



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

*EL DESARROLLO DE ESTRATEGIAS ARGUMENTATIVAS EN LA
PERSPECTIVA CRÍTICA DE DUNCAN KENNEDY*

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE

MAESTRA EN DERECHO

PRESENTA:

LICENCIADA YVONNE GEORGINA TOVAR SILVA

ASESOR: DR JORGE ROBLES VÁZQUEZ
Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM



MÉXICO, D.F.

NOVIEMBRE 2012



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 Dios bondadoso, por sus infinitas bendiciones que me prodiga en cada momento de mi vida. Gracias por permitirme concluir mis estudios y por bendecirme con una bonita familia y por las valiosas personas que ha puesto en mi camino.

A mis queridos madre, padre y hermana, que han sido un gran ejemplo a seguir, y a quienes les guardo mi más grande admiración por su bondad y generosidad, así como por la responsabilidad, dedicación y profesionalismo con que desempeñan su trabajo diario. En infinito agradecimiento por el gran cariño y protección que siempre me han dado, que me impulsan a seguir adelante.

A mis apreciados familiares, quienes en todo momento me han alentado en mi superación, con sus consejos y muestras de afecto. Les dedico este trabajo por todo lo que significan en mi vida. Con particular agradecimiento a mi abuelita y a mi tío Raúl, por su cuidado y protección.

A la Universidad Nacional Autónoma de México por abrirme las puertas al conocimiento.

Al Dr. Jorge Robles Vázquez, con profunda admiración y respeto, por ser un excelente profesor, dedicado al estudio y ampliamente comprometido con la formación de juristas. Mi más sincero agradecimiento por su apoyo y motivación que me ha dado a lo largo de mis estudios de Licenciatura y Maestría en Derecho, así como la transmisión de sus sólidos y vastos conocimientos en la Filosofía del Derecho que han inspirado la realización de la presente investigación.

A mis profesores por su esfuerzo constante y su vocación de transmitir el saber como compromiso indeclinable en favor de nuestra máxima casa de estudios

A los licenciados Ricardo Carrillo, Jorge Mario Magallón Gómez, Elvia Fuentes, Alejandro Toral, María Teresa Cantú y Luz María Tamés, en reconocimiento a sus enseñanzas en el ámbito laboral. Les agradezco el invaluable apoyo, confianza y paciencia en mi trayectoria profesional. Asimismo, agradezco a quienes han sido mis compañeros de trabajo, Erik, Paty, Arita y la sra. Ángeles, por su valiosa amistad.

Al Dr. Martín Granados García y al P. José Ángel Fernández Martín, quienes han estado al cuidado de mi salud, con el profesionalismo y dedicación que les caracteriza.

A mis amigos, por la comprensión y amabilidad que me han brindado.

*“¿Hasta cuándo juzgarán inicua-
mente y mantendrán miramientos con los malos?
Dénle el favor al débil y al huérfano,
hagan justicia al que sufre y al pobre;
si los ven tan débiles e indigentes,
sálvenlos de las manos de los impíos.”*

Sal. 82,2-4

ÍNDICE

PÁGINA

INTRODUCCIÓN	1
---------------------------	----------

CAPÍTULO PRIMERO

EL PENSAMIENTO DE DUNCAN KENNEDY EN EL CONTEXTO DE LOS ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO

I. PANORAMA GENERAL	5
II. LOS ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO: LA COMPRENSIÓN DEL DERECHO DESDE LA IZQUIERDA	7
1. La turbulenta y fragmentada década de los sesenta en los Estados Unidos de América: El inicio del Movimiento de los Estudios Críticos del Derecho.....	8
2. Tras las huellas de la llamada “Mafia Radical de la Facultad de Derecho de Yale en el Exilio”	14
3. El sentido de la crítica en la corriente de los Estudios Críticos del Derecho...	21
4. El legado: El análisis jurídico desde la perspectiva crítica	33
III. UN ESBOZO DE LA FIGURA DE DUNCAN KENNEDY.....	38

CAPÍTULO SEGUNDO

LA DECISIÓN JUDICIAL: MÁS ALLÁ DE LAS NORMAS Y PRINCIPIOS JURÍDICOS

I. CONSIDERACIONES INICIALES	43
II. LA SUGERENCIA DE TOMAR LA IDEOLOGÍA EN SERIO EN LA PROPUESTA DE DUNCAN KENNEDY.....	46
1. Enunciación de la ideología como parte del comportamiento estratégico a seguir en la argumentación jurídica	46
2. La noción de ideología detrás de la negación de la cultura jurídica y política	48
3. El carácter decisorio de la adjudicación judicial en el campo de batalla de conflictos ideológicos	53

III.	LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA A PARTIR DE LOS PROYECTOS DEL JUZGADOR	57
1.	La libertad detrás de la retórica de la neutralidad y aplicación mecánica del derecho.....	57
2.	La dinámica de la subjetividad en la práctica de la argumentación jurídica	66
3.	La subjetividad del juzgador como elemento de análisis en la indeterminación del derecho.....	70

CAPÍTULO TERCERO

LA OPORTUNIDAD EN EL MATERIAL JURÍDICO: UNA APROXIMACIÓN A PARTIR DE SU UBICACIÓN CON LOS CONFLICTOS Y CONTRADICCIONES SOCIALES

I.	EL DERECHO COMO ESCENARIO DE LUCHA POR EL PODER	75
II.	LA BÚSQUEDA DEL MATERIAL JURÍDICO COMO SUSTENTO DE LA SENTENCIA DESEADA.....	81
1.	La restricción impuesta por la ley	82
A.	La sombra del compromiso alcanzado en la norma jurídica	89
a.	La interminable cantidad de conflictos en las normas jurídicas	92
b.	Las contradicciones implícitas en la noción de la norma jurídica (el método de los pares opuestos)	95
B.	El seguimiento incondicional de la ley como criterio de objetividad.....	102
2.	La restricción contenida en los precedentes	105
A.	Los mensajes de los precedentes	105
B.	Oportunidad de progreso ante el silencio de la ley y la jurisprudencia.....	108
3.	El inestable campo de los principios jurídicos	109
III.	LA LIMITACIÓN IMPUESTA POR FACTORES EXTRAJURÍDICOS.....	111
1.	Presiones políticas, económicas, sociales, culturales e históricas	111
2.	La opinión de la comunidad jurídica	112

CAPÍTULO CUARTO

LA PRÁCTICA ESTRATÉGICA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

I.	CONSIDERACIONES INICIALES	115
II.	LA LABOR ARGUMENTATIVA A PARTIR DE LOS OBJETIVOS DEL JUZGADOR	118
1.	Los argumentos jurídicos y procesos de razonamiento jurídico como parte del Derecho	118
2.	La decisión judicial a partir de los proyectos vitales del juzgador	121
A.	Determinación de la sentencia deseada como pretensión en el proceso argumentativo	121

B.	Intento por superar la primera impresión o idea inicial de lo que la ley exige, demanda u ordena	127
C.	Aproximación intencional del juzgador con el material jurídico y las actitudes a enfrentar	129
3.	Creatividad y precisión en el seguimiento de estrategias jurídicas:	
	Una aproximación al ataque frontal a la regla jurídica	132
A.	El Razonamiento Jurídico	137
B.	La dinámica de la argumentación jurídica	138
C.	El empleo de las estrategias jurídicas	146
a.	El trabajo jurídico en el seguimiento de las metas del juzgador	146
b.	Niveles de actuación de las estrategias jurídicas	148
c.	La invocación de argumentos jurídicos verosímiles	152
d.	El campo jurídico en el contexto de la argumentación jurídica	154
i.	Apreciación del campo jurídico	154
ii.	Transformación del caso en la búsqueda de caminos alternativos..	162
iii.	Reconfiguración del campo jurídico	170
III.	EN EL HORIZONTE DE LA SENTENCIA DESEADA	176
1.	La esencia de la argumentación jurídica como residuo fenomenológico	176
2.	Criterios de corrección del Derecho y su trascendencia en la decisión judicial ..	178
3.	Hacia una técnica con sentido social	180
	CONCLUSIONES	183
	FUENTES CONSULTADAS	189

INTRODUCCIÓN

La exigencia de la neutralidad e imparcialidad en el juzgador, pareciera ser suficiente para garantizar la resolución de conflictos con apego a derecho, al margen de cualquier tipo de presión o intereses extraños a las partes en controversia. Dichas exigencias encuentran su respaldo en el orden jurídico y en la doctrina jurídica misma, de suerte que frente a los inevitables desacuerdos y problemas que se gestan dentro de la sociedad, tendríamos la seguridad de que se restablecerá el orden, con la aplicación objetiva del derecho.

Sin embargo, ¿hasta qué grado la simple enunciación de buenos propósitos en la norma jurídica y en la doctrina jurídica es suficiente para impedir que el juzgador renuncie a sus apreciaciones, creencias, convicciones y valoraciones? ¿Hasta qué grado estamos bajo la apariencia e ilusión de un deber irrealizable de que el juzgador no favorezca algún interés o ideología de las partes en conflicto?

Ciertamente, parece difícil que la simple enunciación de la neutralidad en la norma jurídica, por sí misma sea suficiente para negar la ideología e intereses que defiende el juzgador. Incluso en el supuesto caso de que la norma jurídica, llegase a limitar la influencia de la ideología del juzgador, es imposible prescindir de la apreciación y evaluación de las normas y principios jurídicos para resolver un caso concreto, las cuales se quiera o no parten de una concepción ideológica concreta.

En este orden de ideas, tenemos que frente a las normas y principios jurídicos, e incluso frente al razonamiento jurídico como tal, es preciso agregar el análisis del ámbito subjetivo del juzgador, a efecto de valorar la incidencia de las apreciaciones, percepciones y valoraciones del operador jurídico en la aplicación del derecho a un caso concreto. Esta perspectiva, nos daría la posibilidad de explicar y describir al derecho desde lo que realmente acontece en la práctica jurídica cotidiana, y qué tan vulnerable puede resultar el derecho, a partir de las debilidades propias de los humanos encargados de su aplicación.

Así entonces, el objetivo de la presente investigación es exponer los alcances que tiene la subjetividad del juzgador en la determinación del resultado, y

analizar hasta qué punto las decisiones jurídicas, son tan sólo apariencias de la ideología del juzgador, oculta bajo los requerimientos de la racionalidad jurídica.

Ahora bien, si aceptamos la idea de que la subjetividad del juzgador incide en la adjudicación judicial, es evidente que se requiere de una serie de técnicas y razonamientos por virtud de las cuales el juzgador llegue a la sentencia deseada, con la debida justificación a través de las normas, principios y argumentos jurídicos, que genere un convencimiento en la comunidad, que es lo que constituyen las estrategias jurídicas.

Por lo anterior, la hipótesis rectora de la presente investigación es apreciar la argumentación jurídica como una actividad estratégica del juzgador tendiente a llegar a la sentencia deseada a partir del debido empleo del material y razonamientos jurídicos.

Para la demostración del enunciado anterior, es menester considerar como variable independiente la subjetividad del juzgador, a partir de la cual se generarán bien una serie de proyectos a seguir, bien un sentido de la justicia para llegar a una sentencia deseada. La variable dependiente es el empleo del material y razonamientos jurídicos, a los cuales el propio juzgador se encargará de atribuirles determinados significados, a efecto de que se ajusten a lo que indican sus proyectos vitales y su sentido de la justicia.

En el análisis del aspecto subjetivo del juzgador, valoraremos la trascendencia de la ideología, en tanto que ésta inspira un posible contenido material a la sentencia a la que se desea llegar, así como la aproximación del juzgador con el material jurídico. Por otra parte, el estudio del material jurídico, lo podremos contextualizar a partir de las contradicciones y problemática que subyace en su contenido, así como el poder normativo que éstos ejercen sobre el juzgador, y en qué sentido pueden restringir la sentencia a la que se desea llegar.

La vinculación del elemento subjetivo y del material jurídico lo encontramos en las estrategias jurídicas, que comprenden la reformulación de hechos y normas jurídicas y la reconfiguración del campo jurídico, sobre el cual actuará el juzgador.

Para abordar el tema, se ha estimado pertinente, recurrir a la corriente de los Estudios Críticos del Derecho, que nos invitan a considerar alternativas

distintas en torno a la reflexión del derecho, a partir de un contacto con la práctica jurídica cotidiana y la sociedad, con la cual se pretende poner al descubierto y censurar las creencias, prácticas e instituciones que reproducen las relaciones de desigualdad. A partir de dicha denuncia, se estima posible promover transformaciones jurídicas y culturales que aseguren una mayor equidad social.

Dentro de los Estudios Críticos del Derecho, analizaremos la perspectiva de la decisión judicial de Duncan Kennedy, quien la concibe en términos de la tensión generada entre la libertad para fijar la sentencia deseada y la restricción que impone la ley. En esta labor de comprensión de la subjetividad en la adjudicación judicial, recurriremos a algunos conceptos que nos brinda la fenomenología de Edmund Husserl, a efecto de valorar cómo es que el juzgador percibe, se aproxima y da sentido a los materiales jurídicos, y determinar si es posible llegar o no a la sentencia deseada.

Los conceptos a emplear para el análisis del desarrollo de estrategias jurídicas, a partir del marco teórico en cuestión, son el razonamiento jurídico, la argumentación jurídica, el trabajo jurídico y el campo jurídico, que nos permitirán comprender el marco en el cual actúa el juzgador. En el ámbito subjetivo, recurriremos a las nociones de ideología, aprehensión inicial y aproximación a las normas jurídicas.

La explicación del marco teórico-conceptual se basa en una investigación documental, que emplea el método descriptivo para explicar la incidencia de la subjetividad del juzgador en la decisión judicial.

Así entonces, en el Capítulo Primero, analizaremos el pensamiento de Duncan Kennedy en el contexto de los Estudios Críticos del Derecho. Sobre el particular, daremos una reseña acerca de la gestación y evolución del Movimiento de los Estudios Críticos del Derecho, así como del sentido de su crítica y defensa de valores que emprende esta Corriente. De igual modo, abordaremos las aportaciones de Duncan Kennedy a la crítica jurídica.

El Capítulo Segundo, tiene por objeto analizar la incidencia de la ideología en la decisión judicial, la cual representa la fuente de inspiración de los proyectos vitales y del sentido de la justicia del juzgador, que en conjunto conforman la

sentencia a la cual se desea llegar, la cual orientará el comportamiento estratégico a seguir en la argumentación jurídica.

El Capítulo Tercero, nos ubica en la restricción de la adjudicación judicial, en la cual más que asumir una postura de determinismo e imposibilidad de actuación ante el contenido de las normas y precedentes jurídicos, encontramos que remotamente existe una oportunidad de actuación por parte del juzgador, a través del debido empleo del material jurídico, según se desprende de la perspectiva de los Estudios Críticos del Derecho y del Realismo Jurídico Norteamericano. De igual forma, en dicho capítulo se menciona que más allá de las normas jurídicas, es posible ubicar la restricción del juzgador de llegar a la sentencia deseada en una serie de factores extrajurídicos, manifestados en una serie de presiones políticas, económicas, sociales, culturales, históricas, e incluso de la opinión de la comunidad jurídica misma.

Finalmente, en el Cuarto Capítulo se abordará la práctica estratégica implícita en la Argumentación Jurídica, que se genera cuando el juzgador pretende dar sustento y validez a la sentencia deseada a través de las normas, precedentes, principios y razonamientos jurídicos, labor que desde luego no es sencilla, sobre todo cuando los proyectos vitales y el sentido de la justicia del juzgador, se oponen al texto de la ley, supuesto en el cual el juzgador habrá de determinar si a partir de la primera impresión del campo jurídico, puede o no llegar a la resolver conforme a su deseo, y si en su defecto, es posible transformar el caso y reconfigurar el campo jurídico para llegar a la sentencia deseada.

Este es el panorama general de la presente investigación, en la cual a partir de la crítica jurídica de Duncan Kennedy, se pretende mostrar la importancia de optar por un tipo distinto de pensamiento jurídico, en el cual exista una vinculación tanto de la teoría como de la práctica, que nos permita apreciar que el derecho, no es ajeno a la vulnerabilidad e inclinaciones humanas, y que en tanto no se reconozcan las debilidades del mismo, las soluciones a ofrecer serán superficiales e insuficientes para atacar la verdadera problemática que se percibe desde la práctica jurídica, lo que nos impedirá alcanzar la paz, armonía, equidad y seguridad que tanto se anhelan.

CAPÍTULO PRIMERO

EL PENSAMIENTO DE DUNCAN KENNEDY EN EL CONTEXTO DE LOS ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO

“Vosotros miráis a lo alto cuando aspiráis a la elevación. Y yo miro hacia abajo porque estoy alto. ¿Quién de vosotros puede al mismo reír y estar alto?”

Quien se cierne sobre las más altas montañas se ríe de todas las tragedias de la escena y de la vida.”¹

I. PANORAMA GENERAL

Indiferencia, desinterés, ambigüedad, desprecio o rechazo son algunas de las primeras impresiones que pudieran surgir ante un posible acercamiento a la lectura de una línea de estudio “crítica” del derecho. En cierto sentido resultaría difícil delimitar a qué se refiere la “crítica” considerando la diversidad de connotaciones que el vocablo mismo conlleva, tanto desde el punto de vista gramatical² como jurídico,³ que hace imprescindible ubicar el contexto y emotividad del mensaje, para determinar el sentido de la crítica.

La crítica a la que nos referiremos en el presente apartado, obedece a una reacción ante el clima de desigualdad, violencia y falsedad, geográficamente delimitada a los Estados Unidos de América, en las décadas de los sesenta y setenta, realizada por el Movimiento de los Estudios Críticos del Derecho. Bajo esta postura, se invita a reflexionar y cuestionar sobre el uso dado al derecho, y su vinculación con aspectos de carácter político, económico y social. Igualmente, nos exhorta a dimensionar lo inacabado que resulta el conocimiento jurídico, siempre sujeto a múltiples reflexiones.

¹ Nietzsche, Friedrich Wilhelm, *Así hablaba Zaratustra*, trad. de Carlos Vergara, Madrid, Edaf, 1998, p. 65.

² Voz: “Crítica”. *Diccionario Enciclopédico Espasa*, Madrid, Espasa Calpe, 1988, volumen 6, p. 3228.

³ Cfr. Correas, Óscar, *Sociología del Derecho y Crítica Jurídica*, México, Fontamara, 1998, pp. 97-101.

Surge entonces una forma distinta de abordar al derecho, que trasciende de la “reflexión de escritorio”, a partir de un acercamiento con los problemas de la sociedad y el empleo de diversas perspectivas de análisis, que nos permitan dar una explicación más acorde del derecho, concretamente sobre los puntos débiles de la práctica y academia jurídicas. Así se abordarán temas tan diversos que comprenden desde la crítica a la educación, siguiendo por la complejidad de los conflictos sociales que buscan solución a través del derecho, hasta la debilidad y pasiones de que son susceptibles los operadores jurídicos.

Más allá de la denuncia, esta corriente de pensamiento, ofrece una perspectiva que indique una posibilidad de actuación dentro del marco de las normas e instituciones jurídicas, a partir del sentido de la justicia,⁴ por parte de abogados, jueces, legisladores, y académicos. Así entonces, esta corriente, nos invita a valorar las propias vivencias y experiencias del jurista, a efecto de dar una explicación fidedigna del derecho, lejos de una serie de mitos contruidos en torno al derecho, y ampliar el margen de actuación del jurista.

Bajo esta tesitura, en el presente apartado abordaremos el contexto histórico en que surgieron los Estudios Críticos del Derecho (CLS, por sus siglas en inglés, *Critical Legal Studies*), en los Estados Unidos de América, a efecto de comprender las razones por las cuales este grupo inicia la tarea de cuestionar los fundamentos de la disciplina jurídica, así como las prácticas jurídicas.

De igual modo, analizaremos la dinámica con que se desarrolló el Movimiento, inicialmente reducida a una serie de reuniones académicas de un grupo de amigos de la “izquierda”, y que después se convirtió en una red más extensa de académicos y practicantes del derecho, quienes compartían su pensamiento en diversos artículos y ensayos. De esta red, surge la figura de Duncan Kennedy, quien nos ofrece un interesante ejemplo, de cómo se puede pensar y expresar críticamente desde la posición privilegiada de la academia jurídica, concretamente de la cátedra de la Universidad de Harvard.

⁴ Acerca del sentido de la justicia, Véase Pressburger, T. Miguel, “El Derecho a favor de los sectores populares”, trad. de María Eugenia Urrestarazu Silva, en De la Torre Rangel, Jesús Antonio (Coord.), *Derecho Alternativo y Crítica Jurídica*, México, Porrúa, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2002, pp. 214-223.

Lo anterior pone de manifiesto que la crítica jurídica, al modo que la entiende la corriente en análisis, no es una cuestión de revolucionarios, ni agitadores, sino que es una actividad que puede ser ejercida en cualquier nivel jerárquico, para quienes estén comprometidos con un ideal de actuar a través del derecho en favor de los grupos socialmente desprotegidos, para lo cual solamente se exige salir de los cánones y mitos que impone el discurso jurídico oficial.

Con todo ello tenemos que el mensaje de los Estudios Críticos del Derecho, requiere contextualizar tres elementos, a saber: a) Las nociones acerca de las condiciones políticas, económicas y sociales, en las cuales se gestaron los Estudios Críticos del Derecho; b) El sentido de la crítica de esta corriente de pensamiento, y c) La personalidad, epistemología y metodología propia del autor.

Observaremos, que la corriente en análisis nos ofrece una óptica del derecho, que nos invita a tener conciencia sobre lo limitado del conocimiento jurídico,⁵ y exhortarnos a considerar, que más allá de la comprensión aislada de normas y principios jurídicos, requerimos la vinculación del derecho con la política, la economía, la historia, valores, la vivencia, experiencia, y desde luego la filosofía, que se conjuntan igualmente en el análisis jurídico.

II. LOS ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO: LA COMPRENSIÓN DEL DERECHO DESDE LA IZQUIERDA

Los sucesos históricos, sin duda alguna inciden en la noción del derecho en un momento dado. Difícilmente se puede concebir cualquier doctrina jurídica en todo su esplendor si se desatiende el contexto político, social, económico y cultural bajo el cual los tratadistas externaron sus ideas acerca del derecho. La conciencia jurídica y la concepción del derecho mismo se vinculan a los acontecimientos presentes en un tiempo y espacio físico determinado.⁶

⁵ Véase Nieto, Alejandro y Gordillo, Agustín, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 61-62.

⁶ Véase Kennedy, Duncan, "Three Globalizations of Law and Legal Thought", en Trubek, David y Santos, Álvaro (ed.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, New York, Cambridge University Press, 2006, pp. 25-71.

Los Estudios Críticos del Derecho no son la excepción. En efecto, detrás de ese aparente descontento y rebeldía que para muchos se pudiera esconder bajo la “crítica”, se encuentra un anhelo de denuncia y lucha por mejores condiciones de vida política, económica y social, por parte de profesores y estudiantes norteamericanos de la década de los años sesenta y setenta, insatisfechos por las contradicciones y diferencias abismales que el triunfante Estados Unidos de América de la posguerra proyectaba. Así, el descontento, contrastes, turbulencia, frustración, rebeldía y lucha serían las actitudes que marcarían la época en la cual se generó el Movimiento de los Estudios Críticos del Derecho.

Este contexto, es una pieza clave que nos auxiliará en la comprensión del sentido de la crítica al derecho que los representantes de los CLS sostienen, sobre todo para quienes nos encontramos ajenos a la tradición jurídica norteamericana.

1. *La turbulenta y fragmentada década de los sesenta en los Estados Unidos de América: El inicio del Movimiento de los Estudios Críticos del Derecho.*

Sería insignificante dedicar línea alguna para destacar la trascendencia de una serie de despidos, confrontaciones y escándalos acontecidos en una de las Universidades más prestigiosas del mundo a inicios de la segunda mitad del siglo veinte. A primera vista, dichos acontecimientos parecerían ordinarios e insuficientes para justificar la configuración de alguna corriente de pensamiento jurídico.

Sin embargo, la situación cambia si nos referimos al despido de los entonces jóvenes profesores de la Universidad de Yale, Richard Abel, Lee Albert, John Griffiths, Robert Hudec, Larry Simon y David Trubek, a finales de los años sesenta y principios de los setenta, suceso que marcaría el inicio del Movimiento de los Estudios Críticos del Derecho.⁷

Cabría preguntarse entonces, ¿qué hace que estos despidos hayan sido trascendentes en la gestación de una forma distinta de concebir al derecho? La

⁷ Véase, Pérez Lledó, Juan A, *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Editorial Tecnos, 1996, pp. 51-59.

respuesta no subyace tanto en la acción de dar por terminada una relación académica entre los docentes y su centro de estudios universitarios, sino en las circunstancias políticas y sociales en las cuales se da esta separación, que en gran medida contribuyeron al surgimiento de los Estudios Críticos del Derecho.

Más allá del extravagante y osado estilo de vida y de cultura con el que podemos ubicar a los Estados Unidos de América en la década de los sesenta,⁸ una mirada a aquella Nación, nos muestra cómo la contradicción y las apariencias constituían los principales ingredientes en la vida cotidiana de aquella época. En efecto, frente a la expansión del estado liberal americano, acompañada del crecimiento económico, bienestar e industrialización de los Estados Unidos de América, más de una cuarta parte de sus habitantes, por el contrario, se encontraba en la línea de la pobreza, a lo cual habría que añadir las desigualdades sociales que la migración, la segregación racial y de género habían ocasionado,⁹ desapercibidos e ignorados tanto por los gobernantes como por los propios ciudadanos americanos.

Alan Brinkley, profesor de Historia de la Universidad de Columbia, nos expone la indiferencia que el ciudadano americano mostraba frente a la situación desventajosa por la que atravesaba la mayor parte de la población en los siguientes términos:

Era relativamente fácil para los norteamericanos blancos de clase media, de la década de 1950, pensar que el mundo que ellos conocían –de crecimiento económico, de prosperidad personal y de homogeneidad cultural- era el mundo que prácticamente todos los norteamericanos conocían; y que los valores y los postulados que ellos compartían eran los que la mayoría de los ciudadanos compartían también. Pero tales suposiciones eran falsas. Incluso en la misma clase media había gran descontento entre las mujeres, los intelectuales, los jóvenes y otras personas que consideraban que la cultura consumista de su clase social era insatisfactoria, hasta cierto punto, e inclusive embrutecedora. Lo más

⁸ Véase, Rielly, Edward J., *The 1960s. American Popular Culture Through History*, Westport, Connecticut, London, Greenwood Press, 2003, pp. 23-37, 75-89, 151-181.

⁹ Cfr. Henretta, James A. et. al., *America's History*, 3th edition, New York, Worth Publishers, 1997, pp. 893-923.

importante fue que grandes grupos de norteamericanos se quedaron por fuera del círculo de la abundancia y no disfrutaban del bienestar de la clase media ni compartían muchos de sus valores.¹⁰

Las reacciones al ambiente de desigualdad y contradicción no se hicieron esperar. Con ello, una amplia y variada gama de acciones políticas y sociales cobraban un mayor auge en la nación estadounidense, desde las crecientes presiones de los afroamericanos y de otras minorías, siguiendo por las tradicionales protestas contra la pobreza y desempleo, hasta la lucha por la igualdad de género, amén de las múltiples muestras de inconformidad por las acciones bélicas y armamentistas de los Estados Unidos de América, que en suma recogían diversas inquietudes reprimidas tiempo atrás.¹¹

A los problemas sociales anteriormente mencionados, es preciso añadir la crisis de autoridad (o de racionalidad política) que experimentaban los Estados Unidos de América en la década de 1960, iniciada tras las acciones bélicas bajo las órdenes del presidente Lyndon Johnson, seguido por el asesinato del candidato del Partido Demócrata, Robert F. Kennedy en 1968, y agravado por la crisis del Estado, durante el mandato de Richard Nixon, ante la imposibilidad de traer la calma y estabilidad política norteamericana, y frente a los escándalos de Watergate. Esta crisis de la racionalidad hacia el Estado norteamericano, se tradujo en un recelo generalizado hacia el gobierno federal, hacia sus órganos encargados de velar por el cumplimiento de la ley y hacia las grandes instituciones

¹⁰ Brinkley, Alan, *Historia de Estados Unidos. Un país en formación*, 3ª edición, trad. de Carlos Julio Briceño y Félix A. Esquivia M, México, McGraw-Hill Interamericana, 2003, p. 926.

¹¹ Dentro de este tipo de protestas sociales, de innegable importancia resulta la llamada “revolución por los derechos civiles” (1954-1965), integrada por las minorías que buscaban su reconocimiento en la sociedad americana, amén de mayor integración en la vida política, económica, social y cultural del país. Esta “revolución”, se caracterizó por contar con el apoyo del gobierno federal y del estamento judicial, que en opinión de Philip Jenkins, esta circunstancia obedeció a un interés de los Estados Unidos de ganar la amistad de antiguas colonias, estigmatizadas por la discriminación y la violencia raciales, lo cual beneficiaría la cruzada anticomunista mundial. Siguiendo a este mismo autor, las actuaciones del gobierno como en el caso de la sentencia del caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, explican en gran medida la difusión y relativo progreso este tipo de activismo, en aras de eliminar la opresión racial, que era un poderoso instrumento de propaganda comunista tanto en Europa como en el Tercer Mundo. Cfr. Jenkins, Philip, *Breve Historia de los Estados Unidos*, 3ª edición, trad. de Guillermo Villaverde López, Madrid, Alianza Editorial, 2009, pp. 330-336.

en general,¹² así como en una mayor inclinación a creer en interpretaciones conspiratorias de la política.¹³

Es la era de la “Izquierda Política”, o la “Nueva Izquierda”,¹⁴ integrada con la finalidad de crear la comunidad nueva del “pueblo”, que se levantaría para contrarrestar el poder de las élites y obligar a la nación a terminar la guerra de Vietnam, reivindicar la justicia racial y económica y a transformar su vida política.¹⁵

Uno de los grupos que con mayor ahínco participara en este ambiente de protestas, es el integrado por los estudiantes y profesores jóvenes, quienes hacían extensiva la crítica al sistema político y económico a las propias instituciones educativas, a las que acusaban del mantenimiento de las políticas públicas que ellos consideraban corruptas o inmorales, y para quienes la censura, amenazas y represión, les aguardaba como respuesta, sobre todo por parte de los profesores más veteranos y conservadores.¹⁶

Nuevamente observamos que la sensibilidad y preocupación por los problemas sociales del país, se ubica no sólo entre los sectores más desprotegidos de la sociedad, carentes de una cómoda y privilegiada posición, sino que incluso se extiende a aquellos individuos con una mente abierta, dispuestos a desafiar y criticar el entorno, sin importar el costo.

¹² Durante esta etapa, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, mantuvo un papel activista, símbolo del nuevo liberalismo social (contrario a su tradicional papel de bastión reaccionario), y en el cual se decidieron casos relevantes, que comprenden desde aspectos sociales como en Brown, Miranda, Mapp, hasta cuestiones morales y de conducta personal, como el caso de Brandenburg (1969), Roe vs. Wade (1973), entre otros. *Cfr. Ibidem*, pp. 360-362.

¹³ *Cfr. Ibidem*, pp. 341-360.

¹⁴ El término de la “Nueva Izquierda”, debe contextualizarse en el movimiento surgido en las décadas de los sesenta y setenta. Carentes de un líder único, apoyado por individuos de diversos grupos sociales y con ideología multifacética, quienes se adscribían a este movimiento, tenían en común la oposición a la Guerra de Vietnam, la lucha contra la discriminación racial y la pobreza, la desaprobación por la carrera armamentista que continuaba su curso en los Estados Unidos de América, y el interés común por luchar por los derechos civiles para todos y la búsqueda por cambios radicales en el sistema político y económico de la nación norteamericana. La actuación de la nueva izquierda enarbolaba las banderas de la protesta, la reforma, el cambio (más que la revolución), así como del individualismo y la libertad. La influencia de este grupo decayó al término de la Guerra con Vietnam y ante el conservadurismo que aquella nación políticamente comenzaba a implementar. El término pretende distinguir a este movimiento de aquel integrado por los miembros del partido Comunista y Socialista, que integraban la “Vieja Izquierda.” *Cfr. Voz: “New Left”, Plano, Jack C. y Greenberg, Milton, The American Political Dictionary, 9th edition, Fort Worth, Harcourt Brace College Publishers, 1993, pp. 85-86.*

¹⁵ *Cfr. Brinkley, Alan, Historia de Estados Unidos. Un país en formación, op. cit., nota 10, p. 976.*

¹⁶ *Cfr. Pérez Lledó, Juan Antonio, El movimiento Critical Legal Studies, op. cit., nota 7, pp. 51-54.*

El grado de descontento de los jóvenes profesores universitarios, trascendió de movilizaciones sociales a la propia producción académica en materia jurídica, bajo cierta radicalización de las ideas mismas del Realismo Jurídico Norteamericano,¹⁷ y la invitación para hacer teoría social, inicialmente bajo los postulados de Marx y Weber, que incluyera la comprensión del Derecho como fenómeno social y de crítica de la sociología del Derecho.¹⁸

Animados con este espíritu, se realizaron múltiples reuniones, talleres y discusiones en aras de asentar una base para una teoría social del Derecho. El más trascendente sería el Seminario “Derecho y Modernización” que gestaría el Movimiento de los Estudios Críticos del Derecho,¹⁹ considerada “una asociación más bien intelectual con estudiantes radicales más bien intelectuales”,²⁰ formada bajo un círculo de lectura para estudiantes sobre “filosofía de la ciencia social”, y al, por cierto, asistirían Duncan Kennedy y Mark Tushnet.

Ante esta rebeldía y radicalización de estudiantes y profesores en todos los niveles, las autoridades académicas de la Universidad de Yale,²¹ procedieron con el despido de los principales orquestadores de la revuelta: Richard Abel, Lee Albert, John Griffiths, Robert Hudec, Larry Simon y David M. Trubek, conocidos como la “Mafia Radical de la Facultad de Derecho de Yale en el Exilio.”²²

¹⁷ El giro hacia el Realismo Jurídico Norteamericano, representó un gran desafío para los entonces inconformes profesores de la Universidad de Yale, en virtud de que implicaba el abandono de los estudios jurídicos orientados hacia el *policy analysis*, el estilo *New Deal* con el que la academia había absorbido el realismo jurídico, con base en los cuales los problemas de indeterminación asociados al formalismo clásico podían resolverse recurriendo a una forma de “ingeniería social” que creía encontrar en las ciencias sociales la fuente de solución de los conflictos que la mera aplicación formal de las reglas no podía resolver. *Cfr. Ibidem*, p. 52.

¹⁸ *Cfr. Ibidem*, p. 53.

¹⁹ De particular importancia reviste en nuestro análisis el carácter de “Movimiento” que adquieren los Estudios Críticos del Derecho. Se estima que con esa caracterización, se permite comprender la manera en que al interior de dichos Estudios, puedan convivir tesis sociológicas, filosóficas y antropológicas, sin que necesariamente exista uniformidad alguna. *Cfr. Carrino, Agostino, “Solidaridad y Derecho. La Sociología Jurídica de los <<Critical Legal Studies>>”, trad. de Elena Beltrán Pedreira, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, No. 12, 1992, p. 117.*

²⁰ *Cfr. Pérez Lledó, Juan Antonio, El movimiento Critical Legal Studies, op. cit., nota 7, p. 53.*

²¹ Los enfrentamientos entre los profesores más jóvenes y veteranos, no sólo versaban sobre dimensiones sobre cuestiones políticas, sino que incluso se avecinaban diferencias en cuanto al tipo de teoría del derecho seguir, si habría que pensarse el derecho bajo una teoría social. Asimismo, los hechos de la época, daban lugar a pensar el derecho de una manera distinta a la enseñada en la Universidad. Véase, Tushnet, Mark, “Critical Legal Studies: A Political History”, *The Yale Law Journal*, New Haven, volume 100, No. 5, Centennial Issue, March 1991, pp. 1530-1534.

²² *Cfr. Pérez Lledó, Juan Antonio, El movimiento Critical Legal Studies, op. cit., nota 7, p. 54.*

Hasta este punto podemos constatar, que a diferencia de la mayoría de las corrientes doctrinarias basadas en un filósofo destacado, o que responden a cambios de la época, la forma del pensamiento de los CLS en un primer momento obedece a una reacción de desconfianza y descontento con el poder político, que había manifestado desaciertos, desinterés, apatía, encubrimientos y represión, a lo que posteriormente, se incorporaron los elementos teóricos y filosóficos que sustentaran sus posturas.

La Historia de los Estados Unidos de América en la década de los sesenta y setenta,²³ es fundamental en la comprensión de los escritos de los Estudios Críticos del Derecho, lo que nos invita a reconsiderar que el estudio del derecho siempre debe tomar como referencia el contexto político, económico, social y cultural en el que se vive,²⁴ aspecto que hasta cierto punto nos da una idea de cómo la visión del derecho difiere de aquella que se pudiera asumir en tiempos de relativa paz, estabilidad y tranquilidad.

Sin que implique una inclinación hacia la sociología jurídica, es fundamental que el análisis y teorización del derecho se dimensione debidamente en la realidad que se atraviese en un momento dado, a efecto de no perder de vista los factores de riesgo, intereses y debilidad que subyacen en la sociedad, y poder así ofrecer una visión más precisa sobre el derecho, más allá de mitos, ilusiones o fantasías, que la cómoda lectura de libros nos arroja.

²³ Sobre el particular estimamos conveniente citar las palabras del italiano Agostino Carrino, quien aunque con cierto tono irónico, trasciende el papel de los integrantes de los Estudios Críticos del Derecho como herederos de los movimientos estudiantiles de la década de los sesenta, y destacar la posible utilidad de los escritos de los críticos, lo cual efectúa en los siguientes términos: “Los CLS no son marxistas y es necesario prestar atención a esto. No se trata de herederos del sesenta y ocho que han conquistado posiciones importantes en prestigiosas universidades americanas, sino de estudiosos serios que se abandonan en ocasiones a intemperancias que algunos han calificado como <<pueriles>>. Bienvenidas sean estas intemperancias si pueden servir para provocar discusiones y para crear momentos de reflexión crítica.” Cfr. Carrino, Agostino, “Solidaridad y Derecho. La Sociología Jurídica de los <<Critical Legal Studies>>”, *op. cit.*, nota 19, p. 117.

²⁴ Se insiste en la necesidad de contextualizar el pensamiento implícito en los Estudios Críticos del Derecho es importante, a efecto de no incurrir en exageraciones y malas interpretaciones, producto de un desconocimiento de los hechos históricos en los que surge el Movimiento, pues en ningún momento esta corriente pretende aplicar la crítica como “remedio” contra la dictadura franquista, ni se constituye como un enemigo de la “democracia” y el “liberalismo”, como lo aduce Albert Calsamiglia, Véase Calsamiglia, Albert, “La retórica de los Critical Legal Studies: impresiones de un lector español”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Número 11, 1992, pp. 295-296. Más adelante observaremos que los integrantes de los Estudios Críticos del Derecho, en ningún momento optan por anarquía, ni la dictadura o el comunismo como opción.

De cualquier manera, es interesante observar, cómo lo que en un principio pareció una simple reacción aislada de académicos contra la conducción del Estado y la desigualdad social y económica que se vivía en los años sesenta,²⁵ pronto se convertiría en una corriente de pensamiento jurídico, que nos ofrecería una perspectiva diferente de concebir el derecho, su vinculación con la política, así como el cuestionamiento de los pilares sobre los que se asienta el mundo jurídico, y en el que ni la misma educación jurídica está exenta de la controversia y la duda.

2. *Tras las huellas de la llamada “Mafia Radical de la Facultad de Derecho de Yale en el Exilio”*

Para fortuna, o infortuna, de muchos, el despido de la llamada “Mafia Radical de la Facultad de Derecho en Yale en el Exilio”, fue insuficiente para detener el ánimo de lucha, denuncia y cuestionamiento que estos jóvenes representaban. En esta ocasión, la Universidad de Yale cedería su protagonismo a otros centros universitarios, principalmente la prestigiosa Universidad de Harvard, y la Universidad de Wisconsin en Madison, de corte liberal, y el que fuera el nuevo hogar de algunos miembros de la “Mafia Radical”.

En efecto, el liderazgo de David M. Trubek, y de su discípulo, Duncan Kennedy, amén del contacto e identificación política de izquierda de los profesores universitarios,²⁶ serían factores clave para la conformación del Movimiento. Así tenemos que a partir de la década de los sesenta, se organizaron una serie de coloquios y conferencias,²⁷ con la finalidad de discutir las ideas y trabajos en torno al derecho y a la educación jurídica, inicialmente enmarcados dentro de la

²⁵ Inicialmente, los “enemigos naturales” de los Estudios Críticos del Derecho, no mostraron resistencia alguna, para impedir el avance del movimiento, por cuanto a que se consideraba que era un grupo muy pequeño que no representaba una seria amenaza para nadie. *Cfr.* Pérez Lledó, Juan Antonio, *El movimiento Critical Legal Studies*, *op. cit.*, nota 7, pp. 64-66.

²⁶ El grupo pronto fue enriqueciéndose con el apoyo de profesores como Morton Horowitz, Richard Abel, Roberto Mangabeira Unger, entre otros. *Cfr.* Fortier, Adolfo, “El “Critical Legal Studies Movement” en los Estados Unidos de América, *Universitas*, Bogotá, número 81, 1991, pp. 189-190.

²⁷ Véase Pérez Lledó, Juan Antonio, *El movimiento Critical Legal Studies*, *op. cit.*, nota 7, pp. 58-61.

tendencia progresista del *Law & Society Movement*, que en general representa un esfuerzo para dar sentido al derecho desde una perspectiva externa al derecho.²⁸

Dos temas en particular serían objeto de atención en los primeros encuentros, a saber: 1) La intención de una investigación social científica del derecho, siguiendo el pensamiento de Max Weber, la cual bien se podía concretar en las premisas de que “toda acción jurídica debe entenderse en términos de categorías y propósitos extrajurídicos” y la contraposición del “derecho en acción” frente “al derecho en los libros”, y 2) el carácter ideológico de la doctrina jurídica, según la cual el derecho es un instrumento de dominación social, económica y política, tanto en el sentido de favorecer los intereses concretos de los dominadores como en el de legitimar el orden existente.

Esta diversidad de posturas,²⁹ nos ilustra una de las notas características del Movimiento de los Estudios Críticos del Derecho, consistente en reunir una amplia gama de temas, bajo posturas metodológicas y epistemológicas distintas. Aún y cuando, tal vez no cuenten con un programa en común para aplicar en la vida política, jurídica y social, no por ello debemos menospreciar el interés por abrir el debate académico a perspectivas distintas, que como instrumentos de análisis nos permitirían entender diversos aspectos del derecho, generalmente ignoradas o minimizadas.

Con el objetivo de localizar y ofrecer una plataforma de discusión y análisis sobre temas comunes en el seno de las facultades de derecho, y bajo cierta predisposición política o cultural en general,³⁰ se organizó así la *Primera Conference on Critical Legal Studies*, en el año de 1977, en Madison, Wisconsin.

²⁸ Véase Friedrichs, David O., *Law in our lives. An introduction*, 2nd edition, L.A. California, Roxbury Publishing Co., 2006, pp. 118-141.

²⁹ Los temas que inicialmente fueron objeto de atención del movimiento, nos ofrecen una “escisión doctrinaria”, entre discípulo y alumno, ya que mientras David M. Trubek, centraría sus esfuerzos en la búsqueda de una teoría social que explique al derecho, Duncan Kennedy, por el contrario, enfocaría su atención a la idea del derecho como instrumento de dominación. Cfr. Pérez Lledó, Juan Antonio, *El movimiento Critical Legal Studies*, op. cit., nota 7, pp. 56-58.

³⁰ Dentro de la evolución de los Estudios Críticos del Derecho, podemos constatar como en un primer momento, los círculos de reunión eran exclusivos del grupo de conocidos de Trubek y/o Kennedy, al grado de que la Convocatoria para la *Primera Conference on Critical Legal Studies*, se basó únicamente en Cartas Invitación individuales. Con el paso del tiempo, círculo de discusión fue ampliándose en los años subsecuentes, hasta adquirir un carácter flexible y abierto. Cfr. *Ibidem*, pp. 59-68.

Esta Conferencia, forma parte de lo que Duncan Kennedy concibe como la “intervención” de los Estudios Críticos del Derecho, que políticamente, se manifiesta en aspectos como la formación de “facciones de izquierda” en varias facultades, la publicación en las revistas académicas de nueva literatura jurídica, la organización de “colonias de vacaciones” de discusión de investigaciones y lectura de clásicos, la celebración de congresos, y la constitución de una “red” nacional de apoyo a tales actividades.³¹

La falta de apoyo institucional y académico, o en su caso la indiferencia, para realizar estos eventos, no fue obstáculo, para impedir un intenso intercambio de ideas de izquierda en torno al derecho, bien en defensa –o ataque- del empleo de la ciencia social en el derecho, bien del marxismo científico o crítico.³²

La aceptación de los asistentes por la dinámica que los debates y la discusión de la Primera *Conference on Critical Legal Studies* habían generado, consolidó las bases de los Estudios Críticos del Derecho.

En sus primeros años se sentía un gran entusiasmo por parte del pequeño grupo de académicos de izquierda por seguir con las rondas de discusiones e investigaciones emprendidas años atrás. Pese al reducido y prácticamente desconocido movimiento, poco a poco, fueron “ganando adeptos” y simpatizantes, más allá de aquél círculo de amistades de la Primera Conferencia.

Siguieron las reuniones y conferencias con una amplia y variada producción intelectual, que no sólo en los Estados Unidos de América,³³ sino incluso

³¹ Cfr. Kennedy, Duncan, “Nota sobre la historia de los CLS en los Estados Unidos”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, 1992, p. 283, <http://www.duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Nota%20sobre%20la%20Historia%20de%20CLS%20en%20los%20Estados%20Unidos.pdf>

³² La controversia y debate nunca fue ajeno al movimiento. Desde la Primera Conferencia una serie de alianzas y oposiciones se suscitaron en la temática de discusión, encontrándose al grupo de Trubek (grupo A), a Kennedy (grupo B) y a Tushnet (grupo C), bajo la siguiente línea de debate: 1) A + B vs. C: sustentada por la mayoría de los sociólogos del Derecho más o menos disidentes, interesados en atacar al marxismo ortodoxo de Tushnet. 2) A + C vs. B: En este grupo el marxismo científico, tenía un potencial aliado entre los que practicaban la ciencia social. Se enfatizaba el elemento material, frente al idealismo tradicional. 3) B + C vs. A: Se da una alianza entre el marxismo científico y el marxismo crítico, al considerar que el capitalismo es el mal del mundo. Cfr. Pérez Lledó, Juan Antonio, *El movimiento Critical Legal Studies*, op. cit., nota 7, pp. 60-61.

³³ Además de las Universidades de Harvard y Madison, el eco de los Estudios Críticos del Derecho, resuena en cierta medida en las Escuelas de Leyes de Stanford, Georgetown, Washington College of Law, State University of New York, Cardozo Law School, New England Law School, Rutgers-Cadmen, Miami y University of California, Los Angeles. Cfr. *Ibidem*, pp. 61-62.

alcanzaron proyección a nivel internacional, con el intercambio de ideas entre la crítica norteamericana y la europea.³⁴

La apertura y diversidad, siguieron presentes en el desarrollo y evolución de los Estudios Críticos del Derecho. Ciertamente, la inclusión de nuevos adeptos y los trascurso del tiempo, contribuyeron a que en el seno de este grupo se abordaran los más variados temas, desde la inicial crítica a la educación jurídica, la indeterminación del derecho y la decisión judicial, hasta el feminismo y la crítica de género y de raza.³⁵ Asimismo, hacen su aparición nuevos elementos teóricos en el Movimiento, acompañado de la radicalización o moderación de posturas, que consolidan el complejo y diversificado carácter de los CLS.³⁶

Se había encontrado un “lugar” común³⁷ para un tipo de pensamiento que desafiaba al orden establecido, sino incluso a la academia misma. Si bien, no podemos pensar que todas las posturas de izquierda habrían de simpatizar con los Estudios Críticos del Derecho, en cierta medida podemos considerar que este Movimiento, proporcionó un punto de encuentro en el que el debate de lo “prohibido” podría llevarse a cabo, sin la censura, desconfianza y posible represión que se suele imponer desde el “discurso jurídico tradicional.”

En palabras del Doctor Juan Antonio Pérez Lledó:

Uno de los principales méritos que hay que reconocer a CLS es el de haber logrado sacar a la luz a buena parte de ese colectivo hasta entonces amorfo y

³⁴ Véase *Ibidem*, pp. 68-87.

³⁵ La diversidad de temas jurídicos, así como los enfoques multidisciplinarios de los autores críticos, justifican la denominación de los “Estudios”. Como comenta César Rodríguez, los CLS no son un sistema teórico, ni tampoco forman una “Gran Teoría”, sino que se integra por una red de trabajos que hacen crítica de objetos específicos (crítica local), bajo un espíritu plural de quienes se adhieren a esta forma de pensamiento jurídico. Cfr. Rodríguez, César, “Una Crítica contra los Dogmas de la Coherencia del Derecho y la Neutralidad de los Jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial”, en Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial. Una Fenomenología Crítica*, trad. de Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, 1999, pp. 36-39.

³⁶ Cfr. Pérez Lledó, Juan Antonio, *El movimiento Critical Legal Studies*, *op. cit.*, nota 7, pp. 62--64.

³⁷ En opinión de Mark Tushnet, los Estudios Críticos del Derecho metafóricamente representan una *locación política*, que agrupa a personas de izquierda que comparten el proyecto de defender y extender el dominio de la izquierda en la academia jurídica. Para este grupo el campo de batalla se ubica en la academia, más que en la política electoral, por ejemplo. Cfr. Tushnet, Mark, “Critical Legal Studies: A Political History”, *op. cit.*, nota 21, pp. 1515-1519.

desapercibido, conectándolo entre sí, proporcionándole una cierta cohesión sin «encauzarlo», ofreciéndole una mínima estructura organizativa y de apoyo profesional y personal, y prestándole una voz que se hiciera oír dentro (e incluso fuera) de las facultades de Derecho.³⁸

En ese ambiente de relativa confianza, continúa la elaboración de artículos y obras colectivas por parte de los simpatizantes del Movimiento, caracterizados por ese espíritu crítico y osado. En este punto, a diferencia de los primeros años, las Universidades comienzan a tomar medidas en contra de los seguidores de los CLS, al observar la expansión y dimensiones que había adquirido el movimiento. La década de los ochenta fue testigo nuevamente de enfrentamientos, despidos de profesores y denegación de plazas académicas, bajo una “discriminación ideológica”.³⁹ Nuevamente, el poder de la academia hace su aparición para tratar de acallar a las voces que son distintas, y fuera de lo común.

Actualmente, podemos constatar un periodo de “estancamiento”,⁴⁰ a decir tanto de sus propios representantes, como de los juristas externos al Movimiento.⁴¹

De hecho, el movimiento se ha atomizado en diversos enfoques, entre los que destacan la Teoría Feminista Crítica, la Teoría Crítica Racial, Legal Posmodernism, así como los llamados LatCrit. Ciertamente, ya no se celebran las

³⁸ Pérez Lledó, Juan Antonio, *El Movimiento Critical Legal Studies*, op. cit., nota 7, p. 64.

³⁹ Véase *Ibidem*, pp. 79-87.

⁴⁰ Es menester hacer la referencia en el sentido de que el estancamiento, únicamente aplique al Movimiento como tal, esto es, del grupo conformado por estudiantes y profesores, que se reunieran a partir de la década de los sesenta hasta comienzo de los noventa, con el objetivo de desarrollar una crítica de izquierda al funcionamiento de la legalidad en los Estados Unidos, incluyendo una crítica a la ideología jurídica, así como a reformar la educación jurídica. Sin perjuicio de lo anterior, tal estancamiento no debe confundirse con el de la escuela de pensamiento, distinto del movimiento, la cual se plasma en artículos y actividades académicas de profesores de Derecho, escuela que perdura hasta la fecha. Véase De la Flor, Fernando y Blume, Iván, “La Controversia Política es parte del Razonamiento Jurídico. Entrevista a Duncan Kennedy,” trad. de Iván Blume Moore, *Themis. Revista de Derecho*, Perú, No. 50, 2004, p. 324. http://www.duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Entrevista%20a%20Duncan%20Kennedy_Themis.pdf Afortunadamente, pese a la pérdida del dinamismo y giro temático que experimentan los CLS, aún contamos con la amplia producción literaria de algunos de sus representantes, para quienes el tiempo y las descalificaciones, no han sido un impedimento para continuar con la tarea crítica. Ejemplo de ello, lo encontramos en David M. Trubek, Mark Tushnet, Cornell West, Roberto Mangabeira Unger y desde luego Duncan Kennedy.

⁴¹ Véase Kaufmann, Arthur, *Filosofía del derecho*, 2ª edición, trad. de Luis Villar Borda y Ana María Montoya, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 110.

Conferencias anuales sobre Estudios Críticos del Derecho, más aún si preguntáramos a los propios estudiantes y profesores de la carrera de derecho, si conocen algo acerca de los CLS, no sería nada sorprendente el abierto desconocimiento de la existencia de esta corriente.

Es lamentable, el relativo “estancamiento” por el que atraviesa el Movimiento. Increíble, que el dinamismo y entusiasmo que caracterizó los primeros años de consolidación de los Estudios Críticos del Derecho, estén ausentes en nuestros días. Pese al cambio de las circunstancias de la década de los sesenta y setenta de aquella Nación, las contradicciones, desigualdades e “injusticias” siguen estando presentes, no sólo en los países en vías de desarrollo, sino incluso en las potencias mundiales, y los Estados Unidos de América no son la excepción, marcado por una gran ola de migración, desigualdades, discriminación, inseguridad, desempleo y falta de oportunidades educativas.

Contrario a muchos de los ataques que se les suele formular,⁴² entre ellos por la diversidad y ausencia de una metodología única que guíe a los miembros del movimiento, estimamos que el punto que más difícil resulta aceptar, es la pasividad que en los últimos años ha mostrado el movimiento, en el que no sólo se muestra indiferente por “ganar adeptos”, sino que incluso, pareciera no importarles el que sean conocidos en las escuelas de derecho de su propio país. La ausencia de vitalidad, y el desinterés por buscar su supervivencia, sí constituye una nota desfavorable para el movimiento en nuestros días.

En este marco, seguimos necesitando de voces que se levanten y denuncien esta situación, más allá del impuesto y repetitivo “discurso jurídico tradicional”, que oculta o minimiza los problemas, como si se tratara de hechos aislados o cuestiones ajenas al derecho.

El derecho no puede permanecer inamovible ante los problemas que aquejan a la sociedad, y menos aún podemos seguir tolerando las temerosas y pávidas actitudes que desde la doctrina jurídica se han adoptado para no aceptar esos problemas, desvirtuarlos o encubrirlos. Tampoco podemos pasar

⁴² Véase Ingram, David, *Law. Key Concepts in Philosophy*, New York, Continuum International Publishing Group, 2006, pp. 196-206.

desapercibidas las debilidades del derecho, y no se diga la ineficiencia de sus operadores jurídicos, para sino atacar, sí al menos atenuar las consecuencias negativas que la dinámica del orden político, económico y social, que impactan en los sectores más desprotegidos de la sociedad, considerados como hechos aislados y “accidentales”.

Menos aún podemos aceptar el halo de optimismo que se pregona desde las aulas, que pretende incorporar novedosas y sofisticadas técnicas argumentativas para sus operadores jurídicos, léase jueces, cuando del todo conocida es la excesiva dificultad para incorporar dichas técnicas en la práctica, y que aún distan mucho de sobreponerse a las pasiones e intereses de los operadores jurídicos,⁴³ a quienes tanta confianza se les ha depositado.

Se necesitan en suma, nuevas voces que conozcan la problemática social, la realidad del derecho, en su justa dimensión, y eso incluye conocer sus vulnerabilidades y la de sus operadores jurídicos, para entonces sí estar en posibilidad de dar una descripción del derecho y ofrecer soluciones plausibles desde el derecho para atenuar la problemática social. Ello requiere, “un cambio de visión”, que nos permita experimentar en primera persona lo que atraviesa la sociedad, más allá de hacer “teoría del derecho desde el escritorio”, y en este sentido, los Estudios Críticos del Derecho, constituyen un referente imprescindible que nos indique cómo tenemos que hacer y pensar el derecho.

Es por ello, que aún y cuando los CLS, se encuentren en un periodo de estancamiento, ello no debe representar un impedimento o desaliento para analizar sus postulados, ni “desterrarlo” de los planes de estudio de las facultades de derecho de nuestro país.

Ciertamente, el sentido de la crítica que nos transmite esta corriente, merece llevar nuestra atención a efecto de cuestionar si el rumbo que toma el derecho, y la educación jurídica, en nuestros días es el indicado, o si seguiremos bajo las imposiciones del “discurso jurídico tradicional.”

⁴³ Véase Nieto, Alejandro, *Crítica de la Razón Jurídica*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 172-178.

3. El sentido de la crítica en la corriente de los Estudios Críticos el Derecho

A lo largo del presente numeral, hemos podido observar el clima de desconcierto, agitación y protesta en el cual se desenvolvía la década de los sesenta en los Estados Unidos de América. Las voces de numerosos grupos sociales se alzaron en contra de lo que se consideraba un orden social desigual y excluyente, y entre ellos, encontramos al grupo de estudiantes universitarios, quienes desde las aulas manifestaban su inconformidad, obteniendo como respuesta en no pocos casos las amenazas y agresión por parte del poder político.

Es evidente que en este marco de agitación, la duda y la sospecha sacudieran la mente de muchos estudiantes, y en las Escuelas de Derecho no podían ser la excepción, contexto en el cual se gesta el Movimiento de los Estudios Críticos del Derecho norteamericanos analizados con antelación.

Así entonces, procederemos a abordar a los Estudios Críticos del Derecho, en tanto corriente jurídica, ante lo cual primeramente tendríamos que delinear a qué tipo de “crítica” se alude, máxime considerando la polisemia de dicho vocablo.

Sin duda, no es fácil determinar el sentido de la crítica en la corriente en cuestión. La distinta tradición jurídica desde la que escriben los integrantes de los CLS, con la consecuente percepción del derecho, así como la diversidad de enfoques metodológicos y temas, complicarían esa labor, a lo cual incluso tendríamos que añadir la dificultad de comprender un tipo de “crítica” del derecho desde un sistema jurídico distinto al nuestro.⁴⁴

Aún más complicada resulta la tarea de descifrar la crítica, ante las pocas referencias a los CLS, y en general a cualquier teoría crítica, caracterizadas por la

⁴⁴ Siguiendo a Mauricio García Villegas, la esencia de la crítica al derecho, es distinta en las tradiciones jurídicas del Common Law y el Derecho Continental. Aspectos tales como las relaciones predominantes entre el derecho y el Estado, el derecho y el poder político y desde luego la operatividad misma del derecho y la doctrina jurídica particular de cada una de las tradiciones, son significativos para incidir en la configuración del pensamiento crítico. Así, por ejemplo mientras que en Francia, la crítica del derecho sólo tiene sentido como crítica a la voluntad popular, esto es, desde una perspectiva externa al derecho mismo, en tanto ponga en duda el contrato social, y tenga implícita una refundación de la sociedad, en Inglaterra, y por vía de extensión, en los Estados Unidos de América, se permite un tipo de crítica institucionalizada, esto es, dentro del sistema jurídico, en tanto que, siguiendo a John Locke, se estima que los derechos son anteriores al contrato social y sirven de referente para criticar las decisiones que toman los gobernantes. *Cfr.* García Villegas, Mauricio, *Sociología y Crítica del Derecho*, México, Fontamara, 2010, pp. 49-61.

incomprensión, injustificada descalificación y exageración del sentido de los textos. Como si la palabra misma automáticamente evocara al desconocimiento de la historia, a la insurrección y a la anarquía, ataques que no reflejan más que la pereza y cerrazón intelectual de ciertos autores contemporáneos de conocer una perspectiva distinta de comprender al derecho, más allá de aquellas posturas que únicamente refuerzan su status quo.

A continuación, daremos un esbozo acerca del sentido de la crítica en los CLS, para lo cual tomaremos como punto de partida los valores que subyacen en los escritos de sus representantes, así como las herramientas e instrumentos de análisis, para concluir con los principales temas que aborda de esta corriente.

Así entonces, un primer acercamiento a los Estudios Críticos del Derecho, nos pondrá de relieve numerosas sorpresas, como es el hecho de que la crítica emprendida por sus integrantes, en ocasiones resulta más sensible que ciertas corrientes del “discurso jurídico tradicional.” Por increíble, que parezca, detrás del espíritu liberal que comparten los seguidores de la corriente, en palabras de Juan Antonio Pérez Lledó, subyace “un compromiso profundo con los valores de la tolerancia, la libertad de expresión y de cátedra, el respeto a las minorías y, en especial, el pluralismo y la diversidad académica.”⁴⁵

Ciertamente, la variedad temática sobre la que versan los Estudios Críticos del Derecho, nos pone de relieve el anhelo por destacar la trascendencia de dichos valores, y denunciar aquellos obstáculos, materiales o ideales, que impiden su consecución, aspectos que en gran medida se siguen de la experiencia y vivencia de quienes escriben desde el interior de la corriente. Lo interesante en todo caso es analizar la manera en que podemos descubrir esos valores, dentro de la particular dinámica de los Estudios Críticos del Derecho, para lo cual en este caso, primeramente es preciso “desenvolver” y “descubrir” el tipo de crítica que se erige en contra del derecho, para lo cual tendremos que seguir los propios orígenes teóricos de la corriente en análisis.

A este respecto, Mark Tushnet, profesor de la Universidad de Harvard, y uno de los precursores del Movimiento, señala cómo los Estudios Críticos del

⁴⁵ Pérez Lledó, Juan Antonio, *El movimiento Critical Legal Studies*, op. cit., nota 7, p. 67.

Derecho, son descendientes directos del Realismo Jurídico Norteamericano, y aún más profundizan en algunos de sus postulados.⁴⁶ Concretamente, lo que parece retomarse del Realismo, son los elementos de crítica,⁴⁷ como acontece con la negación de la abstracción de conceptos jurídicos, y las conclusiones contradictorias que se obtienen a partir de ellos; el empleo de la historiografía para denunciar, bajo un enfoque progresista, el rol que han desempeñado los grupos de interés en la sociedad americana a lo largo de los siglos; el llamado “método de la balanza”, que supone la identificación de los intereses en juego, su relación con los valores sociales, y su ponderación en la decisión jurídica.⁴⁸

Tan diversos y variados son los Estudios Críticos del Derecho, que no sólo se ha querido leer en ellos las tesis del Realismo Jurídico Norteamericano, de principios del siglo XX, sino que incluso, se ha querido ver la influencia de otras corrientes y disciplinas, como el Socialismo,⁴⁹ el Psicoanálisis, la Escuela de Frankfurt, el Postmodernismo y el Postestructuralismo, sin contar con las referencias a autores como Friedrich Nietzsche, Jacques Derridá, Michel Foucault, Edmund Husserl, John Dewey, por enunciar algunos ejemplos, que nos evidencian la riqueza y complejidad epistémica de los seguidores críticos.

⁴⁶ Cfr. Tushnet, Mark, “Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings,” *Journal of Legal Education*, volume 36, Number 4, December 1986, p. 505.

⁴⁷ Si bien, existe una aceptación de los postulados críticos del Realismo Jurídico Norteamericano, por otra parte, se aprecia cierto distanciamiento con la parte propositiva y programa constructivo de los Realistas Jurídicos, por cuanto a que los CLS rechazan el análisis de políticas públicas, las respectivas reformas de Estado, los valores sociales compartidos, y el empleo de una teoría social para explicar el derecho. Cfr. *Ibidem*, pp. 507-510. Se estima igualmente, que los CLS, llevan al extremo las tesis del Realismo Jurídico, como acontece, con la concepción de una indeterminación “global” del derecho (no circunscrita a la apelación); la indeterminación del derecho atribuida, no sólo a los métodos de interpretación, sino también al lenguaje mismo, así como al análisis de las esferas públicas-privadas. Cfr. Leiter, Brian, “American Legal Realism”, en Golding, Martin P., y Edmundson, William A.(ed.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden, USA, Oxford, UK, Victoria, Australia, Blackwell Publishing, 2006, pp. 64-65.

⁴⁸ Cfr. Tushnet, Mark, “Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings”, *op. cit.*, nota 46, pp. 505-512.

⁴⁹ En opinión del profesor Michael Robertson, se puede ubicar el Socialismo dentro de los CLS, en la intención de eliminar la jerarquía ilegítima de la sociedad, la distinción entre lo público y lo privado, el énfasis en la interdependencia para el cuidado y apoyo mutuo, o en el anhelo de encontrar nuevos acuerdos sociales que tiendan a reducir la subordinación y dominación, y en su lugar, pugnar por lograr la equidad, y así reconoce cierta influencia de fuentes, terminología y categorías propias del Socialismo. Las divergencias se mostrarán en el rechazo al autoritarismo, ya que en ningún momento los CLS pretenden prescindir del poder, ni del valor de la participación del pueblo en la vida democrática. Cfr. Robertson, Michael, “Critical Legal Studies and Socialism”, *New Zealand Universities Law Review*, Wellington, New Zealand, volume 14, Number 4, December 1991, pp. 356-374.

De cualquier manera, la identificación de la corriente a que se adscriben los Estudios Críticos del Derecho, en gran medida dependerá del propio autor que se analice. La riqueza temática y la diversidad misma de autores que se adscriben a esta corriente, contribuyen a identificar la confluencia de la más amplia gama de posturas epistémicas y metodológicas.

Sobre el particular, no han sido pocas las voces que han cuestionado esta falta de unidad epistémica y metodológica de la corriente;⁵⁰ sin embargo, recordemos, que los Estudios Críticos del Derecho, no buscan hacer una teoría integral y uniforme del derecho, por el contrario, es la actividad crítica, como tal la que imprime cohesión a sus seguidores, la cual en opinión de Mark Tushnet, se realiza en tanto se cumplan tres lineamientos básicos, a saber:

- 1) El trabajo debe estar enfocado a dar la idea de que una crítica interminable si seguimos el tema como tal.
- 2) El diseño debe ser una crítica explícita, y no una defensa del orden existente.
- 3) El trabajo debe operar como una auténtica crítica.⁵¹

Bajo esta perspectiva, los Estudios Críticos del Derecho buscan una continua y permanente reflexión jurídica, en aras de demostrar que el conocimiento jurídico es inacabado, y siempre se encuentra sujeto a distintas interpretaciones y discusiones, que a su vez, debidamente identificados, nos dan un margen de actuación dentro del sistema para mejorar las condiciones sociales.

Adentrándonos un poco más en el mensaje que nos da la corriente en análisis, encontramos que en opinión del profesor colombiano Mauricio García Villegas, los Estudios Críticos del Derecho se enmarcan bajo una tipología crítica

⁵⁰ William Ewald y J. Paul Oetken, exponen que las principales causas de descalificación al movimiento se encuentra el supuesto desprecio de la educación y doctrina jurídica tradicional, la irreverente forma de expresión de los integrantes del movimiento, así como la radicalidad de sus afirmaciones, carente de un sustento filosófico uniforme y coherente. *Cfr.* Ewald, William, "Unger's Philosophy: A Critical Legal Study", *The Yale Law Journal*, New Hampshire, volume 97, Number 5, April 1998, pp. 668-670; *Cfr.* Oetken, J. Paul, "Form and Substance in Critical Legal Studies", *The Yale Law Journal*, volume 100, Number 7, May 1991, pp. 2213-2219.

⁵¹ *Cfr.* Tushnet, Mark, "Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings," *op. cit.*, nota 46, p. 516.

interna del derecho,⁵² cuyo propósito es “mostrar las inconsistencias, los vacíos o los sesgos de la racionalidad jurídica; es decir, de la dogmática jurídica”.⁵³ La teleología de esta crítica es atacar la supuesta neutralidad política del derecho, y en ese tenor, su interés radica en denunciar el carácter político y dominador del derecho.⁵⁴ En opinión de este autor, la intención de los CLS consistía en “desmontar la racionalidad jurídica, mostrar sus vacíos y sus incoherencias, con el objeto de poner en evidencia el hecho de que el derecho es un instrumento político en manos de la élite y destinado a someter a las clases subalternas y a otras minorías como las mujeres y los afroamericanos.”⁵⁵

Hasta este punto, podemos desestimar aquellas opiniones que ven una amenaza en los CLS, por considerar que nulifican el rol que el derecho adquiere en la sociedad. Como se podrá apreciar con posterioridad, el cuestionamiento se dirige únicamente a la utilización se hace del derecho, no al derecho como tal.⁵⁶ La necesidad del derecho no se pone a discusión, en la crítica interna del derecho, simplemente se trata de exponer la vulnerabilidad del derecho de lograr un orden imparcial, neutral y equitativo, ante el tipo de presiones e influencias de que son objeto, que favorece el que el derecho sea un objeto de dominación.

Un elemento adicional a considerar en la teleología de la corriente que nos ocupa, es la crítica sociopolítica y cultural que exponen los seguidores de los CLS, que pretende poner al descubierto y censurar las creencias, prácticas e

⁵² En opinión de Mauricio García Villegas, el elemento clave que diferencia la crítica externa y la interna, es la aceptación de la racionalidad del derecho, en el sentido de que mientras la primera, desconoce este criterio, para tratar al derecho como un objeto de estudio ajeno a la disciplina desde la cual se hace el análisis, y negar toda posibilidad de redención del derecho existente, la interna sí admite la racionalidad del derecho, y junto con ello la aceptación del derecho. *Cfr.* García Villegas, Mauricio, *Sociología y Crítica del Derecho*, *op. cit.*, nota 44, pp. 77-81.

⁵³ *Ibidem*, p. 77.

⁵⁴ *Cfr. Ibidem*, p. 78.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 79.

⁵⁶ En el caso de los Estudios Críticos del Derecho, si bien es cierto que denuncien el carácter político y dominador del derecho, ello no necesariamente implica el que adopten la postura de que la única salida al derecho, sea la revolución o el cambio radical de sistema político, como lo interpreta Mauricio García Villegas. *Cfr. Ibidem*, pp. 81-85. Como veremos en los capítulos siguientes, la revolución y el cambio radical del sistema político, se encuentran ausentes en la postura de Duncan Kennedy, quien fuera de destacar la vinculación entre el derecho y la política, así como de criticar el indebido uso que se le da al derecho, no realiza mención alguna sobre la posibilidad de recurrir a tales medios como soluciones, ni se observa oposición alguna a reformas jurídicas, so pretexto de retrasar el advenimiento de la revolución, como frecuentemente se asocia a los críticos, lo que aleja a Kennedy de ser un “crítico radical.”

instituciones arraigadas que reproducen las relaciones de desigualdad existentes en la sociedad, con la finalidad promover transformaciones jurídicas y culturales radicales que aseguren una igualdad social.⁵⁷

De lo expuesto, es posible constatar cómo para los autores de los CLS, el ánimo de asegurar la igualdad y la equidad social, es un aliciente para denunciar, desde el derecho, aquellas prácticas que se oponen, enturbian y obstaculizan la consecución de tales valores.

Ahora bien, en este cuestionamiento a la neutralidad del derecho, encontramos tres proposiciones que comparten los seguidores de la corriente en análisis, que enuncia Mark Tushnet, y que son: 1) el derecho es de una manera u otra indeterminado; 2) el derecho se puede entender si atendemos al contexto en que se dan las decisiones jurídicas, y 3) la vinculación del derecho como política.⁵⁸

En opinión de Roberto Mangabeira Unger, los CLS habrán de enfatizar aspectos como la crítica al formalismo y la objetividad, así como el uso instrumental de la práctica y doctrina jurídica a efecto de hacer progresar los objetivos de izquierda.⁵⁹ De esta manera, un elemento que no podemos desatender es la vinculación del derecho con el contexto político-social, y en este sentido, la descripción del derecho sería incompleta, parcial y deficiente, si ésta se desentiende de las circunstancias políticas, económicas y sociales que lo rodean.

Más que negar autonomía al derecho, en este punto lo que quieren externar los críticos, es que el contexto político-social⁶⁰ incide en la manera de comprender, dar sentido e interpretar el derecho en un momento dado.

De igual modo, es interesante analizar cómo los CLS hacen teoría del derecho, sin tener que recurrir de forma exagerada a la sociología jurídica. Más

⁵⁷ Cfr. Rodríguez, César, "Una Crítica contra los Dogmas de la Coherencia del Derecho y la Neutralidad de los Jueces. Los Estudios Críticos del Derecho y la teoría de la decisión judicial", *op. cit.*, nota 35, pp. 39-40.

⁵⁸ Cfr. Tushnet, Mark V., "Critical Legal Studies: A Political History", *op. cit.*, nota 21, p. 1518.

⁵⁹ Cfr. Unger, Roberto Mangabeira, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Massachusetts and London, England, Harvard University Press, 1986, pp. 1-8.

⁶⁰ Al parecer, el contexto político-social marca un referente en la temática crítica que emprenden los Estudios Críticos del Derecho, y así, podemos observar un tres grandes ejes temáticos en la corriente en análisis, que son: 1) La indeterminación del derecho; 2) La crítica a los derechos; 3) La crítica local (y fragmentada) de diversos grupos raciales y culturales, Cfr. Kennedy, Duncan, "Nota sobre la Historia de los CLS en los Estados Unidos", *op. cit.*, nota 31, pp. 283-287.

que tratar de la eficacia del derecho y sus efectos en la sociedad, observamos que en el complejo desarrollo de esta corriente, las preguntas de qué es el derecho y sus fines, se realizan de una manera teórica, a partir de situaciones sociales determinadas, sin recurrir a estudios de campo, ni encuestas inútiles e imprecisas, en fin, se trata de una forma distinta de comprender al derecho.

Por todo ello, no resultaría sorprendente el observar como la concepción del derecho, en los CLS, parte de tres proposiciones distintas, a saber: la indeterminación del derecho; que el derecho puede ser entendido de una manera u otra atendiendo al contexto en el que se dan las decisiones jurídicas, y la propuesta de que el derecho es política.⁶¹ Incluso dentro de la crítica radical,⁶² encontramos que para los Estudios Críticos del Derecho, el derecho está orientado a mantener la jerarquía, los privilegios y el status quo.⁶³

Sin duda que estos puntos, ameritarían un estudio más profundo a efecto de analizar si efectivamente el derecho cumple con estos extremos, y aún más habría que particularizarlos en la visión de cada autor, lo cual desde luego extiende de los alcances del presente apartado.

No podríamos concluir este rubro, sin abordar la peculiar manera en que los CLS trabajan con el derecho, que nos invita a dar un paso más allá de la formación y experiencia cerrada del derecho, con una invitación a incursionar en las más diversas áreas del conocimiento para entender al derecho.⁶⁴ Lo curioso, es que con la corriente en análisis es posible aproximarnos a la problemática jurídica que exponen sus seguidores, sin que se traten de estudios multidisciplinarios,⁶⁵ simplemente se da una particular y única, exposición del derecho al amparo de una simple repetición de teorías y disciplinas del saber.

⁶¹ Cfr. Tushnet, Mark V., "Critical Legal Studies: A Political History", *op. cit.*, nota 21, p. 1518.

⁶² Cfr. Friedrichs, David O., *Law in our lives. An introduction*, *op. cit.*, nota 28, pp. 8-9.

⁶³ Cfr. *Ibidem*, pp. 106-107.

⁶⁴ Véase Robertson, Michael, "Critical Legal Studies and Socialism", *op. cit.*, nota 49, p. 355.

⁶⁵ La ausencia de estudios multidisciplinarios o empíricos por parte de los Estudios Críticos de Derecho, no debe verse como un desinterés por atender comprender los hechos sociales, ni tampoco debe verse como un abandono a la crítica y denuncia que marcaron el punto de inicio del Movimiento. Simplemente se trata de un distanciamiento metodológico, respecto de los estudios empíricos que la corriente del realismo jurídico había enunciado, así como del movimiento Law & Society. La situación política, social, cultural e histórica, no es en lo absoluto ajena al Movimiento

Así, la denuncia del derecho por parte de los CLS, tanto por lo que respecta a la relativización de su neutralidad, como instrumento de dominación, se realiza a través de la filosofía y la teoría política,⁶⁶ como instrumentos de análisis. Desde esta perspectiva, el quehacer crítico, se realiza a través de las más diversas metodologías, que comprende desde la historiografía⁶⁷ -con la finalidad de demostrar el desarrollo del sistema de categorías y significados producidos por las élites dominantes con la finalidad de conservar su poder, la manera en cómo se “reifican” dichas categorías, y en qué medida dependen de hipótesis filosóficas,⁶⁸ así como enfatizar el hecho de que la comprensión de la historia social es fundamental en la comprensión de los fenómenos jurídicos-,⁶⁹ siguiendo por corrientes como el post-estructuralismo, la fenomenología, la psicología,⁷⁰ por ejemplo, demostrarán qué tan vulnerable es el derecho, y junto con ello ofrecer una visión crítica del derecho y de la dogmática jurídica.

Desde luego, no podríamos dejar de mencionar la deconstrucción a que recurren los críticos, mediante la cual se pretenden lograr dos objetivos básicos:

- 1) Demostrar la dificultad para dar una explicación social general, y en este sentido, lo único a lo que se puede aspirar es proveer mapas minuciosamente detallados o descripciones del fenómeno.⁷¹
- 2) Realizar un examen minucioso de los textos y prácticas pertenecientes a la tradición jurídica, con el fin de demostrar las profundas inconsistencias internas y su carácter contingente, y con ello estar en

de los Estudios Críticos del Derecho, ni tampoco son indiferentes a los problemas que aquejan a la sociedad en un momento dado.

⁶⁶ Cfr. García Villegas, Mauricio, *Sociología y Crítica del Derecho*, op. cit., nota 44, p. 97.

⁶⁷ La historia juega un papel fundamental en los Estudios Críticos del Derecho, tanto como medio para reconstruir el desarrollo de una tradición doctrinal en particular, en el análisis de destino y transmisión de formas culturales de formas específicas del derecho, y en este sentido es herramienta auxiliar en la defensa de la tesis del derecho como política. Cfr. Goodrich, Peter, “Sleeping with the Enemy: An Essay on the Politics of Critical Legal Studies in America”, *New York University Law Review*, New York, volume 68, Number 2, May 1993, pp.416-425.

⁶⁸ Cfr. García Villegas, Mauricio, *Sociología y Crítica del Derecho*, op. cit., nota 44, p. 125.

⁶⁹ Cfr. Tushnet, Mark, “Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings,” op. cit., nota 46, p. 133.

⁷⁰ Véase Unger, Roberto Mangabeira, *Conocimiento y Política*, trad. de Leonardo Rodríguez Ozan, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, pp. 35-69.

⁷¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 513-514.

posibilidad de minar la supuesta coherencia interna de los objetos predilectos de la tradición jurídica, como acontece con la neutralidad judicial, a efecto de desenmascarar las opciones políticas que dieron lugar a ellos y los grupos concretos que son favorecidos por el mantenimiento del *status quo*.⁷²

Con todo ello tenemos que la metodología empleada en cada caso por los seguidores de la corriente en análisis, sigue la línea de que el conocimiento que podemos lograr es relativo, y que lejos estamos de lograr generalizaciones sobre el ámbito jurídico. Aún más, el poco conocimiento del fenómeno jurídico, es objeto de cuestionamiento, ¿Realmente la doctrina jurídica tradicional nos ofrece una explicación fidedigna y confiable del derecho o será que nuestro conocimiento sobre el derecho está fundado en una serie de imposiciones, dogmas y mitos? y en ese sentido ¿hasta qué grado dichas imposiciones, dogmas y mitos se emplean para mantener la desigualdad e inequidad social?

Sobre el particular, tal vez los CLS no sean tan originales ni novedosos para algunos, y quizá los cuestionamientos e ideales que persiguen sean compartidos por más de una corriente jurídica. Sin embargo, más allá de la metodología e ideales a que hemos aludido en el presente apartado, una particularidad que distingue a esta Escuela de pensamiento, es que un considerable número de escritos de los seguidores, está vinculado con la práctica jurídica, bien sea desde la experiencia en la academia jurídica, bien en la crítica a la adjudicación judicial, bien hacia textos del uso cotidiano de los juristas, como acontece con las normas, los contratos o las sentencias, entre otros,⁷³ y que forman parte de la crítica local⁷⁴ que emprenden los seguidores de la corriente crítica en cuestión.

El análisis de los textos jurídicos, desde la perspectiva de Peter Goodrich, se convierte en la localidad y terreno de los CLS, a través de los cuales la crítica se involucra con el anhelo de comprender el material histórico, la circulación,

⁷² Cfr. Rodríguez, César, “Una Crítica contra los Dogmas de la Coherencia del Derecho y la Neutralidad de los Jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial”, *op. cit.*, nota 35, pp. 41-46.

⁷³ Cfr. *Ibidem*, pp. 45-47.

⁷⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 48.

interpretación y aprobación del texto, a efecto de reinterpretarlo, y con ello influir y tratar de cambiar la comunidad política que determina la continuidad y destino del lenguaje del texto, su discurso y su silencio.⁷⁵

De lo anterior se desprende que para los Estudios Críticos del Derecho el análisis de los textos, no se limita a una mera operación intelectual del jurista, sino que busca que dicha interpretación, incida en un actuar del analista tendiente a modificar o cambiar en la medida de lo posible aquellas prácticas que en aras de mantener el status quo, impiden el progreso de los sectores más desfavorecidos de la sociedad. Se da entonces, un sentido activo a la interpretación de textos, que invita a la acción social, más allá de la cómoda reflexión de escritorio.

Así entonces, en los escritos de los Estudios Críticos del Derecho, no sólo encontraremos la tradicional confrontación de las ideas de juristas y filósofos acerca de un área del derecho en específico, sino que incluso, nos comparten experiencias tanto de la vida académica como de la vida práctica, con lo que realmente se enfrenta desde el estudiante en las aulas,⁷⁶ siguiendo por el abogado en el ejercicio de la profesión, hasta el propio juzgador, a quien habríamos de analizar seriamente qué tan neutral e imparcial puede llegar a ser,⁷⁷ a la vez que nos dan herramientas de análisis de los textos jurídicos.

En palabras de Duncan Kennedy, la aspiración de la crítica es:

Poner al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y de los juristas, que construyen el Derecho mientras se ven a sí mismos como un instrumento del mismo. Algunos conceptos y palabras-clave son lagunas, conflictos y ambigüedades, indeterminación, mediación, legitimación del statu quo (pero no del “capitalismo”), estructuración jurídica de la base material (y en consecuencia imposibilidad de “determinación en la instancia final”). La actitud

⁷⁵ Cfr. Goodrich, Peter, “Sleeping with the Enemy: An Essay on the Politics of Critical Legal Studies in America”, *op. cit.*, nota 67, pp. 420-421.

⁷⁶ Véase Kennedy, Duncan, “La educación jurídica como preparación para la jerarquía”, *Academia, Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Año 2, no. 3, Otoño 2004, pp. 374-379; Gordon, Robert, “Distintos modelos de educación jurídica”, *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, pp. 199-208.

⁷⁷ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial. Una Fenomenología Crítica*, trad. de Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, 1999, pp. 95-97.

respecto al Derecho es ambivalente. Por un lado se insiste en su autonomía relativa y en su valor en tanto que dominio de lucha cultural y política; por otro, se persigue con obstinación de mostrar su incoherencia, sus contradicciones internas, sus complicidades. Al mismo tiempo que se toma en serio la noción neo-marxista de que el discurso jurídico equivale a la ideología, hay una rebelión contra las categorías familiares y contra el tono del discurso izquierdista americano de la época, sobre todo contra su moralismo simplista.

La crítica CLS 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.⁷⁸

Con todo ello, para quienes están en contacto con el auténtico ejercicio de la abogacía –postulante, representante o asesor-, e incluso para aquellos que incursionan en el estudio del derecho en las Universidades (nótese la restricción), la lectura de los CLS, puede ser de utilidad para explicar muchas de las prácticas que tanto en la academia como en la práctica profesional ocurren, desde la jerarquización y trato de que se es objeto desde la formación académica,⁷⁹ hasta la indebida utilización del derecho y las múltiples respuestas que éste puede ofrecer. Tal vez nos daríamos cuenta de que realmente el enemigo a vencer puede ser el propio juzgador, y no tanto nuestro contrario en el juicio.

En cierta forma, el lenguaje de los CLS, parece estar más cerca de las preocupaciones que comparten no sólo quienes a diario se enfrentan con las vicisitudes de la práctica jurídica, fuera del sistema y del status quo, sino incluso para aquellos *legos* que padecen las injusticias y argucias propios del lenguaje jurídico oficial, para quienes una explicación más “humana” del fenómeno jurídico resultaría más atractiva. Así tenemos que el mensaje de los CLS se encuentra disponible y accesible para todos aquellos que están en búsqueda de una explicación “humana” del derecho.

⁷⁸ Kennedy, Duncan, “Nota sobre la Historia de los CLS en los Estados Unidos”, *op. cit.*, nota 31, p. 284.

⁷⁹ Véase Kennedy, Duncan, “La Educación Jurídica como preparación para la Jerarquía”, *op. cit.*, nota 76, pp. 133-147; Kennedy, Duncan, “How the Law School Fails: A Polemic”, *Yale Law Review of Law and Social Action* 71, 1970, http://www.duncankennedy.net/documents/How%20the%20Law%20School%20Fails_A%20Polemic.pdf.

De esta manera, los CLS están lejos de exponer un sofisticado modelo de razonamiento jurídico, por ejemplo. Más allá de todo ello, la corriente en cuestión, nos expone una diversidad de factores a considerar en el derecho, que a la vez que nos exponen sus vulnerabilidades y debilidades, que debidamente comprendidas e identificadas, nos pueden abrir un panorama sobre el cual actuar en el sistema.

Con todo ello, los CLS, nos ofrecen una perspectiva distinta de la racionalidad del derecho, que trasciende de las normas y principios, y así el derecho para ser comprendido en su integridad requiere de su vinculación con elementos como la política, la historia, la psicología, la experiencia y las emociones, excluidas del análisis jurídico. La corriente en cuestión pretende mostrarnos lo que podríamos considerar “el lado humano del derecho”, en el cual las pasiones, emociones y debilidades de los operadores jurídicos, inciden considerablemente en el derecho, y que deliberadamente se omiten en los textos del discurso jurídico tradicional.

Desgraciadamente, el único mensaje acerca de la corriente en análisis, si es que llega, únicamente parte de descalificaciones que comprenden desde la crítica al estilo “informal” de los CLS,⁸⁰ la falta de unidad metodológica y epistémica del movimiento, siguiendo por la supuesto desconocimiento de la historia, con la consecuente invitación al autoritarismo o totalitarismo,⁸¹ hasta el fracaso del movimiento tanto teórico,⁸² como político y pragmático,⁸³ versiones que nos impiden analizar la lucha por valores y posibilidad de cambio, a través del razonamiento jurídico, que encierra la crítica en la corriente en análisis.

Así, la aproximación a los CLS requiere una apertura de mente por parte del lector, dispuesto a ver más allá de los mitos y fantasías impuestos por el “discurso jurídico convencional”, y lo suficientemente preparado para admitir una versión humana del derecho, y descubrir a través de esa debilidad y vulnerabilidad del

⁸⁰ Cfr. Calsamiglia, Albert, “La retórica de los Critical Legal Studies: Impresiones de un lector español”, *op. cit.*, nota 24, p. 300.

⁸¹ Véase *Ibidem*, pp. 298-300.

⁸² Véase Ingram, David, *Law. Key Concepts in Philosophy*, *op. cit.*, nota 42, pp. 203-204.

⁸³ Véase Kellogg, Frederic R., “Legal Scholarship in the temple of doom: Pragmatism’s response to Critical Legal Studies”, *Tulane Law Review*, New Orleans, Louisiana, volume 65, Number 1, November 1990, pp. 21-46.

derecho, posibilidades de cambio y acción en beneficio de la sociedad. Sólo quienes han experimentado la práctica del derecho pueden descubrir la esperanza y posibilidad de cambio presente en el mensaje de los CLS. La cerrazón definitivamente no tiene cabida en la lectura de esta corriente jurídica.

4. *El legado: El análisis jurídico desde la perspectiva crítica*

Como se ha mencionado con anterioridad, actualmente es posible encontrar a los Estudios Críticos del Derecho, bien en la referencia a los personajes que alguna vez integraron el Movimiento, o en las nuevas corrientes que subyacen con los CLS.⁸⁴ Lo anterior, sin embargo, de ninguna manera implica su abandono o rechazo en la enseñanza ni análisis del derecho.

Al efecto, hemos estimado pertinente centrarnos en tres aspectos por los cuales es importante considerar a los Estudios Críticos del Derecho, a saber:

- 1) El surgimiento de los Estudios Críticos del Derecho, en el seno de una época difícil y conflictiva.
- 2) Seguir con la tarea de cuestionar al derecho, y no dar por asentados ni definitivos los conocimientos jurídicos.
- 3) El énfasis en adquirir conciencia de la complejidad del razonamiento jurídico, más allá de las normas y principios, y la posibilidad de actuar en beneficio a la sociedad.

Por lo que respecta al primer punto, y como en su momento se analizó, los CLS nos invitan a no permanecer en silencio ni pasivos ante las injusticias, descontrol, contradicciones y mentiras, que se presentan en la sociedad, y que, lamentablemente se quieren justificar por la vía institucional.

⁸⁴ Cfr. Kennedy, Duncan, "Nota sobre la Historia de los CLS en los Estados Unidos", *op. cit.*, nota 31, pp. 287-288.

En este sentido, los Estudios Críticos del Derecho, nos dan una gran lección, ya que frente a la indiferencia, descalificaciones y, en su caso, encubrimiento de la problemática social, han logrado perseverar en la lucha por exponer su denuncia desde su particular punto de vista, para lo cual emplean los diversos medios que tengan a su alcance, desde las propias aulas,⁸⁵ artículos de opinión,⁸⁶ hasta el empleo de medios de comunicación para transmitir su mensaje, en torno a un problema en particular.⁸⁷ Así entonces, la lección es no decaer en ese ánimo de lucha y denuncia de la sociedad, tan acostumbrada a las apariencias, fantasías y a los mitos.

En el mismo orden de ideas, la gestación del Movimiento de los Estudios Críticos del Derecho, nos invita a que en el estudio y análisis del derecho, mantengamos contacto estrecho con la realidad, es decir, no podemos quedarnos en el pensamiento y discurso de los libros jurídicos, que a decir verdad distan mucho de aportar soluciones e interpretaciones certeras del derecho. Es menester vincular las normas y principios con la práctica jurídica y la sociedad, y en este sentido debemos revitalizar la manera en cómo hacemos derecho, más allá del texto y palabras muertas de los libros y leyes.

Aplicado a nuestra realidad ¡Cuántas cosas no han pasado en nuestro país y no se ha querido cambiar la perspectiva del derecho!, Seguimos basados en corrientes jurídicas importadas y descontextualizadas de nuestra situación, por un temor, tal vez más que incapacidad, a la innovación, a pensar distinto.

En ese sentido, el surgimiento de los Estudios Críticos del Derecho, nos demuestran la necesidad de saber leer las señales de los tiempos, e iniciar una forma distinta de estudiar y pensar el derecho, ajustado a las propias experiencias y contexto nacional, y junto con ello acercar el discurso jurídico a las necesidades de la sociedad, y no tan sólo de los catedráticos del derecho.

⁸⁵ Véase Kennedy, Duncan, "Teaching from the Left in my Anecdote", *Review of Law and Social Change*, New York, volume 31, Issue 3, 2007, pp. 450-453.

⁸⁶ Véase Kennedy, Duncan, "Iraq: The Case for Losing", *Brooklyn Journal of International Law*, New York, volume 31, Issue 3, 2006, pp. 10-18.

⁸⁷ Existen algunas páginas como <http://www.criticallegalthinking.com/>, en las cuales se divulgan algunos artículos de crítica jurídica, en torno a la raza, género, desigualdad social, entre otros.

Se busca así generar un pensamiento jurídico propio que responda a las necesidades de nuestro país, más que continuar en ese estancamiento de la doctrina jurídica que repetitiva y dogmática que se transmite desde las aulas.

El segundo punto que nos interesa destacar de los Estudios Críticos del Derecho, es la invitación a no quedarnos instalados en el conocimiento jurídico. En efecto, desde la educación jurídica, se exponen una serie de conceptos y categorías jurídicas, que parecieran no admitir discusión ni reflexión posterior, más allá de lo asentado por determinados pensadores, cuyo resultado en no pocas ocasiones no es otro que reproducir mitos, que a la postre dificulta considerablemente la posibilidad de cambio por parte del estudiante y futuro abogado. Desde esta perspectiva, se busca dar una continuidad a la crítica de la sociedad actual,⁸⁸ y no admitir imposiciones que impidan o dificulten la actuación en la sociedad,⁸⁹ desde el derecho mismo.

Siguiendo a Jerry L. Anderson, profesor de la Universidad de Drake, la crítica en los CLS, permite suponer que la actual estructura jurídica no está del todo dada, y que por el contrario, hay otras formas posibles, y deseables, de ordenar la sociedad, para lo cual primeramente debe entenderse lo que hay detrás de las normas, procedimientos e instituciones jurídicas, y en ese sentido la deconstrucción, constituye un método imprescindible para valorar qué es lo que subyace en el fondo del fenómeno jurídico, valorar las posibilidades de cambio desde la estructura misma, y concebir nuevas reglas de interacción social.⁹⁰

Se abre así, un margen de actuación para el jurista, el cual además de los ideales y compromiso de social, requiere un conocimiento teórico sólido, que nos

⁸⁸ Cfr. Tushnet, Mark V., "Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings," *op. cit.*, nota 46, p. 511.

⁸⁹ Sobre el particular, estimamos pertinente citar textualmente, en su idioma original, las palabras que da Mark Tushnet, la trascendencia de los Estudios Críticos del Derecho, lo cual lo realiza en los siguientes términos: "CLS is thus the form that modernism takes in legal thought. Like modernism in philosophy and sociology, it displaces settled understandings, insisting that whatever we have is something we create and recreate daily. As a form of modernism, CLS argues that our lives are structures by institutions that we create and sustain, and that our lives have no meaning outside those institutions and the processes by which we create them –and create ourselves. So, in part, the CLS program is justified in the way all modernist programs are: The program consists of shattering congealed forms of life by showing that they have no particular integrity. And whatever makes that demonstration effective –utopian yearnings, close analysis of legal text, concrete proposals- is part of the program". *Ibidem*, p. 516.

⁹⁰ Cfr. Anderson, Jerry L., "Law School Enters the Matrix: Teaching Critical Legal Studies", *Journal of Legal Education*, Ithaca, New York, volume 54, Number 2, June 2004, pp. 205-206.

permita tener una explicación coherente del derecho, en vinculación con los problemas propios de la sociedad y de la práctica jurídica misma, y a partir de ahí sentar las bases para una reconstrucción de las reglas y principios jurídicos en los cuales descansa la sociedad, o si se quiere de una óptima conducción del ejercicio del derecho. Desde esta perspectiva, se abre una gama de posibilidades en las cuales se puede construir un rumbo distinto de la sociedad, en el cual se hagan efectivos los valores de igualdad, libertad y seguridad.

Finalmente, el tercer aspecto que nos interesa destacar, es el hecho de que con los CLS, se ofrece una distinta forma de técnica de análisis del derecho,⁹¹ si se quiere una perspectiva distinta del razonamiento jurídico, en el cual si bien las normas y principios jurídicos son la columna vertebral del derecho, se enfatiza igualmente en la necesidad de valorar otros factores, que comprenden desde la política, la economía, la historia, la sociedad, la teoría y la filosofía, hasta la propia psicología, a efecto de aproximarnos a los alcances de la vulnerabilidad humana, a la que están sujetos los operadores jurídicos.

En esta empresa, no puede faltar la evaluación de principios, directrices y valores que permean en el derecho mismo,⁹² y respecto de lo cual los CLS, nos pueden dar no sólo una orientación acerca del tipo de ideología subyace en un orden jurídico determinado, que una vez identificada, se ofrece la posibilidad de someterla a examen y cuestionamiento de aquellos postulados que bien podrían ser mejorados y replanteados.

De esta manera, lo que los CLS pueden ofrecer son:

⁹¹ Cfr. Tushnet, Mark V., "Critical Legal Theory", en Martin P. Golding and William A. Edmundson (ed.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, op. cit., nota 47, p. 88.

⁹² Al parecer, una postura desde el centro de la academia reconoce la aportación de los CLS al razonamiento jurídico, en cuanto a someter a examen y evaluación aquellos principios y directrices que subyacen en el orden jurídico, con la finalidad de generar una conciencia crítica acerca de la naturaleza contingente del derecho, así como para ofrecer una apreciación de las vías por las cuales se puede propiciar un cambio a través del derecho. Así, el análisis del derecho estaría constituido por tres niveles de análisis: 1) Comprensión e identificación de las normas y precedentes aplicables al caso, así como de argumentos deductivos y analógicos; 2) La identificación de los principios y directrices aplicables al caso; 3) Evaluación de los principios y directrices, y su implicación en los casos concretos, a partir de una razonada perspectiva moral, Cfr. Burton, Steven J., "Reaffirming Legal Reasoning: The Challenge from the Left", *Journal of Legal Education*, Ithaca, New York, volume 36, Number 3, September 1986, pp. 369-370.

Lineamientos para leer múltiples interpretaciones, explorar diversas alternativas institucionales y conocer prácticas y caminos posibles fuera de un sistema jurídico que, muy a menudo es presentado como complaciente o lógicamente congelado dentro de un sistema unitario y solamente con un curso de desarrollo posible.⁹³

Así entonces, lo que se busca con los CLS es indagar y formular las múltiples alternativas con las cuales podemos tanto conocer cómo actuar dentro del derecho, que nos acerquen a hacer efectivos los valores de una sociedad justa, libre y equitativa. Se busca así, potenciar la dinámica que subsiste dentro del derecho, lejos de una respuesta única, definida y predeterminada.

Se acepte o no, lo sustentado por los Estudios Críticos de Derecho, lo que sí es un hecho, es que debemos atrevernos a pensar diferente, y a superar ese miedo de no seguir la corriente jurídica tradicional, y dejar la posición cómoda e instalada que caracteriza a la academia, e ir más allá de la tinta y papel con que se transmiten las ideas, y es ahí donde se recurre a la sospecha y cuestionamiento del sistema para construir alternativas distintas. Se requiere así de horizontes distintos, que se proyecten más allá de los discursos convencionales, al grado de acercar la concepción del derecho a un sector más amplio de la sociedad, y no sólo a un grupo privilegiado.

Sin duda, la realización de una nueva forma de pensar y hacer el derecho exige muchos sacrificios y mucha fortaleza para superar los ataques, la incomprensión, la descalificación, y no se diga lo que podríamos considerar un “sentimiento de soledad”, ante el rechazo de académicos y doctrinarios, pero al final valdrá la pena el esfuerzo. Cuando logremos acercar el sentido del derecho a la ciudadanía, en un lenguaje más comprensible y auténtico, lejos de apariencias y de lenguajes cifrados, y se ofrezcan explicaciones y soluciones más acordes con la realidad, entonces el esfuerzo habría valido la pena.

⁹³ Robles Vázquez, Jorge, *Los Critical Legal Studies y la crítica a la educación jurídica en el Sistema Romano Germánico*, México, Tesis de Doctorado (Doctorado en Derecho) UNAM, Facultad de Derecho, 2010, p. 22.

III. UN ESBOZO DE LA FIGURA DE DUNCAN KENNEDY

Como hemos visto, Duncan Kennedy ha sido una pieza clave en los inicios y desarrollo de los Estudios Críticos del Derecho.⁹⁴ Desde la organización misma de aquella Primera *Conference on Critical Legal Studies*, siguiendo con la extensa producción literaria en torno a la crítica jurídica, en temas tan diversos que comprenden desde la educación jurídica, siguiendo por la historia jurídica, sociología del derecho, teoría jurídica, entre otros.

Pero ¿merece llevar la atención a los datos biográficos de este autor? En este caso sí. Como se podrá observar, algunas de las ideas expuestas pueden catalogarse como fenómenos objetivantes de su propia experiencia de vida y de las condiciones del contexto pertinentes a su historia personal, profesional, académica, social y cultural, que es lo que enriquece la lectura de este autor.

Nacido en 1942, en Washington, D.C., en el seno de una familia “blanca” y de clase media,⁹⁵ Kennedy, ha sido formado bajo el rigor de la más prestigiada educación en los Estados Unidos de América, primeramente con el estudio de Economía en la Universidad de Harvard (1964), seguido de los tres años de estudio de Derecho, en la Escuela de Leyes de la Universidad de Yale (1970).

A primera vista, la formación de élite que recibió el autor en comento, no se tradujo en una defensa de derecha hacia el sistema político, económico, social, cultural y jurídico dominante en los Estados Unidos de América. Por el contrario, la denuncia a la jerarquía, pronto se haría visible en su célebre, y controvertido ensayo “La educación jurídica como preparación para la jerarquía” de 1970, en el cual identifica las prácticas académicas que inconscientemente moldean al estudiante para servir de defensa al status quo, con el consecuente respaldo institucional, a través de los planes de estudio y clasificación de los estudiantes.⁹⁶

⁹⁴ Al efecto, Véase el Esquema ubicado al final del capítulo, en el cual se sintetiza la participación de Duncan Kennedy en el desarrollo de los Estudios Críticos del Derecho.

⁹⁵ Cfr. Kennedy, Duncan. “La educación legal como preparación para la jerarquía.” Academia, *Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, op. cit., nota 76, p. 123.

⁹⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 146.

Su posterior encuentro y colaboración académica con su maestro David M. Trubek, y su compañero Mark Tushnet, fue un factor clave para la gestación del Movimiento de los Estudios Críticos del Derecho. Por irónico que parezca, ese espíritu de rebeldía mostrado en los primeros años del Movimiento, no fueron obstáculo para que el autor en comento, ocupara importantes puestos. Su trayectoria laboral, se ubica en los años de 1970 a 1971, cuando se desempeñó como Secretario del Juez Potter Stewart de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América. Sin embargo, la mayor parte de su vida laboral la ubicamos en la academia, concretamente en la Universidad de Harvard,⁹⁷ en donde de 1971 a 1976 fungió como Asistente de Profesor, para finalmente obtener un lugar como catedrático en 1976, en donde ha impartido los cursos de Derecho Privado, Temas de Israel y Palestina, Derecho y Política de Urbanización, así como la Globalización del Derecho.

Autor de más de cincuenta artículos, y seis libros, acerca de una variedad temática en los que encontramos la crítica a la educación jurídica, la transformación del derecho a lo largo de la historia, la crítica a los derechos, la crítica al Análisis Económico del Derecho, entre otros. Además, ha sido acreedor de tres Doctorados Honoris Causa, otorgados por la Universidad de Amsterdam (2005), la Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia (2010) y de la Universidad de Quebec en Montreal (2011). Una destacada trayectoria sin lugar a dudas.

El cuestionamiento a los dogmas impuestos –y sin embargo, ocultos y desapercibidos por muchos-, en la academia y en la práctica jurídica, amén de la búsqueda de la justicia entre clases, sociales, razas,⁹⁸ son algunos de los motivos que conducen a este autor a realizar la crítica al derecho. Para Kennedy, el derecho es un aspecto de la totalidad social, que se manifiesta como una lucha humana para hacer reales las condiciones de la justicia social, y en ese sentido el

⁹⁷ Otras Universidades en donde Duncan Kennedy, ha impartido clase han sido la Escuela de Leyes de Nueva Inglaterra (1984-1985), la Universidad de Paris I (1998), y la Escuela de Leyes de la Universidad de Suffolk (2002), en la cual fue nombrado Profesor Visitante Distinguido. En las labores de investigación, destaca su estancia en la Escuela de Leyes de la Universidad de Cardozo (1986), desde luego, además de aquellas que cotidianamente realiza en la Universidad de Harvard. <http://www.duncankennedy.net/biography/index.html>

⁹⁸ Kennedy, Duncan. “La educación legal como preparación para la jerarquía”, *op. cit.*, nota 76, p. 129.

derecho es una parte de la ecuación del poder –y no una función del poder-, y así la lucha del poder se da a través del derecho.⁹⁹

Con base en lo anterior, el profesor de Harvard, nos invita a “pensar al derecho de tal manera que sea posible entrar en él, criticarlo pero sin rechazarlo completamente, y manipularlo sin dejarse llevar por su sistema y funcionamiento”.¹⁰⁰ Como se puede apreciar, Kennedy en ningún momento pretende prescindir del derecho, ni lo considera inútil en la sociedad, simplemente se trata de ofrecer una visión distinta de lo que es el derecho y de cómo concebirlo bajo un contexto de lucha, que la podemos ver bien como instrumento para lograr la justicia social, bien para alcanzar el poder.

A reserva de analizar con mayor detenimiento las ideas del autor en estudio, hemos de destacar dos rasgos que nos han permitido acercarnos a este autor, a saber:

- a) La utilización de los medios electrónicos como medio de difusión de su pensamiento, en diversos países.¹⁰¹
- b) El papel guía en la crítica particular de los Estudios Críticos del Derecho.¹⁰²

Así entonces, no basta con el cumplimiento simple y llano de los deberes que como estudiante o profesor se puedan asumir. Se requiere algo más para actuar dentro del derecho, y en este sentido, Kennedy, nos da un ejemplo de la perspicacia y perseverancia en la lucha por seguir los ideales de justicia y compromiso social.

⁹⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 129-131.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 131.

¹⁰¹ En concreto, Duncan Kennedy, ha empleado su página de internet, para difundir sus ensayos, participaciones en obras colectivas, así como el material utilizado en sus clases, lo que permite tener un mayor acercamiento a las ideas de este autor.

¹⁰² Siguiendo a Jerry L. Anderson, el pensamiento de Kennedy, se asemeja a la de aquel personaje de ciencia ficción, *Morfeo*, de la película *Matrix*, cuya misión es convencer a los demás de la necesidad de despertar de la ilusión en la que vivimos, y analizar qué es lo que realmente sucede con los constructos sociales y conceptos jurídicos, así como a descubrir por un lado, como dichos constructos encubren los intereses del poder y la dominación, a la vez de demostrar cómo la mitología del discurso jurídico sirve para mistificar y pacificar a los oprimidos, Cfr. Anderson, Jerry L., “Law School Enters the Matrix: Teaching Critical Legal Studies”, *op. cit.*, nota 84, pp. 211-214.

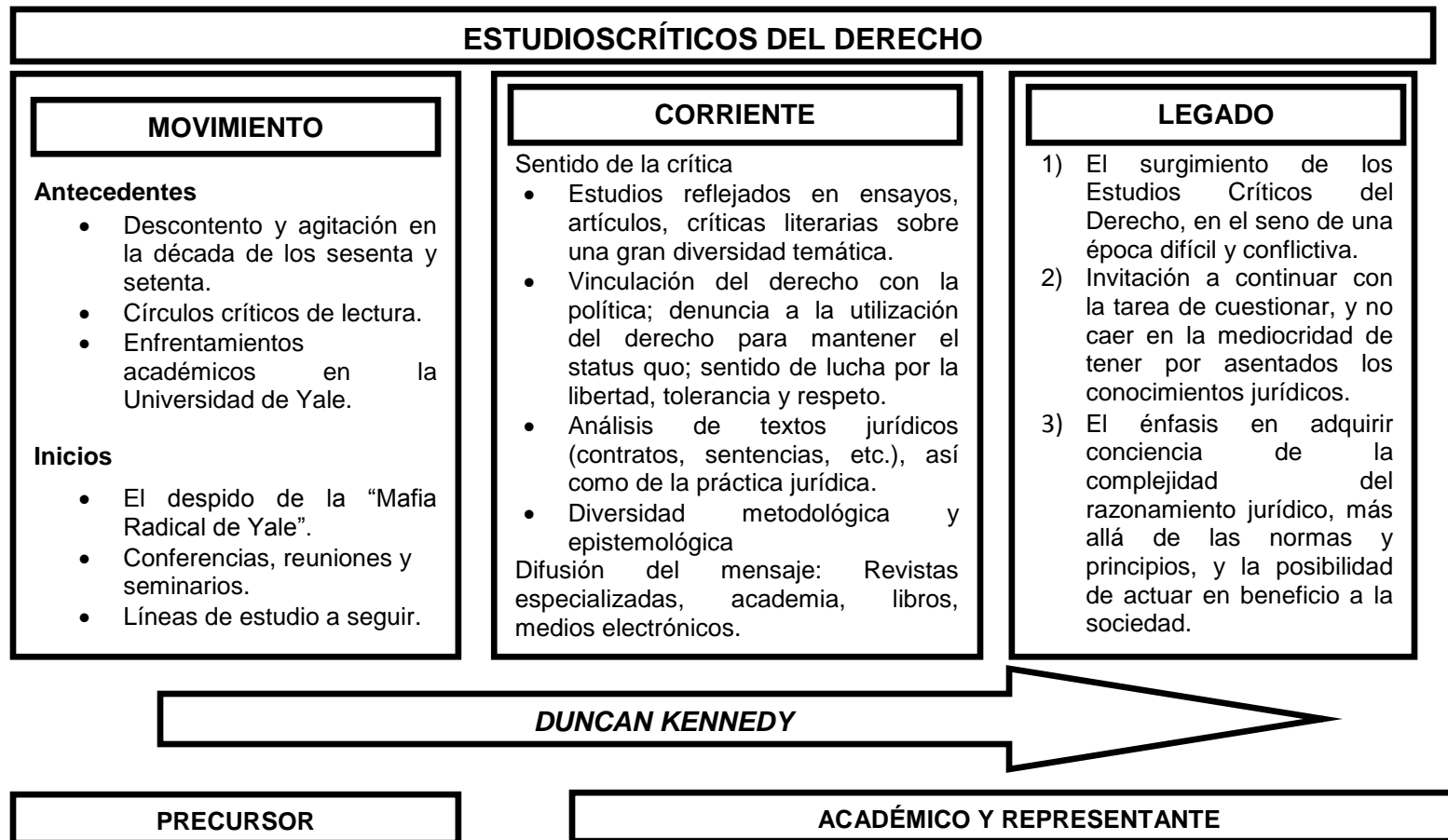
Hasta este punto se ha expuesto el sentido de la crítica, tanto en los Estudios Críticos del Derecho como desde el particular punto de vista de Duncan Kennedy. Como se ha podido constatar, el hilo conductor del pensamiento, no es ni anarquismo, ni desprecio por el derecho ni por el Estado mismo. Por el contrario, la lucha por la justicia social, la imposición y abuso del poder encubierto por el derecho, es lo que inspira un anhelo tanto de denunciar esa situación, como de cambiar la operatividad en el derecho, de suerte que no sea solamente un instrumento de mantenimiento del status quo, sino que por el contrario se busque en la medida de lo posible optar por un orden social más equitativo, sobre todo por lo que a la repartición de riqueza concierne.

Se trata así de llegar a un nuevo tipo de pensamiento, más allá de la mitología de la modernidad,¹⁰³ en el que el cuestionamiento, sospecha y replanteamiento de normas y operatividad del derecho, sea una constante en la educación jurídica, y con ello abrir el debate a nuevos horizontes, que nos conduzcan a obtener nuevos conocimientos y distintos modelos de análisis del derecho. Tal vez, no contemos con soluciones ni propuestas por parte del autor para resolver un problema específico, pero sí observaremos la inclusión de ciertos elementos de análisis, como la política y la psicología, que inciden en el derecho.

En este tenor, nos centraremos en el estudio de la argumentación jurídica en la visión de Duncan Kennedy, para quien la decisión de un caso, no solamente subyace en las normas y principios, sino incluso habríamos que analizar factores como la psicología, y las condiciones políticas, económicas y sociales en que se da la práctica argumentativa, con ello tal vez encontraríamos que la concepción de la racionalidad jurídica es más difícil identificar que lo que comúnmente se piensa. Con base en lo anterior, podremos obtener herramientas de análisis del derecho, que la doctrina jurídica tradicional ha tratado de minimizar y silenciar.

¹⁰³ Véase Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003, pp. 39-67.

UBICACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DE DUNCAN KENNEDY EN LOS ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO



En este esquema muestra brevemente el desarrollo de los Estudios Críticos del Derecho, en tanto Movimiento, Corriente y su Legado. Paralelamente, se destaca la participación que Kennedy, según las etapas que se han identificado en esta corriente.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA DECISIÓN JUDICIAL: MÁS ALLÁ DE LAS NORMAS Y PRINCIPIOS JURÍDICOS

*“La verdad objetiva de una tesis y su validez en la aprobación contrincantes y de los oyentes son dos cosas distintas (hacia esto último se dirige la dialéctica)
¿Cuál es el origen de todo esto? La maldad natural del género humano. Si no fuese así, si fuésemos honestos por naturaleza, intentaríamos simplemente que la verdad saliese a la luz en todo debate, sin preocuparnos en absoluto de si ésta se adapta a la opinión que previamente mantuvimos o a la del otro; eso sería indiferente o en cualquier caso, algo muy secundario.”¹⁰⁴*

I. CONSIDERACIONES INICIALES

Bajo la anhelada racionalidad del derecho, resultaría por demás inconcebible el pretender que las ideas, prejuicios, intuiciones y percepciones del juzgador, puedan tener trascendencia alguna en la actividad jurídica.

Si estimamos que el razonamiento jurídico, se circunscribe a una serie de procesos mentales que conducen a la toma de una decisión jurídica, y que comprenden tanto la identificación de la situación, interpretación y evaluación de los hechos, así como la búsqueda y evaluación de la ley aplicable al caso concreto y la elección de reglas y argumentos que se harán valer,¹⁰⁵ parecería más que evidente que ese conjunto de procesos mentales, necesariamente, tienen que delimitarse al análisis y evaluación de la cuestión fáctica, así como a las reglas y argumentos que se invocarán en la decisión jurídica.

Pese a que de ninguna manera se niega la relevancia de la justificación de la decisión jurídica, a través de premisas, argumentos y razones lógicas, consistentes, coherentes y sistematizados, no menos cierto es que dicha cuestión aparentemente es tan sólo es una de las aristas que nos ofrece la actividad

¹⁰⁴ Schopenhauer, Arthur, *El Arte de tener razón expuesto en 38 Estratagemas*, trad. de Jesús Alborés Rey, Madrid, Editorial Alianza, 2002, pp. 16-17.

¹⁰⁵ Cfr. Wahlgren, Peter, “Legal Reasoning. A Jurisprudential Model”, *Scandinavian Studies in Law*, Stockholm, Stockholm, volume 40, 2000, pp. 202-206.

jurídica, concretamente la argumentación jurídica aplicada a la decisión judicial, que tanta relevancia adquiere en el ámbito teórico y práctico.

Al efecto, cabría preguntarse ¿Hasta qué grado podemos “prescindir” del elemento “humano” del operador jurídico en la toma de decisiones jurídicas? ¿Qué sucedería si admitimos que el elemento “humano” (y no el derecho) es el que guía la decisión judicial? ¿Realmente las normas y principios jurídicos son suficientes para reprimir el elemento “humano” del juzgador?

Aun cuando no se pretenda minimizar la racionalidad del derecho, es evidente que el elemento “humano” desempeña un rol trascendente en la argumentación jurídica, más allá de un hecho aislado o a un “contexto de descubrimiento”,¹⁰⁶ en tanto que éste incidirá en la conducción de dicha actividad.

Desde esta perspectiva, se estima conveniente tener un acercamiento al “lado humano” de la argumentación jurídica, que nos permita determinar hasta qué punto realmente se efectúa la fundamentación y la motivación a través de normas y principios jurídicos, o si ésta es sólo una apariencia que oculta diversos factores de carácter psicológico, social, económico o político, al grado tal, que la pretendida racionalidad de la argumentación jurídica representa tan sólo el cauce de las emociones, percepciones y vivencias que posee el operador jurídico al emitir una decisión.

Por lo anterior, estimamos conveniente retomar la postura de Duncan Kennedy, quien en su ensayo *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, nos ofrece una perspectiva de la argumentación jurídica, bajo una situación específica figurada,¹⁰⁷ en la que se ve a sí mismo, como un juez

¹⁰⁶ Véase Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México 2005, pp. 4-7.

¹⁰⁷ Bajo el estilo ameno de los CLS, Duncan Kennedy, ofrece una perspectiva de la argumentación jurídica, a partir de una situación específica, que prevé la resolución de una huelga del sindicato de choferes de autobuses. Con la finalidad de reanudar el servicio, la compañía contrata choferes no sindicalizados, que provoca la reacción de los sindicalizados, quienes se manifiestan frente a la estación para impedir la salida de autobuses. Pese a que esta medida no implicó el ejercicio de la violencia ni la perturbación del flujo general del tráfico, la policía arresta a los trabajadores y los acusa de perturbar el orden y obstruir la vía pública. La acción se repite al siguiente, sin más afectación que el retraso de la circulación de autobuses en medio de la confusión y el caos. Ante esta circunstancia la compañía recurre al tribunal federal para obtener una orden judicial restrictiva, en contra de las tácticas del sindicato. Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho*, op. cit., nota 77, pp. 97-99.

progresista de izquierda, capaz de generar cambios en una dirección igualitaria, comunitaria, descentralizada y socialdemócrata.¹⁰⁸

En esta dinámica, el autor además de ofrecer una perspectiva del elemento subjetivo en de la decisión judicial, considerado el polo tradicionalmente reprimido en la jerarquía conceptual,¹⁰⁹ nos da un acercamiento a un “derecho vivido”, a partir del cual se pretende exponer la complejidad del razonamiento jurídico, que va más allá de las normas y principios jurídicos.

A partir de la exposición de la complejidad del razonamiento jurídico, se estará en posibilidad de valorar las limitaciones del conocimiento jurídico, y con ello invitarnos a cuestionar algunas creencias y mitos sobre los cuales se pretende asentar el derecho, a efecto de tener una idea más aproximada de lo que acontece en la práctica jurídica, en la cual la subjetividad del juzgador es algo más que un “hecho aislado”, para formar parte de los criterios que inciden en la decisión judicial.

En este orden de ideas, dentro del presente capítulo analizaremos lo que representa el aspecto de la libertad en la argumentación jurídica, como manifestación del aspecto subjetivo del juzgador. Para tales propósitos, se analizará brevemente, la cuestión ideológica, en tanto que inspira los proyectos vitales del juzgador o el sentido de la justicia, en la perspectiva de Kennedy, a partir de lo cual se generan la idea de la sentencia deseada, como guía en la labor argumentativa. Con ello se busca explicar la relación existente entre la subjetividad del juzgador y la objetividad de la norma y principios jurídicos, y apreciar la “lucha oculta” de la argumentación jurídica, entre el aspecto volitivo del juzgador y lo estrictamente ordenado por el material jurídico.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 105.

¹⁰⁹ Siguiendo a César Rodríguez, la crítica deconstructiva de Duncan Kennedy, busca subrayar la presencia al explorar el elemento subjetivo en la adjudicación, esto es, la incidencia en la decisiones judiciales de factores distintos de la aplicación deductiva de las normas, como los intereses de los grupos afectados por dichas decisiones y las preferencias ideológicas de los jueces, lo cual en sí representa una inversión de la jerarquía conceptual que subraya la presencia del polo tradicionalmente reprimido (lo subjetivo), con lo cual se liberan concepciones alternativas de la adjudicación negadas por el canon dominante. *Cfr.* Rodríguez, César, “Una Crítica contra los Dogmas de la Coherencia del Derecho y la Neutralidad de los Jueces. Los Estudios Críticos del Derecho y la teoría de la decisión judicial”, *op. cit.*, nota 35, p. 54.

II. LA SUGERENCIA DE TOMAR LA IDEOLOGÍA EN SERIO EN LA PROPUESTA DE DUNCAN KENNEDY

1. *Enunciación de la ideología como parte del comportamiento estratégico a seguir en la argumentación jurídica*

En la práctica jurídica cotidiana, frecuentemente nos encontramos que ante dos o más casos, con similares hechos, pruebas y argumentos ofrecidos por las partes, y regidos incluso bajo el mismo orden normativo, que sin embargo, son resueltos de manera distinta por dos órganos jurisdiccionales distintos. ¿Qué es entonces lo que hace la diferencia? ¿El lugar? ¿La apariencia física y conducta de las partes y sus abogados? ¿La redacción de los escritos del abogado? ¿La insistencia de las partes por hablar con el personal que trabaja en el juzgado acerca de su asunto? Hasta cierto punto, esas cuestiones son por demás superficiales e insignificantes (al menos para la teoría) para explicar la divergencia de decisiones jurídicas ante casos similares.

Sobre el particular Kennedy, nos dirá, que “los resultados diferentes responden, en muchos casos con intereses grandes, a ideologías distintas.”¹¹⁰ Pero, ¿será posible concebir mínimamente la posibilidad de hablar de la ideología en el derecho, concretamente en la adjudicación judicial? ¿Ideología de quién? ¿Qué acaso la ideología no tendría que desvanecerse ante la neutralidad judicial?

A primera vista, parecería que el análisis de la ideología, se circunscribiría en una cuestión política, reflejada en una posible dominación de las masas a cargo de un reducido, pero poderoso individuo o grupo, o que en su defecto, sólo se pudiera admitir, con un alcance limitado para ciertos órganos del Poder, mas no para los jueces y juristas.¹¹¹ Parecería que el derecho poco tendría que decir, pues en todo caso el problema estaría circunscrito a la política o a la sociología.

¹¹⁰ Kennedy, Duncan, “Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen”, *Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, trad. de Imer B. Flores y Roberto Vidal Sánchez, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, No. 2, 2008, p. 376.

¹¹¹ Cfr. *Ibidem*, p. 375.

La perspectiva que nos ofrece Kennedy, nos invita a *tomar la ideología (del juzgador) en serio*,¹¹² en tanto que permite la fijación del sentido de la sentencia a la cual se quiere llegar -con el encauzamiento y dirección de la actividad jurídica a realizar- y la fijación de efectos decisivos de los grupos ideológicos en conflicto.¹¹³

Evidentemente, que el reconocimiento de la presencia ideológica en la decisión judicial, minaría la confianza de los individuos en las instituciones, concretamente por lo que concierne a los órganos judiciales, ya que no se tendría la certeza de obtener una respuesta imparcial y “estrictamente” ajustada a derecho. Ante esta circunstancia, simple y sencillamente se opta por la negación o en su caso minimización, del impacto de la ideología.

Sin embargo, más allá de adherirnos a la negación o minimización de la ideología en el derecho, Kennedy, nos invita a considerarla como parte de un comportamiento estratégico a seguir en la adjudicación judicial.¹¹⁴ Así entonces, independientemente de que se admita o niegue la presencia de la ideología, parece inevitable considerar dicho aspecto, en tanto que nos brinde un elemento de análisis para explicar dos puntos en particular, a saber:

- 1) Las consecuencias de la decisión judicial bajo una perspectiva distinta, que si se les viera tan sólo bajo el método neutral de aplicación judicial.
- 2) Explicar satisfactoriamente los cambios bruscos en la jurisprudencia.¹¹⁵

En esta tesitura, se nos invita a acercarnos al tipo de pensamiento bajo el cual se rija una época determinada, y el posible impacto que éstos tengan en el derecho, en los operadores jurídicos y en la sociedad. A continuación procederemos a enunciar el significado de la ideología y cómo se da su negación.

¹¹² Cfr. Rodríguez, César, “Una crítica contra los dogmas de la coherencia y la neutralidad de los jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial”, *op. cit.*, nota 35, pp. 52-53.

¹¹³ Cfr. Kennedy, Duncan, “Strategizing Strategic Behavior in Legal Interpretation”, *Utah Law Review*, Utah, No. 3, December 1997, pp. 808-809.

¹¹⁴ Véase *Ibidem*, pp. 804-810.

¹¹⁵ Cfr. Rodríguez, César, “Una crítica contra los dogmas de la coherencia y la neutralidad de los jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial”, *op. cit.*, nota 35, p. 71.

2. La noción de ideología detrás de la negación de la cultura jurídica y política

Una primera aproximación de la ideología, nos evocaría una deformación de la representación del mundo, a partir de la relación imaginaria del hombre con sus condiciones de existencia (relaciones de producción y de clase), con existencia material.¹¹⁶ Lejos del aspecto económico y clasista, que la reflexión marxista ofrece, Duncan Kennedy, pareciera interesarse únicamente en la ideología, en tanto se le ubique bajo una situación de enfrentamiento entre grupos antagónicos, y así la ideología se concibe como “un proyecto de universalización de la intelligentsia que se ve a sí mismo como actuando “para” un grupo con intereses en conflicto con aquellos de otros grupos.”¹¹⁷

Al efecto, es interesante analizar cómo Kennedy destaca a la ideología como un “proyecto”, bajo lo cual pretende enfatizar cierta entidad estable, bajo la cual se conjunta la actividad de un grupo consciente de sí mismo con su respectiva dimensión histórica y práctica.¹¹⁸

Ya desde esta perspectiva, es posible apreciar cómo bajo la inevitable existencia de conflictos entre grupos, subyacen intereses encontrados, respecto de los cuales no sólo se busca el triunfo de los intereses propios, sino que incluso se les ve en tanto proyectos de universalización, a los que se les pretende dar alcances extensivos a otros grupos. Así entonces, la ideología no se enmarca en el contexto de una creación “espontánea”, “única”, “suprema” y “omnipotente”, sino que se da en un diálogo (conflictivo ciertamente) entre dos o más partes, en el cual se busca imponer una serie de ideas y acciones a ejecutar.

Desde luego, llama la atención el que se pretenda “universalizar” determinados proyectos, que a lo sumo valdrán para un grupo en específico, pero no para la “generalidad.” Lo interesante en todo caso, es ver cómo

¹¹⁶ Véase Althusser, Louis, *Ideología y aparatos ideológicos de Estado. Práctica teórica y lucha ideológica*, México, Grupo Editorial Tomo, 2008, pp. 50-55.

¹¹⁷ Las palabras empleadas en el texto en inglés son: *A universalization project of an intelligentsia that sees itself as acting “for” a group with interests in conflict with those of other group*. Kennedy, Duncan, “Strategizing Strategic Behavior in Legal Interpretation”, *op. cit.*, nota 113, p. 786.

¹¹⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 801-802.

independientemente de la compatibilidad o no de estos proyectos, finalmente se buscan medios que coadyuven a la “universalización” de dicha ideología, y ello acontece en cierta forma con la adjudicación judicial.

Al margen de lo anterior, en la concepción del profesor colombiano César Rodríguez sobre la ideología de Duncan Kennedy, ésta se puede concebir como: “Un discurso elaborado por una élite 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.”¹¹⁹

Nos explica César Rodríguez, cómo las ideologías opuestas entran en conflicto constantemente en múltiples escenarios de la vida social, dentro de los cuales, el derecho cumple una función central, en tanto que establece las reglas de juego que favorecen una u otra posición ideológica, lo que explica por qué, las *intelligentsias* ideológicas y los grupos sociales que representan tienen un interés vital en la definición de las reglas jurídicas, bien en la expedición de una ley, bien en la solución judicial de un caso concreto.¹²⁰

Como se puede apreciar, la trascendencia de la ideología va mucho más allá de denunciar que el contenido del derecho se encuentra vinculado con alguna forma particular de pensamiento o corriente, ya que lo que se pretende enfatizar en todo caso, es cómo dicha ideología llegar a influir en el desarrollo de las prácticas jurídicas mismas –como acontece con la argumentación jurídica, a través del seguimiento de estrategias jurídicas para tratar de llegar al resultado deseado.

De lo anterior, se desprende la diferencia entre entender las decisiones jurídicas como resultantes de la aplicación neutral del derecho, frente aquel que es resultado de alcanzar determinados proyectos ideológicos, supuesto este último, en el cual la elección, empleo e interpretación misma de las reglas jurídicas, varía de lo obtenido por los juzgadores bajo otro presupuesto y agenda ideológica.¹²¹

¹¹⁹ Rodríguez, César, “Una crítica contra los dogmas de la coherencia y la neutralidad de los jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial”, *op. cit.*, nota 35, pp. 63-64.

¹²⁰ *Cfr. Ibidem*, pp. 64-65.

¹²¹ *Cfr. Kennedy, Duncan*, “Strategizing Strategic Behavior in Legal Interpretation”, *op. cit.*, nota 113, p. 790.

Así, la obtención (formalmente justificada) de resultados distintos en la decisión judicial, nos pone de manifiesto que la ideología, se inscribe en los actos de las prácticas de los individuos, al ser aquélla la que hasta cierto punto prescribe las prácticas materiales, existentes en los actos que realiza un sujeto que actúa con toda conciencia según su creencia.¹²²

Sobre el particular, Kennedy pretende demostrar cómo la ideología se manifiesta incluso, cuando el juzgador es *medio-consciente* de la trascendencia de la ideología en el derecho,¹²³ que supone la premisa de que el juzgador pretende mediar el conflicto que supone asumir la ideología en la adjudicación judicial con la *negación* de la presencia ideológica en el desarrollo de su actividad,¹²⁴ y con ello mantener en secreto, tanto para el juzgador mismo como para su audiencia, el desarrollo de su actividad, como así lo exigen los participantes de la cultura jurídica y la cultura política en general.¹²⁵

¹²² Cfr. Althusser, Louis, *Ideología y aparatos ideológicos de Estado. Práctica teórica y lucha ideológica*, op. cit., nota 116, pp. 57-59.

¹²³ El modelo del juzgador *medio-consciente*, se contrapone a aquel del juez activista o que pretende mediar (o moderar) entre dos posturas ideológicas encontradas, o frente a aquel que se pretende mostrar independiente de las opiniones ideológicas de las partes, ya que en todo caso, cualquier conducta que adopte el juez parecería que sí tiene plena conciencia de que su actuar sí tendrá un impacto considerable sobre las ideologías en conflicto. Por el contrario, el juzgador que es *medio-consciente* de la presencia ideológica, parece debatirse en un conflicto entre admitir o no la presencia de la ideología en su actuar, conflicto que en cierta forma se atribuye a la exigencia de mantener la “neutralidad” judicial y la naturaleza misma de los intereses en conflicto y la aversión o simpatía que el juzgador tiene hacia ellos. Aun bajo este conflicto que supone el reconocer la presencia de la ideología, ésta hasta cierto punto se materializa en la práctica argumentativa. Véase Kennedy, Duncan, “Strategizing Strategic Behavior in Legal Interpretation”, op. cit., nota 113, pp. 795-810; Véase Kennedy, Duncan, “Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen”, op. cit., nota 110, pp. 375-376.

¹²⁴ Desde la perspectiva de Anna Freud, a la que se adhiere Kennedy para explicar la negación, resulta interesante analizar los mecanismos de *negación de la ideología* y sus efectos, por cuanto a que por una parte, implica un rechazo a un reconocer, admitir o reconocer la cosa negada, a pesar de que la evidencia de la existencia de la cosa, y por la otra, pretende evitar o deshacerse de la ansiedad que podría producir el reconocimiento de la verdad acerca de un hecho externo o de su propio deseo, emoción, opinión o intención. La negación en cierto sentido, representa la manifestación verbal de un tipo particular de un pensamiento deseado. Cfr. Kennedy, Duncan, “Strategizing Strategic Behavior in Legal Interpretation”, op. cit., nota 113, pp. 803-810. De seguir esta postura hasta cierto punto, la tarea a emprender (por parte del teórico o analista jurídico) sería encontrar si existe o no una determinada ideología en la adjudicación judicial, para llegar a un resultado en particular, y beneficiar a uno de los grupos en conflicto (cuestión que puede representar la ansiedad que se pretende negar). Pero aún de encontrarse, el resultado no será otro que la reiterada negación discursiva de la ideología, lo que una vez más nos conlleva a dudar de la “versión oficial” de la cultura política y jurídica, acerca de la explicación “neutral” de la actuación de los juzgadores.

¹²⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 804.

Como parte del comportamiento estratégico que nos pretende ocultar la cultura jurídica y política, encontramos que la influencia de la ideología en la adjudicación judicial se manifiesta en una orientación hacia una serie de resultados,¹²⁶ la cual inicia desde el momento en el cual pretende aplicar su sentido de la justicia en un caso en particular,¹²⁷ frente a la cual se valorará si éste se ajusta o no al material jurídico, o si en su defecto, es posible llegar a la sentencia deseada, sin que sea percibida la presencia ideológica del juzgador, aspecto que por cierto parece ser un hecho incierto, que sin duda requerirá de un esfuerzo estratégico significativo a seguir, como se apreciará en el Cuarto Capítulo.

En este sentido, la negación de la presencia ideológica en la adjudicación judicial en gran parte pretende deshacerse de la “ansiedad” del conflicto que genera decidir conforme a lo indicado frente a la norma y lo que los jueces desean aplicar como “justicia bajo la ley”, expresión que por sí misma denota cierta presencia ideológica, la cual requiere el empleo de una serie de estrategias argumentativas, de las cuales difícilmente es posible advertir si son correctas o no.¹²⁸

Aun y cuando hasta cierto punto parezca simple la explicación de que la negación oculta cierta “ansiedad” del juzgador, resulte aún más extraña la negación de la ideología, por parte de la cultura jurídica tradicional. Precisamente, uno de los efectos de la ideología, es su negación misma,¹²⁹ que pese a ello, no impide la actuación y funcionamiento de la ideología en tanto que “recluta” a los sujetos entre los individuos, en cuyas prácticas se materializa dicha ideología,¹³⁰ después de todo, dice Althusser, “el hombre es por naturaleza un animal ideológico.”¹³¹ Negar la ideología en esta tesitura, es negarle individualidad al juzgador, quien en tanto humano, de ninguna manera puede desentenderse de la adopción de determinadas ideas.

¹²⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 809.

¹²⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 815-818.

¹²⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 814-817.

¹²⁹ Véase Althusser, Louis, *Ideología y aparatos ideológicos de Estado. Práctica teórica y lucha ideológica*, op. cit., nota 116, p. 65.

¹³⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 59-67.

¹³¹ *Ibidem*, p. 60.

Si bien Kennedy, erige críticas en contra de la tendencia a negar de la ideología en el derecho, a la vez que enuncia posibles causas y consecuencias de dicha negación,¹³² aún no queda claro hasta qué punto beneficiaría el que se admitiera explícitamente que la ideología está presente en la adjudicación judicial ¿Predecir el sentido de las sentencias? ¿Sostener una visión nihilista del derecho? ¿Descalificar a los jueces, y decir que *todos* son parciales? Kennedy no parece interesarse en ninguna de esas posturas.

Por increíble que pueda resultar, los esfuerzos de Kennedy están dirigidos a desmitificar los fundamentos y baluartes en que se encuentra sustentado el derecho, y optar tal vez por una concepción *desmitificada y humana* del derecho. ¿Qué tanto cambiaría la operatividad y funcionamiento del derecho si abandonáramos la idea “mítica” y “fantástica” del derecho? La respuesta queda en el aire, probablemente se limitaría a no seguir viviendo bajo la mentira y apariencias, o al menos descubrir cómo la invocación de la “neutralidad judicial”, opera como una defensa empleada, a modo de tecnología de la “auto-protección” como mecanismo con el cual el sujeto pretende construir una “verdad”,¹³³ que pese a limitarse hasta ahora a cuestiones de carácter teórico, no por ello dejan de tener trascendencia en la búsqueda de una concepción distinta del derecho. Lástima que los postulados de la crítica jurídica, tan sólo se limiten a una denuncia teórica, y sean insuficientes para quitar el cúmulo de privilegios de que gozan los juzgadores en nuestro país.

De cualquier manera, el interés por “tomar la ideología en serio” representa un esfuerzo importante, tendiente a valorar hasta qué punto el derecho se encuentra revestido de mitos o fantasías, respuesta que en ocasiones sólo la hallamos en la vivencia de la práctica cotidiana, totalmente desconocida por la gran mayoría de los tratadistas que pretenden hacer derecho desde la comodidad del escritorio.

¹³² Cfr. Kennedy, Duncan, “Strategizing Strategic Behavior in Legal Interpretation”, *op. cit.*, nota 113, pp. 811-825.

¹³³ Cfr. *Ibidem*, p. 814.

3. El carácter decisorio de la adjudicación judicial en el campo de batalla de conflictos ideológicos.

Pese a lo expuesto con antelación, no serían pocas las voces que duden de la posible influencia de la ideología en la adjudicación judicial, o que en su caso, no es algo del que preocuparse, al ser una práctica aislada y atípica.

Independientemente de lo anterior, un aspecto que no podemos ignorar es que los efectos de las sentencias, no sólo se limitan a resolver una controversia presente de las partes, sino que incluso inciden significativamente en la definición de la lucha ideológica de las fuerzas sociales, y en donde el derecho constituye uno de los campos de batalla fundamentales, en los términos que explica César Rodríguez, para quien “La lucha ideológica se extiende al ámbito del derecho; la definición de las reglas jurídicas es uno de los campos de batalla fundamentales entre las ideologías opuestas. De esta forma el derecho en general, y las decisiones judiciales en particular, son una extensión de la política.”¹³⁴

De ello se desprende cómo hasta cierto punto la lucha ideológica que se desenvuelve en el ámbito jurídico, y que busca cierto reconocimiento, conlleva a la vinculación de Derecho-Política que sostienen los CLS, la cual como se indicó en el Primer Capítulo, únicamente pretende cuestionar hasta qué grado es posible sostener una neutralidad política del derecho,¹³⁵ así como denunciar aquellas prácticas jurídicas cotidianas que evidencien dicha situación.

A mayor abundamiento, el conflicto de ideologías, dentro de la adjudicación judicial, la podemos ver reflejada en tres efectos decisivos se presentan para los grupos involucrados, a saber:

- 1) El efecto inmediato de la definición judicial es la definición a favor de un grupo o de otro, del caso concreto.¹³⁶

¹³⁴ Rodríguez, César, “Una crítica contra los dogmas de la coherencia y la neutralidad de los jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial”, *op. cit.*, nota 35, p. 65.

¹³⁵ Cfr. García Villegas, Mauricio, *Sociología y Crítica del Derecho*, *op. cit.*, nota 44, p. 78.

¹³⁶ Cfr. Rodríguez, César, “Una crítica contra los dogmas de la coherencia y la neutralidad de los jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial”, *op. cit.*, nota 35, p. 67.

- 2) Lo decidido en el fallo pasa a ser parte de las reglas de juego de las luchas futuras entre los grupos ideológicos y, por tanto, inciden en el poder relativo de cada uno de éstos.¹³⁷
- 3) 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 las sentencias es lo correcto. A través del efecto de conversión, el juez que dirige una lucha ideológica en un caso concreto legitima –esto es, hace ver como correcta- la decisión que adoptó.¹³⁸

Como se puede apreciar, la variable política contenida en los efectos mencionados difícilmente pueden ser enmarcados bajo una “lectura textual del fallo”,¹³⁹ que nos invita a tener una mayor apertura de análisis a los textos jurídicos, en una interpretación ideológica de la sentencia, cuya lectura, no sólo se circunscriba a la búsqueda de la fundamentación y motivación, sino que trascienda a los efectos y motivaciones políticas que el juez fijado en su resolución, en donde la neutralidad e independencia judicial es tan sólo un buen propósito a seguir.

En apertura de análisis de los textos jurídicos, estaríamos en posibilidad de admitir una visión distinta de la función de la adjudicación judicial, que comprenda la inminencia de la protección tanto la ideología como los intereses generales de clase de la *intelligentsia* dentro del orden social y económico, ocultos bajo los baluartes de moderación, otorgamiento de facultades y de legitimación.¹⁴⁰

Expuesta la presencia de la ideología en las decisiones judiciales, tendríamos una concepción distinta del objeto de la sospecha en el derecho, ya que lo que realmente debiéramos dudar es si se cumple con el principio de “neutralidad” judicial, y no tanto de la presencia de la ideología en la decisión judicial, la cual no es tan ausente de la práctica jurídica cotidiana.

¹³⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 67-68.

¹³⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 68.

¹³⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 73.

¹⁴⁰ Cfr. Kennedy, Duncan, “Strategizing Strategic Behavior in Legal Interpretation”, *op. cit.*, nota 113, p. 787.

Lo que es importante dejar en claro, a partir de las reflexiones expuestas es valorar la necesidad de repensar el derecho, tal como indica Duncan Kennedy, en el sentido de que: “lo que se necesita es pensar al derecho de tal manera que sea posible entrar en él, criticarlo pero sin rechazarlo completamente, y manipularlo sin dejarse llevar por su sistema de pensamiento y funcionamiento.”¹⁴¹

Bajo este esquema, el aceptar la ideología en la adjudicación judicial, no busca escandalizar, ni derrumbar los cimientos del Estado y su orden jurídico, sino que proporciona una categoría adicional de análisis de la resolución judicial,¹⁴² y cuyo reconocimiento nos permitirá:

- 1) Analizar la actividad judicial, en la cual los juzgadores realizan elecciones estratégicas, en tanto que tienen que seguir una ideología determinada, lo cual no solamente es de utilidad para los escépticos del derecho, sino incluso para los adherentes de teorías que sustentan cómo los juzgadores pueden y deben ser neutrales.¹⁴³
- 2) Concebir los efectos decisivos de la adjudicación judicial, a partir de un conflicto de ideologías sometidas a consideración del juez.
- 3) Concebir la presencia de la ideología en la práctica jurídica. Así, nos interesarán los proyectos vitales, ideología y prejuicios, en tanto éstos se presupongan, exterioricen y materialicen en el discurso jurídico.¹⁴⁴
- 4) Valorar el desarrollo de estrategias jurídicas a partir de la ideología del juzgador, así como analizar la restricción que el material jurídico impone.
- 5) Vislumbrar la manera en que la cultura jurídica pretende operar y explicarse a través de mitos y fantasías.

¹⁴¹ Kennedy, Duncan, “La educación legal como preparación para la Jerarquía”, *op. cit.*, nota 76, p. 131.

¹⁴² Se habla de la ideología como una categoría adicional de análisis jurídico, ya que generalmente se pretende descubrir la ideología a través de la interpretación jurídica de la norma. Véase Guastini, Riccardo, “La interpretación de la Constitución”, trad. de Santiago Ortega, en Ortega Gómero, Santiago (ed.), *Interpretación y Razonamiento Jurídico*, Lima, Ara Editores, 2010, volumen II, pp. 54-55.

¹⁴³ *Cfr.* Kennedy, Duncan, “Strategizing Strategic Behavior in Legal Interpretation”, *op. cit.*, nota 113, pp. 784-790.

¹⁴⁴ Véase Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial: Una fenomenología crítica*, *op. cit.*, nota 77, p. 105.

Por lo anterior, es que se reitera la necesidad de aceptar la presencia de la ideología en la adjudicación judicial, más allá de negaciones, mitos y fantasías sobre los que se basa la teoría y práctica jurídica, y más allá del efecto retórico del lenguaje convencional de la necesidad jurídica de las resoluciones.¹⁴⁵ Con ello tendremos una aproximación a una explicación del por qué son tan divergentes las decisiones judiciales, pese a que las similitudes de las situaciones fácticas.

Sin perjuicio de lo expuesto con párrafos anteriores, es menester señalar que la defensa de la ideología en la adjudicación judicial, se dificulta de sobremanera por la incondicionada y aferrada creencia racional por la que se inclina la cultura y teoría jurídica. Ciertamente, la tinta contenida miles de páginas destinada a defender esta creencia racional, es insuficiente para desvirtuar la serie de valores, deseos, propósitos y fines, que posee la naturaleza humana, y en tanto tales, impulsan las genuinas acciones humanas.¹⁴⁶ Bajo esta perspectiva, la racionalidad dista mucho de sobreponerse a esta serie de valores, deseos, propósitos y fines, que se quiera o no seguirán latentes en las acciones humanas, lo cual si lo tomamos en conjunto, representa una evidencia de que la ideología se encuentra presente en las prácticas jurídicas, independientemente de su aceptación o no por la cultura jurídica dominante.

En todo caso la decisión sigue en pie, si seguir en el iluso discurso que pretende negar toda influencia ideológica en el actuar cotidiano del Poder Judicial, bajo los míticos ideales de la prudencia, independencia y autonomía, o afrontar directamente el problema y admitir que la ideología puede influir en la adjudicación judicial, y con ello comprender de una mejor manera el auténtico conocimiento jurídico, que va más allá de conceptos vacíos e irrealizables (v. gr. neutralidad e independencia judicial), y sobre todo más allá de las normas y principios jurídicos.

¹⁴⁵ Véase *Ibidem*, pp. 785-806.

¹⁴⁶ Véase Kennedy, Duncan, "Legal Formality", *The Journal of Legal Studies*, Chicago, 351, 1973, pp. 363-365. <http://www.duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Legal%20Formality.pdf>

III. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA A PARTIR DE LOS PROYECTOS IDEOLÓGICOS DEL JUZGADOR

1. La libertad detrás de la retórica de la neutralidad y aplicación mecánica del derecho

A pesar de la natural inclinación del humano para optar por el seguimiento de una determinada ideología, encontramos que en el ámbito del derecho, las exigencias de la racionalidad jurídica, en vinculación con las propias instituciones, normas y principios jurídicos, son suficientes para restringir la actividad argumentativa en la toma de decisiones del juzgador.

Sin embargo, estimar que el postulado de la racionalidad del derecho por sí mismo, puede evitar que la labor jurisdiccional se vea afectada por los intereses del juzgador, es tan sólo un remedio parcial y por demás superficial e ingenuo para impedir que la subjetividad del juzgador sea la determinante en la toma de decisiones, por cuanto a que omite valorar hasta qué grado, los procesos mentales del juzgador trascendieron excedieron de las normas y principios jurídicos, y si en su caso éstos no son más que la apariencia externa del sentido que originalmente previó el juzgador al analizar el caso.

Esta superficialidad, no tiene otro resultado que el negar, evitar, y en el mejor de los casos minimizar la trascendencia de las “otras” operaciones mentales que simultáneamente realiza el juzgador al emitir una decisión jurídica.

Sin caer en un “emotivismo radical”, dedicado a registrar palabras sin sentido u observar comportamientos puramente casuales y arbitrarios,¹⁴⁷ lo que se busca en todo caso es analizar qué es lo que subyace detrás del evento de la elección de la regla por parte del juzgador,¹⁴⁸ dentro de lo cual encontraremos el lado emotivo –el aspecto humano- del juzgador, que en menor o mayor grado tiene algún tipo de relación en el desarrollo de la argumentación jurídica.

¹⁴⁷ Véase. Comanducci, Paolo, *Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo*, trad. de Pablo Larrañaga, México, Distribuciones Fontamara, 2009, pp. 41-43.

¹⁴⁸ Véase Kennedy, Duncan, “Strategizing Strategic Behavior in Legal Interpretation”, *op. cit.*, nota 113, pp. 802-803.

Ciertamente, no debemos olvidar que la argumentación jurídica es una actividad humana, que aunque parezca demasiado obvia e innecesaria esta afirmación, ello debe recordarnos que dicha actividad está constituida en función de una tradición y de un proyecto humano,¹⁴⁹ y que en esa tesitura no deja de ser una práctica vulnerable al lado emotivo del juzgador, pues ¿humanamente perdería la oportunidad de defender su ideología en aras de alcanzar la racionalidad jurídica? ¿Hablamos de un juez “Todo Poderoso”¹⁵⁰ que privilegia la racionalidad en todos los casos sometidos a su consideración? ¿Cómo pretender que la actividad argumentativa sea del todo racional si prácticamente ninguna actividad humana está exenta de caer en la “irracionalidad”? ¿Por qué la adjudicación judicial sí habría de estar exenta de ese factor? ¿Por el discurso racional que se exige del derecho? ¿Podemos conformarnos con esas aspiraciones de la racionalidad, sin valorar la inminente “irracionalidad” humana? Evidentemente que no, a no ser que queramos seguir engañados bajo el inalcanzable anhelo de la racionalidad pura en el derecho, cuyos únicos frutos son el dejar al lector en la eterna esperanza de la argumentación jurídica.

El apostar a una racionalidad pura del derecho, no nos conduce a nada, fuera de permanecer en la eterna esperanza, la mentira y el engaño de que la práctica argumentativa puede aspirar a altos niveles de racionalidad. Se estima, por tanto, que se requiere un discurso distinto, que nos aproxime a la esencia de las cosas, tal y como se manifiestan al hombre, -y no como éste quisiera que se le manifestaran-, para lo cual tenemos que acercarnos al lado “irracional” de la

¹⁴⁹ La constitución de la actividad humana en función de una tradición y de un proyecto humano, se toma a partir de la interpretación de André Dartigues, en su carácter de estudioso de la fenomenología. Este autor critica al objetivismo, que identificado con el lenguaje científico sobre el ser, olvida que la ciencia es una actividad del hombre, que no está hecha ya desde toda la eternidad como un bloque inmutable al que simplemente tendríamos acceso, sino que la constituimos nosotros mismos en función de una tradición y de un proyecto humano, con lo cual el mundo de la objetividad pura, se mantiene como un “sistema material real y cerrado”, un mundo inhabitado e inhabitable. Con todo ello, explica el autor, la reflexión fenomenológica, si bien no pretende renunciar a la objetividad científica, si por el contrario pretende reintegrar el mundo de vida en el mundo de la ciencia, tal vez sea porque la ciencia no es más que un producto de la vida, y porque ésta se mantiene en el trasfondo de una práctica que ella sin embargo determina, práctica que no es suficiente para dar razón de sí misma. *Cfr.* Dartigues, André, *La Fenomenología*, trad. de Josep A. Pombo, Barcelona, Editorial Herder, 1981, pp. 87-91.

¹⁵⁰ Véase Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2002, pp. 179-208.

práctica jurídica. Empezar tal tarea, requiere cuestionar y superar los mitos que irónicamente impuestos desde la racionalidad del derecho, tal y como acontece con la neutralidad judicial, tarea que sólo la crítica jurídica se propuesto realizar.

Más allá de un mensaje crítico con efectos limitados a la retórica de la argumentación jurídica, su crítica ideológica o en la combinación de ambas cosas,¹⁵¹ la postura de Kennedy, nos invita a explorar una dinámica distinta de la argumentación jurídica, bajo el vínculo intencional del juzgador con el derecho,¹⁵² y cómo se manifiesta dicho vínculo en la actividad argumentativa.

Desde esta perspectiva, se busca describir la manera en la cual se conjuga tanto la subjetividad del juzgador en la práctica argumentativa, como la (supuesta) objetividad del derecho, en la cual se buscará dar razón de ésta última en función de la subjetividad,¹⁵³ esto es, de las percepciones del juzgador, con el

¹⁵¹ Cfr. Aienza, Manuel, *El Derecho como Argumentación. Concepciones de la Argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, p. 52.

¹⁵² El vínculo intencional del juzgador con el derecho, corresponde al vínculo intencional (actividad que realiza las expectativas de la conciencia) del sujeto con el mundo, propio de la fenomenología de Husserl, por virtud de la cual sólo existe el "mundo" en la medida que se trata de "un mundo para el sujeto", de suerte que el sentido de un ente cualquiera sólo puede ser esclarecido escrutando las vivencias que lo hacen sobrevenir en forma de donación originaria. Lo que pretende dejar en claro este postulado fenomenológico es que entidad alguna jamás podrá ser pensada, es decir, tenida por real o por posible, si no se halla entretendida con el vínculo universal que conecta el yo con el mundo, de suerte que el mundo se constituye por medio de unos desempeños o prestaciones de la subjetividad. Se desconfía así de un subjetivismo unipolar que dé significado a las cosas, con lo cual la principal tarea será el escrutar la correlación entre "el producir" del sujeto y el propio "producto" de éste, que equivale a establecer la correlación entre su propio realizar (y desde luego no la realización) y aquello que dicho acto realiza. Cfr. Bech, Josep María, *De Husserl a Heidegger. La transformación del pensamiento fenomenológico*, Barcelona, Ediciones Universitat de Barcelona, 2001, pp. 25-27. Bajo esta postura, la subjetividad del juzgador, si bien por sí misma puede determinar el sentido de la decisión judicial, empero ésta no puede desentenderse por completo del material jurídico, al cual el juzgador se encargará de darle su significación e interpretación, que puede o no ajustarse a lo que éste de antemano había concebido.

¹⁵³ La metodología fenomenológica a que recurre Kennedy, tiene por objeto la clarificación y la justificación fundamentales del conocimiento, tanto del teórico y científico en el sentido estricto, como del de índole pre-teórica y pre-científica, que sirve de guía en el vivir humano en el mundo de la experiencia cotidiana. Dentro del objetivo de clarificar y dar razón de los objetos, se busca aclarar y explicar la existencia de los mismos y el significado de ésta, para lo cual es preciso referir a los correspondientes actos mediante los cuales dichos objetos se presentan provistos de sentido y significado en la vida consciente del individuo, esto es, en las actividades prácticas, teóricas, artísticas y de toda especie. En esta empresa, la conciencia cobra un papel primordial, ya que todo objeto, se encuentra referido a la conciencia, la implica y, en este sentido, la supone, de suerte que todo objeto nos remite a los actos mediante los cuales aparece y se presenta con el significado que tiene en la vida humana. Cfr. Gurwitsch, Aron, *El campo de la conciencia. Un análisis fenomenológico*, trad. de Jorge García Gómez, Madrid, Alianza Editorial, 1979, pp. 186-198.

correspondiente énfasis en la interrelación existente entre la subjetividad y la objetividad.¹⁵⁴

Al efecto, Kennedy aplica la llamada subjetividad y objetividad a la decisión judicial, en lo que a grandes rasgos los identifica como la *libertad*, dentro de lo cual se ubica las apreciaciones, objetivos, proyectos e ideología del juzgador, y la *restricción*, que constituiría el análisis de las normas y principios jurídicos a emplear en la decisión judicial, como puntos de partida para el desarrollo de las estrategias jurídicas. A continuación procederemos a dar un esbozo de la *libertad*, constituida por el polo subjetivo de dicha práctica.

Ciertamente, no es fácil invocar el multívoco y complejo concepto de *libertad*, y menos aún dentro de la argumentación jurídica. Hasta cierto punto pudiera resultar un tanto difícil la contextualización de la *libertad* en la práctica en comento, que en la lectura de Kennedy, en un primer momento la podemos enmarcar bajo un conjunto de intenciones, un proyecto vital del juzgador, que como tales se encargarán de orientar entre las muchas posibles actitudes a seguir en el trabajo de la argumentación jurídica.¹⁵⁵ Empero, dicha *libertad*, de ninguna manera debe interpretarse con una arbitrariedad plena del juzgador, ni con “reacciones viscerales” del juez que actúan totalmente incondicionadas.¹⁵⁶

La postura de Kennedy, tampoco obedece al margen de discrecionalidad que los positivistas han adoptado,¹⁵⁷ ya que se trata de algo más que la simple

¹⁵⁴ La interrelación entre lo subjetivo y lo objetivo, desde el punto de vista de la fenomenología, nos indica que el ser humano está sujeto al mundo, por ser parte del mundo, pero a la vez es sujeto del mundo, siendo el mundo una parte del ser humano. Dicho aspecto, constituye un rechazo al psicologismo, al cual Husserl cuestionó por considerar que éste pretende ver al hombre sólo como parte del mundo, como un hecho en el mundo, lo cual impide vernos como sujetos en el mundo, en el cual puedan actuar. Cfr. San Martín, Javier, *La Fenomenología de Husserl como utopía de la Razón*, Barcelona, Editorial Anthropos, 1987, pp. 42-43. Lo anterior, nos pone en evidencia que ni el juzgador puede imponer su decisión jurídica al margen del material jurídico, ni se puede exigir que la adjudicación judicial, esté determinada en exclusiva por la supuesta racionalidad jurídica.

¹⁵⁵ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una fenomenología crítica*, op. cit., nota 77, p. 104.

¹⁵⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 95-97.

¹⁵⁷ La justificación positivista de la decisión jurídica hasta cierto punto promueve el reconocimiento de la existencia de un margen de discrecionalidad insoslayable en dicha decisión. Sin embargo, la decisión no puede oponerse a la norma o normas jurídicas que se aplican, sino que tienen que producirse dentro de los márgenes más o menos difusos que éstas establecen. Aún y cuando se acepte que el fundamento último de la decisión descansa en criterios adicionales no jurídicos, la decisión en todo caso se encuentra predeterminada por tres factores principales, a saber: 1) Por el marco general que configuran las normas aplicables al caso; 2) Por un amplio conjunto de reglas y

actuación del juzgador bajo los márgenes más o menos difusos que la norma jurídica establece, como explicaremos a continuación.

La postura de la *libertad*, en los términos mencionados, nos ofrece una interesante perspectiva en torno de hasta qué punto las perspectivas enmarcadas en la libertad son lo suficientemente significativas para orientar la decisión judicial y desarrollar estrategias jurídicas para llegar a la decisión deseada, las cuales desde luego tendrán que someterse a la difícil prueba que el propio material jurídico impone.

Por lo anterior, la libertad en ningún momento puede confundirse con un posible libertinaje, sobre todo por cuanto a que Kennedy analiza la manera en que dicha libertad, puede estar condicionada por el mero hecho de existir en un universo legalizado.¹⁵⁸

De esta manera, el ámbito de libertad se convierte igualmente en una de las esferas de acción de la argumentación jurídica, que por cierto escapa de cualquier explicación formalista de la argumentación jurídica,¹⁵⁹ y que sin embargo, tiene una importante repercusión en el razonamiento jurídico.

Así entonces, desde la perspectiva de Kennedy, además de las reglas y principios jurídicos, cuatro elementos merecerían llevar la atención en la decisión judicial,¹⁶⁰ a saber:

criterios hermenéuticos que tienen su origen en una larga tradición jurídica y que en algún caso han encontrado reconocimiento normativo, y 3) Por una exigencia de motivación fundada y racional, que afecta incluso a los criterios adicionales no jurídicos. *Cfr.* Calvo García, Manuel, *Teoría del Derecho*, 2ª edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2004, p. 166.

¹⁵⁸ *Cfr. Idem.*

¹⁵⁹ La postura de Kennedy, de ninguna manera corresponde a una posible confusión entre el contexto de descubrimiento y de justificación de que habla Manuel Atienza. *Cfr.* Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, *op. cit.*, nota 106, p. 7. Más que sostener la posibilidad de que las decisiones se tomen a partir de un proceso mental del juez que va de la conclusión a las premisas, y que la decisión sea fruto de prejuicios, y que la necesidad de justificar sea accesoria. Kennedy, no renuncia de manera alguna a la justificación de la decisión judicial ya que como veremos, la “subjetividad del juez” por sí misma es insuficiente para resolver un caso concreto, si ésta no se encuentra apoyada en las normas y principios jurídicos. La pretensión de realzar el *elemento subjetivo* del juzgador es determinar cómo influye en el manejo del material jurídico en la decisión judicial, y a partir de ahí valorar probablemente, cuál es realmente la fuerza del material jurídico –normas y principios jurídicos-, y si éstos son suficientes para “obstaculizar” las intenciones del juzgador o no, y si a partir de ahí existe una respuesta correcta. *Cfr.* Kennedy, Duncan, “Una Alternativa de la Izquierda Fenomenológica a la Teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen”, *op. cit.*, nota 110, pp. 385.

¹⁶⁰ *Cfr.* Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, *op. cit.*, nota 77, pp. 212-213.

- 1) Los presupuestos dados que implica el proyecto vital del juez.
- 2) El cuerpo de material jurídico y de hechos que rodean el caso.
- 3) La manera en cómo se capta tanto el material jurídico como los hechos al iniciarse el proceso.
- 4) El trabajo que el juez haya realizado con ese material y esos hechos.

En los términos expuestos, la argumentación jurídica trasciende de los hechos, normas y principios jurídicos que rodean el caso concreto, y nos remite, en cambio, al proyecto vital del juez, al trabajo a desarrollar con el material jurídico y a los hechos del caso, aspectos todos que nos invitan a realizar un análisis de la subjetividad del juzgador como parte fundamental de la práctica argumentativa.

Como podemos apreciar, la decisión judicial no está determinada de antemano (y de manera exclusiva) por el material jurídico aplicable al caso concreto, ni por la voluntad ilimitada y psicología del juzgador la que determine el sentido de la resolución en exclusiva,¹⁶¹ sino que obedece a una interesante relación entre la libertad del juzgador y la restricción de las normas y principios jurídicos, que nos permitirá valorar hasta qué grado el aspecto subjetivo de la actividad argumentativa, puede fungir como director y orientador del trabajo para llegar a un resultado que se ajuste a las intenciones del juzgador,¹⁶² o si en su caso dicha libertad está totalmente subordinada por el material jurídico.¹⁶³

Así, la libertad del juzgador, no sólo se circunscribe a cuestiones psicológicas y de proyectos vitales, sino que trasciende al trabajo mismo a realizar en el proceso argumentativo –que comprende desde la captación del material jurídico y hechos hasta el mismo sentido que el juzgador le da al mismo, ello incluso a partir de su propio proyecto vital.

¹⁶¹ Cfr. *Ibidem*, p. 121.

¹⁶² Cfr. *Ibidem*, p. 107.

¹⁶³ En opinión de César Rodríguez, la concepción de Duncan Kennedy de la adjudicación judicial, pretende mediar entre la tesis realista de la discrecionalidad judicial irrestricta y la tesis reconstructivista de la existencia de límites infranqueables y decisiones correctas en la labor judicial. Cfr. Rodríguez, César, “Una crítica contra los dogmas de la coherencia y la neutralidad de los jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial”, *op. cit.*, nota 35, p. 79.

De cualquier manera, reiteramos que el profesor de Harvard en ningún momento renuncia a tomar en consideración las normas y principios jurídicos como fundamentes de la decisión judicial.¹⁶⁴ Por el contrario, la preocupación de Kennedy acerca de las normas y principios jurídicos, es más bien brindar una visión dinámica, podría decirse, que establezca la vinculación y relación acerca de cómo éstos pueden favorecer o en su caso limitar la libertad del juzgador, para llegar a la sentencia deseada, lo que permitiría enfatizar que la labor del juzgador, no se asocia ni obedece, ni a la explicación formalista ni a la sustentada por el realismo jurídico norteamericano de principios del siglo XX.¹⁶⁵

En palabras de Kennedy: “se puede decir que el juez está a la vez en libertad y maniatado: libre en tanto que puede orientar su trabajo en la dirección que así lo desee pero restringido por la pseudo-objetividad de la ley tal y como suele aplicarse, la cual el juez podrá (o no) superar.”¹⁶⁶

¹⁶⁴ Un aspecto que nos permite corroborar que Duncan Kennedy no prescinde ni denosta la objetividad y racionalidad del ordenamiento jurídico, lo encontramos en el análisis de la argumentación jurídica, se basa en la filosofía fenomenológica de Edmund Husserl. Véase Kennedy, Duncan, “Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen”, *op. cit.*, nota 110, pp. 380-382. Al efecto, una lectura a esta complicada corriente de pensamiento, nos indica que en sí se busca llegar a la esencia misma de las cosas, para lo cual es preciso: 1) El retroceder a la cosa, que implica ir a la intuición como fuente de conocimiento, a la simplicidad de las cosas mismas en tanto que es un retroceder sin supuestos y a los límites que pertenecen al darse evidente de la cosa misma; 2) Ver las cosas mismas en tanto que evidencia de lo dado, y 3) La ausencia de suposiciones, en el entendido de que la cosa misma en tanto punto de partida, indica el camino a seguir, sin necesidad de sobreponer método alguno. *Cfr.* Xolocotzi, Ángel, “Retroceder a las cosas mismas sin supuestos. Réplica a Antonio Zirión”, en Xolocotzi, Ángel (Coord.), *Hermenéutica y Fenomenología. Primer Coloquio*, México, Filosofía No. 34, Universidad Iberoamericana, 2003, pp. 61-65.

¹⁶⁵ Si bien no está exenta de críticas, la doctrina fenomenológica, a que alude Kennedy, en el sentido de que dicho método fenomenológico sólo funciona en objetos estructurados simplemente, y no en algo tan complejo además de normativo, como es el derecho (Véase Kaufmann, Arthur, *Filosofía del derecho*, *op. cit.*, nota 41, pp. 83-84), y aun cuando hasta cierto punto pueda resultar deficiente el intento de Kennedy por ofrecer una explicación acerca de la esencia de la argumentación jurídica –o al menos de los elementos involucrados en la misma, como la norma o principios jurídicos-, e incluso diste mucho de sustentar satisfactoriamente la existencia o no de una respuesta correcta en la decisión judicial –a través de la reducción fenomenológica-, (*Cfr.* Kennedy, Duncan, “Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen”, *op. cit.*, nota 110, pp. 380-385), la explicación del autor en comento, resultará de trascendencia a fin de reivindicar el aspecto subjetivo de la argumentación y su relación con el material jurídico, con lo cual analizaremos “el derecho vivido”, con las experiencias y estrategias que desarrolla el juzgador, frente al conjunto de normas y principios jurídicos a aplicar, y que ni la visión formalista ni la realista valoran en su justa dimensión.

¹⁶⁶ Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho*, *op. cit.*, nota 77, p. 107.

Por lo anterior, es posible apreciar cómo Kennedy nuevamente, abandona cualquier posibilidad de que la decisión judicial se emita de manera arbitraria, ya que siempre tiene que estar sujeta a la ley –al material jurídico. Con ello, el papel que adquiere la ley es restringir la libertad del juzgador para lograr los efectos deseados inicialmente. De esta manera, la restricción significa: “La resistencia a un intento de hacer que los materiales signifiquen algo en particular.”¹⁶⁷

En seguimiento a esta libertad y restricción, un aspecto adicional que debemos tomar en consideración, es que dichas “sensaciones”, no sólo varían en función del material jurídico mismo, sino que incluso dependen en gran medida de las habilidades y tiempo dedicado a la resolución de un caso concreto, tal y como lo expresa Kennedy en la siguiente cita:

La experiencia de una compulsión o libertad interpretativa es una unción de estrategia interpretativa así como del contexto jurídico (esto es, los materiales legales), en vez de una característica “objetiva” de la pregunta en cuestión. Intérpretes distintos experimentan libertad o restricción frente a las mismas preguntas dependiendo de qué tanto tiempo y habilidad le y hayan dedicado a la pregunta, y también según sus propias predisposiciones. La experiencia de la restricción es tan real como la experiencia de libertad interpretativa, pero ninguna de ellas puede ser atribuida definitivamente a los materiales en sí ni por sí mismos.¹⁶⁸

De lo anteriormente expuesto, se desprende que tanto el elemento objetivo (los materiales jurídicos), como el subjetivo también juegan un papel fundamental en la adjudicación judicial, al grado tal que puede encauzar el empleo de los materiales jurídicos.

A reserva de analizarlo con posterioridad, uno de los aspectos más interesantes que enuncia Kennedy, es la orientación del trabajo del juzgador, bajo

¹⁶⁷ La definición de restricción, se toma directamente del inglés, que para pronta referencia se estima necesario transcribir: “*Constraint means resistance to an attempt to make the materials mean something in particular.*” Kennedy, Duncan, “Strategizing Strategic Behavior in Legal Interpretation”, *op. cit.*, nota 113, p. 789.

¹⁶⁸ De la Flor, Fernando y Blume, Iván, “La Controversia Política es parte del Razonamiento Jurídico. Entrevista a Duncan Kennedy”, *op. cit.*, nota 40, p. 240.

la cual incluso es posible enmarcar explícita o implícitamente la situación en análisis, como una en la cual hay un conflicto o una laguna que lo exime del deber elemental de aplicar una norma clara cuando los hechos encuadran claramente dentro de sus definiciones.¹⁶⁹

Con ello, el análisis de la decisión judicial, exige algo más que presuponer el esquema de acuerdo al cual cada caso está localizado en un área de determinación o en una penumbra o marco de la norma jurídica, y en su caso de la ponderación de principios o políticas, como algo dado de antemano,¹⁷⁰ ya que previo a ello es preciso remontarnos a intentar explicar las razones, forma y estrategias en que el juzgador ha determinado ubicar los hechos, motivos y argumentos como localizados dentro de una zona determinada o de penumbra o marco. Esta situación nos acercará a una visión del “derecho vivido”, en el cual veremos la constante lucha y confrontación entre la sentencia a la que el juzgador quiere llegar frente a lo que le indica el material jurídico.

Ciertamente hace falta más que la simple enunciación de conceptos tales como la “neutralidad” judicial, que den a entender un total distanciamiento y pasividad del juzgador con el caso a resolver, finalmente el juzgador buscará arribar de antemano a un cierto resultado, el cual no es que llegue dado por una conclusión a la que se le tengan que dar las premisas, por cuanto a que aún tiene que pasar por los “obstáculos” y “restricciones” que impone el material jurídico, que o bien encubrirán la ideología y proyectos vitales del juzgador de antemano había vislumbrado,¹⁷¹ o bien, impedirán la consecución de tales resultados, ya sea por la naturaleza misma de dicho material, o simplemente, por la incapacidad del juzgador de replantear la ley para que se ajuste a lo inicialmente deseado.

¹⁶⁹ Cfr. Kennedy, Duncan, “Una Alternativa de la Izquierda Fenomenológica a la Teoría de la Interpretación jurídica de Hart/Kelsen”, *op. cit.*, nota 110, pp. 368-369.

¹⁷⁰ Cfr. *Ibidem*.

¹⁷¹ Para Kennedy, en la práctica de la argumentación jurídica, el juzgador es el que determina el resultado de la interacción del campo, y la sentencia a la que quiere llegar, y así, en tanto se trabaja para manipular el campo jurídico para llevarlo en la dirección de la sentencia deseada, el juez tiene la sensación de que actúa en el mundo, de lo que lo reconstruye para que se ajuste a sus intenciones. Los logros se vislumbrarán si se logra replantear la ley de manera que ésta exija de manera convincente y por su propia fuerza el resultado que se quiere llegar. Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la decisión judicial: Una Fenomenología Crítica*, *op. cit.*, nota 77, p. 207.

Bajo esta tesis, no es que el juzgador desee un resultado, y éste pueda materializarse automáticamente en la sentencia, ya que ante todo, es preciso someter dicho resultado al proceso que la práctica argumentativa exige. En todo caso, lo importante a destacar es cómo la libertad misma permite que el juez tenga determinadas propósitos y fines que proyectará a lo largo de la labor argumentativa, aspectos todos que pasan desapercibidos bajo los cánones (míticos) de la “neutralidad” del juzgador.

2. La dinámica de la subjetividad en la argumentación jurídica.

Como se indicó en el numeral anterior, además de las normas y principios jurídicos, un aspecto que es menester tomar en consideración, en la argumentación jurídica, es el relativo a la propia intuición, percepción y comprensión de las normas y principios jurídicos,¹⁷² así como los proyectos vitales y sentido de la justicia del juzgador¹⁷³ que informan el posible contenido de la sentencia a la cual se quiere llegar.

Ciertamente, de nada serviría enunciar que el juzgador tiene una preferencia ideológica u otra en un momento determinado, si no se les vincula con la manera en que inciden en la captación del material jurídico a emplear,¹⁷⁴ y hasta qué grado éste puede “impedir” la consecución de la sentencia que inicialmente había concebido el juzgador.

Así entonces, la postura que sigue Kennedy, nos ofrece algo más que la concepción estática de la ideología en la decisión judicial, en el sentido de que nos

¹⁷² Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una fenomenología crítica*, op. cit., nota 77, pp. 106-107.

¹⁷³ Cfr. *Ibidem*, pp. 96-97.

¹⁷⁴ Parte de la reflexión fenomenológica, se basa en describir, y sólo en describir todo aquello que nos viene dado, y describirlo en la manera en que nos viene dado. Desde esta perspectiva, Husserl propone una interpretación de los procesos conscientes, que toma como el aspecto esencial de la conciencia la intención de que los objetos le vengan dados de la manera más “plenamente realizada” posible, de suerte que la intención en la cual consiste la conciencia, no es sólo la intención de estar dirigida a “su objeto”, sino sobre todo la intención de que el objeto le sea dado en su “plena realización”. Cfr. Bech, Josep María, *De Husserl a Heidegger. La transformación del pensamiento fenomenológico*, op. cit., nota 152, pp. 36-42.

invita a ver el carácter dinámico de las inclinaciones del juzgador,¹⁷⁵ y cómo éstas pueden incidir en la captación del objeto –del material jurídico-, entendido en su perspectiva fenomenológica,¹⁷⁶ y a partir de ahí determinar su proyección en la argumentación jurídica, con el consecuente desarrollo de estrategias argumentativas, que le permitirán llegar a la solución deseada.

En este análisis, surge la noción de la intencionalidad, la cual no sólo se expresa como una “direccionalidad” del juzgador de fijar sentido de la sentencia a la cual desea llegar, sino que también –fenomenológicamente- se despliega en el involucramiento del sujeto -el juzgador-, con el material jurídico, como su objeto, lo cual implica por una parte, mirar al objeto (material jurídico) desde la perspectiva del sujeto (juzgador), que supone la conciencia intencional -consistente en la representación del objeto por el sujeto, el cual lo aprehende como distinto y en cierto modo contrapuesto a él mismo-, y por la otra parte, implica ver al objeto como una expectativa a realizar por parte del sujeto, en este caso, que se verá traducida en la posibilidad de llegar a la sentencia deseada, previa apreciación, interpretación y orientación que se dé al material jurídico.¹⁷⁷

Dentro de esta dinámica de la intencionalidad, Kennedy establece un diálogo continuo entre la sentencia a la cual quiere llegar el juzgador, y la oposición que el propio material jurídico impone, de suerte que las respuestas no necesariamente están dadas de antemano por el material jurídico, ya que si bien

¹⁷⁵ Siguiendo la opinión de André Dartigues, la fenomenología representa el análisis del dinamismo del espíritu que da su sentido a los objetos del mundo (y no una contemplación de un universo estático de esencias eternas). Lo anterior, se apoya en el análisis del principio de la intencionalidad, que establece que la conciencia es siempre “consciencia de algo”, que sólo es conciencia si es conciencia *dirigida hacia* un objeto (sentido de *intentio*), objeto que a su vez no puede ser definido sino en su relación con la conciencia. Así, el objeto es siempre *objeto para un sujeto*, lo que conlleva a hablar de una existencia intencional del objeto en la conciencia, de suerte que éste sólo tiene su sentido de objeto para una conciencia. Con ello, su esencia es siempre el término de un objetivo de significación, y sin esa direccionalidad no puede hablarse de objeto, ni por lo tanto de una esencia de objeto. Bajo la perspectiva fenomenológica, la pregunta: “¿Qué es lo que es?”, que apunta al sentido objetivo o esencia, remite a su vez a la pregunta: “¿qué se quiere decir?”, formulada a la conciencia, lo cual significa que las esencias no poseen ninguna existencia fuera del acto de conciencia que a ellas apuntan, y del modo con que esa conciencia las capta en la intuición. Cfr. Dartigues, André, *La fenomenología*, op. cit., nota 149, p. 27.

¹⁷⁶ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una fenomenología crítica*, op. cit., nota 77, p. 92; Cfr. Kennedy, Duncan, “Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen”, op. cit., nota 110, pp. 372-382.

¹⁷⁷ Véase Bech, Josep María, *De Husserl a Heidegger. La transformación del pensamiento fenomenológico*, op. cit., nota 152, pp. 117-121.

puede ocurrir que existan casos en los que efectivamente “sus propiedades” sean lo suficientemente sólidas, que imposibiliten acción alguna por parte del juez para lograr su cometido,¹⁷⁸ empero existe cierto margen de actuación y valoración que permiten al juzgador llegar a la sentencia deseada, que se aprecia con la consideración del ámbito subjetivo del juzgador.

Desde esta óptica, la aproximación al ámbito subjetivo pretende valorar cómo los intereses del juzgador, son hasta cierto punto determinantes para influir en el razonamiento jurídico, sobre todo en la forma de percibir, interpretar y aplicar las normas y principios jurídicos.

A reserva de analizarlo con mayor detenimiento en los capítulos posteriores, dedicaremos unas cuantas líneas a establecer cómo la subjetividad del juzgador es más que determinante en el razonamiento jurídico.

En un escenario ideal, lo que el juzgador puede esperar es la existencia de un campo jurídico en el que se dé la correspondencia cabal entre la ley y la sentencia a la que se quiere llegar,¹⁷⁹ una concepción en la cual la idea se concrete la forma, mas como sabemos ello no es posible, al menos no en un primer momento, ya que es menester realizar un conjunto de procesos mentales de aprehensión, comprensión, valoración, interpretación y evaluación de las normas y principios jurídicos sobre los cuales concretar el sentido de la decisión judicial, es en este punto donde aparece el razonamiento jurídico.

La educación jurídica, y en general, la cultura jurídica y política convencional, nos han dado la imagen de la rigidez y objetividad del razonamiento jurídico.¹⁸⁰ De hecho, dichos atributos harían prácticamente imposible cuestionar decisión alguna expresada bajo el razonamiento jurídico. Sin embargo, tanto la rigidez como la objetividad parecerían ser tan sólo la “capa externa”, de lo que realmente constituye el razonamiento jurídico, ya que detrás de dicha “capa”, subyace cierta “fragilidad” del razonamiento jurídico.

¹⁷⁸ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una fenomenología crítica*, *op. cit.*, nota 77, pp. 178-179.

¹⁷⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 175.

¹⁸⁰ Véase Kennedy, Duncan, “La Educación Jurídica como Preparación para la Jerarquía”, *op. cit.*, nota 76, pp. 125-129.

Dicha “fragilidad” se puede expresar en la propiedad que tiene el razonamiento jurídico, para adquirir y cambiar de forma en la manera que el juzgador estime pertinente, según sea la sentencia a la cual quiere llegar, sujeto a la respectiva comprensión e interpretación de las normas y principios jurídicos. Kennedy, denominará a esta propiedad la “plasticidad del razonamiento jurídico”,¹⁸¹ la que a su vez nos remitirá a la noción misma del razonamiento jurídico, que para el autor en estudio es:

El proceso de crear el campo de la ley a través del replanteamiento o la reformulación, antes que una aplicación de la norma. En efecto, ocurre que la norma se aplica, pero jamás *percibo* tal hecho como algo que *tenga* que ocurrir. Se trata de un resultado tan contingente y arbitrario desde la perspectiva de la teoría jurídica como aquella instancia en el que el campo resulta maravillosamente manipulable.¹⁸²

Como se puede apreciar, el razonamiento jurídico va más allá de ser una simple aplicación e interpretación de la norma jurídica, por cuanto a que implica la creación del campo de la ley al caso concreto, de suerte que la argumentación jurídica se vuelve: “la actividad de re-formular reglas generales y re-estructurar los hechos de modo que el caso que en un principio parecía “ser cubierto” por la norma A ahora “resulte cubierto” por la norma B.”¹⁸³

Bajo esta actividad de replanteamiento y reformulación de reglas y reestructuración de los hechos que el juez realiza para, de ser el caso, llegar al resultado deseado, es que encontramos que los casos difíciles o fáciles, o si se quiere casos fundamentales, no están dados de antemano por el material jurídico en sí, y su respectiva ubicación dentro del área de certeza de la norma, o en su defecto, por las propias circunstancias –moral, política, etc.-, que concurren en el caso y la relevancia de los principios y normas de contenido “material” a aplicar en

¹⁸¹ Cfr. Kennedy, Duncan, “Strategizing Strategic Behavior in Legal Interpretation”, *op. cit.*, nota 113, p. 798.

¹⁸² Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, *op. cit.*, nota 77, p. 219.

¹⁸³ Cfr. *Ibidem*, pp. 149-150.

este tipo de supuestos,¹⁸⁴ sino que, al menos desde la perspectiva de Duncan Kennedy, dichos casos dependen en gran medida de cómo los perciba el juzgador, y hasta qué punto su experiencia y estrategias pueden determinar la facilidad o dificultad de un caso concreto, con lo cual la esencia misma del contenido de las normas jurídicas, y en su caso, las condiciones morales, políticas, etc., involucradas en el caso concreto, pasan a un segundo plano.

Visto así, el razonamiento jurídico es considerado como un tipo de trabajo que tiene el propósito de hacer que el caso se resuelva conforme a las intenciones del juzgador.¹⁸⁵ Desde luego que ante la restricción que impone la Ley, el juzgador debe decidir cómo quiere distribuir sus energías, escoger por qué causa abogar y estimar las posibles consecuencias de su proyecto.¹⁸⁶

El punto clave es descubrir la capacidad y habilidad del juzgador para configurar el campo argumentativo para justificar y encubrir sus intenciones bajo la aparente objetividad del material jurídico.

Así entonces, la dinámica de la subjetividad del juzgador en la argumentación jurídica la ubicamos en la determinación del resultado al cual se pretende llegar, así como en el conjunto de apreciaciones, valoraciones e intuiciones, a asumir frente al material jurídico que aparentemente es aplicable al caso concreto. En tales circunstancias, la ideología se constituye como el elemento informador de la aproximación con el material jurídico que tendrá el operador jurídico en el desarrollo de la práctica argumentativa.

3. La subjetividad del juzgador como elemento de análisis en la indeterminación del derecho.

Un tema que sin duda resulta por demás apasionante es la indeterminación del derecho, el cual sería por demás complejo el abordar en tan sólo unas líneas, pues merecería ser objeto de una investigación más exhaustiva.

¹⁸⁴ Cfr. Calvo García, Manuel, *Teoría del Derecho*, op. cit., nota 157, pp. 162-165.

¹⁸⁵ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, op. cit., nota 77, pp. 119-120.

¹⁸⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 130.

Lo que pretendemos destacar al invocar este tema, es analizar las apreciaciones, concepciones, ideología y objetivos del juzgador, adquieren un importante peso a la indeterminación o determinación del derecho, más allá de criterios jurídicos, morales o éticos.¹⁸⁷

Al efecto, Kennedy, en varias ocasiones alude a la pseudo-objetividad de la ley, que el juez podrá o no superar,¹⁸⁸ lo cual nos da la idea de que la cualidad de “objetividad” no es un carácter esencial ni intrínseco de la norma, sino que parecería una atribución, o si se quiere una apariencia,¹⁸⁹ que puede dar el juzgador en un momento dado, en función del objetivo que persigue.

En este orden de ideas, el profesor de Harvard, a partir de la concepción de Hart,¹⁹⁰ explica la determinación e indeterminación del derecho, a partir de la “operación cognitiva”, de los juzgadores de dar el caso como localizado invariablemente en un área de penumbra o marco,¹⁹¹ o simplemente admitir cierto margen de discrecionalidad,¹⁹² sin cuestionar la conflictiva (y contradictoria) esencia propia de las normas y principios.

Igualmente, se cuestiona la superficialidad en que incurren los tratadistas de discutir sobre si el método de ponderar o de proporcionalidad es el adecuado, amén del silencio de los tratadistas de no explicar los pasos a seguir por parte del juzgador para localizar esa área en la cual se encuentra el caso concreto, y así:

Lo que cuenta no es que el análisis de políticas es requerido frecuentemente y apropiado, sino que no proporcionan una explicación de cómo la situación es enmarcada como una localizada en la penumbra o marco, de forma tal que no hay una respuesta determinada disponible.

¹⁸⁷ Véase Dworkin, Ronald, *Justice for Edgehogs*, Cambridge, London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, pp. 90-96.

¹⁸⁸ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, *op. cit.*, nota 77, p. 107.

¹⁸⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 102.

¹⁹⁰ Véase Hart, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961, pp. 99-103.

¹⁹¹ Véase Kennedy, Duncan, “Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen”, *op. cit.*, nota 110, pp. 365-366.

¹⁹² Véase Guastini, Riccardo, “La interpretación de la Constitución”, *op. cit.*, nota 142, pp. 60-63.

En otras palabras, antes de que el análisis de políticas comience, cualquiera que sea su contenido, el intérprete enmarca explícita o implícitamente la situación como una en la cual hay un conflicto o una laguna que lo exime del deber elemental de aplicar una norma clara cuando los hechos encuadran claramente dentro de sus definiciones.¹⁹³

Como se puede apreciar, la determinación del derecho, parece estar condicionada por la manera en que el intérprete enmarca explícita o implícitamente la situación en un caso concreto, y no tanto porque la solución esté dada por sí misma por el sentido de la norma jurídica. Bajo esta perspectiva, la determinación o indeterminación del derecho, es una cuestión que experimentará el juez en cada caso concreto, según tenga la intención de resolver en un sentido en particular, o incluso de su familiaridad¹⁹⁴ misma con el material jurídico.

Aunado a lo anterior, es importante tomar en cuenta cómo se asigna la denominación de determinación o indeterminación del derecho, y al efecto, es interesante analizar, cómo al menos bajo la perspectiva de Kennedy, se pueden desprender dos elementos básicos:

- 1) El conjunto de intuiciones, la acumulación de valores propia del juez, y la asignación de su valor para determinar la decisión judicial. Estos elementos en conjunto parecen circunscribir en la ubicación – intencional- de la situación dentro de la zona de penumbra o determinación por parte del intérprete.

¹⁹³ Kennedy, Duncan, “Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen”, *op. cit.*, nota 110, pp. 368-369.

¹⁹⁴ Una de las explicaciones que nos ofrece la fenomenología para explicar el carácter indeterminado de las cosas percibidas, se relaciona con la familiaridad de la cosa, y así cuanto menos familiar nos sea la cosa, tanto mayor será el grado de indeterminación de dichos aspectos. Si bien la falta de familiaridad implicará una falta de determinación en lo que respecta los detalles, no obstante existen ciertos lineamientos generales de la cosa que la conciencia podrá apreciar. De cualquier manera, la vaguedad y el carácter indeterminado sólo se refieren a los contenidos de cierta estructura o armazón, por cuanto a que la estructura misma queda determinada en lo que respecta a ciertos lineamientos estructurales más o menos genéricos, y así por indefinidos y vagos que puedan ser en otro sentido los contenidos que abarque una estructura o armazón particular, lo cierto es que se dan en forma lo suficientemente determinada como para que se ajusten al plan y se presenten en conformidad con la estructura y organización de la armazón, en la medida en que haya un delineamiento de la estructura de organización de tal armazón. *Cfr. Gurwitsch, Aron, El campo de la conciencia. Un análisis fenomenológico, op. cit.*, nota 153, pp. 276-283.

- 2) El material jurídico a interpretar y aplicar, a partir de la ubicación de la zona de penumbra o determinación que señale el juzgador.

Así entonces, la determinación o indeterminación del derecho, es más bien una cuestión que experimenta el juzgador al resolver un caso en particular, y no tanto un problema que deba hacerse extensivo a todo el sistema jurídico. La indeterminación del derecho, así no refiere en ningún momento a que todo el sistema jurídico sea totalmente indeterminado, tesis que por cierto, ha sido rechazada por los propios seguidores de los CLS, incluyendo a Kennedy;¹⁹⁵ más bien se trata de valorar lo variable que es la sensación de indeterminación.

En concreto son la experiencia y las vivencias de los juzgadores, las que permiten valorar si el derecho es determinado o no. A tal grado es la sensación y experiencia ante la indeterminación de la ley, que el juzgador mismo se encuentra en posibilidad de sostener que fue él mismo quien le dio su forma determinada como resultado de una libre opción, ética o política.¹⁹⁶

El que los juzgadores experimenten en cada caso la determinación o no del derecho, es probablemente una de las causas por las cuales los CLS renuncian a hacer una teoría o explicar más este tema, ya que serían infinitas e irreconciliables perspectivas, que escaparían de cualquier trabajo de investigación. Lo único que se busca es analizar una perspectiva de la indeterminación del derecho, en la cual la explicación y resultados no sólo recaen en el aspecto material, sino que incluso el individuo juega un papel trascendente en la decisión judicial.

Así, bajo las múltiples interpretaciones a encontrar de los campos jurídicos, en tanto construcciones sociales, el resultado de la práctica de la argumentación jurídica, se convierte en algo radicalmente indeterminado, en tanto a que son vistos en relación con las estrategias para llegar a un resultado deseado.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Véase Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, op. cit., nota 77, pp. 182-183.

¹⁹⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 220.

¹⁹⁷ Véase *Ibidem*, pp. 191-193.

Ahora bien, la adopción de decisiones bajo una un derecho indeterminado, de ninguna manera implica que las mismas carezcan de legitimidad,¹⁹⁸ lo importante en todo caso a destacar cómo el material jurídico es susceptible de múltiples valoraciones y concepciones por parte del juzgador, y cómo a partir de éstas es posible emplear dichos materiales dentro de la actividad argumentativa, en la cual se hace inevitable la libertad de interpretación extensiva, sobre todo ante las lagunas, conflictos y ambigüedades del ordenamiento jurídico.¹⁹⁹

Es así como la tesis de la indeterminación del derecho, sigue el esquema trazado por Kennedy de la adjudicación judicial, a partir de la confrontación de sensaciones que experimenta el juzgador, en el que por una parte tiene cierta libertad para ubicar el caso dentro de uno en el cual el material jurídico es claro o ambiguo, y la restricción que puede existir o no, ante el sentido de la norma jurídica y la posibilidad del juez de superar antinomias o ambigüedades.

Finalmente, es menester destacar que la postura que adopta Kennedy, respecto de la indeterminación del derecho, más allá de restringirnos a verlo como un “escepticismo ante las normas”,²⁰⁰ quizá tendríamos que verlo como un “escepticismo de los juzgadores”, cuyas intenciones, experiencia y estrategias, son significativas para desestabilizar el campo jurídico, y darle un sentido distinto del que inicialmente pudiera preverse, de ahí que gran parte de las decisiones jurídicas, tienen que ver más con la técnica y estrategias del juez, que con la esencia misma o la configuración predeterminada de las normas jurídicas.

De lo expuesto en el presente capítulo, podemos apreciar cómo la ideología del juzgador, y los proyectos que se siguen a partir de ésta, constituyen una fuerza interna de la argumentación jurídica, que orientan el razonamiento jurídico y en concreto, el tipo de materiales jurídicos a emplear, que evidencian que la decisión judicial va más allá de las normas y principios jurídicos, que se creen conocer.

¹⁹⁸ Véase Kress, Ken, “Legal Indeterminacy”, en Patterson, Dennis (ed), *An Anthology. Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden, Blackwell Publishing, 2003, pp. 254-259.

¹⁹⁹ Véase De la Flor, Fernando y Blume, Iván, “La Controversia Política es parte del Razonamiento Jurídico. Entrevista a Duncan Kennedy”, *op. cit.*, nota 40, p. 324.

²⁰⁰ Véase Atienza, Manuel, *El Derecho como Argumentación. Concepciones de la Argumentación*, *op. cit.*, nota 106, pp. 47-52.

CAPÍTULO TERCERO

LA ADJUDICACIÓN JUDICIAL FRENTE A LA TENSIÓN IMPUESTA POR EL MATERIAL JURÍDICO: UNA APROXIMACIÓN A PARTIR DE SU UBICACIÓN CON LOS CONFLICTOS Y CONTRADICCIONES SOCIALES

Las características que se han atribuido al “verdadero ser” de las cosas son las características del no ser, de la nada; se ha construido el “mundo verdadero” contradiciendo el mundo real: un mundo aparente, de hecho, por cuanto es meramente una ilusión moral-óptica.²⁰¹

I. EL DERECHO COMO ESCENARIO DE LUCHA POR EL PODER

En el capítulo anterior, se ha podido apreciar cómo la interminable variedad de proyectos vitales, prejuicios, intereses, valores e ideología del juzgador pueden en un momento dado incidir en su adjudicación judicial, concretamente en determinar el sentido de la sentencia a la cual se desea llegar.

Sin embargo, es evidente que en el ámbito del derecho, se necesita más que el simple deseo de resolver conforme a la propia subjetividad, al ser necesario recurrir a los canales comunicativos, y elementos del discurso que el ámbito jurídico impone para justificar una decisión. Bajo esta tesitura, la simple determinación de la voluntad para llegar a un fin, es insuficiente para emitir una sentencia jurídicamente válida, ya que la idea generalizada y oficialmente aceptada es que las normas y principios jurídicos son los que finalmente encauzan la decisión, aunado a que existe un razonamiento jurídico que, obliga al juzgador a partir de hechos comprobados para llegar lógicamente a la conclusión, que determinará el sentido de la sentencia.

Ciertamente es innegable la trascendencia de las normas y principios jurídicos, que agruparemos como el material jurídico, como elementos de comunicación y actuación en la práctica jurídica.

²⁰¹ Nietzsche, Friedrich Wilhelm, *El crepúsculo de los ídolos o cómo se filosofa a martillazos*, trad. de José Mardomingo Sierra, México, Editorial Edaf, 2002, p. 63.

De hecho ni los propios realistas jurídicos, prescindieron de la invocación de dichos elementos dentro del razonamiento jurídico,²⁰² como tampoco lo hacen los CLS. Después de todo, es necesario acatar la obligación de fundar y motivar las resoluciones, y en este sentido no podemos desatender la exigencia de la legalidad que se impone en la actividad jurídica.

Se parte así, de la explicación de las normas y principios jurídicos, como el otro “polo” de la argumentación jurídica, que constituirá la restricción del juzgador para obtener la sentencia a la cual quiere llegar, o en su caso, justificar ésta a partir del material jurídico. Así entonces, mientras que existe una libertad del juzgador que le permite elegir el proyecto vital, la ideología y su sentido de la justicia, sin embargo, ésta no puede materializarse inmediatamente en la sentencia, ya que es preciso sujetarla a la restricción proveniente de las normas y principios jurídicos. De esta manera, la argumentación jurídica suele ser un campo conflictivo, en el que frecuentemente se contraponen la subjetividad del juzgador con los materiales jurídicos.

Sin duda, mucho podríamos decir sobre las normas y principios jurídicos, y las cualidades atribuidas a éstos por la doctrina jurídica, y que forman parte de la restricción de la adjudicación judicial. Mas quedarnos en esas cualidades teóricas, nos impediría acercarnos a esa vinculación existente entre la sociedad y el derecho, que nos permitirá valorar la gran complejidad que subyace en los materiales jurídicos, sobre todo por lo que concierne a las normas jurídicas.

²⁰² Es posible tomar las posturas de Benjamin Nathan Cardozo y Roscoe Pound, como ejemplo de que las corrientes críticas norteamericanas, concretamente el realismo jurídico, no renuncian a valorar la trascendencia de las normas jurídicas, simplemente añaden otros factores adicionales a considerar dentro del derecho. Así, para Cardozo, existen ciertos límites de actuación judicial, en que si bien, se reconoce cierta capacidad para innovar por parte del juzgador, éste a su vez se encuentra obligado a mantener una relación entre el Derecho y la moral, entre los preceptos del Derecho y los de la razón y la buena conciencia, innovación que por cierto, es algo muy alejado de la idea de la destrucción de todas las normas y la sustitución en todos los casos del sentido individual de la justicia. *Cfr.* Cardozo, Benjamin Nathan, *La Función Judicial*, trad. de Victoria Cisneros y Leonel Pereznieta Castro, México, Pérez-Nieto Editores, 1996, pp. 53-68. La postura de Pound, por su parte, enfatiza igualmente la trascendencia del derecho, el cual se compone de preceptos, técnica, y de ideales legales o dominantes, en donde los ideales dominantes son, por así decirlo, representaciones del fin del orden legal, por los que el descubrimiento, la aplicación y el desarrollo de los preceptos legales son guiados o aun mismo determinados. De acuerdo con la postura de Pound, lo que podría inducir al escepticismo atañe a los efectos que se han de atribuir al elemento ideal. *Cfr.* Pound, Roscoe, "La interpretación de la ley en el sistema de la codificación y en el derecho angloamericano", *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, Año XLV, Número 1, enero de 1947, p. 2.

En este sentido, los CLS, nos ofrecen, una aproximación distinta a cómo operan las normas y principios jurídicos en la práctica jurídica, a partir de la valoración de la complejidad, contradicciones y ambigüedades presentes en la sociedad, y que se reflejan sobre todo en las normas y el razonamiento jurídico.

Con ello, podremos reflexionar en torno al grado en que puede ser “avalorativa” y “ordinaria” la fundamentación y motivación de las resoluciones, por cuanto a que no es posible desprenderse de los vínculos existentes entre la sociedad y el derecho, que introducen un elemento de complejidad adicional al derecho. Reiteramos que no queremos ignorar ni demeritar las aportaciones que al efecto han hecho a la materia las otras corrientes del derecho –analíticos, positivistas incluyentes, lógicos, etc.-, simplemente pretendemos dar una lectura distinta de la norma jurídica, a partir de su vinculación con la sociedad.

El análisis de los vínculos existentes entre la sociedad y el derecho, nos permitirá considerar a las normas jurídicas como un reflejo de esa complejidad, contradicción y ambigüedades que subyacen en la sociedad, percepción que se podría entender, si adoptamos la noción de Kennedy, del derecho como “un aspecto de la totalidad social” –y no una superestructura-, en la cual éste es el escenario, determinación y supuesto consenso de los conflictos sociales.²⁰³

Bajo la noción de un derecho como un aspecto de la totalidad social, encontramos cómo éste se convierte en un escenario de la lucha por el poder, en el que las normas reflejan el poder o impotencia de los actores sociales de esta lucha, con un carácter ciertamente impredecible e indeterminable, al grado de que no es posible adelantar los resultados a los que se llegará.

Lo anterior, lo podemos constatar en la cita siguiente:

El derecho es un aspecto de la totalidad social, no simplemente la “cola de perro”. Las normas vigentes son un factor que incide en el poder o impotencia de que gozan los diferentes actores sociales (aunque ciertamente no determinen los resultados de la manera en que los juristas liberales consideran que lo hacen). Dado que es parte de la ecuación de poder –y no una simple función del poder-, la

²⁰³ Cfr. Kennedy, Duncan, “La Educación Jurídica como Preparación para la Jerarquía”, *op. cit.*, nota 76, p. 131.

gente lucha por el poder a través del derecho, limitada por su poca habilidad y entendimiento para predecir las consecuencias de sus acciones. Entender al derecho es entender esta lucha como un aspecto de la lucha de clases y como un aspecto de la lucha humana para hacer reales las condiciones de la justicia social. Los resultados de esta lucha no están determinados por ningún aspecto de la totalidad social, y los resultados en el interior del derecho no tienen ninguna lógica inherente que permita a uno predecirlos “científicamente”, o rechazar por adelantado los intentos específicos que hacen algunos jueces y abogados para efectuar transformaciones limitadas en el sistema.²⁰⁴

Si extendemos la visión de la concepción del derecho como un aspecto de la totalidad social, veremos al derecho, no como un ente mítico y sobrenatural, sino más como un producto y escenario humano, que en tanto tal, es dinámico, ambiguo, conflictivo, contradictorio y colmado de lagunas.²⁰⁵ Dicho de otra manera, los innumerables cambios, conflictos y contradicciones de la sociedad, se reflejan en el derecho, cuyas normas, en mayor o en menor medida, recogen esa serie de notas, lo cual dificulta aún más su estudio y aplicación.

Se pudiera reconocer que estas notas de conflicto y contradicción son accesorias a la norma jurídica, y que no afectan su esencia, sin embargo, es a partir de éstas cómo podremos valorar que la restricción en la adjudicación judicial, trasciende de la estructura y lenguaje de la norma, para centrarse en la gran complejidad ideológica y social²⁰⁶ que subyace en el derecho, y que el juzgador necesariamente tendrá que retomar en su actividad adjudicativa.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 131.

²⁰⁵ Rudolf von Ihering destaca que la fuerza del derecho descansa sobre el sentimiento. De esta manera, el derecho puede ser visto como condición de la existencia moral de la persona, de suerte que el mantenimiento del derecho es defender la existencia moral misma, si se quiere un acto de conservación personal, motivado por el sentimiento del derecho como rechazo a una lesión. En este rechazo se imprime una fuerza de acción, como una cuestión de carácter, tendiente a establecer esa defensa del derecho. *Cfr.* Von Ihering, Rudolf, *La lucha por el Derecho*, trad. de Adolfo Posada y Biesca, México, Porrúa, 2002, pp. 51-61.

²⁰⁶ Hasta cierto punto, se trata de concebir la idea del derecho a partir de lo que las sociedades entienden de su propia noción de vida. El derecho en tanto construcción social, en la perspectiva de Pierre Legendre, va más allá de reflejar las relaciones entre individuos o grupos, para centrarse en una ubicación estructural, a partir del discurso que representa la sociedad. En tanto vinculado con el discurso, el derecho es el “taller” de la división de instituciones, de las prácticas jurídicas que interpretan la “Ley del Padre” –desde la visión del psicoanálisis–, y de un sistema de mensajes dirigido sólo a él. Lo anterior, nos posiciona en una relación con el discurso de los fundamentos,

La aproximación de mérito, fundamentalmente pretenderá resaltar los elementos críticos que subyacen en los materiales jurídicos –sobre todo en la norma jurídica-, no tanto con un afán de descalificación o denostación de los mismos, sino como una manera de aproximarnos a las dificultades y contradicciones sociales, ideológicas y técnicas que subyacen en el material jurídico, y frente a lo cual el juzgador tendrá que desarrollar sus estrategias jurídicas, a efecto de determinar si puede llegar a la sentencia deseada, o si en su caso, el propio material jurídico es lo suficientemente sólido para impedir la consecución de tal fin.

Se trata así de enfatizar la complejidad que subyace en el empleo de Ley y en los principios jurídicos, que inevitablemente se tendrán que emplear en la adjudicación judicial, con la finalidad de “legalizar” (presentar como ajustada a la ley) su posición política.²⁰⁷

De hecho, si en todo caso se buscara adoptar una postura escéptica, ésta recaería en el papel de los juzgadores, por ser ellos los encargados de atribuir significados a este material jurídico, tan complejo, contradictorio e indeterminado, para lo cual ciertamente intervendrá la ideología, prejuicios y “sentido de la justicia” propios del juez, y que tienen cierta participación ante los conflictos subyacentes en las normas y principios jurídicos.

Por desgracia, y salvo honrosas excepciones, que pudieran existir, las posibilidades de empleo de la ideología, prejuicios y “sentido de la justicia”,

esto es, su relación con el lugar con la voz del Tercero –del sujeto-, que conduce a institucionalizar la vida, que a su vez, nos posiciona en la otra dimensión del derecho, que integra los elementos biológicos y sociales del sujeto y sus representaciones –simbolizaciones- inconscientes. Cfr. Legendre, Pierre, “The Other Dimension of Law”, trad. de Yifat Hachamovitch, en Goodrich, Peter y Carlson, David Gray (ed.), *Law and the Postmodern Mind. Essays on Psychoanalysis and Jurisprudence*, Ann Harbor, Michigan, The University of Michigan Press, 1998, pp. 175-190.

²⁰⁷ Kennedy expone 6 razones por las cuales el juez tiene interés por legalizar su posición política - más allá de cuestiones intrínsecamente jurídicas-, a saber: 1) La promesa hecha por el juez a un público no definido de que la decisión estará de conformidad con la ley; 2) Drástica sanción por parte de los miembros de la comunidad de que el juez no es capaz de ofrecer un buen argumento jurídico para respaldar su proceder; 3) Intención de hacer prevalecer la opinión del juzgador ante el tribunal de apelaciones; 4) Dar forma a resultados de casos futuros e influir en la percepción popular; 5) Ampliación de la credibilidad jurídica y política del juzgador, así como la reputación de la destreza técnica frente a los distintos públicos que conocerán del caso; 6) Interés por ver la posición propia trasladada a la argumentación ética (en el entendido de que considera que la argumentación jurídica es una rama de la argumentación ética). Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, op. cit., nota 77, pp. 122-124.

prácticamente son utilizadas en aras de mantener el status quo -en detrimento de las clases más desfavorecidas de la sociedad-, el que precisamente se ha logrado consolidar, bajo el empleo de los argumentos y estrategias jurídicas, que dan esa apariencia de necesidad de optar por una determinada decisión jurídica.

Al margen de este capítulo, se busca igualmente explorar una concepción distinta del derecho, que brinde un espectro de opciones y posibilidad de cambio,²⁰⁸ sin cerrarnos al texto, lenguaje y estructura misma de la ley, o a una imagen mítica y fatalista del derecho, con una única respuesta correcta.

Así, en el ámbito de la decisión judicial, el interés por legalizar la posición adoptada, requiere la búsqueda de los materiales jurídicos que den respuesta al caso planteado, frente a los cuales se desplegarán las estrategias jurídicas,²⁰⁹ sobre todo si se desea “atacar frontalmente” a la norma jurídica, por oponerse al proyecto vital del juez.

Dicho lo anterior, en el siguiente apartado realizaremos una breve referencia de las dificultades implícitas en el análisis de la norma jurídica, así como de los precedentes, a partir con su vinculación con la sociedad, que nos mostrarán la complejidad que subyace en su aplicación, y cómo a través de dichas dificultades es posible descubrir el margen de actuación que ofrece el derecho.

²⁰⁸ La búsqueda de una concepción distinta del derecho que permita el cambio, se ha manifestado como una preocupación inicial de los CLS. Ejemplo de lo anterior, lo constatamos con David Trubek, quien defiende la perspectiva “mediadora” del derecho, que reconozca por una parte que el orden jurídico, no representa un refugio o escape de la estratificación y dominación, y por la otra puede permitir un desafío a aquellos aspectos de la estructura social que atentan contra los ideales de la igualdad, individualidad y comunidad. Así no sólo se denuncia la divergencia entre los ideales del derecho y su aplicación y la estructura social, sino que incluso se abren posibilidades para actuar a través del derecho, en aras de proteger y salvaguardar dichos ideales. En esta empresa, la legitimación es un elemento fundamental, cuya conservación exige la incorporación de ciertos ideales, frente a los conflictos y presiones provenientes de la dominación y la jerarquía, de ahí que se formula una invitación a los practicantes del derecho de internalizar dichos valores. Cfr. Trubek, David M., “Complexity and Contradiction in the Legal Order: Balbus and the Challenge of Critical Social Thought about Law”, *Law & Society Review. The Journal of Law and Society Association*, Amherst, Massachusetts, volume 11, Number 3, Winter 1977, pp. 541-561.

²⁰⁹ Las estrategias argumentativas, se pueden llevar a cabo independientemente de que se acepte o no la peculiar descripción que realiza Kennedy, y en general los CLS, del material jurídico. Dicha descripción, se realiza con el in de valorar la complejidad que subyace en las normas jurídicas, que ayudará a tener una comprensión más abierta del derecho -menos fatalista y mítica-, que permitan valorar que el ámbito jurídico puede brindar un mayor margen de actuación.

II. LA BÚSQUEDA DEL MATERIAL JURÍDICO COMO SUSTENTO DE LA SENTENCIA DESEADA

Si bien la libertad del juez juega un papel fundamental en la argumentación jurídica, ésta sin embargo, dista de ser ilimitada y de materializarse inmediatamente en la sentencia jurídica, después de todo, la actividad jurídica, impone la necesidad de dar razones por las acciones.²¹⁰

Al efecto, existen diversos elementos que determinarán si el juzgador puede llegar a la sentencia deseada, y sobre los cuales se dirigirá la consciencia del juzgador. Dichos elementos constituyen el material jurídico a emplear para justificar y legitimarla decisión.

En este orden de ideas, la búsqueda del material jurídico como sustento a la sentencia deseada constituirá un importante punto de partida en la decisión judicial. Esa labor de indagación va más allá de la lectura del texto de la norma jurídica, fuentes del derecho, la autoridad del material jurídico, el descubrimiento del “espíritu del legislador”, e incluso el lenguaje y conceptos empleados en la ley.

Desde luego, que los factores anteriormente mencionados son importantes a efecto de dar sustento a la sentencia, pero lejos de esa participación en lo sagrado, bajo lo cual se le pretende dar forma y fuerza al derecho,²¹¹ no podemos descontextualizar del derecho como escenario de los diversos conflictos políticos, económicos, sociales y culturales, circunstancia que favorece las contradicciones, imprecisiones, omisiones, y por qué no hasta parcialidad que subyace en la norma jurídica, lo que nos conducirá a analizar los materiales jurídicos, desde la propia

²¹⁰ La idea de dar razones por las acciones propias, no es ajena al pensamiento de los CLS. Los seguidores de esta corriente se adhieren a esta postura, y no sólo ello, sino que además exploran otras perspectivas. Ejemplo de lo anterior, lo vemos con Joseph Boyle, quien analiza esta exigencia, a partir de la evaluación cognitiva que subyace en las motivaciones de las acciones. Para este autor, la razón para la acción representa la conjunción entre las preferencias del agente y su creencia acerca de la capacidad de la acción para asegurar lo que se quiere (cognición). Más allá de actuar bajo un deseo, la explicación cognitiva de la acción, supone una inevitable evaluación, basada en un juicio de valor, en la que se busca saber si la motivación última es apropiada, y si ésta por consiguiente, hace que la opción elegida, sea valiosa en sí, a partir de la búsqueda de determinados intereses, o beneficios a obtener. *Cfr.* Boyle, Joseph, “Reasons for Action: Evaluative cognitions that underlie motivations”, *The American Journal of Jurisprudence. An International Forum for Legal Philosophy*, Notre Dame, Indiana, volume 46, 2001, pp. 177-197.

²¹¹ *Cfr.* Fitzpatrick, Peter, *La Mitología del Derecho Moderno*, trad. de Nuria Parés, México, Siglo XXI Editores, 1998, p. 27.

intencionalidad del juzgador y valorar qué sentido atribuirá al material jurídico, como parte de las estrategias jurídicas a seguir.

A partir de los proyectos o sentido de la justicia del juzgador, que se sigue de su ideología, podremos apreciar, que el material jurídico, en más de una ocasión, requiere de la adopción de posiciones a favor de las reglas o de los principios, que como indica Kennedy “son más que una invitación a una investigación positivista de la realidad; son también una invitación a elegir entre conjuntos de valores y concepciones del universo.”²¹²

Bajo este contexto, la búsqueda del material jurídico resulta ser una tarea extenuante y agotadora, máxime si se toma en consideración que aún y cuando el juzgador encuentre dicho material, aún éste se someterá a la ardua labor de confrontarla con lo que desea sea la solución al caso concreto.

Este enfrentamiento se manifiesta como una constante en esa difícil búsqueda del material jurídico para justificar la decisión. Dentro de este caminar, procederemos en primer lugar a valorar cómo las particularidades de las normas y principios jurídicos, dificultan esa búsqueda por encontrar el material jurídico que exactamente se aplique al caso concreto, y a partir de ahí, analizar la interacción entre el juzgador y el material jurídico, esto es, cómo afronta el juzgador los mensajes que emiten las normas y principios jurídicos, a efecto de dirigir y orientar el trabajo jurídico para llegar a un resultado que se ajuste a lo que el juzgador entiende por justicia, cuestión que nos ocupará en el Cuarto Capítulo.

1. La restricción impuesta por la ley

El largo y sinuoso camino que importa el llegar a la sentencia deseada, inicia desde que los deseos del juzgador se ven limitados por el texto de la “ley”, ya que después de todo, es prácticamente imposible prescindir del carácter formal de la actividad jurídica.

²¹² Kennedy, Duncan, “Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado”, en García Villegas, Mauricio, (ed), *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001, p. 165. <http://www.duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Forma%20y%20Sustancia%20en%20la%20Adjudicaci%3n%20de%20Derecho%20Privado.pdf>

Tendremos así que enfrentarnos al “drama” de la formalidad, que trasciende de esa visión avalorativa del material jurídico.²¹³ En este “drama”, el tema inevitable a enfrentar es la Ley, que en tanto mandato, se refiere tanto a las normas jurídicas como a los precedentes judiciales, tan importantes para el contexto anglosajón desde el cual escribe Duncan Kennedy, y que se manifestará primeramente como el “campo” en el cual el juzgador debe ejecutar su acción.²¹⁴

Frente a la sentencia deseada, la primera característica que se ofrecerá al juez respecto de la ley, es la de la oposición o resistencia,²¹⁵ ya que en más de una ocasión, el juzgador tendrá que decidir en contra del texto literal de la ley, por oponerse a su proyecto vital. Al efecto, Kennedy explica con una metáfora cómo actúa la restricción de la ley (como medio físico) frente a los proyectos del juez, y en donde sí por una parte, la ley le impide “hacer lo que quiera”, aunque por la otra también es de reconocerse que dicha restricción no es del todo determinante en la labor del juzgador, como se puede apreciar a continuación:

Una de las maneras en que las que percibimos la ley (no la única, como ya veremos) es como un medio a través de cual uno lucha por un proyecto, antes que como algo que nos dice qué debemos hacer. Cuando nos acercamos a ella de este modo, la ley restringe sólo en la misma medida en que lo haría cualquier medio físico: no es posible hacer cualquier cosa que nos plazca con un montón de ladrillos y lo que uno puede hacer depende de cuántos ladrillos se disponga así como de otras circunstancias particulares. Así las cosas, en tanto que construimos algo a partir de un juego de ladrillos dado, éstos nos restringen, nos controlan, nos quitan la libertad.

Por otro lado, las restricciones que un medio impone dependen del proyecto por el que uno ha optado, de la opción que se quiera tomar. El medio no nos dice qué debemos hacer con él (...) En este sentido tengo plena libertad para trabajar con el medio jurídico para justificar la acción de los trabajadores de la compañía. Qué

²¹³ Véase Kennedy, Duncan, “Legal Formality”, en Smelser, Neil J., y Baltes, Paul B. (ed.), *Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, Stanford, CA., Elsevier, 2001, volume 13, p. 8637, . <http://www.duncankennedy.net/documents/Legal%20Formalism.pdf>.

²¹⁴ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial: Una Fenomenología Crítica*, *op. cit.*, nota 77, p. 130.

²¹⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 104.

forma tendrá mi argumento al final del proceso dependerá, de manera fundamental, de los materiales jurídicos que utilice –leyes, casos, argumentos de conveniencia pública, estereotipos sociales, representaciones históricas- pero dicha dependencia está lejos de ser una determinación a priori e ineludible del resultado jurídico.

La metáfora de un medio físico no nos ayuda a resolver qué tanto restringe la ley. Todo lo que hace es insinuar que debemos entender las libertades y las restricciones como aspectos de una experiencia de trabajo, de producción –y que al mismo tiempo la tarea que hemos escogido está limitada por las propiedades del medio en el cual realizamos ese trabajo –y no creer, desde lo profundo de nuestra imaginación, en la existencia de un sujeto trascendental y libre que “puede hacer lo que quiere”, a diferencia de la imagen, más tradicional, de un robot programado por la ley.²¹⁶

En términos similares, bajo la corriente del realismo jurídico, Cardozo apuntaba una postura en la cual el juzgador no es totalmente libre, al estar sujeto a diversos métodos que fundamentan su actividad:

El juez incluso cuando tiene libertad, no es totalmente libre. No deberá innovar según le plazca. No es un caballero errante vagabundo a voluntad en persecución de sus propios ideales de la belleza o del bien. Debe derivar su inspiración de principios consagrados. No debe ceder ante sentimientos intermitentes, ante una benevolencia vaga y sin trabas. Debe ejercer una discrecionalidad fundamentada en la tradición, metodizada por la analogía, restringida en forma sistemática y subordinada a “la necesidad primordial del orden de la vida social”. Suficientemente amplio es, en conciencia, el campo que queda para ejercer tal discrecionalidad.²¹⁷

Como podemos apreciar, la labor adjudicativa no queda al libre albedrío del juzgador. Si bien tiene libertad para optar por una determinada ideología u otra, asumir determinados intereses y prejuicios, proyectos vitales, etc., ello no

²¹⁶ *Ibidem*, pp. 120-121.

²¹⁷ Cardozo, Benjamin Nathan, *La Función Judicial*, *op. cit.*, nota 202, p. 71.

necesariamente implica que éstos de manera automática se materialicen en la sentencia jurídica. Es necesario aún llevar una serie de pasos que según el caso limiten o permitan la materialización de dicha ideología. La limitación, así, estará dada por el material jurídico, sujeto a un trabajo por parte del juzgador, en el que los resultados no están del todo determinados ni fijados de antemano por dicho material.²¹⁸ Serán las estrategias de trabajo las que conformen el trabajo jurídico.

Reconocemos así que la legalidad, manifestada a través del empleo de los materiales jurídicos, constituye una importante y fundamental restricción en la adjudicación judicial, después de todo, el razonamiento jurídico, o si se quiere la conciencia jurídica,²¹⁹ tienen su propia estructura, hasta cierto punto autónoma,²²⁰ que nos conduce a llegar a determinados resultados, distintos de aquellos meramente políticos, económicos, sociales y religiosos.²²¹

El punto interesante a analizar dentro de la restricción dada por la ley en la adjudicación judicial, más que una cuestión determinada de antemano por las cualidades “objetivas” de la norma, dicha restricción opera bajo una “*experiencia*” que tiene el juez acerca del material jurídico a emplear, a partir de la intencionalidad que tenga al resolver un caso concreto.²²²

²¹⁸ Véase Hutchinson, Allan C., “A Postmodern’s Hart: Taking Rules Sceptically”, *The Modern Law Review*, Londres, volume 58, No. 6, November 1995, pp. 796-797, 812-813.

²¹⁹ Si prescindimos un momento de la fenomenología, la consciencia, por sí misma, desde la perspectiva de Kennedy, refiere a un vocabulario, conceptos y argumentos típicos, como un lenguaje, y a aquellas reglas positivamente promulgadas en varios países en los que el lenguaje (jurídico) se encuentra globalizado como discurso. Cfr. Kennedy, Duncan, “Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000”, *op. cit.*, nota 6, p. 23.

²²⁰ Kennedy reconoce la existencia de un tipo de razonamiento particular de jueces y abogados, bajo sus propias reglas, lenguaje y estructura discursiva. Sin embargo, dicho razonamiento jurídico de una manera idealizada, desconectada de la realidad. Cfr. Kennedy, Duncan, “La Educación Jurídica como Preparación para la Jerarquía”, *op. cit.*, nota 76, pp. 124-125. Lo anterior, nos lleva a reconocer la existencia de la controversia política dentro de dicho razonamiento, en el cual se muestre cómo pueden existir argumentos de izquierda o derecha, que son negados, ocultados o disfrazados, que evidencia que la actividad profesional, tiene un contenido político, intrínsecamente oculto. Cfr. De la Flor, Fernando y Blume, Iván, “La Controversia Política es parte del Razonamiento Jurídico. Entrevista a Duncan Kennedy”, *op. cit.*, nota 40, p. 327.

²²¹ Cfr. Kennedy, Duncan, *Classical Legal Thought*, Cambridge, Afar, 1998, pp. 8-26. http://www.duncankennedy.net/documents/r%26f_cft/Chapter%201.%20Legal%20Consciousness.pdf

²²² Si partimos del análisis fenomenológico a que recurre Kennedy en sus obras, encontraremos que la restricción de la “Ley” en la restricción judicial, a través de la experiencia, nos invita a reflexionar no tanto en lo que realmente es la “Ley”, sino cómo se “siente”, se “ve” o se “intuye” dicha restricción. Desde esta perspectiva, se hace una invitación para analizar un determinado objeto a partir de la experiencia de los participantes, y no tanto en lo que realmente éstos son o

Así, bajo la experiencia de la restricción, no encontramos algo definitivo aún, por cuanto a que ni la sentencia a la cual se quiere llegar, ni el campo jurídico son entidades físicas, no son “cosas”. Por el contrario, son mensajes, fórmulas verbales, con los que el juez está familiarizado, y sobre los cuales se efectuará la lucha entre la intencionalidad del juzgador y los materiales jurídicos.²²³

Estas “fórmulas”, pueden estar o no en la línea de decisión que el juzgador pretende seguir. Lo más probable, es que exista una divergencia entre el sentido de la sentencia a la cual se quiere llegar y el mensaje implícito en la norma jurídica, la cual será más notoria a medida en que el juzgador quiera participar o impulsar las transformaciones políticas, sociales, económicas y culturales,²²⁴ frente al carácter estático y pasivo de la ley. En la medida en que se comprenda el sentido del mensaje, el juez estará en posibilidad de determinar qué tanto trabajo jurídico habrá de realizar, para llegar a la sentencia deseada.

Evidentemente, esta tarea de descifrar el mensaje, no es algo sencillo; siempre tendrá un elemento de misterio y complejidad, que el juzgador tendrá que superar, como lo apunta Kennedy, en la cita que a continuación se transcribe:

El mensaje que yo percibo como “la ley” dista mucho de mi convicción respecto a lo que quiero hacer. Se trata de un mensaje que debo descifrar antes que de un pensamiento implantado en el interior de mi cabeza al que puedo acceder de modo inmediato (sin querer darle aquí mayor importancia a la distinción entre mediato/inmediato). Siempre habrá un elemento de misterio respecto a quién está detrás de mensaje, si lo he entendido bien y si lo puedo “aplicar” o no en este caso.²²⁵

representan. Esto nos dará una idea de continuidad y cambio de las estructuras en el transcurso del tiempo. Véase Kennedy, Duncan, *Thirty Years Later: The Rise and Fall of Classical Legal Thought*, Washington, D.C., Beard Books, 2006, pp. xvii-xx, http://www.duncankennedy.net/documents/r&f_clt/Preface_Thirty%20Years%20Later.pdf; Kennedy, Duncan, “A Semiotics of Critique”, *Cardozo Law Review*, New York, volume 22, No. 3-4, March 2001, p. 1153, <http://www.duncankennedy.net/documents/A%20Semiotics%20of%20Critique.pdf>.

²²³ Véase Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, op. cit., nota 77, pp. 186-191.

²²⁴ Acerca de cómo cambia el pensamiento e instituciones jurídicas conforme a los cambios económicos, Véase Kennedy, Duncan, “Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000”, op. cit., nota 6, pp. 19 – 22.

²²⁵ Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial: Una Fenomenología Crítica*, op. cit., nota 77, p. 194.

En aras de descubrir los mensajes de la norma jurídica, podríamos considerar la invitación a buscar esa serie de factores –históricos, sociales, económicos y culturales-,²²⁶ que le dan contenido a los preceptos jurídicos, así como indagar acerca de aquellos agentes –detrás de la autoridad administrativa y legislativa- que contribuyen al desarrollo y formulación de dichos preceptos, y que igualmente inciden en la concepción de las fuentes del derecho.²²⁷

Sin duda, que el mensaje de la norma requiere descifrar estos y otros aspectos jurídicos y extrajurídicos, y saber en qué grado representa una restricción al juzgador. Lo que en todo caso se pretende enfatizar es la complejidad que subyace en los mensajes del material jurídico, que hacen que éste contenga un amplio espectro de interpretaciones jurídicas, en las que difícilmente podremos encontrar una única respuesta correcta.

Por lo anteriormente expuesto, se puede apreciar la dificultad que subyace en trazar una predicción acerca del sentido de la resolución,²²⁸ ya que por muy claro que pueda ser el sentido de la ley, ésta es insuficiente para determinar la

²²⁶ Podríamos aceptar en este punto, la invitación a descubrir los “enigmas jurídicos”, en los términos que refiere Peter Goodrich, entendidos como una referencia críptica a una fuente textual previa, lo que nos constriñe a dar una mirada a la historia y propósitos de la tradición, la costumbre y la ley. Los enigmas jurídicos como signos que se desvanecen, nos invita a reflexionar cómo el significado de estos signos puede desaparecer, en el sentido de que el tiempo los cubre por una época, ocultos por posteriores y desmemoriados usos, interpolación o contaminación del signo, Ello nos lleva a descubrir las bases de la decisión, amén de la referencia a los orígenes y propósitos de la ley –ante la dificultad de determinar a primera vista qué es lo que la ley protege y cómo se debe proteger-. Cfr. Goodrich, Peter, “Legal Enigmas-Antonio de Nebrija, The Da Vinci Code and the Emendation of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, Great Britain, volume 30, Number 1, Spring 2010, pp. 75-91. Lo anterior, nos lleva al empleo de la Historia en la labor de reconstrucción del significado de la ley.

²²⁷ En la perspectiva de Roscoe Pound, el análisis de las fuentes del derecho, requiere valorar la manera en cómo y quién intervino en la elaboración de los preceptos jurídicos, los orígenes del contenido de la norma, las formas del derecho, esto es, las figuras literarias en las cuales se expresa la autoridad de los preceptos jurídicos o de las doctrinas, así como los factores que inciden en la elaboración de la norma. Cfr. Pound, Roscoe, “Sources and forms of law”, *Notre Dame Lawyer. A Quarterly Law Review*, Notre Dame, volume XXI, No. 4, June 1946, p. 249.

²²⁸ La imposibilidad de trazar una predicción en la resolución del juzgador, constituye un cierto desacuerdo a la idea del realismo jurídico realizada por Oliver W. Holmes, respecto de predecir lo que los jueces harán al resolver un caso. Véase Holmes, Oliver Wendell, “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, Cambridge, Massachusetts, volume 110, No. 5, March 1997, p. 15-18. Incluso podríamos advertir cierto distanciamiento con la idea positivista de que el lenguaje y contenido de la ley es suficiente para predecir el sentido de la resolución jurídica. La aproximación del juez a los materiales jurídicos, dificulta así la posibilidad de predicción de la decisión judicial, pues no es posible adelantar si el juzgador podrá o no llegar a la sentencia deseada, a través del manejo de las estrategias aplicadas a los materiales jurídicos.

intencionalidad bajo la cual se conducirá el juzgador, y menos aún es suficiente para determinar la aproximación del juzgador al material jurídico.

En este orden de ideas, apreciaremos la complejidad subyacente en la búsqueda, interpretación y aplicación del material jurídico, dada la diversidad de intereses políticos, económicos, sociales y culturales, después de todo, el derecho, como ya se dijo con antelación, es uno de los campos de lucha de la sociedad. Como parte de esa lucha, las notas de contradicción, conflicto y vaguedad, de que participa la sociedad, se hacen presentes en el derecho, como lo refleja el texto de las normas jurídicas.

Cabe señalar, que las notas de contradicción, conflicto y vaguedad que subyacen en el material jurídico, en los términos del presente capítulo, se mencionan para atender a dos propósitos básicos, uno teórico, que nos conducirá al aspecto práctico. Por lo que concierne al aspecto teórico, se pretende reconsiderar los pilares conceptuales, sobre los que se asienta el conocimiento jurídico, y sobre el cual se intenta actuar, a efecto de que más allá de creencias y mitos construidos en torno a las normas jurídicas –objetividad y neutralidad, por ejemplo-, se pueda apreciar la gama de posibilidades que existen en torno al norma jurídica, y ver que no en todos los casos los resultados únicos, fatídicos e inevitablemente determinados por el material jurídico, y que por el contrario, existe un marco de actuación que bien se puede aprovechar para impulsar un determinado proyecto.

Desmitificada la concepción del derecho, tendremos una mayor posibilidad de actuación a través de la adjudicación judicial,²²⁹ a la vez que se exigirán un mayor compromiso del juzgador de apoyar esta causa, y no limitarse a mantener el status quo, como si se tuviera que pagar una contraprestación al Estado por la investidura de juzgador.

²²⁹ A partir de la adjudicación judicial, el abogado puede emprender caminos distintos para asumir un rol activista, siguiendo sus propias convicciones éticas y morales. La decisión favorable o desfavorable que se pueda tener, constituye un nuevo inicio para desarrollar el razonamiento jurídico (Cfr. Klenner, Hermann, "Juridical Thinking, Juridical Decision-Making", *Rechtstheorie*, Berlin, Band 28, Heft 2, 1997, pp. 245-248), que nos conduzca a nuevas transformaciones sociales, a través de la participación y contribuciones de los abogados.

Queda así intacta la trascendencia de la legalidad,²³⁰ ya que prácticamente nos limitaremos a analizar ese aspecto de las normas jurídicas contextualizado en la tortuosa dinámica social. Independientemente, de aceptar o no las peculiaridades que subyacen en la ley –a partir de su referente social-, es un hecho que la legalidad misma, representa la restricción en la adjudicación judicial, que se acentúa, cuando el mensaje de los materiales jurídicos, no se ajusta con el sentido de la sentencia deseada.

Asumido el hecho de que el juez no trabaja con una libertad ilimitada, y que está sujeto a las exigencias de la legalidad, procederemos a valorar qué es lo que subyace detrás de esos objetos que restringen la libertad del juzgador, y por qué se hace tan complicada su búsqueda y ya no decir su aplicación. A tal efecto, enfatizaremos únicamente la complejidad, contradicciones y omisiones que encontramos en las normas jurídicas, que nos indican que los juzgadores –con la debida voluntad- sí pueden colaborar con las partes y los abogados,²³¹ en el avance, protección y defensa de los sectores más desprotegidos de la sociedad.

A. La sombra del compromiso alcanzado en la regla jurídica

¿Por qué es tan complicado aplicar la ley a un caso concreto? ¿Por qué los hechos no se ajustan a la hipótesis prevista por el legislador? ¿Dificultad en encontrar el espíritu de la ley? ¿Por las antinomias? ¿Por las lagunas? Sí, parte de la dificultad por aplicar la norma jurídica la podemos ubicar en estos aspectos. Sin embargo, a lo anterior, tendríamos que agregar los conflictos sociales y contradicciones y otros “accidentes” que subyacen en el texto de la norma jurídica.

²³⁰ Se reitera que en ningún momento pretende demeritar el papel de la legalidad. Simplemente pretenden enfatizar la necesidad de adoptar una concepción distinta de ésta, que pueda ser más incluyente, y asuma otros valores sociales y culturales. Ejemplo de lo anterior, lo podemos apreciar con Robin West, quien maneja una idea de la legalidad como una “posibilidad viva” y optar por un “pacifismo legal”. Véase West, Robin, “Reconsidering Legalism”, *Minnesota Law Review*, Minnesota, volume 88, Number 1, November 2003, pp. 129-147.

²³¹ Véase Gordon, Robert W. “The Path of the Lawyer”, *Harvard Law Review*, Cambridge, Massachusetts, volume 110, Number 5, March 1997, p. 1018; Véase Felstiner, William .L.F., Aberl, Richard, y Sarat, Austin, “The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...”, *Law & Society Review. The Journal of the Law and Society Association*, Armhest, Massachusetts, volume 15, No. 3-4, 1980-1981, pp. 637-649.

Pareciera que las notas de objetividad, generalidad, neutralidad y abstracción de la norma jurídica, son lo suficientemente sólidas para evitar polarizar la sociedad. Pero, ¿hasta qué punto podemos limitarnos en la comprensión de las normas jurídicas a partir de dichas cualidades? Una postura cómoda y desentendida de la realidad social, insistirá en la certeza de las mismas, pero si nos desprendemos de esa indiferencia, encontraremos que hasta cierto punto tales notas no son tan determinantes en la comprensión del material jurídico, como se pudiera creer. La razón: el inherente e irresoluble conflicto de intereses que permea en la sociedad, que no se puede desatender en aras de permanecer en el aspecto teórico formal de la comprensión de la norma jurídica.

Se hace necesario así, recurrir a las reglas jurídicas, en su vinculación con los individuos, que puede partir desde asumir su validez intersubjetivamente,²³² y por qué no como constructos sociales.²³³ Desde la perspectiva de Kennedy, las reglas jurídicas son “piezas en amplios acuerdos de intereses”,²³⁴ si se quiere, y concretamente en el ámbito de la argumentación jurídica, representa “un compromiso alcanzado entre dos argumentos de conveniencia pública con concesiones mutuas,”²³⁵ en cuya aplicación, la idea en todo caso, es el tratar de balancear las adversidades de los distintos actores sociales.²³⁶

Hasta este punto, podríamos asumir una idea mediadora y armonizadora de la ley, que emprende esa loable tarea de centrar la regla jurídica como un esfuerzo tendiente a conciliar los intereses y conflictos de la sociedad, finalmente lo que se busca es lograr cierta estabilidad y paz social.

²³² Véase Hoerster, Norbert, *En defensa del Positivismo Jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 23-27.

²³³ El concebir a las normas jurídicas como constructos sociales, nos conlleva a realizar un estudio histórico de las razones por las cuales se han generado esas “exigencias” sociales, lo cual de ninguna manera demerita la autoridad de una determinada institución, sino que cambia la perspectiva desde la cual se concibe, defiende y se presenta la autoridad de las normas jurídicas. Cfr. Fish, Stanley, “Not of an Age, but for all time: Canons and Postmodernism”, *Journal of Legal Education*, Cleveland, volume 43, Number 1, March 1993, pp. 18-20.

²³⁴ Kennedy, emplea el término de reglas jurídicas como “*pieces in a larger compromise of interests*”. Kennedy, Duncan, “Legal Formality”, *The Journal of Legal Education*, 351, 1973, p. 383. <http://www.duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Legal%20Formality.pdf>

²³⁵ Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial: Una Fenomenología crítica*, op. cit., nota 77, p. 111.

²³⁶ Kennedy, Duncan, “Legal Formality”, op. cit., nota 234, p. 383.

Sin embargo, este intento por lograr esos acuerdos o compromisos, se convierte en una ilusión más, ante la interminable cantidad de conflictos de la sociedad, al grado tal que las reglas serán insuficientes para atender a esa interminable conflictiva social. Derivado de dichos cambios, la inevitable presencia de esa “área gris en donde los términos del arreglo no son del todo claros”,²³⁷ lo que dificultará aún más la aplicación de la norma al caso concreto. En segundo lugar, se presenta la dificultad de saber los términos en que se llevan a cabo esos acuerdos ¿Realmente se llega a una conciliación de intereses, o se trata de una simulación de conciliación de intereses, en el que se privilegia algún grupo? ¿Hasta qué grado subsisten las contradicciones y oposiciones sociales?

Estos problemas nos conducen a valorar hasta qué grado podemos hablar de objetividad, neutralidad,²³⁸ generalidad y abstracción, máxime cuando la norma jurídica es por una parte representa un “factor que incide en el poder o impotencia de que gozan los diferentes actores sociales”,²³⁹ y por la otra dicha norma puede ser percibida y valorada por un juzgador, movido por cierta ideología, que no precisamente se vincula con el progreso de los sectores más desfavorecidos de la sociedad.

Ciertamente lo fácil sería valorar la norma desde un sentido técnico, que nos indique las características estructurales y analíticas de la regla jurídica. Sin embargo, se estima que un auténtico compromiso con la sociedad, en aras del bien común, exige ir más allá de la cuestión estructural y desprovista de sentido, para centrarnos en el gran problema que entraña ese “aparente compromiso de intereses,” después de todo no podemos concebir al derecho aislado de la sociedad. Quizá como mencionamos en los capítulos precedentes, probablemente las características objetivas, abstractas e impersonales, que en la realidad no sean más que simples ideales y metas inalcanzables.

²³⁷ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial: Una Fenomenología Crítica*, *op. cit.*, nota 77, p. 111.

²³⁸ Véase Unger, Roberto Mangabeira, *The Critical Legal Studies Movement*, *op. cit.*, nota 59, pp. 1-8.

²³⁹ Kennedy, Duncan, “La Educación Jurídica como Preparación para la Jerarquía”, *op. cit.*, nota 76, p. 131.

A continuación daremos una mayor aproximación a dicha problemática desde la perspectiva de los CLS, que nos conducirán a valorar las dificultades que subyacen en la aplicación de la norma jurídica.

a. La interminable cantidad de conflictos en las normas jurídicas

Lejos estamos de una concepción del derecho, como un sistema cerrado y congruente que determina las soluciones a los conflictos dados de antemano.

Es evidente que por más técnica y racionalidad legislativa²⁴⁰ que se exija en aras de ordenar la sociedad y evitar conflictos, finalmente la dinámica misma de la sociedad superará el sentido mismo de la ley, que incluso ni siquiera las notas de generalidad, y menos aún la universalidad,²⁴¹ son suficientes para dar respuesta a la totalidad de conflictos sociales.²⁴²

Se hace apremiante entonces transitar hacia un proceso de cambio, en el cual las reglas den respuesta y solución a los incesantes cambios de la sociedad, ante la insuficiencia de las normas jurídicas para responder a la dinámica política, económica, social, cultural y por qué no hasta tecnológica, que genera nuevas

²⁴⁰ Véase Atienza, Manuel, *Contribución a una Teoría de la Legislación*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 27-71.

²⁴¹ En su momento, Roscoe Pound criticaba la noción de la posibilidad de una ley universal, que se pudiera concebir en aras de lograr una universalidad en la interpretación, aplicación y desarrollo jurídico doctrinal. Una de las dificultades más notables radica en la naturaleza de las tareas del derecho acerca del mantenimiento y promoción de la civilización, que se dificulta no sólo ante la falta de entendimiento de otras culturas, sino incluso en la sospecha de las mismas. Bajo esta tesitura, Pound parece ubicar el problema no tanto en la búsqueda de una política y organización jurídica universal, sino más bien en crear una atmósfera universal ideal. Cfr. Pound, Roscoe, "The idea of Universal Law", *UCLA Law Review*, volume 1, No. 1, December 1953, pp. 11-17. También Véase Wintgens, Luc J., "The Fragile Universality of Legalism –Universality of Validity and the Contingency of Law in Rousseau", *Rechtstheorie*, Berlin, 37. Band, Heft 1, 2006, pp. 12-15; Ladeur, Karl-Heinz, "The Postmodern Condition of Law and Societal 'Management of Rules'", *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Stuttgart, Band 27, Heft 1, Juli 2006, p. 99.

²⁴² Roscoe Pound, nos expresa cómo en eras de profundos cambios –mayormente caracterizados por el desarrollo social o económico-, una gran proporción de incidentes de la vida quedan o bien sin cubrirse o no son cubiertas claramente por la regla jurídica, la que después de todo no es tan heterogénea como podría parecerse, pues no puede incluir los elementos determinantes a resolver en los tribunales. Los casos inmersos en esos cambios, exigen el empleo del razonamiento jurídico, y con ello la aplicación de los preceptos legales a efecto de que se ajusten a las exigencias del nuevo estado de los hechos. Bajo esta perspectiva, la técnica sería el factor controlador del resultado, y no tanto la regla como guía de conducta. Cfr. Pound, Roscoe, "Hierarchy of sources and forms in different systems of law", *Tulane Law Review*, New Orleans, volume VII, No. 4, June 1933, pp. 480-482.

versiones de incertidumbre,²⁴³ y que hasta cierto grado pudiera acentuarse ante la falta de preparación de los Poderes del Estado para afrontarlos, y de los teóricos de crear categorías distintas para comprender esta dinámica social.

Este proceso de cambio, merece llevar la atención, en virtud de la creación de posibles nuevas funciones, que se convierten en baluartes de una serie de intereses, que crean una “nueva constelación de fuerzas”,²⁴⁴ en los términos que advierte Kennedy, que supone la actuación del juzgador como un actor político,²⁴⁵ quien determinará el carácter que asumirá esta constelación de fuerzas, y que a su vez incidirá en el comportamiento de las fuerzas políticas.²⁴⁶

Sin embargo, los conflictos no parecen terminarse con la creación de constelación de fuerzas que asume el juzgador, ya que no parece vislumbrarse un panorama claro acerca de qué sentido y criterio deben seguir esas “constelaciones de fuerzas”. ¿Será acaso la justicia social?,²⁴⁷ ¿La libertad e igualdad?,²⁴⁸ o quizá ¿la eficiencia económica?²⁴⁹ Sin duda un tema difícil por resolver, y para las cuales aún habría múltiples propuestas que añadir,²⁵⁰ máxime ante el silencio que

²⁴³ Como ejemplo de los cambios a los que se requiere prestar atención ante la posible incertidumbre –externa- a generarse, encontramos la innovación tecnológica, que supone una nueva “lógica” en las redes intra- e inter-organizacionales, lo cual supone una transformación en los procesos de conocimiento. Se exige así un rol activo en la adaptación del sistema jurídico a los nuevos desafíos que suponen estos procesos de cambio, como lo es el seguimiento de “meta-reglas” o principios que reformulen el interés público, e intervengan en la propia generación del conocimiento -sin que pueda reducirse a un rol pasivo de recibir hechos dados desde la propia infraestructura cognitiva de la sociedad. La dinámica tecnológica además incide en nuevas versiones de organización (heterárquicas y transversales) y la toma de decisiones basadas en el conocimiento, lo que constriñe a ubicarnos en la posibilidad de ubicarnos y razonar bajo “una unión de conceptos”, más allá de separaciones y distinciones conceptuales. En el plano de las decisiones, probablemente tendríamos que hablar no tanto de la mejor decisión, sino de decisiones satisfactorias, que suponga, por ejemplo, la introducción de nuevos momentos reflexivos de diseño. Cfr. Ladeur, Karl-Heinz, “The Postmodern Condition of Law and Societal ‘Management of Rules’”, *op. cit.*, nota 241, pp. 94-104.

²⁴⁴ Cfr. Kennedy, Duncan, “Legal Formality”, *op. cit.*, nota 234, pp. 384-385.

²⁴⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 388.

²⁴⁶ Cfr. Tushnet, Mark, “Alternative Forms of Judicial Review”, *Michigan Law Review*, St. Ann Arbor, Michigan, volume 101, No. 8, August 2003, p. 2795.

²⁴⁷ Véase Galiana Saura, Ángeles, *La Legislación en el Estado de Derecho*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 15-18.

²⁴⁸ Véase Dworkin, Ronald, *Virtud Soberana. La teoría y práctica de la igualdad*, trad. de María Julia Bertomeu y Fernando Aguiar, Barcelona, Paidós, 2003, pp. 133-201.

²⁴⁹ Véase Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y Economía*, 2ª edición, trad. de Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, pp. 636-646.

²⁵⁰ Nótese como está ausente el discurso de los derechos humanos dentro del contenido de la norma. Kennedy, cuestiona el discurso de los derechos por considerarlo como internamente inconsistente, vago o circular, el cual impone tantas limitaciones para aquellos que lo usan, que

subyace acerca del que *debería ser* el proyecto del legislador.²⁵¹ Sin duda que no existe un consenso acerca del criterio que debe inspirar a las normas jurídicas. Podría pensarse que los derechos humanos, representan ese criterio, pero incluso aceptándolo tendríamos que distinguir los mitos del discurso frente a la lucha por los derechos humanos.²⁵² De igual manera, sería menester cuestionar las razones que condujeron su adopción, los posibles intereses sacrificados, los conflictos y contradicciones, y posibles colisiones, que se pudieran presentar.²⁵³

Ciertamente, por más buenas intenciones que se quieran tener en torno a resolver los criterios de la sociedad, más de un valor se sacrificará, o quedará insuficientemente regulado.

Así entonces es importante, seguir con esta tarea de cuestionamiento en el ámbito jurídico, a través del empleo de distintos métodos particulares de análisis críticos, y no dejarnos llevar por la elocuencia del lenguaje y técnicas empleadas

hace que prácticamente sea una herramienta efectiva de transformación radical. Alude que este discurso presupone que el mundo está, y debería estar dividido entre un sector estatal que pone en vigencia los derechos y el mundo de la sociedad civil en la que los individuos atomizados persiguen sus propios intereses. El discurso, añade es lógicamente incoherente y manipulable, tradicionalmente individualista y ciego a las realidades de desigualdad sustancial, en donde la previsión legal es insuficiente para su protección. Véase Kennedy, Duncan, “La Educación Jurídica como Preparación para la Jerarquía”, *op. cit.*, nota 76, pp. 129-130; Véase Kennedy, Duncan, “The Critique of Rights in Critical Legal Studies”, en Brown, Wendy, y Halley, Janet, *Left Legalism/Left Critique*, Durham & London, Duke University Press, 2002, pp. 188-210. <http://www.duncankennedy.net/documents/The%20Critique%20of%20Rights%20in%20cls.pdf>.

²⁵¹ Cfr. Kennedy, Duncan, “Legal Formality”, *op. cit.*, nota 234, p. 387. Si pretendiéramos dar algún alcance a nuestro país al supuesto silencio del legislador acerca de qué proyectos debería seguir, sin duda el problema estaría resuelto atendiendo a la protección de los Derechos Humanos, que todos los órganos del Estado deben seguir, en términos del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sin embargo, Kennedy en ningún momento está pensando en la realidad de nuestro país, de hecho ni siquiera concibe que los propios Derechos Humanos puedan ser considerados como el criterio guía y de unificación del derecho, como se decía en la nota al pie de página anterior, de ahí que se tenga que aceptar que hasta cierto punto, en nuestro país sí hay un criterio orientador que debe atender el legislador al emitir la ley. Esta aceptación, sin embargo, no obstaculiza el tema central del desarrollo de estrategias jurídicas a partir de la intencionalidad del juzgador, ni tampoco demerita el hecho de revalorar la importancia que adquiere conocer el proceso por virtud del cual el juzgador se aproxima a la norma jurídica, toda vez que aun y cuando se pueda creer que exista un consenso frente a determinado contenido de la norma, finalmente es el juez el que determinará hasta qué grado es sólido y estable ese consenso o no.

²⁵² Cfr. Correas, Óscar, “Los Derechos Humanos. Entre la Historia y el Mito”, *Revista Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, México, Número 25, 2006, pp. 299-300.

²⁵³ Aun si aceptáramos el criterio de los Derechos Humanos como inspiración de las normas jurídicas, la colisión de principios no se haría esperar, sobre todo en casos en donde los antagonismos entre grupos, y luchas sociales, son más que manifiestos –ejemplo, de los trabajadores-, lo que aún nos invita a reflexionar acerca de la vinculación de la norma jurídica con la sociedad, escenario de múltiples e interminables luchas sociales.

en el proceso de elaboración de la norma jurídica, pues finalmente éstas son parte de las luchas sociales, al grado de imponerse como una exteriorización del poder de un determinado grupo o “especie dominadora”.²⁵⁴

En ese contexto, es que hasta el lenguaje empleado –en tanto parte integrante del mensaje de la norma- tenga que ser objeto de cuestionamiento y de análisis a partir de su relación con la cultura y con el individuo mismo.²⁵⁵ Por ello, más allá de las notas de “generalidad”, “abstracción” y “objetividad”, tendríamos que preguntarnos hasta qué grado el juzgador se vale de dichas notas para encubrir la sentencia a la que se desea llegar.

Lo anterior nos da pie a abordar un segundo problema, relativo a si es posible hablar de una auténtica generalidad de la norma, o si en su caso, es una simulación o parcialidad de la norma, que impide ver esa serie de contradicciones sociales que se ocultan de la norma jurídica.

b. Las contradicciones implícitas en la noción de la norma jurídica (el método de los pares-opuestos).

Como advertimos en el primer capítulo, las contradicciones y apariencias de las décadas de los sesenta y setenta, pronto habrían de marcar un estilo de vida, y de concepción de la realidad (jurídica), para un reducido grupo de personas que

²⁵⁴ En el empleo del lenguaje no dejamos de reconocer que éste puede ser hasta cierto punto neutral, como públicamente lo ha expuesto Kennedy (Véase: Conversatorio de Duncan Kennedy con estudiantes de Derecho de la Universidad de los Andes, en Colombia http://wn.com/Uniandes__Conversatorio_de_Duncan_Kennedy_con_estudiantes_de_Derecho). Sin embargo, tampoco podemos dejar de reconocer la latente posibilidad de que quienes ejerzan el poder materialicen su dominación, a través del lenguaje de las normas, y es en este punto donde estaríamos en cierto desacuerdo con la postura de Duncan Kennedy. Al efecto, podríamos evocar la cita de Friedrich Nietzsche en torno a cómo el lenguaje puede constituir una exteriorización del poder, como se puede apreciar a continuación: “El pathos de la nobleza y de la distancia, como hemos dicho, el duradero y dominante sentimiento global y radical de una especie superior dominadora en relación con una especie inferior, con un “abajo” éste es el origen de la antítesis “bueno” “malo”. (El derecho del señor a dar nombres llega tan lejos que deberíamos permitirnos el concebir también el origen del lenguaje como una exteriorización del poder de los que dominan y como dicen: “esto es esto y aquello”; ellos imprimen a cada cosa y a cada acontecimiento el sello de un sonido y con eso se lo apropian, por así decirlo).” Nietzsche, Friedrich Wilhelm, *La Genealogía de la Moral*, trad. de Roberto Mares, México, Grupo Editorial Tomo, 2005, p. 22.

²⁵⁵ Véase White, James Boyd, “Thinking about our language”, *The Yale Law Journal*, New Haven, Connecticut, volume 96, Number 8, July 1987, pp. 1961-1965.

conformaron el movimiento de los CLS, que nos invitaban a asumir la tarea de contextualizar al derecho de su realidad social.

La adversidad que se puede presenciar en una época determinada, permite adquirir una particular sensibilidad para advertir y desarrollar métodos que nos permitan valorar hasta qué grado las instituciones, construcciones sociales y teorías, están envueltas bajo ese manto de contradicción y apariencias, y deficiencias.²⁵⁶ En este esquema, estaremos en posibilidad de realizar cuestionamientos ulteriores, tendientes a señalar dichos aspectos, ya sea por iniciativa propia o a través de la propia experiencia,²⁵⁷ o bien que se exista una apertura teórica para recibir a aquellos autores que sustentan una postura a partir de ciertas categorías análogas a la vivencial.

Pues, bien esta situación en cierto sentido la podemos constatar con Duncan Kennedy, quien sin duda tiene el mérito de destacar lo que podemos denominar el método de los pares-opuestos (*pair-oppositions*), para abordar una generalidad, y el método de las contradicciones, aplicado al derecho privado.

Al efecto, Kennedy recurre al modelo de pares-opuestos,²⁵⁸ en dos supuestos principales:

²⁵⁶ Como ejemplo de un método crítico en el análisis del derecho, lo podemos apreciar con el método genealógico, que aborda Peter Goodrich, quien pretende valorar no sólo los orígenes o continuidad de una determinada institución, sino incluso las falsas apreciaciones y en su caso errores que dieron origen a la institución, que continúan existiendo y tienen valor en la actualidad. Con ello se apreciará qué es lo que se ha perdido en una determinada institución. Cfr. Goodrich, Peter, *Oedipus Lex. Psychoanalysis, History, Law*, Berkeley, Los Angeles, London, University of California Press, 1995, pp. 26-31.

²⁵⁷ Véase Kennedy, Duncan, "How Law School Fails: A polemic". http://duncankennedy.net/documents/How%20the%20Law%20School%20Fails_A%20Polemical.pdf

²⁵⁸ Este método de los pares-opuestos, que desarrolla Kennedy, tiene como punto de partida el modelo de consideraciones conflictivas desarrollado por René Demogue, en su ensayo "Las nociones fundamentales del derecho privado: un ensayo crítico", dentro del cual mostraba los conflictos y contradicciones implícitos en el derecho privado –motivadas por negociaciones forjadas en la elaboración de leyes-, con la finalidad de inducir al estudiante a profundizar sobre las bases de las instituciones, a través de la reflexión de dichos conflictos y contradicciones. Cfr. Kennedy, Duncan, "From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's 'Consideration and Form'", *Columbia Law Review*, New York, volume 100, No. 1, January 2000, pp. 109-114. Otro autor que aborda esta serie de contradicciones y pares opuestos, lo encontramos con Karl Llewellyn y su perspectiva del Realismo Jurídico Norteamericano. Véase Llewellyn, Karl N., *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, Chicago, University of Chicago Press, 1962; Estimamos que hasta cierto, Kennedy la acepta y desarrolla, a partir de las propia situación política, económica, social y cultural de los Estados Unidos de América en las primeras décadas de la segunda mitad del siglo veinte.

- a) Indicar cómo el pensamiento jurídico clásico se asocia no sólo con el precedente y el principio, sino también con un orden particular de principios sustantivos alrededor de la distinción entre lo público y privado.²⁵⁹
- b) Tratar problemas sustantivos en el derecho privado bajo dos modos retóricos opuestos (individualismo y altruismo),²⁶⁰ y que representan concepciones irreconciliables de la humanidad y de la sociedad, entre aspiraciones radicalmente diferentes para el futuro común.²⁶¹

Excede de los alcances del presente trabajo la simple enunciación de los pares-opuestos, el complejo universo que subyace en éstos, y ya no decir de sus orígenes y su confrontación en el transcurso de la historia,²⁶² y que forman una parte considerable de la tradición jurídica.²⁶³

Lo que en todo caso queremos referir en este apartado, con los pares-opuestos es que más allá de ver en la norma o principio jurídico un enunciado aislado, que aparentemente nos da la certeza y seguridad jurídica, se tendría que pensar qué es lo que subyace detrás de ese enunciado, concretamente, por qué intereses opta el legislador, y qué valores o intereses se sacrifican y por qué.

Ciertamente, en una sociedad tan conflictiva, no podemos quedarnos con la aparente imagen del supuesto consenso social que subyace en las normas jurídicas, es menester ver qué es lo que hay detrás de éstas y los conflictos inherentes a éstas. En términos de análisis jurídico, esta postura nos invita a reflexionar en términos del valor privilegiado y del valor sacrificado, y a partir de ahí evaluar, en primer lugar, por qué se ha optado por ese valor privilegiado, y los efectos en la sociedad que tiene al adoptar ese valor privilegiado, aspecto que en

²⁵⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 107.

²⁶⁰ Sobre el conflicto entre el altruismo y el individualismo, Véase Kennedy, Duncan, "Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado", *op. cit.*, nota 212, pp. 180-185.

²⁶¹ Cfr. *Ibidem*, p. 163.

²⁶² Véase *Ibidem*, pp. 171-176; Kennedy, Duncan, "From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's 'Consideration and Form'", *op. cit.*, nota 258, 111-115, 122-124, 150-154; Kennedy, Duncan, "Savigny's Family/Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought", *The American Journal of Comparative Law*, Michigan, volume LVIII, Number 4, Fall 2010, pp. 815-830.

²⁶³ Véase Kennedy, Duncan, *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*, unpublished manuscript, 1975, p. 11-26. http://www.duncankennedy.net/documents/r%26f_clt/Chapter%201.%20Legal%20Consciousness.pdf

conjunto, nos permitirá reflexionar sobre las acciones que se estiman convenientes adoptar en aras de optar por ese valor sacrificado,²⁶⁴ cuando éste reporte mejores beneficios para la sociedad.

En este contexto, la aplicación de las normas, e incluso de los principios jurídicos, se circunscribe dentro de “esa invitación a elegir entre conjuntos de valores y concepciones del universo,”²⁶⁵ postura que se ve favorecida si nos adherimos al contenido contrastante del derecho, que nos dará pauta para un mejor análisis de éste, tanto en la denuncia (teórica y práctica) por parte de aquellos que se valen de su posición para favorecer el status quo, como generalmente sucede, aunque también puede brindar cierto margen de actuación por parte de quienes sí están interesados en un cambio social.

De lo anteriormente expuesto, cabría preguntarse ¿si entonces el contenido de las normas es una apariencia o una imposición? Quizá la respuesta a esta pregunta nos conlleve a valorar una vez más tres aspectos que se vinculan con lo expuesto en la presente investigación: 1) el halo mítico que se quiere dar al derecho, para evitar afrontar las múltiples contradicciones e indeterminaciones que existen en el derecho, 2) Inexistencia de una única respuesta correcta y 3) Valorar la subjetividad del juzgador.

El primer aspecto enunciado refiere a cómo el aspecto contradictorio del derecho, nos da luces del aspecto mítico del derecho, el cual se puede seguir si consideramos los polos opuestos trazados tanto en el pensamiento jurídico clásico, como dentro del propio derecho civil, cuyo espectro se puede ampliar a otras áreas del derecho, a los cuales habría que sumar aquellos atributos estructurales, operativos e históricos del derecho que se oponen entre sí.²⁶⁶

²⁶⁴ Véase Engle Merry, Sally, “Pluralismo Jurídico”, en: Engle Merry, Sally, Griffiths, John y Tamanaha, Brian Z., *Pluralismo Jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Pontificia Universidad Javeriana, 2007, pp. 126-131; Véase Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una Nueva Cultura del Derecho*, trad. de David Sánchez Rubio, Sevilla, Editorial MAD, 2006, pp. 207-217; Véase Müllerson, Rein, “From E Unum Pluribus to E Pluribus Unum in the Journey from an African Village to a Global Village”, en Yee, Sienho y Morin, Jaques-Yvan (ed.), *Multiculturalism and International Law. Essays in Honour of Edward McWhinney*, Boston, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 33-47.

²⁶⁵ Kennedy, Duncan, “Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado”, *op. cit.*, nota 212, p. 165.

²⁶⁶ Véase Fitzpatrick, Peter, *La Mitología del derecho moderno*, *op. cit.*, nota 211, pp. xii-xiii.

En la opinión de Peter Fitzpatrick, este campo de contradicciones únicamente puede conciliarse a través de la elevación mítica del derecho, que como ente unificador, pretende eludir la existencia de relaciones de simple oposición²⁶⁷ o en su caso efectuar una conciliación por medio de la ofuscación, o transferirlas a algún otro plano intratable, sin que se dé una auténtica resolución de dichas contradicciones.²⁶⁸

Lo lamentable de la elevación mítica del derecho, es la imposición propia de límites en su concepción y posibilidad de solución, como bien lo indica Fitzpatrick en los siguientes términos:

Así pues, el mundo del mito es un mundo de límites que captura a quienes se encuentran en él. Más allá de esos límites para esos cautivos no hay otra cosa que lo desconocido o lo que se conoce de manera nebulosa, incluido ese caos o materia primigenia de la cual fueron formados lo que es y lo que conoce. Lo que está más allá de esos límites pertenece a los dioses, al destino, a la naturaleza de las cosas, incluso si el hombre primitivo o antiguo puede ver en esos dominios sus perspectivas de una participación expansiva en lo sagrado y lo sobrenatural.²⁶⁹

Hasta este punto es posible constatar cómo la invocación del mito, va más allá de la denuncia teórica, pues nos impide ver qué más allá de ese objeto “unificado”, subyacen las contradicciones e inconsistencias, en este caso de las normas jurídicas, para darnos una concepción nebulosa y oscura de la esencia de dichos objetos. Aún más, bajo este esquema, las soluciones parecen estar relegadas a atender la apariencia de la supuesta actividad unificadora del derecho, lo cual hasta cierto punto impide la búsqueda de otros resultados.

Mas la búsqueda de otros resultados se dificultará en cierta medida ante la negación de la existencia de contradicciones en torno a las normas jurídicas, en aras de mantener una visión mítica del derecho, lo que nuevamente nos exige mirar hacia una concepción más humana (y mundana) del derecho, lejos de ese sacratísimo panorama que se nos ha legado.

²⁶⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 1-7.

²⁶⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 26.

²⁶⁹ *Ibid.*

Aun reconociendo las contradicciones implícitas en la norma, llegamos a un segundo aspecto que se deriva del análisis de los pares opuestos, y es precisamente, la inexistencia de una respuesta correcta. Si bien, este tema será objeto de análisis en el Capítulo Cuarto, por el momento nos limitaremos a valorar con Kennedy, cómo ante las contradicciones que pueden presentarse en el derecho, no existen “metaprincipios”, (o si se quiere un “metasistema”) que nos pueda explicar exactamente qué es lo que hace a estas situaciones particulares susceptibles de resolución.²⁷⁰

En principio, extraña un poco el hecho de que Kennedy aluda a “metaprincipios” o “metasistemas” como guías para la resolución de este tipo de contradicciones, pues al menos por lo expuesto al momento, sus escritos indican cómo por una parte el derecho, o más concreto aún, el material jurídico aunque necesario e indispensable, dista mucho de dar “la respuesta correcta” al caso planteado, ya que más que ofrecerse como una guía de conducta para el juzgador, representan una restricción a los deseos del juzgador.

Ante la inexistencia de “metaprincipios”, o “metasistemas”, tendremos que continuar con la tarea de cuestionamiento y análisis jurídico, a fin de reconocer las contradicciones en la norma jurídica, y descubrir la “sombra de la ideología”, inmersa en el modelo de consideraciones conflictivas, que funge como elemento decisorio en los arreglos formales de los elementos en este campo.²⁷¹

Dicha “sombra de la ideología” se hace presente por cuanto a que los participantes del discurso saben que siempre hay una posibilidad de realizar *ad hoc* un análisis de los argumentos de conveniencia pública respecto del caso concreto, en tanto que *post-hoc*, un análisis de dichas políticas, se reflejará en un despliegue de consideraciones conflictivas que puede ser fácilmente manipulable mediante piezas de argumentos.²⁷²

Así entonces, se requiere cierta sensibilidad para apreciar la existencia de los pares opuestos, y apreciar, cómo tanto la ideología –dominante- actúa a través

²⁷⁰ Cfr. Kennedy, Duncan, “Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado”, *op. cit.*, nota 212, pp. 170-186.

²⁷¹ Cfr. Kennedy, Duncan, “From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller’s ‘Consideration and Form’”, *op. cit.*, nota 258, p. 105.

²⁷² Cfr. *Ibidem*, pp. 105-106.

de la norma, así como la latente posibilidad de que otra ideología –la reprimida- pueda tener alguna participación en el ámbito jurídico, en el que la técnica debidamente empleada, puede contribuir a su manifestación en el ámbito jurídico, de ahí la necesidad de revalorar el aspecto subjetivo del juzgador, en tanto identificador de las fuerzas en choque –o reprimidas- en el ámbito jurídico.

Por otra parte, bajo el llamado “método de las contradicciones”,²⁷³ es posible encontrar dos premisas principales, que son las siguientes:

- 1) Es inevitable la experiencia de un conflicto irresoluble entre nuestros propios valores y maneras de aceptar el mundo.
- 2) Permite encontrar un orden y un significado dentro de la contradicción.

Los puntos anteriormente mencionados, nos conducen a valorar cómo el hecho mismo de que exista contradicción –o si se quiere choque de ideologías en las normas jurídicas-, no significa que exista un caos permanente e interminable en el ámbito jurídico. Después de todo algún órgano u operador jurídico se encargará de resolver tal caos y contradicciones o “mediarlos”.²⁷⁴ El problema es ver quién se encargará de tal labor, y bajo qué criterios, pues de lo que se ha mencionado hasta este punto, la resolución judicial no sólo dista significativamente de aquella aplicación mecánica de las normas, sino que incluso, no está del todo determinada por el material jurídico, en tanto que la manifestación del aspecto subjetivo de los operadores jurídicos no se hace esperar.

Con todo ello, el juzgador estará en posibilidad de buscar nuevas opciones para resolver los casos concretos, tendiente a proteger a grupos oprimidos y excluidos,²⁷⁵ supuesto en el cual no habría problema en imponer el orden.

²⁷³ Cfr. Kennedy, Duncan, “Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado”, *op. cit.*, nota 212, p. 165.

²⁷⁴ Kennedy, siguiendo a Herbert Marcuse, emplea el término de “mediar” las contradicciones de la sociedad, para desvincularse de la posición neo-marxista que ve en las contradicciones un ocultamiento de las contradicciones internas de los modos capitalistas de producción. Véase Kennedy, Duncan, *Classical Legal Thought*, *op. cit.*, nota 221, p. xvii.

²⁷⁵ Véase Kennedy, Duncan, “La Educación Jurídica como Preparación para la Jerarquía”, *op. cit.*, nota 76, pp. 133-134.

Lo que en este breve apartado hemos querido enfatizar son las distintas posibilidades de actuación que se abren al renunciar a una concepción mítica del derecho, y al admitir la inexorable contradicción que subyace en las normas jurídicas, a partir de los métodos de pares opuestos y contradicción. Con la identificación de tales problemas, será posible descubrir se puede actuar,²⁷⁶ lejos de una posición cómoda e instalada.

Así es conveniente mirar a la realidad y vincularnos con la sociedad,²⁷⁷ a efecto de apreciar que las normas jurídicas son algo más que un compromiso alcanzado, y en ese sentido, analizar qué intereses han sido sacrificados, así como las razones que han llevado a tal determinación. En tanto, no se tenga una vivencia del objeto, seguiremos inmersos en categorías o atributos artificiales, amén de discusiones estériles, que en nada contribuyen a lograr un progreso para las causas de los más débiles y desfavorecidos de la sociedad.

B. El seguimiento incondicional de la ley como criterio de objetividad

Junto con la generalidad, la objetividad es otro de los atributos esenciales de la ley. Sin embargo, ¿hasta qué punto se puede hablar de objetividad si se trata de un mero seguimiento de la norma?

Pareciera ser que la objetividad de la norma jurídica obedece más a una cuestión de “convencionalidad” que a una realidad, en la cual se pretende atribuir, indebidamente, el seguimiento incondicional de la ley como criterio de objetividad, sin cuestionar lo que subyace en ese seguimiento –incondicional- a la ley.

²⁷⁶ Véase Tushnet, Mark, “Political Power and Judicial Power: Some observations on their relation”, *Fordham Law Review*, New York, volume LXXV, No. 2, November, 2006, pp. 759-765; Tushnet, Mark, “Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review”, *Texas Law Review*, Austin, Texas, volume 82, Number 7, June 2004, pp. 1909-1918.

²⁷⁷ La vinculación del derecho con la sociedad, ha sido uno de los legados de la jurisprudencia sociológica, que en opinión de Edgar Bodenheimer ha contribuido a: 1) establecer una relación íntima del derecho con los hechos y realidades de la vida social; 2) Demostrar que el Derecho es un producto de las fuerzas sociales y no meramente formal del soberano, que nos conduce a valorar la interdependencia entre el Derecho y las demás fuerzas sociales; 3) Invitación a que el abogado, el juez y el legislador tengan una comprensión amplia de las fuerzas sociales, económicas y políticas que operan en la sociedad contemporánea, para hacer frente en forma creadora a los problemas jurídicos a resolver. *Cfr.* Bodenheimer, Edgar, *Teoría del Derecho*, 2ª edición, trad. de Vicente Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 356-357.

Al efecto Kennedy expresa lo siguiente:

Cierto que, cuando aplicamos normas sin reflexionar demasiado sobre ello, solemos percibir inconscientemente una especie de objetividad social: sabemos qué va a ocurrir simplemente porque aplicamos mentalmente la norma tal y como la aplicarían los demás y acto seguido ellos aplican la norma llegando al resultado que todos esperábamos. Sin embargo, de hecho, aquí no hay objetividad alguna y ésta resultará siempre propensa a distintos tipos de trastornos –intencionales o accidentales- que de pronto defraudan nuestras expectativas consensuales y hacen que la gente ponga en duda su propia cordura (la cordura de los demás). Esta vulnerabilidad del campo, su plasticidad, su inestabilidad, le son tan esenciales, como para nosotros lo es la esporádica experiencia de sentir que el campo se nos resiste.

La norma legal puede parecernos objetiva, pero al siguiente instante, bien puede parecernos manipulable. No es esencialmente, tal y como yo la entiendo desde el interior de la práctica de la argumentación jurídica ni lo uno ni lo otro.²⁷⁸

De lo anteriormente expuesto podemos extraer que la nota de la objetividad, hasta cierto punto se ha asumido bajo una aplicación irreflexiva de la norma jurídica. Sin embargo, esa objetividad no es más que una cuestión interna – más que una cualidad del objeto-, según se atiende o bien a una incapacidad de reflexionar sobre la actividad de aplicar la norma, o simplemente porque el juzgador quiere permanecer bajo la cerrada y reiterada visión de ver así a la norma jurídica, y no atreverse a indagar otro posible atributo a la norma jurídica.

Nuevamente vemos en este punto cómo la objetividad es una cualidad que no se puede contextualizar en su debida magnitud sin una experimentación previa, o bien si no se confronta con lo que el juzgador cree que es la norma y lo que es en la realidad, experiencia que sin duda nos pondrá en evidencia, que al parecer nuestro primer enfrentamiento con la norma se encuentra impregnado más por una visión mítica y teórica, que en una visión dinámica y susceptible de cuestionamiento y crítica.

²⁷⁸ Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial: Una fenomenología crítica*, op. cit., nota 77, p. 220.

Por ello, no podemos permanecer en la cómoda postura de aceptar la objetividad de la ley, bajo el seguimiento de una doctrina dominante, y bajo la apariencia de la aplicación de la ley en la resolución de diversos casos, ya que ello únicamente nos impide apreciar la esencia misma de la norma, y en este contexto, fácil es por una parte dejarse engañar por el discurso convencional de que se ha arribado a un resultado determinado bajo la supuesta objetividad de la norma. De ahí que a efecto de no incurrir en este tipo de engaños, es menester insistir en el análisis del polo subjetivo de la argumentación jurídica.

En la aproximación que el polo subjetivo nos dará de la objetividad de la norma, Kennedy nos brinda una visión de la “aparente objetividad inicial de la norma objetable”, entendiendo por objetividad la aplicación de la norma a un caso concreto como un procedimiento necesario, obligatorio y no discrecional.²⁷⁹

La aplicación de la norma en tanto un procedimiento necesario, obligatorio y no discrecional, aparentemente es una cuestión de “objetividad interna”, ya que ocurre al interior del juzgador, el cual se diluirá a medida en que se conciba el conflicto entre la ley y la sentencia a la cual se quiere llegar, pues no en todos los casos se puede considerar que la norma se aplique por sí sola.²⁸⁰

Bajo el esquema anterior, se aprecia que la norma jurídica es más difícil de aplicar que lo que parece, ante la dificultad de comprender la totalidad de conflictos que subyacen en la sociedad, amén de que su contenido, puede estar representado por un conflicto de intereses encontrados, a lo cual habría que añadir el problema de determinar cuál es el mensaje que emite la norma jurídica. Lo anterior, da pie a tener un análisis distinto de la aplicación de la norma jurídica, que por lo asentado en el presente apartado, los aspectos a considerar son:

- 1) Descubrir el rango de otras normas que pudieran ser aplicables a la situación.
- 2) Cuestionar las razones por las cuales se ha realizado una elección en particular entre un continuo de posibilidades.

²⁷⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 102.

²⁸⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 102-103.

- 3) Identificar la norma como un compromiso ubicado entre los extremos del espectro del conflicto, y que exigen la aplicación de ésta como solución.
- 4) Evaluar si el compromiso es razonable, o preguntar por qué se hizo de la manera en qué éste fue hecho.²⁸¹

Como podemos apreciar, la denuncia que se hace en torno a cuestionar la creencia de los compromisos alcanzados en las normas, así como las notas de generalidad y objetividad, no es con el afán de prescindir del derecho o sugerir la inutilidad de éste en la sociedad actual.

Por el contrario, si realmente se quieren emprender acciones en beneficio de los sectores más desprotegidos de la sociedad, mediante un sentido distinto de la ley y del sentido de la formalidad,²⁸² para lo cual primeramente es menester percatarnos de esos mitos e insuficiencias que subyacen en la ley. Constatados dichos mitos e insuficiencias, estaremos en posibilidad de tener una vivencia y percepción real y dinámica del derecho, que nos permitirá a su vez, valorar las opciones estratégicas que se requieren realizar para actuar favorablemente en la sociedad, más allá de mantener el status quo.

2. Restricción contenida en los precedentes.

A. Los mensajes de los precedentes

Un punto adicional que tomaremos en cuenta en torno a la Ley como restricción lo constituyen los precedentes. Sin duda, que la primera restricción que encontraremos dentro de los precedentes es el hecho de que tienen una fuerza vinculante.²⁸³ Pero, en esta búsqueda por descubrir, "cómo es vivido el derecho",

²⁸¹ Cfr. Kennedy, Duncan, "From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's 'Consideration and Form'", *op. cit.*, nota 258, p. 105.

²⁸² Posibilidad de protección contra los "hostiles poderes de la espada", un instrumento para un ataque en contra de la inequidad, dominación y alienación a través de una transformación de la tradición jurídica formal, es una invitación que formula Trubek, al abordar el formalismo como factor de cambio, en atención a que el formalismo jurídico representa una respuesta para una serie de genuinas necesidades humanas. Cfr. Trubek, David M., "Complexity and Contradiction in the Legal Order: Balbus and the Challenge of Critical Social Thought about Law", *op. cit.*, nota 208, p. 563.

²⁸³ En las notas que haremos en torno a los precedentes, no desconocemos el hecho de que éstos guardan una mayor trascendencia en los Estados Unidos de América, en comparación con nuestro

nos encontramos que la restricción dada por el precedente, es algo más que eso, algo más que dos palabras con fuerza sobrenatural, respecto de las cuales no se experimenta nada. Necesitamos ir más allá y ver el precedente en acción, cómo éste es vivido en la adjudicación judicial. Encontraremos así, que para Kennedy, el precedente representa un mensaje (de parte de otros juzgadores, con poder normativo)²⁸⁴ con una intención, que corresponde al “obedecer o seguir una regla”.

En la perspectiva del profesor de la Universidad de Harvard, este mensaje puede ser experimentado, tanto como una situación fáctica sobre las que otros jueces han tomado decisiones que apuntan en direcciones distintas,²⁸⁵ como una pretensión de dar instrucciones para resolver el caso de una manera específica, de suerte que dichas instrucciones apuntan no sólo sobre la regla que ellos implementarían, y acto seguido sobre el modo de aplicarla, sino que también dicen cuál es la regla correcta y que debe ser en último términos la sentencia.²⁸⁶

De esta manera, detrás de esa fuerza vinculante asociada al precedente, encontramos, sí un elemento normativo dentro del precedente, que se externa en un mensaje emitido por otros juzgadores, que pretenden fijar su criterio jurídico como guía en la resolución de casos concretos.

Si partimos de esta postura del mensaje contenido en el precedente, hasta cierto punto la “subjetividad” del juzgador, no es del todo ajena a la esencia misma de los precedentes, después de todo tiene la creencia de que su decisión es la correcta en atención a los criterios empleados y a su aproximación con el material jurídico, a partir de sus propias convicciones, ideología y “sentido de la justicia”. En este tenor, el precedente, será el reflejo de la voluntad de poder de los juzgadores para resolver un caso, investido de autoridad. Tendríamos así que analizar el “espíritu del juzgador” en el mensaje al resolver el caso concreto, más allá de la

país. En relación con la organización y funcionamiento de los Tribunales en los Estados Unidos de América; Friedman, Lawrence M., *Introducción al Derecho Norteamericano*, trad. de Joan Vergé i Grau, Zaragoza, Librería Bosch, s/a, 67-102. . Lo que queremos exponer en todo caso, es ver el impacto que ejercen las decisiones judiciales emitidas por otros juzgadores y órganos jurisdiccionales sobre la decisión que el juez emite, y hasta qué punto se pueden seguir o no seguir dichas decisiones.

²⁸⁴ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial: Una Fenomenología Crítica cit.*, nota 77, pp. 190-195.

²⁸⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 187.

²⁸⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 190.

fuerza vinculante del precedente.

Bajo una actitud de “respeto reverencial” al material jurídico, estos mensajes pudieran pasar desapercibidos y acatarse, sin cuestionar el sentido e intención de los mismos. Sin embargo, bajo la valoración de la experiencia del juzgador y el sentido del mensaje que quieren dar los juzgadores al asentar el precedente, observaremos que si bien es cierto que éstos podrían constituir una restricción a la adjudicación judicial –sobre todo si se toma aisladamente la “fuerza vinculante”-, también pueden percibirse como una oportunidad de cambio, en una transformación por parte del juzgador, después de todo no se trata de “complementar y modificar, sino para revolucionar y transformar”.²⁸⁷

En efecto, esa oportunidad de cambio, además del descubrimiento del mensaje del precedente, requiere una comprensión íntegra, no sólo del caso concreto, sino también de las necesidades sociales que pudieran estar presentes en dichos casos, y los procesos de cambio.

Si se quiere experimentar, o mejor dicho, vivir el derecho, el análisis, y en su caso aplicación del precedente, además del análisis del tipo de vinculación que éste tenderá, en atención al órgano del cual emana, se requiere valorar:

- a. Las razones por las cuales el juzgador (que sentó el precedente), optó por esa determinación y no otra.
- b. Los argumentos empleados para justificar la acción.
- c. El mensaje que quiere transmitir, es decir, por qué estima que se debe resolver en la forma contenida en el precedente, y responder a la pregunta, qué valores o intereses se privilegian, o seguirían privilegiando, de resolver en tal o cual forma.
- d. Si es posible lograr un cambio a partir del descubrimiento de intereses que privilegió el juzgador.

Como se puede apreciar, a partir del descubrimiento del sentido del mensaje contenido en los precedentes es posible realizar un cambio en progreso

²⁸⁷ Cfr. Cardozo, Benjamin Nathan, *La Función Judicial*, op. cit., nota 202, pp. 7-11.

de los sectores más desprotegidos de la sociedad, lo cual nos invita nuevamente a valorar la experiencia del juzgador en su aproximación con los materiales jurídicos,²⁸⁸ más allá de la fuerza atribuida a los propios materiales jurídicos.

B. Oportunidad de progreso ante el silencio de la ley y la jurisprudencia

Una cuestión más que es preciso tomar en cuenta, es lo relativo al inevitable silencio de la ley, una circunstancia que en un momento dado habrá de enfrentar el juzgador, ante la dinámica política, económica, social, cultural y tecnológica, que excede de la labor e imaginación de los poderes del Estado para preverlos, concebirlos y afrontarlos.

Este problema, como otros que se han analizado en la presente investigación, sin duda ameritaría un tratamiento más extenso. Sin embargo, lo que pretendemos enfatizar en este rubro, es valorar cómo esos silencios de la ley o de la jurisprudencia, para los pocos juzgadores, y por qué no de una gran cantidad de abogados, que estén comprometidos con el progreso de las causas de los sectores más desfavorecidos de la población.

Sin duda, que infinidad de obstáculos se presentarán en esta labor de desarrollo de la ley y la jurisprudencia, y en donde desde luego, saltaría a la luz la ausencia de autoridad de los juzgadores y abogados para cambiar o agregar algo

²⁸⁸ Para Peter Goodrich, la experiencia se ofrece como el camino del derecho, ya que nos permitiría vivir y experimentar al derecho, no como una orden o norma frívola, sino como una arquitectura de la vida cotidiana, una ley de la calle, una imaginación insidiosa, lo cual nos llevaría a estudiar las imágenes de la posibilidad, lo imaginario, lo emotivo y los lazos afectivos que atan la materia jurídica, completa y voluntariamente, aunque no necesariamente feliz, a los límites del derecho. Como parte del seguimiento de ese camino, el autor, en parte nos exige prescindir de ese lenguaje de antecedentes y perfecto del derecho, a valorar la unión emocional del individuo con el orden de la existencia institucional, y asumir la creatividad continua, la vida continua y el poder productivo de ese orden, que nos conduzcan a un derecho móvil, con una estructura plegable, pragmáticamente nómada. *Cfr.* Goodrich, Peter, "Lenguajes del Derecho de la Lógica de la Memoria a las Máscaras Nómades", *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, México, No. 25, 2006, pp. 326-336. Así entonces, la experiencia del derecho, nos dará la posibilidad de tener tanto una concepción distinta del derecho, lejos de mitos, máscaras o ilusiones, amén de que nos dará la posibilidad de valorar las oportunidades de actuación que el propio derecho ofrece.

a la ley directamente,²⁸⁹ no obstante ello, eso no impide desarrollar una serie de criterios que traten de aminorar los conflictos y contradicciones sociales, de suerte que los “mensajes” que externen, sean interpretados en aras del progreso social.

La elaboración de esos mensajes, a partir del silencio de la ley y jurisprudencia, nuevamente está sujeta a una posible restricción adicional, referida a los principios jurídicos, los cuales no están exentos de vaguedad, controversia y confrontación, a lo cual nuevamente tendremos que analizar el criterio del juzgador para decidir cómo enfrentar, y determinar, el polo vencedor en los principios, como veremos a continuación.

3. *El inestable campo de los principios jurídicos*

Con una estructura totalmente distinta a las normas jurídicas,²⁹⁰ múltiples perspectivas se han generado en torno a los principios jurídicos, los cuales han sido tratados como base de un derecho justo,²⁹¹ como el inicio del razonamiento jurídico –sobre todo cuando no necesariamente se quiere llegar a un resultado predefinido-,²⁹² un estándar que ha de ser observado, porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad, y cuya dimensión atiende al peso o importancia,²⁹³ mandatos de optimización, y que pueden ser cumplidos en diferente grado y cuyo cumplimiento no sólo depende de sus posibilidades reales, sino también de las jurídicas,²⁹⁴ entre otros.

Lo cierto, en todo caso es su indudable reconocimiento dentro del derecho, por más “fe” que se tenga en las normas jurídicas.²⁹⁵ Mas esa certeza que

²⁸⁹ Cfr. Pound, Roscoe "Sources and forms of law", *Notre Dame Lawyer. A Quarterly Law Review*, Notre Dame, volume XXI, No. 4, June 1946, p. 17.

²⁹⁰ Véase Ruiz Manero, Juan, "Principios jurídicos" en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (comp.), *El Derecho y la Justicia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 152-157.

²⁹¹ Cfr. Stammler, Rudolf, *Tratado de Filosofía del Derecho*, trad. de W. Roces, México, Ediciones Coyoacán, 2008, p. 235.

²⁹² Cfr. Pound, Roscoe: "Discretion, Dispensation and Mitigation: The problem of the individual special case." *New York University Law Review*, New York, volume 35, Number 4, April 1960, pp. 923-929.

²⁹³ Cfr. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., nota 150, pp. 72-83.

²⁹⁴ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 84-87.

²⁹⁵ Véase Hart, H.L.A. "Postscriptum", en *La Decisión Judicial. El Debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo de Hombre Editores, 2002, pp. 112-130.

subyace en el reconocimiento de los principios como parte del material jurídico, no necesariamente corresponde con una certeza de cómo incorporarlos en el razonamiento jurídico, concretamente en la adjudicación judicial, ya que evidentemente no pueden ser tratados bajo la aplicación de la regla jurídica.

Lejos de construir una sofisticada construcción o explicación teórica en torno a los principios jurídicos,²⁹⁶ Kennedy es poco claro, y demasiado superficial en la manera en la cual han de ser empleados los principios jurídicos, que probablemente se tengan que identificar en el empleo de argumentos jurídicos.

Sin duda de gran interés resultaría seguir en la discusión de la esencia de los principios jurídicos –ciertamente de mayor complejidad que las normas jurídicas, dado el grado de abstracción que poseen-, pero lo que nos interesa destacar en este apartado es cómo finalmente los principios, son parte de ese material jurídico que tiene a disposición el juzgador en la decisión judicial, y que nos exponen hasta qué grado es flexible el derecho, aspecto que sin duda tendrá que valorar el juzgador al momento de aproximarse a la sentencia deseada.

El deseo por llegar a una determinada sentencia, tiene mayores restricciones que la ley, en los términos que lo pretende ver Kennedy. Tan sólo desde el ámbito jurídico, podríamos destacar la creciente convicción en la protección a los derechos fundamentales²⁹⁷ –que en nuestro país se expresa a través del control de la convencionalidad-, y ya no decir el arraigado sentido de acatar los imperativos del llamado neoconstitucionalismo,²⁹⁸ factores hasta cierto punto ajenos al contexto de los Estados Unidos de América, y que desde luego sería interesante abordarlos en otro momento, a efecto de valorar la manera en que concretamente restringen la libertad adjudicativa.

Sin perjuicio de lo anterior, lo que podríamos destacar en la perspectiva de Kennedy, es la apreciación de que el material jurídico, en efecto, puede constituir una restricción al juzgador para llegar a la sentencia deseada, pero lejos de ese

²⁹⁶ Véase Sieckmann, Jan-R, *El modelo de los principios del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 11-59.

²⁹⁷ Véase Grimm, Dieter, *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*, trad. de Raúl Sanz Burgos, Madrid, Editorial Trotta, 2006, pp. 99-106; 155-173.

²⁹⁸ Véase Pozzolo, Susanna, “Reflexiones sobre la Concepción Neoconstitucionalista de la Constitución”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo, *El Canon Neoconstitucional*, Madrid, Editorial Trotta, 2010, pp. 168-184.

halo de determinismo y misticismo con que se les ha asociado, éstos también pueden ser vistos como una oportunidad para materializar los proyectos vitales del juzgador. Por ello es que es importante valorar la postura ideológica del juzgador, pues de esa manera, apreciaremos si en efecto éste se encuentra comprometido con un cambio y progreso social, o si simplemente forma parte de la costosa y privilegiada burocracia que se limita a mantener y reproducir el status quo.

III. LA LIMITACIÓN IMPUESTA POR FACTORES EXTRAJURÍDICOS

Si bien, las normas y principios jurídicos son el elemento clave para el razonamiento jurídico, éste sin embargo, no puede desentenderse de los factores extrajurídicos que subyacen en los casos sometidos a consideración del juzgador. Aunque en menor medida, estos factores, si no restringen la intencionalidad del juzgador, sí al menos imponen límites –y presiones- a la libertad en la adjudicación judicial. Al efecto, podremos enunciar cómo los factores históricos, políticos, económicos, sociales y culturales, y la comunidad jurídica, se pueden oponer al proyecto vital del juzgador, frente a lo cual una vez más tendrá que luchar.

1. Presiones políticas, económicas, sociales, culturales e históricas

Dentro de las “limitaciones extrajurídicas”, podríamos ubicar los factores políticos, económicos, sociales, culturales e históricos, que de una manera u otra inciden en la restricción del juzgador de llegar a la sentencia deseada.

El empleo de la Historia misma nos demuestra lo extenso que podría resultar el tratamiento de los factores extrajurídicos que restringen la adjudicación, ya que más allá de emplearla como auxiliar en la crítica de las instituciones jurídicas,²⁹⁹ ésta condiciona la interpretación constitucional, ya que ante la dificultad de encontrar los mecanismos que conduzcan a la aproximación de los valores o instituciones que se pretendieron salvaguardar, habrá que recurrir a aquellas condiciones y necesidades existentes al momento de la sanción del

²⁹⁹ Véase Goodrich, Peter, *Oedipus Lex. Psychoanalysis, History, Law*, op. cit., nota 256, pp. 38-40.

precepto, frente a aquellas en las cuales se lleva a cabo la interpretación y aplicación de la norma, todo ello en aras de asegurar la estabilidad y certeza necesaria para la existencia del Estado y del orden jurídico. Lo anterior, sin perjuicio de lo cambiante que resultan los significados, y su dificultad de conciliarlos con el pacto originario contemplado en la ley.³⁰⁰

Como quiera que sea un hecho que no se puede dejar de atender, sobre todo en aquellos jueces, débiles de voluntad, y ajenos a cualquier compromiso social, es la presión que se dejará sentir por estos factores, que impedirán llegar a la sentencia deseada, o que más bien fusionaran esos factores –egoístas- para alcanzar un resultado en particular –y así conservar sus beneficios-.

Un juez comprometido, y socialmente responsable, será capaz de llevar a cabo el trabajo jurídico, independientemente de las presiones que los factores extrajurídicos impongan.

2. La opinión de la comunidad jurídica

Un elemento adicional que representará una limitación para llegar a la sentencia deseada, y quizá uno de los más temidos, es la opinión de la comunidad jurídica. En efecto, mientras que al lego es posible argüir con facilidad diversas razones para tratar de justificar una sentencia, la comunidad jurídica, será un factor más difícil de vencer, ante el conocimiento que éstos detentan de las normas y principios jurídicos, y en general del razonamiento jurídico como tal.

Esta limitante, se verá aún más agravada, ante el hecho de que el denominador común de la opinión de la comunidad jurídica, es cerrada y conservadora, renuente a escuchar propuestas distintas de aquellas de las que fueron formados, que nos da un reflejo de cómo se ubica la opinión de la comunidad jurídica, y que podríamos ubicar como uno de los factores que restringen la adjudicación judicial.

³⁰⁰ Para el problema de la conciliación de lo cambiante de los significados frente a la idea del pacto originario, contenido en la Constitución, y su incidencia en la decisión de casos trascendentes, Véase Horwitz, Morton J., "The Constitution of Change: Legal Fundamentalism without Fundamentalism", *Harvard Law Review*, Cambridge, Massachusetts, volume 107, Number 1, November 1993, pp. 51-57, 67-90.

En concreto, la opinión de la comunidad jurídica puede impedir que se llegue a la sentencia deseada, por no ajustarse a lo que a primera vista se piensa que exigen las normas y principios jurídicos. Sobre todo será más difícil lograr convencer a la comunidad jurídica, cuando se trata de hacer avanzar un proyecto vital, que escapa de los alcances de la ley y resoluciones emitidas por otros juzgadores.

Pero así, como puede ser renuente a aceptar fácilmente los cambios – significativos y radicales en el ámbito jurídico- determinadas corrientes también pueden dar parámetros y criterios a seguir en la adjudicación judicial,³⁰¹ y sobre todo en esta empresa de realizar innovaciones jurídicas. Probablemente donde mayor impacto pueda tener la opinión de la comunidad jurídica es cuando se trabaja en campos de actuación no definidos, en los que seguramente el juzgador carece de una opinión certera acerca del sentido que deberá adoptar la sentencia,³⁰² y que seguramente se presentaran a medida en que se hacen más problemáticas las relaciones sociales y progresan los procesos del conocimiento, de la ciencia y la tecnología.

En cualquier caso, el valorar la opinión de la comunidad jurídica, en tanto restricción, contrae la invitación de formular teorías o proposiciones plausibles tendientes a la defensa de los intereses de los grupos más desfavorecidos de la sociedad, lo suficientemente serias y sustentadas, a efecto de que sirvan como guías en la adjudicación judicial –si es que algún juez se digna a leerlos o a escucharlos. En este sentido debe permanecer por una parte, una actitud de apertura a efecto de conocer otras posibilidades de actuación en el propio ámbito jurídico, que tiendan a incluir a aquellos sectores marginados de la sociedad, pero externar una postura de reprobación ante aquellos que ostentando el poder de juzgar, no hacen más que reproducir el status quo, beneficiando a la clase

³⁰¹ Valdría la pena retomar los antecedentes del Derecho Romano, concretados en el *Respondere de iure*, y el *Ius respondendi*, influencia de los juristas clásicos en la práctica de su época, de suerte que el juez nunca se apartaba de la opinión o dictamen de un jurista, bajo el cual se reconocía una facultad de los juristas de crear derecho y que sus pareceres tuvieran una fuerza de ley. Véase Kunkel, Wolfgang, *Historia del Derecho Romano*, trad. de Juan Miquel, Barcelona, Ariel, 1999, pp. 105-108.

³⁰² Véase Llewellyn, Karl N., *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, Chicago, The University of Chicago Press, 1962, pp. 3-5.

dominante, en una actitud egoísta, preocupada por mantener sus propios privilegios como juzgadores, indiferentes a las necesidades sociales.

Es por ello, que resulta de fundamental importancia la labor del abogado y teórico de sensibilizar al grupo de juzgadores, a partir de la perspectiva crítica del derecho,³⁰³ a efecto de que éstos últimos mantengan una actitud coherente de apertura y condescendencia ante las dificultades y necesidades sociales, que simple y sencillamente no se pueden apreciar con el manejo de la técnica jurídica que se precian detentar –monopólicamente- los jueces. Con ello vemos una vez más que el escepticismo en la operatividad y progresos del derecho, recae únicamente en los individuos que ejercen las funciones judiciales.

Así entonces, en el presente capítulo se ha hecho una breve reseña de cómo se manifiestan las normas, precedentes y principios jurídicos al juzgador, tanto por que concierne por la aparente restricción que éstos ejercen en la búsqueda de la sentencia deseada, como en la esfera de oportunidades de actuación que brindan los materiales jurídicos, a partir de la ubicación de las ambigüedades y contradicciones que subyacen en las normas jurídicas, sobre todo, en tanto que son reflejo de los conflictos sociales, como lo sustentan los CLS. Del mismo modo, se aludió a los factores extrajurídicos (concretados en las presiones políticas, económicas, sociales, culturales e históricas), como limitantes a la búsqueda de la sentencia deseada.

Bajo el esquema anterior, tendremos la posibilidad de apreciar la formulación de estrategias jurídicas, a partir de la pretensión del juzgador de concretar y materializar sus proyectos vitales o sentido de la justicia en la decisión judicial, frente a los obstáculos que principalmente impone la norma jurídica a la libertad del juzgador, aspecto que será objeto de análisis en el siguiente capítulo.

³⁰³ Véase Gordon, Robert W., “Descongelando la realidad legal: una aproximación crítica al derecho, s/t, *El Otro Derecho*, Bogotá, No. 5, Marzo de 1990, pp. 60-78.

CAPÍTULO CUARTO

LA PRÁCTICA ESTRATÉGICA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

*Si queremos saber qué es el hombre, tenemos que ponernos del modo más vivo posible en la situación en la que experimentamos la existencia humana, es decir, lo que de ella experimentamos en nosotros mismos y en nuestros encuentros con los hombres.*³⁰⁴

I. CONSIDERACIONES INICIALES

En el capítulo anterior, se hizo una breve referencia a la complejidad que subyace en el derecho a partir de su ubicación con los conflictos y contradicciones sociales, y cómo éstos inciden de una manera significativa en la comprensión y aplicación del contenido jurídico. En dicho capítulo se indicó que, si bien es incuestionable que el material jurídico en general constituye la restricción en la decisión judicial, al limitar la libertad del juzgador, también lo es que la amplitud y maleabilidad del material jurídico, nos llevan a concebir oportunidades de cambio social – a través de las actividades jurídicas-.

La posibilidad de actuar a través del derecho, dista más de la simple voluntad de aplicar la ley, como lo hemos visto en el capítulo segundo. Después de todo, no es tan sencillo acallar esa potencialidad del ser de actuar,³⁰⁵ sobre todo cuando se ve la oportunidad de imponer el propio proyecto vital o el “sentido de la justicia” en la resolución de un caso concreto, y respecto de los cuales libremente puede optar el juzgador.

Se presenta así la tensión entre la libertad de determinar el sentido de la sentencia a la que se quiere llegar frente a la restricción que impone el material jurídico, sin que se pueda prever, si se llegará al resultado deseado.³⁰⁶

³⁰⁴ Stein, Edith, *La Estructura de la Persona Humana*, trad. de José Mardomingo, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2003, p. 33.

³⁰⁵ Véase Stein, Edith, *Ser Infinito y Ser Eterno. Ensayo de una Ascensión al Sentido del Ser*, trad. de Alberto Pérez Monroy, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 58-71.

³⁰⁶ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la decisión judicial: Una Fenomenología Crítica*, op. cit., nota 77, p. 193.

Pero, ¿cómo lograr que la sentencia se ajuste a lo que “el sentido de la justicia” indique? ¿qué implicaciones tiene el partir de la subjetividad del juzgador como guía conductor de la argumentación jurídica? Más allá de la extrañeza que genera la posibilidad de que la subjetividad del juez sea la conductora de la actividad argumentativa, encontraríamos que se abre un margen de ingenio y dinamismo en el empleo de los materiales jurídicos, que conducen a diferentes resultados y perspectivas.

Así, a partir del deseo de llegar a la sentencia deseada, el juzgador desplegará una serie de conductas y operaciones mentales,³⁰⁷ tendientes a buscar esa serie de normas jurídicas que mejor se ajusten a esa decisión, y así convencer al auditorio de que la decisión adoptada fue la más adecuada de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, aspecto que a su vez permitirá la continuidad de ese criterio adoptado para la resolución de futuros casos –lo que equivale a decir que el proyecto del juzgador –imperceptiblemente- se perpetuará por un determinado periodo de tiempo.

En este tenor, resulta interesante abordar cómo a partir de ese deseo, el juzgador se aproxima a los materiales jurídicos, los percibe, se enfrenta y actúa a través de ellos, en su búsqueda por alcanzar a la sentencia deseada. El éxito o fracaso de esta pretensión, depende de los conocimientos jurídicos y estrategias que el juzgador logre desplegar en el proceso argumentativo. En este sentido, es difícil identificar con facilidad si la libertad o la restricción, por sí mismas, tienen un mayor o menor peso en un momento dado, ya que es la propia habilidad del juzgador para trabajar con el material jurídico y los hechos del caso concreto, la que dará un mayor peso a un extremo o a otro.

Bajo esta tesitura, en el presente apartado, realizaremos una breve referencia de las estrategias que enuncia Kennedy, en la búsqueda de la sentencia deseada. Así, la primera aprehensión inicial de la ley, la configuración del campo, con la reformulación de hechos y de normas, amén de la actuación del

³⁰⁷ El tema de la decisión judicial en la perspectiva de los CLS, pretende incitar una reflexión acerca de cómo se puede resolver, a partir de la interacción entre los ideales, intereses, instituciones o prácticas a través del derecho y el razonamiento jurídico. *Cfr.* Unger, Roberto Mangabeira, *What Should Legal Analysis Become?* London, New York, Verso, 1996, pp. 106-119.

juzgador por niveles, con el correspondiente empleo de argumentos jurídicos, serán los principales conductores en el desarrollo de estrategias jurídicas. Dichas cuestiones, toman como punto de partida la percepción que el juzgador tiene del material jurídico, a partir de la búsqueda de unos fines determinados, en cierta manera influenciados a partir de su ideología y proyectos vitales, en los términos mencionados en el Capítulo Segundo.

De esta manera, se abre una variable a analizar en la decisión judicial, referida al propio juez, quien determinará las estrategias a seguir, para justificar sus proyectos o ideales de justicia, bajo el manto de la legalidad.

Aunque Kennedy ofrece una limitada enunciación de las estrategias jurídicas a seguir, que nos explique el ofrecimiento de razones, con la correspondiente prueba de validación,³⁰⁸ y el logro de acuerdos, con técnicas argumentativas,³⁰⁹ dicho panorama nos expone que el material jurídico puede ser en ocasiones lo suficientemente flexible para ser aprovechado por un juez para realizar sus proyectos vitales. Así, los materiales jurídicos, distan de la rigidez con que suelen asociarse, que indiquen claramente el sentido de la sentencia.

Por el contrario, el resultado se encuentra envuelto en la dinámica de los argumentos a emplear por el juez, el uso que se dé a los materiales jurídicos, a partir de los imprevisibles objetivos del juzgador, que incidirán en el tipo de trabajo jurídico a realizar. Así, quedaría en entredicho la existencia de una única respuesta correcta, ante las múltiples posibilidades de actuación e imprevisibilidad de las estrategias a desarrollar en la labor argumentativa.

En los siguientes apartados daremos un panorama de cómo operan dichas estrategias argumentativas, en la percepción de Duncan Kennedy, a partir de una concepción del Derecho, que incluye normas jurídicas, argumentos jurídicos y los procesos de razonamiento, e igualmente abordaremos la necesidad de dar un sentido social a la técnica (jurídica), a efecto de avanzar las causas sociales más apremiantes.

³⁰⁸ Véase Toulmin, Stephen E., *The Uses of Argument*, New York, Cambridge University Press, 2003, pp. 87-110.

³⁰⁹ Véase Perelman, Chaim, *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1988, pp. 133-176.

Bajo esta perspectiva, tendremos mayores herramientas de análisis jurídico,³¹⁰ que dará lugar a valorar el aspecto ideológico de la decisión judicial, y cómo ésta puede coadyuvar en la exigencia de mayor responsabilidad a los individuos encargados de aplicar la ley a casos concretos.

II. LA LABOR ARGUMENTATIVA EN EL SEGUIMIENTO DE LA SENTENCIA DESEADA

1. *Los argumentos jurídicos y procesos de razonamiento jurídico como parte del Derecho.*

Ante la noción intrínsecamente contradictoria de la concepción popular acerca de la inexistencia de una conciliación teórica acerca si el derecho es una técnica predeterminada que genera resultados (“la ley es la ley”), o si por el contrario, el derecho es intrínsecamente una averiguación por la justicia de modo que siempre “se haga el bien y se evite el mal”,³¹¹ Kennedy parece optar por una concepción valorativamente neutral del derecho, al cual concibe como las “normas jurídicas aplicadas, a los argumentos que la gente emplea y a los procesos de razonamiento por medio de los cuales se crean y aplican las normas.”³¹²

³¹⁰ En la perspectiva de Roberto Mangabeira Unger, el análisis jurídico tiene dos tareas: 1) Reconocer el elemento ideal incrustado en el derecho, y 2) Mejorar éste y el entendimiento del mismo. *Cfr.* Unger, Roberto Mangabeira, *What Should Legal Analysis Become?*, *op. cit.*, nota 306, pp. 37-38. Desde esta perspectiva el análisis jurídico de la adjudicación judicial en los términos que propone Kennedy, nos permitirá reconocer los elementos que inciden en la adjudicación judicial, tanto el elemento subjetivo como el material, e igualmente, nos ayudarán a apreciar de qué manera se puede mejorar ésta. Como parte del análisis jurídico, Unger, traza dos momentos, que pueden servir de cómo guía de comprensión y de crítica del derecho, y que son: 1) El trazo del mapa del derecho, que tiene como objetivo describir jurídicamente en detalle la microestructura institucional de la sociedad, en relación con los ideales jurídicos, y 2) La crítica, que constituye una valoración entre los acuerdos institucionales de la sociedad, personificados en el derecho, y el fracaso de dichos acuerdos institucionales, en lograr los pretendidos ideales o programas que el derecho se propone alcanzar. *Cfr. Ibidem*, pp. 130-134.

³¹¹ *Cfr.* Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, *op. cit.*, nota 77, p. 204.

³¹² Quaide, Vicky, “¿Son los abogados realmente necesarios? Entrevista a Duncan Kennedy, trad. de Axel O. Eljatib, *Desde Otra Mirada: Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, p. 405.

Como se puede apreciar, la definición anterior, lejos de proporcionar una noción holística del derecho,³¹³ Kennedy centra su perspectiva en la creación y aplicación de las normas jurídicas,³¹⁴ en torno a lo cual adquiere sentido las normas, argumentos y procesos de razonamiento jurídico. Desde esta perspectiva, la Argumentación Jurídica sería una integral del derecho, en tanto que corresponde a los procesos de razonamiento jurídico, por virtud de los cuales se crean y aplican normas jurídicas. Así, el autor en estudio, parte de la concepción teórica –más que filosófica- del derecho, a partir de elementos constantes e inmanentes en la actividad jurídica, como lo es la evocación de argumentos, construcción de razonamientos, aplicación y elaboración de normas jurídicas.

Lo anterior, parecería explicar la ausencia de valores y fines en la noción de derecho que ofrece Kennedy, ante la dificultad que subyace en identificar –generalizada y contundentemente- la presencia de un determinado valor en específico en el derecho, aplicable en todos los casos, dificultad que se acentúa si consideramos los diversos orígenes, ideologías y proyectos contenidos en cada norma y que posee cada operador jurídico en el desarrollo de su labor –como se

³¹³ A diferencia de Kennedy, Wroblewski, se inclina por dar una definición que comprenda toda la complejidad del derecho (en cuanto a su dimensión lógico-semántica, sociológica o factual y axiológica), dada su incidencia en el aspecto teórico y práctico, y así encontramos que para este autor el derecho es un sistema de reglas (normas) en cuanto expresiones lingüísticas normativas, que se encuentra condicionado por sus funciones y relaciones con una sociedad global organizada (como el Estado) y cuyas funciones dependen del nivel de desarrollo de la civilización y de las relaciones de fuerza en esta sociedad. Cfr. Wroblewski, Jerzy, “Problemas metodológicos que presenta la definición del Derecho”, trad. de José Iturmendi Morales, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Curso 1989-1990*, Madrid, 1990, pp. 1080-1082. Como se puede apreciar, Wroblewski, basa su concepción del derecho en la creación y aplicación de las normas, con un énfasis que en la imprescindible justificación que debe estar presente en tales actividades. Dicha justificación, en la opinión de Wroblewski, no puede prescindir de elementos valorativos, referentes a la valoración instrumental y no-instrumental inherente a la selección de disposiciones y referencia a un sistema axiológico. Cfr. *Ibidem*, pp. 43-73. Este aspecto de la justificación, sobre todo por lo que concierne a la apelación a elementos valorativos, no es muy explorado por Kennedy, quien parece dejar abierta esta vertiente de justificación a la inclinación ideológica del juzgador y en este sentido el razonamiento jurídico debidamente empleado en la decisión judicial, parecería pasar como convincente este elemento valorativo.

³¹⁴ Kennedy, prácticamente retoma las normas jurídicas, los argumentos y los procesos de razonamiento para elaborar su concepto de derecho, sin considerar valores o criterios morales, a diferencia de la perspectiva de Ronald Dworkin, quien concibe al derecho como integralidad, al señalar que conjuntamente con las normas, señala que coexisten directrices o directrices políticas, y principios, con lo cual pretende englobar dentro del estudio del mismo, tanto a los estándares con objetivos que ha de ser alcanzado, como aquellas exigencias de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad, y cuya dimensión atiende al peso o importancia. Cfr. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, op. cit., nota 150, pp. 72-83.

vio en el Capítulo Segundo-, de ahí que hasta cierto punto el autor en comento sea omiso en la mención de dichos valores y fines en su definición del derecho.

Desde esta perspectiva, el derecho parece ser una cuestión técnica a la cual le recaen un sinnúmero de valores y fines, en función del operador jurídico que actúa bajo una concepción, época³¹⁵ y lugar determinado, y que le da el contenido sustancial, de ahí que el derecho, en un primer momento, únicamente refiera a la técnica y medios materiales a emplear, en cada una de las actividades desarrolladas por los operadores jurídicos, quienes darán una forma en particular, a partir de los valores y fines que posean y pretendan proyectar.

En este orden de ideas, es que la argumentación jurídica, a grandes rasgos se enmarque en la cuestión de la técnica jurídica, cuyo empleo variará en función de los proyectos, valores, ideología y habilidad del juzgador, que no en todos los casos son coincidentes con aquellos del orden jurídico. Así, no debe resultar extraña la afirmación de la lucha del poder a través del derecho,³¹⁶ pues finalmente el derecho es escenario de numerosas batallas en torno a la definición de una determinada postura ideológica o social, y en donde el proceso argumentativo será una de las vías dentro de la cuales se manifieste dicha lucha.

Por lo expuesto con antelación, es que la decisión judicial sea impredecible, ante la diversidad de intereses por defender, amén de las técnicas jurídicas a emplear, que nos constriñen a extender el análisis de la argumentación jurídica, a un nivel que excede de las normas, principios y argumentos jurídicos, para ubicarlo igualmente en el aspecto psicológico e ideológico del juzgador.

³¹⁵ El ajustar los criterios judiciales a los requerimientos de una época determinada, se ejemplifica si tomamos como referencia el funcionamiento de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, en los cuales los Jueces Conservadores asumen una especie de activismo judicial en materias como propiedad, raza, etnicidad, religión, orientación sexual y aspectos económicos, en atención a los intereses que representan, y que se creen representados en dichos jueces, en un momento determinado. Con lo anterior se pretende reflejar cómo las cortes tienen poderosas tendencias, que pueden ser significativas cuando el gobierno está dividido, al grado de impedir que éste actúe plenamente, y que incluso facultan otros agentes o sectores –v. gr. el mercado y los empresarios- para actuar. Sobre el tema, Véase Graber, Mark A., “Does it Really Matter? Conservative Courts in a Conservative Era”, *Fordham Law Review*, New York, volume LXXV, Number 2, November 2006, pp. 687-708.

³¹⁶ Véase Kennedy, Duncan, *La Educación Jurídica como Preparación para la Jerarquía*, op. cit., nota 76, p. 131.

2. La decisión judicial a partir de los proyectos vitales del juzgador

El empleo del lenguaje, la necesidad de dar razones en torno al análisis y resolución un problema determinado, y en general la realización de una actividad racional,³¹⁷ son elementos constantes que se presentan en la labor argumentativa.

Estos aspectos serían irrenunciables e incuestionables en la argumentación jurídica, ya que finalmente se requiere de éstos a fin de dar un sustento y solidez a dicha actividad. Sin embargo, si admitimos que la decisión judicial tiene como punto de partida el seguimiento de los proyectos del juzgador, observaremos que si bien quedan intactas las particularidades propias de la argumentación jurídica, empero, el proceso en el cual se desarrolla dicha actividad, se torna más complejo, y ello es así, en atención al esfuerzo a emplear a efecto, de dar una justificación externa³¹⁸ al propio proyecto o “sentido de la justicia”, y así pasar como *necesaria* la decisión concebida al estudiar el caso.

Sobre el particular, cabría cuestionarse ¿de qué forma incide la subjetividad del juzgador en el desarrollo del proceso de la argumentación jurídica? Si partimos de la explicación que nos ofrece Duncan Kennedy, podríamos destacar cuatro variaciones en el proceso de argumentación, a saber:

- 1) Determinación de la sentencia a la cual se quiere llegar.
- 2) Intento por superar la primera impresión o idea inicial de lo que la ley exige, demanda u ordena.
- 3) Aproximación *intencional* del juzgador con el material jurídico.
- 4) Valoración y seguimiento de estrategias jurídicas.

³¹⁷ Para la identificación de los rasgos sobresalientes en la argumentación jurídica, Véase Atienza, Manuel, *El Derecho como Argumentación. Concepciones de la Argumentación*, op. cit., nota 151, pp. 72-76.

³¹⁸ Ante la multiplicidad de alternativas, será necesario dar una justificación de la sentencia, la cual alude a los motivos o razones que pueden esgrimirse a fin de demostrar que una conducta o una norma es aceptable o plausible, y con ello buscar la aceptación y la consideración como valiosa. Cfr. Segura Ortega, Manuel, *La Racionalidad Jurídica*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 68-69. En la consideración de Manuel Atienza, la justificación externa evoca el paso lógicamente válido de las premisas –bajo un carácter fundado- a la conclusión. Cfr. Atienza, Manuel, *Tras la Justicia. Una Introducción al Derecho y al Razonamiento Jurídico*, Barcelona, Ariel, 2003, pp. 126-128.

A reserva de brindar más detalles de las variaciones anteriores, encontramos que en ningún momento se pone en entredicho la racionalidad de la argumentación jurídica. Incluso si partimos de la subjetividad del juzgador como conductor de la labor argumentativa, necesariamente se tienen que dar razones por la decisión adoptada, y acatar reglas y procedimientos en un esfuerzo para llegar a una conclusión racional, notas que implícitamente siguen presentes en la particular concepción de la argumentación jurídica que ofrece Kennedy.

Lo que sí se va a observar, a partir del interés del juez de tratar avanzar su proyecto vital dentro de la labor argumentativa, es el cuestionamiento de qué tan neutral resulta ser esta actividad, si pese a los múltiples exigencias lógicas, materiales y retóricas, a final de cuentas el juzgador moldea el material jurídico para ajustarlo a la sentencia deseada,³¹⁹ y sea, por ende, jurídicamente válida.

Ante esta posibilidad, se hace preciso el valorar la justificación intrínseca de las decisiones jurídicas, a efecto de que no sólo consideremos los aspectos relacionados con la forma de los procesos jurídicos, sino también analizar los valores y fines que deben inspirar al derecho, en aras de luchar por una paz, progreso y armonía sociales, aspecto que a su vez, nos permitirá cuestionar hasta qué punto la decisión del juzgador busca defender el status quo.³²⁰

³¹⁹ La sentencia deseada nos remite a la noción, que en la interpretación de Husserl, nos ofrece Urbano Ferrer Santos, relativa a “la decisión como acto central de la voluntad”. Bajo dicha perspectiva, el yo no sólo está vuelto a lo decidido realizar, sino que también se decide, es decir, recoge la unidad de su vida como una totalidad en la que se unifican lo pasado y el futuro, entendido como aquello que puede ser anticipado. Así con la voluntad el hombre reafirma su propio ser. Esta voluntad se manifiesta en la concordancia entre los intereses y las actitudes de fondo, presididos todos por un fin unitario, que han de irse desplegando crecientemente en una tarea progresiva de asunción de responsabilidades personales y comunitarias. *Cfr.* Ferrer Santos, Urbano, *La trayectoria fenomenológica de Husserl*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2008, pp. 230-236. Si aplicamos esta situación a la sentencia deseada, encontraremos que el juzgador busca reafirmar su propio ser e identidad en el mundo mismo.

³²⁰ Al efecto Lawrence Friedman, considera que frente a una connotación activa y reformadora –de remodelación social, si se quiere-, que pudiera asumirse dentro del sistema jurídico, en general, éste ha asumido una función de mantenimiento social, que permite que las instituciones funcionen como en el pasado, conservando el status quo. *Cfr.* Friedman, Lawrence M., *Introducción al Derecho Norteamericano*, *op. cit.*, nota 283, pp.12-15. En tanto a la función del sistema jurídico como mantenimiento de las instituciones, parecería no existir problema alguno, después de todo es lo que sostiene a la sociedad. El problema con el status quo, lo ubicamos cuando se busca mantener las condiciones de desigualdad social y privilegio para un sector minoritario de la sociedad, y se emplean las instituciones jurídicas para ello.

A. Determinación de la sentencia a la cual se quiere llegar como pretensión en el proceso argumentativo

Como se ha podido apreciar en el Segundo Capítulo, son infinitas las motivaciones por las cuales el juzgador opta por seguir el sentido de una determinada sentencia, en la que busca imponer algún proyecto vital o su percepción de la justicia. Después de todo, la decisión judicial, es uno de los tantos ámbitos en donde se puede manifestar la voluntad de poder de un sujeto, que no tendría porqué ignorarse o menospreciarse, bajo el tan reiterado principio – o mejor dicho creencia y mito- de la “neutralidad” judicial.

Si tratáramos de ubicar esta postura en el acto argumentativo, encontraríamos que el horizonte y el devenir del mismo, estaría constituido por la pretensión de imponer el proyecto vital del juzgador o su sentido de la justicia, más allá de la aplicación “neutral” del derecho. Por consiguiente, la actividad argumentativa adquiera ciertos matices, en los cuales se podrá apreciar cierta lucha interna o tensión generada por el interés de llegar a la sentencia deseada y la restricción del material jurídico, al grado que la respuesta que parecería jurídicamente impredecible, al final toma un sentido distinto e inesperado, derivado de la fuerza, convicción, habilidades y experiencia que posea el juzgador.

La determinación de la sentencia a la cual se quiere llegar, dista de ajustar las premisas a la conclusión, con una decisión tomada de antemano. Lo anterior es así en atención a tres consideraciones:

- 1) La determinación de la sentencia a la cual se desea llegar, se sigue de un intento de ataque frontal a la ley por parte del juzgador, ante un desacuerdo de éste acerca de cómo se regula una situación determinada la ley, y así se le considera como una ley “injusta”, respecto de la cual se estima que lo mejor sería “cambiarla”, pues dicha norma legal es una anomalía.³²¹

³²¹ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, op. cit., nota 77, pp. 96-107.

- 2) No resulta tan sencillo ajustar las premisas a la conclusión, ya que para ello el juzgador tendrá que idear una serie de pasos y técnicas tendientes a buscar tanto el material jurídico que se ajuste al caso, como el replanteamiento y reconfiguración del campo de actuación, en la procura de un resultado concreto, el cual se desconoce si se podrá llegar a éste o no.
- 3) La incertidumbre o contingencia en torno a saber si se podrá o no llegar a la sentencia deseada,³²² impide equiparar la “inversión del silogismo jurídico”, al buscar ajustar las premisas a la conclusión, del seguimiento de estrategias en la argumentación jurídica, ya que en este último supuesto, no es probable que en todos los casos se llegue al objetivo de dictar la sentencia deseada, y en este sentido, existe cierto reconocimiento de que no es posible forzar los argumentos a emplear, por encima de lo que indique el propio sistema jurídico. En el logro de tal objetivo, intervienen diversos factores como lo es la plausibilidad del proyecto vital del juzgador, el sentido de la norma jurídica, así como la habilidad, experiencia y conocimiento jurídico que posea el juez para moldear el campo y esgrimir argumentos jurídicos, aspectos que en cierta manera dificultan el ajuste inmediato y automático de las premisas a la conclusión deseada, de ahí que la noción argumentativa que ofrece Kennedy, revista de gran importancia, al valorar los obstáculos –y oportunidades- que el juzgador puede enfrentar en esa búsqueda de la sentencia deseada.

Por lo anteriormente expuesto, encontramos que la sentencia a la que se desea llegar, es un paso previo al establecimiento y justificación de las premisas, que sustentarán la conclusión. En este sentido, la construcción de las premisas requiere del interés y cuidado de seguir las reglas y procesos de razonamiento, no sólo en tanto que a través de éstas se buscará dar la apariencia de que la sentencia deseada se funda en derecho, sino en tanto que por medio de éstas se

³²² Cfr. *Ibidem*, pp. 178-181.

buscará realizar el ataque frontal a la ley, que impide la consecución de los proyectos del juzgador, o si se quiere, del sentido de justicia.

Curiosamente el ataque a la ley, se realiza con la invocación de otro precepto legal, lo que requiere tanto la búsqueda del material jurídico que se ajuste al caso, como el replanteamiento y reconfiguración del campo de actuación, en la procura de un resultado concreto.

Este aparente contrasentido de pretender realizar un ataque frontal a la norma en una decisión judicial, con la invocación de otro precepto jurídico que sustente la sentencia deseada, nos invita a reconsiderar la vulnerabilidad de la ley,³²³ que aunque dotada de certeza y seguridad, ésta se encuentra sujeta a múltiples desafíos por parte de los diversos actores jurídicos, que pretenden establecer la manera de entender el sentido de la ley, mediante la invocación de diversos argumentos, a partir de lo que desde su perspectiva³²⁴ es el derecho.

Otro aspecto que podríamos destacar es la idea de que sea otro precepto legal el que “contrarreste”, por así decirlo, otra norma, lo que pone de manifiesto que la única vía por la cual se puede expresar el juzgador, y por la que puede hacer avanzar sus proyectos o su sentido de la justicia, es por virtud del seguimiento a las instituciones, lenguaje y razonamiento jurídico. Así el juzgador tiene que buscar cubrir sus proyectos vitales con las normas, preceptos y principios jurídicos, y así procurar la continuidad y validez de la decisión.

³²³ La postura de la vulnerabilidad de la ley, se retoma de la postura de Neil MacCormick, quien pretende reconciliar las posturas del imperio de la ley –que garantiza la seguridad y estabilidad de la vida social- y el carácter discutible del derecho, referido a la invocación de argumentos y contraargumentos jurídicos, y la evaluación de los mismos a partir de su solidez, bajo las habilidades prácticas y técnicas de que dispongan los juristas. El autor en cuestión defiende una idea de que el derecho debe reunir las condiciones de racionalidad y razonabilidad. De esta manera, si bien el autor se adhiere al carácter discutible del derecho, éste sin embargo, se encuentra sujeto a una serie de restricciones, concretamente que sea razonablemente discutible, esto es, que implique ver al argumento coherentemente, tanto como una justificación racional, como una persuasión razonable. Cfr. MacCormick, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law. A theory of Legal Reasoning*, New York, Oxford University Press, 2009, pp. 12-31.

³²⁴ En contra de esta percepción de la adjudicación judicial, a parte de la propia percepción y valoración del juzgador, encontramos la postura de Dworkin, quien defiende el principio adjudicativo de integridad, el cual instruye a los jueces a que identifiquen los deberes y derechos legales, hasta donde sea posible, sobre la suposición de que todos fueron creados por un mismo autor (la comunidad personificada) que expresa una correcta concepción de justicia y equidad. Cfr. Dworkin, Ronald, *El Imperio de la Justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, trad. de Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1986, pp. 164-280.

Si bien se reconoce la innegable importancia que adquiere la nota de la formalidad en el derecho,³²⁵ sobre todo en cuanto a que la misma se encuentra vinculada con la certeza y seguridad jurídica,³²⁶ empero lo que resulta cuestionable es el empleo que se da a la formalidad, en tanto no está claro hasta qué punto puede ser una apariencia y una superficie que encubre los deseos de los individuos, lejos de la idea de aplicar “neutralmente” la ley.

Afortunada o desafortunadamente, el juez encontrará una restricción a su pretensión no sólo la ley misma, sino también dadas las exigencias de la racionalidad e incluso habríamos de añadir, lo que Karl Larenz denomina como “los límites del desarrollo del derecho superador de la ley.”³²⁷ Si el juez podrá o no superarlos, es una cuestión que depende de qué tan hábil pueda ser para llegar a la sentencia deseada y que tan difícil y rígido pueda resultar el campo jurídico, sobre el cual se actúa, aspecto que no es fácil prever de antemano.

³²⁵ La nota formal del derecho, nos conduce a valorar la elección de razones formales en las decisiones judiciales. Al efecto, Atiyah y Summers enuncian seis aspectos por los cuales son importantes dichas razones: 1) Establecen los límites dentro de los cuales son debatibles ciertas cuestiones, así como los parámetros en los cuales un caso debe ser decidido; 2) Son menos “costosos”, al dirigir la atención del intérprete al texto de la ley, a diferencia de las razones sustantivas, que abren el razonamiento jurídico a un sinnúmero de cuestiones; 3) Minimizan el riesgo de error; 4) Se alude a las personas u órganos apropiados de la decisión; 5) Se alude a valores de seguridad y paz; 6) Se da certeza y predicción a la ley. Cfr. Atiyah, P.S. y Summers, Robert S., *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Oxford, Clarendon Press, 1991, pp. 23-30.

³²⁶ Véase Galiana Saura, Ángeles, *La Legislación en el Estado de Derecho*, op. cit., nota 247, pp. 96-99.

³²⁷ Para Karl Larenz una de las maneras de desarrollo del derecho, se da atendiendo a un principio ético-jurídico, entendido como pautas orientadoras de la normación jurídica, en virtud de su propia fuerza de convicción, que pueden “justificar” decisiones jurídicas. Dichos principios se basan en razones de oportunidad, por su contenido material de justicia, motivo por el cual pueden ser entendidos como acuñaciones y especificaciones especiales de la idea del derecho, tal y como ésta se muestra en la “conciencia jurídica general”. Estos principios, orientan el desarrollo del derecho superador de la ley, en tanto que se presume que un caso (un caso paradigmático) no puede ser solucionado de un modo que satisfaga la conciencia jurídica con los medios de interpretación legal y de un desarrollo inmanente a la ley. Las condiciones a este desarrollo son: 1) La existencia de una cuestión jurídica; 2) Que la cuestión no pueda ser resuelta ni por la vía de una simple interpretación de la ley, ni de un desarrollo del derecho inmanente a la ley, de una manera que satisfaga las exigencias mínimas que resultan de una necesidad irrecusable del tráfico jurídico, de la requerida practicabilidad de las normas jurídicas, de la naturaleza de la cosa y de los principios ético-jurídicos subyacentes en todo orden jurídico, y 3) que sobrevenga un auténtico estado de necesidad jurídica, y que exija una decisión política orientada a puntos de vista de oportunidad. Las limitaciones a este desarrollo vendrían cuando exista una respuesta desde la base de todo el orden jurídico vigente, o bien cuando contravengan principios directivos del orden jurídico, en especial los de rango constitucional. Cfr. Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2ª edición, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 418-429.

Así entonces, no basta con saber que tal o cual norma jurídica –en tanto su contenido- es la que debe regir en un caso concreto, ya que aún falta ver si realmente será ese precepto el que se emplee para emitir una decisión jurídica, según se ajuste a lo que el juez pretenda.

El reconocer cómo en un momento dado se puede actuar en el derecho a partir de un determinado proyecto vital, o si se quiere, del propio sentido de la justicia, nos invita a reflexionar cómo el mundo subjetivo, el mundo de las precepciones, sentimientos, ideologías y valoraciones, no es tan ajeno al derecho, después de todo, bien pueden canalizarse a través de los elementos, herramientas y medios que ofrece el derecho, aspecto que en gran medida nos puede explicar la ausencia de una única respuesta.

B. Intento por superar la primera impresión o idea inicial de lo que la ley, exige, demanda u ordena.

La búsqueda por seguir un proyecto vital o el propio sentido de la justicia, en muchas ocasiones conlleva el desafío de realizar un ataque frontal a la ley,³²⁸ en tanto ésta se oponga al proyecto del juzgador.

Evidentemente esta labor, se ofrece un poco más que complicada, ya que implica actuar de manera tal que sea posible superar la aparente “obviedad” de que la respuesta al asunto planteado se encuentra determinada por el sentido de la ley. El desarrollo de esta labor, tiene como punto de partida el conocer si es posible vencer esa primera impresión o idea inicial de la ley.

³²⁸ En el análisis de la adjudicación judicial, concretamente dentro del ataque frontal de la ley, Kennedy es omiso en analizar la fuerza práctica de las reglas, esto es, cuándo procede la aplicación absoluta, relativa o discrecional de la regla jurídica, a efecto de determinar en qué supuestos las consecuencias normativas operan invariablemente ante la verificación de determinados hechos operativos. Esta omisión, nos impide ver, hasta qué grado el trabajo jurídico que realiza el juzgador es lo suficientemente idóneo para disminuir los efectos de una regla de aplicación absoluta, por ejemplo. Sobre la fuerza práctica de las reglas jurídicas, Véase McCormick, Neil, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, New York, Oxford University Press, 2007, pp. 26-30.

Esa primera impresión o idea inicial de la ley, exige, demanda u ordena un resultado específico,³²⁹ a partir de lo cual se genera –de ser el caso-, la sensación de que la ley restringe. Frente a esta restricción, el juzgador adoptará decisiones como lo es la distribución de las energías a emplear, la elección de la “causa” a abogar, así como las posibles consecuencias para el proyecto.³³⁰ Con todo ello, se optará por desarrollo de una línea argumentativa y analítica alternativa, tendiente a desvanecer esa primera impresión de la ley, respecto a lo cual se presenta cierto desconocimiento sobre si se podrá o no superar el sentido la (pseudo-objetividad)³³¹ de la ley, tal y como suele aplicarse.

El esfuerzo por superar la primera impresión de la ley, supone un cambio de imagen de cómo ésta se presenta inicialmente, respecto a la sentencia a la que se quiere llegar,³³² labor que supondrá el empleo de técnicas argumentativas coherentes, a fin de convencer que la solución del caso está dada por el empleo de otra norma jurídica, distinta a la que inicialmente parecería ser la aplicable al caso concreto.

³²⁹ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, op. cit., nota 77, p. 97.

³³⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 101-107.

³³¹ Se habla de una pseudo-objetividad de la ley, en atención a que como se mencionó en el Capítulo Tercero, para los CLS, la “objetividad” de la ley, se pretende sustentar en el hecho de que se reiteran los criterios empleados en la aplicación de una ley en particular, amén de la creencia que por una parte tiene el juzgador de que la norma es objetiva, y que por ende, una norma en particular debe ser aplicada para un determinado caso, y por la otra la sensación de objetividad que se presenta como resultado de la expectativa de la gente que un determinado caso se resolver conforme al sentido de la ley. Cfr. *Ibidem*, pp. 103-104. Dicho de otro modo, se pretende sustentar la objetividad de la norma en la aceptación de los individuos de seguir los mismos criterios en la aplicación de la ley. De seguir la postura de Kennedy, veremos que más allá de esa “objetividad” determinista, se abren múltiples posibilidades de idear criterios distintos de aplicación de la ley, más allá de los “oficialmente” aceptados, y respecto de los cuales se ha de buscar convencer al público respecto de la “otra objetividad alcanzada”. Si se quiere, en una postura más matizada, y a efecto de no vulnerar susceptibilidades por parte del sector conservador de la academia jurídica, el término pseudo-objetividad, nos puede remitir a la teoría de la constitución, implícita en la fenomenología, que implica que cualquier ente posee validez sólo en la medida en que obtiene significado en los actos de la conciencia trascendental, de suerte que el movimiento intencional de la conciencia no sólo identifica los objetos, sino que también los constituye. Esta constitución de los objetos permite que se constituya el ego, el cual parece que no tiene existencia independientemente de su enfrentarse con los objetos. La certeza se genera, en la inmanencia, esto es, en donde hay una inmediatez absoluta, de suerte que el acto de conocimiento y su contenido no se hallan mediatizados de forma alguna. Cfr. Kolakowski, Leszek, *Husserl y la búsqueda de la certeza*, trad. de Adolfo Murguía, Madrid, Alianza Editorial, 1975, pp. 58-69.

³³² Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, op. cit., nota 77, p. 120.

Desde esta perspectiva, la decisión de un caso concreto no siempre está del todo determinada por la ley, ya que lo más que ésta puede darnos, es una primera impresión, que puede ser “superada” por la actividad argumentativa. Por consiguiente, es importante no adoptar una actitud inocente, y dejarnos llevar por esa impresión de la ley, que aparentemente regula y prevé el resultado, pues quien tiene la última palabra es el juzgador, quien bien puede seguirla o simplemente optar por aplicar otra que se ajuste a la sentencia deseada.

Como se ha indicado en apartados anteriores, Kennedy destaca lo “estimulante” que puede ser el derecho, en el sentido de que es posible cambiar la percepción de un caso cerrado, a uno abierto, y viceversa, en donde aquello que antes parecía vago e indefinido, de pronto se nos revela como algo sumamente sólido y firme dadas las circunstancias,³³³ aspecto que nuevamente pone en evidencia que nada es seguro en el terreno jurídico.

C. Aproximación intencional del juzgador con el material jurídico y las actitudes a enfrentar

Al tomar la realización de un proyecto vital por parte del juzgador como punto de partida para la realización de la actividad argumentativa, uno de los aspectos que adquieren mayor énfasis, es la aproximación intencional³³⁴ del juzgador con el material jurídico,³³⁵ y junto con ello, las actitudes y reacciones que

³³³ Cfr. *Ibidem*, p. 108.

³³⁴ La invocación al aspecto intencional, funge como una unidad de tensión, que interviene como un puente entre el sujeto y el objeto, dos polos que operan de la siguiente manera: el polo del yo, lo subjetivo como fenómeno, en sintético enlace, y el polo del objeto son para el análisis diferentes perspectivas, y a ellas corresponde diferentes modos del título general intencionalidad: dirección hacia algo, manifestación de algo, y algo objetivo como lo que en sus manifestaciones es unidad, y hacia dónde va, a través de ésta, la intencionalidad (intención) del polo yo. Cfr. Astrada, Carlos, *Fenomenología y praxis*, Buenos Aires, Ediciones Siglo Veinte, 1967, pp. 24-25.

³³⁵ La enunciación de los actos intencionales, integra el complejo constructo sobre el que se apoya la fenomenología. Los actos así, son acontecimientos de conciencia que tienen el carácter de intencionalidad, que supone el dirigirse a los objetos, generados en toda vivencia y actitud anímica. Dicha intencionalidad caracteriza y designa la manera de ser de la conciencia, en tanto que está fuera de sí misma (conociendo, juzgando, etc.), y encontrarse en aquello sobre lo cual se actúa, que constituye el contenido de la acción. Como parte de ese vivir se da a percepción, como momento auxiliar y coordinador en la realización de la existencia, que designa una cadena sintética de referencias. Cfr. Szilasi, Wilhelm, *Introducción a la Fenomenología de Husserl*, trad. de Ricardo Maliandi, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1973, pp. 31-44.

despliega el juzgador en el empleo de dichos materiales. De esta manera, más allá del supuesto acercamiento neutral a las normas y principios jurídicos, lo que veremos es un aspecto humano del juzgador, su reacción y capacidad de razonamiento, ante todos aquellos factores y elementos que en un momento dado impiden la concreción de su proyecto.

Kennedy pretende acercarnos así a cómo es que actúa en un momento dado el juzgador, para lo cual se basa en una epistemología fenomenológica, basada en el complejo pensamiento de Edmund Husserl, la cual únicamente emplea para darnos una explicación de las vivencias³³⁶ del operador jurídico al enfrentarse con el material jurídico, las cuales generalmente pasan desapercibidas o son minimizadas en las teorías estándar de la argumentación jurídica.

Como parte de esta aproximación, el juez tendrá una percepción de la legalidad, la cual depende del carácter y la naturaleza de ese “yo quiero” que se enfrenta a “la ley”.³³⁷ La ley así será examinada desde la perspectiva de un individuo que tendrá que aplicarla, interpretarla, cambiarla, ponerla en entredicho o lo que fuese menester.³³⁸

En este orden de ideas, en la postura de Kennedy el centro de atención de la argumentación jurídica recae en el juzgador mismo (y no en la ley, o si se quiere en las directrices y principios jurídicos), al ser quien buscará llegar a la solución deseada, frente al conjunto de normas jurídicas, que adquieren una particular dimensión a partir de la aproximación del individuo.

Al efecto, podemos trazar cuatro notas características en torno a las normas jurídicas, si se les contextualiza bajo una perspectiva subjetiva,³³⁹ a saber:

³³⁶ La referencia a las vivencias, en la perspectiva fenomenológica, nos evoca al mundo en tanto que es algo mentado por el individuo, como una concreción de la subjetividad, prendada de la sensibilidad que le permite acercarse al objeto. La vivencia o contenido vivencial, está constituido por tres elementos: 1) el soporte fundamental –terreno predado como pasivo y sobre el cual es posible edificar toda la actividad viviente del yo- es la hylé sensible, merced a la cual el ente aborda el yo; 2) la apercepción o noesis, y la hylé que es el fenómeno o manifestación del ente. Cfr. Astrada, Carlos, *Fenomenología y praxis*, op. cit., nota 334, pp. 29-31

³³⁷ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, op. cit., nota 77, p. 97.

³³⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 95.

³³⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 131-137.

- 1) Son entidades autónomas que yacen en la conciencia del juzgador, independientemente de los casos ya decididos.
- 2) Son fórmulas verbales que el juzgador cree conocer como “válidas”.
- 3) Las fórmulas verbales manifiestan para la conciencia como entidades primarias y no derivadas –no dependen de los casos. Representan cosas que aprendemos en la facultad de derecho, en los periódicos o por la lectura de ensayos y de casos jurídicos.
- 4) La objetividad de las normas radica en la conciencia, ya que en la realidad carecen de la solidez que pudiera tener cualquier objeto físico.

Junto a las normas jurídicas, ubicamos a los casos judiciales –de gran trascendencia para el contexto del derecho anglosajón-, que más allá de darle un significado a la norma, constituyen también el medio sobre el cual el juzgador trabajará en aras de elaborar una argumentación jurídica convincente. Con dichos materiales jurídicos, Kennedy, procurará resolver un caso bajo un argumento deductivo y formal.³⁴⁰

Así entonces, por más creencia en la “neutralidad” e “imparcialidad” judicial, a final de cuentas, no se puede negar esas percepciones, aprehensiones y sentimientos en torno al derecho, después de todo el juzgador también es un humano, que reaccionará de determinada manera ante una situación que pudiera ser “injusta”, a su criterio, o bien ante la posibilidad de exteriorizar sus propios proyectos vitales. Es a partir de un horizonte subjetivo de inicio y del porvenir dentro la argumentación jurídica, como se puede apreciar la percepción, sensación, valoración y actuación frente a los materiales jurídicos.

La perspectiva esbozada, nos da una idea de cómo las normas jurídicas, pudieran ser menos rígidas de lo que parecen, y en todo caso esa rigidez, y en alcance objetividad, son tales por una predisposición del individuo. Desde luego

³⁴⁰ Es evidente que la adjudicación judicial, parte de algo más que argumentos deductivos, lógicos o demostrativos. Así lo expresa Neil MacCormick, quien señala que muchos de los argumentos invocados por el juzgador carecen de un carácter demostrativo y que incluso tales razones pueden ser igual de convincentes que los deductivos. La posibilidad de incluir argumentos no deductivos en el razonamiento jurídico, invita a reflexionar, qué argumentos tienen más peso que otros, y en qué supuestos. *Cfr.* MacCormick, Neil, *Practical Reasons in Law and Morality*, New York, Oxford University Press, 2008, pp. 195-197.

habría que hacer atenuaciones en este punto, sobre todo si hablamos de la jerarquía normativa, pero el punto clave aquí es que los materiales jurídicos – jerárquicamente similares- no son tan rígidos como aparentan ser.

Esta aproximación intencional con los objetos, representa una idea auxiliar en la conformación de los hechos y normas a emplear en la argumentación jurídica, así como en la reconfiguración del campo jurídico sobre el cual se emitirá la decisión judicial –tema que abordaremos con posterioridad-, lo cual se explica en atención a que después de todo, el material jurídico representa un objeto en la conciencia sujeto de ser concebido y ordenado de diversas maneras, aunque claro está siempre respetando los límites y exigencias que marcan el propio razonamiento e instituciones jurídicas. Después de todo, cualquier actuación o proyecto a emprender si quiere tener éxito, necesariamente tiene que ajustarse a los cánones y vías que impone el derecho.

A continuación procederemos a valorar cómo se desarrollan las estrategias jurídicas a partir del horizonte trazado por el juzgador en la argumentación jurídica.

3. Creatividad y precisión en el seguimiento de estrategias jurídicas: Una aproximación en el ataque frontal a la regla jurídica

Bajo la pretensión del juzgador de seguir un determinado proyecto vital o su “sentido de la justicia”, la argumentación jurídica adquiere una dinámica particular, al tratar de concretar ese impulso y sobre todo la restricción que imponen las reglas jurídicas mismas, y el intento de hacer un ataque frontal a la ley, que se cree que injustamente regula una situación jurídica en particular. En aras de superar esa tensión, el juzgador ideará una serie de estrategias jurídicas tendientes a alcanzar la decisión deseada.

Se genera así un comportamiento estratégico, que busca transformar la aprehensión inicial de la norma aplicable y lo que ésta requiere. Al efecto, podemos encontrar tres tipos de comportamiento estratégico,³⁴¹ a saber:

³⁴¹ Kennedy, Duncan, “Una Alternativa de la Izquierda Fenomenológica a la Teoría de la Interpretación Jurídica de Hart/Kelsen”, *op. cit.*, nota 110, pp. 371-372.

- 1) Tratar de encontrar los argumentos jurídicos que producirán el efecto de necesidad jurídica³⁴² para un resultado –esto es, para una regla-aplicable-a-los-hechos-dados- diferente del resultado que apareció inicialmente requerido como auto-evidente, como, por ejemplo, hacer parecer que hay por necesidad una excepción a la regla que cubre el caso en apariencia, o que el “significado verdadero” de la regla es diferente del que parecía ser en un principio.
- 2) Tratar de hacer pasar lo que parecía ser una decisión judicial discrecional auto-evidente (una en la penumbra o dentro del marco) como una en la que hay, a final de cuentas y contra-intuitivamente, un resultado particular –una regla-como-es-aplicada-a-los-hechos- que es requerido por los materiales, lo que equivale a decir que el caso cae dentro del centro/núcleo, o no hay alternativas dentro del marco.
- 3) Tratar de desplazar un resultado jurídico requerido inicialmente como auto-evidente con la percepción de la situación como una en la cual el juzgador está obligado a escoger entre alternativas jurídicamente permisibles, lo cual implica mover una interpretación del centro/núcleo a la periferia o dentro del marco que permite la discreción judicial.

El comportamiento estratégico en sí lo que pretende es crear “apariencias”, de que una decisión se encuentra dentro del área de determinación o no, y dentro del cual la búsqueda de argumentos jurídicos creará el efecto de necesidad de los resultados. En esta dinámica se busca hacer o en su caso deshacer la determinación, para lo cual el juez emprende una búsqueda en torno a los

³⁴² En la perspectiva de Kennedy, el efecto de necesidad jurídica refiere a la sensación que crean los jueces (que siguen una agenda o un resultado específico) de que los materiales jurídicos dictan una determinada solución al caso concreto. Aplicado a los principios jurídicos, este efecto se genera bajo las condiciones siguientes: 1) Cuando el jurista considera que el resultado deseado no encuentra sustento bajo los principios universalmente intra-sistémicos del orden jurídico; 2) Cuando se requiere ponderar principios objeto de decisiones previas, y se opte por aquél que fue “vencido” en casos anteriores. *Cfr.* Kennedy, Duncan, “Thoughts on Coherence, Social Values and National Tradition in Private Law”, en Hesselink, Martin J. (ed.), *The Politics of the European Code*, Amsterdam, Kluwer International Law, 2008, pp. 12-18.

elementos que mejor justifiquen la sentencia deseada, de donde se sigue que el trabajo del intérprete desempeña un papel fundamental en la determinación o indeterminación de la norma,³⁴³ al ser capaz de desestabilizar las aprehensiones iniciales de los materiales jurídicos.

A pesar del intento de argumentar bajo el reto de superar o no el ataque frontal de la ley, nuevamente se observa que dicha actividad invariablemente habrá de realizarse bajo el marco de la legalidad e instituciones jurídicas. Lo único que esta perspectiva pone en entredicho es el contenido de una norma jurídica, que se opone al proyecto del juzgador. El tratar de superar esta norma, supone algo más que imponer caprichosamente el propio criterio, ya que conlleva enfrentarse al material jurídico, y a las exigencias racionales, que fungen como restricción en esta labor. Así entonces, las estrategias jurídicas³⁴⁴ representan un mecanismo al cual recurre el juzgador en aras de alcanzar sus objetivos, a efecto de que los mismos se ajusten a los requerimientos de formalidad y legalidad.

En suma, bajo estas estrategias se pretende sustentar, y convencer, de que la sentencia deseada, es la “respuesta” que indicaba el ordenamiento jurídico. Aunque Kennedy, no lo admita como tal, lo que fundamentalmente se busca con estas estrategias es tratar de construir un argumento “deductivo” y formal, como sustento de la sentencia a la cual se quiere llegar, y así desvirtuar cualquier tipo de sospecha de que el criterio orientador y determinante del resultado de la decisión jurídica, tuvo como punto de partida el sentido de la justicia o el proyecto vital del juzgador en un caso en concreto.

³⁴³ Cfr. *Ibidem*, pp. 372-373.

³⁴⁴ Las estrategias jurídicas así, constituirían el mecanismo que permite que el derecho se ajuste a determinados fines, noción que se encuentra estrechamente vinculada con la influencia de la subjetividad del juzgador en la argumentación jurídica, que constituiría un punto intermedio entre la intención por realizar ciertos fines y su justificación a través del derecho. Con ello se apoyaría la idea del derecho como un medio para la realización de ciertos fines, en la perspectiva de Duncan Kennedy, inicialmente parte de un deseo o un proyecto vital que el juzgador concibe de antemano como se ha podido constatar en la presente investigación, a diferencia de Chaim Perelman, para quien los fines que se buscan realizar son de carácter político y social –y de ninguna manera personales-, fines que por cierto se siguen ante el poder de decisión del juzgador, que incrementa en función de la mayor vaguedad de los términos de la ley. Cfr. Perelman, Chaim, "La Teoría Pura del Derecho y la Argumentación", trad. de Luz María Restrepo Mejía, *Estudios de Derecho*, Medellín, Colombia, volumen LVI, No. 128, Año LIX, Segunda Época, Septiembre 1997, pp. 302-303. Independientemente de los fines que se desean alcanzar, la labor de racionalización y justificación, estará presente, aunque evidentemente resultará más difícil para el juzgador que parte de sus propios impulsos para llegar a la sentencia deseada.

Sin duda que múltiples objeciones se podrían formular por el hecho de pretender enfocar el razonamiento jurídico hacia un argumento deductivo y formal,³⁴⁵ de entre múltiples alternativas jurídicas para sustentar una sentencia, por ejemplo aquellas basadas en principios y valores. Pero, más allá de la invocación de un argumento deductivo,³⁴⁶ la postura de Kennedy, nos enfoca a llevar la crítica tanto al empleo que se hace del material jurídico para tratar de justificar una decisión personal, como de continuar bajo una concepción de una práctica jurídica llena de apariencias.

Por lo anterior, es que resulta de interés el abordar las estrategias jurídicas como un elemento de análisis que permite ver que después de todo no son tan neutrales las decisiones judiciales, y que detrás de esa apariencia de legalidad, se encuentra siempre un deseo del juzgador, que sin embargo, logra convencer a un determinado grupo de individuos. Ello nos ayudará a abandonar esa actitud de inocencia y aceptación de las decisiones judiciales, que nos exhorta a investigar qué es lo que está detrás de esa apariencia de legalidad.

Como punto de partida en el desarrollo de estrategias jurídicas, es posible ubicar la apreciación del material jurídico, desde la perspectiva del juzgador que interpretará y aplicará el derecho, a partir de lo cual se analizará la conformación del campo jurídico –la estructura del conjunto de hechos y normas jurídicas que parecen aplicarse al caso concreto-, seguido lo cual se procederá a valorar si es posible una reconfiguración del mismo, y de ahí invocar argumentos que sirvan de base para justificar la reconfiguración del campo, de suerte que den sustento a la sentencia deseada, a la vez que permitan convencer al público³⁴⁷ de que el sentido de dicha sentencia era la indicada por el marco jurídico.

³⁴⁵ Es reiterada la crítica en torno a considerar que todos los argumentos jurídicos son deductivos, y al efecto se ha querido señalar que representan más bien procedimientos heurísticos dirigidos a establecer o reformular las premisas. Cfr. Atienza, Manuel, *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, Editorial Civitas, 1986, pp. 96-98.

³⁴⁶ Al contrario, si algo es de reconocerse a los argumentos formales y deductivos, es que éstos dan previsibilidad jurídica, por cuanto a que el gobernado tendrá la seguridad de que la decisión que adopte el juzgador responde a los acuerdos democráticamente alcanzados en el órgano legislativo, lo cual dará una correspondencia entre los Órgano y Judicial. Claro está que el seguimiento de la ley, se encuentra sujeto a que la ley corresponda a una necesidad social y responda a valores, de lo contrario, sí parecería admitirse la invocación y formulación de argumentos basados en principios.

³⁴⁷ Hasta cierto punto, pareciera que Kennedy pretende convencer tanto al auditorio particular

Los aspectos que facilitarán esta labor, son la habilidad, experiencia y técnica del juzgador, amén del relativo carácter moldeable que ofrece el material jurídico, que bien puede ser aprovechado en la elaboración de los argumentos jurídicos.

La dificultad en la labor argumentativa, la ubicaremos en la manera en cómo se perciben desde el exterior las normas jurídicas –y en general todo el material jurídico-, bajo esa aparente rigidez y objetividad, que parecieran dar solución a los casos concretos, así como en aquellas exigencias de racionalidad institucional y operativo implícitas para emitir una decisión jurídicamente válida.

Parte de la motivación para enfrentar estas dificultades, es la convicción del juez de que su proyecto vital en la decisión judicial es el indicado, y que traerá consecuencias jurídicas y sociales, que pudieran calificarse como benéficas.

Derivado de lo anterior, la argumentación jurídica se torna una actividad creativa y precisa. Creativa, por cuanto a que el juzgador determinará el proyecto a seguir, amén de la elección y organización de los elementos técnicos y jurídicos que respalden ese proyecto, y precisa, en tanto que se tiene que sustentar jurídicamente dicho proyecto, con el respectivo convencimiento del público,³⁴⁸ y así desvanecer cualquier idea que descubra la manipulación del campo jurídico sobre el que se actúa.

El seguimiento de estas estrategias, nos invita a aproximarnos a la noción del razonamiento jurídico, argumentación jurídica y trabajo jurídico que nos ofrece Kennedy, en la que ante todo se ponen en entredicho los aspectos de objetividad y neutralidad, temas que serán objeto de estudio en los apartados siguientes.

como al universal –en la terminología de Chaim Perelman-, a través de un argumento fuerte propio de la disciplina jurídica, a partir del establecimiento de un conjunto de convencionalismos o convenciones y reglas sobre las que se está de acuerdo. Véase Perelman, Chaim, "El ideal de racionalidad y la regla de Justicia", trad. de Luis Recaséns Siches, *Dianoia. Anuario de Filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1962, p. 207.

³⁴⁸ Si enfocamos nuevamente el marco de la decisión judicial en el contexto subjetivo, parecería que no hay problema en aceptar la postura de Perelman en el sentido de que las decisiones pretenden satisfacer no sólo al sujeto que las toma sino a toda la sociedad o a una parte importante de ella, lo que conlleva a ampliar la ecuación del sistema-norma-decisión hasta comprender a la sociedad, la cual en cierta forma penetra al derecho. Cfr. Perelman, Chaim, *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, op. cit., nota 309, p. 88. Este aspecto de considerar a la sociedad en las decisiones judiciales, parece estar presente en el pensamiento de Duncan Kennedy.

A. El Razonamiento Jurídico

Las estrategias parten de la noción del razonamiento jurídico, que en la perspectiva de Kennedy, corresponde a “un tipo de trabajo que tiene un propósito y aquí el propósito es hacer que el caso se resuelva tal y como mi sentido de la justicia me dice que debe resolverse a pesar de todo aquello que en primera instancia pueda parecerme como *resistencia* u *oposición* que la ‘ley’ ejerce.”³⁴⁹

En aras de lograr el propósito mencionado con antelación, encontramos que el razonamiento jurídico constituye “el proceso de crear el campo de la ley a través del replanteamiento o la reformulación, antes que una aplicación de la norma.”³⁵⁰

Como podemos apreciar, el logro de propósitos se vincula con el proceso del razonamiento jurídico, el cual buscará reformular y replantear el campo jurídico, y así demostrar que la sentencia deseada se ajusta a las exigencias de las normas, principios e instituciones jurídicas, y con ello persuadir a la sociedad y a la comunidad jurídica de la decisión adoptada.

Desde esta perspectiva, no podemos hablar de que el razonamiento jurídico sea neutral en el pleno sentido de la palabra, ya que finalmente las valoraciones que realice el juzgador son las que conducirán la manera en la cual se sustentarán las razones para llegar a la decisión deseada.

A partir de esta concepción, la argumentación jurídica adquiere un carácter especial, al pasar de una actividad lineal y sin obstáculos,³⁵¹ a una actividad

³⁴⁹ Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, *op. cit.*, nota 77, pp. 119-120.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 219.

³⁵¹ Eileen O’Sullivan, defiende una idea del argumento jurídico como un proceso no lineal, que se sigue de considerar como elementos en el proceso de la decisión judicial los hechos y la ley, la persona misma del juzgador, que conforman un “triángulo”, en el cual cada elemento ejerce influencia sobre los otros, y en donde el sentido de la justicia, hasta cierto punto, ejerce una influencia adicional sobre este “triángulo”. Este esquema sirve de base para explicar las diferencias en las resoluciones de los genocidios cometidos en Ruanda y la antigua Yugoslavia en la década de los noventa, y cómo a pesar de tener situaciones fácticas y legales similares, fueron objeto de decisiones jurídicas distintas. A partir de lo anterior, la autora estima que la persona del decisor jurídico, es la que determina la racionalidad sobre la cual se sustentará el caso concreto. *Cfr.* O’Sullivan, Eileen M., “Law and Chaos: Legal Argument as a non-linear process”, en Lewis, Andrew y Lobban, Michael, *Law and History. Current Legal Issues 2003*, New York, Oxford University Press, 2004, volume 6, pp. 433-451.

conflictiva a partir de las intenciones del juzgador, frente a las exigencias y “restricciones” que impone el ordenamiento jurídico. En palabras de Kennedy, el proceso de argumentación jurídica se manifiesta como “un conflicto entre lo que “la ley” exige y “la sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar.”³⁵²

Un elemento adicional a considerar en la postura de Kennedy, es que pese a la manifiesta presencia de elementos subjetivos del juzgador en la conducción de la labor argumentativa, en ningún momento se rechaza la racionalidad de la actividad jurídica, ya que finalmente ésta dará sustento y coherencia a la adjudicación judicial. Se da así una confrontación entre la racionalidad y el aspecto emotivo,³⁵³ lo que amplía el espectro de conocimiento y comprensión del razonamiento jurídico, al confrontarlo con los sentimientos e intuiciones.

B. La dinámica de la argumentación jurídica

Una aproximación a la argumentación jurídica nos evoca la idea de dar razones³⁵⁴ de que la decisión adoptada fue tomada conforme a las normas y principios jurídicos aplicables al caso concreto.

³⁵² Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, *op. cit.*, nota 77, p. 91.

³⁵³ La confrontación entre el polo objetivo y el subjetivo del juzgador en el razonamiento jurídico, a través de la búsqueda de un propósito, es la nota característica de la concepción que ofrece Kennedy del tema, a diferencia de lo que podríamos considerar la teoría estándar de la argumentación jurídica, en la cual la justificación de la sentencia y su respectivo convencimiento frente a un auditorio parecen ser las notas claves del razonamiento jurídico. De esta situación, nos da cuenta Aulis Aarnio, para quien la pauta del razonamiento jurídico radica en “tratar de alcanzar, en la solución de los casos difíciles, una solución y una justificación que la mayoría de los miembros que piensen racionalmente en la comunidad jurídica puedan aceptar.” Aarnio, Aulis, *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho*, trad. de Pablo Larrañaga, 2ª edición, México, Fontamara, 2000, p. 67. Con Kennedy, la justificación y el convencimiento son esfuerzos que han de realizarse en aras de comunicar el proyecto vital del juzgador o su sentido de la justicia, bajo el manto de la legalidad (y racionalidad).

³⁵⁴ La idea de argumentar evoca a la manera de dar cuenta y razón de algo o alguien o ante alguien con el propósito de lograr su comprensión y su asentimiento, y en donde la argumentación es el producto de esta actividad. En tanto actividad discursiva, la argumentación corre a cargo de un agente con una determinada pretensión —la de dar cuenta y razón de algo a alguien—, y con un determinado propósito —el de inducir a los destinatarios del discurso a asumir o aceptar lo propuesto. Así, la argumentación es una interacción discursiva e intencional, viva en una conversación o congelada en un texto, que involucra a unos destinatarios reales, potenciales o imaginarios del discurso, amén de suponer cierto entendimiento e, incluso, cierta complicidad entre ellos. *Cfr.* Vega Reñón, Luis, “Argumento/Argumentación”, en Vega Reñón, Luis y Olmos Gómez, Paula (ed.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 66-68.

Para Kennedy esta noción de argumentación jurídica, parecería ser tan sólo una parte de lo que realmente envuelve dicha actividad. En efecto, si partimos de la intención del juzgador de hacer avanzar un proyecto vital, y materializarlo en la decisión judicial, se requiere algo más que dar razones conforme al ordenamiento jurídico. Desde la perspectiva en análisis, cinco notas esenciales son precisas de considerar en la argumentación jurídica, a saber:

1. La práctica contradictoria de la argumentación jurídica.
2. La argumentación jurídica como manipulación del material jurídico.
3. La argumentación jurídica como la actividad de re-formular reglas generales.
4. La legitimidad a través de la argumentación jurídica.
5. La inexistencia de una respuesta única.

Por lo que respecta a la primera nota, ésta debe hasta cierto punto su sentido, en el hecho de que el empleo de determinados materiales jurídicos, no siempre adquiere su mismo significado en todos los casos planteados. Este problema se acentúa en el empleo de los argumentos de conveniencia pública, que en un carácter más abstracto e indeterminado, pueden adoptarse en una sentencia para llegar a un resultado específico, y luego ser rechazados, y defender una postura contraria, sin dar explicación alguna.³⁵⁵

Como se puede apreciar, la contradicción en la argumentación jurídica radica en el hecho de que se pueden emplear los materiales jurídicos en distintas maneras, sin que éstos conduzcan a una única y correcta respuesta. Después de todo, es el juzgador quien les dará sentido y forma a dichos materiales jurídicos, cuya percepción evidentemente no puede ser la misma de todos los juzgadores, ni siquiera la de él mismo, motivo por el cual no sea del todo extraño encontrar resoluciones en distinto sentido, a partir del empleo del mismo material jurídico. De ahí que se pueda señalar, que ante la posibilidad de adoptar decisiones en distinto

³⁵⁵ Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, op. cit., nota 77, p. 147.

sentido, a partir de un mismo material jurídico, la argumentación jurídica represente una práctica contradictoria.

En relación con la segunda nota, la relativa a la noción de la argumentación jurídica como manipulación del material jurídico, sin duda extraño resultará la sola idea de pretender “manipular” el material jurídico, cómo si éste estuviera a disposición del juzgador, y que puede satisfacer cualquier “capricho” de aquél. Más allá de ello, esta idea nos invita a reflexionar de cómo el material jurídico es un medio sobre el cual trabajará el juzgador, que aunque pudiera ser flexible en cuanto a su manejo, también impone ciertos límites que no son posibles de transgredir, bajo las reglas del razonamiento jurídico, de suerte que en todo caso la “manipulación”, parecería tener alcances limitados.

Al efecto, estimamos pertinente referir a la siguiente cita:

Es posible aceptar la noción de que la argumentación jurídica no es otra cosa que la manipulación del material jurídico, entendido éste como un medio, y aun así pensar que el medio restringe con bastante fuerza. De manera que una pregunta absolutamente fundamental es la de determinar si existen algunos resultados a los que definitivamente no podríamos llegar siempre y cuando respetemos las reglas internas del juego del razonar jurídico.³⁵⁶

La manipulación referiría al empleo del material jurídico, que finalmente es el medio a través del cual un juez buscaría hacer justicia social –si sigue principios liberales y activistas-, el cual desde luego, no es ilimitado ante la restricción que pudiera imponer la ley, todo lo cual será el marco de referencia para valorar la existencia de un conflicto entre la ley y la sentencia a la que se quiere llegar.³⁵⁷ A partir de la determinación de la existencia de tal conflicto, es posible considerar las estrategias a seguir para llegar al resultado deseado, que tal vez no sea tan difícil de alcanzar si se considera que el material jurídico en tanto un medio para llegar a un fin, resulta ser más flexible de lo que parece.

³⁵⁶ *Ibidem.*, p. 122.

³⁵⁷ *Cfr. Ibidem*, pp. 124-125.

¿Y cómo aprovechar esa flexibilidad? El trabajo jurídico, que veremos en el apartado siguiente se encargará de que, en la medida de lo posible, se flexibilice el material jurídico a emplear. Así, esta noción del trabajo jurídico, nos conlleva al empleo de estrategias de argumentación jurídica, que nos evocan la idea intuitiva de eficiencia al escoger las jugadas de manipulación y los materiales disponibles.³⁵⁸ Entendemos que a partir de estas jugadas de manipulación, se podrá hasta cierto punto flexibilizar la aparente rigidez que mostraba el material jurídico en un principio, e incluso a partir de dichas estrategias, debidamente empleadas, será posible dar la apariencia de que la resolución se encontraba sustentada bajo la invariable solidez del material jurídico. Dicho de otra forma, la argumentación jurídica es capaz de dar la flexibilidad o rigidez necesaria al material jurídico, según convenga estratégicamente.

La lección que se puede extraer tanto de la argumentación jurídica como práctica contradictoria, como del hecho de la posibilidad de manipulación de la argumentación jurídica, es que en cierto sentido debidamente empleadas proporcionan un margen de actuación, relativamente amplio a los juzgadores para avanzar su proyecto vital a través de la argumentación jurídica, pues las características anteriormente apuntadas, manifiestan que no hay respuestas correctas, y en este sentido, se abre el margen de posibilidades para actuar a través del derecho, con la restricción de seguir los lineamientos institucionales y del propio razonamiento jurídico (v. gr. invocación a la jerarquía de las normas), y el respectivo convencimiento al público.

De esta manera, el juez trabajará en procura de un resultado,³⁵⁹ en donde la argumentación jurídica se constituye como una forma en la cual será posible enfrentarse al asunto y cumplir las metas deseadas.

A efecto de lograr este resultado, la argumentación jurídica se constituye como la “actividad de re-formular reglas generales, re-estructurar los hechos de modo que el caso que en un principio parecía ‘ser cubierto’ por la norma ‘A’ ahora ‘resulte cubierto’ por la norma ‘B’”.³⁶⁰

³⁵⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 173.

³⁵⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 107.

³⁶⁰ *Ibidem*, pp. 149-150.

Se trata así, de un reacomodo, por así decirlo, de las normas jurídicas que parecen cubrir un caso, aparentemente simple y con una respuesta correcta, por otra norma jurídica, que difícilmente parecería ser la aplicable al caso. Para ello, se requiere de una serie de estrategias que deberá emplear el juzgador, que hagan imperceptible la voluntad del juzgador en la elección del fundamento jurídico de la sentencia.

Este intento de cubrir un caso con una norma distinta, requiere del inigualable esfuerzo de reestructurar el campo jurídico de una manera, diríamos casi imperceptible. Kennedy, ubica en este punto el surgimiento de un “coeficiente” que mida el éxito de la argumentación jurídica por lo poco que hubo que alterar o perturbar un campo para lograr, de modo convincente, una reestructuración de dicho campo, ya se trate de una creación de derecho o de una pequeña modificación que asegure el triunfo de aquellos a quienes, en su caso pretende favorecer el juzgador.³⁶¹

Sin un mecanismo que externa o internamente mida el coeficiente, la idea de este concepto, es exhortar al juzgador a que realice de un modo exitoso, pero sutil, la actuación que tenga sobre el campo jurídico, de suerte que sea prácticamente imperceptible que la decisión a la que ha llegado, atiende a un “capricho” personal, y tenga presente cierto parámetro que le indique qué tan convincente resulta su sentencia, a partir de cada uno de los pasos empleados por el juzgador en el campo jurídico.

Ahora bien, el logro de los objetivos del juzgador se encuentra sujeto a la habilidad del juzgador de cerrar grandes “brechas de obiedad” con la menor perturbación posible de los elementos que conforman el campo, con la consecuente combinación de distintas jugadas interpretativas, consistentes en la reformulación de hechos, decisiones judiciales, normas, argumentación de conveniencia pública y estereotipos de manera que se logren múltiples metas al menor costo posible.³⁶²

³⁶¹ Cfr. *Ibidem*, p. 174.

³⁶² Cfr. *Ibidem*, p. 177.

Como podemos apreciar, para Kennedy, la labor de la argumentación jurídica se centra en la noción de dar sustento y fundamento a la sentencia a la que se quiere llegar, bajo las reglas generales y los hechos del caso concreto. Bajo este supuesto, adquiere sentido el trabajo jurídico a realizar, en atención a que se busca ajustar el medio que mejor justifique la sentencia deseada, la cual puede adquirir múltiples perspectivas que determinarán la conducción de la argumentación jurídica.

Lamentablemente, esta labor de reformulación de reglas jurídicas para ubicarlas al caso concreto, deja de lado aspectos tan interesantes como la interpretación jurídica, que bien podría servir como parámetro para considerar en qué grado puede influir la subjetividad del juzgador en la fijación del sentido que debe darse a la ley, a partir de un determinado valor o resultado, y el tipo de interpretación que se desea dar, lo anterior, sin perjuicio de concebir un mayor espectro de actuación de las estrategias jurídicas a seguir en busca de la sentencia deseada.

A partir de las omisiones anteriormente mencionadas, Kennedy, es evasivo en abordar el tema del ejercicio de la discreción judicial,³⁶³ de suerte que más allá de la libertad y restricción que experimenta el juzgador en la decisión judicial, sea posible fijar hasta qué grado se le permite actuar válidamente al juzgador, y en este sentido, qué tanto margen de actuación tiene para ejecutar las estrategias argumentativas en aras de llegar a la decisión deseada.

El cuarto aspecto que nos interesa destacar con la argumentación jurídica, es el relativo al poder legitimador que ésta brinda a la sentencia deseada.

Ante el interés del juzgador de hacer algo fuera de lo común (frente a la “brecha de obiedad”, que se pudiera desprender de la ley), el poder legitimador adquiere un rol fundamental, ya que pretende reducir la distancia percibida entre lo

³⁶³ Brian Porto se ha expresado en el sentido de que la interpretación constitucional representa el ejercicio de la discrecionalidad judicial, si bien sujeta a ciertos límites, como los precedentes, los valores sociales, el lenguaje y la historia de la Constitución, también lo es que dichos límites no contrarrestan del todo dicha discrecionalidad, sobre todo ante la vaguedad y ambigüedad que pueda tener el texto constitucional. *Cfr.* Porto, Brian L., *The Craft of Legal Reasoning*, Fort Worth, Texas, Harcourt Brace College Publishers, 1998, pp. 68-88. Como se puede apreciar, existen ciertos factores que pueden favorecer la apenas perceptible actuación discrecional del juez –tan sólo una mirada a la elección de la multiplicidad de métodos de interpretación, nos da una idea de esos factores que pueden favorecer la discrecionalidad.

que exige la ley y la decisión que se toma,³⁶⁴ lo que nos deja entrever que una parte importante de la argumentación jurídica radica en cambiar la percepción de lo que aparenta indicar la ley que supuestamente resuelve el caso, y enfocarla hacia el “otro” fundamento jurídico que mejor justifique la decisión deseada.

Bajo este poder, se abre la posibilidad de legitimar ese proyecto vital, o si se quiere ese sentido de la justicia, en el marco de los canales y medios jurídicos, a efecto que aquéllos revistan validez jurídica. Asimismo, el empleo de los argumentos jurídicos, será clave en la persuasión del público, en relación con la sentencia deseada, respecto de indicarles que dicha resolución correspondía a lo que la ley en realidad ordenaba desde un inicio, y aún más, para futuros casos la persona misma del juzgador podrá crear la misma sensación en el público de que sus sentencias se ajustan a lo ordenado en la ley.³⁶⁵ Tampoco podrá ser revocada la sentencia jurídica, ya que con la argumentación jurídica se da esa correspondencia entre la ley y la sentencia a la que se quiere llegar,³⁶⁶ lo que le dará validez y fuerza normativa tanto para el caso presente como los futuros, y revestir así de legitimidad la sentencia deseada.

Se puede apreciar así, la gran trascendencia que adquiere el adecuado manejo de la argumentación jurídica, como el vehículo que permite legitimar la sentencia deseada, y así generar la convicción de que la sentencia deseada está apegada a la ley, de suerte que no habrá la mínima duda o sospecha de que la resolución tuvo como punto de partida un propósito personal del juzgador o un supuesto sentimiento fundado en valores. Con todo el poder legitimador, habrá servido para un doble propósito, tanto el otorgar un sustento jurídico a la sentencia deseada, como para otorgarle credibilidad a la persona misma del juzgador, lo que a su vez dará margen para que éste se encuentre en posibilidad de emitir sentencias “fuera de lo común.”

El último punto que nos interesa destacar en la argumentación jurídica, desde la perspectiva del autor en análisis, es el relativo a la inexistencia de una

³⁶⁴ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, op. cit., nota 77, p. 128.

³⁶⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 127.

³⁶⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 175.

respuesta única o correcta –término que no parece tener aplicabilidad en el derecho, como sí sucede en las matemáticas, la ciencia o la lógica.³⁶⁷ Vinculado con los límites de la racionalidad práctica,³⁶⁸ en Kennedy, se puede observar que este punto se explica en atención a que la argumentación jurídica, depende no sólo del material jurídico con el que se trabajará, sino que además se encuentra relacionado con la personalidad propia del juzgador, sus intenciones, ideologías, proyectos, experiencia, habilidades, entre otros, que influyen en la percepción del caso concreto, así como las normas y precedentes jurídicos a emplear, que en conjunto influyen en la manera de trabajar del propio juzgador,³⁶⁹ y así habrá tantas respuestas como jueces existan.

Más aún, la contingencia en que se encuentra el juzgador al momento de iniciar la labor argumentativa, respecto de si podrá llegar o no a la sentencia deseada, deja entrever que no existe una respuesta que pueda ser digna de ser considerada a priori, en espera de ser descubierta por el juzgador, ya que se reitera, la resolución del caso, depende en gran medida de la convicción, capacidades, habilidades y conocimientos del juzgador, que a lo largo del proceso argumentativo, configuran el sentido de la sentencia. Aunado a lo anterior, encontramos que es difícil hablar de una única respuesta, en virtud de que el propio juzgador buscará crear escenarios alternativos para resolver el caso, dentro de los cuales evidentemente optará el que mejor se ajuste a la sentencia deseada.

Así más que hablar de una respuesta única, la práctica de la argumentación jurídica ofrece un resultado “radicalmente indeterminado.”³⁷⁰

Por lo expuesto, es posible apreciar la trascendencia de la valoración de la argumentación jurídica a partir de la perspectiva del juzgador, por cuanto a que

³⁶⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 218-221.

³⁶⁸ Se ha querido entender que la limitación de la razón práctica atiende al hecho de que ésta no puede pretender efectuar juicios absolutos sobre los fines últimos, que corresponden a los juicios morales, con ello la racionalidad práctica no indica qué es lo que se tiene que hacer, al constreñirse a una cuestión instrumental, que únicamente establece o sugiere qué medios son indicados para alcanzar determinados fines, éstos últimos que evidentemente caen más allá de la razón, y en su caso podrían ubicarse dentro de una racionalidad ética. Cfr. Atienza, Manuel, *Tras la Justicia. Una Introducción al Derecho y al Razonamiento Jurídico*, op. cit., nota 318, pp. 136-149.

³⁶⁹ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, op. cit., nota 77, p. 177.

³⁷⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 193.

como “espectadores” jurídicos –quienes no estamos encargados de la aplicación de la norma jurídica-, este tipo de corrientes críticas, nos brindan mecanismos de análisis que conducen a apreciar y cuestionar hasta qué grado la decisión jurídica es producto de un “capricho” del juzgador, encubierto por el derecho. Para quienes están en la función judicial, se asoma un panorama en el cual es posible hacer avanzar los proyectos vitales bajo el manto de legalidad. Lástima que los proyectos no estén encaminados a la defensa y protección de los sectores más vulnerables de la sociedad, y sólo sirvan para defender al status quo.

La actividad de reformular reglas generales y la reestructuración de los hechos, requiere de una serie de operaciones mentales y tácticas que permitan alcanzar y legitimar la sentencia deseada, y que son las estrategias jurídicas, que analizaremos en el siguiente apartado.

C. El empleo de las estrategias jurídicas

a. El trabajo jurídico en el seguimiento de las metas del juzgador

En general, las estrategias a emplear en la argumentación jurídica representan el nexo entre la aplicación mecánica de la ley, que aparentemente regula el caso concreto y la búsqueda y justificación de la sentencia deseada.

El interés por dar seguimiento a un proyecto vital permite reconsiderar la variabilidad en la direccionalidad que adquirirá la argumentación jurídica. En este tenor, más allá del seguimiento de las normas y principios jurídicos, el razonamiento que vierte el juez a partir de sus propias intenciones, es el que determinará el sentido de la sentencia a la que posiblemente se podrá llegar, con el empleo de materiales jurídicos³⁷¹ para darle forma a su labor argumentativa.

³⁷¹ En este punto, el juzgador puede apreciar el conjunto de derecho válido como un producto histórico del trabajo de abogados, juristas y jueces que han perseguido, consciente o inconscientemente, proyectos ideológicos conflictivos, y como sujeto a desestabilización por futuras estrategias de trabajo futuro orientadas de manera ideológica. *Cfr.* Kennedy, Duncan, “Una Alternativa de la Izquierda Fenomenológica a la Teoría de la Interpretación Jurídica de Hart/Kelsen”, *op. cit.*, nota 110, p. 379.

Esta determinación de sentido, nos introduce al concepto de la actividad del trabajo jurídico, desarrollado bajo la influencia de la subjetividad del juzgador, el cual nos permitimos transcribir a continuación:

La actividad de “trabajo” jurídico entendida como la transformación de una aprehensión inicial (Husserl) de lo que los materiales jurídicos que componen al sistema requieren, por un actor que persigue una meta o una visión de lo que deberían requerir (...).

El trabajo jurídico, como uso el término, ya sea que se dirija a centros/núcleos o a marcos, a penumbras o conflictos o lagunas, es entendido “estratégicamente”. El trabajador intenta transformar una aprehensión inicial de lo que el sistema de normas requiere, dados los hechos, así que la aprehensión nueva del sistema, en tanto aplique al caso, corresponderá a las preferencias extra-jurídicas del trabajador interpretativo.³⁷²

Esta transformación de la aprehensión inicial, nos pone en evidencia cómo es posible encontrar una respuesta o solución al caso planteado, más allá de lo que pudiera indicar el material jurídico a simple vista. Sobre todo esta noción de trabajo, nos permite asimilar una idea en la cual se abren las posibilidades de dar distintas respuestas a un caso concreto. Tan sólo basta la fijación de la meta y el debido empleo de los materiales jurídicos, como sustento de aquélla, para ampliar el margen de actuación del juzgador en materia de argumentación jurídica.

La realización del trabajo jurídico, cobra una mayor importancia si consideramos que el proyecto vital a seguir por parte del juzgador, supone el ataque frontal a la aplicación de la norma jurídica, lo que dará la pauta para la estrategia argumentativa a seguir,³⁷³ dentro de la cual la ideología juega un papel trascendente, como bien lo explica Kennedy, en el pasaje que a continuación se transcribe:

³⁷² *Ibidem*, p. 370.

³⁷³ Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, *op. cit.*, nota 77, pp. 106-109.

Los “prejuicios” de los jueces son relevantes porque orientan el trabajo jurídico de jueces (y otros juristas) al transformar las aprehensiones iniciales de lo que los materiales requieren en la dirección particular sugerida por los intereses materiales o ideales de los juristas (vagamente, la ideología del jurista). Que el jurista tendrá éxito en el trabajo de hacer que los materiales sean conforme a su estrategia extra-jurídica ideológica o material no es nunca cognoscible de antemano (aunque igual que con algún acontecimiento futuro incierto, podemos hacer predicciones). Los juristas aceptan constantemente interpretaciones de acuerdo con las cuales el derecho positivo es contrario a su opinión de lo que debe ser.³⁷⁴

Así entonces, la pretensión por llegar a un objetivo en particular, motivado por una ideología o prejuicios, representa el impulso y esencia del trabajo jurídico, y del comportamiento estratégico, a partir del cual se transformarán las aprehensiones iniciales de los materiales jurídicos, y se construirá el marco de determinación, o en su caso, la indeterminación, que permitirá llegar a la sentencia deseada.

b. Niveles de actuación de las estrategias jurídicas

En el desarrollo de las estrategias jurídicas, es importante conocer los niveles de actuación del juzgador y sus características particulares, a fin de considerar qué niveles ofrecen mayor dificultad de actuación, cuáles sustentan, o en su caso, impiden la sentencia deseada, así como la posible relación y compatibilidad entre los niveles de actuación.

Es preciso retomar estos niveles de actuación, ya que cada uno de ellos ejerce un poder normativo sobre el campo jurídico, al grado tal que incluso puede resultar en la posibilidad de que el juzgador se vea compelido a cambiar el sentido de su sentencia, y direccionarlo a lo ordenado por la ley.³⁷⁵

³⁷⁴ Kennedy, Duncan, “Una Alternativa de la Izquierda Fenomenológica a la Teoría de la Interpretación Jurídica de Hart/Kelsen”, *op. cit.*, nota 110, p. 383.

³⁷⁵ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, *op. cit.*, nota 77, p. 186.

El poder normativo que se podrá percibir sobre el campo, se encuentra en función de cómo se presenta favoreciendo de manera objetiva un resultado, el cual percibe el juzgador como un campo “minado”, el cual tiene el poder de convicción suficiente para persuadir al juzgador.³⁷⁶ El juzgador, así decidirá si permanece bajo la influencia que sobre él ejerce el poder normativo, o si en su defecto, decide efectuar el trabajo jurídico para intentar llegar al resultado deseado, con la aún incierta posibilidad de que se llegue a éste o no.

Al efecto, es posible señalar tres órdenes en los cuales se manifiesta el poder normativo del campo jurídico, que son:

1. Los mensajes, como fórmulas verbales que constituyen el campo como fórmulas verbales (reglas jurídicas).
2. Los precedentes como un discurso atribuido a los antiguos.
3. Argumentos de conveniencia pública.

En cuanto al poder normativo del primer orden, las reglas jurídicas parecen inducir al juzgador a abandonar el proyecto de la sentencia deseada, e inclinarse por resolver conforme a la norma jurídica o, si se quiere, conforme a los precedentes jurídicos. Incluso en una mirada más a fondo de estos primeros órdenes, a través de sus patrones y configuraciones, parecerían disparar las reflexiones en distintas direcciones no concebidas inicialmente por el juzgador.³⁷⁷

La nota esencial en el poder normativo de este primer orden, es que el sentido de la resolución parece estar dada de antemano por el propio texto de la ley o el precedente. A lo anterior, tendríamos que añadir el carácter institucional que revisten las reglas jurídicas, que nos invita a reflexionar en torno a los patrones obligatorios de conducta humana, bajo un texto expresamente promulgado y la necesidad de su interpretación, con miras a lograr un orden social.³⁷⁸

³⁷⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 193-194.

³⁷⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 187.

³⁷⁸ Acerca de los alcances del poder e institucionales del orden normativo, Véase MacCormick, Neil, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, op. cit., nota 328, pp. 31-37, 152-155.

Desde esta perspectiva, el poder normativo de las reglas jurídicas, puede ser visto desde dos perspectivas: la externa, referida al carácter institucional que revisten y la interna, que incide directamente en el juzgador al establecer los patrones y configuraciones sobre las cuales debe basar la decisión judicial.

Por lo que atañe al segundo orden, además del sentido de la resolución, el poder normativo que se llega a sentir, se atribuye a que el juzgador se identifica con esas voces tutelares contenidas en las opiniones de los jueces, quienes en fallos antecedentes dan instrucciones sobre la regla que implementarían, el modo de aplicarla, y las razones de por qué esa regla es la correcta, y la que debería ser, en último término la sentencia.³⁷⁹

Así entonces, la fijación material de la ley y el precedente parecerían ser motivos más que suficientes para orientar el trabajo del juzgador. Las notas esenciales en el poder normativo de estos órdenes, es que el sentido de la resolución parece estar dada de antemano por el propio texto de la ley y el precedente.³⁸⁰ La variación es que mientras que en el primer caso, en la ley, se atiende a un compromiso alcanzado socialmente, una expresión de la voluntad del pueblo, el precedente por su parte, se identifica con la adhesión a la persona de otros juzgadores, en tanto partícipes en la solución de los problemas de una determinada comunidad. Se identifica así al juzgador, como parte de ese universo de individuos que pretenden dar una solución a una determinada conflictiva social, a través del derecho, y que el juzgador estima debería estar de acuerdo con ellos.

Los argumentos de conveniencia pública, por su parte se manifiestan como razones para adoptar una *ratio decidendi* del caso particular o una mini-norma, y que en ese sentido se manifiestan como “secundarios” en comparación con la aplicación directa de la norma o con los argumentos extraídos de precedentes judiciales, y cuya aplicabilidad supone de antemano la adopción conscientemente

³⁷⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 190.

³⁸⁰ Uno de los aspectos que destaca del seguimiento de la ley y del precedente, e incluso de la doctrina jurídica, es que a través de ellos se invocan los argumentos de autoridad, basados en su fuente, en la autoridad de la persona u órgano que los creó. En el caso del precedente, es que éste proporciona el argumento de autoridad, vinculado con el elemento de reconocimiento que se refiere a la relación entre la fuente (o la persona) y su acto (la decisión), y cuya estructura coincide con algunos argumentos prácticos generales, en concreto con el principio de universalidad y el de carga de la argumentación. Cfr. Moral Soriano, Leonor, *El Precedente Judicial*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2002, pp. 67-105.

de una determinada estructura para el campo jurídico –a diferencia de la simple subsunción de hechos bajo reglas que se comprenden inconscientemente como parte de una gestalt.³⁸¹

Dichos argumentos adquieren una dimensión especial, ya que tienen la particularidad de tener una naturaleza tan diversa, que en múltiples ocasiones pueden llegar a colisionar. Sin embargo, dicha colisión, no les resta ninguna validez, lo único que habría de considerarse es cuál de ellos resulta más fuerte, cuál pesa más, después de ponerlos sobre la balanza de unos hechos particulares y concretos,³⁸² tarea que le corresponderá al juez analizar y determinar.

En dicho análisis, los argumentos de conveniencia pública se asumen como fuerzas o vectores, de distinta intensidad, donde cada uno de ellos “tira” para su lado en cualquier situación concreta, sin que queden invalidados por el hecho de que sea ignorado en un caso en el que se pudo haber aplicado.³⁸³

Desde esta perspectiva, Kennedy, parecería aludir a los argumentos de conveniencia pública como entes carentes de un sustento material y escrito,³⁸⁴ con los cuales es posible elegir entre un criterio normativo u otro, cuya utilización parecería ser significativa en el ataque frontal de la ley, al generar la experiencia de la necesidad jurídica de una elección, sobre todo ante la existencia de lagunas, conflictos y ambigüedades.³⁸⁵ Así entonces, las reglas jurídicas, los precedentes y los argumentos de conveniencia pública,³⁸⁶ como parte del campo jurídico, pueden

³⁸¹ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, op. cit., nota 77, p. 143.

³⁸² *Ibidem*, p. 147.

³⁸³ Cfr. *Ibidem*, pp. 144-149.

³⁸⁴ En este punto, se observa nuevamente que Kennedy, es parcial en su visión de cómo operarían los estándares de contemplarse en el texto de la norma jurídica, y hasta qué grado el juzgador puede emplear el lenguaje jurídico, o si se quiere, el argumento histórico, para ajustar los estándares a su visión de sentencia. En torno a los estándares contenidos en las normas, Véase MacCormick, Neil, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, op. cit., nota 327, pp. 30-31.

³⁸⁵ Cfr. Kennedy, Duncan, “A Semiotics of Legal Argument”, en: *Collected courses of the Academy of European Law*, Cambridge, Massachusetts, Kluger Law International, 2000, pp. 321-323. http://www.duncankennedy.net/documents/A%20Semiotics%20of%20Legal%20Argument_Europea%20Intro.pdf

³⁸⁶ Aún podríamos ubicar cierto poder normativo que ejercen los conceptos jurídicos, proporcionados por la dogmática jurídica, por virtud de los cuales es posible caracterizar o clasificar casos y determinar las normas integrantes de un sistema normativo aplicable. De esta manera, la dogmática auxilia a la práctica, al dar elementos para “ubicar” situaciones bajo cierta taxonomía. Cfr. Lariguet, Guillermo, *Dogmática jurídica y aplicación de normas. Un análisis de las ideas de autonomía de ramas y unidad del derecho*, México, Fontamara, 2007, pp. 121-132.

percibirse bajo cierto poder normativo, cierta presión sobre el juez, que le indiquen en qué sentido tiene que resolver y cuándo tiene que renunciar a dictar la sentencia deseada.

Ante este poder normativo, la argumentación jurídica, se constituirá como la labor en la cual el juzgador enfrentará y trabajará con el mensaje del campo,³⁸⁷ y dentro del cual se luchará por vencer ese aparente poder normativo presente en los materiales jurídicos, y que impide la consecución de la sentencia deseada.

c. La invocación de argumentos jurídicos verosímiles

Es evidente, que por más *oportunos* que puedan ser los proyectos del juzgador y por más impulsivo y reaccionario que pueda ser ese sentido de la justicia, y en general cualquier motivación extrajurídica que se pueda presentar, son por sí mismas insuficientes para surtir efectos en el contexto jurídico. La voluntad de poder del juzgador en este sentido, es por sí misma insuficiente para dar sustento a la sentencia deseada.

Dicho lo anterior, es prácticamente difícil actuar con argumentos a partir de las propias intuiciones, que hasta cierto punto pudieran resultar superficiales o inverosímiles, al grado tal que el operador jurídico se vea obligado a abandonar las intuiciones,³⁸⁸ o bien, estimamos que también se puede llegar al grado de que el alcance de dichos argumentos sea muy limitado e insuficiente para generar un convencimiento pleno por lo que al derecho se refiere.

Desde esta perspectiva, el empleo de las normas, argumentos jurídicos y en general del razonamiento jurídico como tal, es de inigualable importancia, en atención a que serán estos los que den el debido sustento a ese proyecto vital o a ese sentido de la justicia.

En este sentido, las estrategias jurídicas se articulan en el empleo de los argumentos jurídicos, concretamente en los argumentos deductivos y de

³⁸⁷ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, op. cit., nota 77, p. 200.

³⁸⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 119.

conveniencia pública, y bien podríamos agregar las “piezas de argumentos”,³⁸⁹ en la perspectiva de Kennedy, la cual, sin embargo, dista de analizar la problemática de empleo que éstos pueden representar y cómo pueden vincularse con una aproximación con argumentos de naturaleza política y económica,³⁹⁰ omisión que lamentablemente nos aleja de un adecuado redimensionamiento de los instrumentos de que dispone el juzgador para llegar a la sentencia deseada.

En cualquier caso, es importante destacar cómo es preciso formular una serie de argumentos verosímiles con base en las reglas jurídicas, que sustenten la decisión deseada, y le permitan tener efectos jurídicos deseados. Sin ese sustento jurídico, se reitera, la generación de argumentos para defender la sentencia deseada, resultaría prácticamente inútil, al no ajustarse al lenguaje puramente jurídico. De ahí que nuevamente sea posible constatar cómo la libertad del juzgador, no es ilimitada, sino un impulso a seguir en la actividad argumentativa.

Una peculiaridad adicional que podríamos destacar en torno a la generación de argumentos, y que se explica en la aproximación que nos da Kennedy en el empleo de los materiales jurídicos, es la relativa a las sensaciones al momento de crear argumentos, como lo es experimentar la dificultad, el miedo y la invariabilidad de que se consume tiempo en crear dichos argumentos para sustentar la sentencia deseada, que en conjunto revelan la limitación en cuanto a tiempo y energía del juzgador.³⁹¹

Esta cuestión que podría ser insignificante en un análisis positivista y racional, sí llega a impactar en el sentido de la sentencia, ya que evidencia ese aspecto de “lucha” y “conflicto” al interior de la argumentación, que inicia con las propias reacciones del juzgador, si está dispuesto a enfrentar sus sentimientos de miedo, temor y limitaciones, frente a la idea de crear argumentos jurídicos frente a la pretensión de emitir una sentencia con peculiar significado, lo cual supondrá la posibilidad de reconfigurar el campo en el que se actúa.

³⁸⁹ Cfr. Kennedy, Duncan, “Semiotics of Critique”, *op. cit.*, nota 222, p. 1178.

³⁹⁰ Véase Unger, Roberto Mangabeira, *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, New York, The Free Press, 1976, pp. 193-200.

³⁹¹ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, *op. cit.*, nota 77, p. 125.

d. El campo jurídico en el contexto de la argumentación jurídica

Sin duda los procesos mentales sobre los que se desarrolla la argumentación jurídica son de particular trascendencia. Una mejor manera de apreciarlos, es si los ubicamos en el escenario de actuación de la argumentación jurídica, esto es, dentro del campo jurídico. En su contexto material,³⁹² el campo jurídico en vinculación con las estrategias jurídicas, lo podemos analizar en tres niveles, a saber:

- i. Apreciación del campo jurídico
- ii. Transformación del caso
- iii. Reconfiguración del campo jurídico

Las mencionadas perspectivas en torno al campo jurídico forman parte de lo que podríamos denominar las etapas de actuación del juzgador frente a los hechos, normas y argumentos jurídicos, dentro de los cuales se desarrollarán las estrategias jurídicas, las cuales son concebidas desde la propia apreciación del campo jurídico, en los términos que se abordará a continuación.

i. Apreciación del campo jurídico

En la apreciación del campo jurídico, nos encontramos que la percepción del juzgador, influye en la determinación de si se trata de un caso regulado por la norma jurídica, en cuyo caso únicamente tiene aplicación la norma prevista, o si en su defecto, es posible invocar otra norma jurídica que regule la situación de la manera en cómo se entiende la justicia propia.

³⁹² Se habla del contexto material de la argumentación jurídica, en atención a que Kennedy también refiere a una concepción subjetiva del campo jurídico, al recaer éste en el juzgador. Al parecer la breve alusión subjetiva del campo jurídico, obedece a que dentro del juzgador se percibe, se configura y actúa sobre los hechos y normas jurídicas. En el caso que nos ocupa, enfatizaremos sobre la cuestión material de la argumentación jurídica, esto es, en los hechos, normas y argumentos jurídicos que rodean el caso concreto, a partir de lo cual valoraremos la actuación del juzgador. *Cfr. Ibidem*, pp. 126-128.

De aplicar la ley, conforme a lo indicado por la primera impresión, estaríamos ante una simple aplicación mecánica de la ley; simplemente bastaría valorar los supuestos y las consecuencias previstas por las normas jurídicas a los hechos tal y como se presentaron al juez.

Sin embargo, las consecuencias jurídicas puede que no se ajusten al sentido de la “justicia” que el juez tiene en mente, y que probablemente a consideración del juzgador resulte una “injusticia”. Así entonces, se tiene que realizar un estudio de las normas jurídicas que se aproximen al deseo del juzgador,³⁹³ dentro de lo cual nuevamente presenciaremos el escenario de una serie de reacciones del juzgador, frente a la ley,³⁹⁴ que dependen de cómo se quiera apreciar la ley en función de los objetivos de aquél.

Al efecto, es posible ubicar dos actitudes ante la ley,³⁹⁵ a saber:

- a) La sensación de la ley como una especie de barrera protectora construida alrededor del juzgador, o una armadura imposible de ser perforada o despojada por parte del otro bando, supuesto que opera cuando se estima que la ley, se encuentra del lado del juzgador, para resolver conforme a la sentencia deseada.
- b) La experimentación de la ley como materia prima con la cual se construirá la argumentación jurídica, que operaría en el caso de que el juzgador no tuviera idea de la dirección que apunta la ley en un tema en particular.

³⁹³ Nótese como las estrategias dentro de la argumentación jurídica, en los términos propuestos por Duncan Kennedy, siempre buscan sustentarse en una norma jurídica, en el texto de la ley. Prácticamente, se desestima la posibilidad de fundar la sentencia en un principio jurídico. Pareciera que el fundar la sentencia deseada conforme a la letra de la ley, da un margen de mayor credibilidad –u objetividad- que si se partiera de un principio jurídico, de una naturaleza más abstracta e indeterminada.

³⁹⁴ La aproximación del juzgador con la norma jurídica, en cierta forma nos remite al análisis de las experiencias intencionales de que habla Husserl, las cuales se dirigen a los objetos mismos, y por virtud de los cuales el objeto es significado y pensado para alguien, y que representa una propiedad esencial de los actos de la conciencia. En esta concepción, el objeto intencional hacia el cual se dirige el individuo, corresponde a una situación (a ser juzgada), no a un valor-verdad. Frente a esas actitudes de significación, encontramos las sensaciones, los sentimientos y las emociones, que no se dirigen al objeto como tal, sino que son vividas o experimentadas en el individuo mismo. Con esta explicación Husserl, pretende reconciliar de algún modo la subjetividad de saber y la objetividad del contenido conocido. Cfr. Husserl, Edmund, *Investigaciones Lógicas*, trad. de Manuel G. Morente y José Gaos, Madrid, Rev. de Occidente, 1967, pp. 67-75.

³⁹⁵ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, op. cit., nota 77, p. 120.

Como se puede apreciar, la sensación que se tenga en referencia a la ley, depende de la volición del juzgador por tratar de llegar a la sentencia deseada, en la cual se buscará que la ley represente esa barrera protectora, esa armadura, que mejor sustente la sentencia deseada. A lo largo de la actividad argumentativa, la ley se constituye como “un medio a través del cual uno lucha por un proyecto, antes que como algo que nos dice qué debemos hacer.”³⁹⁶ Lo que en todo caso se tiene es una sensación de la ley,³⁹⁷ a partir de una valoración subjetiva, a partir de la cual se desarrollará el trabajo jurídico a emprender en esa búsqueda por el sentido de la justicia.

Se busca así, cambiar la percepción de la primera impresión de la ley,³⁹⁸ respecto a la manera como una norma específica regula y deviene en un resultado “X” cuando se aplica, suele ser con frecuencia una impresión equivocada, y así lo que en primera instancia parecía ser un caso cerrado, de súbito termina siendo uno abierto de par en par y aquello que antes parecía vago e indefinido, de pronto se nos revela como algo sumamente sólido y firme.³⁹⁹

³⁹⁶ *Idem.*

³⁹⁷ En la perspectiva de Husserl, y en lo poco que reconoce del psicologismo de Brentano, se encuentra la importancia que le da al aspecto sensorial como el fundamento de lo conceptual e intelectual. A tal grado lleva esta postura el filósofo en cuestión, que intenta dar una explicación en torno a la naturaleza y aplicabilidad de conceptos objetivos, tales como verdad, ser, conocimiento, racionalidad, realidad, etc., únicamente en términos de las intuiciones sensoriales y las operaciones mentales que se aplican a ellos, que no es otra cosa que dar una explicación fenomenológica de tales conceptos. *Cfr.* Husserl, Edmund, *Investigaciones Lógicas, op. cit.*, nota 394, pp. 108-120. Desde esta perspectiva, aunque las sensaciones pudieran pasar a un segundo plano en el contexto jurídico, hasta cierto punto valdría la pena analizar qué alcances tendría el aceptar el postulado de Husserl de la incidencia de lo sensorial en el aspecto de los conceptos jurídicos, y de esta forma insistir en el estudio de la subjetividad en el ámbito jurídico.

³⁹⁸ El cambio de la primera impresión de la ley, nos puede acercar al concepto de “experiencia” que nos proporciona la fenomenología, la cual consiste en el aparente salto de la representación de una figura (u objeto) a otra. Si se quiere se trata de una habilidad de ir “más allá” de la primera experiencia perceptiva, que se puede lograr a través del dominio de la técnica, concretamente de la abstracción (el proceso basado en la percepción de algo concreto y la aplicación que conduce a la percepción de algo abstracto –un momento-), y la síntesis (referido al proceso aplicado a experiencias en objetos reales, que conduce la conciencia de un objeto ideal –una especie-). El procedimiento de esta técnica inicia con la abstracción y continúa con la síntesis. *Cfr.* Bell, David, *Husserl*, London, New York, Routledge, 1991, pp. 107-114. Si aplicamos esta cuestión a la percepción del derecho, encontraremos que la motivación por llegar a la sentencia deseada, contribuirá a superar esa primera imagen, esa primera impresión, de la ley, que aparentemente se ofrece como una solución única al caso concreto.

³⁹⁹ *Cfr.* Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica, op. cit.*, nota 77, pp. 107-108.

Así entonces, hace falta más que una primera impresión para determinar el sentido de la resolución jurídica. La predicción o previsibilidad del derecho, se vuelven así prácticamente difíciles de estimar, pues éstas distan de la aparente comprensión del caso y de la ley aplicable al caso concreto, y nos ubican en el ámbito de las intenciones, sensaciones y estrategias a seguir por parte del juez.

Si complicamos aún más el panorama encontraremos que la realización del trabajo jurídico, se ve obstaculizada no sólo por la existencia de normas generales, límites, precedentes y vectores, que pudieran contravenir el sentido de la sentencia deseada, sino que incluso, en esta primera impresión, el campo parecerá tener una configuración específica, que resultará difícil de manipular.⁴⁰⁰

Ante esta situación, el juzgador tendrá que determinar el tipo de campo al que se enfrentará –y que ejercerá una influencia normativa y subjetiva ante el temor de encontrar la sentencia deseada-,⁴⁰¹ y valorar si es posible seguir con el empleo de estrategias jurídicas, o si definitivamente tendrá que abandonar el proyecto, ante la dificultad de esgrimir argumentos válidos y convincentes.

Sobre el particular, siguiendo a Kennedy, es posible encontrar seis configuraciones del campo, atribuidas mayormente a la primera impresión del caso, así como al temor de salir o no con un argumento jurídico viable.⁴⁰²

Al efecto, las configuraciones del campo, se pueden ubicar en dos grupos, a saber: 1) el grupo que se expresa con la libertad y restricción de actuación en la adjudicación judicial, a partir de las áreas de indeterminación percibidas bajo las normas y precedentes jurídicos, dentro de los cuales se determinará si se trata de un caso perdido (ante la restricción que ejerce el material jurídico –ubicado dentro del campo minado), o un caso abierto (dados los márgenes de libertad con que cuenta el juzgador –ubicado en un caso de primera impresión); 2) El grupo conformado por oportunidades cuyo último significado se conformará a través del trabajo de la argumentación, en el cual ubicamos el campo no racionalizado, el campo contradictorio, el campo que se desploma y el campo circular.

⁴⁰⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 157-158.

⁴⁰¹ Cfr. *Ibidem*, p. 209.

⁴⁰² Cfr. *Ibidem*, p. 159.

A continuación daremos una breve referencia de dichos grupos:

Primer Grupo.- La restricción y la libertad en el campo jurídico

Como se mencionó en líneas anteriores, este grupo pretende enfatizar el grado de libertad o restricción que posee el juzgador en su actuar, a partir de cómo percibe el material jurídico, en el caso concreto, y a partir de ahí determinar si se trata de un caso perdido o uno abierto. Dentro de este primer grupo⁴⁰³ encontramos:

a) Campo minado.- Bajo esta configuración, encontramos normas generales que determinan los límites de otras normas generales. En este supuesto, los jueces deciden atendiendo a la más abstracta formulación de una norma general, bajo la misma línea y en el mismo sentido. Al ubicarse en estos supuestos, el campo jurídico como tal, será difícil de manipular, y poner el esfuerzo que tendrá que realizar el juzgador es el de reconstruir los hechos concretos.

Al percibirse el caso cubierto por normas y precedentes jurídicos, el juzgador prácticamente se enfrentará con la restricción del material jurídico, que le impedirá actuar en la forma que él quisiera para llegar a la sentencia deseada, supuesto en el cual la situación se le revelará en la terminología de Kennedy, como un “caso perdido” al apreciarse el caso como determinado íntegramente por la ley. Dentro del campo minado, entonces, parecería que los proyectos vitales el juzgador, no tienen cabida, en atención a que prácticamente han sido otros –el legislador y otros juzgadores-, los que de manera previa han dado respuestas a casos similares.

b) El caso de la primera impresión.- Contextualizado en aquellos supuestos en los cuales un caso carece de precedente judicial, el campo nos ofrecerá, una línea fronteriza imprecisa, acompañados de argumentos de conveniencia pública (vectores), que parecen ser de la misma

⁴⁰³ Cfr. *Ibidem*, pp. 158-161.

magnitud no sólo a lo largo de la fina línea de equilibrio, sino alrededor de toda la región fronteriza. Ante esta hipótesis, se busca replantear los hechos a efecto de ubicarlos en la zona de indeterminación, y con ello ubicar la situación en una zona neutra.

A diferencia del campo minado, parece ser que la inexistencia de precedentes judiciales, es indicativo de cierta libertad en el actuar del juzgador, para elaborar criterios y razonamientos jurídicos que permitan avanzar sus proyectos vitales o su sentido de la justicia, pues no todo está dicho aún por el ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, Kennedy ubica un “caso abierto”, que permite ejercer una libertad, en donde no hay restricción, pero al final de cuentas, dicha libertad poco a poco se irá agotando, a medida en que los jueces ejercen esa libertad, y poco a poco van demarcando los límites de los casos planteados.

Este primer grupo nos permite observar cómo la libertad y la restricción en la adjudicación judicial se manifiestan desde la apreciación del campo y que continuarán a medida en que se ejerce el trabajo jurídico. En estos supuestos, el juez debe determinar cuándo se encuentra en presencia de un caso cerrado o uno abierto, y a partir de ahí aprovechar las oportunidades de actuación dentro del campo jurídico, que le permitirán acercarse a la sentencia deseada.

Segundo Grupo.-El significado a través del trabajo de la argumentación jurídica

A diferencia del grupo anterior, en el cual la ubicación del caso, parece estar delimitada en función de si existe o no una norma jurídica o un precedente exactamente aplicable al caso concreto, que otorgue cierto grado de libertad al juzgador para actuar, en este segundo grupo, parece ser más complicada la contextualización del caso concreto, ante lo ambiguo y complicado que se ofrece el panorama del campo jurídico⁴⁰⁴ como veremos a continuación:

⁴⁰⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 161-167.

- a) El campo no racionalizado.- En este supuesto, las decisiones no parecen seguir un sentido definido y contundente, ya que en algunos casos se asemejan al sentido de la sentencia a la cual se quiere llegar, y en otros parecen indicar lo contrario. Aunado a la diversidad de decisiones, en uno u otro sentido, encontramos que éstas prácticamente dependieron de hechos particulares del caso, con escasa argumentación y que incluso se podrían calificar como estrechas, insuficientes o lógicamente defectuosas.⁴⁰⁵ Dicho de otro modo, no hay una línea clara a seguir, y menos aún si no hay un razonamiento jurídico lo suficientemente sólido al cual adherirse. Lo anterior da oportunidad para reorganizar el campo mediante el replanteamiento de los hechos. Ante este panorama se avizora cierta posibilidad de emitir una opinión judicial en la que se proponga una nueva norma legal que pretenda imponer orden al caos, dada la falta de racionalización –o tal vez sistematización- de los casos.
- b) El campo contradictorio.- En este supuesto, se presenta nuevamente una diversidad de decisiones que favorecen, ya sea el sentido de la sentencia deseada o la contraparte. Sin embargo, a diferencia del campo anterior, las decisiones que se emiten en este campo, sí cuentan con un aparato argumentativo sólido –con el respectivo empleo de argumentos de conveniencia pública-, al grado de que incluso si no perjudican seriamente el sentido de la sentencia deseada, sí al menos diluyen la frontera entre una u otra decisión, y así es posible rescatar y discutir prácticamente cualquier punto de algún precedente para llegar (u obstaculizar) la decisión deseada.
- c) El campo que se desploma.- Este supuesto puede ocurrir con la reformulación de los argumentos de conveniencia pública que favorecen a uno de los lados, lo que origina que la frontera desaparezca, y se

⁴⁰⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 162-163.

destruya así la contrarregla. Se emplea así un argumento demoledor, que sin embargo, es indiscutiblemente legítimo y convincente, al cual en su caso le pueden oponer llamadas de atención sobre las peculiaridades fácticas del caso, por no apreciar éste en su justa dimensión.

- d) El campo circular.- La percepción de un campo circular tiene lugar cuando casos opuestos, supuestamente fáciles, parecen estar más próximos entre sí, que aquellos con características similares.

En este grupo, podemos ubicar que la solidez –o debilidad- de la argumentación jurídica y el sentido de otras resoluciones emitidas por otros juzgadores serán los elementos a valorar a partir de los cuales se realizará el trabajo, y en qué sentido se efectuará éste trabajo. Aunque de una manera, menos perceptible, hasta cierto grado se conservan los ámbitos de libertad y restricción que se han mencionado en esta investigación, la cuestión en todo caso, es identificar estas áreas y trabajar sobre ellas,⁴⁰⁶ y llegar así a la sentencia deseada.

La identificación de las áreas a trabajar, requiere así del respectivo conocimiento del campo jurídico, el que a su vez sólo puede ser conocido por medio de la experiencia, sin que, a consideración de Kennedy, exista una perspectiva valorativamente “neutra”, ya que ésta puede variar dependiendo de diversos factores, tales como la frecuencia con la que se haya intentado manipular el campo cuando éste aparece a primera vista minado, las técnicas de crítica que la cultura jurídica ponga a su disposición para desestabilizar la experiencia inicial de objetividad, el flujo de casos decididos, y en general por todos aquellos aspectos de la realidad que hayan vivido los jueces.⁴⁰⁷

⁴⁰⁶ Con la reconfiguración del campo jurídico, Kennedy, pretende externar por una parte una crítica contra la coherencia que debe guardar el orden jurídico, ya que prácticamente deja a la construcción que un operador jurídico pueda hacer con los materiales jurídicos a su disposición, al grado que la idea de coherencia, más que un valor en sí mismo, representa un mero instrumento en favor de una particular agenda, de suerte que a los jueces posteriores –con proyectos distintos-, se les dificulte desestabilizar el campo. Por otra parte, bajo esta noción de campo, Kennedy pretende enfatizar la dificultad o facilidad con que se tendrá que realizar el trabajo jurídico, a efecto de desestabilizar el campo, y llegar a la sentencia deseada. *Cfr.* Kennedy, Duncan, “Thoughts on Coherence, Social Values and National Tradition in Private Law”, *op. cit.*, nota 342, pp. 15-16.

⁴⁰⁷ *Cfr.* Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, *op. cit.*, nota 77, p. 183.

La experiencia así, nos da un punto de encuentro entre un razonamiento jurídico meramente lógico-formal y las vivencias de los jueces al enfrentar un caso concreto, siendo éstas últimas las que hasta cierta forma incidirán en la conducción del razonamiento jurídico.

De lo expuesto hasta este punto, es posible constatar que en efecto, una de las aportaciones de Kennedy al análisis de la argumentación jurídica, es la referencia teórica que nos da acerca de las apreciaciones y reacciones que enfrenta el juzgador a partir de su primer contacto con el campo jurídico que rodea el caso. Como se vio en el segundo capítulo, dichas apreciaciones no son puras y neutrales, sino que en gran medida tiene la influencia de la ideología y prejuicios que pueda tener el juzgador en un momento dado. Esta referencia nos da indicios de cómo las cuestiones subjetivas –apreciaciones, experiencia, sensaciones, intuiciones, intenciones, etc.- sí inciden en el ámbito argumentativo, al indicar de qué manera se tiene que desenvolver el razonamiento jurídico. Después de todo, la actividad argumentativa, no se puede desentender del aspecto emotivo que poseen los operadores jurídicos.

Es ese aspecto emotivo, el que junto con la racionalidad propiamente dicha, nos conducirá a la toma de acciones argumentativas, como lo es la transformación del caso en el contexto de la búsqueda de caminos alternativos de la decisión judicial, que se abordará en el siguiente numeral.

ii. Transformación del caso en la búsqueda de caminos alternativos

La apreciación del campo jurídico, nos dejará entrever qué aspectos de los hechos se pueden emplear para invocar ese “sentido de la justicia”⁴⁰⁸ y hasta qué grado la norma jurídica aparentemente aplicable obstaculiza ese anhelo por alcanzar la sentencia deseada, y así determinar qué tanto trabajo se necesita para llegar a dicha sentencia, amén de los argumentos jurídicos a emplear, a partir del ataque frontal a la norma jurídica aparentemente aplicable al caso concreto, y con

⁴⁰⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 117.

ello generar caminos alternativos –orientados por el proyecto vital del juez-,⁴⁰⁹ en la adjudicación judicial, y así aproximarse al caso en la esperanza de que alguno de ellos tenga éxito.

Sin duda que múltiples son los factores que han de tomarse en cuenta en la realización del trabajo jurídico, y que de manera enunciativa, podemos señalar los siguientes:

1. Los materiales y pasos existentes dentro del campo jurídico.
2. La economía del campo.
3. Límites de las normas jurídicas.

La identificación de los aspectos antes señalados, nos permitirá tener mayor precisión en la realización del trabajo jurídico, amén de favorecer cierta coherencia en el producto final de dicho trabajo, en tanto a que se emplean debidamente los materiales y las estrategias, al conocer los puntos en los cuales se manifiesta la restricción de la adjudicación judicial y las posibilidades de actuar plenamente con libertad, y que procederemos a analizar.

Como parte del seguimiento de esta transformación del caso, el juzgador encontrará múltiples materiales y pasos que se pueden dar con cada uno de los elementos que existen dentro de un campo,⁴¹⁰ que debidamente empleados permitirán sustentar la sentencia deseada como algo que jurídicamente es necesario para el caso concreto. Además del descubrimiento de los diversos materiales a que se enfrentará el juzgador, se requiere conocer los ámbitos en los cuales es posible emplear debidamente las técnicas al conjunto de normas jurídicas, precedentes jurídicos y demás argumentos que se puedan invocar.

En miras a esta transformación, se genera el trabajo jurídico, en el cual el intérprete comprende la situación en su conjunto como una en que la norma gobierna, y frente a la cual indagará si los hechos particulares dentro de la situación provocan su aplicación, a partir de lo cual el juez ha de buscar que los

⁴⁰⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 104.

⁴¹⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 171.

hechos cobren existencia jurídica mediante el trabajo jurídico.⁴¹¹ Así entonces, parte de este ataque frontal a la ley, lo constituye la argumentación jurídica a través de los hechos⁴¹² y argumentos,⁴¹³ que conducen a la transformación del caso para lograr la sentencia deseada.

Desde esta perspectiva, surge el interés por identificar lo que Kennedy denomina la economía de un campo referida a la “existencia de unos sistemas de intercambio y compensación entre los objetivos que deseo lograr y los distintos pasos que los materiales a mi disposición me permiten (o no) dar.”⁴¹⁴

Los sistemas de intercambio y compensación a que se ha hecho referencia, son indicativos de que el material jurídico como tal, mantiene una consistencia ambivalente, ya que si bien es cierto, en ciertos supuestos resulta ser lo suficientemente flexible para permitir cierta innovación dentro el razonamiento jurídico, al permitir extraer, equilibrar y perfeccionar los objetivos contenidos en las normas jurídicas y precedentes, también lo es que los supuestos en que se pueden realizar dichas innovaciones, son muy reducidos, aspecto que restringe la actuación del juzgador en su búsqueda por lograr la sentencia deseada. Queda entonces en la voluntad, la experiencia y el ingenio del juzgador la identificación de esos sistemas de intercambio y compensación, y su respectiva superación.

En el mismo sentido, surgen las llamadas “estrategias de ejecución”, referidas a la selección de los elementos del campo que se van a manipular y la manera en la cual se realizará la manipulación, y en virtud de las cuales se vislumbrarán las opciones entre la distinción de un caso dado mediante el replanteamiento de sus hechos, la reformulación de un caso mediante la *ratio decidendi* o la ubicación de la línea de decisiones sobre las cuales se actuará.⁴¹⁵

⁴¹¹ Cfr. Kennedy, Duncan, “Una Alternativa de la Izquierda Fenomenológica a la Teoría de la Interpretación Jurídica de Hart/Kelsen”, *op. cit.*, nota 110, pp. 370-371.

⁴¹² Véase Twinning, William, “De nuevo, los hechos en serio”, trad. de Raymundo Gama Leyva, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, No. 32, 2009, pp. 319-323.

⁴¹³ Dentro del empleo de argumentos, es posible apreciar el “tono” que adopta la consciencia jurídica en una época en particular. Cfr. Kennedy, Duncan, “A Semiotics of Legal Argument”, *op. cit.*, nota 385, pp. 355-356.

⁴¹⁴ Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, *op. cit.*, nota 77, p. 171.

⁴¹⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 171-172.

Las estrategias así cobran un papel importante, cuyas consecuencias, hasta este punto, siguiendo a Kennedy, las podemos trazar en los siguientes términos:

1. Forma una especie de “visión de túnel”, dentro de la cual el juzgado se encuentra dentro de la estrategia, sensibilizando a su economía interna, su historia de concesiones y compromisos, en sintonía con el proceso de llevar tal estrategia lo más lejos posible pero, por lo menos por el momento, incapaz de imaginar otro camino alternativo.
2. Representa un compromiso práctico, ya que en aras de que la estrategia sea coherente, requiere responder a cualquier aspecto nuevo que surja del caso, bajo el propio tono y estilo de la estrategia.⁴¹⁶

Con base en lo anterior, es posible observar un “micro-escenario” de conflicto entre la libertad y restricción en la adjudicación judicial, aplicado a las estrategias jurídicas, ya que si bien es cierto, el juzgador tiene libertad para elegir el tipo de estrategia a seguir, a partir de sus proyectos vitales o su sentido de la justicia, también lo es que esa estrategia a seguir, conlleva su propio tono y estilo, que habrá que mantenerlo mientras se realice el trabajo jurídico, lo que le dará mayor coherencia al producto final de la argumentación jurídica.

El último punto que nos haría falta identificar, ya propiamente en la transformación del caso, es el relativo a los límites. En efecto, si partimos del ataque frontal de la ley, la aplicabilidad de ésta se pretende contrarrestar mediante una norma jurídica diversa que mejor cubra el caso. Se sigue así una búsqueda por un diverso fundamento jurídico que se aproxime a lo que el juzgador tiene en mente para resolver el caso. El problema de la búsqueda de un fundamento jurídico diverso, es que los hechos del caso planteado pudieran no ajustarse al supuesto de la norma jurídica, e incluso, aún seguirán generando la idea de que la norma anterior era la que mejor se ajustaba al caso planteado.

⁴¹⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 173.

Asumida esta postura, el trabajo jurídico se delinearán a partir de la búsqueda de límites, y que el juzgador tendrá que analizar debidamente para disminuir la brecha de obviedad de la subjetividad de su sentencia. Dichos límites aplicados a la norma jurídica, los podemos ubicar en dos vertientes, a saber:

- 1) El interés del juzgador por limitar el alcance de la norma jurídica que apartemente regulaba mejor el caso concreto.⁴¹⁷
- 2) La ubicación de los límites en los cuales operaría la norma jurídica alternativa, que mejor se ajusta a la sentencia deseada.

En este seguir por ubicar la sentencia deseada, se da lo que Kennedy conoce como un proceso de formación de una Gestalt,⁴¹⁸ que es aquel mediante el cual vamos ordenando los casos conformando un patrón que sigue el perímetro de los límites y también la decisión de considerar otros casos dentro del territorio indisputable de una norma, y en el que todo tiene que ver con todo, y así dar la forma de constelación específica.⁴¹⁹

De lo expuesto con antelación, podemos constatar, cómo la aplicación de la norma jurídica se encuentra delimitada tanto por la propia naturaleza del sujeto y objeto a regular, como de los alcances que pretenda dar el juzgador, a partir de su propia subjetividad. Hasta cierto punto, la ubicación de los límites de la norma jurídica, conlleva el reconocimiento de la restricción que ejerce el derecho sobre el juzgador, al impedirle actuar conforme a su libre voluntad, y reconocer que incluso la actuación del propio derecho está sujeta a ciertos márgenes, que no es posible transgredirlos simple y llanamente.

La identificación de los límites de las normas jurídicas, coadyuva además a fijar el alcance de las intuiciones jurídicas del juzgador, y la posibilidad de valorar

⁴¹⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 117.

⁴¹⁸ Con el proceso de formación de la Gestalt, Kennedy pretende explicar la manera en que opera la percepción, a partir de un fragmento perceptual a un todo conceptual, lo cual acontece de manera orgánica o preracional. Cfr. Kennedy, Duncan, "A Semiotics of Critique", *op. cit.*, nota 222, pp. 1175-1176.

⁴¹⁹ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, *op. cit.*, nota 77, pp. 134-135.

si éste es capaz de seguir adelante en su objetivo de lograr la sentencia deseada, o si definitivamente lo abandona, al identificar el sentido de la ley, en otra dirección contraria a la esperada, en la cual probablemente los argumentos a invocar resulten superficialmente verosímiles.⁴²⁰ Incluso puede darse el supuesto en el cual el juez tenga que prescindir de sus objetivos al resolver el caso, si estima que la ley debe prevalecer, concuerde o no con la opinión personal.⁴²¹

En cualquier caso, en el estudio de la norma jurídica, arroja la posibilidad de abandonar las intuiciones ante lo firmemente arraigado que encuentre el sentido de la ley, supuesto en el cual nuevamente ubicamos la restricción del juzgador en la adjudicación judicial, al verse obligado a aplicar la ley inicialmente aplicable al caso concreto, que ocurre ante la imposibilidad de idear técnicas que limiten la aplicabilidad de ésta, y justifiquen la aplicación de un diverso precepto jurídico.

En este supuesto, se puede dar incluso una conversión, en el sentido de que se acepta el sentido de la ley, tal y como se percibió en un primer momento, pero dicho cambio se encuentra acompañado de una nueva intuición de lo que la justicia social exige, de suerte que el interés en aplicar la ley que inicialmente resultaba aplicable al caso concreto, permanece, pero sólo en tanto existe un convencimiento por parte del juzgador de que su sentido de justicia social ha cambiado para ajustarse a lo que indica la ley que aparentemente resultaba aplicable al caso concreto.

Bajo la conversión, encontramos que es el campo jurídico el que manipula la sentencia a la que se desea llegar, manifestado con la ambivalencia de la aceptación del campo como una afirmación ética correcta y la percepción correcta de lo que la ley es.⁴²²

Con ello, podemos apreciar, que la aplicación de la norma, bajo un argumento deductivo, obedece a un convencimiento ético por parte del juzgador, de que lo expresado por la norma jurídica corresponde con su sentido de la justicia social, excepción hecha de que el juzgador no haya podido idear técnicas y

⁴²⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 119.

⁴²¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 202-207.

⁴²² Cfr. *Ibidem*, pp. 192-193.

procedimientos para transformar el caso, reconfigurar el campo y llegar a la sentencia deseada.⁴²³

Fuera de este caso, el juez estará en posibilidad de trabajar con el campo jurídico, ante la estimación de que el campo no tiene que ser necesariamente más poderoso en términos normativos de lo que es el juez.⁴²⁴ Después de todo, es el propio juzgador quien actúa, determina el resultado y busca reconstruir el mundo para que se ajuste a sus intenciones.⁴²⁵

Así, identificada la norma jurídica que mejor se acerca a resolver el caso conforme a la sentencia deseada, se procederá a realizar el trabajo jurídico sobre los hechos parte de una valoración de sus efectos en relación con su ajuste a la norma jurídica, y así poder articularlos jurídicamente, lo que significa “replantearlos de modo tal que el caso parezca estar ubicado en un lugar distinto del campo del que inicialmente se pensó.”⁴²⁶

Como parte de esta argumentación con los hechos, encontramos también su vinculación con los precedentes jurídicos, lo que conllevará a desplazar los hechos y las decisiones de los precedentes de modo que se ajusten a la reformulación de la norma general, y así tendremos una manipulación tanto de los hechos como de la ratio decidendi del precedente.⁴²⁷

Así entonces, se buscará replantear los hechos del precedente elegido para hacerlo reaparecer en el campo, en un concepto más cercano al que se pretende con la sentencia deseada. Con todo ello, se lleva a cabo un desplazamiento de la ley,⁴²⁸ en el sentido de que se busca ajustar los hechos al sentido de la norma jurídica.

Como auxiliares en esta labor de argumentación de los hechos y desplazamiento de la ley, el juego con los operadores modales, será de gran utilidad, en el sentido de hacer por ejemplo, que algo prohibido aparezca como

⁴²³ La conversión ante la imposibilidad de idear técnicas para transformar el caso, conlleva un costo psicológico, así como un terror ante el desastre de una falsa conversión. *Cfr. Ibidem*, pp. 198-202.

⁴²⁴ *Cfr. Ibidem*, p. 193.

⁴²⁵ *Cfr. Ibidem*, p. 207.

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 138.

⁴²⁷ *Cfr. Ibidem*, pp. 137-138.

⁴²⁸ *Cfr. Ibidem*, pp. 136-138.

algo permitido,⁴²⁹ lo cual permitirá un ajuste del campo jurídico, prácticamente imperceptible a la audiencia, pues parecerá que se cubre un grupo distinto de situaciones hipotéticas.⁴³⁰

Los tres aspectos a los que se ha hecho alusión en párrafos precedentes, nos evidencian una vez más las restricciones a que se encuentra sujeta la voluntad del juzgador de llegar a la sentencia deseada.

De hecho, por más “reacciones viscerales” que pueda tener el juzgador, éstas en todo momento se encuentran condicionadas por el hecho de existir en un universo legalizado,⁴³¹ el cual evidentemente puede detener el avance de los proyectos vitales del juzgador.

En este universo legalizado, se procederá así a la aplicación de la norma jurídica a los hechos, con que se ha trabajado previamente. En esta etapa, es donde mayormente se hacen presentes las restricciones que impone el derecho, ya que por más flexible que puedan ser los hechos, e incluso por más flexible que pueda resultar el empleo de los materiales jurídicos, es difícil prescindir de las exigencias que la jerarquía del orden jurídico impone, la cuestión de las definiciones legales,⁴³² los requerimientos de interpretación jurídica y lenguaje,⁴³³ entre otros, que requerirían un tratamiento más extenso. Una incorporación más seria de estos elementos, nos daría mayores herramientas para valorar en qué puntos es vulnerable la neutralidad judicial.

Lo que sí es de rescatarse de la postura de Kennedy, es la influencia recíproca entre el campo y la sentencia a la cual quiere llegar el juzgador, y como se entabla esa lucha (hasta cierto punto imaginaria), entre el juzgador y el sentido de la ley, a partir de la influencia normativa que siente del campo jurídico, que como se pueden apreciar, son parte de los aspectos emocionales que se presentan dentro de la adjudicación judicial.

⁴²⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 139-142.

⁴³⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 141.

⁴³¹ Cfr. *Ibidem*, p. 185.

⁴³² Véase Mendoca, Daniel, *Las Claves del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 111-123.

⁴³³ En relación con los problemas de lenguaje, Véase Holland, James y Webb, Julian, *Learning Legal Rules*, 7th edition, New York, Oxford University Press, 2010, pp. 136-141.

iii. Reconfiguración del campo jurídico

La reconfiguración del campo jurídico, busca justificar mediante un argumento deductivo la sentencia deseada, y dar la apariencia de que ésta era un resultado querido y deseado por el orden jurídico. Dicha reconfiguración se basa en la cuestión fáctica y la jurídica, referente a las reglas jurídicas a aplicar. Como auxiliares en esta labor los argumentos deductivos y de conveniencia pública que son los que darán cohesión a la reconfiguración del campo.

Por lo que concierne al ámbito de las normas jurídicas, la oportunidad para la reconfiguración se ubica en el área gris de las reglas jurídicas. Precisamente esta área gris, en la perspectiva de Kennedy tiene lugar en aquellas áreas en las cuales los términos del arreglo o compromiso de los argumentos de conveniencia pública –que suponen las reglas jurídicas- no son del todo claros.⁴³⁴

Con todo ello, el juzgador al aplicar las estrategias jurídicas, deberá sacar provecho de estas áreas para hacer avanzar su proyecto vital, o si se quiere, su sentido de la justicia.

Vinculado con lo anterior, encontramos que existe un universo entero de interpretación, a través del cual se puede llegar de la norma a los hechos, y en el cual la aplicación de la regla jurídica, representa implica un proceso social, y de alguna manera un proceso subjetivo.⁴³⁵ Se busca así, ajustar los hechos del caso a la norma jurídica que el juez estima mejor regularía la situación.

En este contexto de aplicación de la regla que mejor estime regula el caso, se valdrá de las “piezas de argumentos” extraídas de la ley, que emplea, selecciona y modifica el argumentador jurídico, y bajo los cuales se externa el argumento jurídico que justifique la elección⁴³⁶ de la regla jurídica que el juzgador

⁴³⁴ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, op. cit., nota 77, p. 111.

⁴³⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 216-217.

⁴³⁶ Para Kennedy, la elección de las normas, refiere a una cuestión de ponderación, en el entendido de que dicha norma es la que mejor combina o equilibra las consideraciones normativas en conflicto. En esta tesitura, la norma, más que una conclusión, representa un vector o una “resultante”, más que una conclusión que siempre estuvo implícita en determinado principio o directriz. Kennedy al efecto destaca que a efecto de legitimar la ponderación, las consideraciones a invocar deben cumplir dos condiciones: 1) Deben extraerse de los materiales jurídicos (su referencia es a modo de “piezas de argumentos”) y 2) Deben ser “universalizables”, esto es,

estime conveniente. La construcción de un argumento jurídico de esta naturaleza, conlleva la búsqueda del léxico –o colección de signos-, y las reglas para producir un significado.⁴³⁷ Esta argumentación a partir de “piezas de argumentos” contenidas en la ley, nos muestra como en general el aplicador de las normas, se puede valer de cualquier recurso –llámese lenguaje, fragmentos de la ley, etc.- para construir un argumento jurídico que justifique la aplicación de la regla.

Otro de los aspectos que deberá cuidar el juzgador es el buscar modelar el campo jurídico, de tal manera que parezca un campo minado, y que represente el reflejo de la necesidad jurídica,⁴³⁸ en el cual los límites y las fronteras estén bien dispuestos, las decisiones judiciales coherentes y sus pendientes de conveniencia pública bien definidos. De lograr la configuración minada del campo jurídico, será posible convencer a la audiencia de que el proceso de la toma de decisión corresponde a un sencillo ejercicio de aplicación de la norma, esto es, un caso que se decide solo, que es lo que finalmente se busca con la argumentación jurídica.⁴³⁹

A la estrecha visión de configuración de un campo minado, la sentencia además, requiere del seguimiento de los principios propios de la racionalidad práctica, como son el principio de universalidad o de justicia formal, de consistencia y coherencia,⁴⁴⁰ que den la apariencia de que se han seguido los procedimientos racionales para emitir una decisión de esta naturaleza, y con ello generar cierto convencimiento en el mundo de los juristas. Encontramos en este punto, una nueva restricción que se pone al juzgador consistente en la necesidad

formalmente deben ajustarse a los intereses de todos, frente a aquellos particulares. La crítica a a ponderación, la enuncia Kennedy, en el sentido de que se ha considerado como el “Caballo de Troya” de la ideología, y en este sentido, la ponderación ha resultado un procedimiento controversial, del que poco se ha discutido la frecuencia en la que ésta debe ser empleada, al no haber alternativas adicionales. Cfr. Kennedy, Duncan, “A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law”, en Brownsword, Roger, *et. al* (ed.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2011, pp. 190-191.

⁴³⁷ Cfr. Kennedy, Duncan, “A Semiotics of Critique”, *op. cit.*, nota 222, p. 1178.

⁴³⁸ La construcción de la necesidad jurídica (por oposición a una moral o política filosófica), requiere tanto de argumentos deductivos, como no deductivos, ante el inevitable margen de elección que se abre ante la existencia de lagunas, conflictos y ambigüedades en las normas jurídicas. Cfr. Kennedy, Duncan, “A Semiotics of Legal Argument”, *op. cit.*, nota 385, pp. 319-321.

⁴³⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 169.

⁴⁴⁰ Cfr. Atienza, Manuel, *Tras la Justicia. Una Introducción al Derecho y al Razonamiento Jurídico*, *op. cit.*, nota 317, pp. 126-128.

de ajustarse a los cánones racionales para emitir su sentencia, por mucho que ésta haya sido concebida bajo un proyecto vital.

Debidamente comprendidos los alcances de esta restricción, el juzgador puede ver una oportunidad en la exigencia de dichos principios para dar un mayor sustento a la sentencia deseada, si es que ésta no se opone significativamente a las exigencias racionales. Con ello, vemos que el campo sobre el cual tiene que trabajar el juzgador no es solamente un campo jurídico, propiamente dicho, sino que además tiene que trabajar sobre el campo racional, en aras de lograr la sentencia deseada.

Un tercer factor a considerar para ajustar el sentido de la sentencia, es aparentar que con ésta, se siguen las exigencias que el propio contexto social, político, cultural y económico en el cual se dicta la sentencia, lo que nos evidencia la vinculación con la manera en que se construye un campo en una época en particular.⁴⁴¹ Tenemos así un tercer campo, sobre el cual tiene que trabajar el juez, que buscará dar una respuesta social a los problemas concretos, generar un convencimiento a la sociedad de que el sentido de la decisión es el adecuado.

Así entonces, la reconfiguración del campo jurídico, si bien exige que su mayor parte esté basado en el conjunto de normas, precedentes y argumentos jurídicos, también lo es que guardan una relación con la racionalidad propiamente dicha, así como con factores extrajurídicos, que exijan la actuación y respuesta del derecho a un problema en particular.

Por ello, es que son tan importantes las estrategias jurídicas, en atención a que éstas son las que permitirán alcanzar ese campo minado, que cierre esa brecha de obvedad, del deseo del juzgador de llegar a la sentencia deseada, que podrá lograrse a medida que se dé una escasa perturbación de los elementos que componen el campo jurídico.⁴⁴² Es así como las estrategias jurídicas, permitirán crear la apariencia de que la sentencia fue una exigencia racional del derecho, cuando en la realidad, tan sólo se empleó la argumentación jurídica para dar esa sensación.

⁴⁴¹ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, op. cit., nota 77, p. 195.

⁴⁴² Cfr. *Ibidem*, p. 175.

Aunado a lo anterior, las estrategias jurídicas nos invitan a reflexionar en torno a la posición concreta del juzgador en la adjudicación judicial, posición que depende de cuatro factores, a saber: el proyecto vital del juez, el cuerpo de material jurídico, los hechos que rodean al caso y el trabajo que el juez realice con ese material y esos hechos, que en conjunto implican una labor si bien riesgosa, también permiten ganar credibilidad.⁴⁴³

La noción de un campo minado, en los términos que nos introduce Kennedy, nos genera la idea de que, por más “justos” y “oportunos” que puedan ser los proyectos vitales del juzgador, en todo momento se requiere de un criterio formal que permita justificar dichas intenciones. Empero, dicha aplicación, no es tan mecánica como parece, después de todo se encuentra precedida por una serie de apreciaciones y técnicas que pretenden cubrir ese sentido de la justicia o proyectos vitales del juzgador. Es así cómo a través de la argumentación jurídica, se busca llegar a ese campo minado, que dé la justificación extrínseca a la sentencia deseada.

Lo expresado en el presente numeral, nos refleja los pasos y tácticas que el juzgador emplea para decidir en aras de llegar a la sentencia deseada. Como se ha indicado en el presente apartado, esencialmente Kennedy, opta por señalar la reformulación de hechos y reglas jurídicas, con el respectivo empleo de argumentos deductivos y de conveniencia pública, para lograr su cometido, de suerte que la decisión parezca como algo jurídicamente necesario.

Sin duda, Kennedy es omiso en incluir dentro de la argumentación jurídica, aspectos tales como la gran diversidad de argumentos que se pueden invocar⁴⁴⁴ o los principios jurídicos, y ya no se diga de las pruebas y razonamientos jurídicos que pueden invocar los abogados de las partes. Aún más, parece demasiado limitada la versión de estrategias jurídicas de que habla Kennedy en sus escritos, incluso si éstas se contextualizan en un caso hipotético concreto.

⁴⁴³ Cfr. *Ibidem*, pp. 212-213.

⁴⁴⁴ Para una enunciación de los múltiples argumentos jurídicos que se pueden invocar y la posible dificultad en su invocación –ante la vaguedad e incompatibilidad de los argumentos–, Véase Mendoca, Daniel, *Las Claves del Derecho*, op. cit., nota 432, pp. 166-172.

Más allá de determinar si las estrategias mencionadas, en los términos a que alude Kennedy, son correctas o no, lo que se pretende enfatizar es que el aspecto subjetivo del juzgador, también juega un papel importante en la argumentación jurídica, no sólo en tanto que determina el sentido de la sentencia a seguir, sino que además, incide en cómo se perciben los materiales jurídicos y el campo jurídico en general, y a partir de ello, cómo se les puede dar un significado particular, que evidentemente no puede dejar de lado los requerimientos y exigencias jurídicas.

Así entonces, lo que nos ofrece Kennedy es una explicación de cómo desde el ámbito subjetivo –contenido de ideología, proyectos y aspiraciones, que cualquier humano posee- se puede construir un argumento formal –a partir de la percepción del auditorio de lo *necesario* que es el derecho-, que justifique la decisión deseada.

Sin duda, este esfuerzo por construir un argumento de esta naturaleza, está sujeta a múltiples restricciones que impone el propio derecho, que va más allá de una norma jurídica en particular y de argumentos deductivos y de conveniencia pública para justificar una decisión y reconstruir el campo jurídico. En este punto, la perspectiva de Kennedy, suele ser deficiente, al omitir considerar aspectos racionales y técnicos, tales como la lógica formal, los principios jurídicos, la diversidad de argumentos jurídicos a emplear, el lenguaje y conceptos jurídicos que igualmente inciden en la decisión judicial, a los cuales habría aún que añadir cuestiones vinculadas con la ideología que acepte el juez en la decisión judicial y la cultura jurídica elemental,⁴⁴⁵ amén de la propia naturaleza material, como acontece con los derechos fundamentales.

En sí prácticamente son más las restricciones que aparecen al juzgador en la adjudicación judicial, que aquellas que Kennedy considera. Sin embargo, frente a la solidez y rigidez implícitas en esta dinámica restrictiva, también se erige la subjetividad del juzgador, que puede ser lo suficientemente hábil para emplear y moldear los materiales jurídicos, en aras de seguir sus propios intereses.

⁴⁴⁵ Véase Wroblewski, Jerzy, *Sentido y Hecho en el Derecho*, México, Fontamara, 2001, pp. 318-323.

De cualquier manera, la aceptación de la incidencia de la subjetividad del juzgador en la argumentación jurídica, nos permite dimensionar y reconsiderar tal actividad en su vertiente ética, y considerar cuáles son las motivaciones de actuación al juzgador, y junto con ello valorar las razones que subyacen en dichas motivaciones. Así entonces, la argumentación jurídica no sólo requiere de una consideración jurídica –lógico y material-, y retórica, sino que además, se encuentra vinculado con una cuestión ética, que los juzgadores asumen.

El escepticismo, entonces, no radica en el Derecho como tal, ni en la racionalidad jurídica, sin duda que éstos son elementos indispensables para garantizar el orden, seguridad y armonía sociales. El escepticismo, radica en los individuos encargados de la aplicación de la norma jurídica, en los juzgadores, cuya ideología, prejuicios y proyectos, en la mayor parte de los casos están lejos de un compromiso social. Mas esa desconfianza que pueden generar los juzgadores, nos abre una oportunidad en el derecho, tanto en desde la perspectiva de la racionalidad jurídica, como desde la perspectiva de la educación jurídica, a efecto de que fijar mayores restricciones a las inclinaciones del juzgador, a través de la racionalidad de la legislación, mecanismos protectores de los derechos fundamentales, instituciones sólidas, entre otros, en las que se tenga como referencia al individuo,⁴⁴⁶ a la vez de que se inculquen valores y principios que encaucen debidamente la adjudicación judicial.

En este sentido, si bien se tiene que seguir avanzando en el estudio y perfeccionamiento de las instituciones jurídicas, que garanticen una auténtica seguridad y armonía social, dicho estudio tiene que estar acompañado de una óptima selección de los juzgadores, en función de su genuino y convencido compromiso social (y no por contactos o “herencia”), que sea capaz de que a través del derecho, pueda conducir las aspiraciones y anhelos de la sociedad, y luchar por esa armonía, paz, bienestar y seguridad que exigen nuestros tiempos.

⁴⁴⁶ Roberto Mangabeira Unger, se inclina a optar por un mayor acercamiento entre los jueces, y en general, los juristas, con la voz del ciudadano y la democracia, como una manera de favorecer los proyectos democráticos. Cfr. Unger, Roberto Mangabeira, *What Should Legal Analysis Become?* *op. cit.*, nota 307, pp. 110-113.

III. EL HORIZONTE DE LA SENTENCIA DESEADA

1. *La esencia de la argumentación jurídica como el residuo fenomenológico*

Interesante resulta el esfuerzo que hace Kennedy, por tratar de privilegiar el polo subjetivo de la adjudicación judicial, en aras de hacer una crítica a la neutralidad judicial. En ese sentido, es de destacarse la inclusión de elementos de análisis como la percepción del campo, la aproximación del juzgador con los materiales jurídicos, las habilidades, ingenio y experiencia del juzgador, amén de las motivaciones que tiene el juzgador para actuar, aspectos que generalmente se suelen subestimar en el análisis teórico del razonamiento jurídico.

Bajo este panorama, Kennedy pretende llamar la atención, de que el análisis jurídico, requiere no solo de la comprensión del material jurídico, sino que también se extiende a la cultura de los jueces, la cual nos permite valorar cómo se construirán los campos jurídicos y cuánto trabajo creen que les implicará realizar las distintas manipulaciones del campo.⁴⁴⁷ A partir de lo anterior, el profesor de Harvard, nos invita a desarrollar una psicología social que permita describir significativamente la manera en que una judicatura, con una serie específica de compromisos políticos, interactuaría con ciertos campos que los jueces perciben con poder normativo en direcciones específicas.⁴⁴⁸

En este orden de ideas, el seguimiento de la postura de Kennedy, abre líneas de investigación alternativas, a partir de la subjetividad del juzgador, de suerte de que no sólo se cuestionen, o mejor dicho, reconsideren los pilares sobre los que se asienta el derecho, sino que también sea posible anticipar el comportamiento y actuación que tendrán los jueces en su actuar, a partir de ciertas circunstancias políticas, económicas, sociales y culturales, aspecto que además nos permite vincular distintas disciplinas y áreas al análisis del derecho.

Al interés teórico anteriormente mencionado, hemos de agregar, la trascendencia que institucionalmente reviste el análisis de la subjetividad del

⁴⁴⁷ Cfr. Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial: Una Fenomenología Crítica*, op. cit., nota 77, p. 213.

⁴⁴⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 214.

juzgador, ya ante la inmanencia de la maldad, egoísmo, influencias y posibles presiones y deficiencias del poder político,⁴⁴⁹ que puedan enfrentar estos individuos, se hace necesario contar con leyes que fijen, concreta y claramente, los fines –fundados en valores- a los que debe aspirar el derecho,⁴⁵⁰ tendientes a dar respuesta a las necesidades sociales y garanticen una efectiva protección al individuo, que en conjunto puedan impedir el avance de cualquier desviación que pretenda imponer el juzgador. Las medidas institucionales tendrán repercusión en el contexto de las restricciones de la decisión judicial.

Así entonces tanto teórica como legalmente resulta necesaria la comprensión del aspecto subjetivo de los operadores jurídicos, al permitir prever las posibles actitudes a asumir ante un problema jurídico determinado, a la vez que permite tomar las medidas institucionales y jurídicas que impongan límites y restricciones a los egoístas y complejos deseos que el juzgador pueda tener.

En ese tenor, sería menester profundizar en torno al intento de empleo del método fenomenológico, que conduzca al conocimiento de esencia de las cosas – el conjunto de notas constantes que nos permite conocer un objeto como tal,⁴⁵¹ en

⁴⁴⁹ Históricamente existe una multiplicidad de ejemplos en los cuales se constatan las consecuencias de prescindir de un órgano legislativo, ante la idea de generar una comunidad capaz de autorregularse por sí misma. En estos supuestos, las presiones ideológicas del poder político se hacen presentes en los órganos administrativos y judiciales, con el consecuente riesgo para la protección de los individuos y el imperio de la ley. Véase Unger, Roberto Mangabeira, *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, op. cit., nota 390, pp. 216-220.

⁴⁵⁰ Véase Engisch, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1967, pp. 38-59.

⁴⁵¹ La fenomenología se considera como la ciencia de las esencias, las cuales están constituidas por el conjunto de notas constantes que permite reconocer un objeto como tal, y en general actúa en lo concreto. Surge así la intuición fenomenológica como una especie de contemplación o captación inmediata de los elementos esenciales de un objeto, cuyo método sigue tres fases: a) La actitud natural, que supone observar con atención toda suerte de cualidades, elementos que lo constituyen y recibir así de modo más natural y fiel, el fenómeno tal como se da, “recibir todo lo que se ofrece originariamente en la intuición tal como se ofrece”; b) La reducción eidética (paréntesis fenomenológicos), que supone abandonar la actitud natural e ingenua para practicar una selección entre los elementos esenciales y accidentales, y de esta manera ver con evidencia lo que puede darse en otro sujeto cognoscente. Se busca así poner a salvo la cosa de elementos empíricos, impuros (v. gr. las leyes de la ciencia y principios), que puedan enturbiar el proceso de destacar las notas esenciales; c) La percepción inmanente o reflexión fenomenológica, a partir de la unidad de cualidades que han permanecido inalterables pese a la reducción progresiva de las notas no esenciales, se busca un retorno a la conciencia empírica, para implicar que un objeto general, se encuentra presente siempre a través de una representación de un individuo cualquiera. Cfr. Larroyo, Francisco, “La fenomenología”, en Ziriñ Quijano, Antonio (comp.), *La Fenomenología en México. Historia y Antología*, México, UNAM, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Jintenjánfora Morelia Editorial, 2009, pp. 195-197.

este caso de las normas jurídicas, a partir de la subjetividad trascendental del juzgador,⁴⁵² con la correspondiente reducción fenomenológica, que busca aislar las vivencias absolutas y las esencias que pueden intuirse sobre la base de la mera intuición de esas vivencias.⁴⁵³ En este punto, sí se toma en consideración la percepción e intencionalidad del individuo, a efecto de determinar hasta qué grado éstas “contamina” un objeto en particular, pasado lo cual se procede a “ponerlas entre paréntesis”, y descubrir las cualidades que efectivamente le corresponden al objeto.⁴⁵⁴ Dicho de otro modo, el método fenomenológico, sí se interesa por adentrarse en las percepciones y apreciaciones de los individuos, en tanto sirvan como guía en la búsqueda de la esencia de las cosas, que en el caso que nos ocupan se puede reflejar en las normas jurídicas.

En este punto, sí sería interesante abordar todas las implicaciones que conlleva la subjetividad del juzgador en la adjudicación judicial, en tanto nos conduzcan a la esencia universalmente válida y las cualidades necesarias de las normas y principios jurídicos –que en su caso externaría propiedades muy distintas a aquellas percibidas por el individuo.

La búsqueda de la esencia de las normas jurídicas es tan sólo una de las líneas de investigación a seguir, a partir de la valoración de la incidencia de la subjetividad del juzgador en la tarea argumentativa, de donde se desprende que teóricamente sí es preciso profundizar en torno a las apreciaciones, percepciones e ideología de los juzgadores, en tanto que permitan horizontes distintos de análisis jurídico.

⁴⁵² En opinión de Wilhelm Szilasi, dentro de la fenomenología trascendental, la subjetividad trascendental, puede contribuir a demostrar los orígenes de la objetividad, a través de la elucidación de la posibilidad de un conocimiento objetivamente válido. Cfr. Szilasi, Wilhelm, *Introducción a la Fenomenología de Husserl*, op. cit., nota 335, pp. 53-54.

⁴⁵³ Cfr. Gaos, José, “Introducción a la fenomenología”, en Ziri6n Quijano, Antonio (comp.), *La Fenomenología en M6xico. Historia y Antolog6a*, op. cit., nota 451, pp. 268-270.

⁴⁵⁴ Al “poner entre par6ntesis” los correlatos intencionales de los actos conscientes del individuo, el mundo como tal, no difiere de significado, sino s6lo en la actitud del individuo, en el significado de la “trascendencia” que se sol6a atribuir. Se busca as6 el conocimiento trascendental, cuya validez es independiente del hecho de que sea experimentado o aceptado dicho significado por los sujetos. Aplicada la reducci6n, quedan los contenidos de los fen6menos y el lugar en donde 6stos aparecen, el ego trascendental, no-emp6rico, el sujeto puro del conocimiento, quien es el receptor de los fen6menos. El mundo as6 reducido, por ambos lados, puede ser investigado y puede revelar el secreto del significado del conocimiento humano. Cfr. Kolakowski, Leszek, *Husserl y la b6squeda de la certeza*, op. cit., nota 331, pp. 36-40.

2. Los criterios de corrección en el Derecho y su trascendencia en la decisión judicial

En el numeral anterior, se ha hecho referencia a las estrategias que puede emplear el juzgador en la adjudicación judicial, tendientes a lograr la sentencia deseada. Dichas estrategias pueden encontrar un terreno fértil de actuación, ante la relativa flexibilidad que ofrecen los materiales jurídicos, su habilidad y experiencia en el trabajo con el campo jurídico, amén de la convicción que tenga en impulsar un determinado proyecto vital, a través de las normas, argumentos y el razonamiento jurídico mismo.

Como se ha observado con antelación, la concepción de Kennedy del derecho, atiende a una noción meramente técnica, en la cual pareciera que lo único importante es realizar una justificación externa de la decisión judicial, sin importar si ésta atiende a una necesidad social o a un requerimiento moral. Esto último, parecería quedar a criterio del juzgador, quién decidirá el modo en el cual quiere encauzar su resolución, siempre en el debido marco de los materiales y razonamiento jurídico.

Sin embargo, aún y cuando sea una cuestión de técnica, no se puede dejar de lado la necesidad de que se establezcan criterios que éticamente respondan a las necesidades de la sociedad. Precisamente, ante los intereses egoístas de que puede ser objeto el derecho –favorecido por la flexibilidad que se puede percibir en ocasiones de los materiales jurídicos-, se requiere tanto de mecanismos como de criterios de corrección,⁴⁵⁵ que acerquen al derecho a una vocación de protección del individuo, y que eviten la utilización del derecho, para avanzar ideas o proyectos que pudieran representar una amenaza contra el individuo, o que en su defecto, busquen mantener el status quo.

Los criterios de corrección a los que se ha hecho referencia, nos permiten acercarnos aludir a un mayor nivel de exigencia de los juzgadores, en los cuales

⁴⁵⁵ Véase Alexy, Robert, *El concepto y validez del derecho*, trad. de Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 123-126.

no solamente se vea si en un momento dado siguieron las formalidades del derecho o no, y quedarnos únicamente en el marco de justificación,⁴⁵⁶ sino que incluso se haga extensiva esta responsabilidad para cuestionar la ideología que ha motivado su sentencia, en tanto ésta no responda a las necesidades de los grupos vulnerables de la sociedad.

Así entonces, vemos que los criterios de corrección son indispensables de considerar tanto en la legislación y administración pública, de suerte que proporcionen patrones de conducta de respeto al individuo, así como en la exigencia de la responsabilidad de los juzgadores, quienes en todo momento deben procurar el respeto y protección de la dignidad de los individuos, sin miramientos de ninguna clase política, social, económica o cultural.

3. Hacia una técnica con sentido social

La justicia, la armonía y compromiso social, son algunos de los anhelos que cualquier juez activista puede buscar. Mas en el derecho, tales ideales son vanas ilusiones, si no se acompañan de las técnicas jurídicas apropiadas para instaurar tales anhelos. Se requiere así de algo más que buenos propósitos para mejorar las condiciones sociales. Se presenta así la importancia de la técnica jurídica, sobre todo en una sociedad conflictiva y con diferencias irreconciliables.

En este sentido, de innegable trascendencia reviste la argumentación jurídica en nuestra sociedad actual. Ciertamente, la argumentación jurídica ha sido un medio pacífico –y racional-⁴⁵⁷ de solución de controversias, en un esfuerzo por superar las acciones violentas ante los inevitables conflictos que se puedan presentar en la sociedad. A ese interés por mantener las relaciones relativamente pacíficas entre los sujetos de derecho, tendríamos que agregarle aquella referida a

⁴⁵⁶ Acerca de la responsabilidad judicial, Véase Wroblewski, Jerzy, *Sentido y Hecho en el Derecho*, *op. cit.*, nota 445, pp. 323-335.

⁴⁵⁷ Al efecto, Chaim Perelman concebía dentro del ámbito argumentativo el esfuerzo permanente de los hombres de buena voluntad para formar una sociedad de espíritus libres y responsables, que descarte la violencia, y que se funde sobre la razón, es decir, a la vez sobre demostraciones racionales y sobre argumentaciones razonables. De esta manera, concebía que la apelación a la fuerza convincente del logos evitaría o haría superfluo el recurso a la fuerza física. *Cfr.* Perelman, Chaim, "El ideal de racionalidad y la regla de Justicia", *op. cit.*, nota 347, pp. 107-108, 207-208.

la posibilidad de efectuar cambios pacíficos a través del derecho hacia formas sociales más justas.⁴⁵⁸ Desde esta perspectiva, tenemos que la argumentación jurídica es a la vez un medio racional de preservación de la paz, a la vez que constituye un vehículo por virtud del cual el derecho puede realizar las transformaciones sociales, y lograr un progreso en el ámbito jurídico y social.

Conforme lo visto con antelación, un auténtico progreso en el ámbito jurídico, requiere de un binomio a seguir, que es por una parte de los cambios en los canales institucionales, y por la otra, juristas –e incluso la sociedad como tal– comprometidos con la justicia y las causas sociales.

La realidad es que la mentalidad de los juzgadores dista de esa intención por hacer avanzar un proyecto social y en beneficio de los demás. La carga de trabajo, la monotonía del trabajo en juzgados, amén del desinterés por los sectores más vulnerables de la sociedad, dificultan la realización de medidas encaminadas a la protección de los individuos, y sobre todo de aquellos sectores más vulnerables de la sociedad.

La enseñanza desde las aulas universitarias, debe asumir ese compromiso de vincular la técnica con el sentido social. En ese sentido, la propia educación jurídica deberá fomentar ese interés tanto por desarrollar un sofisticado y preciso razonamiento jurídico, como un compromiso en bien de los individuos.⁴⁵⁹ De esta manera todas las actividades que realice el egresado de la Licenciatura en Derecho, sea el litigio, asesoría, funciones legislativas y de la judicatura, así como la docencia y la investigación, estarán encaminadas tanto a difundir el conocimiento del derecho a la sociedad, lejos de esa complejidad que le caracteriza o fuera de esa marginalidad y aculturización,⁴⁶⁰ como a dar un servicio o cambio benéfico a la sociedad.

⁴⁵⁸ Véase Correas, Óscar, *Metodología Jurídica I. Una Introducción Filosófica*, México, Fontamara, 2007, pp. 229-236.

⁴⁵⁹ Véase Gordon, Robert W. "Distintos modelos de educación jurídica y las condiciones sociales en que se apoyan", en: Bullard, Alfredo y Couso, Javier A. (ed.), *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, pp. 199-208.

⁴⁶⁰ Sobre el desconocimiento (social) del derecho asociado por su complejidad, y por factores derivados de la marginalidad y aculturización, Véase Cárcova, Carlos María, *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 47-120, 165-179.

En este punto Kennedy, es claro en que la práctica jurídica no es del todo neutra, en tanto que siempre conlleva un proyecto, una postura o una ideología que los abogados tienen que seguir, con lo cual los abogados suelen ser algo más que técnicos en derecho, al dar forma a acuerdos, fabricar derecho, dar nuevas formas de vida social, completar lagunas, resolver conflictos y ambigüedades, entre otras, y en donde el deber del jurista radica en hacer prevalecer los buenos resultados, en beneficio de la sociedad.⁴⁶¹

De esta manera, vinculado con la técnica jurídica es menester considerar la dimensión ética que conlleva el respeto por el otro. Sólo hasta lograr integrar esas dos variables estaremos en posibilidad de garantizar la protección y respeto íntegro de los individuos.

Como se ha podido constatar en el presente capítulo, el desarrollo de la labor argumentativa, se atribuye en gran medida a los objetivos del juzgador, en tanto que determine el sentido deseado de la decisión judicial y las estrategias jurídicas que permitan alcanzarla. En este orden de ideas, encontramos que las posibilidades de actuación dentro del derecho, son más amplias de lo que se pudiera esperar, y que el jurista tiene a su alcance múltiples herramientas para actuar a través del derecho, y en donde desde luego, lo deseable es que la intervención que en su momento efectúe el jurista tienda a la protección, desarrollo y salvaguarda del individuo.

Así entonces, el desarrollo de la sociedad, a través del derecho, se manifiesta como un aspecto inacabado, que requiere de la buena disposición del jurista para colaborar con las causas sociales más apremiantes, en la consolidación de un orden pacífico, armónico, tolerante y progresista.

⁴⁶¹ Cfr. Kennedy, Duncan, "La Responsabilidad de los Abogados por la Justicia de sus Casos", trad. de Luciana Ekmekdjian, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, Buenos Aires, Año 6, Número 12, 2008, pp. 139-140.

CONCLUSIONES

La presente investigación nos ha permitido explorar la trascendencia de las percepciones, valoraciones y actitudes del jurista, tanto por lo que concierne a la manera en que se pensar y enseñar sobre el derecho, como en la manera en la cual se determinan el tipo de estrategias jurídicas a seguir en aras de llegar a un resultado deseado, bajo el marco de las normas y razonamiento jurídico.

El esquema anterior nos ofrece un elemento de análisis particular, que nos permite adentrarnos en el margen de actuación del individuo dentro de la actividad jurídica, el cual puede o bien ofrecer grandes esperanzas en la labor de la defensa de un orden justo y equitativo, con la debida protección de los grupos sociales más desprotegidos, sujeto al compromiso social que tenga el jurista, o bien nos permite prepararnos a enfrentar el desencanto que se produce el hecho de que la vulnerabilidad y egoísmo humano, imposibiliten la concreción y materialización de los ideales jurídicos. Se obtiene así una perspectiva en la cual los efectos del derecho, se vinculan con los intereses e ideología que pretenda defender el operador jurídico.

Del vínculo entre el derecho y el sujeto, se desprenden tres aristas que nos invitan a seguir en esta tarea de considerar el aspecto humano en el derecho, y que son por un lado, el desarrollo de una teoría del derecho a partir de las vivencias del jurista; la apreciación de la vulnerabilidad del derecho, en tanto operada por humanos, guiados por determinados intereses, y la invitación a profundizar en el estudio de la argumentación jurídica bajo la perspectiva ética e histórica, así como en la formulación de un modelo de argumentación jurídica, a partir de la subjetividad del juzgador, aspectos que se describen a continuación.

Por lo que concierne, al desarrollo de una teoría del derecho a partir de las vivencias del jurista, éste nos evoca la importancia que adquiere el no limitar el conocimiento del derecho exclusivamente a la lectura exhaustiva de los libros, ya que si bien es una parte fundamental a efecto de tener un marco teórico conceptual que nos permita explicar el derecho y apreciar los valores y objetivos

que se debieran perseguir por su conducto, aún es preciso tener una vinculación, tanto con los problemas de la sociedad, como aquellos de la práctica jurídica.

En esta tesitura, será posible contar con una explicación fidedigna del derecho, que proporcione una explicación a la vulnerabilidad de que pueda ser objeto derivado de la ideología e intereses, bajo los cuales se conduzca el juzgador o el legislador. De igual forma, el derecho vivido nos puede brindar una mayor sensibilidad de la situación y necesidades sociales que requieren la actuación del derecho mismo y las limitaciones que éste tiene para dar respuesta y solución a una problemática en particular, sobre todo ante la concurrencia de elementos de carácter político, económico, social y cultural, que el derecho no puede abarcar en su totalidad.

El acercamiento a la práctica jurídica cotidiana y a la sociedad, nos permitirá igualmente, dar seguimiento a la incesante tarea de cuestionar el derecho, tanto en la consideración de las razones y consecuencias que conlleva la separación entre los ideales del derecho y lo que realmente sucede en la práctica, como en la valoración de la necesidad de incorporar nuevos ideales a seguir con el correspondiente reconocimiento de los mismos en las normas jurídicas, tendientes a garantizar su protección y reconocimiento.

Las vivencias del jurista, por último, permitirán adquirir una conciencia jurídica propia que explique al derecho y formule soluciones a partir de la problemática y necesidades que subyacen en una realidad social determinada, y así estar en aptitud de desarrollar un pensamiento jurídico propio y original, que permita un intercambio plural de ideas y soluciones. Al efecto, la participación del abogado practicante en la construcción de una teoría vivencial del derecho, es de fundamental importancia, al ser el grupo que se enfrentan a esa compleja realidad jurídica, en la defensa aceptada, libre y convencida de ciertos ideales.

El segundo punto que nos interesa destacar a partir de la consideración de la subjetividad del operador jurídico, es el relativo a la apreciación de la vulnerabilidad del derecho, reflejada en la creación y aplicación de las normas jurídicas, a cargo de individuos guiados por determinados intereses y bajo cierta ideología, que desde buscarán canalizar en el ámbito jurídico, a través de

estrategias argumentativas en la decisión judicial, pese a que su conducta debería estar ajustada a un marco de la neutralidad, independencia e imparcialidad.

Más allá del escepticismo y desconfianza que nos genera el depositar en simples humanos la labor de dar un orden y armonía a la sociedad, la investigación en comento, nos arroja una serie de ámbitos de reflexión que podríamos retomar con la finalidad de atenuar los efectos de la inestable y egoísta naturaleza humana en la creación y aplicación de las normas.

Sobre el particular, podemos ubicar dos ámbitos de reflexión, que pudieran ser auxiliares en la limitación de la voluntad del operador jurídico, que sólo busca satisfacer intereses egoístas, y que son, en primer lugar el esfuerzo conjunto de los abogados, la sociedad, las instituciones y representantes del poder público de continuar con el desarrollo de restricciones materiales y procedimentales, que dificulten la posibilidad de externar, fijar y ocultar por las vías jurídicas las inclinaciones humanas.

Algunas de las restricciones que podríamos tomar en consideración, son la adecuada técnica legislativa, con la debida protección y consideración a los individuos; la exigencia de mayores estándares en la selección de juzgadores, en donde no sólo se consideren los conocimientos jurídicos, sino también los valores arraigados en estos sujetos; control y vigilancia continua a los juzgadores, por parte de la comunidad jurídica y de la sociedad; la imposición de responsabilidades a los juzgadores en tanto que su ideología no se ajuste a valorar el bien común, la protección y desarrollo del individuo, entre otros, que desde luego ameritarían un tratamiento más detallado.

Lo que en todo caso, pretendemos dejar asentado, es el imperativo que adquiere el reconducir debidamente la actuación de los operadores jurídicos, a efecto de que las guías de conducta estén enfocadas al bien común, y sea éste el único factor admisible para actuar a través del derecho.

En segundo lugar, se busca trabajar en el ámbito de la educación jurídica, en la cual no sólo se busque la enseñanza avalorativa de la técnica y razonamiento jurídico, sino que ésta se involucre con la transmisión y fomento de valores, así como una preocupación y vinculación con la sociedad, de manera que

más allá de simulaciones y aparentes preocupaciones por la sociedad, sea posible garantizar que la práctica jurídica se destine a la protección, desarrollo y bienestar de la sociedad en general, a través del derecho.

Ciertamente es inútil que el estudiante, abogado, y si se quiere el legislador y el juez tengan buenas intenciones para con la sociedad, si carecen de la técnica jurídica necesaria para hacerlas valer, y viceversa, resulta preocupante inculcar únicamente técnicas y herramientas de razonamiento jurídico, si se carece de un compromiso social, ya que en esta última hipótesis, lo único que se genera es la legitimación del poder y dominación.

Así entonces, lo que se pretende con el reconocimiento de la vulnerabilidad a la que está expuesto el derecho, por depender de las inclinaciones e intereses egoístas de los encargados de su aplicación, es continuar con la interminable búsqueda y construcción de normas jurídicas, canales institucionales, procedimientos, técnicas y teorías del razonamiento, que conduzcan la actividad jurídica al bienestar de la sociedad. La perspectiva en comento, pretende reconducir y asociar la práctica jurídica con la búsqueda del bien común.

El tercer y último aspecto que nos interesa destacar del presente trabajo, es la identificación de tres líneas de investigación, que podrían retomarse a partir del reconocimiento de la incidencia de la ideología del juzgador en la decisión judicial.

La primera de las líneas de investigación a considerar, es en torno a la apreciación de la argumentación jurídica como argumentación ética, a efecto de ver cómo inciden los valores arraigados en el individuo al dar razones de su actuación, así como apreciar y analizar el empleo de las estrategias jurídicas y el tipo de argumentos invocados para llegar a la sentencia deseada, que nos permita tener una visión amplia de la creatividad, precisión y riqueza que ofrece la argumentación jurídica.

Del mismo modo, se identifica una línea de investigación tendiente a analizar desde la perspectiva histórica los cambios del proceso de argumentación jurídica con el paso de los años, a partir del reconocimiento de la presencia ideológica en la decisión jurídica. Con ello tendremos una perspectiva sistematizada y especializada del desarrollo de la argumentación jurídica a partir

de realidades concretas, con la finalidad de ayudarnos a comprender cómo opera en nuestros días la práctica argumentativa, a partir de nuestra situación política, económica, social y cultural.

La línea de investigación en comento, nos permitirá tener una visión comparada entre la explicación de la argumentación jurídica en las distintas épocas históricas, como una visión de la manera en que dicha actividad se desarrolla en distintas tradiciones jurídicas, cada una con sus particulares formas de alcanzar un orden y armonía en la sociedad, a partir de lo cual sea posible valorar el horizonte que nos ofrece la argumentación jurídica, e identificar las herramientas técnicas y valores requerimos incorporar a dicha práctica.

La tercera línea de investigación que se propone es la construcción de un modelo de argumentación jurídica, en la cual se tome en consideración el aspecto subjetivo del juzgador, esto es, sus apreciaciones, objetivos, inclinaciones, proyectos e ideología, en la cual sea posible encauzar dicho aspecto a favor de la sociedad como tal.

Desde luego, que habría que fijar criterios para determinar cómo medir la subjetividad del juzgador en la resolución judicial, que si bien corresponde en estricto rigor a otras disciplinas como la psicología o la filosofía, no menos cierto es que el derecho debe retomar las aportaciones que nos han efectuado por las distintas áreas del saber, para profundizar en su conocimiento, y realizar propuestas plausibles a la problemática que enfrenta. Esta situación, nuevamente nos lleva a retomar la idea de que el derecho no puede estar aislado, sino que su comprensión está sujeta a factores tan diversos como lo es la política, económica, social y cultural.

Así entonces, la exploración del ámbito subjetivo de los operadores jurídicos, nos permitirá adquirir cierta sensibilidad del derecho tanto frente a la sociedad como dentro de la práctica jurídica, que conducirá a la identificación de las necesidades y problemática social y jurídica, con las posibles soluciones para enfrentar las anomalías que aquejan aquéllas. Igualmente, dicho ámbito subjetivo, nos permitirá alcanzar un nivel distinto de racionalidad, en el cual se considere la esfera de las percepciones, sentimientos e inclinaciones humanas.

Por lo anteriormente expuesto, se concluye que el análisis de las percepciones, sensaciones, apreciaciones, inclinaciones y valoraciones del jurista nos conduce a una comprensión integral del derecho, en la cual sea posible tanto conocer la esencia del objeto de estudio propio del derecho, como contextualizar los obstáculos que la propia naturaleza humana impone al logro de los ideales de la racionalidad jurídica y de la consecución de la justicia y bien común, con base en lo cual será posible apreciar el margen de posibilidades de actuación con que cuenta el jurista. Desde esta perspectiva, estaremos en posibilidad de brindar explicaciones y soluciones más plausibles a los problemas de la sociedad desde el ámbito jurídico, que incidan en una convivencia armónica y pacífica.

FUENTES CONSULTADAS

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert, *El concepto y validez del derecho*, trad. de Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1994.

Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*. trad. de Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Althusser, Louis, *Ideología y aparatos ideológicos de Estado. Práctica teórica y lucha ideológica*, México, Grupo Editorial Tomo, 2008.

Astrada, Carlos, *Fenomenología y praxis*, Buenos Aires, Ediciones Siglo Veinte, 1967.

Atienza, Manuel, *Contribución a una Teoría de la Legislación*, Madrid, Civitas, 1997.

Atienza, Manuel, *El Derecho como Argumentación. Concepciones de la Argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.

Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.

Atienza, Manuel, *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, Editorial Civitas, 1986.

Atienza, Manuel, *Tras la Justicia. Una Introducción al Derecho y al Razonamiento Jurídico*, Barcelona, Ariel, 2003.

Atiyah, P.S. y Summers, Robert S., *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

Bech, Josep María, *De Husserl a Heidegger. La transformación del pensamiento fenomenológico*, Barcelona, Ediciones Universidad de Barcelona, 2001.

Bell, David, *Husserl*, London, New York, Routledge, 1991.

Bodeheimer, Edgar, *Teoría del Derecho*, 2ª edición, trad. de Vicente Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

Brinkley, Alan, *Historia de Estados Unidos. Un país en formación*, 3ª edición, trad. de Carlos Julio Briceño y Félix A. Esquivia M, México, McGraw-Hill Interamericana, 2003.

Calvo García, Manuel, *Teoría del Derecho*, 2ª edición, Madrid, Editorial Tecnos, 2004.

Cárcova, Carlos María, *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998.

Comanducci, Paolo, *Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo*, trad. de Pablo Larrañaga, México, Distribuciones Fontamara, 2009.

Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y Economía*, 2ª edición, trad. de Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 2008.

Correas, Óscar, *Metodología Jurídica I. Una Introducción Filosófica*, México, Fontamara, 2007.

Correas, Óscar, *Sociología del Derecho y Crítica Jurídica*, México, Fontamara, 1998.

Dartigues, André, *La fenomenología*, trad. de Josep A. Pombo, Barcelona, Editorial Herder, 1981.

Dworkin, Ronald, *El Imperio de la Justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, trad. de Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1986.

Dworkin, Ronald, *Justice for Edgehogs*, Cambridge, London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2002.

Dworkin, Ronald, *Virtud Soberana. La teoría y práctica de la igualdad*, trad. de María Julia Bertomeu y Fernando Aguiar, Barcelona, Paidós, 2003.

Engisch, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1967.

Engle Merry, Sally, "Pluralismo Jurídico", en: Engle Merry, Sally, Griffiths, John y Tamanaha, Brian Z., *Pluralismo Jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

Ferrer Santos, Urbano, *La trayectoria fenomenológica de Husserl*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2008.

Fitzpatrick, Peter, *La Mitología del derecho moderno*, trad. de Nuria Parés, México, Siglo XXI Editores, 1998.

Frank, Jerome, *Derecho e Incertidumbre*, trad. de Carlos M. Bidegain, 3ª edición, México, Fontamara, 2001.

Friedman, Lawrence M., *Introducción al Derecho Norteamericano*, trad. de Joan Vergé i Grau, Zaragoza, Librería Bosch, s/a.

Friedrichs, David O., *Law in our lives. An introduction*, 2nd edition, L.A. California, Roxbury Publishing Co., 2006.

Galiana Saura, Ángeles, *La Legislación en el Estado de Derecho*, Madrid, Dykinson, 2003.

García Villegas, Mauricio, *Sociología y Crítica del Derecho*, México, Fontamara, 2010.

Goodrich, Peter, *Oedipus Lex. Psychoanalysis, History, Law*, Berkeley, Los Angeles, London, University of California Press, 1995.

Gordon, Robert W. "Distintos modelos de educación jurídica y las condiciones sociales en que se apoyan", en: Bullard, Alfredo y Couso, Javier A. (ed.), *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.

- Grimm, Dieter, *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*, trad. de Raúl Sanz Burgos, Madrid, Editorial Trotta, 2006.
- Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003.
- Guastini, Riccardo, “La interpretación de la Constitución”, trad. de Santiago Ortega, en Ortega Gomero, Santiago (ed.), *Interpretación y Razonamiento Jurídico*, Lima, Ara Editores, vol. II, 2010.
- Gurwitsch, Aron, *El campo de la conciencia. Un análisis fenomenológico*, trad. de Jorge García Gómez, Madrid, Alianza Editorial, 1979.
- Hart, H.L.A. “Postscriptum”, en *La Decisión Judicial. El Debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo de Hombre Editores, 2002.
- Henretta, James A. *et. al.*, *America’s History*, 3th edition, New York, Worth Publishers, 1997.
- Hoerster, Norbert, *En defensa del Positivismo Jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Barcelona, Gedisa, 2000.
- Holland, James y Webb, Julian, *Learning Legal Rules*, 7th edition, New York, Oxford University Press, 2010.
- Ingram, David, *Law. Key Concepts in Philosophy*, New York, Continuum International Publishing Group, 2006.
- Jenkins, Philip, *Breve Historia de los Estados Unidos*, 3^a edición, trad. de Guillermo Villaverde López, Madrid, Alianza Editorial, 2009.
- Kaufmann, Arthur, *Filosofía del derecho*, 2^a edición, trad. de Luis Villar Borda y Ana María Montoya, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

Kennedy, Duncan, "A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law", en Brownsword, Roger *et. al.* (ed.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2011.

Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial. Una Fenomenología Crítica*, trad. de Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, 1999.

Kennedy, Duncan, "Thoughts on Coherence, Social Values and National Tradition in Private Law", en Hesselink, Martin J. (ed.), *The Politics of the European Code*, Amsterdam, Kluwer International Law, 2008.

Kennedy, Duncan, "Three Globalizations of Law and Legal Thought", en Trubek, David y Santos, Álvaro (ed.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, New York, Cambridge University Press, 2006.

Kennedy, Duncan, "Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen", *Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, trad. de Imer B. Flores y Roberto Vidal Sánchez, México, No. 2, 2008.

Kolakowski, Leszek, *Husserl y la búsqueda de la certeza*, trad. de Adolfo Murguía, Madrid, Alianza Editorial, 1975.

Kress, Ken, "Legal Indeterminacy", en Patterson, Dennis (ed), *An Anthology. Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden, Blackwell Publishing, 2003.

Kunkel, Wolfgang, *Historia del Derecho Romano*, trad. Juan Miquel, Barcelona, Ariel, 1999.

Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2ª edición, Barcelona, Ariel, 2001.

Lariguet, Guillermo, *Dogmática jurídica y aplicación de normas. Un análisis de las ideas de autonomía de ramas y unidad del derecho*, México, Fontamara, 2007.

Larroyo, Francisco, “La fenomenología”, en Ziri6n Quijano, Antonio (comp.), *La Fenomenologfa en M6xico. Historia y Antologfa*, M6xico, UNAM, Universidad Michoacana de San Nicol6s de Hidalgo, Jintenj6nfora Morelia Editorial, 2009.

Legendre, Pierre, “The Other Dimension of Law”, trad. de Yifat Hachamovitch, en Goodrich, Peter y Carlson, David Gray (ed.), *Law and the Posmodern Mind. Essays on Psychoanalysis and Jurisprudence*, Ann Harbor, Michigan, The University of Michigan Press, 1998.

Llewellyn, Karl N., *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, Chicago, University of Chicago Press, 1962.

MacCormick, Neil, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, New York, Oxford University Press, 2007.

MacCormick, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law. A theory of Legal Reasoning*, New York, Oxford University Press, 2009.

MacCormick, Neil, *Practical Reasons in Law and Morality*, New York, Oxford University Press, 2008.

Mendoca, Daniel, *Las Claves del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000.

Moral Soriano, Leonor, *El Precedente Judicial*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2002.

M6llerson, Rein, “From E Unum Pluribus to E Pluribus Unum in the Journey from an African Village to a Global Village”, en: Yee, Sienho y Morin, Jaques-Yvan (ed.), *Multiculturalism and International Law. Essays in Honour of Edward McWhinney*, Boston, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

Nieto, Alejandro, *Cr6tica de la Raz6n Jur6dica*, Madrid, Trotta, 2007.

Nieto, Alejandro y Gordillo, Agust6n, *Las limitaciones del conocimiento jur6dico*, Madrid, Trotta, 2003.

Nietzsche, Friedrich Wilhelm, *As6 hablaba Zaratustra*, trad. de Carlos Vergara, Madrid, Edaf, 1998.

- Nietzsche, Friedrich Wilhelm, *El crepúsculo de los ídolos o cómo se filosofa a martillazos*, trad. de José Mardomingo Sierra, México, Editorial Edaf, 2002.
- Nietzsche, Friedrich Wilhelm, *La Genealogía de la Moral*, trad. de Roberto Mares, México, Grupo Editorial Tomo, 2005.
- O'Sullivan, Eileen M., "Law and Chaos: Legal Argument as a non-linear process", en Lewis, Andrew y Lobban, Michael, *Law and History. Current Legal Issues 2003*, New York, Oxford University Press, 2004.
- Perelman, Chaim, *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1988.
- Pérez Lledó, Juan A, *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Editorial Tecnos, 1996.
- Pozzolo, Susanna, "Reflexiones sobre la Concepción Neoconstitucionalista de la Constitución", en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo, *El Canon Neoconstitucional*, Madrid, Editorial Trotta, 2010.
- Porto, Brian L., *The Craft of Legal Reasoning*, Fort Worth, Texas, Harcourt Brace College Publishers, 1998.
- Pressburger, T. Miguel, "El Derecho a favor de los sectores populares", trad. de María Eugenia Urrestarazu Silva, en De la Torre Rangel, Jesús Antonio (Coord.), *Derecho Alternativo y Crítica Jurídica*, México, Porrúa, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2002.
- Rielly, Edward J., *The 1960s. American Popular Culture Through History*, Westport, Connecticut, London, Greenwood Press, 2003.
- Robles Vázquez, Jorge, *Los Critical Legal Studies y la crítica a la educación jurídica en el Sistema Romano Germánico*, México, Tesis de Doctorado (Doctorado en Derecho) UNAM, Facultad de Derecho, 2010.
- Ruiz Manero, Juan, "Principios jurídicos", en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J, (comp.), *El Derecho y la Justicia*, Madrid, Trotta, 2000.

San Martín, Javier, *La Fenomenología de Husserl como utopía de la Razón*, Barcelona, Editorial Anthropos, 1987.

Schopenhauer, Arthur, *El Arte de tener razón expuesto en 38 Estratagemas*, trad. de Jesús Alborés Rey, Madrid, Editorial Alianza, 2002.

Segura Ortega, Manuel, *La Racionalidad Jurídica*, Madrid, Tecnos, 1998.

Sieckmann, Jan-R, *El modelo de los principios del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

Stammler, Rudolf, *Tratado de Filosofía del Derecho*, trad. de W. Roces, México, Ediciones Coyoacán, 2008.

Stein, Edith, *La Estructura de la Persona Humana*, trad. de José Mardomingo, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2003.

Stein, Edith, *Ser Infinito y Ser Eterno. Ensayo de una Ascensión al Sentido del Ser*, trad. de Alberto Pérez Monroy, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

Szilasi, Wilhelm, *Introducción a la Fenomenología de Husserl*, trad. de Ricardo Maliandi, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1973.

Toulmin, Stephen E., *The Uses of Argument*, New York, Cambridge University Press, 2003.

Twinning, William, "De nuevo, los hechos en serio", trad. de Raymundo Gama Leyva, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, No. 32, 2009.

Unger, Roberto Mangabeira, *Conocimiento y Política*, trad. de Leonardo Rodríguez Ozan, México, Fondo de Cultura Económica, 1985.

Unger, Roberto Mangabeira, *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, New York, The Free Press, 1976.

Unger, Roberto Mangabeira, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Massachusetts and London, England, Harvard University Press, 1986.

Unger, Roberto Mangabeira, *What Should Legal Analysis Become?*, London, New York, Verso, 1996

Vega Reñón, Luis, “Argumento/Argumentación”, en Vega Reñón, Luis y Olmos Gómez, Paula (ed.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Madrid, Trotta, 2011.

Von Ihering, Rudolf, *La lucha por el Derecho*, trad. de Adolfo Posada y Biesca, México, Porrúa, 2002.

Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una Nueva Cultura del Derecho*, trad. de David Sánchez Rubio, Sevilla, Editorial MAD, 2006.

Wroblewski, Jerzy, *Sentido y Hecho en el Derecho*, México, Fontamara, 2001.

Xolocotzi, Ángel (Coord.), *Hermenéutica y Fenomenología. Primer Coloquio*, México, Filosofía No. 34, Universidad Iberoamericana, 2003.

FUENTES HEMEROGRÁFICAS

Anderson, Jerry L., “Law School Enters the Matrix: Teaching Critical Legal Studies”, *Journal of Legal Education*, Ithaca, New York, Volume 54, Number 2, June 2004.

Boyle, Joseph, “Reasons for Action: Evaluative cognitions that underlie motivations”, *The American Journal of Jurisprudence. An International Forum for Legal Philosophy*, Notre Dame, Indiana, Volume 46, 2001.

Burton, Steven J., “Reaffirming Legal Reasoning: The Challenge from the Left”, *Journal of Legal Education*, Ithaca, New York, Volume 36, Number 3, September 1986.

- Calsamiglia, Albert, "La retórica de los Critical Legal Studies: impresiones de un lector español", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Número 11, 1992.
- Carrino, Agostino, "Solidaridad y Derecho. La Sociología Jurídica de los <<Critical Legal Studies>>", trad. de Elena Beltrán Pedreira, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, No. 12, 1992.
- Correas, Óscar, "Los Derechos Humanos. Entre la Historia y el Mito", *Revista Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, México, Número 25, 2006.
- Ewald, William, "Unger's Philosophy: A Critical Legal Study", *The Yale Law Journal*, New Hampshire, Volume 97, Number 5, April 1998.
- Felstiner, William .L.F., Aberl, Richard, y Sarat, Austin, "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming", *Law & Society Review. The Journal of the Law and Society Association*, Amherst, Massachusetts, Volume 15, No. 3-4, 1980-1981.
- Fish, Stanley, "Not of an Age, but for all time: Canons and Postmodernism", *Journal of Legal Education*, Cleveland, Volume 43, Number 1, March 1993.
- Fortier, Adolfo, "El "Critical Legal Studies Movement" en los Estados Unidos de América", *Universitas*, Bogotá, número 81, 1991.
- Goodrich, Peter, "Legal Enigmas-Antonio de Nebrija, The Da Vinci Code and the Emendation of Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, Great Britain, Volume, Number 1, Spring 2010.
- Goodrich, Peter, "Lenguajes del Derecho de la Lógica de la Memoria a las Máscaras Nómades", *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, México, No. 25, 2006.
- Goodrich, Peter, "Sleeping with the Enemy: An Essay on the Politics of Critical Legal Studies in America", *New York University Law Review*, New York, Volume 68, Number 2, May 1993.
- Gordon, Robert W., "Descongelando la realidad legal: una aproximación crítica al derecho, s/t, *El Otro Derecho*, Bogotá, No. 5, Marzo de 1990.

Gordon, Robert W. "The Path of the Lawyer", *Harvard Law Review*, Cambridge, Massachusetts, Volume 110, Number 5, March 1997.

Graber, Mark A., "Does it Really Matter? Conservative Courts in a Conservative Era", *Fordham Law Review*, New York, Volume LXXV, Number 2, November 2006.

Holmes, Oliver Wendell, "The Path of the Law", *Harvard Law Review*, Cambridge, Massachusetts, Vol. 110, No. 5, March 1997.

Horwitz, Morton J., "The Constitution of Change: Legal Fundamentalism without Fundamentalism", *Harvard Law Review*, Cambridge, Massachusetts, Volume 107, Number 1, November 1993.

Hutchinson, Allan C., "A Postmodern's Hart: Taking Rules Sceptically", *The Modern Law Review*, Londres, Vol. 58, No. 6, November 1995.

Kellogg, Frederic R., "Legal Scholarship in the temple of doom: Pragmatism's reponse to Critical Legal Studies", *Tulane Law Review*, New Orleans, Louisiana, Volume 65, Number 1, November 1990.

Kennedy, Duncan, "Iraq: The Case for Losing", *Brooklyn Journal of International Law*, New York, Volume 31, Issue 3, 2006.

Kennedy, Duncan, "La Controversia Política es parte del Razonamiento Jurídico. Entrevista a Duncan Kennedy", por Fernando de la Flor and Iván Blume, *Themis-Revista de Derecho*, Lima, No. 323, 2004.

Kennedy, Duncan, "La Educación Jurídica como preparación para la jerarquía", *Academia, Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Año 2, no. 3, Otoño 2004.

Kennedy, Duncan, "La Responsabilidad de los Abogados por la Justicia de sus Casos", trad. de Luciana Ekmekdjian, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, Buenos Aires, Año 6, Número 12, 2008.

Kennedy, Duncan, "Savigny's Family/Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought", *The American Journal of Comparative Law*, Michigan, Vol. LVIII, Number 4, Fall 2010.

Kennedy, Duncan, "Strategizing Strategic Behavior in Legal Interpretation", *Utah Law Review*, Utah, No. 3, December 1997.

Kennedy, Duncan, "Teaching from the Left in my Anecdote", *Review of Law and Social Change*, New York, Volume 31, Issue 3, 2007.

Klenner, Hermann, "Juridical Thinking, Juridical Decision-Making", *Rechtstheorie*, Berlin, Band 28, Heft 2, 1997.

Ladeur, Karl-Heinz, "The Postmodern Condition of Law and Societal 'Management of Rules'", *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Stuttgart, Band 27, Heft 1, Juli 2006.

Leiter, Brian, "American Legal Realism", en Golding, Martin P., y Edmundson, William A.(ed.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden, USA, Oxford, UK, Victoria, Australia, Blackwell Publishing, 2006.

Oetken, J. Paul, "Form and Substance in Critical Legal Studies", *The Yale Law Journal*, Volume 100, Number 7, May 1991.

Perelman, Chaim, "El ideal de racionalidad y la regla de Justicia", trad. de Luis Recaséns Siches, *Dianoia. Anuario de Filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1962.

Perelman, Chaim, "La Teoría Pura del Derecho y la Argumentación", trad. de Luz María Restrepo Mejía, *Estudios de Derecho*, Medellín, Colombia, Volumen LVI, No. 128, Año LIX, Segunda Época, Septiembre 1997.

Pound, Roscoe: "Discretion, Dispensation and Mitigation: The problem of the individual special case." *New York University Law Review*, New York, Volume 35, Number 4, April 1960.

Pound, Roscoe, "Hierarchy of sources and forms in different systems of law", *Tulane Law Review*, New Orleans, Vol. VII, No. 4, June 1933.

- Pound, Roscoe, "La interpretación de la ley en el sistema de la codificación y en el derecho angloamericano", *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, Año XLV, Número 1, enero de 1947.
- Pound, Roscoe, "Sources and forms of law", *Notre Dame Lawyer. A Quarterly Law Review*, Notre Dame, Vol. XXI, No. 4, June 1946.
- Pound, Roscoe, "The idea of Universal Law", *UCLA Law Review*, Vol. 1, No. 1, December 1953.
- Quaide, Vicky, "¿Son los abogados realmente necesarios? Entrevista a Duncan Kennedy, trad. Axel O. Eljatib, *Desde Otra Mirada: Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.
- Robertson, Michael, "Critical Legal Studies and Socialism", *New Zealand Universities Law Review*, Wellington, New Zealand, Vol. 14, Number 4, December 1991.
- Trubek, David M., "Complexity and Contradiction in the Legal Order: Balbus and the Challenge of Critical Social Thought about Law", *Law & Society Review. The Journal of Law and Society Association*, Amherst, Massachusetts, Volume 11, Number 3, Winter 1977.
- Tushnet, Mark, "Alternative Forms of Judicial Review", *Michigan Law Review*, St. Ann Arbor, Michigan, Vol. 101, No. 8, August 2003.
- Tushnet, Mark, "Critical Legal Studies: A Political History", *The Yale Law Journal*, New Haven, Vol. 100, No. 5, Centennial Issue, March 1991.
- Tushnet, Mark, "Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings," *Journal of Legal Education*, Volume 36, Number 4, December 1986.
- Tushnet, Mark, "Political Power and Judicial Power: Some observations on their relation", *Fordham Law Review*, New York, Vol. LXXV, No. 2, November, 2006.

Tushnet, Mark, "Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review", *Texas Law Review*, Austin, Texas, Volume 82, Number 7, June 2004.

Wahlgren, Peter, "Legal Reasoning. A Jurisprudential Model", *Scandinavian Studies in Law*, Stockholm, Vol. 40, 2000.

West, Robin, "Reconsidering Legalism", *Minnesota Law Review*, Minnesota, Volume 88, Number 1, November 2003.

White, James Boyd, "Thinking about our language", *The Yale Law Journal*, New Haven, Connecticut, Volume 96, Number 8, July 1987.

Wintgens, Luc J., "The Fragile Universality of Legalism –Universality of Validity and the Contingency of Law in Rousseau", *Rechtstheorie*, Berlin, 37. Band, Heft 1, 2006.

Wroblewski, Jerzy, "Problemas metodológicos que presenta la definición del Derecho", trad. de José Iturmendi Morales, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Curso 1989-1990*, Madrid, 1990.

DICCIONARIOS CONSULTADOS

Diccionario Enciclopédico Espasa, Madrid, Espasa Calpe, 1988, vol. 6.

Plano, Jack C. y Greenberg, Milton, *The American Political Dictionary*, 9th edition, Fort Worth, Harcourt Brace College Publishers, 1993.

FUENTES ELECTRÓNICAS

Conversatorio de Duncan Kennedy con estudiantes de Derecho de la Universidad de los Andes, en Colombia.
http://wn.com/Uniandes__Conversatorio_de_Duncan_Kennedy_con_estudiantes_de_Derecho

Kennedy, Duncan, *Classical Legal Thought*, Cambridge, Afar, 1998.
http://www.duncankennedy.net/documents/r%26f_clt/Chapter%201.%20Legal%20Consciousness.pdf

Kennedy, Duncan, "Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado", en: García Villegas, Mauricio, (ed), *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001.

<http://www.duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Forma%20y%20Sustancia%20en%20la%20Adjudicaci%20n%20de%20Derecho%20Privado.pdf>

Kennedy, Duncan, "How the Law School Fails: A Polemic", *Yale Law Review of Law and Social Action* 71, 1970.

http://www.duncankennedy.net/documents/How%20the%20Law%20School%20Fails_A%20Polemic.pdf.

Kennedy, Duncan, "Legal Formality", en Smelser, Neil J., y Baltes, Paul B. (ed.), *Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, Stanford, CA., Elsevier, 2001, volume 13.

<http://www.duncankennedy.net/documents/Legal%20Formalism.pdf>

Kennedy, Duncan, "Legal Formality", *The Journal of Legal Education*, 351, 1973.

<http://www.duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Legal%20Formality.pdf>

Kennedy, Duncan, "Nota sobre la historia de los CLS en los Estados Unidos", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, 1992.

<http://www.duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Nota%20sobre%20la%20Historia%20de%20Cls%20en%20los%20Estados%20Unidos.pdf>

Kennedy, Duncan, "The Critique of Rights in Critical Legal Studies", en Brown, Wendy, y Halley, Janet, *Left Legalism/Left Critique*, Durham & London, Duke University Press, 2002.

<http://www.duncankennedy.net/documents/The%20Critique%20of%20Rights%20in%20cls.pdf>.

Kennedy, Duncan, *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*, unpublished manuscript, 1975.

http://www.duncankennedy.net/documents/r%26f_clt/Chapter%201.%20Legal%20Consciousness.pdf

Página de Internet de Critical Legal Thinking

<http://www.criticallegalthinking.com/>

Página de Internet de Duncan Kennedy

<http://www.duncankennedy.net>