

U.N.A.M.

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

**“ANÁLISIS DE LA DECISIÓN JUDICIAL EN LOS
ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO (UN ENFOQUE
ACTUAL DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO)”**

LICENCIADO EN DERECHO

**ALUMNO: RADAMEZ MEJÍA JIMÉNEZ
NUMERO DE CUENTA: 9450991-7**

ASESOR: JORGE ROBLES VÁZQUEZ

2006



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 MI MADRE:

Que nunca perdió la esperanza en mis proyectos, que siempre me consideró el mejor de los abogados; a la que ha dado la vida por mí y me enseñó el valor de los sentimientos; a la que admiro y agradezco mi formación personal; a la que no ha escatimado en comprensión, amor y ternura, a la que doy gracias por el apoyo en los momentos más difíciles de mi existencia, que con sus cuidados y amor hicieron de mí una mejor persona y hace posible que este sea el inicio de una nueva etapa de mi vida, con todo mi amor, para usted.

A MI PADRE:

Que fue mi inspiración para elegir la Licenciatura en Derecho, ejemplo de superación, inteligencia y disciplina, a quien agradezco mi formación profesional; al que le ha costado decirme que me ama pero que toda su vida me lo ha demostrado; a quien debo todo lo que soy, con todo mi amor para usted.

“AZUL”

A MI ASESOR:

Que con su apoyo, amistad y conocimientos, hizo posible realizar el presente trabajo de tesis y culminar esta etapa de mi vida; gracias.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO

Que me permitió formar parte de la comunidad Universitaria y lograr uno de mis mayores anhelos, culminar mis estudios universitarios; gracias.

ÍNDICE

CAPITULO I INTERPRETACIÓN JURÍDICA

1.1.- Significados de la palabra interpretación_____	1
1.2.- Los sistemas de interpretación_____	6
1.3.- Que se entiende por interpretación jurídica_____	7
1.4.- Conceptos de interpretación jurídica. Un concepto restringido de interpretación_____	9
1.5.- La interpretación literal y gramatical de las normas_____	11
1.6.- Las clases de interpretación de las leyes_____	17
1.7.- Elementos generales de la interpretación_____	21
1.8.- La Escuela de la Exégesis_____	22
1.8.1.- Características de la Escuela_____	24
1.9.- Escuela Histórica Alemana_____	27

CAPITULO II REALISMO NORTEAMERICANO

2.1.-Teorías Constructivistas vs Teorías Críticas del Derecho_____	36
2.2.- El Realismo Norteamericano_____	42
2.3.- Problemas que se suscitan en la interpretación y aplicación jurisdiccional del Derecho conforme al Realismo Norteamericano. (Karl N. Llewellyn)_____	50
2.3.1.- Reglas de papel y reglas efectivas_____	54
2.4.- Interpretación de la norma jurídica en el Realismo Norteamericano. (Jerome Frank)_____	60
2.5.- La crítica a la decisión judicial como actividad silogística_____	66

2.6.- Joseph W. Bingham	71
2.7.- Benjamín Cardozo	73

CAPITULO III
ESTUDIOS CRITICOS DEL DERECHO (CRÍTICAL LEGAL STUDIES)

3.1.- ¿Qué son los Estudios Críticos del Derecho?	79
3.2.- Significado, desarrollo y objetivos del movimiento de los Estudios Críticos del Derecho	88
3.3.- Coherencia interna del Derecho y la neutralidad del Derecho. (Hart – Dworkin)	94
3.3.1.-Hart - La naturaleza del positivismo jurídico	95
3.3.2.- El sistema de reglas	97
3.3.3.- La regla de reconocimiento	99
3.3.4.- Textura abierta de las normas	101
3.4.- Dworkin	103
3.4.1.- El concepto de Dworkin sobre interpretación	105
3.4.2.- Principios, reglas y directrices	106
3.4.3.- Los casos difíciles	108
3.4.4.- El Derecho como integridad	111

CAPÍTULO IV
CRÍTICA DE LA DECISIÓN JUDICIAL
(DUNCAN KENNEDY)

4.1.- Marco filosófico de la crítica que hace Duncan Kennedy a la decisión judicial y su implicación en la interpretación de las normas	113
---	-----

4.2.- Crítica a la indeterminación del Derecho, la doctrina jurídica y sus contradicciones internas	116
4.3.- La crítica a la plenitud del orden jurídico positivo, la certeza judicial y la coherencia del Derecho	118
4.4.- Crítica a la decisión judicial	124
4.5.- Los argumentos no deductivos y la ideología como influencia en la decisión judicial	132
4.6.- La libertad y restricción que experimentan los jueces al emitir sus fallos según Duncan Kennedy	136
Conclusiones	143
Bibliografía	156

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como propósito el análisis que realizan los Estudios Críticos del Derecho respecto a la decisión judicial, es decir la aplicación del Derecho por parte de los jueces, tomando en consideración el carácter objetivo o subjetivo de la interpretación jurídica y el valor de los métodos alternativos de interpretación.

Los Estudios Críticos del Derecho no son un sistema teórico, sino una red de trabajos que hacen crítica de objetos específicos, como lo son las decisiones judiciales, son una corriente de pensamiento contemporánea, que surge en contraposición a las teorías jurídicas implícitas positivistas del Derecho que afirman su coherencia y la neutralidad judicial.

Asimismo serán objeto de estudio las teorías que afirman la coherencia del Derecho y la neutralidad judicial, en específico las desarrolladas por los autores H. L. A. HART y RONALD DWORKIN a efecto de compararlas y tener un panorama general de la Teoría del Derecho.

Se establecerá el significado y desarrollo del movimiento de los Estudios Críticos del Derecho que señalan la posible indeterminación del Derecho, la función ideológica del dogma de la neutralidad, el carácter ideológico, político y la incidencia de los argumentos de conveniencia, en la decisión judicial.

Y por último será objeto de estudio la Crítica a la decisión judicial que hace Duncan Kennedy en donde señala el sentido político de la práctica de los jueces al interpretar las normas y aplicarlas a un caso concreto, la tensión permanente en que se mantiene el Derecho debido a que protege simultáneamente interés de grupos enfrentados, ya que a partir de los mismos hechos y principios jurídicos se podrían tener resultados opuestos, por lo que el juez difícilmente actúa de forma neutra y generalmente elige entre interpretaciones alternativas de acuerdo con el resultado que considera más justo.

CAPITULO I

INTERPRETACIÓN JURÍDICA

1.1.- SIGNIFICADOS DE LA PALABRA INTERPRETACIÓN

Con el propósito de ubicar nuestro tema, deberemos iniciar con el estudio y análisis de las diferentes acepciones y significados del término interpretación a efecto de poder distinguirlos desde dos puntos de vista: el práctico y teórico usado en la Teoría del Derecho y el de los lenguajes corrientes donde se pueden entender las cosas mas dispares. En latín, la palabra indicaba, al parecer, una negociación, para pasar luego a significar, tanto la explicación del asunto, como una intervención negociadora, y por fin la traducción de un discurso. El sentido más antiguo parece apuntar a un intermediario o negociador, para pasar a significar luego explicación o, inclusive, traducción. Por lo tanto en latín, el “interpres” era el intermediario encargado de una negociación y, por ende, capaz de lograr un entendimiento entre las partes de un conflicto.¹

Ya en el Derecho romano, el término adquiere un matiz práctico y técnico ya que el “interpres” es quien, en un conflicto en que las partes no se entienden, interviene para alcanzar justamente un entendimiento. De ahí que el término pasó a significar posteriormente, tanto la actividad de llevar a cabo una negociación, como el resultado de la misma, es decir, el interpretor era un negociador, quien buscaba y proponía una solución para el caso y el resultado de dicha solución sería la interpretación en sí misma.

Cuando los conflictos provenían de la aplicación de los textos previos, como en los casos de contratos, así como en su reformulación luego de un conflicto, la interpretatio pasó en Roma a ser un término técnico del Derecho, relacionado

¹ Garzón Valdez, Ernesto y Laporta, Francisco J, (Edición). El Derecho y la Justicia, Enciclopedia Ibero Americana de Filosofía. Madrid, Trotta. 1990. p. 239.

etimológicamente con el término jurídico ritual *pretium*. El intérprete era el intermediario en una negociación o conflicto; luego, en un sentido muy lato, fue el sujeto encargado de explicar a las partes la situación durante la negociación de un conflicto; etimológicamente, la raíz correspondiente, -pres, aparecería en un verbo arcaico referente a la compra-venta.²

La jurisprudencia, reconocida en el Derecho Romano como una fuente formal del Derecho, definida como el caudal de opiniones expresadas por peritos en Derecho, que basados en su conocimiento del Derecho positivo y su fina intuición de lo justo, resuelven casos problemáticos³, servía como criterio de interpretación de las leyes.

Sus contestaciones y peritajes se coleccionaban, discutían y comparaban, formándose un conjunto de decisiones concretas, de consejos e ideas, que es la jurisprudencia romana, parte de la cual se ha conservado en el Digesto de Justiniano.⁴

La obra del Digesto, contenía cincuenta libros, subdivididos en títulos, llena de sugerencias, de ejemplos concretos y de refranes jurídicos, era una eterna fuente de inspiración para el jurista⁵; respecto a las reglas para la correcta interpretación de los contratos, en el Derecho romano, diseminadas a lo largo del Digesto encontramos varias indicaciones a cargo de Papiniano, Ulpiano, Paulo, y Celso, quienes en su conjunto manifiestan que en las convenciones y contratos se debe buscar cuál ha sido la común intención o voluntad de las partes contratantes, más que las palabras por ellos expresados. Cuando las palabras de un contrato son ambiguas, es lo más práctico interpretarlas con el objeto o fin de procurar se consiga el resultado del negocio querido por las partes.⁶

² Idem.

³ Floris Margadan S. Guillermo. El Derecho Privado Romano. 2ª edición. Edit. Esfinge. México D.F. 1965. p. 52.

⁴ Idem.

⁵ Ibidem. p. 76.

⁶ Bravo Valdez, Beatriz y Bravo Gonzalez, Agustin. Derecho Romano Segundo Curso, 10ª edición. Edit. Porrúa. México. 1984, p. 36.

No habría que olvidar que existe un vínculo indisoluble entre la historia de las costumbres sociales, las instituciones jurídicas y las leyes escritas, por lo que el Derecho desde sus orígenes hasta nuestros días siempre ha ido a la par con la historia de las diferentes formas en que se ha interpretado el Derecho.

En el Derecho se busca interpretar textos legales y situaciones de hecho, para poder aplicar normas jurídicas y así motivar conductas no espontáneas y producir nuevos estados de las cosas que se plantearon; así por ejemplo un juez interpreta el hecho que se le plantea en un caso concreto a efecto de atribuirle un sentido objetivo claro y una explicación suficiente mediante la aplicación de ciertas normas jurídicas que también tiene que interpretar, y de ese modo lograr que los participantes en la situación real, produzcan o lleven a cabo ciertos actos que ponga término al conflicto.

El vocablo “interpretación”, puede denotar bien una actividad, es decir la actividad interpretativa o bien el resultado o producto de esa actividad. Por ejemplo las disposiciones legales sobre la interpretación, son disposiciones que disciplinan la actividad interpretativa; por el contrario, una interpretación restrictiva es el resultado de una cierta técnica interpretativa. El resultado o producto de la actividad interpretativa no es otra cosa más que el significado del objeto interpretado.⁷

Se puede observar que el verbo “interpretar” es comúnmente usado en el lenguaje de las ciencias sociales, acompañado de diversos contextos y con distintos matices lo cual le da diferentes significados; según el uso corriente, muchas cosas pueden ser objeto de interpretación, y los significados del vocablo dependen principalmente del tipo de objeto sobre el que la actividad interpretativa versa, con lo que tendríamos los siguientes casos:

⁷ Vázquez, Rodolfo. (compilador) La Interpretación Jurídica y Decisión Judicial, Doctrina Jurídica Contemporánea. Edit. Fontamara. 2ª edición, 2002. p.19.

a) Cuando se habla de interpretar un acto o comportamiento humano, interpretar a veces significa elaborar suposiciones en torno a los objetivos, a las razones, o a las intenciones del sujeto agente; otras veces significa asignarle un sentido o un valor a la acción considerada y en particular, en el ámbito del discurso jurídico, “interpretar un hecho” significa incluir ese hecho dentro de una cierta clase de hechos, o bien aplicar ese hecho en una norma, o incluso, valorar ese hecho bajo el esquema de calificación que ofrece una norma para aplicarle así una consecuencia jurídica, como lo sería la sanción que esa norma prevé.⁸

b) Cuando se habla de interpretar un acontecimiento histórico o social, comúnmente “interpretar” significa conjeturar una relación de causa-efecto entre un cierto hecho o conjunto de hechos condicionante y un hecho o un conjunto de hechos condicionado.

c) Cuando se habla de interpretar un texto, “interpretar” significa atribuir sentido y/o significado a un determinado fragmento del lenguaje (vocablos, locuciones y enunciados).

Conviene advertir, que a veces no se distingue entre la interpretación del texto en cuanto tal y la interpretación del conocimiento humano consistente en producir ese texto, naturalmente, la línea entre las dos cosas es bastante sutil, no obstante, la distinción conceptual es clara: una cosa es preguntarse por el significado de las palabras, otra preguntarse sobre las supuestas intenciones del autor. Por ejemplo, una cosa es preguntarse si el vocablo “hombre” significa, en un contexto determinado, ser humano o bien masculino de la especie humana; y otra cuestión es preguntarse si el autor, cuando dice “Atención al que haga esto”, entendía una advertencia o una amenaza.⁹

Al tocar el tema de la interpretación jurídica tenemos que tomar en cuenta varias relaciones que se producen al interpretar una norma y aplicarla a un caso en

⁸ Ibidem. p. 20.

⁹ Idem.

concreto, así por ejemplo tendríamos la relación que se da entre dos o más textos normativos que aparentemente se pudieran aplicar al mismo caso planteado; la relación entre una situación de hecho y la norma que se aplique y la relación entre una situación dada y la nueva situación que se produzca mediante la actividad normativa de interpretar.

No hay razón para pensar que estas diversas relaciones sean similares y por lo tanto nos da como resultado que la teoría de la interpretación en Derecho, ha sido desde siempre un terreno polémico donde no existe suficiente claridad sobre los problemas teóricos en juego y que con el presente trabajo de tesis se pretende dilucidar un enfoque actual de los criterios aplicados al interpretar el Derecho.

Respecto a los Derechos positivos, tenemos la interpretación de textos legales que distintos órganos jurídicos invocan como fundamento de sus propias decisiones; por otra parte, frente a textos normativos promulgados, proponen interpretaciones que les parecen adecuadas pero para interpretar práctica o teóricamente textos jurídicos normativos, el intérprete tiene que atribuir también algún sentido a las circunstancias de hecho mencionadas en las normas relevantes para su aplicación. De ahí que los juristas también se refieran, cuando de interpretación jurídica se trata, no a la interpretación de los textos normativos, sino a la interpretación de los hechos mencionados por los textos legales como condiciones para la aplicación de las consecuencias normativas previstas.

Así tenemos por lo tanto, la interpretación de normas jurídicas como tal y la de hechos valorados a la luz de esas normas, lo que nos arroja diversos problemas interpretativos prácticos y teóricos de muy diversa índole.

La interpretación de textos legales, en contextos decisorios, para producir una solución normativa: se trata de la denominada **interpretación operativa**, para distinguirla de la interpretación sin eficacia normativa que, frente a un texto, puede elaborarse, con un matiz puramente teórico, en medios académicos, pero en la

misma interpretación operativa, cabe distinguir la interpretación de Derecho propiamente dicha, esto es: la interpretación de normas válidas; de la interpretación de hechos que, en la mayoría de los casos, funcionan como condiciones para la producción de la norma que pondrá término a un caso.¹⁰

1.2.- LOS SISTEMAS DE INTERPRETACION

Existen diversos métodos interpretativos que determinan los posibles procedimientos y recursos mediante los cuales los jueces y los juristas podrían llevar a cabo la interpretación del Derecho. El texto legal fue pensado desde muy temprano, como la expresión de la voluntad del legislador; desentrañar el significado del texto legal, de alguna manera implicaba hacerse cargo y entender lo querido por los autores de tales textos, es decir hacerse cargo de la voluntad del legislador. Conforme a esas pautas tradicionales de interpretación, el punto de partida se encuentra siempre en el tenor literal del texto: la letra escrita, que al fin y al cabo, es un producto del acto legislativo.

Dos momentos han sido de enorme importancia para la interpretación jurídica: la interpretatio y los glosadores:

a) Interpretatio. En un principio, en Roma, los pontífices, de manera exclusiva realizaron la tarea de interpretar el Derecho. Tarea que después fue asumida por los jurisconsultos: hombres entendidos en Derecho. El hecho de que los pontífices hayan sido los primeros jurisconsultos es un dato que no puede sorprender ya que el Derecho primitivo nace siempre en íntima relación con la religión y la magia.¹¹

Con el fin de satisfacer nuevas necesidades, los sacerdotes, acudieron a la interpretatio. Así la interpretatio prudentium se convirtió en una fuente del Derecho

¹⁰ Garzón Valdez, Ernesto y Laporta, Francisco J. Ob. cit. p. 241.

¹¹ Tamayo y Salmorán, Rolando. Elementos para una Teoría General del Derecho. 1ª edición. Edit. Themis. México. 1992, p. 358.

(en un procedimiento creador del Derecho). La *interpretatio prudentium*, fue el método que sirvió para convertir el Derecho consuetudinario (*sino scripto*) en una de las formas del *ius scriptum*.¹²

b) Los Glosadores se dedicaban al estudio del Derecho justiniano (aunque también, en alguna medida al Derecho canónico y germánico) Su función se caracteriza en explicar el sentido del texto legal. Para ellos no hay más Derecho que el *corpus iuris civilis*. Subyugados por el grado de perfección del Derecho y de la doctrina jurídica ahí reunida ve en el *Corpus Iuris* no un Derecho sino el Derecho. El Derecho según su concepción, se ha dictado de una vez y para siempre y se encuentra, justamente, en las sentencias del *Corpus Iuris Civilis*¹³

El Digesto fue una compilación de la antigua *jursiprudencia*, realizada a partir de un estudio del *Copus iuris*; es un comentario sistemático del Derecho Justiniano, más utilizable en la práctica que la gran compilación misma que Justiniano había hecho. Inclusive nace la regla de que la glosa ya tenía más autoridad que el mismo *Corpus iuris*.¹⁴

La interpretación que se desprendía del Digesto, permitió reintroducir el Derecho Justiniano en los tribunales de su época, debido a su armonización del Derecho Romano con ciertas tradiciones germánicas, el feudalismo y el Derecho canónico y su reinterpretación que quitaba ciertas asperezas al *Corpus iuris*, permitiendo contratos a favor de terceros, la representación directa, las *servidumbres*, entre otros.

1.3.- QUE SE ENTIENDE POR INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Resulta indispensable para comprender el tema, deslindar dos aspectos que se suscitan al realizar una interpretación jurídica: se interpretan hechos de una situación

¹² *Idem*.

¹³ *Ibidem* p. 360.

¹⁴ Floris Margadan S. Guillermo, *Ob cit.* p. 82.

que se desea encarar jurídicamente y se escogen y aplican los preceptos normativos jurídicos, que prevén acciones consecuentes a los hechos del caso (como en la sentencia condenatoria luego de un crimen), con lo que tenemos, como ya se ha señalado en párrafos anteriores, una actividad interpretativa, así como el resultado o producto de esa actividad.

En sus usos corrientes, y en los más diversos contextos, con la palabra interpretación se alude, tanto a una actividad como a sus productos; por lo tanto, hablamos de una interpretación para referirnos tanto a la actividad cumplida en cierto contexto, como a sus resultados. Interpretamos un texto cualquiera, tanto cuando intentamos establecer alguno de sus sentidos, como cuando damos una versión de alguno de ellos, mediante un texto nuevo que el intérprete crea y propone.

En el caso del Derecho legislado, un texto legal es interpretado en cuanto se produce finalmente otro texto al que se le atribuye ser la interpretación del primero; con el término interpretación designamos tanto el producto, el nuevo texto elaborado, como la actividad desplegada sobre el texto anterior para justificar el nuevo texto producido.¹⁵

En Derecho, se suele decir, que un órgano jurisdiccional, interpreta el Derecho (o el texto normativo jurídico que se aplique), no sólo cuando desentraña el sentido lingüístico de las normas que aplica, sino cuando produce nuevas normas como resultado de la interpretación de las primeras. Algunos autores denominan a este conjunto de actividades **interpretación operativa**.¹⁶

La interpretación jurídica pertenece al género de la interpretación textual; en expresiones como “interpretación jurídica”, “interpretación del Derecho”, “interpretación de la ley”, “interpretación de los actos (o documentos) normativos”, “interpretación de normas”, y otras similares, el vocablo “interpretación” denota **la**

¹⁵ Ibidem, p. 240.

¹⁶ Ibidem, p. 241.

actividad de averiguar o decidir el significado de algún documento o texto jurídico; o bien el resultado o producto de esa actividad, o sea el significado mismo. Que la interpretación sea una actividad de averiguación o de decisión es una cuestión controvertida, a la que las diversas teorías de la interpretación ofrecen respuestas diferentes.¹⁷

Naturalmente, existen una gran variedad de textos jurídicos sujetos a la interpretación, por ejemplo: leyes, reglamentos, contratos, testamentos, sentencias, actos administrativos, entre otros. Ahora bien, en la literatura sobre el tema de la interpretación se dedica gran parte de la atención, a la interpretación de la ley y de las fuentes del Derecho en general. En resumen, cuando se habla de interpretación de fuentes del Derecho (textos normativos, formulaciones de normas, etc.), como casi siempre sucede, **“interpretar” significa clarificar el “contenido” y/o el campo de aplicación de una norma.**¹⁸

Cabe aclarar que el modo de expresarse normalmente, según el cual la interpretación tiene como objeto normas, es correcto con la condición de que por “norma” entendamos un texto normativo, pero ese modo de hablar sería incorrecto, si por “norma” entendiéramos no ya el texto normativo, sino el significado que contiene por lo que en tal caso, la norma constituiría ya no el objeto, sino el producto de la actividad interpretativa.

1.4 CONCEPTOS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA. UN CONCEPTO RESTRINGIDO DE INTERPRETACIÓN.

La definición de interpretación jurídica que se ha ofrecido líneas arriba, requerirá de precisiones, ya que el término no es usado por los juristas de forma constante y unívoca.

¹⁷ Vázquez, Rodolfo, Ob cit. p. 20 y 21.

¹⁸ Ibidem, p. 21.

En sentido estricto, interpretación se emplea para referirse a la atribución de significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación; un texto, requiere interpretación sólo cuando su significado es oscuro o discutible, cuando se duda sobre si es aplicable o no a un determinado supuesto de hecho, por lo que la interpretación es la **decisión en torno al significado no de un texto jurídico cualquiera en cualquier circunstancia, sino sólo de un texto oscuro en una situación dudosa.**¹⁹

Este concepto determina claramente que no se puede interpretar un texto que sea claro y que no deja lugar a dudas o controversias; por lo que se debe distinguir entre dos tipos de formulaciones normativas: por un lado, existen formulaciones normativas cuyo significado es claro y no controvertido y de otro existen formulaciones normativas cuyo significado es equívoco y despiertan perplejidad; las formulaciones del segundo tipo, y sólo esas, requieren de interpretación.

Dicho lo anterior, debemos distinguir entre dos tipos de supuestos de hechos: por una parte, se dan hechos a los cuales una determinada norma se aplica de forma pacífica (controversias cuya solución es pacífica) y por otra parte, se dan hechos en los cuales la aplicación de una cierta norma es dudosa o controvertida.

En otros términos, dada una cierta norma existen: a) supuestos de hecho que seguramente recaen en su campo de aplicación (así como supuestos de hecho que de forma igualmente segura caen fuera de su campo de aplicación); y b) supuestos de hecho respecto de los cuales la aplicabilidad de la norma es incierta, discutible o discutida. Los supuestos de hecho del primer inciso dan lugar a casos “claros” o “fáciles”; y los del segundo inciso dan lugar a casos “dudosos” o “difíciles”; no se produce interpretación siempre que se resuelve un caso “claro”.²⁰

¹⁹ Ibidem, p. 23.

²⁰ Idem

Los casos claros y los casos difíciles, tomarán especial relevancia en nuestro capítulo tercero de esta tesis cuando analicemos los Estudios Críticos del Derecho, y a los juristas Hart y Dworkin, pero por el momento es importante puntualizar la distinción de estos casos a partir de la facilidad o dificultad en la aplicación de normas jurídicas a casos concretos.

1.5.- LA INTERPRETACIÓN LITERAL Y GRAMATICAL DE LAS NORMAS

Es evidente la importancia del lenguaje para la Teoría del Derecho y la práctica del Derecho, ya que los Derechos positivos aparecen bajo la forma de una formulación lingüística, es decir textos, por lo que el Derecho está vinculado al problema del lenguaje y sujeto a los límites de su capacidad de expresión.

Tal y como se señaló en párrafos anteriores, la interpretación jurídica pertenece al género de la interpretación textual; las normas que los órganos jurídicos aplican se presentan como textos y para poder aplicarlas, es menester, captar su sentido lingüístico.

Las leyes promulgadas pueden ser vistas como mensajes mediante los cuales el legislador comunica alguna intención normativa, es decir, propone que ciertas hipótesis producirán determinados efectos que repercutirán en el escenario social y toda vez que las normas son mensajes lingüísticos tenemos que utilizar nuestra capacidad de lenguaje para atribuirles algún sentido.

Ya lo señalaba el Inglés H. L. A. Hart, quien al puntualizar la limitación y la vaguedad del lenguaje humano y en particular la del lenguaje jurídico, daba entrada a la llamada textura abierta de las reglas jurídicas.²¹

²¹ Véase capítulo III, punto 3.4 de la presente tesis “TEXTURA ABIERTA DE LAS NORMAS”. p. 98

Podemos acreditar que interpretamos un texto, cuando al captar alguno de sus sentidos posibles, somos capaces de producir otro texto que exprese el sentido que deseamos atribuir al texto, esto lo podemos hacer a partir de criterios internos que tenemos, lo que nos lleva a una incertidumbre jurídica que ha sido objeto de análisis de los Estudios Críticos del Derecho, tema principal de la presente tesis.

Atribuirle sentido a un texto determinado, podríamos describirlo como una actividad mental entre dos representaciones: la del texto externo y la de los criterios que interiormente tenemos; es una forma sencilla de explicarlo pero insuficiente para analizar la constitución de interpretación de textos.

Fuera de admitirse que la interpretación de un texto desemboca en otro texto, se suele sustentar que para una adecuada interpretación se necesita de significados, sentidos, referencias, o proposiciones, con lo que tendríamos que el nuevo texto producido constituye la interpretación verbal o literal del primero.²²

Una interpretación se configura, como una especial relación entre dos enunciados o textos, el primer texto original y el segundo la del significado lingüístico que le atribuimos algún sentido.

Cuando captamos sin dificultades el sentido de un texto, podríamos afirmar que el texto original y su interpretación coinciden enteramente en su contenido y por lo tanto literalmente dicen lo mismo; sin embargo, sólo afirmaremos que interpretamos un texto cuando el texto resultante difiere del original en algún aspecto lingüístico y consideramos que el nuevo texto expresa mejor el sentido que en el original.

Podríamos definir que una interpretación literal es cuando **producimos un texto distinto, que exhibiría el mismo sentido que el texto del cual partimos**; una interpretación literal puede considerarse una suerte de traducción o versión de un

²² Garzón Valdez Ernesto y Laporta Francisco J, Edición. Ob. cit. p. 242.

texto a otro que expresa en otros términos el mismo sentido que el texto de origen. La traducción literal de ciertas normas, de poder lograrse, constituye en sí una interpretación de aquellas normas; las reglas del Derecho romano que se decía aplicar en el siglo XIX en diversos estados europeos requerían, para ser entendidas, de su traducción, traducción que sin duda involucraba alguna interpretación de su sentido enigmático.²³

Una buena interpretación que no constituyera una distorsión del mensaje inicial, no es fácil de lograr. Por lo que a partir de que estamos hablando de una interpretación gramatical y literal de las normas, podríamos decir que la posibilidad de lograr una versión distinta pero significativamente equivalente de un texto cualquiera, dependería de la estructura y riqueza del lenguaje que utilizemos.

Los diversos lenguajes no coinciden ni en sus estructuras gramaticales ni en sus léxicos²⁴. Por lo tanto, respecto a la versión de un texto formulado en un lenguaje, a un idioma distinto, nunca dirá exactamente lo mismo.

No se trata de reproducir al interpretar traduciendo, simplemente una versión verbal de un texto, sino de alcanzar una nueva versión que exprese con mayor claridad el significado del texto interpretado, entendiendo por ello, en principio, el permitir que se cumpla la intención del texto efectivamente.

Por ello, muchas veces los juristas no consideran interpretación de un texto legal las simples variaciones léxicas, sintácticas o estilísticas que cabe practicar sobre un texto normativo cualquiera. La idea es que, a partir de un texto normativo no enteramente comprensible, un nuevo texto exprese el mismo sentido que el texto

²³ *Ibidem*, p. 242 y 243.

²⁴ **Gramática:** f. Ciencia que estudia los elementos de una lengua y sus combinaciones. f. Arte de hablar y escribir correctamente una lengua. **Léxico:** m. Vocabulario, conjunto de las palabras de un idioma, o de las que pertenecen al uso de una región, a una actividad determinada, a un campo semántico dado, etc. **Sintaxis:** f. Gram. Parte de la gramática que enseña a coordinar y unir las palabras para formar las oraciones y expresar conceptos. Diccionario de la Real Academia Española. 23^a Edición.

original, pero de manera más fácilmente comprensible: algo así como una traducción accesible de un texto no entendido cabalmente por algún inconveniente en la forma superficial del mensaje.

El legislador que formulara sus leyes en un lenguaje extraño tendría que ser traducido al lenguaje común y comprensible para los destinatarios de sus mensajes. Ambas traducciones constituyen interpretaciones del texto mismo del mensaje; siendo interpretaciones literales que sustituyen una forma superficial del mensaje lingüístico, por otra expresión mejor entendida.²⁵

El poder producir un nuevo texto, que sea la versión literal de un texto no enteramente claro, dependerá, entre otras cosas, de la riqueza del lenguaje que utilicemos para efectuar la interpretación, por lo que siempre hay posibilidad de múltiples versiones literales del mismo texto, según sea el nivel de explicación del sentido del texto original que busquemos.

Una interpretación meramente literal puede tener mayor o menor profundidad y por lo tanto, no hay una única traducción estrictamente literal de un texto cualquiera, sino múltiples interpretaciones posibles que se exponen en traducciones divergentes.²⁶; esto es que cada interpretación, no obstante que analiza el mismo elemento jurídico, podrá tener un criterio diferente ya sea por su extensión o su intención y en algunos casos podría ser contradictorio con otra interpretación.

Sería incorrecto creer que lo que se dice tiene siempre un sentido único, sólo por que parezca conveniente y adecuado a las intenciones del intérprete; es por ello que los juristas en este terreno, han sostenido tradicionalmente, con una tesitura algo autoritaria, que frente a la ley clara no corresponde interpretación alguna, pero aún las leyes claras, tienen que ser comunicadas y traducidas al lenguaje de los sujetos de estas normas.

²⁵ Ibidem, p. 243.

²⁶ Garzón Valdez Ernesto y Laporta Francisco J, Ob. cit. p. 243 y 244.

Los jueces hacen lo propio al aplicar supuestas leyes claras, las interpretan otorgándoles el sentido que les parece adecuado al lenguaje en que se expresan y a las circunstancias de los hechos que se ponen a su consideración. Basta advertir que el repertorio de lenguajes en que se expresa una interpretación cualquiera, varía no solamente según sea el sujeto que la formula, sino también según el contexto en que la interpretación se efectúe.

Permaneciendo en el terreno del lenguaje ordinario, entendiéndose éste como aquel con el cual hablamos cotidianamente acerca de las cosas que nos rodean; la traducción de las normas que el legislador haya redactado en este lenguaje al lenguaje técnico con que se manejan los juristas, tiene también sus problemas. La gente en general no suele entender el lenguaje del experto en Derecho y requiere de intermediarios que se lo traduzcan.

En un sentido estricto, podemos señalar que frente a un texto legal y su interpretación literal, debemos tomar en cuenta para su análisis y valoración que ambos textos serán equivalentes en cuanto exhiban los mismos valores normativos designados; deberán ser coincidentes, no sólo por su extensión, sino también por su intención y deberán establecer los mismos estados de cosas en los mismos mundos posibles ya que la interpretación literal de un texto legal va más allá de la mera equivalencia y no se podría definir solamente con la mención de que exista una sinonimia entre ambos textos.

En la práctica, decidimos en cada caso si dos expresiones dicen o no dicen lo mismo. Probarlo rigurosamente es otra cuestión ya que frente a una norma cualquiera son siempre posibles, múltiples interpretaciones literales de la misma, según se presenten los intereses del intérprete y sus recursos expresivos. La preferencia por una cierta interpretación literal de un texto normativo, frente a las múltiples posibilidades, dependerá de las preferencias del intérprete y de su interés en alcanzar una versión que pueda ser compartida.

En la práctica actual del Derecho, la comprensión del sentido de textos escritos comprende también la de muchos otros textos que no son vistos como normativos: declaraciones de partes, informes periciales, datos estadísticos entre otros. y por lo tanto, el juez lleva a cabo también una interpretación literal, a veces, denominada gramatical o textual, cuando lee un informe pericial, una declaración testimonial o cualquier otra decisión jurídica.

Así por lo tanto la interpretación literal **concluye con la producción de un nuevo texto al que el emisor del mensaje, o su receptor, atribuyen el mismo sentido que el texto interpretado: ello depende de la riqueza léxica y sintáctica del lenguaje que utilicemos y de los intereses pragmáticos²⁷ que nos muevan.**²⁸

Dos personas pueden considerar equivalentes dos expresiones lingüísticas no solamente porque utilizan el mismo conjunto de palabras de su lenguaje o las mismas estructuras para la formación de sus oraciones, sino porque tiene los mismos intereses que los llevan a buscar un determinado resultado, esto es, no todo será el lenguaje sino en buena medida la forma de pensar de las personas, en este caso de los jueces.

Los juristas entienden muchas veces por interpretación literal de un texto normativo, una simplemente variación retórica dotada de un grado distinto de eficacia comunicativa, con lo que tenemos interpretaciones literales estrictas, en las que solamente nos limitamos a producir la substitución de términos por sinónimos, o de oraciones.

En suma, la llamada interpretación literal de la ley expresa por un lado, la capacidad lingüística que poseemos de producir variaciones en un texto, sin alterar mayormente

²⁷ Pragmático s. f. Enfoque lingüístico que estudia el lenguaje en relación con sus usuarios y con las circunstancias de la comunicación. Pragmático, ca adj. Relativo a la acción y no a la teoría. Diccionario de la Real Academia Española. 23ª Edición.

²⁸ *Ibidem*. Ob. cit. p. 245.

su significado, sea por razones de eficacia retórica o para superar dificultades en la comunicación del mensaje; y, por el otro, la capacidad de producir variaciones textuales para delimitar el dominio de los posibles sentidos de un cierto texto normativo.²⁹

La problemática de la interpretación literal de la ley radica cuando ésta va más allá del texto original, es decir, se transmite un alcance superior o se elabora una nueva idea con ámbito de aplicación distinto; asimismo, se darán interpretaciones de las interpretaciones, lo que tendrá como consecuencia que el mensaje legislativo inicial se diluya con cada intento de interpretación de éste, sin olvidar que cada intento de interpretación estará supeditado a los intereses y formación jurídica del sujeto que pretende hacerlo, así como al caso concreto, es decir la realidad social a la que se pretende aplicar.

1.6.- LAS CLASES DE INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES

Dependiendo de la forma en que podemos clasificar las leyes, podemos entender el alcance y la diversidad que puede tener la interpretación de éstas, así tenemos las siguientes clasificaciones:

I) Por razón de su grado

Se dividen en genéricas y específicas. Las primeras son llamadas interpretatio juris, y las segundas interpretatio legis. La interpretatio juris indaga el principio jurídico que se encuentra latente en todo un sistema legislativo, en un orden jurídico dado, para aplicarlo a un caso que no se encuentra expresamente contemplado. En estos casos también se habla de integración de la ley. En tanto, la interpretatio legis indaga el significado de una disposición específica de la ley, que indudablemente concierne a un determinado caso, deduciendo las consecuencias que se abstraen de manera

²⁹ Garzón Valdez, Ernesto y Laporta, Francisco J, Ob. cit. p. 246.

analógica para el caso concreto. En estos casos se habla de interpretación restrictiva o interpretación lógica de la ley.³⁰

II) Por razón del sujeto

En el sistema jurídico vigente la actividad interpretativa es ejercida prevalentemente, aunque no exclusivamente, por algunos operadores típicos. En correspondencia con las diversas figuras de los intérpretes, se suele distinguir entre **interpretación auténtica, oficial, judicial y doctrinal**.³¹

a) Por interpretación auténtica se entiende: en un sentido amplio, la interpretación realizada por el autor mismo del documento interpretado (sin referencia alguna a la identidad del autor y a la naturaleza del documento); en sentido estricto es la interpretación de la ley realizada por el mismo legislador mediante otra ley sucesiva (llamada ley interpretativa o ley de interpretación auténtica).

b) Por interpretación oficial se entiende la interpretación realizada por un órgano del Estado en ejercicio de sus funciones.

c) Por interpretación judicial (o jurisprudencial) se entiende la interpretación realizada por un órgano jurisdiccional.

d) Por interpretación doctrinal se entiende la interpretación realizada por los juristas: sobre todo por los profesores de Derecho en obras académicas.³²

Toda vez que la interpretación doctrinal y la judicial toman especial importancia en el ámbito académico y práctico en nuestro sistema jurídico, respectivamente, cabe evidenciar algunos trazos distintivos entre la interpretación judicial y la interpretación doctrinal.

³⁰ Cisneros Farías, Germán, *La Interpretación de la Ley*, Editorial Trillas. México. 2001. p. 44.

³¹ Vázquez, Rodolfo, compilador. *Ob. cit.* p. 35.

³² *Idem*.

I.- En primer lugar, la interpretación doctrinal y la judicial se distinguen por su fuerza de aplicación.

La interpretación doctrinal de una determinada disposición, de hecho, puede ser entendida como una recomendación, dirigida a los jueces, para atribuir a una disposición un determinado significado (propuesta “*de sententia ferenda*”). En los sistemas jurídicos modernos, los juristas no están jurídicamente habilitados para decidir el significado de los textos normativos: pueden hacer solamente sugerencias o propuestas. Sus propuestas interpretativas pueden, de hecho, ejercer influencia sobre las orientaciones jurisprudenciales de los tribunales (como pueden también no ejercerla), pero comúnmente no tienen efectos jurídicos. Es por esta razón que, según un cierto modo de ver, los juristas deberían limitarse a enunciar los posibles significados de los textos normativos, sin preescoger alguno.

La interpretación judicial de una determinada disposición, por el contrario, puede ser entendida como decisión en torno a esa disposición. Las decisiones interpretativas de los jueces son obviamente productivas de efectos jurídicos, aunque sean circunscritos, por regla general, al caso concreto decidido.³³

II.- En segundo lugar, la aproximación a la interpretación que es propia del Jurista, es distinta de la que es propia de los jueces.

La interpretación doctrinal puede ser caracterizada como una interpretación orientada a los textos. Con esto se quiere decir que, comúnmente, los juristas se preguntan sobre el significado de los textos normativos en abstracto, es decir, sin preocuparse de la solución de una específica controversia.

La interpretación judicial, por el contrario, puede ser caracterizada como una interpretación orientada a los hechos, en el sentido de que el punto de partida de la

³³ Ibidem. p. 36.

interpretación judicial no es tanto el texto normativo como un particular supuesto de hecho o controversia, del que se busca solución. Los jueces, en suma, no se preguntan cual es el significado de un texto normativo en abstracto, sino que se preguntan si un determinado supuesto de hecho cae, o no, dentro del campo de aplicación de una cierta forma.³⁴

Es necesario tener presente que las normas jurídicas son vida humana objetiva, en tanto que están ahí, como formas reguladoras de conducta. La norma general, al proyectarse sobre una conducta singular, pasa por el proceso de ser individualizada, de ser concreta respecto a ese comportamiento singular; es decir, de ser interpretada la conducta en cuanto al sentido y alcance que deba tener para la ley que la regula. El resultado de ese proceso es lo que constituye el revivir actual de la norma, lo que significa hacerla concreta en una ley aplicada a un caso particular.³⁵

Cuando las normas jurídicas son cumplidas por los sujetos de ellas, o sobre todo cuando son individualizadas por los órganos jurisdiccionales, son vividas de nuevo actualmente por quienes las cumplen, y por quienes las aplican, y entonces son formas de vida humana viva, es decir, presente, real y efectiva. Sucede que ese proceso de revivir, de cumplir, de aplicar una norma jurídica, aporta modificaciones a la norma y a los sujetos de estas. En primer lugar, si se trata de una norma general, cuando ésta es cumplida por un sujeto, lo que éste hace es modelar su conducta concreta ajustándola a la pauta genérica y abstracta señalada por la norma. Entonces la realidad de vivir, o mejor dicho de revivir esa norma general, consiste en una conducta concreta, singular, con particulares características, que es configurada o modelada de acuerdo con aquélla norma general.³⁶

³⁴ Idem.

³⁵ Cisneros Farías, Germán. Ob. cit. p. 43.

³⁶ Recasens Siches, Luis. Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, Editorial Porrúa, 2ª edición 1973. p. 140-141.

1.7.- ELEMENTOS GENERALES DE LA INTERPRETACIÓN

Antes de iniciar el estudio de algunas escuelas y métodos de interpretación de la ley, me permito explicar elementos generales de la interpretación de la ley que la doctrina considera comunes a todas las escuelas y métodos; así tenemos los siguientes elementos:

a) Gramatical o lingüístico

Este elemento también es llamado elemento natural de la interpretación de la ley, ya que la norma jurídica está escrita en signos gráficos, signos humanos de comunicación, palabras o lenguaje gramatical, es un elemento básico en la interpretación de la ley, Savigny, líder de la escuela histórica precisaba que en caso de que la ley sea redactada en un sentido vulgar y también en un sentido técnico de alguna materia, exceptuando la técnica jurídica, se adoptará el primero, porque la ley está destinada al común de los hombres; pero si hay oposición entre el sentido vulgar y la acepción jurídica, se preferirá esta última, porque se supone que el legislador se ha expresado en lenguaje forense.³⁷

b) Elemento lógico

El elemento lógico está constituido, fundamentalmente, por el aspecto finalista de la ley, por llevar el raciocinio al fin o propósito de la norma. Los aspectos lógico y teleológico, es decir, razón o fin de la ley, están ligados con la norma misma y constituyen la ratio legis. Para Savigny, la ratio legis está formada por dos elementos, como primero, la regla o principio lógico del Derecho, como abstracción, figura jurídica, institución y el efecto deseado por la norma jurídica, es decir, el fin o la intención de la ley. Algunos tratadistas orientan también el elemento lógico de la ley en los siguientes términos; en caso de duda, la ley se ha de interpretar según la conveniencia social de que sus preceptos o indicaciones se manifiesten como el medio más útil, para la consecución de un orden social justo y sano³⁸.

³⁷ Cisneros Farías, Germán, Ob. Cit. p. 46-47.

³⁸ Ibidem. p. 47.

c) Elemento histórico

Una norma jurídica por novedosa y actual que se le suponga, está siempre arraigada y vinculada al pasado. Sobre todo las normas relativas al Derecho privado son resultado de antecedentes jurídicos que se han aplicado y elaborado lentamente en la historia. De ahí que ninguna actividad interpretativa pueda desdeñar los materiales históricos establecidos en el transcurso de la evolución del Derecho. Debe anotarse como primer antecedente histórico del Derecho, elaborado de manera sistemática, al Derecho romano y con menor rango al Código Civil Francés.³⁹

1.8.- LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS

El método exegético jurídico tiene su origen en la concepción divina de los reyes, primeros legisladores y después en los teóricos de la Revolución Francesa. El legislador primitivo era considerado como algo sobrehumano y su posición tenía tanto de divina que solía llamarse apóstol de los dioses o elegidos por ellos.⁴⁰

Tal concepción traía como consecuencia la infalibilidad del legislador y que lleva consigo la idea de perfección de la ley. En este tenor, el legislador impone la prohibición de que manipule o interprete la ley, quedando con él, el monopolio interpretativo, dando lugar a la llamada interpretación auténtica.

La finalidad del método exegético jurídico descansa en el culto al texto de la ley y en descubrir la intención del autor de la ley; considerando a la norma como algo perfecto y estático, por lo que toda controversia debe necesariamente encontrar la respuesta en los textos legales y al juez le corresponde la función un tanto silogística y mecánica de aplicar a la ley.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Sánchez Vázquez, Rafael. Metodología de la Ciencia del Derecho. 5ª edición. Edit. Porrúa, México 2001. p. 192.

Así las cosas, la escuela de la exégesis tiene dos notas características, por un lado el texto de la ley como predominio fundamental de las decisiones judiciales, y por otro lado, la intención del legislador en la interpretación del texto de la misma ley. En ambos casos, la referencia y la interpretación por parte del juzgador están orientadas a la ley. Tal como se ha dicho, la escuela de la exégesis hace su distinción en la ley y en la interpretación de la intención del legislador.

En cuanto a esta última característica los críticos al respecto, veneran sobre la amplitud discrecional del juzgador, pues con ese pretexto el intérprete ponía en labios del legislador aspectos que no había tomado en cuenta en el momento de la creación de la ley. Con la perspectiva de limitar el subjetivismo del juzgador nació la escuela científica, y también con el propósito de agregar elementos objetivos o científicos a la teoría de interpretación de la intención del legislador.⁴¹

En el contexto de un Estado de Derecho, racionalismo, liberalismo y constitucionalismo, se genera en Francia un culto al texto de la ley y una fe ciega en su virtud. Características inseparables de la escuela de la exégesis. La escuela de la exégesis fue resultado necesario de la legislación, entendida como un producto racional y como manifestación – directa o indirecta – de la soberanía.⁴²

La escuela de la exégesis francesa tuvo dos fases: la fundación (1804-1825) a este periodo pertenecen los grandes comentaristas del Código de Napoleón y la decadencia (1880-1900). Durante la fundación de la escuela sus miembros no son muy numerosos. De esta primera época el miembro más sobresaliente, por su fidelidad exegética es A. Duranton (profesor en la Faculté du Droit de París cuyo curso de Derecho francés de acuerdo al Código Civil comenzó a publicarse en 1825).

La segunda fase está compuesta de cantidad de autores y profesores pero, también magistrados, litigantes y abogados. A la última fase de esta escuela pertenecen los

⁴¹ Cisneros Farías, Germán, Ob. cit. p. 70.

⁴² Tamayo y Salmorán, Rolando. Ob. cit. p. 363.

últimos ortodoxos y aparecen algunas tentativas renovadoras de los principios de esta escuela. Entre los más famosos miembros de esta época, se encuentra Baudry Lacantinerie, Labbé, Bufnoir, Salelles y Beudant.⁴³

Uno de los métodos jurídicos de interpretación más curiosos y de más difícil comprensión en la historia de los sistemas interpretativos, es el denominado método exegético. Se trata pese a su aparente irracionalidad, de uno de los métodos más persistentes y al que más tenazmente se han adherido la mayoría de los juristas, aún aquellos juristas que suelen repudiar formal y retóricamente, el recurso a ella como un procedimiento superado, no titubean a utilizarlo en un trabajo puramente dogmático de procesamiento teórico de un texto legal, o cuando se ven trabados por algún inconveniente en una interpretación práctica, a recurrir a la exégesis como la cosa más natural del mundo, el rechazo de la exégesis es más verbal que real.⁴⁴

1.8.1.- CARACTERÍSTICAS DE LA ESCUELA

Los rasgos más destacados que caracterizan a la escuela exégesis son el culto del texto a la ley; considerar la voluntad del legislador como pauta suprema de interpretación y considerar al legislador omnipresente y omnisapiente. El más importante el primero, el Derecho positivo se identifica por completo con la ley.

A este respecto son célebres las palabras de Laurent: Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, éste no tiene ya por misión hacer el Derecho. El Derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el Derecho está escrito en texto auténtico; haciendo el Derecho, los tratadistas, los magistrados o jueces usurparían el poder que la nación soberana ha otorgado al cuerpo legislativo.⁴⁵

⁴³ Ibidem. p. 364.

⁴⁴ Sánchez Vázquez, Rafael. Ob. cit. p. 200.

⁴⁵ Tamayo y Salmorán, Rolando. Ob. cit. p. 364.

Otra característica es la interpretación dirigida a buscar la intención del legislador sobre el alcance literal de la Ley; al decir que la ley es el resultado de la voluntad del legislador, la escuela de la exégesis se refiere a que es el espíritu del legislador el guía seguro para comprender la letra de la ley. La misión del jurisconsulto, no es otra cosa más que determinar la voluntad del legislador.

Para entender esta característica de la escuela, nada más claro que las palabras del profesor Aubry: “frecuentemente y, por interpretar la ley a su arbitrio que por buscar el verdadero sentido de ella, han sobrepasado los límites asignados a la interpretación. Los profesores, encargados de impartir, a nombre del Estado, la enseñanza jurídica, tiene por misión protestar, mesurado, pero firmemente, contra toda innovación que tiende a sustituir la voluntad del legislador por una extraña”.⁴⁶

Resultaría difícil encontrar un método que nos llevara a encontrar la intención del legislador al momento de crear una determinada ley; el encontrar la voluntad del legislador resulta complejo y muy amplio, ya que dependerá del contexto normativo en que surge, la motivación de su creación y las consecuencias de su aplicación.

Los profesores Aubry y Rau señalan que para encontrar la voluntad del legislador, es necesario proceder a: 1) la comparación del texto que se va a interpretar, con las demás disposiciones legales relativas a la misma materia o materias análogas; 2) la investigación de los motivos o del objeto de la ley en los trabajos preparatorios a su redacción o en el Derecho anterior; y 3) la apreciación de las consecuencias a que conduciría una aplicación extensiva o restrictiva del alcance de la ley, todo esto para verificar si el legislador hubiera querido los efectos de esta interpretación.⁴⁷

La idea de considerar al legislador omnipresente y omnisciente, es el culto al texto de la ley y a la intención del legislador. El legislador, en este orden de ideas, es

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ Ibidem. p. 365.

completamente racional e infalible, por lo que determinaban que en jurisprudencia no hay ni podía haber mayor razón ni mejor equidad, que la razón o equidad de la ley.

La escuela exegética, centró, el problema de la interpretación decisoria del Derecho en la intención del legislador. La misma era factible, como una interpretación auténtica, solicitando a los autores mismos del texto cuál había sido su intención al redactarlo, de igual suerte que se admitía que la interpretación de un contrato quedaba librada a la voluntad de reformular sus intenciones, que las partes podían ejercer.⁴⁸

Un texto cualquiera es entendido no sólo porque se conoce su vocabulario, sino sobre todo porque se domina sus palabras y combinaciones. Entender esta estructura profunda de un mensaje lingüístico es pues entender lo que dice el texto. Por consiguiente, se ha mantenido que la interpretación de un texto legal requiere no sólo el conocimiento de los símbolos simples utilizados, sino el dominio de la gramática del lenguaje usado lo que marcaría la estructura esencial del llamado recurso del método gramatical.

Es innegable la importancia de la escuela de la exégesis particularmente en el campo del Derecho Civil. Pude decirse, sin lugar a dudas, que la construcción doctrinal que produce es el punto de partida del moderno Derecho Privado del mundo occidental.⁴⁹

Es criticable la superficial idolatría de la ley que caracteriza a la escuela de la exégesis francesa. La crítica fundamental a esta escuela, consiste en señalar la reducción del Derecho a la simple manifestación escrita de la ley, así como su creencia en métodos idóneos que nos llevarían, a conocer la voluntad del legislador.

⁴⁸ Garzón Valdez, Ernesto y Laporta, Francisco J. Ob. cit. p. 252 y 253.

⁴⁹ Tamayo y Salmorán, Rolando. Ob. cit. p. 367.

La escuela de la exégesis, pensando siempre en la reconstrucción del sentido de la ley en cuanto expresión de la intención o voluntad del legislador, recomendó escudriñar los trabajos preparatorios de la legislación examinada: informes previos, exposiciones parlamentarias entre otros; por lo tanto, tales antecedentes no siempre llevaron a resultados interpretativos coherentes, pues la multitud de elementos a considerar muy bien podían desprender inconsistencias, lagunas y redundancias. La exégesis francesa clásica entró en crisis y en su lugar se propusieron procedimientos varios para justificar de alguna manera las decisiones que los jueces adoptaban a partir de normas arcaicas para el momento en que el conflicto judicial se suscitaba.⁵⁰

1.9.- ESCUELA HISTORICA ALEMANA

De acuerdo con la escuela histórica, el Derecho como el lenguaje se crea espontáneamente, constante e imperceptiblemente en un determinado pueblo. El Derecho no es un producto de una razón humana abstracta sino es el resultado del espíritu del pueblo. Al carácter estático y exterior de la regla jurídica legislada, la escuela histórica opone la vida misma del Derecho. Sostiene Savigny que el Derecho se crea por las costumbres y las creencias populares, luego por la jurisprudencia; pero no por el arbitrio de ningún legislador.⁵¹

La principal característica de ésta escuela es la inclusión del espíritu histórico en el análisis de las instituciones. Ante el arbitrio del legislador y de la reducción del Derecho a la ley es necesario recurrir al riguroso método histórico aplicado a la jurisprudencia. La característica de este método es encontrar hasta en su raíz toda la doctrina del pasado y descubrir su principio orgánico.⁵²

Esta escuela de interpretación determinaba que el estudio del Derecho no podía ser depositado en un libro solemne, ni podía ser confiado a la custodia de un limitado

⁵⁰ Garzón Valdez, Ernesto y Laporta, Francisco J. Ob. cit. p. 253.

⁵¹ Tamayo y Salmorán, Rolando. Ob. cit. p. 368.

⁵² Idem.

grupo de personas, sino que debía pertenecer a todo los juristas teóricos y prácticos. La escuela incorpora el análisis histórico a la jurisprudencia. Con la Escuela Histórica la jurisprudencia adquiere un carácter sistemático.

Sus principales críticas serían que evita planteamientos axiológicos ya que no permite determinar si lo que ha sido Derecho, vale intrínsecamente como Derecho. Otra crítica se dirige a la idea de que el Derecho aparezca como un proceso pacífico, paulatino e imperceptible. Se olvida que en muchos casos el Derecho se desenvuelve y perfecciona a través de la lucha de clases, a través de una legislación de objetivos conscientes inspirada por ideas jurídicas de oportunidad y progreso. La crítica más contundente se refiere a la idea de que la realidad de una alma nacional es una tendencia mística más que una observación de los hechos.⁵³

La Escuela Alemana propuso además los siguientes métodos jurídicos de interpretación de la ley:

a).- La Jurisprudencia dogmática:

El presupuesto básico de la teoría dogmática es el positivismo y pretendía construir un sistema coherente y unitario a partir de cualquier Derecho positivo. El sistema jurídico, sería un conjunto de normas, reglas y principios jurídicos que permitían regular cualquier conducta en la vida social. De ahí que se afirmaba que no existían lagunas, las incongruencias e incertidumbres de la ley eran siempre satisfechas mediante la creación de normas derivadas de los principios generales del ordenamiento jurídico.

El sistema jurídico se construye primero inductivamente partiendo del Derecho positivo, en cierta forma de la legislación. Se busca lo general hasta llegar a los principios o dogmas generales en los cuales todas las disposiciones unitarias

⁵³ Ibidem. p. 370.

orgánicamente convergen. Todas las consecuencias lógicas de tales principios o dogmas son también reglas que van a completar el sistema.⁵⁴

La presentación de la decisión judicial atiende a un silogismo jurídico, en donde la premisa mayor la constituye la norma o ley aplicada al caso; la premisa menor, al hecho o conducta sujeta a controversia, y la conclusión, es la sentencia dada por el juzgador. Aquí la ley juega el papel determinante en la actividad judicial.⁵⁵

Puede decirse que la escuela histórica y dogmática del Derecho, produjeron los más grandes adelantos de la ciencia jurídica alemana. Vale señalar aquí que su influencia fue decisiva en la producción doctrinal de la escuela alemana de Derecho privado. Influencia que se traduce en el código civil alemán.⁵⁶

Las críticas a este método de interpretación es ignorar la axiología jurídica⁵⁷ ya que su formalismo respecto al Derecho positivismo jurídico no permite cuestionar al Derecho y lo hace valer intrínsecamente como tal. Es necesario analizar las características axiológicas que están contenidas en todos los procesos o en las ideologías normativas que llevaron al legislador a crear determinada norma. Nada nos garantiza que el ordenamiento jurídico sea correcto y por tanto nada nos garantiza que las deducciones de reglas particulares de los principios bases del sistema sean correctas, olvidándose en los procesos sociales.

b).-El movimiento pro “Derecho libre” en Alemania:

Con esta denominación o en una traducción menos literal, movimiento en pro de una libre jurisprudencia, se conoce una corriente de pensamiento que fue iniciada en Alemania en 1906 por el profesor Hermann Kantorowicz, quien encubriendo su

⁵⁴ Ibidem. p. 371.

⁵⁵ Cisneros Farías, Germán. Ob. cit. p. 68.

⁵⁶ Tamayo y Salmorán, Rolando. Ob. cit. p. 373.

⁵⁷ **Axiología Jurídica:** La Axiología Jurídica es la teoría de los valores aplicada al estudio de los fines propios del Derecho, o sea la justicia, el bien común y la seguridad jurídica; se concibe como una rama de la Filosofía del Derecho encargada de descubrir los valores propios del Derecho. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo I. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M. www.bibliojuridica.org/ 18/08/05

identidad bajo el seudónimo de Gnaeus Flavius, publicó en aquella fecha una obra, que era una especie de manifiesto de la nueva escuela, con el título La Lucha por la Ciencia del Derecho. Este movimiento fue seguido por varios juristas, entre ellos con un radicalismo todavía mayor por Ernst Fuchs.⁵⁸

Kantorowicz, ataca sobre todo el prejuicio de considerar que la ley es la única fuente de Derecho positivo, o por lo menos, la más importante; y acentúa el largo alcance de las normas jurídicas que brotan espontáneamente en los grupos sociales, las cuales debieran ser reconocidas y acatadas por el Estado.

Kantorowicz expone que su concepción del “Derecho Libre” es una resurrección del “Derecho Natural” en forma modificada. Aunque Kantorowicz no desenvuelve su concepción con claro rigor, parece que entiende por Derecho Libre las convicciones predominantes que tiene la gente en un cierto lugar y un cierto tiempo sobre lo que es justo, convicciones, las cuales real y efectivamente regulan la conducta de esas gentes.⁵⁹

Este “Derecho Libre” tiene con el Derecho Natural un punto común: el no ser un Derecho estatal y por lo tanto reconocido por este. Ahora bien las sociedad es un fenómeno cambiante por lo tanto, el Derecho Libre es perecedero, frágil y cambiante y por lo tanto no es Derecho estatal, pero sí es efectivamente Derecho “positivo”, porque detrás de él tiene la voluntad y el poder de la sociedad.

La idea del “Derecho Libre”, afirmaban que vivía con independencia del estatal, pero no se podría manifestar la afirmación inversa, pues el “Derecho Libre” constituye la fuente de donde emana el Derecho estatal, es decir todos los pensamientos legislativos han existido con anterioridad como principios del “Derecho Libre”.

⁵⁸ Recasens Siches, Luis. Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho. Ob. cit. p. 52.

⁵⁹ Ibidem. p. 44.

Kantorowicz, afirmaba que el “Derecho Libre” era resultados de diversas épocas culturales y de muy diferentes círculos de vida, que se desenvuelven volcánicamente y no con arreglo a un plan fijo. Así con frecuencia, sus normas se ofrecen a los juristas no revisadas y en desorden, algunas como convicciones conscientes, mientras que otras como operantes en la subconsciencia. Por lo tanto, también el “Derecho Libre” presenta lagunas.

La concepción de Kantorowicz además de voluntarista es también antilogicista. Esto no significa, empero, que descarte la lógica, como arbitrariamente lo había intentado la Escuela Histórica. Se opone solamente a aquella lógica jurídica de la hermenéutica tradicional, porque tal lógica nunca puede indicar el límite de lo lícito, como tampoco puede ayudar en la búsqueda de la solución justa.⁶⁰

Lo que principalmente ataca Kantorowicz es el método de interpretación mediante el cual se sacan de principios jurídicos otros principios más generales, que supuestamente constituyen su fundamento y que por eso son admitidos también como Derecho positivo, para después ponerlos nuevamente como punto de partida y realizar una interpretación, desprendiendo de ellos no sólo las normas ya existentes, sino también todas las demás imaginables. Así se puede lograr cualquier norma jurídica como conclusión.

Lo importante consistía en hallar un criterio que escoja entre las premisas posibles solamente aquellas que suministren conclusiones justas. Ahora bien, Kantorowicz creía que esta elección no era un problema de racionalidad, sino un problema de voluntad.

Kantorowicz observó que la jurisprudencia tradicional algunas veces erigía construcciones tan forzadas, que su incompatibilidad con el texto legal era patente;

⁶⁰ Ibidem. p. 55.

otras veces se agarraba a la ley y producía resultados en contradicción hiriente con las necesidades de la vida y por ende evidentemente injustas.

En la jurisprudencia, decía Kantorowicz, que los principios se hacen tanto más inservibles y pierden tanto más valor, cuanto mayor es su abstracción, pues, a medida que ésta se extrema, resulta inverosímil e incluso imposible que el autor de la proposición se haya imaginado todos los casos subsumibles, así como es también inverosímil que, en el supuesto de que se los hubiese imaginado, los hubiera resuelto con arreglo a aquel principio. Kantorowicz señalaba que nunca se debe fabricar Derecho positivo por medio de una “jurisprudencia de conceptos”.⁶¹

Hizo patente Kantorowicz, que el jurista opera con su voluntad, eligiendo en cada caso el principio que le sirva para justificar su decisión. Pero hay multitud de principios contrarios, de los que se sirve el jurista, escogiendo en cada caso aquel que justificara la decisión de su voluntad, es decir el jurista aplicaba la interpretación restrictiva o la extensiva.

Finalmente, dice Kantorowicz que el movimiento del Derecho Libre tiende con todas sus fuerzas hacia la meta más alta de toda juridicidad: la justicia. “Sólo si hacemos estallar los angostos cauces de las pocas disposiciones legales, sólo si la plenitud del Derecho Libre hace posible dar a cada caso la reglamentación adecuada, sólo donde hay libertad, existe también justicia. Sólo si eliminamos estériles sutilezas y colocamos en su lugar la voluntad creadora que engendra nuevos pensamientos, sólo donde hay *personalidad*, existe también justicia. Sólo si apartamos la mirada de los libros y la dirigimos hacia la vida, calculando las consecuencias y las condiciones más lejanas de nuestros actos, sólo donde hay *sabiduría*, existe también justicia.”⁶²

En las escuelas anteriores el juzgador se encontraba limitado por la norma jurídica y por el hecho, motivo o controversia. En esta escuela, el juez salta por encima del

⁶¹ Idem.

⁶² Ibidem. p. 57.

binomio ley-hecho, en tanto lo libera del vínculo rígido de una norma jurídica y lo ubica frente al hecho o conducta humana, y a partir de esa circunstancia predominante elabora de manera libre su decisión judicial.

c) La Jurisprudencia de Intereses:

Con el nombre de “Jurisprudencia de Intereses” se conoce un movimiento desenvuelto en Alemania, precisamente en torno a los problemas de cuáles sean los principios que los jueces deban seguir para dictar sus sentencias.

La tesis básica de esta escuela se refiere a que el Derecho, en general, es un producto de los intereses particulares o de grupo que en el seno de la sociedad que luchan por su reconocimiento formal. Las leyes son hechas atendiendo a esa pugna de intereses. El legislador no es un ser en abstracto sino alguien que vive dentro de intereses sociales. El juzgador, para recibir cualquier cuestión o caso, debe investigar los intereses en conflicto y resolver conforme al sentido tomado por la ley y su juicio de valor. Esta escuela, tal como lo hace la escuela del Derecho libre, dejó en libertad al juzgador en cuanto a la norma aplicable y valora el hecho o conducta, atendiendo a los intereses de sus creencias.⁶³

El profesor Philipp Heck, el más destacado representante de la “Jurisprudencia de Intereses”, dice que ésta no es una filosofía general del Derecho, sino tan sólo una meditación sobre la esencia de la función judicial. Por otra parte, hace notar, y ello separa su escuela frente al movimiento de la “libre jurisprudencia”, que al juez no le compete crear libremente un nuevo orden jurídico, sino tan sólo colaborar, dentro del orden jurídico válido, a la realización de los ideales en que positivamente se inspira éste.⁶⁴

La “Jurisprudencia de Intereses” se niega a confinar al juez a una mera función de conocimiento; y además rechaza el método de llenar las lagunas mediante el uso de

⁶³ Cisneros Farías, Germán. Ob. cit. p. 69.

⁶⁴ Recasens Siches, Luis. Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho. Ob. cit. p. 59.

conceptos clasificatorios. Por el contrario, propugna que la directriz hoy en día es y debe ser la adecuación de los resultados a las necesidades prácticas de la vida.

La “Jurisprudencia de Intereses” parte de dos ideas fundamentales:

1.- El juez está obligado desde luego a obedecer el Derecho positivo. La función del juez consiste en proceder al ajuste de intereses, en resolver conflictos de intereses del mismo modo que el legislador. La disputa entre las partes le presenta un conflicto de intereses. Ahora bien, la valoración de los intereses llevada a cabo por el legislador debe prevalecer sobre la valoración individual que el juez pudiera hacer según su personal criterio.

2.- Las leyes aparecen incompletas, a veces inadecuadas, incluso contradictorias, cuando se las confronta con la riquísima variedad de problemas que los hechos sociales van suscitando sin parar en el correr de los días. El legislador en nuestro tiempo debiera esperar del juez, no que éste obedeciese literalmente, de un modo ciego las palabras de la ley, sino que, por el contrario, desarrollara ulteriormente los criterios axiológicos en los que la ley se inspira, conjugándolos con los intereses en cuestión.

La función del juez no debía limitarse meramente a subsumir hechos bajo los mandatos jurídicos, sino que también debía construir nuevas reglas para las situaciones respecto de las cuales la ley nada dice, y debe asimismo corregir las normas deficientes.⁶⁵ El juez debía proteger la totalidad de los intereses que el legislador consideró dignos de protección, y en el grado y jerarquía en que éste estimó que debían ser protegidos.

En suma; del análisis de las escuelas y métodos de interpretación del presente capítulo, se desprende la complejidad del tema; no podemos actualmente como lo

⁶⁵ Ibidem. p. 62

pretendería la escuela de la exégesis, concebir al legislador como infalible y asignarle al juez la función silogística y mecánica de la aplicación de la Ley. Es precisamente tal planteamiento lo que nos lleva a estudiar y analizar un enfoque actual de la interpretación del Derecho en la presente tesis.

Es la escuela Alemana con su jurisprudencia de intereses, la que nos aproxima más a la complejidad del tema, al señalar que algunas leyes al confrontarse con hechos sociales variados y complejos por momentos pueden aparecer como incompletas, inadecuadas y un tanto contradictorias, por lo que no se puede esperar una obediencia literal de las normas por parte de los jueces, si no que aporten criterios axiológicos en los que la ley se inspiró y llevarlos al caso concreto, con lo que se entrega la posibilidad de construir nuevas reglas. No obstante tal planteamiento aún es insuficiente para entender el tema; más adelante con el Realismo Norteamericano, las teorías desarrolladas por los juristas Hart y Dworkin y los Estudios Críticos del Derecho se pretende dar un panorama general de lo que puede ser un enfoque actual de la interpretación del Derecho.

CAPITULO II

REALISMO NORTEAMERICANO

2.1.- TEORÍAS CONSTRUCTIVISTAS VS TEORÍAS CRÍTICAS DEL DERECHO.

Para desarrollar el presente punto me permito abordar la Teoría del Derecho, desde un estudio y análisis de la práctica jurídica, es decir, respecto a la interpretación y aplicación del Derecho por parte de los jueces en situaciones reales, partiendo de dos puntos de vista: por una parte, cuestionar si los sistemas jurídicos son internamente coherentes o incoherentes; y por otra, si los jueces son interpretes y aplicadores neutrales de normas jurídicas o creadores de Derecho inspirados en razones políticas y morales.

El primer planteamiento apuntaría a la discusión sobre la existencia o inexistencia de lagunas, contradicciones e indeterminaciones en los ordenamientos jurídicos; por esta razón, en este ámbito de la teoría se debaten cuestiones relativas a los criterios de validez de las normas jurídicas, sus propósitos y la posibilidad de que una sola norma sea la única solución para un caso concreto.

El segundo planteamiento hace alusión a la aplicación de las normas, particularmente a través de decisiones judiciales, que es el tema medular de la presente tesis. En este sentido se discuten cuestiones tales como el carácter objetivo o subjetivo de la interpretación jurídica, la intersección o la separación entre el Derecho y la política en la adjudicación, el valor de los métodos de interpretación, y la transformación del principio liberal de separación de poderes a causa de la tendencia actual hacia el activismo judicial.¹

A pesar de que los anteriores planteamientos generan campos de investigación diferentes, es claro que los dos están estrechamente ligados, al punto de que la

¹ Rodríguez, Cesar. Estudio preliminar a: Kennedy, Duncan. Libertad y Restricción en la Decisión Judicial. Biblioteca Universitaria, Ciencias Sociales y Humanidades, Siglo del Hombre Editores, 1999. p. 20.

respuesta que se dé al primero determina en gran medida la respuesta del segundo; esto es, cuando se concibe el ordenamiento jurídico como un sistema armónico y completo, la interpretación y aplicación judicial de las normas que lo integran aparece como una actividad técnica y neutra. De acuerdo con esta perspectiva, la tarea del juez consiste en desentrañar y explicar la solución que para el caso concreto prevé el ordenamiento jurídico. Por esta razón, las teorías del Derecho que afirman la coherencia del Derecho tienden a sostener simultáneamente la neutralidad en la aplicación del Derecho.

Por otro lado, tenemos que cuando se entiende el Derecho como un conjunto de normas que tienen un sin número de posibilidades de aplicación y que se encuentran en tensión permanente debido a que protegen simultáneamente intereses de grupos enfrentados (trabajadores y patrones; comprador y vendedor; denunciante y probable responsable.), los procedimientos son campos de enfrentamiento entre dichos grupos, en los que el juez, lejos de mediar de forma neutra, generalmente puede elegir entre interpretaciones alternativas de acuerdo con el resultado que considera más justo. Por esta razón, las teorías que sostienen la indeterminación esencial del Derecho, suelen señalar igualmente el carácter subjetivo de la aplicación del Derecho.

En el contexto anglosajón, los cuestionamientos señalados han dado lugar a una clara división entre los teóricos del Derecho. De hecho la evolución de la teoría jurídica anglosajona durante el presente siglo puede ser entendida como la perpetua confrontación entre una serie de propuestas muy diversas que intentan demostrar la coherencia interna del Derecho y la neutralidad de la aplicación judicial del mismo y un conjunto de aproximaciones críticas que pretenden subrayar la radical indeterminación del Derecho y el carácter ideológico y político de la adjudicación.²

² *Ibidem*. p. 21.

Se trata del debate entre teorías constructivistas y las teorías críticas del Derecho: las primeras conforman el prototipo dominante tanto en el medio académico como en la práctica social; mientras que las segundas representan una cultura jurídica alterna, minoritaria dentro y fuera de las facultades de Derecho.

Las teorías constructivistas son muy variadas, aunque tienen en común su oposición a las teorías críticas del Derecho. Dichas teorías utilizan criterios de construcción claramente diferentes, lo que las lleva incluso a rechazarse mutuamente con la misma fuerza con el que se resisten a las teorías críticas.

Así, por ejemplo, mientras que para el análisis económico del Derecho propuesto por Richard Posner el criterio de coherencia del Derecho y la adjudicación es la eficiencia, para H.L.A. Hart dicha coherencia está garantizada en la mayoría de las disputas jurídicas (casos fáciles) gracias a este tipo de casos las normas aplicables pueden ser identificadas e interpretadas en forma unívoca. Entre tanto para Ronald Dworkin, el Derecho y la adjudicación son coherentes en tanto responden a “la moralidad política presupuesta por las normas e instituciones de la comunidad” donde operan.³

El desarrollo de las referidas teorías, podrían ser explicadas como el resultado del doble debate señalado contra otras teorías de ese tipo y contra las de corte crítico, y no obstante que en el siguiente capítulo desarrollo con amplitud las ideas de los juristas H.L.A. Hart y Ronald Dworkin, representantes de las teorías constructivistas del Derecho, por el momento, podríamos decir brevemente que de hecho la estructura y contenido de las dos obras más influyentes de la teoría jurídica anglosajona de la segunda mitad del siglo (El concepto de Derecho de Hart y El imperio de la Justicia) están animados por el propósito de hacer un ajuste de cuentas con las teorías críticas.⁴

³ *Ibidem.* p. 22.

⁴ *Ibidem.* p. 24.

Según Dworkin, la diferencia entre las teorías semánticas del Derecho - que no admiten la existencia de desacuerdos teóricos – y la teoría interpretativa radica en que para las primeras las proposiciones normativas son descriptivas o evaluativas, mientras que para la segunda dichas proposiciones ostentan un carácter interpretativo.⁵

En otro orden de ideas se encuentran las teorías críticas, cuya primera manifestación en el contexto anglosajón fue el Realismo Jurídico de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, el cual desde un comienzo puso en tela de juicio la pretendida objetividad y coherencia del Derecho.

Así, en una de las obras fundacionales del realismo, *The Path of the Law* (1897), Oliver Wendell Holmes, Magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos acusaba la falaz imagen formalista del Derecho refiriendo: “La falacia a la que me refiero es la noción según la cual la lógica es el único factor que opera en el Derecho. El peligro al que aludo consiste en la afirmación según la cual un sistema jurídico como el nuestro puede ser derivado, como la matemática, de un conjunto general de axiomas de conducta. Este es el error natural de las teorías, pero no está confinado a ellas”.⁶

Las diferencias de opinión entre las resoluciones de los jueces son criticadas a menudo, como si lo que hubiese sucedido fuera que uno u otro grupo de jueces hubieran hecho mal la suma. Las decisiones judiciales están escritas generalmente en el lenguaje de la lógica y el método y las formas de la lógica satisfacen la supuesta certeza y tranquilidad que debe generar un ordenamiento jurídico, pero la certeza en una resolución judicial generalmente es una ilusión y siempre estará al arbitrio de la decisión de un juez.

⁵ Arango, Rodolfo. ¿Hay respuestas correctas en el Derecho?. Biblioteca Universitaria. Ciencias Sociales y Humanidades. Filosofía del Derecho, Siglo del Hombre Editores, Ediciones Unidas. Bogota, Colombia. 1999. p. 129.

⁶ Rodríguez, Cesar. Estudio preliminar a: Kennedy, Duncan. Libertad y Restricción en la Decisión Judicial. Ob. cit. p. 25.

Existe una conexión directa entre la lógica jurídica y la coherencia en el Derecho; por un lado, y por el otro, la crítica a la doctrina de la aplicación mecánica y neutral del Derecho, es la concepción realista de la adjudicación, quienes refieren que la tarea del juez está lejos de la construcción de un silogismo a partir de la norma aplicable y los hechos del caso, tema que se explicará ampliamente al hacer una crítica a la decisión judicial como actividad silogística.

Para los realistas, los procesos judiciales son “campos de batalla” en los que “la sentencia no puede más que plasmar la preferencia de un juez o una corte en un lugar y un momento determinados. Con base en esta concepción del Derecho y la adjudicación, los teóricos realistas posteriores a Holmes, entre quienes destacan Felix Cohen, Karl Llewellyn, Robert Hale y Jerome Frank, desarrollaron, especialmente en el ámbito del Derecho Privado, una crítica contra la dogmática y la teoría jurídica dominantes que insistían en la separación clara entre la creación del Derecho (de competencia del legislador) y la aplicación del mismo (de competencia del juez).⁷

En este contexto, la tarea de los realistas fue en insistir en el carácter indeterminado e incompleto del Derecho y en la consecuente incidencia en la decisión judicial de factores que, de acuerdo con la concepción tradicional, eran extrajurídicos (argumentos de conveniencia, posición ideológica del juez y presión de la opinión pública).

La escuela de estudios críticos jurídicos (Critical Legal Studies), rechaza igualmente la idea de una única respuesta correcta. Para Andrew Altman, el espectro de la controversia ideológica en la arena política, se reproduce en el foro jurídico. Pese a las restricciones formales emanadas de los textos legales y la tradición jurídica, los conflictos ideológicos presentes en la cultura política general son irreductibles.⁸

⁷ *Ibidem.* p. 26 y 27.

⁸ Arango, Rodolfo. *Ob. cit.* p.111.

Así, en la perspectiva realista la adjudicación, es un escenario al que se extienden los conflictos sociales y políticos entre personas y grupos opuestos, cuya solución es una creación del juez, antes que sea el resultado de la aplicación deductiva de las normas jurídicas; en esta visión, en conclusión, se derrumba la distinción entre creación y aplicación del Derecho; esto, a la vez da al traste con la separación entre Derecho y política que se manifiesta en las corrientes jurídicas dominantes.⁹

Las tesis Realistas dieron lugar en el medio anglosajón, especialmente en los Estados Unidos, al nacimiento de una pluralidad de corrientes Críticas a partir de los años sesenta que heredaron del realismo la actitud escéptica frente al Derecho, la crítica a su interpretación y a su aplicación, complementándolo con una denuncia contra el papel de éstos en la conservación de las desigualdades sociales.

A finales de los años cincuenta y comienzos de los sesenta, la sociología del Derecho contemporánea de los Estados Unidos (dentro del movimiento conocido como Derecho y Sociedad – Law and Society-) surgió como una corriente intelectual interdisciplinaria cuyo propósito inicial fue aplicar los métodos de investigación de las ciencias sociales para indagar, entre otras cosas, lo que realmente se encontraba detrás de y después de la creación y de la producción de sentencias u otras formas de solución de conflictos. Así el realismo jurídico, se encuentra en el origen de las teorías del conocimiento y del Derecho alrededor de las cuales el movimiento de Derecho y Sociedad tomó forma.¹⁰

De igual manera, a mediados de los setenta apareció en el escenario de la teoría jurídica norteamericana el movimiento de los Estudios Críticos del Derecho (CRÍTICAL LEGAL STUDIES), que reivindicó de manera explícita su conexión con el realismo jurídico de la primera mitad del siglo. Duncan Kennedy, posiblemente el autor más prominente del movimiento de los estudios críticos, entiende su teoría de

⁹ Rodríguez, Cesar. Estudio preliminar a: Kennedy, Duncan. Libertad y Restricción en la Decisión Judicial. Ob. cit. p. 27.

¹⁰ *Ibidem*. p. 28.

la adjudicación como una extensión del proyecto del realismo jurídico. De esta forma, la sociología del Derecho contemporánea y los estudios críticos del Derecho, han actualizado y revitalizado el virus que inquieta, que intenta minar el cuerpo de la teoría jurídica dominante, convirtiéndose en polos opuestos alternativos en el pensamiento actual sobre el Derecho.

Las propuestas realistas sobre el Derecho constituyen el aporte más original de la teoría jurídica norteamericana a los Estudios Críticos del Derecho; este hecho, aunado al escaso conocimiento de dichas propuestas, justifica el desarrollo del presente capítulo.

2.2.- EL REALISMO NORTEAMERICANO

El término realismo jurídico surgió en los Estados Unidos de Norteamérica hacia 1930 como una etiqueta o denominación para varias teorías de un grupo bastante numeroso de profesores de Derecho y de abogados, quienes divergían entre sí en muchos puntos, pero presentaban, sin embargo, muchos denominadores comunes. Se trata de una serie de enfoques, de análisis y de tesis, que intentan barrer muchos convencionalismos falsos que habían venido perpetuándose en algunos sectores de la tradición jurídica, y que se proponen acercarse al Derecho, sin prejuicio ninguno, para descubrir su auténtica realidad, y sobre todo los modos como efectivamente opera el Derecho.¹¹

El movimiento realista norteamericano: por una parte constituye un análisis crítico muy a fondo de la tradición de la escuela de la jurisprudencia analítica de Austin; y por la otra, representa un ataque muy violento contra lo que pudiéramos llamar la mística del *Common Law*, entendido éste como un cuerpo omnicomprensivo que contiene normas y criterios para solucionar todos los casos que puedan presentarse; es decir, contra la forma que la tradición del *Common Law* había presentado en

¹¹ Recasens Siches, Luis. Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX. Segundo tomo, 1ª edición, Editorial Porrúa, México 1963. p. 619.

Norteamérica a través de las enseñanzas del profesor Beale, de la Universidad de Harvard, en los últimos lustros del siglo XIX. Esa concepción bealista del *Common Law* era en cierto modo el equivalente anglosajón del fetichismo de la escuela francesa de la exégesis y de la doctrina de los pandectistas alemanes ¹².

El término realismo, resulta poco claro ya que sin duda todo el mundo desea ser realista, es decir, cualquier persona que busque analizar el fenómeno jurídico y social, buscará conclusiones claras y precisas.

La mayor parte de los realistas buscan la realidad en la conducta humana, en la conducta de los jueces y de otros funcionarios, en operaciones concretas más que en las esencias.

Los más destacados representantes del movimiento realista son: Underhill Moore, Herman Oliphant, Walter W. Cook, Karl N. Llewellyn, Charles E. Clark y Jerome Frank y Oliver Wendell Holmes, pero aparte de los jurisconsultos mencionados, muchos otros juristas norteamericanos, entre ellos, tanto profesores universitarios, como jueces y abogados, han publicado trabajos en los cuales se percibe una fuerte influencia de las directrices realistas, y en los que además se da un ulterior desenvolvimiento y una aplicación concreta a dichas directrices.¹³

Para entender bien los motivos que incitaron el desarrollo del llamado movimiento realista norteamericano, conviene recordar sucintamente algunas ideas de la escuela analítica inglesa fundada por Austin (1790-1859); ya que en cierto modo el movimiento realista surge como una crítica contra esa escuela, aunque otros de los desarrollos de ese movimiento realista hayan sido estimulados por la reacción frente a otras varias doctrinas.¹⁴

¹² *Ibidem.* p. 620.

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Lecturas de Filosofía del Derecho II. Selección e Introducción* por Mag. Lic. Saturnino Agüero Aguirre. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Lectura: El Movimiento del “Realismo Jurídico” Norteamericano. p. 164.

Austin sostenía que una proposición normativa es verdadera dentro de una comunidad particular si refleja en forma correcta una decisión u orden del pasado adoptada por la autoridad o soberano. La teoría analítica de Austin, señala al Derecho positivo como el mandato del soberano, dejando un problema por dilucidar: siendo el saber si por soberano debe entenderse una realidad, o, por el contrario, tan sólo un concepto mediante el cual ordenamos los datos jurídicos.

Austin nunca resolvió este problema, sino que se mantuvo indeciso ante el. Por una parte, Austin habla del soberano como de una determinada persona o un determinado grupo de personas, lo cual haría creer que se trata de una realidad; y por la otra, en su obra hay numerosos pasajes que parecen indicar que toda su teoría representa sólo una construcción jurídica de los hechos, es decir, que no pretende ser tanto una descripción como más bien una interpretación.¹⁵ Para Austin, el Derecho fue así, la orden general del soberano a sus súbditos.

En su libro "Lectures of jurisprudence", Jhon Austin, señaló las bases de una nueva disciplina, que se conoce con el nombre de Teoría del Derecho. La Teoría del Derecho se distingue de la Filosofía del Derecho que la precede, por cuanto ya no valora al Derecho positivo a la luz de la idea del Derecho natural, sino que la contempla como un hecho independiente, de ahí que se propusiera como tema el conocimiento de aquellos elementos que sirven de base al Derecho positivo.¹⁶

Austin, consideró que dichos elementos son la suma de los mandamientos de un poder soberano o de un órgano derivado de éste y dirigidos a las personas que están subordinadas al poder de que se trate.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Vedross, Alfred. La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental. Visión panorámica desde sus fundamentos y sus principales problemas. Traducción Mario de la Cueva. Centro de Estudios Filosóficos de la U.N.A.M. 1962. p. 283.

Poder soberano, es aquella persona o grupo de personas cuyos mandamientos son normalmente obedecidos por un conglomerado social determinado. Austin aplicó el término mandamiento exclusivamente a aquellas ordenes acompañadas de la amenaza de una sanción.

Solo las normas provistas de sanción determinan los deberes jurídicos de los súbditos, por lo que según Austin, los elementos fundamentales del Derecho positivo son: un poder soberano, el mandamiento, la sanción y el deber. Austin, opuso el Derecho positivo a las normas emitidas por otros grupos sociales¹⁷

Pero en los Estados Unidos ha habido varios pensadores jurídicos que trataron y tratan de seguir la otra línea, es decir, la de buscar la realidad efectiva sobre la cual se apoya y de la cual emana el Derecho vigente. Y con tal fin se preguntan con insistencia: ¿qué es lo que en efecto y en realidad es Derecho vigente en un determinado país y en un cierto momento?. A este respecto, advierten que tal pregunta surge con actualidad y con urgencia, cuando se plantea un conflicto o duda respecto de las normas jurídicas.

En tal caso, lo que dicen las leyes y los reglamentos, los precedentes jurisdiccionales, las costumbres efectivas, podrán constituir fuentes de presunción para hacer probables predicciones en sus resultados, pero no suministran una respuesta absolutamente segura, porque el Derecho real y efectivo va a ser lo que sobre el caso planteado, resuelva el órgano jurisdiccional.

Este enfoque se había producido en la sociología jurídica norteamericana para después manifestarse en el movimiento realista. Así las cosas, el 8 de enero de 1897, Oliver Wendell Holmes, Magistrado de la Suprema Corte, pronunció una conferencia ante los alumnos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Boston, con el título de "The Path of the Law". Ella tuvo una excepcional repercusión. Llevó a

¹⁷ Ibidem. p. 284.

la profunda renovación de los estudios jurídicos en Estados Unidos, que se extendió luego a la Europa nórdica. Las concepciones teóricas más novedosas y profundas elaboradas en Estados Unidos encuentran sus mayores raíces en ese aporte inicial de Holmes.¹⁸

Sus aportaciones en este campo fueron el resultado de su experiencia como juez, analizada a la luz de su propia formación filosófica; en sus reflexiones se pueden observar como resalta la conciencia auténtica de los problemas que se plantean en la dinámica del Derecho y en la práctica Judicial. Esa sinceridad en percibir genuinamente tales problemas, sin esquivarlos, es uno de los méritos principales en el pensamiento jurídico de Holmes.

Una de las principales aportaciones de Holmes al movimiento Realista Norteamericano fue que en contra de la creencia que predominaba, la vida real del Derecho no consistía en la lógica sino en experiencias esto es a las necesidades sentidas en cada época, las teorías morales y políticas predominantes, las intuiciones en que la acción política se ha inspirado, bien aquellas confesadas explícitamente o bien otras inconscientes e incluso los prejuicios que los jueces tienen al igual que todas las otras gentes, circunstancias que han tenido que ver mucho más que los silogismos en la determinación de las normas para gobernar a los hombres.¹⁹

Holmes, concebía el esquema total de Derecho, como el resultado de un conflicto en cada punto entre la lógica, entendida como una deducción silogística mecánica y el buen sentido, por lo que la lógica no era la única fuerza operante en el desenvolvimiento del Derecho; el papel de la lógica en la formación y en el desarrollo del Derecho han sido exageradas, porque esto satisfacía el anhelo de certeza y tranquilidad que se buscaba en el Derecho.

¹⁸ Frank, Jerome. Derecho e Incertidumbre. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Dirigida por Ernesto Garzón Valdés y Rodolfo Vázquez. 1991. p. 7.

¹⁹ Recasens Siches, Luis. Nueva Filosofía del Derecho. Ob. cit. p. 43.

Era necesario tener conciencia de que siempre que surgía un problema jurídico, ante el legislador o ante el juez, nos encontrábamos frente a un conflicto entre dos deseos o intereses sociales, incompatibles el uno con el otro, total o parcialmente.

Podría resumirse el pensamiento de Holmes, como el proceso de haberse dado cuenta que en el desarrollo del Derecho, y sobre todo en el proceso de su individualización, hay un tipo de razones que no encajaban en la lógica tradicional, que no son razones de lógica matemática, sino que son razones de otro tipo. Algunas veces llama a esas razones buen sentido.²⁰

A partir de estos planteamientos era claro que también hay un proceso lógico en el proceso de leyes o fallos, pero cuando en la práctica jurídica se plantea un problema grave, este problema no consiste en desarrollar una inferencia lógica, sino el problema consiste en sentar las premisas correctas, tanto las premisas de las leyes a aplicar como las premisas relativas a los hechos; y en algunos casos es posible escoger entre varios principios y los hechos determinados son susceptibles de diferentes calificaciones jurídicas.

Holmes apunta que en todas esas operaciones de elección se verifican una serie de intereses sociales e influye en buena medida la experiencia, apuntando a un tipo de razonamiento que es valorativo y apunta también a la razón vital e histórica.²¹

El movimiento realista ha llevado a cabo la más demoledora crítica de la concepción mecánica de la función como un silogismo. Contra esa concepción, que, a decir de uno de los más destacados realistas, Jerome Frank, coloca el Derecho en una región transterrena, celestial, más allá de la experiencia humana, se empezó a reaccionar ya a fines del siglo pasado.

²⁰ *Ibidem.* p. 44.

²¹ *Ibidem.* p. 45.

Las primeras reacciones en el mundo anglosajón se produjeron todavía dentro de la tradición positiva de la escuela analítica. Entre ellas, acaso la que tuvo más alcance y ejerció mayor influencia fue la de John Gray, quien en su obra sobre la naturaleza y las fuentes del Derecho dio un paso en la dirección que más tarde conduciría a las tesis del realismo jurídico.²²

Gray distingue entre Derecho efectivo y fuentes del Derecho; el Derecho efectivo consiste en las reglas sentadas por los tribunales y aplicadas por éstos; fuentes de Derecho, en cambio, son los materiales en los que el juez se inspira para establecer las reglas efectivas de su fallo. Estos materiales suelen ser los siguientes: leyes, precedentes jurisprudenciales, opiniones doctrinales, costumbres y principios éticos.

Señalaba que una ley, por sí sola, aun no es Derecho, mientras no haya sido interpretada y aplicada por los tribunales, toda vez que el legislador sólo emite palabras, las cuales entran en acción efectiva únicamente a través de las sentencias de los tribunales, por lo que es a los tribunales a quienes corresponde decir lo que esas palabras significan.

Gray señala que hay límites para la facultad judicial de interpretación; pero esos límites son vagos y no están definidos con precisión. Todo Derecho efectivo es Derecho elaborado por los tribunales; en última instancia, el Derecho efectivo está constituido por las normas sentadas por el Supremo Tribunal de Justicia.²³

El llamado movimiento realista toma como punto de arranque esas observaciones de Gray, pero va mucho más lejos que éste. Los abogados exponentes de esta corriente distan mucho de ser homogéneos entre sí, por el contrario, en varios temas, distintos autores realistas mantienen puntos de vista discrepantes. El denominador común

²² Recasens Siches, Luis. Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX. Ob. cit. p. 622.

²³ Lecturas de Filosofía del Derecho II. Ob. cit.. p. 164 y 165.

entre ellos consiste en su actividad escéptica respecto de la descripción tradicional de la conducta real y efectiva de los tribunales.²⁴

No hay plena unanimidad entre los juristas de ese movimiento sobre qué es lo que deba entenderse por realidad, pero por lo general, la mayor parte de ellos busca la realidad en la conducta efectiva de los jueces y de los funcionarios administrativos.

Los realistas creen que Gray, aunque contribuyó decisivamente a abrir el camino para averiguar lo que efectivamente es Derecho, se quedó a mitad de ese camino. Gray definió el Derecho efectivo como las reglas sentadas por los tribunales. Ahora bien, el movimiento realista distingue entre las reglas que el juez establece en sus sentencias, y lo que el juez decide efectivamente.

En otras palabras los realistas afirman que la regla sentada por el juez en su fallo constituye solamente una especie de disfraz para justificar la decisión efectiva que toma, constituye un intento de justificación aparente de su sentencia ante la doctrina tradicional; señalan que lo que importa no es tanto lo que el juez dice, sino sobre todo lo que el juez hace.

Las reglas que el juez establece o expresa en sus sentencias no siempre son las mismas conforme a las cuales él actúa, es decir, conforme a las cuales falla o decide, es decir, si queremos saber lo que efectivamente es Derecho, tenemos que indagar los modos reales de la conducta judicial.²⁵

Lo que buscan los realistas es determinar el Derecho efectivamente real, sin que sea este el que aparece declarado en los códigos, ni tampoco aquel que los jueces declaran como base de sus fallos, sino que de hecho es lo que los jueces hacen, independientemente de lo que expongan en sus sentencias, es decir, para averiguar

²⁴ Recasens Siches. Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX. Ob. cit. 622

²⁵ *Ibidem*. p. 622.

el Derecho efectivo, hay que estudiar el modo real en que los jueces emiten sus sentencias

El movimiento de los realistas se ha diversificado en varios tipos de estudios, pero para efectos de la presente tesis nos ocuparemos solamente de dos:

a) Aquellos trabajos en los que se manifiesta escepticismo respecto de las normas jurídicas formuladas o bien previamente, en leyes, reglamentos y precedentes jurisprudenciales, o bien declaradas en la misma sentencia, como supuesto fundamento de ésta; y tratan de poner de manifiesto cuáles son las reglas efectivas, aunque tal vez ocultas, conforme a las cuales el juez falla.

b) Y otro tipo de estudio que ha sido desarrollado por un grupo de investigadores, quienes, aceptando y practicando también el escepticismo respecto de las normas formuladas, quieren ir más lejos, y añaden otra indagación, a saber: la indagación sobre el modo como los jueces enfocan las cuestiones de hecho.²⁶

El primero de estos estudios realistas se ha concentrado en averiguar, mediante el examen de las sentencias de los tribunales, lo que es efectivamente Derecho y los trabajos del segundo tipo estudian y analizan los hechos de los casos debatidos, es decir la conducta judicial de los tribunales de primera instancia.

2.3.- PROBLEMAS QUE SE SUSCITAN EN LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN JURISDICCIONAL DEL DERECHO CONFORME AL REALISMO NORTEAMERICANO. (Karl N. Llewellyn)

Iniciaremos el presente punto mencionando a uno de los más destacados realistas, el profesor de la Universidad de Columbia (Nueva York), y después de la de Chicago, Karl N. Llewellyn, quien en su estudio respecto a las normas jurídicas, descubre que

²⁶ Ibidem. p. 623.

hay que distinguir entre las que podrían llamarse reglas en el papel y reglas efectivas. Las primeras, las reglas en el papel, comprenden las normas formuladas en las leyes y los reglamentos y las normas que los tribunales declaran en sus sentencias, como fundamentos para sus fallos. Las reglas efectivas, son aquellas, declaradas o no, según las cuales los jueces deciden realmente el litigio.²⁷

Antes de estudiar las llamadas reglas en el papel y las reglas efectivas de Llewellyn, conviene señalar algunos de los puntos más importantes de su pensamiento jurídico; dicho autor ha insistido repetidamente sobre ciertas proposiciones que él considera que son comunes al movimiento realista, y que son las bases de su propia concepción. Para Llewellyn, la teoría jurídica y la investigación jurídica, debe tomar en cuenta los siguientes puntos:

I.-El Derecho se halla en una constante situación de fluidez.

II.- El Derecho significa un medio para fines sociales.

III.- La sociedad, para cuyos fines el Derecho es un medio, se halla en una situación de fluidez, todavía mayor que el Derecho mismo.

IV.- Para el propósito de sus investigaciones, el teórico del Derecho debe mirar y analizar solamente lo que los tribunales, los funcionarios y los ciudadanos hacen efectivamente, sin referirse a aquello que debieran hacer; para esto, Llewellyn, sugiere que debe haber un divorcio, aunque sólo temporal, entre el ser y el deber ser en vista de este estudio.

V.- La tarea de la teoría del Derecho es, en primer lugar, observar los hechos de la conducta humana, especialmente de la conducta judicial y de los funcionarios administrativos, en todas las circunstancias de los casos particulares, e interpretada científicamente, sin prejuicios.

VI.- La investigación jurídica debe mirar con sospecha el supuesto de que las normas o reglas, en los términos en que están enunciadas o inscritas en los libros, representan lo que los tribunales y la gente hacen real y efectivamente.

²⁷ Idem.

VII.- Debe la investigación jurídica mirar con igual sospecha el supuesto de que las normas o reglas de Derecho enunciadas formalmente son las que en realidad producen los fallos y las resoluciones que pretenden estar basadas sobre ellas.²⁸

Llewellyn aconseja abordar el tema de la teoría del Derecho, partiendo de la premisa de que el Derecho se ocupa del hecho de que la sociedad se halla minada por dos tipos de disputas; disputas que deben ser resueltas, y disputas que deben ser evitadas.

Tales hechos suscitan la necesidad de que alguien se ocupe de ellos; en primer lugar, para que pueda haber paz entre quienes disputan; y, también, paz para otras personas cuya tranquilidad se ve perturbada por los disputantes; y en segundo lugar, para que se pueda llevar a cabo una solución, la cual resulte viable a las partes implicadas en el conflicto, y no desagrade a los espectadores. Las gentes encargadas de hacer algo respecto de tales disputas, jueces, policías, funcionarios administrativos, carceleros o abogados, son órganos o funcionarios del Derecho; lo que éstos órganos o funcionarios hacen respecto de las disputas es el Derecho mismo.

Claro que en el Derecho hay también reglas, normas, sobre las cuales se concentra la atención en muchos problemas jurídicos. Y cierto también que las reglas o normas tienen importancia, cuando se intenta averiguar o predecir lo que probablemente van a hacer esos órganos o funcionarios; al igual que en el caso del abogado que se plantea esta misma interrogación, pues los jueces y otros funcionarios tienen que seguir determinadas reglas.

El escepticismo ante las reglas consiste en no creer que el contenido de las reglas prescriptivas es una buena descripción y/o predicción de la conducta de los oficiales; es insistir en descubrir dicha conducta para formular con ella las reglas reales; es

²⁸ *Ibidem.* p. 624.

comparar el tenor de las reglas sobre el papel con el contenido de las reglas reales; es comprobar qué uso se ha hecho en la práctica de las reglas sobre el papel, qué función cumplen éstas en la argumentación jurídica y en el razonamiento judicial, y qué influencia real tienen sobre la decisión jurídica. Así resulta imposible determinar si una regla sobre el papel es además una regla operativa, es decir, si el Derecho oficial es o no eficaz, si está o no vigente.²⁹

Llewellyn, al cuestionar respecto al significado del Derecho para la gente en sociedad y la diferencia que habría entre si hubiese o no tribunales, abogados o escuelas de Derecho; menciona: que así como existen disputas en las que no interviene el Derecho y suelen resolverse, o por lo menos suavizarse, entre los implicados en ellas, en una forma más o menos satisfactoria, pero sin que se perturbe gravemente el orden social como lo sería la pequeña diferencia de opinión entre el padre y el hijo; los regateos en el mercado y las discusiones entre patronos y obreros que no llegan a producir procesos jurídicos; también hay aquellas disputas que no podrían resolverse de otra manera, sino con la intervención de los funcionarios jurídicos.

Más que de producir orden, se trata de mantener el orden cuando éste se ha perturbado y de resolverlo con aun autoridad ejecutiva y coactiva. Es verdad que la gente piensa que las normas jurídicas deben ser obedecidas porque son justas pero si la mayor parte de la gente no respaldase a los funcionarios jurídicos, aunque sea de un modo tan sólo pasivo, el Derecho realmente no podría existir.

Llewellyn, menciona que la mayor parte de la gente configura su conducta de acuerdo con las pautas jurídicas, que son una parte de la atmósfera social que respiran, si no fuera así, no se podría vivir en sociedad, ni ésta podría subsistir, de aquí la necesidad del Derecho. Hay disputas respecto de las cuales el Derecho se limita a establecer las reglas del juego; la misión de los funcionarios en tales casos

²⁹ Sánchez Díaz, Felix Francisco. Decisión Judicial y Ciencia Jurídica, La propuesta de Karl. N. Llewellyn. Colección Crítica del Derecho. Granada. 2002. p. 215.

se parece más bien a la del árbitro en un partido de fútbol, pero no pronuncian ningún fallo sobre el fondo del conflicto.³⁰

Ahora bien, en la vida social surgen muchos conflictos que no se sustancian conforme a un procedimiento preestablecido, sino que se resuelven espontáneamente por ajuste, acomodación o compromiso. El Derecho interviene tan sólo para solucionar aquellas disputas que no son resueltas por las partes o que degeneran en el empleo de métodos ilícitos prohibidos por la ley.

Respecto de esa parte del Derecho, que consiste sobre todo en resolver tales disputas, la pregunta práctica más interesante es la que apunta a averiguar de qué manera tales disputas van a ser resueltas por los jueces o funcionarios administrativos con jurisdicción.³¹ y es la interpretación de las normas y los hechos la que marca la incertidumbre en el Derecho.

2.3.1.- REGLAS DE PAPEL Y REGLAS EFECTIVAS

En primera instancia se cree que los jueces para resolver las disputas, cuya resolución tienen encomendada, lo que hacen es aplicar normas preestablecidas. Y los mismos jueces en sus sentencias pretenden que esto es lo que hacen: aplicar las reglas vigentes.

Llewellyn ha analizado, el problema de cuáles son efectivamente las reglas que el juez sigue y como las interpreta, independientemente de las reglas a las que explícitamente se refiera en su sentencia; asimismo analiza también otro aspecto de la función judicial, tales como, la apreciación de los hechos y la calificación jurídica de éstos.

³⁰ Recasens Siches, Luis. Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX. Ob. cit. p. 625.

³¹ Idem.

El reconocer a las reglas jurídicas una cierta predicción de las conductas de los jueces en sus fallos, permite reflexionar en que poco sirve conocer la consecuencia jurídica establecida en la regla, si no se tiene una referencia general de las instituciones encargadas de emitir el fallo.

Las reglas generales comprenden un abanico indeterminado de situaciones fácticas y pueden establecer consecuencias jurídicas que incorporen dosis más o menos elevadas de discrecionalidad y que en la medida en que ocurra, la regla no es clara en cuanto a los supuestos de hecho cubiertos por ella, o no controla totalmente la conducta oficial.

Al usuario del Derecho, las reglas jurídicas le serán tanto más convenientes cuanto más estandarizadas estén en sus efectos, de modo que ninguna regla sirve a su propósito a menos que sea etiquetada de acuerdo con su capacidad para producir resultados.³²

Llewellyn, al establecer la diferenciación entre reglas en el papel y reglas efectivas, no supone que las primeras carezcan de toda influencia o importancia pues hay muchos casos en los cuales tales reglas en el papel pueden tener un gran alcance, pero es un punto que hay que averiguar respecto de cada regla, por medio del estudio sobre la realidad de la conducta judicial.

Así las cosas, sucede que hay algunas reglas en el papel, que de hecho no son tomadas en cuenta por los jueces. Esto es lo que acontece con las leyes y los reglamentos que se han convertido en pura letra muerta, o con los precedentes jurisprudenciales que se consideran caducos.

Hay otras normas formuladas en leyes, reglamentos y sentencias anteriores, que el juez pretende tomar en consideración, que el juez menciona como fundamentos para

³² Sánchez Díaz, Felix Francisco. Ob. cit. p. 213.

su fallo, pero en realidad no sigue, o sigue solamente de modo parcial. A pesar de referirse a ellas, las elude total o parcialmente, por medio de razonamientos interpretativos.³³

Tales razonamientos interpretativos pretenden mostrar que el juez cumple lo dispuesto en tales normas, pero en realidad son solamente un disfraz de la otra norma diferente que efectivamente sigue el juez en su fallo, norma que no es declarada, sino más bien encubierta.

La investigación realista trata precisamente de quitar esos disfraces; intenta poner en claro la norma efectiva que el juez toma como base para su fallo; quiere desvanecer la ficción convencional de que el juez está aplicando las normas por él mencionadas o declaradas, y mostrar qué es lo que de hecho hace el juez, a pesar de lo que escribe en su sentencia.

Al realizar estos estudios Llewellyn, asegura que no parte de ningún prejuicio, sino que quiere simplemente poner en claro respecto de cada tipo de situaciones lo que realmente ocurre. Hay situaciones en las que las reglas en el papel ejercen positivamente una gran influencia, acaso decisiva; hay otras en las que las divergencias entre lo dicho por las reglas en el papel y los principios según los cuales se falla es pequeña; y hay otras situaciones en que la discrepancia es grande.³⁴

Otro tipo de estudios realistas está constituido por los que aceptando y practicando también el escepticismo respecto de las normas formuladas, quieren ir más lejos, proponen investigar cuáles son los factores que influyen sobre los jueces en la elección de las reglas efectivas sobre las que de hecho basan sus fallos, a pesar de que la mayoría de las veces tales reglas no aparezcan declaradas en las sentencias y tratan de poner en claro los factores que influyen sobre los jueces para la determinación de los hechos y, a este respecto, muestran que en el proceso judicial

³³ Recasens Siches, Luis. Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX. Ob. cit. p. 625 y 626.

³⁴ *Ibidem*. p. 626.

la apreciación y calificación de los hechos suele tener importancia más decisiva que la referencia a la norma aplicable.

La decisión Judicial es una cuestión de casos individuales, de reglas jurídicas individuales, de decisiones individuales, por lo que la socialización jurídica de los jueces, que como hombres están y altamente socializados, proporciona sólo un grado limitado de procedibilidad en el tratamiento de estos importantísimos detalles.³⁵

El profesor Llewellyn ha realizado múltiples análisis tanto sobre las normas efectivamente seguidas por los jueces, como sobre los factores que determinan la interpretación y el juicio sobre los hechos; También ha analizado los problemas relativos a la cuestión de hecho, tanto en lo que atañe a la prueba, como en lo que toca a la calificación jurídica de los hechos relevantes.

Su análisis pone de manifiesto que los hechos totales, tal y como ellos sucedieron en la realidad, no se hallan jamás ante el juez, llegan al juez a través de una serie de filtros, reconstrucciones y presentaciones. Al abogado del demandante, pensando en la conclusión que propugna, y en los aspectos de hecho que puedan tener relevancia jurídica para esa conclusión, ha efectuado ya alguna selección de los hechos que él conoce, aparte de que algunos hechos reales que ocurrieron efectivamente, puedan serle desconocidos.

Por otra parte, el abogado del demandante no tiene plena libertad para la presentación de los hechos que le importa destacar. A estos efectos debe moverse dentro de determinadas reglas procesales, cuya observancia es vigilada acuciosamente por el abogado de la parte demandada, quien se apresurará a llamar la atención del tribunal cuando tales normas fuesen desconocidas por el abogado del actor.

³⁵ Sánchez Díaz, Felix Francisco. Ob. cit. p. 217.

Además, la deposición de un testigo puede quedar desvirtuada por las respuestas que éste dé después, al ser repreguntado por el abogado del demandado; y lo mismo ocurre, a la inversa, respecto de los testigos producidos por el demandado, cuando estos testigos son repreguntados por el abogado del actor. Llewellyn hace observaciones similares a las formuladas por Frank: el juez o el jurado no toma en consideración solamente lo que el testigo dice, sino también cómo lo dice, la apariencia personal del testigo, etc.³⁶

Después de desahogados los medios de prueba, cada uno de los abogados procede a presentar el resultado en la forma o figura que considera más favorable para persuadir al juez, de suerte que la reconstrucción, que hace de los hechos, invite a producir la calificación jurídica que llevaría a la conclusión deseada.

Este punto, el de calificación y análisis de los hechos, tiene una importancia sustantiva: sucede en ocasiones que el abogado del demandado puede aceptar la presentación de los hechos dada por el abogado del actor y, sin embargo, negar la calificación jurídica que éste propugna, es decir a los mismos hechos, se les pretende aplicar dos conceptos normativos distintos y por lo general contradictorios (pretensiones del actor y demandado)

Insiste también Llewellyn en mostrar cómo la presentación de los hechos es preparada siempre con referencia a la norma que se pretende aplicar. Qué correspondencia efectiva habría entre los hechos narrados en la sentencia y la realidad auténtica de esos hechos, es decir, tal y como efectivamente ocurrieron.

Esos hechos fueron filtrados primero por cada uno de los dos abogados, a través de los puntos de vista que respectivamente consideraban como jurídicamente relevantes; fueron filtrados otra vez a través de las normas procesales sobre la prueba, es decir, fueron filtrados a través de los medios de prueba admitidos; fueron

³⁶ Recasens Siches, Luis. Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX. Ob. cit. p. 626 y 627.

filtrados otra vez en las conclusiones formuladas por los abogados; y fueron finalmente filtrados por el juez, cuando éste redacta los resultados de su sentencia.

También Llewellyn pone de manifiesto que hay una inseparable solidaridad entre el fallo y la norma elegida; y muestra que ordinariamente el juez, en lugar de pensar antes en la norma y extraer de ella la conclusión, sigue en vía inversa, es decir, se decide en favor de la conclusión que estima justa, y se dedica después a buscar una norma que justifique esa conclusión. Y, para formar su conclusión, el juez ha reconfigurado los hechos, de modo tal que ellos puedan servir de base para la conclusión que considera justa y que puedan a la vez servir de base para el razonamiento sobre el cual va a apoyar su fallo.³⁷

Parece a primera vista que en una estructura que podríamos llamar lógica, la verificación y la interpretación de los hechos debiera producirse primero y que después sobre esta base se debiera buscar la norma y finalmente extraer la conclusión.

Sin embargo, en la realidad, la operación mental del juez sigue precisamente el camino inverso: el fallo y la norma dictan la interpretación de los hechos, o el fallo y la interpretación de los hechos determinan la norma; de donde podríamos ir desprendiendo la dificultad en la aplicación jurisdiccional del Derecho.

Relata Llewellyn que, en los tribunales de apelación ingleses, es habitual que cada uno de los magistrados vaya expresando sucesivamente su opinión sobre el caso debatido. Las observaciones sobre los hechos difieren frecuentemente y las diferencias suelen consistir principalmente en la estructura que se da a los hechos y en el modo como se destacan los varios aspectos de éstos. A menudo se manifiestan también discrepancias en cuanto a los argumentos que parecen convincentes a cada uno de los magistrados. En cambio, es muchísimo menos

³⁷ *Ibidem*. p. 627.

frecuente que haya entre los varios magistrados diferencias de opinión en cuanto a lo que estiman como fallo correcto.³⁸

Es de resaltarse, que los jueces, después de haber leído el mismo expediente, de haber desahogado los mismos medios de prueba y de haber oído los mismos argumentos, discrepen en cuanto al modo como ven los hechos que consideran relevantes en el caso planteado.

Además, difieren en los argumentos que les parecen decisivos y que, en cambio, suelen coincidir más a menudo sobre la conclusión que les parece correcta. Esto indica que hay más certeza y seguridad, aunque desde luego sólo relativas, sobre el fallo, respecto de la norma que sirva de fundamento al fallo.

Estas observaciones sirven a Llewellyn para confirmar su idea de que lo importante no es tanto el analizar lo que los jueces dicen, sino lo que los jueces hacen. La norma efectiva muchas veces no es la alegada en la sentencia, sino otra, que no aparece formulada ni referida, pero que real y efectivamente es la que sustenta el fallo.³⁹

2.4.- INTERPRETACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA EN EL REALISMO NORTEAMERICANO. (JEROME FRANK)

La lógica formal tiene su validez para mostrar la esencia y las relaciones entre las formas. Pero el problema de la decisión judicial está mucho más allá de los límites de la lógica formal; porque este problema de la decisión judicial consiste sobre todo en la elección de las premisas. Ahora bien, la lógica formal no nos presta ninguna ayuda para resolver este problema de la elección de las premisas. Con el uso ilegítimo de la lógica formal, se disfraza y hasta ocultar el problema de la elección de la premisas.

³⁸ Idem.

³⁹ Sánchez Díaz, Felix Francisco. Ob. cit. p. 276.

Jerome Frank, no niega que haya reglas jurídicas, por el contrario, reconoce la existencia de normas jurídicas generales, y además reconoce también que éstas cumplen una función importante. Lo que niega es que el Derecho efectivo producido por los tribunales consista exclusivamente en conclusiones sacadas de normas generales; las normas generales son sólo uno de los ingredientes que intervienen en la elaboración del Derecho efectivo.

Aunque las normas generales no son el único factor en la elaboración del Derecho efectivo, es decir, de las sentencias o resoluciones, son ciertamente uno de los factores que intervienen en esa elaboración pero las normas generales no suministran base suficiente para poder predecir con exactitud los fallos futuros; ni constituyen tampoco explicación suficiente de los fallos pretéritos.⁴⁰

El Derecho efectivo se perfecciona y adquiere realidad, no por la virtud exclusiva de las reglas, que siempre verán por el bien común, sino por la acción de seres humanos concretos. Según Frank, la personalidad del juez es realmente el factor central.

Sobre el juez influyen, entre otros, los siguientes factores: su educación general y su especial educación jurídica; sus vínculos familiares y personales; su posición económica y social; su experiencia política y jurídica; su afiliación y opinión políticas; sus rasgos intelectuales y temperamentales; lo único que podría contrarrestar la incertidumbre que generarían estos factores en la valoración de una determinada norma, sería la disposición que los jueces tuviesen para tener la plena conciencia de esos factores y así poderlos distinguir del verdadero sentido de una norma.

Frank, señala que aparte de las influencias que tales caracteres de la personalidad del juez puedan ejercer sobre su mente en la función de juzgar, independientemente

⁴⁰ Frank, Jerome. Ob. cit. p.38.

de eso, habría que reconocer que en todo caso y siempre el juez crea el Derecho efectivo, aunque haya normas generales preexistentes.

Ha habido ciertamente una resistencia a reconocer esta realidad. El cambio que pudiera sufrir una determinada norma por la vía legislativa no desprende ninguna incertidumbre, pero si la genera lo que puede haber de impredecible en los resultados de las sentencias que emite un juez, toda vez que resulta evidente que el juez tiene que establecer los hechos, sopesar las pretensiones contradictorias de las partes, formular la calificación jurídica de esas pretensiones, establecer la calificación jurídica de los hechos, y además en caso contrario, tiene que revisar y reajustar las reglas preexistentes para que encaje en ellas el caso planteado.

Frank, plantea la exageración que se le ha dado al Derecho respecto al grado de seguridad que puede proporcionar, y se han exagerado también mucho los beneficios de la certeza, así como los males de la incertidumbre, ya que no existe plena certeza ni siquiera en los sistemas legislados más rígidos.

Cuando el cliente consulta al abogado respecto al resultado del proceso que se pretende iniciar, éste no puede contestar con certeza absoluta ya que el adversario puede introducir un testimonio insospechado; los propios testigos, en quienes se confía, pueden fallar en su testimonio. Un abogado puede contestar preguntas generales en términos generales, pues tales preguntas se refieren a las normas establecidas, que aparezcan con claridad; pero no puede contestar con plena certeza una pregunta concreta sobre un caso singular.

Un pleito es una batalla, y nadie puede predecir plenamente lo que en la batalla vaya a suceder. Raramente los testigos de un proceso se preparan para observar los acontecimientos sobre los que posteriormente deberán atestiguar. No toman nota de sus observaciones ni emplean instrumentos que ayuden a ellas. Además, sus observaciones del acontecimientos pasado, que exponen ante el tribunal no pueden ser repetidas por otros observadores cuidadosamente preparados. Lo que los

testigos vieron u oyeron, no es un experimento que pueda ser repetido sustancialmente.⁴¹

Así las cosas, las partes que intervienen en un procedimiento ante los juzgados ordinariamente no tiene ni pueden tener idea cabal de todas las consecuencias de éste. Frank, sobresale el factor de la personalidad del juez y claro que esto implica que la total uniformidad, la plena certeza y la íntegra continuidad del Derecho se debilitan en la medida en que las personalidades de todos los jueces no sean idénticas, y en la medida en que los jueces no tengan iguales hábitos mentales y emotivos.

Frank no oculta que los efectos de las diferencias entre las personalidades de los jueces puedan ser en alguna medida desagradables y perjudiciales. Pero señala que la uniformidad llevaría a consecuencias mucho peores. ¿Sería entonces aconsejable elegir para la judicatura personas de mente estereotipada, rígida, dispuestas a ignorar los matices individuales de cada caso, los factores concretos, imprevisibles por las normas generales, que presenta cada litigio, la consideración de lo cual puede ser determinante para la justicia del fallo? ¿Sería preferible elegir para el cargo de juez a personas insensibles a los cambios sociales? La respuesta es obviamente negativa. Ahora bien, si, evidentemente, hemos de aspirar a tener jueces ilustrados, sensatos e inteligentes, entonces el Derecho tendrá menos uniformidad que con jueces desprovistos de talento.⁴²

La lógica formal trata solamente de la corrección de la inferencia, pero no suministra criterio para elegir entre las varias premisas posibles y muchas veces un razonamiento lógico en una sentencia, oculta el problema principal, el cual consiste precisamente en la elección de los principios.

⁴¹ *Ibidem.* p. 55

⁴² Recasens Siches, Luis. *Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX.* Ob. cit. p. 635.

Ahora bien, es el juez quien decide sobre la elección de las premisas de las cuales va a resultar su fallo, tanto de la premisa relativa a los principios, como de la premisa relativa a los hechos. Tradicionalmente, se dice que el juez debe partir de principios, aplicarlos a los hechos, y sacar después la conclusión, pero de hecho el juez es un ser humano, cuya mente suele funcionar como la de los demás hombres.

Algunas veces el juez, a la vista de la prueba y de los alegatos, se forma una opinión sobre el caso discutido, una especie de convicción sobre lo que es justo respecto de éste; y después busca los principios o “considerandos”, que puedan justificar esa su opinión, así como también articula los “resultandos” de hecho, de modo que los hechos encajen dentro de la calificación jurídica que justifique el fallo que va a tomar.⁴³

Ahora bien, si el Derecho efectivo consiste en los fallos de los jueces, y resulta que éstos deciden muchas veces por intuición o sentimiento, la clave del problema consiste en averiguar cómo el juez forma sus intuiciones o sentimientos. Desde luego, uno de los factores que contribuyen a la formación de las intuiciones del juez consiste en las normas y principios jurídicos declarados en las leyes, los reglamentos, los precedentes jurisprudenciales y las doctrinas aceptadas.

Muchas veces surge el problema cuando se tiene que elegir entre distintos principios igualmente válidos y determinar a cuál de ellos le corresponde rango superior. En esa elección influyen las convicciones personales del juez, quien tal vez no quiera dejarse llevar por sus opiniones personales e incluso intenta orientarse en las normas jurídicas que rigen su actuar, pero aún así, depende de su interpretación personal sobre cuál sea la convicción colectiva preponderante y más aún si la elección de la norma no es clara y existen varias opciones igualmente válidas, por lo que en esa interpretación no pueden dejar de influir las opiniones políticas y sociales del juez.

⁴³ Idem.

Mayor alcance tienen la determinación de los hechos que escoger las normas a aplicar y sucede que en la determinación de los hechos intervienen múltiples factores subjetivos, de diversa procedencia y de muy variada índole.

Frank advierte, ante todo, que los hechos nunca son contemplados, vistos, directamente por el juez, tal y como lo explicamos en párrafos anteriores con Llewellyn. Este llega a tener un conocimiento sólo indirecto de los hechos, a través de las deposiciones de los testigos, o de lo relatado en documentos, o de las opiniones de peritos.

La influencia de los factores subjetivos empieza, pues, en el testimonio de los testigos. Es muy cuestionable las dotes de observación en la mayor parte de personas, y cómo en el relato de lo visto u oído se producen grandes deformaciones voluntarias o involuntarias.

Hay que advertir que, a su vez, el juez es un testigo del testimonio dado por los testigos; el juez, al tomar en consideración un testimonio, no se deja influir inconscientemente por una serie de factores emocionales, de simpatías, de antipatías, de preferencias, que se proyectan sobre los testigos, los abogados y las partes.

Las experiencias pasadas del juez pueden haber creado en su subconsciente determinadas reacciones emotivas favorables o desfavorables respecto de diversos factores (las mujeres, de las rubias o de las morenas, de los hombres con barba, de los sureños, de los italianos o de los ingleses, de los plomeros, de los curas, de los médicos, o de los afiliados a determinado partido político). Esos prejuicios, que pueden ser involuntarios y hasta inconscientes, afectan la atención o la memoria del juez sobre las declaraciones de los testigos e influyen sobre los motivos de

credibilidad que sienta respecto de éstas.⁴⁴ Resulta, pues, que realmente la personalidad del juez constituye un factor decisivo en el fallo.

Y es aquí en donde se vislumbra el tema central de la presente tesis: que factores influyen en el juzgador para la interpretación de las normas y de los hechos y así emitir sus fallos; tales circunstancias no permiten determinar un rango de certidumbre o por lo menos a la luz de los realistas el tema es complejo y no lo soluciona el Derecho por si mismo, esto es, el propio Derecho entregaría el fundamento a sentencias contradictorias por lo que sólo a partir de un análisis integral de la norma, el hecho y el juzgador se podrá proporcionar un resultado que por lo menos nos acerque a los verdaderos fundamentos de un fallo.

2.5.- LA CRÍTICA A LA DECISIÓN JUDICIAL COMO ACTIVIDAD SILOGÍSTICA

Para efectos del presente tema es importante señalar una de las premisas más criticadas pero más utilizadas en mayor o menor medida por los juristas: a una determinada conducta le corresponde una determinada consecuencia, por lo que los jueces invariablemente sólo aplican el Derecho, premisa en la que se vislumbra una actividad meramente silogística que tiene su razón de ser, dar certidumbre jurídica a los individuos.

El Realismo Norteamericano, como pensamiento jurídico que busca la realidad efectiva sobre la cual se apoya y de la cual emana el Derecho vigente, pretende poner al descubierto el verdadero fundamento del sentido de los fallos de los jueces, ya lo señalaba Llewellyn en las reglas de papel y las reglas efectivas, no solamente en la aplicación de las normas se encontrará el fundamento de la actuación de los jueces.

⁴⁴ Frank, Jerome. Ob. cit. p. 59.

Los predicados verdad y falsedad no pueden ser atribuidos a las normas del Derecho; las reglas positivas no son ni verdaderas ni falsas. Las reglas jurídicas no pueden ser juzgadas desde el punto de vista de la verdad o falsedad, pueden y deben ser enjuiciados desde los ángulos de otros valores: justicia, dignidad de la persona humana, criterios de libertad, de igualdad ante el Derecho, de igualdad de oportunidades, de servicio al bienestar general, etc.⁴⁵

Las hipótesis normativas, no son enunciados de ideas con validez intrínseca como lo podrían ser las proposiciones matemáticas. Las reglas de Derecho son instrumentos prácticos, elaborados y contruidos por los hombres, para que mediante su manejo, produzcan en la realidad de la sociedad los efectos para los cuales fueron concebidos (bien común, paz social).

Al postular la relación que guarda un texto y su interpretación literal, implica suponer alguna relación de derivación lógica entre ellos. La interpretación sería un enunciado lógicamente derivado del texto de partida: el texto resultante de la interpretación se inferiría de la norma válida que se toma como premisa.⁴⁶

Esta idea ha sido tradicional entre los juristas, que reivindican enfáticamente el carácter lógico y racional de su actividad interpretativa y la doctrina del silogismo judicial la ha propuesto considerar como una actividad interpretativa en contexto decisorio, como una inferencia lógica, en sentido estricto, tal como lo son las figuras silogísticas válidas⁴⁷.

En el ámbito jurídico se pretende eludir los rigores de la lógica a que estarían sometidas las normas en su aplicación a un caso concreto, dado que el lenguaje natural es difuso y no admite formalización lógica adecuada y por ende, no le son aplicables los esquemas lógicos. Las normas, en cuanto enunciados prescriptivos,

⁴⁵ Recasens Siches, Luis. Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho. Ob. cit. p. 277.

⁴⁶ Garzón Valdez, Ernesto y Laporta, Francisco J. Ob. cit. p. 247.

⁴⁷ Idem.

carecen de valor de verdad que las haga aptas para un cálculo lógico. De este modo, se toma en cuenta el hecho cierto de que, en la actividad decisoria, intervienen otros factores que introducen elementos de irracionalidad del juez: valores, ideologías, ó prejuicios.

Es claro que la lógica, no describe las actividades psicológicas o externas de ningún sujeto y por lo tanto no tendría sentido remitir a la lógica para describir las actividades varias que los jueces efectúan cuando interpretan y aplican normas.

De ahí la ambigüedad con que se habla del silogismo judicial, donde se trataría tanto de establecer un esquema descriptivo de las actividades interpretativas decisorias de los jueces, como un modelo para criterios de validez de la norma resolutoria resultante. En la literatura reciente, tenemos ejemplos en los que se ha intentado reconstruir, bajo forma más o menos silogística, las decisiones de tribunales que actúan en el common law, bajo un régimen de precedentes. Se trataría de asentar así la validez lógica de ciertas decisiones y no de describir la actuación efectiva de los magistrados.⁴⁸

La actividad efectiva, psicológica y externa de los jueces, en los procesos de interpretación y aplicación del Derecho, según Jerome Frank, puede ser descrita y explicada de variados modos; por una parte desde el comportamiento de los órganos judiciales o de funcionarios con competencias decisorias, es decir los jueces en los que se puede observar que las motivaciones en juego suelen diferir evidentemente y que existe un elemento idiosincrático como la personalidad del juez que es determinante de las formas de actuar.

Otra cosa es el aspecto puramente lógico que se pretende destacar en los problemas interpretativos en Derecho, aduciendo que la interpretación que se adopte de ciertas

⁴⁸ Idem.

normas y ciertos hechos, son o deben ser consecuencia lógica estricta de las normas vigentes y de los hechos acreditados.

Estos argumentos suele ser rebatidos por los realistas, quienes ven en los jueces funcionarios dotados de poder que actúan a la postre en forma discrecional: la decisión judicial, y la interpretación en que se funde, no son actividades racionales; sino más bien actos orientados por razones prudenciales o por criterios tan borrosos como la equidad o la razonabilidad, cuando no un mero ejercicio del poder.

Sabemos apreciar cuando un juez decide prudente, equitativa o razonablemente en una decisión o sentencia, pero los criterios para apreciar esas virtudes no son principios lógicos. Se ha mostrado y demostrado hasta la saciedad, con pruebas y argumentos, que es de todo punto imposible construir el Derecho como un sistema lógico, tal y como lo pretendía la escuela de la exégesis o los mas asiduos positivistas.

Siendo así las cosas, resulta que el juez ha de decidir sobre todos los problemas que se le presenten, necesariamente tiene que crear o descubrir las normas pertinentes para la solución de los nuevos casos que surjan y para llenar las lagunas o vacíos que siempre hay inevitablemente en las reglas legisladas. Los jueces y los funcionarios administrativos tienen que estar constantemente reconfigurando y desarrollando el Derecho.⁴⁹

Lo cierto es que la construcción lógica de una decisión judicial no es sencilla, cualquier fallo emitido por un juez adopta un lenguaje y un criterio que a su entender y saber, resulta lógico pero no aplicable para todos lo jueces o para los particulares que acuden a los tribunales para la solución de conflictos.

⁴⁹ Recasens Siches, Luis. Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho. Ob. cit. p.280.

Las normas jurídicas expresan así que, dados tales o cuales hechos, cierta consecuencia normativa debe seguirse. El antecedente, son los hechos que se exponen a los tribunales y que pueden ser fácilmente comprobados Sin embargo, en Derecho, frecuentemente ciertos hechos se consideran verificados en mérito únicamente de alguna presunción, lo que nos lleva a un problema de interpretación nuevamente.

Es también decisión judicial el establecer que hechos se consideran suficientemente probados y cuáles no. Corresponde pensar, pues, que el antecedente de una norma jurídica sólo tiene valor cuando esta comprobado. De ahí que normalmente el juez deberá hacer frente, casi siempre en casos litigiosos, a informaciones contradictorias sobre los hechos que son condiciones necesarias o suficientes para extraer la consecuencia normativa prevista.⁵⁰

Los jueces pretenden funcionar como órganos cuyas decisiones son previsibles en una medida suficiente para dar una cierta certidumbre. Los realistas difieren del grado de certidumbre que pueden dar a partir de un planteamiento lógico y racional ya que no existe consenso respecto a la lógica adecuada para el control del razonamiento jurídico decisorio.

El legislador opera con valoraciones sobre tipos de situaciones reales o hipotéticas en términos genéricos y relativamente abstractos. Lo esencial en su obra no consiste nunca en el texto de la Ley, sino en los juicios de valor que el legislador adoptó como inspiración y como pauta para su regla.

Mientras que el legislador dispone de un ámbito de libertad relativamente amplio para elegir las finalidades o los propósitos; por el contrario, el juez debe atenerse a los criterios adoptados por el Derecho formalmente válido y vigente. Sin embargo, el juez debe atenerse no tanto al texto de la regla, sino sobre todo y principalmente a las

⁵⁰ Garzón Valdez, Ernesto y Laporta, Francisco J. Ob. cit. p. 249.

valoraciones efectivas sobre las cuales la regla está de hecho fundada y deben aplicarse esas mismas valoraciones al caso en particular o por lo menos eso sería lo más adecuado, pero es evidente que algunas veces éstos principios o valores en los que se basó la norma para su emisión no son advertidos voluntaria o involuntariamente por el juzgador.

La función del Juez, aun manteniéndose como debe hacerlo, dentro de la obediencia al Derecho formalmente válido, es siempre creadora, pues se alimenta de un rico complejo de valoraciones particulares sobre lo singular.⁵¹

La fórmula empleada para expresar la estructura lógica de las normas jurídicas tienen el defecto de que sólo alude a una de las consecuencias (el deber ser) y pasa por alto el otro término de la relación. Tomando al pie de la letra, el enunciado podría servir indistintamente para caracterizar la estructura de variados juicios normativos.

2.6.- Joseph W. Bingham

Considerado como otro de los principales inspiradores del movimiento realista, al igual que otros juristas y iufilesofos que se mueven en esa dirección en los Estados Unidos, ha sido un crítico respecto de viejos mitos y ficciones convencionales. Ha intentado despejar la confusión existente en torno al sentido del Derecho, denunciando las falacias del pensamiento jurídico pretérito y contemporáneo. Lo mismo que Llewellyn y Frank, Bingham no acepta que el Derecho sea sólo un cuerpo de normas y principios.⁵²

Bingham refiere que el campo del Derecho es considerable mucho más amplio y mucho más complejo que un sistema de normas estereotipadas, que hayan sido promulgadas o que se hayan desenvuelto. Es un campo para el estudio científico de las consecuencias de hechos y sus efectos jurídicos como fenómenos externos para

⁵¹ Recasens Siches, Luis. Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho. Ob. cit. p. 289.

⁵² Recasens Siches, Luis. Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX. Ob. cit. p. 636

la investigación y la predicción; evidentemente la actividad silogística que se planteo en el punto anterior no tiene cabida con los realistas.

El conocimiento de las interrelaciones causales de tales secuencias y de las causas, la organización y el modo de operar del mecanismo estatal que las rige, constituye el conocimiento del Derecho en uno de los sentidos jurídicos de esta palabra.

Se han desarrollado reglas y principios para uso en este campo y se han adoptado términos técnicos con definiciones más o menos estereotipadas. Todo eso constituye tan sólo un conjunto de instrumentos mentales que son usados para clasificar, expresar y comunicar de modo abreviado el conocimiento acumulado del Derecho, de modo similar a como en otras ciencias se usan también generalizaciones y definiciones.⁵³

Bingham a diferencia de otros realistas, combate la idea de que la manifestación de una regla o de un principio jurídico, hecha por los jueces de un tribunal como una parte substancial de su razonamiento para explicar el fallo, sea un elemento de autoridad básico, por lo que las generalizaciones hechas por los jueces suelen ser meramente factores eventuales que les ayudan para alcanzar su fallo; pero que no son el Derecho.

Los tribunales no titubean en pasar por encima de precedentes jurisprudenciales, ni en ignorar aquellas generalizaciones judiciales, cuando los hechos concretos en litigio así lo requieren; por lo que, lo que constituye la substancia del Derecho es el caso mismo, consistente en los hechos, y en las consecuencias legales que se siguen de tales hechos.

Así las cosas, lo que interesaría al jurista práctico es comprender y expresar cuál será la conducta de los tribunales y de algunas autoridades administrativas,

⁵³ *Ibidem.* p. 637.

basándose para ello en el análisis del tipo de comportamiento que tuvieron anteriormente; por lo que sucede a menudo que el criterio que el jurista práctico se forme, sobre la base de analizar la conducta judicial anterior, no coincide exactamente con lo señalado en los libros de Derecho.

Una comprensión adecuada de los hechos aportaría una considerable mejora en la educación jurídica, una mejor comprensión de la función jurisdiccional, y consiguientemente, un progreso en la administración de justicia.

Sin que con ello Bingham quiera adoptar una posición escéptica, ni negar la importancia del pensamiento filosófico, se muestra receloso frente a los sistemas de filosofía que se propusieron llegar a una construcción, coordinada lógicamente de un modo perfecto, partiendo de un principio supremo, que supuestamente expresaría una verdad eterna.

Cree que tales sistemas, harto ambicioso, descansan sobre falacias acerca de la naturaleza y de los medios de la inteligencia humana, de los utensilios del pensamiento y de los hechos de la vida social y política. Por interesantes que tales ejercicios en dialéctica puedan ser, su influencia en el mundo práctico de los negocios es no sólo ilusoria, sino también a veces pernicioso; pues han retardado seriamente el desarrollo de una ciencia del Derecho fundada en un estudio amplio y profundo de nuestros esfuerzos profesionales, muy complicados y superlativamente interesantes.⁵⁴

2.7.- Benjamín Cardozo

El pensamiento jurídico de Benjamín Cardozo, constituye principalmente una meditación y un análisis sobre sus propias experiencias como juez, combinado con su extenso conocimiento de la Filosofía del Derecho europeo continental.

⁵⁴ Idem.

Cardozo se cuestiona respecto a la congruencia lógica que tienen sus fallos en un litigio, por lo que advierte que al analizar la conducta judicial, es necesario distinguir entre los procesos mentales conscientes y los subconscientes, siendo los segundos, los subconscientes, quienes en ocasiones ejercen una influencia decisiva.

Si claramente una ley contiene una norma que parece cubrir sin duda el caso planteado, no se presenta al juez el problema de hacer una profunda indagación sobre las fuentes que deban servir de base para su sentencia.

Sin embargo Cardozo, recordando sus propias experiencias judiciales, hace notar que ni siquiera en tales casos la función del juez es mecánica y de mera rutina, pues siempre se plantea el problema de interpretar la norma aplicable al litigio planteado. Ahora bien, la tarea interpretativa es siempre algo más que el mero buscar y descubrir un sentido.⁵⁵

Cardozo consideraba que los artículos de una ley estaban redactados en términos generales y vagos o indeterminados; y sucedía que el contenido, la significación y el alcance de tales normas variaban en el transcurso del tiempo, al cambiar las realidades sociales y al cambiar las aspiraciones predominantes de la gente.

A veces sucede que ni la constitución ni las leyes contienen una norma a la cual pueda ser referido el caso planteado ante el órgano judicial; es decir, sucede que la cuestión discutida no se le ocurrió ni remotamente al legislador, ni está prevista por la ley en términos objetivos; por lo que el problema ya no consistirá en averiguar cuál fue la intención del legislador o de la ley, porque es patente que no hubo en absoluto intención ninguna con respecto a las situaciones del tipo del caso planteado.

Analizando sus experiencias judiciales, Cardozo se encuentra con que él había empleado, y seguía empleando, cuatro métodos distintos en el proceso mental para

⁵⁵ Cardozo, Benjamin N. La Naturaleza de la Función Judicial, Ediciones Arayo, Buenos Aires, 1955. p. 20.

dictar sentencia, 1) El método de la progresión o deducción lógica; 2) el método de buscar inspiración en la línea de desenvolvimiento histórico de una institución jurídica; 3) el método de atenerse a los datos de las costumbres y de las convicciones sociales vigentes y 4) el método de inspirarse consideraciones de justicia y de bienestar social⁵⁶; omito desarrollar aquí tres métodos que no tendrían relación con el presente punto, y voy a resumir solamente aquel que nos interesa y que ya fue objeto de estudio en parte en la Crítica a la decisión judicial como actividad silogística: 1) El método de la progresión o deducción lógica.

Respecto del método lógico, Cardozo muestra sus grandes limitaciones y establece que a menos que haya razones suficientes para ello, se debe ser lógico, al igual que se debe ser imparcial y ambas cosas por virtud de los mismos fundamentos. El hecho de que la congruencia lógica no sea de ninguna manera el bien supremo en materia jurídica, no supondría que la congruencia lógica no tenga algún valor.

Sería una gran injusticia fallar casos iguales sobre la base de principios opuestos; si un caso se decidió ayer contra mi como demandado, otro caso igual en el cual yo sea el demandante deberá fallarse hoy de idéntica manera. Lo contrario suscitaría un hondo sentimiento de agravio y una fundada protesta contra tal injusticia.⁵⁷

Ahora bien, sucede a menudo que el razonamiento lógico puede desenvolverse en dos caminos diferentes con igual corrección formal, sólo que llegando a una conclusión divergente u opuesta. Ante tal problema, el juez tiene que escoger entre dos caminos, o tal vez buscar un tercer camino que supere la dualidad y divergencia entre los otros dos.

Cardozo ilustró la anterior con el ejemplo de un proceso, en el cual se falló que un legatario que había asesinado a su testador no debía ser autorizado para

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Ibídem. p. 21.

beneficiarse con el legado instituido a su favor; al enfocar este problema, se advertía la concurrencia de principios opuestos pero solo uno podía prevalecer.

Por una parte, había el principio de la fuerza obligatoria de un testamento válido, que lógicamente, parecía mantener la legitimidad del título adquisitivo del asesino; y por otro lado existía el principio de que los tribunales civiles no debían incrementar los castigos impuestos por los tribunales penales; y, resultando que el asesino había sido ya condenado por un tribunal penal, no parecía admisible que un tribunal civil aumentase la pena que aquél le había ya impuesto, negándole su legítimo derecho a recibir el legado a su favor.

Contra esos dos principios había otro de generalidad mayor, con raíces más profundas en los sentimientos universales de justicia, el principio de que ninguna persona debe beneficiarse de un crimen que haya cometido, este principio fue el que prevaleció sobre los otros dos.

Cardozo dice que fue la lógica de tal principio la que prevaleció. Ahora bien, el meollo de la cuestión, lo que interesa realmente, es preguntarnos por qué y cómo se eligió una lógica frente a otras lógicas posibles; en este ejemplo, la razón es clara, se siguió un camino y se rechazaron otros dos, porque en la mente del juez el camino elegido era el que conducía a la justicia, pero que sucede cuando los casos no son tan claros.

El asesino perdió el legado, en vista a cuya más pronta adquisición cometió el homicidio, porque el interés social que el tribunal tomó en cuenta, al prohibir que el asesino sacase ventaja y beneficios de su crimen, es de más alto rango que el interés social que se hubiese tomado en cuenta si se hubiera respetado su Derecho a adquirir la propiedad del legado.⁵⁸

⁵⁸ *Ibidem.* p. 27 y 28.

Concluye Cardozo su análisis sobre el método lógico, haciendo notar que sus límites consisten en el hecho de que éste método tiene tan sólo una función limitada y relativa. El abuso de la lógica empieza cuando su método y sus fines son considerados como el valor supremo y decisivo. Los conceptos jurídicos, de los cuales se trata de extraer consecuencias por vía deductiva, no son más que instrumentos prácticos que necesitan constantemente ser verificados, comprobados, una y otra vez, sucesivamente, frente a las nuevas realidades; son algo así como hipótesis de trabajo, que solamente pueden ser aceptadas en la medida en que, al aplicarse a la realidad, produzcan resultados satisfactorios. El mal uso de la Lógica empieza cuando su método y sus fines son tratados como supremos y últimos.⁵⁹

En suma, tal y como lo señala Cardozo, es insostenible actualmente señalar a la función judicial como una actividad silogística debido, a mi consideración a dos factores; primero: las limitaciones del lenguaje ya que resulta imposible plasmar en un acervo de códigos y leyes hipótesis normativas bastas y suficientes que no dejen resquicio alguno a duda respecto a las conductas a las que van dirigidas, lo anterior no quiere decir que las normas o las reglas de papel, como las nombra Llewellyn, sean innecesarias o carezcan de toda influencia, al contrario considero que son necesarias e imprescindibles para mantener un cierto grado de certidumbre y propiciar una adecuada vida en sociedad, pero sugerir que son la única fuente del origen de las decisiones judiciales es limitar al Derecho a un conjunto de normas que se aplican mecánicamente a conductas complejas y cambiantes, lo que deja dudas e ideas contradictorias como cuando se pretende explicar fallos que a partir de las mismas leyes y los mismos hechos, determinan cuestiones totalmente diferentes (fallos absolutorios y condenatorios), de ahí las reglas efectivas que sugiere el autor en comentario.

El otro gran factor es que el Derecho y la sociedad se hallan en una constante fluidez y por lo tanto las reglas generales comprenden un conjunto de posibilidades que establecen consecuencias jurídicas, pero no todas esas hipótesis normativas podrán

⁵⁹ Idem..

comprender todas y cada una de las conductas posibles en sociedad, es una situación evidente y que no se puede pasar por alto, la sociedad cambia día a día.

Así las cosas, Jerome Frank apuntala el criterio que se ha señalado en la presente tesis, al reconocer la existencia de normas generales que cumplen una función importante, lo que se niega es que el Derecho efectivo producido por los tribunales consista exclusivamente en sentencias sacadas de normas ya que sólo son un ingrediente que interviene en la elaboración del Derecho efectivo toda vez que en algunos casos, no suministran base suficiente para poder predecir con exactitud los fallos futuros debido a la complejidad y constante cambio de los hechos de la sociedad a quien van dirigidas; asimismo considero que efectivamente existe incertidumbre al interpretar hechos a la luz del derecho ya que las circunstancias que se ponen a consideración de un juez son filtrados en cada etapa procesal (primera instancia, apelación y amparo); por las normas adjetivas (medios de prueba admitidos y las reglas para su valoración) y por cada actor que interviene en el litigio (abogados, peritos, Ministerio Público entre otros), factores que aparejados a la interpretación de la que es objeto la norma que se va a aplicar a esos hechos, nos dan una parte de la complejidad del tema de la presente tesis.

CAPITULO III

ESTUDIOS CRITICOS DEL DERECHO (CRÍTICAL LEGAL STUDIES)

3.1.- ¿QUÉ SON LOS ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO?

Los Estudios Críticos del Derecho es una corriente de pensamiento que surge en Estados Unidos (Universidad de Wisconsin- Madison, 1977) como plataforma política en las facultades de Derecho de ese país (Tushnet, 1991), habiéndose consolidado – no sin fuertes reacciones y sonoras polémicas – incluso en algunas universidades de elite. (sobre todo en Harvard).¹

Los Estudios Críticos del Derecho no pretenden establecerse en el papel de intelectual o líder que suministra a las masas la teoría correcta para la transformación social global a través del Estado; sino que pretende organizar a un cierto grupo jurídico académico para actuar ya en ese ámbito. De ahí su obsesión por la enseñanza del Derecho, la que critica señalando que la orientación profesional de las facultades está encaminada a la fabricación de abogados para el mundo de los grandes negocios.

Asimismo cuestiona la marginación en los planes de estudio de las facultades de Derecho, estando a favor de las materias más políticas o críticas, las que abordarían abiertamente las grandes cuestiones políticas y morales, en contraposición a las materias que producen y legitiman el modelo existente que se enseña como un discurso apolítico técnico jurídico; el objetivo en general es denunciar la falsa autonomía del razonamiento jurídico, el falso apoliticismo tecnocrático de la concepción dominante sobre lo que es pensar como jurista, que oculta la raíz político - moral del discurso jurídico.²

¹ Silva, Tonche David. (compilador). Materiales para un curso sobre Teoría Jurídica Contemporánea. Colegio de Ciencias y Humanidades, Julio 2000, Juan Pérez Lledó “Teorías Críticas del Derecho”

² Idem.

A efecto de explicar de una forma adecuada que son los Estudios Críticos del Derecho, explico cada uno de los elementos que componen el título con el cual se da a conocer esta corriente de pensamiento; porque son “estudios” en plural, debido a que se denominan “críticos” y en qué sentido se ocupan “del Derecho”.

En primer lugar, se habla de “estudios” por que, a diferencia de lo que sucede con las líneas teóricas establecidas alrededor de la obra de un solo autor, la corriente que aquí se analiza está constituida por los trabajos de un número considerable de autores sobre temas jurídicos muy diversos que van desde el Derecho laboral hasta el Derecho Constitucional, pasando por el Derecho de los contratos.³ Es decir no podemos limitar el alcance que pretenden tener los Estudios Críticos, toda vez que puede haber tantos estudios como temas que tiene el Derecho.

Los estudios se encuentran centrados en cuestiones jurídicas que da como resultado, variados matices disciplinarios de las obras críticas, en donde se pueden apreciar trabajos de Sociología Jurídica, Filosofía Política, Teoría del Derecho o Dogmática Jurídica. Los Estudios Críticos del Derecho no son un sistema teórico que se pudiera distinguir y localizar fácilmente, sino una red de trabajos que hacen crítica de objetos específicos, como pudiera ser la educación jurídica, la forma en como se enseña el Derecho o la decisión judicial, que es precisamente la materia de esta tesis.

No obstante la heterogeneidad de los estudios, la mayoría de sus trabajos tiene en común el propósito de criticar la dogmática y las teorías dominantes respecto de un tema jurídico en específico, como lo sería la interpretación del Derecho en la decisión judicial, las teorías que afirman la coherencia de éste y la actuación neutral de los jueces al emitir sus fallos.

³Rodríguez, Cesar. Estudio preliminar a: Kennedy, Duncan. Libertad y Restricción en la Decisión Judicial. Ob. cit. p. 36

Esto nos revela el espíritu plural de este movimiento y su característico rechazo de los análisis sistemáticos. Esta característica por sí misma, contraviene los patrones estructurales de la forma en que conocemos y estudiamos el Derecho, de una forma metódica y mediante sistemas teóricos bien establecidos. Es un movimiento de juristas que no han construido ni han pretendido construir por si mismos una teoría original, propia del movimiento y tampoco han adoptado en común una sola teoría ya existente.

La resistencia frente a la sistematización, así como la multiplicidad de temas y perspectivas, ha hecho que con frecuencia se ponga en entredicho la existencia misma de los estudios críticos del Derecho como un movimiento con propósitos y postulados reconocibles.⁴

Sin embargo, en los trabajos críticos se pueden observar propósitos definidos, así como intereses comunes que conforman la médula del movimiento. En primer lugar, los estudios críticos tienen un propósito que, en los términos de Kennedy, consiste en “poner al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y de los juristas, que crean el Derecho mientras se ven a sí mismos como meros instrumentos del mismo”.⁵ Enfatizan la indeterminación del lenguaje jurídico y la discrecionalidad del intérprete; trastocando así una de los principales premisas que sostienen las teorías constructivistas, (que ya fueron materia de estudio en el capítulo anterior) que rehusan la conexión entre Derecho y política.

Las críticas se han dirigido contra gran variedad de discursos, pero siempre subyacen el rechazo a las pretensiones de naturalidad, de neutralidad, racionalidad, científicidad y apoliticismo que ellos encuentran en esos discursos.⁶

⁴Ibidem. p. 37

⁵ Ibidem. p. 38

⁶ Pérez, Lledo Juan A., (1995) “Critical Legal Studies” y el Comunitarismo: Doxa 17-18. p. 139. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. La Biblioteca de las culturas hispánicas. . consulta 1/10/2005.

Los estudios pretenden explicar que los principios y doctrinas jurídicas son de una textura abierta y por lo tanto pueden dar lugar a resultados contradictorios al paradigma dominante, solo así se explicarían fallos en sentidos totalmente opuestos, partiendo de los mismos hechos y las mismas normas aplicadas, así también refieren que las decisiones judiciales tienen una dinámica interna que representa la cultura jurídica que es contingente y actual, en tanto depende de opciones históricas que privilegian ciertos presupuestos y valores.

Los autores críticos comparten tesis e intereses académicos y políticos, identificándose de la siguiente forma:

1) Los autores críticos intentan demostrar la indeterminación de la doctrina jurídica: cualquier conjunto de principios jurídicos puede ser usado para conseguir resultados opuestos; 2) los críticos llevan a cabo análisis históricos y socioeconómicos para mostrar cómo los grupos de interés, las clases sociales, o las instituciones económicas arraigadas se benefician de las decisiones jurídicas a pesar de la indeterminación de las doctrinas jurídicas; 3) los autores críticos buscan mostrar cómo la cultura y el análisis jurídicos rechazan los elementos provenientes de otros ámbitos de la vida social y legitiman sus resultados; y 4) la escuela crítica procura traer a la luz visiones sociales nuevas o previamente desfavorecidas, y defiende su realización en la práctica jurídica y política mediante su incorporación en el discurso del Derecho.⁷

Ahora bien, hagamos referencia, en segundo lugar, a su aspecto “crítico” de los estudios, que es evidente tanto en los propósitos e intereses ya mencionados, pero es oportuno puntualizar que el movimiento es crítico tanto en el sentido sociopolítico y cultural de resistencia a la desigualdad y a los patrones sociales existentes, como en el sentido metodológico, en tanto su instrumento principal de oposición es la deconstrucción de todo tipo de objetos de la tradición jurídica, como las sentencias,

⁷ Rodríguez, Cesar. Estudio preliminar a: Kennedy, Duncan. Libertad y Restricción en la Decisión Judicial. Ob. cit. p. 38 y 39.

los manuales de enseñanza, los libros y artículos que desarrollan sistemas teóricos constructivistas y las opiniones de profesores de Derecho y de abogados.⁸

Estos rasgos esenciales del movimiento se ven revelados en la intención de atacar los status sociales y culturales establecidos y por otro lado realizar la crítica interna de textos y de practicas concretas, como lo sería la interpretación que hacen los jueces del Derecho para llegar a su decisión judicial.

De conformidad con el primer sentido de la crítica, el de carácter sociopolítico y cultural, los autores del movimiento los podríamos situar como ya lo hemos mencionado, en una posición de izquierda, en donde pretenden poner al descubierto y censurar las creencias, prácticas e instituciones arraigadas que según éstos, reproducen las relaciones de desigualdad existentes en la sociedad.

La censura de creencias que realizan los Estudios Críticos del Derecho, se centran en la coherencia del Derecho y la idea de la aplicación neutral de éste por parte de los jueces, pretendiendo promover, sin mucha claridad, transformaciones jurídicas y culturales que aseguren en la medida de lo posible la igualdad social.

El segundo sentido de la crítica hace alusión a la metodología utilizada en los trabajos de autores del movimiento, con el fin de resistir los status sociales y culturales establecidos en el ámbito jurídico. La Crítica ideológica del Derecho desarrollada por los Estudios Críticos del Derecho consiste en examinar como la conciencia jurídica (creada por los juristas, pero extendida a todos) contribuye a la creación de una conciencia o representación del mundo social.⁹

Consideran al Derecho como una forma de conciencia social, una mezcla de imágenes y de ideas que a la vez, legitiman el orden social existente y proporcionan ocasiones de cambiarlo a efecto de legitimarlo y perpetuarlo, beneficiando a un cierto

⁸ *Ibidem.* p.39.

⁹ Pérez, Lledo Juan A., *Ob. cit.* p. 139

grupo privilegiado y limitando las posibilidades de protesta de los demás grupos menos favorecidos bajo el pretexto de un Estado de Derecho y la aplicación exacta de las normas ofreciendo un cierto grado de certidumbre a la sociedad. Los autores que pertenecen a la corriente de los Estudios Críticos del Derecho ven en el Derecho un molde de conciencia, que centra su impacto en los resultados que se supone va a desarrollar, como lo es la estabilidad económica y social.

No habría que perder de vista que el Realismo Norteamericano es un estudio sociológico que señala la incertidumbre jurídica en los fallos judiciales y únicamente explora los factores que inciden en la decisión judicial antes de emitirla, su principal objeto de estudio es la practica social que antecede a la producción de textos jurídicos.

Los Estudios Críticos del Derecho, no obstante que también critican la decisión judicial, realizan un estudio jurídico mediante un trabajo deconstructivo, es decir desarmar las instituciones jurídicas, en este caso las sentencias a efecto de poner de manifiesto sus contradicciones y sus incoherencias internas, sus estudios los dirigen a la estructura o contenido de materiales jurídicos ya terminados y listos para aplicarse.

En atención a su antecedente mas significativo como lo es el Realismo Norteamericano, los Estudios Críticos del Derecho, señalan las contradicciones, tensiones, ambigüedades y vacíos existentes tanto en las normas jurídicas positivas como en las doctrinas, teorías y decisiones judiciales que pretenden presentar una imagen coherente y neutra de la práctica jurídica.

El objetivo central ha sido la Crítica interna de la razón jurídica, en sus aspectos mas detallados y (supuestamente) técnicos jurídicos desarrollados en diferentes materias

cuya finalidad es mostrar, la falsa autonomía del Derecho y del razonamiento jurídico respecto de la discusión sustantiva de carácter moral y político.¹⁰

La metodología crítica, consiste en un examen minucioso de los textos y prácticas pertenecientes a la tradición jurídica constructivista, con el fin de mostrar sus profundas inconsistencias internas y su carácter contingente; es decir, de lo que se trata es de menoscabar la supuesta coherencia interna del Derecho y la llamada teoría de la neutralidad judicial y poner de manifiesto la influencia política que da lugar a resultados, los cuales por lo general, no obstante su inestabilidad interpretativa, benefician al status dominante.

En los trabajos críticos se habla de la “demolición” de los objetos tradicionales, de su detonación a partir de sus elementos inflamables internos que son puestos en acción por la chispa crítica. Utilizando esta metodología, Kennedy pretende mostrar la contradicción interna que atraviesa todo el Derecho privado, consistente en el enfrentamiento constante entre dos visiones de la sociedad, el individualismo y el altruismo, que están encarnadas en los textos y prácticas de la tradición jurídica.¹¹

Los Estudios Críticos del Derecho, plantean un escenario contradictorio, y en donde el predominio de una o otra interpretación de una norma jurídica, se vislumbra como una elección que genera incertidumbre, pero que sólo benefician a grupos de interés concretos.

La combinación de los dos niveles de la crítica, sitúan al movimiento en una línea de pensamiento crítico en la que el realismo jurídico confluye con múltiples influencias filosóficas.

¹⁰ Ibidem p. 140

¹¹ Rodríguez, Cesar. Estudio preliminar a: Kennedy, Duncan. Libertad y Restricción en la Decisión Judicial. Ob. cit. 41 y 42

Los estudios críticos constituyen una suerte de pensamiento jurídico de la sospecha. El objeto de la sospecha, tanto en la Filosofía en general como en los estudios jurídicos, es la tradición, el discurso predominante, la necesidad y la bondad del statu quo. En relación con la adjudicación, por ejemplo, el talante crítico da lugar a una hermenéutica de la sospecha, en la que se buscan motivos ideológicos ocultos en decisiones judiciales que se presentan a sí mismas como técnicas, deductivas, objetivas, impersonales o neutras.¹²

Por último, es necesario explicar en qué sentido los Estudios Críticos son del “Derecho”. Esta corriente de pensamiento se entiende a sí misma como un conjunto de trabajos y actividades relativos tanto a las cuestiones técnicas como a las cuestiones teóricas del Derecho, en particular respecto a las cuestiones técnico - jurídicas, como lo serían los fallos judiciales, en donde señalan que éstos tienen una motivación política y por lo tanto ponen en duda la neutralidad del Derecho, cuestionando si los sistemas jurídicos son internamente coherentes o incoherentes y por otra lado si los jueces son interpretes y aplicadores neutrales de normas jurídicas o creadores de Derecho inspirados en razones políticas y morales.

En este orden de ideas, es evidente que los Estudios se resisten a conformar una sola teoría con la que se podrían identificar, como es el caso de las encabezadas por Hart o Dworkin, autores que serán tema de estudio en el presente capítulo.

En un breve recuento de la evolución y las características del movimiento, Duncan Kennedy describió la naturaleza jurídica del movimiento de la siguiente manera:

La crítica (...) apunta ‘al interior’ del Derecho, al dominio de las reglas detalladas, de los argumentos comunes, de las prácticas familiares de la producción académica y judicial. Los miembros del movimiento enseñan, por otra parte, preferentemente las materias elementales, y se ocupan con frecuencia en sus criterios de las cuestiones

¹² Ibidem. p. 43

técnicas que preocupan a las corrientes dominantes. Es precisamente esto lo que les permite *tener* un efecto en las facultades (...).¹³

Con este enfoque, los Estudios Críticos del Derecho buscan un desarrollo distinto de la práctica jurídica y su inclusión en la educación, es decir buscan cambiar la forma en como se nos enseña el Derecho y Crítican la educación Jurídica como mecanismo de reproducción de las jerarquías sociales.

De acuerdo con Kennedy, es en las facultades de Derecho donde los abogados, jueces y funcionarios públicos asimilan las jerarquías existentes en la práctica jurídica (v. gr. entre los que tienen y los que no tienen el conocimiento especializado) y aprenden la estrategia cínica de defender la coherencia del Derecho y la neutralidad judicial, a pesar de experimentar a diario la indeterminación y la subjetividad de la práctica jurídica.¹⁴

Por otra parte, el material jurídico objeto de la Crítica está conformado predominantemente por textos como los son: normas, sentencias, libros, artículos, a los que se somete a la labor de demolición interna; entendiendo como “demolición” a una estrategia crítica, en donde de lo que se trataba era de perforar el cuerpo de los objetos predilectos de la tradición jurídica, como la teoría de la neutralidad judicial, para llegar hasta su esqueleto, hasta su estructura.¹⁵

Esta llamada demolición característica de los Estudios Críticos del Derecho **es la diferencia con el Realismo Jurídico Norteamericano, antecedente más próximo a los Estudios Críticos; en el Realismo el principal objeto de análisis es la práctica social que antecede y sucede a la producción de textos jurídicos y no va dirigida a la estructura o contenido de estos ya terminados y listos para aplicarse.**

¹³ *Ibidem.* p. 43 y 44

¹⁴ *Ibidem* p. 44

¹⁵ *Ibidem* p. 47

3.2.- SIGNIFICADO, DESARROLLO Y OBJETIVOS DEL MOVIMIENTO DE LOS ESTUDIOS CRITICOS DEL DERECHO.

Los Estudios Críticos del Derecho es ante todo un movimiento político académico, lo que explica la cohesión de un movimiento intelectual tan heterogéneo. Ocurre que su proyecto político y académico es inseparable de su proyecto intelectual.¹⁶

Los Estudios Críticos apuntan al interior del Derecho, al dominio de las reglas detalladas, de los argumentos comunes, de las prácticas académicas arraigadas, es ésta característica la que le permite tener un efecto en las facultades norteamericanas.

Los miembros del movimiento enseñan, preferentemente las materias elementales y se ocupan con frecuencia en sus escritos de las cuestiones técnicas que preocupan a las corrientes dominantes, es decir critican la actividad judicial como una actividad silogística y la supuesta neutralidad de los jueces al emitir sus fallos, estableciendo que el discurso jurídico equivale a ideología.¹⁷

El Derecho es concebido como una falsa realidad que se impone a través de los juristas a efecto de mantener el statu quo, mostrando una seguridad jurídica que aparentemente es general y conveniente para todos, pero sólo mantiene el estado que guardan las cosas beneficiando a un determinado núcleo de población.

La aspiración de la crítica es poner al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y los juristas, que al momento de emitir sus fallos revelan sentidos políticos y sociales propios que dejan la interpretación de las normas jurídicas en parámetros inciertos.

¹⁶ Pérez, Lledo Juan A, Ob. cit. p. 138

¹⁷ Kennedy, Duncan, “Nota sobre la Historia de CLS en los Estados Unidos”. Doxa 11 1992. p. 283. <http://www.duncankennedy.net>. consulta 1/10/2005.

Tenemos por lo tanto, que la actitud respecto al Derecho es ambivalente; por un lado se insiste en su autonomía relativa y en su valor en tanto mantiene un cierto orden y permite la vida en sociedad; y por otro se persigue demostrar su incoherencia y sus contradicciones internas.

En sus comienzos, hacia 1977 los Estudios Críticos de Derecho se constituyen como una intervención a la vez política e intelectual, en el campo académico de las Facultades de Derecho Norteamericanas, iniciada y renovada periódicamente por profesores y alumnos.

En el aspecto educativo los críticos emprenden iniciativas que en lo general se oponen a los procedimientos y criterios que limitan el acceso de las mujeres y de las minorías raciales al medio universitario; se oponen al reforzamiento por medio de la enseñanza de las jerarquías sociales y en particular profesionales y a la exclusión de las cuestiones de justicia económica, social, racial y sexual de los programas de estudio, exclusión que según los Estudios Críticos beneficia al statu quo.

La intervención de los Estudios Críticos del Derecho toma los siguientes matices: 1) la formación de facciones de izquierda en varias facultades; 2) la publicación en las revistas académicas de una nueva literatura jurídica, 3) la celebración de grandes congresos en los que varios centenares de personas asisten a una multiplicidad de exposiciones de todas las clases y 5) la constitución de una red nacional que apoyaba esas actividades.¹⁸

La evolución de los Estudios Críticos del Derecho, no conforman una cronología estricta del movimiento, sino que nuevos debates y propuestas se han adherido a las existentes y de esta forma coexisten dentro del movimiento autores y trabajos típicos, los cambios son producto de una serie de debates que se dieron al interior del movimiento y que han dado como consecuencia una serie de tendencias

¹⁸ Ibidem. p. 283

intelectuales y temáticas por lo que es posible detectar tres etapas en la evolución de los Estudios Críticos:

Una etapa temprana en la que los críticos se ocuparon principalmente en subrayar la indeterminación y las contradicciones internas del discurso jurídico, así como la función de éste en el mantenimiento del statu quo; afirmaban que las personas dedicadas al pensamiento jurídico siempre han sido individuos pertenecientes a las clases dominantes y los juramentos implícitos de lealtad siempre han formado parte de los requisitos para ingresar en los círculos jurídicos.¹⁹

El propósito de los estudios en esta primera etapa era mostrar que la doctrina jurídica era una serie de construcciones ideológicas que respaldaban la organización social existente, al convencer a los actores jurídicos y los ciudadanos corrientes que los sistemas jurídico y social eran inevitables y esencialmente justos.²⁰

A partir de estas premisas los autores críticos señalaban que no podría existir una forma políticamente neutra o coherente al hablar de Derecho, ya que la lógica interna del Derecho siempre dependía de principios y conceptos profundamente contradictorios.

Así, por ejemplo, Kennedy sostiene que el Derecho privado podía ser explicado en términos de una contradicción esencial entre dos ideales que inspiran su doctrina y su práctica, el individualismo y el altruismo. En otras palabras, la “estructura profunda” del Derecho privado estaba conformada por la lucha entre una cosmovisión individualista –favorable al imperio de la autonomía de la voluntad- y una de corte altruista –defensora de instituciones jurídicas que establecieran obligaciones de solidaridad entre los particulares.²¹

¹⁹ Calsamiglia, Albert “La retórica de Crítica Legal Studies. Impresiones de un Lector Español”. Doxa 11 1992. p. 302. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. La Biblioteca de las culturas hispánicas. . consulta 1/10/2005.

²⁰ Rodríguez, Cesar. Estudio preliminar a: Kennedy, Duncan. Libertad y Restricción en la Decisión Judicial. Ob. cit. p. 47

²¹ Ibidem. p. 48.

En este contexto inicial del movimiento tomó forma la llamada “demolición” que ya fue definida en párrafos anteriores como una estrategia crítica, en donde de lo que se trataba era de perforar el cuerpo de los objetos predilectos de la tradición jurídica, como la teoría de la neutralidad judicial, para llegar hasta su estructura, para de esta forma evidenciar su carácter radicalmente contradictorio

A pesar de la existencia de preocupaciones comunes, en esta etapa surgió el primer debate radical al interior de los estudios críticos, entre los autores racionalistas y los irracionales.

Los racionalistas asumían la crítica como un paso previo a la construcción de comprensiones alternativas del Derecho que pudieran arrojar las grandes tendencias que dieran como resultado una transformación política; son optimistas en la posibilidad de edificar grandes proyectos sobre el terreno allanado por la crítica.

Los irracionales tenían un ánimo predominantemente desestabilizador, desconfiaban de cualquier intento constructivista y limitan sus pretensiones políticas, descartan la posibilidad de cambio e incluyen a los racionalistas entre los autores que son blanco de su trabajo de demolición incesante.²²

Para los críticos irracionales, los Derechos no era otra cosa sino intereses y opciones que representan el momento histórico de un determinado núcleo de población, que predomina bajo la explicación que diera las teorías racionales que argumentan la universalidad y la necesidad intereses comunes.

De acuerdo con esta posición, el discurso convencional sobre los Derechos es profundamente contradictorio y alienante, en tanto presenta a los Derechos como exigencias éticas universales, a pesar de que la experiencia diaria de su aplicación, como lo serían las decisiones judiciales, mostraban claramente las tensiones

²² *Ibidem.* p. 49

existentes entre los intereses tan contradictorios que a su vez representaba el Derecho.

Esta posición de carácter irracional, es refutada por diversos autores críticos racionalistas interesados en reconstruir un proyecto a partir de la reivindicación de los Derechos de grupos marginados, como las mujeres o las minorías raciales.

A través de este debate, una serie de grupos señalan la validez de esta crítica, pensando en que lo que importa es salvar o reconstruir un programa basado en los derechos de la persona; los grupos reúnen a los abogados activistas de izquierda que se interesan por cuestiones teóricas; a los profesores feministas y a los miembros de minorías raciales que formulan una base teórica para una nueva ola de acción militante contra el racismo.²³

La entrada al movimiento de un número importante de autores pertenecientes a estos grupos puso en el centro de la discusión el tópico de la utilidad política y jurídica de los Derechos. Para los integrantes de estos movimientos era evidente la relevancia del reconocimiento de estos Derechos, por lo que la posición de los críticos irracionalistas era contraria a sus intereses ya que privaban a los grupos marginados de una de sus herramientas más eficaces, la apelación a derechos inalienables para defender sus intereses en los estrados judiciales y en los foros políticos.

A mediados de los años ochenta, fueron publicados varios artículos que aplicaron la crítica deconstructiva posmoderna²⁴ a doctrinas jurídicas tradicionales, crítica que pasó a caracterizar la siguiente fase del movimiento. El punto de partida de esta etapa fue el rechazo del enfoque estructuralista presente en los trabajos de la primer fase en donde se afirmaba la existencia de estructuras profundas en el Derecho y de contradicciones irremediables.

²³ Kennedy, Duncan. "Nota sobre la Historia de CLS en los Estados Unidos" Ob. cit. p. 286.

²⁴ Véase Fitzpatrick, Peter "La Mitología del Derecho Moderno". Siglo veintiuno editores. 1998. México.

Para estos críticos posmodernos tales afirmaciones, serían un antecedente meramente racional y equivale a la formulación de un principio esencial que explica toda la práctica y la doctrina jurídicas en un ámbito determinado.

Para los posmodernos, todas las jerarquías conceptuales que privilegian un polo del discurso sobre otro son características del pensamiento racional, en donde su principal aporte consiste en construir categorías conceptuales opuestas (sujeto - objeto) para luego favorecer una de ellas sobre la otra.

El resultado de estas prácticas sería la incertidumbre del Derecho para un sector de la sociedad, escondida bajo el argumentos de estar fundadas en la razón que los hace parecer neutrales y necesarios.

La deconstrucción posmoderna sostiene la posibilidad de invertir todas las jerarquías conceptuales a través de una crítica que muestre sus inconsistencias internas. Para llevar a cabo esta crítica, los deconstructivistas utilizan el método de invertir las jerarquías para mostrar la contingencia del orden establecido por ésta y la posibilidad de privilegiar el polo que hasta ahora ha sido subyugado.²⁵

La exploración de esta posibilidad no tiene como fin la creación de una nueva jerarquía que tome su lugar, sino sólo pretendían desestabilizar todas las construcciones de la razón, demostrando su carácter relativo e incierto; así por ejemplo, tenemos el tema de esta Tesis, la “Decisión Judicial” que podría ser analizada desde el punto de vista objetivo o neutral, lo que podríamos llamar lo puramente jurídico y la decisión estudiada desde el punto de vista subjetivo, es decir lo ideológico y político, que tradicionalmente ha sido el punto de vista mas reprimido pero que libera concepciones alternativas de la adjudicación.

²⁵. Rodríguez, Cesar. Estudio preliminar a: Kennedy, Duncan. Libertad y Restricción en la Decisión Judicial. Ob. cit. p.51.

La tradición jurídica ha privilegiado abiertamente lo objetivo sobre lo subjetivo, enfatizando en la práctica judicial la creencia del carácter neutro, apolítico, de la adjudicación. Por este motivo, una de las preocupaciones constantes de la teoría del Derecho tradicional ha sido a la vez explicar cómo los jueces son neutrales en su práctica profesional y servir como guía para que esa neutralidad se conserve en los casos difíciles.

Será materia del siguiente capítulo la crítica deconstructiva de Kennedy, en donde explora el elemento subjetivo en la adjudicación, esto es, la incidencia en las decisiones judiciales de distintos factores en la aplicación deductiva de las normas, como los intereses de los grupos afectados por dichas decisiones y las preferencias ideológicas de los jueces.

3.3.-COHERENCIA INTERNA DEL DERECHO Y LA NEUTRALIDAD DEL DERECHO. (HART – DWORKIN)

A lo largo de la presente tesis se ha estudiado y analizado la interpretación del Derecho a partir de diversas posturas que pretenden explicar el sentido y fundamento de una obligación jurídica, que se materializa en los tribunales al momento en que los jueces emiten sus fallos respecto a casos concretos que se les consulta.

La diversidad de posibilidades de explicar el anterior planteamiento ha sido analizado desde el punto de vista del Realismo Norteamericano y de los Estudios Críticos del Derecho, que en su conjunto y en una forma muy general cuestionan la coherencia del Derecho y la neutralidad de los jueces al emitir su fallos.

En contraposición ante éste planteamiento, tenemos, como ya se señaló en el Capítulo II de la presente tesis, a las Teorías Jurídicas, que no obstante que no lo hacen de una forma unificada y a partir de los mismos principios, pretenden demostrar la coherencia interna del Derecho y la neutralidad de la aplicación judicial

del mismo, corrientes de pensamiento representadas primordialmente, por el Inglés H. L. A. Hart y la de su opositor, el norteamericano Ronald Dworkin; las teorías jurídicas desarrolladas por estos autores marcan el principal paradigma dominante de finales de siglo.

3.3.1.-HART - LA NATURALEZA DEL POSITIVISMO JURÍDICO

El propósito general de Hart, es enfrentar el problema más inquietante de la teoría jurídica, esto es, la pregunta ¿qué es el Derecho?, pero su intención no es dar una definición de lo que significa la palabra Derecho, sino describir la estructura característica de un sistema jurídico contemporáneo y posteriormente su atención se centra en la práctica social, esto es, en la forma en que las personas actúan en las situaciones reguladas por el Derecho y el lenguaje de que se valen para referirse a ellas.²⁶

Con esta perspectiva, Hart retoma conceptos desarrollados por la teoría positivista de John Austin, que ya fueron objeto de estudio en el capítulo II de la presente tesis y que fue señalada como la jurisprudencia analítica de Austin y que no habría que perder de vista que el movimiento realista que fue objeto de estudio en el citado capítulo, constituyó un análisis crítico muy a fondo de la tradición jurídica que representó.

Austin estableció que siempre que exista un sistema jurídico es necesario que haya alguna persona o cuerpo de personas que emitan órdenes generales respaldadas por amenazas, llamando a esa persona o grupo de personas “soberano” y que en cada ordenamiento jurídico éste es único, supremo e independiente, bajo el Derecho en esta perspectiva, el soberano impone limitaciones a sus subordinados, mientras que su poder esta libre de restricción.²⁷

²⁶ Rodríguez, Cesar. Estudio preliminar a: La Decisión Judicial, El debate HART – DWORKIN. Biblioteca Universitaria, Ciencias Sociales y Humanidades, Siglo del Hombre Editores, 1999. p. 22

²⁷ Ibidem. p. 23

Hart, rechaza la conclusión según la cual el criterio de identificación de reglas jurídicas se encuentra en el hábito de los ciudadanos de obedecer a un soberano, equivaldría a identificar al soberano y saber que es lo que manda y con este criterio se identificarían otros tipo de mandatos, como las órdenes impartidas por un asaltante a sus víctimas; lo que sería contrario a nuestra percepción de vida en sociedad.

Para Hart, el Derecho de una comunidad es un conjunto de normas especiales usadas directa o indirectamente por la comunidad con el propósito de determinar qué comportamiento será castigado o sometido a coerción por los poderes públicos.²⁸

Las normas referidas pueden ser identificadas y distinguidas de otras como las normas morales, mediante criterios específicos relacionadas no a su contenido, sino a su origen o respecto a la manera en que fueron adoptadas o en que evolucionaron.

El conjunto de estas normas jurídicas válidas agota el concepto de Derecho, de modo que si alguna de tales normas no cubre claramente el caso de alguien, porque no exista ninguna apropiada, el caso tendría que ser decidido por un funcionario, por ejemplo un juez, que ejerza su discreción, que traería como consecuencia la preparación de una norma nueva o en la ampliación de una existente.

El que una persona tenga una obligación jurídica quiere decir que existe una regla que prevé la obligación y que el caso de esa persona se encuentra dentro del campo de aplicación de la regla.²⁹

Aquí podemos ver como Hart no obstante que defiende su postura positivista, entrega de una manera discrecional facultades a los jueces para determinar en casos en donde la norma no es clara, lo que vislumbra la textura abierta de las normas y lo

²⁸ Dworkin, Ronald. Los Derechos en Serio. Editorial Ariel, S.A., Barcelona 2ª edición 1989.p.65

²⁹ H. L. A. Hart. El Concepto de Derecho, traducción de Genaro R. Carrio Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995. p. 32

que a mi consideración marca la incertidumbre que nos puede dar el Derecho a partir de lo manifestado por Hart.

3.3.2.- EL SISTEMA DE REGLAS

Para entender la estructura y funcionamiento del Derecho, Hart establece que es indispensable entender la noción de obligación y por ende la noción de regla, ya que el que una persona tenga una obligación jurídica quiere decir que exista una regla que prevé la obligación y que el caso de esa persona se encuentre dentro del campo de aplicación de la regla.³⁰

A partir de esta noción, Hart establece dos géneros de reglas: las primarias y las secundarias, viendo en estas la clave de la teoría jurídica. Las reglas primarias son las que aseguran Derechos o imponen obligaciones a los miembros de la comunidad.³¹

Las reglas primarias imponen deberes positivos (acciones) o negativos (omisiones) a los individuos. Son reglas primarias por ejemplo, las que imponen obligaciones civiles a las personas, como la obligación de los padres de dar alimentos a sus hijos.

Las reglas secundarias, entre tanto, otorgan potestades a los particulares o a las autoridades públicas para crear, modificar, extinguir o determinar los efectos de las reglas de tipo primario³²; es decir, estipulan cómo y por obra de quiénes se pueden formar, reconocer, modificar o extinguir las normas primarias.

Ejemplos de normas secundarias son las que establecen de que manera se compone el Congreso y como efectúa su labor legislativa, otro ejemplo sería: las normas referentes a la formación de contratos y a la ejecución de contratos, ya que,

³⁰ Ibidem. p. 106

³¹ Dworkin, Ronald. Ob. cit. p. 68

³² Rodríguez, Cesar. Estudio preliminar a: La Decisión Judicial, El debate HART – DWORKIN. Ob cit. p. 25

las reglas relativas a la formación de contratos les dan a los particulares potestades para fijar los estándares que rigen sus relaciones contractuales, estándares que a su vez son reglas primarias porque obligan a las partes a hacer o abstenerse de hacer algo.

En ejercicio de las potestades atribuidas por esas reglas secundarias, los legisladores y los jueces establecen reglas primarias contenidas en leyes y sentencias, respectivamente. Hart llama reglas de cambio a las reglas secundarias que dan facultades a los particulares y a los legisladores para crear reglas primarias. Las normas sobre el ejercicio de la función judicial constituyen un segundo tipo de reglas secundarias, que Hart denomina reglas de adjudicación.³³

De esta forma y con este sistema de reglas, Hart pretende hacer la distinción entre verse obligado a hacer algo y el estar obligado a hacerlo. Si uno está limitado por una norma, está obligado y no se ve simplemente obligado a hacer lo que prescribe.

Una norma difiere de una orden, entre otras cosas, por ser normativa y establecer un estándar de comportamiento que se le plantea al sujeto con una amenaza de sanción, pero una norma nunca puede ser obligatoria simplemente porque una persona amenaza con una sanción y así lo quiere.

Tal persona debe tener autoridad para dictar la norma, porque si no, no es norma, y una autoridad tal sólo puede provenir de otra norma que es ya obligatoria para aquellos a quienes ella se dirige,³⁴ así Hart hace la diferencia entre una ley que nos obliga a pagar impuestos y la orden de un ratero que nos pide nuestro dinero.

De esta manera ofrece una teoría general de normas, que no hace depender a estas de la fuerza física de sus autores; establece dos fuentes posibles para la autoridad de una norma: a) una norma puede llegar a ser obligatoria para un grupo de gente

³³ Ibidem p. 26

³⁴ Dworkin, Ronald. Ob. cit p. 69

porque ese grupo, mediante su práctica, la acepta como norma de conducta, es decir una práctica constituye la aceptación de una norma sólo cuando quienes siguen la práctica consideran la norma como obligatoria y la reconocen como forma de comportamiento y critican su incumplimiento, aquí tendríamos a las reglas primarias y b) una norma también puede llegar a ser obligatoria de una manera muy diferente, será obligatoria a partir de que es promulgada de conformidad con alguna regla secundaria que estipule que las leyes así promulgadas serán obligatorias³⁵; en suma la distinción fundamental que Hart hace es que una norma puede ser obligatoria porque es aceptada o porque es válida.

3.3.3.- LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

El concepto de Derecho que propone Hart, contiene reglas primarias, secundarias, de cambio y de adjudicación, las comunidades primitivas no tienen mas que reglas primarias, que son obligatorias debido solamente a las prácticas de aceptación y no se puede decir que tengan Derecho, porque no hay manera de distinguir un conjunto de normas jurídicas de las reglas sociales.

Pero cuando una comunidad determinada ha llegado a tener una norma secundaria fundamental que estipula de que manera han de ser identificadas las normas jurídicas, nace una idea de un conjunto distinto de normas jurídicas y, por ende, la del Derecho. Esta norma secundaria fundamental es lo que Hart llama Regla de Reconocimiento.³⁶

Uno de los pilares del Positivismo es la defensa de la posibilidad de identificar el Derecho vigente en una sociedad a partir de un parámetro independiente de la moral. Hart explica el origen de este parámetro como la Regla de Reconocimiento.

³⁵ Ibidem p. 70

³⁶ Idem.

Hart señala que el remedio para superar la falta de certeza del régimen de normas primarias de obligación se logra mediante la introducción de la regla de reconocimiento que especifica los criterios que debe satisfacer una norma para ser considerada norma del sistema.³⁷

Una Regla de Reconocimiento no puede ser válida, porque es por hipótesis la instancia decisiva, de manera que no puede satisfacer las pruebas estipuladas por una norma superior. La Regla de Reconocimiento es la única regla del sistema jurídico cuya fuerza obligatoria depende de su aceptación

Así también tenemos que la Regla de Reconocimiento se identifica por el hecho de que su jurisdicción es el funcionamiento del aparato gubernamental de legislaturas, tribunales, organismo, policía o cosas semejantes.³⁸

La validez de un decreto por ejemplo, depende de la sujeción de éste a las leyes vigentes, y la validez tanto de las leyes y del decreto dependerá de la conformidad de uno y de otros con la Constitución. La Constitución, dentro de esta estructura jerárquica, es el criterio supremo de validez.

La regla de reconocimiento tiene la peculiaridad de que, a diferencia de las normas del sistema, no puede predicar su validez; únicamente se puede decir que existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el Derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia, señala Hart, es una cuestión de hecho.³⁹

Así las cosas, la Constitución es la Regla de Reconocimiento del sistema jurídico, en tanto suministra los criterios de validez – la Constitución y las normas subordinadas a

³⁷ H. L.A. Hart. Post scriptum al concepto de Derecho. Penelope A. Bulloch y Joseph Raz, Editores. Rolando Tamayo y Salmorán, estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía. p. XXV

³⁸ Dworkin, Ronald. Ob. cit. p. 71

³⁹ H. L.A. Hart. Post scriptum al concepto de Derecho. Ob. cit. p. XXVIII

ésta – por referencia a los cuales se identifican las normas que son reconocidas como pertenecientes a dicho sistema.⁴⁰

La Regla de Reconocimiento de Hart, tiene un carácter jurídico - social ya que por un lado, es la fuente de validez del criterio supremo y, por tanto, es la regla última del sistema jurídico y por otro lado, es la enunciación de un hecho social consistente en la aceptación práctica del criterio supremo y de criterios subordinados como parámetros de identificación de las normas de dicho sistema.⁴¹

3.3.4.- TEXTURA ABIERTA DE LAS NORMAS

Toma especial relevancia para el tema de la presente tesis, lo señalado por Hart respecto a la interpretación del Derecho y las decisiones judiciales ya que aborda el tema señalando que la precisión del lenguaje humano, en general, y del lenguaje jurídico, en particular, es limitada y la vaguedad o textura abierta del lenguaje se acentúa en el campo de las reglas jurídicas.⁴²

Agrega señalando que en todo los campos de experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje; su vaguedad radica en primer lugar que en que las reglas jurídicas no están dirigidas a personas o casos particulares, sino a clases de personas o cosas; en segundo lugar permanecen vigentes durante periodos largos y por lo tanto se aplican a situaciones que no pueden ser previstas en el momento de su creación.

Hart señala que habrá ciertos casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables; pero habrá casos frente a los que no resulta claro si aquellas se aplican o no. Los casos claros, en que los términos generales parecen no necesitar interpretación y el

⁴⁰ Rodríguez, Cesar. Estudio preliminar a: La Decisión Judicial, El debate HART – DWORKIN. Ob cit. p. 27

⁴¹ Ibidem. p. 28

⁴² Ibidem. p. 33

reconocimiento de los ejemplos para ser automático, son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios.⁴³

Así tenemos la división entre casos fáciles y casos difíciles, según Hart, esto es debido a que la vaguedad es una característica inherente al lenguaje jurídico y a que en la decisión de los casos difíciles existe más de una interpretación razonable y por lo tanto cuando estos llegan a los estrados judiciales los jueces tienen discrecionalidad para escoger la interpretación que consideren más apropiada.

La existencia de casos excepcionales permite que el Derecho cumpla su segunda función: dejar un margen de flexibilidad a la regulación de las relaciones sociales, que permitan considerar las circunstancias del caso concreto.⁴⁴

Para Hart, el Derecho concilia dos necesidades sociales, de un lado la necesidad de que existan reglas ciertas que regulen la conducta de los individuos y del otro, la necesidad de dejar abiertos asuntos que se puedan definir adecuadamente sólo en cada caso concreto.

La textura abierta del Derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso.⁴⁵

Hart señala que en todo sistema jurídico hay un importante y amplio campo abierto al ejercicio de la discreción de los tribunales, resolviendo la incertidumbre de las leyes o

⁴³ H. L. A. Hart. Post scriptum al concepto de Derecho. Ob. cit. p. 158

⁴⁴ Rodríguez, Cesar. Estudio preliminar a: La Decisión Judicial, El debate HART – DWORKIN. Ob cit. p. 70

⁴⁵ Ibidem. p. 168

desarrollando y acondicionando las reglas que sólo han sido comunicadas en forma muy general.

Y es aquí en donde la teoría de Hart presenta su principal inconsistencia para defender la certidumbre que un ordenamiento jurídico debe dar; el entregar a una llamada Regla de Reconocimiento la carga de los criterios de validez que pretende dar una cierta certidumbre, ya que en esta según Hart, se especifican los criterios que debe satisfacer una norma para ser considerada del sistema.

Pero tal y como el mismo lo señala, las limitaciones que puede dar el lenguaje para expresar una determina conducta a regular por el Derecho, abre la puerta a una de las principales fuentes de incertidumbre de un ordenamiento jurídico, la llamada textura abierta de las normas que no es otra cosa sino la flexibilidad que debe tener una norma por lo limitado del lenguaje y lo complejo de las relaciones sociales que regula, pero todo esto nos lleva a la discrecionalidad que tienen los jueces para determinar casos difíciles, lo que evidentemente causa una incertidumbre respecto a la interpretación que hagan de la norma los jueces al emitir sus fallos.

3.4.- DWORKIN.

Ronald Myles Dworkin nacido en Worcester, Massachusetts (EEUU) en 1931, es un filósofo del Derecho estadounidense, y uno de los mayores pensadores contemporáneos en el ámbito de la filosofía jurídica y política.

Para comprender la riqueza de la teoría jurídica de finales de siglo, se debe tener en cuenta la existencia del enfrentamiento entre dos corrientes de reflexión que han pretendido erigirse como el paradigma dominante: las teorías del inglés H. L. A. Hart, que ya fue objeto de estudio en el presente capítulo y la de su opositor el norteamericano Ronald Dworkin. Desde un principio, Hart encontró en Dworkin un

crítico de los fundamentos de su teoría y de paso los de toda la tradición positivista que representa.

La formulación de Hart y su positivismo, tuvo en Dworkin a su principal crítico quien sostuvo que no todos los casos tienen su origen en la vaguedad de un término de una regla jurídica y que es erróneo afirmar que en ellos los jueces tienen poderes discrecionales; las partes en un proceso tienen Derecho a obtener una solución acorde con el ordenamiento jurídico preexistente, este Derecho operaba tanto en los casos fáciles como en los difíciles y por lo tanto, afirmaba Dworkin, los jueces no gozan de discrecionalidad ni de poderes excepcionales de creación de normas judiciales.⁴⁶

Dworkin se propuso minar los tres cimientos del positivismo, representados en Hart, que señaló de la siguiente manera: 1) el Derecho es un conjunto de reglas identificable mediante una única regla de reconocimiento; 2) ese conjunto de reglas válidas agota el contenido del Derecho, de tal forma que cuando no existe una regla claramente identificada por referencia a una regla de reconocimiento, los jueces tienen una discrecionalidad para decidir el caso; y 3) los Derechos y las obligaciones pueden derivarse sólo de reglas jurídicas cuya validez puede ser afirmada claramente en términos de la regla de reconocimiento.⁴⁷

La base de la crítica es la afirmación de que el criterio de la Regla de Reconocimiento deja por fuera de la interpretación jurídica los principios y los valores, los cuales según Dworkin son elementos esenciales en el Derecho, lo que evidentemente altera la distinción positivista que hace de las normas jurídicas y las de otro tipo como lo pudieran ser las morales o sociales.

⁴⁶ Ibidem. p. 16

⁴⁷ Ibidem. p. 36

3.4.1.- EL CONCEPTO DE DWORKIN SOBRE INTERPRETACIÓN

Para Dworkin la práctica jurídica es un ejercicio de interpretación y esto no es solo cuando un abogado interpreta un documento, una ley o un código específico sino de manera general. El autor anglosajón, en cuanto al modelo general de interpretación, aboga por un modelo de tipo constructivo lo que implica el esfuerzo que debe hacer el intérprete para mostrar de la mejor manera posible el caso en cuestión.

Esta idea se asemeja a la de la hermenéutica en el sentido que el sujeto posee con anterioridad su punto de vista interno y una perspectiva particular desde la cual aborda la tarea de la interpretación.

Establece que el margen de maniobra para la interpretación es amplia, pero al desarrollar el Derecho se debe procurar mantener cierta coherencia con lo existente en la ley y con el futuro de la misma, en el sentido de representar de manera correcta los valores que persigue una legislación para una sociedad justa.

En las prácticas sociales se asume una actitud interpretativa que reconoce las normas y su vigencia y que les atribuye un sentido y un valor. En la evolución de las normas debe observarse de qué manera se mantiene el sentido de la ley.

La interpretación en las prácticas sociales en Dworkin, se podría caracterizar en tres etapas: la primera la llama Preinterpretativa, instancia en la que se examinan los materiales. Es una fase descriptiva pero que implica algo de interpretación. Ocurre un evento similar al de la preconcepción, del preconocimiento, dentro de la concepción hermenéutica. Aquí se trata de identificar los materiales jurídicos. La teoría de Hart, por ejemplo, se centra en este aspecto.

La segunda es la etapa interpretativa. El intérprete debe poseer una teoría, que le garantice la mejor manera de abordar el material jurídico. Lo fundamental aquí es la noción de coherencia e integridad y una tercera llamada la Postinterpretativa o

reformadora consiste en que una vez identificado el valor, muestra su objeto a interpretar de la mejor manera posible, esto en los casos difíciles implica la modificación del objeto.⁴⁸

Termina por decir que al tomar decisiones, los jueces no aplican mecánicamente normas contenidas en decisiones previas; el proceso judicial es una interpretación de los principios actuales en un estadio particular de la evolución histórica de una práctica.⁴⁹

3.4.2.- PRINCIPIOS, REGLAS Y DIRECTRICES.

Dworkin establece que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, lo hacen especialmente en aquellos casos que se presentan en los tribunales en los que hay un grado mas elevado de lo normal de incertidumbre respecto al resultado, debido a que no hay una norma preexistente que rijan la situación pertinente o que si la hay, puede parecer inadecuada para producir un resultado satisfactorio.

Llama **directriz** o directriz política al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad; llama **principios** a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere sociable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.⁵⁰

Aquí es conducente señalar que Dworkin realiza una clara distinción de reglas y principios, las reglas son normas jurídicas precisas cuya aplicación determina por sí sola el resultado de un caso concreto; los principios en tanto, son normas generales

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Riddall, J. G. Teoría del Derecho, Editorial Gedisa, primera edición 1999 Barcelona. p. 147

⁵⁰ Dworkin, Ronald. Ob. cit. p. 72

que no determinan de forma inmediata el desenlace de un caso, dado que su aplicación requiere usualmente de la ponderación con otros tipos encontrados.

Los principios a su vez los divide en dos tipos, de una parte existen principios en sentido estricto, que son normas generales justificadas en razones de tipo moral y que generalmente consagra un Derecho individual (libertad de expresión) y por otra parte señala a las directrices o también llamados argumentos de conveniencia pública que como se ha señalado son estándares que buscan proteger un objetivo colectivo como la seguridad nacional o el crecimiento económico.

Es aquí en donde Dworkin afirma que los jueces deben decidir sólo con base en reglas y principios en sentido estricto y no con base en argumentos de conveniencia pública, estos últimos para Dworkin, son característicos de la función legislativa.⁵¹

Dworkin distingue los principios en sentido estricto de las normas, señalando que los primeros no son determinantes, sino funcionan como relevantes para llegar a una conclusión, como líneas que los jueces han de tener en cuenta.⁵²

La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica, las normas son aplicables a la manera de disyuntivas, si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión.

Pero no es así en los principios en sentido estricto, ni siquiera los que más se asemejen a normas establecen consecuencias jurídicas que sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas; así podemos decir que el Derecho respeta el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito, pero no se puede decir con ello que la ley nunca permite que un hombre se beneficie de las

⁵¹ Rodríguez, Cesar. Estudio preliminar a: La Decisión Judicial, El debate HART – DWORKIN. Ob cit. p. 74 y 75.

⁵² Riddall, J. G. p. 139

injusticias que comete, de hecho, es frecuente que la gente se beneficie, de manera perfectamente legal de sus injusticias.⁵³

Cuando decimos que un determinado principio en sentido estricto es un principio de nuestro Derecho, lo que eso quiere decir es que el principio es tal que los jueces deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido; los principios tienen una dimensión de peso o importancia, no son contradictorios sino mas importantes que otros frente a una misma situación. Cuando dos principios llevan a conclusiones diferentes, el juez debe considerar el peso relativo de cada uno de ellos.

Dworkin muestra que en el momento de tomar una decisión, el tribunal está influenciado por una serie de principios que se entremezclan y que juntos otorgan la autoridad de crear una nueva norma. Por eso el Derecho no sólo se basa en normas establecidas positivas, sino también en principios.⁵⁴

3.4.3.- LOS CASOS DIFÍCILES

Dworkin entiende que estamos ante un caso difícil cuando un determinado litigio no se puede resolver claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución. De esta manera, cuando ninguna norma previa resuelva un caso, Dworkin entiende que es muy posible que, a pesar de ello, una de las partes tenga Derecho a ganarlo, y que, independientemente de la existencia de la laguna legislativa, será el juez quien deba descubrir que derechos tiene las partes en ese momento, sin necesidad de inventar retroactivamente derechos nuevos.

Ante esta tesitura, Dworkin pone de manifiesto que con frecuencia jueces, abogados, y juristas en general estarán en desacuerdo sobre los derechos de las partes en los

⁵³ Dworkin, Ronald. Ob. cit. p. 76

⁵⁴ Riddall, J. G. p. 139

casos difíciles, y que su razonamiento será un razonamiento sobre derechos políticos y no jurídicos.

Mediante los casos difíciles, Dworkin pone de manifiesto la falta de certeza del Derecho en determinadas circunstancias y, desde esta posición deshace el modelo de función judicial positivista y el mito de la certeza absoluta en todos los casos, poniendo de manifiesto que la existencia de sentencias diferentes sobre casos difíciles iguales se debe bien a la existencia de normas contradictorias, bien a la inexistencia de norma aplicable, pero deja un grado de certidumbre al manejar a los principios como aquellos que darán el fallo final.

La posición en relación a los casos difíciles de Dworkin no es sino una aplicación de su crítica del positivismo jurídico representada por Hart y que ya conocemos; es una denuncia sobre que el positivismo jurídico no es sino una aplicación irracional del Derecho que no sirve en situaciones en las que el sistema no tiene prevista una solución y en los casos en que la aplicación de acuerdo con el sistema establecido, exista o no norma predeterminada; sea flagrantemente injusta, por lo que sutilmente pretende introducir a los valores y principios como aquellos que darán certeza y plenitud a un orden jurídico.

Esto supone que la certeza de las tesis positivistas es insuficiente, ya que el hecho de que exista un margen de discrecionalidad en la aplicación de Derecho, como lo establece Hart, impide alcanzar el ideal de una única solución correcta para cada caso.

La solución que plantea Dworkin pasaría por construir un modelo de razonamiento adecuado que permita establecer cual es la solución correcta para cada caso, a través de la aplicación de normas, principios y directrices, lo que supone un rechazo a la existencia de un margen de discrecionalidad en la interpretación jurídica, lo que

Hart ha denominado la textura abierta del Derecho, estableciendo lo que resulta ser un nuevo precedente legislativo.⁵⁵

Dworkin defiende que el juez no solo está posibilitado, sino que además está obligado a descubrir los Derechos de las partes en litigio con absoluta precisión y certeza, ya que estos Derechos existirían con antelación y plena autonomía respecto al procedimiento que se sigue para su descubrimiento, por lo que critica el argumento de Hart de que los casos difíciles sólo se deben a la textura abierta de las reglas jurídicas.

Como ya se ha señalado, para Dworkin, la solución del caso difícil sería un proceso de razonamiento en el que se debe organizar una teoría de la constitución, configurada como un conjunto complejo de principios.⁵⁶

Es posible que no exista una regla prevista para los hechos de un caso difícil, sin embargo, siempre se podrán aplicar, reglas análogas o principios generales del ordenamiento, por lo que Dworkin sostiene que si bien un sistema conformado por reglas tiene lagunas, la inclusión de los principios garantiza la plenitud del mismo.

El modelo de decisión jurídica de Dworkin, es bastante complejo; coloca junto a las normas jurídicas propiamente dichas, unas pautas o índices intelectuales de la decisión jurídica que harán posible dar una única solución correcta a cada caso. Pero esta decisión jurídica correcta no ha de ser una mera probabilidad sino que el órgano judicial está obligado a actuar conforme a esas pautas o índices precitados, cuya ponderación razonable ofrecerá además una única solución correcta. El problema de este modelo es que resulta inquietante el hacer depender en última instancia la solución a los casos difíciles de cierto tipo de fuentes ajenas, estrictamente hablando del Derecho.

⁵⁵ Dworkin, Ronald. Ob. cit. p.83

⁵⁶ Ibidem. p. 100

3.4.4.- EL DERECHO COMO INTEGRIDAD

El principio de integridad desarrollado por Dworkin instruye a los jueces a que identifiquen los derechos y deberes legales, hasta donde sea posible, sobre la suposición de que todos fueron creados por un mismo autor que expresa una correcta concepción de justicia y de equidad, la integridad implica las nociones de imparcialidad, justicia y cumplimiento estricto de los procedimientos establecidos, sólo se puede justificar la imposición colectiva de Derecho cuando éste se basa en la integridad.⁵⁷

Este concepto de Derecho, ha de ser asumido como punto de partida por todo aquel que vaya a asumir las funciones de intérprete del mismo, sin que sea posible que existan múltiples concepciones de Derecho, esto es que el juez que acepta este ideal interpretativo de integridad del Derecho, decide casos difíciles tratando de hallar, en un grupo de principios coherentes sobre los Derechos y deberes de la persona, la mejor interpretación posible que los integre.

La integridad va a ser la base de la aplicación del Derecho e impone que toda decisión judicial ha de respetar los derechos políticos y morales, de manera que la respuesta judicial a los problemas de una comunidad sea coherente, justa e imparcial. El juez ha de respetar la integridad del ordenamiento jurídico, tanto desde su aspecto formal como material.

En suma Dworkin pretende eliminar el grado de incertidumbre de un ordenamiento jurídico de acuerdo con principios, pero es insuficiente ya que esos principios nuevamente son inciertos ya que si bien es cierto Dworkin pretende adelgazar el grado de discrecionalidad de los jueces al emitir los fallos al ceñirlos a la aplicación de estos principios; no lo es menos que nuevamente el juez es quien a partir de su

⁵⁷ Riddall, J. G. p. 148

muy personal formación profesional jurídica los escogerá y aplicará, lo cual nos deja en una cadena de valores en el abstracto y que por si mismos son inciertos.

Para Dworkin el Derecho en cualquier nivel del sistema legal es una red continua de principios en la que se manifiestan los Derechos legales de un ciudadano en cualquier motivo de litigio; por lo tanto, un juez tiene la posibilidad de dictar una sentencia por medio de principios y así crear una nueva ley, en el entendido que hace efectivo lo que ya está en la sociedad en la que opera el sistema legal.

CAPÍTULO IV
CRÍTICA DE LA DECISIÓN JUDICIAL
(DUNCAN KENNEDY)

4.1.- MARCO FILOSÓFICO DE LA CRÍTICA QUE HACE DUNCAN KENNEDY A LA DECISIÓN JUDICIAL Y SU IMPLICACIÓN EN LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS.

Una vez comprendido el sentido y significado de los Estudios Críticos del Derecho y su pretensión de impacto en el mundo jurídico, es momento de atender a uno de sus contenidos en especial, es decir un trabajo crítico en específico y aquí lo desarrollaremos como la crítica que hace Duncan Kennedy a la adjudicación entendida como las decisiones judiciales y la interpretación que hacen los jueces de las normas para llegar a sus determinaciones.

¿Y porqué escoger ese tema?. En primera instancia por la importancia fundamental que tiene la decisión judicial en el campo del Derecho, su trascendencia y su impacto en la sociedad; importa la forma en que los jueces deciden los casos, la diferencia entre dignidad y ruina puede depender de un argumento que pudo no haber golpeado con la misma fuerza a otro juez, o incluso al mismo en otro día. Las personas pueden ganar o perder más por el asentimiento de un juez que por cualquier acto general del Congreso.¹

Asimismo como se ha visto en capítulos anteriores es la decisión judicial el tema predilecto de los Estudios Críticos del Derecho y por último no hay que pasar por alto la relevancia del autor en el movimiento que aquí se pretende analizar.

¹ Arango, Rodolfo. Ob. cit. p.48.

Como se ha señalado en el capítulo anterior, los Estudios Críticos del Derecho han pasado por diferentes fases y la crítica a la teoría de la neutralidad judicial ha sido en cada fase, uno de sus propósitos centrales.

Desde el punto de vista filosófico, el proyecto crítico de la adjudicación de Kennedy está ubicado en la posmodernidad. El proyecto es posmoderno en cuanto apunta a la deconstrucción de las teorías existentes y desconfía claramente de las posibilidades de construir teorías alternas.² El desarrollo de la presente crítica se inscribe en la corriente irracionalista de los estudios críticos que se desarrolló en una etapa temprana del movimiento y en fases posteriores adquiere sus rasgos posmodernos.

La crítica que hace Duncan Kennedy a la decisión judicial tiene como propósito central, mostrar las inconsistencias internas de las teorías que afirman la neutralidad con la que proceden los jueces al emitir sus fallos y de esta forma poner en entredicho a las teorías constructivistas que hemos señalado en el capítulo II apartado 2.1 de la presente tesis y que pretenden distinguir entre la actividad legislativa y la actividad judicial y en un nivel más general, distinguen la acción de un juez de lo jurídico y de lo político.

Duncan Kennedy continúa la línea de los Estudios Críticos que subrayan la mezcla inevitable entre legislación y actividad judicial, entre Derecho y política, para sostener el carácter ideológico y mostrar los efectos políticos de la labor de los jueces.³ La crítica toma dos estrategias fundamentales, por una parte destaca el papel del Derecho y la doctrina judicial tradicional en la conservación del statu quo y por otra enfatiza la importancia que tiene en ese papel el discurso sobre la coherencia del Derecho y la neutralidad judicial.

² Rodríguez, Cesar. Estudio preliminar a: Kennedy, Duncan. Libertad y Restricción en la Decisión Judicial. Ob. cit. p. 55.

³ Ibidem. p. 57

Kennedy señala que en todos los sistemas occidentales el discurso que usan los jueces, las autoridades jurídicas y los teóricos políticos para legitimar la aplicación del poder estatal niega (suprime, mistifica, distorsiona, esconde, evade) dos fenómenos claves: a) el grado en el que las reglas establecidas (contenidas en un código o en el Derecho común) estructuran la vida pública y privada de tal forma que otorgan poder a unos grupos en detrimento de otros, y en general funcionan para reproducir los sistemas jerárquicos que caracterizan a la sociedad en cuestión y b) el grado en el que el sistema de reglas jurídicas contiene lagunas, conflictos y ambigüedades que son resueltas por jueces que persiguen –de manera consciente, semi-consciente o inconsciente- proyectos ideológicos relativos a dichas cuestiones de jerarquía social.⁴

El discurso constructivista de coherencia y neutralidad del Derecho hace parecer justo y natural el funcionamiento de un sistema jurídico que tiende a favorecer los intereses de los grupos que cuentan con mayor información sobre las leyes y con mayor poder económico para defender sus intereses.

Y es aquí en la conservación del statu quo, en donde Kennedy señala el aspecto académico de las Facultades de Derecho, refiriendo que la enseñanza del Derecho se convierte en un entrenamiento ideológico para servir voluntariamente a la jerarquía del Estado de bienestar empresarial, pretendiendo inculcar que es natural, eficiente y justo que los estudios jurídicos, la profesión de abogado en general y la sociedad a la que los abogados prestan sus servicios estén organizados de acuerdo a los patrones actuales de jerarquía y dominación.⁵

El análisis que hace Kenney a la decisión judicial nos hace llegar a un enfoque actual de interpretación del Derecho, que pretende explicar algunas inconsistencias y

⁴ Ibidem. p. 64.

⁵ Kennedy, Duncan. “La Educación Legal Como Preparación para la Jerarquía”. Publicado en español en COURTIS,C. (Comp.), Desde otra mirada, Buenos Aires, Eudeba, 2000. Traducida por María Luisa Piqué y Christina Courtis. <http://www.duncankennedy.net>. consulta 1/10/2005.

contradicciones que inevitablemente encontramos en el Derecho en determinaciones que toman los jueces y que cambian de persona a persona, lo que evidentemente desprende un alto grado de incertidumbre; sin que la teoría del Derecho que afirma su coherencia su plenitud y su alto grado de certidumbre, entregue fundamentos suficientes para entender tales inconsistencias. No se pretende ser partidario de una o de otra, sino tener un panorama integral de lo que podemos entender por Derecho.

4.2.- CRÍTICA A LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO, LA DOCTRINA JURÍDICA Y SUS CONTRADICCIONES INTERNAS.

Duncan Kennedy muestra como el Derecho privado esta inspirado en dos corrientes éticas, políticas y económicas opuestas: el individualismo y el altruismo. El planteamiento es que filosófica, moral y políticamente el Derecho está simultáneamente comprometido en polos opuestos de presupuestos e ideales irreconciliables y los conflictos en los materiales jurídico positivos no son sino manifestaciones de esas contradicciones situadas en niveles mucho más profundos.⁶

En este orden de ideas, Kennedy señala que el Derecho privado debe limitarse a dos fines, por una parte, debe asegurar una esfera de total libertad para cada individuo, ejercida sobre los bienes que jurídicamente son de su propiedad; y por otra parte, debe prever reglas precisas para los intercambios entre los individuos; asimismo evidencia la conexión entre los argumentos individualistas en el ámbito político, moral y económico, y los argumentos jurídicos en favor de una legislación basada en reglas precisas (y no en principios generales). Esta conexión entre los modos de argumentación político, moral y económico, de un lado, y jurídico, del otro, es una de las tesis centrales del trabajo de Kennedy.

De esta forma podemos encontrar ejemplos que señalan estos objetivos, como lo sería la responsabilidad subjetiva que atiende a una lógica individualista conforme a la cual se está obligado a indemnizar un daño sólo quien lo causa por negligencia o

⁶ Pérez, Lledo Juan A. Ob cit. p.141

por dolo, entonces esta responsabilidad solo se centra en la conducta del individuo que produce el daño, independientemente de las consecuencias a la sociedad.

Sin embargo numerosas instituciones responden a una lógica opuesta al individualismo y que son de corte altruista y que enfatizan el valor de la solidaridad, por lo que desde esta perspectiva el Derecho sirve como instrumento de cohesión social, estableciendo deberes recíprocos entre los individuos.

Para Kennedy el conflicto entre el individualismo y el altruismo es radical; se trata de dos visiones de la sociedad profundamente distintas que dan lugar a la convivencia de instituciones, reglas y principios contradictorios al interior del Derecho; no existe ninguna doctrina ecléctica, ningún principio conciliador, que logre incluir y sintetizar las dos visiones en conflicto, por esta razón los proyectos constructivistas fracasan cuando intentan encontrar un único fundamento que explique y de coherencia a todo el Derecho privado.⁷

El individualismo se define como insistencia en definir y alcanzar los objetivos personales, sin ayuda del exterior. La esencia del altruismo reside en que uno no debería conceder más importancia a sus propios objetivos que a los de los demás, el altruismo nos ordena hacer sacrificios y compartir; Keneddy sostiene que las normas son individualistas y los standards son altruistas.⁸

El presente argumento es posible extenderlo a otras áreas del Derecho en donde podríamos ver conflictos entre la libertad y la igualdad (Derecho Constitucional) expresado en Garantías Individuales y Derechos Sociales; lo que lleva a señalar a Kennedy que difícilmente el Derecho podrá ser neutro y por lo tanto las decisiones judiciales no podrán superar este obstáculo.

⁷ Rodríguez, Cesar. Estudio preliminar a: Kennedy, Duncan. Libertad y Restricción en la Decisión Judicial. Ob. cit. p. 61

⁸ Calsamiglia, Albert. Ob. cit. p. 307.

Duncan Kennedy señala que es cierto que entre los abogados existen un conjunto de conocimientos específicos sobre leyes en vigencia. Es cierto que existen técnicas argumentales específicas para detectar lagunas, conflictos y ambigüedades en las normas, para argumentar a favor de la extensión o restricción de la aplicación de una decisión judicial y para sostener argumentos de conveniencia política a favor y en contra de una solución determinada. Pero estas son sólo técnicas argumentales, nunca hay una única solución jurídicamente correcta, distinta de la solución ética y políticamente correcta para un problema jurídico.⁹ Tales concurrencias en el Derecho no desvirtúan su contradicciones internas

4.3.- LA CRÍTICA A LA PLENITUD DEL ORDEN JURÍDICO POSITIVO, LA CERTEZA JUDICIAL Y LA COHERENCIA DEL DERECHO.

Para el desarrollo del presente tema, se toma como punto de partida a Jerome Frank, uno de los principales autores dentro del movimiento realista que ya fue objeto de estudio en la presente tesis y que es un antecedente de los Estudios Críticos del Derecho; profesionalmente juez, magistrado de tribunal de apelación, enseñó como profesor visitante en las principales universidades de los Estados Unidos. Su obra rebasa las fronteras del campo puramente jurídico y aún filosófico jurídico, y se extiende por el área de la Sociología y por el dominio de la Filosofía.

Sus análisis en cuanto a la dimensión crítica contra doctrinas convencionales nos proporcionan las herramientas conceptuales para desarrollar la crítica a la plenitud del orden jurídico y un análisis a la certeza judicial.

Jerome Frank ha dedicado atención preferente a analizar la conducta efectiva del juez, y los problemas relacionados con la apreciación de la prueba; pero ha desarrollado también un análisis de conjunto sobre el orden jurídico positivo.

⁹ Kennedy, Duncan. “La Educación Legal Como Preparación para la Jerarquía”. Ob. cit. p. 128.

En el “El Derecho y el Espíritu Moderno”, Frank analiza la aversión corriente de las gentes respecto de los juristas del Derecho, de los jueces y de los abogados. La antipatía que el Derecho y sus servidores suelen suscitar en el alma de las gentes, parece basarse en la creencia de que los juristas complican innecesariamente el Derecho y, con ello, evitan que éste sea claro, cierto y exacto.¹⁰

Ahora bien, ni siquiera en una sociedad relativamente estática los hombres han podido construir un sistema de reglas o normas omnicomprendivas, que contenga respuestas para todas las posibles cuestiones, esto no ha sido posible, nunca ni en ninguna parte; pero lo es muchísimo menos en nuestro tiempo pues en la época presente, nuevos instrumentos de producción, nuevos medios de viaje, nuevas modalidades de habitación, nuevas formas de crédito, nuevos modos de propiedad, nuevas concentraciones de capital, nuevos hábitos, nuevas costumbres, nuevos propósitos e ideales, hacen desvanecer la esperanza de que algún día pueda establecerse un sistema definitivo de Derecho que solvente todos los problemas.

Frank, establece que mucha de la incertidumbre del Derecho no es tan sólo el resultado de una deficiencia o de una falla, sino que, por el contrario, tiene un inmenso valor social, pero si las cosas son así, por qué ocultarlo. Algunos abogados suelen ocultarla, cuando le dicen al cliente que sólo en casos excepcionales afrontamos tal falta de certeza.

También señala que la incertidumbre la ocultan algunos profesores de Derecho, cuando hablan del orden jurídico como un sistema firmemente establecido, y se refieren sólo ocasionalmente a la incertidumbre, limitando ordinariamente éstas a meras cuestiones de hecho.

La ocultan los jueces cuando disfrazan sus innovaciones, a veces radicales, bajo la apariencia de una interpretación de la norma establecida, interpretación que revisten

¹⁰ Recasens Siches, Luis. Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX. Ob. cit. p. 629.

con el ropaje de un razonamiento lógico, para presentar el fallo como fiel aplicación de una vieja norma, mediante argucias formalistas. ¿Por qué ese empeño en ocultar la realidad tal y como ella es? Porque prevalece la ilusión de la predecibilidad alimentada por un afán de certeza.¹¹

Al ocultar el carácter esencialmente plástico y cambiante del Derecho no le sirve a los verdaderos intereses de la gente, sino que, por el contrario, se producen graves perjuicios. El Derecho del presente, tiende hacia la seguridad dinámica, seguridad que Frank define como protección de las gentes que se consagran a nuevas empresas y a nuevas actividades. Los rápidos y complejos cambios de las realidades de nuestro tiempo determinan que se presenten nuevas situaciones, ni remotamente previstas en las normas preestablecidas, por lo que el juez tiene que aplicar la norma, aunque las más de las veces lo haga bajo la falsa apariencia de interpretar la intención del legislador.

Jerome Frank, se propone analizar la realidad jurídica tal y como es efectivamente, encontrándose con que la realidad del Derecho es muy diferente de como las concepciones dominantes lo proponen; entendiendo estas ideas predominantes como las que suponen que el Derecho es general, uniforme, continuo, igual y puro. Sin embargo Frank manifiesta que esto no es verdad; la experiencia muestra lo contrario; muestra que no hay tal certeza, ni tal seguridad, ni tal uniformidad.

Para cualquier persona, el Derecho cierto sobre una determinada situación es sólo la sentencia que un tribunal haya pronunciado sobre esa situación, en tanto que dicha sentencia afecta a aquella persona en particular.

Mientras un tribunal no haya pronunciado una sentencia ejecutiva sobre tal situación, aún no hay Derecho cierto y efectivo respecto de ese caso; antes de que haya recaído sentencia, lo único que puede tenerse respecto del probable fallo es una

¹¹ Idem.

suposición. Por consiguiente, cabe afirmar que el Derecho respecto de una determinada situación es o bien el Derecho efectivo, real, contenido en una sentencia pronunciada en el pasado sobre dicha situación, o bien nada más que el Derecho probable, es decir, el pronóstico o suposición sobre una sentencia futura.¹²

Las concepciones dominantes y convencionales del Derecho se imaginaba que estaban constituidas por un conjunto de reglas que desde largo tiempo atrás existían permanentemente, salvo las ulteriores modificaciones que el legislador había ido introduciendo mediante nuevos códigos y nuevas leyes. Se pensaba que la función de los jueces consistía en descubrir el Derecho, sin que pudiesen aportar nada para crearlo. (la escuela de la exégesis)

Los jueces debían esforzarse en descubrir el Derecho, el cual se consideraba que estaba totalmente prefabricado y si la Suprema Corte modificaba su jurisprudencia, esto no constituía creación de nuevos criterios jurídicos, sino única y exclusivamente la rectificación de un sentido jurídico anterior que había sido trazado erróneamente.

En una sociedad simple y de estructura estable, la mayor parte de las normas jurídicas se podrían establecer con relativa certeza y por lo tanto aplicadas con bastante uniformidad. Pero en la sociedad de nuestro tiempo, con los rápidos cambios que cada día aporta la vida moderna, la mayor parte de las reglas se han convertido en inestables e inciertas, lo que se puede ver con una simple visita a tribunales.

Algunas veces se quiere suponer que el juez debe ser, una especie de aparato automático, que se limitase a reproducir en singular las palabras que la ley había usado en términos generales. Se intenta someter estrictamente al juez a reducirlo a ser un mero intermediario entre la ley y su exacta aplicación a un caso en concreto.

¹² *Ibidem.* p. 630

No se mira con tanta desconfianza al legislador, por pensar que la labor de éste no afecta la seguridad, ya que ésta se proyectaba sólo hacia el futuro, pero con el juez la cosa es diferente, porque el fallo de éste se proyecta hacia el pasado.

La existencia de una ley previa, cuyas expresiones parecen a primera vista ser claras, de ninguna manera elimina por completo algunos factores de incertidumbre o falta de seguridad; antes de que un tribunal se haya pronunciado sobre un problema, nadie puede predecir a ciencia cierta cuáles serán los Derechos y obligaciones que emanen de un determinado acto jurídico, y si bien es cierto que muchos de los deberes y derechos declarados en una situación jurídica, se cumplen habitualmente, durante años, sin que sean discutidos o contestados, no es menos cierto que nadie puede tener una garantía absoluta de que un día no vayan a ser impugnados en un litigio; ni nadie puede tampoco estar plenamente seguro respecto de cuál vaya ser el resultado de ese litigio, aquí una muestra de lo inestable que puede ser el Derecho y por lo tanto incongruente con el fin para el que fue concebido.

Jerome Frank, refiere que convencionalmente se cree, y eso se enseña todavía en muchas escuelas de Derecho, que la sentencia consiste en aplicar una norma a unos hechos determinados. Y, por tanto, como quiera que se parte del supuesto de que hay normas preestablecidas, y se parte también del supuesto de que los hechos están objetivamente determinados, de esto se deduce que puede hablarse de un Derecho cierto. Ahora bien, la verdad es que ninguno de esos dos supuestos se ajustan a la realidad. Ni las normas están establecidas con certeza de antemano; ni los hechos son entidades objetivas determinables con plena seguridad.¹³

Otras veces no cabe pronosticar la norma aplicable, porque el caso controvertido puede ser enfocado desde principios diversos, y la elección entre éstos no está predeterminada, esa elección depende de juicios de valoración. Para cualquier

¹³ Frank, Jerome. Ob. cit. p. 62.

persona particular, el Derecho, con respecto a un determinado complejo de hechos, es la sentencia de un tribunal, en la medida en que ese fallo afecta a dicha persona. Desde este punto de vista podríamos decir que mientras un tribunal no ha pronunciado aún sentencia sobre tales hechos, todavía no existe Derecho firmemente establecido, cierto y seguro, sobre tal materia. Antes de la sentencia lo único que se tiene es la opinión de los abogados sobre el Derecho relativo a dicha persona y a dichos hechos. Tal opinión, por importante que se repute, aún no es Derecho; es tan sólo una suposición sobre lo que el tribunal vaya a decidir.¹⁴

Según Frank, la demanda de una excesiva estabilidad jurídica no surge de necesidades prácticas, ni se justifica por razón de éstas; tal demanda no tiene sus raíces en la realidad, por el contrario, radica en algo irreal, en un anhelo de algo mítico.

Uno de los factores más importantes, aunque no el único, que engendra ese deseo de plena seguridad y certeza jurídica, es, según Frank, la necesidad de encontrar algo o alguien capaz de controlar los acontecimientos, capaz de hacer claro y seguro lo que aparece como incierto.

Al impulso de ese afán, vuelve la vista hacia el sacerdote o hacia los gobernantes pero llega un momento en que también se desilusiona respecto de éstos, y entonces se dirige al Derecho buscando en él un sustituto del padre, como juez infalible, es decir, como un cuerpo de reglas para determinar de modo seguro lo que es justo y lo que es injusto, y para decidir quién tiene que ser castigado por malas acciones. De esta suerte nace el mito del Derecho completo, omnisciente y cierto.¹⁵

En la formación de ese mito de la plena seguridad y certeza jurídicas colabora también muy decisivamente la tendencia del hombre a huir de las realidades inquietantes o desagradables, y a crearse la ilusión de un mundo perfecto pero la

¹⁴ Recasens Siches, Luis. Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX. Ob. cit. p. 632

¹⁵ Frank, Jerome. Ob. cit. p. 71.

realidad nos muestra que el mundo en el que vivimos es hostil a los deseos de paz y quietud, que el mal y los peligros son latentes, que existen guerras, huelgas y crisis económicas, que a menudo la naturaleza no es tal y como nosotros la quisiéramos.

4.4.-CRÍTICA A LA DECISIÓN JUDICIAL

Es claro que la actividad decisoria real de los jueces se entendería a partir del método de interpretación que utiliza, por lo que cabe advertir que los jueces disponen de un amplio repertorio de recursos interpretativos: si bien el juez está ceñido al texto legal; que recurra a procedimientos exegéticos, a reconstrucciones dogmáticas, a especulaciones históricas, a cálculos de intereses, a la reconstrucción hermenéutica del caso, es asunto que pareciera quedar ceñido a la pura discrecionalidad del propio juez.

Algunos textos normativos, sobre todo para el caso de lagunas o vacíos, proponen que el juzgador acuda a procedimientos tales como la extensión analógica o a ciertos recursos retóricos aceptados que quedan a discreción del juez, pero ¿qué los hace decidirse por unos y por otros?.

Aún más, si estamos hablando que los métodos de interpretación no son, en rigor, normas jurídicas que impongan obligaciones definidas a los jueces y que ninguno de los métodos tradicionales de interpretación, aun rigurosamente aplicados, permiten arribar en los casos en que se los aplica a soluciones incuestionables: una solución puede fundarse positivamente argumentando por analogía, pero también cabe excluirla mediante un argumento contrario. No se trata pues, de directivas que los legisladores impongan a los órganos de aplicación y, mucho menos, de principios normativos a priori.

Una manera de entenderlos consistiría en considerarlos repertorios de elementos retóricos, eficaces tradicionalmente, a los que los jueces pueden recurrir en sus argumentaciones justificatorias. No se trata de que mediante tales métodos los

jueces arriben a la única solución correcta, pues no la hay por principio; sino de que los jueces puedan justificar suficientemente la solución que adopten, invocando procedimientos socialmente reconocidos.

Los métodos tradicionales de interpretación son básicamente recursos de justificación y su utilización debe examinarse al considerarse la interpretación en Derecho como un proceso de decisión en que cabe distinguir decisiones racionalmente fundadas, de decisiones arbitrarias, carentes de fundamento alguno.

Kennedy no señala métodos de interpretación pero el estudio que hace de la decisión judicial nos hace llegar a métodos alternativos de interpretación que tienen los jueces para llegar a los fallos que requieran.

Duncan Kennedy señala una clara imposibilidad de neutralidad de los jueces al emitir sus fallos toda vez que las normas que interpretan por si mismas desprenden un dilema que tendrá que decidir el juzgador a partir de criterios que van mas allá de la norma ya que existe una contradicción intrínseca de los intereses que al mismo tiempo protege el Derecho.

De acuerdo con Kennedy, si el Derecho es radicalmente contradictorio, entonces el juez simplemente no tiene forma alguna de ser neutral. El problema no es que los conceptos que se suponen que motivan su decisión –libertad, igualdad, justicia, bienestar- tienen un significado oscuro o no influyen en su conducta. Ellos están fuertemente arraigados en la cultura y para la mayoría de nosotros es imposible entender el mundo sin ellos. El problema es que con base en ellos el mundo se puede entender de dos formas distintas, una individualista y otra altruista.¹⁶

Con el fin de subrayar la influencia de lo político en la decisión judicial, Kennedy desarrolla tres tópicos fundamentales. En primer lugar sostiene que lo político incide

¹⁶ Rodríguez, Cesar. Estudio preliminar a: Kennedy, Duncan. Libertad y Restricción en la Decisión Judicial. Ob. cit. p.59.

en la decisión judicial a través de la presencia permanente de la ideología en la aplicación judicial del Derecho; en segundo lugar, afirma que el vehículo concreto que introduce constantemente la ideología política en la decisión judicial es la utilización cotidiana de argumentos de conveniencia pública y en tercer lugar señala que el juez tiene experiencias cotidianas de la existencia tanto de libertad como de restricción en su intento por proferir la sentencia que desea en el caso concreto.¹⁷

Es aquí en donde las teorías del Derecho llamadas en la presente tesis como implícitas, encuentran su principal crítica al señalar el carácter político de las decisiones judiciales, lo que trasciende en el ámbito de la propia organización de poderes de un Estado al pretender señalar que un juez puede legislar al momento de interpretar una norma y llegar más allá del contenido de esta y modificarla en su alcance hasta el extremo de poder observar ya una nueva.

Por tratarse de una acción, que es seleccionada en virtud de reglas en concurrencia con evidencias fácticas, la decisión judicial siempre es elaborada y definida bajo condiciones de incertidumbre,¹⁸ lo que nos lleva a tomar en cuenta una nueva perspectiva en la interpretación de las normas ya que al quedarnos con la explicación de que la estricta aplicación de éstas llevan a las determinaciones judiciales nos deja con vacíos extensos, lo cual tiene su razón de ser al observar decisiones judiciales tan dispares como absolver o condenar a un individuo a partir de las mismas normas y de los mismo hechos.

El razonamiento jurídico puede generar argumentos equivalentemente plausibles para justificar cualquier resultado. Además el discurso de los derechos impone tantas limitaciones para aquellos que lo usan, que hace prácticamente imposible que funcione como una herramienta efectiva de transformación radical.¹⁹

¹⁷ Ibidem. p. 63

¹⁸ Barragan, Julia. Universidad Central de Venezuela. “La Decisión Judicial y la Información”. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. La Biblioteca de las culturas hispánicas. . consulta 1/10/2005

¹⁹ Kennedy, Duncan. La Educación Legal como preparación para la Jerarquía. Ob. cit. p. 129.

El Derecho por si mismo no encuentra respuesta al anterior argumento ya que tanto la sentencia que absuelve, como la que condena contienen fundamentos y motivos jurídico suficientes como para considerarlas válidas, lo que nos lleva a buscar otro tipo de explicación, que es sólo una opción que nos dará un más amplio criterio para responder a éstas interrogantes jurídicas y la opción en este caso, son los Estudios Críticos del Derecho.

Ahora bien, tomando en cuenta los tres tópicos fundamentales señalados para indicar la influencia de lo político en la decisión judicial, para Kennedy, una ideología es un discurso elaborado por una elite ilustrada que pretende defender a través de él los intereses de un grupo social que entiende representar. La estrategia de defensa consiste en articular el discurso en términos universales, de tal forma que quede oculto el vínculo con el grupo representado.²⁰

Lo Estudios Críticos del Derecho, como ya se ha señalado, han abarcado su crítica hasta el medio académico pretendiendo un cambio desde su origen y es aquí en donde Kennedy amplía su crítica respecto a este tema, señalando el contenido ideológico de la educación jurídica, lo que no se puede pasar por alto en el presente trabajo ya que nos encontramos inmersos en esta preparación académica.

Kennedy señala que es posible distinguir aspectos de la educación jurídica como un mecanismo reproductor de jerarquías, gran parte del asunto consiste en que, a través del programa de enseñanza y la experiencia en clase, se inculca una determinada serie de actitudes políticas acerca de la economía y de la sociedad en general, acerca del Derecho y de las posibilidades de la vida profesional, esto tiene un significado ideológico en general.²¹

²⁰ Rodríguez, Cesar. Libertad y Restricción en la Decisión Judicial Estudio preliminar. Duncan Kennedy. Ob. cit. p.64

²¹ Kennedy, Duncan. La Educación Legal como preparación para la Jerarquía Ob. cit. p. 123

Kennedy señala que la parte central de la ideología es la distinción entre Derecho y política y en la enseñanza del Derecho se convence a los estudiantes de que existe algo que se denomina razonamiento jurídico, al forzarlos a aceptar como válidos en casos particulares algunos argumentos jurídicos supuestamente correctos que en realidad son eventuales.

A veces se trata de argumentos de conveniencia política que son tratados en una situación particular como si fueran reglas que el todo el mundo aceptará, pero que son ignoradas en el próximo caso en donde por intereses extra jurídicos se estima que la decisión es errónea.

En suma, Kennedy señala que la ideología pretende mantener a una determinada jerarquía social y que esta pretensión inicia desde la instrucción académica jurídica, señala que la lucha ideológica se extiende en el ámbito del Derecho ya que la definición de las reglas jurídicas es uno de los campos de batalla fundamentales entre ideologías opuestas, así tendremos ideologías que pugnen por una política de gobierno estricta e intervencionista y otra que busque la menor intervención del Estado, lo que tendría que verse reflejado en normas que atiendan a tales requerimientos. De esta forma, según Kennedy, el Derecho en general y las decisiones judiciales en particular, son una extensión de la política.

Duncan Kennedy, señala una judicialización de los temas políticos más sensibles, refiriendo que se han adoptado controles llamados Constitucionales, en donde instancias judiciales Supremas deciden los debates ideológicos más importantes, las decisiones tomadas en estas instancias producen tres tipos de efectos decisivos.

En primer lugar el efecto inmediato de la decisión judicial es la definición a favor de un grupo o de otro, esto significaría que casos similares se resuelvan de la misma forma y por lo tanto las personas actúen en general en el futuro de acuerdo a lo establecido en la sentencia. En segundo lugar, lo decidido en el fallo pasa a ser parte de las reglas de juego de las luchas futuras entre los grupos ideológicos y, por lo tanto, inciden en el poder relativo de cada uno de estos.

Y por último, dado que los jueces son símbolos sociales de autoridad e imparcialidad, sus pronunciamientos tienden a generar lo que Kennedy llama “efecto de conversión” esto es, la creencia del público de que lo establecido en sus sentencias es lo correcto. A través del efecto de conversión, el juez que dirime una lucha ideológica en un caso concreto legitima la decisión que adoptó.²²

Toma sentido lo dicho por Kennedy al observar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitir fallos de controversias Constitucionales entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo, al emitir fallos que absuelven o condenan a figuras públicas o funcionarios públicos que representan a determinadas corrientes políticas, al otorgar o negar amparos en contra de actos de autoridad.

No cabe duda que todas las determinaciones que emite están debidamente fundadas y motivadas conforme a Derecho, no hay la menor duda, existe una real convicción que el Derecho fue aplicado pero no se puede pasar por alto que los jueces al interpretar la Constitución, redefinen los contornos del poder público y el alcance de los Derechos y de las libertades de las personas.

Pero como se explica la diferencia de criterios para determinar casos especiales, una alternativa es esta, la ideología, pero no es definitivo, es cuestionable y totalmente perfectible, circunstancias que serán objeto de las conclusiones de la presente tesis, pero es innegable que Duncan Kennedy no estaba tan fuera de esta realidad.

Luego entonces, si se ha dicho que las decisiones judiciales es el producto de una exacta interpretación de la ley previamente promulgada con anterioridad al hecho y que esto da una certidumbre jurídica, ¿que significado le podemos dar a la interpretación que hacen los jueces al emitir sus fallos a partir de los planteamientos establecidos?, ¿donde queda la escuela de la exégesis que nos limita a la interpretación exacta del texto de la norma?.

²² Kennedy, Duncan. *Crítica a la Adjudicación*. Cambridge, Harvard University Press, 1997, (traducción Cesar Rodríguez) p. 68

Tal y como lo señala Oliver Wendell Holmes, la lógica no es la única fuerza operante en el desenvolvimiento del Derecho, se ha exagerado indebidamente el papel de la lógica en la formación y en el desarrollo del Derecho, porque al hacerlo así esto satisface el anhelo de certeza y tranquilidad que late en toda mente humana, pero esta certeza es solo una ilusión.²³

No podemos seguir pensando que la actividad judicial es una actividad silogística y que el juez es solo el instrumento que clarifica las normas y las pone de manifiesto al emitir sus fallos, las interrogantes nos dan la pauta para buscar nuevas y mejores explicaciones a los problemas que se le plantean al Derecho.

Kennedy sostiene la ocultación deliberada de los motivos ideológicos en la decisiones judiciales ya que es una parte esencial de la adjudicación en las democracias contemporáneas. Los jueces niegan la influencia de la ideología no sólo porque ésta es la conducta impuesta por la tradición jurídica, sino porque dicha conducta sirve para soslayar un conflicto inherente a la función judicial, entre la misión general encomendada al juez de hacer justicia y el deber de éste de acatar las normas positivas vigentes. Dado que el ideal de justicia y el respeto a la legalidad entran en conflicto siempre que las normas positivas parecen dictar un resultado injusto, existe una tensión fundamental inserta en el seno del rol del juez.²⁴

En este orden de ideas no podemos pasar por alto que las decisiones judiciales tienen efectos políticos, pero afirmar que dichas decisiones estén motivadas por opciones de ideología política de los jueces es una cuestión distinta; de hecho afirmarlo se contradice con la retórica en la que invariablemente están redactadas las sentencias en donde se pone de manifiesto la neutralidad y la aplicación mecánica del Derecho.

²³ Recasens Siches, Luis. Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX. Ob. cit. p. 594.

²⁴ Kennedy, Duncan. Crítica a la Adjudicación. Ob. cit. p. 86 y 87.

Los jueces incluso en los casos en donde fue evidente la contradicción de normas y principios de Derecho, afirman decir que la sentencia fue emitida en estricto Derecho y redactan sus fallos con la estructura y estilo de un discurso silogístico.

Duncan Kennedy, señala al respecto que los jueces esconden deliberadamente las motivaciones reales de sus fallos bajo el manto del discurso de la aplicación mecánica del Derecho, debido a que dicho discurso hace parte de la concepción dominante de la función judicial por lo que desestima el valor literal de los textos de los fallos.

Por esta razón, como Kennedy lo anota en su libro *Crítica a la Adjudicación*, el texto de los fallos no ofrece evidencia sobre el papel de la ideología, señalando que en el discurso, la evidencia nunca es una pistola humeante en el sentido de una confesión de la intención del juez. En los fallos los jueces siempre niegan, en el sentido común de este término, que están actuando con base en motivos ideológicos. Ellos afirman explícitamente que el resultado fue alcanzado siguiendo procedimientos interpretativos impersonales que excluyen la influencia de sus ideologías.²⁵

Y es aquí en donde Kennedy propone una interpretación alternativa para observar lo que realmente sucede, sugiere no limitarse a analizar el texto del fallo, sino realizar una interpretación crítica del fallo que de cuenta de los intereses ideológicos en juego. Sólo una lectura crítica de los fallos y que vayan más allá de lo que a la letra dice la sentencia permitirá explicar satisfactoriamente los cambios de sentido de una autoridad judicial a otra (Tribunales de primera y segunda instancia).

Kennedy continúa señalando que la mayoría de los casos, la única base para imputar la existencia de una preferencia, un motivo o una influencia es interpretativa, lo que significa que la sentencia tiene más sentido si la interpretamos como motivada ideológicamente que si la tomamos en sentido literal. No se puede probar que tiene

²⁵ Kennedy, Duncan. *Crítica a la Adjudicación*. Ob. cit. p. 55.

más sentido de esta manera; se puede defender sólo mostrando que la sentencia es contradictoria o no lleva a conclusión alguna si se toma de modo literal, pero que parece por lo menos inteligible, e incluso persuasiva, si se entiende en términos de preferencias ideológicas. No se intenta mostrar mediante evidencia directa lo que el juez estaba pensando. No se trata de una cuestión de prueba, sino del verdadero sentido de la lectura.

La práctica judicial cotidiana en tribunales nos permite dar por lo menos un poco de pertinencia a la lectura que hace Kennedy de las decisiones judiciales, aplicable en todos los niveles y en distintas autoridades, así podremos ver como una demanda civil, mercantil o familiar puede ser admitida o no en diferentes sentidos de juzgado a juzgado; un tribunal puede declarar inocente a una persona, después de que dos instancias anteriores lo consideraron culpable en estricto apego al Derecho y así podríamos citar múltiples determinaciones en donde es evidente el cambio de postura de autoridad a autoridad que sólo podrían ser explicados si se tiene en cuenta el momento político y social de su expedición.

Así también podemos ver jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia que se contradice y permite observar la flexibilidad que tiene el Derecho para su interpretación, pero que es lo que determina que una autoridad interprete de una u otra forma una norma habiendo en algunos casos tantas posibilidades, Kennedy lo responde de una forma que sólo nos da la pauta para reflexionarla y tratar de mejorarla.

4.5.- LOS ARGUMENTOS NO DEDUCTIVOS Y LA IDEOLOGÍA COMO INFLUENCIA EN LA DECISIÓN JUDICIAL.

Como ya se ha señalado en el presente capítulo para Kennedy la ideología forma parte esencial del discurso jurídico el cual, si bien es cierto le reconoce argumentos deductivos representados en la aplicación silogística de las normas, no lo es menos

que también señala que en la aplicación de la norma jurídica existen argumentos no deductivos cuyos contenidos y formas de aplicación son claramente ideológicos.

Los argumentos deductivos consisten en la aplicación de reglas jurídicas precisas a los casos encuadrados por ellas, sin embargo existen también argumentos no deductivos decisivos en los fallos judiciales, entre los cuales se incluyen los que apelan a la conveniencia pública de un cierto resultado y a principios generales (jurídicos, éticos, políticos).

La distinción que hace entre argumentos deductivos y argumentos no deductivos no solo es uno de los pilares de la teoría de Kennedy, sino la herramienta central de la crítica contra las teorías constructivistas especialmente la de Dworkin.²⁶ Esta clasificación puede ser vista como una respuesta crítica a la división que hace Dworkin de reglas y principios, que ya fue objeto de estudio en capítulo tercero de la presente tesis.

Los argumentos no deductivos de Kennedy tienen su similar en los argumentos de convivencia pública señalados por Dworkin; es conducente recordar que Dworkin reconoce que existen reglas y principios, y estos últimos a su vez se dividen en principios en sentido estricto y los segundos son argumentos de convivencia pública que también los llama directrices.²⁷

Dworkin afirma que los jueces sólo deben decidir con base en reglas y en principios en sentido estricto y nunca en base en argumentos de conveniencia pública ya que éstos están reservados únicamente para la función legislativa.

Entre las diferentes teorías de la función judicial, la más popular sigue siendo la representada por el positivismo estricto, según la cual los jueces han de aplicar el

²⁶ Kennedy, Duncan. Crítica a la Adjudicación. Ob. cit. p. 74.

²⁷ Rodríguez, Cesar. Estudio preliminar a: La Decisión Judicial, El debate HART – DWORKIN. Ob cit. p. 77 y 79

Derecho promulgado por otras instituciones sociales y no hacer nuevas leyes. Este ideal, por diferentes razones, no puede realizarse plenamente en la práctica; la vaguedad de las normas, la novedad de los problemas, entre otros factores, obligan al juez a interpretar las normas existentes y a legislar, ya sea implícitamente o explícitamente.²⁸

En este orden de ideas, Kennedy afirma que en el discurso jurídico en general y en las decisiones judiciales en particular existe la presencia permanente tanto de argumentos deductivos como de argumentos no deductivos (entre los que se encuentra los de conveniencia pública).

Según Kennedy, los argumentos no deductivos se distinguen de los deductivos, en tres aspectos: En primer lugar, generalmente su aplicación presupone justamente que los argumentos deductivos son insuficientes para resolver de forma satisfactoria el caso planteado, ya sea porque las reglas existentes no lo prevén, porque son oscuras, o porque su aplicación puede generar consecuencias injustas o inconvenientes.

En segundo lugar, los argumentos no deductivos apelan siempre a la deseabilidad del resultado; apuntan a las consecuencias del fallo para la protección de valores que se estiman deseables y en tercer lugar, el modelo de aplicación de los argumentos no deductivos es la ponderación de razones opuestas, no el silogismo, es decir la decisión judicial viene a ser un compromiso entre polos enfrentados.²⁹

Los argumentos de convivencia pública son razones para adoptar una determinada postura no claramente estipulada por una norma, los argumentos de convivencia pública, no obstante que son secundario en comparación con la aplicación directa e la norma, marcan en muchos casos el sentido de los fallos, quien asó lo desea puede escoger, aquí y allá entre un repertorio verdaderamente enorme de argumentos

²⁸ Arango, Rodolfo. Ob. cit.. p. 53.

²⁹ Ibidem. p. 76

típicos basados en la conveniencia pública y modificar lo que quiera que considere se ajuste al caso pertinente.³⁰

Aquí podemos ver como el juez al aplicar argumentos no deductivos, valora cuestiones ideológicas opuestas que le son presentadas en forma de denuncia, demanda, entre otras, frente a las cuales toma partido al inclinar la balanza en favor de una o de otra, con lo que se podría decir que prácticamente esta legislando al emitir sus fallo, lo cual contrasta con la división de poderes de un Estado (el poder legislativo y el poder judicial).

Pero habría que tener en cuenta lo señalado por Hart, respecto a que el poder creador que se reconoce al juez para resolver casos no previstos en la ley es diferente al poder del legislador. No sólo las normas existentes estrechan su capacidad de elección, sino que las decisiones que toma no tiene el alcance de modificar leyes generales y esta sujeta a límites sustantivos.

Ejemplos de argumentos no deductivos serían los argumentos políticos que justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad como un todo; el argumento en favor de un subsidio para los fabricantes de aviones, que con el se protegerá la defensa nacional es un argumento político. Los argumentos de principio justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún Derecho, individual o de grupo. El argumento a favor de las leyes que se oponen a la discriminación racial, y que sostiene que una minoría tiene Derecho a igual consideración, es un argumento de principio.³¹

Las ideologías articulan los intereses de los grupos sociales y sus manifestaciones más evidentes son las invocaciones de valores de conveniencia pública o a principios generales. Por esta razón, los argumentos no deductivos, utilizados a diario en la

³⁰. Kennedy, Duncan. *Crítica a la Adjudicación*. Ob. cit. p. 144

³¹ Arango, Rodolfo. Ob. cit. p. 53

práctica del Derecho, son para Kennedy, el conducto mediante el cual la ideología se introduce en la médula del discurso jurídico.³²

Por esta razón Kennedy señala que el juez, desarrolla una solución y luego la justifica en un lenguaje jurídico, por lo que no se puede hablar de una neutralidad. A través de los argumentos no deductivos, se invierte el modelo silogístico de la adjudicación, el juez primero, a partir de sus argumentos ideológicos decide el resultado y luego busca las normas jurídicas que sirven para justificarlo.

Ejemplos de la utilización de argumentos no deductivos se encuentran virtualmente en cualquier decisión judicial, particularmente en Órganos Supremos Constitucionales en donde se utiliza de manera frecuente la ponderación de los Derechos fundamentales para decidir casos trascendentales en donde el Derecho fundamental de una persona o un grupo se enfrenta a otro, por lo tanto es difícil encontrar la neutralidad, ya que el trabajo de los jueces consiste justamente en trazar límites difíciles, contingentes, entre posturas ideológicas opuestas frente a las cuales necesariamente debe tomar partido.

4.6.- LA LIBERTAD Y RESTRICCIÓN QUE EXPERIMENTAN LOS JUECES AL EMITIR SU FALLOS SEGÚN DUNCAN KENNEDY.

Kennedy propone realizar el análisis de la decisión judicial desde la experiencia específica del juez y lo llama un punto de vista interno realista, lo que excluye un análisis externo así como la formulación de parámetros generales sobre lo que debiera ser la decisión judicial.

A partir de este punto de vista interno realista, Kennedy señala que el juez en su trabajo cotidiano experimenta tanto la sensación de libertad para crear Derecho como la sensación de restricción causadas por la obligación de aplicar los materiales

³² Idem.

jurídicos existentes (normas positivas, principios no estrictos, convenciones sociales, sentencias anteriores, etc.)³³

Dicho lo anterior, se puede observar que el juez no tiene la libertad de la textura abierta de las normas que establece Hart; ni tampoco se encuentra totalmente atado por el Derecho por reglas y principios como lo afirma Dworkin.

Kennedy opta por una postura ecléctica que deja ver a un juez que tiene un propósito en su resolución pero que lo tiene que hacer a través de un medio físico o un campo constituido por el Derecho existente, pero no habría que dejar de mencionar que tales circunstancias son muy semejantes a lo señalado por Dworkin, en donde el juez tiene que resolver todos los casos que se le presenten exista o no una norma válida haciendo uso de principios que marca los parámetros en los que se puede desenvolver la resolución y esto no es otra cosa que los límites que le marca el propio Derecho.

¿Pero cual es la diferencia substancial que se puede observar entre Kennedy y Dworkin en el presente caso?; sin duda es la llamada inversión del modelo silogístico de la decisión judicial en donde los Estudios Críticos señalan que el sentido de la sentencia determina la selección y la interpretación de las normas.

Ahora bien, las sentencias a las que quieren llegar los jueces puede obedecer a varios factores; que han sido sobornados y quieren cumplir con el arreglo; puede también ser producto de lo que ellos consideran sería el fallo mejor recibido por la comunidad (jurídica o civil) a la que pertenezco o puede también obedecer a lo que sospechan que el tribunal de apelaciones hará en el caso de que su sentencia sea apelada.

³³ Kennedy, Duncan. Crítica a la Adjudicación. Ob. cit. p. 80

Bien pueden también fundamentarse en el hecho de que, al juzgar este caso específico, encuentre una peculiaridad relativa a lo que dicta la equidad que favorece un resultado distinto al que la ley exige y esto a pesar de que, de modo general, la ley sea en esencia una ley buena y por lo tanto no haya sido una mala opción redactarla de manera tan inflexible que no permitiese ajustarla a tal principio de equidad.³⁴

Puede también ocurrir que simplemente no esté de acuerdo con la manera como la ley resuelve en este caso específicas situaciones excepcionales que se pueden presentar, con base en mi convicción de que dicha ley pudo haber sido concebida para que fuese más flexible y así poder regular de mejor manera este caso. Por último, bien puede ser, simplemente, que considero la ley “injusta” en tanto que, si pondero todo el sistema en su justo valor, encuentro que lo mejor sería cambiarla... es decir, considero que esta norma legal es una anomalía.

La experiencia del juez al emitir un fallo según Kennedy, tiene diversos aspectos entre los que destaca: primero, los jueces a menudo experimentan la sensación de estar atados por el Derecho en los casos que enfrentan, ya sea porque existen normas precisas que regulen los hechos puestos a su consideración, lo que lo lleva algunas veces a emitir fallos que el mismo considera injustos pero legales o porque existen factores como la comunidad jurídica o la opinión pública que espera un determinado sentido en el fallo.³⁵

Un segundo aspecto es, que si bien es cierto el juez experimenta restricción al emitir sus fallos y que puede traer como consecuencia un fallo que el propio juez no desea, no menos lo es que también puede acontecer lo contrario, es decir que ante la situación de confrontación entre la sentencia a la que desea llegar y el resultado que el Derecho parece indicar, el juez despliegue una labor argumentativa compleja que

³⁴ Ibidem. p. 81

³⁵ Rodríguez, Cesar. Estudio preliminar a: Kennedy, Duncan. Libertad y Restricción en la Decisión Judicial. Ob. cit. p. 107 y 126.

si bien puede fracasar, también puede desencadenar en la construcción de tesis jurídicas convincentes que funden y motiven satisfactoriamente la determinación requerida por el juez.

Múltiples estrategias propias del oficio judicial puede utilizar el juez para llegar a sus fallos tales como: a) la selección de las normas (reglas y principios) relevantes que pueden conducir a la solución deseada y el consecuente descarte de las normas que, aunque podrían ser pertinentes para el caso, llevarían al resultado que se quiere evitar; b) la utilización de precedentes que apoyen la decisión a la que se desea llegar, y la marginación de los que tienen el efecto contrario, y c) la construcción de argumentos de conveniencia pública que sustenten el fallo que se pretende alcanzar, y la refutación de los opuestos.

En este punto Kennedy nuevamente tiene una semejanza con lo señalado por Hart, en donde en su concepción de la determinaciones de los jueces distingue entre casos fáciles y casos difíciles. Los primeros como ya fue señalado en el capítulo III de la presente tesis, ocurren cuando existe una norma jurídica claramente aplicable a los hechos que se ponen a consideración del juez; en tanto que los casos difíciles tiene lugar cuando no existe una única regla que contemple los hechos o cuando la regla aplicable es de textura abierta.³⁶ y por lo tanto da lugar a diversas interpretaciones.

Para Hart, la discrecionalidad judicial no es sinónimo de arbitrariedad, no releva al juez de basar su decisión en razones generales; es consecuencia del carácter incompleto e imperfecto del ordenamiento jurídico como obra humana y es inevitable por no disponer de una escala o conjunto objetivo de valores extra – jurídicos que permita adoptar la única respuesta correcta para cada caso difícil.

³⁶ Véase Capítulo III “ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO (CRITICAL LEGAL STUDIES)” apartado 3.3.4 “TEXTURA ABIERTA DE LAS NORMAS” de la presente tesis. p. 98.

El juez, al resolver casos cuya única respuesta correcta no está determinada por la ley, debe justificar su decisión mediante razones generales (principios), decidiendo como lo haría un legislador consciente, de conformidad con sus propias creencias y valores.

Pero cuales serían las diferencias que podríamos observar con Kennedy; la distinción que hace Hart de los casos fáciles o difíciles la hace a partir de las normas y no de la experiencia de los jueces como lo señala Kennedy, así podríamos decir que la dificultad o facilidad de los casos estarían determinados incluso antes de que el juez enfrente los hechos que ponen a su consideración.

El análisis que hace Kennedy de la decisión judicial lo hace a partir de la experiencia específica del juez (interno realista), por lo que la facilidad o dificultad de los casos dependerá de la experiencia concreta del juez para resolverlos, de esta forma no se tendrían casos intrínsecamente fáciles o difíciles porque podría haber un juicio difícil aunque exista una única regla clara que le sea aplicable, si el juez considera que el resultado al que conduce dicha regla es abiertamente injusto.

De la misma manera un caso puede ser fácil pero precisamente porque no existe una norma aplicable exactamente y esto facilita la actuación del juez quien puede llegar sin inconvenientes al fallo que requiere ya que el material jurídico con el que cuenta es maleable e incierto lo que aprovecha para llegar al fallo que determine.

En consecuencia, podremos concluir que los principios legales que señala Hart, no excluyen la discrecionalidad judicial sino por el contrario, presuponen su existencia, al dirigen y las guían. Solo si para todos los casos hubiera siempre en el Derecho existente un conjunto único de principios de orden superior que señalaran las reglas a seguir en caso de principios contrapuestos, se estaría eliminando el proceso creador de la decisión judicial.

Por último, si del resultado de todo lo antes dicho podríamos concluir validamente o por lo menos con cierto grado de razón por las inconsistencias que encontramos constantemente en los fallos judiciales, que los jueces al emitir sus fallos interpretan las norma a partir de factores, que en algunos casos son meramente discrecionales y en otros son fundamentados en razones de convivencia pública y que Kennedy los llama motivos ideológicos, Hart textura abierta de las normas y Dworkin principios, ¿porqué esconder estos motivos?.

Los jueces redactan invariablemente sus fallos en el lenguaje tradicional de la neutralidad, pero los motivos ideológicos, la textura abierta y los principios jurídicos son en algunos la única respuesta para entender el sentido de alguno de sus fallos.

Kennedy sostiene que la ocultación es una parte esencial de la adjudicación en las democracias contemporáneas. Los jueces niegan la influencia de la ideología no sólo porque ésta es la conducta impuesta por la tradición jurídica, sino porque dicha conducta sirve para soslayar un conflicto inherente a la función judicial, entre la misión general encomendada al juez de hacer justicia y el deber de éste de acatar las normas positivas vigentes.

Es innegable que el ideal de justicia y el respeto a la legalidad entran en conflicto siempre que las normas positivas parecen dictar un resultado injusto ya sea porque como lo señala Kennedy, el Derecho atiende a principios contradictorios, o como lo señala Hart que por las propias limitaciones del lenguaje las normas no comprenden la totalidad de los conflictos que puede tener una sociedad o como lo señala el mismo Dworkin que se empeña en afirmar la plenitud del orden jurídico pero que solo se puede entender si se complementa con principios jurídicos.

Podemos encontrar decisiones judiciales en donde el juez percibe una brecha entre lo que él considera justo y lo que dicta el Derecho, se puede encontrar una situación de dilema en sus decisiones que se encuentra restringido por normas principio o

precedentes, pero siempre libre de escoger lo que a su criterio mejor se adecue a su decisión

De acuerdo con Kennedy, el juez es completamente consciente de esta situación, hasta el punto que su ocultación bajo la retórica de la neutralidad del fallo y su práctica es la única salida para el juez, dado que los costos personales de reconocer abiertamente la influencia de la ideología, o simplemente renunciar al caso o al cargo, parecen muy altos.

CONCLUSIONES

1.- El objetivo central de la presente tesis fue un estudio y análisis de la Decisión Judicial, es decir la aplicación del derecho por parte de los jueces, tomando en consideración el carácter objetivo o subjetivo de la interpretación jurídica y el valor de los métodos alternativos de interpretación.

2.- Las diversas posibilidades de explicar el anterior planteamiento se analizó a partir de dos corrientes de pensamiento: 1) las teorías que afirman la coherencia del Derecho y la neutralidad judicial, representadas por el H. L. A. Hart y Ronald Dworkin (Teorías Constructivistas) y 2) las que surgen en contraposición a estas y que en su conjunto y en una forma muy general cuestionan la coherencia del Derecho y la neutralidad de los jueces al emitir sus fallos, representadas por el Realismo Norteamericano y los Estudios Críticos del Derecho (Teorías Críticas).

3.- A lo largo del presente trabajo se definió y analizó lo que es la interpretación jurídica y las principales escuelas de interpretación; se estudió y desarrolló el Realismo Norteamericano respecto a la aplicación Jurisdiccional del Derecho y la interpretación de la norma jurídica, como uno de los principales antecedentes de los Estudios Críticos del Derecho; se estudió las teorías que afirman la coherencia del derecho y la neutralidad judicial, en específico las desarrolladas por los autores H. L. A. HART y RONALD DWORKIN y se estableció el significado y desarrollo de los Estudios Críticos del Derecho, sus objetivos, la crítica que hace a las contradicciones, a la coherencia y a la neutralidad del Derecho y por último, se reflexionó en torno a la crítica que hace a la Decisión Judicial Duncan Kennedy.

4.- Así las cosas la palabra interpretación en el Derecho Romano tenía un matiz práctico y técnico ya que el “interpes” era quien en un conflicto intervenía para alcanzar un entendimiento, de ahí que el término era una actividad consistente en llevar una negociación y también el resultado de la misma, es decir el interpretor era un negociador, quien buscaba y proponía una solución para el caso y el resultado de

dicha solución era la interpretación en sí misma; por lo que el vocablo interpretar puede denotar bien un actividad o bien el resultado o producto de esa actividad.

5.- El juez interpreta el hecho que se le plantea en un caso concreto a efecto de atribuirle un sentido jurídico y una explicación suficiente mediante la aplicación de normas jurídicas que también tiene que interpretar y de esa forma provocar que los participantes en el conflicto lleven a cabo ciertos actos que pongan fin al conflicto, en suma, el derecho busca interpretar textos legales y situaciones de hecho a efecto de aplicar normas jurídicas y así producir conductas y nuevos estados de las cosas.

6.- Al estudiar el tema de la interpretación jurídica se deben tomar en cuenta las situaciones que se pueden presentar al interpretar una norma y aplicarla a un caso concreto; como lo sería que existieran dos normas que aparentemente se pudieran aplicar al mismo hecho en cuestión: la relación entre una situación de hecho y la norma que se aplique; y la relación entre una situación dada y la nueva situación que se produzca mediante la actividad interpretativa. Tal complejidad de relaciones nos da como resultado que la teoría de la interpretación en Derecho sea desde siempre un terreno polémico donde no existe un solo argumento que de una suficiente claridad en el tema.

7.- La interpretación jurídica pertenece al género de interpretación textual y es la actividad de averiguar o decidir el significado de algún documento o texto jurídico o bien el resultado o producto de esa actividad o sea el significado mismo; siempre y cuando el texto a interpretar presente alguna situación dudosa; asimismo el lenguaje es primordial para la teoría y la práctica del Derecho, los derechos positivos aparecen bajo una formulación lingüística por lo que se estará sujeto al problema del lenguaje y los límites de expresión.

8.- Al atribuirle significado a un determinado texto jurídico nos enfrentamos ante dos circunstancias: la riqueza de nuestro lenguaje el emitir un texto que alcance una mayor claridad; y el significado del texto original y los criterios internos que tenemos

para darle ése significado. Al interpretar textualmente una norma debemos ser equivalentes tanto en su extensión como en su intención.

9.- En la práctica una norma jurídica esta sujeta a múltiples interpretaciones literales que varían según los intereses del intérprete y sus recursos tanto expresivos como jurídicos. La problemática de la interpretación literal de la ley radica cuando se va más allá de la intención del texto original, lo que hace que el mensaje legislativo se diluya con cada interpretación.

10.- La Escuela de la Exégesis descansa en el culto al texto de la ley y en descubrir la intención del autor de la ley. Considera a la norma como algo perfecto y estático, por lo que toda controversia debe necesariamente encontrar la respuesta en los textos legales y al juez le corresponde una función silogística y mecánica de aplicación de la ley.

11.- El método exegético de interpretación a pesar de su aparente irracionalidad es uno de los métodos más persistentes y al que más tenazmente se han adherido algunos juristas y aunque abiertamente se repudie, es normal utilizarlo en un trabajo puramente dogmático de procesamiento teórico de un texto legal o cuando se ven trabados por algún inconveniente en una interpretación práctica.

12.- La escuela de la exégesis muestra claras inconsistencias ya que no podemos concebir al legislador como infalible; toda vez que la complejidad de las relaciones humanas a las que pretende regular es cambiante y diversa. Asimismo no es posible asignarle al juez una función mecánica y silogística en la aplicación de las normas ya que no se puede reducir al Derecho a la simple manifestación escrita de la Ley, es imposible que una norma contenga todas las hipótesis potenciales de una sociedad compleja y cambiante; la función mecánica del Derecho lleva innegablemente a fallos injustos y a algunos incoherentes.

13.- La Escuela Histórico Alemana señala que el Derecho es creado por las costumbres y creencias populares y no puede ser depositado en un libro solemne ni puede ser confiado a la custodia de un limitado grupo de personas, por lo que recurre al método histórico aplicado a la jurisprudencia para encontrar la raíz de la doctrina jurídica y descubrir su principio orgánico,

14.- La jurisprudencia de intereses de la Escuela Alemana señala que algunas leyes al confrontarse con hechos sociales variados y complejos por momentos pueden aparecer como incompletas, inadecuadas y un tanto contradictorias, por lo que no se puede esperar una obediencia literal de las normas por parte de los jueces, sino que aporta criterios axiológicos en los que la ley se inspiró y los lleva al caso concreto con lo que se entrega la posibilidad de crear nuevas normas.

15.- Las teorías Constructivistas del Derecho consideran a los ordenamientos jurídicos como sistemas armónicos y completos; refiriendo la interpretación y aplicación judicial de las normas que lo integran como una actividad técnica y neutral. Estas teorías representan el prototipo dominante en el medio académico y en la práctica social y para efectos del presente trabajo de tesis se consideró representadas primordialmente, por el Inglés H. L. A. Hart y el norteamericano Ronald Dworkin.

16.- Para Hart el Derecho de una comunidad es un conjunto de normas especiales usadas directa o indirectamente por la comunidad con el propósito de determinar que comportamiento será castigado o sometido a coerción por los poderes públicos, las normas de referencia las identifica a partir de su origen y no de su poder de coerción. Esta norma de origen la llama Regla de Reconocimiento.

17.- Hart reconoce y señala que la precisión del lenguaje jurídico es limitada y su vaguedad se acentúa en el campo de las reglas jurídicas, las cuales son generales y nunca van dirigidas a una persona o hecho en particular, lo cual provoca un límite inherente en la naturaleza del lenguaje; asimismo reconoce que existen normas que

se aplican automáticamente a casos concretos de una forma silogística pero existen casos en los que no es clara la norma aplicable por lo que hace la división entre casos fáciles y difíciles.

18.- En los casos difíciles el juez cuenta con una discrecionalidad para escoger la interpretación que considere más apropiada. Hart justifica las normas de textura abierta a partir de las limitaciones del lenguaje y de que existen áreas de conducta que por su complejidad deben dejarse para que sean desarrolladas por los tribunales o por los funcionarios a la luz de las circunstancias del caso concreto.

19.- Con la textura abierta de las normas, Hart pretende cubrir la necesidad de que existan reglas ciertas que regulen a los individuos y la necesidad de dejar abiertos ciertos asuntos para que puedan definirse adecuadamente sólo en cada caso concreto, resolviendo de esta forma la incertidumbre que puede causar un ordenamiento jurídico y sus inherentes limitaciones, lo que resulta un tanto contradictorio ya que por sí mismo las normas de textura abierta conllevan un cierto grado de incertidumbre.

20.- Hart reconoce facultades discrecionales a los jueces para determinar en casos en donde la norma no es clara, lo llama textura abierta de las normas, por lo que presenta diversas inconsistencias para defender la certidumbre de un ordenamiento jurídico, la primera su llamada textura abierta de las normas que deja al juez con una discrecionalidad para escoger la interpretación que considere más apropiada y en segundo lugar deja toda la carga de los criterios de validez de un ordenamiento jurídico a una Regla que llama de Reconocimiento.

21.- Dworkin no reconoce poderes discrecionales a los jueces ya que la plenitud del orden jurídico permite solucionar casos fáciles o difíciles; en el orden jurídico existen principios y reglas: las reglas son las normas jurídicas como tal; y los principios son normas generales que no se aplican de manera inmediata como las normas dadas

que su aplicación requiere usualmente de la ponderación de otros principios encontrados.

22.- Dworkin afirma que los jueces solo pueden basar sus decisiones en normas y principios; los argumentos de conveniencia pública son característicos única y exclusivamente de la función legislativa, en donde vemos claramente la división de poderes en una nación, la distinción entre lo jurídico y lo político y entre la aplicación y la creación de normas.

23.- Cualquier caso fácil o difícil para Dworkin se puede resolver a la luz del Derecho, ya sea por medio de normas jurídicas exactamente aplicables al caso de referencia o por la aplicación de principios jurídicos que pongan fin a una disputa, por lo que sutilmente pretende introducir valores y principios como aquellos que darán certeza y plenitud a un orden jurídico, pretende garantizar la plenitud del orden jurídico por medio de los principios.

24.- El modelo de decisión jurídica de Dworkin es bastante complejo, coloca junto a las normas jurídicas propiamente dichas, pautas o índices intelectuales que llama principios que harán posible dar una única solución correcta a cada caso; el problema de este modelo es que resulta inquietante el hacer depender en última instancia la solución a los casos difíciles de cierto tipo de fuentes ajenas, estrictamente hablando del Derecho.

25.- En contraposición a las teorías Constructivistas surgen las teorías Críticas que entienden el Derecho como un conjunto de normas que tienen un sinúmero de posibilidades de aplicación y que se encuentran en tensión permanente debido a que protegen simultáneamente intereses de grupos opuestos, por lo que existe un carácter subjetivo en la aplicación del Derecho. Estas teorías representan una cultura jurídica alterna y minoritaria dentro y fuera de las facultades de derecho y para efectos del presente trabajo de tesis se consideró representadas primordialmente por el Realismo Norteamericano y los Estudios Críticos del Derecho.

26.- El movimiento realista norteamericano constituye una teoría que pone en tela de juicio la pretendida objetividad y coherencia del Derecho; critican la dogmática y teorías dominantes que insistían en la separación clara entre la creación del Derecho, de competencia del legislador y la aplicación del mismo, de competencia del juez, insistiendo en el carácter indeterminado e incompleto del Derecho y en la consecuente incidencia en la decisión judicial de factores extra jurídicos como: argumentos de convivencia pública, posición ideológica del juez y presión de la opinión pública.

27.- Para los realistas la adjudicación es un escenario al que se extienden los conflictos sociales y políticos entre personas y grupos opuestos, cuya solución es una creación del juez, antes que sea el resultado de la aplicación deductiva de las normas jurídicas con lo que se pierde la distinción entre creación y aplicación del orden jurídico y entre Política y Derecho.

28.- Los realistas buscan determinar el Derecho efectivamente real sin que consideren como Derecho real el que aparece declarado en los códigos, ni tampoco aquel que los jueces declaran como base en sus fallos, sino que de hecho es lo que los jueces hacen efectivamente cuando emiten sus fallos.

29.- Los realistas señalan que sobre los jueces influyen factores como su educación jurídica, sus vínculos familiares y personales, su posición económica y social, su experiencia política y judicial con lo que tenemos un amplio rango de incertidumbre y lo único, que en alguna medida podría contrarrestar la incertidumbre de todos estos factores en la valoración de una norma determinada, sería la disposición de los jueces que tuvieran para tener plena conciencia de esos factores y así poder distinguirlos del verdadero sentido de una norma.

30.- El Derecho en ocasiones se ve impedido para solucionar contradicciones jurídicas que generan los tribunales, ya que la sentencia que absuelve como la que condena, contienen fundamentos y motivos jurídicos suficientes como para

considerarlas válidas, (sentencia de primera instancia y la de apelación) y sólo una interpretación alternativa que observe lo que realmente sucede y no limitarse a analizar el texto del fallo, sino realizar una interpretación crítica del fallo que de cuenta de los intereses ideológicos en juego, permitirá explicar satisfactoriamente los cambios de sentido de una autoridad judicial a otra.

31.- No es posible hablar de una actividad silogística del juez al momento de emitir sus fallos ya que las reglas jurídicas no pueden ser juzgadas desde el punto de vista de verdad o falsedad, deben ser enjuiciadas desde otras perspectivas como lo es la justicia, la dignidad de las personas, criterios de libertad, entre otros.

32.- Existen normas en que aparentemente su aplicación es objetiva e innegable pero al momento de reproducirlas en la sociedad a la que va dirigida, se hacen complejas y se observa como chocan unos principios con otros (un fallo legal pero injusto).

33.- Las hipótesis normativas, no son enunciados de ideas con validez intrínseca como lo podrían ser las operaciones matemáticas; las normas regulan conductas humanas complejas e impredecibles, por lo que poner criterios fatales de validez llevaría a fallos injustos e incoherentes. El método lógico de aplicación de las normas tiene una función limitada y relativa.

34.- Los Estudios Críticos del Derecho es una corriente de pensamiento constituida por una red de trabajos que hacen crítica de objetos específicos del Derecho y no obstante la heterogeneidad de los trabajos tienen en común criticar la dogmática y las teorías dominantes en el Derecho y buscan poner al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y de los juristas, que al momento de emitir sus fallos revelan sentidos políticos y sociales propios que dejan la interpretación de las normas jurídicas en parámetros inciertos. Enfatizan la indeterminación del lenguaje jurídico y la discrecionalidad del intérprete.

35.- La crítica que hace Duncan Kennedy a la decisión judicial tiene como propósito central, mostrar las inconsistencias internas de las teorías que afirman la neutralidad con la que proceden los jueces al emitir sus fallos y de esta forma poner en entredicho a las teorías constructivistas que pretenden distinguir entre la actividad legislativa y la actividad judicial.

36.- Duncan Kennedy subraya la mezcla inevitable entre legislación y actividad judicial, entre Derecho y Política, sostiene el carácter ideológico de la decisión y muestra los efectos políticos de la labor de los jueces. Afirma que el Derecho mantiene el statu quo o sociedad dominante en un sistema a partir del discurso de neutralidad y la coherencia del Derecho.

37.- La sociedad estará tranquila siempre y cuando tenga un discurso jurídico de neutralidad y de coherencia, no obstante que sea aparente, que solo las decisiones y las interpretaciones jurídicas favorezcan a un determinado estrato social. El Estado de Derecho es uno de los discursos mas usados por los políticos para mantener las cosas en el estado en que están (desigualdad, inequidad y rezago social).

38. El análisis que hace Kennedy a la decisión judicial nos ofrece un enfoque de interpretación del Derecho, con la que podríamos explicar algunas inconsistencias y contradicciones que inevitablemente encontramos en el Derecho en determinaciones que toman los jueces ya que a partir de las mismas normas y los mismos hechos los resultados pueden cambiar de sujeto a sujeto.

39.- Duncan Kennedy pretende mostrar como el Derecho privado está inspirado en dos corrientes éticas, políticas y económicas opuestas: el individualismo y el altruismo, lo que nos hace pensar que el Derecho está comprometido en polos opuestos que según Kennedy son irreconciliables y que explican claramente los conflictos en los materiales jurídico positivos que son resultado de esas contradicciones; así tenemos los intereses de los trabajadores en pugna con los

intereses de los patrones en el Derecho Laboral o las garantías individuales y los derechos sociales en Derecho Constitucional.

40.- Duncan Kennedy señala una clara imposibilidad de neutralidad de los jueces al emitir sus fallos, toda vez que las normas que interpretan por si mismas desprenden un dilema que tendrá que decidir el juzgador a partir de criterios que van mas allá de la norma ya que existe una contradicción intrínseca de los intereses que al mismo tiempo protege el Derecho. De acuerdo con Kennedy, si el derecho es radicalmente contradictorio, entonces el juez simplemente no tiene forma alguna de ser neutral.

41.- Kennedy afirma que existe una influencia de lo político en la decisión judicial, ya que existe una presencia permanente de la ideología en la aplicación del Derecho, asimismo señala que el vehículo concreto que introduce constantemente la ideología política en la decisión judicial es la utilización cotidiana de argumentos de conveniencia pública.

42.- Kennedy señala que los jueces primero deciden el fallo al que quieren llegar y después buscan en normas jurídicas, principios o argumentos de convivencia pública, los fundamentos para justificarla.

43.- Las teorías Constructivistas encuentran su principal crítica al observar el carácter político de las decisiones judiciales, lo que trasciende en el ámbito de la propia organización de poderes de un Estado al señalar que un juez puede legislar al momento de interpretar una norma y llegar más allá del contenido de esta y modificarla en su alcance hasta el extremo de poder observar ya una nueva.

44.- Kennedy señala que la ideología pretende mantener una determinada jerarquía social y que esta pretensión inicia desde la instrucción académica jurídica, señala que la lucha ideológica se extiende en el ámbito del Derecho ya que la definición de las reglas jurídicas es uno de los campos de batalla fundamentales entre ideologías opuestas, así tendremos ideologías que pugnen por una política de gobierno estricta

e intervencionista y otra que busque la menor intervención del Estado, lo que tendría que verse reflejado en normas que atiendan a tales requerimientos.

45.- El Derecho por si mismo, en algunos casos no encuentra respuesta a sus aparentes inconsistencias ya que tanto una sentencia que absuelve, como la que condena a un mismo sujeto (primera y segunda instancia), contienen fundamentos y motivos jurídicos suficientes como para considerarlas jurídicamente válidas; es incuestionable la existencia de fallos que tutelan los mismos principios pero sin los mismos resultados.

46.- Ante tales inconsistencias, es insostenible actualmente señalar a la función judicial como una actividad silogística, debido a mi consideración a dos factores: el primero a las limitaciones del lenguaje ya que resulta imposible plasmar en un acervo de códigos y leyes hipótesis normativas bastas y suficientes que no dejen resquicio alguno a duda respecto a las conductas a las que van dirigidas, lo anterior no quiere decir que las normas, sean innecesarias o carezcan de toda influencia, al contrario considero que son necesarias e imprescindibles para mantener un cierto grado de certidumbre y propiciar una adecuada vida en sociedad, pero sugerir que son la única fuente del origen de las decisiones judiciales es limitar al Derecho a un conjunto de normas que se aplican mecánicamente a conductas complejas y cambiantes.

47.- El segundo gran factor es que el Derecho y la sociedad se hallan en una constante fluidez y por lo tanto las reglas generales comprenden un conjunto de posibilidades que establecen consecuencias jurídicas, pero no todas esas hipótesis normativas podrán comprender todas y cada una de las conductas posibles en sociedad, es una situación evidente y que no se puede pasar por alto, la sociedad cambia día a día, lo que nos dan la pauta para buscar nuevas y mejores explicaciones a los problemas que se le plantean al Derecho.

48.- Es necesaria una interpretación alternativa para observar lo que realmente sucede en los fallos judiciales, y no limitarse a analizar el texto del fallo, sino realizar una interpretación crítica del fallo que de cuenta de los intereses ideológicos en juego, ir más allá de lo que dice el texto de la sentencia y sólo así explicar como un Tribunal puede declarar inocente a una persona, después de que dos instancias anteriores lo consideraron culpable en estricto apego al Derecho, el conocer estas verdaderas causas, nos llevara a emitir argumentos jurídicos más justos y acordes a nuestra sociedad.

49.- Mediante los Estudios Críticos podemos reconocer y estudiar los factores que influyen en la decisión judicial; así también ponen de manifiesto las inconsistencias de la teoría jurídica tradicional y el trabajo subjetivo en la interpretación con lo que podemos observar como el Derecho se revela como un instrumento de poder que el juez usa como interpretación racional.

50.- Los Estudios Críticos del Derecho es quizá unos de los movimientos menos conocidos en América Latina que no marca una teoría única, pero si advierte nuevos contenidos del Derecho que desprenden un sinúmero de posibilidades que hacen que el Derecho evolucione con su sociedad.

51.- Los Estudios Críticos del Derecho en general se han esforzado en poner en claro las injusticias y el descontento que genera el Derecho contemporáneo; el señalamiento es útil desde el punto de vista que no nos deja tranquilos con el actual ordenamiento que tenemos lo que nos hace reflexionar para mejorar.

52.- Las contradicciones en el Derecho son evidentes, desgraciadamente existe un planteamiento por lo menos complejo y que causa conflicto entre individuos y sociedad pero sólo reconociéndolas y analizándolas se podrán llegar a ordenamientos jurídicos más justos y equitativos que reflejen las verdaderas necesidades de la sociedad a la que va dirigida

53.- La función judicial es compleja y por si misma tiene un conflicto y una misión de hacer justicia y dar certidumbre aplicando las normas positivas vigentes, solo un argumento legalista nos hace llegar a esos ideales sociales, pero el reconocer que factores que van más allá de la norma influyen en su interpretación y aplicación, no tendría que disminuir ese grado de certidumbre, al contrario ayudaría a emitir fallos más justos, reales y acordes a una sociedad cambiante.

54.- Las teorías que sustentaron la practica jurídica durante años están en franco proceso de crítica y reformulación. Las ideas positivistas del Derecho se han visto rebasadas por las sociedades que están en constante cambio. Demandas teóricas exigen innovar en los esquemas interpretativos, redefinir los principales valores jurídicos y replantear las tradicionales concepciones del Derecho.

55.- El Derecho es un fenómeno social importante e imprescindible por su contenido de organización y que tiene la capacidad para consolidar un régimen incluyente y justo, es indiscutible que tenga esa capacidad pero también es innegable que actualmente tiene una serie de inconsistencias que hacen buscar alternativas para su comprensión.

56.- Toman mayor significado las clases de Filosofía del Derecho que necesariamente responden a las interrogantes que el Derecho positivo no ha podido responder; la teoría del Derecho ya no es solamente una exposición acerca de símbolos, prácticas y textos que señalan el mundo del ser y del deber ser, sin dejar margen de error o de cualquier otra posibilidad.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Arango, Rodolfo. ¿Hay respuestas correctas en el Derecho?. Biblioteca Universitaria. Ciencias Sociales y Humanidades. Filosofía del Derecho, Siglo del Hombre Editores, Ediciones Unidas. Bogota, Colombia. 1999.
- 2.- Barragan, Julia. Universidad Central de Venezuela. “La Decisión Judicial y la Información”. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. La Biblioteca de las culturas hispánicas.
- 3.- Bravo Valdez, Beatriz y Bravo Gonzalez, Agustin. Derecho Romano Segundo Curso, 10ª edición. Edit. Porrúa. México. 1984.
- 4.- Calsamiglia, Albert “La retórica de Crítical Legal Studies. Impresiones de un Lector Español”. Doxa 11 1992. p. 302. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. La Biblioteca de las culturas hispánicas.
- 5.- Cardozo, Benjamin N. La Naturaleza de la Función Judicial, Ediciones Arayo, Buenos Aires, 1955.
- 6.- Cisneros Farías, Germán, La Interpretación de la Ley, Editorial Trillas. México. 2001.
- 7.- Diccionario de la Real Academia Española. 23ª Edición.
- 8.- Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo I. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M. www/bibliojuridica.org/.
- 9.- Dworkin, Ronald. Los Derechos en Serio. Editorial Ariel, S.A., Barcelona 2ª edición 1989.

- 10.- Frank, Jerome. Derecho e Incertidumbre. Biblioteca de Etica, Filosofía del Derecho y Política. Dirigida por Ernesto Garzón Valdés y Rodolfo Vázquez. 1991.
- 11.- Fitzpatrick, Peter “La Mitología del Derecho Moderno”. Siglo veintiuno editores. 1998. México.
- 12.- Garzón Valdez, Ernesto y Laporta, Francisco J, (Edición). El Derecho y la Justicia, Enciclopedia Ibero Americana de Filosofía. Madrid, Trotta. 1990.
- 13.- H. L. A. Hart. El Concepto de Derecho, traducción de Genaro R. Carrio Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.
- 14.- H. L.A. Hart. Post scríptum al concepto de Derecho. Penelope A. Bulloch y Joseph Raz, Editores. Rolando Tamayo y Salmorán, estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía.
- 15.- Kennedy, Duncan. “La Educación Legal Como Preparación para la Jerarquía”. Publicado en español en COURTIS,C. (Comp.), Desde otra mirada, Buenos Aires, Eudeba, 2000. Traducida por María Luisa Piqué y Christina Courtis. <http://www.duncankennedy.net>.
- 16.- Kennedy, Duncan. Crítica a la Adjudicación. Cambridge, Harvad University Press, 1997, (traducción Cesar Rodríguez).
- 17.- Kennedy, Duncan, “Nota sobre la Historia de CLS en los Estados Unidos”. Doxa 11 1992. p. 283. <http://www.duncankennedy.net>.
- 18.- Lecturas de Filosofía del Derecho II. Selección e Introducción por Mag. Lic. Saturnino Agüero Aguirre. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Lectura: El Movimiento del “Realismo Jurídico” Norteamericano.

19.- Margadant, S. Guillermo Floris. El Derecho Privado Romano. 2ª edición. Edit. Esfinge. México D.F. 1965.

20.- Pérez, Lledo Juan A., (1995) "Crítica Legal Studies" y el Comunitarismo: Doxa 17-18. p. 139. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. La Biblioteca de las culturas hispánicas.

21.- Recasens Siches, Luis. Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, Editorial Porrúa, 2ª edición 1973.

22.- Recasens Siches, Luis. Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX. Segundo tomo, 1ª edición, Editorial Porrúa, México 1963.

23.- Riddall, J. G. Teoría del Derecho, Editorial Gedisa, primera edición 1999 Barcelona.

24.- Rodríguez, Cesar. Estudio preliminar a: Kennedy, Duncan. Libertad y Restricción en la Decisión Judicial. Biblioteca Universitaria, Ciencias Sociales y Humanidades, Siglo del Hombre Editores, 1999.

25.- Rodríguez, Cesar. Estudio preliminar a: La Decisión Judicial, El debate HART – DWORKIN. Biblioteca Universitaria, Ciencias Sociales y Humanidades, Siglo del Hombre Editores, 1999.

26.- Sánchez Díaz, Felix Francisco. Decisión Judicial y Ciencia Jurídica, La propuesta de Karl. N. Llewellyn. Colección Crítica del Derecho. Granada. 2002.

27.- Sánchez Vázquez, Rafael. Metodología de la Ciencia del Derecho. 5ª edición. Edit. Porrúa, México 2001.

28.- Silva, Tonche David. (compilador). Materiales para un curso sobre Teoría Jurídica Contemporánea. Colegio de Ciencias y Humanidades, Julio 2000, Juan Pérez Lledó "Teorías Críticas del Derecho".

29.- Tamayo y Salmorán, Rolando. Elementos para una Teoría General del Derecho. 1ª edición. Edit. Themis. México. 1992.

30.- Vázquez, Rodolfo. (compilador) La Interpretación Jurídica y Decisión Judicial, Doctrina Jurídica Contemporánea. Edit. Fontamara. 2ª edición, 2002.

31.- Vedross, Alfred. La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental. Visión panorámica desde sus fundamentos y sus principales problemas. Traducción Mario de la Cueva. Centro de Estudios Filosóficos de la U.N.A.M. 1962.