

Teoría crítica¹

GÜNTER FRANKENBERG²

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo es realizar un recorrido histórico por las principales corrientes de pensamiento que han caracterizado a la teoría crítica desde su nacimiento en el seno de la Escuela de Frankfurt hasta el presente. En primer lugar, el autor retrata la etapa clásica de la teoría crítica a partir de las investigaciones realizadas por Horkheimer, Marcuse y Adorno. Luego analiza la inclusión de la dimensión normativa como objeto de estudio por parte de Neumann y Kirchheimer y la influencia de la teoría discursiva de Habermas en el desarrollo de la teoría crítica. Por último, se enuncian las principales objeciones que realizan los críticos jurídicos a la filosofía legal positivista, especialmente en lo que concierne al Derecho Internacional Público y se exponen las propuestas de los nuevos enfoques críticos.

PALABRAS CLAVE

Teoría crítica. Escuela de Frankfurt. Filosofía del Derecho. Critical Legal Studies. Positivismo.

ABSTRACT

The aim of this paper is to present the most significant currents of thought that have characterized critical theory from its origin in the heart

¹ Publicado originalmente en: FRANKENBERG, Günter y Luiz MOREIRA (Hg.), *Jürgen Habermas, 80 años. Direito e Democracia*, Rio de Janeiro, 2009, pp. 1-18 [nota de los editores: en el texto aparecen entre paréntesis referencias a palabras clave y resaltadas en cursiva. Estas referencias son remisiones a otros artículos escritos por otros autores y publicados en el mismo volumen en que el autor es uno de los editores. Si bien estos artículos no aparecen en el presente número de Academia, hemos dejado las referencias porque son ilustrativas de las conexiones que el autor pretende hacer con otros temas].

² Profesor de Derecho Público en la Universidad de Frankfurt/Main.

TEORÍA CRÍTICA

GÜNTER FRANKENBERG

of the Frankfurt School up to the present. First, the author portrays the classical stage of critical theory from research carried out by Horkheimer, Marcuse and Adorno. Then, he seeks to analyze the inclusion of the normative dimension as the object of study by Neumann and Kirchheimer and the influence of Habermas's discursive theory in the development of critical theory. Furthermore, he states the main objections that are made by critical theoreticians about positivist legal philosophy, especially in regard to Public International Law, and presents proposals for new critical approaches.

KEY WORDS

Critical theory. Frankfurt School. Legal Philosophy. Critical Legal Studies. Positivism.

A. NOCIONES GENERALES

La teoría crítica como tal se refiere a la *Frankfurter Schule* (Escuela de Frankfurt), cuyos miembros se encontraban inmersos en la tradición de la teoría marxista y quienes se comprometieron, desde dentro de esta teoría, a desarrollar y defender su forma auténtica y sus ideas. La teoría crítica no ofrece una teoría del Derecho unificada que pueda ser fácilmente aplicable a conflictos legales internacionales. Sin embargo, los diferentes hilos argumentativos pueden interpretarse unidos por un fuerte antipositivismo, diseñado para identificar las deficiencias y contradicciones de la descripción positivista de la "realidad" del Derecho.

La teoría crítica, originalmente, se definió en oposición a la teoría tradicional. Esta última representa el tipo de teorización "cientista" guiada por los ideales de las ciencias naturales modernas y su prerrogativa de investigaciones "libres de valoración". Los autores de la teoría crítica parten de la asunción de que tanto los objetos observados como los sujetos observadores de la ciencia están constituidos socialmente y, por lo tanto, deben ser analizados e interpretados dentro de su contexto histórico-social. En consecuencia, los críticos aprobaron una filosofía materialista de la historia como marco de referencia para sus interpretaciones teóricas y un programa de investigación interdisciplinaria con el apoyo de las ciencias especializadas para llevar a cabo sus análisis. Guiados por sus

objetivos interdisciplinarios metodológicos y por su teoría materialista, identificaron y criticaron mecanismos, estructuras y relaciones que impiden al hombre alcanzar su potencial: en contra de las prácticas de exclusión, inicialmente defendieron una organización razonable del proceso de trabajo, para luego defender la protección del *Lebenswelt* (mundo de la vida) contra las incursiones de los destructivos imperativos burocráticos y económicos.

En la actualidad, la teoría crítica hace referencia a un concepto general que incluye una variedad de proyectos posrealistas y pospositivistas dentro y fuera de la tradición marxista. “Crítico” ha llegado a significar una postura opuesta al *mainstream*, a gran parte del discurso positivista en las diversas ciencias, con base en un nuevo marco analítico y un nuevo vocabulario. Dentro de una perspectiva explícitamente transformativa, en la que resuenan temas centrales del marxismo crítico, algunos críticos denuncian las necesidades, intereses y el desamparo de los grupos marginados y las sociedades excluidas del discurso dominante. Otros comparten el vocabulario de la exclusión, pero permanecen escépticos ante los objetivos emancipatorios.

B. LA EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA CRÍTICA

1. ORÍGENES

La teoría crítica de la Escuela de Frankfurt se originó en la década de 1920 bajo la dirección autoritaria del filósofo Horkheimer, y se formó como una teoría del capitalismo tardío totalitario. Su centro intelectual se convirtió en el *Institut fur Sozialforschung* (Instituto para la investigación social) (“Instituto”) en Frankfurt, junto con la revista científica *Zeitschrift fur Sozialforschung* (*Estudios de filosofía y de ciencia social*). En los primeros años, Horkheimer y Marcuse dirigieron una serie de artículos epistemológicos a una crítica sistemática al reduccionismo positivista del conocimiento empírico de la realidad, a una mera búsqueda de hechos separados de cualquier confirmación hermenéutica o epistemológica. Su epistemología materialista tenía como fuentes al joven Marx (Horkheimer) y a Heidegger (Marcuse), y fue elaborada como un marco general de interpretación.

TEORÍA CRÍTICA

GÜNTER FRANKENBERG

Metodológicamente, apuntaban a un concepto de investigación interdisciplinario concentrado en el conflicto entre las fuerzas productivas y las relaciones de producción. En la década de 1930, Horkheimer tomó la creciente integración de la clase trabajadora en el avanzado sistema capitalista como punto de referencia para el grupo de investigación del Instituto. Basó las investigaciones empíricas en la cooperación entre la filosofía de la historia, la economía política, la psicología freudiana y la teoría de la cultura, teóricamente unidas por el funcionalismo marxista.

Hasta la mitad de la década de 1930, la agenda de investigación del Instituto estaba enfocada en tres áreas:

A) *Economía política*: El economista Pollock, otro miembro del “círculo interno” del Instituto, llevó a cabo el análisis económico del capitalismo posliberal. Sobre la base de sus estudios en el nacionalsocialismo y el comunismo soviético elaboró el concepto de “Capitalismo de Estado”.

B) *Desarrollo del Individuo*: El interrogante sobre por qué los individuos y la fuerza de trabajo en general se sometían, aparentemente sin resistencia, a regímenes de dominación centralizados fue delegado a Fromm. Eligió la formación del carácter psicosexual como modelo explicativo general, lo que le permitió vincular ideas del psicoanálisis con ideas de la sociología marxista. Fromm, junto con los *Estudios sobre la autoridad y la familia* empíricos y teóricos del Instituto, allanó el camino para la teoría de la personalidad autoritaria.

C) *Cultura*: El análisis teórico de la cultura de masas se basó en investigaciones empíricas de las costumbres morales y los estilos de vida de los grupos sociales. Se llevó a cabo una revisión del rígido esquema marxista de base-superestructura, haciendo hincapié en la autonomía relativa de la cultura como un fenómeno superestructural crucial. Luego del influyente ensayo de Horkheimer titulado *Teoría tradicional y crítica*, ciertos miembros del círculo interno, especialmente Marcuse y Adorno, partieron de diferentes puntos de vista hacia una teoría de cultura de masas posliberal. Mientras que Marcuse diagnosticó la eliminación de todos los elementos utópicos de la cultura burguesa bajo el régimen del capitalismo totalitario, Adorno distinguió el carácter afirmativo y manipulador de la cultura de masas de la racionalidad crítica utópica del arte esotérico de *avant-garde*.

2. DEBILIDADES TEÓRICAS DE LA TEORÍA CRÍTICA CLÁSICA

En su “época clásica”, la teoría crítica y sus proyectos de investigación empírica se apoyaban en la teoría del capitalismo tardío totalitario, justificada por las circunstancias sociales y políticas del fascismo y el stalinismo. No obstante, como en las teorías del totalitarismo, su reduccionismo funcionalista evocaba la imagen de una sociedad totalmente integrada en la que la vida social se agotaba en un circuito cerrado de ejercicio centralizado administrativo de dominación, control cultural y manipulación, por un lado, y conformismo masivo e individual, por el otro.

Más allá de las diferencias en las perspectivas teóricas y presupuestos epistemológicos, Horkheimer, Marcuse y Adorno entendían a la razón humana como la capacidad intelectual para el análisis instrumental de objetos naturales. En contrario a su intención original operaron, en las primeras etapas, con el modelo de la relación cognitiva del sujeto observador con el objeto observado, y en la tradición marxista, redujeron la historia de la humanidad al despliegue del procesamiento social de la naturaleza y reconocieron sólo al trabajo social instrumental como práctica social, excluyendo a la esfera de la comunicación cotidiana.

Los representantes de los comienzos de la teoría crítica se centraron en las patologías de las sociedades capitalistas y, por ello, no veían la necesidad de elaborar fundamentos normativos de su filosofía de la historia. Su reduccionismo funcional llevó a una exclusión sistemática de la dimensión normativa de la acción social, donde convicciones morales y orientaciones normativas se forman de manera independiente de los imperativos sistémicos. Como consecuencia, el estudio del Derecho y los regímenes legales, como también el avance de las libertades civiles, fue marginalizado, si no completamente negado.

3. LA VUELTA AL PESIMISMO

Luego de un cambio general de orientación, los miembros del círculo interno dieron paso, cada vez más, a una filosofía de la historia pesimista. La experiencia histórica del fascismo reportó un escepticismo radical sobre el progreso. Horkheimer y Adorno elaboraron el destructivo potencial de la razón humana en su trabajo programático *La dialéctica de la Ilustración*

TEORÍA CRÍTICA

GÜNTER FRANKENBERG

(Continuum, New York, 1976). Sustituyeron las teorías del capitalismo con la teoría del proceso de la civilización entera como un marco para sus críticas. En *La dialéctica de la Ilustración*, el trabajo societario ya no representa una forma de práctica potencialmente emancipadora sino la célula germen del pensamiento objetivista dentro del mundo de las formas de pensamiento cosificado. Por lo tanto, la lógica de la cosificación y alienación de la especie humana, que se despliega en cada acto del dominio de la naturaleza, se convirtió en el tema clave durante la fase pesimista. La brecha entre la reflexión filosófica centrada en el triunfo de la racionalidad instrumental y los estudios científicos sociales del Instituto se amplió en el período de la posguerra en la *Dialéctica negativa* de Adorno y el *Eclipse de la razón* de Horkheimer. En *El hombre unidimensional* y una serie de ensayos, Marcuse reaccionó ante la teología negativa de Horkheimer y la crítica esotérica de Adorno al pensamiento conceptual al igual que a la ciencia política empirista en Estados Unidos, en un intento de rescatar la idea de revolución e identificar un nuevo sujeto revolucionario desde la razón hacia la naturaleza libidinosa de las necesidades humanas e inspirado en la práctica de los movimientos de protesta.

4. TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO

Los escritos filosóficos de Horkheimer, Marcuse y Adorno han definido la imagen pública de la teoría crítica, mientras que los estudios del “círculo externo”, formado por Fromm, Benjamin, Neumann y Kirchheimer, se mantuvieron en la periferia de la agenda del Instituto. En el espíritu de la contradicción, se apartaron de la filosofía de la historia del “círculo interno” y de un estrecho funcionalismo marxista. Asimismo, defendían el Estado de derecho contra el decisionismo y la teología política de Schmitt.

En sus estudios político-jurídicos, Neumann y Kirchheimer, formados en estudios de Derecho y Ciencia Política, se separaron de la indiferencia de la Escuela de Frankfurt hacia los fenómenos jurídicos y se concentraron en la ley como un mecanismo de dirección central. Consideraban a la interacción grupal como un modo de integración de la sociedad burguesa, y por ello investigaban la integración política de las sociedades capitalistas avanzadas y las alteraciones formales constitucionales y legales

que se producen por el cambio estructural del capitalismo. Informados por sus estudios sociales-científicos de la República de Weimar y el nacionalsocialismo, sostenían la primacía ininterrumpida de los intereses capitalistas privados y rechazaban el concepto de “capitalismo de Estado”. En *Behemoth*, su monumental estudio del sistema nacionalsocialista de dominación, Neumann sostuvo que el fascismo no había liquidado las leyes funcionales del mercado capitalista, sino que las había colocado por debajo del régimen adicional de medidas totalitarias. Según las teorías de política y Derecho de Neumann y Kirchheimer, la integración social no se genera sólo por la sumisión a la ejecución ciega de los imperativos del capitalismo, sino también por la comunicación política y el arreglo entre los grupos sociales y las fuerzas políticas. Aunque no tuvieron influencia en el posterior desarrollo de la teoría crítica, los análisis de Neumann y Kirchheimer, debido a su alejamiento del marco de referencia rígido y funcionalista y la riqueza de sus estudios empíricos, se han considerado valiosos hasta la fecha.

En 1921, Benjamin, posiblemente el miembro menos ortodoxo de la escuela de Frankfurt, escribió su fundamental *Para una crítica de la violencia* (en P. Demetz [ed.], *Ensayos, aforismos, escritos autobiográficos*, Schocken, New York, 1986), que inspiró entre otros, *Force de Loi: Le fondement mystique de l'autorité* (1989/90 11 II *Cardozo Law Review* 919-1046). Según Benjamin, la violencia se origina cuando causas efectivas intervienen en una relación social y pueden ser calificadas como legales o éticas. Por lo tanto, objetó las doctrinas de derecho natural por tratar a la violencia como un fenómeno natural y limitar su crítica al abuso de violencia por fines injustos, como también a los positivistas legalistas que sostenían que la legalidad de la violencia debía ser evaluada sobre la base de los procesos históricos de rechazo y consentimiento. Derrida extendió la crítica de Benjamin a la aplicabilidad del Derecho y a la ley como autoridad legítima.

5. EL REGRESO A LA FILOSOFÍA DEL LENGUAJE

Después de la Segunda Guerra Mundial, la teoría crítica como una escuela unificada de pensamiento e investigación estaba en ruinas. Carecía de una teoría comprensiva que pudiese mediar entre la reflexión filosófica y la investigación empírica y entre los miembros del círculo

TEORÍA CRÍTICA

GÜNTER FRANKENBERG

interno y externo. La guerra, la emigración y la controversia teórica habían quebrado los lazos entre los miembros del Instituto.

El filósofo y sociólogo Habermas, originalmente afiliado con el Instituto, redirigió el curso de la teoría crítica a la hermenéutica, el pragmatismo y el análisis del discurso. A pesar de encontrarse inspirado por la crítica al funcionalismo del círculo externo, su teoría de la sociedad se motivó por los objetivos originales de la teoría crítica: las ideas de una racionalidad históricamente efectiva, la emancipación de la dominación y la crítica al positivismo. El “giro lingüístico” de Habermas lo encauzó de la filosofía de la conciencia a la filosofía del lenguaje. La idea de la intersubjetividad humana, anclada en las estructuras del lenguaje, lo llevó a repensar de manera radical el paradigma productivista del marxismo. Más allá del trabajo social y su racionalidad orientada al éxito, Habermas consideraba al logro de la comprensión en el medio del lenguaje y, en sus últimas obras, el presupuesto básico para la reproducción de la vida social.

La acción comunicativa y su racionalidad específica sirven como el marco de referencia fundamental para su teoría de la sociedad y de la historia, sistemáticamente elaboradas en su comprensiva *Teoría de la acción comunicativa*. Su construcción teórica implica un concepto de la sociedad de dos niveles: el “vida-mundo”, que está formado por los procesos en los cuales la comprensión se alcanza por medio de la comunicación, y el “sistema”, que consiste en esferas de la acción generalizadas como el mercado y la burocracia estatal, que operan de acuerdo a la lógica funcional de la racionalidad teleológica. Las incursiones de este último en el dominio interno comunicativo de la sociedad Habermas las diagnostica como “colonizaciones” de la vida-mundo, identificando una patología crucial de la Modernidad.

Luego de su *Teoría de la acción comunicativa*, Habermas se tornó a desarrollar una teoría discursiva de moral y derecho en la tradición kantiana. En *Entre los hechos y las normas*, sigue visualizando al lenguaje como fuente primaria de integración social, atribuye a la ley la función de mitigar la tensión entre el uso fáctico de los signos y sus sentidos generalizados y los presupuestos idealizados de un consenso racionalmente motivado entre los participantes de la comunicación. El derecho moderno se visualiza como reacción ante los problemas de la integración

social, en particular el riesgo permanente de la disidencia, con un sistema de normas que combina libertades y sanciones externas.

De acuerdo con el principio discursivo, todo aquel afectado por las normas jurídicas, incluidos aquellas que establecen las libertades y restricciones deben, al menos, ser potencialmente capaces de consensuar como participantes de un discurso racional. Por lo tanto, el principio democrático, funcionando como una operacionalización del principio discursivo, debe ser institucionalizado en la forma legal basada en el mismo estatus de privado y público (→ *autonomía*): la democracia no se debe llevar a cabo por fuera de las formas jurídicas, y la forma jurídica debe ser generada por un método de creación de leyes democrático. Para determinar la estabilidad del sistema de derecho y el proceso democrático de creación de normas, los principios y procedimientos del Estado de derecho (*Rechtsstaat*) deben domesticar el poder político, y los procedimientos discursivos deben prevenir la arbitrariedad judicial. En *Entre los hechos y las normas*, Habermas complementa la reconstrucción interna del derecho moderno y su sistema de derechos con el modelo de una democracia deliberativa, anclada en las estructuras argumentativas que dan lugar a una multiplicidad de discursos que conforman la legitimidad de la ley.

En una serie de artículos recientes, Habermas analizó la “constelación posnacional” y actualizó y descentralizó el proyecto kantiano de paz eterna (Immanuel Kant, *Zum ewigen Frieden*, Reclam, Ditzingen, 1986). Habermas defiende la constitucionalización primaria y procesal del Derecho Internacional por medio de la proyección de la “constitución burguesa” nacional en el sistema compuesto por las naciones-estado, redes transnacionales y las instituciones internacionales. Las redes institucionalizadas de políticas globales y los derechos humanos son los pilares de su visión de la política interior mundial (*Weltinnenpolitik*): una sociedad mundial políticamente constituida sin un gobierno mundial.

C. LA TEORÍA CRÍTICA Y EL POSITIVISMO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

1. LA CONFRONTACIÓN DEFINIDA

La teoría crítica nunca ha abordado y analizado sin rodeos al Derecho Internacional. Se puede leer, sin embargo, que se opone a cualquier es-

TEORÍA CRÍTICA

GÜNTER FRANKENBERG

cuela del pensamiento legal positivista. Dos líneas principales del positivismo han dejado su huella en la teoría del Derecho Internacional: el normativismo positivista preparado contra la norma del universalismo moral y las teorías de los derechos naturales originadas en el siglo XIX, principalmente del derecho público alemán, revitalizadas en el siglo XX por *La teoría pura del Derecho* de Kelsen. Los positivistas normativistas responden a la pregunta de por qué la ley es vinculante tomando la idea empirista de que las normas internacionales se crean de acuerdo a las normas de elaboración de leyes o por los Estados soberanos que se encuentran obligados a obedecer *tratados* y normas consuetudinarias adornadas con su consentimiento. Visualizan al Derecho Internacional en términos formales y operan con ficciones, como la *Grundnorm* (norma básica) o el consentimiento de los Estados. Sostienen que el Derecho Internacional puede ser claramente diferenciado del derecho nacional por sus fuentes, procedimientos y sustancia elaborada por la doctrina. Del mismo modo, afirman que el Derecho Internacional debe ser separado rigurosamente de las influencias externas, morales, políticas, etcétera, para mantener su autonomía. Creen que el compromiso con la autoridad de las normas abstractas y la centralidad de las reglas y procedimientos salvaguardan la neutralidad de las normas de Derecho Internacional con respecto a los resultados sustantivos con los que los positivistas normativos se encuentran alineados → *formalismo jurídico*. Luego de casi dos siglos de complicidad, *per definitionem* y en la práctica de la argumentación, con su homólogo naturalista y después de una serie de ataques de los realistas, el positivismo kelseniano centrado en la ley rara vez aparece en su forma pura en la actualidad, y debe competir en su propio campo con teorías centradas en el Estado.

El “positivismo sociológico” no tiene un significado específico ni denota una única teoría de Derecho Internacional (→ *Teorías sociológicas del Derecho Internacional*). Se pueden distinguir dos líneas principales. La línea dominante abordó la cuestión de validez que se deriva de la ley positiva. A diferencia de los positivistas normativos, sin embargo, consideran al Derecho Internacional no como un fenómeno aislado “ley pura”, sino centrado en la interacción con la realidad internacional. En un giro antipositivista, sostuvieron que la naturaleza del Derecho Internacional se define por la interdependencia y la cooperación (→ *Coope-*

ración, *Derecho Internacional*). De este modo, reemplazaron el formalismo de los normativistas por un contextualismo pragmático y sociológicamente informado.

Otro grupo de autores tuvo cierta influencia del realismo de la ciencia de la política norteamericana (→ *Escuela del realismo leal*) y las teorías de las relaciones internacionales (→ *Relaciones internacionales, teorías principales*). En comparación con los positivistas kelsenianos, se presentan como antipositivistas ya que reemplazan la norma de orientación por el vocabulario de una comunidad internacional y sus valores, cambian de la validez del proceso a la persuasión. En consecuencia, McDougal, el director de la escuela de política de Yale, definió al Derecho Internacional como la totalidad de los procedimientos de decisiones autoritativas a través del cual los miembros de la comunidad internacional, incluidos los Estados soberanos, aclaran y aseguran sus intereses comunes en la creación de valores, alejándose del paradigma positivista. Los positivistas “realistas” reaccionaron ante lo que percibieron como el déficit de la realidad del Derecho Internacional, aplicando una teoría jurídica instrumentalista a la tarea de la ley de implementar políticas, o tratando las teorías de las relaciones internacionales como la cura a la supuesta irrelevancia del Derecho Internacional. La competencia con las escuelas de pensamiento rivales, como el pragmatismo o la escuela de Columbia, ha difuminado los contornos del positivismo sociológico.

2. CRÍTICAS AL POSITIVISMO DEL DERECHO INTERNACIONAL

En general, la teoría crítica desafía la noción positivista de un hecho “que está realmente presente” del Derecho Internacional, y el vocabulario y la gramática de la ley, ya como un organismo autónomo de normas, decisiones y doctrinas, ya como un conjunto de políticas o de una red de interdependencias.

El positivismo sociológico sería particularmente presionado para defender el llamado acceso “objetivo” a la realidad contra la acusación de ingenuidad epistemológica.

Más concretamente, la teoría crítica se opone a la escuela normativista del positivismo sobre bases lógicas y empíricas.

TEORÍA CRÍTICA

GÜNTER FRANKENBERG

Contrariamente a las variedades empíricas de las fuentes del Derecho Internacional, los críticos argumentan que los positivistas normativistas deben asumir que la validez del Derecho Internacional tiene que ser idéntica para todas las normas legales y, por lo tanto, introducen un principio básico no positivo, la norma básica.

Al excluir la cuestión de por qué este principio debería ser válido, los normativistas enmascaran la paradoja lógica, planteada por la teoría estrictamente positivista, de que depende de una norma básica no positiva, sólo lógica. La norma básica también puede ser deconstruida como la alianza secreta del formalismo con su opuesto, el estilo antiformalista que traiciona la imposibilidad de neutralizar analíticamente todas las incursiones extralegales en el ordenamiento jurídico.

Del mismo modo, la teoría crítica desafía al “realismo”, la ideología y los supuestos tácitos del positivismo sociológico. La deconstrucción de la dicotomía derecho/poder revela hasta qué punto los términos del positivismo central como “intereses” o “poder” son definidos y operan dentro de un contexto normativo, una visión que socava el “realismo” del positivismo sociológico. La crítica de la indeterminación se dirige a las “reglas” apreciadas por los normativistas, y algunos realistas pueden igualmente dirigirse contra el vocabulario de la “interdependencia”, “poder” y “políticas”. La confianza en las teorías de las relaciones internacionales infecta al positivismo sociológico –con la complicidad ideológica de las relaciones internacionales– con la estructura de poder del sistema internacional.

Por último, el instrumentalismo legal y la ingeniería social que implica caen ante la “clásica” crítica de la tecnología social.

D. TEORÍA CRÍTICA Y NUEVOS ENFOQUES CRÍTICOS AL DERECHO INTERNACIONAL

1. *EL CONCEPTO GLOBAL DE LA TEORÍA CRÍTICA*

En este contexto, el rubro de “otros enfoques” al Derecho Internacional se encuentra limitado a las teorías con cierta afinidad a la teoría crítica. El concepto general abarca proyectos teóricos que se definen en oposición al discurso dominante en el Derecho Internacional e introduce un nuevo registro analítico y un vocabulario que a menudo argumenta desde la

perspectiva y en el interés de grupos y sociedades marginados. “Grupo dominante” hace referencia a un grupo heterogéneo de juristas que han dominado el campo desde el punto de vista realista, pragmatista, clasicista o posiciones liberal-humanitarias como formalistas o antiformalistas.

2. *CRÍTICAS DEL DISCURSO PRINCIPAL AL DERECHO INTERNACIONAL*

(a) *CRITICAL LEGAL STUDIES*

La reinención en el terreno legal se inició a raíz de la rebelión estudiantil con los estudios críticos del Derecho (*Critical Legal Studies* [“CLS”]). Los Crits, quienes adherían a los CLS, en lugar de colocarse en la tradición de la Escuela de Frankfurt, persiguieron y radicalizaron el proyecto del realismo jurídico que describía a la ley como un resultado de las elecciones políticas de los jueces. Tomaron los escritos de Marx, Weber y Foucault como el marco de referencia interpretativo para su análisis de la dominación (de clase) y la crítica a la ideología. Algunos de los Crits compartían la orientación más empírica sociológica del Derecho y de los movimientos de la sociedad en la tradición de Weber y de la escuela de la jurisprudencia sociológica, que concebía al Derecho como un reflejo de las estructuras y los intereses de la sociedad.

La mentalidad de oposición fue personificada por el método de la doctrina de “destrozar”. Inicialmente, se aplicó en las disciplinas del derecho interno, como los Contratos, Derecho de la Responsabilidad Civil y Derecho del Trabajo para descubrir las contradicciones fundamentales. La crítica de los CLS de la indeterminación revirtió el “fetichismo de la regla” del formalismo legal al afirmar, por momentos dentro de las líneas de la crítica de la ideología marxista, que la ley, no sólo por las influencias externas, la plasticidad semántica del lenguaje legal, sino también como un sistema de reglas, es atravesada por lagunas y contradicciones que hacen más difícil a los autores dominantes producir resultados predecibles y determinados.

A principios de la década de 1980, la nueva generación de los CLS cambió el registro teórico y el vocabulario de sus enfoques críticos al Derecho, e implementó análisis posestructuralistas en reemplazo de los estructuralistas, al introducir filósofos predominantemente franceses, Derrida, Lyotard, Kristeva y Barthes, como figuras de autoridad. La im-

TEORÍA CRÍTICA

GÜNTER FRANKENBERG

portación de la crítica literaria marcó un giro lingüístico radical para los CLS. La contradicción, la conciencia jurídica y la ideología fueron reemplazadas como categorías centrales de análisis en la comprensión del Derecho como texto, artefacto cultural y práctica cultural. Metodológicamente, los CLS fueron girando desde la política de “destronar” a la deconstrucción. A medida que el feminismo se hizo más visible y prominente, los CLS, desde ese momento etiquetados como posmodernos, se vieron envueltos en una corriente de autorreflexión sobre las políticas de identidad y una búsqueda de orígenes coloniales (→ *Feminismo, enfoque al Derecho Internacional*). El debate de reflexión y la teoría del poscolonialismo contaron con el apoyo de la *Critical Race Theory*, de los Críticos Latinos, de la teoría poscolonial, del estudio cultural del derecho y de otros proyectos en el marco de la teoría jurídica crítica (→ *Colonialismo*).

(b) NUEVOS ENFOQUES CRÍTICOS AL DERECHO INTERNACIONAL

Desde la última década del siglo XX, el epicentro del pensamiento jurídico crítico ha cambiado en el plano del Derecho Internacional y del Derecho Comparado (→ *Derecho Comparado y Derecho Internacional*). Inicialmente, los nuevos enfoques al Derecho Internacional (“NEDI”), luego los enfoques del tercer mundo al Derecho Internacional (“ETMDI”) y los académicos de las nuevas generaciones se propusieron refundar la esfera del Derecho Internacional y Comparado (→ *Enfoque al Derecho Internacional de los países en desarrollo*). De allí que la disciplina experimentó una pluralidad de críticas sin precedentes de los proyectos disciplinarios, su retórica, historia, política, estilo y la práctica de la argumentación, cuando numerosos escritores disidentes se posicionaron en contra de la corriente dominante y siguieron el camino de los análisis sociológicos e históricos en la tradición crítica de Bourdieu y Foucault.

Metodológicamente, quienes adhieren a la nueva teoría crítica experimentan con una variedad de dispositivos de análisis: se identifican y deconstruyen oposiciones conceptuales hermanadas, tensiones y dicotomías que contienen la “idea” del Derecho Internacional y sus doctrinas centrales y conceptos. Los estudios influyentes analizan la profunda incoherencia del proyecto disciplinario que estructura los debates doctri-

nales y las transformaciones históricas del campo, la tensión incluida en este proyecto entre la apología del *statu quo* y el movimiento hacia una utopía internacionalista, la oscilación entre forma y sustancia, el formalismo legal y el pragmatismo político, también como el nacionalismo y el cosmopolitanismo. Por lo tanto, en lo que concierne a la metodología, la nueva teoría crítica es programáticamente antidoctrinalista pero por lo demás, ecléctica. Contiene muchos tipos de técnicas académicas, unidas por una crítica hacia lo que se llama “corriente dominante”, sumado a, pero no siempre articulado, actitudes posmarxistas, generalmente identificadas como “de izquierda”. A veces, sin embargo, la nueva teoría crítica se involucra en el análisis normativo. En esos casos, a menudo se trata de resaltar el “lado oscuro” de las normas o prácticas generalmente celebradas, la forma en que distribuyen valores materiales o espirituales en el mundo de modo injusto. Mientras la doctrina dominante normalmente considera a la ley como un factor limitante, la teoría crítica subraya el modo en que permite y facilita las acciones de los intereses poderosos. Así, por ejemplo, mientras la doctrina dominante es crítica de la soberanía, la teoría crítica analiza la manera en que cualquier acción determinada a reducir la barrera de la soberanía permitirá, a los actores de poder, ejercer su influencia en el dominio previamente soberano.

Conceptualmente, los escritores de las nuevas corrientes critican y redefinen el vocabulario del Derecho Internacional. Influenciados por el posestructuralismo y los estudios culturales, se centran en el lenguaje como un instrumento constitutivo de la creación de leyes. Los autores se refieren al Derecho Internacional como el sistema de maniobras lingüísticas, una práctica de argumentación más que un sistema de reglas establecidas *a priori*, o tratan a la ley como una sensibilidad o estilo profesional cultural, lo que significa que es una práctica que opera en un campo marcado por los prejuicios y puntos ciegos. Sostienen que los autores dominantes sobrestiman la facilidad de extraer el verdadero sentido del lenguaje legal ambiguo. De acuerdo con una afirmación central de la nueva teoría crítica, el Derecho Internacional tiene que ser reescrito para refundar las categorías fundamentales de la cultura, la historia y la soberanía y afectar a la interpretación de las doctrinas aceptadas. Su objetivo es dar fin a los estereotipos de los grupos culturales que estaban excluidos, la deconstrucción de la visión prevaleciente occidental del De-

TEORÍA CRÍTICA

GÜNTER FRANKENBERG

recho Internacional y su relato de un progreso lineal, y la introducción de una comprensión del Derecho Internacional no como influencia de la cultura, sino *como* cultura. Vinculan la crítica de la indeterminación de normas y procesos con el foco que resulta del sesgo estructural de las instituciones internacionales con la política de competencia, es decir, el modo en que la ley así se remite a la tendencia de los expertos que ocupan las instituciones que aplican la ley, como un nuevo tema de crítica.

Estratégicamente, las críticas feministas y del tercer mundo en particular abogan por la incorporación de múltiples perspectivas, cultura, género, raza, sociedad, política, etcétera, en los procesos de la creación de la ley y su interpretación. Al igual que en el programa “clásico” de la teoría crítica, invocan la contextualización de los problemas jurídicos dentro de su entorno socioeconómico, político y cultural, y promueven la integración de las perspectivas políticas dentro del análisis jurídico. Los escritores dominantes, que persiguen los proyectos de reforma, básicamente podrían aceptar estos objetivos pero rechazarían la idea de una transformación radical del Derecho Internacional. Cabe destacar que los ETMDI se centran en las realidades coloniales y poscoloniales del Derecho Internacional y las diversas formas en que la disciplina y, en particular, la soberanía como concepto fundador, no sólo estaban conformados en forma periférica por el imperialismo. Sus críticas al sistema global, el capitalismo global y el Derecho Internacional desafían a la narrativa dominante que describe cómo el cambio en el Derecho Internacional se ha producido por la introducción de los proyectos disciplinarios en el discurso del desarrollo, el rol de los movimientos sociales y las experiencias de resistencia a las prácticas hegemónicas (→ *Globalización*; → *Hegemonía*).

Las voces más nuevas de la corriente dominante adhieren al sentido común disciplinario, político, pragmático, funcionalista, antiformalista e interdisciplinario. Algunos escritores de la nueva teoría crítica reaccionan ante esta recomendación con una deconstrucción de esa ley natural posmoderna, basada en los elementos del mundo gerencial, en donde los regímenes funcionales, las regulaciones amorfas, la gobernanza y la obediencia de hecho reemplazan las instituciones formales, las reglas generales, el gobierno y la responsabilidad legal. Otros, cautelosamente,

defienden contra el criticismo de las nuevas corrientes una cultura de, uno podría decir, formalismo neokantiano, que resuena como un tema de la teoría crítica al sostener una frágil distinción entre el poder y el derecho, para poder escandalizar, en un nivel universal, la exclusión y la violación de intereses particulares, necesidades y derechos.

La crítica a la indeterminación de las normas y prácticas es esencial para esta nueva teoría crítica y es compartida por muchos de sus adherentes. Esta crítica conduce a borrar el límite positivista entre el derecho y todo lo demás, pero, en particular, entre el “derecho” y la “política”, tratando al derecho como un tipo de política. En cierto sentido, la teoría crítica es probablemente más conocida por su polémica afirmación de que “Derecho Internacional es política”. Sin embargo, esta afirmación no carece de especificidad. Dicha especificidad no reside en las reglas determinantes o principios o prácticas, sino en el “sesgo estructural” incrustado en el Derecho Internacional como una práctica profesional.

Para la nueva teoría crítica, el Derecho Internacional se manifiesta sobre todo como una “cultura” y “proyecto”, una “tradición”, “historia” y “sesgo” en vez de como un sistema de reglas o instituciones. Dichas reglas e instituciones son sólo la materia prima que los abogados utilizan en sus actividades argumentativas. Por lo tanto, los adherentes a la nueva teoría crítica suelen llevar a cabo dos tipos de estudios: a) estudios de “búsqueda personal” (Cass), que reproducen las descripciones en primera persona de las experiencias participativas de las actividades internacionales en materia jurídica, que pueden ser realizadas, por ejemplo, en el modo de reflexión sobre el significado y las consecuencias del humanitarismo (por ejemplo, “Lados oscuros” de Kennedy); o b) la descripción de las actividades del Derecho Internacional desde un ángulo sociológico o histórico, absteniéndose conscientemente de un análisis doctrinario (por ejemplo, Korhonen, Knop, Oxford), o a menudo, intentan crear un efecto de distanciamiento que contribuiría a deslegitimar la práctica legal relevante o la institución (verbigracia, Marks).

El enfoque de la nueva teoría crítica sobre la “política del derecho” no pretende calificar a ciertas reglas o instituciones como esencialmente “buenas” o “malas”. Por el contrario, la crítica de la indeterminación acentúa la forma en la que cualquier regla o institución puede ser utilizada para fines políticos contrastantes. A diferencia de la crítica mar-

TEORÍA CRÍTICA

GÜNTER FRANKENBERG

xista, entonces, la nueva teoría crítica no apunta a un lugar de privilegio o exclusión para la política de transformación: la transformación puede comenzar en cualquier lugar (lo que incluye → *diplomacia, empresas transnacionales* [→ *Empresas en el Derecho Internacional*], etc.) como cualquier otra regla o institución (lo que incluye agencias humanitarias y las → *Naciones Unidas [ONU]*), y puede ser utilizada para fines políticos negativos o injustos.

Un aspecto clave de la teoría crítica en el Derecho Internacional en la actualidad es la crítica de varias distinciones doctrinarias convencionales, a medida que crean puntos ciegos académicos innecesarios. Por lo general, la nueva teoría crítica sostiene que la distinción entre Derecho Internacional “público” y las transacciones económicas internacionales “privadas” escapa a la lógica coherente, y sostiene la exclusión de actividades internacionales importantes del ámbito de aplicación de la ley, en otras palabras, justifica la conducta libre de actividades que a menudo tienen consecuencias negativas (→ *Derecho Internacional Privado*).

Los académicos de la nueva teoría crítica transgreden constantemente los límites convencionales de Derecho Público/Privado, Derecho Internacional/Comparado, Derecho/Antropología, Derecho/Ética, Derecho/Economía y muchos otros.

Fecha de recepción: 02-05-2011.

Fecha de aceptación: 13-06-2011.