ficción, éste magníficamente explorado por el argentino Enrique Marí quien profundizó las huellas dejadas por Hans Vahinger, (Marí, 2002:266), abren ambos, la puerta para el análisis de otras de las categorías promovidas por la *crítica*, entre ellas la relación “Derecho-narrativa”, por ejemplo.

Finalmente, el otro aspecto que también quedará meramente esbozado, refiere a que debe entenderse que en la concepción que se viene exponiendo, se desplaza toda identificación sin más, entre *crítica* y *alternativismo estricto*. Es decir, si bien puede aceptarse que todos los movimientos del *Derecho alternativo* forman parte de la *crítica en sentido estricto*, podría no ser aceptable tal proposición en forma radical, si se formula a la inversa. *La crítica* constituye un modelo de pensamiento jurídico en donde todas las formulaciones del *Derecho alternativo* deben ser consideradas constitutivas de la misma. Es más, los modelos del *alternativismo* han sido recogidos y aceptados generalmente por lo menos en Latinoamérica, *horizonte cultural* que interesa fundamentalmente a los fines de este trabajo, en aquellos países que por su composición socio cultural revisten peculiaridades especiales, como por ejemplo – una de ellas- el indigenismo. El *alternativismo* ha buscado en estos casos brindar respuestas justificadas a reivindicaciones nacidas en las comunidades indígenas, que no aspiran solamente al logro de mejoras de las formas nomo-discursivas promovidas desde el Estado, sino a través de la búsqueda de aquellas que muestren la certeza de una re - apropiación social, política, económica o cultural, por parte de los sujetos históricamente originarios.

Lozano, aludiendo a Cárcova, explica que en tanto para el autor argentino el Derecho es un *práctica discursiva* - dicho en palabras del propio autor - ...*en el mismo sentido en que los lingüistas definen el concepto de discurso...Es una práctica social que consiste en algo más que palabras; está formada también por comportamientos, símbolos, saberes. Es aquello que la ley ordena, pero es también aquello que los jueces deciden, que argumentan los abogados, que deciden los teóricos, que declaran los litigantes, etc. Es un discurso constitutivo, en el sentido que transforma la realidad...* (Lozano, 2000: 297). Para concluir el propio Lozano, expresando que: "...*Un derecho así configurado es, sin duda, alternativo respecto del Derecho tradicional, aunque no se califique expressis verbis como "alternativo" ...*". (Lozano, 2000, *ibid.*, y asimismo, Cárcova, 2007: 123).

Sin perjuicio de la prestigiosa opinión de Lozano que venimos de exponer, la necesaria performatividad del discurso del Derecho así concebido y que se comparte en este trabajo, analizada a partir de la confluencia de las distintas tipologías discursivas que en el anidan, es más un síntoma de su composición estructural producto de una larga tradición epistémica a la que ya se ha aludido, que una muestra de su "alternatividad" estrictamente entendida. De esta forma, puede volverse a la proposición que se esbozara líneas antes: no toda expresión de la *crítica en sentido estricto*, equivale a una forma necesaria de "alternatividad" también, en sentido estricto. Puede decirse así también "*alternativo*", en el sentido de propiciar "*otra mirada*". (Courtis, 2001: cit.).

La teoría jurídica crítica y la enseñanza del Derecho

Para la *crítica jurídica*, en varias de sus versiones, es necesario también imprimir ciertos cambios en la enseñanza del Derecho que se imparte en las Universidades latinoamericanas, aunque este aspecto es también fuertemente considerado en la versión de los CLS norteamericanos. (Kennedy, 2012:43). Como una propuesta que puede ser generalizable, se entiende que se debe formar a los estudiantes de Derecho, en técnicas de interpretación, metodología, argumentación, análisis lingüístico del Derecho en tanto discurso, epistemología de las ciencias sociales, y complementarlo con la generación de espacios de intercambio interdisciplinario, buscando con ello revitalizar la necesidad - casi como un lugar común - de un análisis minucioso de la confluencia *inter y transdisciplinaria* del Derecho con otras disciplinas o ciencias sociales. En las currículas de las Facultades de Derecho uruguayas, en general, estos centros de interés intelectual, se encuentran ausentes o en el mejor de los casos, relegados a ser esbo-

zados meramente, a impulso de los propios docentes a quienes el tema interese.

Es necesario que se deba ser preciso en este aspecto. Ser Abogado, Escribano, Juez o Fiscal en suma operador cabal, de una de las herramientas básicas para el funcionamiento del Estado de Derecho, no debe relegar ni desplazar la formación filosófica, ni ética, ni tampoco aquella que se adquiera desde el contexto de la interdisciplinariedad con asignaturas como lingüística, ciencia política, economía, epistemología de las ciencias sociales u otras afines. El riesgo que se corre por proceder al abordaje mecánico del mundo jurisdizado – que en definitiva es estructuralmente discursivo, político, social y económico – resulta ser absolutamente alto, si se desplaza la instancia de acceder a éste con un pensamiento enriquecido, humanista y crítico. Boaventura de Sousa Santos, supo decir: “...*Hay que traer al aula el Derecho como un fenómeno político de alta intensidad y contradictorio como un campo de disputa...*” (De Sousa Santos, 2006:39); y por su parte, Jacques Derridá, en una conferencia dictada en la Universidad de Frankfurt, afirmó también, que las Universidades, eran: “... *un lugar donde lo impredecible pudiera volverse acontecimiento...*”. (Derridá, 2000:126).

Podría decirse, que la enseñanza del Derecho en la actualidad, por lo menos en la República Oriental del Uruguay y en lo que dice relación con la Facultad de Derecho estatal, debe sobre todo, fortalecer una capacidad crítica en los estudiantes, que posibilite una adecuada articulación de la formación profesional con los problemas sociales vigentes de la comunidad. El modelo pedagógico y la formación profesional en el campo jurídico, requieren sin duda, poner énfasis en otros aspectos que no sean casi en exclusividad de corte descriptivo – positivo y pragmático – como los que preponderantemente se difunden, con criterios formales y generalmente demasiado poco proclives al cambio.

El *discurso* del Derecho es extremadamente amplio y complejo, y no refiere exclusivamente a la *vox legis*, y es ininteligible, si se hace al margen de las relaciones sociales que lo generan. De esta manera el discurso y su praxis, es decir todo lo que se haga verbo y acto, se encuentran indisolublemente unidos, y debe educarse profesionalmente al estudiante de Derecho, para su debida comprensión. En algún sentido coincidente, Cárcova expresó claramente hace tiempo ya, que en su concepto, al ser el Derecho una: “...*compleja operación social, dista de ser neutral, está impregnada de politicidad y adquiere dirección según las formas efectivas de poder en la sociedad...*” (Cárcova, 2007: 123). Así, una de las claves de la performatividad del discurso del Derecho, queda descubierta en ex-

tremo y requiere de quienes se entrenan para operar con el mismo, una prolija formación en todos los aspectos que se han venido señalando.

La teoría jurídica crítica y la re-significación del sujeto

En Latinoamérica, para la *Teoría Jurídica Crítica* la necesidad del análisis más profundo de la noción de *sujeto*, ha sido esencial. Lejos de toda ortodoxia, el pensamiento *crítico*, pretende *re-categorizar al sujeto* otorgándole un lugar de privilegio tanto en lo *histórico*, como en lo *social*, lo *político* y lo *ideológico*. El Derecho, precisamente, de alguna manera, es funcional a cada una de esas categorías (histórico-social-político-ideológico), como éstas lo son al Derecho. Confluyen todas, y se nutren unas de otras, recíprocamente, lo que supone que ninguna de ellas (lo histórico, lo social, lo político, lo ideológico, lo jurídico) pueda prescindir de las otras.

En realidad, como dice Lucía M. Aseff: “...*Así, el sujeto de derecho, uno de los conceptos fundamentales alrededor del cual se estructura y organiza todo el derecho moderno, como si fuera en realidad preexistente a su interpelación y constitución por las palabras de la ley, no deja de ser una categoría histórica propia de la modernidad, tanto como lo son las cualidades que se le atribuyen (libertad, autonomía), sin reparar que, como dice Alicia Ruiz, “la humanidad”, “la vida humana”, “lo humano”, “el hombre”, no son realidades dadas de una vez y para siempre, sino que son definiciones culturales que adquieren significación en tanto están contextualizadas. En todo caso, son conceptos construidos y no dados de antemano, a los que no solo cabe descubrir, sino a los que cabe desmontar para averiguar cómo se han constituido y cómo funcionan...*”.(Aseff,1998:27).

Como bien explica Cárcova, para la *crítica*, “... *no son los sujetos los que constituyen la sociedad, sino ésta es la que constituye a los sujetos, determinándolos a través de complejos procesos de socialización, que le otorgan identidad y reconocimiento dentro del grupo...*”, y a la vez, le aportan a través de la transferencia de modelos de comportamientos y valores, una visión del mundo. La *crítica* parte así, de una visión estructural-sistémica de lo social, y de sus diversas manifestaciones, entre ellas la jurídica. (Cárcova, 2007:114). Ello requiere en algún momento que el sujeto sea pensado no solo en sí, sino para sí, lo que supone una ruptura con la consideración que del mismo se tenía en la modernidad, así como el que sugiere la pos-modernidad, mundanal, dependiente, descreído, y además, absolutamente resignado. Debe decirse, que esta percepción apenas esbo-

zada, contiene una referencia no explícita a la “globalización” como ultrafase de la última revolución capitalista y que se percibe como una repetición consecuen- cial de carácter pernicioso para los países del capitalismo periférico como por ejemplo lo es Uruguay, y que ha provocado efectos no controlables, como ha que- dado visto claramente por lo menos en los últimos cuatro años, en los centros del capitalismo central. (Meliante, 2006:15-38).

El pensamiento *filosófico crítico* en particular, transitó enjundiosamente por el tema central de la búsqueda ineludible de un nuevo concepto de sujeto. Las re- ferencias y aportes que realiza por ejemplo, el uruguayo Yamandú Acosta al mismo, resultan insoslayables. La alusión que el autor hace al pensamiento de Rodolfo Kusch, Arturo Andrés Roig, Enrique Dussel y Franz Hinkelammert. (Acosta, 2009:134), es realmente enriquecedor. Según Acosta, la re-significación del sujeto requiere para su consumación, “... *la afirmación autonómica del mismo, en que la determinación del “yo” se resignifica en la clave del “nosotros”, así como por la orientación liberadora del proyecto y de la praxis en la que se veri- ficará su definición...*” (Acosta, 2009: 132). Para ello es necesaria, continúa Acosta; “... *“una articulación intercultural, sin exclusiones ni asimetrías, y una praxis, en que se verifique su definición. En sentido será necesaria la negación y superación de toda estructura de opresión, dentro y fuera de Latinoamérica...*”. (Acosta, 2009: *ibid*).

Por su parte Boaventura De Sousa Santos, en su proyecto sobre un pos-modernidad de oposición, establece: ... *Es necesaria una nueva teoría de la subjetividad que explique el hecho de que nos encontramos en una compleja red de subjetivida- des que va incrementándose. Más allá de las ruinas del colectivismo social, está emergiendo el colectivismo del “yo”. La lucha frente a los monopolios de interpre- tación debe orientarse de tal forma que lleve a la proliferación de comunidades in- terpretativas políticas y jurídicas...* (De Souza Santos, 1989: 247).

Ahora bien. Más allá de las inflexiones y disidencias que pueda conllevar un análisis primario y una comparación de las opiniones que vienen de exponerse, lo que debe quedar claro, es la pretensión obvia de la *crítica* de propender a una re-categorización que se propone como una forma de *re-pensar* al sujeto, para la *praxis latinoamericana* contemporánea que se percibe aún frágil en muchos lu- gares, en su consolidación geopolítica democrática.

La teoría jurídica crítica y la instancia de un prudente diálogo con el proceso de constitucionalización del Derecho

En el discurso *teórico* contemporáneo que acompaña la evolución del Derecho, es lugar común ya, toda referencia al proceso de *constitucionalización* del mismo.

Este proceso puede ser visto desde su matriz euro-céntrica, o particularmente desde aquella con peculiaridades latinoamericanas, como en el *neoconstitucionalismo andino* que se diferencia claramente del primero, al proponer para las nuevas constituciones latinoamericanas (por ejemplo, Colombia: 1991, Venezuela: 1999, Ecuador: 2008, Bolivia: 2009), lo que se ha dado en llamar un *poder negativo como forma diversa de ejercicio directo o indirecto de la soberanía por parte del pueblo* (Noguera, 2011: 180-181), un instrumento tendiente a sostener su voluntad constituyente (control de constitucionalidad), contra cualquier forma de intento de subversión de la misma, incluso de aquellos que ejercen el poder constitucionalmente habilitados. Con esta forma de *neoconstitucionalismo*, se procura: "...disminuir la clásica contradicción entre justicia constitucional y democracia...". (Noguera, 2012: 195).

El empuje *neoconstitucionalista* se ha considerado también en Uruguay, en el ámbito de la Filosofía y la Teoría General del Derecho, particularmente en sus aspectos ideológicos y a través de su vinculación con la nueva teoría de la argumentación (Melianté, 2008: 21-46), así como también en la dogmática, aunque como casi siempre suele ocurrir en la Doctrina Nacional, en todos los casos, se dirigió hacia la versión euro-céntrica. Su consideración en el marco dogmático se inició en el Derecho Público (Durán Martínez, 2012:13; Cuariglia, 2009: 72), trasladándose luego prudentemente, al Derecho Privado. (Gamarra, 2012:6).

Uno de los aspectos esenciales de la corriente euro-céntrica, es la necesidad de reformulación del concepto de *Estado de Derecho*, de tal manera que poniendo el énfasis en la Constitución Política del Estado, ponderado como texto axiológico y normativo a la vez, posibilite la mutación de aquel concepto para sus mentores, superado, hacia el potenciado de *Estado Constitucional de Derecho*.

En forma concomitante, se comenzó a otorgar otra dimensión y analizar con mayor cuidado el rol de los jueces dentro del Estado, adjudicándoles de alguna manera la función de *gestores del control de calidad de las decisiones políticas*

buscando con ello una mayor apuesta a la forma, contenido y alcance de las decisiones judiciales. Ninguno de estos aspectos han sido pasados por alto, ni fue eludida su consideración en el contexto de las visiones *críticas* del Derecho. (Meliante, 2008: *ibid.*)

Teniendo presente este contexto, un problema no menor que se ha planteado en el ámbito de la “*crítica*” en sentido *estricto*, es aquel relativo a la aplicación de las normas, particularmente a través de las decisiones judiciales. César Rodríguez, señala la discusión de problemas tales como el carácter objetivo o subjetivo de la interpretación jurídica, la intersección o separación de Derecho y Política en el momento de adjudicación judicial, el valor de los métodos de interpretación, y la transformación del principio liberal de separación de Poderes, a causa de la tendencia al activismo judicial. (Rodríguez, 1999:20).

No constituye el presente, un lugar adecuado para analizar detenidamente muchas de las cuestiones que genera esta profunda alteración estructural del Derecho, que más allá de los aspectos que se han señalado líneas arriba, ha visto privilegiada su difusión a través del proceso *globalizador*, cuyas consecuencias resultan aún imprevisibles para países del capitalismo periférico como Uruguay.

Si bien las versiones del “*neoconstitucionalismo*” en su matriz euro-céntrica son muchas, y van desde las moderadas a las más extremas y el proceso puede ser analizado desde el punto de vista *teórico, ideológico y metodológico*, según el buen decir de Paolo Comanducci, es común a todas esas perspectivas, un discurso tendiente al desplazamiento del principio de *primacía de la ley* que se ve sobrepujado por el de *primacía de la Constitución*, (Comanducci, 2002:90-102), y un estímulo, a toda la judicatura para co-instituirse en controladora de la constitucionalidad de la legalidad total y de la actuación de las autoridades estatales, particularmente.

Con la prudencia con que este proceso debe ser tenido en cuenta en nuestra cultura jurídica, es posible en principio, en clave estricta de Derechos Fundamentales, que las *Teorías Jurídicas Críticas* puedan intentar un diálogo cauteloso con el *neoconstitucionalismo*, pero más que en su versión euro-céntrica, con aquella otra gestada desde Latinoamérica y a la que se ha hecho referencia al comienzo de este apartado, en tanto la dignidad del ser humano, se constituya en el centro de confluencia y la razón de ser del orden político y jurídico, en concordancia con los términos de re-significación del sujeto que se pretende por la *crítica*, según se viera líneas arriba.

Conclusiones

El presente trabajo, fue elaborado con una perspectiva de aproximación. Casi como una presentación de un marco teórico - *la crítica en sentido estricto*- que por la importancia de sus contenidos, por la tradición epistémica que confluye en su construcción y que, como se puede apreciar, por encontrarse expuesta sin ortodoxia, reclama un lugar de interlocución en la Doctrina jurídica uruguaya en la que hasta el momento mantuvo un alto grado de invisibilidad, salvo escasas excepciones que ya se anotaran. Por ende las conclusiones que se aportan casi como un epílogo, están signadas por la misma perspectiva aproximativa.

No hay mejor manera de eludir un diálogo fecundo, aun en la discrepancia, que hacer como si el “otro o los otros” no existieran.

Seguramente no ha sido ésta la forma en que se ha comportado la Doctrina uruguaya en relación a la forma de comprender al Derecho, que se expone en este conjunto de ideas. Es probable, simplemente, que haya razones más profundas, que seguramente tengan que ver con el dominio paradigmático tanto explícito como implícito –sobre todo del positivismo– que ha venido campeando con diversas re - formulaciones en la Doctrina nacional y se ha visto confrontado casi en exclusividad por el iusnaturalismo, también con nuevas formulaciones y actualizaciones. (Meliante, 2013:31).

Ambas corrientes, merecen un profundo respeto por su tradición y por sus aportes a la cultura jurídica; pero la pregunta que deberá hacerse acá, será a la luz de la juridicidad del S XXI, si todavía es procedente este duelo paradigmático que se arrastra ya de tan larga data y que plantea y replantea las mismas discusiones, vuelve a formular las mismas propuestas del Derecho con distintos ropajes y que además se suele vigorizar a partir de aproximaciones trasuntadas por inclusivismos o exclusivismos, desde que Norberto Bobbio propusiera inteligentemente la prolifera categoría del positivismo metodológico. En suma, tales inclusiones en reciprocidad, resultan transformadas finalmente en eclecticismos que repercuten luego en sus matrices originales, atendibles pero siempre discutibles. La pregunta radical debería ser entonces, si se justifica aún ese debate iusfilosófico, incluso en nuestro país.

Se entiende que *la crítica jurídica en sentido estricto*, puede ofrecer otras miradas sobre el Derecho: sobre las relaciones de éste con el lenguaje, con la polí-

tica, con la ideología, con la economía, en un marco de fecunda interdisciplinaria con otras disciplinas sociales, en su percepción del Estado, así como una perspectiva diferente de la jurisdicción y su faz de decisión, y también acerca del protagonismo del sujeto y de su relación con el Derecho.

Es posible que no mucho más que eso, pero menos tampoco. Y no es poco.

La raíz fundacional *frankfurtiana* de la *crítica en sentido estricto* y su derivación *habermasiana*, a la que se agrega toda la fecunda tradición de distintos matices filosóficos que las acompañan, proporcionan un valioso instrumento para la toma de conciencia histórica de las formaciones sociales latinoamericanas tan necesaria todavía hoy en esta parte del continente, a la vez que con la visión desmitificadora del discurso jurídico, transido por inevitables ficciones y opacidades que se procuran develar, se abre un proceso liberador, humanista, señalando las exclusiones, precisamente para eliminarlas.

La legalidad, como se dijo líneas arriba, no puede ni debe dejarse de lado, pero es probable que deba corregirse en su extensión y en su intención; y corregir la legalidad, será corregir las asimetrías que muchas veces provoca.

Pero nada de esto puede lograrse, si no se promueve conscientemente una situación ideal de diálogo, respetuosa y democrática en la *teoría*, para que *repercuta provechosamente luego en la praxis*.

Por su parte, las necesarias interdisciplinaria y transdisciplinaria que transitan el proyecto *crítico jurídico estricto*, si son recibidas desde los distintos campos del Derecho sin recelos, facilitarán notablemente la instalación de ese diálogo de manera fértil y lúcida.

Procurar también un entrenamiento adecuado en la formación de los operadores jurídicos en consonancia con los criterios que vienen de exponerse, será de vital importancia para evitar reiterar y tal vez acentuar las actitudes meramente descriptivas de los modelos universitarios vigentes en el campo del Derecho - hoy en plena discusión - que suelen conculcar rápidamente la capacidad crítica del profesional egresado en relación al entramado social del país en que vive y en el cual desarrollará su saber.

Finalmente debe decirse que en la República Oriental del Uruguay no existió

ni existe ninguna forma de pluralismo jurídico, que sería sin duda un campo de expresión de una clara forma de estricta alternatividad jurídica. Los problemas estructurales de su formación social, no habilitan esa variante de la *crítica* en forma radical, por más que puedan detectarse exclusiones y asimetrías (culturales, económicas etc.) sin perjuicio del esfuerzo que políticamente – en el error o en el acierto- se ha hecho en los últimos tiempos para eliminarlas.

Contrariamente en otros lugares del *horizonte cultural* latinoamericano, precisamente, la pluralidad jurídica no solo es inevitable, sino necesaria.

Finalmente es posible afirmar que la Doctrina uruguaya puede encontrar en alguna de las formas de la *crítica* en *sentido estricto* a través de la aplicación de sus instrumentos y categorías volcados al análisis de la jurisdicción del país, una herramienta no tradicional para un completo y provechoso estudio del Derecho, en consonancia con las claves de un pensamiento latinoamericano, humanista, pacífico y en formación, que reclama intencional y legítimamente su atención histórica de manera definitiva. Si a ello se agregara un diálogo posible con el ne-constitucionalismo latinoamericano ya esbozado, explorando formas de control negativo del ejercicio de la soberanía popular y su poder constituyente, se comenzaría a caminar de a poco, de la periferia al centro.

Referencias

- Acosta, Y. (2009). *Filosofía Latinoamericana y sujeto*. República Bolivariana de Venezuela: El perro y la rana. (Colección Heterodoxia. Serie Crítica emergente)
- Assef, L. (1998). La Teoría Crítica en la Argentina. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21(2), 21-32.
- Atienza, M. (2007). Una propuesta de Filosofía del Derecho para el mundo Latino. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30(2007), 661-663.
- Boladeras, M. (1998). *Comunicación, ética y política. Habermas y sus críticos*. Madrid: Tecnos.
- Cárcova, C. Ma. (2007). *Las Teorías Jurídicas Post-positivistas*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

- Carrino, A. (1992). Solidaridad y Derecho. La Sociología Jurídica de los "Critical Legal Studies". *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 12, 115-153.
- Cobos, J. (1995). *América Latina*. Madrid: Acento Editorial.
- Comanducci, P. (2002). Formas de Neoconstitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomia. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 16, 90-112.
- Courtis, C (Comp.) (2001). *Desde otra Mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Derridá, J. (2000). Conferencia dictada en la Universidad de Frankfurt. *Information Philosophie*, 28, 126.
- De Sousa Santos, B. (2006). Renovar la Teoría Crítica y reinventar la emancipación. *Encuentros en Buenos Aires*. Buenos Aires: CLACSO.
- De Sousa Santos, B. (1999). ¿Porque é tão difícil construir uma teoría crítica? Coimbra. *Revista de Ciências Sociais*, 54, 195-215.
- De Sousa Santos, B. (1989). La transición posmoderna. Derecho y Política. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 6, 123-163.
- Durán Martínez, A. (2012). *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*. Montevideo: La Ley- Uruguay.
- Guariglia, C. (2009). *Presunción de constitucionalidad de las leyes*. Montevideo: La Ley- Uruguay.
- Gamarra, J. (2012). *Neoconstitucionalismo, Código y ley especial*. Montevideo: F.C.U.
- Kennedy, D. (2013). *Izquierda y derecho*. Buenos Aires: S.XXI.
- Kennedy, D. (2012). *La enseñanza del Derecho como forma de acción política*. Buenos Aires: S.XXI.
- Lozano, M. (2000). La Ley y la azada. Orígenes y desarrollo del Derecho Alter-

nativo en Europa y Sudamérica. *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. (Serie Derechos y Libertades), (8) 275-324.

Marí, E. (2002). *La Teoría de las ficciones*. Buenos Aires: Eudeba.

Meliante, L. (2006). Derechos Humanos y Derecho Privado en la sociedad uruguaya contemporánea. Breve análisis crítico de y desde la ideología de la globalización. *Revista Crítica de Derecho Privado*, 3, 15-40.

Meliante, L. (2008). La constitucionalización del Derecho. El “neoconstitucionalismo” entre luces y sombras. Su vinculación con la Nueva Teoría de la Argumentación. *Revista Crítica de Derecho Privado*, 5, 21-46.

Meliante, L. (2010). Lo público y lo privado. Entre la condena y la absolución. *Revista Crítica de Derecho Privado*, 69-95.

Meliante, L. (2011). La crítica en el Derecho. *Revista Crítica de Derecho Privado*, 8, 3-23.

Meliante, L. (2013). Ideas para una visión crítica de la decisión judicial, *Revista Crítica de Derecho Privado*, 10, 17-51.

Miaille, M. (1992). *La critique du droit. Droit e société*, 20-2. Recuperado de <http://www.reds.mhs.paris.fr>.

Noguera, J. A. (1996). La Teoría Crítica: de Frankfurt a Habermas. Una traducción de la Acción Comunicativa a la Sociología. *Revista de Sociología de la Universitat Autònoma de Barcelona*. Departament de Sociología. Papers 50, 133-153.

Noguera Fernández, A. (2011). El neoconstitucionalismo andino: una forma de contradicción entre democracia y justicia constitucional. *Revista Vasca de Administración pública*, 90, 167-196.

Rodríguez, C. (1999). Una crítica contra los dogmas de la coherencia del Derecho y la neutralidad de los jueces, estudio preliminar. En Kennedy, D. [López Medina, D. E. y Pombo, J.M. (Trad.)], *Libertad y restricción en la decisión judicial. Una fenomenología crítica* (17-88). Santa Fe de Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Uniandes.

- Ruiz, A. (2001). *Idas y vueltas. Por una Teoría Crítica del Derecho*. Buenos Aires: UBA-Del Puerto.
- Sferrazza Taibi, P. (2010). La Teoría Jurídica Crítica de Luigi Ferrajoli. *En Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho*, 11,1-16. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé De Las Casas. Universidad Carlos III.
- Sozzo, G. (2006). El arca cultural: entre lo público y lo privado, un proyecto democratizador de la propiedad privada. *Revista Crítica de Derecho Privado*, 3, 317-360.
- Velazco, J. C. (2010). Acerca del giro jurídico de la Teoría Crítica. *Isegoria. Revista de Filosofía Moral y Política*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas de España, CSIC, 10.
- Wolkmer, A. C. (2002) *Introdução ao Pensamento juridico critico*, (4ª. ed). San Pablo: Saraiva.

Normas

- Uruguay. Ley No.18.191. Tránsito y Seguridad Vial en el territorio nacional. Diario Oficial, 28 de noviembre de 2007. Uruguay. Ley No. 18.987. Interrupción voluntaria del embarazo. Diario Oficial, 30 de octubre de 2012.
- Uruguay. Ley No. 18.572. Abreviación de los procesos laborales. Diario Oficial. 8 de octubre de 2009.
- Uruguay. Ley No.18.623. Abreviación de los procesos laborales. Prórroga de entrada en vigencia. Diario Oficial, 20 de noviembre de 2009.
- Uruguay. Ley No.18.847. Abreviación de los procesos laborales. Modificaciones a la ley No. 18.572 de 13 de setiembre de 2009. Diario Oficial, 8 de diciembre de 2011.
- Uruguay. Ley No. 19.075. Matrimonio igualitario. Diario Oficial, 9 de mayo de 2013.