

Duncan Kennedy y la *Crítica a los Derechos*

María Eva Miljiker

“I was much troubled in spirit, in my first years upon the bench, to find how trackless was the ocean on which I had embarked. I sought for certainty. I was oppressed and disheartened when I found that the quest for it was futile. I was trying to reach land, the solid land of fixed and settled rules, the paradise of a justice ... As the years have gone by, and as I have reflected more and more upon the nature of the judicial process, I have become reconciled to the uncertainty, because I have grown to see it as inevitable. I have grown to see that the process in its highest reaches is not discovery, but creation; and that the doubts and misgivings, the hopes and fears, are part of the travail of mind, the pangs of death and the pangs of birth, in which principles that have served their day expire, and new principles are born”.

Benjamin Cardozo¹

En “La Crítica de los Derechos en los *Critical Legal Studies*”², Kennedy parte de un ataque ya conocido y muy frecuente al discurso legal: la retórica jurídica se presenta como neutral e imparcial cuando, en realidad, lo que subyace a las reglas y a las decisiones judiciales son debates de tipo ético que encarnan dilemas “entre visiones irreconciliables de la humanidad y de la sociedad”³.

Kennedy embiste contra un discurso jurídico que ha ganado terreno y legitimación a partir de la Segunda Guerra Mundial, no sólo en los Estados Unidos sino en la mayor parte

1. Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (New Haven: Yale University Press, 1921), pág. 166. “En mis primeros años de juez yo sentía mi espíritu muy conturbado al verificar cuán borrosos estaban los caminos por los que me había aventurado. Yo buscaba la certeza. Me sentía oprimido y descorazonado cuando me daba cuenta que el problema era fútil. Entonces trataba de tocar tierra. La tierra firme de las reglas fijas y establecidas, el paraíso de una Justicia (...) A medida que los años han pasado y que he reflexionado más y más sobre la naturaleza de la función judicial, me he reconciliado con la incertidumbre porque he aprendido a verla como inevitable. He aprendido a ver que esa función en su más alta expresión no es descubrimiento sino creación; y que las dudas y desconfianzas, las esperanzas y temores son parte del dificultoso trabajo de la mente, los sufrimientos de la muerte y los dolores del alumbramiento con que los principios que en su época han servido expiran, y otros nuevos nacen” (traducción al español por Eduardo Ponssa, *La Naturaleza de la Función Judicial*, Ed. Acayú, 1955, Bs. As., págs. 135/136).

2. El movimiento conocido como *Critical Legal Studies* (CLS) postula una crítica al derecho y a la educación legal como instituciones que legitiman las injusticias sociales, y denuncia que el razonamiento jurídico presenta a las normas del sistema como naturales, necesarias y justas, cuando frecuentemente no lo son. Se trata de un movimiento académico, cuyos orígenes pueden remontarse a las luchas sociales de los años '60 en los Estados Unidos. Duncan Kennedy es considerado uno de los fundadores del movimiento y su *Crítica a los Derechos* es una de las corrientes del CLS, que suele ser clasificada como “irracionalista”, en tanto postula que un ataque posmodernista al discurso jurídico puede tener efectos “emancipatorios” que faciliten la transformación del sistema en uno más humano e igualitario. Sobre el CLS, sus orígenes, postulados y distintos enfoques, ver: Robert Unger, *The Critical Legal Studies Movement* (Cambridge: Harvard Univ. Press, 1986) y Christian Courtis (compilador), *Desde otra mirada*, Eudeba, 2001. Ver también *Notas Sobre la Historia de los Critical Legal Studies en los Estados Unidos*, 25 Themis 103, Lima, 1993 (formato digital en <http://www.duncankennedy.net/topics/cls.html>).

3. Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, (89 Harv. L. Rev. 1685 1976), pág. 1685.

del mundo occidental: la “retórica de los derechos”. La *Crítica* no es una teoría, sino más bien una denuncia, basada en la experiencia, de que la “retórica de los derechos” no ha sido capaz de justificar objetivamente sus posiciones ni, por lo tanto, de proporcionar un criterio racional para decidir entre reclamos valorativos en conflicto.

De todos modos, lo novedoso de su trabajo no es la denuncia contra el discurso jurídico imperante, sino la actitud “no reconstructiva” que toma el autor frente al complejo escenario que se le presenta, una vez que hace caer el mito de la racionalidad de los argumentos basados en derechos.

I- El ataque realista y las reconstrucciones post-realistas del discurso jurídico:

El movimiento del *Legal Realism* puede considerarse un hito en la historia del pensamiento jurídico norteamericano, en cuanto dejó al descubierto que la aplicación del derecho no era una tarea mecánica y objetiva⁴, y que los jueces solían fundamentar sus sentencias con una retórica formalista que escondía los verdaderos motivos que los llevaban a tomar sus decisiones⁵.

El blanco del ataque realista era *el discurso jurídico formalista*⁶. La principal objeción era que los jueces “traducían” los conflictos reales en términos de conceptos jurídicos abstractos; y esto les permitía, sobre la base de razonamientos circulares, presentar cualquier decisión como una “derivación necesaria” de las reglas preestablecidas.

En palabras de Félix Cohen, “*en todos los campos del derecho encontraríamos la misma costumbre de ignorar las cuestiones prácticas valorativas o de hecho y de buscar refugio en ‘problemas jurídicos’, que siempre pueden ser resueltos mediante el manipuleo de conceptos técnicos según formas aprobadas*”. En cada campo del derecho encontraríamos conceptos peculiares que no son definidos en términos empíricos ni en términos de ética, sino que son usados para responder cuestiones éticas y empíricas, cerrando así el paso a la investigación inteligente de los hechos sociales y de las pautas valorativas sociales (social policy). ‘*Persona Juridica*’, ‘*derechos de propiedad*’, ‘*valor*

4. Tanto los realistas norteamericanos como otros movimientos surgidos en el marco de la tradición continental –por ejemplo la “jurisprudencia de intereses”- han postulado que la tarea de los jueces no es mecánica, neutral ni objetiva. Esto ocurre tanto en los casos en que se trate de interpretar palabras de una norma escrita como en aquellos en los que tengan que decidir qué precedente judicial corresponde aplicar. Ver en este sentido Cardozo, Benjamin, *The Nature of the Judicial Process*, op cit, y su traducción al español, *La Naturaleza de la Función Judicial*, op.cit. Para el funcionamiento subjetivo de la selección de precedentes, ver Cueto Rúa, Julio César, *El Common Law*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997. Ver también Gordillo, Agustín, *An Introduction to Law*, Esperia Publications Ltd, London, 2003.

5. En esta inteligencia, se ha dicho que los jueces no se atreven “*a aceptar el hecho de que nada en la ley los obliga a decidir los casos frente a ellos en un sentido o en otro (...) y que cada una de sus decisiones es una elección por la que sólo ellos son responsables*”, Frank Jerome, citado por Anthony Kronman, “*Frank’s Therapeutic Program*”, *The Lost Lawyer*, Harvard University Press, 1993.

6 El enfoque formalista tradicional consideraba al derecho como un sistema de reglas autónomo y sin lagunas, del cual siempre era posible deducir cuál era la ley aplicable para un caso concreto. Esta concepción del derecho también implicaba que las reglas jurídicas debían ser aplicadas en forma “pura” y con prescindencia de cualquier consideración extra-sistema (ya fuera moral, política, económica, etc). Para un enfoque de estas características, ver Joseph H. Beale, *A Treatise on the Conflict of Laws*, Baker, Voorhis and Co., New York, 1935.

justo y *'debido proceso legal'* son conceptos de este tipo ... **Los razonamientos jurídicos expresados en estos términos son necesariamente circulares, dado que estos términos son en sí creaciones del derecho, y tales razonamientos añaden a nuestro saber exactamente lo mismo que el descubrimiento del médico de Moliere de que el opio hace dormir a los hombres porque contiene un principio somnífero ...** La proposición de que una ley es inconstitucional porque priva a las personas de la propiedad sin debido proceso legal sería científicamente útil si “propiedad” y “debido proceso” fuesen definidos en términos no jurídicos; de otro modo tal enunciado obstruye simplemente el estudio de los hechos relevantes”⁷.

De esta manera, el movimiento realista se alzó contra la legitimidad del discurso formalista, lo tildó de “mera retórica” y desacreditó la utilización de conceptos jurídicos como argumentos válidos de fundamentación.

Sin embargo, el ataque realista tenía otras consecuencias que no todos estaban dispuestos a aceptar: parecía sugerir que el derecho era un mero conjunto de decisiones subjetivas *ad hoc* y que, por lo tanto, funcionaba de un modo impredecible. Y esta conclusión, sencillamente, ponía en peligro el mismísimo concepto de *rule of law* y la premisa básica del Estado de Derecho, según la cual “estamos gobernados por leyes y no por hombres”. En realidad, la crítica realista atacaba las bases culturales sobre las que reposaba el estudio y el ejercicio del derecho⁸.

Probablemente, el factor cultural haya sido uno de los motivos que mejor explican por qué el realismo jurídico no logró generar una revolución en el modo de enseñar y pensar el derecho⁹. Sus críticas al discurso formalista fueron aceptadas como válidas, pero generaron la proliferación de nuevas teorías, que intentaban demostrar la objetividad del derecho de un modo más convincente. En definitiva, el ataque realista disparó una serie de respuestas, que terminaron por fortalecer las premisas del antiguo formalismo al reconstruir su justificación en términos más complejos y sofisticados.

En este contexto, surgen las teorías reconstructivas liberales, que arman su retórica en base al concepto de “derechos” e intentan justificar la racionalidad del sistema con argumentos jurídicos, políticos y filosóficos. **La mayor parte de estas teorías tomaron “la forma de un intento compulsivo de sublimar, negar, trivializar o reinterpretar las conclusiones sobre la ‘subjetividad’ de las decisiones jurídicas que los realistas habían alcanzado. Este intento implicaba la búsqueda de nuevas fuentes de objetividad, tales como los ‘principios neutrales’ de Wechsler, la maximización de la riqueza ‘eficiencia’ de Posner, la reinterpretación Rawlsiana de los derechos de Michelman; también se manifestó como un intento de transformar las disputas sustantivas en disputas sobre el procedimiento**

7. Félix Cohen, *El Método Funcional en el Derecho*, Traducción de Genaro Carrió, Ab. Perrot, págs. 46/47.

8. Sobre cómo el realismo significaba atacar las bases culturales en las que jueces, abogados y académicos estaban “atrapados”, ver Laura Nader, *The Life of the Law, Anthropological Problems*, Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 2002.

9. Sobre el fracaso del realismo jurídico para lograr una verdadera revolución en el modo tradicional de pensar el derecho, ver Laura Kalman, *Legal Realism at Yale, 1920-1960* (The University of North Carolina Press, 1986). De todos modos, no puede soslayarse que las semillas del realismo fueron recogidas años más tarde por el movimiento de los Critical Legal Studies. En este sentido, podría decirse que el ataque realista contribuyó y sentó las bases para el surgimiento de discursos críticos, incluso más radicales que el original.

(Ely y Choper) o sobre el procedimiento y la jurisdicción (Hart y Sacks)”¹⁰. En definitiva, se intentaba recuperar la fe en aquella premisa que sostenía que las decisiones en derecho eran producto de un proceso racional, previsible y objetivo.

Tal vez, el caso más ilustrativo de una “posición de fe” post-realista, es el de Ronald Dworkin. Este autor alega que, en cualquier sistema jurídico, es posible encontrar principios políticos coherentes que inspiran las reglas positivas. Para ello, mediante un proceso inductivo-deductivo, el juez debe identificar esos principios, armar una teoría y, de allí, derivar la solución para su caso concreto. Dworkin deja claro que, al elegir cuál es la teoría que “mejor explica” el sistema positivo, los jueces no estarían aplicando sus propios criterios subjetivos sino que habrían encontrado una moral objetiva (“law morality”), que es la que debe guiar sus decisiones. No sorprende que esta tarea titánica sea llevada a cabo, en los ejemplos que ofrece Dworkin, por un juez imaginario, a quien define como “un abogado de habilidades, conocimiento, paciencia y perspicacia sobrehumanas” y denomina “Hércules”¹¹.

Estos nuevos discursos, como describe Kennedy en el trabajo que aquí comentamos, fueron en ascenso y lograron una fuerte legitimación derivada “de la combinación de corrección política (las luchas de grupos oprimidos), corrección jurídica (la Constitución era una ley ejecutable y demandaba de modo autoritativo una reforma liberal masiva) y corrección filosófica (la filosofía moral más sofisticada apoyaba la reforma liberal de izquierda del derecho en nombre de los grupos oprimidos)”. Al final de cuentas, esto significó reflotar y reforzar los axiomas sobre la racionalidad, objetividad y previsibilidad del derecho; y frustrar, de alguna manera, la potencial revolución del pensamiento jurídico que en algún momento prometió el *American Legal Realism*.

II- Las teorías reconstructivas post-realistas y el “discurso de los derechos”

En la *Crítica a los Derechos*, Kennedy describe el proceso de ascenso de las teorías reconstructivas armadas en torno al concepto de “derechos”, como el de un “formalismo resurgente”.

Explica que estas retóricas parten de una distinción crucial entre los juicios de valor (subjetivos) y los juicios fácticos (objetivos). Y asumen que las cuestiones puramente valorativas no pueden ser resueltas de modo racional, ya que constituyen elecciones arbitrarias entre distintas “preferencias”. A su vez, reconocen que los conflictos jurídicos involucran dilemas pertenecientes al dominio de la subjetividad y los valores, por lo que su desafío es encontrar un modo racional de discutir y resolver estas cuestiones.

En este punto, el concepto de “derechos” entra a jugar un rol fundamental en la construcción del discurso. Básicamente, porque se trata de un concepto al que se le atribuyen dos propiedades: los derechos son considerados “universales” (son entendidos como necesidades, valores o preferencias que toda persona comparte o debería compartir,

10. Boyle, James, *The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought*, Univ. of Pennsylvania Law Review 133:685-780 (formato digital en <http://eprints.law.duke.edu/archive/00000170>). Ver también sus citas en notas al pie 52 a 58.

11. Ver, Ronald Dworkin, *Hard Cases*, 88 Harv. L. Rev. 1057.

lo que significa que no son arbitrarios ni subjetivos) y “factoides” (esto es, no son enunciaciones tan vagas como las puramente valorativas, tienen un nivel de concretización que hace posible tener una discusión relativamente objetiva y precisa sobre cómo este derecho debe ser instrumentado en reglas legales o sociales). Estas dos características permiten que cualquier discusión formulada en términos de “derechos” pueda ser resuelta de un modo “lógico” y con posibilidad de “corrección”.

A su vez, los derechos son definidos como “entidades” que existen dentro y fuera del discurso legal. En palabras de Kennedy, “[l]os derechos ocupan un estatus ambiguo en el discurso jurídico, porque ellos pueden ser tanto reglas como razones para las reglas... ‘El Congreso no dictará ninguna ley restringiendo la libertad de expresión’ es una regla incorporada al sistema jurídico, pero ‘proteger la libertad de expresión’ es una razón para adoptar una regla, o para escoger una interpretación de una regla sobre otra. En este segundo uso, se entiende que el derecho es algo que está afuera del -y que preexiste al- razonamiento jurídico.”

Debido a este doble status que ocupan en el discurso, el razonamiento en base a derechos permite realizar tres tipos de argumentos: a) sobre reglas ya incorporadas al ordenamiento positivo (argumentos sobre “derechos internos”); b) sobre la existencia de derechos pre-legales, que pretenden justificar por qué el ordenamiento positivo debe reconocer ciertos intereses o demandas (argumentos sobre “derechos externos”); y c) combinar ambas categorías de argumentos, lo que hace posible, por ejemplo, “superar” la falta de “cierre” de algún argumento textual interno, aportando argumentos en términos de “derechos externos” en el sentido del resultado deseado. Como explica Kennedy, la retórica de los derechos permite argumentos que *“explotan tanto la noción de que el proceso de adjudicación se lleva a cabo de acuerdo a un método legal de fidelidad interpretativa altamente determinado y específico, como la noción de que el derecho externo es una entidad universal y ‘factoide’ a partir de cuya existencia podemos hacer fuertes inferencias”*.

A partir de lo expuesto, el objetivo de “traducir” una pretensión valorativa (que involucre cuestiones políticas, éticas, etc) al lenguaje de “derechos”, es presentarla como “correcta y objetiva”, y así superar la acusación de “mera preferencia arbitraria”. Tal como lo resume Kennedy: *“el razonamiento basado en los derechos, en suma, te permite tener razón respecto a tus juicios de valor, en vez de simplemente tener ‘preferencias’, como en ‘prefiero el chocolate al helado de crema”*.

III- La *Crítica a los Derechos* es una deconstrucción del “discurso de derechos” que se expandió y ganó legitimación en la era post-realista

Kennedy resalta, con preocupación, la ausencia de críticas a estas nuevas retóricas liberales y la desaparición de las posiciones más radicales otrora existentes respecto del discurso legal. Explica que la *Crítica a los Derechos* es un ataque de izquierda y posmodernista, que pretende deconstruir los nuevos discursos que actualmente obstaculizan y ocultan el debate ético subyacente en todo conflicto jurídico.

La *Crítica*, sin embargo, no es una teoría, y Kennedy se encarga de recalcarlo; tampoco es la “prueba” de que no existe la posibilidad de reconstruir un discurso racional y objetivo.

Simplemente, es una denuncia de que el lenguaje de los derechos no ha sido útil para sustraer los conflictos jurídicos del dominio de los valores; y tampoco logró evitar que las decisiones o pretensiones presentadas “en términos de derechos” sean vistas, al final de cuentas, como el resultado de una elección subjetiva.

Kennedy intenta demostrar su punto mediante un análisis que permite ver cómo, a lo largo de la historia norteamericana, la “retórica de los derechos” ha sido manipulada y utilizada para justificar decisiones judiciales en cualquier sentido e, incluso, diametralmente opuestas. Fue un arma de los conservadores para defender sus valores respecto a los límites del derecho de propiedad; fue la herramienta por excelencia de los liberales de la era de los derechos civiles (que aprovecharon que tenían el control del poder judicial para cristalizar sus preferencias políticas en el derecho positivo); y fue también el lenguaje utilizado por la derecha a finales de los ’70 y ’80 para “frenar y dismantelar las victorias liberales, de modo similar a lo que los liberales habían hecho con las victorias conservadoras cuarenta años antes”.

Para Kennedy, esta “historia de la manipulación” es suficiente para quebrantar la credibilidad de los argumentos basados en “derechos internos”, porque revela al discurso como “mera retórica” y demuestra que la decisión sigue pasando por un criterio valorativo o político.

Sin embargo, una crítica al discurso de los derechos no puede limitarse a atacar los argumentos sobre “derechos internos”. También debe demostrar que los discursos extralegales (político, popular y filosófico), que inyectan legitimación al sistema “desde afuera”, no están en condiciones de justificar objetivamente sus demandas o, en otras palabras, de superar la acusación de ser posiciones “meramente subjetivas”.

Lo que ocurre, como explica Kennedy, es que una vez que se pierde la fe en el razonamiento utilizado en el discurso legal (argumentos sobre “derechos internos”), es inevitable *“la pregunta de si uno puede tener aún fe en el proyecto normativo de los derechos fuera del discurso jurídico. Si el discurso interno, la traducción, es mera ‘retórica’, bajo una sospecha constante de toma de partido ideológica, ¿no parece entonces que lo mismo ocurrirá también con el texto ‘externo’ ‘original’?”*

Sobre esa base, Kennedy emprende la crítica de los argumentos basados en “derechos externos”, y encuentra las mismas deficiencias que encontró en los razonamientos realizados sobre “derechos internos”. Esto no es sorprendente, pues toda la retórica de derechos está armada sobre el mismo esquema. En ambos casos, la objeción es que todo el lenguaje de derechos “traduce” cuestiones valorativas a términos vagos y vacíos de contenido; y los razonamientos en estos términos permiten presentar como “correcta” cualquier posición. Cuando esto queda al descubierto, se advierte que el discurso no cumple más función que la de una fundamentación aparente, y que la decisión sigue pasando por criterios subjetivos.

Pongamos como ejemplo, la defensa de la legalización del aborto. El orador podría sostener que *“prohibir el aborto está mal porque niega el derecho de la mujer a tener control sobre su propio cuerpo”*. A este argumento es posible responder que *“prohibir el aborto está bien porque protege el derecho a la vida del feto”*. En palabras de Kennedy, *“cuando el orador se mantiene en el ámbito no adulterado del discurso de los derechos, el problema es que la afirmación es una petición de principio. El orador parece no*

advertir que existe un contraderecho que puede ser reivindicado en el mismo tono de voz y que neutraliza al primer derecho”.

Sin embargo, cuando el orador advierte que la mera invocación de argumentos basados en derechos no será suficiente para demostrar la superioridad de su posición, *“puede rápidamente cambiar a la defensa del derecho en el modo legislativo común, ofreciendo toda clase de argumentos para demostrar por qué el tomador de la decisión debería estar de acuerdo (competencia institucional –debería ser la mujer y no el tribunal el que decidiera-; bienestar social –los abortos clandestinos aumentarán y representan un costo inaceptable-). Cuando esto ocurre, resurge el argumento de que el derecho es un ‘juicio de valor’, apoyado por una retórica, tal vez una retórica que uno encuentra muy convincente, pero sin el poder mediador prometido por la formulación inicial”.*

Por ese motivo, cuando se descubre que ni los argumentos de “derechos internos” ni los de “derechos externos” están en condiciones de justificar objetivamente sus demandas, se pierde la fe en que el “discurso de los derechos” podría proporcionar un criterio objetivo para decidir entre pretensiones en conflicto.

IV- La pérdida de la fe y la “no reconstrucción”

Como señalamos al comienzo, la *Crítica a los Derechos* postula la “pérdida de fe” en el discurso jurídico actual, pero no sugiere una “fe alternativa”; en otras palabras, deconstruye sin reconstruir.

Mucho se ha criticado al realismo jurídico y a las posiciones escépticas en general, por ser puramente descriptivos, por deconstruir una retórica que de algún modo era útil y eficaz, y no proporcionar un nuevo marco en el cual fuera posible debatir y decidir los conflictos jurídicos de un modo racional y ordenado. En este trabajo, Kennedy responde, de algún modo, a esas objeciones y reivindica la decisión de deconstruir sin proponer reconstrucción alguna. Es que en este caso, la “no reconstrucción” no es algo circunstancial, sino que es inherente a la *Crítica*.

Explica Kennedy, que “la pérdida de la fe” no significa simplemente haber dejado de creer en la “retórica de los derechos” en particular, sino que vas más allá: *“es una expresión de pérdida de fe en la posibilidad de formular en términos concluyentes o aún de decidir inicialmente sobre demandas sustantivas a través de una elaboración ‘lógica’, ‘analítica’ o ‘razonada’ de los derechos”.* Por ello, la *Crítica* no sugiere “una fe alternativa”; simplemente advierte sobre la posibilidad constante de “socavar o corroer” cualquier discurso jurídico con vocación de objetividad y corrección.

Esta idea tiene que ver con el aspecto posmodernista de la *Crítica*, que considera que el abandono de la vocación de racionalidad y “corrección” tendrá efectos positivos. Porque desde esta perspectiva, la apariencia de corrección y racionalidad bloquea el surgimiento de actitudes críticas. Y esta es la principal objeción que plantea la *Crítica* contra la “retórica de los derechos” o cualquier posición de fe que surja en el discurso jurídico.

En este sentido, se ha dicho que *“estos discursos de racionalidad técnica y legal –de derechos’, ‘consentimiento’, ‘necesidad’, ‘eficacia’ y ‘limitaciones trágicas’- son, por supuesto, discursos de poder (...) respaldados –en los casos del derecho, la economía y las ciencias políticas- por un aparato tecnocrático de justificación racional aparentemente*

formidable, que sugiere que el conjunto de prácticas sociales dentro de las cuales nos ha tocado nacer en este momento histórico particular es mucho más que un arreglo contingente: que tiene un orden, aunque sea invisible, que tiene sentido (...) Una táctica promisorio para tratar de combatir la desmovilización que es producto de nuestras creencias convencionales (...) es mostrar que la estructura que rige nuestras vidas no es natural sino histórica y contingente: no siempre existió en la forma actual. Este descubrimiento es extraordinariamente liberador, no (o al menos no generalmente) porque haya algo tan maravilloso en las estructuras de creencias del pasado, sino porque al descubrirlas hace que veamos cuán arbitrarias son nuestras categorías (...) ***El propósito del CLS como empresa intelectual es tratar de ‘descongelar’, o por lo menos ir martillando poco a poco las categorías mentales que se han congelado debido a su exposición habitual a las prácticas legales, intentando mostrar la forma en que el discurso jurídico contribuye a ese congelamiento (...)*** Al menos siempre resulta alentador saber que algunos de los más sofisticados argumentos racionalistas, resignados y abrumadores acerca de por qué nada importante puede cambiar son sencillamente erróneos”¹².

El análisis de Kennedy intenta demostrar, precisamente, que a lo largo de la historia del pensamiento jurídico los discursos universalizadores con aspiración de corrección han obstaculizado y retrasado, más que avanzado, los cambios en los arreglos institucionales y sociales. Y que, contrariamente a lo que podría parecer a primera vista, la “retórica de los derechos” es un instrumento disuasivo de la crítica, que ayuda a congelar el *status quo*. Por ese motivo, una crítica posmodernista que deniegue *por anticipado* la pretensión de corrección a cualquier discurso jurídico, permitirá un debate más transparente, y seguramente más radical y controversial sobre los conflictos morales subyacentes.

Lo que finalmente conviene aclarar, es que la “no reconstrucción” no significa que la *Crítica* niegue que haya criterio alguno para decidir entre pretensiones en conflicto. Según Kennedy, “*la crítica no nos deja sin ‘nada’, en el sentido de convertir en imposible el decidir qué hacer... Aquellos de nosotros que no somos realistas morales (creyentes en la verdad objetiva de las proposiciones morales) estamos acostumbrados a comprometernos en proyectos, y decidir acerca de estrategias, sobre la base de un balance de consideraciones éticas y prácticas.* Al final, pegamos el salto al compromiso o la acción. El que no creamos que podemos demostrar la corrección de nuestras elecciones no nos hace nihilistas, al menos no en nuestra perspectiva”.

En definitiva, Kennedy deja claro que la “no reconstrucción” es una opción ideológica, que facilitará las actitudes críticas bloqueadas por “la sensación de cierre o necesidad que los análisis jurídicos y los basados en los derechos intentan generar”; y así contribuirá, a su entender, a avanzar los objetivos del proyecto de izquierda.

12. Robert W. Gordon, *Nuevos Desarrollos de la Teoría Jurídica y Cómo “Descongelar” la Realidad Legal: Una Aproximación a la Crítica del Derecho*, en *Desde Otra Mirada*, op cit., páginas 325 a 327. Sobre los discursos dogmáticos como justificación “del poder de turno”, y su deconstrucción como punto de partida para una visión crítica del derecho ver, Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, 5ªed.*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, Cap. I.

V- Comentarios finales

Después de la segunda mitad del siglo XX, la “retórica de los derechos” fue ganando un lugar privilegiado en el pensamiento jurídico; a tal punto que hoy día es la base del discurso legal del mundo occidental, y su legitimidad es ampliamente aceptada. Esto no significa que no existan o hayan existido críticas; sino que, en general, éstas no ponen en duda la posibilidad de alcanzar un acuerdo acerca de ciertos valores universales que puedan ser traducidos en “derechos”. En realidad, muchas veces, las críticas simplemente proponen la inclusión de voces excluidas; o atacan los valores que actualmente se defienden con la retórica de derechos, y proponen utilizar el mismo discurso para defender otros.

En este contexto, es que vale la pena prestar atención a posiciones como la de la *Crítica a los Derechos*. Porque de algún modo, ya sea por sus aspiraciones universalizadoras y de corrección (como dice Kennedy), o por sus muy promocionados logros en cuanto a conquistas sociales (la proliferación del reconocimiento de derechos tanto en ordenamientos positivos nacionales como en tratados de derechos humanos), el discurso de los derechos ha logrado opacar las críticas y ha obstaculizado discusiones más honestas sobre los debates morales que siempre subyacen a las cuestiones jurídicas.

Un análisis histórico, como el que hace Kennedy en este trabajo, es útil para evaluar cuál ha sido la verdadera función que cumplió el discurso de los derechos en estas últimas décadas. El discurso se presenta muchas veces como una herramienta de lucha para el cambio social y para la inclusión de sectores excluidos. Sin embargo, una mirada más cercana deja ver que “la retórica de los derechos” ha escondido y retrasado, más que promovido, el debate de cuestiones controversiales; y, de algún modo, hasta ha sido responsable de la desaparición de las críticas radicales al discurso legal.

Conviene resaltar que estos cuestionamientos al discurso no se limitan a su funcionamiento en los Estados Unidos. Como señala Makau wa Mutua, el caso de Sudáfrica es un ejemplo de cómo el lenguaje de los derechos, lejos de ser una herramienta de transformación social, ha sido exitosamente utilizado para preservar las jerarquías del apartheid. En sus palabras, el discurso “*puede ser utilizado para proteger a los poderosos y el status quo tan fácilmente como para avanzar los intereses de los débiles y excluidos ... si la experiencia de los Estados Unidos ... es alguna guía, el lenguaje de derechos, más frecuentemente que no, ha protegido el derecho de propiedad de los ricos y poderosos ... No es sorprendente para nada que aún cuando el logro de los derechos de participación política de los negros es celebrado en Sudáfrica, la retórica de los derechos está siendo exitosamente utilizada para proteger el status quo económico –los derechos de propiedad privada de la minoría blanca del país ... Lamentablemente, Sudáfrica ha caído víctima de todas las trampas del discurso de los derechos*”.¹³

13. Makau wa Mutua, *Hope and Despair for a New South Africa: The Limits of Rights Discourse*, 10 Harv. Hum. Rts. J. 63, págs. 68/69.

En definitiva, vale la pena pensar si la “retórica de los derechos” no es un nuevo formalismo que nos impide, una vez más, discutir los valores que subyacen a todo conflicto jurídico. Y preguntarnos, si el miedo a la incertidumbre o las limitaciones de la razón para construir una teoría que justifique nuestras pretensiones normativas como objetivas y correctas, son suficiente motivo para seguir manteniendo un discurso de estas características.