

# *¿Jueces guerrilleros? La interpretación judicial desde la izquierda*

Luis GÓMEZ ROMERO

*No nos engañemos: con el derecho en la mano se  
puede hacer casi todo. Incluso otro derecho*

Nicolás López Calera

## **Nota introductoria. Interpretación judicial y política**

Los jueces *hacen* política<sup>1</sup>. “Hasta ahora”, señala Alf Ross sobre el particular, “la política jurídica ha sido principalmente considerada como política legislativa. Pero el derecho no es creado únicamente por el legislador [...] toda administración de justicia contiene un punto de decisión que va más allá de la actividad intelectual” (Ross, 1994: 321). En otras palabras, la administración de justicia (y, consecuentemente, la interpretación judicial del derecho que es presupuesto de ésta) no es una labor meramente intelectual o cognoscitiva, sino que se caracteriza por un elemento volitivo que la vincula en forma definitiva con la política<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Convencionalmente, podemos asumir que la política jurídica abarca en la práctica los siguientes elementos: i) los problemas específicamente técnico-jurídicos de naturaleza sociológica-jurídica (política jurídica *stricto sensu*); ii) los otros problemas políticos estrechamente conectados con aquéllos en la práctica, que por su índole pertenecen en realidad al campo profesional de otros expertos, y respecto de los cuales el jurista aparece, por ende, como un “experto de segunda mano”; iii) la actividad de pesar consideraciones y decidir como árbitro de los primeros expertos referidos en el punto anterior, y iv) la formulación lingüística de la decisión —dificilmente separable de la decisión misma— en un lenguaje jurídico aceptable, que armonice con el cuerpo de normas existente ( Ross, 1994: 321).

<sup>2</sup> Sobre el particular, anota Hans Kelsen: “Si hubiera que caracterizar no sólo la interpretación de la ley por parte de los tribunales u órganos administrativos, sino en forma enteramente general, la interpretación del derecho por los órganos de aplicación del derecho, habría que decir: en la aplicación del derecho por un órgano jurídico, la interpretación cognoscitiva del derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación de derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra. Con ese acto o bien se produce

Puede sostenerse, ciertamente, que la decisión judicial es *menos libre* que la legislativa. Las autoridades que administran el derecho —sobre todo los jueces—, por regla general, se sienten obligadas por las palabras de la ley y las otras fuentes del derecho. No obstante, el texto de las disposiciones o enunciados normativos siempre deja cabida a la interpretación, de modo que la norma jurídica concreta en que se traduce la decisión judicial *siempre es una creación*, es decir, no se trata de una mera derivación de las reglas dadas (Ross, op. cit.: 321)<sup>3</sup>.

El carácter eminentemente creativo —y, por ende, político— de la interpretación judicial se desprende de que, como enseña Riccardo Guastini, desde la perspectiva de la interpretación jurídica *en general* la distinción entre enunciados normativos “claros” y enunciados normativos “oscuros” es discutible (*Ibídem*). *Claridad y oscuridad*, en efecto, no son cualidades intrínsecas de un enunciado que aparezcan como *precedentes* a la interpretación, sino que son *fruto* de ésta, entendida en el sentido amplio de adscripción de significado a un texto. Primero, porque únicamente después de interpretar un enunciado es posible decidir si es claro u oscuro. En segundo lugar —y esto es más importante aún— porque sobre la misma oscuridad o claridad del texto puede existir controversia, de modo que unos lo califiquen como claro y, otros, como oscuro.

Puesto que la claridad misma puede ser objeto de debate, parece plausible concluir, con Guastini, que dicha cualidad de un texto será fruto de una decisión interpretativa o, si se prefiere, del mayor número de decisiones interpretativas concordes en caso de controversia (*Ibid.*). Los *efectos* de tal decisión, empero, serán distintos según el sujeto que la adopte, circunstancia crucial en el caso de que existan opiniones encontradas sobre la aludida claridad del texto. Desde la perspectiva de la *Teoría Pura* kelseniana, cuando quien interpreta es un “particular”—es decir, un ciudadano al que el ordenamiento no reconoce la potestad de actuar como órgano de aplicación del derecho—, la decisión interpretativa que tome carece de eficacia, salvo en la medida en que influya sobre el órgano facultado para aplicar el derecho. Por el contrario, en el supuesto de la interpretación judicial —que es una especie del género “interpretación jurídica”, cuya especificidad reside en que la realiza el órgano jurisdiccional encargado de la aplicación del

---

una norma jurídica de nivel inferior, o se lleva a cabo el acto coactivo estatuido por la norma jurídica aplicable” (Kelsen, 2000: 354).

<sup>3</sup> Cabe precisar que asumo la distinción, planteada por Riccardo Guastini, entre *disposición* (o *enunciado normativo*), *norma* y *enunciado interpretativo*. La *disposición* es todo enunciado perteneciente a una fuente del derecho; el *enunciado interpretativo* adscribe significado a una disposición (“T” significa “S”), y la *norma* es el contenido de la disposición, su significado, que es una variable dependiente de la interpretación. En este sentido, la disposición (o enunciado normativo) constituye el objeto de la actividad interpretativa y la norma su resultado. (Guastini, Riccardo, 2001, capítulo I. El mismo texto puede consultarse en IBID, “La interpretación: objetos, conceptos y teorías”, en Vázquez, Rodolfo, 2002: 19-38.

**¿JUECES GUERRILLEROS? LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DESDE LA IZQUIERDA**  
**Luis Gómez Romero**

derecho— la decisión que define la norma aplicable al caso concreto goza de la condición de eficacia<sup>4</sup>.

Bajo la óptica kelseniana, en efecto, una exigencia *sine qua non* de la pureza del método jurídico reside en obviar cualquier consideración política en los análisis normativos realizados dentro del ámbito de la ciencia jurídica. “El abogado”, anota Kelsen a este respecto, “que, en interés de su parte, sólo invoca ante el tribunal una de las varias interpretaciones posibles de la norma jurídica aplicable al caso; el escritor que en su comentario caracteriza una determinada interpretación, entre varias posibles, como la única ‘correcta’, no cumplen una función científico-jurídica, sino una función jurídico-política. Tratan de ganar influencia sobre la producción del derecho”(ibidem). Kelsen admite la licitud en el ejercicio de tales opciones por parte del abogado o del dogmático, pero advierte que sus resultados no deben ser confundidos con el análisis científico del derecho, so pena de hacer pasar bajo ropajes de ciencia lo que, en realidad, no sería sino ideología. En palabras del propio Kelsen:

La interpretación científico-jurídica tiene que evitar con el mayor cuidado la ficción de que una norma jurídica siempre admite sólo un sentido, el sentido “correcto”. Se trata de una ficción de la que se sirve la jurisprudencia tradicional para mantener el ideal de la seguridad jurídica. Dada la multiplicidad de sentidos de la mayoría de las normas jurídicas, este ideal sólo puede cumplirse aproximadamente. No se negará que esta ficción del sentido unívoco de las normas jurídicas puede tener grandes ventajas desde algún punto de vista político. Pero ningún prejuicio político puede justificar que se haga uso de esa ficción en una exposición científica del derecho positivo, al proclamarse una interpretación, que desde un punto de vista subjetivo-político es más deseable que otra interpretación, lógicamente igualmente posible, como la única correcta desde un punto de vista científico-objetivo. Puesto que así se presenta lo que sólo es un juicio de valor político, falsamente como una verdad científica (Ibid.).

Ross asume el mismo punto de partida de Kelsen, aunque llega a conclusiones asaz distintas. Para Ross, la labor del científico del derecho reviste características análogas a las señaladas por la *Teoría Pura*. “La tarea del jurista científico”, manifiesta, “consiste únicamente en descubrir,

---

<sup>4</sup> Al respecto, señala Kelsen: “[...] sobre todo, corresponde distinguir de la manera más nítida posible la interpretación del derecho que efectúe la ciencia jurídica de la interpretación realizada por los órganos jurídicos. Es aquella pura determinación cognoscitiva del sentido de las normas jurídicas. No es, a diferencia de la interpretación de los órganos jurídicos, una producción de derecho [...] La interpretación jurídico-científica no puede sino exponer los significados posibles de una norma jurídica. Como conocimiento de su objeto, no puede adoptar ninguna decisión entre las posibilidades expuestas, teniendo que dejar esa decisión al órgano jurídico competente, según el orden jurídico, para aplicar el derecho” (Kelsen, *op. cit.* : 356-357).

mediante el análisis lingüístico y lógico, las diversas interpretaciones posibles, y poner de manifiesto sus consecuencias prácticas. Corresponde entonces al juez, no al científico, elegir entre estas diferentes posibilidades. De esta manera, y solo así, el estudio del derecho puede preservar su pureza” (Ross, op. cit.: 328). No obstante, Ross incluye dentro de la ciencia jurídica la posibilidad de evaluaciones sobre, por ejemplo, la política legislativa —que se encuentran vedadas bajo las premisas de la Teoría Pura— *siempre que se distinga claramente entre lo que pertenece al ámbito jurídico y lo que atañe a la política en sentido estricto*:

[...] la idea de una interpretación puramente lógica, libre de todo pragmatismo es una ilusión [...] la idea de la pureza de las ciencias no se perjudica, siempre que se destaque con claridad el límite entre la ciencia y la política [...] La idea de la pureza de la ciencia es la piedra fundamental del *ethos* profesional del hombre de ciencia. Creo en ella con la mayor firmeza y me satisface cada vez que alguien la defiende atacando la corrupción de la ciencia que resulta de no adherir a esta idea. Sin embargo, no puedo cerrar los ojos al error de las exigencias metodológicas que Kelsen y otros derivan de ella. El error reposa, puede decirse, en una confusión entre lo que es verdad para la ciencia como idea, y lo que es verdad para la ciencia como profesión. No se hace ninguna violencia a la idea, si la profesión va en pos de la ciencia y de la política en forma conjunta, siempre que el límite ideal entre ellas se mantenga claro (Ibidem).

Para Ross, por ende, el análisis de la decisión judicial admitiría, aún bajo la norma metodológica del positivismo, la valoración de los factores políticos que determinan su contenido. Sobre tal presupuesto, es dable afirmar que el máximo grado de incidencia política que puede alcanzar la interpretación judicial se da, por obvias razones, respecto a las reglas constitucionales que, en el modelo del estado constitucional de derecho<sup>5</sup>, comportan cierta *redistribución* de poder en pro de los órganos jurisdiccionales facultados para ejercer el control de la constitucionalidad de

---

<sup>5</sup> Convencionalmente, por *modelo de estado constitucional* (o *democrático*) de derecho, entenderé la organización social que trasciende el “estado legal” o “regulado por la ley” en la medida en que se caracteriza, según Luigi Ferrajoli: a) en el plano *formal*, por el principio de *legalidad*, en virtud del cual todo poder público —legislativo, judicial y administrativo— está subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes (el Tribunal Constitucional para las leyes, los jueces ordinarios para las sentencias, los tribunales administrativos para las decisiones de esta naturaleza); y b) en el plano *sustancial*, por la funcionalización de todos los poderes del Estado al servicio de las garantías de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial (Ferrajoli, 2000: 856-857).

**¿JUECES GUERRILLEROS? LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DESDE LA IZQUIERDA**  
***Luis Gómez Romero***

aquellos actos realizados por los poderes mayoritarios (legislativo y ejecutivo). Inclusive nuestros tribunales federales, en alguna ejecutoria aislada, han reconocido que la labor de interpretación judicial de normas constitucionales importa la *creación* de derecho.<sup>6</sup>

Lo que se encuentra formalmente establecido en la jurisprudencia, empero, no ha producido efectos en la práctica forense mexicana sino hasta fechas muy cercanas. El papel que históricamente ha desempeñado el poder judicial mexicano en la consolidación de las instituciones constitucionales ha sido, más bien, el de un órgano legitimador del régimen político<sup>7</sup>. De este modo, la conciencia del talante creativo propio de la interpretación judicial apenas comienza a penetrar, de manera muy accidentada, en la conciencia de una judicatura formada bajo una dogmática constitucional sumamente autoritaria (Cossío, 2001: 77 y ss.).

Sin embargo, contra lo que pudiera pensarse, la confusión en torno a los alcances de la

---

<sup>6</sup> La tesis de referencia dispone:

INTERPRETACION DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y DE NORMAS LEGALES. SUS DIFERENCIAS. El exacto cumplimiento de la Constitución sólo puede lograrse si su intérprete, liberándose de las ataduras de quienes se encargan simplemente de aplicar los textos legales (expresión positivizada del Derecho), entiende que su función no se agota en la mera subsunción automática del supuesto de hecho al texto normativo, ni tampoco queda encerrada en un positivismo formalizado superado muchas décadas atrás, sino que comprende básicamente una labor de creación del Derecho en la búsqueda de la efectiva realización de los valores supremos de justicia. Es precisamente en el campo de las normas constitucionales, las que difieren esencialmente de las restantes que conforman un sistema jurídico determinado, en razón no únicamente de su jerarquía suprema, sino de sus contenidos, los que se inspiran rigurosamente en fenómenos sociales y políticos preexistentes de gran entidad para la conformación de la realidad jurídica en que se halla un pueblo determinado, que la jurisprudencia —pasada la época del legalismo—, se ha convertido en una fuente del Derecho que, aunque subordinada a la ley que le otorga eficacia normativa, se remonta más allá de ella cuando el lenguaje utilizado por el constituyente (al fin y al cabo una obra inacabada por naturaleza) exige una recreación por la vía de la interpretación, para el efecto de ajustarla a las exigencias impuestas por su conveniente aplicación. Así, el intérprete de la Constitución en el trance de aplicarla tiene por misión esencial magnificar los valores y principios inmanentes en la naturaleza de las instituciones, convirtiendo a la norma escrita en una expresión del Derecho vivo, el Derecho eficaz que resulta no sólo de la reconstrucción del pensamiento y voluntad que yace en el fondo de la ley escrita (a través de lo métodos clásicos de orden gramatical, lógico, histórico o sistemático), sino también de la búsqueda del fin que debe perseguir la norma para la consecución de los postulados fundamentales del Derecho. (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo III, Segunda Parte-1, enero a junio de 1989, p. 419).

<sup>7</sup> Para una visión de conjunto sobre la situación de la justicia constitucional en México bajo el régimen autoritario (1929-2000), son ampliamente recomendables los cuadros comparativos sobre los avatares del juicio de amparo a partir de la expedición de la vigente *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* incluidos en González Casanova (1985).

interpretación judicial que impera entre la judicatura mexicana no muestra solo un *déficit* respecto a los límites razonables que podrían esperarse sobre dicha actividad, sino que a menudo ha propiciado también alarmantes *excesos*. Tal parece que —para plantearlo en términos clásicos, aún bajo el riesgo que supone toda simplificación dualista de la realidad social—, en la balanza entre *potestas* (el poder que impone) y *auctoritas* (la autoridad que convence), nuestros jueces no han encontrado aún el punto de equilibrio. Los más tímidos todavía se muestran respetuosos, hasta el temor reverencial, con relación a la *potestas* legislativa. Los más audaces, por el contrario, están tan seguros de su *auctoritas* que no admiten límites siquiera en la constitución. Aquéllos son más numerosos. Éstos, por regla general, más poderosos. También los hay indecisos que, en algunas ocasiones, se ocultan cual frágiles cervatillos tras la ley y, en otras, hacen rugir la voz de su potente *sabiduría jurídica* sobre la constitución. Lo único cierto es que, entre tanto enredo, resulta prácticamente imposible discernir cuál es la práctica de la interpretación judicial en los tribunales mexicanos.

A últimas fechas se han elaborado algunos estudios de sociología jurídica destinados a la titánica labor de esclarecimiento de dicha cuestión (por ejemplo, los realizados por el equipo de investigadores del Instituto de la Judicatura Federal-IJF —en el ámbito federal (González Placencia, 2002: 51-83), y por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, en el local<sup>8</sup>). Más adelante haré algunas referencias a los resultados que se han obtenido en tales investigaciones. Por el momento, bástenos destacar que no sería justo dejar que los esforzados sociólogos del derecho hagan todo el trabajo. Los juristas también llevamos mucha responsabilidad en estos asuntos, de modo que aquello que nos corresponde —mientras los estudios sociológicos se abren paso en el galimatías que hemos armado alrededor de la interpretación judicial— es, cuando menos, reflexionar sobre los consejos que, desde muy diversos ámbitos, han ofrecido teóricos de toda índole a los jueces para que su labor de interpretación jurídica rinda mejores resultados.

Precisamente en virtud de la relevancia política que, en México, han adquirido en tiempos más o menos recientes los jueces (pensemos, por citar solo un par de ejemplos, en los casos de las decisiones judiciales sobre la procedencia del juicio político contra los gobernadores de los estados<sup>9</sup>, o sobre el principio de representación proporcional como garantía del pluralismo

<sup>8</sup> Concha, Hugo y Caballero, José Antonio (2001). Existe una segunda investigación sobre la misma materia —anterior en el tiempo a la citada- realizada conjuntamente por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) y el despacho Gaxiola Moraila y Asociados, S. C.

<sup>9</sup> Véanse las tesis P.I.J. 1/1000, de rubro "JUICIO POLÍTICO. LOS GOBERNADORES DE LOS ESTADOS SON SUJETOS DE RESPONSABILIDAD OFICIAL, EN TÉRMINOS DE LOS ARTÍCULOS 109, PÁRRAFO PRIMERO Y FRACCIÓN I, Y 110, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL" (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, tomo XI, Febrero de 2000, p. 629), y P.I.J. 3/2000, de rubro "JUICIO POLÍTICO. LA CONSTITUCIÓN

**¿JUECES GUERRILLEROS? LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DESDE LA IZQUIERDA**  
**Luis Gómez Romero**

político en la integración de los órganos legislativos<sup>10</sup>) parece pertinente reflexionar de nueva cuenta, desde la teoría jurídica y la teoría de la justicia, sobre las escabrosas relaciones entre la discrecionalidad jurisdiccional, la hermenéutica constitucional y la política en sentido estricto. Para ello, es indispensable pasar por dos preguntas fundamentales de la teoría jurídica que, en su dimensión descriptiva, podrían formularse en los siguientes términos: ¿los sistemas jurídicos son internamente coherentes o incoherentes?, y ¿los jueces aplican de manera neutral normas jurídicas, o son creadores de derecho inspirados en razones políticas y morales? Bajo la óptica prescriptiva (o de teoría de la justicia), por otra parte, es dable reformular tales preguntas en los siguientes términos: ¿cómo deben ser los ordenamientos jurídicos?, y ¿cómo deben aplicar los jueces el derecho? (Rodríguez, 1999: 19)

Pese a que ambas cuestiones se encuentran íntimamente vinculadas, en las próximas páginas me dedicaré a la segunda y, solo en lo que sea necesario para aclarar ésta, me referiré a la primera. Mi punto de partida, entonces, será la tesis positivista sobre la discrecionalidad judicial. Como es sabido, el iuspositivismo —particularmente en su vertiente hartiana— sostiene que, en todo ordenamiento jurídico, siempre habrá casos en los que el derecho no puede proporcionar una solución correcta, de manera que el juez debe ejercer su poder jurídico creador (Hart, 1961: 155 y ss.; 2000: 54 y ss.). Desde la propia perspectiva positivista, este fenómeno es particularmente evidente en el caso de las resoluciones adoptadas por un tribunal supremo y, en general, en el de las sentencias que han adquirido la calidad de cosa juzgada<sup>11</sup>. En ambos supuestos, la resolución judicial ha alcanzado la última instancia y, aún cuando su contenido resulte abiertamente *contra legem*, adquiere naturaleza de derecho válido.<sup>12</sup>

---

POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SÓLO EXCLUYE DE SU PROCEDENCIA AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, LO QUE NO PUEDEN HACER LAS CONSTITUCIONES LOCALES RESPECTO DE LOS GOBERNADORES DE LOS ESTADOS", (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, tomo XI, Febrero de 2000, p. 628).

<sup>10</sup> Véase la tesis P.J. 70/98, de rubro "MATERIA ELECTORAL. EL PRINCIPIO DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL COMO SISTEMA PARA GARANTIZAR LA PLURALIDAD EN LA INTEGRACIÓN DE LOS ÓRGANOS LEGISLATIVOS", (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, tomo VIII, Noviembre de 1998, p. 191).

<sup>11</sup> En palabras de Hart (1961: 176): "Un tribunal supremo tiene la última palabra al establecer qué es derecho y, después que lo ha establecido, la afirmación de que el tribunal se 'equivocó' carece de consecuencias dentro del sistema; nadie ve modificados sus derechos o deberes. La decisión, claro está, puede ser privada de efectos jurídicos por una ley, pero el hecho mismo de que sea menester recurrir a ello demuestra que, en lo que al derecho atañe, el enunciado de que el tribunal se equivocó era un enunciado vacío".

<sup>12</sup> Al respecto, manifiesta Hans Kelsen (2000: 275): "Pero ¿qué significa el hecho de que el orden jurídico otorgue fuerza de cosa juzgada a la sentencia de última instancia? Significa que incluso cuando guarda validez una norma general que el tribunal debe aplicar, norma que predetermina el

En el presente ensayo me he propuesto analizar dos corrientes del pensamiento jurídico contemporáneo que, desde la izquierda, se han basado —así sea implícitamente— en la tesis positivista sobre la discrecionalidad judicial para proponer que, en su labor hermenéutica, los tribunales privilegian los contenidos liberadores e igualitarios de los enunciados normativos y, en específico, de los enunciados normativos constitucionales y los derechos fundamentales. Dicho en otros términos, se trata de tesis *prescriptivas* sobre los contenidos que los jueces deben conferir al derecho cuando lo aplican. He aquí, entonces, una segunda acotación al objeto del presente estudio: dentro de la segunda cuestión anteriormente enunciada, haré especial énfasis en el problema sobre cómo deben interpretar los jueces el derecho. Concretamente, me centraré en una corriente adscrita al derecho continental —el “uso alternativo del derecho”— y en otra surgida en el seno de la tradición angloamericana —los *Critical Legal Studies* (CLS). Las diferencias entre ambas, como anotaré adelante, no se reducen al sistema jurídico del cual surgieron, sino que trascienden hasta las estrategias y objetivos postulados por cada una. No obstante, por el momento, la diferencia señalada será suficiente.

Hechas las anteriores aclaraciones, y en vista de lo expuesto hasta este punto, el plan de estudio que seguiré comienza con una presentación del panorama en materia de interpretación judicial que, al día de hoy, es posible percibir en una judicatura federal mexicana dividida, según anoté algunas líneas arriba, entre juegadores *tímidos* y juegadores *audaces*<sup>13</sup>. Posteriormente, realizaré una breve explicación relativa a las tensiones entre constitucionalismo y democracia, así como a las consecuencias que éstas proyectan sobre la hermenéutica judicial. En tercer lugar, abordaré las tesis principales de las dos corrientes del pensamiento jurídico que he mencionado, señalando respectivamente sus ventajas y desventajas. Por último, me referiré al garantismo postulado por Luigi Ferrajoli como una posible oferta teórica que, en tanto supera los excesos del uso alternativo del derecho y los CLS, puede representar algún atractivo para los jueces *tímidos* e imponer sólidas restricciones a los *audaces*.

## II. Interpretación judicial y cambio jurídico. *Tímidos* y *audaces* en la administración de justicia mexicana

Un panorama parcialmente ilustrativo del estado que, en el ámbito de la interpretación judicial, guarda actualmente la judicatura federal mexicana, puede esbozarse mediante la referencia, por un lado, a los resultados de la encuesta realizada por los investigadores del IJF, a la que me he

---

contenido de la norma individual que la sentencia judicial debe producir, puede adquirir validez la norma individual producida por un tribunal de última instancia cuyo contenido no corresponde a esa norma general.”

<sup>13</sup> La elección de la esfera federal obedece, principalmente, a la competencia constitucional extraordinaria que corresponde a ésta (arts. 103, 105 y 107 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (CPEUM)).

referido anteriormente, en lo que se refiere a la mencionada materia y, por otro, a uno de los casos en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha hecho gala de cierto “activismo interpretativo” cuya constitucionalidad es, en el mejor de los casos, dudosa. Aludiré a la primera cuestión muy brevemente, pues soy consciente de mis limitaciones y reconozco que poco puedo añadir a una investigación que, amén de su rigor estadístico, se encuentra fundada en un sólido marco teórico-constitucional<sup>14</sup>. La segunda, en cambio, la trataré con mayor detalle, dado que constituye uno de los motivos fundamentales que me condujeron a la elaboración del presente ensayo.

#### **A. Los tímidos, o el síndrome del burgués gentilhombre**

Las cuestiones problemáticas que suscita el papel del juez en el modelo de estado constitucional de derecho —entre las que destaca, como hemos visto, la interpretación judicial— tienen una importante dimensión cultural que no debe ser soslayada. Dicho en otros términos, la vetusta imagen del juez como intérprete privilegiado del “único sentido” de la ley y, en consecuencia, como productor *natural* y *mecánico* de certeza jurídica, aún corresponde con la forma en que los jueces se perciben a sí mismos, en buena medida, debido a las inercias en la formación jurídica. “No es exagerado afirmar”, apunta Perfecto Andrés Ibáñez respecto al caso español, “que el juez de estos años padece, en la materia, cierto *síndrome del burgués gentilhombre*, es decir, un mal conocimiento o incluso desconocimiento de la verdadera calidad de los instrumentos [interpretativos] que emplea: por ejemplo, cuando pondera en la aplicación de principios sin plena conciencia del alto margen de discrecionalidad que se abre ante él y de la necesidad de justificar adecuadamente su uso” (Andrés Ibáñez, 2002: 10).

La alusión a la reflexión de Andrés Ibáñez no resulta en absoluto descontextualizada cuando advertimos que la situación en la judicatura federal mexicana es virtualmente idéntica entre los funcionarios que ocupan una situación intermedia en el contexto de la carrera judicial<sup>15</sup>. Así lo demuestran los resultados —preliminares, según anota su propio autor- a los que, en términos generales, llegó el aludido estudio empírico del IJF:

<sup>14</sup> Con la finalidad de generar un modelo contrafáctico que permitiera contrastar las mediciones que fueron objeto de la investigación, se asumió en lo general el modelo de “estado de garantías” defendido por Luigi Ferrajoli en su última etapa. La decisión se fundó en dos argumentos principales: i) desde el punto de vista teórico, por la coincidencia político-jurídica del modelo de Ferrajoli con las visiones más recientes en torno al constitucionalismo y la defensa de los derechos fundamentales; ii) desde el punto de vista metodológico, porque el grado de desarrollo y sistematización del modelo que Ferrajoli propone en lo particular para la jurisdicción, facilita la operacionalización de variables que, de otra forma, serían de difícil acceso (González Placencia, 2002: 52).

<sup>15</sup> La muestra la constituyeron 120 personas, hombres y mujeres, todos ellos secretarios de juzgado y de tribunal dentro del Poder Judicial de la Federación o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (González Placencia, *op. cit.*: 64).

[...] los resultados de la investigación [...] a nivel hipotético aún, constituirían el perfil organizacional del poder judicial de la federación (sic), en la mirada de los secretarios de juzgado, tribunal y de la corte. De acuerdo con su apreciación el juzgador federal es fiel sin más a la ley [y] al estado [...] se ajusta a un modelo de juez funcionario<sup>16</sup> que vale más en la medida en la que es experimentado y virtuoso, y [...] prefiere un modelo laboral sostenido en la “confianza” y la lealtad de los colaboradores (González Placencia, op. cit.:79).

Por lo que atañe a la práctica de la interpretación jurídica propiamente dicha, se llegó a las siguientes conclusiones:

[...] en la dimensión interna, los encuestados muestran un perfil del juzgador más bien tradicional, apegado a “la letra de la ley” y por lo tanto, a una concepción en la que el juez “*descubre*” la que es considerada como “*la*” solución del caso [...] Así, aún cuando formalmente el juzgador es asumido como un actor que no está involucrado exteriormente con ninguna de las partes, la posibilidad de que esa imparcialidad formal se convierta en parcialidad material se da en la medida en la que la decisión del juez no se somete a un control racional, pues ello hace posible que, frente a determinados casos, la ideología del juez, su concepción en torno a la moral pública, o su fidelidad a prejuicios personales, determinen el sentido en el que la ley es interpretada (Ibid.: 68).<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> El modelo de *juez-funcionario* surgió a raíz de la iniciativa napoleónica de organización judicial y se consolidó bajo la célebre Escuela de la Exégesis. Conforme al proyecto napoleónico, los jueces eran nombrados por el poder ejecutivo con la contrapartida de la inamovilidad. Asimismo, Bonaparte instauró la articulación de los jueces en una carrera férreamente gobernada desde el vértice (Tribunal de Casación, Corte Suprema) que, junto con funciones jurisdiccionales de última instancia, asumió la de control, es decir, de promoción y disciplina o, dicho en otros términos, de administración de las expectativas profesionales de los jueces-funcionarios bajo un régimen de altísima discrecionalidad. El juez-funcionario, en consecuencia, se caracterizó por gozar de un margen virtualmente nulo de independencia en la medida en que se encontraba sometido al ejecutivo y a una rígida jerarquía burocrática. La Escuela de la Exégesis aportó los ingredientes ideológicos adicionales que favorecieron el debilitamiento de la función judicial en este modelo (básicamente, el afianzamiento de las categorías dogmáticas y el establecimiento de rígidas reglas para la actividad interpretativa), (Andrés Ibáñez, 2002: 4-6; García Pascual, 1997: 106 y ss.).

<sup>17</sup> Unos resultados análogos se obtuvieron en el ámbito local: “Llaman la atención las respuestas dadas por los distintos entrevistados a la pregunta de cómo entendían la función del juzgador. Encuadrada esta pregunta en el debate sobre el alcance de la función jurisdiccional en un sistema de tradición civilista, una gran mayoría de las respuestas se concretó a decir que los juzgadores tienen que aplicar la ley, independientemente de la calidad que pueden imprimir a dicha tarea [...] Las respuestas fueron en el siguiente sentido: los presidentes opinaron en un 68% que la función del juez era esencialmente legalista: constreñirse al sentido de la ley. Los magistrados entrevistados opinaron

En efecto, una cultura excesivamente formal de la interpretación judicial, paradójicamente, contribuye a generar y perpetuar el tipo más peligroso de juez, esto es, aquel que opera desde la falsa conciencia de los perfiles reales de su propio poder. “La insistencia”, manifiesta sobre el particular Andrés Ibáñez, “en la apología del formalismo interpretativo y hasta del paradigma exegético, lleva directamente a la difusión de actitudes judiciales irresponsables presididas por el uso irreflexivo, por inconsciente, de la discrecionalidad inevitable” (Andrés Ibáñez, 2002: 11). De este modo, aunque desde puntos de partida totalmente distintos, los jueces *tímidos* se acercan al mismo punto que los *audaces*, como intentaré demostrar a continuación.

### **B. Los audaces, o el Che Guevara en falso**

“El guerrillero” anotaba hacia 1959 el inefable Ernesto *Che* Guevara, “es un reformador social. El guerrillero empuña las armas como protesta airada del pueblo contra sus opresores, y lucha por cambiar el régimen social que mantiene a todos sus hermanos desarmados en el oprobio y la miseria. Se ejerce contra las condiciones especiales de la institucionalidad de un momento dado y se dedica a romper con todo el vigor que las circunstancias permitan, los moldes de esa institucionalidad” (Guevara, 1972: 194-5). De modo que, a primera vista, si damos algún crédito a la definición de *guerrillero* acuñada por el *Che* Guevara (que algo sabía sobre estos menesteres), parece que un juez tiene poco que ver con la guerrilla.

Bien mirado, empero, el citado concepto no está tan alejado del ejercicio de la función jurisdiccional. Como imagino que semejante afirmación provocará que más de un togado rasgue sus vestiduras si no le matizo inmediatamente, procedo a formular la aclaración pertinente: si pensamos en el guerrillero como un sujeto armado con una AK-47 que recorre en forma clandestina la Sierra Maestra (o las montañas del sureste mexicano), es evidente que no existirá punto de comparación con un juez. Sin embargo, si lo concebimos como *un reformador social* que no porta ametralladora y cananas, *puesto que cuenta con otras armas*, la equiparación probablemente no resultará tan descabellada. En prueba de ello, a la jurisprudencia me remito.

Un caso será suficiente para comprobar mi aserto: la célebre controversia constitucional 31/97, planteada por el Ayuntamiento de Temixco, Morelos, en contra del Gobernador y Congreso de dicha entidad federativa. La importancia de la resolución reside, primero, en que la SCJN, argumentando la calidad de Tribunal Constitucional que supuestamente le otorgaron las reformas constitucionales de 1995, amplió su esfera de competencia; y, segundo, en que ocho

---

en el mismo sentido en un 72%, y los jueces, en un 90%. Esta situación puede ser grave en un país que sufre de retraso en la actualización de sus ordenamientos jurídicos y de baja preparación por parte de sus legisladores. En otras palabras, es grave tener un sistema de administración de justicia donde los jueces se perciben constreñidos en su interpretación por los textos legales y los textos legales son, en gran medida, problemáticos” (Concha y Caballero, *op. cit.*, p. 300).

entre los once ministros de la SCJN introdujeron un criterio de hermenéutica constitucional inusitado en nuestro orden jurídico: el “bienestar de la persona humana”<sup>18</sup>.

La controversia fue planteada por el Ayuntamiento de Temixco en contra de la reforma a la *Ley de División Territorial del Estado de Morelos*, por virtud de la cual se amplió en su perjuicio el territorio del municipio de Cuernavaca. En síntesis, la representación de Temixco demandó diversas violaciones formales a los artículos 14 y 16 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (CPEUM), puesto que durante el desahogo del proceso para la resolución de conflictos limítrofes entre municipios que se realizó ante el Congreso de Morelos, desde el punto de vista de la aludida representación, por ejemplo, no fueron valoradas las pruebas ofrecidas por

---

<sup>18</sup> *Inusitado* hasta fechas recientes, subrayo, en el derecho positivo mexicano. Otros ordenamientos constitucionales han dado anteriormente cabida a criterios valorativos como “bienestar” o “dignidad” de la persona. Sobre el particular, José Ramón Cossío anota que, en las constituciones europeas de la posguerra, la expresión “dignidad de la persona” se insertó de modo explícito a fin de dar por concluido el antagonismo que, en la dinámica constitucional, había surgido a raíz del debate entre liberalismo y socialismo. Como medio para superar dicho antagonismo, se abandonó la añeja convicción de que las posibilidades de realización social e individual de la persona debían satisfacerse únicamente por derechos que establecían limitaciones a la autoridad (liberales) o de aquellos que imponían restricciones a grupos sociales poderosos u ordenaban el otorgamiento de prestaciones materiales a cargo del estado (sociales). Bajo un nuevo paradigma, por ende, se estimó que lo relevante no era satisfacer uno u otro ideario, sino la dignidad de la persona, lo cual sería posible mediante una combinación de ambos tipos de derechos. El “bienestar de la persona”, en cambio, tuvo un desarrollo histórico distinto. En sus orígenes, fue un criterio de lucha para quienes reivindicaban, desde los grupos sociales desaventajados, el establecimiento de mejores condiciones de vida. Sin embargo, en el contexto de la discusión europea, el criterio de “bienestar de la persona” quedó subordinado al concepto de “dignidad”, dado lo cual Cossío concluye que la realización de dicho bienestar debe realizarse en consonancia con los valores de tipo liberal (Cossío, 2002: 150, nota 225). Aún cuando la interpretación de Cossío pudiera ser discutible, lo cierto es que la expresión “dignidad de la persona” ha tenido una acogida más amplia que el concepto de “bienestar”. En el ámbito europeo, por ejemplo, el principio de dignidad de la persona se encuentra sancionado en la *Ley Fundamental de la República Federal Alemana* (art. 1.1) y la *Constitución Española* (art. 10.1). El modelo europeo ha sido adoptado por algunos países de nuestro continente. Tal es el caso de la *Constitución Política de la República de Chile* (art. 1) y de la *Constitución Política de Colombia* (art. 1). En el caso mexicano, la reciente reforma en materia indígena (publicada en *Diario Oficial de la Federación* de fecha 14 de agosto del 2001) ha introducido en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* una versión “débil” del principio de dignidad: “Queda prohibida toda discriminación [...] que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de la persona” (art. 1).

**¿JUECES GUERRILLEROS? LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DESDE LA IZQUIERDA**  
**Luis Gómez Romero**

el Presidente municipal, o no se expresaron adecuadamente los fundamentos aplicables<sup>19</sup>. La litis, por ende, se encontraba circunscrita a determinar si el Congreso local se había apegado o no a derecho en el procedimiento mediante el cual determinó extender el municipio de Cuernavaca, adjudicándole territorio que el Ayuntamiento de Temixco estimaba suyo.

Sin embargo, en términos de lo dispuesto por la CPEUM, la SCJN conocerá, entre otras, de las controversias constitucionales que, con excepción a las que se refieran a la materia electoral, se susciten entre “un Estado y uno de sus Municipios, *sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales*” (art. 105, fracción I, inciso i). Puesto que, tal como fue planteado, el caso no podía subsumirse fácilmente en la hipótesis de la norma constitucional, los ministros argumentaron que las controversias constitucionales son una instancia idónea para analizar inclusive los conceptos de invalidez que no tengan una relación directa con los preceptos y formalidades constitucionales, pues, desde su punto de vista, semejante proceder es congruente con la anteriormente mencionada reforma constitucional de 1995, que consolidó a la SCJN como un tribunal constitucional, garante principalísimo de la supremacía de la constitución y del principio federal<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Véase el resultando tercero de la aludida sentencia. *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Tomo XI, Enero de 2000, pp. 665 y ss. Para un resumen del planteamiento de la controversia formulado por el Ayuntamiento de Temixco (Cossío, 2002: 151).

<sup>20</sup> La tesis jurisprudencial de referencia ordena: Tesis P.J. 98/99. CONTROVERSIAS CONSTITUCIONAL. EL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AUTORIZA EL EXAMEN DE TODO TIPO DE VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Los Poderes Constituyente y Reformador han establecido diversos medios de control de la regularidad constitucional referidos a los órdenes jurídicos federal, estatal y municipal, y del Distrito Federal, entre los que se encuentran las controversias constitucionales, previstas en el artículo 105, fracción I, de la Carta Magna, cuya resolución se ha encomendado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su carácter de Tribunal Constitucional. La finalidad primordial de la reforma constitucional, vigente a partir de mil novecientos noventa y cinco, de fortalecer el federalismo y garantizar la supremacía de la Constitución, consistente en que la actuación de las autoridades se ajuste a lo establecido en aquélla, lleva a apartarse de las tesis que ha venido sosteniendo este Tribunal Pleno, en las que se soslaya el análisis, en controversias constitucionales, de conceptos de invalidez que no guarden una relación directa e inmediata con preceptos o formalidades previstos en la Constitución Federal, porque si el control constitucional busca dar unidad y cohesión a los órdenes jurídicos descritos, en las relaciones de las entidades u órganos de poder que las conforman, tal situación justifica que una vez que se ha consagrado un medio de control para dirimir conflictos entre dichos entes, dejar de analizar ciertas argumentaciones sólo por sus características formales o su relación mediata o inmediata con la Norma Fundamental, produciría, en numerosos casos, su ineficacia, impidiendo salvaguardar la armonía y el ejercicio pleno de libertades y atribuciones, por lo que resultaría contrario al propósito señalado, así como al fortalecimiento del federalismo, cerrar la procedencia del citado medio de

Asimismo, conforme a la decisión de la Corte, las controversias constitucionales, amén de resolver las diferencias entre poderes y niveles de gobierno, son instrumentos para la salvaguarda del bienestar de la persona que se encuentra bajo el imperio de aquéllos<sup>21</sup>. El enunciado “bienestar de la persona”, empero, no se encuentra recogido de modo genérico en el texto

---

control por tales interpretaciones técnicas, lo que implícitamente podría autorizar arbitrariedades, máxime que por la naturaleza total que tiene el orden constitucional, en cuanto tiende a establecer y proteger todo el sistema de un Estado de derecho, su defensa debe ser también integral, independientemente de que pueda tratarse de la parte orgánica o la dogmática de la Norma Suprema, dado que no es posible parcializar este importante control. Controversia constitucional 31/97. Ayuntamiento de Temixco, Morelos. 9 de agosto de 1999. Mayoría de ocho votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Humberto Suárez Camacho. Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo X, Septiembre de 1999, p. 703.

<sup>21</sup> La tesis aludida establece:

Tesis P.J. 101/99. CONTROVERSIAS CONSTITUCIONAL. LA FINALIDAD DEL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN INCLUYE TAMBIÉN DE MANERA RELEVANTE EL BIENESTAR DE LA PERSONA HUMANA SUJETA AL IMPERIO DE LOS ENTES U ÓRGANOS DE PODER. El análisis sistemático del contenido de los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos revela que si bien las controversias constitucionales se instituyeron como un medio de defensa entre poderes y órganos de poder, entre sus fines incluye también de manera relevante el bienestar de la persona humana que se encuentra bajo el imperio de aquéllos. En efecto, el título primero consagra las garantías individuales que constituyen una protección a los gobernados contra actos arbitrarios de las autoridades, especialmente las previstas en los artículos 14 y 16, que garantizan el debido proceso y el ajuste del actuar estatal a la competencia establecida en las leyes. Por su parte, los artículos 39, 40, 41 y 49 reconocen los principios de soberanía popular, forma de estado federal, representativo y democrático, así como la división de poderes, fórmulas que persiguen evitar la concentración del poder en entes que no sirvan y dimanen directamente del pueblo, al instituirse precisamente para su beneficio. Por su parte, los numerales 115 y 116 consagran el funcionamiento y las prerrogativas del Municipio Libre como base de la división territorial y organización política y administrativa de los Estados, regulando el marco de sus relaciones jurídicas y políticas. Con base en este esquema, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe salvaguardar, siempre se encuentra latente e implícito el pueblo y sus integrantes, por constituir el sentido y razón de ser de las partes orgánica y dogmática de la Constitución, lo que justifica ampliamente que los mecanismos de control constitucional que previene, entre ellos las controversias constitucionales, deben servir para salvaguardar el respeto pleno del orden primario, sin que pueda admitirse ninguna limitación que pudiera dar lugar a arbitrariedades que, en esencia, irían en contra del pueblo soberano. Controversia constitucional 31/97. Ayuntamiento de Temixco, Morelos. 9 de agosto de 1999. Mayoría de ocho votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Humberto Suárez Camacho. Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo X, Septiembre de 1999, p. 708.

constitucional mexicano. Existe una sola referencia constitucional a la dignidad humana como criterio prohibitivo de prácticas discriminatorias (art. 1), misma que fue introducida con posterioridad a la resolución comentada. El planteamiento de la Corte, sin embargo, confiere al aludido principio de bienestar una función de cohesión respecto a la totalidad de los preceptos constitucionales. Así, el nuevo criterio abre las puertas a una reordenación de la CPEUM por vía de la interpretación judicial.

Cabe precisar que el principio hermenéutico de dignidad humana —cuyo contenido, *mutatis mutandis*, corresponde con el criterio de “bienestar” que, según la Corte, informa la totalidad del orden jurídico mexicano— goza, efectivamente, de un enorme potencial liberador. Como señala Gregorio Peces-Barba, la dignidad humana es la norma básica material que funda los cuatro grandes valores de la ética pública de la modernidad: libertad, igualdad, seguridad y solidaridad, que a su vez se desarrollan en principios de organización del sistema institucional democrático y como derechos fundamentales de los individuos y de los grupos formados por éstos (2002: 74). La cuestión, por ende, no reside en la existencia de algún hipotético vicio en el contenido del nuevo principio establecido por la SCJN, sino en los *medios* que los ministros emplearon para llegar a éste y en las *consecuencias* que, dados tales medios, pueden desprenderse de él.

“Si analizamos la controversia planteada”, afirma a este respecto José Ramón Cossío, “lo que a final de cuentas está haciendo la Corte es establecer una serie de criterios que, bajo el pretexto de la protección al bienestar de la persona, en el futuro le permitirán ampliar sus competencias tan lejos como sea necesario para la búsqueda de tal fin”<sup>22</sup>. Según Cossío, el caso concreto pudo resolverse, sin la necesidad de construir el aparato conceptual que sustentó la sentencia, mediante el simple discernimiento sobre si los contenidos de los artículos 14 y 16 constitucionales deben o no aplicarse a los procesos realizados por las autoridades en los casos de normas creadas respecto de otras autoridades u órdenes normativos (*Ibidem*). Ciertamente, si nos atenemos al texto de la CPEUM, la solución propuesta por Cossío parece más plausible que la adoptada por la propia SCJN<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> (Cossío, *op. cit.*: 154). En el mismo sentido, González Compeán y Bauer, 2002: 371 y ss).

<sup>23</sup> Cabe precisar que el ministro José de Jesús Gudiño Pelayo se apartó del criterio de la mayoría en este asunto. De este modo, asentó en el voto particular que emitió con motivo de la controversia constitucional señalada: “Al parecer, en la sentencia de la mayoría se entiende ‘bienestar’ como sinónimo de felicidad, y esto agrava en forma significativa el problema, porque -es preciso recordar-sólo en los sistemas totalitarios el Estado se arroga la atribución de determinar en qué consiste la felicidad del pueblo y los medios mediante los cuales ésta se persigue [...] La justificación bienestarista de la justicia constitucional hace del sistema jurídico una figura amorfa, sin límites, sin estructura, en la que todo se puede y todo se vale, claro está, bajo la bandera del ‘bien del pueblo’

Sin embargo, con independencia de las alternativas entre las que pudo elegir la Corte con miras a la solución del *caso Temixco*, para efectos del presente ensayo interesa destacar que, bajo el pretexto de conducirse como un tribunal constitucional, la Corte realmente introdujo un nuevo principio constitucional en nuestro ordenamiento. En otras palabras, en virtud de la resolución a la controversia constitucional 31/97, *el principio de bienestar de la persona es un criterio de hermenéutica constitucional válido en el derecho positivo mexicano*<sup>24</sup>.

La controversia comentada, en consecuencia, arroja una nueva luz sobre el parangón con el que inicié este apartado. La Corte, al decidir sobre el *caso Temixco*, realizó una “reforma social” (la introducción de un nuevo criterio hermenéutico en el ámbito constitucional) aparentemente convencida de la “protesta airada del pueblo contra sus opresores” (el “pueblo y sus integrantes” por cuyo “bienestar” vela la Corte, en virtud de que constituyen “el sentido y razón de ser de las partes orgánica y dogmática de la Constitución”). Asimismo, podemos afirmar que los ministros, instruidos como están en las “condiciones especiales de la institucionalidad” mexicana vigente, adoptaron una determinación que rompió “los moldes de esa institucionalidad”. ¿Qué otra cosa hubiera pedido el *Che Guevara*? Y, no obstante... ¡qué distancia abismal entre unos y otro!

Estemos o no de acuerdo con sus métodos, cuando menos debemos reconocer que el *Che Guevara* fue coherente desde que se embarcó rumbo a las costas cubanas (e inclusive antes), hasta que cayó en la sierra boliviana. Por desgracia, no podemos atribuir análogas cualidades a nuestros *togados audaces*. Cualquier previsión sobre el rumbo que tomará el celo subversivo de los *jueces guerrilleros* parece un asunto antes de nigromancia que de jurisprudencia. Pensemos, verbigracia, en la errática posición de la Corte respecto a la admisibilidad de controles jurisdiccionales sobre los procedimientos de reforma constitucional. Cuando, atentos al precedente asentado en el sonado *caso Camacho*, algunos municipios impugnaron el procedimiento de reformas constitucionales que culminó en la —mal— llamada “ley indígena”, resultó que nuestros ministros habían cambiado de criterio. En el primer caso, la Corte admitió la procedencia del juicio de amparo respecto a los aludidos procedimientos, aunque no con relación al contenido de las reformas y adiciones al texto constitucional<sup>25</sup>; en el segundo, en

---

[...] La justicia constitucional bienestarista parece fundarse en una concepción utilitaria de los actos de autoridad, según la cual la bondad del acto la determina el resultado que con el mismo se obtiene. No creo que haya sido la corriente filosófica utilitaria la que inspiró al Constituyente en 1917 [...]. Véase Gudiño Pelayo, José de Jesús, “Voto particular que formula el ministro José de Jesús Gudiño Pelayo en la controversia constitucional 31/97” (Gudiño Pelayo, 2000: 244 y ss.)

<sup>24</sup> Véanse los artículos 42 y 43 de la *Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

<sup>25</sup> Véase la tesis aislada P. LXII/99, de rubro “REFORMA CONSTITUCIONAL, AMPARO CONTRA SU PROCESO DE CREACIÓN. EL INTERÉS JURÍDICO DERIVA DE LA AFECTACIÓN QUE PRODUCE, EN LA ESFERA DE DERECHOS DEL QUEJOSO, EL CONTENIDO DE LOS

**¿JUECES GUERRILLEROS? LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DESDE LA IZQUIERDA**  
**Luis Gómez Romero**

cambio, negó la procedencia de cualquier control sobre los actos del poder revisor de la constitución<sup>26</sup>. Semejante volubilidad en los criterios jurisprudenciales, a la postre, puede enturbiar la labor de la Corte bajo la sospecha de que nuestros ministros han operado bajo la influencia de consideraciones políticas ajenas a las normas constitucionales, y el criterio de “bienestar de la persona” que establecieron por sí y ante sí, ciertamente, no les ayudará a superar los motivos de tal desconfianza. ¿Cómo justificar que, al negar la procedencia del control jurisdiccional sobre las reformas constitucionales, la SCJN ha obrado en orden a la tutela del “bienestar de la persona”? ¿Acaso vulnera dicho bienestar la pretensión de reconducir la reforma constitucional en materia indígena, mediante argumentos formales, a contenidos más apegados a los *Acuerdos de San Andrés*<sup>27</sup>? Los ejemplos de los conflictos que podría suscitar el principio hermenéutico analizado, dada la vía que utilizó la SCJN para introducirlo en el ámbito constitucional mexicano, podrían multiplicarse prácticamente hasta el infinito.

Así, el panorama que, entre los *tímidos* y los *audaces*, nos ofrece la judicatura federal mexicana, es extremadamente desalentador. De una parte, los *audaces*, inflamados de un *ardor revolucionario* que ignora los propios límites constitucionales impuestos al poder judicial, han llegado al extremo de reformar en forma subrepticia la constitución. De otra, los *tímidos* están dispuestos a abandonar la constitución al arbitrio de los poderes mayoritarios e, intoxicados por una imagen de la función judicial heredada de la dogmática positivista del siglo XIX, se niegan a admitir el alcance y profundidad de sus poderes discrecionales, dado lo cual toman a cuenta de *interpretación objetiva del derecho* lo que es producto de sus *preferencias éticas subjetivas*. En uno y otro caso, la democracia resulta lesionada tanto en su dimensión *formal* (relativa a los procesos para la formulación de decisiones mayoritarias) como en la *material* o *sustancial* (atinente a los derechos fundamentales). Veamos entonces, primero, los límites de la interpretación judicial en vista de las exigencias que impone a la toma de decisiones públicas la legitimación mayoritaria específicamente democrática.

### **III. ¿Sobrios o borrachos? la tensión entre constitucionalismo y democracia**

En forma *mínima*, una constitución rígida podría definirse como una “ley superior” que no puede ser modificada mediante el procedimiento legislativo ordinario y, por ende, se encuentra

---

PRECEPTOS MODIFICADOS”, (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, Tomo X, Septiembre de 1999, p. 11).

<sup>26</sup> Véase la tesis P.J. 39/2002, de rubro “PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL JURISDICCIONAL” (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, Tomo XVI, Septiembre de 2002, p. 1136).

<sup>27</sup> Firmados el 16 de febrero de 1996 por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), el gobierno federal y el gobierno del estado de Chiapas.

fuera del alcance de las asambleas —también ordinarias— popularmente electas (Holmes, 1995: 134). Así, el procedimiento de reforma calificado que distingue a las constituciones rígidas dificulta que se ejerzan sobre éstas los mismos controles mayoritarios que rigen sobre la legislación ordinaria (ibídem). A partir de esto ha prosperado, en forma latente o explícita, la idea de una profunda oposición entre la regla mayoritaria típica de la democracia y las constituciones rígidas. El debate en torno a este punto ha sido una constante en el pensamiento político moderno. J. J. Rousseau (1979), por ejemplo, señalaba a este respecto que “la deliberación pública, que puede obligar a todos los súbditos para con el [pueblo] soberano, a causa de las dos diferentes relaciones bajo las cuales cada uno de ellos es considerado”, no puede, en cambio, “obligar al soberano para consigo” dado que se trata de una sola relación, resultando, por ende, “contrario a la naturaleza del cuerpo político que el soberano se imponga una ley que no pueda quebrantar”. En el mismo sentido, evidentemente inspirada en las ideas rousseauianas, la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* jacobina (1793) dispuso en su artículo 28: “Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede sujetar a las generaciones futuras a sus leyes” (Artola, 1986: 110).

Con ello, tanto Rousseau como los jacobinos pretendían liberar a la generación presente de una “hipoteca” sobre su voluntad soberana impuesta, bajo la forma de una constitución, por las generaciones pasadas. El planteamiento rousseauiano lleva hasta sus últimas consecuencias la regla de legitimación mayoritaria y exige que toda decisión pública, incluyendo las reglas constitucionales y los derechos fundamentales, se encuentre sujeta en cualquier momento a la revisión de las mayorías. La rigidez de una constitución, bajo esta óptica, plantea un *dilema contramayoritario* a la democracia que se centra en el problema relativo a las razones por las que ciertas cuestiones constitucionales —en forma destacada, los derechos fundamentales— no se encuentran sujetos a voto. Desde un punto de vista radicalmente democrático, la exclusión de ciertas decisiones de la voluntad mayoritaria implica realmente una paradoja: por un lado, la constitución resta validez al acuerdo o consenso *actual* de los gobernados que vulnere derechos fundamentales o, en general, los enunciados normativos constitucionales; por otro, se funda en un acuerdo o consenso *pasado* deliberadamente estructurado para que su reforma sea difícil.

Visto bajo esta perspectiva, el constitucionalismo aparenta ser una opción política en esencia antidemocrática. La función básica de la constitución queda reducida a una dimensión meramente negativa: *separar* ciertas decisiones del proceso de decisión mayoritaria. La dificultad que el aludido dilema plantea al constitucionalismo, por consiguiente, consiste en encontrar la justificación de la legitimidad de un sistema “democrático” que obstaculiza la voluntad mayoritaria en ciertos ámbitos. Una primera opción para superar la paradoja, en este sentido, la formula Stephen Holmes de la siguiente forma:

**¿JUECES GUERRILLEROS? LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DESDE LA IZQUIERDA**  
**Luis Gómez Romero**

Una constitución es Pedro sobrio mientras que el electorado es Pedro ebrio. Los ciudadanos necesitan una constitución, tal como Ulises necesitó atarse a su mástil. Si a los votantes les fuera permitido obtener [todo] lo que desean, inevitablemente naufragarían. De este modo, vinculándose ellos mismos a reglas rígidas, pueden alcanzar mejor sus objetivos sólidos y de largo plazo (1995: 134).

Para Holmes, desde el punto de vista del constitucionalismo, la democracia es “un gobierno mediante la discusión racional y libre entre ciudadanos iguales, no simplemente la aplicación de la voluntad de la mayoría” (op. cit.: 171). Los límites constitucionales a la regla mayoritaria, por ende, equivalen a un *precompromiso*, un medio por el cual la voluntad popular asegura su propio ejercicio responsable. Tales presupuestos conducen a Holmes a sostener que no cualquier decisión mayoritaria puede calificarse como democrática. “La autoridad soberana debe otorgarse”, apunta, “no a cualquier ‘voluntad’, sino exclusivamente a la voluntad forjada en un debate amplio y vigoroso. El derecho legalmente garantizado a la oposición es, en consecuencia, una norma fundamental del gobierno democrático, que provee una precondición esencial para la formación de una opinión pública democrática” (ibidem).

Quizás un ejemplo pueda aclarar los argumentos de Holmes. Supongamos que el pueblo soberano vota la instauración de una dictadura que suprime toda forma de oposición. Conforme a la regla mayoritaria, tendríamos buenas razones para considerar que semejante decisión es legítima. Sin embargo, a partir de esto no podríamos inferir que la *dictadura* resultante será *democrática* sino, simplemente, que la democracia, en esa comunidad concreta, cometió un “suicidio”<sup>28</sup>.

Las reglas de la decisión democrática —que suponen necesariamente la facultad de oponerse a la mayoría— y las garantías de los derechos fundamentales de la persona previstas en la constitución resultan así el único contenido posible de la democracia. “Cuando una asamblea constituyente establece un procedimiento decisorio”, afirma Holmes al respecto, “antes que restringir una voluntad preexistente, en realidad crea un marco en el que una nación puede, por vez primera, tener una voluntad” (Holmes, 1995: 175). En consecuencia, Holmes concibe a las constituciones *liberales* (es decir, las constituciones que tutelan las *libertades civiles y políticas*) como instrumentos de organización de procesos deliberativos y decisarios que son elaborados para mejorar la calidad (democrática) de las leyes y las políticas públicas (ibidem). Dicho en otras palabras, para Holmes la voluntad popular solo será democrática en la medida en que se exprese dentro de las referencias normativas de una constitución que garantice los derechos fundamentales *liberales* de las personas, a lo cual sería conveniente añadir, por nuestra parte, que la índole democrática del marco constitucional también dependerá de la satisfacción de las prestaciones ordenadas por los derechos fundamentales de índole *social*.

---

<sup>28</sup> El ejemplo ha sido planteado por Waldron (1998,: 274).

Las tesis de Holmes —que, en buena medida, pueden ser reconducidas al amplio consenso que, sobre esta materia, existe hoy en día en el constitucionalismo— no se encuentran, empero, totalmente exentas de problemas. Sobre el particular, Jeremy Waldron destaca que las diferencias entre el *carácter democrático de la constitución elegida* y un *método democrático de decisión constitucional* solo son claras en tanto se enlacen con el “momento fundacional” de una sociedad política determinada, de modo que sea posible distinguir entre, por un lado, los procedimientos de decisión empleados al momento de expedición de la constitución y, por otro, los procedimientos decisorios que se utilicen con posterioridad a ésta (Waldron, op. cit.: 273). Sin embargo, Waldron apunta que el desenvolvimiento político real de cualquier sociedad rara vez permite establecer una diferenciación tan nítida. A menudo, las decisiones que moldean una constitución se encuentran entrelazadas con la vida política cotidiana, de manera que es imposible distinguirlas —mediante el tiempo, la solemnidad o cualquier otro criterio— de las decisiones políticas ordinarias (*ibidem*).

De este modo, es dable pensar en la existencia de *métodos democráticos* (en el sentido en que emplea este adjetivo Holmes) *de decisión constitucional* que, sin embargo, se encuentren fundados en una constitución carente de legitimidad mayoritaria. La cuestión se complica más cuando añadimos el ingrediente del control judicial sobre los actos de los poderes cuya legitimidad reside netamente en el voto de las mayorías (legislativo y ejecutivo). A los jueces, por regla general, no se les elige mediante el voto popular, de modo que carecen de una legitimación análoga. A partir de este dato, y empleando al efecto el marco crítico planteado por Waldron —sin suscribir por ello sus consideraciones teóricas—, podríamos describir el déficit de legitimidad mayoritaria que el referido control judicial produce mediante el siguiente ejemplo (*idem*: 282):

El pueblo se obliga, en un congreso constituyente super-mayoritario, a limitar sus decisiones conforme a ciertos derechos fundamentales planteados en fórmulas abstractas que, en virtud del acuerdo constitucional, se definen como justas. Sin embargo, algunos integrantes de dicho pueblo —la minoría— rechazan los derechos que la mayoría ha acordado que son justos. Entre aquellos que suscribieron el acuerdo, asimismo, algunos difieren del punto de vista mayoritario sobre el contenido de dichos derechos.

Tras la celebración de elecciones, el poder legislativo adopta una medida respecto a la cual es posible argumentar la violación de alguna disposición constitucional. Dicha medida es apoyada por una mayoría de representantes. Algunos legisladores prestan tal apoyo por considerar que la medida no vulnera el texto constitucional; otros, porque están en contra de éste (y siempre lo han estado).

Un tribunal dotado de la potestad de control constitucional decide por mayoría que la medida aprobada por el legislativo es inconstitucional. Ocho jueces —por suponer el número de

**¿JUECES GUERRILLEROS? LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DESDE LA IZQUIERDA**  
***Luis Gómez Romero***

ministros que integran la SCJN en México— votan la aludida inconstitucionalidad, mientras que los tres restantes consideran que la decisión legislativa cuestionada no vulnera disposición constitucional alguna.

La legitimidad mayoritaria de la decisión, en el ejemplo planteado, decrece hasta su virtual desaparición en la última instancia: de la súper-mayoría constituyente, se pasa a la mayoría legislativa más estrecha y, de ésta, a una “mayoría” judicial que, en términos reales, es una minoría que no tiene el respaldo del voto popular. Con esto no pretendo afirmar que los derechos fundamentales y, en general, los enunciados normativos constitucionales, deban someterse al voto mayoritario. Como Holmes —y todos aquellos que defienden la superioridad ética del constitucionalismo contemporáneo— considero que las decisiones políticas de los poderes mayoritarios deben ceñirse a las pre-decisiones constitucionales (Holmes, op. cit.: 161 y ss.) y, sobre todo, a los derechos fundamentales de la persona. Elías Díaz ha planteado el fundamento de dicha exigencia ético-política con una claridad insuperable: sin el respeto, bajo la norma de *igualdad*, de la *libertad crítica* y la *inviolabilidad de la persona* de las minorías, es imposible que las mayorías demuestren que son tales y, consecuentemente, puedan legitimarse (democráticamente) (Díaz, 1978: 130 y ss.).

Tampoco considero conveniente, como aclararé cuando exponga las propuestas garantistas, que los jueces sean nombrados mediante elección popular. No obstante, parece pertinente adelantar que el control de un poder no-mayoritario, sujeto exclusivamente a la constitución, es imprescindible para dotar de eficacia la subordinación a las disposiciones constitucionales de los poderes mayoritariamente legitimados, como señala Andrés Ibáñez:

Las garantías jurídicas constitucionalmente fuertes, en cuanto presididas por la vocación de efectividad que les confiere el hecho de ser judicialmente accionables, comportan, según se objeta en algunos casos, cierta hipoteca para la libertad de acción de las mayorías actuales, impuesta por una mayoría constituyente que ahora no existe con la *no-democrática* mediación judicial. Pero la cuestión no está en la existencia de la hipoteca en sí misma sino en lo que realmente garantiza y en la calidad de la alternativa que representaría su inexistencia como tal. Y a este respecto hay buena constancia histórica y actual de la clase de hipotecas que el constitucionalismo débil y la falta de garantía jurisdiccional de los derechos supone para las ciudadanías presentes y por venir. Y, asimismo, experiencia sobrada de hasta dónde puede y suele llegar el poder político, incluso democrático y progresista, librado a su propia dinámica: esto es, sin límites de derecho jurisdiccionalmente accionables a su actuación (Andrés Ibáñez, 2002: 11).

La legitimidad del poder judicial, por ende, reside *en su sujeción, en última instancia, a la constitución*. El ejemplo que he propuesto anteriormente, desde esta perspectiva, puede sernos útil para demostrar que, *precisamente porque no votamos a los jueces*, ningún órgano judicial —

por más “tribunal constitucional” que se autoproclame—debe arrogarse la potestad de ampliar sus competencias y, menos aún, de autonombbrarse tutor del “bienestar del pueblo”, como hizo la SCJN en el caso de la controversia constitucional 31/97. La democracia, ciertamente, es asaz exigente. Por una parte, rechaza el imperio exclusivo de la decisión de las mayorías, que se encuentra limitada por los derechos fundamentales; pero por otra, *tampoco puede prescindir de la legitimidad mayoritaria*. Sin el equilibrio entre ambos extremos, no podemos hablar propiamente de democracia, según advierte Elías Díaz:

[...] convendría advertir [...] que la democracia sólo es verdadera y coherente cuando respeta de modo adecuado el criterio individual y de las minorías que —junto con las mayorías— forman también parte del todo social [...] Si se acepta el anterior esquema [...] no se ve por qué ha de ser preferible el criterio de un solo individuo (por excepcional que sea) o solo el de una minoría (por ilustre o experta que sea), en lugar de considerar como más atendible y decisivo lo que —sin prescindir del asesoramiento de los expertos, de los técnicos, de los científicos- piensa y quiere la mayoría de la sociedad (Díaz, op. cit.: 131).

Es inexacto, entonces, que bajo el modelo del estado constitucional de derecho los jueces se encuentren libres de cualquier sujeción a la ley; antes bien, ha cambiado la índole de dicha sujeción que, bajo el modelo aludido, se encuentra *calificada* por la suprema ley que es la constitución. De otra forma, no existiría —como afirma Elías Díaz— razón alguna para que las decisiones de un tribunal, como la SCJN, gozaran de mayor legitimidad que aquéllas dictadas por un órgano respaldado en la mayoría, como es el poder legislativo. Antes bien, sucedería lo contrario: en caso de conflicto, desde la perspectiva de una democracia procedural, tendríamos mayores razones para considerar legítima una decisión legislativa respaldada por la mayoría, que una decisión judicial sin el debido respaldo constitucional. Bajo tales premisas, la aberración inherente al modelo de una judicatura absolutamente libre de ataduras constitucionales es descrita por Ferrajoli en los siguientes términos:

[...] considero que el garantismo, en cuanto conjunto de principios axiológicos racionalmente compartidos, es la única vía posible para superar la crisis que estamos atravesando y el único terreno de encuentro entre jueces y políticos. Tanto desde el punto de vista de los primeros, como desde el de los segundos. Ante todo desde el punto de vista del poder judicial, cuyas fuentes de legitimación coinciden de lleno con el sistema de garantías, es decir, de los límites y de los vínculos [...] tendentes a reducir al máximo el arbitrio de los jueces en la tutela de los derechos de los ciudadanos. Y es evidente que estas fuentes deben ser tanto más fuertes cuanto más relevante sea el papel político desempeñado por la magistratura. Pues sería una contradicción en los términos suponer que el poder judicial, a falta de garantías y de estricta legalidad, llegara a

proponerse [...] como garantía de los derechos de los ciudadanos y de la legalidad de los demás poderes públicos (Ferrajoli, 1999: 75).

Por ende, el límite que impone la exigencia de legitimidad mayoritaria inherente a la democracia a la interpretación judicial reside en la necesaria referencia, cuando menos, a una disposición constitucional que razonablemente funde la norma resultante de la actividad interpretativa. Semejante conclusión preliminar, ciertamente, no es muy novedosa (de hecho, bien podría calificarse como una perogrullada). La cuestión adquiere otro cariz, empero, si se le analiza a la luz de la tesis positivista sobre la discrecionalidad judicial, conforme a la cual alguien podría objetarme que, a fin de cuentas, un tribunal dotado de potestades de control constitucional — como la SCJN — está facultado para decidir, por vía de la interpretación judicial, cuál es el contenido normativo de la constitución, e inclusive para crear nuevas normas en dicho ámbito. Bajo los presupuestos positivistas, en efecto, es posible que los jueces, en ejercicio de sus poderes creadores de derecho, determinen los criterios últimos para comprobar la validez de las propias normas que les confieren jurisdicción en tanto que jueces (“la constitución es lo que los jueces dicen que es”) (Hart, 1961: 189). Sobre esta base, podría derivarse hacia una posición escéptica que concluyera la absoluta ausencia de controles jurídicos sobre los jueces.

La referida objeción, empero, puede ser superada mediante la observación hartiana de que, *aunque toda regla puede ser dudosa en algunos puntos, es una condición necesaria de los sistemas jurídicos que no toda regla sea dudosa en todos los puntos* (Ibídem). La vaguedad<sup>29</sup> y ambigüedad<sup>30</sup> de los enunciados constitucionales tiene un límite, de modo que no existe un juez que, a la manera de *Humpty Dumpty*<sup>31</sup>, tenga potestad para decidir, por ejemplo, que por “libertad” debemos entender un “calzado que no pasa del tobillo, con la parte inferior de suela y

<sup>29</sup> Todo enunciado es *vago* en la medida en que su campo de referencia es indefinido y consiste en una zona central de aplicaciones acumuladas, que se transforma gradualmente en un círculo de incertidumbre que abarca posibles usos de la palabra en condiciones no típicas. Por ejemplo, ordinariamente no llamaríamos “mesa” a un cajón de madera, pero si durante un día de campo, a falta de algo mejor, colocamos un mantel sobre éste, y decimos que “la mesa está servida”, el enunciado tendría sentido gracias a la vaguedad inherente a la palabra “mesa” (Ross, *op. cit.*: 11).

<sup>30</sup> Un término es ambiguo cuando no tiene un campo de referencia único, sino dos o más. Tal es el caso, verbigracia, de la palabra inglesa *nail*, que significa “uña” y “clavo” (Ibídem).

<sup>31</sup> Me refiero al personaje central de cierto pasaje de *Alicia a través del espejo* que, sin duda alguna, es asaz ilustrativo para efectos del análisis de la interpretación judicial:

“Cuando yo uso una palabra”, dijo Humpty Dumpty en un tono bastante despectivo, ‘significa precisamente lo que yo elijo que signifique –ni más ni menos’.

‘La cuestión es’, replicó Alicia, ‘cómo puedes hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes’.

‘La cuestión es’, respondió Humpty Dumpty, ‘quién es el amo –eso es todo’”. (Carroll, 1994: 100; traducción propia).

lo demás de piel, fieltro, paño u otro tejido, más o menos escotado por el empeine”; o para hacer decir a la constitución aquello que el constituyente no previó, como si estableciera, verbigracia, que “los mexicanos están obligados a vestir de amarillo los domingos”. El absurdo de tales ejemplos puede servirnos para determinar que aún los principios constitucionales, con su amplísimo grado de indeterminación, no pueden ser manipulados hasta conferirles cualquier significado que deseé imponerles la voluntad del juez. En palabras de Hart (1961: 161):

El manupleo que los tribunales ingleses hacen de las reglas sobre la fuerza obligatoria del precedente quizás quede descripta con mayor honestidad [...] como un intento exitoso de arrogarse potestades y ejercerlas [...] Aquí, en los lindes de estas cuestiones muy fundamentales, acogeríamos de buen grado al escéptico ante las reglas, mientras no olvide que se lo acepta en las lindes, y no nos ciegue frente al hecho de que lo que en gran medida posibilita estos notables desarrollos judiciales de las reglas más fundamentales, es el prestigio adquirido por los jueces a raíz de su actuación, incuestionablemente gobernada por reglas, en las vastas áreas centrales del derecho.

Aunque la textura abierta del derecho permite la existencia de áreas de conducta —incluso en el ámbito constitucional— donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales, es imposible que éstos, mediante la interpretación, formulen una nueva disposición para cada caso que se les presente. De modo que los jueces *audaces* podrán dictar una, dos, diez o hasta cien veces sentencias que ostensiblemente se separen de la constitución (por ejemplo, sancionando principios normativos que carecen del debido soporte objetivo en el texto constitucional, como sucedió en la resolución del *caso Temixco*), y las resoluciones que dicten en tales términos, desde los presupuestos del positivismo, serán derecho. Pero —y en este punto, el argumento hartiano conecta con la política en sentido estricto- si los jueces están en posibilidad de tomar tales decisiones, es porque en la mayoría de los casos dictan resoluciones respetuosas, en primer término, del marco normativo constitucional y, en forma subordinada a este último, del derecho legislado.

La cuestión de la proporción de sentencias en que los jueces pueden, sin que se dispute su legitimidad, alterar las disposiciones constitucionales, como sucede con la mayoría de las decisiones propiamente políticas, debe resolverse mediante el recurso a la prudencia<sup>32</sup>. No

---

<sup>32</sup> Sobre la importancia de la prudencia como criterio regulador de las decisiones políticas, señala Isaiah Berlin: “[...] en el dominio de la acción política, las leyes son de veras escasísimas y las habilidades lo son todo. Lo que hace afortunados a los estadistas [...] es que no piensan en términos generales, es decir, no empiezan por preguntarse en qué una situación dada se parece o no a otras en el largo curso de la historia humana [...] Su mérito es que captan la combinación única de características que constituyen esta situación particular —ésta y no otra. Lo que se dice que son capaces de hacer es entender el carácter de un movimiento determinado, de determinado individuo,

obstante, dado el delicado equilibrio que la tensión entre democracia y constitución refleja en las relaciones entre legislación y jurisdicción, podemos afirmar, con Gustavo Zagrebelsky, que las cuestiones de constitucionalidad deben solucionarse por regla general, en obsequio del principio de división de poderes, de manera que los tribunales que cuenten con competencia para resolver éstas denuncien las lagunas o antinomias que existan entre la constitución y la ley secundaria, pero se abstengan de dictar la regla que, en su concepto, satisfaga debidamente los principios constitucionales, debiendo reservarse la aprobación de dicha nueva regla a una decisión legislativa (Zagrebelsky, 1995: 151-153). Así, bajo los principios de una democracia constitucional, según Zagrebelsky —cuyo punto de vista a este respecto es sumamente atendible—, “el legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como ‘parte’ del derecho, y no como ‘todo’ el derecho” (ibidem). Pero, por otra parte puede pretender que la jurisdicción mantenga abiertas las posibilidades del órgano legislativo para contribuir políticamente a la formación del ordenamiento jurídico. “Si este derecho no se respetase”, concluye el autor italiano, “tal vez tendríamos un Estado más constitucional, pero desde luego ya no un Estado constitucional democrático” (Ibid.).

El respeto riguroso a la constitución es lo que funda la credibilidad de la función judicial y su independencia, de modo que los mencionados jueces *audaces* saben lo que se encuentra en juego cuando se apartan de las disposiciones constitucionales que les confieren legitimidad. En última instancia, deben estar conscientes de que, en cada caso, deberán argumentar de manera que convengan a las partes —y, en general, al público que, en una democracia, puede realizar un escrutinio sobre la labor judicial<sup>33</sup>— respecto a la pertinencia de sus decisiones. La *auctoritas*

---

de un estado único de cosas, de una atmósfera única, de alguna combinación particular de factores económicos, políticos, personales [...] Conseguir esto bien, me parece un don afín al de algunos novelistas, que hace a escritores como Tolstoi o Proust transmitir [...] no el mero sentido de la corriente caótica de la experiencia, sino una distinción muy desarrollada entre lo que cuenta y lo demás [...] Es un sentido de lo cualitativo más que de lo cuantitativo, de lo específico antes que de lo general; es un género de conocimiento directo, a diferencia de la capacidad de descripción [...] es lo que diversamente se denomina sabiduría natural, entendimiento imaginativo, discernimiento, perceptividad y, más engañosamente, intuición [...] en oposición a las virtudes tan diferentes [...] del conocimiento teórico o el saber, la erudición, las capacidades de razonamiento y generalización y el genio intelectual” (Berlin, 1996: 10 – 16).

<sup>33</sup> Sobre el particular, apunta Ferrajoli (2000: 601-602): “Más allá de las formas de responsabilidad jurídica, desgraciadamente destinadas a padecer una debilidad intrínseca, la principal garantía de control sobre el funcionamiento de la justicia es la que he llamado *responsabilidad social*, que se expresa en la más amplia sujeción de las resoluciones judiciales a la crítica de la opinión pública [...] La crítica pública de las actividades judiciales –no la genérica de los males de la justicia, sino la argumentada y documentada dirigida a los jueces en particular y a sus concretas resoluciones–

que les confiere la magistratura no es ilimitada, puesto que se encuentra socavada por la ausencia de legitimidad mayoritaria. Y nosotros mismos deberemos tener siempre presente esta limitación propia de la institucionalidad de la judicatura al aproximarnos a las propuestas que, desde la izquierda, se han hecho en materia de interpretación judicial.

#### IV. Izquierda e interpretación judicial: *duros y progres*

Según Norberto Bobbio (s. f.: 133) “[...] el criterio más frecuentemente adoptado para distinguir la derecha de la izquierda es el de la diferente actitud que asumen los hombres que viven en sociedad frente al ideal de la igualdad, que es, junto al de libertad y al de paz, uno de los fines últimos que se proponen alcanzar y por los cuales están dispuestos a luchar”. En consecuencia, desde una perspectiva *descriptiva*, aquéllos que se declaran *de izquierdas* dan mayor importancia, en su conducta moral y en sus iniciativas políticas, a lo que convierte a los hombres en iguales, o a las formas de atenuar y reducir los factores de desigualdad; por el contrario, quienes se declaran *de derechas*, están convencidos de que es imposible eliminar la desigualdad y que, en última instancia, su eliminación ni siquiera es deseable<sup>34</sup>.

Además del significado descriptivo, los términos *derecha* e *izquierda* admiten uno *valorativo* o *axiológico*. Puesto que ambas palabras describen una antítesis, en un contexto axiológico la connotación positiva de una implica la connotación negativa de la otra. La carga positiva o negativa que se adscriba a cada una, empero, no depende del significado descriptivo sino de los juicios de valor opuestos que se dan sobre las cosas descritas. Bobbio señala que, en virtud de que la diáada tiene una connotación axiológica muy fuerte, “quien pertenece a una de las alineaciones tenderá a definir su propia parte con palabras axiológicamente positivas y la otra, por el contrario, con palabras axiológicamente negativas” (Ibid.: 98). De esta manera, por ejemplo, para un militante de la derecha, la igualdad en el contexto de la ideología de izquierda se

---

expresa, en efecto, el punto de vista de los ciudadanos, externo al orden judicial y legitimado por el hecho de que su fuerza no se basa en el poder sino únicamente en la razón [...].

<sup>34</sup> “El dato que considero como punto de partida de mi razonamiento es éste: Los hombres son entre ellos tan iguales como desiguales. Son iguales en ciertos aspectos y desiguales en otros [...] Lo igualitario parte de la convicción de que la mayor parte de las desigualdades que lo indignan, y quería hacer desaparecer, son sociales y, como tales, eliminables; lo no igualitario, en cambio, parte de la convicción opuesta, que son naturales y, como tales, no eliminables [...] En este ulterior contraste se manifiesta el llamado ‘artificialismo’, considerado como una de las características de la izquierda. La derecha está más dispuesta a aceptar lo que es natural, y aquella segunda naturaleza que es la costumbre, la tradición, la fuerza del pasado. El artificialismo de la izquierda no se rinde ni siquiera frente a las patentes desigualdades naturales, las que no se pueden atribuir a la sociedad: piénsese en la liberación de los locos del manicomio. Al lado de la naturaleza madrastra está también la sociedad madrastra. Pero desde la izquierda se tiende generalmente a considerar que el hombre es capaz de corregir tanto una como la otra” (op. cit.: 142-144).

convierte en nivelación; mientras que para un militante de la izquierda, la desigualdad —aún sin carga ideológica— en la definición de la derecha se convierte en un ordenamiento jerárquico (Ibíd). Sin embargo, la circunstancia de que, en el ámbito axiológico, una de las extremidades de la diáada sea de signo opuesto a la otra, no implica que una represente el bien siempre, y que la otra deba ser identificada indefectiblemente con el mal. “Queda el hecho de que”, concluye Bobbio, “cuando una de ellas, cualquiera que fuera, representa el bien, en un determinado contexto, la otra representa necesariamente el mal” (op. cit.: 97).

Por otra parte, Bobbio plantea, a la par que la dicotomía izquierda/derecha, la diáada alternativa moderación/extremismo. Esta última está referida no al concepto de igualdad, sino al de libertad. El ideal de libertad, para Bobbio, no sirve para distinguir entre derecha e izquierda, pues existen movimientos liberadores y autoritarios tanto en un extremo como en el otro (op. cit.: 160-61)<sup>35</sup>. Por ende, únicamente las alas moderadas de las dos afiliaciones básicas –izquierda y derecha- son compatibles con la democracia.

El uso alternativo del derecho puede definirse como una tesis de izquierda en la medida en que defiende la superioridad axiológica de los enunciados interpretativos que confieren contenidos igualitarios y liberadores a los enunciados jurídicos. Los CLS, asimismo, se auto-definen en forma general como un movimiento de izquierda. Desde el punto de vista de teoría de la justicia, tanto unos como otros actúan en forma totalmente válida. Sin embargo, es preciso insistir en que esto no implica que, en el ámbito de la teoría jurídica, pueda argumentarse, desde las premisas del uso alternativo del derecho o los CLS, que una resolución judicial producirá derecho únicamente en la medida en que se sostenga en una interpretación acorde con los contenidos que cualquiera de estas corrientes considera éticamente valiosos. En primer término, es preciso admitir la existencia de enunciados normativos constitucionales cuyo contenido sea antiigualitario o autoritario. Bajo tal supuesto, el juez se encontraría más o menos constreñido a aplicar una norma contraria a los contenidos éticos enunciados<sup>36</sup>. Asimismo, desde las premisas del

---

<sup>35</sup> Mediante la combinación de ambas dicotomías, Bobbio describe el espectro de las ideologías políticas en los siguientes términos: En la extrema izquierda están los movimientos a la vez igualitarios y autoritarios, de los cuales el ejemplo histórico más importante es el jacobinismo; En el centro izquierda, doctrinas y movimientos a la vez igualitarios y liberadores, que hoy en día abarcan al “socialismo liberal” y, en particular, a los partidos socialdemócratas; en el centro derecha, doctrinas y movimientos a la vez liberadores y no igualitarios, dentro de los cuales se incluyen los partidos conservadores que se distinguen de las derechas reaccionarias por su fidelidad al método democrático, y en la extrema derecha, doctrinas y movimientos antiliberales y antiigualitarios, cuyos ejemplos históricos más conocidos son el fascismo y el nazismo.

<sup>36</sup> Caso distinto sería aquel en que un juez se enfrente a un enunciado normativo antiigualitario o autoritario en una ley secundaria, que deba ser evaluado respecto al enunciado normativo igualitario

positivismo jurídico que, como he señalado reiteradamente a lo largo de estas páginas, he asumido como punto de partida, toda interpretación judicial se presupone obligatoria, creadora de derecho<sup>37</sup>, simplemente, porque la realiza un órgano jurídico facultado por el ordenamiento para interpretar el derecho. Dicho en otras palabras, el análisis que me he propuesto realizar de las teorías sobre la interpretación judicial que han sido generadas desde la izquierda se ubica en la perspectiva que, en términos kelsenianos, llamaríamos *nomodinámica*<sup>38</sup>.

No obstante, la aproximación a la interpretación judicial desde la izquierda puede jugar un papel metodológico *correctivo* de la —parafraseando a Ferrajoli— imagen paleopositivista de la función judicial. Dicho en otros términos, tanto el uso alternativo del derecho como los CLS, en la medida en que postulan una deslegitimación radical del modelo de juez-funcionario y denuncian los factores abiertamente extrajurídicos que intervienen en la interpretación y, consecuentemente, pueden determinar el talante arbitrario de una decisión judicial, arrojan sobre quienes sostienen posturas menos escépticas sobre la interpretación judicial la carga de elaborar un diseño normativo de la actividad interpretativa que pueda superar sus críticas. En este sentido, el análisis de los principales postulados del uso alternativo del derecho y los CLS, en materia de interpretación judicial, representa un saludable paso previo al estudio de las tesis garantistas relativas al mismo punto.

Finalmente, cabe precisar que, pese a que tanto el uso alternativo del derecho como los CLS pueden identificarse como movimientos de izquierda en el contexto del pensamiento jurídico, sus orígenes teóricos y propuestas difieren en muchos aspectos. El uso alternativo del derecho se nutre del marxismo y, en sus manifestaciones más radicales, demanda una revolución social desde el derecho. Los CLS, por el contrario, integran un conjunto heterogéneo de críticas al paradigma jurídico vigente que únicamente coinciden en el rechazo al modelo jurídico heredado del liberalismo. Los primeros, entonces, pueden representarse como los teóricos *duros* de la izquierda jurídica. Los segundos, en cambio, son simplemente *progresistas* (y, en algunos casos, se quedan

---

o liberador en el ámbito constitucional. En este supuesto, deberá prevalecer el enunciado normativo constitucional.

<sup>37</sup> Así, por ejemplo, el concepto de *interpretación auténtica* acuñado por Kelsen: "La interpretación que efectúa el órgano de aplicación del derecho es siempre auténtica. Crea derecho [...] también es auténtica, es decir, creadora de derecho, la interpretación realizada por un órgano de aplicación de derecho cuando crea derecho para un caso concreto, es decir, cuando el órgano produce sólo una norma individual o ejecuta una sanción" (Kelsen, *op. cit.*: 354)

<sup>38</sup> "El tipo dinámico [de sistema normativo]", dice Kelsen a este respecto, "se caracteriza porque la norma fundante que presupone no contiene otra cosa que el establecimiento de un hecho productor de normas, el facultamiento de una autoridad normadora o, lo que significa lo mismo, contiene una regla que determina cómo deben producirse las normas generales e individuales del orden sustentado en esa norma fundante básica". (*op. cit.*: 204).

en un ámbito indefinido que coloquialmente llamaríamos “*progre*”). Veamos entonces dónde ha quedado la interpretación judicial tras pasar por el tamiz, respectivamente, de los *duros* y de los “*progres*”.

## **VII. El uso alternativo del derecho: “Jueces de todos los países, uníos!”**

El uso alternativo del derecho, en términos muy simples, puede explicarse como un movimiento judicial gestado originalmente en torno a la *Costituzione della Repubblica Italiana* de 1947<sup>39</sup>, cuyos rasgos específicos sentarían las bases para que, hacia la década de los setenta del siglo pasado, prosperase la configuración doctrinaria de *una nueva forma de interpretar el derecho* desde presupuestos marxistas. Entre tales especificidades, destacan las siguientes:

El mandato dirigido a los poderes públicos de remover los obstáculos de orden económico y social que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, e impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país (art. 3º).

La declaración de que la justicia será ejercida en nombre del pueblo (art. 101).

La declaración de que la magistratura constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder (art. 104).

Hacia 1971, una asociación judicial italiana llamada *Magistratura Democrática* se pronunció por la creación de una “alternativa” judicial desde tales presupuestos constitucionales<sup>40</sup>. Ciertamente, a raíz de la radical preeminencia del citado artículo 3º y de los valores que éste implica, la expresión “alternativa” resulta doblemente cargada de sentido: primero, como alternativa a la jurisprudencia y a los métodos teóricos tradicionales y, segundo, como alternativa político-cultural al sistema capitalista (Souza, op. cit.: 73). El punto de partida de las

---

<sup>39</sup> Publicada en la *Gazzetta Ufficiale* del día 27 de diciembre del referido año. Es importante distinguir entre el *uso alternativo del derecho*, de raigambre fundamentalmente europea, y el llamado *derecho alternativo* que ha alcanzado una importante difusión en América Latina y, sobre todo, en Brasil. “El uso alternativo del derecho europeo”, anota a este respecto María de Lourdes Souza, “se conforma o se relaciona con la legalidad estatal vigente, siendo un procedimiento técnico-interpretativo que busca sacar provecho de las contradicciones y antinomias de aquél a favor de las capas sociales excluidas; la teoría brasileña, por su parte, no sólo admite este ‘uso’, sino que va más lejos y propone la utilización de un derecho paralelo o concurrente con el derecho oficial, de otra legalidad que no encaja con el derecho convencional vigente” (Souza, 2001: 263). En un sentido análogo, Sánchez Rubio (1999: 237-238).

<sup>40</sup> Entre los miembros del movimiento italiano destacan Pietro Barcellona, Salvatore Senese, Vincenzo Accattatis, Giancarlo Scarpari y el propio Luigi Ferrajoli.

teorías sobre el uso alternativo —que posteriormente extenderían su influencia a España<sup>41</sup>—, entonces, consiste en evidenciar que el derecho no es, como se piensa desde la metodología tradicional, un lenguaje neutro o apolítico para la administración de justicia, sino un instrumento de dominación de clase (Gracia Pascual, op. cit.: 214). De este modo, basándose en el irremediable carácter político de la actividad judicial, los partidarios del uso alternativo intentaron invertir el papel opresor que, en su opinión, había desempeñado hasta ese momento el derecho empleando, al efecto, el positivismo dogmático del siglo XIX como coartada.

En este punto, conviene abrir un breve paréntesis en la exposición sobre la doctrina del uso alternativo. Puesto que el “uso alternativo” va más allá de la crítica al derecho identificado como derecho burgués absolutamente irredimible y sin otro porvenir que su extinción, parecería que no se trata, estrictamente, de una tesis de inspiración marxista. A este respecto, cabe precisar que no todo desarrollo de la teoría marxista deriva en el nihilismo jurídico<sup>42</sup>. Así, en términos generales, es posible mantener una perspectiva marxista del fenómeno jurídico que, sin concluir en una negación absoluta de los horizontes emancipadores del derecho, suscriba las siguientes tesis mínimas: i) el derecho tiene un carácter clasista; ii) es un fenómeno histórico, en el sentido de que es una realidad vinculada a ciertas formas de organización social; iii) desempeña un papel subordinado (al menos, en términos relativos) en relación con otros elementos del todo social, y iv) tiene un carácter ideológico (Atienza y Ruiz Manero, 1993: 61).

El primer esfuerzo —y, sin duda, uno de los más importantes— por elaborar una teorización en torno al programa del uso alternativo del derecho puede ser encontrado en una ponencia presentada ante el I Congreso de *Magistratura Democrática* (que tuvo lugar en Roma entre el 3 y el 5 de diciembre de 1971) por Vicenzo Accattatis, Luigi Ferrajoli y Salvatore Senese, titulada “*Por una Magistratura Democrática*”. Accattatis, Ferrajoli y Senese parten, precisamente, de la calificación del derecho burgués como un derecho de clase históricamente funcional al dominio de la clase hegemónica, cuya naturaleza de instrumento al servicio de la dominación se encuentra

---

<sup>41</sup> Entre los defensores del uso alternativo en España podemos contar a Perfecto Andrés Ibáñez, Nicolás López Calera y Modesto Saavedra López.

<sup>42</sup> En palabras de Perfecto Andrés Ibáñez (López Calera, 1978: 63): “Ya en su Introducción a la obra de Carlos Marx *La lucha de clases en Francia*, llamaba Engels la atención acerca de las grandes posibilidades que el nivel institucional ofrecía a la acción político-democrática. Más recientemente, Lelio Basso ha señalado, frente a una visión tan simplista como arraigada de la sociogénesis y funcionalidad del derecho que hacia a éste mera articulación de una voluntad de clase, que el mismo ‘como el poder en general, no puede ser sino la resultante de la lucha de clases, no puede dejar de reflejar más que la voluntad de la sola clase dominante, la correlación de fuerzas existente entre las diversas clases sociales e incluso entre los diversos grupos presentes en el seno de una misma clase’. Y ello porque ‘la lucha de clases es una lucha que se libra por el poder, pero también por el derecho.’”

ideológicamente oculta gracias a un “positivismo jurídico” que confirió a la forma histórica del derecho burgués el carácter de un modelo jurídico ahistórico y supuestamente universal que, en consecuencia, sirve como instrumento político de justificación del orden social clasista. La ideologización burguesa del derecho, en este contexto, se lleva a cabo mediante dos operaciones: de un lado, la adopción de los valores del derecho burgués como única “forma” posible de las normas jurídicas; de otro, la consideración de los contingentes contenidos del derecho burgués como datos “científicos” inmutables e imperecederos. En palabras de los aludidos conferencistas:

[...] los postulados de imparcialidad del Estado y neutralidad del derecho estatal encuentran ulterior ayuda y apoyo en las dos fundamentales operaciones de mystificación ideológica con que el positivismo jurídico ha arraigado, precisamente como formalismo, en la cultura jurídica de las masas: la identificación de la “forma” del derecho burgués, por un lado, como valor y fin último, y como dato objetivo de ciencia, por otro. La primera operación [...] es la que parte del rechazo de todo dato iusnaturalista de los contenidos del derecho positivo, es decir, de la separación de la moral y la consiguiente despolitización del derecho. Por este camino el “valor” político universal del derecho se transfiere desde los contenidos contingentes a la forma, es decir, precisamente a la forma del derecho burgués [...] Lo que tiene valor ético-político ya no es esta o aquella norma concreta, sino el principio mismo de legalidad, es decir, la forma de ley que asume acreditada por los procedimientos democráticos de formación de aquélla; no este o aquel tipo de contrato de cambio, sino la forma del cambio como encuentro de voluntades libres en la formación del contrato; no este o aquel tipo de relación jurídica determinada, sino la propia forma de ésta como relación entre sujetos iguales, dotados en la misma medida de personalidad y capacidad.

La segunda operación es la dirigida a hacer del derecho en cuanto forma un dato de ciencia, es decir, a conferir carácter y valor “científico” no a los coyunturales contenidos normativos, sino a la forma general del derecho estatal burgués, asumida por el positivismo jurídico como forma *a priori* y absoluta de la juridicidad. Si los contenidos normativos del derecho se reconocen como históricamente variables y contingentes, y tres palabras del legislador son suficientes para convertirlos en papel mojado, no podrá tomarse el derecho como dato de ciencia sino en la medida en que se acepten sus formas como elementos esenciales y objetivos, generales y perennes del derecho. De esta manera la ciencia jurídica se transmuta de ciencia de los contenidos en ciencia de las formas o estructuras del derecho burgués, tomadas éstas así como inmutables datos de ciencia y, en tanto que formas disociadas de las connotaciones económico-políticas de los variables contenidos normativos, como argumentos objetivos y neutrales de “ciencia no valorativa” [...] las formas del derecho burgués, en

vez de ser reconocidas como históricamente funcionales al dominio de la clase hegemónica, se elevan y tienen como formas naturales y necesarias de la experiencia jurídica, como estructuras trascendentales y universales de la juridicidad (Accattatis, Ferrajoli y Senese, en Andrés Ibáñez, 1978).

Por obvias razones, los vicios denunciados por nuestros autores no se restringen a la concepción del derecho, sino que —dado el carácter eminentemente práctico de la llamada ciencia jurídica— trascienden hasta su aplicación. Dicho en otros términos, la justificación ideológica que el positivismo dogmático hace de las desigualdades inherentes a la sociedad capitalista se traslada a la justicia burguesa:

La justicia burguesa como conjunto de actividades que cumple una función esencial para la conservación del Estado y del ordenamiento jurídico capitalista no puede, lógicamente, dejar de participar de los caracteres clasistas típicos de tal Estado y de tal derecho. El mismo principio base de la justicia burguesa, es decir, la igualdad de los ciudadanos ante la ley (por lo demás bastante a menudo contradicho en situaciones de privilegio y las concentraciones de poder que genera el capitalismo y que son fuentes de llamativas negaciones de aquél), es ya por sí [...] la más expresiva connotación clasista del orden burgués (Accattatis, Ferrajoli, Senese, *op. cit.*:127-128).<sup>43</sup>.

Según los mencionados autores, esta situación histórica, sin embargo, puede ser superada mediante una revolución en el derecho, fincada en el propio derecho, esto es, en el imperativo del artículo 3º de la Constitución italiana:

En general cabe afirmar que, en el actual contexto jurídico-político, existe la firme posibilidad de una jurisprudencia no conservadora ni reformista sino auténticamente

---

<sup>43</sup> Esta idea, aparentemente, corresponde a un desarrollo de la tesis esbozada por Marx en la *Critica del Programa de Gotha*. Según Marx, el derecho del tránsito a la sociedad comunista sería [...] como todo derecho, por su contenido, el derecho de la desigualdad. El derecho solo puede consistir, dada su naturaleza, en la aplicación de una medida igual; pero individuos desiguales (y no serían individuos diferentes si no fueran desiguales) son equiparables únicamente por dicha medida igual siempre que sean colocados bajo un punto de vista igual [...] por ejemplo, en el presente caso, que sean tratados como trabajadores y nada más se vea en ellos, que cualquier otra peculiaridad sea ignorada. Sin embargo, un trabajador está casado, el otro no; uno tiene más hijos que otro y así sucesivamente. Entonces, pese a un igual desempeño en el trabajo, y una consecuente participación igual en los fondos sociales de consumo, en los hechos uno recibiría más que otro, uno sería más rico que otro [...] Para evitar estos defectos, *el derecho no tendría que ser igual, sino desigual* (Marx, 1968: 324, la traducción es propia). Para Marx, por ende, la justicia no puede identificarse con la defensa de la igualdad formal, puesto que la igualdad material no puede realizarse si no es introduciendo desigualdades en el tratamiento jurídico, que sean favorables a quienes ocupan una situación menos favorecida (Vid. Atienza, *op. cit.*: 62).

alternativa: es decir, una jurisprudencia que, lejos de servir de cobertura y apoyo a las estructuras de poder dominantes, explice las contradicciones y abra a nivel legal nuevos espacios a las luchas populares, sin legitimar, por esto, la acusación de infidelidad al ordenamiento jurídico [...] En este sentido tiene un valor particular el artículo 3 de la Constitución [...] Si [...] el artículo 3 de la Constitución es una norma vinculante, y si está en radical contraste con el resto del ordenamiento, cuya transformación en sentido socialista postula, *la fidelidad a la Constitución impone una jurisprudencia alternativa a la inspirada en los principios normativos burgueses* (Accattatis, Ferrajoli, Senese, *op. cit.* : 134).

“No se trata, por tanto, de desaplicar la ley, sino, por el contrario, de cumplir una norma cardinal del ordenamiento [...]”(Ibid.), añaden Accattatis, Ferrajoli y Senese. Cabe aclarar que, en la década de los setenta, aún coexistían, en el ordenamiento jurídico italiano, junto con el texto constitucional de 1947, leyes emanadas bajo el régimen fascista (Código Penal, Código de Procedimiento Penal, Texto Único de la Ley de Seguridad Pública, Reglamento penitenciario, etc.), inspirados todos ellos en principios autoritarios y poco democráticos (García Pascual, *op. cit.* : 215). El uso alternativo del derecho denunció las contradicciones internas al ordenamiento. “No se puede ser, en efecto”, señalan los tres jueces, “al mismo tiempo fiel al Código Rocco y a la Constitución, a los principios de orden clasista que informan el código civil y a los programas emancipadores enunciados e impuestos por la Constitución. Si dos normas son entre sí contradictorias, no cabe ser fiel a una de ellas sin ser infiel a la otra; en particular, si un precepto como el artículo 3 de la constitución italiana está en contradicción con todo el ordenamiento burgués de clase [...] no se puede ser fiel al último sin dejar de ser fiel a la primera” (Accattatis, Ferrajoli, Senese, *op. cit.*: 130).<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> Esta tesis podría sustentarse en *El 18 Brumario de Luis Bonaparte*, donde Marx denunció, refiriéndose a la Carta constitucional francesa de 1848, que: “[...] la Constitución se remite constantemente a futuras leyes *orgánicas*, que han de precisar y poner en práctica aquellas reservas y regular el disfrute de estas libertades ilimitadas, de modo que no choquen entre sí, ni con la seguridad pública. Y estas leyes orgánicas fueron promulgadas más tarde por los amigos del orden, y todas esas libertades reguladas de modo que la burguesía no chocase en su disfrute con los derechos iguales de las otras clases. Allí donde veda completamente “a los otros” estas libertades, o consiente su disfrute bajo condiciones que son otras tantas celadas policíacas, lo hace, pura y exclusivamente, en interés de la ‘seguridad pública’, es decir, de la seguridad de la burguesía, tal y como lo ordena la Constitución. En lo sucesivo, ambas partes invocan, por tanto, con pleno derecho, la Constitución: los amigos del orden al anular todas esas libertades, y los demócratas, al reivindicarlas todas. Cada artículo de la Constitución contiene, en efecto, su propia antítesis, su propia cámara alta y su propia cámara baja. En la frase general, la libertad; en el comentario adicional, la anulación de la libertad. Por tanto, mientras se respetase el *nombre* de la libertad y sólo se impidiese su aplicación real y efectiva —por la vía legal se entiende—, la existencia constitucional

El hecho de subrayar la relevancia de las lagunas o antinomias en el derecho, ciertamente, no es una idea original de los teóricos del uso alternativo. Sí lo es, en cambio, su especial consideración desde la perspectiva de la teoría marxista por virtud de la cual destacan en las antinomias y lagunas del ordenamiento sendos reflejos de los antagonismos o intereses encontrados que se producen en la sociedad, es decir, una manifestación más de la voluntad de preeminencia de la clase social dominante. En este sentido, el propósito fundamental del uso alternativo, según refiere Nicolás López Calera, consiste en emplear el derecho como un arma para “[...] servir al proceso de emancipación de la clase trabajadora y en contra, por consiguiente, de la clase burguesa y capitalista” (López Calera, 1978: 28). La propuesta política fundamental del uso alternativo, por ende, reside en *emplear tanto los derechos conquistados por los trabajadores e incorporados al derecho burgués, como ciertos principios del estado de derecho* (verbigracia, la separación de poderes) *para potenciar la lucha de clases*. En palabras del propio López Calera:

[...] la lucha de clases no pasa sólo por la conquista inmediata e incluso violenta de los aparatos de poder del Estado, ni por el asalto a los palacios de invierno, sino que pasa ante todo por el aprovechamiento de todos los resquicios que dejan los sistemas políticos y jurídicos de las democracias burguesas. Y ello es posible porque dichos sistemas tienen sus contradicciones, pero también porque resumen dentro de sí determinadas conquistas de las clases trabajadoras (Ibídem).

De este modo, si bien el derecho constituye un instrumento insuficiente para una transformación radical de la sociedad, ello no obsta para que sea empleado como instrumento emancipador de las clases sociales desaventajadas, según apunta Modesto Saavedra:

Ciertamente, a golpes de jurisprudencia no se llega a hacer una revolución, no se consigue una transformación radical de la sociedad, pero eso no excluye la potencialidad de la práctica jurídica y judicial para asegurar progresivamente espacios de poder a ciertos sectores y a ciertos intereses en desventaja por la relación social de fuerzas existente en una determinada formación social (Saavedra, en López Calera, *op. cit.*: 55).

La estrategia política postulada por el uso alternativo, entonces, puede describirse en los siguientes términos: i) por lo que hace a los *contenidos* del derecho, promueve opciones judiciales en que se afirme la prevalencia de los intereses de las clases sometidas, y ii) en lo atinente a la *interpretación*, denuncia como ideológica la percepción burguesa del derecho como un orden normativo definido por las características de unidad, coherencia y completud (o plenitud), subrayando, en cambio, las antinomias y lagunas del ordenamiento. Dicho en otros términos, el

---

de la libertad permanecía íntegra, intacta, por mucho que se asesinase su existencia *común y corriente*” (Marx, 1968: 107; la traducción es propia).

**¿JUECES GUERRILLEROS? LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DESDE LA IZQUIERDA**  
***Luis Gómez Romero***

uso alternativo postula el empleo de la generalidad y ambigüedad de los enunciados normativos como instrumentos de liberación de la clase trabajadora, en la medida en que permiten al juez adoptar la decisión más conveniente para semejante fin (López Calera, op. cit.: 28).<sup>45</sup>

Por lo que se refiere a la *aplicación* del derecho, el uso alternativo propone invertir también la relación de subsunción jurídica, esto es, aplicar los hechos a la norma, en vez de realizar la operación inversa (Ferrajoli, en Andrés Ibañez, 1978: 209 y ss.). El juzgador, por ende, no debe aceptar la acotación de lo “jurídicamente relevante” impuesta por un enunciado normativo elaborado bajo cánones burgueses, sino ver “la realidad en toda su amplitud, comprensiva de un orden social discriminatorio, injusto y con frecuencia inhumano” (Accattatis, Ferrajoli, Senese, op. cit.: 134-137).

En esto último reside, precisamente, el mayor exceso del uso alternativo del derecho: la disolución de toda dimensión normativa en un fenómeno de poder. La experiencia histórica nos ha demostrado el peligro inherente a menospreciar la garantía del derecho —por muy burgués que sea- y sustituirle por la política. Bástenos recordar, a este respecto, las purgas estalinistas. El *principio de retribución*<sup>46</sup>, sin lugar a dudas, es uno de los baluartes fundamentales de la libertad, puesto que garantiza que únicamente seremos castigados en virtud de lo que *hacemos*, y no por lo que *somos*. Si hicieramos la operación inversa —es decir, ajustar “la norma a los hechos” o “el derecho a la realidad”, como pretendía el Ferrajoli (Ferrajoli, en Andrés Ibañez, 1978: 211) de aquellos años— cabría la penalización de una persona, por ejemplo, dado su

---

<sup>45</sup> En el mismo sentido, afirma Perfecto Andrés Ibáñez: “[...] por más que principios como el de separación de poderes e independencia de la magistratura sean tratados como ideológicos –y resultaría difícil negar la verdad de tal imputación-, no por eso dejan de ser [...] potencialmente portadores de una considerable carga ética con amplias posibilidades de actuación efectiva, como pone de manifiesto la propia práctica alternativa en su esfuerzo por la transformación democrática de la sociedad, también a través del derecho” (López Calera, Saavedra López y Andrés Ibáñez, 1978: 72).

<sup>46</sup> Este *principio de retribución* es explicado por Kelsen mediante la conocida fórmula “si A, entonces debe ser B”, en la que “A” representa una conducta contraria a derecho, “B” la sanción o pena y “si... entonces” la relación de imputación entre el acto y su efecto jurídico. En términos generales, según el jurista vienes, cuando se dice que un determinado individuo está jurídicamente obligado a cierta conducta, en realidad se está afirmando que una norma jurídica ordena dicha conducta en la medida en que enlaza al comportamiento opuesto un acto coactivo como sanción. Así, cuando se habla de una conducta “contraria” al derecho, se alude a la conducta condicionante del acto coactivo; cuando se habla de una conducta “conforme” a derecho, se hace referencia a la conducta que evita el acto coactivo (Kelsen, op. cit.: 90-96, 125-129).

talante “burgués”<sup>47</sup>.

Los propios miembros de *Magistratura Democrática* lo comprendieron así cuando, por ejemplo, ante la afloración por aquellos años de fenómenos de ilegalidad y corrupción en el ejercicio del poder político en Italia, nació la llamada *cultura della emergenza* basada en una utilización proselitista del proceso penal como instrumento de descalificación de ciertas posiciones políticas (Souza, 2001: 239; García Pascual, op. cit.: 218-219). En semejante contexto, los propios “alternativistas” cayeron en la cuenta de que algunos presupuestos teóricos y prácticos del uso alternativo se revelaban como contraproducentes respecto a los fines perseguidos por el movimiento. De ahí que, en el III Congreso de *Magistratura Democrática*, celebrado en la ciudad italiana de Rimini en abril de 1977, quienes se mantuvieron en una línea cercana a los partidos de izquierda fueron reducidos a una minoría y se afirmó la voluntad de dicho grupo de “comprometerse en garantizar un completo y libre desarrollo de las legítimas dinámicas sociales nacidas de la crisis, aunque fueran consideradas contrarias respecto a las estrategias del movimiento obrero”. En otras palabras, quienes suscribieron esta última determinación optaron por llevar sus tesis más allá de la emancipación de la clase obrera, a la totalidad de los miembros de la sociedad que se encontraran sometidos a una situación injusta de dominio. De este modo, el compromiso de muchos entre aquellos magistrados progresistas se decantó hacia el garantismo que, más allá de las diferencias de clase, ha extendido su horizonte liberador hasta convertirse en lo que Ferrajoli, una vez superada aquella etapa de su desarrollo intelectual, ha llamado bellamente *la ley del más débil* (1999).

#### **Critical Legal Studies (CLS): entre la sospecha y el espíritu de novatada**

Definir a los CLS es una cuestión sumamente complicada. En términos generales, podemos decir que se trata de un movimiento nacido en los Estados Unidos, a fines de la década de los sesenta, a partir de un grupo de estudiantes y jóvenes profesores de la Universidad de Yale, convencidos de que el empleo del razonamiento jurídico para justificar las reglas de la sociedad actual crea la apariencia de que sus consecuencias opresivas son inevitables, lógicas o justas *per se*. Entre sus fundadores se encontraba un joven estudiante llamado Duncan Kennedy que, al paso del tiempo, se convertiría en el “líder” o “vocero” del movimiento.

Según Kennedy, hacia 1977, CLS se constituyó como “una intervención, a la vez política e intelectual, en el ‘campo académico’ [...] de las facultades de Derecho” (Kennedy, 1992: 283), cuyas manifestaciones, a lo largo de la historia del movimiento, han sido las siguientes: i) la formación de “facciones de izquierda” en varias facultades; ii) la publicación en las revistas

<sup>47</sup> Tal es, por ejemplo, el planteamiento leninista respecto a la etapa de “transición” entre la “primera fase” y la “fase superior” del modo de producción comunista, durante la cual serían criminalizados los “obreros corruptos” y los “señoritos burgueses” (Lenin, 1996: 146 y ss.).

**¿JUECES GUERRILLEROS? LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DESDE LA IZQUIERDA**  
***Luis Gómez Romero***

académicas de una nueva literatura jurídica; iii) la organización de “colonias de vacaciones” [sic] en las que algunas decenas de participantes discuten sus investigaciones y leen conjuntamente a los “clásicos”; iv) la celebración de grandes congresos en los que varios centenares de personas asisten a una multiplicidad de exposiciones de todas clases, y v) la constitución de una “red” nacional que apoye estas actividades (Ibidem). Los temas políticos que han inspirado los intereses del grupo, en palabras del propio Kennedy (1998), “son heterogéneos pero todos ellos de inclinación izquierdista.”

En suma, más un club social que un grupo de reformadores sociales, lo cual les ha valido amargas críticas. “Mi primera impresión al analizar los CLS” anota, por ejemplo, Albert Calsamiglia (1992: 299), “es no tomármelos muy en serio debido a lo sorprendente de algunas de sus tesis”. Para Calsamiglia, los CLS quizás podrían considerarse unos marxistas *light* [sic] (op. cit. : 305). Juan Antonio Pérez Lledó también da cuenta de este *déficit* académico en el movimiento:

CLS es un movimiento formado por un conjunto enormemente heterogéneo de autores [...] La palabra “popurrí” ha sido utilizada por más de un autor para caracterizar peyorativamente el movimiento. Un popurrí en el que la crítica “desde la izquierda” a la doctrina jurídica liberal dominante se lleva a cabo incorporando continuamente disciplinas consideradas distintas del Derecho (como la ciencia política, la filosofía, la ética, la psicología, la teoría social, la antropología, la historiografía o la crítica literaria), y recurriendo a tradiciones del pensamiento jurídico, social, político y filosófico tan diversas como el realismo jurídico americano, el neomarxismo (especialmente en la versión de la Escuela de Francfort), el postestructuralismo, la teoría feminista, el psicoanálisis, o el existencialismo (Pérez Lledó, 1996: 34)<sup>48</sup>

Tan duras críticas, empero, no han hecho mella en el ánimo de los integrantes de CLS quienes, por regla general, tienen muy buena opinión de sí mismos. “El movimiento de los CLS” anota Roberto Unger, uno de sus representantes más activos, “ha socavado las ideas centrales del moderno pensamiento jurídico y en su lugar han colocado una concepción diferente del derecho. Esta concepción implica una visión de la sociedad e informa una práctica de la política” (Unger, 1986: 1-2)<sup>49</sup>. Comencemos por lo que atañe a la “visión de la sociedad” de los CLS.

La aspiración de los CLS reside, según Kennedy (1998: 284), en “[...] 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.” Semejante inquietud, refiere

---

<sup>48</sup> Algunos autores, por el contrario, consideran que en la heterogeneidad del movimiento reside su fuerza y atractivo (Carrino, 1992: 119).

<sup>49</sup> Los trabajos de Unger pueden ser enteramente consultados en línea: <http://www.law.harvard.edu/unger/> (consulta de 1º de marzo de 2003).

Robert W. Gordon —otro de los integrantes del movimiento— nació del entorno político al que se enfrentaba cada estudiante de derecho hacia el final de la década de los sesenta. “Por aquella época” recuerda, “él o ella se hubiera estremecido ante los pasmosos contrastes entre las preocupaciones de nuestros maestros y libros de texto y el mundo exterior” (Gordon, en Kayrys, 1998: 642, traducción propia).

1968 fue un año crucial para los CLS. Gordon da cuenta de que, además del desfase evidente entre el currículo de los estudios jurídicos y la realidad —“manifestaciones por los derechos civiles, ciudades ardiendo, protestas por Vietnam”(Ibídem)—, se hizo evidente que cada victoria de la izquierda era alcanzada con un coste social altísimo, generado parcialmente por la “feroz” capacidad de reacción de la derecha, que a la postre disolvía totalmente cualquier impacto marginal (op. cit.: 644). Esto, en principio, demostraba que la capacidad de maniobra desde el discurso jurídico se encontraba —y encuentra— sumamente inclinada a favor de la riqueza y los estamentos superiores en la jerarquía social. Pero el verdadero problema, para Gordon, no reside en esto, sino en que el derecho refleja inexorablemente la desigualdad de clases en la medida en que la propia clase obrera está convencida de que vive, bajo ese régimen antiigualitario, en el mejor de los mundos posibles. Basándose en el concepto de hegemonía de Antonio Gramsci, Gordon señala que el derecho es particularmente resistente al cambio social porque “[...] el sistema [...] tiene el efecto de hacer parecer el mundo social como si fuera natural e inevitable” (ibid.: 649).

Si es traducida al ámbito jurídico esta preocupación fundamental de los CLS, resulta que la hegemonía se mantiene, en buena medida, gracias al enmascaramiento ideológico<sup>50</sup>, estructurado mediante la noción de “neutralidad” del sistema jurídico, de las desiguales relaciones de poder subyacentes a la organización social:

[...] no creo que el principio de legalidad [*rule of law*] sea un valor absoluto [...] En todos los sistemas Occidentales el discurso que usan los jueces, las autoridades jurídicas y los teóricos políticos para legitimar la aplicación del poder del estado niega (suprime, mistifica, distorsiona, oculta, evade) dos fenómenos clave: a) el grado en que las reglas establecidas (contenidoas en un código o en el derecho común) estructuran la vida

---

<sup>50</sup> Para Kennedy, la ideología consiste en “[...] el proyecto de universalización de una intelligentsia ideológica [sic] que se concibe a sí misma actuando ‘para’ un grupo que tiene intereses en conflicto con otros grupos”. La universalización, en concepto de dicho autor, consiste en la característica fundamental de los discursos normativos que Jürgen Habermas identifica como pertenecientes a la “razón práctica”. Por otra parte, el concepto de “intelligentsia ideológica” que plantea tiene raíces “generales” en el pensamiento gramsciano. Finalmente, señala en términos específicos al liberalismo y al conservadurismo como las dos ideologías dominantes en los Estados Unidos (Kennedy, 1998: 39, 382; la traducción es propia).

pública y privada de manera tal que otorgan poder a unos grupos en detrimento de otros, y en general funcionan para reproducir los sistemas jerárquicos que caracterizan a la sociedad en cuestión; b) el grado en que el sistema de reglas legales contiene lagunas, conflictos y ambigüedades que son resueltas por jueces que persiguen de manera consciente, parcialmente consciente o inconsciente proyectos ideológicos relativos a dichas cuestiones de jerarquía social (Idem.: 14).

El propósito de los CLS, bajo un entorno teórico que soslaya las cuestiones destacadas por Kennedy, consiste en constituirse en un “virus” (sic) que socave la tesis de la coherencia interna del orden jurídico y la neutralidad en la aplicación de disposiciones normativas (Idem.: 73). Dicha concepción ideológica de la neutralidad del derecho, ciertamente, no puede dejar de tener efectos en la labor judicial. Kennedy (el *crítico* que ha tratado con mayor detenimiento el tema) piensa que los jueces se encuentran menos restringidos por la ley que lo que suelen confesar. Para demostrar su tesis, en cierto ensayo titulado “*Freedom and constraint in adjudication: a critical phenomenology*” (1986) plantea el ejemplo de un juez *progresista* que desea dictar una sentencia favorable a unos trabajadores en huelga que protestan contra el empleo de *esquiroles*, por parte de la empresa empleadora –cuyo giro comercial es el transporte público-, mediante el bloqueo de la salida de autobuses en las instalaciones de ésta (Kennedy, 1999: 97-99). “Lo primero que pienso al mirar este caso”, señala Kennedy, “sin ser un experto en derecho laboral, pero sí con un conocimiento general del asunto, es lo siguiente: ‘no hay modo de que los trabajadores se salgan con la suya. El imperio de la ley dictaminará que los trabajadores no pueden impedir que el patrón utilice los buses durante la huelga. La compañía obtendrá una orden judicial contra los trabajadores’” (Idem.). Dicho en otros términos, existe un conflicto entre la “ley” y la “sentencia-a-la-que-el-juez-quiere-llegar” (Ibídem).

En la versión de Kennedy, por ende, el silogismo judicial resulta “invertido”: el juez elige primero la sentencia que habrá de dictar y, posteriormente, busca las normas y precedentes que habrán de justificarla. Prácticamente diez años después de la publicación del ensayo citado, nuestro autor elaboró, en el libro titulado “*A critique of adjudication (fin de siècle)*” (1998), una revisión teórica general, en torno a la idea anteriormente referida, de la función judicial. La “infección viral” de la *crítica* postulada por Kennedy, por ende, se extiende a lo que este autor entiende como fundamentos de la ideologización del derecho: el principio de legalidad (*rule of law*) y los derechos subjetivos, en general y, más concretamente, los derechos fundamentales.

Respecto al principio de legalidad, Kennedy apunta que lo fundan las siguientes “creencias” que pretende desmitificar mediante su crítica a la jurisdicción: i) la creencia en la existencia de límites legales justiciables a lo que un particular puede hacer a otro, o en lo que los funcionarios del Estado pueden hacer a los particulares; ii) la creencia en que los jueces se conciben a sí mismos como obligados a reforzar tales límites, con independencia de los puntos de vista de los poderes

ejecutivo y legislativo, así como de los partidos políticos; y iii) la creencia de que los jueces se perciben sujetos por una norma de “fidelidad interpretativa” que los vincula al conjunto de materiales normativos que son relevantes para cualquier disputa que les sea planteada (1998: 13). Kennedy sostiene que tal sujeción judicial al imperio de la ley es asaz relativa. Vagamente, parece inclinarse porque los jueces resuelvan de conformidad con las normas que consideran justas (en este aspecto se encuentra el cariz prescriptivo de su análisis sobre la actividad judicial). Esto no implica, sin embargo, que los jueces dicten siempre sentencias acordes con la norma que “favorecerían como legisladores” (op. cit.: 158). Los jueces gozan de amplios márgenes de “libertad”, pero dado que el material jurídico con el que operan se encuentra limitado, también se encuentran sujetos a importantes experiencias de “restricción”:

Propongo que percibamos al juez con un proyecto ideológico como “trabajando en un medio”, llamado derecho, para expedir la norma que él o ella considera justa. En algunas ocasiones, tales jueces encontrarán imposible producir un buen argumento para la regla jurídica que prefieren, y se concebirán a sí mismos “restringidos”, tanto por la fuerza interna de su juramento de fidelidad en la interpretación como por la presión externa, respecto a la aplicación de una regla que no hubieran votado como legisladores (loc. cit.: 159-160).

En los casos en que los jueces actúan con “libertad”, empero, suelen ocultar sus preferencias ideológicas. La interpretación judicial, por consiguiente, cubre la función de encubrir las motivaciones ideológicas tras las decisiones de los jueces:

En el discurso jurídico, la evidencia de la imputación [ideológica] nunca es una “pistola humeante” en el sentido de una confesión de la intención [del juez]. En los fallos, los jueces siempre “niegan”, en el sentido común de este término, que están actuando con base en motivos ideológicos. Ellos afirman explícitamente que el resultado, su disposición de las opciones legales mediante la elección de una solución particular para una cuestión jurídica, de una definición en vez de otra, fue alcanzado siguiendo procedimientos interpretativos impersonales que excluyen la influencia de sus ideologías personales. Esto es obviamente un gesto de respeto a una convención y nos dice poco sobre lo que “realmente” sucede (Ibidem: 55).

Bajo tales premisas, la ocultación de los motivos ideológicos en la decisión judicial cumple, cuando menos, dos importantes funciones sociales. En concepto de Kennedy, a pesar de la realidad social puesta en evidencia por los planteamientos *críticos* (es decir, las propuestas teóricas de los CLS en general), las personas pueden optar por “mantener la fe” en la imparcialidad judicial: i) porque si abandonaran dicha creencia se produciría una ansiedad insoportable provocada por el vacío que dejaría la ausencia de una figura central en los sistemas políticos contemporáneos, como lo es el juez, o bien ii) porque dicha creencia satisface “una

fantasía placentera sobre las posibilidades de estar en el mundo” [sic](Idem.: 205). La desmitificación de la neutralidad los jueces —y del derecho en general—, en este sentido, es imposible. “Mi intuición”, aventura Kennedy, “es que las personas que quieran continuar creyendo en los derechos y en el principio de legalidad [...] mantendrán sus creencias aún cuando acepten la crítica de la actividad judicial, y que una mayor sofisticación por parte de los jueces probablemente tendrá escasos efectos en el contenido de las normas judicialmente creadas” (Idem.: 207).

La *crítica* postulada por Kennedy se enfoca, en última instancia, a abatir la “fe en los derechos”. Kennedy subraya que, bajo la noción del principio de legalidad, es dable sostener que los ciudadanos gozan de “derechos” en el limitado —pero importantísimo— sentido de que pueden apelar a los jueces contra otros particulares e, inclusive, contra funcionarios del Estado, siempre que consideren que han sido lesionados por la violación de alguna regla legal (Idem.: 13). Una vez mermado el principio de legalidad, empero, la *crítica* puede hacer lo propio con los derechos. Así, la argumentación en torno a los derechos se reduce, en el marco de las tesis de Kennedy, a un mero balance entre los intereses coyunturales correspondientes a posiciones de poder que se encuentran en conflicto bajo una situación determinada y, consecuentemente, deriva en una faceta más de esa ambigua esfera de la vida social, difícilmente traducible al castellano, que abarca el término inglés *policy* (Idem: 318 y ss.). De este modo, Kennedy disuelve el discurso de los derechos subjetivos —y, concretamente, de los derechos fundamentales— en la confusa urdimbre de los intereses políticos de (cualquier) grupo, las decisiones administrativas, los programas de gobierno o las negociaciones cupulares entre partidos.

Tal es, en breve, la visión de la “adjudicación judicial” (interpretación/aplicación del derecho) que ofrece Kennedy desde un punto de vista “de izquierda” que, metodológicamente, define como “a la vez moderno y posmoderno” [sic] (Idem.: 11-12). El resultado final, empero, es asaz insatisfactorio, puesto que la *crítica* de Kennedy necesariamente conduce al *nihilismo jurídico*. “Cuando se trata de ‘decidir’ ser o no izquierdista, este proyecto no tiene nada que ofrecer”, afirma nuestro autor, “porque a estos compromisos, criticar y perder la fe, sin comprometerse a la vez a presentar otras formas de rectitud en lugar de lo que se ha disuelto, se les suele describir como nihilismo” ((Idem.: 361). Dicho en otros términos, Kennedy piensa que es mejor cuestionar y desechar las creencias falsas, que simplemente mantenerlas porque son útiles. Probablemente tenga razón, pero llevada hasta sus últimas consecuencias, los efectos de la crítica que plantea con relación a la función judicial serían realmente devastadores, particularmente, por sus consideraciones en torno a los derechos fundamentales. “Por supuesto”, anota, “una persona puede estar comprometida con la igualdad solamente porque cree en los derechos, y en ciertos derechos particulares. La pérdida de fe en los derechos puede conducir a esa persona a abandonar la igualdad, a favor de otra actitud, digamos, la creencia en la desigualdad natural, que parecería

más plausible en la medida en que no fuera puesta a prueba por una creencia determinada en los derechos que ahora se encontraría minada por la crítica. Pero la cadena causal puede moverse en el otro sentido también: la pérdida de fe en los derechos de propiedad permitirá que los sentimientos igualitarios previamente cuestionados florezcan” (Idem. 362).

El problema de semejante planteamiento reside en que, desde los presupuestos teóricos enunciados, resulta indiferente hacia qué lado se incline la balanza. La decisión en pro de la igualdad goza de tanto valor como aquella que se pronuncie por la desigualdad. No obstante, según quedó establecido anteriormente, la izquierda bajo ninguna circunstancia puede permanecer indiferente frente a semejante disyuntiva axiológica. Por consiguiente, la “izquierda” que, en materia de interpretación judicial, defienden los CLS, resulta extremadamente corrosiva respecto a cualquier horizonte igualitario o liberador que se encuentre formulado en términos jurídicos. El *nihilismo jurídico* de Kennedy, ciertamente (en esto habría que distinguirlo de aquel postulado por el marxismo), es el preludio idóneo del inmovilismo que niega toda posibilidad de reforma: ¿para qué esforzarse, si a fin de cuentas nada cambiará? De ahí que, tras conocer los puntos de vista de Kennedy respecto a los derechos fundamentales, resulte relativamente previsible el rol que asigna a los CLS en la historia de la izquierda norteamericana:

CLS no ha elaborado un nuevo programa político y no ha influido en la vida política americana ni en la vida interna de la profesión jurídica. No ha transformado la enseñanza del Derecho, aunque haya establecido enclaves y sigan en curso experiencias en esta dirección. Ha sido un factor importante (quizás determinante) en la formación de una izquierda jurídica institucionalizada, fenómeno nuevo en los Estados Unidos, que surgió en un momento en el que en otras disciplinas fracasaban intentos semejantes, y en un ambiente político de los más desfavorables. Ha dotado a este movimiento de una nueva crítica interna de la razón jurídica, de un saber sesentayochista, de una orientación teórica/irónica/avanzada, y de una política interna de coacción multicultural. “No un mapa, pero sí quizás una brújula” (Kennedy, 1992: 287-288).

Tras leer semejantes reflexiones, es prácticamente inevitable recordar la nostalgia estudiantil que, según anoté algunas líneas arriba, atribuye Gordon al movimiento CLS. Las tesis de Kennedy sobre adjudicación judicial despiertan la sospecha sobre la neutralidad que tradicionalmente se ha atribuido a esta actividad, pero carecen de cualquier referencia consistente a los valores fundamentales de una izquierda bien entendida, como son la solidaridad o la igualdad. Así, a fin de cuentas, la sospecha se disuelve en un travieso espíritu de novatada. Y es una pena, porque algunas propuestas del movimiento —en forma destacada, su crítica a los modelos

norteamericanos de educación jurídica, que mucho podrían aportar en el contexto mexicano<sup>51</sup>— merecerían mayor consideración que aquella que les conceden sus propios autores.

Parece adecuado, entonces, suscribir —cuando menos, por lo que se refiere a la interpretación judicial- la ingeniosa crítica que, parafraseando las *Tesis sobre Feuerbach*, dirige Manuel Atienza contra Kennedy y sus secuaces: “Los autores de CLS han tratado de transformar el mundo —social y jurídico— de diversas maneras; pero antes hay que entenderlo” (Pérez Lledó, 1996: 16). O, mejor aún: además de entender el mundo, es preciso luchar por transformarlo (en vez de jugar a que se pretende su transformación).

### **Epílogo: ¿puede existir una izquierda judicial más allá de *duros y progres*?**

La aproximación a la interpretación judicial desde la izquierda, como anuncié en un principio, tiene como objetivo aportar a los jueces *tímidos* elementos de convicción tanto respecto al talante creativo de la interpretación judicial, como con relación a los contenidos normativos que deberían privilegiar al interpretar las disposiciones jurídicas con las que trabajan a diario. Para concluir este trabajo, por ende, me gustaría hacer, cuando menos, alguna breve referencia a la moderna formulación *ferrajoliana* del garantismo<sup>52</sup>.

“*Un uso alternativo razonable* del derecho”, anota a este respecto Nicolás López Calera, “tendría una vocación garantista y conectaría con algunas de las propuestas de la teoría elaborada por Luigi Ferrajoli, precisamente uno de los promotores de la doctrina alternativista de los años setenta. De todos modos, me parece que en el Ferrajoli de hoy hay una fe especial en el derecho. A diferencia de sus creencias más jóvenes, Ferrajoli huye de todo lo que pudiera ser un cierto desprecio y depreciación del derecho” (López Calera, 1997: 34). Dicho en otras palabras, para comprender la reelaboración garantista del uso alternativo del derecho, es preciso destacar que, entre el “Ferrajoli joven” y el “Ferrajoli actual” se presenta un profundo cambio de paradigma (Souza, 1998: 234):

El uso alternativo del derecho abreva del marxismo (o, mejor dicho, del neomarxismo) y, en esa medida, auto-justifica su proyecto sobre la base de la instrumentalización política del derecho. Por consiguiente, pretende utilizar las aporías en los valores del régimen constitucional de garantías como herramientas para la transformación y, en última instancia, destrucción del mundo jurídico-político vigente con miras a sustituirlo por otro que se considera ideal.

El garantismo tiene sus fuentes en el iluminismo y, consecuentemente, se auto-propone como un

---

<sup>51</sup> Sobre el particular, véase el ensayo clásico de Kennedy en la materia: “Legal education as training for hierarchy” (en Kairys, *op. cit.*: 54-75).

<sup>52</sup> Para una exposición breve y completa de las tesis garantistas vid. Ferrajoli (1999: 37-72).

proyecto de instrumentalización de la política por parte del derecho. En este sentido, opera con los valores conformadores del régimen constitucional de garantías para combatir la aporías distorsionantes de éstos. Tales valores, asimismo, son asumidos como fundamentos indisponibles de un orden que se propone como ideal.

En suma, para el uso alternativo del derecho, de la constitución vigente eclosionará, mediante la intervención revolucionaria de los jueces, la constitución futura que se considera ideal (el socialismo). Para el garantismo, en cambio, la constitución vigente es un ideal —tanto respecto a sus contenidos liberales como a los sociales— al que se deben aproximar paulatinamente todos los actos del poder público mediante el control constitucional de los jueces.

La segunda opción, al día de hoy, representa sin lugar a dudas una mayor viabilidad para una izquierda democrática. Es menos romántica que la propuesta del uso alternativo, pero, en compensación, sus premisas y objetivos son (saludablemente) más realistas. Además, bajo los presupuestos del uso alternativo del derecho, los excesos de los jueces *audaces* se encuentran plenamente justificados. *Desde las premisas del garantismo*, en cambio, resultarían deslegitimados tanto los jueces *tímidos* como los *audaces*, puesto que *únicamente gozan de legitimidad aquellos jueces que reconocen su sujeción a la ley válida, es decir, a la ley conforme con los enunciados normativos constitucionales*. En palabras de Ferrajoli:

[...] la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley válida, es decir, coherente con la Constitución [...] en el modelo constitucional-garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez. De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos resultados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas (1999: 26).

En consecuencia, para efectos de la interpretación judicial —en este punto, el planteamiento garantista se aproxima mucho al alternativista— es preciso superar la idea, propia del positivismo ideológico o dogmático, que sostiene que el derecho positivo es, o puede devenir (gracias a la intervención de la ciencia jurídica), en un sistema de normas coherente y completo (Ferrajoli, 2000: 43). Ferrajoli sostiene que esta nunca ha sido una idea cierta, al menos en aquellos sistemas nomodinámicos como son los ordenamientos modernos. Un *sistema nomodinámico* es aquel en que las normas existen no en tanto que son deducidas de (y, por lo tanto, coherentes con) otras normas, sino simplemente en cuanto producidas por autoridades

legitimadas para ello. Desde la óptica garantista, la idea del sistema coherente y completo de normas podría ser parcialmente sostenible en algún país que careciera de constitución rígida, toda vez que el criterio cronológico de la abrogación tácita de las normas (*norma posterior deroga norma previa*) y el de prevalencia de las normas especiales sobre las generales, eliminaría las posibles contradicciones normativas, estableciéndose así, *después de la interpretación*, un “sistema coherente y completo”. Esto, por el contrario, resulta imposible en los ordenamientos dotados de constitución rígida, pues el conflicto entre principios constitucionales y normas legales *no es superable mediante la interpretación*, sino solo por virtud de una *declaración de inconstitucionalidad*, sin la cual la contradicción permanece junto a la existencia de normas inválidas.

*Coherencia y plenitud*, por consiguiente, no pueden convertirse en características empíricas del derecho “como hecho”, es decir, del funcionamiento concreto del ordenamiento jurídico (Ferrajoli, 2000: 44-45). Ambos conceptos constituyen, en cambio, *requisitos del modelo teórico* (y, por lo tanto, inevitablemente normativo) *garantista* elaborado por la ciencia jurídica. Dicho en otras palabras, un sistema jurídico *debe ser* coherente y completo, pero cuando se le describe no podemos presumir que *en los hechos* funciona bajo los criterios de coherencia y plenitud.

En este sentido, las notas de coherencia y plenitud no son desmentidas, sino violadas por el funcionamiento de hecho del sistema jurídico, cuyos espacios de invalidez (en las normas de nivel inferior) e ineffectividad (en las normas de nivel superior) permiten explicar. *De ahí que sea necesario rechazar la “presunción de regularidad jurídica del ordenamiento”*, para privilegiar, en cambio, la investigación y análisis del *derecho ilegítimo* y del *ejercicio ilegítimo* de los poderes normativos a la luz de los enunciados normativos constitucionales y, especialmente, de aquéllos que prevén derechos fundamentales (Ibídem).

La referida sujeción del juez a la constitución, así como su consecuente papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, constituyen el principal fundamento garantista de la legitimidad de la jurisdicción y de su independencia respecto a los poderes mayoritarios (Ferrajoli, 1999: 26). Precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría, sirven para fundar, mejor que el viejo dogma positivista de la sujeción a la ley, la independencia de un poder judicial específicamente concebido para garantía de tales derechos.

El fundamento de la legitimidad del poder judicial y de su independencia no es, consecuentemente, otra cosa que el valor de la igualdad concebida como *igualdad en droits*. Puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído de cualquier vínculo con los poderes de la mayoría y en

condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquéllos se ejercen (Idem.: 27). En otras palabras, bajo los presupuestos garantistas debe haber un juez independiente dispuesto a absolver por falta de pruebas aún cuando la opinión general quisiera la condena, o a condenar, si existen pruebas, aun cuando esa misma opinión demandase la absolución (Ibidem). Así, un adecuado diseño institucional del poder judicial es aquel que le sustrae de la legitimación mayoritaria, con lo cual se distiende la aporía que apunté en el tercer apartado de este ensayo.

He dicho “distiende” porque, desde mi punto de vista, la tensión entre constitucionalismo y democracia es fundamentalmente irresoluble. De ahí que, en buen espíritu democrático, la prudencia aconseje mantener una constante desconfianza hacia la imagen de una judicatura angelical, dotada de una bondad *per se*. Parafraseando a Zagrebelsky, podemos afirmar que entre la democracia constitucional y cualquier “señor del derecho” cuya pureza se presume –llámese juez o legislador- existe una radical incompatibilidad. “El derecho”, apunta el autor italiano, “no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto de cuidado de todos” (1995: 153).

*Todos*. Los ciudadanos, al elegir sus representantes. Los representantes populares, al actuar dentro del marco constitucional. Y los jueces, denunciando, en la esfera de sus atribuciones, la invalidez de los actos del poder público que transgredan esa *ley de leyes* que es la constitución. Para que el sistema funcione, empero, no debemos olvidar que tales jueces, al igual que cualquier persona que ejerce poder en otras instancias, están sujetos al riesgo de la degradación. La “bondad” del poder judicial, en consecuencia, depende del juego eficaz de las garantías procesales y, sobre todo, de su sometimiento a la constitución. Concluyo, entonces, con una doble invitación: a los jueces *tímidos*, para que en su actividad interpretativa *se tomen en serio los derechos y*, a los *audaces*, para que, en idénticas circunstancias, confieran a la democracia el respeto que exige.

#### ***Referencias bibliográficas***

- Alexander, Larry (ed.) (1998), *Constitutionalism. Philosophical foundations*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Andrés Ibáñez, Perfecto (2002), “Democracia con jueces”, en *Claves de la razón práctica*, Núm. 128, diciembre.
- Andrés Ibáñez, Perfecto (ed.) (1978), *Política y justicia en el estado capitalista*, Barcelona: Fontanella.
- Artola, Miguel (1986), *Los derechos del hombre*, Madrid: Alianza.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (1993), “¿Qué queda del marxismo para la cultura jurídica?”, en *Claves de la razón práctica*, Núm. 29, enero-febrero, p. 60-64.
- Berlin, Isaiah (1996), “Sobre el juicio político”, en *Vuelta*, Año XX, Núm. 240, noviembre, pp. 10 - 16.

**¿JUECES GUERRILLEROS? LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DESDE LA IZQUIERDA**  
***Luis Gómez Romero***

- Bobbio, Norberto (s. f.), *Derecha e izquierda*, Madrid: Suma de Letras.
- Calsamiglia, Albert (1992), “La retórica de Critical Legal Studies. Impresiones de un lector español”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 11, pp. 295-310.
- Carrino, Agostino (1992), “Solidaridad y derecho. La sociología jurídica de los ‘Critical Legal Studies’”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 12, pp. 115- 153.
- Carroll, Lewis (1994), *Through the looking glass*, London: Penguin.
- Concha, Hugo y Caballero, José Antonio (2001), *Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas. Un estudio institucional sobre la justicia local en México*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cossío, José Ramón (2001), *Cambio social y cambio jurídico*, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México/Miguel Ángel Porrúa.
- \_\_\_\_\_ (2002), *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México: Fontamara, 2002.
- Courtis, Christian (comp.) (2001), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Ferrajoli, Luigi (1999) “Jueces y política”, en *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año IV, núm. 7, enero, pp. 63-79.
- \_\_\_\_\_ (1999) *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid: Trotta.
- \_\_\_\_\_ (2000) *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.
- \_\_\_\_\_ (s. f.), *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- \_\_\_\_\_ ; Bacelli, Luca, et al. (2001), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta.
- García Pascual, María Cristina (1997), *Legitimidad democrática y poder judicial*, España: Edicions Alfons el Magnànim/ Generalitat Valenciana.
- González Casanova, Pablo (1985), *La democracia en México*, México: Era.
- González Compeán, Miguel y Peter Bauer (2002), *Jurisdicción y democracia. Los nuevos rumbos del Poder Judicial en México*, México: Cal y Arena.
- González Placencia, Luis (2002), “La judicatura federal mexicana frente al estado constitucional de derecho”, en *Juez. Cuadernos de Investigación del Instituto de la Judicatura Federal*, Volumen I, número 1, otoño, pp. 51-83.
- Guastini, Riccardo (2001), *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México: Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gudiño Pelayo, José de Jesús (2000), *Controversia sobre controversia. Discusión en torno al alcance de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en controversias constitucionales*, México: Porrúa.
- Guevara, Ernesto (1972), *Escritos y discursos*, tomo I, La Habana: Editorial de Ciencias Sociales.
- Hart, H. L. A. (1961), *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- \_\_\_\_\_ *Post scriptum al Concepto del Derecho* (2000), México: Universidad Nacional

## ESTUDIOS SOBRE INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICAS

- Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Holmes, Stephen (1995), *Passion and constraint. The theory of liberal democracy*, Chicago: University of Chicago Press.
- Kairys, David (1998), *The politics of law. A progressive critique*, New York: Basic Books.
- Kelsen, Hans (2000), *Teoría pura del derecho*, México: Porrúa.
- Kennedy, Duncan (1992), “Nota sobre la historia de los CLS en los Estados Unidos”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 11, 1992, pp. 283-293.
- \_\_\_\_ (1998), *A critique of adjudication (fin de siècle)*, Massachussets: Harvard University Press.
- \_\_\_\_ (1999) *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Colombia: Universidad de los Andes/Pontificia Universidad Javeriana/Editiones Uniandes/Instituto Pensar/Siglo del Hombre Editores.
- Lenin, V. I. (1996), *El Estado y la Revolución*, Barcelona: Planeta/DeAgostini.
- López Calera, Nicolás (1997), “¿Ha muerto el uso alternativo del derecho?”, en *Claves de la razón práctica*, Núm. 72, mayo, pp. 32-35.
- López Calera, Nicolás, Saavedra López, Modesto y Andrés Ibáñez, Perfecto (1978), *Sobre el uso alternativo del derecho*, Valencia: Fernando Torres Editor.
- Marx, Karl y Engels, Friedrich (1968), *Selected works*: New York, International Publishers.
- Peces-Barba, Gregorio (2002), *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Madrid: Dykinson.
- Pérez Lledó, José Antonio (1996), *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos/Fundación Cultural Enrique Luño Peña.
- Ross, Alf (1994), *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Rousseau, Jean-Jacques (1979), *Escritos de combate*, Madrid: Alfaguara.
- Sánchez Rubio, David (1999), *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*, Bilbao: Desclée.
- Souza, María de Lourdes (1998), “Del uso alternativo del derecho al garantismo: una evolución paradójica”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XV, pp. 233- 256.
- \_\_\_\_ (2001), *El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos/Universidad Nacional de Colombia.
- Vázquez, Rodolfo (comp.) (2002), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México: Fontamara.
- Unger, Roberto Mangabeira (1986), *The critical legal studies movement*, Massachusetts: Harvard University Press, 1986.
- Zagrabelsky, Gustavo (1995), *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid: Trotta/Consejería de Educación y Cultura de la Comunidad de Madrid.