

00 18 1



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

SEGURIDAD JURIDICA E INTERPRETACION
CONSTITUCIONAL

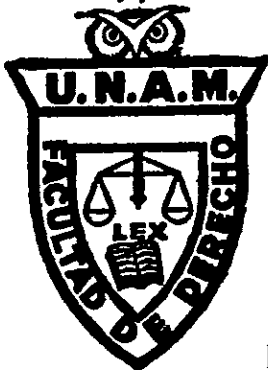
TESIS

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA

JUAN MANUEL VEGA GOMEZ

2000



MEXICO, D. F.

2000



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

*A mis padres Sergio y Mona,
y hermanos Fernanda y Sergio.*

AGRADECIMIENTOS

Son muchas las personas e instituciones que quiero y debo agradecer, por ello la lista es larga, pero no exhaustiva. En primer término, debo señalar que poco hago en dedicarle a mis padres y hermanos esta tesis, ya que la misma es producto de un esfuerzo conjunto que no se hubiese podido concretar si no fuera por su apoyo, auxilio y comprensión a lo largo de mis estudios: A mis padres, siempre les agradeceré esa enorme disposición consistente en hacer lo inverosímil para auxiliarme en las metas que me propongo; y a mis hermanos, la capacidad envidiable de ser los mejores amigos que uno puede tener. Por otra parte, José Luis Soberanes, Diego Valadés y Marcia Muñoz de Alba Medrano me han dado la oportunidad y un espacio para la investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y esta tesis refleja en gran medida todas las enseñanzas personales y académicas que he recibido de este gran centro de estudios, de todo su personal y las amistades entabladas a lo largo de los años que hacen que mi trabajo y actividades en la UNAM sean un verdadero placer. La Dirección General de Estudios de Posgrado de la UNAM también merece un reconocimiento fundamental, dado que me honró con la asignación de una Beca Nacional para Estudios de Posgrado que hicieron posible el dedicarme de lleno en esta aventura.

En cuanto al trabajo en sí, fue un honor que Jaime Cárdenas aceptara ser mi director y tutor, ya que de él no sólo se aprende derecho, sino que es un ejemplo como persona y amigo que siempre encuentra tiempo para dedicarle a sus alumnos, atender inquietudes y encaminar planes. El tema de la tesis me surgió en una clase de teoría jurídica contemporánea impartida por el profesor Cárdenas, y desde entonces hemos platicado y discutido el tema objeto de esta tesis que espero refleje algunos de sus conocimientos y consejos. Por otra parte, recibí una entusiasta colaboración y dirección del Comité de Filosofía y Teoría del Derecho de nuestro Posgrado en la UNAM, sobre todo debo agradecer a los profesores Juan de Dios González Ibarra y Mario Álvarez Ledesma, que junto con mis compañeros hacen suyos los proyectos de investigación, sometiéndolos a críticas severas y constructivas. Como miembros del sínodo encargado de revisar y examinar esta tesis, estoy sumamente agradecido con los profesores Fernando Castellanos Tena, Noé Riande, Joel Carranco, y Enrique Cáceres por todos sus comentarios y sugerencias dirigidas a mejorar el contenido de la misma. Al profesor

Enrique Cáceres no sólo agradezco los atinados juicios emitidos sobre el trabajo, sino además, el que me haya abierto un espacio para compartir muchas de las inquietudes que tenemos en el área de filosofía y teoría del derecho en México, las cuales seguramente continuarán a lo largo de los años. El profesor Castellanos Tena también merece una atención primordial, ya que desde el inicio de mis estudios de posgrado se ha preocupado por mis proyectos y siempre está en la mejor disposición para enseñarme y encaminar muchas de estas inquietudes.

A todas estas personas e instituciones se le debe reconocer su aportación en las pequeñas virtudes o cualidades que pudiese tener esta tesis; sin embargo, los muchos defectos, errores y faltas son atribuibles sólo a mí.

Resumen Inglés Tesis Doctorado

Alumno: Juan Vega Gómez

Plantel: Facultad de Derecho División de Estudios de Posgrado

Tutor: Dr. Jaime Cárdenas Gracia

Drawing on the insights provided by the legal realist movement and its contemporary heirs, the thesis pretends to advance a powerful critique to the legal certainty myth and to mainstream constitutional adjudication in the Mexican context. The necessity of stability and comfort that is provided by the aforementioned credo, is seriously questioned, due to the fact of its improbability and function that language plays in the law. An extensive part of the thesis is dedicated in proving this fact, by way of different movements and authors in contemporary jurisprudence and the philosophy of language, authors such as: Hart, Wittgenstein, Kripke, Dworkin, Fish, Posner, etcetera. As soon as I demonstrate the flaws of traditional and mechanical adjudication, I proceed to discuss other ways of looking and understanding our constitutions. In this part of my thesis, theories advanced by Dworkin, the Critical Legal Studies Movement, and a pragmatic vision of adjudication are called into question to see which of these can provide answers to the problematic faced by contemporary, plural and multi cultural society's. My conclusion is that judges must advance an active and critical understanding of our constitutions with a strong commitment for social justice, but they also must confront the inevitable contingencies and practical effects of their decisions that pragmatic jurisprudence has emphasized in an undisputable manner.

Resumen Tesis Doctorado

Alumno: Juan Vega Gómez

Plantel: Facultad de Derecho División de Estudios de Posgrado

Tutor: Dr. Jaime Cárdenas Gracia

Nuestro país se encuentra anclado a una visión formalista en la interpretación y aplicación del derecho. Si bien es cierto que la teoría y filosofía jurídica han criticado ferozmente estos postulados tradicionales, la práctica y actividad diaria de los tribunales en nuestro país sigue pensando en una idea mecánica de aplicación del derecho. Uno de los dogmas que alimentan y dan vida a esta idea es el de la seguridad jurídica, que piensa, enseña y exige la no intromisión de consideraciones extra-jurídicas en la actividad interpretativa. En este sentido, el propósito de mi tesis es el de criticar dicho principio para emprender una idea mucho más plural y tolerante en un tema que resulta trascendente para la sociedad y que consiste en fijar cómo se deben entender las normas que nos regulan, actividad que pienso se relaciona con muchos otros aspectos diferentes al derecho, tales como: la moral, lo económico, político, social, cultural, etcétera. Estas observaciones a la seguridad jurídica se hacen desde una perspectiva realista, defendiendo estas ideas frente a observaciones hechas por autores distintos, por ejemplo: Hart, Dworkin, Fish, Tushnet, Hutchinson, etcétera. Esta última cuestión nos lleva al tema de la interpretación, concretamente en materia constitucional. Al respecto, se critica la relación que guardan los métodos tradicionales de interpretación con la seguridad jurídica y se analizan otras alternativas, tales como: la interpretación moral, interpretación crítica, interpretación pragmática, etcétera, auxiliándome de autores como Dworkin, Tushnet, Rorty, Posner, entre otros. Debo adelantar que la postura que adopto es crítica-pragmática.

ÍNDICE

Introducción.....	1
-------------------	---

Capítulo Primero

Una lucha que podemos recordar: Realismo y seguridad jurídica

I. El antecedente formalista.....	8
1. Ideas previas	
2. El pensamiento de C.C. Langdell	
3. <i>Langdellism</i> e interpretación del derecho	
II. Holmes y su rebelión contra el formalismo.....	12
1. Holmes en <i>The common law</i>	
2. Interpretación y seguridad jurídica en Holmes	
3. El escepticismo de Holmes	
4. La importancia de <i>Lochner v. New York</i>	
III. Ideas previas al realismo en Pound y Cardozo	24
1. La jurisprudencia sociológica y la interpretación del derecho	
2. Pound y su conservadurismo	
3. Los pasos mesurados de Cardozo	
IV. Realismo jurídico norteamericano.....	37
1. Las dificultades de definir el movimiento	
2. Explicación de la ruptura entre Pound y el realismo	
3. Las discusiones entre Pound y Llewellyn ¿Una buena descripción?	
4. Las dos vertientes del realismo: Hacia una actitud crítica	
A. Realismo progresivo	
B. Realismo crítico	

Capítulo Segundo

La seguridad jurídica en la teoría jurídica contemporánea

I. Hart, lenguaje y seguridad jurídica.....	68
1. La textura abierta e inseguridad jurídica en Hart: Otro paso crucial	
2. Fundamento Wittgensteiniano de las ideas Hartianas: Del realismo jurídico al irrealismo semántico	
A. Breve introducción al pensamiento de Wittgenstein	
B. El concepto de <i>Seguir una regla</i>	
C. La interpretación de Kripke	
3. La solución de Wittgenstein y la seguridad e interpretación jurídica	

A. Forma(s) de vida	
B. Consensos	
C. Criterios	
4. Conclusiones del absolutista desilusionado	
II. Dworkin y el concepto de seguridad jurídica.....	100
1. Ideas previas al modelo de Dworkin: La regla de reconocimiento de Hart	
A. Sus deficiencias según Dworkin	
2. El modelo de Dworkin: Normas, principios, y directrices políticas	
A. Diferencias entre normas y principios	
B. Diferencias entre argumentos políticos y argumentos de principio	
3. Observaciones a la defensa de Dworkin del principio de la seguridad jurídica	
A. Los argumentos principales de Dworkin	
B. Las maniobras teóricas al descubierto	
III. La seguridad jurídica en el pragmatismo.....	120
1. El pragmatismo de Rorty como punto de partida	
2. Del antiformalismo en el lenguaje al antiformalismo jurídico: Las ideas de Fish	
A. La respuesta de Fish a Hart	
B. ¿La defensa de Fish a la idea de certeza?	
IV. La respuesta crítica al tema de la seguridad jurídica.....	133
1. El planteamiento crítico en general	
2. Las ideas de Hutchinson	
A. Derrida y ACD: Explicación del punto de partida	
3. Observaciones a Hutchinson: En defensa del carácter disputado del derecho	
4. Otra respuesta a Hart sobre los casos fáciles y difíciles: <i>Un último round</i>	

Capítulo tercero

Seguridad jurídica e interpretación constitucional

I. Introducción.....	153
II. Relación entre interpretación y seguridad jurídica: Los orígenes del mito interpretativo.....	155
1. El intérprete como gemólogo	
2. Aplicación y no interpretación: Otro mito	
3. La explicación del mito interpretativo en la doctrina tradicional	
III. Métodos conservadores de interpretación: Su ineficacia.....	168
1. Método gramatical	
2. Método auténtico	
3. Método sistemático	

IV. Los métodos liberales: Hacia una mentalidad pragmática con sentido crítico en la <i>interpretación jurídica</i>	179
1. La interpretación moral de Dworkin	
A. El derecho como integridad y la novela en serie	
B. La receta de Hércules	
C. Observaciones a Dworkin	
D. Hércules es declarado culpable del delito de fraude	
2. La interpretación crítica	
A. Observaciones a Tushnet y Hutchinson: En defensa de la interpretación y los tribunales como colaboradores del cambio social	
3. La interpretación pragmática	
A. Postulados principales de la postura pragmática	
B. El pragmatismo rescatable	
4. De nuevo entre el pragmatismo y la crítica: Tomando la relación entre derecho y política en serio	

Capítulo Cuarto

La obsesión del derecho mexicano con la seguridad jurídica

I Introducción	218
II. El formalismo en la justicia constitucional.....	219
1. Introducción	
2. Un recorrido constitucional y reglamentario	
A. El acta de reformas y la Constitución de 1857	
B. La primera ley de amparo (1861)	
C. Segunda ley de amparo (1869) y sus discusiones	
D. De los criterios jurisprudenciales a la Constitución de 1917	
a. El amparo Vega	
b. El amparo Larrache y las ideas de Vallarta	
c. Comentarios relativos al Código de Procedimientos Federales	
E. La Constitución de 1917	
F. Leyes de amparo posteriores	
3. Reflexiones actuales en torno al amparo casación	
A. La práctica del amparo casación	
B. Críticas al amparo casación	
C. El argumento federal	
D. Como conclusión	
III. La tolerancia religiosa como ejemplo: El caso de la objeción de conciencia.....	245
1. El dilema presentado por los Testigos de Jehová	
2. Los criterios de la CNDH	
A. Comentarios	
3. La discusión en los tribunales	

A. Comentarios

4. Ventajas en el reconocimiento de la objeción de conciencia

Conclusiones	258
Bibliografía	261

Introducción

Introducción

La seguridad jurídica es un mito. Los diversos derechos y sistemas jurídicos, tarde o temprano, tendrán que aceptar la imposibilidad de seguir sosteniendo una aplicación e interpretación perfecta e ideal del derecho. Algunos derechos han aceptado lo anterior, generando en estos temas una rebelión contra el formalismo. Este formalismo se aferra a una idea de aplicación mecánica del derecho, exigiéndole al judicial actuar con base en mitos y fantasías para dar la impresión de que el derecho es perfecto y que en su aplicación no interviene ninguna consideración ajena a lo jurídico. Mi objetivo es plantear la necesidad de discutir una nueva mentalidad en las labores de creación del derecho en nuestro país, una creación que implica la actividad interpretativa del judicial. En este trabajo me auxilio de una de las rebeliones contra el formalismo, concretamente la protagonizada por el realismo jurídico norteamericano. No creo que con esta se encontremos todas las respuestas a nuestros problemas, de hecho han sido varias rebeliones contra el formalismo que pueden auxiliar en esta labor; sin embargo, es la actitud pragmática, progresiva y crítica que se puede adoptar con las ideas realistas - y sus seguidores contemporáneos - lo que me interesa discutir.

Esta actitud me llevó a relacionar seguridad jurídica e interpretación del derecho, dado que pienso los mitos en los que descansa la certeza absoluta se trasladan al campo de la interpretación. Así, el objetivo final de este trabajo es

adoptar esta mentalidad en el tema de la seguridad jurídica y la interpretación, sobre todo para advertir que no debemos tomar este principio tan en serio, ya que genera consecuencias desafortunadas que debemos evitar. Una de estas consecuencias que me gustaría adelantar es la idea errónea que piensa no debemos considerar en las labores de interpretación y aplicación del derecho sus consecuencias sociales y políticas. El formalismo en estos temas también genera una idea de pureza que si seguimos defendiendo, día tras día nos alejaremos más de las sociedad a la que debe servir el derecho. Así, una de mis conclusiones es que con la idea de certeza y los métodos tradicionales de interpretación, nos cegamos a una fe absoluta que descansa en estos principios inmutables, sin analizar las consecuencias sociales de nuestras resoluciones, sobre todo cuando la retórica oficial elimina perspectivas de personas que son poco escuchadas en nuestros discursos.

Así, a través de un recorrido filosófico pretendo cuestionar este principio y los mitos interpretativos que ha generado. Si bien creo que los juristas nos alejamos de las dimensiones políticas, culturales, sociales y económicas que tiene el derecho, el enfrascarse en una discusión teórica y filosófica puede resultar en un viaje sin regreso al plano terrenal del contexto social en el que nos ubicamos. Sin embargo, mi objetivo al estudiar estas cuestiones no es éste, finalmente el proyecto es atender estas ideas para esclarecer y comprender mejor esta problemática desde diversas

perspectivas que proporcionan respuestas interesantes a los problemas que abordamos.

Para discutir los mitos en los que descansa la idea de certeza es indispensable ubicarse en los temas del lenguaje, dado que es a través de este medio por el cual el derecho se expresa. De esta manera, debo adelantar que gran parte del estudio se enfoca a aspectos lingüísticos para determinar la posibilidad de una seguridad en el lenguaje que se traduce en certeza del derecho. La conclusión no es prometedora para la mentalidad tradicional, dado que este principio descansó en una idea cierta, estable, natural y objetiva del lenguaje que no podemos sostener. Este error también cometen los métodos tradicionales de interpretación, ya que siguen pensando en un lenguaje ideal que descubre el jurista.

De esta forma, el capítulo primero trata de rescatar los postulados esenciales del realismo y las críticas que lanzaron al principio de seguridad jurídica. Sin embargo, reitero que es la actitud pragmática, progresiva y crítica con que se emprende el estudio del derecho lo que me obliga detenerme en este movimiento. A través de este trabajo, la idea es ir defendiendo esta visión del derecho frente a diversas teorías y corrientes que se han dedicado a combatir los postulados realistas. Finalmente, para algunas corrientes contemporáneas, el realismo exageró o se quedó corto al emprender su crítica; sin embargo, el objetivo del capítulo es explicar

detenidamente la postura realista para continuar con una marcha que ha mejorado y fortalecido la crítica a la seguridad jurídica.

En el capítulo segundo entramos con Hart, uno de los autores más importantes del siglo XX que con su teoría obligó centrar la discusión en torno a la certeza hacia los temas del lenguaje. Como señalamos anteriormente, el derecho se manifiesta a través del lenguaje, por lo que mucho dependerá de nuestra visión en este tema para sostener la idea de seguridad jurídica. Aquí criticaremos las ideas que Hart recoge de uno de los filósofos del lenguaje más importante, Wittgenstein, y defenderemos lo que pensamos es una característica del derecho, *i. e.*, su carácter disputado. En este capítulo abordaremos otras ideas aparte de Hart, concretamente posturas pragmáticas y críticas, para ver cuál de ellas aporta una mejor visión acorde a la característica del derecho antes mencionada. Finalmente sostendré que sólo una idea del lenguaje que tome en consideración su carácter disputado y su ingrediente de poder, puede ser útil en el derecho para explicar la falta de certeza y la importancia de la interpretación.

El capítulo tercero pone en uso dicha crítica a la seguridad jurídica en un tema específico, la interpretación del derecho. Analizando y estudiando estas cuestiones del lenguaje, uno se percató del gran paralelismo existente entre la idea de una aplicación mecánica del derecho y una visión de la labor interpretativa que la ubica como secundaria y ajena a los contextos sociales y políticos en los que nos ubicamos. Así, una visión antigua del lenguaje da cabida a ciertas maneras de

interpretación que generan otros mitos difíciles de aceptar. los cuales finalmente obstaculizan una forma abierta y plural de discutir los problemas interpretativos. En esta medida, los métodos tradicionales de interpretación son criticados por su amistad “cuestionable” con el dogma de la seguridad jurídica. sobre todo por involucrarse con parámetros interpretativos ajenos a la labor que guarda la interpretación. De nuevo aquí mi postura es una entre el pragmatismo y la crítica. sosteniendo que debemos emprender el estudio de las normas y principios constitucionales en forma progresiva, sobre todo viendo hacia adelante y las necesidades sociales, políticas, y culturales del momento. Se trata de incluir en las discusiones constitucionales a grupos marginados, eliminando la retórica oficial que se encuentra atrapada en mitos que pretenden excluir este tipo de consideraciones en nuestras interpretaciones. Sobre todo, el objetivo es ampliar la mentalidad del juez, para que se percate de las consecuencias sociales de sus interpretaciones. Si bien la pureza en los estudios jurídicos ha sido perjudicial, lo mismo sucede en estos temas, donde una certeza y ciertos métodos tradicionales centran la atención en discusiones inútiles que nada tienen que ver con la sociedad a la que debe responder el derecho. Esta preocupación en torno a la exclusión de voces oprimidas la aplico al tema de la interpretación constitucional; sin embargo, estoy convencido de que una de las principales diferencias entre este tipo de interpretación y la interpretación de otras normas es de índole política. De esta manera - y sin ninguna limitación teórica - las

ideas sostenidas en el campo de la interpretación constitucional, creo se pueden aplicar a todas las normas que deben interpretarse.

Un cuarto capítulo se ubica en el derecho mexicano. El objetivo aquí es trasladar la crítica a la seguridad jurídica al plano constitucional mexicano, sobre todo porque éste tiene una obsesión casi enfermiza con este principio. Si bien la intención es que se tenga otra mentalidad en los temas de interpretación y aplicación del derecho, la justicia constitucional mexicana exagera en su atención a la garantías de seguridad jurídica. Alegaré que esto ha ido en detrimento del derecho mexicano, y cuestionaré a través de la historia esta concentración en el tema de la certeza. Una *segunda parte de este capítulo trata de ver las consecuencias desafortunadas que trae aparejada la mentalidad formalista en la interpretación constitucional en México*. Si bien se piensa que dicha mentalidad es apolítica y totalmente jurídica, veremos que guarda un ingrediente conservador. Esto lo trataremos de comprobar cuando analicemos el tratamiento que los tribunales mexicanos le dieron al caso de objeción de conciencia de los Testigos de Jehová, una minoría religiosa que con base en la libertad de creencias demandaba ser escuchada

Una rebelión contra el formalismo - en cualquier aspecto - no va a iniciar ni concluir con este trabajo, estoy consciente de ello, sobre todo porque pienso es la educación jurídica que se imparte desde los primeros semestres de nuestra carrera la que tendrá el impacto necesario para eliminar los grandes mitos y dogmas con los

que se involucra el derecho. Por estos motivos, sé de las limitaciones del estudio; sin embargo, quiero auxiliar para que se discuta este cambio de mentalidad en la labor judicial, y así colaborar desde mi perspectiva para que esto se genere lo más pronto posible.

Capítulo Primero
Una lucha que podemos recordar:
Realismo y seguridad jurídica

I. El antecedente formalista

1. Ideas previas

Al parecer en todo sistema jurídico y en todos los países resulta indispensable experimentar una etapa de fe¹ que busca una pureza del derecho y la necesidad de elaborar toda una arquitectura legal que la respalde. El realismo jurídico norteamericano, del cual nos ocuparemos en este capítulo, luchó contra esta etapa y por ello resulta indispensable abordarlo someramente.

Esta etapa de fe o formalismo² se caracterizó en Estados Unidos por defender dos postulados esenciales: en primer término la necesidad de alcanzar, dentro de los estudios jurídicos, categorías y principios generales e inmunes a los cambios y contingencias, esto a través de un estudio sistematizado del derecho; por el otro – y aquí lo interesante para este estudio – la necesidad de distinguir entre la argumentación política y jurídica dentro de la labor jurisdiccional. Ambos objetivos ligados a una objetividad, racionalidad y científicidad del fenómeno jurídico³. Estas metas se lograrían tomando como principal parámetro de explicación ciertos conceptos específicos, cuyo contenido y significado

¹ La expresión “etapa de fe” la retomo de Gilmore con relación a la experiencia norteamericana. Sin embargo, como él mismo lo advierte: “All ages of faith may well be of brief duration. The pleasant and comforting myth of the law’s internal consistency and external stability cannot, for long, sustain itself. The facts of life cannot, for long, be suppressed. Every Blackstone must have his Bentham, every Langdell must have his Llewellyn...” Cfr. *The ages of american law*, p. 68 [de aquí en adelante citado como *Ages*]

² También caracterizado por Horwitz como “Classical Legal Thought”. Al respecto cfr. *The transformation of american law: 1870-1960*, p. 3 [de aquí en adelante citado como *Transformation*].

³ *Ibid*, p. 10

permitieran explicar cada una de las ramas del derecho, sin tomar en consideración las particularidades de cada asunto y autorizando generalizar en torno a ciertos principios generales⁴. Esta tarea se encontraba íntimamente ligada al tema de interpretación y aplicación del derecho, ya que esta labor se realizaba encerrándose en estos conceptos, ignorando cuestiones ajenas a ellos. Esto también fortaleció la idea tradicional de un poder judicial encarcelado en un análisis conceptual-jurídico y un legislativo donde sí se discuten cuestiones políticas, económicas, y en general de interés social con los conflictos de intereses que conllevan⁵.

2. El pensamiento de C.C Langdell

Estos objetivos tuvieron su principal defensor en Christopher Columbus Langdell⁶ quien fuera director de la facultad de derecho en Harvard de 1870 a 1895. En el prefacio de su libro sobre contratos en 1871, Langdell plasmaba su forma de entender el derecho: a) el derecho es una ciencia que gira en torno a

⁴ El ejemplo que da Horwitz es en *Torts* (aspecto del derecho encargado de estudiar los agravios privados o civiles causados por el incumplimiento de una obligación jurídica, salvo los ocasionados por incumplimiento de contrato. Los bienes jurídicos tutelados en *Torts* son: seguridad personal; propiedad; reputación, así como las relaciones sociales y comerciales). Al respecto *cfr.* Gifis, S. *Torts en Law dictionary*, p. 516.; así como Lasalle law library, vól. II, p. 1 a 6 y su explicación con los conceptos de negligencia y culpa.

⁵ *Ibid.*, p. 18

⁶ Langdell fue un estudioso empedernido, trabajó en la biblioteca de la facultad de derecho en Harvard y fue ayudante de investigación del profesor Parsons. Prácticamente vivía entre los libros y sus compañeros lo consideraban una verdadera "rata de biblioteca" (book worm). Su rechazo a la práctica se puede relacionar al hecho de que su carrera como litigante no fue muy afortunada. Sobre esto y otros datos interesantes acerca de Langdell y su labor en Harvard *cfr.* Seligman, J. *The high citadel*, p. 30 *et. seq.*

ciertos principios y doctrinas; b) el verdadero abogado tiene un manejo excepcional de éstos y los aplica con certeza y facilidad a los casos prácticos, y c) estos principios y doctrinas han ido evolucionando a través del tiempo y la tarea del estudioso es clasificar y ordenar dichos principios⁷. Estas ideas de Langdell constituyen el paradigma del formalismo en los Estados Unidos⁸, ya que no fueron simplemente las ideas de un autor solitario, sino que Langdell las trasladó a la escuela que dirigió y esto se manifestó en la enseñanza del derecho norteamericano. La reforma Langdell introdujo el método del “casebook”⁹ como principal fuente de estudio y con estos casos se explicaban los principios del derecho, dándole la oportunidad a los estudiantes de deducir las respuestas correctas de los asuntos¹⁰.

El formalismo de Langdell también orillaba a hacer un mayor énfasis en el derecho privado que el público. En este sentido, estudios constitucionales no resultaban ser tan importantes en el esquema Langdell, y en 1876 – 1877 esta

⁷ Cfr. Langdell, C.C. *A selection of cases on the law of contracts*, Boston, 1871, en Hall, Kermit, et. al. (editores) *American legal history: Cases and materials*, p 338-339; también cfr. Freidman, L. *A history of american law*, p. 613.

⁸ Según Gilmore, este formalismo se extendió por un periodo de 50 años. La caracterización que hace Gilmore de Langdell no es muy respetuosa: “Langdell seems to have been an essentially stupid man who, early in his life, hit on one great idea to which, thereafter, he clung with all the tenacity of a genius”. Cfr. *Ages*, p. 42.

⁹ El método del casebook centraba el estudio del derecho en aquellos casos decididos correctamente a través del tiempo. Para una definición crítica de este método Cfr. Frank, J. *Courts on trial: Myth and reality in american justice*, p. 227 et seq.[de aquí en adelante *Courts*]

¹⁰ A parte del casebook se practicaron las siguientes reformas: a) el dominio del latín o francés como requisito para el ingreso a la facultad; b) la licenciatura se extendió a 3 años en su duración, y c) resultaba indispensable practicar exámenes finales cada año para acreditar el periodo respectivo. Cfr. Freidman, *op. cit.*, p. 612 y 613.

materia no era contemplada en el análisis científico que se deseaba imprimir en Harvard¹¹. Este formalismo siempre favoreció al derecho privado, por ser éste menos político y más científico¹².

La pureza, el formalismo y la necesidad de atribuirle carácter científico al derecho y su estudio iban de la mano, ya que para Langdell las bibliotecas eran los salones de práctica de los abogados, así como los laboratorios servían a las actividades de los químicos y físicos¹³. De aquí en adelante, el objetivo era formar profesores de derecho y no litigantes, pues así lo exigía la científicidad.

3. Langdellism e interpretación del derecho

Entrando de lleno en nuestra materia y las dificultades que el *Langdellism* produjo en los temas de interpretación y aplicación del derecho, debemos rescatar que esta forma de emprender el estudio del derecho giraba alrededor de una ciencia no-valorativa e independiente de las circunstancias políticas y económicas del momento, era una ciencia que llevaba a la obtención de la verdad, una verdad eterna e inmutable¹⁴. Esto aplicado a la interpretación y aplicación del derecho llevó a una labor jurisdiccional lógica–deductiva, donde se piensa la coherencia del sistema jurídico produce respuestas correctas que debemos deducir de los

¹¹ *Ibid*, p. 614

¹² *Cfr.* Horwitz, M. *Transformation*, p. 15.

¹³ *Cfr.* Schlag, P. "The problem of the subject" en *Texas law review*, p. 1633. Otro estudio interesante que hace énfasis en el impacto de Langdell en la educación es Woxland, T. "Why can't Johnny research? Or it all started with Langdell" en *Law library journal*, p. 451, *et. seq.*

¹⁴ *Cfr.* Minda, G. *Postmodern legal movements: Law and jurisprudence at century's end*, p.13-14

principios extraídos de cada caso¹⁵. Aunado a lo anterior, las posibilidades de considerar las peculiaridades de cada caso o las disputas económicas y políticas que en los mismos se generan resulta imposible, pues – como dice Gilmore – contratos entre patrones y trabajadores donde intervienen aspectos político-económicos eran reemplazados por simples letras (A o B), sin considerar los objetivos o las consecuencias de las resoluciones judiciales¹⁶.

Esto también se trasladó a los tribunales, y la corriente dominante se caracterizó por el legalismo y aplicación mecánica del derecho de Langdell¹⁷. Esta actitud conservadora encontraba respaldo en una confianza excesiva en los precedentes como depositarios de la máxima autoridad y razón en el derecho¹⁸.

II. Holmes y su rebelión contra el formalismo

1. Holmes en *The common law*

Poco tiempo transcurrió para que la efervescencia formalista encontrara su primer adversario, esto en la labor académica y judicial de Oliver Wendell Holmes¹⁹. Holmes desde su primera publicación importante, *The Common*

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ *Ages*, p. 46.

¹⁷ Según Freidman ya no existía esa mentalidad creativa en la interpretación como en Marshall o Shaw; *cfr. op. cit*, 623.

¹⁸ *Cfr. Gilmore, Ages*, p. 61, 62 y 65.

¹⁹ Es curioso observar como la rebelión contra el formalismo en la experiencia norteamericana fue casi inmediata, a diferencia de otros países que tuvieron que esperar más tiempo o simplemente hasta hoy no la han experimentado. Sin embargo, esta misma experiencia guarda cierta relación con algunos antecedentes alemanes, *e. g.*, Herget ve muchos antecedentes respecto de estas concepciones del derecho y sobre todo en cuanto al mito de la seguridad jurídica en autores alemanes. *Cfr* de Herget "Unearthing the origins of a radical idea: The case of legal indeterminacy" en *The american journal of legal history*; así como "The

Law²⁰, se dedicó a criticar las tendencias del derecho hacia el formalismo y la aplicación mecánico-deductiva dentro de las actividades de aplicación e interpretación jurídica. De hecho, la crítica frontal al *Langdellism*, Holmes la emprendió un año antes de la publicación de este estudio al comentar la segunda edición del libro de Langdell (1880). En esta ocasión, Holmes calificaba a Langdell de ser “el gran teólogo - jurídico viviente” (*The greatest living legal theologian*) por su objetivo de lograr una integridad del sistema jurídico; además, criticaba la pureza de Langdell al señalar que el desarrollo del derecho obedecía no a un crecimiento estricto y lógico, sino a las necesidades sociales del

great german influence on american jurisprudence" en *Rechtstheorie*. Los autores que se manejan como influencias son, entre otros: Ihering, Adickes, Bulow, además a Ehrlich y Kantorowicz del movimiento del derecho libre. De Ihering se puede *cfr.* *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, Tomos I, II, III, y IV. también *Jurisprudencia en broma y en serio*. Para las ideas de Adickes *cfr.* los artículos de Herget; de Bulow se puede *cfr.* "Statutory law and judicial function" en *The american journal of legal history*. De Ehrlich *cfr.* *Fundamental principals of the sociology of law*, y finalmente Kantorowicz plasma sus ideas principales en "La lucha por la ciencia del derecho" en *Información jurídica*.

²⁰ Se suele mencionar una etapa formalista en Holmes, sobre todo en *The common law* dada la importancia que este autor le atribuye a la costumbre como característica sobresaliente del derecho y con la cual se logra cierta objetividad y unidad en el derecho. Además, es curiosa la dedicación excesiva que hace Holmes al estudio de casos y jurisprudencia inglesa - al puro estilo Langdell - . Respecto al tema que nos importa y desarrollamos en este trabajo no dudamos en calificar a Holmes como un antiformalista. Su antiformalismo afirma otro tipo de cuestiones que intervienen en la interpretación del derecho, ajenos a la razón y resultados precisos y objetivos. Además, como se verá más adelante, después de esta publicación y sobre todo en *The Path of the law* lo único que podemos afirmar con algo de seguridad es el escepticismo de Holmes. Los ataques frontales a Langdell, la necesidad de buscar más allá de lo jurídico para responder a los dilemas de interpretación nos obligan a seguir viendo en *The common law* ese primer paso hacia la rebelión. Al respecto *cfr.* Horwitz, *Transformation*, p 109 a 130. Un ejemplo de la postura que ve en Holmes un formalista es Gilmore que ubica a Langdell y Holmes en el mismo periodo de la etapa de fe, *cfr.* *Ages*, p. 52 a 56. Sin embargo, el formalismo de Holmes se puede localizar no en *The common law*, sino anterior a esta publicación, *cfr.* White, E. *Justice O.W. Holmes Law and the inner self*, p. 134 *et. seq.*, así como p 184 donde se analiza la labor creativa que Holmes le atribuye al judicial [de aquí en adelante *Inner Self*]. De Horwitz también *cfr.* "The death of contract" (book review) *University of Chicago law review*, p. 787 *et. seq.*

momento²¹. Es aquí donde Holmes expresa su frase famosa de que “la vida del derecho no ha sido lógica, sino experiencia”²². Holmes describía los trabajos de Langdell como una pérdida de tiempo, de un ingenio mal orientado; Langdell representaba los poderes de la obscuridad, siendo la lógica su principal arma²³.

Lo anterior demuestra que desde entonces el objetivo principal de crítica para Holmes era el *Langdellism* cuando reitera la frase en *The Common Law*. Este trabajo sirve para reafirmar la idea en Holmes de que para entender el derecho se necesitan otras herramientas aparte de la lógica y los conceptos. El derecho, para Holmes, se comprende considerando las circunstancias actuales, las teorías políticas y morales dominantes, intuiciones políticas, incluso prejuicios de los jueces; estas cuestiones y no un silogismo determinan el contenido del derecho²⁴.

Una primera ruptura con el modelo clásico de interpretación y aplicación del derecho es el rechazo de Holmes a la pureza indispensable en toda etapa de fe. Esto, cuando el autor introduce en estos campos cuestiones ajenas al derecho, sobre todo tratándose de cuestiones políticas²⁵. Este tipo de estudios – según

²¹ O.W. Holmes (Book review) 14 *American law review* 223 [1880] en Hall, Kermit (editores), *op cit.*, p. 339.

²² *Idem*.

²³ *Cfr.* DeWolf, H. *Holmes-Pollock letters* (april 10, 1881), p. 16 y 17. No obstante lo anterior también debe mencionarse que Holmes admiraba el talento y dedicación del propio Langdell: “...But he is a noble old swell whose knowledge ability and idealist devotion to his work I revere and love”. *Idem*

²⁴ *Cfr.* *The common law*, p. 1 [de aquí en adelante *TCL*]

²⁵ *Cfr.* White, E. *Inner self*, p 152

Langdell – eran propios del legislativo y ajenos a la interpretación del derecho; sin embargo, en Holmes las teorías políticas entran en el centro de la argumentación jurídica, como sucedería también con el realismo jurídico. Al respecto, Holmes mencionaba que finalmente el desarrollo del derecho obedece a puntos de vista sobre política, aspectos que rara vez mencionan los jueces²⁶, y es por ello que no se puede describir el derecho en términos científicos y desde una *elegantia juris*, los aspectos políticos son preferencias y convicciones – en ocasiones inconscientes²⁷ – que no admiten una explicación rígida y dogmática.

2. Interpretación y seguridad jurídica en Holmes

El aspecto contemporáneo de Holmes es indudable, y desde *The Common Law* mencionaba las dificultades que existían en la interpretación y aplicación del derecho para alcanzar una seguridad jurídica absoluta. En este sentido, Holmes advertía el riesgo de ubicar las disputas judiciales en términos de un razonamiento lógico-deductivo, señalando que estos casos fáciles que se presentan obedecían a clasificaciones y divisiones que se piensan puras en el derecho y que consecuentemente arrojan resultados precisos, pero para Holmes en cada disputa - dadas sus peculiaridades - tenemos que aceptar que esto sólo nos lleva a una

²⁶ *Cfr. TCL*, p. 35.

²⁷ *Ibid.*, p. 36.

penumbra²⁸, donde la resolución finalmente obedece a cuestiones subjetivas y no tanto a un razonamiento puro²⁹.

El rechazo de Holmes a un razonamiento jurídico puro y ajeno a cuestiones políticas y económicas es lo que nos demuestra su misión pionera en contra del formalismo. Sin embargo, Holmes extendió esta visión a sus actividades como juzgador, y en los tribunales reiteraba esta penumbra en la interpretación y aplicación del derecho, advirtiendo que las leyes no pueden determinar en forma estricta, precisa y casi matemática los casos que se presentan en la práctica³⁰. Un ejemplo es *Schlesinger*³¹, donde Holmes menciona que las leyes permiten esta penumbra precisamente para abordar otros casos que se presentarán en el futuro, por lo que Holmes ya establecía la necesidad de ver esta penumbra no como inconveniente, sino aprovechándola podemos ajustar el derecho a las condiciones sociales cambiantes.

En torno a la interpretación constitucional, Holmes ya mencionaba en *Towne v Eisner*³² el carácter mutable de las palabras utilizadas en las leyes

²⁸ La utilización que hace Holmes de una penumbra de incertidumbre es curiosa y novedosa si tomamos en consideración que fue Hart quien hizo famosa esta explicación dentro de las cuestiones de interpretación jurídica. Esto se analizará en un apartado posterior.

²⁹ Cfr. *TCL*, p. 126 y 127.

³⁰ Cfr. *Weaver v Palmer Bros Co.* 270 US 402; 415 (1926) en Lerner, M. *The mind and faith of Justice Holmes*, p. 249 a 251.

³¹ *Schlesinger v Wisconsin* 270 US, 230, 241 (1925) en Lerner, M. *op. cit.*, p. 257 *et. seq.*

³² Cfr. 245 US 418 (1918) en Posner, R. *The essential Holmes: Selection from the letters, speeches, judicial opinions and other writings of O.W Holmes Jr*, p. 287 *et. seq.* [de aquí en adelante *The essential*]

fundamentales, ya que no podían ser transparentes y fijas en su significado, sino cambiantes de acuerdo a las circunstancias y el tiempo en que se emplean.

Sin duda, estos duros golpes en torno a la rigidez, formalismo y conceptualismo en la interpretación y aplicación del derecho empiezan a abrir las puertas para emprender otra mentalidad en torno a estos temas; sin embargo, también debemos recordar la insistencia de Holmes de ver más allá del derecho para emprender esta labor, y sus votos particulares como juez son un ejemplo de ello, veamos porque: Siendo todavía magistrado de la Suprema Corte del estado de Massachusetts, Holmes argumentaba que la decisión de si se permite o no una manifestación de trabajadores en *Vegeahn v Guntner*³³ no giraba en torno a una argumentación y razonamiento jurídico, estas herramientas resultaban insuficientes, ya que Holmes ubicó esta decisión en términos de ventajas sociales³⁴. Su análisis de estas consideraciones en *Vegeahn v. Guntner* exigían

³³ *Cfr.* 167 Mass. 92, 44 EN, 1077 (1896) en Posner, R. *The essential*, p. 124. También se puede *cfr.* en Lief, A. (comp) *Representative opinions of Mr. Justice Holmes*, p. 304 *et. seq.* En este caso de *Vegeahn* un grupo de trabajadores de una mueblería solicitaban un aumento salarial y mejores jornadas laborales a su patrón (*Vegeahn*); éste negó la solicitud y despidió al representante de los trabajadores (*Guntner*); en solidaridad, los trabajadores se fueron a huelga y *Vegeahn* pretendía contratar a otros trabajadores. Los huelguistas empezaron a manifestarse y emprendieron un boicoteo a la empresa. *Vegeahn* solicitó un orden judicial (*injunction*) para prohibir a los trabajadores sus manifestaciones en contra de la empresa. En el pleno de la Suprema Corte de Justicia estatal, por mayoría se resolvió que debía proceder el (*injunction*), ya que la actividad de los trabajadores era contraria al derecho del patrón para contratar a las personas que quisiera, violándose además el derecho de los futuros trabajadores que necesitaba *Vegeahn* para emprender sus actividades. *Cfr.* White, E. *Inner self*, p. 287; asimismo Reed, T. "Holmes and the paths of law" *American journal of legal history*, p. 273. Para conocer otro ejemplo de las ideas de Holmes en torno a estas cuestiones laborales *cfr.* *Plant v. Woods* 176 Mass. 492, 504 en Lief, A. *op. cit.*, p. 314; también Posner, R. *The essential*, p. 127 *et. seq.*

³⁴ *Vegeahn v. Guntner*, *op. cit.*, p. 125.

que en la disputa se aceptara abiertamente el conflicto obrero-patronal que se presentaba y exponer el dilema reconociendo que los trabajadores tienen el derecho de exigir mayores ventajas por el desempeño de su trabajo, así como el capital exige obtener los servicios por el menor costo posible³⁵.

Sin duda son interesantes estas ideas de Holmes y lo que queremos demostrar con ello es la insistencia de este autor de abordar cuestiones económicas, políticas, culturales y sobre todo de lucha social en nuestras interpretaciones, algo totalmente descabellado en cualquier etapa de fe, pero que desde entonces combatió Holmes, lo que nos exige recordarlo en este trabajo que pretende luchar contra el formalismo.

3. El escepticismo de Holmes

Esta actitud antiformalista continúa en Holmes a través de otra de sus publicaciones famosas: *The Path of the Law*³⁶ en 1897³⁷. En este artículo, Holmes va mucho más allá de cuestiones de interpretación del derecho o seguridad jurídica, y sin el ánimo de desviar el tema, debemos mencionar

³⁵ *Ibid*, p. 126

³⁶ *The path of the law* [de aquí en adelante *Path*] comenzó como un discurso dirigido a los estudiantes de la facultad de derecho de la Universidad de Boston en 1897 con motivo de la inauguración de un edificio nuevo en dicha escuela. Lo que se suponía sería una charla de motivación a los jóvenes estudiantes se convirtió en una visión algo negativa de la profesión. Para estos antecedentes y otra forma de interpretar *The path* cfr. Luban, D. "The bad man and the good lawyer: A centennial essay on Holmes' *The path of the law*" *New York university law review*, p. 1548 *et. seq.*

³⁷ La publicación en *Harvard law review* es del 25 de marzo de 1897 y la conferencia se llevó a cabo el 8 de enero del mismo año. Aquí se utilizará la reimpresión que la misma revista de Harvard hizo del artículo en su edición dedicada a celebrar su centenario, *cfr.* vol. 110, núm. 5, marzo 1997

brevemente dos aspectos del artículo que indirectamente tienen que ver con esta rebelión contra el formalismo. En primer término, aquí se anuncia la concentración que en sus estudios harían los realistas sobre los jueces y tribunales. Al respecto, Holmes señalaba otra frase famosa que ayudaría a lo anterior: “Las predicciones de lo que resolverán los tribunales, y nada más ostentoso, es lo que entiendo por derecho”³⁸. Se entiende lo anterior si recordamos que para Holmes el derecho se debe explicar desde el punto de vista del “hombre malo” y cómo a este tipo de personas lo que les interesa saber es qué acciones pueden o no realizar y qué consecuencias tienen esas acciones, lo que finalmente se resuelve mediante predicciones acerca de la labor jurisdiccional. Otra característica del artículo que debemos resaltar es el carácter multidisciplinario que Holmes, desde entonces, consideraba indispensable en los estudios del derecho. En este sentido, el futuro – según Holmes - ya no podría estar en manos de un dogmático encerrado en un estudio netamente legalista, sino que sería de aquel que manejara disciplinas tales como la economía y la estadística³⁹, y que pudiera reconciliar la economía política y el derecho. Con

³⁸ “The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law” *Path*, p. 994.

³⁹ *Idem*. Lógicamente esto servirá de eslogan para movimientos posteriores, e. g., el análisis económico del derecho.

esta visión de futuro, Holmes decía que los abogados tendrían una clara idea de los fines de las normas, los costos y los medios para obtener dichos fines⁴⁰.

En cuanto a seguridad jurídica e interpretación del derecho, Holmes refuerza su idea de dejar a un lado la objetividad y el proyecto de la Ilustración que descansa en una fe absoluta en la razón. Debo advertir que en mi trabajo se sostiene la idea de que en la interpretación es necesario alejarse sanamente de conceptos tales como razón y verdad. Adelantándose a lo anterior, Holmes explica esta idea a través de una anécdota que resulta muy aplicable a nuestros días: Holmes se sorprendió cuando en una ocasión escuchó a un juez eminente decir que él (juez eminente) nunca concluía un asunto sin estar plenamente seguro de que estaba en lo correcto; Holmes acertadamente señala que con esta mentalidad se ven las discrepancias en cuestiones de interpretación como si el inconforme no estuviera realizando correctamente sus operaciones matemáticas. Es rescatable la postura de Holmes porque desde entonces advierte que no es posible hablar de una verdad única o de interpretaciones correctas, ya que estamos ante disputas de elementos políticos, económicos y sociales. La seguridad jurídica que finalmente se desea es una ilusión y junto con ella van de la mano estos conceptos de verdad y objetividad. Holmes nos obliga enfrentarnos a las dificultades que presenta la fe absoluta en la seguridad jurídica, dado que la

⁴⁰ *Path*, p. 1005.

necesidad de ponderar estas cuestiones, - e. g., costumbres de una comunidad, consideraciones de ventaja social - van más allá de la certeza que queremos encontrar en el derecho⁴¹.

4. La importancia de *Lochner v. New York*

Debemos concluir el estudio de Holmes con su voto particular más importante, *i. e.*, *Lochner v. New York*⁴². En este asunto se discutió la constitucionalidad de una ley del estado de Nueva York que establecía un horario determinado para la jornada laboral de los trabajadores de panaderías, ésta no debía exceder de 10 horas diarias. Se argumentó la inconstitucionalidad de la ley porque violaba la libertad de contratación derivada de la prohibición de los estados de privar de “la vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal”

⁴¹ *Ibid.*, p. 998 y 999.

⁴² *Cfr.* 198 US 45 (1905) en *Basic Cases in Constitutional law*, p. 108 *et seq.* Tanto *Lochner* como otros votos particulares de Holmes en ocasiones sirven para defender la idea de una actividad no tan creativa dentro de la función judicial *i. e.*, (*judicial self-restraint*). Con esta idea no estamos totalmente de acuerdo como se verá en el desarrollo de este estudio; sin embargo, ello obedece a las múltiples interpretaciones de *Lochner* a través del tiempo. Pensamos que esta postura (*self-restraint*) se debe analizar en su contexto histórico que explica cómo el movimiento progresista dentro del derecho norteamericano no encontró respaldo a sus políticas en los tribunales y el formalismo con el que se encontraban relacionados; por ende, esto los obligó a centrar su atención en la administración y el campo de la legislación social que impulsaron. El argumentar un papel pasivo en los tribunales claramente iba encaminado al respeto de esta legislación. Al respecto se puede *cfr.* White, E. “From sociological jurisprudence to realism: Jurisprudence and social change in early 20th. Century america” *Virginia law review* [de aquí en adelante *Social Change*] En cuanto al papel pasivo del judicial *cfr.* Garfield, H. “Privacy, abortion and judicial review: Haunted by the ghost of *Lochner*” *Washington law review*, p. 293; asimismo Anderson, I. (book review) “The constitution besieged The rise and demise of *Lochner* era police powers jurisprudence” *Michigan law review*, p. 1438. Sobre *Lochner* en general *cfr.* Horwitz, M. *Transformation*, p. 3 a 7 y del mismo autor “The constitution of change” *Harvard law review*, p. 32; así como “History and theory” *Yale law journal*, p. 1825. También *cfr.* White, E. *Inner self.*, p. 324 *et seq.*

establecida en la enmienda 14 de la Constitución estadounidense⁴³. La Suprema Corte declaró la inconstitucionalidad de la ley por infringir dicha libertad propia de los trabajadores, así como de sus patronos. Holmes no estuvo de acuerdo y emitió su voto particular manifestando su crítica a la interpretación formalista dentro del derecho y a la noción de separar tajantemente derecho y política.

En primer término, el carácter formalista de *Lochner* se debe al énfasis que la opinión mayoritaria de la Corte – a través de Peckham – hizo de conceptos utilizados en el derecho privado, tales como propiedad, contrato, etcétera y como éstos definían la garantía individual en disputa contenida en la enmienda 14. Así, la opinión mayoritaria encontró en esta garantía un subterfugio para que estos conceptos quedaran sin modificación alguna⁴⁴; tanto la libertad de trabajadores y patronos de contratar, además del respeto al derecho de ambos de vender o comprar el trabajo debían respetarse. Por otra parte, el formalismo de *Lochner* estriba en no tomar en consideración las condiciones sociales existentes y cómo éstas demostraban un incremento en las desigualdades sociales, ignorando una

⁴³ Sobre la historia de *Lochner* cfr. Bewig, M. "Lochner v. the journeymen bakers of New York" *American journal of legal history*, p. 413 *et seq.*

⁴⁴ Esta fue una de las características de la era *Lochner* en la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, donde con base en esta interpretación de la enmienda catorce se declararon inconstitucional varias leyes que infringían la libertad de contratación. Cfr. Bewig, M. *op cit*, p. 417.

sociedad norteamericana que exigía - en aquel momento - una participación del Estado en la distribución del ingreso y el equilibrio de fuerzas⁴⁵.

En cuanto a la separación derecho y política - y la distinta naturaleza argumentativa en ambos -, Holmes desenmascaró el razonamiento “supuestamente” puro de la mayoría, demostrando que la opinión se encontraba impregnada de la teoría económica del *Laissez Faire*⁴⁶; i. e., aquella que impide toda injerencia del Estado en las actividades económicas, sujetas éstas a las leyes naturales del mercado⁴⁷. En este sentido, los ministros de la Corte - con su argumentación jurídica - simplemente demostraron que no estaban de acuerdo con esta tendencia intervencionista del Estado a través de la legislación. Holmes, en su voto particular, reitera que las resoluciones judiciales dependen de consideraciones fuera del derecho y un análisis formal de conceptos. Tomando en consideración lo anterior y las desigualdades sociales existentes, Holmes sostiene que la teoría económica del *Laissez Faire* no era favorecida por la población y que se debía considerar el punto de vista de la sociedad⁴⁸.

⁴⁵ Esta tendencia social en la legislación será una de las características del *New Deal* de los años 30's y en la cual el realismo tendría una participación importante.

⁴⁶ Cfr. *Lochner v New York* en Lerner, M., *op. cit.*, p. 149.

⁴⁷ Cfr. White, E. *Social change*, p. 1000. Duxbury menciona que la postura de Holmes se vio influenciada por la publicación - un año antes - del libro de Veblen (*The theory of business enterprise*) donde se criticaba la noción económica predominante. Cfr. “Robert Hale and the economy of legal force” *Modern law review*, p. 429 [de aquí en adelante *Legal Force*]

⁴⁸ Cfr. *Lochner v New York* en Lerner, M., *op. cit.*, p.148.

Esto nos lleva a rescatar el contenido ideológico del formalismo en Lochner y del formalismo en general, ya que Holmes al no estar de acuerdo en que se argumentaran dogmas como la seguridad jurídica, razón, objetividad y pureza del derecho, tenía claro que dichos dogmas y principios formalistas también tenían un propósito bastante claro: rechazar todo lo que significaba una intervención del Estado en la economía y vida particular de los individuos. Holmes y su análisis demostraban que estas nociones habían sido superadas y que la sociedad exigía esta participación estatal; Holmes, pues, demandaba una discusión abierta en términos de política económica y derecho; sin embargo, el formalismo se amparó en sus doctrinas e imposibilitó lo anterior, pero sobre todo con el enorme escudo de la seguridad jurídica se negó todo análisis de conflictos sociales que se presentan en el derecho.

III. Ideas previas al realismo en Pound y Cardozo

1. La jurisprudencia sociológica y la interpretación del derecho

Continuando con estos primeros pasos para encarar una mentalidad abierta en torno a la interpretación y aplicación del derecho, nos tropezamos con Roscoe Pound que encabezó otro movimiento importante dentro de la teoría jurídica; *i. e.*, la denominada jurisprudencia sociológica. Según su propio autor, ésta tenía varios postulados esenciales: a) se debía analizar el orden jurídico en la práctica, en

acción y no detenerse en el estudio abstracto de sus conceptos; b) el derecho es una institución social que implica el descubrimiento del derecho y su creación; c) la jurisprudencia sociológica enfoca su atención en los fines sociales que promueve el derecho, más que en las sanciones; d) estudia las instituciones jurídicas, doctrinas y conceptos de manera funcional, analizando las ventajas que proporcionan en determinado tiempo y lugar para los fines del orden jurídico, y e) emplea un método pragmático que recoge diferentes puntos de partida⁴⁹. Estos postulados se aplicarían a los temas que aquí abordamos y presentaron con Pound argumentos nuevos e interesantes.

Respecto a la seguridad jurídica, Pound ya limitaba la labor del legislativo y su empeño en lograr la certeza a través de la expedición constante de leyes. Para Pound, ya no se podía seguir sosteniendo la elaboración de normas perfectas, eternas e inmutables, esto es imposible y se debe ver el carácter relativo que las leyes finalmente tienen⁵⁰; además, según Pound, se debe reconocer que el legislador no puede prever todos los casos futuros⁵¹ y su visión es limitada en torno a las dificultades que la práctica presenta en torno al significado de las normas. De esta forma, la labor del legislativo sólo debe ser una que se limite a establecer pautas generales a través de normas, las cuales se adicionan y

⁴⁹ Cfr. Pound, R. *Law finding through experience and reason*, p. 30 [de aquí en adelante *Law finding*].

⁵⁰ Cfr. Pound, R. *The spirit of the common law*, p. 171 y 172 [de aquí en adelante *Spirit*].

⁵¹ Otro argumento que será desarrollado por Hart con mayor precisión.

complementan con la función judicial, en el entendido de que un legislativo aislado no puede agotar totalmente la elaboración del derecho⁵². Para Pound, la función del legislador puede ser creativa si se dedica a la introducción de nuevos principios y bases sobre las cuales el judicial pueda desarrollarlas⁵³.

La insistencia en una seguridad jurídica absoluta lleva necesariamente al campo de la interpretación y aplicación del derecho, y al respecto Pound condenaba la noción mecanicista⁵⁴ de emprender estas funciones, señalando que en ocasiones no son necesarias las máquinas, sino lo “hecho a mano” que toma en consideración las peculiaridades del asunto⁵⁵. Para Pound, la mayor dificultad de sostener una seguridad jurídica absoluta es el enorme perjuicio que esto ocasiona para que derecho y sociedad caminen a un mismo ritmo y ver en el derecho algo dinámico que se ajusta a una sociedad cambiante por naturaleza. La seguridad jurídica ilusoria que se desea obtener con la interpretación y aplicación mecánica solo puede traducirse en un obstáculo en el desarrollo y crecimiento del derecho⁵⁶. Para Pound esta seguridad jurídica absoluta era probable en la etapa

⁵² *Cfr. Spirit*, p. 174 a 176.

⁵³ *Cfr. Pound, R. The formative era of american law*, p. 63 [de aquí en adelante *Formative*]

⁵⁴ Sobre esta concepción en la interpretación, Pound decía que postulaba básicamente lo siguiente: “pónganse los hechos en el orificio de entrada, muévase una palanca, y retírese la decisión predeterminada”. *Cfr. Pound, R. “La interpretación de la ley en el sistema de la codificación y en el derecho angloamericano” Revista de derecho, jurisprudencia y administración*, p. 4.

⁵⁵ *Cfr. Pound, R. An introduction to the philosophy of law*, p. 71 [de aquí en adelante *Philosophy*]

⁵⁶ *Cfr. Formative*, p. 125.

del derecho estricto, caracterizado por su formalismo exagerado, pero imposible en el derecho de hoy por lo complejo de la vida en sociedad⁵⁷.

Como muchos autores que se verán en este recorrido, Pound se adelanta a una de nuestras observaciones en torno a la interpretación, esto cuando propone un concepto amplio de la labor interpretativa que imposibilite reducirla a una función auténtica, *i. e.*, aquella que busca las intenciones del legislador. Para Pound no era necesario dedicarse a la búsqueda de algo que no existe y que además no es posible de acuerdo a los problemas que se presentan en la práctica de los tribunales⁵⁸.

2. Pound y su conservadurismo

No obstante lo anterior, las críticas contundentes de Pound no eliminaron del todo la tradición de Langdell y los objetivos principales del derecho propios de aquella etapa de fe. Pound, así como con contundencia alegaba en contra de la seguridad jurídica, con la misma facilidad mencionaba la necesidad de alcanzar una certeza relativa dentro del derecho con los precedentes y su función en la interpretación. Pound nos dice que tenemos una tensión constante entre la necesidad de cambio dentro del derecho y la exigencia de estabilidad, para este autor la estabilidad se logra a través del principio: *stare decisis et quieta non*

⁵⁷ Cfr. Pound, R. "Discretion, dispensation and mitigation: The problem of the individual special case" *NYU law review*, p. 926 [de aquí en adelante *Discretion*]

⁵⁸ Cfr. *Spirit*, p. 174 y 175.

*movere*⁵⁹, i. e., una jurisprudencia obligatoria. Este principio y la necesidad que los tribunales tienen de ajustarse a resoluciones anteriores, sirven para rescatar algo de seguridad jurídica en Pound; sin embargo, el apego a esta limitante queda supeditado a cuestiones de política pública y social, lo cual no impide - según el autor - el cambio necesario⁶⁰.

Pound finalmente, maniobrando entre certeza y cambio, pretende vender la idea de un derecho flexible ajustado a la sociedad cambiante. Al respecto, debemos advertir desde este momento que el realismo negó tal estabilidad que descansa en el precedente. Al igual que en las normas, los precedentes también son contradictorios y ambiguos, además, los jueces no tienen un parámetro claro y preciso a seguir, sino que el juez hace uso del mar de precedentes de acuerdo a las circunstancias y argumentos del asunto. Esta primera maniobra no tiene tanto éxito como le hubiese gustado a la postura conservadora de Pound, pero veamos otras cuestiones del pensamiento de este autor que nos orillan a su abandono.

Por otro lado está en Pound la necesidad de distinguir entre razonamiento jurídico y político, de insistir en que el poder judicial descubre el derecho, y por último la fuerte confianza en la razón para llegar a un proceso objetivo, racional y

⁵⁹ El principio consiste en la obligatoriedad de las resoluciones que sobre cuestiones de derecho han resuelto los tribunales de más alta jerarquía para la misma Corte que decidió y las restantes de la jurisdicción, siendo obligatoria en mayor o menor medida en otras jurisdicciones. *Cfr. Ibid*, p. 17 y 181; así como *Law finding*, p. 35

⁶⁰ *Cfr. Law finding*, p. 39

científico dentro de las cuestiones de interpretación. Lo anterior básicamente lleva a Pound a no alejarse mucho de sus antecedentes formalistas. Por ejemplo, el insistir en el descubrimiento del derecho por el judicial⁶¹ lleva a una tensión y contradicción insuperable, ya que Pound había señalado la necesidad de un juez activo comprometido con la creación del derecho. Esta idea del descubrimiento hace patente una actitud conservadora que acepta el dinamismo de la tarea interpretativa, pero que también quiere aferrarse al mito de un lenguaje que se descubre por el judicial y que lleva a las respuestas correctas. Lo anterior es una muestra de que debemos aceptar estas ideas sembradas por actitudes antiformalistas en los temas de seguridad jurídica e interpretación del derecho, pero rescatando lo positivo y congruente de las mismas. En este rubro reprueba el conservadurismo de Pound, que por la conveniencia de adoptar una postura ecléctica, en vez de convencer a todos cae en contradicciones que debemos evitar.

Por último, también debemos evitar caer en la tentación de Pound que pretende arropar su discurso con un carácter científico, objetivo y racional. Al respecto, Pound señalaba la necesidad de elaborar toda una concepción del derecho en términos científicos que apelara a una vida comunitaria y las dimensiones sociales necesarias que alejaran la obsesión de concentrarse sólo en

⁶¹ Basta recordar que este es uno de los postulados de la jurisprudencia sociológica.

su aspecto individualista⁶²; lo cual finalmente no parece una mala idea; sin embargo, el error está en que para Pound estos postulados llevarían a un sistema científico apto para llevar a cabo las funciones jurídicas elementales⁶³. En el terreno de la aplicación del derecho, esto orilla a Pound al absurdo de afirmar que con este sistema racional se descubre el derecho y los principios que lo integran. La maniobra teórica que debemos criticar es que con ello Pound pretende llevar las funciones de interpretación y aplicación del derecho a un campo científico, racional y puro, ajeno a toda contingencia política, dado que finalmente lo que se debe hacer es seguir su sistema en estas actividades para señalar que estamos en el prestigiado terreno de las ciencias y no de la política⁶⁴. De hecho Pound señala que este sistema científico apto para conducir al descubrimiento del derecho es ajeno al campo político de creación del derecho⁶⁵, cuando con anterioridad fácilmente señalaba un judicial inmiscuido en la construcción de las normas y principios. Esto es algo que debemos evitar; sin embargo, los primeros pasos que

⁶² *Cfr. Spirit*, p. 196 *et seq.*

⁶³ *Ibid.*, p. 185

⁶⁴ Lógicamente en estos mismos términos no se ubica la tarea de Dworkin que veremos a continuación; sin embargo, el objetivo principal es bastante parecido. Tanto Pound como Dworkin pretenden ubicar la labor de interpretación y aplicación del derecho en un campo ajeno a lo político; asimismo, tanto Dworkin como Pound pretenden descubrir el derecho y no crearlo, ambos sin entrar de lleno a la discusión sobre la seguridad jurídica. Por último, otra comparación que resulta interesante es la mención de los principios que hace Pound, y de hecho ya mencionaba la existencia de estándares y principios diferentes a las normas, claro que con algunas diferencias importantes. Respecto a esta última cuestión *cfr.* "Runaway courts in a runaway world", *UCLA law review*, p. 735 [de aquí en adelante *Runaway*]; así como *Discretion*, p. 923 *et seq.* Para lo relativo a Dworkin remito al siguiente capítulo de este estudio.

⁶⁵ *Cfr. Law finding*, p. 24; así como *The formative*, p. 64 y 65.

judicial, cuando se supone no tienen la trascendencia requerida para un análisis exhaustivo. Veamos esto con la exposición que realiza Cardozo de las técnicas y métodos empleados por los jueces.

Cardozo – y aquí su formalismo – menciona un método analógico dentro de la función de interpretación y aplicación del derecho, con el cual se debe seguir buscando un desarrollo lógico en lo jurídico, siendo la labor del juez ubicar al derecho en los terrenos de la verdad para llevar a cabo una aplicación del derecho mecánica, llegando a la conclusión a partir de premisas preestablecidas. Desde mi punto de vista, aquí es donde debemos ubicar los “*nueve de cada diez asuntos*” y Cardozo aún se encontraba imposibilitado para llevar la crítica más lejos. Señalo lo anterior porque rápido encontramos una advertencia de Cardozo que menciona la imposibilidad de llevar la aplicación mecánica y lógica a sus extremos. Como ejemplo de ello anterior, Cardozo alude al caso *Riggs v Palmer* en el cual se cuestionó si en una herencia el heredero designado, a pesar de matar al dueño de la herencia, podía recibir ésta. Si se interpretaban lógicamente y mecánicamente las leyes, éstas daban la posibilidad al heredero de recibir la herencia, Cardozo señala que los tribunales decidieron no actuar en la forma mencionada y encontraron en un principio la solución: “ninguna persona debe obtener beneficio de su propia iniquidad o sacar provecho de su mal proceder”⁷². Finalmente esto nos orilla a

⁷² Cfr. *Naturaleza (b)*, p. 18 También Dworkin utilizará este caso para explicar su modelo de las normas.

preguntarnos: ¿Cuál es la idea que debemos atender? Primero Cardozo discute un desarrollo lógico y estable del derecho, pero inmediatamente cambia de parecer y alude al caso de jurisprudencia antes mencionado que demuestra precisamente la dimensión creativa y activa del judicial. Por una parte, Cardozo señala que las interpretaciones del derecho que buscan una seguridad jurídica y un perfecto desarrollo conceptual no deben ser lo más importante dentro del derecho, pero también menciona que en el 90% de los casos ante los tribunales la aplicación del derecho es meramente mecánica. Pero veamos la discusión que hace Cardozo de otro método para confirmar que su idea de un juez mecánico sólo apuesta en su teoría a una postura cómoda, pero difícil de sostener.

Otro de los métodos que debemos destacar en Cardozo es el sociológico⁷³ que recoge las funciones más creativas de los jueces. Este método busca que se cumplan los objetivos de justicia y bienestar social y opera generalmente en caso de que existan lagunas dentro del sistema jurídico⁷⁴. La noción sociológica dentro de la interpretación cambia de una actitud analítica a una funcional, ya que se debe ver hacia las consecuencias de las resoluciones y de los preceptos para alcanzar las finalidades del método. El pragmatismo de Cardozo también lo llevaba a señalar el necesario auxilio que debemos solicitar de los estudios en

⁷³ El método filosófico es el ya mencionado de la regla analógica, al lado de estos dos están el método evolutivo y el método de la tradición.

⁷⁴ Cfr. *Naturaleza*, p. 49 a 51.

economía y las ciencias sociales para atender a la utilidad social y bienestar para la sociedad a la que se sirve⁷⁵. Este método sociológico tiene mayor cabida en el área constitucional, dada la vaguedad del lenguaje utilizado y el cambio en los significados de sus palabras. Como ejemplo, Cardozo menciona a *Lochner* y la revalorización que la libertad de contratación adquiría en esos momentos con la expresión del voto particular de Holmes. Otra de las características que debemos rescatar de este método sociológico son las consideraciones de utilidad y moral que debe tomar en consideración el juez, se trata de la moralidad acostumbrada, de los *mores* de la sociedad lo que debe estudiar el tribunal, una moralidad de los hombres y mujeres rectos donde se debe buscar una verdad objetiva. Para realizar esta labor, Cardozo menciona que el juez debe extraer su conocimiento tal como lo hace el legislador, de la experiencia, el estudio y la reflexión, en síntesis “de la vida misma”⁷⁶. En este sentido, también Cardozo recomendaba al juez apelar al instinto necesario para alimentar la rigidez del intelecto⁷⁷. Así, tanto instinto, percepciones sobre posibles escenarios y experiencia deben servir al juez en sus resoluciones⁷⁸.

⁷⁵ *Ibid*, p. 62, 68 y 69.

⁷⁶ *Ibid*, p. 85, 88 y 90

⁷⁷ *Cfr. Growth*, p. 225

⁷⁸ *Cfr. Jurisprudence*, p. 27 y 28.

Al parecer estamos ante una teoría que realiza una fuerte crítica a las nociones modernas y al formalismo que nos exige un apego total a dogmas y principios del pasado, pero no es así, Cardozo termina por no adoptar esta postura y no obstante reitera la importancia de este método sociológico y su aplicación en materia constitucional, pronto decepciona señalando que el papel de dicho método es casi nulo, afirmación que resulta sencillo de explicar por las nociones formalistas que Cardozo arrastra. Lo que no se explica es el espacio y tiempo que le dedica al método que según él resulta poco relevante. Un ejemplo de esta postura conservadora en Cardozo es cuando señala que los casos en que se declara inconstitucional una ley es raro, salvo que dichas leyes fuesen abiertamente arbitrarias y opresivas⁷⁹. Esto solo nos demuestra que Cardozo tenía presente estos dogmas y principios al momento de dar cualquier paso en su teoría, y dado que no se dedicó a criticarlos frontalmente, ello nos da como resultado un juez conservador que afirma la perfección del derecho en un 90% y respetuoso de la seguridad jurídica y división de poderes, sin cuestionarse la necesidad de revalorizar dichos postulados.

En cuanto a las ideas de Cardozo, lo anterior nos lleva a concluir algo similar a lo de Pound. Son interesantes las alternativas que plantean, pero no llevaron la crítica tan lejos como nos gustaría. Quizás sea injusto exigirles lo

⁷⁹ Cfr *Naturaleza*, p. 71

anterior a estos autores, pero debemos hacer las anteriores observaciones para no quedarnos en el camino que queremos explorar en torno al antiformalismo en la aplicación e interpretación del derecho. Respecto a Cardozo, prefiero quedarme con la idea de un Cardozo que en algunos chispazos dentro de sus publicaciones abandonaba la necesidad de adquirir cierta certeza y objetividad dentro de la interpretación y aplicación del derecho, un Cardozo que finalmente aceptaba que la elección era inevitable y que no existía método capaz de eliminar una discrecionalidad que se debía aceptar⁸⁰. En algunos lapsos podemos encontrar a este Cardozo señalando que por más se discuta la controversia o se pondere cuidadosamente, nunca podremos arribar a la certeza⁸¹. Una certeza que Cardozo aceptó nunca ha sido viable ni en los principios o precedentes, ya que estos sólo constituyen probabilidades⁸². Finalmente también me parece importante destacar el pragmatismo de Cardozo respecto a las resoluciones judiciales y su insistencia de ver hacia los resultados sociales de nuestras interpretaciones. Estos sólo son ejemplos de lo que podemos rescatar para continuar con este recorrido.

IV. Realismo jurídico norteamericano

1. Las dificultades de definir el movimiento.

⁸⁰ *Cfr. Growth*, p. 214.

⁸¹ *Ibid*, p. 248

⁸² *Ibid*, p. 216

Toca ahora abordar las nociones del realismo jurídico norteamericano en torno a los temas de interpretación y seguridad jurídica; sin embargo, antes de ello pretendemos dar una breve introducción al movimiento, lo cual resulta sumamente complicado por las diversas interpretaciones que generó el realismo, las cuales a su vez sirven para diferentes propósitos de acuerdo a las posturas que finalmente se desean rescatar⁸³. Aquí trataremos de dar nuestra interpretación sobre lo anterior:

Mucho se ha discutido si el realismo fue verdaderamente un movimiento, una teoría o simplemente una especie de “actitud intelectual” de sus integrantes. Para estos efectos los vamos a situar como un movimiento bastante heterogéneo de pensadores, desarrollado entre los años 20’s y 40’s⁸⁴ en las diferentes facultades de derecho en los Estados Unidos, principalmente – pero no exclusivamente – en las universidades de Yale y Columbia. Un grupo de pensadores que si bien guardan diferencias impresionantes en torno a sus postulados, en cuanto a las cuestiones de interpretación, aplicación del derecho y el principio de la seguridad jurídica, la gran mayoría se mostraba crítico de los postulados que el formalismo enseñaba en estos temas⁸⁵. Otro elemento común

⁸³ Al grado que se le ha denominado “*jazz jurisprudence*” por los diversos géneros que agrupa y que en ocasiones se encuentran opuestos entre si. Al respecto *cfr.* Duxbury, N. *Legal force*, p. 439.

⁸⁴ El movimiento tuvo su éxito hasta los 40’s en las facultades de derecho. *Cfr.* Gilmore, *Ages*, p. 86.

⁸⁵ *Cfr.* Twining, W. “Talk about realism”, *NYU law review*. En este estudio, el autor menciona los cinco puntos de vista desde los cuales se puede abordar el estudio del realismo: a) como teoría del derecho; b) teoría de la naturaleza de la función judicial; c) críticas al formalismo; d) como alternativas al *langdellism*,

que debemos destacar es que la gran mayoría de sus integrantes hicieron frente a las condiciones adversas producidas por la Gran Depresión y favorecían las políticas progresistas del *New Deal* de Franklin D. Roosevelt ⁸⁶. Un movimiento que agudizaba el rechazo al formalismo de Langdell y que con relativa autonomía emprendió una nueva forma de abordar los temas jurídicos.

Mencionamos que el movimiento gozó de una relativa autonomía porque no se puede estudiar como algo totalmente desligado del movimiento reformista de la jurisprudencia sociológica de Pound⁸⁷. De hecho, Horwitz⁸⁸ menciona que es indispensable verlo como una continuación de las tendencias progresistas en el derecho, que llegó a una ruptura que se ha interpretado como tajante entre Pound y el nuevo movimiento, pero la cual no debe exagerarse. Lo anterior dado que se suele iniciar el estudio del realismo con una publicación de Llewellyn – para algunos su representante principal – que encerró al movimiento en 9 postulados principales⁸⁹. Empero, veamos lo sucedido antes de esta publicación que estudiaremos más adelante:

y e) como distintas interpretaciones políticas e ideológicas. Es en el punto (b) donde podemos argumentar un consenso relativo en torno al realismo; sin embargo, es difícil generalizar y por ello emprendemos el estudio de autores específicos del realismo para atribuir las ideas a ellos mismos.

⁸⁶ Cfr. Kamp, A. "Between the wars social thought: Karl Llewellyn, legal realism and the Uniform Commercial Code in context" *Albany law review*, p. 325 *et. seq.*

⁸⁷ Esto ha servido para dedicar poca o mucha atención al realismo o a Pound, pero no un análisis conjunto.

⁸⁸ Cfr. *Transformation*, p. 169 y 170.

⁸⁹ Cfr. "Some realism about realism: Responding to Dean Pound" originalmente publicado en *Harvard law review* en 1931. Aquí se consultó el artículo en la compilación de los estudios de Llewellyn, K. *Jurisprudence Realism in theory and practice*, p. 42 [de aquí en adelante *Responding*, y se hará referencia a las páginas de esta compilación].

2. Explicación de la ruptura entre Pound y el movimiento

Pound, sin duda, fue motivo de influencia en la nueva camada de profesores y pensadores jurídicos⁹⁰; sin embargo, la actitud reformista de Pound y su insistencia en una forma progresiva de ver al derecho para lograr cambios importantes iba apagándose lentamente. Llewellyn se dio cuenta de lo anterior, y poco a poco el Pound ubicado en un pedestal daba lugar a un autor que se inclinaba más hacia las viejas y conservadoras formas de analizar el derecho sin seguir adelante con la promesa de una jurisprudencia sociológica.

Hull⁹¹ menciona dos acontecimientos que demuestran lo anterior: En primer término está el asunto de Sacco y Vanzetti consistente en la acusación y sentencia a muerte de la que fueron objeto estos dos inmigrantes italianos por el robo de una nómina y la muerte de un agente de seguridad. Se trataba de una acusación a dos líderes de movimientos obreros radicales; se discutió en la sociedad norteamericana la justicia de estas imputaciones y si se trataba realmente de una acusación justa o simplemente se les estaba hostigando por sus actividades

⁹⁰ El adeudo a Pound por parte de Llewellyn era manifiesto en "The effects of legal institutions upon economics" (1925). Cfr. Hull, NEH. "Reconstructing the origins of realistic jurisprudence: A prequel to the Llewellyn-Pound exchange over legal realism" *Duke law journal* [de aquí en adelante *Reconstructing*]; también de la misma autora véase "Some realism about the Llewellyn-Pound exchange over realism: The newly uncovered private correspondence 1927-1931, *Wisconsin law review* [de aquí en adelante *Exchange*]. Estudios que finalmente se convirtieron en un libro excelente, cfr. *Roscoe Pound and Karl Llewellyn: Searching for an american jurisprudence*. [de aquí en adelante *Searching*].

⁹¹ Cfr. *Reconstructing*, p. 1316. En esto también coincide Horwitz, M. *Transformation*, p. 175 et. seq.

en defensa de los obreros. En el ámbito escolar, los juristas de tendencias progresistas apoyaban a Sacco y Vanzetti alegando una persecución infundada.

El cambio en la actitud reformista y progresista de Pound se reveló con este incidente ya que – no obstante estar en contra de las acusaciones formales – no quiso aprovechar su ya consolidado prestigio como abogado para lanzar una defensa en favor de aquellos sujetos. Pound no deseó jugarse su puesto como director en la facultad de derecho de Harvard y en los medios de comunicación declaraba una postura neutral en torno al conflicto. Llewellyn, por su parte, fue íntegro y congruente con sus ideas y arriesgando precisamente puestos importantes en la facultad de derecho en Columbia, lanzaba junto con la ACLU (American Civil Liberties Union) convocatorias y firmas de colegas en diferentes universidades defendiendo a los activistas. Se sentenciaron a muerte y se llevó a cabo la ejecución de Sacco y Vanzetti; sin embargo, Llewellyn seguía condenando a las autoridades la injusticia cometida⁹².

Es en estos momentos donde se explican las críticas que Llewellyn hace a Pound en “A realistic Jurisprudence: The next step”, un artículo de Llewellyn que le da el nombre al nuevo movimiento y donde empieza la división.

En este estudio, Llewellyn inicia el ataque a Pound cuando Llewellyn se opone a la excesiva atención que centran los juristas en los conceptos para

⁹² Cfr. Hull, NEH. *Reconstructing*, p. 1318 a 1325.

explicar y entender el derecho. No obstante Pound ampliaba el horizonte a la necesidad de enfatizar sobre otras cuestiones - e. g., estándares que se deben observar o los fines que debe perseguir el derecho - su explicación seguía concentrándose en los preceptos. Esto inquietó a Llewellyn y reprobaba esta insistencia de Pound y su necesidad de ubicarse todavía en la etapa tradicional del conceptualismo que ya se encontraba en su fase terminal⁹³.

Los estudios de Pound para Llewellyn, no obstante resultaban valiosos en algunos aspectos, también adolecían de defectos importantes: Por ejemplo, la división que tanto criticaba Pound del “derecho en acción” y, por otra parte, un “derecho en los libros”, la insistencia en la primera alternativa sólo quedaba como una sugerencia en Pound, porque cuando emprendía la explicación de lo jurídico se concentraba en los preceptos⁹⁴. Asimismo, las buenas intenciones de Pound para Llewellyn no habían dado los frutos esperados, aún no se fijaba la atención en los estudios sociológicos y en la sociedad que debe interpretar el derecho. Faltaba acción para Llewellyn y las ideas de Pound no mostraban avances importantes; además, el conservadurismo de Pound era evidente y su

⁹³ *Cfr.* “A realistic jurisprudence. The next step” en *Jurisprudence: Realism in theory and practice*, p. 7. [de aquí en adelante *Realistic*]

⁹⁴ *Idem* (nota 3 al pie de página). En este sentido, Frank manifiesta: “Dean Pound, many years ago spoke of law in action. That awakened hopes. But, has Harvard been showing its students law in action? The students have had the opportunity to read in books and law review articles about some very limited phases of law in action...” *Cfr. Courts*, p. 228.

relación con la barra de abogados y el *status quo*⁹⁵ del medio sólo evidenciaban esta inquietud de Llewellyn. En “A realistic jurisprudence”, Llewellyn se alejaba de los preceptos, de la discusión en torno a lo jurídico con base en la atención hacia los derechos y se concentraba en la relación que guarda la conducta judicial y la sociedad, haciendo un análisis realista de los hechos que se presentan en torno a las normas⁹⁶.

Pound tomó estos embates con cautela e incluso envió una felicitación a Llewellyn en la correspondencia que ambos mantenían⁹⁷. Las observaciones y críticas de Llewellyn al parecer no fueron tan severas y la relación entre ambos no sufrió un golpe de consideración⁹⁸, incluso ambos autores preparaban una participación en una enciclopedia de ciencias sociales en torno al tema de contratos⁹⁹.

No obstante lo anterior y la buena disposición de Pound, éste nunca informó a Llewellyn que preparaba una contestación a su visión realista, la cual al momento de publicarse indignó a Llewellyn y ello fue lo que propició la ruptura total¹⁰⁰ de Pound con el nuevo movimiento.

⁹⁵ Cfr. Horwitz, M. *Transformation*, p. 174.

⁹⁶ Cfr. *Realistic*, p. 16 *et seq.*

⁹⁷ Cfr. Hull. *Searching*, p. 183.

⁹⁸ Cfr. Hull. *Exchange*, p. 935.

⁹⁹ Cfr. Hull. *Reconstructing*, p. 1325 *et seq.*

¹⁰⁰ Posteriormente se retomaría la amistad entre Llewellyn y Pound, donde Llewellyn reiteraba su enorme deuda hacia el Decano.

Así, Pound decide hacer ciertas observaciones al movimiento en “The Call for a Realistic Jurisprudence” publicado en 1931 en la revista jurídica de Harvard, observaciones que no atacaban a ninguno de sus integrantes en lo particular, pero cuyas generalizaciones indignaron a los realistas porque consideraban que éstas no eran propias del movimiento. Un ejemplo de estas afirmaciones de Pound es cuando establece la insistencia del realismo en una terminología y elaboración de fórmulas necesarias para alcanzar resultados precisos dentro del derecho, similares a las ciencias exactas¹⁰¹.

Llewellyn fue el encargado de responder a estas imputaciones a través de su artículo “Some realism about realism” y es aquí donde propone sus nueve puntos característicos del realismo que han servido para explicarlo, estos nueve puntos son:

- 1) La concepción del derecho en movimiento constante y de creación por parte del judicial.
- 2) El derecho como medio para alcanzar fines sociales y no como fin en si mismo. Esto lleva a la necesidad de examinarlo constantemente de acuerdo a sus efectos y el cumplimiento de sus propósitos.

¹⁰¹ Cfr. Pound, R. “The call for a realistic jurisprudence” en Fisher, W. et. al. (editores) *American legal realism*, 59 et. seq.

3) La concepción de una sociedad también en constante movimiento, que imprime una marcha generalmente más veloz que el derecho y por ello la recomendación de examinar el derecho de acuerdo a su utilidad para la sociedad.

4) La necesidad de que exista un divorcio provisorio entre lo que “es” y “debe ser” dentro de los estudios jurídicos. En este sentido, Llewellyn resalta la necesidad de que nuestras descripciones y observaciones de los fenómenos jurídicos no se encuentren contaminados de intenciones o deseos personales de lo que queremos demostrar o cómo queremos ubicar determinado acontecimiento. Este aspecto tiene una relevancia especial en el estudio de los tribunales y cómo se debe describir la función de éstos, sin incluir nuestras opiniones de cómo deben actuar. Lo anterior no implica la imposibilidad de adoptar una postura de reforma o modificación, por ello se trata de un divorcio temporal.

5) Una desconfianza hacia las normas y la doctrina tradicional en cuanto a la descripción que hacen de las actividades de los tribunales.

6) Igualmente existe desconfianza hacia la noción que insiste en el estudio de las normas para conocer las resoluciones de los tribunales.

7) La necesidad de evitar generalizaciones y tomar en consideración las peculiaridades de cada asunto y problema que se presenta en el derecho; por ello, la creencia en agrupar estos asuntos en categorías más reducidas y particulares.

8) La necesidad de evaluar el derecho por sus efectos y la conveniencia de buscar estos efectos.

9) La insistencia en que los problemas del derecho se aborden de acuerdo a los puntos antes mencionados¹⁰².

3. Las discusiones entre Pound y Llewellyn: ¿Una buena descripción?

¿Es esta una buena descripción del movimiento? Como vemos, los nueve puntos no mencionan una novedad desconcertante; en primer término, la insistencia de ver al derecho como medio para alcanzar fines sociales es de Cardozo; la necesidad de ajustar la fisura entre sociedad y derecho fue uno de los temas centrales en Roscoe Pound; asimismo, el pragmatismo de estos dos autores exigía valorar al derecho en términos de sus efectos, y finalmente el escepticismo hacia las teorías y doctrinas tradicionales se dio en la medida en que Holmes, Pound y Cardozo se alejaban de los postulados de Langdell. Entonces ¿Cuál es la principal crítica? La crítica sólo reiteraba el conservadurismo en el que había

¹⁰² Cfr. *Responding*, p. 55 a 57. En algunos puntos esta no es una traducción literal y exacta de los nueve puntos, ya que se toma en consideración la explicación que de los mismos hace Llewellyn en este artículo, así como las ideas plasmadas por el autor en otras publicaciones.

caído Pound y la jurisprudencia sociológica. Llewellyn reconocía estas similitudes entre el movimiento nuevo y el anterior¹⁰³; sin embargo, atribuía al realismo el logro de llevar a cabo este programa y cambio de paradigmas con las nociones heredadas por los antecesores. El realismo respondía en forma firme – según Llewellyn – a la acción urgente que requería el programa progresista y que ya había exigido en su artículo “A realistic jurisprudence: The next step”¹⁰⁴. No obstante lo anterior, debemos tomar en serio la advertencia del propio Llewellyn: “no somos voceros de una escuela”¹⁰⁵, ya que la necesidad de ordenar en unos cuantos temas las dimensiones del movimiento ocasionó la distorsión de que el realismo se entiende con estos nueve puntos. También, como menciona Horwitz¹⁰⁶, esto dio como resultado una visión demasiado dogmática del realismo.

Aunado a lo anterior, debemos instar que se trató de una visión particular¹⁰⁷, dado que si bien existió colaboración de Frank con Llewellyn en torno al contenido del artículo, la convocatoria que lanzó el segundo para que existiera una mayor participación de los integrantes del movimiento no tuvo tanto

¹⁰³ *Ibid*, p. 57.

¹⁰⁴ *Cfr. Realistic*, p. 7.

¹⁰⁵ *Cfr. Responding*, p. 45.

¹⁰⁶ *Transformation*, p. 171.

¹⁰⁷ Horwitz dice que Llewellyn no se encontraba en la mejor posición para emprender esta tarea, ya que su área de investigación era el derecho mercantil y no la filosofía del derecho; por estas razones Llewellyn no entendía la situación por la que atravesaba el pensamiento jurídico norteamericano. *Cfr. Transformation*, p. 172.

ciencias sociales, otras disciplinas y concretamente la investigación empírica con sus estudios directos o de campo. De esta forma, esta rama del realismo pretendió - hasta cierto punto - dotar los estudios jurídicos de determinada objetividad y carácter científico, ya que si bien los mitos y dogmas del formalismo de Langdell resultaban insalvables, este aspecto los cautivó, y centrándose en “lo que es” y no lo que “debe ser” - según la descripción de Llewellyn ya mencionada - la enorme brecha entre sociedad y derecho podría eliminarse de acuerdo al proyecto inicial de Pound. Según Peller, se trató finalmente de crear un discurso neutral, apolítico, cierto y estable con la ayuda de los estudios empíricos¹¹³, aunque no se debía voltear a ver el formalismo exagerado del pasado. Pero ¿Tuvo éxito esta noble empresa?

Dos monumentos se erigieron con esta vertiente del realismo, estos fueron los Institutos creados en Yale y Johns Hopkins dedicados exclusivamente a este tipo de investigaciones. En estos centros de estudio vemos desfilar a otros de los representantes distinguidos del movimiento: Clark, Douglas y Moore en Yale; por su parte Marshall, Oliphant, Yntema y Cook en Johns Hopkins¹¹⁴.

¹¹³ Cfr. “The metaphysics of american law” *California law review*, p. 1261.

¹¹⁴ Para el estudio del realismo progresivo nos ayudamos del interesante estudio de Schlegel contenido en varias fuentes: Aparte de *Underhill Moore* mencionado anteriormente, cfr. “American legal realism and empirical social science: From the Yale experience” *Buffalo law review* [de aquí en adelante *Yale experience*]; y el libro *American legal realism and empirical social science*, véase p. 149 - consultado sobre todo para el análisis de la experiencia en Johns Hopkins - [de aquí en adelante *Empirical*]. También cfr. Herget, J. *American jurisprudence 1870-1970: A history*, p. 195 [de aquí en adelante *American jurisprudence*]; así como Duxbury, N. *Patterns of american jurisprudence*, p. 85.

Las primeras intenciones expresas de ajustar la mencionada rotura entre el derecho en los libros y el derecho en acción es a través de los estudios empíricos que realizaba el Instituto Procesal de Yale en 1926 fundado por Hutchins y Clark¹¹⁵. Sin embargo, estas mismas intenciones fueron dando paso al conocido Instituto de Relaciones Humanas donde Charles E. Clark y William O. Douglas, junto con personas dedicadas exclusivamente a las ciencias sociales¹¹⁶ - que brindaban asesoría en cuanto a técnicas de investigación de campo -, emprendían impresionantes tareas de recolección de datos a través de encuestas y entrevistas para después pasar a su interpretación científica y objetiva. Los estudios eran interesantes, *e. g.*, Clark se dedicó al estudio de las compensaciones recibidas por accidentes automovilísticos y Douglas realizaba un proyecto sobre la legislación relativa a las quiebras.

Por su parte, en Johns Hopkins se fundó un Instituto similar cuyo objetivo era centrar sus estudios en la eficacia dentro de las investigaciones jurídicas y la recolección de datos empíricos relativos a las relaciones del derecho con las necesidades y condiciones sociales¹¹⁷. En el caso de este último centro de estudios, Oliphant se ocupó de estudiar el mundo del litigio y en general de las

¹¹⁵ *Cfr. Yale experience*, p. 496.

¹¹⁶ La relación con estos especialistas no fue muy duradera *cf. Ibid.*, p. 519 y 539.

¹¹⁷ Esto lo señalaron los miembros del Instituto cuando solicitaban el apoyo de la Fundación Rockefeller para sus investigaciones. *Cfr. Schlegel, Empirical*, p. 148

inconformidades recurrentes en la materia, tales como la lentitud, costos e incertidumbre; por su parte Yntema y Marshall estudiaron la administración de justicia estatal con el objetivo de ver su situación e implantar un sistema permanente de estadística judicial y con ello impulsar las reformas necesarias. Por último, otra investigación importante fue la de Jaffin y la recolección de datos que realizó en torno a la preferencia o no de los tribunales federales sobre los locales¹¹⁸. Al parecer todo marchaba sobre ruedas y en términos generales el objetivo era seguir la teoría del derecho experimental que sostenía Beutel, la cual se realizaba a través de estos 8 puntos fundamentales:

- a) "El problema o fenómeno social se debe estudiar empíricamente;
- b) Se debe determinar en forma clara las normas que regulan el fenómeno social;
- c) Los efectos de las normas se deben registrar y calificar;
- d) Se debe formular una hipótesis para determinar los resultados de los efectos de la reglamentación jurídica;
- e) Esta hipótesis debe generalizarse para agrupar casos similares;
- f) Si no se obtienen los resultados deseados, se debe recomendar la utilización de otros métodos para lograr el objetivo;

¹¹⁸ *Ibid*, p. 172 y 173.

- g) Las nuevas formas de reglamentación del fenómeno se deben poner en práctica y evaluar de nuevo de acuerdo a este procedimiento, y
- h) Los resultados de las investigaciones se deben evaluar constantemente y examinarse de manera empírica” 119.

Sin embargo, los inconvenientes del proyecto pronto surgieron. En primer término se encontraba la falta de recursos para emprender los estudios, ya que éstos resultaban sumamente costosos por los trabajos de campo y todo el equipo necesario para ello¹²⁰. Otro aspecto íntimamente ligado al anterior es el enorme tiempo que se invertía en estas empresas, ya que años enteros eran dedicados simplemente a la recolección de datos empíricos, lo cual era sólo el inicio y se tenían que destinar otros doce meses o más en la clasificación del material, su interpretación y publicación, lo que finalmente constituyó un proceso demasiado lento para el enorme tiempo y dinero gastado. No obstante lo anterior, el principal obstáculo con el que se toparon fue el relativo a la tensión existente entre reforma o científicidad. Este punto también lo explica Schlegel señalando que nació en los juristas empíricos un enfado en seguir tantas indicaciones en torno a métodos, técnicas de investigación, modos para elaborar cuestionarios, etcétera, que

¹¹⁹ Cfr. Herget, J. *American jurisprudence*, p. 202

¹²⁰ Cfr. Schlegel, J. *Yale experience*, p. 572 y *Empirical*, p. 200. Aunque Schlegel da importancia - en el caso Johns Hopkins - no sólo a la falta de recursos, sino a la ausencia de un proyecto común entre los investigadores.

finalmente servían poco para impulsar determinada reforma deseada por los investigadores. Así, tanto esfuerzo era visto como una pérdida de tiempo y además lento para alcanzar el cambio social respectivo¹²¹. Poca importancia tenían - y tienen - tantas técnicas y métodos con carácter científico si el resultado no es útil para el objetivo que se tiene en mente. Se olvidó el realismo progresivo que bajo esta descripción de la “realidad” y el carácter objetivo de decir cómo son las cosas, se encuentre inmersa nuestra voluntad de interpretar de determinada forma dicha “realidad” para canalizarla a determinados objetivos¹²². La noble idea de Llewellyn del divorcio entre lo que “es” y “debe ser” resulta sencilla manifestarla, pero en la práctica estos investigadores tuvieron dificultades en emplearla y eliminar sus ideas de reforma.

La digna excepción y la insistencia en pensar que el jurista en sus investigaciones realiza una actividad científica fue Underhill Moore quien dedicó la mayor parte de su carrera a este tipo de investigaciones, las cuales adquirieron líneas tales como las prácticas bancarias o la explicación de las resoluciones judiciales a través de la costumbre comercial¹²³. Sin embargo, el estudio más famoso de Moore fue uno en el que se dedicó a contar autos en los estacionamientos y a observar el tráfico. Este proyecto nació dada la necesidad de

¹²¹ *Cfr Yale experience*, p. 540

¹²² *Cfr e. g., Peller, op. cit.*, p 1249

¹²³ Herget, *American jurisprudence*, p 196.

realizar un trabajo de campo que diera la oportunidad de estudiar el comportamiento de las personas antes y después de entrar en vigor una ley. Moore se aplicó al análisis de los cambios en el reglamento de tránsito en la ciudad de New Haven¹²⁴. La empresa inició en 1933 y sufrió bastantes alteraciones, pero podríamos mencionar algunas etapas de la misma: en primer lugar, el equipo de Moore trabajaba horas en observar el comportamiento de los automovilistas en cuanto al cumplimiento de disposiciones que limitaban el estacionamiento a determinado tiempo; también aplicaron horas a examinar un crucero, asentando las reacciones de los conductores en cuanto a los señalamientos en las calles, tanto antes como después de adoptadas ciertas modificaciones al reglamento de tránsito¹²⁵. Esto continuó a través de los años con algunas modificaciones respecto a los fenómenos que se observaron. El objetivo del estudio no era nada superfluo, sino digno de tomarse en consideración, ya que Moore tenía como meta principal ver los efectos y consecuencias del derecho en el comportamiento humano, y además, cuestionar los fines sociales que supuestamente se podrían obtener a través del derecho y el desempeño de éste como ingeniería social para alcanzar dichos fines¹²⁶. También debemos destacar - antes de despedirlo - algunas de las conclusiones a las que llegó el estudio de Moore: a) la obediencia

¹²⁴ *Cfr. Schlegel, J. Underhill Moore, p. 267.*

¹²⁵ *Ibid, p. 268.*

¹²⁶ *Ibid, p. 281*

al derecho no se da por la amenaza de la sanción, sino porque son conductas enseñadas por los padres, y b) mientras más dispersa la conducta con la norma, existen menos posibilidades de que la conducta se ajuste a la norma¹²⁷. Estas sólo son dos de las conclusiones del estudio de Moore y de ninguna manera se debe juzgar con base en lo anterior; sin embargo, también con la excepción notable de la figura de Moore, los inconvenientes relativos a una fe absoluta en la investigación empírica hicieron su aparición. En este sentido, Moore presentaba al inicio sus avances con fórmulas matemáticas y una elegancia que no convenció mucho a los juristas de la época¹²⁸; aunado a lo anterior tenemos el enorme tiempo invertido, *i. e.*, 10 años para llegar a conclusiones no muy impresionantes y demasiado generalizadas que tomaban como parámetro las observaciones hechas al tráfico de automóviles y estacionamientos. Todo lo anterior lleva a la caracterización poco afortunada que pinta una imagen de un Moore dedicado caprichosamente a contar automóviles en New Haven; una idea que finalmente desprestigió las buenas intenciones y efervescencia de la investigación empírica.

De esta forma, la insistencia en crear un discurso apolítico, neutral, dotado de racionalidad y científicidad duró pocos años en los que este tipo de investigaciones fueron planteadas. La urgencia de hacer algo científico y

¹²⁷ *Ibid.*, p. 282 y 283

¹²⁸ *Ibid.*, p. 292

equiparar las actividades del jurista con las demás investigaciones universitarias llevó a estos extremos con el respaldo de Llewellyn y su insistencia en sostener un divorcio provisorio entre lo que es y debe ser. Este discurso poco servía para la reforma que algunos querían imprimir y al ver su poca utilidad encaminaron sus energías al campo de los cambios exigidos por el derecho. Otros como Moore persistieron, pero la euforia de la investigación empírica había pasado y en general este tipo de estudios poca suerte tuvieron. Es prematuro decirlo, dadas las condiciones bajo las cuales se efectuaron las investigaciones, pero - como dice Gilmore - es más interesante pensar o hablar de la necesidad de realizar investigaciones empíricas que realmente llevarlas a cabo¹²⁹ y con esta realidad se topó la ala del realismo progresivo. Schlegel menciona que cuando se extinguió la intención de practicar estas investigaciones falleció el realismo; sin embargo, no estamos de acuerdo con esta afirmación, ya que esto reitera la versión histórica de un realismo progresivo como el único importante. En este estudio pretendemos rescatar otra vertiente del realismo que tiene sus representantes contemporáneos, los cuales conjuntamente nos pueden auxiliar en despejar nuestra mente del formalismo en la interpretación y aplicación del derecho.

B. Realismo crítico

¹²⁹ *Cfr. Ages*, p. 89.

Existió otra vertiente que en vez de rescatar ese discurso apolítico y racional, nos enseñó un derecho que no se puede desligar y diferenciar fácilmente de la política y para el cual la razón no era el único punto de partida para el conocimiento de los problemas relativos al derecho¹³⁰; sin embargo, es el aspecto ideológico que estos realistas resaltaron en temas como el de la seguridad jurídica e interpretación constitucional lo que nos abre las puertas para rescatar algunas de sus virtudes para este estudio. Creo que en principio debemos atender las ideas de dos autores indispensables para esta tarea que nos hemos encomendado, estos son Robert Hale y Felix Cohen.

Desde mi punto de vista es necesario abordar primero el pensamiento de Hale¹³¹ porque dio y nos da las bases para iniciar una crítica a los dogmas en el derecho que aquí estamos enfrentando. Sin embargo, su pensamiento va más allá de los temas de interpretación y seguridad jurídica. Veamos someramente estas críticas generales que sostuvo Hale, para después relacionarlas con nuestro tema.

En primer término debemos mencionar algunas de sus ideas económicas y cómo éstas nos llevan a criticar la pureza en el derecho y sobre todo la nítida

¹³⁰ No todos están dispuestos a ver con ojos posmodernos, (*i. e.*, crítica a la razón, objetividad, etcétera) las ideas de los realistas, *cfr. e. g.*, Leiter, B. "Rethinking legal realism. Toward a naturalized jurisprudence" *Texas law review*, p. 271.

¹³¹ Robert Lee Hale nació en Nueva York el 9 de marzo de 1884. Estudió economía en Harvard y fue profesor de derecho y economía desde 1919 hasta mediados de los 50's, impartía el curso "Legal factors in economic society" Al respecto *cfr.* Duxbury, *Legal force*, p. 422 y 423, así como Samuels, W. "The economy as a system of power and it's legal bases: The legal economics of Robert Lee Hale" *University of Miami law review*, p. 263 y 264. [de aquí en adelante *Legal economics*]

distinción que algunos pretenden establecer entre derecho y política. Esta relación, junto con el aspecto económico, resulta innegable para Hale, ya que toda actividad económica se encuentra reglamentada por el derecho. Al respecto, es preciso recordar que Hale sostuvo en las actividades económicas la existencia de una especie de coerción que se da en su interaccionar, una coerción que se traduce en la limitación de nuestra libertad de actuar como queramos, por una actuación volitiva¹³² derivada de la conducta de otras personas. Esta capacidad de algunos de influir en nuestras decisiones es lo que Hale llama “poder”, el cual lo explica claramente al reflexionar en torno al dilema de los derechos de propiedad. En este sentido, Hale mencionaba que en el supuesto de un trabajador - tratándose de los derechos de propiedad - la obligación que recaía en él era la de abstenerse de disponer de los bienes del patrón (*i. e.*, un salario); pero si el trabajador decide no respetar esa obligación, entonces tendría que aceptar las condiciones de otro patrón, y si no se inclina por lo anterior - agregando a ello que el trabajador no goza de dinero propio para sus alimentos - éste moriría de hambre, ya que el derecho le impide disponer de los bienes de otros¹³³, salvo que tuviera la oportunidad de producir sus propios alimentos; sin embargo, de nuevo surgen los

¹³² Cfr. Samuels, *Legal economics*, p. 277.

¹³³ Cfr. Hale, R. “Coercion and distribution in a supposedly non-coercive State” en Fisher, W. *et al.*, (editores) *American legal realism*, p. 103. [de aquí en adelante *Coercion and distribution* y se hará referencia a esta compilación].

problemas, dado que para esto se necesitan tierras de cultivo y por ende ser propietario de las mismas, sucediendo lo mismo cuando el trabajador decida vender bienes, ya que a final de cuentas no tendría las herramientas necesarias para producirlos¹³⁴.

¿Con esto qué quiere advertir Hale? Desde mi punto de vista es alertar la relación indiscutible que se da entre las relaciones económicas y jurídicas, dado que esta coerción que - desafortunadamente - poseen pocas personas para influir en la actuación de otras se encuentra respaldada por el derecho, y por ende la coerción no resulta ser una actividad neutral, económica y ajena a las cuestiones políticas. Es el derecho el que legitima esta coerción, ya que sin su respaldo la fuerza resultaría dispensable.

Es en este mismo sentido como Hale inmediatamente relaciona estas cuestiones jurídico-económicas con lo político, traduciéndose el poder de coerción en lo económico en un poder político respaldado por el derecho. La propuesta de Hale fue en el sentido de luchar para abolir esa desigualdad económica y política en las sociedades, dado que el poder coercitivo en la mentalidad libre y de mercado se encontraba altamente centralizado, lo cual resultaba - y resulta - criticable¹³⁵. Para Hale, esta desigualdad puede no

¹³⁴ *Ibid*, p. 104.

¹³⁵ *Cfr.* Hale, R. "Bargaining, Duress, and economic liberty" *Columbia law review*, p. 628 [de aquí en adelante *Bargaining*]

erradicarse completamente, pero resulta indispensable disminuirla hasta donde sea posible. Al respecto, Hale brillantemente señala que así como la distribución del poder en el ámbito público resulta recomendable, lo mismo debe suceder en los sectores privados¹³⁶.

Es en este marco de referencia donde se explica cómo para Hale el derecho debe intervenir en estos aspectos y servir como medio para disminuir las desigualdades sociales. Con esta idea clara, el derecho debe reconocer que finalmente es político y no neutral encerrado en sus conceptos. Estas características - que según la visión tradicional se encuentran en el derecho privado - también eran criticadas por parte de Hale; *e. g.*, en el caso del derecho civil y concretamente en la rama de contratos, Hale urgía analizar las relaciones que se daban en los mismos tomando en consideración las peculiaridades de las partes, ya que la supuesta “autonomía de la voluntad” no era tan perfecta como se supone, sino que en ella opera el poder de coerción, poder que depende de reglas preexistentes sobre la propiedad, las cuales a su vez se encuentran tuteladas por el derecho¹³⁷.

¿Qué podemos rescatar en torno al pensamiento de Hale? Creo que principalmente tenemos una importante crítica inicial a la diferenciación clara y

¹³⁶ *Cfr. Samuels, Legal economics*, p. 304.

¹³⁷ *Cfr. e. g., Peller, op. cit.*, p. 1233.

precisa entre derecho y política¹³⁸, un derecho - sobre todo civil - que se estima ajeno a la discusión política en torno a la igualdad y distribución de la riqueza. Así como Hale nos ayuda a ver esto en el campo del derecho privado, lo mismo podemos concluir respecto a la interpretación del derecho, ya que en estos temas también se inmiscuyen estos debates de índole político. Para Hale resultaba indispensable localizar y reconocer abiertamente los conflictos sociales que se presentan en dichos dilemas, sin caer en la tentación de descubrir un derecho perfectamente congruente y ajeno a intereses sociales¹³⁹. Así, con Hale nos distanciamos sanamente de la visión conservadora de Pound y las pretensiones científicas del realismo progresivo, ya que desde entonces Hale ponía el énfasis en el carácter político y disputado del derecho.

Tomando así las ideas de Hale se empieza a vislumbrar un concepto de seguridad jurídica no ajeno a las circunstancias sociales, así como una noción de interpretación inmiscuida en los temas de poder, riqueza y en general la preferencia de ciertos discursos en perjuicio de otros. La preocupación de Hale por la igualdad se retomará en este estudio, aplicada lógicamente a la idea de certeza e interpretación del derecho. De esta manera, Hale constituye un precursor

¹³⁸ Duxbury no está de acuerdo ver en Hale una crítica contundente al relacionar los ámbitos económico, político y jurídico, ya que para Duxbury no todas nuestras acciones tienen que ver con el intercambio de bienes, y de esta forma la tesis de Hale sólo es aplicable a ciertas actividades jurídicas *Cfr. Legal force*, p. 443.

¹³⁹ *Cfr. Samuels, Legal economics*, p. 309.

importante preocupado por la función que tiene el derecho en lograr una justicia social importante, una justicia social que busca el respaldo en un derecho preocupado por la igualdad y no en preservar sus mitos y dogmas.

Otro integrante importante de esta vertiente del realismo es Felix Cohen¹⁴⁰ que criticó severamente la pureza que algunos desean sostener en los temas de interpretación y aplicación del derecho. Este autor desde entonces planteaba la necesidad de alejarse de argumentos netamente jurídicos que supuestamente se esgrimen en los dilemas que se presentan en el derecho, una necesidad del jurista que piensa debe criticar las normas en términos exclusivamente jurídicos. Cohen, al respecto recomendaba no caer en estos argumentos circulares¹⁴¹, ya que dichos razonamientos jurídicos se encuentran infestados de un lenguaje absurdo lleno de mitos que es creado por el derecho y el cual no puede describirse de acuerdo a él mismo. Se trata en palabras de Cohen de un lenguaje “sinsentido trascendental” que nos lleva a los juristas a inmiscuirnos en el paraíso de los conceptos jurídicos de Ihering¹⁴², en “acrobacias conceptuales”¹⁴³ que constituyen una verdadera pérdida de tiempo.

¹⁴⁰ Felix S. Cohen (1907-1953) fue especialista en derecho indígena, profesor de la Facultad de Derecho en Yale y también dedicado a la práctica del derecho. Señala Golding que si bien el realismo fue un movimiento joven, Cohen era su bebé. *Cfr.* “Realism and functionalism in the legal thought of Felix S. Cohen” *Cornell law review*, p. 1032.

¹⁴¹ *Cfr.* Cohen, F. *El método funcional en el derecho*, p. 27 [de aquí en adelante *Método funcional*]

¹⁴² La relación de Ihering y en general de la teoría jurídica alemana con estas ideas se puede *cfr.* en nota 19 de este capítulo.

¹⁴³ *Método funcional*, p. 58.

Para Cohen, el esgrimir razonamientos jurídicos y encarcelarse dentro de sus conceptos sólo impide abordar los aspectos prácticos del derecho que obedecen y se explican en las luchas, fuerzas e ideales sociales¹⁴⁴. En este sentido, es importantísima la advertencia de este autor, dado que nos obliga a pensar en una forma de interpretación no ajena a la realidad, sino conjuntamente a ella, sin caer en la tentación de elevar la discusión a un lenguaje ajeno - eso sí bastante elegante - a las cuestiones sociales.

Esta es la crítica al formalismo que debemos rescatar; sin embargo, la ayuda principal que realiza Cohen para este recorrido es el énfasis que hace del papel que juega la ideología en esta supuesta pureza. Cohen acertadamente sostiene que los tribunales suelen descartar un asunto como político o moral - y no digno de apreciación jurídica - sólo cuando se desea alejar un punto de vista con el que no se está de acuerdo¹⁴⁵; en cambio, se resaltan las virtudes de la racionalidad jurídica cuando el juez está de acuerdo con determinada norma que utiliza en su interpretación y resolución¹⁴⁶.

Cohen también se distanciaba de los pasos medidos de Pound y Cardozo en cuanto al enorme énfasis que éstos fijaban en el uso del precedente como noción de estabilidad en el derecho. Para Cohen, al utilizarse el precedente

¹⁴⁴ *Ibid*, p. 22 y 23.

¹⁴⁵ *Cfr.* Golding, *op cit.*, p 1045.

¹⁴⁶ *Ibid*, p. 1044

siempre existe manipulación en el sentido de cuál será útil para nuestros objetivos. Cuando sostiene esto Cohen recuerdo la anécdota que se menciona de las instrucciones que recibían los proyectistas del juez Charles Clark: "...Si tienes un argumento importante que todos saben es verdad no pierdas mucho tiempo citando una lista considerable de jurisprudencia, sólo alude al mejor caso y con estos es suficiente; sin embargo, si tu argumento no es tan sólido y no estás muy seguro del mismo cita un buen número de precedentes..."¹⁴⁷. Existe, por lo tanto, en el uso de los precedentes un elemento de valoración y no un desarrollo estable y cierto como pretendió Pound¹⁴⁸.

En este mismo sentido, es interesante la crítica que vemos al principio de seguridad jurídica, ya que las normas y su certeza no es lo único que debemos considerar dentro del proceso de interpretación y aplicación, también existen las cuestiones ideológicas que para Cohen resultaban innegables¹⁴⁹.

Al igual que en Hale, resultan rescatables en general los postulados de Cohen y su realismo crítico que abren las puertas para dar estos primeros avisos de las ideas que aquí se sostendrán, dado que trataremos de demostrar que encerrarse en argumentos circulares y puramente jurídicos sólo nos aleja de otros aspectos que se deben tomar en consideración dentro del derecho y que resultan

¹⁴⁷ Williams, N. y Yates, A. "Is this legal realism?", *Vermont law review*, p. 742.

¹⁴⁸ *Cfr. Golding, op. cit.*, p. 1045.

¹⁴⁹ *Cfr. Método funcional*, p. 126.

mucho más importantes que sostener mitos como la unidad, objetividad y racionalidad en las labores de interpretación, sólo por una tradición que nos encajona en “pseudoproblemas” - como dice Cohen¹⁵⁰- de los cuales podemos prescindir.

Las zancadas son más grandes con esta rama del realismo; sin embargo, aún incompletas. Simplemente debemos concluir que con las anteriores ideas pretendemos rescatar otra visión del realismo un poco distinta a la imagen dominante en nuestro medio y quizás por ello la explicación es demasiado minuciosa. Lógicamente faltarían algunos realistas importantes para agotar este movimiento - podríamos *e. g.*, estudiar la lista completa de Llewellyn - ; sin embargo, el trabajo tendría que ser exclusivo en este tema y no es el objetivo. Inmediatamente brilla la ausencia de otro de los padres del movimiento: Jerome Frank¹⁵¹, el cual también merece mucho más que unas simples reflexiones, dada su crítica contundente al formalismo y al *status quo* en una época crucial que es la que define y le da forma al realismo¹⁵², pero dicho autor dentro de la crítica a

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 58.

¹⁵¹ Sobre la vida de Jerome Frank *cfr. e. g.*, los números dedicados al autor por: *University of Chicago law review*, vol. 24, #4, 1957; así como *Yale law journal*, vol. 66, #6, 1957.

¹⁵² En donde criticaba las posturas moderadas de Pound y Cardozo y la necesidad de éstos para lograr cierta estabilidad dentro del derecho. Frank - con sus nociones psicológicas - señalaba que estos juristas jugaban el papel del padre que no dejaban crecer y madurar a sus hijos, dada la necesidad de seguir pensando en mitos y mentiras dentro del derecho. Los principales mitos para Frank eran: a) la idea de certeza jurídica; b) la ficción de que la ley existe y que el abogado realiza la sencilla labor de encontrarla y aplicarla sin dificultad, y c) la idea de un sistema armónico, consistente y uniforme en el derecho. Al respecto *cfr. Law and the modern mind*, en *American legal realism*, p. 206 y 207. Este libro aparece en 1930, lo cual para Horvitz enciende la reacción de Pound, *cfr. Transformation*, p. 175.

esta mentalidad mecánica en la interpretación y aplicación del derecho no es muy conocido por sus observaciones a la ambigüedad e indeterminación de las normas, sino al segundo aspecto de la operación automática de aplicación jurídica, *i. e.*, los hechos¹⁵³. Estos hechos materia de todo litigio - según Frank - nos orillaban a la incertidumbre en el derecho, dado que no se descubren, sino se construyen con bases sumamente cuestionables, tales como: versiones erróneas de testigos, testigos falsos o simplemente las historias que un juez estima son las correctas y que no tenemos posibilidades de verificar si así sucedieron realmente los hechos¹⁵⁴. Frank equiparaba esta labor de construcción de los hechos con la de un historiador y cómo el historiador realmente elige entre diversas versiones de lo acontecido; finalmente se topa uno con el hecho de que cada sujeto tiene su forma de interpretar los acontecimientos¹⁵⁵.

De esta forma, Frank se alejó un poco del objetivo principal de este estudio que trata de resaltar la indeterminación de las norma, más que los hechos y ello impide profundizar sobre el tema¹⁵⁶. Otro aspecto de Frank que no ayuda mucho

¹⁵³ La crítica se encuentra en numerosas publicaciones de Frank, basta citar como ejemplo: "Short of sickness and death: A study of moral responsibility in legal criticism" *NYU law review* [de aquí en adelante *Sickness*] Existe traducción al castellano por Carlos Bidegain con el título *Derecho e incertidumbre*; asimismo *cfr.* "Mr. Justice Holmes and non-euclidean legal thinking" *Cornell law quaterly*; también "Judicial fact finding and psychology" *Case and Comment* [de aquí en adelante *Fact finding*]; y por último su libro *Courts on trial: Myth and reality in american justice* [*Courts*].

¹⁵⁴ *Cfr. e. g.*, *Sickness*, p. 546; así como *Fact finding*, p. 16.

¹⁵⁵ *Cfr. Courts*, p. 37 *et seq.*

¹⁵⁶ Una reflexión contemporánea en torno a las ideas de Frank se pueden encontrar en los artículos de Twining, W. "Some scepticism about some scepticisms" *Journal of law and society*, p. 137 a 171.

para presentar otra visión del realismo son sus afirmaciones que aseguran las resoluciones de los tribunales dependen de prejuicios distorsionados del juez, tales como: la corbata del testigo, su aspecto personal , si usa anteojos, etcétera¹⁵⁷, esto sólo sirve para alimentar una imagen caricaturesca del realismo, ya que si bien las ideas de *Frank van mucho más allá*, este tipo de frases poco sirven para considerar al realismo digno de un estudio serio. Esto se distorsiona aún más si lo relacionamos con las nociones que gustan presentar un realismo que analizaba las decisiones judiciales de acuerdo a lo que había desayunado un juez.

Sin embargo, aquí no queremos caer en la tentación de continuar con la idea distorsionada que se tiene del realismo y ello fue con el objetivo de rescatar la notable rebelión contra el formalismo que produjeron. En el siguiente capítulo reforzaremos esta crítica al principio de seguridad jurídica, pero desde las nuevas interrogantes que plantean algunos teóricos y nociones contemporáneas.

¹⁵⁷ *Cfr Sickness*, p. 570.

Capítulo Segundo
La seguridad jurídica en la teoría
jurídica contemporánea

I. Hart, lenguaje y seguridad jurídica.

El siguiente paso es emprender el estudio de otro autor sumamente importante en estos temas y en general de la filosofía del derecho del siglo XX, me refiero obviamente a H.L.A. Hart. Este autor desde la trinchera del positivismo abordó los temas de seguridad e interpretación jurídica tratando de superar las ideas realistas. Lo novedoso, loable e interesante de Hart fue que nos obligó colocar la discusión no en el terreno del rechazo a la lógica y por ende del formalismo exagerado, sino en el análisis del lenguaje¹ y las novedosas ideas que al respecto surgían a mediados del siglo XX que es cuando Hart proporciona sus nociones al respecto. En este mismo sentido se expresa Lind, mencionando que la crítica a la lógica fue lo único que aportó el realismo en su rebelión contra la aplicación mecánica del derecho, cambiando las cosas con la teoría de Hart y su énfasis en el lenguaje². Estoy de acuerdo con Lind en que el cambio fue importante; sin embargo, también en cierta medida el realismo se ocupó de lo anterior³. Las grandes frases de Holmes son las

¹ Un excelente repaso y desarrollo del giro lingüístico se puede ver en Tracy, D. *Pluralidad y ambigüedad: Hermenéutica, religión, esperanza*, concretamente el capítulo III. Tracy señala lo siguiente que puede dar una idea de lo importante de esta revolución: "el giro lingüístico del pensamiento moderno acarrea enormes consecuencias políticas y sociales. La idea de un yo puramente autónomo debe desaparecer. Importa poco que ese ego asuma la estudiada sonrisa de la razón propia de la Ilustración, la pasión volcánica del romántico, la auto-satisfacción árida del positivista o la madura complacencia que muestra buena parte de la psicología moderna... Todos somos seres lingüísticos, históricos, sociales, luchando por una nueva interpretación de nosotros mismos, de nuestro lenguaje, historia, sociedad y cultura", p. 81.

² Lind, D "Logic, intuition and the positivist legacy of H.L.A. Hart" *SMU law review*, p. 153 *et seq.*

³ Esto lo traté de demostrar en otro estudio *cf.* Vega Gómez, J. "Holmes y Hart en torno a la penumbra de incertidumbre", *Concordancias*, p. 240 a 244. Incluso el mismo Hart acepta que el realismo, a pesar de algunas exageraciones, centró su atención en aspectos del lenguaje *cf.* "Positivism and the separation of law and morals" en *Essays in jurisprudence and philosophy*, p. 63. Publicado primero en *Harvard law review*, vol. 71, feb. 1958. [de aquí en adelante *Separation* y se hará referencia a esta compilación].

que inmediatamente vienen a la mente al hablar del realismo, dichos como el ya mencionado: “la vida del derecho no ha sido lógica, sino experiencia”⁴; empero, - y en ello difiere de Lind - el mismo Holmes en su actividad jurisdiccional y académica ya mencionaba problemas en el lenguaje⁵, otro ejemplo es Pound y su insistencia en que el legislador tiene un papel limitado en la redacción de las leyes⁶, incluso el mismo Cardozo resaltó la vaguedad en el lenguaje al hablar de su método sociológico⁷.

No obstante lo anterior, debemos aceptar que el problema del lenguaje es obviamente colocado en un plano importante con la obra de Hart, adquiriendo la rebelión contra el formalismo en la interpretación y aplicación del derecho dimensiones diferentes. Hart, en este sentido, trató de superar las ideas realistas y la postura radical que algunos de sus integrantes mantuvieron. A continuación explicaremos detenidamente esta postura Hartiana, las observaciones que hizo al realismo, y por último su énfasis en el lenguaje. Con esto estaremos en condición de saber si estamos en posibilidad de abrazar y sostener la postura adoptada por Hart, defenderla con ciertos matices o criticarla y seguir adelante en este recorrido.

1. La textura abierta e inseguridad jurídica en Hart: Otro paso crucial

⁴ *Cfr.* Holmes, O. W. (Book Review) *American Law Review*, *op. cit.*, p. 339.

⁵ Por ejemplo *cfr.* *Schlesinger v. Wisconsin* 270 U.S. 230, 241 (1925), así como *Towne v. Eisner* 245 U.S. 418 (1918) rescatando en esta última opinión la contingencia del significado.

⁶ *Cfr.* Pound, R. *Spirit*, p. 171 y 172, entre otros estudios que se mencionan en el capítulo primero de este estudio.

⁷ *Cfr.* Capítulo I.

Así como Hart pretendió superar las ideas realistas por sus exageraciones, lo mismo dijo del formalismo o etapa de fe que pretende ver en el juez una máquina de operaciones lógico deductivas y de simple aplicación automática del derecho. Para este autor ambas tesis resultaban rescatables cuando se corregían entre sí⁸. Veamos las observaciones que este autor realiza a las dos posturas, para posteriormente conocer su aportación.

Para Hart, el formalismo es una exageración porque en aras de una certeza y seguridad jurídica absoluta erige la figura del legislador equiparándola a una propia de Dioses, ya que la obra de ambos resulta ser perfecta en todo tiempo y lugar sin necesidad de adaptarse a nuevas circunstancias y condiciones sociales. En este sentido, Hart niega tal fe en la labor legislativa para lograr la certeza absoluta, y correctamente nos advirtió sus deficiencias. Estos impedimentos que sostiene Hart son la ignorancia de hechos y la indeterminación de propósitos, obstáculos consistentes en señalar a los legisladores que no están en posibilidad de prever todos los casos futuros que se pueden suscitar en torno a las normas, ya que la actividad humana no es cierta y estable, sino dinámica. Además, para Hart la “inventiva humana” constantemente presenta dudas respecto a la aplicación de las normas a hechos concretos; por lo que para Hart no existe la capacidad humana de anticipar el futuro y por ende adelantarse a las posibles dudas en la aplicación de las normas⁹. El

⁸ Cfr. *El concepto de derecho*, p. 183 [de aquí en adelante *Concepto*]

⁹ Estas críticas se encuentran también en el *Concepto*, p. 158 y 160; así como en “Jhering’s Heaven of concepts and modern analytical jurisprudence” en *Essays in jurisprudence and philosophy*, p. 269 y 270. [de

formalismo, en este sentido, cae en un grave error y de acuerdo con Hart pretende eliminar dichos impedimentos congelando y haciendo exageradamente rígido el significado de las normas y los conceptos, asegurando con ello que las nuevas circunstancias encuadren en los parámetros legales¹⁰. Para Hart, en vez de dedicarse a esta tarea infructuosa, se debe privilegiar una interpretación que pudiese basarse en *propósitos sociales*¹¹.

Con estas observaciones de Hart al formalismo por supuesto que estamos de acuerdo y sobre todo resaltamos el interés de Hart por no tomar tan en serio el principio de la seguridad jurídica, una rebelión que desde nuestro punto de vista tiene importantes antecedentes en el realismo jurídico que abordamos en el primer capítulo. No obstante lo anterior, Hart insiste en que este realismo también cayó en excesos, concretamente negando la existencia de las normas como característica *sobresaliente del derecho*. El realismo al hacer tanto énfasis en los tribunales y las decisiones que de ellos emanan, Hart concluye que éstos no podían ignorar el importante papel de las normas. Un argumento de Hart consiste en señalarle al realismo que la propia existencia de los tribunales depende de las reglas y normas que ignoraron¹². Sin embargo, en defensa de la postura realista debemos señalar que curiosamente son las famosas frases de realistas - o precursores del mismo - que

aquí en adelante *Heaven of concepts* y se hará referencia a esta edición]

¹⁰ Cfr. *Concepto*, p. 161 y *Heaven of concepts*, p. 269.

¹¹ Cfr. *Concepto*, p. 162

¹² Cfr. *Ibid.*, pp. 170, 171, 174 y 175.

orillan a Hart a caracterizar de esta forma al movimiento, frases como la de O.W. Holmes cuando sostuvo “Las predicciones de lo que resolverán los tribunales y nada más ostentoso es lo que entiendo por derecho”¹³ o a Llewellyn cuando afirmó que las normas eran importantes en la medida que servían para predecir la actuación de los jueces¹⁴. De nuevo son los conocidos dichos los que sirven para caracterizar algo que va más allá de Llewellyn y Holmes; sin embargo, sirvan estas afirmaciones como preámbulo a las ideas de Hart, ya que las observaciones se harán más adelante.

Así, Hart prepara el terreno para aportar sus puntos de vista en torno a la seguridad jurídica evitando los excesos del formalismo y realismo¹⁵. En este sentido, Hart empieza por señalar que es inevitable que el derecho utilice el lenguaje para expresar la norma de conducta hacia los individuos. Este lenguaje tiene un “límite inherente”¹⁶ en su naturaleza, en donde existen casos sencillos en los que el lenguaje utilizado no se presta a dificultades serias para su entendimiento y

¹³ *Cfr. Path*, p. 994.

¹⁴ *The bramble bush*, p. 5. Véase la aclaración que hace Llewellyn en las ediciones posteriores de este libro, *cfr.* p. ix a xi. Asimismo, *cfr.* las observaciones de Twining, W. *Realist movement*, p. 148 a 152.

¹⁵ Creo que las principales fuentes para estudiar esto en Hart son: *Positivism* (1958); “Problems of the philosophy of law” (1967) en *Essays in jurisprudence and philosophy* [de aquí en adelante *Problems*]; *Concepto* (1961); *Heaven of Concepts* (1970) y “American jurisprudence through english eyes: The nightmare and the noble dream” (1977) en *Essays in jurisprudence and philosophy* [de aquí en adelante *Nightmare and noble dream* y se hará referencia a esta compilación]. Michael Martín, por ejemplo, menciona una evolución de estas ideas en Hart, concretamente en las publicaciones de 1958, 1961 y 1967 aquí mencionadas. Esto en el sentido de que Hart admite consideraciones extra-jurídicas (tales como políticas sociales) en las resoluciones que se dan por falta de certeza en el lenguaje. Sin embargo, de acuerdo con Martín la postura posteriormente cambia, donde Hart incluye estas decisiones dentro del razonamiento jurídico, ya que existen guías dentro del derecho que sirven como limitantes. No obstante lo anterior, creo que Hart contestó esta duda en la introducción de sus ensayos, reafirmando la insistencia en separar los papeles del poder judicial y legislativo, dado que las resoluciones jurisdiccionales se dan con base en la razón y el derecho. Estas contradicciones en Hart son evidentes y lo veremos en las siguientes páginas; empero, sobre lo anterior *cfr.* Martín, M. *The Legal philosophy of H L A Hart: A critical appraisal*, p. 49 a 54. y de Hart *cfr.* *Essays in jurisprudence and philosophy*, p. 6 y 7.

¹⁶ *Cfr. Concepto*, p. 155 y 157.

aplicación, pero también habrán asuntos que su aplicación se dificulte¹⁷. Para explicar detenidamente lo anterior, Hart nos enseña el ya famoso ejemplo de: “No se admiten vehículos en el parque”¹⁸, una norma común y corriente en la que se puede pensar fácilmente en nuestras actividades cotidianas. Ahora bien, analizando las posibilidades en la aplicación de esta norma, Hart pregunta si un automóvil es un vehículo, lo cual podemos concluir que sí, y por lo tanto nos enfrentamos a un caso sencillo, esos que no se prestan a mayores dificultades para su aplicación y que Hart ubica en el denominado “núcleo central de significado”¹⁹ cierto y fácil de aplicar. Sin embargo, y por la limitación inherente del lenguaje, Hart sostiene que se pueden presentar otros dilemas, tales como preguntar si en el ejemplo, vehículo comprende patinetas, bicicletas o aeroplanos, donde entramos a lo que Hart llamó “penumbra de incertidumbre”²⁰ donde se colocan aquella infinidad de asuntos que presentan problemas en su aplicación y que nos orillan a elegir entre diferentes alternativas²¹. Este aspecto nos lleva a admitir una “textura abierta”²² en el lenguaje y por ende en el derecho y las normas con que se expresa. Lógicamente esta textura abierta y penumbra de incertidumbre se relacionan en Hart con los cambios importantes de la

¹⁷ *Ibid*, p. 15 y 158.

¹⁸ Hart planteó esto desde *Positivism*, *cf.* p. 63 *et seq.* Existen bastantes estudios dedicados al desarrollo de estas nociones en Hart, *e g.*, Sebok, A “Finding Wittgenstein at the core of the rule of recognition”, *SMU Law Review*, p. 75 *et seq.* También se puede ver a Marmor, A. “No easy cases?” *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, p 75 *et seq.*

¹⁹ *Cfr. Concepto*, p 15

²⁰ *Idem.*

²¹ *Idem.*

²² *Ibid*, p. 159. Hart menciona que la frase “textura abierta” tiene su origen en Waismann y la “porosität der begriffe”. *Cfr. Heaven of concepts*, p. 274 y 275. La influencia de Wittgenstein aquí es notable.

“inventiva humana” que hacen imposible que el legislador pueda prever todos los casos futuros de aplicación del derecho. Por esto, el ejemplo de “No se admiten vehículos en el parque” es un caso que demuestra lo anterior con los imprevistos supuestos de aeroplanos, bicicletas, patinetas y otros medios de transporte que la sociedad pudiese adoptar y que serían equivalentes a la función de los automóviles, trayendo consigo una disputa en la aplicación de la norma.

Las anteriores ideas en Hart son un paso importantísimo en la crítica al principio de seguridad jurídica que pretendemos eliminar, ya que la ubicación de la penumbra de incertidumbre genera falta de certeza e inseguridad, siendo totalmente contrarios a la “etapa de fe” que insiste en ocultar las diferentes aplicaciones de los conceptos y alternativas que se presentan en la aplicación del derecho. Así, la etapa de fe quiere dejarnos en el “núcleo central de significado”, obligándonos a dar la espalda a esta inseguridad que resulta inevitable y que - coincidiendo con Hart - no se debe ver como un inconveniente, sino ventaja para ajustar las normas jurídicas a las nuevas demandas sociales²³.

2. Fundamento Wittgensteiniano de las ideas Hartianas: Del realismo jurídico al irrealismo semántico.

Finalmente, Hart trató de superar ambas posturas y lograr una posición intermedia que quizás no sea la adecuada. Al aportar su noción de núcleo central de significado y penumbra de incertidumbre pretende rescatar el aspecto central de las

²³ Cfr *Concepto*, p. 160.

reglas en el derecho, pero sin caer en el formalismo excesivo²⁴, una tarea que desde nuestro punto de vista resulta difícil de conseguir. El fundamento que originó la introducción de los problemas lingüísticos en el derecho y esta postura en torno a la seguridad e interpretación jurídica en Hart se remonta a la filosofía del lenguaje de Wittgenstein²⁵. En este sentido, el mismo Hart confiesa el interés creciente en la filosofía del lenguaje a mediados del siglo XX²⁶, en Wittgenstein y la relación de éste con la filosofía analítica²⁷. Un Hart que claramente alude a las Investigaciones Filosóficas de Wittgenstein para adoptar la idea de “seguir una regla”²⁸ o bien otros aspectos centrales del mismo autor y su filosofía del lenguaje²⁹ que pasaremos a exponer en unos momentos. Sin embargo, como acertadamente menciona Bix³⁰, estas explicaciones del lenguaje en Hart dejan más preguntas que respuestas y por ello el objetivo del siguiente apartado es mencionar brevemente las ideas de Wittgenstein³¹, para después centrarnos en el aspecto de seguir una regla que es el que nos interesa particularmente. Posteriormente discutiremos lo anterior y así estar

²⁴ Cfr. MacCormick, N. *H.L.A. Hart*, p. 122 [de aquí en adelante *Hart*]

²⁵ Quizás otro autor que se debe analizar junto con Wittgenstein es J.L. Austin; sin embargo, su análisis quedará pendiente para otra ocasión, ya que en torno a la seguridad jurídica Wittgenstein es el autor que ha suscitado mayor discusión en el ámbito de la teoría del derecho. Cfr. e.g., a Hart en *Heaven of concepts*, p. 271 donde analiza esta otra influencia. Juan Ramón de Páramo sí se dedica a ello en su estudio *H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*, cfr. p. 8 et seq.

²⁶ Cfr. *Essays in jurisprudence and philosophy*, p. 2.

²⁷ Cfr. *Heaven of concepts*, p. 271. Para una perspectiva más amplia del *milieu*, en cuanto a estas influencias se refiere cfr. MacCormick, N. *Hart*, p. 12 et seq.

²⁸ Cfr. *Concepto*, p. 315.

²⁹ Cfr. e.g. *Ibid*, p. 296 y *Heaven of concepts*, p. 275 a 277, citando las secciones 68, 80, 84 y 132 de las Investigaciones Filosóficas.

³⁰ Cfr. *Law, language and legal determinacy*, p. 18 [de aquí en adelante *Determinacy*].

³¹ Debo aclarar que no pienso agotar toda la obra de Wittgenstein, sino que este breve repaso es sobre las ideas del autor que tienen importancia en estos temas. Tampoco será mi objetivo dar una visión definitiva de estas nociones, dudo mucho que pueda hacerlo y en este sentido la interpretación que hago está sujeta, como

en posibilidades de cuestionar este fundamento. Lo que finalmente pretendo hacer es rescatar la visión realista en contra de los embates de Hart, una postura que caracterizó - en relación con la certeza en el derecho - como la del “absolutista desilusionado”³², advirtiéndole a Hart que este absolutista desilusionado tuvo algo de éxito en su empresa y que sigue dando de que hablar³³.

A. Breve Introducción al pensamiento de Wittgenstein.

En primer término es necesario mencionar la concepción de Wittgenstein sobre el lenguaje y para ello Tomasini nos da una visión introductoria que a lo largo de este apartado iremos rescatando: “ el lenguaje es concebido por Wittgenstein....como un conglomerado, un conjunto abierto de juegos del lenguaje. Los juegos del lenguaje quedan conformados en conexión con prácticas sociales. Son estas prácticas las formas de vida”³⁴. Es importante aclarar que esta es la visión del llamado “segundo Wittgenstein”, ya que en una primera etapa, este autor defendía las condiciones de verdad como eje principal en el análisis lingüístico. Estas condiciones eran las que finalmente nos decían si una oración y la utilización de sus palabras eran verdaderas o no, y lo eran en la medida en que se relacionaban

muchas otras, a discusión. Sobre Wittgenstein en general, un excelente acercamiento a su vida y obra se puede *cf.* en Shulte, J. *Wittgenstein: An introduction* [de aquí en adelante *Introduction*].

³² *Cfr. Concepto*, p. 173.

³³ También le podemos decir a Hart que los niños siguen jugando ajedrez después de tantos años, esto en relación a su idea de caracterizar - en contra del realismo - como “movidas propias de un jugador de ajedrez adulto” las decisiones judiciales producto de un esfuerzo por parte de los jueces de ajustarse a las reglas que sirven de guía para su actuación; por otra parte, el realismo - *i. e.*, lo que Hart entendió por realismo - no hacía referencia a las normas como guía, y el autor representó esta postura como la acción de un niño que en un juego de ajedrez coloca accidentalmente la pieza en el lugar correcto. Al respecto *cf.* *Concepto*, p. 174 y 175.

³⁴ *Cfr.* “Seguir una regla: Resultados Wittgensteinianos y especulaciones Chomskianas”, *Manuscrito*, p. 71.

con los hechos³⁵. Kripke nos da un ejemplo de esta visión ya superada: “el gato se encuentra en el tapete” esta oración es verdadera si un gato, cualquier gato, se encuentra colocado en un tapete, cualquier tapete; de no ser así la oración resulta ser falsa³⁶. Esto es lo que los filósofos del lenguaje denominan una postura realista, *i. e.*, que utiliza las condiciones de verdad como parámetro para explicar el significado de las palabras³⁷. Una postura que finalmente sostiene que poseemos condiciones de verdad trascendentes y evidentes en el lenguaje³⁸.

Wittgenstein en su obra “Investigaciones Filosóficas” deja a un lado las condiciones de verdad y aterriza en nuestra práctica cotidiana el análisis lingüístico, eliminando así la rigidez y un estudio exacto del lenguaje en forma mecánica o a manera de cálculo, favoreciendo con ello un lenguaje que quizás no sea ideal, pero que logra sus objetivos en la medida en que las oraciones y las palabras se entiendan y el significado se logre transmitir a los demás³⁹. Una segunda característica importante en esta filosofía del segundo Wittgenstein fue el de resaltar el carácter temporal y espacial del lenguaje y por ende su contingencia, siendo indispensable considerar estas características para cualquier estudio del lenguaje⁴⁰. Un tercer

³⁵ Cfr. Kripke, S. *Wittgenstein on rules and private language*, p. 72.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibid*, p. 73

³⁸ Cfr. Hale, B. “Realism and it’s oppositions” en *A companion to the philosophy of language*, p. 271 a 308, donde comenta la descripción que del realismo hace Michael Dummett.

³⁹ Cfr. Wittgenstein, L. *Philosophical Investigations*, sección 81, p. 38. [de aquí en adelante *IF* y se hará mención sólo de la sección § , no así de la página. Para esto se consultó la obra traducida al inglés por GEM Anscombe. En las citas textuales que se utilizan transcribo de la versión al castellano de Alfonso García y Ulises Moulines del Instituto de Investigaciones Filosóficas UNAM.

⁴⁰ Cfr *IF* § 108.

aspecto que debe quedar claro antes de entrar de lleno en nuestro tema es que Wittgenstein no pretende encontrar universales o características eternas e inmutables en el lenguaje, las esencias o naturalezas quedan al margen en las Investigaciones Filosóficas, favoreciendo un análisis práctico del lenguaje⁴¹.

Si recordamos la definición de Tomasini en torno a la idea del lenguaje de Wittgenstein, vemos que existen dos conceptos fundamentales: juegos del lenguaje y prácticas sociales o formas de vida. Si a ello agregamos estas tres características que acabo de mencionar, quedará poco más claro cómo Wittgenstein aborda el análisis del lenguaje.

En torno al primer concepto de juegos del lenguaje, creo debemos ubicarlo en el aspecto temporal, contingente y particular del lenguaje que Wittgenstein enseñó y cómo lo importante no es un análisis exacto y preciso del mismo, sino preguntarse si cumple o no su objetivo. En este sentido, *prima facie*⁴², el carácter contingente nos obliga a situarnos en diferentes juegos o usos del lenguaje que se dan en contextos diferentes, y en esa medida, nos dice Wittgenstein, encontraremos el significado de una palabra⁴³. El mismo Wittgenstein da varios ejemplos de juegos del lenguaje, basta citar la § 2 donde menciona un lenguaje primitivo que sirve “a la comunicación de un albañil (A) con su ayudante (B). (A) construye un edificio con

⁴¹ Esto en la § 65 *IF*. Sin embargo, dirá Wittgenstein que lo común a los diferentes juegos del lenguaje son las “semejanzas familiares”, *cfr IF § 66 et. seq.*

⁴² Señalo *prima facie* porque la multiplicidad de juegos o formas de vida es sumamente debatido y será objeto en este trabajo de un estudio más a fondo

⁴³ *Cfr. IF § 43.*

piedras de construcción; hay cubos, pilares, losas y vigas. (B) tiene que pasarle las piedras y justamente en el orden que (A) las necesita. A este fin se sirven de un lenguaje que consta de las palabras: 'cubo', 'pilar', 'losa', 'viga'. (A) las grita - (B) le lleva la piedra que ha aprendido a llevar a ese grito". Tomasini también nos da muestras de diferentes juegos del lenguaje, tales como: ecuaciones diferenciales, la existencia de Dios, discurso sobre la democracia, etcétera; juegos en los que no todos participamos⁴⁴. Es pues en estos contextos y espacios donde nos debemos ubicar según las Investigaciones Filosóficas de Wittgenstein para el análisis del lenguaje.

Sin embargo, queda pendiente la otra palabra clave en la caracterización de Tomasini, *i.e.*, formas de vida, la cual será abordada posteriormente, dado que antes de dar respuesta a qué son formas de vida debemos preguntarnos ¿Cuáles serán los parámetros para utilizar correctamente una palabra en los diferentes juegos del lenguaje? Y esto nos orilla al tema de "seguir una regla" que es donde se han generado en el ámbito jurídico las diferentes interpretaciones a la obra de Wittgenstein.

B. El concepto de *Seguir una regla*.

¿Por qué es este el tema que ha generado mayores disputas en el terreno de la certeza del derecho y la interpretación? Esto se debe a que según algunos autores resultará sumamente importante sostener o no ciertos criterios de identificación para

⁴⁴ *Op cit.*, p 71.

poder calificar la utilización de una palabra como correcta o incorrecta. Si vemos, *e. g.*, las palabras utilizadas en las constituciones como susceptibles de ser aplicadas correcta o incorrectamente, tendremos mayor certeza en el derecho, dado que a través de esos mecanismos, las disputas en torno su entendimiento serán casi inexistentes; por el contrario, si argumentamos que no existen parámetros ciertos, estables y definitivos que nos lleven a criterios únicos en la utilización de las palabras contenidas en nuestras leyes, la inseguridad jurídica será el postulado principal en el derecho y no la tan deseada certeza.

En Wittgenstein el tema de “seguir una regla” se ubica de la § 138 a 242 de las Investigaciones Filosóficas y cuando se habla de reglas en este contexto nos referimos precisamente a los parámetros - si es que existen - para utilizar en forma idónea una palabra para comunicarnos con los demás. Pongamos un ejemplo para que quede entendida esta noción: Yo le pido a un amigo que escoja un ejemplar del color rojo y en efecto escoge uno con el que ambos estamos de acuerdo⁴⁵, pero ¿Cómo llega a esta conclusión mi amigo? pues siguió una regla que le indica cual es el color rojo. A esto nos referimos cuando, en este contexto, mencionamos “seguir una regla”. En este sentido, Wittgenstein se cuestionaba si el seguir una regla era como conocer el abecedario, las tablas de multiplicar o si realmente consistía en un proceso cognoscitivo complejo⁴⁶. Creo que Wittgenstein elige la primera opción y

⁴⁵ Lógicamente hago alusión al ejemplo del propio Wittgenstein en la § 239 de *IF*.

⁴⁶ *Cfr IF* § 148

descarta el proceso mental, privilegiando así y siendo congruente con el carácter contingente del lenguaje, lo cual nos obliga a sostener que “seguir una regla” depende de tiempo y espacio, más que de explicaciones problemáticas⁴⁷. Sin embargo, esto nos lleva a una paradoja a saber⁴⁸: no podemos determinar si una acción se encuentra regulada por una regla; sin embargo, cuando le dije a mi amigo que escogiera un ejemplar del color rojo, ambos - y la gran mayoría - estamos de acuerdo en su elección (*e. g.*, un tomate), *i e.*, finalmente podemos determinar si se sigue o no una regla⁴⁹.

¿Cuál es la respuesta de Wittgenstein a este dilema? A primera vista la conclusión sería que la gran mayoría llega a estar de acuerdo con el ejemplar del color rojo dado que estamos educados y entrenados a responder estas preguntas de la misma forma⁵⁰, dice Tomasini que se trata de un “entrenamiento colectivo” que nos orilla a tomar la misma decisión⁵¹.

Esta parte de las Investigaciones Filosóficas ha generado disputas impresionantes porque implican consecuencias - creo - mucho más graves que *defender o no la certeza en el derecho*, sino en campos como la filosofía de la mente o del conocimiento; sin embargo, es el primer aspecto el que nos interesa en este estudio y para comprender mejor estas ideas de Wittgenstein vamos a retomar una de

⁴⁷ *Cfr IF* § 154 y 155.

⁴⁸ *Cfr IF* § 201.

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ *Cfr IF* § 189.

⁵¹ *Op cit.*, p. 60.

las interpretaciones más conocidas de la noción de “seguir una regla”, *i. e.*, la de Kripke⁵², que según algunos se trata de una postura radical, pero para estos efectos útil y que Tomasini caracteriza proponiendo un “escéptico Wittgensteiniano-Kripkeano⁵³”.

C. La interpretación de Kripke

En su interpretación, Kripke⁵⁴ parte de la § 147 de las Investigaciones Filosóficas, en la cual se menciona que sabemos si seguimos una regla, no por la cantidad de veces que la aplicamos correctamente, sino que es una cosa que de inmediato captamos. En este sentido, Kripke menciona la imposibilidad de fijar parámetros para saber si estamos siguiendo una regla o no. Para demostrar lo anterior, el autor utiliza una operación matemática aparentemente sencilla: $68 + 57 = ?$ Si estamos ante la presencia de una regla, de acuerdo a los parámetros matemáticos correspondientes, nuestra respuesta será ≈ 125 . Kripke cuestiona lo anterior y la utilización del símbolo $+$, ya que éste puede significar otra operación que arrojaría un resultado diferente, *e. g.*, $68 + 57 = 555$. En cambio, si llegamos a la respuesta

⁵² Hale menciona que existen lecturas de Wittgenstein conservadoras y radicales. En las primeras se encuentran: McDowell, J “Wittgenstein on following a rule” *Synthese* 58 (3) 1984; así como, Baker and Hacker. *Wittgenstein: Rules Grammar and Necessity* 1985. Por su parte, dentro de las lecturas radicales se encuentran, entre otros, Kripke y por otra parte Carruthers, P. “Baker and Hacker’s Wittgenstein”, *Synthese* 58 (3) 1984,

⁵³ *Op. cit.*, p. 62.

⁵⁴ Kripke desde un inicio advierte su postura y no piensa que es definitiva, al respecto señala: “Probably many of my formulations and recastings of the argument are done in a way Wittgenstein would not himself approve. So the present paper should be thought of as expounding neither Wittgenstein’s argument nor Kripke’s: rather Wittgenstein’s argument as it struck Kripke, as it presented a problem for him” *Cfr. op. cit.*, p. 5

⁵⁵ En donde $x \oplus y = x + y$, si $x, y < 57$, ≈ 5 y donde \oplus significa “quus” en vez de “plus” o suma. Es decir - y para no aburrir con estos símbolos - Kripke cambia $+$ por \oplus , cuestionando el seguir una regla con el símbolo $+$ que daría finalmente un resultado de 5 en vez del tradicional 125. *Cfr. Ibid.*, p. 9

125, dice Kripke que debemos buscar un hecho que nos diga que estamos sumando y que el resultado debe ser 125, también debemos tener razones y la seguridad de que el resultado correcto es el anterior⁵⁶. En la medida en que respondamos estas interrogantes, podemos estar en condiciones de decir si seguimos o no una regla. Se sigue una regla si podemos justificar 125 o bien no la seguimos si el resultado puede ser 5.

Todos estos símbolos pareciera que nada tienen que ver con nuestro tema, pero como el mismo Kripke advierte, el ejemplo matemático también es aplicable al lenguaje general y al uso correcto que hacemos de las palabras⁵⁷, *e. g.*, preguntarle a mi amigo que resuelva $68 + 57$ es lo mismo que cuestionarle acerca de si los tomates son rojos, finalmente las respuestas son comunes si consulto sobre lo anterior. Para Kripke no existe un hecho que nos determine si estamos siguiendo una regla o no⁵⁸, interpretando a Wittgenstein, este autor nos dice que en las Investigaciones Filosóficas se presenta una solución escéptica a la paradoja, donde se hace patente que no existen hechos o condiciones de verdad que aseguren un uso como verdadero⁵⁹, es pues una solución irrealista desde el punto de vista semántico.

En el campo de la seguridad jurídica y la interpretación esto ha llevado a muchos a sostener que tampoco en el derecho existen condiciones de verdad o

⁵⁶ *Ibid*, p. 11.

⁵⁷ *Ibid*, p. 19. También *cfr.* Yablon, C. "Law and metaphysics" *Yale law journal*.

⁵⁸ Kripke, *op. cit* , p. 70 y 71.

⁵⁹ *Ibid*, p. 86.

hechos que justifiquen la utilización de una palabra, y si ello se da en ámbito del lenguaje mucho más en el derecho⁶⁰. No existen, pues, parámetros que nos digan si se está utilizando correctamente una palabra o no y esto produce inseguridad jurídica. Sin embargo, creo que los que sostenemos la falta de certeza no debemos apoyarnos en los anteriores argumentos, veamos por qué:

Desde mi punto de vista, de las anteriores consideraciones de Kripke no se puede concluir que en las preguntas 68+57 y el color del tomate, podamos contestar sin problema alguno 5 y azul respectivamente. En este contexto las respuestas no son arbitrarias, ya que se debe tener presente al mismo Wittgenstein que en la § 201 advertía de un malentendido, donde en nuestros argumentos “damos interpretación tras interpretación, como si cada una nos contentase al menos por un momento, hasta que pensamos en una interpretación que está aún detrás de ella. Con ello mostramos que hay una captación de una regla que no es interpretación, sino que se manifiesta, de caso en caso de aplicación, en lo que llamamos ‘seguir una regla’ y en lo que llamamos contravenirla”. Es decir, Wittgenstein sostuvo que sí podemos calificar una acción como un acto que seguía una regla y creo que con ello dio respuesta a su paradoja, sin fundamentarla con elementos metafísicos. Esto finalmente significa

⁶⁰ Recientemente vemos este tipo de estudios dedicados a fundamentar la inseguridad jurídica en Wittgenstein. Al respecto *cf.* Tushnet *M. Red, White, and Blue: A critical analysis of constitutional law*, cap. I, concretamente pp. 55 a 57 [de aquí en adelante *Red, White, and Blue*]. Argumento que Tushnet inicialmente presentó en “Following the rules laid down: A critique of interpretivism and neutral principles” *Harvard law review*, p. 822 a 827. También Radin fundamenta sus observaciones al Estado de Derecho con una perspectiva Wittgensteiniana que creo sobrepasa esta discusión; sin embargo, *cf.* “Reconsidering the rule of law” *Boston university law review*.

que podemos hablar correctamente siguiendo una regla, pero sin justificaciones mayores⁶¹. Mi interpretación de Wittgenstein me lleva a sostener lo anterior y creo ese es el objetivo final en esta parte de las Investigaciones Filosóficas. Entonces, ¿Cuáles son los parámetros que se siguen en un momento dado? En primer término, debemos recordar a Tomasini cuando señaló que estos consensos básicos se dan por un “entrenamiento colectivo”⁶² y como el mismo Wittgenstein advirtió en la § 199: “Seguir una regla, hacer un informe, dar una orden, jugar una partida de ajedrez son costumbres”. Es decir, son consensos a los que llegamos a través de nuestros usos y costumbres. Al respecto, también vale la pena citar lo siguiente de las Investigaciones: “La palabra ‘concordancia’ y la palabra ‘regla’ están emparentadas la una con la otra; son primas. Si le enseñó a alguien el uso de la una, le enseñó con ello también el uso de la otra”⁶³.

Finalmente son los consensos entre los seres humanos los que deciden como correcta o no la utilización de una palabra⁶⁴. Esto nos lleva al concepto de “formas de vida” que también mencionó Tomasini como clave en la caracterización del lenguaje en Wittgenstein y sin entrar de lleno en esta discusión - que se verá en seguida - podemos afirmar que en términos generales por “formas de vida” entendemos “las prácticas de una comunidad lingüística”⁶⁵.

⁶¹ Kripke, *op cit.*, p. 87.

⁶² *Op cit*, p 70.

⁶³ § 224

⁶⁴ *Cfr IF* § 241

⁶⁵ Schulte, J. *op. cit*, p. 108 *et. seq.*

En este sentido - y siguiendo con la interpretación de Kripke - debemos concluir que son estos consensos nuestra única justificación y ello resulta suficiente. Esto lo reitera Wittgenstein en la § 217 donde nos dice: “¿Cómo puedo seguir una regla? Si está no es una pregunta por las causas, entonces lo es por la justificación de que actúe así siguiéndola. Si he agotado los fundamentos, he llegado a roca dura y mi pala se retuerce. Estoy entonces inclinado a decir: Así simplemente actúo”. En este mismo sentido y con el mismo ejemplo del color rojo, Wittgenstein básicamente señala que rojo significa el color que se me ocurre cuando escucho la palabra rojo⁶⁶, sin mayor justificación.

¿Esto significa que en el derecho podemos construir fácilmente consensos y que en realidad sí podemos afirmar que existe una certeza en el lenguaje y por ende seguridad jurídica? No, mi explicación de Wittgenstein no fue para adoptar este punto de vista, sino precisamente para demostrar que la noción de “seguir una regla” es insuficiente para los que sostenemos que existe inseguridad jurídica. Así como pensamos que erraron los defensores de la inseguridad lingüística y jurídica con las ideas de Kripke, lo mismo podemos afirmar en torno a estos autores que también buscan el fundamento Wittgensteiniano para su inexplicable deseo de certeza⁶⁷.

⁶⁶ Cfr. *IF* § 239.

⁶⁷ En cuanto a los que fundamentan la certeza jurídica con Wittgenstein cfr. Langille, B. “Revolution without foundation: The grammar of scepticism and law” *McGill law journal*, p. 486 *et seq.* Este autor responde a sus críticos en “Political world” *Canadian journal of law and jurisprudence*. Otro estudio que utiliza estas bases es Zapf, C. y Moglen, E. “Linguistic indeterminacy and the rule of law: On the perils of misunderstanding Wittgenstein” *Georgetown law journal*. Estos autores llegan a sostener lo siguiente: “ The linguistic indeterminacy argument can draw no support from Wittgenstein, because the sceptical readings of the philosophical investigations is wrong” p. 506. En una postura intermedia entre estas dos vertientes se pueden

Voy a pretender demostrar este punto auxiliándome de los tres aspectos fundamentales que según Kripke proporciona la solución escéptica de Wittgenstein y ver si ello lo podemos aplicar a nuestro tema de certeza e interpretación constitucional. De esta forma, en la medida en que no se puedan relacionar, la solución de Wittgenstein es insuficiente para explicar estos temas en el derecho.

3. La solución de Wittgenstein y la seguridad e interpretación jurídica.

A. Forma(s) de vida

Sin un orden fijo empezamos con el concepto de “forma de vida”, un concepto bastante controvertido en sí⁶⁸, pero que Kripke rescata señalando que es un aspecto fundamental en la solución de Wittgenstein. En este sentido, Kripke menciona que el concepto brinda una solución, dado que llegamos a decir que el tomate es rojo o que la operación matemática $68 + 57 = 125$ porque la forma de vida, *i. e.*, el ambiente y desarrollo en el cual convivimos nos permite llegar a consensos⁶⁹. Es esta forma de vida la que nos orilla a la unanimidad y nos lleva a dar respuestas en las que todos estamos de acuerdo. Kripke parte de la idea de que sólo existe una forma de vida y que si bien nos podemos imaginar una distinta a la nuestra, ésta sería incomprensible para nosotros⁷⁰. Según este punto de vista existe la posibilidad de que un grupo llegue a la conclusión de que $68 + 57 = 5$; sin

cfr. los interesantes artículos de Madry, A. “Analytic deconstruction: The intellectual voyeurism of Anthony D’Amato” *Fordham law review*; así como Landers, S. “Wittgenstein, realism, and CLS: Undermining rule scepticism” *Law and philosophy*

⁶⁸ *Cfr.* Donald, B. *Forms of life and following rules: A Wittgensteinian defense of relativism*, p. 102 *et. seq.*

⁶⁹ *Cfr.* Kripke, *op. cit.*, p. 96.

⁷⁰ *Idem.*

embargo, estaríamos hablando de otra forma de vida. En este sentido, Kripke sostiene una visión bastante unitaria del concepto que analizamos, dándose así diferencias poco probables y entendibles entre nosotros⁷¹.

No obstante lo anterior, la visión de Kripke no es la única que existe en torno a la idea de “forma de vida”. En estos momentos me gustaría enfrentarla - sin que esto signifique un fundamento Wittgensteiniano a nuestra postura - con las ideas de Barry Donald y analizar qué tan viable es la conclusión de Kripke y su aplicación en la interpretación y seguridad jurídica.

Debemos mencionar, en primer término, las cuatro nociones de forma de vida que Donald analiza: a) como “juego del lenguaje”.- donde forma de vida y juegos del lenguaje son bastante similares como para identificar a ambos conceptos en las ideas de Wittgenstein; b) como “bagaje del comportamiento”.- en la que las tendencias del comportamiento nos orillan a actuar de diferentes maneras; c) desde el punto de vista “histórico-cultural”.- que entiende forma de vida como sinónimo de manera de vivir, y d) la visión “orgánica”.- que explica el anterior concepto como una actividad natural, donde las expresiones se utilizan tal y como desarrollamos actividades comunes como el caminar, bailar, comer, etcétera⁷².

Lógicamente mucho dependerá de cuál es la visión que compartimos de forma de vida, ya que si, *e. g.*, vemos una similitud entre este concepto y los juegos

⁷¹ Cabe aclarar que esto no lleva a la conclusión de que “forma de vida” constituye el hecho objetivo que Kripke declara inexistente en las nociones de seguir una regla, *cfr. Ibid*, p. 97.

⁷² *Cfr. op. cit.*, p. 102 a 107.

del lenguaje. esto inmediatamente nos encamina a una multiplicidad de formas de vida⁷³; por el contrario, una visión orgánica nos impide lo anterior. Esta última es la visión de Kripke, denominada por Donald como *transcendental account*⁷⁴ para la que es imposible imaginarse otras formas de vida.

Expliquemos con detalle lo anterior para aclarar en que consiste la disputa⁷⁵. En primer término, tenemos una *noción* que se ayuda de la § 322 de otra obra importante de Wittgenstein, *Zettel*, y se confronta con la idea de las Investigaciones Filosóficas donde Wittgenstein señala que “imaginarse un lenguaje es imaginarse una forma de vida”⁷⁶. Por su parte en la sección ya mencionada de *Zettel*, Wittgenstein menciona: “ Para nosotros, el lenguaje no se define como una institución que cumple un propósito determinado. No, para nosotros más bien el lenguaje es un nombre colectivo, y por él entiendo el español, el inglés, etcétera,....”⁷⁷. Relacionando ambas secciones esta corriente llega a manifestar que las ideas de Wittgenstein no pueden llevar a diferentes formas de vida, sino una sola, la de los seres humanos. Al utilizarse la expresión “nombre colectivo” en *Zettel* y forma de vida y su relación con el lenguaje, los paladines de esta visión niegan la

⁷³ Creo esta es la postura de Barry Donald, *cfr. Idem*

⁷⁴ *Ibid.*, p. 98

⁷⁵ Estas no son las únicas versiones que menciona Donald, existen muchas otras y se discuten en su libro; sin embargo, para estos propósitos las dos versiones que a continuación mencionamos ayudan a presentar en forma clara el dilema.

⁷⁶ *Cfr. IF*, § 19.

⁷⁷ *Cfr.* p. 62 de la traducción al castellano de Octavio Castro y Carlos U. Moulines, edición del Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM.

multiplicidad del concepto “forma de vida”⁷⁸.

Sin embargo, existe una segunda opción, que visualiza diferentes lenguajes y por ende distintas formas de vida con base en los múltiples juegos del lenguaje existentes. En este sentido, la § 322 de *Zettel* adquiere un significado diferente, de fragmentación según Donald, donde se acepta una pluralidad de lenguajes y costumbres⁷⁹. Pero sea éste el fundamento de la multiplicidad en las formas de vida o el aspecto “histórico-cultural” o lo que señala Gier⁸⁰ al respecto donde “el concepto de forma de vida se fundamenta, no en la biología o el lenguaje *per se*, sino en las bases sociales y culturales que forman el contexto de nuestras vidas”, el objetivo aquí no es defender una visión, sino cuestionar la conclusión a la que llegó Kripke de un comportamiento humano común.

En el aspecto de seguridad jurídica e interpretación constitucional la conclusión es que el concepto de forma de vida no permite explicar con claridad los “supuestos” acuerdos constantes que algunos autores suelen mencionar en estos aspectos del derecho. La conclusión de Wittgenstein que menciona Kripke no es de mucha utilidad si con ello sostenemos que llegamos a consensos por el ambiente y desarrollo en el que convivimos. Si los seres humanos tuviésemos una sola forma de ver las cosas, encuentro difícil una explicación seria que pretenda justificar la inundación de litigios y pleitos que diariamente enfrentan nuestros tribunales.

⁷⁸ Cfr Donald, *op cit.*, p. 88 y 89.

⁷⁹ Cfr *Ibid.*, p. 89.

⁸⁰ Cita en Donald, *Ibid.*, p. 96

Además, creo que es la multiplicidad de formas de vida la explicación que más nos podría ayudar en el derecho para entender precisamente la falta de consensos y certeza que existe. El ver el concepto de forma de vida como juego del lenguaje o desde el punto de vista histórico-cultural sería una explicación más apegada a lo que existe en el campo constitucional en cuanto al entendimiento de sus normas, pero de ahí a señalar que el fundamento de estos puntos de vista se encuentren en Wittgenstein me parece demasiada aventurado, incluso el mismo Donald lo advierte cuando sostiene esta multiplicidad, señalando que esto se puede alejar bastante de Wittgenstein, pero ello no implica que no se arriba a ciertas conclusiones⁸¹.

B. Consensos

Otro concepto que se origina del anterior es el de consensos, el cual de acuerdo con Kripke nos permite llegar a acuerdos y ver los casos que se alejan de la regla como extraños y excepcionales, ya que de lo contrario el atribuir significados sería imposible⁸². En este sentido, debemos advertir que si tomamos como punto de partida la multiplicidad de formas de vida, los consensos de los que habla Kripke se pueden dar, pero no son tan generales y absolutos como pretende: El consenso, a final de cuentas, se daría dentro de determinado juego del lenguaje y dada la variedad de éstos no se puede argumentar la existencia de consensos aplicables a

⁸¹ Barry menciona "It will be obvious that this account has taken the treatment of form of life significantly away from the terms in which Wittgenstein considered it. This need not concern us, because the issue is not finally one of Wittgenstein scholarship but of the development which is enormously influenced by Wittgenstein's writings but is not subject to the requirement of fidelity", *vid.*, p. 119 nota 24

⁸² *Cfr op. cit.*, p. 96

todas las personas. No obstante lo anterior, analicemos los propios consensos que se pueden presentar en los diferentes juegos del lenguaje, ya que aún así las ideas de Kripke tendrían aplicación en el contexto de la filosofía del lenguaje, pero no nos proporciona la certeza que criticamos, veamos por qué.

En primer término, debe quedar asentado - como lo menciona Hale - que el objetivo de la solución escéptica es el de reconstruir el significado después de la conclusión escéptica a la que llega Kripke con su lectura de Wittgenstein, para con ello explicar cómo nos comunicamos y cómo las palabras adquieren significado⁸³, *i. e.*, Kripke nunca criticó la forma en que nos comunicamos o hablamos en nuestras prácticas cotidianas. Así, la comunicación y el consenso que argumenta en este punto Kripke pueden quedar a salvo; sin embargo, nos debemos preguntar ¿Sucede lo mismo en el los campos de la interpretación constitucional?

Aunque esto será tema de siguientes apartados y un capítulo específico se dedicará a ello, queremos adelantar brevemente una observación: Se piensa en esta noción de consenso y en las ideas de Wittgenstein para esgrimir una seguridad jurídica y certeza en las normas constitucionales. En este sentido, se habla constantemente de casos fáciles y difíciles; los primeros serían aquellos en los que las normas son tan claras y precisas que nos permiten aplicarlas sin mayores dificultades a los hechos y con ello llegar a consecuencias jurídicas, *i. e.*, son aquellos en los que existe un consenso importante - como lo advierte Kripke en otro

⁸³ Cfr. "Rule following, objectivity and meaning" en *A companion to the philosophy of language*, p. 375.

ámbito - que permite un conocimiento pleno de cómo van a actuar los tribunales. En el supuesto de los casos difíciles el consenso no es tan generalizado y esto lleva al terreno de disputas y controversias en la interpretación y aplicación de las normas para arribar a las consecuencias jurídicas. Algunos autores en el ámbito jurídico se ayudan precisamente de estas nociones de consensos en Wittgenstein para sostener la idea de casos fáciles en las cuestiones de interpretación y aplicación del derecho. En este sentido, el aplicar una norma sería tan sencillo como la operación matemática $68+57$ o el atribuir a un tomate el color rojo. Creo que esta noción es la de Sebok - que inicia con el pensamiento de Hart - al decir que preguntarse por qué es un caso fácil significa básicamente preguntarse por qué es rojo⁸⁴, son finalmente asuntos sencillos que permiten la comunicación entre los abogados⁸⁵. Estas ideas tienen su fundamento en Wittgenstein porque se dice que en las Investigaciones Filosóficas sólo se habló de casos con amplios consensos, sencillos que no producen grandes dificultades⁸⁶. Rescatando este aspecto de la filosofía del lenguaje se esgrime una seguridad jurídica relativa en los casos fáciles.

No obstante lo anterior, creo que no debemos caer en esta tentación⁸⁷ ya que

⁸⁴ Cfr. Sebok, A. "Finding Wittgenstein at the core of the rule of recognition" *SMU law review*, p. 92. Sebok discute lo anterior analizando las ideas de Hart. También Bix - coincidiendo con Raz - menciona lo positivo del análisis de Wittgenstein para los casos fáciles, *cfr. Determinacy*, p. 49.

⁸⁵ *Ibid*, p. 95

⁸⁶ Para la postura que sostiene que Wittgenstein sólo se ocupó de los casos fáciles en el ámbito del lenguaje *cfr. McDowell, J. "Non-cognitivism and rule following" en Wittgenstein: To follow a rule*, p. 160 nota 14: así como p. 145 *et seq.* También Blackburn, S. "Reply: Rule following and moral realism" en *Wittgenstein To follow a rule*, p. 170.

⁸⁷ Al respecto, Blackburn advierte en el terreno de la ética: "I was aware of the colonial ambitions of the rule following considerations, but I had thought that the territory of ethics was safe from annexation". *Cfr. op cit.*, p. 170. Creo esto lo podemos aplicar en el ámbito de la interpretación constitucional.

nos parece que los casos fáciles en el derecho no pueden equipararse a este tipo de consensos que se generan en el ámbito de la filosofía del lenguaje. Simplemente debemos cuestionarnos el por qué se generan tantas disputas tanto en el ámbito constitucional como legal y, además, por qué tenemos tribunales dedicados a resolver dichas controversias si se supone que los acuerdos entre ciudadanos es inmediato. Además, debemos tener presente que *legislamos el derecho y tratamos* - aunque sea inocentemente - de que la población conozca las normas, algo que no sucede tan espontáneamente. Las operaciones matemáticas, las reglas que se siguen respecto de los colores no son ejemplos que fácilmente podemos aplicar en el ámbito jurídico, aquí los consensos no son tan sencillos. Además, a mí me parece que la *línea tenue que se fija entre un caso fácil y otro difícil* puede ser sujeta a revisión, dado que si dejamos a un lado - sólo por un instante si se quiere - la visión pura del derecho y vemos en él una arena donde se discuten también cuestiones políticas, económicas, culturales y de lucha social - como lo enseñó el realismo - resultará muy dudosa la noción que se fije para calificar un caso como fácil o difícil, esta elección no podrá inmaculadamente obedecer a criterios netamente jurídicos, sino a dimensiones políticas y de lucha social. Una parte esgrimirá la condición de caso fácil para que se produzca una consecuencia lógica de su argumentación y se resuelva de acuerdo a sus intereses, la otra parte hará lo mismo, pero se toparán con el hecho de que sus llamados casos fáciles generan consecuencias diferentes.

No obstante lo anterior, este argumento aún no aporta sus conclusiones finales y supongamos que sí podemos pensar en casos fáciles, éstos, sin embargo, no tienen mayor importancia en el terreno constitucional, ya que incluso los defensores de esta tesis estarán de acuerdo que en esta materia los consensos son difíciles por la importancia de atribuir significados a palabras tan difíciles como libertad, igualdad, federalismo, etcétera, en estos casos el entendimiento colectivo no es tan sencillo de esclarecer⁸⁸.

De esta forma, debemos concluir que el concepto de consenso como elemento importante en la solución escéptica de Wittgenstein - según Kripke - tampoco es aplicable al contexto de este trabajo, sobre todo porque no podemos equiparar este tipo de entrenamiento colectivo con las disputas constantes que se generan en el derecho y sobre todo en materia constitucional.

C. Criteria

Por último tenemos el concepto de *criteria* que cumple una función de verificación en los juegos del lenguaje, ya que nos permite enfrentar el uso de determinada palabra con los demás participantes y así concluir si se está utilizando correcta o incorrectamente⁸⁹. El mismo Kripke menciona un ejemplo elemental para comprender lo anterior: El niño que dice mesa y los adultos están de acuerdo con la

⁸⁸ Esta es finalmente la postura, *e g.*, de Bix que rescata la noción de Wittgenstein y casos fáciles, pero muestra reservas tratándose de los difíciles y la materia constitucional que es donde generalmente se presentan *Cfr. Determinacy*, p. 48.

⁸⁹ *Cfr. Kripke, op. cit.*, p. 99 y 101.

utilización de la palabra porque, efectivamente, ahí se encuentra una mesa de acuerdo a los parámetros de su juego del lenguaje⁹⁰, siendo acorde el uso en ambos casos. Otro ejemplo más complicado termina de desarrollar esta idea: El caso de una sensación, digamos dolor, donde se dice que se emplea correctamente la palabra si se reúnen ciertos comportamientos (*e. g.*, llorar, quejas, depresión, etcétera.)⁹¹ A esto precisamente se refiere *criteria*, a las circunstancias que determinan como correcta o no la utilización de una palabra.

¿De qué manera podemos trasladar esto al derecho para analizar estas ideas de Wittgenstein y su aplicación en el campo jurídico? En primer término, debemos negar tal traspaso, dado que al hacer nuestras interpretaciones constitucionales no tenemos un criterio de verificación para decir si determinada palabra se adecua a los parámetros de lo que sería un juego del lenguaje. En el campo de la interpretación no tenemos un concepto similar al de *criteria*. Se podría pensar en un parámetro de verificación con las decisiones a las que finalmente llegan los tribunales; sin embargo, vemos que en la práctica no es así y por ello la existencia de varias instancias, hasta que determinado tribunal establece un criterio que se debe seguir y por ende su carácter de obligatorio, pero no de correcta o incorrecta. Es precisamente por esta característica que podemos criticar las decisiones de los tribunales, ya que si estos tuvieran facultades para establecer un criterio definitivo a través del tiempo, las

⁹⁰ *Idem.*

⁹¹ *Ibid.*, p. 100. También se puede *cfr.* Baker & Hacker. *Scepticism, rules and language*, p. 110 *et. seq.*

decisiones no podrían cambiar de sentido, y no se tendría la posibilidad de enmendar las malas resoluciones.

*Lo anterior de nuevo nos invita a entrar de lleno en el aspecto de interpretación; sin embargo, esto quedará pendiente para el siguiente capítulo. No obstante lo anterior, debemos adelantar que tenemos que dejar a un lado la noción de que desentrañamos el sentido de las normas, ya que si adoptamos esta idea, el concepto de *criteria* si pudiese tener cabida en esta discusión. En este sentido, sólo sería necesario apelar a una autoridad superior, Suprema Corte de Justicia, e. g., que nos diga finalmente si se están utilizando correctamente los preceptos establecidos en la Constitución. Dado que sólo se desentraña una vez, se pensó con estas nociones que la interpretación era algo estable, permanente y fuera de contexto social, político y cultural. Esta no es la tarea de la interpretación, y el espíritu crítico que le queremos dar a esta función nos impide adoptar un concepto como el de *criteria*.*

4. Conclusiones del absolutista desilusionado

Por estos motivos me parece que en estos temas jurídicos el fundamento Wittgensteiniano es inadecuado y es el realismo crítico la visión que se debe rescatar con su idea de ver el derecho como una actividad de constante interpretación y no de “seguir reglas”. Reiteramos que Hart tuvo que rescatar esta noción por su insistencia de ver el derecho como una actividad principalmente de reglas. Desde nuestro punto

de vista poco puede ayudarse el derecho de la noción de “seguir una regla”, no debemos equiparar estas nociones, tales como la operación matemática tantas veces mencionada o los colores, para finalmente explicar los constantes desacuerdos y las múltiples interpretaciones que se dan en las leyes y normas constitucionales.

Por otra parte, cabe aclarar que esto no implica que el realismo - y la visión que aquí se pretende rescatar - haya negado las normas, el decir que la existencia de un tribunal no deriva de una de ellas parece una postura absurda; no es así, sino que se debe resaltar la interpretación como actividad también central en el derecho y no sólo la ley que se aplica automáticamente.

Tampoco creo tenemos que equilibrar la idea de una penumbra de incertidumbre con núcleos centrales de significado. En este sentido, el realismo desenmascaró a los tribunales como foros de discusión de temas no estrictamente jurídicos, sino políticos, económicos, sociales, culturales y finalmente de lucha social, algo que una *forma de vida* unitaria, coherente y armónica no puede criticar si no lo ve en forma plural. Si caemos en esta tentación, los casos uniformes y fáciles no tendrán la posibilidad de cuestionarse y en ellos estarán presentes aspectos no jurídicos que vendrán a preocupar a los puristas.

Desafortunadamente Hart omite lo anterior y tiene que decir que la mayoría de los casos son fáciles, pues su obra no se dedica a criticar los dogmas de seguridad jurídica, Estado de Derecho, etcétera. No cabe duda que él mismo abre una puerta

importante para ello, pero no lo suficiente. Por esta última razón creo que encontramos contradicciones en su postura, e. g., por una parte le resulta fácil sostener que en la gran mayoría de los asuntos en los tribunales las normas no arrojan resultados precisos⁹², pero rápidamente enmienda lo anterior señalando que en muchos casos la legislación opera sin dificultad respecto a la gran masa de casos ordinarios⁹³. También las contradicciones saltan a la vista cuando por un lado Hart sostiene la necesidad de ajustar las normas a circunstancias y objetivos sociales, pero por el otro aclara la importancia de “seguir una regla” y con ello los casos fáciles de aplicación mecánica.

Por esta misma razón vemos cómo diferentes autores se han lanzado a defender a Wittgenstein y la noción de “seguir reglas”, o al propio Hart con los casos fáciles. Lo anterior se explica porque la crítica a los fundamentos en el derecho no es la tarea fundamental, pero sí su salvaguarda en unas ocasiones. Este trabajo no pretende seguir estos parámetros y la exageración del fundamento Wittgensteiniano. Claramente Wittgenstein señaló que “seguir una regla” no implicaba interpretación⁹⁴ y el derecho debe resaltar su carácter interpretativo. Los seguidores de Hart en su deseo de rescatar la certeza deben cuestionar el por qué el ejemplo de “no se admiten vehículos en el parque” que se supone es uno de los más sencillos ha generado tanta controversia, esto simplemente pone de manifiesto que aplicar esta

⁹² *Cfr. Concepto*, p. 15.

⁹³ *Ibid.*, p. 159.

⁹⁴ *Cfr. I F* § 201.

norma - y el derecho en general - no es tan sencillo como sumar 2+2 o escoger el ejemplar de un color.

Estoy de acuerdo con Hutchinson, en el sentido de que se debe demostrar que las ideas de Wittgenstein sirven para estos temas en el derecho, se tendrá finalmente que valorar la utilidad de sus aportaciones para aceptar su traslado al campo jurídico⁹⁵. Esta fue mi tarea y mi conclusión ya le he manifestado; sin embargo, debo reiterar que el derecho no debe exagerar su aspecto de reglas, sino que debe ir más allá; sin embargo, el alejamiento que se alimenta con la noción de “seguir una regla” nos sigue cegando a las otras dimensiones sociales implicadas en la vida jurídica.

II. Dworkin y el concepto de seguridad jurídica

Para explicar las ideas de Dworkin y entender plenamente su noción de los principios, debo involucrarme en los orígenes de su postura en la que descarta la explicación del derecho que hizo Hart. Por lo anterior, primero me dedicaré a rescatar algunos aspectos principales de la teoría de Hart y ver las observaciones hechas por Dworkin, para con ello entrar de lleno en el modelo de las normas que aporta Dworkin y ver la importancia de los “principios” en el derecho, ya que éstos servirán de eje central en la explicación de sus ideas en torno a la seguridad jurídica.

⁹⁵ *Cfr.* “That’s just the way it is: Langille on law” *McGill law journal*, p. 149. Por supuesto que esto no implica la inutilidad de Wittgenstein en otros campos del derecho, esto se tendría que explorar detenidamente, aquí sólo criticamos una parte muy específica de su obra trasladada a un tema jurídico.

1. Ideas previas al modelo de Dworkin: La regla de reconocimiento de Hart

Cómo todos lo sabemos, Hart para la elaboración de su teoría parte de las ideas de Bentham y Austin en lo que se ha venido a llamar la *teoría imperativa*, la que Hart describe como aquella que representa al derecho como órdenes coercitivas del soberano⁹⁶. Hart en este sentido concluye que esta teoría fracasa⁹⁷ y que es necesario buscar un nuevo punto de partida. Este nuevo punto de partida es explicar el derecho como unión de reglas primarias y secundarias. Desarrollemos lo anterior:

Las reglas primarias son aquellas que se tienen en toda sociedad cuando ésta se encuentra en una fase primitiva, las cuales generalmente imponen deberes y se refieren a acciones que implican cambios o movimientos físicos⁹⁸, *e. g.*, aquellas que restringen el robo, el libre uso de la violencia, el engaño, etcétera⁹⁹. Sin embargo, la sola existencia de estas normas para vivir en sociedad traería serias dificultades. Quizás la dificultad más importante es aquella consistente en la falta de certeza, *i. e.*, con la sola presencia de reglas primarias no se sabría con exactitud cuáles son las normas que pertenecen al sistema, se desconociera su alcance preciso, y además, se careciera de un procedimiento para solucionar estas dudas¹⁰⁰. Para el

⁹⁶ Cfr. *Concepto*, p. 99.

⁹⁷ Algunas de las razones por las cuales fracasa la teoría son: a) no da cuenta de la continuidad de la legislación; b) las normas tienen como característica el ser heterónomas; c) existen normas derivadas de otros procesos distintos al del soberano, *e.g.*, la costumbre y d) importante error para Hart fue el de no darse cuenta que el derecho está constituido no sólo por "órdenes respaldadas por amenazas", sino que también se compone de normas que confieren potestades jurídicas, ya sean públicas o privadas, *Ibid.* p. 99.

⁹⁸ *Ibid.* p. 101 y 114.

⁹⁹ *Ibid.* p. 114.

¹⁰⁰ Las otras dificultades son: a) el carácter estático de las normas - ya que no se tendría un procedimiento para la introducción y cambio de las reglas que se tienen, procedimiento necesario para una sociedad dinámica y cambiante, y b) se tendría una difusa presión social para hacer cumplir las reglas - es decir, no se

problema relativo a la certeza, Hart sostiene la existencia de una regla secundaria que vendría a complementar a las primarias y así remediar el inconveniente¹⁰¹. Esta regla secundaria es la *regla de reconocimiento* la cual sirve para identificar si una regla pertenece o no al grupo de reglas¹⁰² haciendo alusión a “alguna característica general poseída por las reglas primarias”¹⁰³. Según Hart, esta regla de reconocimiento rara vez es formulada en forma expresa, sino que su existencia se demuestra en la forma en que las reglas particulares son identificadas¹⁰⁴. ¿Cómo se explica lo anterior? Hart aclara la regla de reconocimiento con el famoso *punto de vista interno*, en el cual las reglas son observadas con una actitud crítica y reflexiva respecto de determinadas pautas o criterios generales de comportamiento,^{105a} diferencia de una observación externa que puede realizar una persona sin entender esas actitudes críticas y reflexivas. Con este punto de vista interno terminamos por aceptar o identificar las demás normas del sistema, lo que se expresa según Hart en expresiones tales como: “el derecho dispone que...”¹⁰⁶. Esta regla de reconocimiento se caracteriza también como una regla social, ya que su existencia y

tendría un procedimiento claro y preciso para determinar si una norma ha sido violada o no y establecer quien va a ser la autoridad encargada de solucionar lo anterior.

¹⁰¹ Para los otros dos problemas también se prevén reglas secundarias. El problema relativo al carácter estático se remedia con la regla secundaria de cambio, la cual faculta a un individuo o cuerpo de personas para introducir nuevas reglas primarias. Por su parte, la difusa presión social se corrige con una regla secundaria de adjudicación, la cual identifica a los individuos que pueden juzgar para que determinen si se han transgredido las normas, y establecer a su vez el procedimiento que se debe seguir para ello. *Cfr.* pág. 117 a 120

¹⁰² Vemos como esta regla de reconocimiento viene a ser la *Grundnorm* de Kelsen, la norma básica de Ross, y lo que Bulygín y Alchourrón han llamado normas supremas de sistema.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 118.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 127.

¹⁰⁵ *Cfr.* p. 70 y 71.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 128.

contenido pueden establecerse empíricamente investigando las costumbres y prácticas de los personajes oficiales¹⁰⁷. Cabe concluir que Hart le atribuye a esta regla la *textura abierta* - ya explicada - propia de las demás normas del sistema.

A. Sus deficiencias según Dworkin

Para Dworkin la regla de reconocimiento es insuficiente ¿Por qué? Porque ella da cuenta sólo de las normas jurídicas, no así de los principios que Dworkin dice existen en el derecho¹⁰⁸. Así, al ser utilizados en la práctica estos principios - según Dworkin - la regla de reconocimiento queda corta al tratar de explicar el fenómeno jurídico¹⁰⁹. Además, para Dworkin la regla de reconocimiento sirve para explicar la validez de las normas jurídicas y los principios que integran el derecho no son válidos o inválidos, sino que se utilizan por conveniencia u oportunidad, defendiéndose por los pesos y argumentos que tienen a su favor¹¹⁰. De esta forma, la validez de las normas se demuestra haciendo alusión a la regla de reconocimiento, mientras que los principios se pueden fundamentar solamente “apelando a una amalgama de prácticas y de otros principios en la(s) cual(es) cuentan las implicaciones de la historia legislativa y judicial, junto con referencias a prácticas y

¹⁰⁷ Cfr. a Raz “H.L.A. Hart” en *Revista de ciencias sociales*, p. 24 y al propio Hart *Idem*. Como veremos a continuación, esta característica será uno de los principales puntos de crítica para Dworkin.

¹⁰⁸ En estos momentos basta mencionar que los principios para Dworkin son aquellos estándares que han de ser observados por ser exigencias de justicia, equidad o de moralidad. Cfr. *Los derechos en serio*, p. 72. [de aquí en adelante LDS]

¹⁰⁹ Yo diría que Hart no se queda corto al tratar de explicar el fenómeno jurídico, lo que pasa es que Hart describe lo anterior en términos de “discrecionalidad” la cual no existe para Dworkin. Esto y algunas otras observaciones a las ideas de Dworkin serán objeto de un apartado posterior.

¹¹⁰ Cfr. LDS, p. 89.

sobreentendidos comunitarios”¹¹¹.

Otra de las observaciones de Dworkin es en el sentido de criticar el hecho de que Hart haya aceptado que la regla de reconocimiento pueda admitir como jurídicamente obligatoria una regla que la sociedad haya aceptado como tal. Lo anterior para Dworkin convierte a la regla de reconocimiento en una no-regla de reconocimiento, ya que ésta, a final de cuentas, no estaría cumpliendo con su finalidad que es la de servir como una regla de identificación, dado que admite como obligatorio lo que en un momento dado se considere obligatorio, sin hacer referencia alguna a una regla maestra¹¹².

¿Cómo entonces identificamos a los principios? Dworkin no quiere caer en la tentación de elaborar una regla de reconocimiento, la cual, *e. g.*, - en sus palabras - pudiera ser así: el conjunto completo de principios en vigor, constituye la regla de identificación. Para este autor no es admisible elaborar una regla de esta naturaleza, dado que se estaría cayendo en una tautología, al decir que el derecho es el derecho¹¹³. Tampoco quiere Dworkin enumerar los principios, ya que éstos son discutibles, innumerables y varían en forma dinámica.

Cabe resumir lo anterior diciendo que para Dworkin aceptar una regla de reconocimiento es admitir “la proposición de que el derecho se distingue mediante

¹¹¹ *Ibid.*, p. 89 y 90.

¹¹² *Ibid.*, p. 98.

¹¹³ *Ibid.*, p. 99

ciertos criterios”¹¹⁴.

2. El modelo de Dworkin: Normas, principios y directrices políticas

Cómo dijimos anteriormente, para Dworkin el derecho no sólo se compone de normas jurídicas, sino que al lado de éstas existen los principios y las directrices políticas. Vamos a ver ahora cómo se distinguen estos conceptos y como Dworkin establece la existencia de los principios en el derecho.

A. Diferencias entre normas y principios.

Esta distinción radica en una diferencia lógica, *i. e.*, mientras las normas jurídicas establecen un supuesto normativo, un hecho o acontecimiento que se debe realizar para que se produzcan sus consecuencias jurídicas, los principios no prevén lo anterior, ya que no contemplan consecuencias en caso de que se actualice un supuesto, sino que los principios establecen razones de peso o importancia. Así, pueden existir varios principios, unos tendrán más peso que otros para resolver un determinado conflicto¹¹⁵.

Otra diferencia estriba en que las normas jurídicas fijan en forma delimitada sus excepciones¹¹⁶; sin embargo, en los principios éstas generalmente no se conocen, sí tienen excepciones, pero - según Dworkin - no es requisito fundamental conocerlas como sucede tratándose de normas jurídicas¹¹⁷. Así, en tanto que las

¹¹⁴ *Ibid*, p. 94.

¹¹⁵ Dworkin, *LDS*, p. 75, 76, *et seq.*

¹¹⁶ Carrió emprende una crítica a este punto de vista de Dworkin. Para esto *Cfr.* Carrió . *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, p. 59.

¹¹⁷ Dworkin. *Idem.* cita 27.

normas establecen condiciones necesarias para su aplicación, los principios contienen razones de peso para su aplicación.

Un principio para Dworkin es un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad¹¹⁸.

Veamos un ejemplo utilizado por Dworkin para esclarecer lo anterior: El asunto es un antecedente jurisprudencial¹¹⁹ donde se cuestiona si en una herencia el heredero designado, a pesar de matar al dueño de la herencia, podía recibirla. En esos momentos, si se interpretaban literalmente las leyes daban la posibilidad al heredero de recibir la herencia a pesar de haber cometido el homicidio y los tribunales decidieron que el heredero estaba imposibilitado para recibirla. Según Dworkin, los tribunales se basaron en el principio que reza: “ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia”¹²⁰.

Vemos así como estos principios se distinguen de las normas jurídicas y también nos percatamos del anterior ejemplo cómo los principios tienen una preponderancia sobre las normas. De lo anterior también se advierte que estos principios van a tener una especial importancia y aplicación en lo que se denomina

¹¹⁸ *Ibid*, p. 72

¹¹⁹ El caso es *Riggs v. Palmer* (1889) que desde Cardozo ha servido para explicar el funcionamiento de los tribunales, *cfr. e. g.*, Cardozo, B. *La función judicial*, p. 17 *et seq.*

¹²⁰ *Cfr. LDS*, p. 73

casos difíciles, i. e., aquellos en los cuales las normas jurídicas no nos brindan una solución clara y precisa de los hechos que se plantean ante los tribunales.

B. Diferencia entre los argumentos políticos y los argumentos de principios.

Los argumentos políticos para Dworkin son aquellos que justifican una decisión política, demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad. Por ejemplo, el argumento en favor de un subsidio para los fabricantes de aviones que afirma que con él se protegerá la defensa nacional, esto es para Dworkin un argumento político¹²¹. En cambio, un argumento de principio justificaría una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho individual o de grupo, - *e. g.*, según Dworkin - el argumento en contra de la discriminación,¹²². Para Dworkin estos argumentos políticos son propios del poder legislativo, *i. e.*, son aquellos que los legisladores toman en cuenta para promulgar o no determinada ley, y así cumplir con determinados programas en beneficio de la sociedad.

Vemos así como Dworkin empieza a deslindar los campos del poder judicial y del legislativo, agregando que no obstante una ley fue generada por una directriz política, los tribunales basan sus decisiones en argumentos de principios.

Es sin duda loable la aportación que hace Dworkin en relación a los principios, aportación en el sentido de incluirlos en el derecho de manera expresa.

¹²¹ *Ibid.*, p. 148

¹²² *Idem.*

Con lo que no vamos a estar de acuerdo va a ser la manera en que Dworkin utiliza estos principios para justificar su idea de seguridad jurídica.

3. Observaciones a la defensa de Dworkin del principio de seguridad jurídica

Justo cuando Hart nos obliga a poner un énfasis en las cuestiones del lenguaje en torno a la certeza e interpretación y abre - aunque no explora totalmente - las puertas a un concepto mucho más relativo de la seguridad jurídica, nos topamos con Dworkin que pretende rescatar estos dogmas en las discusiones contemporáneas. En este sentido, con estas observaciones pretendo defender las ideas anteriormente mencionadas al criticar la tesis de Hart y la aplicación de las ideas de Wittgenstein, esto frente a los postulados de Dworkin. Para lograr lo anterior me ayudo de la primera publicación importante de este autor¹²³ - dejando pendiente para un análisis posterior la defensa que Dworkin hace de estas ideas en relación con las cuestiones de interpretación constitucional¹²⁴- enfrentando dichos postulados a una perspectiva crítica y otros argumentos que creo pueden fortalecerla con las nociones aquí sostenidas. Pretendo dejar claras las impresionantes maniobras teóricas de las que se ayuda Dworkin a lo largo de sus teoría¹²⁵.

A. Los argumentos principales de Dworkin

En primer término, debemos señalar que la defensa de Dworkin del concepto

¹²³ *Cfr.* en general *LDS*.

¹²⁴ *Cfr.* Capítulo III de este trabajo en lo relativo al método de interpretación constitucional de Dworkin.

¹²⁵ Son varios autores los que se percatan de lo anterior, e g., Hutchinson A. "The last emperor?" en *Reading Dworkin critically*. Asimismo se puede ver Bix, B. "Dancing in the Dark: The philosophical moves of Ronald Dworkin", *Harvard Journal on legislation*, concretamente p. 308 y 322.

de seguridad jurídica descansa en la división que realiza este autor entre principios y directrices políticas. En una de sus primeras maniobras dignas de ser analizada cuadro por cuadro, Dworkin sostiene que las cuestiones de justicia y moralidad se discuten en el judicial, mientras que las ideas en torno a los beneficios y objetivos colectivos, propias de las directrices, se ventilan en el ámbito del legislador¹²⁶. ¿Cuál es el objetivo de ello? Pienso que la idea fundamental de Dworkin es separar la dimensión política de las discusiones legislativas de una pseudo-pureza de justicia en el judicial. En este sentido, Dworkin es claro en sostener que la labor judicial no es una de política e ideología¹²⁷, y ello no debe sorprender porque la defensa del principio de seguridad jurídica implica involucrarse con este mito de oídos castos y puros en las decisiones judiciales; además, la defensa de Dworkin le exige negar la discrecionalidad al judicial, sosteniendo que los jueces descubren el derecho y sus principios, sin su elaboración expresa. Lo anterior orilla a Dworkin a sostener que los principios existen dentro del derecho y los jueces los descubren¹²⁸, reiterándose con ello la idea de que el juez aplica el derecho y el legislador lo crea. A través de una depuración ideológica y política, el juez simplemente se dedica a encontrar estas exigencias de justicia y las aplica en los casos que se le presentan. Sin embargo, inmediatamente nos podemos cuestionar el hecho de que existen varios principios que se pudieran aplicar a un mismo caso y la elección entre los mismos lleva a la

¹²⁶ *LDS*, p. 149

¹²⁷ *Ibid*, p. 147.

¹²⁸ *Ibid*, p. 81 *et seq.*

discrecionalidad que Dworkin niega; empero, esto no es problema para Dworkin, ya que para ello crea al famoso juez Hércules que llega al principio aplicable que da la respuesta correcta al dilema respectivo. Este juez es “un abogado dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas”¹²⁹ que balanceando los antecedentes jurisprudenciales y una visión a futuro llega a establecer dichas exigencias de justicia y moralidad política de una comunidad, estableciendo la respuesta ideal a una cuestión disputada dentro del derecho¹³⁰.

Explicadas brevemente las ideas que llevan a Dworkin a defender el principio de la seguridad jurídica, debemos cuestionar los fundamentos que utiliza para ello: Estos fundamentos son principalmente dos; en primer término, a Dworkin le preocupa que los jueces no sean electos democráticamente y la necesidad de que la sociedad sea gobernada por personas así electas que sean responsables ante los ciudadanos, según el autor, si se acepta el carácter legislativo de los jueces se compromete este principio fundamental; en segundo lugar, Dworkin rescata el principio de no aplicación retroactiva de la ley, poniéndose en duda dicho principio si los jueces legislan, ya que estarían aplicando una norma que no se conocía de antemano, creando derecho “ex post facto”¹³¹. Para Dworkin, el lugar ideal para discutir las diferentes visiones que intervienen en la creación del derecho es el

¹²⁹ *Ibid*, p. 177.

¹³⁰ Esto implica desarrollar los pasos que sigue Hércules para descubrir dichos principios y llevar a la respuesta correcta; sin embargo, dejo pendiente lo anterior para el capítulo III relativo a los métodos de interpretación. Sin embargo, de Dworkin se puede *cf.* en general *Law's Empire*. [de aquí en adelante *LE*]

¹³¹ *Cfr. LDS*, p. 150

legislativo y no en un judicial que no es responsable ante el electorado y ajeno a los grupos de presión¹³².

B. Las maniobras teóricas al descubierto

Varias son las observaciones que podemos realizar en torno a estos fundamentos que Dworkin piensa son lo bastante sólidos para seguir alimentando los mitos que sostiene. En primer término debo adelantar una visión de la perspectiva crítica que me parece importante, la cual consiste básicamente en argumentarle a Dworkin que esa idea que sostiene donde en el judicial no se hace evidente la lucha entre diferentes perspectivas dentro del derecho es errónea. Los principios y exigencias de moralidad que menciona Dworkin y que le ayudan a Hércules a llegar a su respuesta correcta son variados dentro del derecho, donde existen principios contradictorios producto de diferentes visiones de justicia¹³³. Basta citar cómo por un lado encontramos en el derecho una visión de justicia individualista y por el otro encontramos respaldo a una perspectiva mucho más solidaria y colectiva¹³⁴, en otro sentido vemos que existe en lo jurídico un discurso general y abstracto de las normas y por el otro existe la necesidad de privilegiar puntos de vista de grupos oprimidos y silenciados. Dichos principios se disputan su preferencia tanto en la creación del derecho, como su aplicación; sin embargo, al parecer Dworkin piensa que las

¹³² *Ibid.*, p. 151.

¹³³ *Cfr e g.* Unger R. *The critical legal studies movement*.

¹³⁴ Dos ejemplos pudieran ser Kennedy, D. "Form and substance in private law adjudication", *Harvard law review*. [de aquí en adelante *Form and substance*]; así como Balkin J. "Taking ideology seriously: Ronald Dworkin and the CLS critique", *UMKC law review*.

disputas automáticamente se borran al llegar al punto de aplicación de normas y principios, cuando precisamente fueron estas diferentes visiones las que lo generaron. Esta maniobra resulta difícil de entender, ya que como menciona Balkin, existe una tensión moral que se traduce necesariamente en lo jurídico¹³⁵, una tensión que la idea de Dworkin de respuestas correctas niega y ni siquiera se ocupa de la diversidad. Sólo una postura autoritaria como la del juez Hércules puede sostener que existe seguridad jurídica en los principios, sin ocuparse de la diversidad de opiniones y pluralidad de concepciones de justicia. Esta observación se complementa con la idea sostenida al momento de realizar las observaciones a Hart y la noción de “seguir una regla”, ya que es imposible describir al derecho en términos de consensos automáticos, ello solo niega su carácter disputado, generado por diferentes concepciones del derecho que participan y luchan en la sociedad. Espero detallar más el aspecto disputado del derecho cuando se discutan las perspectivas críticas y pragmáticas, sirva esto sólo como introducción. Ahora debemos confrontar los otros argumentos de Dworkin, para concluir con la fragilidad de su maniobra.

En segundo lugar debemos responder a la inquietud de Dworkin respecto a la falta de legitimidad del judicial para abordar la tarea de construcción del derecho junto con el legislativo, ya que dicha preocupación consiste en que los jueces no son

¹³⁵ *Cfr.op. cit.*, p. 417 *et seq.* así como Altman, A “ Legal realism, Critical legal studies, and Dworkin” *Philosophy and public affairs*, p. 222

electos democráticamente y se deben dejar estas cuestiones a los que sí lo son. Al respecto coincidimos con Radin en la necesidad de reinterpretar principios que se creen eternos e inmutables, tales como el Estado de Derecho y por consecuencia la División de Poderes¹³⁶. Dworkin quiere aferrarse a la concepción tradicional de la división de poderes separando tajantemente cuestiones de aplicación de las de creación del derecho, lo cual hoy en día no se puede o debe sostener. Para Radin existen interpretaciones alternativas, tales como la que mencionan a un judicial encargado de limitar las acciones del legislativo, o un judicial encargado de crear derecho en caso de omisiones del legislador; finalmente, se pregunta Radin, ¿por qué hacer tanto énfasis en limitar los poderes supuestamente antidemocráticos del judicial y no los del poder ejecutivo?¹³⁷. Esta tercera interpretación me parece digna de rescatar relacionándola con el derecho mexicano, ya que creo también exageramos los poderes del judicial y no se critican desviaciones cometidas en otros poderes de acuerdo a la definición tradicional del principio. Un ejemplo de ello serían las circulares expedidas por la Secretaría de Hacienda, y por ello debemos cuestionarnos ¿Donde está la elección popular de dicho Secretario?, No existe, pero ello no se ve como impedimento para la expedición de las directrices, como sabemos, el Secretario de Estado es elegido por el Presidente. Pero si nos ubicamos en el judicial la similitud es bastante peculiar porque nos preguntaríamos ¿Cómo se

¹³⁶ *Cfr.* en general "Reconsidering the rule of law", *Boston university law review*.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 791.

eligen los Ministros de la Suprema Corte? Éstos se eligen con la intervención de dos poderes y no uno sólo, aquí juega un papel importante el Senado y la Presidencia; por otra parte, ¿Qué pasa con los jueces y magistrados? Éstos son elegidos por un Consejo de la Judicatura que precisamente se integra con representantes del legislativo, ejecutivo y el propio judicial. Entonces, los órganos jurisdiccionales no son elegidos al azar, intervienen no sólo uno de los poderes tradicionales, sino dos de ellos, lo que les daría mucho más legitimidad. Así, el argumento antidemocrático de Dworkin descartando al judicial de toda legitimidad posible no opera tan sencillamente, la creación de estos mecanismos e instituciones simplemente sirven para recordar algo sumamente sencillo, pero difícil de aceptar, esto es, que debemos interpretar y ajustar los principios que tanto deseamos y que se encuentran tan arraigados en nuestra *mentalidad jurídica a las circunstancias actuales*. Dichas circunstancias con una visión crítica y pragmática del derecho sostienen que la separación entre las labores de aplicación y creación no deben verse como distintas, sino que judicial y legislativo intervienen en la construcción del derecho, el legislador con su iniciativa de establecer ciertas normas, pero el judicial ajustando dichas normas a las circunstancias actuales a través de la importante herramienta de la interpretación, algo que Dworkin no acepta totalmente en su primera fase.

Otra idea que debemos confrontar, para con ello abordar los dos aspectos de la defensa de Dworkin, es la consistente en respetar el principio de no aplicación

retroactiva de la ley. Este autor menciona lo perjudicial que sería considerar la creación del derecho por el judicial, ya que estaría legislando y aplicando el derecho a la vez, algo que la idea tradicional liberal niega y que exige el derecho y los deberes se conozcan de antemano. Sin embargo, así como Radin menciona la necesidad de interpretar de nuevo el principio de la división de poderes, igualmente podemos considerar una revaloración de la no aplicación retroactiva¹³⁸. Esta revalorización consiste en dejar claro que si se aplica o no una ley retroactivamente no dependerá de fórmulas definidas o requisitos mecánicos que se deberán cumplir, si queremos realmente lograr una mayor justicia social a través del derecho, la cuestión de si se aplica una ley retroactivamente será cuestión de considerar cuestiones que van más allá de lo jurídico, tales como ventajas económicas, políticas y culturales que pueden beneficiar a la sociedad, las cuales no se pueden definir de antemano, sino con el caso específico que se trate. El principio de no aplicación retroactiva también obedece a concepciones antiguas del derecho, donde se pensaba que toda la sociedad conocía el derecho de antemano; sin embargo, las sociedades contemporáneas muestran que dicho objetivo no se cumple, las legislaciones son cada día más complejas y el conocimiento del derecho por el ciudadano requiere de conocimientos especiales sobre la materia. A ello debemos agregar las diferentes concepciones que se tienen en torno a las normas, y cómo el derecho no es tan claro

¹³⁸ En este sentido, dos antecedentes importantes son Cardozo y Posner. Cfr. Cardozo, B. *La naturaleza de la función judicial*. De Posner véase *Problems of jurisprudence*, p. 228 et. seq.

y sencillo, sino disputado y complejo. Sin embargo, esta relativización del principio de no aplicación retroactiva no debe ser tan alarmante como pretende Dworkin, este autor piensa que los derechos y obligaciones creados por el judicial y aplicados retroactivamente surgen del vacío, como si las partes demandaran dos peticiones concretas y el judicial llegara a la conclusión de que dado ninguno tiene razón, se debe resolver una cosa totalmente distinta a la planteada. Esto no es así en la práctica, dentro de los parámetros que demandan las partes es como resuelven los tribunales, lo que sucede es que alguna o ambas de las peticiones no es tan clara y sencilla como para admitir una aplicación automática. Es lógico que para alguna de las partes - generalmente la perdedora - el tribunal está creando derecho, cuando en realidad lo está construyendo con base en las interpretaciones; sin embargo, Dworkin piensa que se crea una norma totalmente distinta a la invocada por las partes, lo cual no es así. Finalmente, lo que para alguna de las partes es creación, para otra es una interpretación justa, esto no se puede definir de antemano como pretende Dworkin, sino que se deben evaluar las interpretaciones en los contextos específicos. Una idea de judicial y legislativo encargados de construir el derecho considera lo anterior, sin pretender establecer fórmulas específicas en torno a la aplicación retroactiva, ésta debe revalorizarse conforme a las nuevas nociones del lenguaje y la importante dimensión interpretativa del juez en la construcción del derecho.

Dos observaciones adicionales a los fundamentos de Dworkin: En primer término, es necesario eliminar la idea de que el judicial no gobierna, que no es responsable ante el electorado. No sé de donde extrae Dworkin estas observaciones y esta maniobra que puede ser impresionante a primera vista se debe dejar al descubierto. El judicial sí es responsable ante el electorado en sus actos de gobierno, sólo una visión pura de interpretación y aplicación del derecho puede sostener lo anterior. En las interpretaciones decidimos cuestiones valiosas para la sociedad, mucho más de lo que se imagina, sobre todo en materia constitucional, donde el fijar los derechos individuales y sociales de la población tiene una trascendencia importante, así como el determinar el acceso y ejercicio de dichos principios y el fijar los límites del legislativo; sin embargo, la idea de Dworkin parece eliminar dichas consecuencias sociales. Desde mi punto de vista, el juez tiene que valorar sus interpretaciones con base en estas consecuencias y para ello debe tener presente que sus interpretaciones cuentan y que también participan en el gobierno del país. El ubicar al juez en su pedestal ajeno a las consecuencias sociales como pretende Dworkin - y en general las ideas tradicionales que ven en el juez a un aplicador mecánico del derecho - solo han logrado una ilusoria etapa de fe en la interpretación del derecho en donde se piensa no son responsables ante la sociedad. Lo que ha sucedido es que la sociedad deja de confiar en ellos que insisten en sus oídos puros y castos, los cuales llegan a interpretaciones aberrantes bajo el pretexto de una

actividad ajena a lo social. Es precisamente este aspecto lo que genera una falta de legitimidad, no es el respeto a principios antiguos lo que genera confianza, sino en qué medida el judicial está respondiendo a las necesidades sociales, culturales y económicas de la época. Son las decisiones que responden a estas interrogantes y se ubican en la construcción del derecho las que generan una legitimidad del judicial. Al parecer Dworkin finalmente niega el carácter crítico que debemos tener en las actividades interpretativas de los tribunales, ya que no les podemos exigir cuentas claras porque se supone no gobiernan, pero nada más erróneo que lo anterior. Una actitud crítica de las interpretaciones por parte de la sociedad es fundamental, y ello beneficia a la sociedad y jueces que deberán discutir constantemente sus resoluciones, confrontadas con las exigencias del momento.

Una última observación a las ideas de Dworkin nos lleva finalmente a cuestionar esa transición de *directriz política* a principio en las normas, un recorrido que está lleno de los vislumbrantes movimientos teóricos de los que acostumbra este autor. Bien concede Dworkin que el nacimiento de una norma se puede explicar con base en argumentos políticos de *directriz*; pero mágicamente el autor señala que cuando se presenta el dilema ante el tribunal se convierte la discusión en una de principios¹³⁹. Esta afirmación resulta normal en Dworkin si atendemos a su idea de que en el legislativo se discuten cuestiones de política y en el judicial lo relativo a principios. ¿Es posible fijar esta división? Creemos finalmente que Dworkin cae en

¹³⁹ Cfr. LDS, p. 149.

un nuevo error simplemente en aras de no contaminar al judicial de discusiones políticas y de ventaja social. Si atendemos a lo que Dworkin maneja como principio y a su vez determina como directriz, simplemente parece ser una maniobra arbitraria que convenientemente clasifica a una norma como directriz o principio de acuerdo a las circunstancias. Por ejemplo, Dworkin utiliza las leyes en contra de la discriminación como un principio, cuando fácilmente podemos afirmar que se trata de un argumento político que pretende lograr beneficios sociales; otro ejemplo sería el caso de jurisprudencia que menciona Dworkin en donde existe la disputa entre el derecho a un proceso justo vs. la libertad de prensa¹⁴⁰, ambos se pueden ver como derechos individuales y por ende ser clasificados como principios, pero Dworkin utiliza este dualismo creado por él para descartar un argumento tildándolo de directriz política¹⁴¹. Sin embargo, creo no debemos caer en esta tentación a la que nos quiere llevar Dworkin, en nuestras interpretaciones no tenemos porque limitar nuestra visión en este sentido, descartando argumentos políticos como ajenos a la labor judicial. La visión que aquí queremos imprimir de estas labores ni siquiera atiende a este dualismo estéril y discute los argumentos presentados en las interpretaciones como principios sin entrar a la discusión de si son argumentos políticos o de principio puramente, dado que es indispensable valorar en las resoluciones judiciales las pautas mencionadas por la Constitución y las normas que

¹⁴⁰ Cfr. la discusión de Dworkin del caso Farber en *A Matter of principle*, p. 373 et. seq.

¹⁴¹ *Ibid*, p. 375.

atienden precisamente los objetivos sociales y pretenden mejoras en los aspectos económicos, políticos y culturales de la sociedad, sobre todo de grupos con un acceso limitado a estas discusiones jurídicas. Dworkin en esta primera etapa, con su idea y maniobra de dejar las cuestiones de ventaja social al legislador, exige que el judicial se dedique a proteger al individuo; sin embargo, el judicial no trabaja solo con derechos individuales, sino también con pautas sociales y solidarias a las que debe atención para lograr un sano equilibrio entre estos dos parámetros, teniendo presente su labor de justicia social.

Estos principios - que debemos a Dworkin centrarnos en ellos - existen, pero no deben concentrarse simplemente en lo individual y descartar su dimensión política, la transición de argumentos políticos a de principio es una que no se puede seccionar, sino que el juez debe considerar que así como la norma surge de su carácter de argumento político y de principio, así se debe entender su labor de construcción del derecho. Dworkin pues es insuficiente para explicar el carácter disputado del lenguaje y las dimensiones políticas que llevan a relativizar el principio de la seguridad jurídica, veamos ahora algunas posturas más acordes con las críticas anteriormente hechas a Hart.

III. Seguridad jurídica en el pragmatismo.

Estas mismas inquietudes han sido abordadas por el pragmatismo¹⁴², y en

¹⁴² No pretendo agotar - al igual que en muchos de los otros movimientos - todas las obras incluidas dentro del rubro pragmatismo, sin embargo, para una visión introductoria del pragmatismo filosófico *cfr.* la edición de Goodman. R. *Pragmatism A contemporary reader* que incluye obras de los clásicos que forjaron el

este sentido es indispensable ver lo que algunos de sus representantes aportan sobre el tema de la certeza y la interpretación jurídica. De esta manera, no se puede hablar de pragmatismo sin incluir las ideas de Rorty, por lo que veremos las nociones que sobre el lenguaje ha sostenido este autor. Este será el primer punto del apartado, para después analizar las ideas que desde la perspectiva de la teoría literaria ha sostenido Fish, nociones que sin duda han rebasado los estudios literarios y que han entrado de lleno en esta discusión dentro del derecho.

1. El pragmatismo de Rorty como punto de partida

Para Rorty es indispensable transmitir la idea de la “contingencia en el lenguaje”, así como la contingencia en muchos otros aspectos de nuestras vidas. Por ejemplo, Rorty equipara la idea de verdad con la del lenguaje y demuestra cómo ambos conceptos se deben ver como algo hecho por nosotros, conceptos que no se descubren como entes que existen en el exterior y esperan dicha revelación¹⁴³. Esto nos lleva a admitir que no vamos a poder encontrar un lenguaje perfecto e ideal que elimine todos los problemas, sino que nosotros lo construimos y debemos aceptar sus limitaciones. En este sentido Rorty recoge la tradición de Wittgenstein al ubicar al lenguaje como algo social y de manufactura humana, sin caer en la tentación de

movimiento y representantes actuales. Una introducción al pragmatismo jurídico se puede ver, *e g.*, en Warner, R. “Legal pragmatism” en *A companion to the philosophy of law and legal theory*, Patterson, D. editor; así como la interesante obra de Bix, B. *Jurisprudence: Theory and context*, p. 227 a 233. Para el pragmatismo jurídico en general *cfr.* Brint, M. y Weaver, W. editores, *Pragmatism in law and society*. Así como los artículos contenidos en el vol. 18, núm. 1. de la revista *Cardozo law review*; finalmente, se debe *cfr.* el conocido artículo de Grey, T. “Holmes and legal pragmatism” *Stanford law review*, p. 787 a 870.

¹⁴³ *Cfr.* *Contingency, Irony, and solidarity*, p. 3 a 22. Reimpreso en Goodman, R. *op. cit.*, p. 107 a 123. [de aquí en adelante *Contingency* y se hará referencia a las páginas de Goodman]. *Cfr.* p. 107 a 109.

sostener la idea de que el mundo nos dice cómo hablar¹⁴⁴. Rorty explica los cambios en el lenguaje haciendo patente cómo, poco a poco, la sociedad deja de usar unas palabras y las sustituye por otras. Así, la costumbre finalmente nos dice qué palabras usar en una época y lugar determinado, las cuales cambian a través del tiempo, pero sin un parámetro de lenguaje ideal que dirija estos cambios¹⁴⁵. En esta explicación del cambio en el lenguaje y su carácter circunstancial que da Rorty, él encarga la tarea de ver al mismo como una herramienta que nos puede ser útil para lograr ciertos cambios. Al respecto propone formular lenguajes nuevos que prometen nuevas cosas para ponerlos en práctica y esperar que se incluyan en los usos de nuestro lenguaje¹⁴⁶. La contingencia precisamente tiene su explicación aquí, ya que el procedimiento a través del cual se explican nuestros discursos y usos es a través de un número importante de contingencias que nos hacen cambiar de usos del lenguaje cuando algunos de ellos caen en desuso¹⁴⁷.

En el derecho, Rorty permite ver los frutos que puede tener esta visión del lenguaje para lograr cambios importantes. En el caso del feminismo, Rorty menciona cómo se puede luchar para que las ideas de grupos que no son escuchados tengan una representación importante. En este sentido, el pragmatismo ayuda permitiendo señalar de antemano que el lenguaje es algo cambiante y dinámico y que no

¹⁴⁴ Cfr *Contingency* p. 110.

¹⁴⁵ *Ibid*, p.110.

¹⁴⁶ *Ibid*, p.112 y 114.

¹⁴⁷ *Ibid*, p 118.

podemos argumentar que es completo e ideal. Aquí la modificación importante es en el sentido de permitir un espacio para que estos grupos marginados sean escuchados a través de un lenguaje que proponen para lograr cambios sociales importantes. Con esta visión se aporta una herramienta alternativa para explicar las injusticias, para que estas voces logren tener cabida en los usos que diario usamos. Para Rorty se trata de lograr que lo impensable tenga cabida en lo social a través del lenguaje y se percaten de la necesidad de lograr estos cambios necesarios¹⁴⁸.

Consideramos que lo importante del pragmatismo es que permite - sin discusiones sobre lo natural, la esencia, o lo verdadero - estar atentos a estos cambios que de alguna u otra manera se dan en la sociedad, pero que se tienden a obstaculizar por un discurso “universalista” - como lo denomina el propio Rorty -¹⁴⁹. Así, la tarea del pragmatismo no es gastar energías en encontrar ese lenguaje ideal que ponga fin a todos los problemas sociales, sino idear nuevas formas de incluir nuestro lenguaje en los usos sociales para que se ponga en práctica, con la clara idea de que no estamos encontrando nada nuevo que nos explique el progreso que estamos haciendo, sino ubicados en la contingencia de nuestras vidas y poniendo en práctica una idea que pensamos nos puede servir como herramienta útil para una sociedad mucho más justa. La idea fundamental es sencilla, clara y contundente, dado que el pragmatismo de Rorty recomienda tener presente la siguiente frase:

¹⁴⁸ Cf Rorty, R. “Feminism and Pragmatism”, en Goodman, R. *op. cit.*, p 126 y 127 [de aquí en adelante *Feminism*]

¹⁴⁹ *Ibid*, p.129.

“intenta verlo de esta forma”¹⁵⁰.

En este sentido, son importantes las ideas de Rorty porque abordan una de las inquietudes ya esbozadas, *i. e.*, la idea de una multiplicidad de formas de vida que dan lugar a percepciones diferentes en torno al lenguaje y el derecho. La propuesta de Rorty es interesante porque motiva a los que no han sido escuchados a tener presente que el lenguaje no es cerrado, sino abierto y dispuesto a incluir otras perspectivas, pero siempre y cuando nos moviliemos para que nuestras ideas tengan esa inclusión en nuestros usos y adquiramos la “autoridad semántica” necesaria¹⁵¹ que permita eliminar la intolerancia que existe en nuestras sociedades¹⁵².

Las anteriores ideas en torno al lenguaje de Rorty por supuesto que tienen su repercusión en las ideas sobre la certeza y la interpretación jurídica formalista, ya que al tener presentes la contingencia del lenguaje no podemos apresurarnos a sostener una certeza en lo jurídico, esta contingencia se traduce en una idea de un lenguaje jurídico que cambia y que se transforma por la eventualidad de los cambios sociales; asimismo, no permite tener una visión cerrada a las diferentes perspectivas y discursos que pueden alimentar la discusión de conceptos jurídicos debatidos. Es indispensable - si tomamos en serio esta advertencia de Rorty - que estemos abiertos a grupos marginados que están proponiendo nuevos lenguajes para ser escuchados.

No obstante lo anterior, en estos momentos debo interrumpir los postulados

¹⁵⁰ Cfr. *Contingency*, p. 112.

¹⁵¹ Cfr. *Feminism* p.138.

¹⁵² *Idem*

que me parecen rescatables del pragmatismo de Rorty. Veamos las ideas de Fish para así redondear una importante visión pragmática, y posteriormente discutirla.

2. Del antiformalismo en el lenguaje al antiformalismo jurídico: Las ideas de Fish¹⁵³

El pragmatismo de Fish sí se ha dedicado a lanzar un ataque frontal a las ideas jurídicas en torno a la seguridad e interpretación. Analicemos primero las ideas generales de este autor en torno a la certeza en el lenguaje y la interpretación, para posteriormente ver como las ubica en el derecho.

La inquietud principal de Fish es lograr entender la relación entre texto y lector al momento de aportar un significado. Si hacemos demasiado énfasis en el texto se cae en un formalismo en el lenguaje y finalmente adoptamos una postura que sostiene existe un mecanismo para lograr una lectura objetiva e impersonal del texto sin intervención de aspectos subjetivos del lector. En cambio si resaltamos la participación activa del sujeto podemos pecar de un subjetivismo total. Dice Fish que no podemos hacer tanto énfasis en el texto, pero que tampoco ello nos orilla a un subjetivismo total¹⁵⁴, ya que los aspectos personales del lector o intérprete no son propios de él, sino que son producto de ciertas estrategias de interpretación que

¹⁵³ Tomo como base para este título la introducción que hace Fish en *Doing What Comes Naturally : Change, rhetoric, and the practice of theory in literary and legal studies* [de aquí en adelante *Doing*] intitulada por el autor. "Going down the anti-formalist road". Aquí Fish menciona lo siguiente en relación con la teoría literaria: "Once you start down the anti-formalist road, there is no place to stop". Cfr. p. 2 y en general páginas 1 al 33.

¹⁵⁴ Cfr. Fish, S. *Is there a text in this class? The authority of interpretative communities*, p. 4 a 14. [de aquí en adelante *Text*]

comparte con los demás miembros de la sociedad. Esta relación entre diferentes personas que poseen un nivel de experiencia común¹⁵⁵, lleva a Fish a crear lo que denomina “comunidades interpretativas” que finalmente permiten llegar a acuerdos en torno al significados de los textos. Son estas comunidades interpretativas las que nos salvan del subjetivismo total y que explican el entendimiento entre personas, pero sin exagerar tanto el papel del texto como criterio único y objetivo, o las intenciones personales del intérprete¹⁵⁶. En estas comunidades interpretativas juegan un papel importante las “estrategias de interpretación” que consisten en las creencias que la persona comparte con los demás, así como los intereses y objetivos que tenemos. Pero dichos intereses no son personales y arbitrarios, sino que los compartimos con las personas que conforman nuestra comunidad interpretativa y esto es lo que finalmente nos permite hablar de entendimiento y acuerdos en la interpretación. Otro aspecto importante que se debe rescatar de Fish es el énfasis que hace de los contextos en los que se origina el entendimiento. Si bien Fish ha querido rescatarnos del subjetivismo, tampoco llega a sostener la idea de un significado que se encuentra y resulta valedero para todo tiempo y lugar, sino que termina por aceptar que esta idea también es inalcanzable. El argumento que sirve para lo anterior es que los contextos resultan ser cambiantes en lugares y épocas determinadas, por lo que tampoco nos pueden llevar a un sentido exacto de los

¹⁵⁵ *Cfr Text*, p 4 y 5.

¹⁵⁶ *Ibid*, p. 14.

textos. Para Fish, la multiplicidad de significados se da porque existen un sinnúmero de contextos en los cuales el texto puede tener ideas diferentes. Si bien podemos decir que el entendimiento se da en una comunidad interpretativa, si cambiamos a otra comunidad el significado puede ser diferente; además, si nos movemos en el tiempo dentro de determinada comunidad, también el significado será distinto¹⁵⁷. Puede existir cierta estabilidad en el significado, pero esto depende del contexto, *i. e.*, si nos encontramos en una época y lugar determinado dentro de una comunidad interpretativa así será, pero si cambiamos a otra comunidad la certeza será diferente, y por lo tanto tampoco podemos caer en el exceso de decir que existe un criterio único y objetivo para calificar dicha certeza¹⁵⁸.

A. La respuesta de Fish a Hart

En primer término, debe quedar claro el ataque de Fish hacia el formalismo en el lenguaje: Esta crítica la podemos dirigir a todas aquellas personas que piensan que las palabras tienen sentidos claros y literales, *i. e.*, aquellos que señalan que los significados son una propiedad del lenguaje; además, aquí se concentran aquellos que piensan que el lenguaje es un sistema abstracto anterior a su uso¹⁵⁹. En el contexto jurídico, Fish aborda la vertiente formalista equiparándola con la idea que exagera las “preferencias personales”, postura que pretende erradicar dicho

¹⁵⁷ *Cfr. Text*, p. 272 a 292.

¹⁵⁸ *Ibid*, p. 16 y 274.

¹⁵⁹ Fish menciona una gran lista de atributos propios del formalista, sólo menciona las más representativas para tener una idea general, *cf. Doing*, p. 6.

subjetivismo para dar paso a la objetividad en la labor de adjudicación. Fish equipara esta inquietud con la de los formalistas en el lenguaje, señalando que dichas preferencias personales no surgen de la nada, sino que se dan en un contexto social que implica un sistema normativo que se comparte con otras personas¹⁶⁰, estas preferencias finalmente se relacionan con las estrategias de interpretación que conforman las comunidades interpretativas y por ende construyen los textos que permiten llegar a acuerdos. No se trata de decisiones personales y fuera de contexto, sino dichas preferencias personales resultan inevitables y sujetas a un contexto específico, a una comunidad interpretativa que comparte las mismas estrategias de interpretación y que son las que dan forma a las lecturas e interpretaciones de los textos de acuerdo a estos parámetros. Acertadamente Fish menciona que se suelen caracterizar dichas opiniones contextuales como preferencias personales cuando no estamos de acuerdo con las mismas, se debe - dice Fish - tener presente que los principios de una persona son las preferencias personales de otro y viceversa¹⁶¹. Más limitaciones que estos contextos no se podrán encontrar y esta es la recomendación del pragmatismo de Fish al formalismo¹⁶².

Sin embargo, Fish - con las ideas anteriores - entra de lleno al análisis de las ideas de Hart en torno a la certeza e interpretación en el derecho, señalando que Hart con la idea de casos fáciles pretendió encontrar y describir un lenguaje neutral ajeno

¹⁶⁰ *Ibid*, p. 11 y 12.

¹⁶¹ *Ibid*, p. 12

¹⁶² *Idem*

a los contextos variantes y por ende no sujeto a la multiplicidad de significados¹⁶³. Fish critica ese núcleo central porque resulta que no puede gozar de tal naturaleza y ser ajeno a los contextos cambiantes. El núcleo central es producto de los contextos y la facilidad del caso reside en la comunidad interpretativa que con base en determinado contexto llega a tal aplicación. Fish al respecto señala que los contextos no son tan ciertos y estables, sino que pueden cambiar en tiempo o lugar, y por ende cambiar el sentido del caso fácil¹⁶⁴. De acuerdo con Fish, el error de Hart fue que pensó en un núcleo central de significado ajeno a la interpretación y por ende sin poder estar sujeto a discusión, pero acertadamente menciona Fish - y su rechazo a este tipo de formalismo en el lenguaje - que ese caso fácil también es producto de la interpretación y que en cualquier momento pueden cambiar los contextos entre comunidades interpretativas, o la situación dentro de las mismas estrategias de interpretación que vendrían finalmente a borrar la frontera establecida por Hart entre un núcleo central y la penumbra de incertidumbre¹⁶⁵.

En este sentido, el lector de este trabajo se habrá percatado de que dichas comunidades interpretativas tienen una relación importante con la noción de “forma de vida” de Wittgenstein, y por ende Fish entra de lleno a las inquietudes que al criticar la idea de certeza con Wittgenstein he esbozado anteriormente. Al respecto aprovecho la ocasión para abordar algunas cuestiones que quedaron pendientes y que

¹⁶³ *Ibid.*, p. 508

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 512

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 513.

resulta preciso clarificar. En primer término nos debemos cuestionar: ¿Da cuenta Fish del carácter disputado del derecho y la noción que hemos manifestado de una multiplicidad de formas de vida?. Sí, la respuesta es afirmativa porque el mismo Fish acepta que existen varias comunidades interpretativas, que no se puede pensar en una sola, sino que existirán diferencias entre las mismas¹⁶⁶ y finalmente lo que se piensa es una respuesta correcta en una, parecerá extraño en otra distinta¹⁶⁷. En las ideas de Fish, una “forma de vida” se equipara a la comunidad interpretativa, pero entendida esta figura en sentido plural y con la posibilidad de presentar varios ejemplares, ya que para Fish la comunicación se da entre miembros de una comunidad interpretativa, pero fuera de ella surgirán las disputas¹⁶⁸. Una segunda interrogante ¿Entonces podemos prescindir del concepto de seguridad jurídica según Fish? Aquí desafortunadamente la respuesta es no, expliquemos el por qué:

B. ¿ La defensa de Fish a la idea de certeza?

Si bien Fish señaló que el núcleo central de significado es cambiante y depende de los contextos a través de los cuales se observa, para Fish se rescata la postura de la certeza, dado que estos cambios que se dan en el núcleo no son tan frecuentes como para desestabilizar el concepto de seguridad jurídica¹⁶⁹. Para Fish, los cambios se dan en un nivel demasiado general y los contextos locales y diarios

¹⁶⁶ *Cfr. Text*, p. 15. Bix también llega a esta conclusión, *cfr. Determinacy* p. 54 y 55.

¹⁶⁷ *Cfr. Text*, p. 16.

¹⁶⁸ *Cfr. Doing*, p. 303 y 304.

¹⁶⁹ Aquí me apoyo en un estudio posterior a los que hemos venido analizando, *cfr. Fish*, S. “Play of surfaces: Theory and law” en *Legal hermeneutics: History, theory and practice*, Gregory Leyh, editor, p. 307

que experimentamos pueden servir para esta noción de certeza¹⁷⁰. De esta manera, creo Fish repite su fórmula en contra del formalismo y subjetivismo total en el área de la interpretación y pretende rescatar en este campo tanto inseguridad como certeza, calmando las ansias de los fanáticos de la seguridad jurídica. Así se tranquiliza a todos, dado que se afirma los cambios no son tan constantes como para preocuparse. Para Fish todo es seguridad e inseguridad jurídica porque se pueden determinar las interpretaciones de acuerdo con los contextos, pero dichos contextos pueden cambiar¹⁷¹. No obstante lo anterior, nos debemos preguntar ¿Acaso no existe una multiplicidad de comunidades interpretativas que generan contextos diferentes? Fish ya había sostenido que el núcleo sólo se puede alegar dentro de determinada “forma de vida” o comunidad interpretativa, entonces cómo puede el derecho seguir sosteniendo una certeza relativa y cambios poco constantes al momento de explicar el carácter disputado de sus normas. Desde mi punto de vista, Fish no desea llegar a las consecuencias finales de sus ideas y en el derecho me parece preciso explicarlas con detenimiento:

La inquietud que tenemos consiste en la necesidad de rechazar una actitud conservadora (sin que ello signifique que Fish así lo postule) al momento de presentar el carácter disputado de las normas - sobre todo constitucionales - y la importancia de incluir las voces de grupos marginados al momento de interpretar las

¹⁷⁰ *Idem*

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 308.

mismas. Fish menciona que los cambios que se dan son poco constantes, pero esto no sirve de motivación para los grupos que pretenden establecer la “autoridad semántica” de la que habla Rorty. Me parece que este pragmatismo de Rorty sirve para intentar establecer la importancia del carácter disputado del lenguaje y con ello hacer patente las luchas que se dan en el derecho mismo; sin embargo, al parecer Fish no intenta dar ese paso que aquí tanto deseamos. Lógicamente estamos hablando de la necesidad de que a través del derecho se tengan presentes estas disputas y la necesidad de escuchar otras voces, pero la idea de cambios relativos - y con ello el de las comunidades interpretativas - no son de mucha ayuda. Fish mismo señala que las comunidades interpretativas no sirven para conservar o cambiar el *status quo*, y el autor pretende alegar un carácter neutral de las mismas, sin ayudar a aquellos que desean cambiarlo o conservarlo¹⁷²; sin embargo, mi idea es que si manejamos cambios relativos y un núcleo central de significado, se pueden eliminar otras voces que deben ser escuchadas al disputarse el sentido de las normas jurídicas. Para ello y para dar por finalizado este capítulo, analizaré otra vertiente en el derecho que pretende advertir lo anterior. Después de mencionar una ala de esta vertiente que no se ocupa directamente del tema, me ayudaré de las ideas de uno de sus representantes que aborda esto en términos del lenguaje. Posteriormente aterrizaré mi postura con la ayuda de Foucault que creo es el que claramente ubica

¹⁷² Cfr *Domg*, p. 142 a 156.

las disputas en torno a los discursos y el poder¹⁷³. Voy a concluir señalando el papel que los tribunales deben jugar al momento de tomar en consideración esta crítica al principio de seguridad jurídica, adoptando una postura crítica que reconoce las aportaciones importantes del pragmatismo acabado de mencionar.

IV. La respuesta crítica al tema de la seguridad jurídica.

1. El planteamiento crítico en general

Existe una multiplicidad importante de inquietudes y respuestas a la cuestión de la seguridad jurídica en esta cuarta vertiente que vamos a analizar. Se trata del Análisis Crítico del Derecho (ACD)¹⁷⁴ que agrupa a un número importante de autores, profesores, litigantes, estudiantes, etcétera, y que abordan el derecho desde diferentes ópticas y fundamentos filosóficos, políticos o teóricos. Brevemente podríamos señalar que se caracterizan por sus inquietudes de ver el derecho en forma

¹⁷³ Fish también se ocupa del poder en la interpretación, pero creo no va al fondo del asunto como pretendemos hacer aquí. *Cfr.* capítulo 21 de *Doing*. Además la postura que sostiene de la seguridad jurídica en "Play of surfaces" no rescata esta visión.

¹⁷⁴ Es demasiada la literatura de los *Critical legal studies*, [denominados de aquí en adelante Análisis Crítico del Derecho o (ACD)] como para agotarla en un pie de página. Sin embargo, al igual que en el pragmatismo mencionaré obras introductorias y algunas que se consideran fundamentales para emprender su estudio. Como introducción también es necesario el libro de Bix, B. *Jurisprudence: Theory and context*, p. 203 a 220. Gary Minda explica el desarrollo del movimiento en el capítulo VI, p. 106 a 127 de *Postmodern legal movements: Law and jurisprudence at century's end*; y también se puede consultar a Binder, G. "Critical legal studies" p. 280 *et. seq.* en *A Companion to the philosophy of law and legal theory*, Patterson, D. editor. Para descripciones del movimiento hecho por integrantes mismos *cfr.* Kelman, M. *A guide to critical legal studies* [de aquí en adelante *Guide*] así como Unger, R. *Critical legal studies* [de aquí en adelante *CLS*]. Compilaciones interesantes son las de Hutchinson, A. *Critical legal studies*; así como la hecha por Fitzpatrick, P. y Hunt, A. *Critical legal studies*, que recoge las inquietudes de los críticos del Reino Unido. Fundamental también en el rubro de compilaciones ha sido el trabajo de David Kairys con la constante edición de artículos interesantes en torno a la perspectiva crítica, *cfr.* *The politics of law: A progressive critique*. Otros estudios importantes son los de Tushnet, M. "Critical legal studies: A political history" *Yale law journal*, p. 1515 *et. seq.* y las observaciones que se hacen por Altman, A. *Critical legal studies: A liberal critique*. Además, debo concluir señalando que en castellano existe un trabajo excepcional de Pérez Lledó, J. *El movimiento critical legal studies*, y la síntesis que hace de este tipo de movimientos en "Teorías críticas del derecho", en *El derecho y la justicia*, Garzón E. y Laporta, F. editores, p. 87 a 102.

diferente al punto de vista jurídico tradicional o dominante, sobre todo haciendo un énfasis particular en la necesidad de alcanzar una sociedad mucho más igualitaria, reconociendo su pluralidad y las injusticias que se cometen en nombre de lo jurídico y en general con los postulados esenciales del liberalismo. Mi objetivo aquí no es agotar todas y cada una de las posturas que en torno al principio de seguridad jurídica se han dado en esta corriente, sino que - al igual que en el pragmatismo - sólo mencionaré algunos de sus representantes que han abordado esta cuestión desde la perspectiva que venimos desarrollando. Así, en primer término mi conclusión será de rescatar estos postulados, modificarlos hasta cierto punto, para finalmente dar nuestra idea del por qué no se debe alabar el principio de certeza en el derecho.

En torno al tema de la seguridad jurídica, suele caracterizarse al ACD con una visión que se aleja del estudio del lenguaje, y por ende diferente a la discusión que hasta ahora venimos desarrollando; sin embargo, es preciso describirla y rescatar algunos de sus aspectos, dado que no podemos decir que se trata de una visión desde la perspectiva crítica sin mencionar la tesis con la que usualmente se identifica. Reitero que esta tesis no se centra en el estudio del lenguaje, sino en la multiplicidad y las contradicciones existentes en las normas y valores dentro del derecho. Esta visión la rescatamos anteriormente para hacer algunas observaciones a la teoría de Dworkin, donde sostuvimos una multiplicidad de entendimientos de las normas, los que nos lleva a la falta de certeza. En estos momentos quiero retomar esta visión

ubicándola en este contexto. Pienso finalmente que las preocupaciones en torno al lenguaje deben complementarse con esta visión crítica.

Esta tesis dominante en el ACD deriva de los trabajos fundamentales de Unger¹⁷⁵ y Kennedy¹⁷⁶. Unger reitera la dimensión política del derecho, señalando como cada una de las disciplinas jurídicas descansa sobre una visión ético normativa. En este sentido, Unger argumenta que el problema no es que exista una sola visión, sino que el derecho se encuentra repleto de visiones contradictorias que simplemente resaltan el conflicto de intereses y visiones que construyen lo jurídico¹⁷⁷. Se pudiera pensar finalmente que existe una teoría que pudiera servir de guía, pero - como lo mencionamos en Dworkin - creo que acertadamente los críticos niegan tal posibilidad.

Otro estudio similar al anterior es el de Kennedy, que menciona y resalta también las contradicciones entre diferentes visiones sociales y humanas que los individuos tenemos y cómo difieren fundamentalmente nuestras ideas para lograr un futuro mejor¹⁷⁸. Kennedy concretamente menciona dos principios contradictorios que existen en el derecho: individualismo y altruismo, dos visiones diferentes que llevan a diversas concepciones del derecho¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Cfr. Unger, R. *CLS*, este estudio también se puede cfr. en *Harvard law review*, vol. 96, January 1983, núm. 3., p. 563 a 675.

¹⁷⁶ "Form and substance in private law adjudication" *Harvard law review*, p. 1685 a 1778 [de aquí en adelante *Form and substance*].

¹⁷⁷ Cfr. *CLS*, p. 8 y 9.

¹⁷⁸ Cfr. Kennedy, D. *Form and substance*, p. 1685.

¹⁷⁹ *Ibid*, p. 1713 et seq. Aquí Kennedy relaciona la visión altruista con una preferencia sobre los principios o estándares en el derecho, mientras que la concepción individual elige la certeza y el carácter de predicción de las normas. División que no estoy muy seguro de su éxito. Me parece demasiada optimista la visión de

Estas dos ideas dentro del ACD han llevado a la necesidad de alejarse de una crítica en el lenguaje, prefiriendo una crítica no por la multiplicidad de significados, sino por la variedad de normas que descansan en ideologías diferentes. Por ejemplo, creo ésta es la idea de Kelman - otro representante destacado del ACD - que discute e incluso aprueba la existencia de casos fáciles, señalando que la inseguridad jurídica radica en las contradicciones ideológicas que finalmente llevan a resultados diferentes¹⁸⁰. Incluso Kelman está dispuesto a aceptar la idea de Fish, consistente en un cambio lento de contextos que no varían radicalmente,¹⁸¹ y que darían pie a seguir hablando - en términos de Fish - de certeza jurídica. Esta idea la acabaremos de refutar más adelante, pero basta advertir que nuestra postura es una en que la lucha presentada en el lenguaje debe colocarse en un plano importante en torno a la discusión de seguridad jurídica. Al parecer esta vertiente crítica parece mantenerse quieta en las disputas del lenguaje y poder, centrando sus energías en buscar normas contradictorias. Dejando pendiente las observaciones a esta postura, veamos cómo Tushnet presenta esta tesis resaltando la multiplicidad de normas.

Tushnet, *e. g.*, menciona la existencia de “normas en juego” y “normas de fondo”. Para Tushnet puede que aceptemos determinada interpretación de una norma, lo cual nos llevaría a un caso fácil de aplicación, pero - para este autor - la

Kennedy de un derecho que la población conoce de antemano para preferir las normas exactas en el caso del individualismo. Para otra crítica a esta idea de Kennedy; *cfr.* Altman, A. *Critical legal studies: A liberal critique*, cap. IV.

¹⁸⁰ *Cfr.* Kelman, M. *Guide*, p. 12 y 13.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 47

inseguridad radica en que generalmente se encuentra otra norma que lleva a argumentos contrarios y a una aplicación distinta a la que teníamos en mente. Las normas que utilizamos en el caso de aplicación sencilla Tushnet las denomina normas en juego y la disposición que buscamos para debilitar el argumento son las normas de fondo¹⁸². Según Tushnet, para cada norma en juego existe una de fondo que hace tambalear el argumento¹⁸³. Basta señalar por ahora que las anteriores ideas de Tushnet tienen algo de ciertas, ya que fácilmente nos podemos identificar con esta manera de argumentar los litigios que asesoramos¹⁸⁴. Sirva lo anterior para explicar claramente esta versión del ACD en torno a la seguridad jurídica.

Sin embargo, si seguimos este orden de ideas, podemos caer en la tentación de aceptar los casos fáciles, ya que las contradicciones no están en el lenguaje, sino en las normas y principios. Mi punto de vista es que la disputa también se da en el caso sencillo y no tenemos que esperar la búsqueda de una norma de fondo. Me parece que esta versión crítica ha eliminado en forma demasiado sencilla las disputas que se dan en torno al lenguaje. Bien podemos encontrar estas normas de fondo que menciona Tushnet, pero que pasará si ésta no existe o simplemente se elimina a través de mecanismos jurídicos formales. Nuestra idea es que no debemos partir de casos sencillos, ya que en ellos existe una disputa de lenguaje. Aunado a lo anterior,

¹⁸² Cfr. "Defending the indeterminacy thesis" en *Analyzing law: New essays in legal theory*, Bix, B editor, p. 229.

¹⁸³ *Idem.*

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 230.

las ideas de Unger, Tushnet, Kelman, y Kennedy presuponen que la interpretación de las normas es automática, dado que están dispuestos aceptar cierta seguridad jurídica. Así, esta seguridad jurídica sirve para sostener la idea de contradicción. Para nosotros existe un peligro si concedemos este terreno al formalismo, ya que fácilmente se podría seguir sosteniendo una interpretación injusta o una aplicación aberrante del derecho, con el argumento de que dicha aplicación es automática y se encuentra en los terrenos del caso fácil. Finalmente ambas ideas rescatan el carácter disputado del derecho, pero pensamos no se deben descartar automáticamente las disputas en los “núcleos” y “casos sencillos”. Para redondear nuestra opinión al respecto, analizaremos otro integrante del ACD que sí se interesa por las cuestiones de lenguaje y poder, para finalmente explicar con mayor nitidez el carácter disputado del derecho no en una contradicción de normas que presupone su certeza. La preocupación es para manifestar el conservadurismo al que nos puede llevar la noción de casos sencillos y sobre todo la eliminación de otros discursos que debemos escuchar en nuestras sociedades plurales. Sin embargo, finalmente tanto mi versión - con la ayuda de Foucault - como la del ACD resaltan esta pluralidad y falta de certeza que ha sido mi interés destacar en este trabajo.

2. Las ideas de Hutchinson

Hutchinson, no obstante ser un representante importante del ACD, se aleja un poco de la versión que sostiene la multiplicidad de normas y valores y centra su

atención en el lenguaje. Aportando una visión que rescata la importancia del pragmatismo y auxiliándose de filósofos como Derrida, Hutchinson analiza las consecuencias de las ideas de Hart. Antes de dar paso a las ideas de Hutchinson, creo indispensable advertir las ideas de Derrida que han sido de gran fundamento para el ACD y que posteriormente retomo en otros aspectos de este trabajo.

A. Derrida y el ACD: Explicación del punto de partida

Creo son dos los aspectos que debemos advertir de Derrida: En primer término, su idea de ver al lenguaje y el significado como algo no sujeto a concepciones estables, sino un significado donde el entendimiento de una palabra depende de otras y así sucesivamente, sin tener la posibilidad de fijar un contenido exacto y preciso. Existe, desde esta óptica, una condición de intertextualidad, donde - por esta relación que se da de retroalimentación - no se puede fijar el significado de las palabras en forma rígida y para siempre, sino que finalmente tenemos un significado en juego, abierto y difuso¹⁸⁵. Una intertextualidad - que parecida a la idea de Fish - también debe ver hacia los contextos en que las palabras se utilizan, ya que al cambiar de estructuras el significado necesariamente cambia ¹⁸⁶, dando incluso lugar a nuevos significados de las palabras¹⁸⁷. Un segundo aspecto que debemos mencionar - y que el ACD ha hecho bastante uso de él - es la idea de la

¹⁸⁵ Cfr. Derrida, J. *Márgenes de la filosofía*, p. 39 *et seq.* También se puede ver "Différance" en *The continental philosophy reader*, Kearney, R y Rainwater, M. editores, p. 441 a 464. También cfr. Litowitz, D. *Postmodern Philosophy and law*, p. 88 y 89. Asimismo, Sarup, M. *An introductory guide to post-structuralism and postmodernism*, p. 32 *et seq.*

¹⁸⁶ Cfr. Sarup, M. *op cit*, p. 34.

¹⁸⁷ Cfr. Litowitz, D. *op. cit.*, p. 89.

deconstrucción: Esta idea consiste en realizar una lectura de los textos que permita encontrar sus contradicciones, sobre todo en cuanto a la jerarquización que se hace de algunos conceptos sobre otros. En este sentido, la deconstrucción encuentra los dualismos en los que descansa un texto y critica el por qué se le da preferencia a una palabra sobre otra, *e. g.*, razón/sentimientos, objetividad/subjetividad, o - en cuanto a nuestro tema - el dualismo casos fáciles/difíciles. La labor de deconstrucción tendría que aplicarse a criticar dichas oposiciones para que la jerarquización finalmente no tenga sentido¹⁸⁸. Otro punto sumamente importante que debemos señalar en torno a la deconstrucción es que dichas oposiciones se ven como ideológicas¹⁸⁹, no son naturales y por lo tanto imposibles de modificar, sino producto de una cierta manera de ver las cosas que se trata de imponer a los demás. Es necesario recalcar que estos dos aspectos (brevemente mencionados) de Derrida no se excluyen ni se deben ver en forma aislada, sino que sus ideas del lenguaje tienen una trascendencia para la deconstrucción y viceversa.

Veamos ahora los postulados de Hutchinson, quien adoptando estas posturas y rescatando también puntos del pragmatismo se lanza a la crítica de la teoría de Hart. Para Hutchinson, Hart se olvidó de tomar en consideración lo inseguro de las estructuras, de los contextos que son cambiantes y abiertos a nuevas experiencias. Contextos que pueden ayudar a la posibilidad de significados, pero que no son tan

¹⁸⁸ Litowitz menciona dos tipos de deconstrucción que se pueden hacer de acuerdo a las ideas de Derrida: deconstrucción de jerarquías conceptuales y la deconstrucción de entidades metafísicas. *Cfr. Ibid*, p. 90.

¹⁸⁹ Sarup, M. *op. cit.*, p. 38

ciertos y estables¹⁹⁰. El punto principal de Hutchinson - al igual que Fish y nuestra postura - es cuestionar ese núcleo central de significado, ya que Hart no se da cuenta de que ese núcleo central se encuentra colocado en un contexto cambiante e inseguro. Entonces, para este autor del ACD, la indeterminación radica en las prácticas sociales que son cambiantes y abiertas, una postura que Hutchinson denomina *indeterminación estructural* que niega la posibilidad de fijar por completo el significado de las palabras¹⁹¹. Para entender claramente lo anterior, Hutchinson retoma el paradigmático ejemplo de Hart: digamos que existe una norma que señala "No se admiten vehículos en el parque". Para esto Hutchinson nos dice que en el siglo XVIII por la palabra vehículo se entendían los carruajes, u otro tipo de transporte, pero no un carro motorizado; sin embargo, hoy en día sí entendemos por tal un coche; pero - se cuestiona Hutchinson - ¿Qué sucederá en el futuro? por vehículo podremos visualizar otro medio de transporte diferente al actual, quizás - agrega Hutchinson - por tantos problemas ambientales llegemos a desarrollar otro tipo de transporte¹⁹². Con este ejemplo Hutchinson quiere básicamente demostrar la indeterminación estructural que no tomó en consideración Hart. Para Hart, el núcleo central de significado era algo bastante cierto y estable que fijaba el significado de las normas y nos llevaba a los casos fáciles que arguyó. Hutchinson - ayudándose de

¹⁹⁰ Cfr Hutchinson, A. "A postmodern's Hart: Taking rules sceptically", *Modern law review*, p. 801. [de aquí en adelante *Postmodern's Hart*]

¹⁹¹ *Ibid*, p. 804.

¹⁹² *Ibid*, p. 806 y 807.

Derrida y Fish - señala que las normas se generan en un contexto social que cambia y que no es tan estable¹⁹³. También con el auxilio de Derrida, Hutchinson pretende deconstruir el dualismo certeza/inseguridad, ya que ambos conceptos se retroalimentan y se identifican, oponiéndose el uno al otro. En el ejemplo mencionado, podemos decir que para Hutchinson lo que se encuentra en el núcleo central puede entrar a la penumbra y viceversa, dado precisamente lo incierto de las estructuras¹⁹⁴. Esta es una postura bastante Derridiana que tiene su fundamento en la idea de que “un contexto permanece siempre abierto, por tanto falible e insuficiente”¹⁹⁵ y que también reconoce a Fish y la idea de un núcleo central de significado ubicado en un contexto específico que puede cambiar de acuerdo a la comunidad interpretativa o en diferentes tiempos de dicha comunidad.

3. Observaciones a Hutchinson: En defensa del carácter disputado del derecho

Estas ideas ya han encontrado algunas inquietudes en estudios posteriores, e. g., Burton señala - rescatando también la defensa de Fish a la certeza y finalmente la otra vertiente crítica que acepta un núcleo central - que estos cambios estructurales se dan, pero no tan frecuentes como para desestabilizar la certeza en el derecho¹⁹⁶. Un argumento que en primer término resulta ser bastante poderoso, dado que alienta

¹⁹³ *Idem*, p. 807.

¹⁹⁴ *Ibid*, p. 805 y 806.

¹⁹⁵ Cf. Derrida, J. *Espectros de Marx El Estado de la deuda, el trabajo del Duelo y la nueva internacional*, p. 11. Esta cita la utiliza el propio Hutchinson, *cf. Postmodern's Hart*, p. 801.

¹⁹⁶ Burton, M. “The song remains the same: The search for interpretive constraint and rhetoric of legal theory in Hart and Hutchinson” *University of New South Wales law journal*, p. 424. [de aquí en adelante *Hart and Hutchinson*]

la certeza que muchos desean en estos temas jurídicos; sin embargo, quiero en estos momentos defender - hasta cierto punto - las ideas de Hutchinson yendo un poco más allá de su artículo para retomar el carácter disputado de las normas esbozado al analizar las ideas de Hart y Wittgenstein. Esto también me servirá para aterrizar las observaciones que quedaron pendientes al momento de criticar la defensa de Fish a la idea de certeza.

En este sentido llega mi rescate de las ideas de Foucault y la idea del discurso en este autor. Pensamos que Foucault puede dar una mejor explicación de la lucha que se da en la interpretación del derecho, pero sobre todo en el carácter disputado de las normas constitucionales. Pienso que con ello podemos visualizar mejor esta característica del derecho que Hart no consideró y Fish no acabo de contemplar.

En primer término, Foucault tiene la noción de que la producción del discurso en la sociedad es controlado y organizado de acuerdo a ciertos procedimientos que esconden o alejan el poder inmerso en él¹⁹⁷. Para este autor existen tres tipos de exclusión que existen en el discurso: a) prohibición respecto a las palabras: en el sentido de que sólo se puede hablar de ciertos objetos, o bien se tiene - en ciertas ocasiones - el derecho de hablar sobre determinado tópico, excluyendo con ello a otros discursos¹⁹⁸; b) también existe una exclusión en cuanto a la división que implica el dualismo razón/absurdo: aquí Foucault alude al antecedente histórico de

¹⁹⁷ Foucault, M. "The Discourse on language", *The continental philosophy reader*, p. 340.

¹⁹⁸ *Idem.*

cómo un hombre era considerado demente si su discurso no podía calificarse como común entre los hombres, era el discurso del perturbado mental el medio por el cual se le calificaba como tal¹⁹⁹, y c) otro dualismo que Foucault menciona como medio de exclusión es el de verdadero/falso: para el autor, este dualismo sólo obedece a contingencias históricas arbitrarias que guardan un elemento de violencia inmerso en el mismo²⁰⁰. Este último elemento de exclusión para Foucault es una división histórica que explica nuestro deseo de conocimiento, un conocimiento que impone limitaciones arbitrarias en torno a los métodos, puntos de vista, y observaciones posibles que se deben seguir para llegar a la verdad²⁰¹. Como ejemplo de lo anterior, Foucault alude al caso de la ciencia y cómo le damos preferencia a lo científico por encima de otros discursos que finalmente se niegan por no tener el calificativo de verdaderos²⁰².

Es en este tercer método de exclusión en el que Foucault se detiene más, porque - como acertadamente señala - el deseo de verdad ha servido como guía para los otros dos²⁰³. Es aquí donde pienso también nosotros nos debemos centrar para explicar la relación que existe entre discurso, lenguaje y poder.

En este sentido, según Foucault, se pensó que el verdadero discurso era el objetivo, racional y científico que no tenía ninguna relación con el deseo y el

¹⁹⁹ *Ibid*, p. 341.

²⁰⁰ *Ibid*, p. 342.

²⁰¹ *Ibid*, p. 348.

²⁰² *Cfr Ibid*, p. 342 y 343.

²⁰³ *Ibid*, p. 343

poder²⁰⁴; sin embargo, no nos hemos percatado que dicho discurso que se piensa es el verdadero, excluye y juega el papel de elementos prohibitivos, argumentando una sola verdad²⁰⁵. Así, la relación discurso-poder existe en el manejo que se hace de los sistemas de exclusión, negando sobre todo la posibilidad de otros puntos de vista y lenguajes diferentes. Finalmente en la medida que se afirme la verdad o falsedad de una proposición, el elemento poder está inmerso²⁰⁶.

Relacionando lo anterior con nuestro tema nos debemos preguntar ¿Qué sucede en relación con la seguridad e interpretación jurídica? Aquí debemos retomar la discusión en torno a los casos fáciles y la noción de “seguir una regla”, con la cual algunos alegan cierta certeza en el derecho. En su momento intentamos presentar el carácter disputado de las normas y cómo no resulta sencillo alegar que la sociedad llega a su entendimiento de la misma forma en que se arriba a operaciones matemáticas sencillas. También en esa ocasión dijimos que en el derecho intervienen diferentes maneras de pensar y que la idea de “forma de vida” Wittgensteiniana sólo podría tener relevancia en el derecho si se interpretaba como una de multiplicidad y sobre todo desde un punto de vista plural, cultural, pero sobre todo contingente²⁰⁷. Lo anterior obedece a un punto extremadamente sencillo: Debemos reconocer esta pluralidad en nuestras sociedades actuales; sin embargo, el derecho no lo ha

²⁰⁴ *Ibid*, p. 344.

²⁰⁵ *Idem*

²⁰⁶ *Ibid*, p. 360.

²⁰⁷ Esto en Fish se menciona con la idea de una heterogeneidad de comunidades interpretativas.

reconocido debidamente. Los miembros que integran la sociedad son diferentes y resulta sumamente exagerado y arbitrario imponerles un punto de vista único, al cual todos nos tenemos que ceñir. En el campo de la interpretación constitucional creo que este principio tiene una importancia fundamental porque es aquí donde diferentes grupos pretenden encontrar un respaldo y respeto a sus diferentes formas de ver la vida. No obstante lo anterior, lo que más nos preocupa de esa unidad arbitraria (propia de un núcleo central de significado y forma de vida única) es que si se sigue alimentando, no podremos ver abiertamente los intereses de grupos minoritarios que se disputan con otros el discurso constitucional, ya que en nuestras sociedades plurales se debe discutir esto abiertamente. En este sentido es mi respuesta a Fish y Burton - sobre todo a este último que hace la crítica a Hutchinson - ya que al sostener que los cambios no son tan frecuentes, ello resultaría en una manera de mantener el *status quo* y así se cierran las puertas a otros discursos valiosos en nuestra sociedad plural.

La idea que sostenemos no debe exagerarse y tildarse de nihilista o propia de un escepticismo total, el objetivo no es este, sino reconocer simplemente el carácter disputado de las normas y los diferentes grupos que luchan en estos contextos por su reconocimiento. En este sentido, debemos estar atentos y abiertos a los diferentes puntos de vista que existen, dando pie a una discusión continua de nuestras interpretaciones que necesariamente se deben abordar de acuerdo a la contingencia

social en la que estamos ubicados²⁰⁸.

Aquí tienen una especial relevancia las ideas de Foucault, ya que se debe ver en el discurso y el lenguaje una lucha de poder e intereses. Esta visión es la que desde mi punto de vista ayuda a entender la falta de certeza y las disputas en torno a las interpretaciones, dado que la supuesta “verdad” y “objetividad” de algunos discursos sólo eliminan la posibilidad de otros. Resulta sencillo alegar en una disputa de interpretación - sobre todo constitucional - la objetividad de nuestra interpretación sobre determinado precepto, precisamente para eliminar otro discurso también válido. Pongamos tres ejemplos: La interpretación que se hacía del derecho a votar y ser votado por las mujeres, donde la negativa de algunos para otorgar este derecho se reducía a una argumentación objetiva y racional que otorgaba estos elementos de juicio a los hombres y no a las mujeres, eliminando con ello un discurso válido. Otro ejemplo contemporáneo es el relativo al derecho indígena y como ciertas voces que se arropan con el manto de la racionalidad niegan la existencia y la necesidad de reconocer los usos y costumbres de estos grupos. Otro caso sería - que será abordado en un capítulo especial - el de la objeción de conciencia y cómo su no reconocimiento con base en estos postulados tradicionales ha negado las diferentes formas de pensar en nuestra sociedad plural.

²⁰⁸ Sigo a Hutchinson en esto al momento en que transcribe las siguientes palabras de Castoriadis: “a just society is not a society that has adopted just laws, once and for all, rather it is a society where the question of justice remains constantly open” Castoriadis, C. “Socialism and autonomous society” *Telos*, p. 104., cita en Hutchinson, A. “Doing the right thing?: Toward a postmodern politics” *Law and society review*, p. 786.

Nuestra preocupación es que el derecho trata de taparse los ojos de las enormes desigualdades que existen en nuestras sociedades alegando una pureza y objetividad en la interpretación jurídica y con ello sólo reforzamos el discurso jurídico que excluye otras opiniones y que con justo reclamo exigen ser escuchadas. Estos ejemplos son sólo para alertar que bajo la idea de una sola “forma de vida”, un “núcleo central de significado” o de “cambios lentos que aseguran la certeza”, se pueden esconder intereses que no benefician a la sociedad y que dicha seguridad jurídica y los “consensos automáticos” pueden servir de métodos de exclusión en nuestras sociedades. Entonces, el cambio se da, quizás pueda ser inmediato o lento, pero no debemos caer en la tentación de Burton o Fish al señalar que la certeza tiene su cabida en lo jurídico y que los cambios son relativos. Los tribunales deben estar abiertos a estos cambios y no sentirse aliviados por la lentitud de los cambios, ya que un grupo distinto al dominante puede con justicia cuestionar ese “núcleo central” exponiendo los perjuicios que ocasiona para otros grupos, y en esa medida se debe considerar. El reconocer lo anterior implica una aceptación a la pluralidad y tolerancia, beneficiando a todos y escuchando a los marginados²⁰⁹.

Es por esto que rescatamos a Derrida y Foucault, no como un fundamento estable, seguro y duradero, sino como pensadores - como dicen Garver & Lee - que

²⁰⁹ Un ejemplo de esta visión se puede ver en Arrigo, B. “Rethinking the language of law, justice, and community: Postmodern feminist jurisprudence” *Radical philosophy of law: Contemporary challenges to mainstream legal theory and practice*, Caudill, D. y Gold, S. editores, p. 88 a 107.

están de acuerdo en que el poder existe en las estructuras del lenguaje²¹⁰, y que auxilian para lograr una mejor visión de lo que sucede en estos campos del derecho. Wittgenstein tendría cabida sólo con una multiplicidad de “formas de vida” - como sostiene Barry Donald²¹¹- que serían congruentes con nuestras sociedades plurales. Fish a su vez rescata lo anterior, pero cae en la tentación de caracterizar el cambio como algo estable, lento y sin mayores consecuencias para los postulados y dogmas del derecho. Derrida, en cambio, fue más allá al no aceptar tan sencillamente las relaciones que se dan en el lenguaje, señalando que existe una elección arbitraria entre un concepto u otro en los dualismos que construimos²¹², elecciones que necesariamente implican poder como lo sostiene Foucault. Por ello también el rescate del realismo que desde entonces nos enseñó que la línea divisoria entre derecho y política resultaba muy tenue, afirmaciones que hemos constatado en el transcurso de este estudio. El ACD al retomar algunos aspectos del realismo da cuenta de lo anterior; sin embargo, su crítica a la seguridad jurídica toma un giro que no explora las dimensiones entre poder y lenguaje que aquí queremos destacar. En este sentido, también ubicados en una perspectiva crítica, pretendimos mejorar el argumento en contra de la seguridad jurídica. Para ello también debemos recordar el pragmatismo de Rorty cuando indica que los grupos marginados deben ser

²¹⁰ Cfr. Derrida & Wittgenstein, p. 128.

²¹¹ Cfr. en general *Forms of life and following rules. A Wittgensteinian defense of relativism* y las observaciones hechas en páginas anteriores.

²¹² También aquí cfr. Garver & Lee, *op. cit.*, p. 127

escuchados y debemos tener presente que el campo del lenguaje no es algo completo, sino sujeto a estos otros discursos que pretenden mejorar las condiciones sociales e imponer su "autoridad semántica". Las ideas del pragmatismo también sirven para reiterar la necesidad de que el derecho - junto con el lenguaje - contemple su carácter contingente, y se tengan presentes lenguajes nuevos. Los tribunales deben tener presente lo anterior y deben estar convencidos de que el principio de seguridad jurídica no es un fin en si mismo y que su cumplimiento feroz solo puede llevar a mayores perjuicios. En este sentido, nuestras normas y principios son un medio para discutir abiertamente las diferentes perspectivas, con la idea clara de que el lenguaje se transforma y que guarda una dimensión de poder que debemos considerar.

4. Otra respuesta a Hart sobre los casos fáciles y difíciles: Un último round

En su momento quedó pendiente un refortalecimiento a la crítica avanzada en torno a la distinción sobre casos fáciles y difíciles. En esa ocasión mencionamos que la idea de consensos extraída de la filosofía del lenguaje y aplicada al terreno de la certeza e interpretación jurídica era insuficiente porque no daba cuenta de la naturaleza disputa del derecho; asimismo, concluimos que viendo en el derecho una arena de discusión política, económica y cultural, la línea que se fija entre un caso fácil y otro difícil también es discutible. En esta ocasión quiero cerrar dicha discusión ayudándome de estos aspectos críticos del derecho y haciendo una

relectura de Hart del núcleo central y la penumbra de incertidumbre para avanzar la crítica que inició Hutchinson en torno al dualismo casos fáciles/difíciles

Cómo lo mencionamos anteriormente, Derrida en su análisis del lenguaje critica la superioridad que se le da a ciertas palabras en perjuicio de otras, sobre todo destacando el elemento de poder en las estructuras del lenguaje. Veamos esta maniobra en la tesis de Hart²¹³, ya que muchos la han explotado para alegar la certeza jurídica. Así es, encontramos - con el auxilio de Burton²¹⁴ - en Hart otra contradicción²¹⁵ con la que no estamos de acuerdo, sobre todo cuando critica un formalismo que erróneamente pretende congelar el significado de las normas para encubrir la elección que existe en la aplicación del derecho²¹⁶. Hart menciona que esto es imposible, dado que este tipo de aplicación nos llevaría a resultados absurdos, contrarios a los propósitos sociales que tenemos al efectuar dicha actividad²¹⁷. También esta idea del formalismo va en contra de la noción de Hart de que el legislador tiene dos limitaciones inherentes en su actividad, *i. e.*, la indeterminación de propósitos y la relativa ignorancia de hechos²¹⁸. Sin embargo, lo anterior es para advertir que Hart en aras de lograr su postura ecléctica - superando tanto al realismo como el formalismo - cae en una contradicción. La contradicción consiste en que precisamente es Hart quien pretende congelar la

²¹³ Llego a este punto débil de *El concepto de derecho* a través de Burton, M. *Hart and Hutchinson*, p. 422.

²¹⁴ *Idem*.

²¹⁵ Aunada a las múltiples señaladas en páginas anteriores.

²¹⁶ *Cfr. Concepto*, p. 161.

²¹⁷ *Ibid.*, p 162.

²¹⁸ *Ibid.*, p 160

aplicación del derecho con su núcleo central de significado, donde este núcleo sirve como herramienta para paralizar el significado de las normas, algo que criticó severamente del formalismo. El mismo Hart sostiene que al “paraíso de los conceptos... se llega ...cuando un término general recibe el mismo significado...”²¹⁹, y nos debemos preguntar: ¿ Qué no cumple esta misma función el núcleo y la certeza relativa que alega en estos temas?, pensamos que sí, y por ello de nuevo la crítica a Hart y sus seguidores que con base en esto esgrimen certeza.

De esta forma podemos ver claramente como Hart construye un dualismo difícil de lograr de acuerdo a su teoría, privilegiando un término que si se analiza cuidadosamente no tiene mayor sentido en su contexto general. Sin embargo, debemos reiterar que esta contradicción no es lo más peligroso, sino el poder inmerso en esta contradicción. Con las ideas de Hart se esgrime esa aplicación mecánica en los casos fáciles, los cuales pueden y dejan a un lado otros puntos de vista y discursos válidos en el derecho.

Así, pensamos puede quedar concluida la discusión entre casos fáciles y difíciles, otro dualismo que se debe criticar y superar.

²¹⁹ *Ibid*, p. 162.

Capítulo Tercero
Seguridad jurídica e interpretación
constitucional

I. Introducción

La conclusión del capítulo anterior fue que no podemos tomar el principio de seguridad jurídica tan en serio como nos gustaría. El carácter disputado y de construcción social del lenguaje nos obliga a estar conscientes de que no todos apreciamos de la misma manera las *normas* en el derecho, a pesar de que algunos tratan de ignorar la dimensión de poder inmerso en el lenguaje. Nociones como la de “Seguir una regla” o “núcleos centrales de significado” no pueden ser útiles en la medida en que menosprecian su carácter disputado. Estas nociones de algunos teóricos del derecho han sido insuficientes para rescatar la ansiada certeza o estabilidad con la que quieren dotar al derecho.

Sin embargo, esta crítica no pretende quedarse simplemente en ello, sino que debemos aprovecharla y sacarle los mayores beneficios posibles en los diferentes estudios que emprendamos. En este capítulo quiero realizar precisamente esto, beneficiarme de estas observaciones y emplearlas en campo de la interpretación constitucional. Mi idea fundamental es utilizarla para relacionar dicho principio de *seguridad jurídica* con los métodos tradicionales de interpretación que generalmente se utilizan para entender la Constitución. Elaboraré mis ideas abordando estos métodos tradicionales - que en adelante denominaré conservadores - viendo la relación que tienen con la seguridad jurídica. Voy a concluir que sí existe una

relación importante entre ambos, por lo que también se criticarán dichos métodos tradicionales. Dada nuestra postura de negar la seguridad jurídica, la relación que guardan estos métodos con el principio los hacen poco viables para interpretar la Constitución, por lo que pasaré a discutir otros medios que tenemos para interpretarla. Estos métodos los llamaré liberales, en el entendido de que dicha postura liberal o conservadora se refiere únicamente a la actitud que adoptamos frente al papel del juez en dichas interpretaciones. Los métodos conservadores son los que están mayormente influenciados por la seguridad jurídica y tienden a negarles la libertad interpretativa a los tribunales, sucediendo lo contrario con las perspectivas liberales.

En este sentido, el capítulo se divide en varias partes. En primer término, elaboro dicha relación entre métodos conservadores y el principio de seguridad jurídica, explicando la vieja noción de interpretación en que descansan. Un segundo apartado se dedicará a criticar dichos métodos conservadores tratando de demostrar su poca utilidad en las discusiones constitucionales. Posteriormente discutiré nuevas aportaciones para emprender la interpretación constitucional, dando finalmente nuestro punto de vista al respecto. Rescato de nuevo una actitud pragmática con sentido crítico para hacer de la interpretación constitucional un medio mucho más plural e incluyente de todos los sectores de la sociedad, sin necesidad de recurrir a

nuevos mitos y dogmas dentro de la labor interpretativa.

II. Relación entre interpretación y seguridad jurídica: Los orígenes del mito interpretativo

1. El intérprete como Gemólogo¹

En primer lugar, creo que la antigua visión del lenguaje que daba origen a la creencia de certeza y seguridad jurídica se relaciona con una idea de interpretación que también debemos superar. En este sentido, es común pensar que en las labores de interpretación, las relaciones entre el texto y el intérprete guardan una distancia importante, siendo a través de la actividad objetiva y neutral como se llegan a encontrar ciertas características en el texto que nos dicen hemos arribado al significado correcto o incorrecto del texto, pero sin ninguna intervención activa del lector. En nuestro medio esta es la idea de interpretación que se nos ha enseñado y - cómo señala Hutchinson - consiste en creer que: "...el significado es una piedra preciosa que se encuentra escondida en el texto para ser descubierta por el lector..."². Lo anterior obedece a otro dualismo bastante arraigado entre sujeto y texto que debemos reconsiderar. Sin embargo, primero veamos cómo se definen generalmente las labores interpretativas, para hacer patente la adopción de estas ideas. Por ejemplo, García Máynez define la interpretación como la actividad

¹ El Gemólogo es el especialista en piedras preciosas.

² Cfr. "Identity crisis: The politics of interpretation", *New England law review*, p. 1177.

consistente en “desentrañar el sentido de una expresión”³, “interpretar la ley es descubrir el sentido que encierra”⁴. De esta forma, es común que se defina la interpretación de acuerdo a las actividades de desentrañar y descubrir⁵, como si fuera el significado ese objeto escondido en el texto que se encuentra si buscamos cuidadosamente. Este es precisamente el error, porque debe quedar claro que el lector no descubre algo ajeno a su contexto social y político, expliquemos de nuevo lo anterior: El significado al que se llega no es producto de un hallazgo, de algo que se encuentra fuera del sujeto, y algo puro⁶ que con ciertas reglas y pasos podemos llegar a su único y verdadero entendimiento, sino que debemos aceptar que el sujeto, al momento de darle significado a un texto, ya lo está ubicando de acuerdo a su contexto social y político. De esta forma, es imposible aludir a un texto con un significado escondido que sólo el cauteloso en seguir determinados pasos podrá entender correctamente. El dualismo que pretende dividir tajantemente el sujeto y texto ha sido abandonado por una idea que sostiene la necesaria relación y retroalimentación entre ambos⁷. Aunado a lo anterior, también debe aceptarse la construcción social del lenguaje que quedó asimilada con las ideas de Wittgenstein y

³ Cfr. *Introducción al estudio del derecho*, p. 325.

⁴ *Ibid*, p. 327.

⁵ Otros ejemplos son Villoro Toranzo, M. *Introducción al derecho*, p. 254; así como Sergio F. de la Garza, *Derecho financiero Mexicano*, p. 60.

⁶ Cfr. Peller, G. *op cit.*, p. 1169 y 1171.

⁷ E g, cfr. las ideas de Fish mencionadas en el capítulo II

Derrida⁸. Esta construcción social del lenguaje también impide aludir a una noción que ubica el significado como algo ajeno a nosotros, algo en la naturaleza que pretende escapar nuestras contingencias. Con ello simplemente estamos creando nuevos mitos que visualizan un lenguaje perfecto que se descubre. Al respecto, debe quedar claro que no existe ese paraíso que brinda certeza y una supuesta respuesta correcta en torno al entendimiento.

Estos mitos en el lenguaje también tienen sus consecuencias para la interpretación, ya que se ubica al lenguaje y la interpretación constitucional como algo estable, inmóvil, verdadero para todo tiempo y lugar. Pensemos, *e. g.*, en el concepto tradicional que se enseña en torno a la interpretación, éste nos dice que esta actividad consiste en “desentrañar el sentido de una expresión”⁹. Rápidamente debemos cuestionar una cosa: ¿Cuántas veces se desentraña algo? ¿Cuántas veces podemos descubrir el sentido que encierra la ley? Creo que esta idea del lenguaje y por ende de la interpretación, guardan una rigidez ajena a estas actividades. Además, con ello implícitamente se enseña una idea de interpretación poco cambiante, una idea del lenguaje única y ajena a los cambios sociales existentes. Se genera finalmente una noción de interpretación en la cual, una vez descubierta su verdad, una vez encontrada la “piedra preciosa” podemos descansar en paz, dado

⁸ Igualmente remito al capítulo anterior.

⁹ García Máynez, E. *op. cit.*, p. 325

que poca intervención tenemos en su cambio. Estas ideas tienen su ingrediente conservador y perpetuador del *status quo*, ya que si recordamos a Foucault¹⁰ tendremos presente el elemento de poder en el lenguaje, un poder que nos obliga a comprender una diversidad y pluralidad de opiniones en torno al significado. Sin embargo, con la noción tradicional se apela al mito del significado natural y objetivo, eliminando inmediata y arbitrariamente otro significado que puede ser importante. Finalmente se privilegiará una de estas posibilidades, pero ello en ningún momento significa la imposibilidad de otras formas de significado susceptibles a ser discutidas y analizadas. Esta es precisamente mi preocupación en torno al concepto tradicional de interpretación. Un concepto que una vez descubierto el sentido y alcance de las normas, cierra las discusiones en torno a otras formas de entender las mismas. Estamos de nuevo ante otro mito, el intérprete objetivo y neutral que cuidadosamente sigue ciertos pasos para descubrir el significado de la ley. Sin embargo, esta idea debe dar paso a otra que sostenga un intérprete ubicado en su contexto social y político que lo lleva a entender de determinada forma la norma, pudiendo existir otro sujeto con un contexto o “forma de vida” diferente que originé un significado diverso, siempre con la idea de un lenguaje de manufactura social y cambiante de acuerdo al tiempo y las personas.

2. Aplicación y no interpretación: Otro mito

¹⁰ Vease cap. II

Otra idea que me gustaría enfrentar y que se encuentra íntimamente ligada a la anterior, es la noción arraigada en el derecho que afirma la claridad y pureza del texto y sostiene que en ocasiones no es necesario interpretar las normas. Esta idea también se relaciona con el mito de un lenguaje ajeno a lo social que se busca y finalmente se localiza en sus significados. La idea dentro del derecho se entiende si recordamos el adagio latino: “in claris verbis non fit interpretatio”¹¹. Al parecer dentro del derecho queremos eliminar toda intervención humana, pensando que entendemos las normas a través de un proceso surgido en el vacío realizado mecánicamente. Lo anterior es imposible, ya que sucede precisamente lo contrario: Al momento de leer el texto, *i. e.*, cuando nos acercamos a la norma, estamos necesariamente incluyendo nuestras percepciones, introduciendo un bagaje político y cultural que nos ayuda a ver en dicha norma un significado específico. Sin embargo, el derecho - en aras de la certeza - crea el mito de un proceso ajeno a las personas y sus circunstancias. Estoy de acuerdo con Vernengo en que esto deriva de una tradición “algo autoritaria” del jurista¹² que piensa su entendimiento de la norma es la única posible. Esto, por su parte, crea el dogma de que el intérprete no discute o analiza otras formas de entender los conceptos. Resulta sencillo concluir que determinada norma no necesita interpretación, ya que con ello cerramos la discusión;

¹¹ *Cfr.* Sergio F. de la Garza, *op. cit.*, p. 61, adoptando las ideas de Jarach.

¹² *Cfr.* “Interpretación del derecho”, en *El derecho y la justicia*, p. 244.

sin embargo, lo difícil e interesante será que el jurista acepte la multiplicidad de significados y los discuta. En este trabajo pretendemos que se le asigne dicha labor al jurista y que el intérprete esté consciente de la pluralidad, tolerancia y voces que no son escuchadas en las discusiones constitucionales. Es indispensable romper con estos antecedentes autoritarios e intolerantes, para emprender otra visión de la interpretación y el papel que jugamos en ella.

No obstante lo anterior, también existen opiniones que sin adoptar la idea antigua del lenguaje se aferran a la tesis de que en ocasiones no es necesario interpretar. Un ejemplo de ello es Patterson que sostiene la idea de ciertas cosas comunes a todos, que llevan a entender en forma idéntica las normas constitucionales, *i. e.*, reitera este autor la idea de una “forma de vida” compartida por todos¹³. Si recordamos el carácter disputado del derecho que sostengo, la idea de Patterson lleva a otras preguntas complejas, tales como: ¿Quién comparte dichas nociones? ¿Quién decidirá dicho consenso y desde que perspectiva? Lo que finalmente hace recordar el peligro de una actitud autoritaria que establece ese “núcleo central de significado” que no puede ser tan estable y rígido.

3. La explicación del mito interpretativo en la doctrina tradicional

No obstante lo anterior, quiero mencionar aquí los antecedentes en la doctrina tradicional que llevan a las anteriores concepciones adoptar esta visión de la

¹³ *Cfr.* “Wittgenstein and constitutional theory”, *Texas law review*, p. 1854.

interpretación dentro del derecho, esto con la idea clara de que no nos interesa la justificación que pudiesen haber tenido, sino la necesidad de superarlas hoy en día con una visión mucho mas amplia de interpretación no anclada al dogma de la seguridad jurídica.

Como se señaló anteriormente, el origen de esta postura se encuentra en una concepción antigua de la interpretación y el lenguaje que le apostó a la independencia del texto respecto a sus lectores, y puso toda su fe en un lenguaje ajeno a las circunstancias sociales y diferentes perspectivas que se encuentran en él y que originan diferentes significados. Ejemplo de ello es la tradición vigente hoy en día de la escuela de la exégesis. Esta escuela, pensando que así funcionaba el entendimiento de normas y su interpretación, cultivó una excesiva fe en las palabras plasmadas por el legislador en los códigos¹⁴. Una idea rígida y natural del lenguaje llevó a muchos a pensar que la tarea era centrarse en producir obras perfectas, claras y reguladoras de toda la dinámica social. Una vez que se cumplía con esto, la obra ideal legislativa no tenía porque modificarse constantemente e incluso no necesitaba de interpretación, dado que en esta actividad se apelaba a las correctas utilizaciones del lenguaje para hacer poco problemático su entendimiento y aplicación.

Así, surge como consecuencia que las personas encargadas de aplicar dicha

¹⁴ Sobre el origen y desarrollo de esta escuela y sus consecuencias para la interpretación *cfr.* Zagrebelsky, G. *El derecho dúctil*; así como Carmona Tinoco, J. *La interpretación judicial constitucional*.

obra maestra (jueces), sólo se limitaran a alabar el texto en el que fueron plasmadas las leyes. La necesidad de no interpretar el derecho, simplemente obedece a respetar dicha perfección, sin tener ninguna intervención. Esto también generó la mentalidad de una aplicación mecánica y automática de las normas. Las anteriores ideas embonan perfectamente con otros dogmas tradicionales, *e. g.*, una división de poderes que enérgicamente exige una separación nítida en las labores de creación del derecho y su aplicación. Basta recordar, en este sentido, dos de las frases de uno de los creadores del principio de la división de poderes que más han perjudicado la labor del judicial. Al respecto, Montesquieu tranquilamente afirmó que de los tres poderes, el de juzgar es “casi nulo”¹⁵; además, sin mayores reparos señaló que la tarea del juez era de ser “la boca que pronuncia las palabras de la ley”¹⁶. Estas ideas de Montesquieu encuadran perfectamente con la cultura apegada a la escuela de la exégesis, que exige adoptar la noción de un texto independiente, claro y preciso que debe aplicarse automáticamente. Si se acepta lo anterior, es lógico estar de acuerdo en que el papel del juez es limitado, dada la obra divina y perfecta del legislador. Así, el juez necesariamente debe ser “la boca que pronuncie las palabras en la ley”. No obstante lo anterior, debemos reconocer que no existe ese texto que es independiente de su lector. El lenguaje finalmente no puede apelar a una instancia

¹⁵ *Cfr. El espíritu de las leyes*, p. 106.

¹⁶ *Ibid.*, p. 105.

superior que dicte sus usos correctos para siempre y en todo lugar. Sucede prácticamente lo contrario a lo que pensó la exégesis y Montesquieu; *i.e.*, de los tres poderes, el de juzgar es sumamente importante porque tendrá que escoger entre diferentes significados, yendo mucho más allá del texto y ubicándose en una sociedad y época determinada. Asimismo, el juez no sólo pronuncia palabras de la ley, se pronuncia sobre las diferentes concepciones que la sociedad tiene de dichas leyes. De esta forma, el poder judicial adquiere una importancia fundamental al decidir sobre las cuestiones que tanto preocuparon a Montesquieu, *i.e.*, las libertades. Se decía que el objetivo de la división de poderes era garantizar la libertad; sin embargo, esta libertad plasmada en nuestras constituciones está sujeta a interpretación y valoración, siendo el juez el encargado de llevar a cabo esta función. Curiosamente, Montesquieu a final de cuentas está en manos del juez que menospreció, y que atribuyó una participación que no corresponde a las nociones actuales del lenguaje.

No obstante lo anterior, es común encontrarse en nuestro derecho percepciones similares a ésta, *e. g.*, en la jurisprudencia nos topamos con la siguiente idea en torno a la aplicación e interpretación del derecho: *“Cuando un precepto de la ley es claro, no es jurídico buscar interpretaciones del mismo, porque su letra en sentido gramatical no da lugar a dudas”* ¹⁷

¹⁷ Segunda Sala, 5a época, CXXV, p. 1669

Jurisprudencia que piensa en un proceso de entendimiento independiente del sujeto y ajeno a todo contexto social y político. Esta influencia de las exégesis va más lejos, y para ello podemos hacer referencia a otra jurisprudencia que expresamente reconoce a uno de sus representantes:

“De acuerdo con Baudry Lacantinerie, la primer de las reglas de la interpretación de la ley crea la exigencia de que aquella está regida, en primer lugar por la interpretación gramatical del texto, ya que sólo cuando la redacción del precepto que el operador del derecho se ve constreñido a verificar es oscuro y dudoso, atenderá para su interpretación a los principios de la lógica y en último extremo a los principios generales de derecho. De ahí que el mejor medio es el de atenderse a la idea que el texto expresa claramente, pues sólo por excepción, el interprete tiene el derecho y el deber de apartarse del sentido literal de la ley, y es cuando se demuestre claramente que el legislador ha dicho una cosa distinta de la que quiere decir, ya que como consecuencia del carácter imperativo de la ley debe interpretarse según la voluntad que ha precedido a su origen” 18.

Estos son simplemente dos ejemplos que creo resultan aplicables hoy en día

¹⁸ Segunda Sala, 5a. época, CXI, p. 2244. Debo mencionar otra idea similar con otro representante de la exégesis, al respecto Laurent señala: “ Nuestros antiguos legistas modificaban el Derecho tradicional, es decir, ayudaban a desenvolver el derecho; lo creaban. La posición de los intérpretes modernos es diferente. Tienen ante sí un código que obliga a los ciudadanos y obliga también al Poder Judicial: el magistrado y el jurisconsulto están encadenados por los textos; ¿pueden, en nombre de la equidad, corregir una ley que les parece rigurosa? No, ciertamente; porque al proceder así se convertirán en legisladores. Sólo el legislador puede modificar la ley; sólo él puede crear el derecho. *Principes du droit civil*, Tomo I, p. 42, cita en Niño, José A. *La interpretación de las leyes*, p. 206.

por las ideas formalistas que se siguen propagando en nuestras escuelas y dentro de la judicatura. Sin embargo, hay otro aspecto que puede explicar el por qué hemos tomado demasiado en serio las ideas de la exégesis y Montesquieu. En este sentido, es evidente la preferencia que se la ha dado en nuestro país al legislativo por encima del judicial. Nuestros legisladores del siglo XIX consideraban, dentro del esquema divisorio de Montesquieu, al poder encargado de crear el derecho como supremo y superior a los otros dos poderes¹⁹. Una preferencia que si bien no se toma al pie de la letra hoy en día, ha tenido su repercusión. Al respecto, basta señalar la poca o nula alusión que hacemos del judicial en los procesos de transición democrática que estamos experimentando, centrándose la atención en si se debe promulgar la perfecta constitución, pero sin mencionar la importante labor del judicial en la interpretación de dichos postulados.

En un estudio reciente, González Oropeza demuestra - en el campo de la interpretación constitucional - cómo a través de nuestra historia hemos guardado este respeto obsesivo y perjudicial a la figura del legislativo. Por ejemplo, Oropeza menciona antecedentes interesantísimos del siglo XIX de disposiciones que le negaban al judicial llevar a cabo su labor de interpretación, contemplándose que en caso de dudas en la aplicación de las leyes se diera conocimiento al Congreso para

¹⁹ Cfr. Reyes Heróles, J. *El liberalismo mexicano*, Tomo I, p. 230 et seq.

su esclarecimiento²⁰, llegando incluso a la remoción de autoridades que se atreviesen a interpretar la ley²¹. Estos antecedentes nos deben convencer de la enorme influencia que han tenido las nociones formalistas en la interpretación y aplicación del derecho. ancladas en un lenguaje que difícilmente podrá cumplir con estos objetivos.

Una visión pragmática con sentido crítico que se pretenderá rescatar y defender en este trabajo nos obliga a olvidar estas influencias del pasado. La división tajante entre labores de creación y aplicación del derecho son superadas por una donde el judicial, a través de sus interpretaciones, construye conjuntamente el derecho. Un judicial que está dispuesto a discutir abiertamente el carácter disputado de sus normas en forma incluyente y plural desde diferentes perspectivas que actúan en la sociedad. Un judicial que no se escuda en estos dogmas que hemos criticado y que se ubica en los contextos sociales, políticos, económicos y culturales para lograr una sociedad mucho más justa e igualitaria al momento de decidir el significado de las normas. Igualmente se tratará de dejar claro que el judicial en sus interpretaciones no pretende descubrir nada, sino simplemente responder a qué pueden funcionar para el aquí y ahora, sobre todo considerando las consecuencias

²⁰ Cfr. "La interpretación jurídica en México", en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, p. 240. Algunos casos son Jalisco (1824) y Zacatecas (1825). En torno a la interpretación constitucional en México, también cfr. Carmona Tinoco, J. *Op. cit.*, capítulo 5.

²¹ *Ibid.*, p. 241. El ejemplo es Tamaulipas (1824)

sociales de nuestras interpretaciones. El insistir en que el judicial considere las consecuencias sociales de sus resoluciones choca de frente con estas ideas tradicionales. e. g., a través de la jurisprudencia mexicana también se llegó a sostener que: *“la interpretación de las leyes por los tribunales no es obra de legislación y que dicha interpretación debe limitarse a procurar la mas exacta aplicación de la ley, cualesquiera que sean los efectos que pueda producir”*²².

Por si lo anterior no fuera suficiente, estas ideas tradicionales han producido sus reglas o métodos para interpretar las normas. Así, auxiliándose de los anteriores mitos y dogmas, estas concepciones tradicionales aportan una visión limitada en cuanto a las posibilidades existentes dentro de la actividad interpretativa. Estos métodos los denominaré conservadores por la razón - ya advertida - de que tratan de ocultar la verdadera dimensión de la interpretación, negando con ello ciertas libertades que le son propias al juez. Pasaré a exponer cómo se han definido y entendido dichos métodos conservadores, para posteriormente criticarlos. Si esto tiene algo de éxito se discutirá con agrado la mención que hago de otras formas de interpretar la constitución en lo que denomino métodos liberales. Estos métodos liberales no se preocupan tanto por los dogmas y aceptan una concepción de interpretación acorde con las ideas hasta aquí expresadas.

²² Cfr. SJF, 5a. época, Tomo XLIII, Pleno, p. 395. Llego a esta jurisprudencia gracias al estudio de Oropeza: *cf. op. cit.*, p. 247.

III. Métodos conservadores de interpretación: Su ineficacia.

Son varios los métodos que se han elaborado tomando en consideración la concepción antigua del lenguaje y que hacen un enorme énfasis en la seguridad jurídica. En este sentido, pretendemos abordar el estudio y la crítica de los que pensamos son lo más representativos, o por lo menos aquellos que tienen una enorme relevancia en la práctica del derecho. Al respecto, estudiaremos los métodos: gramatical o literal, auténtico o de intención del legislador, y sistemático.

1. Método gramatical

El método gramatical o literal consiste en descubrir el significado de las palabras empleadas en la norma, vinculando al intérprete a las letras de la ley²³. Esto se realiza a través de un proceso mediante el cual se extrae el significado correcto del término empleado por el legislador para lograr un entendimiento completo de la norma. Dicho método se extiende no sólo a la aplicación de las reglas del lenguaje, sino también a las de la gramática²⁴.

El método gramatical corrobora la jurisprudencia que hemos mencionado como ejemplo de la influencia exegética, *i.e.*, aquella tendiente a reducir la interpretación a una tarea que se limita “a procurar la más exacta aplicación de la

²³ Cfr. Larenz, K. *Metodología de la ciencia del derecho*, p. 316; así como Sergio F. de la Garza, *op. cit.*, p. 62, y Villoro Toranzo, *op. cit.*, p. 257.

²⁴ Cfr. Sergio F. de la Garza, *op. cit.*, p. 62

ley”²⁵. Por si no fuera poco, estas nociones exegéticas además de indicar que en ocasiones no es necesario interpretar, en el desafortunado caso de que fuese indispensable, este método vuelve a limitar la actividad interpretativa a una excesiva concentración en las palabras de la ley.

Desde mi punto de vista, estas ideas tradicionales caen en el mismo error dos veces y las críticas mencionadas a la visión que sostiene la interpretación como actividad secundaria vuelven a tomar vigencia. Basta recordar que la idea de aplicación y no interpretación suponía que la lectura del texto era algo natural e independiente del sujeto. Aquí sucede lo mismo, ya que se estima el entendimiento de la norma surge automáticamente, y aunque admiten la existencia de dudas, éstas se resuelven aplicando un método que nos lleva a su utilización correcta.

En este sentido, son varias las observaciones que podemos hacer en torno al método literal o gramatical: En primer lugar, debemos recordar las nociones del lenguaje explicadas en capítulos anteriores y de nuevo advertir la característica cambiante, social y contingente del mismo. Esta idea de recurrir a una interpretación gramatical trata de aferrarse a la tarea que se le encargó al lenguaje en años anteriores que no pudo cumplir; *i.e.*, un lenguaje estable, duradero y sin cambios importantes entre épocas y lugares diferentes. La crítica es en el sentido de que el método gramatical piensa se puede descubrir un verdadero significado.

²⁵ Cfr. SJF, 5a. época, Tomo XLII, Pleno, p. 395.

Recomendando encerrarse únicamente en las palabras, este método piensa que con ciertos pasos a seguir podemos llegar a descubrir un significado ajeno al contexto social, lo cual resulta imposible. No obstante lo anterior, el derecho sigue empeñado en encargarse la tarea de buscar el lenguaje ideal y la interpretación gramatical es un ejemplo de ello. Una idea que demuestra esta obsesión es, *e. g.*, cuando al momento de emprender el estudio de la interpretación, algunos autores le exigen al lenguaje que sea claro, accesible, y sin mayores variaciones en el sentido de sus palabras²⁶. La exigencia es demasiada y nos aferramos a esta visión del lenguaje precisamente por los deseos de certeza en el derecho. Si el lenguaje cumpliera dicho papel uniforme e inmutable, ya hubiéramos llegado con nuestros descubrimientos al lenguaje jurídico ideal, pero no es así, y las cadenas que queremos imponer al intérprete no tienen mayor sentido. La mentalidad de la exégesis pretende afianzar dichas restricciones en los jueces. Esta mentalidad tradicional ve la legislación como ejemplo del lenguaje ideal, y en caso de existir duda en torno al lenguaje, le exigen al intérprete caer de nuevo en el juego de encontrar el verdadero alcance del término centrándose en un análisis conceptual. El juez no debe aceptar lo anterior y no debe fomentar otro mito en el derecho. La tarea del juez es una de ubicarse en los contextos y no apelar a “verdaderos sentidos y alcances”, ya que finalmente el juez determinará el uso que estime idóneo en esos

²⁶ *Cfr. Villoro Toranzo, op. cit., p. 250.*

momentos concretos. Si vemos más allá de las fronteras que impone este método de interpretación, podemos dar pie a la idea de un lenguaje y derecho en constante movimiento que requiere de interpretaciones cambiantes, criticables y sanamente alejadas de los mitos interpretativos propios de la certeza y lenguaje ideal.

No obstante lo anterior, los jueces han caído o han querido caer en la simulación exegetica. Un ejemplo de esta distorsión es la imagen del juez que en vez de analizar su entorno social y político, sus interpretaciones se basan mas bien en diccionarios que lo llevarían a ese lenguaje ideal y perfecto. Se piensa que el diccionario encamina al “paraíso” lingüístico, un paraíso ajeno a sus propias perspectivas de los conceptos. Creo que los jueces deben evitar lo anterior y tener presente que hoy en día la idea de un diccionario prescriptivo que nos dice “cómo hablar” está dando paso a uno descriptivo que - siendo fiel a la noción Wittgensteiniana de que el significado depende de los usos - nos obliga situarnos en nuestras prácticas sociales y culturales²⁷. Así, el intérprete y los jueces valorarán su misión interpretativa sin apelar a autoridades falsas, y aprovechando que ellos determinan dicho uso, pueden orientar la atribución del significado hacia una concepción de justicia en las interpretaciones. No obstante esto será objeto de apartados posteriores, debe quedar clara la inutilidad de las ficciones del método gramatical que solo impiden discutir los asuntos en el derecho de manera sincera y

²⁷ Cfr. Tiersma, P. *Legal language*, p. 115.

responsable hacia los problemas sociales. Si queremos emprender esta tarea, no vamos a necesitar de diccionarios o encerrarnos en el texto de la norma, mucho menos se exigirá resolver una controversia interpretativa social con base en discusiones inútiles de puntos, comas, y acentos de un artículo. El juez debe tener presente que esta labor va más allá de interpretaciones gramaticales.

2. Método auténtico

En un segundo plano, las ideas tradicionales han proporcionado el método auténtico o de la intención del legislador, al grado que junto con el gramatical han sido los más influyentes dentro de nuestro derecho e interpretaciones constitucionales. Basta citar como ejemplo otra jurisprudencia: *“Dos elementos debe tener presentes el juzgador al interpretar la ley: el texto o sentido gramatical de las palabras y la intención o propósitos que llevaron al legislador a dictarla”*²⁸. Este método²⁹ consiste en descubrir la intención que el legislador tuvo al momento de dictar la norma. Con ello se piensa que la ley guarda un espíritu que se puede encontrar a través de la intención del legislador³⁰. Para realizar esta difícil tarea, el intérprete se basa en documentos que expresan las decisiones y objetivos que se tuvieron en cuenta al expedir la norma.

Este segundo método también es producto del formalismo heredado por la

²⁸ Cfr. SJF, 5a. época, TOMO XVIII, p. 116.

²⁹ También denominado *ratio legis* o finalidad de la ley, así lo define Sergio F. de la Garza, *op. cit.*, p. 64.

³⁰ Cfr. Villoro Toranzo, *op. cit.*, p. 257.

exégesis. Para demostrar lo anterior, no encuentro otra opinión más representativa (y totalmente contraria a la visión que aquí queremos dar de la interpretación) que la manifestada por Baudry- Lacantinerie, donde señala: *“la ley debe ser interpretada según la voluntad misma que ha presidido su origen. Desprenderla de ella para hacer variar su contenido con el movimiento social y doblarla a las exigencias de la hora presente a las transformaciones de la existencia, no sería serle fiel: entonces sería el medio el que haría la ley y no ésta la que regiría el medio”*³¹.

Son varias las ideas que podemos expresar en contra de la utilización de este método: Primero debemos negar la concepción tradicional que pretende - de nuevo - descubrir una intención que se piensa se encuentra objetivamente plasmada y lo único que hacemos es encontrarla y establecerla definitivamente. Esto acarrea problemas enormes, ya que pretender colocar al juez en el papel de historiador – sobre todo en la interpretación constitucional – sin dar cuenta del carácter abierto de los estudios históricos. Debe quedar claro que el juez, al igual que cualquier historiador, sólo proporcionan una interpretación más de los acontecimientos, pero nunca una versión definitiva. Constantemente en la labor del historiador se discuten nuevos datos que generan otras interpretaciones y así sucesivamente, lo cual produce una gran cantidad de versiones distintas. Basta citar como evidencia el hecho de que no existen unos cuantos libros definitivos de historia, sino múltiples que diariamente

³¹ Cfr. *Traité Theorique et pratique de droit civil*, p. 210; cita en Villoro Toranzo, *op. cit.*, p. 262.

se producen³², y lo mismo sucede en el caso del derecho. Sin embargo, como vemos con los representantes de la exégesis, se piensa existe una intención definitiva que no da pie a ambigüedades, una intención capaz de ser descubierta. Con esta mentalidad, en la medida que realicemos correctamente la búsqueda, ello nos llevará a la interpretación verdadera³³. Estas ideas simplemente resisten aceptar la contingencia de conceptos como “verdad” y se envuelven en una retórica que no podemos aceptar.

No obstante lo anterior, creo nuestra observación debe centrarse en lo siguiente: ¿Cuál es la conveniencia de gastar tanto tiempo en mejorar nuestras búsquedas de intenciones pasadas? En este sentido, debemos retomar otro de los aspectos positivos de la teoría de Hart cuando deja claras las limitaciones de todo legislador. Al respecto, Hart aportó la limitación de la “relativa ignorancia de hechos”, consistente en tener presente que el legislador no puede conocer el futuro y la forma en que la sociedad se comportará en años venideros³⁴. Al ser esto un obstáculo importante e imposible de superar, debemos cuestionar la idea tradicional que busca infructuosamente intenciones pasadas. Creo debemos aceptar que el legislador no goza de capacidades excepcionales que - al momento de redactar las

³² Sobre los inconvenientes del juez como historiador *cf.* Brest, P. “The Misconceived quest for the original understanding”, *Boston University law review*.

³³ *Cf.* Hoy, D. “Is legal originalism compatible with philosophical pragmatism”, en *Pragmatism in law and society*,”, p. 346.

³⁴ *Cf.* *Concepto*, p. 160 *et. seq.*

normas - lo lleven a resolver los dilemas interpretativos con los que nos podemos enfrentar hoy en día. Como dice Tushnet, finalmente nos vamos a decepcionar porque no vamos a encontrar una intención que nunca tuvieron³⁵.

A las anteriores ideas expresadas en contra de la utilización de este método, debemos agregar la actitud práctica que se tiene al redactar una constitución, esto en el sentido de que en ella necesariamente intervienen ideologías diferentes³⁶ y la redacción de muchos postulados contenidos en la misma se encaminan para agradar la diversidad de tendencias. Sería absurdo suponer que la constitución se redacta con un sólo punto de vista³⁷, sino sabemos que se conforma con varios y ello da pie a que la tarea de buscar una intención verdadera sea inútil. Sin embargo, debe quedar claro que esto no implica que recomendamos centrarse en dichos aspectos históricos, pensando que podemos llegar a establecer versiones finales de las disputas generadas al momento de expedir la constitución. Esto no es así, ya que dichos postulados se deben ver a la luz de nuestras necesidades actuales y futuras. La idea de interpretación que aquí queremos rescatar toma en cuenta las peculiaridades del entorno en que se generan las disputas, sin tener que caer de nuevo en la tentación de reconstituir espíritus e intenciones ajenas a nuestras sociedades actuales.

³⁵ Cfr. "The U.S. Constitution and the intent of the framers", *Buffalo law review*, p. 220.

³⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 219.

³⁷ Cfr. los antecedentes disputados en torno a la redacción de las constituciones mexicanas en Reyes Heróles, J. *El liberalismo mexicano*, III ts.

Relacionando este método auténtico con el gramatical, me surge otra idea en contra de esta forma de interpretación. Me parece que con ambos métodos caemos en un círculo vicioso consistente en que los legisladores, al ver que las interpretaciones se realizan tomando literalmente el sentido de las palabras, piensan que deben prever todos los casos futuros posibles; por su parte, el juez piensa que la interpretación gramatical es una buena forma de interpretar el derecho y se adhiere ciegamente a las palabras de la ley. Esto sólo da como resultado que ambos no den pie a que el derecho se desarrolle a través de la interpretación. Tanto legisladores como jueces excluyen la posibilidad de ajustar el derecho a las necesidades sociales a través de la construcción conjunta del derecho. El juez, por su parte, piensa que todo lo va encontrar en la legislación; en cambio, el legislador elabora códigos, leyes y constituciones exageradamente detalladas con miles de artículos pensando que ha previsto toda situación posible. Sin embargo, cuando ambos piensan están siéndole fiel al principio de seguridad jurídica, sucede precisamente lo contrario por las contradicciones en que suelen caer y los duros golpes que le propina la dinámica social.

3. Método sistemático

Otro método es el sistemático que exige del intérprete un entendimiento de la norma relacionándola con otras dentro del sistema que regulan la misma materia o

que guardan una relación importante para su comprensión³⁸. Burgoa menciona que este método visualiza la interpretación de la norma como “un todo armónico”³⁹ para su entendimiento. Al parecer este método, apartándose del texto de la norma específica que se está interpretando y al no exigir encontrar una voluntad o espíritu de la ley a través del legislador, es uno de los métodos conservadores que le dan mayor libertad al juez. Sin embargo, existen aspectos que nos obligan situarlo dentro de los parámetros interpretativos conservadores, ya que en ningún momento se permite al juez un análisis apartado de la ley, lo cual a su vez constituye su defecto principal. En este sentido, este método sigue pensando en una división tajante de las tareas de creación y aplicación del derecho y le resta el aspecto constructivo a la interpretación que le corresponda al juez. Con este método, el juez no analiza su contexto social y político, no ve el aspecto disputado del derecho y el lenguaje; y además, no se preocupa por las consecuencias sociales de sus resoluciones. Todas estas encomiendas debe tener el juez en sus interpretaciones - sobre todo constitucionales -, pero en el caso de la interpretación sistemática simplemente se amplía un poco el horizonte. Así, la interpretación sistemática omitiendo estos aspectos puede caer en las mismas graves consecuencias que una interpretación gramatical, en la cual si recordamos se debe procurar “la más exacta aplicación de la

³⁸ Cfr. Burgoa, I. *Derecho constitucional mexicano*, p. 392; así como Larenz, K. *op. cit.*, p. 342 y Sergio F. de la Garza, *op. cit.*, p. 64.

³⁹ Cfr *op. cit.*, p 392.

ley, cualesquiera que sean sus efectos”. En cambio, con el método sistemático se puede incurrir en el error de procurar “una exacta aplicación de las diversas leyes, independientemente de sus resultados”. Además, la interpretación sistemática de nuevo parte de la idea de una obra perfecta y clara del legislador y no está consciente de que una sola norma puede tener múltiples interpretaciones, llevando a la difícil tarea de interpretar todas las normas relacionadas con la que se pretende interpretar. En este sentido nos debemos preguntar: ¿Es posible lograr “un todo armónico” con la interpretación sistemática? Al respecto debemos recordar las observaciones del ACD en torno a la seguridad jurídica, donde acertadamente señalan la contradicción de normas y principios dentro del derecho, dadas las diferentes concepciones de justicia y del bien que intervienen en su elaboración⁴⁰. Lo anterior tiene una importancia especial en el campo de la interpretación constitucional, debido a las luchas de significado que ahí se presentan. En este sentido, debe quedar claro que una simple relación entre disposiciones sólo resaltará dichas contradicciones.

El error principal de este método conservador es pensar de nuevo que en la interpretación sólo debemos centrarnos en las leyes y normas, ya que las mismas nos van a dar la pauta para llegar a buenas resoluciones. Sin embargo, no es así y el objetivo de este trabajo es precisamente advertir la necesidad de alejarse del culto a

⁴⁰ *Cfr.* Capítulo II. Concretamente las obras de Unger y Kennedy ahí mencionadas.

los textos legales como depositarios de nuestras respuestas correctas. En general todos estos métodos conservadores son sujetos a esta crítica, los cuales encerrándose en las normas (sea en su “sentido literal”, “voluntad del legislador” o el “todo armónico”) poco a poco han hecho de la tarea interpretativa una actividad repleta de ficciones y simulaciones que en vez de atender las necesidades sociales del momento, pretenden salvaguardar grandes mitos del derecho a los cuales rinden homenaje, independientemente de nuestros contextos sociales en los que nos ubicamos y para los cuales debemos trabajar.

Creo esta es una de las ventajas de los llamados métodos liberales que a continuación discutiremos, ventaja consistente en tomar dichos principios en serio en la medida que sea posible, sin encerrarse en un derecho perfecto que genera graves consecuencias sociales y - como generalmente se piensa - ajeno a las dimensiones políticas, económicas y culturales del derecho.

IV. Los métodos liberales: Hacia una mentalidad pragmática con sentido crítico en la interpretación jurídica

1. La interpretación moral de Dworkin

Al momento de discutir los principales argumentos que proporciona Dworkin en torno a la seguridad jurídica, quedó pendiente su método que aporta para lograrla en el plano de la interpretación jurídica. Para esto Dworkin - y su cómplice

Hércules - constantemente actualizan sus maniobras pretendiendo demostrar lo anterior⁴¹. Para analizar esto, nos ayudaremos de otro de los estudios principales de este autor, *i. e.*, “Law’s empire”, donde las ideas de Dworkin giran en torno a varios postulados centrales que debemos explicar: el derecho como integridad, novela en serie, y el papel de Hércules en los casos constitucionales.

A. El derecho como integridad y la novela en serie

Para fijar la postura del “derecho como integridad”, Dworkin se ayuda de los aspectos de la literatura y propone la idea de una “novela en serie”. Esta novela es escrita por diferentes autores, los cuales cada uno de ellos se dedica a escribir un capítulo; esto a su vez los obliga a interpretar lo escrito con anterioridad por otros escritores en capítulos previos⁴². Los escritores tienen la obligación de construir la novela de la mejor manera posible⁴³. La novela se construye de la mejor manera posible suponiendo que ésta se escribió por una sola persona, ello con el objetivo de

⁴¹ Tengo que mencionar la graciosa anécdota que Balkin utiliza en relación a los constantes esfuerzos de Dworkin para mejorar sus ideas: “One night, an American tenor made his debut at the famous La Scala Opera House in Milan. The performance went exceptionally well until the tenor’s crucial aria in the final act. The tenor, sensing that his performance in this famous aria might establish his reputation forever, brought every ounce of commitment he had into his performance. At the aria’s conclusion, the audience jumped to their feet and with one voice cried, ‘Encore! Encore!’ The tenor was only too happy to comply, but afterwards, the audience asked for another encore, and yet another. Finally, the exhausted tenor addressed his audience: ‘Ladies and gentlemen, being asked for a single encore at La Scala is an honor few tenors are granted, but three? I cannot in good conscience....’ At this point a little old man rose to his feet and interrupted him: ‘You gonna do it again’, he said ‘until you do it right’...”. Dice Balkin que si alguien ha tomado en serio la recomendación del viejito ha sido Dworkin. *Cfr.* “Taking ideology seriously: Ronald Dworkin and the CLS critique”, *UMKC law review*, p. 392.

⁴² *LE*, p. 229.

⁴³ *Idem*.

darle integridad al texto⁴⁴. Así, el capítulo nuevo que se pretende escribir se ajusta al texto y se debe relacionar con su contenido. Cabe advertir que en caso de que la interpretación del nuevo autor no se ajuste al texto, se descarta su participación y se elige una que considere el trabajo en su conjunto⁴⁵.

Esta idea novelística le es útil a Dworkin para relacionarla con la labor de interpretación judicial. Así, lo que los jueces hacen es básicamente considerar el material plasmado por otros jueces en decisiones anteriores. En la retórica de Dworkin, este material es visto como escrito por una sola persona, y además, similar a una novela que contiene principios coherentes adoptados e identificados por la comunidad⁴⁶. Ello también le sirve a Dworkin para dejar claro el elemento de restricción que opera en la interpretación, señalando que así como el autor que escribe un nuevo capítulo de dicha novela tiene que ajustarse al texto y su estructura, lo mismo sucede con los jueces que tienen la obligación de tomar en cuenta el material jurídico existente⁴⁷. Cabe aclarar que estas restricciones para Dworkin no implican adoptar los métodos tradicionales que ya hemos criticado - sobre todo el auténtico o de intención del legislador -, sino que implican una función distinta a la infructífera búsqueda de intenciones⁴⁸.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ *Ibid*, p. 230 y 231

⁴⁶ *Ibid*, p. 225 y 239

⁴⁷ *Ibid*, p. 234

⁴⁸ *Cfr* Dworkin, R. *Freedom's law The moral reading of the american constitution*, p 11 *et seq.*

B. La receta de Hércules

Explicada esta noción del derecho como integridad, pasaremos a ver los pasos que sigue Hércules al momento de realizar sus interpretaciones. Hércules adquirió dos capacidades entendibles a lo largo de estos años, ahora es un seguidor fiel del derecho como integridad, y además se confirma que está dotado de una imaginación envidiable y “poderes intelectuales sobrehumanos”⁴⁹. Los pasos que sigue Hércules son: a) examina y hace una lista de interpretaciones posibles⁵⁰; b) enfrenta las interpretaciones posibles con los antecedentes de jurisprudencia⁵¹; c) analiza si en las interpretaciones existe un principio de justicia, descartando cuestiones derivadas de argumentos políticos⁵²; d) después Hércules analiza las interpretaciones que pasan los filtros anteriores a la luz de las prácticas jurídicas arraigadas, incluso haciendo una comparación de dichas interpretaciones con antecedentes jurisprudenciales que se puedan relacionar con la materia que se trate⁵³; e) posteriormente Hércules se verá ante la posibilidad de escoger entre pocas alternativas y escogerá algunas vertientes, viendo si se ajusta dicha interpretación(es) al conjunto de resoluciones que forman la estructura política⁵⁴; f) entre el par de alternativas que tendrá en estos momentos, Hércules se inclina por aquella que

⁴⁹ *Cfr. LE.*, p. 239.

⁵⁰ *Ibid.* p. 242

⁵¹ *Idem.*

⁵² *Idem.*

⁵³ *Ibid.*, p. 245

⁵⁴ *Idem.*

cumpla el requisito de “ajuste” y sea acorde con la integridad del derecho⁵⁵, y g) finalmente si Hércules pretende escoger una interpretación que no cuenta con antecedentes importantes en la práctica y estructura política, recurre a decidir conforme a la mejor perspectiva de la comunidad desde el plano de la moralidad política⁵⁶.

C. Observaciones a Dworkin

Entonces, ya sabemos cómo se relacionan las ideas de Dworkin del derecho como integridad, su novela en serie, y los pasos que sigue Hércules para interpretar el derecho. Al respecto, las observaciones que le podemos hacer a Dworkin son varias: En primer lugar, Dworkin ignora el carácter disputado del derecho que aportamos, y cae en la tentación del concepto de “forma de vida” para llegar a consensos. Al respecto, ya hemos explicado nuestro argumento, pero debemos reiterar que esa comunidad que menciona Dworkin, esa práctica en el derecho, y dichos principios con los que se identifica la sociedad, no pueden verse desde una sola perspectiva, sino acordes con una multiplicidad de concepciones. Creo Dworkin falla en caracterizar la discusión en torno a los principios como una tendencia a descubrir en la sociedad la visión que encuentra un mayor respaldo, ya que en los casos sumamente debatidos no vamos a poder fijar tajantemente esa preferencia. Lo

⁵⁵ *Ibid*, p. 247

⁵⁶ *Ibid*, p. 249

interesante será decidir - con base en una percepción activa de justicia social - cuál de las diferentes visiones debe prevalecer en una época y lugar determinado. En las sociedades plurales actuales no podemos establecer arbitrariamente una única concepción de sociedad o comunidad, y Dworkin cae en este error. Es lógico que por ello voces oprimidas lancen una preocupación hacia las ideas autoritarias de Dworkin que giran en torno a un solo autor y un juez Hércules⁵⁷. Aunque pienso Dworkin también avanzaría la defensa de las minorías, si recordamos que en el derecho como integridad se impide a un autor dar su punto de vista porque no se ajusta su visión a lo escrito, ello nos orilla a pensar en una actitud intolerante que se puede desprender de las ideas de Dworkin. Además, debemos recordarle a Dworkin que la idea de los grupos oprimidos no es ajustarse a las injusticias del pasado, sino cambiar el *status quo* para bien de la pluralidad, tolerancia y una sociedad mucho más justa e igualitaria.

Otra preocupación en torno a las ideas de Dworkin nos ubica en un dilema. Pensamos, por una parte, defender a Dworkin y su rechazo a los métodos tradicionales de interpretación; pero una lectura de su idea de “novela en serie” nos obliga a pensar que Dworkin, o bien no está dispuesto dejar dichas ideas

⁵⁷ Me parecen fundamentales los siguientes artículos de la colección que agrupa una perspectiva crítica de las ideas de Dworkin: Hunt, A. “Law’s Empire or legal imperialism?”; también *cf.* Hutchinson, A: “The last emperor?”; así como Kerruish, V. y Hunt, A. “Dworkin’s dutiful daughter: Gender discrimination in Law’s Empire”, todos ellos en Hunt, A., editor, *Reading Dworkin critically*, p. 9 a 70 y 209 a 239.

tradicionales, o bien la crítica está a su disposición para realizar sus maniobras teóricas. Por ejemplo, en su idea de interpretación nos menciona la necesidad de ver hacia adelante y no anclarnos en el pasado y así evitar pretender buscar infructuosamente la solución a nuestros problemas con intenciones de un legislador obsoleto; sin embargo, en la novela en serie, Dworkin nos dice que la tarea principal es suponer que ésta fue escrita por una sola persona. Al respecto me pregunto: ¿Esto no supone buscar infructuosamente nuevas intenciones? Si bien Dworkin está dispuesto en abandonar los mitos de la intención del legislador, con su teoría crea una nueva ilusión consistente en el autor único; sin embargo, sabemos que el derecho no puede entenderse de esta manera. Al respecto cabe recordar la crítica del ACD y aceptar que el derecho y sus principios se construyen desde diferentes perspectivas y concepciones morales. La maniobra de Dworkin la encontramos aquí, ya que por una parte sostiene la necesidad de ver hacia adelante en nuestras interpretaciones, pero por la otra afirma la existencia de un texto coherente con el pasado, creo con el ánimo de establecer una impresión apolítica y no ideológica de la función judicial. Una actitud pragmática debe sentirse con la libertad de aceptar que el derecho se escribe por muchas personas con múltiples ideologías. Así, debemos concluir este punto rechazando la versión de Dworkin porque el derecho no es una novela, la poca forma que le podemos dar es a través de una radiografía que nos

muestra claramente las diferentes ideologías que lo integran, resaltando su disputa y falta de interés por continuar una interpretación con base en capítulos anteriores, sobre todo si determinada interpretación necesita cambios importantes de acuerdo a las condiciones sociales. Al respecto, debe quedar claro que el pasado también cuenta con su propia ideología y concepción moral. Esta maniobra de Dworkin la encontramos desde “Los derechos en serio”, donde el autor le encomienda a Hércules presentar una visión de la labor judicial que respete los auténticos derechos institucionales, pero cuando se le presenta un caso difícil le recomienda descartar la historia institucional como inadecuada⁵⁸. Dworkin dice que una salida a la explicación de los cambios en las decisiones de interpretación puede ser por razones políticas⁵⁹, pero pronto la descarta y empieza la magia de su retórica, cuando sería mucho más sencillo explicarlo de esta manera con una mentalidad acorde al carácter disputado del lenguaje y del derecho; además, resaltando su constante adaptación a los cambios sociales.

Otra de mis inquietudes se enfoca al segundo, tercer, y séptimo de los pasos de Hércules en su método para resolver los dilemas de interpretación. En el segundo de los requisitos, Dworkin menciona la necesidad de enfrentar las interpretaciones viables con los antecedentes jurisprudenciales; además, en la cuarta y quinta etapa de

⁵⁸ Cfr. *LDS* p. 196 y 199.

⁵⁹ Cfr. *Ibid* p 195.

su método se le exige a Hércules ver si dichas interpretaciones se ajustan a la práctica jurídica y estructura política en lo general. Al respecto, basta recordarle a Dworkin las lecciones del realismo donde claramente argumentaban que en el mar de resoluciones, jueces y abogados encuentran una o varias acordes con el sentido que queremos darle a nuestra resolución. La jurisprudencia - al igual que las normas - son lo suficientemente amplias como para encontrar contradicciones en las mismas, y la perfecta coherencia que Dworkin quiere encontrar en las decisiones del pasado es una mera ilusión. En este sentido, recordemos las recomendaciones del juez Clark: *"...Si tienes un argumento importante que todos saben es verdad no pierdas mucho tiempo citando una lista considerable de jurisprudencia, sólo alude al mejor caso y con estos es suficiente; sin embargo, si tu argumento no es tan sólido y no estás muy seguro del mismo cita un buen número de precedentes..."*⁶⁰. Lo mismo sucede con el ajuste entre posibles interpretaciones y estructura política que Dworkin exige, ya que el derecho se encuentra lleno de contradicciones y habrá en dicha estructura política algo para todas las corrientes, siendo imposible defender la respuesta correcta que pretende Dworkin.

No obstante lo anterior, Dworkin se adelanta a esta observación y señala que si bien el juez normal no tiene esta capacidad para conocer todo el derecho, para esto

⁶⁰ Cfr. Williams, N. y Yates, A. "Is this legal realism?" *Vermont law review*, p. 742.

está el superjuez Hércules⁶¹. Al respecto lanzo otra pregunta: ¿Cuál es la utilidad de esto? y sinceramente no la encuentro, para mi es mejor aceptar el postulado realista de Frank que señalaba: “El elemento humano de un juez en la administración de justicia es irreprochable”⁶². Porque no partir de esto y ajustar nuestras ideas a los jueces con que contamos. La fragilidad de Hércules se evidencia si recordamos el séptimo paso que sigue en su método. En esta etapa, Dworkin y Hércules se preguntan sobre la posibilidad de justificar un principio novedoso que no ha sido discutido anteriormente en el derecho y no cuenta con antecedentes de peso. La respuesta a este dilema es que Hércules justifica esta novedad con una percepción de la comunidad desde la moralidad política, pero - como ya hemos señalado - ésta no puede ser una sola visión que se descubre y asienta, con la cual todos vamos a estar de acuerdo. Estas percepciones de la comunidad sólo llevan a una falta de certeza en la moralidad política, y finalmente lo que hace Hércules es un acto de elección entre diferentes perspectivas morales. Así, debemos señalarles a los fanáticos de Hércules que para hacer una elección no se necesitan facultades sobre-humanas, un juez común con una fuerte idea de justicia social e incluyente de los diferentes discursos puede llevar a cabo esta función.

Por último, el tercer requisito del método de Hércules nos lleva a una crítica

⁶¹ *Ibid*, p. 245.

⁶² *Cfr* “Mr. Justice Holmes and non-euclidean legal thinking”, *Cornell law quarterly*, p. 579.

ya mencionada al momento de abordar los fundamentos de Dworkin en torno al principio de la seguridad jurídica. Este requisito en la receta de Hércules consiste en descartar todo argumento político o de directriz, frente a los principios que Hércules encuentre en las interpretaciones viables. Simplemente basta recordar el carácter arbitrario de definir qué es un principio y qué constituye un argumento político. Dworkin define y elimina las directrices políticas a su antojo y de acuerdo a sus propias definiciones, recordemos cómo en el caso de disputa entre la libertad de expresión y el derecho a un proceso justo, Dworkin descarta al primero como argumento político, pudiendo fácilmente catalogarse como principio. También resulta discutible como Dworkin ubica los casos de leyes antidiscriminatorias como principios, las cuales pueden ser igualmente argumentos de beneficio social y por ende sujetos a la discusión política en el legislativo. La transición mágica de una norma con su nacimiento como argumento político y su automática aparición en las discusiones judiciales como principio no se debe aceptar. Finalmente lo peligroso en la idea interpretativa de Hércules no son sus técnicas y pasos a seguir, sino simplemente advertir que con ella no va a llegar a un derecho como integridad y mucho menos a las respuestas correctas.

D. Hércules es declarado culpable del delito de Fraude

Dworkin considera las observaciones hechas aquí a su teoría y pretende

defenderse de la postura que finalmente tacha a Hércules de fraudulento. Se le acusa como tal porque en sus decisiones innovadoras no puede sostener que entre las diferentes alternativas que se pudieran presentar encuentra y descubre el derecho existente⁶³. Pretenderé demostrar que a final de cuentas se le debe declarar a Hércules culpable del delito de fraude, y para ello me ayudaré de las ideas que Dworkin sostiene en torno a los casos difíciles en materia constitucional.

Dworkin ya está dispuesto en aceptar que Hércules está inmiscuido en discusiones políticas⁶⁴, pero concluye señalando que el pobre Hércules no tiene otra forma de resolver las disputas y debe manifestar que el derecho lo obliga a resolver de determinada manera⁶⁵. Esta es precisamente mi primera preocupación, porque los jueces no deben escudarse en dogmas consistentes en que el derecho los obliga a resolver de determinada forma. El objetivo de la crítica a la seguridad jurídica y los métodos tradicionales de interpretación es precisamente intentar romper con estas barreras que nos impiden discutir las dimensiones políticas de las interpretaciones en forma mucho más abierta y tolerante a diferentes puntos de vista; sin embargo, Dworkin - si bien no acepta los métodos tradicionales - obliga centrarse de nuevo en discusiones inútiles de si el derecho señala tal o cual resultado, pretendiendo con ello ocultar la evidente participación de visiones políticas en torno a las decisiones

⁶³ *Cfr. LE*, p. 260 y 261.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 259 y 260.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 262.

jurídicas. Como resulta evidente, reitero mi alineación con los teóricos preocupados por las dimensiones autoritarias de Hércules⁶⁶, dado que con este método, el dogma irrefutable de: “así lo dice el derecho”, se convierte en el arma principal con el que se topará un judicial mucho más comprometido con las dimensiones políticas, culturales y económicas de sus decisiones. Al respecto, estamos de acuerdo con Hutchinson cuando señala que el papel del juez en una sociedad democrática es responder y discutir estos casos abiertamente, sin entrar a discusiones inútiles de si el derecho me obliga a tal o cual resultado⁶⁷, dogma que finalmente viene a complementar la obscuridad en la que se encuentra el principio de la seguridad jurídica.

En un segundo plano, Dworkin advierte a los críticos no exagerar la dimensión contradictoria de los principios, y que en cambio, se sumen a la tarea de Hércules de ver orden donde dicen existe contradicción. Para Dworkin, dichos principios contradictorios no son tan importantes como para dar resultados totalmente opuestos en los casos difíciles⁶⁸; además, para esto está Hércules que con los pasos de su método tiene la solución⁶⁹. Pero precisamente es esta recomendación en la que Dworkin falla, ya que los críticos no desean verse

⁶⁶ De nuevo remito a: Hunt, A. “Law’s Empire or legal imperialism?”; también *cfr.* Hutchinson, A: “The last emperor?”, así como Kerruish, V. y Hunt, A. “Dworkin’s dutiful daughter: Gender discrimination in Law’s Empire”, todos ellos en Hunt, A., editor, *Reading Dworkin critically*, p. 9 a 70 y 209 a 239.

⁶⁷ *Cfr.* “The importance of not being Ernest”, *McGill law journal*.

⁶⁸ *Cfr. LE*, p. 268 a 273.

⁶⁹ *Ibid*, p. 273.

inmiscuidos en mitos y mentiras en torno a la labor interpretativa de los jueces. La tarea del crítico es y debe ser de despejar estas fantasías para enfrentarnos a la realidad y dejar firme las dimensiones políticas de las resoluciones. Asimismo, el crítico no debe aceptar un derecho como integridad o “la novela en serie” cuando la función judicial poco tiene que ver con estas recomendaciones. Dworkin también le señala a los críticos que la afirmación de un derecho repleto de contradicciones está sujeta a la carga de la prueba y se deben dedicar a demostrar que la visión del derecho como contradicción es la única que existe⁷⁰. Esta es otra maniobra teórica perfectamente ejecutada por parte de Dworkin, pero que debemos descalificar, porque creo que el ACD sí ha demostrado esta característica de contradicción (*e. g.*, entre altruismo e individualismo⁷¹); sin embargo, es Dworkin quien debe probar que la coherencia de los principios es la única visión que existe, ya que toda su teoría del derecho como integridad descansa en ello. Las contradicciones en los principios se han demostrado (he hecho mi parte con el carácter disputado del derecho), y esto revierte la carga de la prueba a Dworkin.

Veamos como no es tan coherente el derecho - y Dworkin en su teoría - abordando los dilemas en materia constitucional. Al respecto, Dworkin utiliza en uno de sus argumentos el caso de la segregación racial⁷². En este supuesto existe un

⁷⁰ *Cfr. Ibid*, p 273 y 274

⁷¹ *Cfr.* Capítulo II.

⁷² Los antecedentes son: *Plessy v. Ferguson* (1896) y *Brown v Board of Education* (1954). En *Plessy* una ley

antecedente jurisprudencial importante que desde hace tiempo defiende la segregación racial. Sin embargo, se presenta de nuevo el caso en los tribunales y los ministros de la Corte se encuentran ante el dilema de respetar el precedente o acabar con esta práctica inhumana. El argumento de Dworkin es bastante curioso porque le encomienda a Hércules sopesar tres argumentos e interpretaciones diferentes, donde dos de ellos están en contra del respeto al precedente - por ende terminando con la segregación - y uno a favor. Lógicamente, Dworkin y Hércules resuelven a favor del argumento en contra de la segregación. Si esta es la conclusión a la que llegan, inmediatamente nos debemos preguntar: ¿En donde está el respeto a la novela en serie y al derecho como integridad? Dworkin dice que en esos momentos la sociedad norteamericana rechazaba la idea de la segregación y Hércules atendiendo a la comunidad resuelve en este sentido⁷³. Pero la verdad es que la sociedad de ese país se encontraba fuertemente dividida en torno al sentido de la resolución, precisamente son los antecedentes raciales que conocemos y que suscitaron tantas controversias en Estados Unidos los que impiden llegar a una

del Estado de Louisiana prohibió a negros y blancos viajar en los mismos vagones del tren. Homer Plessy - afroamericano - fue detenido por infringir dicha disposición y el caso termina en la Suprema Corte de Justicia de EEUU, donde dicho máximo tribunal no encontró problema alguno con la ley, e implícitamente declara constitucional la segregación bajo la idea de que las razas pueden separarse sin que ello implique un atentado contra la igualdad. Después de numerosos intentos se pone a prueba dicho principio de *Plessy* en el caso de *Brown v. Board of Education*, donde finalmente se anula el precedente y se declara inconstitucional la segregación racial en las escuelas públicas. Para un estudio introductorio y las resoluciones mismas *cfr.* Lockard y Murphy, *Basic Cases in constitutional law*, p. 229 *et seq* El caso es discutido por Dworkin en *LE*, p. 379 *et seq*.

⁷³ *Cfr. LE*, 387.

interpretación correcta del sentir de la comunidad, ya que existía en el sur de ese país una cultura racista que veía como imposible la convivencia positiva entre razas diferentes⁷⁴.

Sin duda, la mayoría de nosotros resolveríamos en contra de la segregación racial, pero discuto lo anterior para demostrar que el apelar a la comunidad no es tan sencillo como pretende Dworkin. Sin embargo, esta resolución fue más una de creación e imaginación jurídica que escuchó las voces de grupos oprimidos. Estas son las tensiones a las que llevan los mitos interpretativos de Dworkin, ya que un caso novedoso no gira alrededor de “novelas en serie” y “derecho como integridad”, aquí están presentes otras visiones del derecho. Por ello, basta aceptar una postura de construcción social del derecho por el judicial, la cual resulta ser cambiante y sujeta a las tensiones políticas, culturales y económicas. Creo que esta idea defiende con mayor éxito la resolución en contra de la segregación, sin exigencias de ajuste y coherencia.

Por todo lo anterior, concluimos que Hércules es un fraude, dado que utiliza la coherencia de los principios y los antecedentes de jurisprudencia a su

⁷⁴ Incluso antes de la resolución *Brown*, las discusiones en la Suprema Corte muestran ciertas reticencias a resolver en contra de la segregación, precisamente por esta cultura y práctica social inmersa en el racismo. Basta mencionar en contra de la aseveración de Dworkin el hecho de que existió después de *Brown* una resistencia para admitir las consecuencias de la inconstitucionalidad de la segregación. Para esto se puede *cf.* Tushnet, M. y Lezin, K. “What really happened in *Brown v. Board of Education*”, *Columbia law review*; asimismo, véase Lively, D. “Desegregation and the Supreme Court: The fatal attraction of *Brown*”, *Hastings constitutional law quarterly*.

conveniencia. Estos dogmas constituyen un subterfugio bastante cómodo para alegar, en ocasiones, el respeto a la integridad ; sin embargo, en casos novedosos se guardan para ser utilizados en otra ocasión. La postura que aquí queremos rescatar pretende eliminar la tentación del fraude con una discusión de la interpretación constitucional en su dimensión política, cultural y económica, sin respuestas correctas y solo con la humilde idea de beneficiar la idea de justicia social para un aquí y ahora. Creo que con ello también eliminamos el dogma de que el derecho nos orilla a tomar determinadas resoluciones, ya que se debe aceptar que no es únicamente el derecho lo que nos obliga, sino estas otras dimensiones que construyen nuestras interpretaciones.

2. La interpretación crítica.

Una respuesta inmediata a la interrogante de cuál es el método ideal que los críticos aportan en cuanto a la interpretación constitucional es: ninguno⁷⁵, ya que como veremos, un gran número de seguidores se muestran escépticos a la idea de los derechos como medios para alcanzar reformas sociales importantes. No obstante lo anterior, creo son valiosas algunas nociones de los críticos que ayudan a comprender cabalmente el tema de la interpretación. En este sentido, en este apartado mi tarea es explicar y defender algunas nociones en torno a estos temas proporcionados por los

⁷⁵ Aunado a la razón que mencionaré, está la imposibilidad de señalar un método único e ideal en el que todos los críticos estén de acuerdo.

críticos, para después comprender su aportación que se explica cabalmente agregándole el escepticismo antes mencionado. Explicaré en un apartado posterior mi postura en contra de esta visión negativa de los derechos con una exposición de la misma publicada recientemente por Tushnet⁷⁶, dando así mi visión en torno a la interpretación constitucional ubicada entre el pragmatismo y lo rescatable de la visión crítica.

Creo una de las aportaciones fundamentales de la visión crítica es su rescate del postulado realista de que derecho y política no están tan distanciados como queremos imaginar, y en estos temas de interpretación constitucional debemos valorar el aporte. La postura crítica reitera la imposibilidad de apelar a un objeto puro, fuera de toda construcción social, para dotar de significado a las normas⁷⁷. Es aquí precisamente donde debemos ubicar el aspecto político de la interpretación, entendiendo la dimensión política como diferentes visiones de alcanzar una sociedad mucho más justa e igualitaria, o - como lo menciona Hutchinson - una dimensión política del derecho que aborda “los conflictos que se generan sobre los aspectos social, económico, institucional, etcétera, de nuestras vidas sociales y colectivas”⁷⁸. Para la visión crítica, estos aspectos no se pueden marginar del derecho y lo que la teoría tradicional de interpretación implica es una negación de los mismos,

⁷⁶ Cfr *Taking the constitution away from the courts*. [de aquí en adelante *Taking away*.]

⁷⁷ Cfr Peller, G. *op cit.*, p. 1170.

⁷⁸ Cfr “The importance of not being Ernest”, *McGill law journal*, p. 236 nota 7.

pretendiendo representar estas actividades como si se produjeran en el vacío. Así, la idea crítica es que no debemos apelar a una supuesta objetividad y neutralidad, ya que ello implica ejercer el poder para ubicar en el margen otras formas de ver las cosas⁷⁹.

En este sentido, creo la visión de los críticos es bastante útil - ya ha sido mencionada y rescatada lo suficiente -, dado que nos obliga discutir dentro del derecho los problemas de los marginados, nos urge centrar la atención y abrir los ojos al hecho de que nuestra convivencia en diferentes ámbitos genera diversas concepciones en torno a los valores⁸⁰. Asimismo, la tarea crítica no debe hacer hincapié sólo en las diferencias culturales, sino en las desiguales proporciones en que se concentra lo económico y discutir cuál es el papel del derecho y nuestras interpretaciones en ello.

A. Observaciones a Tushnet y Hutchinson: En defensa de la interpretación y los tribunales como colaboradores del cambio social

No obstante lo anterior, esta visión crítica no es tan optimista como me gustaría. Cuando todo parece estar listo para una defensa de la sociedad más justa e igualitaria, cuando Hutchinson menciona - acertadamente - que la relación entre derecho y política no debe verse como un obstáculo, sino como una oportunidad

⁷⁹ Cfr. Peller, G. *op. cit.*, p. 1275.

⁸⁰ Cfr. Kennedy, D. "A cultural pluralist case for affirmative action in legal academia", en *Critical Race Theory The key writings that formed the movement*, Kimberle Crenshaw, et al. editores, p. 165

para lograr la justicia social⁸¹, en esta visión se asoma la idea de que la interpretación constitucional - y en general los tribunales - no deben verse como instancias propicias para lograr lo anterior.

Por esto señalamos anteriormente que una respuesta tentativa al método que proporciona el ACD nos orillaba a un resultado negativo. Sin embargo, debe quedar claro que la postura crítica no es una de retroceso que pretende rescatar la pureza en el derecho y por ende obligar al judicial a buscar el significado objetivo de las normas, sino que las diferencias radican en los resultados que se pretenden lograr y los medios para alcanzar dicha justicia en las sociedades. En este sentido, los críticos se muestran escépticos al no considerar como espacios idóneos los tribunales para lograr esta lucha. Estiman finalmente que el judicial tiene pocas posibilidades de jugar un papel trascendente⁸².

En el ACD, algunos de sus representantes ven a la democracia - y en general la discusión política ante el legislativo - el medio correcto para el debate relativo a la sociedad que deseamos. Este es el caso, *e. g.*, del mismo Hutchinson quien hace eco de las limitadas posibilidades de transformación social a través de una discusión

⁸¹ *Cfr.* Hutchinson, A. "Going places - Moving beyond crisis", *University of Toronto law journal*, p. 268 [de aquí en adelante *Going places*]. Esto no significa que los críticos no estén dispuesto a ello, (la influencia de la corriente crítica en este trabajo debe ser palpable), sino que no ven en los derechos o garantías individuales y sociales una puerta aprovechable para lograr dichos objetivos, ellos prefieren enfocar su atención a otros temas y vías, sin concentrarse demasiado en el poder judicial. Mi idea - como se explicará más adelante - es seguir viendo en estos derechos un subterfugio necesario, aunque no sea el único.

⁸² *Cfr.* Unger, R. *CLS*, p. 57.

importante de interpretación constitucional. Hutchinson adopta la idea de que los cambios sociales se producen independientemente del judicial, el cual puede que llegue a una resolución importante, pero los cambios finalmente obedecen más a la movilización social que a los tribunales⁸³. En esta visión de Hutchinson, lograr la justicia social debe ver más allá de los límites que imponen las discusiones de interpretación constitucional, sobre todo por su carácter individualista que ignora las constantes opresiones a grupos marginados⁸⁴.

Otra inquietud de los críticos que también me preocupa es la insistencia de relacionar la crítica a la seguridad jurídica, (*i. e.*, interpretaciones objetivas y neutrales) con este pesimismo hacia los derechos y tribunales como agentes que impulsan el cambio social. Es común encontrarse en los trabajos, *e. g.*, de Tushnet o Hutchinson la afirmación de que debido a los mitos con los que se suelen involucrar los jueces y tribunales en su retórica de objetividad, esto impide una discusión abierta de las condiciones políticas y sociales existentes⁸⁵. A esto inmediatamente debemos responder que la crítica emprendida por el realismo y que hemos tratado de defender aquí (que también postula la corriente crítica) no es en vano, sino debe tener sus consecuencias precisamente en el campo de la teoría tradicional que pretende describir una función judicial ajena a nuestras sociedades. Creo que el

⁸³ Cfr. "Doing the right thing?: Toward a postmodern politics", *Law and society review*, p. 781 y 782.

⁸⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 783.

⁸⁵ Cfr. Hutchinson, A. *Waiting for Coraf. A critique of law and rights*, p. 22.[de aquí en adelante *Coraf*].

objetivo de la crítica no es cerrar el libro e ignorar la actividad judicial señalando que recurre a este tipo de discursos cuestionables. La meta es tener un judicial que discuta esta problemática en forma mucho más abierta y plural, recomendándole que no siga escudándose en los mitos y dogmas tradicionales del derecho. Como lo mencioné al iniciar este trabajo, la crítica debe tener una utilidad, y debemos centrar nuestra atención en ello. En este sentido, creo Hutchinson no toma muy en serio sus propias palabras que recomiendan usar estas críticas y ponerlas en práctica, no considera Hutchinson su idea de que la relación derecho y política no debe verse como inconveniente, sino aliciente para lograr la justicia social⁸⁶.

Este es también el error que comete Tushnet al reducir la discusión en torno a la inseguridad jurídica a un postulado que resulta irreconciliable con la fe que muchos tienen hacia los derechos y preceptos constitucionales para lograr el cambio social⁸⁷. En este dilema, Tushnet piensa que debemos escoger entre defender la inseguridad jurídica o privilegiar un cambio social a través de la discusión de los derechos. Tushnet escoge el primer aspecto (*i. e.*, defender la inseguridad jurídica), pero ignora que la crítica a la seguridad jurídica no debe verse como todo o nada, es una crítica con un mensaje bastante claro donde no se acepta un judicial con su retórica oficial que niega una pluralidad de significados y por ende diferentes

⁸⁶ *Cfr. Going places*, 268.

⁸⁷ *Cfr. Tushnet, M. "An essay on rights", Texas law review*, p. 1384 *et. seq.*

visiones en torno a lo cultural y social en las constituciones. Empeñándose en alegar una falta de certeza, creo Tushnet nos lleva a un callejón sin salida que nos orilla a no poder defender ante los tribunales nuestra idea de justicia en las discusiones de derechos e interpretación constitucional. No pienso que este deba ser el objetivo, sino dejar clara la multiplicidad de entender las normas constitucionales y no aceptar las descripciones tradicionales. En este sentido, se debe entender que la función del juez será la de decidir en los contextos específicos tomando en consideración las circunstancias sociales, las necesidades entre los individuos dentro de la sociedad y sus exigencias particulares tomadas en su conjunto para lograr la justicia social.

Analicemos una postura pragmática que sí está dispuesta a utilizar las herramientas que usamos diariamente en el derecho para lograr la justicia social. Posteriormente vamos a concluir el capítulo rescatando lo rescatable de ambas posturas y emitiendo nuestra opinión personal.

3. La interpretación pragmática

No obstante lo difícil que pudiera ser agrupar en un sólo rubro de pragmatismo concepciones tan diferentes, intentaremos hacer lo anterior resaltando algunas ideas pertinentes y coincidencias aplicables a un importante sector pragmático. Posteriormente nos ubicaremos en una visión particular del pragmatismo que pensamos debemos defender en este trabajo. Ello nos ayudará para

concluir con ciertas ideas que pensamos se deben considerar al momento de emprender la interpretación constitucional.

A. Postulados principales de la postura pragmática

Una noción importante dentro del pragmatismo - y en general de estos métodos liberales - que debe quedar clara, es que los textos no nos van a servir como único medio para alcanzar interpretaciones viables. El texto o la norma no son sino el punto de partida para llevar a cabo la labor de interpretación y se debe ver más allá de los mismos. Un caso que expresa estas ideas claramente es el de Posner⁸⁸, quien auxiliándose de nuevo en Holmes⁸⁹ (y la idea de ver al derecho colocado en contextos sociales y políticos específicos) sostiene que la interpretación consiste en complementar las diversas disposiciones normativas y no en dedicarse a descubrir el significado estricto de sus palabras o intenciones del legislador. En torno a la

⁸⁸ Existe al citar a Richard Posner una tensión indiscutible entre las ideas expresadas en este trabajo y las consecuencias que pudieran tener en otro ámbito su lectura, sobre todo por las varias facetas de su obra: Por una parte, Posner es conocido dadas sus aportaciones al análisis económico del derecho; sin embargo, en otra representa una visión considerable del pragmatismo, dada su reciente afiliación - o más bien exaltación - de estas ideas. Esta dificultad no sé en que medida se pueda superar por las diferencias importantes en ambos sectores; sin embargo, debo advertir que aquí sólo se tratará de rescatar al Posner pragmático, sin ninguna alusión a su pasado económico - formalista. Las distancias que deseamos guardar tienden a ver como desafortunado el principio motor del análisis económico del derecho consistente en el objetivo de "maximizar la riqueza". Lo anterior por las ideas a las que finalmente orilla este postulado, tales como negar el deber de ayudar al necesitado, o simplemente reducir el análisis de problemas sociales importantes en términos de valor y mercado. El alejamiento del propio Posner de sus fundamentos iniciales puede ser un parámetro para rescatar su pragmatismo; pero reitero, es imposible establecerlo de antemano. El pragmatismo que aquí se defiende, tiene que ver más con el profeta de Rorty, Cornell West, y las preocupaciones de Minow y Radin. Por ello hago una advertencia de mis alusiones a Posner. En cuanto a los cambios de Posner, se advierte lo anterior con un breve vistazo comparativo entre su primer *Economic analysis of law* con *Overcoming law*. Estas preocupaciones también se pueden ver en Bix, B. *Jurisprudence: Theory and context*, capítulos 18 y 21; asimismo *cf.* las observaciones de Duxbury, N "Pragmatism without politics", *The modern law review*, p. 595 y 596.

⁸⁹ *Cfr.* las defensas de Posner a las nociones de Holmes en *Overcoming law*, p. 197.

interpretación constitucional, Posner menciona que dada la importancia de los temas que ahí se discuten, - e. g., cuestiones de índole político, económico y cultural - debemos advertir que no estamos tratando con meras cuestiones gramaticales o semánticas⁹⁰. El objetivo para Posner es lograr buenos resultados pragmáticos.

Otro objetivo con el cual creo puede convergir la postura pragmática es en el de valorar mucho más el presente, las necesidades actuales y del futuro⁹¹, sin estar anclados en el pasado y decisiones anteriores. Por ejemplo, para el mismo Posner la consistencia con el pasado no debe verse como un fin en si mismo, sino como medio para alcanzar buenos resultados en los contextos actuales que nos ubicamos⁹². En torno a estas ideas de Posner, sólo debemos aclarar que, en el amplio espectro del pragmatismo, esto no se debe tomar tan literal. Un pragmatismo mucho más progresivo advierte que no todo lo del pasado es malo, y las conquistas jurídicas que logremos en materia de justicia social deben servir como antecedentes importantes y valiosos para luchar por estos ideales⁹³.

Otra característica importante del pragmatismo es que sus representantes y seguidores no buscan elaborar grandes teorías universales y aplicables a todo tipo de disputas judiciales. Con el pragmatismo uno se convierte en agnóstico respecto a las

⁹⁰ Cfr. Posner, R. *Problems of jurisprudence*, p. 302 et seq.

⁹¹ Cfr. Posner, R. "Pragmatic adjudication", *Cardozo law review*, p. 5

⁹² *Idem*

⁹³ Cfr. West, C. "The role of law in progressive politics", en *The Politics of law: A progressive critique*.

ideas que guardan pretensiones generales y científicas. El objetivo no será establecer esa gran teoría que con sus fundamentos teóricos resuelva todo tipo de dilemas y con la cual podamos asegurar un rumbo sin complicaciones. Como bien lo menciona uno de sus representantes, el pragmatismo sirve como una liberación a nuestras pretensiones teóricas y de rigor científico⁹⁴. Creo Grey también tiene razón al advertir que la falta de una teoría no debe paralizarnos al abordar nuestros temas, simplemente por el hecho de que ésta no se ha elaborado⁹⁵. Una mentalidad pragmática no espera la teoría que solucione todos los problemas, sino que trabaja con el material existente.

Estas advertencias del pragmatismo resultan importantes; sin embargo, en el derecho se siguen elaborando teorías generales que pretenden tener la respuesta correcta a todo tipo de sistema jurídico y situación social, pero pronto fracasan. El hecho de que estas grandes teorías no cumplan sus objetivos no parece ser un factor importante para otros autores que caen en la misma tentación. Veo esta situación como lamentable, dado que las expectativas modernas y racionalistas nos dijeron que esperaríamos quietos y pronto vendrían las grandes teorías a salvarnos de nuestros problemas; empero, no han llegado dichas teorías y creo que no debemos

⁹⁴ Cfr. Grey, T. "What good is legal pragmatism?", en *Pragmatism in law and society*, p. 9 y 10 [de aquí en adelante *What good*]; así como Rorty, R., "The banality of pragmatism and the poetry of justice" en *Pragmatism in law and society*, p. 92 [de aquí en adelante *Banality*]

⁹⁵ Cfr. Grey, T. *What good*, p. 10. Agrega Grey que los pragmatistas corren el riesgo de que sus ideas no sean vistas por el obsesionado con las teorías como lo suficientemente teóricas, *cfr. ibid*, p. 9. Sin embargo, creo esto no debe ser un obstáculo importante.

tener más esperanzas. La demora ha sido suficiente y debemos encargarnos nosotros de nuestros problemas tomando en consideración nuestras peculiaridades. En el campo de la interpretación basta advertir que no encontraremos esa teoría perfecta e ideal, sino que debemos trabajar con las herramientas a nuestro alcance.

B. El pragmatismo rescatable

Hasta aquí podríamos decir que el pragmatismo tiene estas características comunes; sin embargo, este énfasis en lo actual, en los contextos, y en la construcción del derecho genera alternativas diferentes que cada uno podrá aprovechar. Al respecto, Rorty señala que una vez el pragmatismo sirva para criticar postulados que se creían eternos e inmutables, una vez que nos ayude a despejar la mente de los restos del pasado, este autor ya no le ve más utilidad al término⁹⁶. Sin embargo, nosotros nos debemos preguntar qué vamos a hacer con este énfasis en los contextos sociales y construcción del derecho. Reiteramos que las respuestas son variadas en el pragmatismo; sin embargo, aquí queremos aportar una visión que rescata algunas ideas ya manifestadas en capítulos anteriores.

Para este pragmatismo se debe reiterar la necesidad de ubicarse en los contextos actuales y preguntarse cuál será la mejor decisión para el momento

⁹⁶La idea de Rorty es que asimiladas estas críticas fundamentales, debemos ver hacia el romántico, el poeta, o el profeta, más que al pragmático. No estoy muy seguro de esta división tan tajante y por ello dentro del mismo rubro de pragmatismo menciono ideas que el mismo Rorty calificaría como propias del profeta. Al respecto *cfr.* Rorty, R. *Banalities*, p. 92 y 93. Un ejemplo que sirvió de influencia en este trabajo para formular la anterior observación ubicada en el pragmatismo es el estudio de Cornell West. "Prophetic pragmatism: Cultural criticism and political engagement" en *Pragmatism A contemporary reader*.

preciso, en el entendido de que se trata únicamente de soluciones temporales⁹⁷. Se trata de un pragmatismo donde el ubicarse en los contextos sociales, políticos y económicos significa centrar nuestra atención a los grupos marginados y poco incluidos en las decisiones constitucionales. Por ejemplo, esta es la idea de Minow y Spelman que ven la urgencia de ocuparse del problema de clases sociales, razas y diferencias de género⁹⁸. En este sentido, de acuerdo con Radin, la labor del juez es estar siempre atento a voces que se mantienen en silencio y que pretenden cuestionar las formas tradicionales de abordar los problemas sociales⁹⁹. Debemos reiterar que se trata de una labor judicial atenta a las diferentes maneras de ver y entender las normas constitucionales, que debe tener presente el carácter disputado de sus postulados, dada la pluralidad cultural y social en las que se encuentran inmersas nuestras interpretaciones.

Este pragmatismo, e. g. en Minow y Spelman, urge eliminar las exageraciones de grandes teorías y abstracciones que sólo niegan la mirada a hechos o personas específicas¹⁰⁰. Desde mi punto de vista, se trata de un pragmatismo que exige situarse en los problemas sociales actuales y valorar nuestras interpretaciones en torno a ello, es también la necesidad de rescatar los antecedentes realistas que

⁹⁷ Radin, M. "The pragmatist and the feminist" en *Pragmatism in law and society*, p. 128,129 y 142.[de aquí en adelante *The pragmatist*]

⁹⁸ Cfr. Minow, M. y Spelman E. "In context" en *Pragmatism in law and society*, p. 248.[de aquí en adelante *Context*]

⁹⁹ Cfr. *The pragmatist*, p. 148.

¹⁰⁰ Cfr. *Context*, p. 256.

demandaban la necesidad de no terminar con una interpretación sin considerar las consecuencias sociales de la misma.

Se trata finalmente de un pragmatismo que no se puede calificar como defensor del *status quo*, sino que aprovechando las críticas a las teorías y su supuesto carácter neutral y apolítico, lucha por esa sociedad mucho más justa e igualitaria. Bien señalan Minow y Spelman que el énfasis en lo contextual no implica una negación de principios o una dirección política específica, sino que este pragmatismo advierte sobre los peligros de lo “universal”, “general” que en muchas ocasiones ha servido para favorecer a ciertos grupos de poder en la sociedad, perjudicando a muchos otros¹⁰¹.

Sin embargo, como quedará claro en el siguiente apartado, esta visión que deseamos rescatar no se concentra sólo en los grupos menos favorecidos y con ello cierra la discusión en torno a otros aspectos y protecciones individuales contenidas en nuestra Constitución. El objetivo no es este, sino comprenderlos en su conjunto. No obstante lo anterior, mi percepción es que en esta retórica objetiva y neutral de nuestras interpretaciones, definitivamente quienes salen perdiendo son precisamente estas voces poco atendidas. Por ello el énfasis en una crítica dirigida principalmente a una mayor apertura y pluralidad en las discusiones constitucionales.

4. De nuevo entre el pragmatismo y la crítica: Tomando la relación entre

¹⁰¹ *Ibid*, p 261.

derecho y política en serio

Complemento estas ideas ubicadas dentro del pragmatismo y cómo pienso debe ser este pragmatismo regresando a la visión negativa que sostiene la inutilidad de las discusiones de interpretación constitucional como medios que pueden influir en el cambio social. Me sirve el estudio actual de Tushnet como principal parámetro que defiende esta postura. Tushnet llega a sostener la necesidad de ventilar las discusiones en torno a la interpretación constitucional en otro medio que no sean los tribunales, para él es más importante defender nuestras visiones en la arena política propia del legislativo y los representantes populares, logrando con ello una intervención mucho más directa de los gobernados y finalmente una Constitución popular¹⁰². Tushnet defiende la idea de que los cambios sociales se producen en buena medida ajenos al papel que juegan los tribunales, siendo más importante la movilización política que la judicial para lograr la justicia social¹⁰³. Para este autor es un error ver en la Constitución un documento que contiene todas las respuestas correctas que deseamos, ya que esto trae como consecuencia que la población, en caso de no encontrar un respaldo constitucional a su inquietud, piense que finalmente no tenía ninguna justificación en plantear su defensa¹⁰⁴. Esta postura crítica también niega la importancia del papel del abogado en los cambios sociales e

¹⁰² Cfr. en general *Taking away*.

¹⁰³ *Ibid*, p. 136, 137, 186 *et seq.*

¹⁰⁴ *Ibid*, p. 138

insiste en otros foros diferentes al jurídico¹⁰⁵, ya que las movilizaciones sociales generalmente se adelantan a las batallas en los tribunales¹⁰⁶.

Defendiéndome de cada una de estas ideas de Tushnet, explicaré una postura pragmática con sentido crítico que niega esta visión negativa en torno a los derechos y discusiones constitucionales: En primer lugar, este autor menciona la necesidad de quitarle al judicial de las manos estas discusiones y ventilarlas en otros medios diferentes. Mi observación es en el sentido de que Tushnet, al parecer en estos momentos, está inconforme con la actuación del judicial y encuentra un subterfugio en otros medios para lograr una participación más activa de sus ideas. Lo anterior no lo podemos aceptar porque debemos tener presente que nunca vamos a estar siempre de acuerdo con las soluciones de interpretación constitucional a las que llegue el judicial, legislativo o ejecutivo. Creo Tushnet nos lleva a otro callejón sin salida, porque imaginemos a los representantes populares - o el organismo que queramos - decidiendo en forma conservadora estas cuestiones, sin considerar las enormes desigualdades económicas o las diferentes perspectivas de minorías y grupos menos favorecidos de la sociedad. En este sentido, por el descrédito emprendido por Tushnet, la posibilidad de ver hacia el judicial cae en una ilusión errónea y pérdida de tiempo. Sinceramente no veo la utilidad práctica de esta idea de

¹⁰⁵ *Ibid*, p. 141

¹⁰⁶ *Ibid*, 146 y 147.

Tushnet, no entiendo por qué descartar de antemano la interpretación constitucional a través del judicial. Creo que ambos foros deben servir a lo anterior y calificar a uno mejor que otro es pensar que siempre estarán integrados por las mismas personas que llegarán a conclusiones similares, acordes o no finalmente a lo que pensamos se debe emplear para lograr la justicia social. Las críticas que debemos organizar al momento en que se lleguen a resoluciones conservadoras, será pertinente en ambos foros, y no sólo en uno de ellos. Desafortunadamente también Hutchinson escoge esta senda, cuando señala que los problemas de pobreza y justicia social para los marginados quedan minimizados en una discusión en torno a los derechos¹⁰⁷. No dudamos que esto pueda distorsionarse así; sin embargo, el problema no es éste, sino que borrando estas discusiones en el campo de la interpretación judicial constitucional sólo se lograría un retroceso en la crítica que hemos lanzado a la seguridad jurídica, regresando los tribunales a su pureza y por ende cerrando los ojos ante estas injusticias. En este sentido, estos críticos también sostienen¹⁰⁸ que en aras de la objetividad y neutralidad del discurso jurídico, el derecho legitima las injusticias que se cometen. Sin embargo, debemos señalar que si bien el derecho genera estas consecuencias, lo mismo puede suceder con un discurso abierto e incluyente, el cual finalmente puede lograr cambios importantes si capitalizamos la

¹⁰⁷ *Cfr. Coraf, p. 95 et seq.*

¹⁰⁸ *Cfr. Ibid, p. 101.*

crítica a los dogmas tradicionales del derecho.

Regresando a Tushnet, éste menciona como segundo argumento la idea que la Constitución no se debe ver como un documento que contiene todas las respuestas correctas, ya que se corre el riesgo de que en caso de no resolverse la demanda a su favor, la sociedad pensará que no tenía inicialmente una justificación para plantearla. Creo que la forma de presentar este argumento no es la adecuada, veamos porque: Ciertamente no podemos esperar todas las respuestas correctas en la Constitución, algunas interpretaciones de los tribunales serán malas, otras buenas, dependiendo de nuestras perspectivas; sin embargo, las que pensamos son erróneas debemos combatirlos. No creo que la sociedad, al momento de no encontrar la solución a sus demandas, se vea derrotada y piense que no tenía justificación para plantearla. Mi punto de vista le da más crédito a la sociedad, una sociedad que está consciente del carácter cambiante y dinámico de las interpretaciones. No creo que se vean - ni se deben ver - a los ministros, jueces, etcétera, como dioses con facultades excepcionales que llegan a respuestas correctas, que una vez resueltas nada podemos aportar para sus conclusiones. Nuestra misión en este trabajo es precisamente divulgar el carácter cambiante y político de las interpretaciones, sin propagar la idea de una interpretación objetiva a la que se llega, valedera para todo tiempo y lugar. Al parecer Tushnet acepta que la sociedad siga pensando se desentraña una vez por

todas la Constitución. Sin embargo, con ello sólo se transmite una visión de la interpretación que elimina su carácter crítico que debe tener, precisamente para no alimentar un *status quo* que limita las posibilidades de cambio social.

Otra idea de Tushnet que debemos analizar es la afirmación de que las victorias importantes logradas a través de la interpretación constitucional no tienen mayores consecuencias, dado que detrás de dichos logros judiciales se encuentran movilizaciones sociales importantes. Este argumento tampoco me parece del todo convincente, veamos porque: Al parecer Tushnet quiere que las exigencias sociales se originen al momento de presentarse nuestra demanda ante los tribunales. El autor finalmente desea que la victoria lograda a través de la interpretación inicie y termine de acuerdo a los plazos que la ley establece para el proceso respectivo. Desde mi punto de vista no podemos aceptar lo anterior, dado que tanto las movilizaciones sociales como las discusiones que se presentan en los tribunales, se ubican en contextos sociales específicos. Creo Tushnet exagera en su demanda para que los tribunales participen en alcanzar reformas importantes, dado que ni una u otra acción surge del vacío histórico, social y político. Puede ser que tanto movilizaciones como demandas judiciales tengan una relación importante. Debemos recordar a Tushnet que no todo inicia y termina con los procedimientos jurídicos, esto ignora las dimensiones sociales del derecho.

Finalmente, otro aspecto importante de la respuesta de Tushnet es cuando deja claro el papel limitado que tenemos los abogados para lograr este cambio social. Inicialmente estoy de acuerdo con lo anterior, ya que no debemos tomarnos tan en serio; sin embargo, mi idea es de no descartar la discusión en los tribunales para discutir el cambio social. Estoy de acuerdo con Hutchinson y Tushnet en que debemos ver hacia la democracia¹⁰⁹ y otros foros importantes, pero así como estos autores nos alertan sobre las vanas esperanzas que tenemos en el judicial, lo mismo debemos advertir en estos otros foros si se ven como los únicos capaces de llegar a esta transformación. Desde mi punto de vista, la idea es dejar las puertas abiertas, no cerrarlas e incluir todos los ámbitos de discusión. El judicial es importante en esta medida y no lo debemos descartar adoptando mitos y dogmas que sólo han impedido su participación activa, este es el objetivo de nuestra crítica. En este sentido, ciertamente el papel del abogado y los tribunales es limitado porque no vamos a ser los únicos que puedan lograrlo, pero si podemos y debemos colaborar.

Explicado lo anterior, queda bastante clara la postura que pretendo rescatar, esta es una donde se vea en las discusiones de interpretación constitucional una alternativa que tenemos para plantear la necesidad de escuchar las desigualdades y necesaria protección de libertades. La multiplicidad de entendimiento en torno a las

¹⁰⁹ Las inquietudes en torno a las reformas democráticas que necesitamos hoy en día se pueden *cf.* en Cárdenas, J. *Una Constitución para la democracia*.

normas no es un obstáculo insuperable, sino una grieta que debemos explotar y explorar para discutir constantemente los temas de justicia en el derecho. En este sentido, creo que la visión crítica falla porque no brinda una utilización práctica de los derechos. Por su parte el pragmatismo resulta útil, dado que nos obliga a ubicarnos en los contextos específicos, sin detenernos en el pasado. Además, así analizamos la utilidad de nuestras interpretaciones para estos momentos y el futuro social que deseamos.

Para esta visión entre el pragmatismo y la crítica también es indispensable poner un énfasis especial en lo que denominamos “métodos liberales”, ya que su mérito consiste en discutir mucho más abiertamente los conflictos de visiones que se dan dentro del derecho, sin su trinchera respectiva de objetividad y neutralidad que sólo pueden llevar a mayores injusticias. Debe quedar claro que el mérito de una postura pragmática no debe tomarse tan en serio, *e. g.*, llegando a la conclusión de que el método necesario a seguir es el pragmático o crítico. Lo que debemos aprovechar de estas ideas es precisamente su falta de método y reglas específicas que pretenden dar recetas necesarias que el juez debe seguir para llegar a interpretaciones interesantes. Estos métodos no son métodos en el sentido tradicional de la palabra, ya que nos exigen aterrizar nuestras interpretaciones en el contexto histórico - social, sin pensar que nuestras resoluciones atienden a criterios ajenos a

ello. Tiene razón Peller cuando advierte la arbitrariedad de pretender establecer una teoría de la argumentación jurídica, dado que cuando exigimos ciertos requisitos y establecemos límites de lo que podemos o no hacer, se cae en un acto político que sólo elimina ciertos discursos y privilegia otros¹¹⁰; sin embargo, el obsesionado con teorías y pasos a seguir incurre en el error de establecer toda una estructura legal que pretende alejar las discusiones jurídicas de las políticas.

Este pragmatismo con perspectiva crítica recomienda dentro de nuestras interpretaciones apelar al profeta de Rorty y West, aprovechando el derecho en términos progresivos para lograr la justicia social. También exige rescatar la lucha realista en contra del formalismo y su defensa contemporánea crítica que concluye con una vinculación importante entre derecho y política. No obstante algunos críticos establecen una lista de reformas y cambios indispensables para la sociedad justa¹¹¹, mientras se logra lo anterior debemos actuar con lo que tenemos a nuestra disposición, y aquí la discusión judicial en las interpretaciones constitucionales será de utilidad. Como dice Radin¹¹², el pragmatismo con su énfasis en la práctica ayuda la visión crítica, y desde mi punto de vista considero injusto hacer esperar a todos

¹¹⁰ Cfr. en general "Metaphysics of american law", *California law review*.

¹¹¹ El ejemplo es de nuevo Roberto Unger: Cfr. en general *CLS*. Una interpretación del estudio de Unger llega a evidenciar esta poca participación del judicial en las grandes propuestas de reforma social. Cfr. Harris, J.W. "Unger's critique of formalism in legal reasoning: Hero, Hercules, and Humdrum", *The modern law review*, concretamente p. 46 y 47.

¹¹² Cfr. Radin, M. y Michelman, F. "Pragmatist and poststructuralist critical legal practice", *University of Pennsylvania law review*, p. 1044 *et seq.*

hasta que lleguen estas grandes reformas.

Asimismo, creo que con esta visión pragmática y sentido crítico se ampliaría la discusión constitucional en forma positiva. Si bien los críticos no están de acuerdo con el enfoque unidimensional que en términos de derechos individuales impone la retórica oficial, si nos ubicamos en nuestro contexto constitucional mexicano, éste nos da una esperanza bastante prometedora, ya que mientras estos otros países lamentan la inexistencia de un gran apartado social dentro de sus constituciones¹¹³, nosotros sí podemos trabajar con estos postulados que tenemos a nuestra disposición. La Constitución mexicana contempla principios básicos en torno a la salud, educación, trabajo, y vivienda; además, se hace un énfasis en igualdades sociales y culturales. Un fuerte énfasis en lo social de nuestras garantías vendría a complementar su dimensión individualista. En este sentido, tiene razón Lynd al señalar que debemos analizar el contenido social de todos los derechos, *e. g.*, una libertad de expresión que beneficia a la sociedad en su conjunto¹¹⁴. Aquí el problema no es uno de dar respuestas definitivas y pasos a seguir para que esto se logre en la interpretación constitucional, insisto que esta postura no está para recomendar lo anterior, sino que en cada caso específico tendremos que valorar las

¹¹³ En el caso de EEUU *cfr.* Tushnet, M. *Taking away*, p. 169; para Canadá *cfr.* Hutchinson, A. *Coraf*, p. 36 *et seq.*

¹¹⁴ *Cfr.* Lynd, S. "Communal rights", *Texas law review*, p. 1431, considerando las observaciones de Ed Sparer

diferentes perspectivas, visiones y concepciones, con una idea plural e incluyente de otras voces, pero sobre todo viendo hacia el futuro y discutiendo la dimensión social, política y económica de nuestras interpretaciones. Los jueces en su visión pragmática y crítica no deben esperar la gran teoría que solucione estos dilemas entre lo individual o social. Lo más probable es que ésta nunca llegue y mientras tanto debemos trabajar con lo que está a nuestro alcance. Reitero que resulta erróneo pensar que las discusiones constitucionales acabarán definitivamente con los grandes problemas sociales; sin embargo, es indispensable ver el papel que juega el derecho en estos temas, sobre todo en el acceso a dichas garantías por grupos y personas que son poco escuchados.

No obstante lo anterior, esto simplemente sigue siendo una esperanza, dado que las discusiones de interpretación constitucional en nuestro país se encuentran lamentablemente reducidas a cuestiones formales y procesales que guardan una obsesión casi enfermiza con el principio de seguridad jurídica. En el siguiente capítulo trataré de relacionar esta obsesión con las críticas aquí sostenidas, con el objetivo de ampliar la justicia constitucional a otros temas no relacionados con la seguridad jurídica, para así aprovechar los principios sociales contenidos en nuestra Constitución por jueces pragmáticos con sentido crítico.

Capítulo Cuarto
La obsesión del derecho mexicano con
la seguridad jurídica

I. Introducción

Este capítulo tratará de resumir la postura pragmática con sentido crítico en dos aspectos fundamentales del derecho mexicano. En primer término, intento explicar la obsesión de la justicia constitucional mexicana con la seguridad jurídica. Hemos criticado este principio y pusimos dichas observaciones al servicio de una visión de interpretación distinta. Aquí el objetivo es similar, aprovechar esta crítica para que los tribunales mexicanos se dediquen a una discusión mucho más amplia de justicia social conforme a la Constitución mexicana sin detenerse en sus artículos 14 y 16 que acaparan la discusión en torno al amparo mexicano. Para ello me tendré que remitir a la historia y el desarrollo de esta mentalidad *formalista* en la justicia constitucional, para así ver los inconvenientes y discutir nuevas propuestas.

En un segundo apartado vamos a analizar el caso de la objeción de conciencia para ver cómo el formalismo exagerado de los tribunales mexicanos lleva a un discurso excluyente e intolerante respecto a una minoría religiosa que debemos proteger en una sociedad plural y democrática. Lo anterior es con el objetivo de demostrar que también la pureza y trinchera de la objetividad tiene - consciente o inconscientemente - su propia ideología conservadora que perjudica la visión de justicia social. Para ello explicaré brevemente en qué consiste la figura de la objeción de conciencia y posteriormente ver el planteamiento que como grupo

religioso minoritario hicieron los Testigos de Jehová y el tratamiento que se le dio en los tribunales y la Comisión Nacional de Derechos Humanos¹.

II. El formalismo en la justicia constitucional mexicana

1. Introducción

Señalamos en el capítulo anterior que el juez pragmático con sentido crítico desafortunadamente tiene pocas posibilidades de proponer sus interpretaciones con base en la justicia social, dado que el derecho mexicano tiene una obsesión en seguir al pie de la letra el principio de seguridad jurídica. Aquí pretendemos explicar dicha enfermedad, estudiando la figura del amparo casación. Si bien el poder judicial tiene el deber de interpretar y decidir en torno a la amplia gama de garantías individuales y sociales contenidas en nuestra Constitución, los tribunales mexicanos se dedican - casi exclusivamente - al análisis de las garantías 14 y 16, que curiosamente constituyen los principios de seguridad jurídica. Uno de los motivos por el cual la justicia constitucional mexicana adolece de este vicio es por la existencia del amparo casación. Al mencionar la figura del amparo casación, quiero delimitarla a los amparos promovidos por violaciones al 14 y 16, concretamente en sus párrafos siguientes:

Artículo 14.- “En los juicios del orden civil [es más amplio que esto], la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”.

¹ De aquí en adelante CNDH.

Artículo 16.- “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

Estas dos garantías entran de lleno en los temas interpretativos que hemos abordado: El 14 constitucional por exigir una aplicación estricta conforme a la letra de la ley, y al abordar el tema de los métodos de interpretación; por su parte, el artículo 16 al demandar una debida fundamentación y motivación de los actos de molestia, dado que las sentencias deben cumplir lo anterior indicando los preceptos que son aplicables al caso y demostrando la relación existente entre hechos y norma para producir las consecuencias jurídicas.

En este sentido, una de nuestras preocupaciones principales es que estamos frente a cuestiones de legalidad, no de constitucionalidad, y si bien el amparo mexicano es uno de los medios de defensa constitucional que tenemos, resulta extraño que se dedique exclusivamente a ello. Por otra parte, dichas violaciones giran en torno a la “estricta aplicación de la ley”², por lo cual, las críticas mencionadas en capítulos anteriores deben servir advirtiendo la imposibilidad de lograr esta certeza absoluta.

² *Cfr.* los comentarios al artículo 14 de Héctor Fix Zamudio en la Constitución Comentada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Estas inquietudes no son nuevas - el recorrido histórico que se menciona a continuación lo demostrará -; sin embargo, queremos auxiliar con nuestros argumentos a las personas que se oponen a esta figura en el derecho mexicano.

2. Un recorrido constitucional y reglamentario

Creemos que es obligatorio empezar este capítulo aludiendo a nuestra historia, ya que sin estas bases resulta muy difícil entender al amparo casación, las vicisitudes que se dan en su reglamentación y consolidación son aspectos fundamentales que sin ellos no se puede lograr comprender con total pulcritud esta figura del amparo. Además, si no agotamos lo anterior, podríamos llegar a repetir argumentos ya dados a lo largo del trayecto que sirvió para consolidarlo.

A. El Acta de Reformas y la Constitución de 1857

En este sentido, es el Acta de Reformas Constitucionales del 21 de Mayo de 1847 nuestro punto de partida. Es en este documento donde surge el amparo³ a instancia de Mariano Otero y su voto particular que veía la necesidad - ante la reinstalación de la vigencia de la Constitución de 1824 y el federalismo - de perfeccionar el sistema de control constitucional en nuestro país. Así, Otero edifica un sistema de control constitucional dividido básicamente en tres partes: a) el control de leyes estatales; b) el control de leyes federales; y c) el amparo⁴. Todos sabemos

³ Claro que no debemos omitir sus debidos antecedentes y para esto se puede *Cfr.* Soberanes, José L. *Historia del derecho mexicano*, p. 182 *et seq.* Fix Zamudio H. *Ensayos sobre el juicio de amparo*. Mateos Santillán J. "Los primeros juicios de constitucionalidad y amparo: 1847-1853" en *Revista jurídica jalisciense* y del mismo autor "La reinstalación de los juicios de constitucionalidad con efectos generales en México" en *Revista jurídica jalisciense*[de aquí en adelante *Reinstalación*]

⁴ *Cfr.* Mateos Santillán, J, *Reinstalación*, p. 43

que poco fue lo que quedó de la fórmula Otero, pero lo que si prosperó fue el artículo 25 de dichas actas que decía: “*Los tribunales de la federación ampararán a cualquier habitante de la república en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo, ya de la federación, ya de los estados; limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre el que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que lo motivare*”. Como vemos, el amparo en sus inicios no comprendió una revisión de los actos de los poderes judiciales de los estados o federales, pues en este artículo Otero se limitó a los otros dos poderes.

El sistema ideado por Otero tendría una existencia efímera, primero por la interrupción de la forma federal de gobierno con las Bases del 22 de Abril de 1853, donde poco a poco los conservadores se fueron deshaciendo del federalismo⁵; ya después con la entrada en vigor de la Constitución de 1857⁶. Es en esta Constitución donde se desata el problema, dado que ésta al redactar lo relativo al amparo lo hace en los siguientes términos: *Artículo 101.- “Los tribunales de la federación*

⁵ Cfr. Tena Ramírez, F. *Leyes fundamentales de México*, p. 481 et. seq.

⁶ Debemos explicar lo anterior: Cuando decimos que la verdadera fórmula Otero se pierde en la Constitución del 57 nos referimos al hecho de que esta *lex fundamentalis* no tomó en consideración los primeros dos aspectos que señalamos de dicha forma, i. e., el control de leyes estatales y leyes federales dejadas al poder político (cosa que hoy si tenemos con el 105), sino que sólo considera el mencionado artículo 25 de las Acta de Reformas

*resolverán toda controversia que se suscite: I. Por leyes o actos de cualquier autoridad que violen garantías individuales... ”*⁷

De esta forma, la cuestión central era la interpretación que se debía hacer de este artículo, concretamente al hacer referencia a “*cualquier autoridad*”, ya que o bien se atendía a los orígenes del amparo - siéndole fiel a Otero - o se entendía que al omitir expresamente a los poderes legislativo y ejecutivo abarcaba al judicial. Lógicamente la polémica toma fuerza al discutirse las leyes reglamentarias sobre la materia.

2. La primera Ley de Amparo (1861)

Antes de entrar de lleno a esta ley, queremos mencionar que en los primeros proyectos, *e. g.*, en el de Domingo M. Pérez Fernández⁸, se vislumbra que no era, *prima facie*, la intención de dichos proyectos que los actos judiciales entraran a ser protegidos vía amparo. Así, el proyecto de Fernández señalaba como autoridades susceptibles de ser responsables vía amparo al congreso general, legislaturas de los Estados, el presidente, gobernadores, etcétera, pero en ningún momento alude al poder judicial⁹. Coincidimos con Barragán, en el sentido de que al no manifestarse expresamente a las autoridades judiciales (en estos proyectos) parece ser que la idea del amparo judicial no estaba muy arraigada¹⁰, sino que los errores en los que podía

⁷ Para un análisis del texto original *Cfr.* Tena Ramírez, *op. cit.*, p. 624

⁸ Esto en el año de 1857

⁹ *Cfr.* Barragán Barragán, José. *La primera ley de amparo*, p. 29.

¹⁰ *Ibid.*, p. 37.

caer el poder judicial se ventilaba vía juicio de responsabilidad. Lo anterior también lo vemos en el proyecto de Dublán, así como en otros, ya que al parecer esta era la tendencia en las ideas previas a la ley de 1861¹¹.

La primera Ley de Amparo promulgada por Benito Juárez el 30 de Noviembre de 1861 no señaló nada al respecto. En ninguno de sus 33 artículos menciona al amparo judicial, incluso, ni repite la fórmula de la Constitución del 57 que mencionaba a “*cualquier autoridad*” susceptible de violar garantías individuales. Su artículo 2do. se limitaba a señalar: “*Todo habitante de la república que en su persona e intereses crea violadas las garantías que le otorgan la Constitución... ..tiene derecho de ocurrir a la justicia federal.... Solicitando amparo y protección*”. No obstante lo anterior, vuelve a surgir un problema de interpretación, ahora en relación al artículo 3ro. de dicha ley reglamentaria que en una de esas interpretaciones veía la puerta para el reconocimiento del amparo judicial y otra lo negaba. Este artículo señalaba la competencia del juez de distrito de conocer amparo y agregaba que si fuese el mismo juez quien motivare la queja, el amparo se haría ante su respectivo suplente. Cómo vemos, algunos veían la posibilidad del amparo judicial a nivel federal, lo que al parecer dio origen a un número significativo de planteamientos de amparo¹².

¹¹ A diferencia del proyecto de Pacheco. Sobre esto Cfr. Barragán, *Ibid*, p. 65.

¹² Cfr. Soberanes F. Jose Luis, “Notas sobre el origen del amparo casación en México” en *Boletín mexicano de derecho comparado*, p. 531[de aquí en adelante *Notas*]

Así, resulta que la cuestión no es tan clara y aunque algunos pretenden encontrar las bases del amparo judicial, no existen elementos suficientes para afirmar que hasta esos momentos el implantar la figura del amparo judicial haya sido una decisión premeditada. Al parecer aquí también el legislador estuvo pensando en la figura del juicio de responsabilidad más que en el amparo. Lo anterior se corrobora si atendemos que al plantearse de nuevo la necesidad de una ley de amparo, las discusiones giraron en torno al amparo judicial y la necesidad de reglamentarlo.

C. Segunda Ley de Amparo (1869) y sus discusiones

Así, una iniciativa de ley de amparo exclamó en un artículo: “ *Contra los actos de un tribunal de la federación no habrá recurso de amparo, sino solamente de responsabilidad...* ”¹³ . Pero las intenciones de este proyecto no prosperaron como tal, ya que en el Congreso se manejaba un artículo con redacción distinta que señalaba: “ *No es admisible el recurso de amparo contra sentencias de los tribunales de la federación. Tampoco lo es contra las sentencias interlocutorias y definitivas de los jueces de tribunales de los estados, que no causen ejecutoria; en consecuencia, sólo se dará entrada al recurso después de pronunciada la sentencia definitiva que cause ejecutoria* ”¹⁴ .

¹³ *Ibid*, p. 532. También se puede Cfr. Barragán Barragán, J. *Proceso de discusión de ley de amparo de 1869*, p. 8 *et. seq* [de aquí en adelante 1869].

¹⁴ Cfr. Soberanes F. José Luis. *Notas*, p. 533

Este artículo - de aquí en adelante artículo 8vo. - fue motivo de múltiples intervenciones de legisladores que guardaban un conocimiento impresionante del tema. A continuación queremos hacer alusión a algunos argumentos que se dieron en esta discusión, no con el afán de detenernos en cuestiones históricas, sino porque nuestros comentarios y críticas deben tomar en consideración lo anterior y no aislarse del contexto social en el que se dio la discusión.

Estas discusiones empezaron el 28 de Diciembre de 1868 hasta el 9 de Enero. Lógicamente las posturas van dirigidas en dos sentidos, los que niegan el amparo judicial y los que lo aceptan:

En pro del amparo judicial. A) El primer argumento común tendiente a aceptar el amparo casación es el de Herrera, quien señalaba el asunto estaba resuelto por el artículo 101 constitucional al señalar a "cualquier autoridad" para efectos de autoridad responsable. Debido a que los jueces de primera instancia eran autoridades, también eran susceptibles de violar garantías individuales¹⁵. B) Otro argumento era aquel que indicaba que el establecimiento del amparo judicial no era establecer una tercera instancia, sino por el contrario, se tendría una mayor justicia en el fallo¹⁶. C) Algunos manifestaban que con lo anterior no se atacaba la independencia de los Estados, dado que los artículos 40 y 41 no tenían la extensión para predicar lo anterior. D) Velasco aludía a cuestiones de supremacía

¹⁵ Cfr. Barragán Barragán, J. 1869, p. 185

¹⁶ *Ibid*, p. 186

constitucional para señalar la necesidad de que los actos judiciales de los Estados se sujetaran a la Constitución. E) También Velasco nos advertía que la soberanía de los Estados no es absoluta, sino limitada por los mismos preceptos constitucionales¹⁷.

Argumentos en contra del amparo judicial. A) Ríos y Valles brillantemente expone lo erróneo que es conceder amparo contra las sentencias de los Estados, ya que así sus leyes quedarían violadas, además de su soberanía. Este argumento agrega que los litigios se perderían en un laberinto de instancias. B) También para Ríos y Valles era necesario señalar que el 101 constitucional no obligaba a conceder el amparo judicial, porque se hablaba de leyes o actos y la palabra actos no era aplicable a las sentencias, por lo que era necesario atender al espíritu del 101 más que a su aspecto gramatical¹⁸. C) Otra preocupación era que se estaba creando una cuarta instancia, lo que resultaba contrario al propio artículo 24 constitucional. D) Algunos se oponían porque si se aceptaba el amparo judicial, ya no se podía hablar de sentencias ejecutorias en los tribunales estatales, debido a que todas serían susceptibles de revisión por los tribunales federales. Donde expresamente veía esta preocupación al señalar que con base en el 14 constitucional¹⁹ todo asunto sería materia de amparo. E) Otra opinión que debemos alabar es la de Ríos y Valle quien, al contestar la opinión de algunos que señalaban la necesidad de que los actos de los tribunales

¹⁷ *Ibid.*, p. 189

¹⁸ *Ibid.*, p. 180

¹⁹ El 14 constitucional señalaba la garantía de ser juzgados por leyes dadas con anterioridad al hecho y "aplicadas exactamente por el tribunal". Este artículo se verá posteriormente con más detenimiento. Sobre esto *Cfr Ibid.*, p. 206 y Soberanes F. José Luis. *Notas*, p. 536

locales fueran sometidos al escrutinio constitucional, señala: “*creo que los tribunales de los Estados se bastan a si mismos para hacer esta calificación....*”. Así, desde entonces se hablaba del conocimiento de cuestiones constitucionales por parte de los Estados, y lo mismo manifiesta Dondé percatándose de la necesidad que los tribunales locales velaran por la constitucionalidad de sus actos. F) Para Baz aceptar el amparo judicial perjudicaría los intereses políticos y privados de la nación²⁰. G) Dondé agrega que la eficiencia de la judicatura no se resolvía estableciendo más revisiones a los fallos, sino que esta eficiencia era resultado de otras cuestiones.

Estos son sólo algunos de los argumentos que consideramos fundamentales para percatarnos de lo elevado de las discusiones y la vigencia actual de las mismas. Pero ¿Qué pasó a final de cuentas con el artículo 8vo? El 9 de Enero se sometió a discusión y se aprobó con algunas modificaciones, el resultado - afortunadamente desde nuestro punto de vista - fue un artículo que señalaba: “*No es admisible el recurso de amparo en negocios judiciales*”.

Opiniones de las opiniones: Sería muy conveniente criticar las opiniones que defendieron el amparo judicial, ya que no podemos ubicarnos en el contexto social y político de la época. No obstante lo anterior, pensamos que las críticas con las que se vieron enfrentados los defensores del amparo judicial, desde entonces nos advierten los grandes problemas que implicaría su adopción. Para nosotros son loables

²⁰ Cfr. Barragán J. 1869, p 192

posturas como la de Ríos y Valles alegando la soberanía de los Estados. La visión de Ríos y Valles, junto con la de Dondé ven a los tribunales locales capaces de decidir cuestiones constitucionales valiéndose por si mismos. Asimismo, debemos resaltar la idea de Dondé que al interpretar el 14 constitucional ya advertía que el amparo judicial iba a acabar con las resoluciones de los tribunales estatales. Pero con lo que más estamos de acuerdo es la postura que estos opositores guardan respecto a la interpretación constitucional. Es importante señalar esto porque estas personas veían a la Constitución en forma más trascendental que un simple documento, veían la necesidad de sopesar los efectos de sus interpretaciones. Al parecer estas personas tenían las mismas preocupaciones²¹ y por ello - en parte - coincidimos totalmente con los opositores de la implantación del amparo judicial.

D. De los criterios jurisprudenciales a la constitución de 1917

Los problemas de interpretación vuelven a surgir, ahora al interpretar y aplicar dicho artículo 8vo de la segunda ley de amparo.

a. El amparo Vega

El Tribunal Superior de Justicia del Estado de Sinaloa revisa una sentencia de Don Miguel Vega (juez de Culiacán). Dicho tribunal no se limita a revocar dicha sentencia, sino que más allá de su simple revocación, multa y suspende al juez en sus

²¹ Señalo como ejemplos las interpretaciones de Baz, quien señalaba el amparo judicial perjudicaría los intereses políticos y privados; así como la de Ríos y Valles que se alejaba del texto constitucional en el artículo 101 para lograr una interpretación más acorde con los intereses sociales y así lograr la no implantación del amparo judicial.

funciones y también como abogado²². El juez Vega interpuso amparo y el juez de distrito de Culiacán se negó a recibirlo con fundamento en el artículo 8 de la ley de amparo de 1869. Posteriormente, mediante recurso de revocación ante la Suprema Corte, se le exige al juez de distrito estudiar el fondo del asunto; sin embargo, dicho juez federal llega a la conclusión de que no es posible conceder el amparo. Mediante revisión se vuelve a ir el asunto a la Suprema Corte y finalmente el máximo tribunal concede el amparo. Así, - como lo menciona Soberanes - implícitamente se declara inconstitucional el artículo 8 de la segunda ley de amparo²³.

Este amparo Vega nuevamente abre las puertas al amparo judicial, quedando sujetas las resoluciones de los tribunales locales a los juzgados federales. Dentro de estos amparos judiciales estaban aquellos que alegaban violaciones al artículo 14 constitucional que establecía como derecho fundamental: “...*nadie puede ser juzgado ni sentenciado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho, y esactamente (sic) aplicadas.....*”²⁴. Cómo vemos, la preocupación de Dondé cobra vigencia, ya que se empezaron a llenar los tribunales federales de revisiones de casi todas las resoluciones de los tribunales locales.

b. El amparo Larrache (1879) y las ideas de Vallarta

²² Cfr. Carrillo Flores, A. *La Constitución, la Suprema Corte y los derechos humanos*, p. 119 y 120.

²³ *Notas* p. 539 y 540.

²⁴ Para ver el texto original de la Constitución de 1857 Cfr. Tena Ramírez, *op. cit.*, p. 608.

Con motivo de una disputa civil, a través de Vallarta, la Suprema Corte fija un criterio que ayudó a limitar la barbaridad de aceptar por inexacta aplicación de la ley amparos por doquier.

En este juicio hipotecario, Vallarta resuelve y sostiene la imposibilidad de que *la exactitud en la aplicación de las leyes sea vista como una garantía individual en los juicios civiles, pero que si lo debía ser en los negocios criminales, sus razones eran básicamente las siguientes:* a) Era imposible para la Suprema Corte conocer de todos los asuntos en materia civil; b) La Constitución no facultaba a la Suprema Corte para realizar esta función, facultad que debía ser expresa y clara; c) Si se admitía dicha facultad se estaría violando el pacto federal, vulnerando así la soberanía de los Estados; d) Los derechos del hombre no se debían confundir con los derechos civiles que son de carácter secundario. Además, agregaba Vallarta que el amparo judicial en materia civil sí era procedente por violaciones a otras garantías, pero no así la de exacta aplicación de las leyes (*e. g., irretroactividad, etcétera*)²⁵.

La opinión de Vallarta fue combatida por Lancaster Jones quien argumentaba que la garantía constitucional contenida en el artículo 14 sí se debía aplicar a los asuntos civiles, ya que esta garantía de exactitud en la aplicación de la ley significaba la necesidad de que: a) no se fallara en contra de ley expresa; b) no se aplicaran leyes a una materia que correspondían a otra, y c) que no se atormentara el

²⁵ Cfr. Soberanes Fernández José, L. "Vallarta y el amparo Larrache", en *Revista jurídica Jalisciense*, p. 13 y 14 [de aquí en adelante *Amparo Larrache*]

verdadero sentido de la ley, ni se le desviara de su objeto. Además, agregaba que el argumento relativo a la soberanía no era digno de considerarse, porque la soberanía de los Estados debía ceder ante el respeto a las garantías individuales²⁶.

La tesis de Vallarta prevaleció por tiempo considerable. Sin embargo, después de que se fijara este criterio, los abogados buscaban el respaldo de otros artículos constitucionales para que se lograra la revisión de cuestiones de legalidad en los asuntos civiles, sobre todo con base en los artículos 16 y 27 de la carta magna.²⁷ En 1892 se vuelven a otorgar amparos con base en el 14 constitucional en materia civil²⁸.

Cómo señala Soberanes, también a nivel doctrinario se discutió el tema. En este sentido, queremos abordar las ideas de Miguel Mejía. Mejía era un defensor vehemente del amparo casación. El argumento de Mejía era que la Ley de Amparo (de 1869 en su artículo 8) como ley reglamentaria no podía ir más allá de los artículos constitucionales, sobre todo del 101 (Constitución de 1857) que establecía la procedencia del amparo contra *cualquier autoridad* y ello incluía al judicial. Su sustento teórico era que cuando la Constitución no distingue, ninguna ley secundaria lo puede hacer; por ende, concluía que dicho artículo 8vo. era inconstitucional.²⁹ Similar argumento aducía Mejía contra la tesis Vallarta, ya que señalaba que el 101

²⁶ Cfr. Lucio Cabrera, *El Poder Judicial Federal mexicano y el constituyente de 1917*, p. 47.

²⁷ Cfr. Soberanes Fernández J, L. *Amparo Larrache*, p. 15

²⁸ Soberanes señala como el primer caso un asunto promovido por el Banco Nacional de México contra sentencia pronunciada por la segunda sala del Tribunal Superior de Justicia de Durango, *Ibid*, p. 16

²⁹ Mejía Miguel, *Errores Constitucionales*, p. 11

constitucional no distinguía materias y por ello tampoco lo debía hacer el criterio jurisprudencial; al mismo tiempo, para Mejía lo importante era conocer sobre la violación de los derechos del hombre, independientemente de la materia que se tratara³⁰.

Ya en el Código de Procedimientos Federales de 1897 - que vino a substituir a la segunda ley de amparo - se trató de reglamentar esto en el artículo 809 que señalaba: “ *La interpretación que los tribunales comunes hacen de un hecho dudoso, o de un punto opinable de derecho civil o de legislación local de los Estados, no pueden fundar por sí sola la concesión de un amparo por inexacta aplicación de la ley, sino cuando aparezca haberse cometido una inexactitud manifiesta e indudable, ya sea en la fijación del hecho, ya en la aplicación de la ley*”³¹.

c. Comentarios relativos al Código de Procedimientos Federales.

Con las ideas de interpretación sostenidas con anterioridad, debemos emitir nuestra opinión personal: Pensamos que la redacción de este artículo fue una aberración total. Así es, primero el artículo nos dice que la interpretación de hechos o derecho no es sujeta de amparo; sin embargo, después señala que sí lo es cuando exista *inexactitud manifiesta e indudable* en la fijación de hechos y aplicación de derecho. Lo primero que debemos señalar es la pésima idea que se manejó de tratar de separar lo que es la interpretación y la aplicación del derecho, *i. e.*, el artículo

³⁰ *Ibid*, p 17, 18, 119 *et seq.*

³¹ Sobre este Código se puede *Cfr.* a Soberanes Fernández José Luis, *La evolución de la ley de amparo*, p. 13. En cuanto al artículo véase la p. 19.

pretende respetar la interpretación, pero no la aplicación. Lo anterior creo no lo debemos aceptar, ya que se guarda la idea de que existen artículos que se pueden aplicar sin una interpretación previa. La idea exegética era y es una influencia muy grande en el derecho mexicano que propagó muchas de estas formas de ver a la interpretación.

Cómo dijimos, muchas personas insistían en la implantación del amparo casación a pesar del criterio Vallarta y cómo vemos, este artículo poco ayudó a reafirmar dicho criterio³².

E. La Constitución de 1917

Carranza en su informe del 1ro de diciembre de 1916, ante el Constituyente abordó este tema. Carranza estaba consciente de la violación a la soberanía de los Estados que significaba el amparo casación, pero estimaba que era más recomendable evitar los abusos de los jueces locales y los intereses que éstos perseguían, a través del ya consolidado amparo casación. Igualmente, el informe mencionaba que el pueblo mexicano ya estaba acostumbrado a dicho amparo y que sería un error suprimirlo. Por ende, se señaló que sólo era necesario fijar ciertos requisitos para que el amparo procediera cuando realmente fuera necesario³³. Así, el proyecto de Constitución en su artículo 107 establecía el amparo contra sentencias definitivas pronunciadas en juicios civiles y penales por inexacta aplicación de la

³² Cfr. Soberanes Fernández José L. *Amparo Larrache*, p. 16 y 17.

³³ Lucio Cabrera, *op. cit.* p. 59 *et. seq.*

ley. Se presentó un voto particular de los diputados Medina y Jara, los cuales básicamente fundamentaban su rechazo al proyecto alegando: a) que se desprestigiaba la justicia local si los tribunales federales tenían la facultad de revisar los fallos de aquellos; b) la soberanía de los Estados era otro argumento, y se alegaba que éstos no debían dejar la justicia en manos ajenas; c) también encontraban respaldo en el artículo 160 de la Constitución de 1824, el cual señalaba: “ *El Poder Judicial de cada Estado se ejercerá por los tribunales que establezca o designe la Constitución; y todas las causas civiles o criminales que pertenezcan al conocimiento de estos tribunales serán fenecidas en ellos hasta su última instancia y ejecución de la última sentencia*”, y d) alegaban que el amparo en negocios judiciales era la causa de la falta de confianza en los tribunales locales, así como la falta de tribunales locales distinguidos.³⁴

Por su parte, los diputados Alberto González, Lizardi y José Natividad Macías apoyaron el proyecto razonando que la libertad individual no podía quedar en manos de los Estados “*a merced de cualquier juez caprichoso*”; además, para estos representantes, la garantía de seguridad jurídica no se lograría respetar cabalmente.³⁵

A final de cuentas, el voto particular sólo lo defendieron sus autores y otros dos diputados, contra 139 que aprobaron la consagración del amparo casación.

³⁴ *Ibid*, p. 78 y 79

³⁵ *Ibid*, p. 80

En cuanto al texto constitucional, el artículo 103 constitucional vuelve a repetir que los tribunales federales resolverán toda controversia que se presentara: (fracción I) "*por leyes o actos de la autoridad que viole garantías individuales*"; pero el 107 daba ya los principios fundamentales del amparo y establecía en su fracción II que en los juicios civiles o penales el amparo sólo procedía contra las sentencias definitivas respecto de las que no era procedente ningún recurso ordinario³⁶. En su fracción IV reglamentaba expresamente el amparo en materia civil especificando que éste sólo era procedente cuando la sentencia fuera contraria a la letra de la ley aplicable al caso, o a su interpretación jurídica.

Cómo observamos, constitucionalmente se consagró en 1917 el amparo judicial en términos similares a como lo conocemos hoy. Pero debemos preguntarnos ¿Qué modificaciones sufrió el 14 constitucional? Este artículo cambió, pero no substancialmente, dado que nuestra actual *lex fundamentalis* decidió expresar esta garantía en los siguientes términos: "*En los juicios del orden civil la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho*".

Creemos que de esta forma queda clara la consagración no sólo del amparo judicial, sino del amparo casación si recordamos el artículo 107 fracción IV y lo relacionamos con el 14 constitucional.

³⁶ Se trata de la versión original del texto de 1917, para ello Cfr. Tena Ramírez, *op. cit.*, p 922.

F. Leyes de amparo posteriores

Realmente sólo tenemos una Ley de Amparo previa a la que rige actualmente la materia, esta es la ley del 18 de Octubre de 1919. La citada ley básicamente transcribe los postulados constitucionales y reafirma la existencia del amparo judicial. Sin embargo, debemos mencionar que esta ley en su artículo 30 esclarecía lo que se debía entender por sentencia definitiva, estableciendo que ésta era la que decidía el juicio en lo principal y respecto de la cual las leyes comunes no otorgaran más recursos³⁷.

Fix Zamudio nos informa que después de la Constitución de 1917, siendo presidente Álvaro Obregón, éste envió al Congreso en 1922 una iniciativa de reformas al artículo 14 constitucional precisamente para lograr que el amparo fuera un medio de defensa encargado de la constitucionalidad, no de la legalidad, pero la iniciativa fue rechazada por la Cámara de Diputados³⁸.

3. Reflexiones actuales en torno al amparo casación

A. La práctica del amparo casación

Ya hemos visto cómo poco a poco se fue consolidando el amparo casación y cómo no fue una cosa que se diera sin mayores problemas, sino al contrario, hubo intensas batallas intelectuales en torno a su implantación. En este apartado queremos

³⁷ Cfr Soberanes Fernández José L. *Evolución de la ley de amparo*, p. 87.

³⁸ Fix Zamudio, H (prólogo en *Estudios Constitucionales de Miguel Mejía*) p. viii.

(ya dejando a un lado artículos, reformas, etcétera) hablar de la *praxis* del amparo casación hoy en día, para después pasar a criticarlo.

En nuestro días es de lo más común hablar, no tanto del amparo casación, sino del amparo directo que se promueve ante los tribunales colegiados de circuito. Este amparo procede (reuniéndose ciertos requisitos) contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio en las materias penal, administrativo, civil y laboral. Cómo vemos, estamos ante la presencia del amparo judicial, dado que en general admite su procedencia contra todas las materias y no sólo la civil. Es común hablar del amparo directo porque en el foro mexicano, los abogados al negárseles la pretensión que buscan en los asuntos penales, civiles, laborales y administrativos que se ventilan ante los jueces locales, primero tienen la posibilidad de acudir ante el Tribunal Superior de Justicia (o la segunda instancia respectiva). Sin embargo, supongamos que el Tribunal Superior de Justicia confirma los actos del juez de primera instancia ¿Qué pasa? Como todos lo sabemos, tenemos una instancia más que es el amparo directo ante los Tribunales Colegiados de Circuito de jurisdicción federal.

En este tipo de amparo se señalan como autoridades responsables de violar algunas garantías a los tribunales locales, *i. e.*, a los integrantes de los tribunales superiores de justicia y los jueces de primera instancia. Pero ¿Cuáles son las garantías que se dice están violando dichos tribunales? Se dice que se violan los

artículos 14 y 16 constitucionales que consagran la garantía de legalidad de los actos de autoridad, también conocidas como garantías de seguridad jurídica. *Prima facie* se podría pensar que el 14 constitucional sólo habla de las materias penal y civil, pero debemos advertir que - cómo lo vimos anteriormente - la ley de amparo, así como la práctica en nuestro país han hecho de este artículo un subterfugio para la procedencia del amparo directo en todas las materias. Así, - en este tipo de amparos - se esgrime que las autoridades llevaron a cabo una indebida aplicación de determinado precepto o que se dejó de aplicar determinado artículo y por ende se alega que las resoluciones no fueron conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica³⁹.

De esta forma, en el amparo directo los tribunales colegiados de circuito básicamente se dedican a interpretar de nuevo las leyes que se dice se aplicaron mal o no se aplicaron, revisan artículo tras artículo, concepto de violación tras concepto de violación y al final deciden si se aplicaron mal dichas leyes, para posteriormente concluir la sentencia transgrede los artículos 14 y 16.

Por lo anterior, resulta indispensable concluir que en nuestro país la palabra final de la mayoría de las disputas judiciales que terminan en sentencia definitiva la

³⁹ Basta citar una tesis que corrobora lo anterior y aunque habla de la materia civil - como dijimos - resulta aplicable a todas las materias: CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN EL AMPARO DIRECTO CIVIL.- "...el concepto de violación debe consistir en la expresión de un razonamiento jurídico concreto contra los fundamentos de la sentencia reclamada para poner de manifiesto ante la potestad federal que los mismos son contrarios a la ley o a la interpretación jurídica de la misma, ya sea porque se aplicó sin ser aplicable o bien porque no se hizo una correcta interpretación jurídica de la ley o finalmente porque la sentencia no se apoyó en los principios generales del derecho cuando no hay ley aplicable al caso". Cfr. Apéndice 1975 3ra. Sala, tesis 121, p. 357.

tienen los tribunales federales a través del llamado amparo casación⁴⁰. En el siguiente apartado, con los argumentos expresados en el transcurso de este trabajo, nos dedicaremos a criticar este tipo de amparo y hacer presente la preocupación de Dondé y otros quienes desde entonces veían lo perjudicial que resultaba su consagración.

B. Críticas al amparo casación

Empecemos por transcribir el artículo central de este tema: el artículo 14 constitucional señala: " *En los juicios del orden civil - ya vimos como es más extenso - la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho*".

En primer término, criticamos la noción del 14 porque el artículo al hacer alusión a la *letra de la ley* se piensa que realmente existe la posibilidad de que algo pueda interpretarse encerrándose totalmente en el texto legal. Desde nuestro punto de vista esto es imposible, dado los problemas lingüísticos que hemos señalado, *i. e.*, la ambigüedad en el lenguaje nos orilla a decir que en ocasiones las palabras no van a ser tan claras y vamos a tener que dotar de significado determinado precepto a nuestra manera. Además, debemos señalar que con esta noción del 14 constitucional aún se quiere hacer una interpretación ignorando el contexto social en el que vivimos, lo cual resulta imposible. Se sigue pensando que la respuesta a nuestra

⁴⁰ Aunque como ya dijimos, a final de cuentas se trata del amparo judicial que conoce de todas las materias.

interpretación la tiene otra persona - en este caso se refiere al legislador - ya que en el método gramatical (al que se les quiere sujetar a los juzgadores) se estima el juzgador le está siendo fiel al creador de la norma y no la está cambiando en forma alguna. Lo anterior para nosotros, ya en estas alturas de la cultura jurídica, es inaceptable debido a que no podemos seguir viendo al juzgador como un mero aplicador mecánico de la ley.

Debemos agregar que el 14 nos dice que la sentencia puede ser conforme a la letra o a la *interpretación jurídica*, pero ¿Acaso tenemos tan delimitados los métodos de interpretación que nos es dable afirmar que la sentencia se debe resolver conforme a determinado método? pensamos que no. Ciertamente tenemos la idea de los métodos tradicionales de interpretación, pero estos - como se ha argumentado - resultan insuficientes para interpretar; además, debemos preguntarnos ¿Quién tiene el derecho para decirle a nuestros jueces qué método es el adecuado? Pero esto nos lleva a nuestro siguiente argumento de carácter federal que analizaremos más adelante.

Respecto de estas observaciones que se fundamentan en las cuestiones de interpretación, podemos concluir que el amparo casación resulta ser una barbaridad. En primer lugar porque es imposible que todos los jueces resuelvan *conforme a la letra de la ley*, ya que el juez local va a tener una concepción diferente de la letra de la ley a la de un juez federal. Lo anterior es lógico suponerlo, finalmente las

interpretaciones van a ser distintas y es por eso que la profecía de Dondé se cumplió, dado que una natural pluralidad de interpretaciones es condenada por el 14 constitucional al apelar a una interpretación verdadera. Por otra parte, es atroz el amparo casación con fundamento en el 14 constitucional porque es imposible fijar de antemano cuales deben ser los métodos de interpretación que debemos utilizar.

C. El argumento federal

Dado lo anterior, no vemos por qué las interpretaciones de los tribunales federales son mejores que las realizadas por los tribunales locales. Lo anterior debido que todo se reduce a una labor de interpretación en el amparo casación o directo, donde los tribunales federales vuelven a interpretar las leyes locales, y si dichas interpretaciones no les parecen adecuadas declaran la sentencia infringe la Constitución y por ende conceden el amparo. Desde nuestro punto de vista, lo anterior es totalmente absurdo, ya que estamos equiparando a los tribunales federales a aquellas personas mágicas que se supone "*desentrañan*" el significado de la ley, pero - como ya lo mencionamos - simplemente dotan de significado. Entonces ¿Por qué dejar el monopolio de la interpretación a los tribunales federales, sobre todo tratándose de las mismas leyes locales? En realidad desconocemos las megafacultades de que puedan gozar los jueces federales para realizar tales funciones y de las cuales carezcan los jueces locales. Creemos que todos son licenciados en derecho y reciben capacitación al respecto.

Debemos añadir otra reflexión: con este sistema del amparo casación se les ha dejado a los tribunales federales el monopolio de establecer jurisprudencia, lo cual nos parece aberrante, dado que esto ha ido en detrimento de la jurisprudencia local. Es por esto que la jurisprudencia local no juega un papel importante en el desarrollo del derecho en nuestras entidades federativas. Nosotros pensamos que esto no debe ser así, ya que las personas residentes de esos lugares y regiones que se identifican con el derecho expedido por sus legislaturas son los que deben tener el monopolio de interpretar sus propias leyes, imprimiendo en esas interpretaciones la realidad social, la problemática actual del Estado, la diversidad étnica o cultural, etcétera.

D. Como conclusión

La obsesión del derecho mexicano con la seguridad jurídica debe encontrar una terapia efectiva que le ayude a ver sus consecuencias funestas. Al igual que el discurso tradicional elimina voces oprimidas con el pretexto de su objetividad, lo mismo sucede con las ideas del amparo casación en el derecho mexicano. En vez de nutrirse de diferentes perspectivas en las diferentes regiones de nuestro país, el discurso de la conveniencia de este amparo elimina la posibilidad de que sean los tribunales locales los que determinen finalmente el sentido de sus leyes; sin embargo, los abogados al encontrar esta puerta amplísima de revisión de los actos de los tribunales locales han eliminado una justicia constitucional más amplia e

incluyente, la cual finalmente se concentra en la seguridad jurídica y la violación a estas garantías contenidas en los artículos 14 y 16.

¿Dónde está la discusión constante del amplio espectro de garantías individuales y sociales en nuestro país? Desafortunadamente la respuesta es que se encuentra sumergida en un respeto obsesivo a la seguridad jurídica. Aunado al hecho de que la palabra final de nuestras leyes locales la tiene la Federación, nos topamos con el hecho de que nuestros jueces locales no pueden conocer de aspectos constitucionales. Al respecto también debemos cuestionar esta tradición, ya que no concebimos un monopolio injustificado del nivel federal de gobierno en el conocimiento de lo constitucional. La interpretación constitucional debe apelar a gran parte de la población, debe ser popular y entre más opiniones y puntos de vista se puedan aportar, ésta se verá enriquecida en sus discusiones.

Con esto no se pretende presentar una propuesta definitiva, sólo queremos resaltar el objetivo de este trabajo consistente en la crítica a la seguridad jurídica y la idea tradicional de interpretación. Estas nociones tradicionales nos han llevado al absurdo de una justicia constitucional que se encuentra en un callejón sin salida dado su formalismo y excesiva preocupación por la certeza. Si queremos emprender la visión pragmática con sentido crítico en el derecho, es indispensable cuestionar estos postulados del derecho mexicano. Para tener un juez con esta visión y sus

convicciones de justicia social, resulta urgente ampliar las discusiones de interpretación constitucional más allá del formalismo.

III. La tolerancia religiosa como ejemplo: El caso de objeción de conciencia

Veamos cómo reaccionaría el juez pragmático con sentido crítico ante un dilema constitucional que se presentó en nuestro país relativo a una minoría religiosa. Se trata de la figura de objeción de conciencia y los dilemas interpretativos que presenta el respeto a la libertad de creencias o la aplicación de una sanción por la desobediencia a una ley. Sin embargo, expliquemos brevemente en qué consiste esta figura y la problemática que genera:

La cuestión de objeción de conciencia se ubica en un dilema conciencia vs. ley, donde una persona se ve obligada a desobedecer un precepto legal por motivos personales religiosos, morales o humanitarios. Dicho dilema presenta ante el derecho a una persona que piensa tiene buenas razones para el desacato a la norma, consistentes precisamente en estos motivos personales que pueden derivar de fuentes diversas. No se trata de una desobediencia simple, sino que ésta implica argumentos fundados en la libertad de creencias con la cual se deben balancear los desacatos⁴¹. En otros países, el derecho se ha dedicado a estudiar esta figura de objeción de conciencia y se ha determinado respetar en ocasiones la desobediencia como una garantía de los objetores, con la idea clara de que este reconocimiento trae aparejado

⁴¹ Dworkin exige no equiparar al objetor con un acto de rebeldía simple. *Cfr. LDS*, p. 305. Sobre la objeción de conciencia en general, además de Dworkin *cfr. Rawls, A theory of justice*, Raz, J. *The authority of law*, así como Álvarez Ledesma, M. *Introducción al derecho*

enormes beneficios para nuestras sociedades plurales y democráticas. Por ejemplo, es común ver un tratamiento especial a la objeción cuando una persona determina no participar en el servicio militar o actividades bélicas⁴²; o bien en el caso de enfermeras o doctores que ante una ley particular, tienen motivos religiosos de peso para negarse a participar en la práctica de abortos⁴³. En nuestro país se discutió un caso perteneciente a los Testigos de Jehová y la desobediencia que hacían de una ley que los obligaba a rendir honores a la bandera y entonar el himno nacional. Veamos finalmente en que consistió el tratamiento que se dio a esta figura en el derecho mexicano.

1. El dilema presentado por los Testigos de Jehová

En estos momentos analizaremos uno de los casos de objeción de conciencia que se han presentado ante los tribunales y la CNDH, que es la objeción a rendir honores a la bandera y entonar el himno nacional por parte de los Testigos de Jehová. Como breve introducción al problema de los Testigos, señalaremos que éstos han tenido problemas - tanto alumnos como maestros - al negarse a rendir honores. Algunos planteles han llegado al extremo de expulsar a los alumnos, lo que trajo como consecuencia varias quejas ante la CNDH⁴⁴. Por su parte, los maestros han sido objeto de despidos por las diversas escuelas, despidos que se han

⁴² Cfr. Millán Garrido, A. *La objeción de conciencia*, p. 23.

⁴³ Cfr. Palomino, R. *Las objeciones de conciencia*, p. 357.

⁴⁴ Según reportes de la CNDH del 20 de Septiembre de 1991 al 31 de Agosto del 92 se recibieron 118 quejas de los Testigos de Jehová. Cfr. CNDH, *Gaceta*, Noviembre de 1992, 92/28.

ventilado vía amparo. El problema desde nuestro punto de vista es uno de interpretación y rescatando la postura pragmática con sentido emitiremos nuestra opinión sobre el dilema que presenta esta objeción. Sin embargo, primero es necesario abordar los dos criterios que han sustentado tanto los tribunales como la CNDH y cómo pensamos que estos dos organismos plantean mal el caso de objeción de conciencia.

2. Los criterios de la CNDH⁴⁵.

Según la CNDH, el 24 constitucional establece la libertad de creencias, pero dicha libertad es limitada - según este organismo - en tanto que el 130 constitucional en su inciso e) establece que “ los ministros no podrán....agraviar de cualquier forma los símbolos patrios....” También manifiesta la CNDH que la limitación proviene del artículo 15 segundo párrafo de la “Ley sobre el escudo, la bandera y el himno nacional” al imponer la obligación a las autoridades educativas de rendir honores a la bandera nacional. Así, la Comisión concluye que *“el permitir que algunas personas no honren ni respeten los símbolos patrios perturba la moral de la escuela e incita al desconocimiento de la disciplina que debe existir en un plantel educativo”*. Por ello la CNDH establece claramente que sí existe base legal y constitucional para sancionar a los niños que se niegan honrar la bandera y entonar el himno nacional. Pero la CNDH establece que la anterior sanción, si bien es procedente, no debe contraponerse al 3ro. constitucional que plasma el derecho a la

⁴⁵ Cfr. CNDH, *op. cit.*, así como las recomendaciones 88/96 y 4/96.

educación en nuestro país. Es por esto que la CNDH propone otro tipo de sanciones a los objetores, tales como disminuir sus calificaciones en materias como civismo.

A. Comentarios

Desde nuestro punto de vista, el problema está mal planteado por la CNDH, expliquemos porque: Ciertamente las libertades son limitadas, pero en este caso particular la CNDH pretende discernir entre dos principios que no son el tema principal del asunto: por una parte el derecho a la educación y por otra las limitaciones que establece la “Ley sobre el escudo, la bandera y el himno nacional”. Para nosotros el problema no radica en sobreponer el derecho a la educación a las obligaciones que establece la ley particular, ya que el problema está en la interpretación que se le dé al artículo 24 constitucional. Desde nuestro punto de vista, este precepto establece un principio fundamental: *la libertad de creencias*, el cual en ningún momento entra en conflicto con otros principios establecidos en la Constitución. Para la CNDH, las sanciones que se les imponen a los alumnos son correctas, *i. e.*, para este organismo el 24 constitucional no es un principio de peso, ya que le establece las limitaciones del 130 inciso (e) ya mencionado, pero creemos que el 130 en ninguna forma se refiere a un caso de objeción de conciencia que se pudiese presentar ¿Acaso algún ministro está agravando los símbolos patrios? Los Testigos en ningún momento adoptan una postura irrespetuosa respecto a nuestros símbolos patrios, sino que en forma pacífica y educada pretenden ser excusados de

esta obligación. Así, el 24 establece la *libertad de creencias* sin oponerse a cualquier otro precepto constitucional y a la vez da lugar a que se alegue una objeción de conciencia con este fundamento ¿Y las leyes especiales? Estas se deben declarar inconstitucionales cuando se estime que la objeción debe ser protegida.

La explicación que nos damos a esta interpretación que sostiene la CNDH es en el sentido de que creemos que trató de solucionar el problema sin entrar al fondo del asunto, sino más bien encontró otro precepto constitucional que protegiera a los objetores. ¿Y qué tiene de malo esto? Pensamos que el no abordar directamente el problema con base en el 24 constitucional puede solucionar ahora el dilema de los Testigos, pero ¿Qué pasará más adelante cuando en México se den más casos de objeción, e. g., al servicio militar, al aborto o transfusiones sanguíneas? (tan propias - estas últimas - de los Testigos). Esto no se podrá solucionar alegando una violación al 3ro. constitucional y la CNDH va tener serios problemas para ubicar otro precepto que proteja a los objetores. Por ello concluimos que pragmáticamente se debe reconocer este caso de objeción, ya que existe la necesidad de fomentar una sociedad plural y tolerante que obliga a una interpretación acorde del 24 constitucional, dejando las puertas abiertas para la discusión de otros tipos de objeción que será indispensable reconocer en el futuro.

3. La discusión en los tribunales

Básicamente este problema ante los tribunales tomó 3 sentidos, los cuales también creemos están mal planteados. Veamos porque:

Primero: En un asunto de los Testigos, la discusión se centró en una cuestión dogmático-laboral, la cual finalmente no era el problema principal. Así, ante la problemática de un profesor que se negaba rendir honores a la bandera, los tribunales creen abordar el dilema resolviendo si su despido era justificado o no y si cometían faltas de probidad. Un tribunal decidió que sí incurría en faltas de probidad, ya que su profesión de maestro le obligaba *“fomentar en sus alumnos la costumbre cívica de rendir honores....con la finalidad de fortalecer las raíces históricas y los lazos culturales y sociales que nos unen y nos identifican como nación”* (¿Acaso el respetar una libertad de creencias y por ende aceptar que una persona se abstenga - no irrespetuosamente - de rendir honores nos va a separar como nación? No lo creemos). Otro tribunal sostuvo que el despido no era justificado, ya que el profesor no tiene dichas obligaciones de acuerdo al reglamento de las condiciones generales de trabajo. El asunto se va en contradicción de tesis y la SCJN resuelve que debe prevalecer la primera postura *i. e.*, aquella que justifica el cese⁴⁶.

Sostenemos que el problema está mal planteado porque todos sabemos que el fondo del asunto no es el despido, sino el 24 constitucional y la libertad de creencias, precepto que no quieren abordar los tribunales.

⁴⁶ Cfr. jurisprudencia 41/94 de la contradicción 17/94.

Segundo: En otro asunto sí se planteó directamente la violación al 24 constitucional por la separación que sufrieron algunos alumnos de sus escuelas. En este caso, los tribunales resuelven que los acuerdos de las autoridades administrativas que con fundamento en la “Ley del escudo, la bandera y el himno nacional” separaron a los alumnos, no violan esta garantía constitucional. La razón finalmente es que el mismo artículo sostiene que las ceremonias o devociones del culto religioso se circunscriben a los templos o domicilios particulares, de modo que no es admisible que se traduzcan en prácticas externas que trascienden en el ámbito social del individuo⁴⁷.

Esta nos parece una interpretación muy simplista de un precepto tan importante, pues resulta ilógico que los tribunales sostengan lo anterior cuando resulta impensable que las cuestiones religiosas no se traduzcan en prácticas externas, cuando éste es precisamente su objetivo, normar la conducta de los individuos, no en sus domicilios particulares, sino en el ámbito social⁴⁸.

Tercero: En otras sentencias sí se amparó a los objetores, pero no se abordó el problema del 24, pues se les otorgó el amparo con base en el 14 y 16 constitucional, porque no se les concedió derecho de audiencia; así como por una falta de fundamentación y motivación en la resolución. En este último caso, de nuevo es el formalismo implícito en la justicia constitucional mexicana el que sirve para practicar las “acrobacias conceptuales” necesarias en un tema tan fundamental para

⁴⁷ *Cfr.* SJF. 8va. Época, Tomo V segunda parte, p. 209

⁴⁸ En este mismo sentido *Cfr.* Adame Goddard. “La objeción de conciencia en el derecho mexicano o el amparo a la libertad religiosa” en *Derecho fundamental de libertad religiosa*, UNAM, p. 13 y 14.

nuestra sociedad. Veamos cuál sería la respuesta a estos dilemas de interpretación con base en las ideas hasta aquí defendidas.

A. Comentarios

Pensamos que si se quiere encontrar la objeción de conciencia en el 24 constitucional utilizando los métodos tradicionales de interpretación nunca lo vamos a lograr. Cómo vemos en las resoluciones de los tribunales, se quieren utilizar interpretaciones gramaticales y algunos se auxilian de los métodos auténticos o históricos. La interpretación gramatical del texto constitucional para este tipo de asuntos me parece insuficiente dados los problemas lingüísticos que todos sabemos existen y que he tratado de demostrar aquí. Además, una interpretación auténtica nos lleva a preguntarnos sobre la intención del legislador sobre un problema que ni siquiera consideró, vale la pena cuestionarnos si ¿Realmente creemos que en relación con el 24 constitucional el constituyente de 1917 se planteó el problema de la objeción de conciencia y de las nuevas religiones que existen hoy en día en nuestro país? La respuesta es que no. Estos son precisamente los inconvenientes antes anunciados de unos métodos tradicionales que nos orillan a preguntas sin sentido.

Tomando la interpretación constitucional en los términos que aquí defendemos, nos obliga a interpretar el 24 en el sentido de que sí es posible encuadrar en él la objeción de conciencia. Esta actitud en la interpretación empezaría

por señalar que si queremos entender las causas, motivos, fines, etcétera, que cada uno de los objetores tiene al desobedecer la norma jurídica, nos va ser imposible. Yo en lo personal no entiendo porque algunos Testigos de Jehová se niegan a recibir transfusiones sanguíneas, cuando precisamente se tratan de implementar para salvar sus propias vidas; tampoco comprendo porque algunos - con base en motivos espirituales - niegan tomarse fotografías para documentos oficiales; pero la conclusión es que nunca lo voy a entender, son cuestiones dogmáticas de estas personas que no admiten razones, como tampoco lo pudiera aceptar una creencia personal mía. Tampoco debemos jugar el papel de tratar de cambiar sus formas de pensar y sus creencias, esto asoma una actitud autoritaria e intolerante que debemos evitar. Basta señalar que en esto radica la *libertad de creencias*, en una pluralidad y tolerancia de preferencias espirituales. Lo que el Estado debe hacer es no tratar de comprenderlos o cambiar sus actitudes, sino centrar el problema ante la existencia de un derecho fundamental y su respeto en una sociedad democrática.

La objeción de conciencia definitivamente sí encuadra en el 24 constitucional, pero debemos preguntarnos ¿Sólo por motivos religiosos? ya que como señalamos en un principio, ésta se ha ido ampliando a motivos filosóficos, morales, humanitarios, etcétera. Aquí tenemos dos opciones: o bien interpretamos el 24 en un sentido amplio para abarcar otras formas de objeción, o lo reglamentamos constitucionalmente o a través de las normas ordinarias. Nosotros somos de la

opinión de que el 24 debe ser objeto de una interpretación amplia, por los motivos ya señalados.

Aunado a lo anterior, debemos recordar la protección que han generado diversos acuerdos internacionales, dado que ello refuerza la interpretación de una libertad de creencias en forma amplia⁴⁹. Por ejemplo, el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos menciona: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza...2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección”⁵⁰. Por su parte, el artículo 27 de este Pacto menciona: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a

⁴⁹ Al respecto se puede *cf.* el interesante artículo de Martínez Torrón, J. “El derecho internacional y las objeciones de conciencia”, en *Objeción de conciencia*. Este autor menciona que en ciertos temas de objeción, el derecho internacional se queda corto en su reglamentación, *e. g.*, en el caso del aborto. Esto me lleva a pensar que podemos encontrar un respaldo en estos instrumentos internacionales; sin embargo, es nuestro derecho y las interpretaciones constitucionales que hagamos, los medios que podemos utilizar para reglamentar detalladamente estos temas, sobre todo por las dificultades que genera un consenso amplio en tópicos que adquieren perspectivas diferentes de Estado a Estado, siendo el tema del aborto un caso que demuestra lo anterior.

⁵⁰ *Cfr.* Rodríguez y Rodríguez, J. *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos ONU-OEA*, tomo I, p. 50.

profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”⁵¹. En este mismo sentido se manifiesta otro acuerdo en el que México participa, *i. e.*, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, concretamente en su artículo 12⁵². Mencionamos estos instrumentos internacionales sobre todo por el reciente criterio jurisprudencial de nuestra Suprema Corte de Justicia, donde le ha otorgado a los tratados internacionales una ubicación por encima del derecho federal y local, cambiando con ello la idea prevaleciente de que dichos tratados y leyes federales compartían una misma jerarquía normativa⁵³. Con ello se complementa nuestra interpretación del 24 constitucional, y así concluimos que toda ley o disposición ajena a estas disposiciones internacionales o al principio contenido en nuestra Constitución se debe declarar inconstitucional.

El decir que el 24 da lugar a la objeción de conciencia y que será el poder judicial quien debe establecer los requisitos y condiciones para que una objeción sea procedente (*e. g.*, si la objeción vulnera en forma importante derechos de terceros o intereses primordiales del Estado no podrá otorgarse, este derecho deberá ceder ante estos otros derechos que tienen mayor peso, pero en ocasiones el derecho del objeto será más importante y se deberá conceder) trae consigo una crítica de muchos opositores al reconocimiento de la objeción, que muestran su temor a que el 24 - en

⁵¹ *Ibid.*, p. 52.

⁵² Reitero que el contenido es similar. Sin embargo, para cerciorarse de lo anterior *cf.* Rodríguez y Rodríguez, *op. cit.*, tomo III, p. 1055.

⁵³ *Cfr.* Amparo en revisión 1475/98 en el *Semanario Judicial de la Federación*, 9a época, Tomo X, noviembre 1999.

si el reconocimiento a la objeción de conciencia - se convierta en un pretexto para evadir el cumplimiento de las normas que no nos gustan, pero esto no es así. Reiteramos que el poder judicial o la legislación deberán hacer un balance de los derechos en disputa⁵⁴ e ir creando una doctrina que señale esos requisitos y condiciones⁵⁵.

4. Ventajas en el reconocimiento de la objeción de conciencia

En estos momentos queremos argüir otros aspectos en favor de un reconocimiento a la objeción de conciencia. En primer lugar debemos percatarnos de que este problema (si en realidad lo constituye) trae aparejado otros principios que no debemos olvidar y que deben existir en una sociedad democrática y estos son la *tolerancia religiosa* y el *pluralismo cultural*.

Debemos abrir las puertas en nuestra sociedad a una tolerancia religiosa, esto en el sentido de respetar las diversas convicciones que las personas poseen respecto a sus creencias religiosas. Lo anterior no significa una aceptación, ya que sería absurdo imponer religiones, sino que debemos respetar y dejar que las personas de perspectivas diferentes a las nuestras se expresen sin temor alguno, que manifiesten sus puntos de vista que en nada nos pueden herir.

Desde nuestro punto de vista la tolerancia religiosa es un aspecto fundamental que debemos practicar en nuestra sociedad - y por ende verla en nuestra Constitución

⁵⁴ Dworkin dice: "la decisión de los tribunales será cuestión de equilibrio y las reglas inflexibles no servirán"
Cfr. *LDS*, p. 319.

⁵⁵ En este mismo sentido Cfr. Adame Goddard, *op. cit.*, p. 13

-. Para nosotros es imposible seguir sosteniendo verdades absolutas en el área de la religión. Si bien las religiones se manejan con dogmas y cómo sabemos estas no admiten razones, el Estado no tiene porque favorecer a una religión más que a otra, el Estado no debe solapar la verdad absoluta de determinada religión, sino al contrario, debe aceptar la pluralidad que existe y así rodearse de una sociedad más democrática y justa.

Una postura judicial con su concepto claro de justicia social ve que la objeción de conciencia es un canal que puede servirnos para aceptar esa tolerancia religiosa, aceptando su reconocimiento, esta libertad aumentará notablemente, dado que las diversas concepciones del aspecto religioso tendrán cabida en nuestro sistema jurídico.

Sin embargo, como vimos, los tribunales y su postura formalista se ven obligados o se obligan a adoptar resoluciones conservadoras y perpetuadoras del *status quo*, cuando existe una voz legítima de una minoría religiosa que solicita sea escuchadas. Esto me sirve para reiterar la propia ideología de las ideas jurídicas tradicionales, poniendo un énfasis especial en las consecuencias desafortunadas que traen aparejadas para los que pensamos el discurso jurídico y constitucional debe ser abierto a los diferentes puntos de vista.

Conclusiones

Conclusiones

Como conclusión me gustaría señalar las ideas principales que podemos tener presentes al momento de emprender la tarea interpretativa:

1. El derecho es mucho más que normas y principios constitucionales, éstos adquieren sentido dentro de los contextos políticos, sociales, económicos y culturales de la sociedad a la que debemos atender al momento de interpretar el derecho.
2. En este sentido, nuestra tarea de interpretación no finaliza con un descubrimiento del significado correcto de la norma, debemos valorar las consecuencias sociales del uso que vamos a fijar en un lugar y época determinada.
3. El lenguaje, por medio del cual se manifiesta el derecho, no es natural ni alude a esencias, sino que es de construcción social. En esta medida, como todo lo social es contingente y cambiante, por lo cual el derecho y su interpretación también deben ubicarse en estos parámetros.
4. Esta idea de un lenguaje cambiante nos obliga a abandonar la idea de certeza y aplicación mecánica del derecho. Sin embargo, esto no debe verse como un inconveniente, sino como ventaja para ajustar nuestras interpretaciones a los cambios sociales.

5. En la interpretación del derecho y el lenguaje que utilizamos, interviene el elemento de poder, por lo que en nuestras interpretaciones debemos valorar las luchas sociales que diversos grupos emprenden para que cierto uso prevalezca. Así, debemos estar atentos a grupos menos favorecidos que con la retórica oficial predominante poco son escuchados.
6. En este sentido, es indispensable eliminar todo vestigio autoritario dentro de nuestras interpretaciones. No existe la respuesta correcta, voluntades del legislador, sentido correcto y gramatical del texto, o esencias jurídicas. Estas ideas sólo sirven para construir un discurso elegante y legitimador, pero ajeno a la sociedad que debe atender el derecho.
7. Asimismo, debemos liberarnos de otros tipos de principios y dogmas que limitan esta discusión abierta en materia de interpretación. Los dogmas tradicionales de división de poderes, irretroactividad de la ley, etcétera, se deben ajustar a nuestras circunstancias actuales.
8. Una de estas circunstancias es la necesidad de aceptar una construcción social del derecho a través de su creación legislativa, pero también por medio de la interpretación judicial. Así, en la construcción social y conjunta del derecho, la idea de separar tajantemente la labor de creación y aplicación se abandona.
9. En esta construcción social del derecho por el judicial, los derechos son vistos como una alternativa importante que pueden colaborar en el cambio social. Sin

embargo, el intérprete debe conocer sus limitaciones, dado que no está fijando una interpretación para todo tiempo y lugar. Esta debe servir para la sociedad actual y del futuro próximo; sin embargo, al paso de pocos o muchos años el sentido de la resolución cambiará y deberá prevalecer otra idea de la norma o principio constitucional.

10. Conociendo estas limitaciones, el intérprete no va a esperar la gran teoría que llegue a solucionar todos sus problemas en la práctica. Son las herramientas con las que actualmente cuenta, los medios que deberá utilizar para avanzar una idea progresista del derecho a través de sus interpretaciones.

11. El intérprete, juez, ciudadano, etcétera, tendrán presentes el carácter cambiante de nuestras interpretaciones, logrando con ello una participación mucho más activa y crítica de la sociedad en torno a las resoluciones judiciales, sobre todo en materia constitucional. Esto con el objetivo de alcanzar una constante discusión en los temas que a todos interesan y que no son exclusivos del jurista.

12. Podemos aludir y utilizar todas las teorías que pretendan legitimar y explicar este proceso de interpretación del derecho en términos exclusivamente jurídicos o no políticos. Sin embargo, creo no debemos aceptar la serie de limitaciones y métodos supuestamente objetivos que imponen. Finalmente serán las interpretaciones que atiendan el carácter social de las mismas las que generalmente van a ser aceptadas, independientemente de la retórica con la que queramos vestir las.

Bibliografia

Bibliografía

- ADAME GODDARD, J.**, "La objeción de conciencia en el derecho mexicano o el amparo a la libertad religiosa", en *Derecho fundamental de libertad religiosa*, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1994.
- ANDERSON, I.**, "The Constitution besieged: The Rise and demise of Lochner era police powers jurisprudence", *Michigan law review*, vol. 92, may 1994.
- ALTMAN, A.**, "Legal realism, Critical legal studies, and Dworkin", *Philosophy and public affairs*, vol. 15, 1986.
- _____, *Critical legal studies: A liberal critique*, Princeton, Princeton university press, 1990.
- ÁLVAREZ LEDESMA, M.**, *Introducción al derecho*, México, McGraw Hill, 1995.
- ARRIGO, B.**, "Rethinking the language of law, justice, and community: Postmodern feminist jurisprudence" en *Radical philosophy of law: Contemporary challenges to mainstream legal theory and practice*, Caudill, D. y Gold, S. editores, New Jersey, Humanity press, 1995.
- BAKER & HACKER**, *Scepticism, Rules and Language*, Oxford, Basil Blackwell, 1984
- BALKIN, J.**, "Taking ideology seriously: Ronald Dworkin and the CLS critique", *UMKC law review*, vol. 55, 1987.
- BARRAGÁN, J.**, *Primera ley de amparo*, México, UNAM, 1987.
- _____, *Procesos de discusión de la ley de amparo de 1869*, México, UNAM, 1987.
- BARRY, D.**, *Forms of Life and Following Rules: a Wittgensteinian Defence of Relativism*, Leiden, E.J. Brill, 1996.
- BEWIG, M.**, "Lochner v. the journeymen bakers of N.Y: The journeymen bakers, their hours of labor and the constitution", *American journal of legal history*, vol. XXXVIII, oct., 1994.
- BINDER, G.**, "Critical legal studies" en *A companion to philosophy of law and legal theory*, Patterson, D. editor, Oxford, Blackwell, 1999.
- BIX, B.**, *Law, Language and Legal Determinacy*, Oxford, Clarendon Press, 1993.
- _____, *Jurisprudence: Theory and practice*, 2ª ed., London, Sweet & Maxwell, 1999.
- _____, *Analyzing law: New essays in legal theory*, editor, Oxford, Clarendon press, 1998.
- _____, "Dancing in the dark: The philosophical moves of Ronald Dworkin", *Harvard journal on legislation*, vol. 23, 1986.
- BLACKBURN, S.**, "Reply: Rule Following and Moral Realism" en *Wittgenstein: To follow a rule*, Holtzman & Leich, editores, London, Routledge & Kegan Paul, 1981.
- BRINT, M y WEAVER, W.**, editores, *Pragmatism in law and society*, Boulder, Westview press, 1991.
- BREST, P.**, "The misconceived quest for the original understanding", *Boston University law review*, vol. 60, 1980.
- BRYDEN, D.**, "Brandeis's facts" *Constitutional commentary*, vol. 1, 1984.
- BULOW, O.**, "Statutory law and judicial function", *The american journal of legal history*, vol. XXXIX, jan. 1995.
- BULYGIN, E. y ALCHOURRÓN, C.**, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia Venezuela, Facultad de Derecho, 1979.

- BURGOA, I.**, *Derecho constitucional mexicano*, 5ª ed., México, Porrúa, 1984.
- BURTON, M.**, "The song remains the same: The search for interpretive constraint and the rhetoric of legal theory in Hart and Hutchinson", *University of New South Wales law journal*, vol. 20, 1997.
- CABRERA, LUCIO**, *El poder judicial federal mexicano y el constituyente de 1917*, México, UNAM, 1968.
- CÁRDENAS, J.**, *Una Constitución para la democracia*, México, UNAM, 1996.
- CARDOZO, B.**, *La función judicial*, trad. Eduardo Ponsa, Buenos Aires, Arayú, 1955.
- _____, *La función judicial*, (b) trad. Victoria Cisneros y Leonel Perezniето, Perezniето editores, México, 1996.
- CARMONA TINOCO, J.**, *La interpretación judicial constitucional*, México, UNAM-CNDH, 1996.
- CARRILLO FLORES, A.**, *La Constitución, la Suprema Corte y los derechos humanos*, México, Porrúa, 1981.
- CARRIO, G.**, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970.
- COHEN, F.**, *El método funcional en el derecho*, trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.
- DERRIDA, J.**, *Márgenes de la filosofía*, trad. Carmen González, 2ª. ed., Madrid, Cátedra, 1994.
- _____, "Différance" en *The continental philosophy reader*, Kearney, R. y Rainwater, M editores, London, Routledge, 1996.
- _____, *Espectros de Marx: El Estado de la deuda, el trabajo del duelo y la nueva internacional*, trad. José M. Alarcón y Cristina Peretti, Madrid, Trotta, 1995.
- DeWOLF, HOWE, M.**, *Holmes-Pollock letters*, Cambridge, Harvard university press, 1942.
- DUXBURY, N.**, *Patterns of american jurisprudence*, New York, Oxford university press, 1995
- _____, "In the twilight of legal realism: Fred Rodell and the limits of legal critique", *Oxford journal of legal studies*, vol. 11, autumn 1991.
- _____, "Robert Hale and the economy of legal force", *Modern law review*, vol. 53, 1990.
- _____, "Pragmatism without politics", *The modern law review*, vol. 55, july 1992.
- DWORKIN, R.**, *Freedom's law: The moral reading of the american constitution*, Cambridge, Harvard university press, 1996.
- _____, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, México, Planeta, 1993.
- _____, *A matter of principle*, Cambridge, Harvard university press, 1985.
- _____, *Laws empire*, Cambridge, Harvard university press, 1986.
- EHRlich, E.**, *Fundamental principals of the sociology of law*, Cambridge, Harvard university press, 1936.
- FARBER, D.**, "Reinventing Brandeis: Legal pragmatism for the 21st. Century", *University of Illinois law review*, #1, 1995.
- FISH, S.**, *Is there a text in this class?: The authority of interpretive communities*, Cambridge, Harvard university press, 1980.

_____, *Doing what comes naturally: Change, rhetoric, and the practice of theory in literary and legal studies*, Durham, Duke university press, 1989.

_____, "Play of surfaces: Theory and law" en *Legal hermeneutics: History, theory, and practice*, Leyh, G. editor, Berkeley & Los Angeles, University of California press, 1992.

FISHER, W., et. al., editores, *American legal realism*, New York, Oxford university press, 1993.

FITZPATRICK, P. y HUNT, A., editores, *Critical legal studies*, Oxford, Basil Blackwell, 1987.

FOUCAULT, M., "The discourse on language" en *The continental philosophy reader*, Kearney, R. y Rainwater, M. editores, London, Routledge, 1996.

FRANK, J., *Courts on trail: Myth and reality in american justice*, Princeton, Princeton university press, 1949.

_____, "Short of sickness and death: A study of moral responsibility in legal criticism", *NYU law review*, vol. 26, 1951.

_____, "Mr. Justice Holmes and non-euclidean legal thinking" *Cornell law review*, vol. XVII, año 1931-1932.

_____, "Judicial fact-finding and psychology", *Case and Comment*, vol. 59, 1954.

_____, *Derecho e incertidumbre*, trad. Carlos Bidegain, Buenos Aires, CEAL, 1968.

_____, "Mr. Justice Holmes and non euclidean legal thinking", *Cornell law quarterly*, vol. XVII, 1931-1932.

FRIEDMAN, L., *A history of american law*, 2ª. ed., New York, Simon & Schuster, 1985.

GARCÍA MÁYNEZ, E., *Introducción al estudio del derecho*, 35ª ed., México, Porrúa, 1984.

GARFIELD, H., "Privacy, abortion and judicial review: Haunted by the ghost of Lochner", *Washington law review*, vol. 61, #2, abril 1986.

GARVER, N. y LEE, S., *Derrida & Wittgenstein*, Philadelphia, Temple university press, 1994.

GARZA, S. F. de la., *Derecho financiero mexicano*, 16ª ed., México, Porrúa, 1990.

GIFIS, S., *Law dictionary*, New York, Barrons, 1996.

GILMORE, G., *The ages of american law*, New Haven, Yale university press, 1977.

GOLDBERG, J., "Community and the common law judge: reconstructing Cardozo's theoretical writings", *NYU law review*, vol. 65, nov. 1990.

GOLDING, M., "Realism and functionalism in the legal thought of Felix S. Cohen", *Cornell law review*, vol. 66, 1981.

GONZÁLEZ OROPEZA, M., "La interpretación jurídica en México", en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Rodolfo Vázquez compilador, México, Fontamara, 1998.

GOODMAN, R., editor, *Pragmatism: A contemporary reader*, New York, Routledge, 1995.

GREY, T., "Holmes and legal pragmatism", *Stanford law review*, vol. 41, 1989.

_____, "What good is legal pragmatism?", en *Pragmatism in law and society*, Brint, M. y Weaver, W. editores, Boulder, Westview press, 1991.

HALE, B., "Realism and its oppositions" en *A companion to the Philosophy of Language*, Hale, B. y Wright, C. editores, Oxford, Blackwell, 1997.

_____, "Rule-following, objectivity and meaning", en *A companion to the Philosophy of Language*, Hale, B. y Wright, C. editores, Oxford, Blackwell, 1997.

- HALE, R.**, "Bargaining, Duress, and economic liberty", *Columbia law review*, vol. XLIII, 1943.
- _____, "Coercion and distribution in a supposedly non-coercive State" en *American legal realism*, Fisher, W. et. al., editores, New York, Oxford university press, 1993.
- HALL, K.**, et. al., editores, *American legal history: Cases and materials*, New York, Oxford university press, 1991.
- HALL, M.**, editor, *Selected writings of B.N. Cardozo*, New York, Fallon, 1947.
- HARRIS, J. W.**, "Unger's critique of formalism in legal reasoning: Hero, Hercules, and Humdrum", *The modern law review*, vol. 52, enero 1989.
- HART, H.L.A.**, *El Concepto de Derecho*, trad. Genaro Carrió, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
- _____, *The concept of law*, Oxford, Clarendon press, 1961.
- _____, *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford, Clarendon press, 1983.
- _____, "Positivism and the separation of law and morals", *Harvard law review*, vol. 71, 1958.
- HERGET, J.**, *American jurisprudence: A history*, Houston, Rice university press, 1990.
- _____, "Unearthing the origins of a radical idea: The case of legal indeterminacy", *The american journal of legal history*, , vol. XXXI, jan. 1995.
- _____, "The great german influence on american jurisprudence" *Rechtstheorie*, 25 band, heft 1, 1994.
- HOLMES, O.W.**, *The common law*, Boston, Little Brown & Co., 1938
- _____, "The path of the law", *Harvard law review*, vol. 110, march 1997.
- HOLTZMAN. & LEICH.** *Wittgenstein: To follow a rule*, London, Routledge & Kegan Paul, 1981.
- HORWITZ, M.**, *The transformation of american law 1870-1960*, New York, Oxford university press, 1992.
- _____, "The Constitution of change: Legal fundamentalism without fundamentalism", *Harvard law review*, vol. 107, nov., 1993.
- _____, "The death of contract" (book review), *University of Chicago law review*, vol. 42, 1974-1975.
- _____, "History and theory", *Yale law journal*, vol. 96, july 1987.
- HOY, D.**, "Is legal originalism compatible with philosophical pragmatism?", en *Pragmatism in law and society*, Brint, M. y Weaver, W. editores, Boulder, Westview press, 1991.
- HULL, N.E.H.**, "Some realism about the Llewellyn-Pound exchange over realism: The newly uncovered private correspondence 1927-1931", *Wisconsin law review*, #6, vol. 1987.
- _____, "Reconstructing the origins of realistic jurisprudence: A prequel to the Llewellyn-Pound exchange over legal realism", *Duke law journal*, vol. 1989.
- _____, *Roscoe Pound and Karl Llewellyn: Searching for an american jurisprudence*, Chicago, University of Chicago press, 1997.
- HUNT, A.**, "Law's empire or legal imperialism?", en *Reading Dworkin critically*, Alan Hunt editor, Oxford, Berg, 1992.
- HUTCHINSON, A.**, "That's just the way it is: Langille on law", *McGill law journal*, vol. 34, 1989.

- _____, "Doing the right thing?: Toward a postmodern politics", *Law and society review*, vol. 26, 1992.
- _____, "A postmodern's Hart: Taking rules sceptically", *Modern law review*, vol. 58, 1995.
- _____, editor, *Critical legal studies*, Totowa, Rowman & Littlefield, 1989.
- _____, "The importance of not being Ernest", *McGill law journal*, vol. 34, 1989.
- _____, "Going places-Moving beyond crisis", *University of Toronto law journal*, vol. XLIX, 1999.
- _____, *Waiting for Coraf: A critique of law and rights*, Toronto, University of Toronto press, 1995.
- _____, "Identity crisis: The politics of interpretation", *New England law review*, vol. 26, 1992.
- _____, "The last emperor?", en *Reading Dworkin critically*, Alan Hunt editor, Oxford, Berg, 1992.
- IHERING, R.**, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, 4 ts., trad. Enrique Príncipe, Madrid, Saily-Bailliere, 1891.
- _____, *Jurisprudencia en broma y en serio*, trad. Román Riaza, Madrid, Revista de derecho privado, 1933.
- KAIRYS, D.**, *The politics of law: A progressive critique*, New York, Pantheon, 1982.
- _____, *The politics of law: A progressive critique*, 3ª edición, New York, Basic Books, 1998.
- KAMP, A.**, "Between the wars social thought: Karl Llewellyn, legal realism and the Uniform Commercial Code in context", *Albany law review*, vol. 59, 1995.
- KANTOROWICZ, H.**, "La lucha por la ciencia del derecho", *Información jurídica*, # 116, Enero 1953.
- KELMAN, M.**, *A guide to critical legal studies*, Cambridge, Harvard university press, 1987.
- KENNEDY, D.**, "Form and substance in private law adjudication", *Harvard law review*, vol. 89, 1976.
- _____, "A cultural pluralist case for affirmative action in legal academia", en Crenshaw, K. et al., editores, *Critical Race Theory: The key writings that formed the movement*, The New York press, New York, 1995.
- KERRUISH, V. y HUNT, A.**, "Dworkin's dutiful daughter: Gender discrimination in law's empire", en *Reading Dworkin critically*, A. Hunt editor, Oxford, Berg, 1992.
- KRIPKE, S.**, *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.
- LA SALLE**, *Law library*, La Salle extension university: Vol. II: Torts, domestic relations and persons, 1965.
- LANDERS, S.**, "Wittgenstein, realism, and CLS: Undermining rule scepticism", *Law and philosophy*, vol. 9, 1990.
- LANGDELL, C.C.**, *A summary of the law of contracts*, 2a ed., Littleton Colorado, Rothman & Co., 1980.
- LANGILLE, B.**, "Revolution without foundation: The grammar of scepticism and law", *McGill law journal*, vol. 33, 1988.

- _____, "Political world", *Canadian journal of law and jurisprudence*, vol. III, July 1990.
- LARENZ, K.**, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2ª ed., trad. Marcelino Rodríguez, Barcelona, Ariel, 1980.
- LEITER, B.**, "Rethinking legal realism: Toward a naturalized jurisprudence", *Texas law review*, vol. 76, dec. 1997.
- LERNER, M.**, *The mind and faith of Justice Holmes*, New York, Halcyon House, 1948.
- LEVY, B. H.**, *Cardozo and frontiers of legal thinking*, New York, Oxford university press, 1938.
- LIEF, A.**, *Representative opinions of Mr. Justice Holmes*, Westport, Greenwood press, 1971.
- LIGHT, C.P.**, "The future constitutional opinions of Mr. Justice Cardozo", *Cornell law quarterly*, vol. XVII, June 1932.
- LIND, D.**, "Logic, intuition, and the positivist legacy of H.L.A. Hart", *SMU law review*, vol. 52, 1999.
- LITOWITZ, D.**, *Postmodern philosophy and law*, Lawrence, University of Kansas press, 1997.
- LIVELY, D.**, "Desegregation and the Supreme Court: The fatal attraction of Brown", *Hastings constitutional law quarterly*, vol. 20, 1993.
- LOCKARD, D. y MURPHY, W.**, *Basic cases in constitutional law*, 3ª ed., Washington, CQ press, 1992.
- LUBAN, D.**, "The bad man and the good lawyer: A centennial essay on Holmes' The path of the law", *NYU law review*, vol. 72, dec. 1997.
- LYND, S.**, "Communal rights", *Texas law review*, vol. 62., may 1984.
- LLEWELLYN, K.N.**, *The bramble bush*, New York, Oceana, 1951.
- _____, *Jurisprudence: Realism in theory and practice*, Chicago, University of Chicago press, 1962.
- MacCORMICK, N.**, *H.L.A. Hart*, Stanford, Stanford university press, 1981
- MADRY, A.**, "Analytic deconstruction?: The intellectual voyeurism of Anthony D'Amato", *Fordham law review*, vol. LXIII, March 1995.
- MARMOR, A.**, "No easy cases?", *The Canadian journal of law and jurisprudence*, vol. III, July 1990.
- MARTIN, M.**, *The legal philosophy of H.L.A. Hart: A critical appraisal*, Philadelphia, Temple university press, 1987.
- MARTÍNEZ TORRÓN, J.**, "El derecho internacional y las objeciones de conciencia", en *Objeción de conciencia*, México, UNAM, 1998.
- MATEOS SANTILLÁN, J.**, "Los primeros juicios de constitucionalidad y amparo: 1847-1853", *Revista jurídica jaliscoense*, año 4, núm. 8, 1994.
- _____, "La reinstalación de los juicios de constitucionalidad con efectos generales en México", *Revista jurídica jaliscoense*, año 4, núm. 8, 1994.
- McDOWELL, J.**, "Non-Cognitivism and Rule Following", en *Wittgenstein: To follow a rule*, Holtzman & Leich editores, London, Routledge & Kegan Paul, 1981.
- MENSCH, E.**, "The history of mainstream legal thought" en *The politics of law: A progressive critique*, David Kairys editor, 3ª ed., New York, Basic Books, 1998.
- MEJÍA, M.**, *Errores constitucionales*, México, UNAM, 1977.

- MICHELMAN, F.**, "Politics as medicine: On misdiagnosing legal scholarship", *Yale law journal*, vol. 90, april 1981.
- MILLÁN GARRIDO, A.**, *La objeción de conciencia*, Madrid, Tecnos, 1990.
- MINDA, G.**, *Postmodern legal movements*, New York, NYU press, 1995.
- MINOW, M.**, "Partial justice: Law and minorities" en *The fate of law*, Austin Sarat y Thomas R. Kearns editores, Ann Arbor, University of Michigan press, 1993.
- _____ y **SPELMAN, E.**, "In context" en *Pragmatism in law and society*, Brint, M. y Weaver, W. editores, Boulder, Westview press, 1991.
- MONTESQUIEU.** *El espíritu de las leyes*, trad. Nicolás Estévanes, México, Porrúa, 1985.
- NIÑO, J. A.**, *La interpretación de las leyes*, México, Porrúa, 1971.
- PALOMINO, R.**, *Las objeciones de conciencia*, Madrid, Montecorvo, 1994.
- PARAMO, J.**, *H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- PATTERSON, D.**, "Wittgenstein and constitutional theory", *Texas law review*, vol. 72, june 1994.
- PELLER, G.**, "The metaphysics of american law", *California law review*, vol. 73, 1985.
- PÉREZ LLEDÓ, J.**, *El movimiento critical legal studies*, Madrid, Tecnos, 1996.
- _____, "Teorías críticas del derecho" en *El derecho y la justicia*, Garzón Valdés, E. y Laporta, F. editores, Madrid, Trotta, 1996.
- POLLARD, J.**, *Mr. Justice Cardozo: A liberal mind in action*, Westport, Greenwood press, 1970.
- POSNER, R.**, *Overcoming law*, Cambridge, Harvard university press, 1995.
- _____, *Cardozo. A study in reputation*, Chicago, University of Chicago press, 1990.
- _____, *The essential Holmes: Selection from the letters, speeches, judicial opinions and other writings of O.W Holmes Jr.*, Chicago, University of Chicago press, 1992.
- _____, *The problems of jurisprudence*, Cambridge, Harvard university press, 1990.
- _____, "Pragmatic adjudication", *Cardozo law review*, vol. 18, sept. 1996.
- _____, *Economic analysis of law*, Boston, Little Brown and Co., 1972.
- POUND, R.**, *Law finding through experience and reason*, Athens, University of Georgia press, 1960.
- _____, "Discretion, dispensation and mitigation: The problem of the individual special case", *NYU law review*, vol. 35, april 1960.
- _____, "Hierarchy of sources and forms in different systems of law", *Tulane law review*, vol. VII, june 1933.
- _____, "La interpretación de la ley en el sistema de la codificación y en el derecho angloamericano", *Revista de derecho, jurisprudencia y administración*, año XLV, enero 1947.
- _____, "Runaway courts in a runaway world", *UCLA law review*, vol. 10, may 1963.
- _____, *An introduction to the philosophy of law*, New Haven, Yale university press, 1954.
- _____, *Social control through law*, New Haven, Yale university press, 1942.
- _____, *The formative era of american law*, Boston, Little Brown & Co., 1938.
- _____, *The spirit of the common law*, Cambridge, Marshall Jones Co., 1921.

- RADIN, M.**, "Reconsidering the rule of law", *Boston university law review*, vol. 69, July 1989.
- _____, "The pragmatist and the feminist" en *Pragmatism in law and society*, Brint, M. y Weaver, W. editores, Westview press, Boulder, 1991.
- _____ y **MICHELMAN, F.**, "Pragmatist and poststructuralist critical legal practice", *University of Pennsylvania law review*, vol. 139, 1991.
- RAWLS, J.**, *A theory of justice*, Cambridge, Harvard university press, 1971.
- RAZ, J.**, "H.L.A. Hart", *Revista de ciencias sociales*, núm. 28, 1986.
- _____, *The authority of law*, Oxford, Oxford university press, 1979.
- REED, T.**, "Holmes and the paths of law", *The american journal of legal history*, vol. XXVII, July 1993.
- REYES HEROLES, J.**, *El liberalismo mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 3 ts, 1974.
- RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ, J.**, compilador, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos ONU-OEA*, 3 ts., México, CNDH, 1994.
- RORTY, R.**, *Contingency, irony, and solidarity*, Cambridge, Cambridge university press, 1989.
- _____, "Feminism and pragmatism" en *Pragmatism. A contemporary reader*, Goodman, R. editor, New York, Routledge, 1995.
- _____, "The banality of pragmatism and the poetry of justice", en *Pragmatism in law and society*, Brint, M. y Weaver, W. editores, Boulder, Westview press, 1991.
- SAMUELS, W.**, "The economy as a system of power and it's legal bases: The legal economics of Robert Lee Hale", *University of Miami law review*, vol. 27, # 3-4, 1973.
- SARUP, M.**, *An introductory guide to post-structuralism and postmodernism*, 2ª ed., Athens, University of Georgia press, 1993.
- SCHLAG, P.**, "The problem of the subject" *Texas law review*, vol. 69, # 7, June 1991.
- SCHLEGEL, J.**, *American legal realism and empirical social science*, Chapel Hill, North Carolina Press, 1995.
- _____, "American legal realism and empirical social science: From the Yale experience", *Buffalo law review*, vol. 28, 1979.
- _____, "American legal realism and empirical social science: The singular case of Underhill Moore", *Buffalo law review*, vol. 29, 1980.
- SCHULTE, J.**, *Wittgenstein: An Introduction*, trad. W. Brenner y John F. Holley, New York, SUNY Press, 1992.
- SEBOK, A.**, "Finding Wittgenstein at the core of the rule of recognition", *SMU Law Review*, Vol. 52, 1999.
- SELIGMAN, J.**, *The high citadel: The influence of harvard law school*, Boston, Houghton Mifflin Co., 1978.
- SOBERANES, J.L.**, *Historia del derecho mexicano*, México, Porrúa, 1994.
- _____, *Evolución de la ley de amparo*, México, UNAM, 1994.
- _____, "Vallarta y el amparo Larrache", *Revista jurídica jalisciense*, año 3, núm. 7, 1993.
- _____, "Notas sobre el origen del amparo casación", *Boletín mexicano de derecho comparado*, año XXIV, núm. 74, 1992.

- TENA RAMÍREZ, F.**, *Leyes fundamentales de México 1808-1983*, 12a ed., México, Porrúa, 1983.
- TIERSMA, P.**, *Legal language*, Chicago, University of Chicago press, 1999.
- TOMASINI BASSOLS, A.**, "Seguir una Regla: Resultados Wittgensteinianos y Especulaciones Chomskianas", *Manuscrito*, México, 1995.
- TRACY, D.**, *Pluralidad y Ambigüedad: Hermenéutica, religión, esperanza*, trad. María Tabuyo y Agustín López, Madrid, Trotta, 1997.
- TUSHNET, M.**, *Taking the constitution away from the courts*, Princeton, Princeton university press, 1999.
- _____, *Red, White, and blue: A critical analysis of constitutional law*, Cambridge, Harvard university press, 1988.
- _____, "Following the rules laid down: A critique of interpretivism and neutral principles", *Harvard law review*, vol. 96, february 1983.
- _____, "Defending the indeterminacy thesis" en *Analyzing law: New Essays in legal theory*, Bix, B. editor, Oxford, Clarendon press, 1998.
- _____, "Critical legal studies: A political history", *Yale law journal*, vol. 100, 1991.
- _____, "An essay on rights", *Texas law review*, vol. 62, mayo 1984.
- _____, "The U.S. Constitution and the intent of the framers", *Buffalo law review*, vol. 36, 1987.
- _____ y **LEZIN, K.**, "What really happened in Brown v. Board of education", *Columbia law review*, vol. 91, 1991.
- TWINING, W.**, "Talk about realism", *NYU law review*, vol. 60, june 1985.
- _____, "Some scepticism about some scepticism", *Journal of law and society*, vol. 11, #2, 1984.
- _____, "Some scepticism about some scepticism. Continued", *Journal of law and society*, vol. 11, #3, 1984.
- UNGER, R.**, "The critical legal studies movement", *Harvard law review*, vol. 96, 1983.
- _____, *The critical legal studies movement*, Cambridge, Harvard university press, 1986.
- VEGA GÓMEZ, J.**, "La penumbra de incertidumbre en Holmes y Hart", *Concordancias*, año 4, núm. 6, 1999.
- VERNENGO, R.**, "Interpretación del derecho", en *El derecho y la justicia*, Ernesto Garzón V. y Francisco J. Laporta editores, Madrid, Trotta, 1996.
- VILLORO TORANZO, M.**, *Introducción al estudio del derecho*, 9ª ed., México, Porrúa, 1990.
- WARNER, R.**, "Legal pragmatism" en *A companion to philosophy of law and legal theory*, Patterson, D. editor, Oxford, Blackwell, 1999.
- WEIS, J.**, "Jurisprudence by Webster's: The role of the dictionary in legal thought", *Mercer law review*, vol. 39, 1988.
- WEST, C.**, "Prophetic pragmatism: Cultural criticism and political engagement" en Russel B. Goodman, editor, *Pragmatism: A contemporary reader*, New York, Routledge, 1995.
- _____, "The role of law in progressive politics", en *The politics of law: A progressive critique*, 2ª ed., Kairys, D. editor, New York, Pantheon books, 1990.

WHITE, E., *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the inner self*, New York, Oxford university press, 1993.

_____, "From sociological jurisprudence to realism: Jurisprudence and social change in early 20th. Century america", *Virginia law review*, vol. 58, 1972.

WILLIAMS, N. y YATES, A., "Is this legal realism?", *Vermont law review*, vol. 20, 1996.

WITTGENSTEIN, L., *Philosophical Investigations*, trad. G.E.M. Anscombe, 2a. ed., 1997, Oxford, Blackwell.

_____, *Investigaciones Filosóficas*, trad. Alfonso García y Ulises Moulines, Barcelona, Instituto de Investigaciones Filosóficas UNAM-Crítica, 1988.

_____, *Zettel*, trad. Octavio Castro y Carlos U. Moulines, México, UNAM, 1979.

WOXLAND, T., "Why can't johnny research? Or it all started with C.C. Langdell", *Law library journal*, vol. 81, summer 1989.

YABLON, C., "Law and metaphysics", *Yale law journal*, vol. 96, jan. 1987

ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, trad. Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995.

ZAPF, C. Y MOGLEN, E., "Linguistic indeterminacy and the rule of law: On the perils of misunderstanding Wittgenstein", *Georgetown law journal*, vol. 84, february 1996.