

CAPÍTULO TERCERO

LA DECISIÓN JUDICIAL EN LA PERSPECTIVA DE LOS ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO

I. PANORAMA GENERAL

En una primera aproximación parecería inconcebible que las ideas, prejuicios, intuiciones y percepciones del juzgador tengan trascendencia alguna en la actividad jurídica. Si estimamos que el razonamiento jurídico se circunscribe a una serie de procesos mentales que conducen a la toma de una decisión jurídica, y que comprenden tanto la identificación de la situación, interpretación y evaluación de los hechos, así como la búsqueda y evaluación de la ley aplicable al caso concreto y la elección de reglas y argumentos que se harán valer,¹³¹ resultaría más que evidente que ese conjunto de procesos mentales, necesariamente tienen que delimitarse al análisis y evaluación de la cuestión fáctica, así como a las reglas y argumentos que se invocarán en la decisión jurídica.

Pese a que de ninguna manera se niega la relevancia de la justificación de la decisión jurídica, a través de premisas, argumentos lógicos, consistentes, coherentes y sistematizados, no menos cierto es que dicha cuestión es tan sólo una de las aristas que nos ofrece la actividad jurídica, concretamente la argumentación jurídica en sede judicial.

Al efecto, cabría preguntarse si la ideología desempeña un papel significativo en la decisión judicial y si son suficientes las normas y principios jurídicos para reprimir la ideología del

¹³¹ Wahlgren, Peter, “Legal Reasoning. A Jurisprudential Model”, *Scandinavian Studies in Law*, Estocolmo, vol. 40, 2000, pp. 202-206.

juzgador. Si bien no se pretende minimizar la racionalidad del derecho, encontramos que el elemento ideológico desempeña un rol trascendente en la argumentación jurídica, más allá de un hecho aislado o de un contexto de descubrimiento.¹³²

Desde esta perspectiva, se estima conveniente tener un acercamiento al elemento ideológico de la argumentación jurídica desde la crítica jurídica, que nos permita determinar hasta qué punto realmente se efectúa la fundamentación y la motivación a través de normas y principios jurídicos, sin interferencias ideológicas.

La postura que nos ofrecen los *CLS* en torno a la decisión judicial parte del elemento subjetivo del juzgador, considerado el polo tradicionalmente reprimido en la jerarquía conceptual,¹³³ con base en el cual será posible percatarnos de la complejidad del razonamiento jurídico, que va más allá de las normas y principios jurídicos.

A partir de la exposición de la complejidad del razonamiento jurídico, valoraremos las limitaciones del conocimiento jurídico, y con ello invitaremos a cuestionar algunas posturas sobre las que se pretende asentar el derecho, como la neutralidad judicial, que contribuyan a tener una idea más aproximada de lo que acontece en la práctica jurídica.

En este orden de ideas, referiremos a la libertad en la decisión judicial como manifestación del aspecto subjetivo del juzgador. Para tales propósitos, revisaremos brevemente la cuestión ideo-

¹³² En torno al contexto de descubrimiento, véase Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 4-7.

¹³³ Siguiendo a César Rodríguez, la crítica deconstructiva de Duncan Kennedy busca subrayar la presencia al explorar el elemento subjetivo en la adjudicación, esto es, la incidencia en las decisiones judiciales de factores distintos de la aplicación deductiva de las normas, como los intereses de los grupos afectados por dichas decisiones y las preferencias ideológicas de los jueces, lo que en sí representa una inversión de la jerarquía conceptual que subraya la presencia del polo tradicionalmente reprimido (lo subjetivo), con lo cual se liberan concepciones alternativas de la adjudicación negadas por el canon dominante. *Cfr.* Rodríguez, César, *op. cit.*, nota 32, p. 54.

lógica, en tanto inspiradora de los proyectos vitales del juzgador o el sentido de la justicia, a partir de lo cual se genera la idea de la sentencia deseada. Desde la perspectiva crítica, la búsqueda de la sentencia deseada se constituirá como guía del juzgador para desarrollar estrategias argumentativas para sustentar su decisión.

La limitante en todo caso será el contenido de las normas jurídicas y el razonamiento jurídico, y así, dicha aproximación busca explicar la relación existente entre la subjetividad del juzgador y la objetividad de la norma y los principios jurídicos, a fin de apreciar la “lucha oculta” que se inscribe en la decisión judicial.

II. LA IDEOLOGÍA COMO PARTE DEL COMPORTAMIENTO ESTRATÉGICO A SEGUIR EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

1. *Generalidades*

En la práctica jurídica cotidiana con frecuencia encontramos dos resoluciones distintas con similares hechos, pruebas y argumentos ofrecidos por las partes, y regidos incluso bajo el mismo orden normativo. Dicha situación nos invitaría a indagar en torno a los factores que se pueden atribuir a los resultados diferentes a que llegan los jueces en juicios de naturaleza similar.

Sobre el particular, Duncan Kennedy dice que “los resultados diferentes responden, en muchos casos con intereses grandes, a ideologías distintas”,¹³⁴ lo cual nos conduce a *tomar la ideología (del juzgador) en serio*,¹³⁵ en tanto que permite la fijación del sentido

¹³⁴ Kennedy, Duncan, “Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, trad. de Imer B. Flores y Roberto Vidal Sánchez, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 2, 2008, p. 376.

¹³⁵ Rodríguez, César, *op. cit.*, nota 32, pp. 52 y 53.

de la sentencia a la cual se quiere llegar, la orientación de la actividad jurídica a realizar, así como la determinación de efectos decisivos de los grupos ideológicos en conflicto.¹³⁶

En este contexto, Kennedy exhorta a considerar la ideología como parte de un comportamiento estratégico a seguir en la adjudicación judicial;¹³⁷ además, nos brinda un elemento de análisis para explicar dos puntos en particular, a saber:

- 1) Las consecuencias de la decisión judicial bajo una perspectiva distinta, que si se las observara tan sólo bajo el método neutral de aplicación judicial.
- 2) Explicar satisfactoriamente los cambios bruscos en la jurisprudencia de una corte o de un juez.¹³⁸

Esta invitación a identificar la ideología nos exhorta a acercarnos al tipo de pensamiento filosófico y político de una época determinada, y el posible impacto que éstos tengan en el derecho, en los operadores jurídicos y en la sociedad, lo cual nos dará una explicación integral sobre el sentido de la decisión judicial. A continuación procederemos a enunciar el significado de la ideología y su negación.

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

Para Duncan Kennedy, la ideología reviste un especial interés para la comprensión de la decisión judicial en tanto se le ubique bajo una situación de enfrentamiento entre grupos antagónicos. Así, la ideología se concibe como “un proyecto de universalización de la *intelligentsia* que se ve a sí mismo como actuan-

¹³⁶ Kennedy, Duncan, “Strategizing Strategic Behavior in Legal Interpretation”, *Utah Law Review*, Utah, núm. 3, diciembre de 1997, pp. 808 y 809.

¹³⁷ *Ibidem*, pp. 804-810.

¹³⁸ Rodríguez, César, *op. cit.*, nota 32, p. 71.

do «para» un grupo con intereses en conflicto con aquellos de otros grupos”.¹³⁹

Al efecto, es interesante analizar cómo Kennedy destaca a la ideología como un proyecto bajo el que se pretende enfatizar cierta entidad estable, que reúne la actividad de un grupo consciente de sí mismo con su respectiva dimensión histórica y práctica.¹⁴⁰

Como podemos apreciar, bajo la inevitable existencia de conflictos entre grupos, además de buscar el triunfo de los intereses propios, se pretende darles alcances extensivos a otros grupos siguiendo un anhelo de universalización.

La ideología de Duncan Kennedy en la interpretación de César Rodríguez es

...un discurso elaborado por una élite ilustrada que pretende defender a través de él los intereses de un grupo social que entiende representar. La estrategia de defensa consiste en articular el discurso en términos universales, de tal forma que quede oculto el vínculo con el grupo representado.¹⁴¹

Explica César Rodríguez cómo las ideologías opuestas entran en conflicto constantemente en múltiples escenarios de la vida social, dentro de los cuales el derecho cumple una función central al establecer las reglas de juego que favorecen una u otra posición ideológica, lo que explica por qué las *intelligentsias* ideológicas y los grupos sociales que representan tienen un interés vital en la definición de las reglas jurídicas, bien en la expedición de una ley, bien en la solución judicial de un caso concreto.¹⁴² De esta manera, al referir a la ideología se pretende identificar la posible influencia que ésta tiene en el desarrollo de las prácticas

¹³⁹ Las palabras empleadas en el texto en inglés son: “A universalization project of an intelligentsia that sees itself as acting «for» a group with interests in conflict with those of other group”. Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 136, p. 786.

¹⁴⁰ *Ibidem*, pp. 801 y 802.

¹⁴¹ Rodríguez, César, *op. cit.*, nota 32, pp. 63 y 64.

¹⁴² *Ibidem*, pp. 64 y 65.

jurídicas mismas, con particular énfasis en la decisión judicial, a la cual recurren los *CLS* para cuestionar los alcances de la decisión judicial.

De lo anterior, se desprende la diferencia entre entender las decisiones jurídicas como resultantes de la aplicación neutral del derecho, frente aquel que es resultado de alcanzar determinados proyectos ideológicos, supuesto, este último, en el que la elección, empleo e interpretación misma de las normas jurídicas varía de acuerdo con la agenda ideológica de los juzgadores.¹⁴³

Así, la obtención (formalmente justificada) de resultados distintos en la decisión judicial nos pone de manifiesto que la ideología se inscribe en los actos de las prácticas de los individuos, al ser aquélla la que hasta cierto punto prescribe las prácticas materiales existentes en los actos que realiza un sujeto que actúa con toda conciencia según su creencia.¹⁴⁴

Sobre el particular, Kennedy pretende demostrar cómo la ideología se manifiesta incluso cuando el juzgador es *medio-consciente* de la presencia ideológica en el derecho,¹⁴⁵ que supone la premisa de que el juzgador pretende mediar el conflicto que representa asumir la ideología en la adjudicación judicial con

¹⁴³ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 136, p. 790.

¹⁴⁴ Althusser, Louis, *Ideología y aparatos ideológicos de Estado. Práctica teórica y lucha ideológica*, México, Grupo Editorial Tomo, 2008, pp. 57-59.

¹⁴⁵ El modelo del juzgador *medio-consciente* se contrapone a aquel del juez activista o que pretende mediar (o moderar) entre dos posturas ideológicas encontradas, o frente a aquel que se busca mostrar independiente de las opiniones ideológicas de las partes, ya que en todo caso cualquier conducta que adopte el juez parecería que sí tiene plena conciencia de que su actuar sí tendrá un impacto considerable sobre las ideologías en conflicto. Por el contrario, el juzgador que es *medio-consciente* de la presencia ideológica parece debatirse en un conflicto entre admitir o no la presencia de la ideología en su actuar, conflicto que en cierta forma se atribuye a la exigencia de mantener la “neutralidad” judicial y la naturaleza misma de los intereses en conflicto y la aversión o simpatía que el juzgador tiene hacia ellos. Aun bajo este conflicto que supone el reconocimiento de la presencia de la ideología, ésta hasta cierto punto se materializa en la práctica argumentativa. Véase Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 136, pp. 795-810; nota 134, pp. 375 y 376.

la *negación* de la presencia ideológica en el desarrollo de su actividad.¹⁴⁶

Como parte del comportamiento estratégico implícito en la cultura jurídica y política, encontramos que la influencia de la ideología en la decisión judicial se manifiesta en una orientación hacia una serie de resultados,¹⁴⁷ que inician desde el momento en que el juzgador pretende aplicar su sentido de la justicia en un caso en particular,¹⁴⁸ frente a la que se valorará si éste se ajusta o no al material jurídico o si en su defecto es posible llegar a la sentencia deseada sin que sea percibida la presencia ideológica.

De esta manera, el interés por “tomar la ideología en serio” representa un esfuerzo importante, tendiente a valorar hasta qué punto el derecho puede ser calificado como valorativamente neutral, particularmente por lo que concierne a la actividad del juzgador.

3. *El carácter decisorio de las sentencias en los conflictos ideológicos*

La referencia a la ideología en la decisión judicial nos permite apreciar una dimensión distinta de los efectos de las sentencias, en tanto que éstas no sólo se limitan a resolver una controversia presente de las partes, sino que incluso inciden significativamente en la definición de la lucha ideológica de las fuerzas sociales; así, “la lucha ideológica se extiende al ámbito del derecho; la definición de las reglas jurídicas es uno de los campos de batalla

¹⁴⁶ Desde la perspectiva de Anna Freud, a la que se adhiere Kennedy para explicar la negación, resulta interesante analizar los mecanismos de *negación de la ideología* y sus efectos, que por una parte implica un rechazo a un reconocer, admitir o reconocer la cosa negada, a pesar de la evidencia de la existencia de la cosa, y por la otra, pretende evitar o deshacerse de la ansiedad que podría producir el reconocimiento de la verdad acerca de un hecho externo o de su propio deseo, emoción, opinión o intención. La negación, en cierto sentido, representa la manifestación verbal de un tipo particular de un pensamiento deseado. *Cfr.* Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 136, pp. 803-810.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 809.

¹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 815-818.

fundamentales entre las ideologías opuestas. De esta forma, el derecho en general, y las decisiones judiciales en particular, son una extensión de la política”.¹⁴⁹

El conflicto de ideologías en la decisión judicial se refleja en tres efectos decisivos que se presentan para los grupos involucrados, a saber:

- 1) El efecto inmediato es la definición a favor de un grupo en el caso concreto.¹⁵⁰
- 2) Lo decidido en el fallo pasa a ser parte de las reglas de juego de las luchas futuras entre los grupos ideológicos y, por tanto, inciden en el poder relativo de cada uno de éstos.¹⁵¹
- 3) Dado que los jueces son símbolos sociales de autoridad e imparcialidad, sus pronunciamientos tienden a generar lo que Kennedy llama “efecto de conversión”; esto es, la creencia del público de que lo establecido en las sentencias es lo correcto. A través del efecto de conversión, el juez que dirime una lucha ideológica en un caso concreto legítima —esto es, hace ver como correcta— la decisión que adoptó.¹⁵²

Como se puede apreciar, la variable política contenida en los efectos mencionados difícilmente puede ser enmarcada bajo una “lectura textual del fallo”,¹⁵³ lo que nos invita a tener una mayor apertura de análisis a los textos jurídicos y realizar una interpretación ideológica de la sentencia. Bajo dicho análisis, estaríamos en posibilidad de concebir una arista adicional de la decisión judicial, en tanto que sus efectos podrían enmarcarse en el reconocimiento de una ideología y de los intereses generales de clase de

¹⁴⁹ Rodríguez, César, *op. cit.*, nota 32, p. 65.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 67.

¹⁵¹ *Ibidem*, pp. 67 y 68.

¹⁵² *Ibidem*, p. 68.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 73.

la *intelligentsia* dentro del orden político, social y económico ocultos bajo los baluartes de moderación y legitimación.¹⁵⁴

Así, el aceptar la ideología en la decisión judicial, no busca derrumbar los cimientos del Estado de derecho, sino que proporciona una categoría adicional de análisis de la resolución judicial,¹⁵⁵ y cuya identificación nos permitirá:

- 1) Analizar la actividad judicial, en la cual los juzgadores realizan elecciones estratégicas, en tanto que tienen que seguir una ideología determinada, lo cual no solamente es de utilidad para los escépticos del derecho, sino incluso para los adherentes de teorías que sustentan cómo los juzgadores pueden y deben ser neutrales.¹⁵⁶
- 2) Concebir los efectos decisivos de la adjudicación judicial a partir de un conflicto de ideologías sometidas a consideración del juez.
- 3) Identificar la presencia de la ideología en la práctica jurídica. Así, nos interesarán los proyectos vitales, la ideología y los prejuicios, en tanto éstos se presupongan, exterioricen y materialicen en el discurso jurídico.¹⁵⁷
- 4) Valorar el desarrollo de estrategias jurídicas a partir de la ideología del juzgador, así como analizar la restricción que el material jurídico impone.
- 5) Vislumbrar la manera en que la cultura jurídica pretende operar y explicarse a través de mitos y fantasías.

Por lo anterior, se reitera la necesidad de admitir la presencia de la ideología en la decisión judicial, más allá del efecto retórico

¹⁵⁴ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 136, p. 787.

¹⁵⁵ Se habla de la ideología como una categoría adicional de análisis jurídico, ya que generalmente se pretende descubrir la ideología a través de la interpretación jurídica de la norma. Véase Guastini, Riccardo, “La interpretación de la Constitución”, trad. de Santiago Ortega, en Ortega Gómero, Santiago (ed.), *Interpretación y razonamiento jurídico*, Lima, Ara Editores, 2010, vol. II, pp. 54 y 55.

¹⁵⁶ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 136, pp. 784-790.

¹⁵⁷ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 105.

del lenguaje convencional de la necesidad jurídica de las resoluciones.¹⁵⁸ Esta situación nos dará una explicación de por qué son tan divergentes las decisiones judiciales pese a las similitudes de las situaciones fácticas.

Un aspecto interesante a considerar es la valoración de la manera en que se presenta la ideología en el ámbito de la argumentación jurídica, por cuanto a que es evidente que la misma *ipso facto* no se puede materializar en la decisión judicial, sino que es preciso sujetarla a las exigencias de las normas jurídicas y al razonamiento jurídico mismo, que debidamente justifique la decisión, tema que será objeto de análisis en el siguiente apartado.

III. LA LIBERTAD Y LA RESTRICCIÓN JUDICIAL FRENTE A LA NEUTRALIDAD Y APLICACIÓN MECÁNICA DEL DERECHO

1. *La libertad como vínculo intencional del juzgador con el derecho*

Las exigencias de la racionalidad jurídica, en vinculación con las propias instituciones, normas y principios jurídicos, parecerían suficientes para evitar la discrecionalidad y arbitrariedad del juzgador en la toma de decisiones jurídicas.

Sin embargo, para los *CLS* es conveniente analizar la ideología para determinar qué es lo que subyace detrás del evento de la elección de la regla por parte del juzgador,¹⁵⁹ y así explorar una dinámica distinta de la argumentación jurídica, bajo el vínculo intencional del juzgador con el derecho,¹⁶⁰ y su manifestación en la actividad argumentativa.

¹⁵⁸ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 136, pp. 785-806.

¹⁵⁹ *Ibidem*, pp. 802 y 803.

¹⁶⁰ El vínculo intencional del juzgador con el derecho corresponde al vínculo intencional (actividad que realiza las expectativas de la conciencia) del sujeto con el mundo, propio de la fenomenología de Husserl, por virtud de la que sólo existe el “mundo” en la medida en que se trata de “un mundo para el sujeto”, de suerte que el sentido de un ente cualquiera sólo puede ser esclarecido escri-

Desde esta perspectiva, se busca describir la manera en la cual se conjuga tanto la subjetividad del juzgador en la práctica argumentativa como la objetividad del derecho. Al efecto, Kennedy aplica la llamada subjetividad y objetividad a la argumentación jurídica, en lo que a grandes rasgos los identifica como la *libertad*, donde se ubican las apreciaciones, objetivos, proyectos e ideología del juzgador, y la *restricción*, que constituiría el análisis de las normas y principios jurídicos a emplear en la decisión judicial, como puntos de partida para el desarrollo de las estrategias jurídicas.

A continuación procederemos a dar un esbozo de la *libertad*, constituida por el polo subjetivo de dicha práctica. En un primer momento podemos enmarcar la libertad bajo un conjunto de intenciones, un proyecto vital del juzgador, que como tales se encargarán de orientar entre las muchas posibles actitudes a seguir en el trabajo de la argumentación jurídica.¹⁶¹

No obstante, dicha libertad ha de ubicarse siempre como existente dentro de un universo legalizado.¹⁶² Sin embargo, esta libertad en ningún momento se pretende asimilar como arbitrariedad del juzgador ni con “reacciones viscerales” del juez que actúan totalmente incondicionadas.¹⁶³

Sobre el particular, es menester señalar que en el pensamiento de Duncan Kennedy la “subjetividad del juez” por sí misma es

tando las vivencias que lo hacen sobrevenir en forma de donación originaria. Así, bajo el postulado fenomenológico de Husserl ninguna entidad puede ser pensada, es decir, tenida por real o por posible, si no se halla entretendida con el vínculo universal que conecta el yo con el mundo. Se desconfia de un subjetivismo unipolar que dé significado a las cosas, con lo cual la principal tarea será el escrutar la correlación entre “el producir” del sujeto y el propio “producto” de éste que equivale a establecer la correlación entre su propio realizar (y desde luego no la realización) y aquello que dicho acto realiza. *Cfr.* Bech, Josep María, *De Husserl a Heidegger. La transformación del pensamiento fenomenológico*, Barcelona, Edicions Universitat de Barcelona, 2001, pp. 25-27. Bajo esta postura, la ideología del juzgador no puede desentenderse por completo del material jurídico, del que el juzgador se encargará de darle su significación e interpretación, que puede o no ajustarse a lo que éste de antemano había concebido previamente.

¹⁶¹ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 104.

¹⁶² *Ibidem*, pp. 95-97.

¹⁶³ *Idem*.

insuficiente para resolver un caso concreto si ésta no se encuentra apoyada en las normas y principios jurídicos. La pretensión de realzar el elemento subjetivo del juzgador es determinar cómo influye el manejo del material jurídico en la decisión judicial, y a partir de ahí valorar probablemente cuál es realmente la fuerza del material jurídico —normas y principios jurídicos—, y si éstos son suficientes para “obstaculizar” las intenciones del juzgador o no, y si a partir de ahí existe una respuesta correcta.¹⁶⁴

De esta manera, el ámbito de libertad se convierte en una de las esferas de acción de la argumentación jurídica, que escapa del margen de la discrecionalidad que los positivistas han adoptado.¹⁶⁵ Esta esfera de acción nos invita a considerar cuatro elementos adicionales en la decisión judicial,¹⁶⁶ a saber:

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

¹⁶⁴ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 134, p. 385.

¹⁶⁵ La justificación positivista de la decisión jurídica hasta cierto punto reconoce un margen de discrecionalidad insoslayable en dicha decisión. Sin embargo, la decisión no puede oponerse a la norma o normas jurídicas que se aplican, sino que tienen que producirse dentro de los márgenes más o menos difusos que éstas establecen. Aun cuando se acepte que el fundamento último de la decisión descansa en criterios adicionales no jurídicos, la decisión en todo caso se encuentra predeterminada por tres factores principales, a saber: 1) por el marco general que configuran las normas aplicables al caso; 2) por un conjunto amplio de reglas y criterios hermenéuticos que tienen su origen en una larga tradición jurídica y que en algún caso han encontrado reconocimiento normativo, y 3) por una exigencia de motivación fundada y racional que afecta incluso a los criterios adicionales no jurídicos. *Cfr.* Calvo García, Manuel, *Teoría del derecho*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2004, p. 166.

¹⁶⁶ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, pp. 212 y 213.

En los términos expuestos, en el análisis de la decisión judicial, además del estudio de los hechos, normas y principios jurídicos que rodean el caso concreto,¹⁶⁷ tendríamos que aludir al proyecto vital del juez, así como al trabajo a desarrollar con el material jurídico y los hechos del caso. Así, la decisión judicial no está determinada de antemano (y de manera exclusiva) por el material jurídico aplicable al caso concreto ni por la voluntad ilimitada y psicología del juzgador,¹⁶⁸ sino que obedece a una relación interesante entre la libertad del juzgador y la restricción de las normas y principios jurídicos, la cual nos permite valorar hasta qué grado el aspecto subjetivo de la actividad argumentativa funge como director y orientador del trabajo para llegar a un resultado que se ajuste al deseo del juzgador,¹⁶⁹ o si en su caso dicha libertad está totalmente subordinada por el material jurídico.¹⁷⁰

¹⁶⁷ La postura crítica de los *CLS* en ningún momento pretende descalificar de la importancia del derecho ni renunciar a las reglas y principios jurídicos. De hecho ni los mismos realistas jurídicos norteamericanos pretendieron negar valor alguno al derecho. Sobre el particular, es posible tomar las posturas de Benjamin Nathan Cardozo y Roscoe Pound, como ejemplo de que las corrientes críticas norteamericanas, en concreto el realismo jurídico, no renuncian al valor del derecho, simplemente añaden otros factores adicionales a considerar en el análisis jurídico. Así, para Cardozo, existen ciertos límites de actuación judicial, en que si bien se reconoce cierta capacidad para innovar por parte del juzgador, éste a su vez se encuentra obligado a mantener una relación entre el derecho y la moral, entre los preceptos del derecho y los de la razón y la buena conciencia. *Cfr.* Cardozo, Benjamin Nathan, *La función judicial*, México, Perezniето Editores, 1996, pp. 53-68. Igualmente, la postura de Pound enfatiza la trascendencia del derecho, compuesto por preceptos, técnica, y de ideales legales o dominantes, en donde los ideales dominantes son representaciones del fin del orden legal, por lo que el descubrimiento, aplicación y desarrollo de los preceptos legales son guiados o aun mismo determinados. De acuerdo con Pound, el escepticismo radica en los efectos que se han de atribuir al elemento ideal. *Cfr.* Pound, Roscoe, “La interpretación de la ley en el sistema de la codificación y en el derecho angloamericano”, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, año XLV, núm. 1, enero de 1947, p. 2.

¹⁶⁸ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 121.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 107.

¹⁷⁰ En opinión de César Rodríguez, la concepción de Duncan Kennedy de la adjudicación judicial pretende mediar entre la tesis realista de la discreción

De esta manera, la libertad no sólo se circunscribe a los proyectos vitales del juzgador, sino que trasciende al trabajo mismo a realizar en el proceso argumentativo —que comprende desde la captación del material jurídico y de los hechos hasta el sentido que el juzgador le asigne a dicho material—, lo que permite establecer la vinculación y relación acerca de la manera en que el material jurídico puede favorecer o en su caso limitar la libertad del juzgador para llegar a la sentencia deseada.

En palabras de Kennedy, “se puede decir que el juez está a la vez en libertad y maniatado: libre en tanto que puede orientar su trabajo en la dirección que así lo desee pero restringido por la pseudo-objetividad de la ley tal y como suele aplicarse, la cual el juez podrá (o no) superar”.¹⁷¹

Con base en lo anterior, la restricción representará la “resistencia a un intento de hacer que los materiales signifiquen algo en particular”.¹⁷²

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

La experiencia de una compulsión o libertad interpretativa es una unión de estrategia interpretativa así como del contexto jurídico (esto es, los materiales legales), en vez de una característica “objetiva” de la pregunta en cuestión. Intérpretes distintos experimentan libertad o restricción frente a las mismas preguntas

alidad judicial irrestricta y la tesis reconstructivista de la existencia de límites infranqueables y de decisiones correctas en la labor judicial. *Cf.* Rodríguez, César, *op. cit.*, nota 32, p. 79.

¹⁷¹ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 107.

¹⁷² La definición de restricción se toma directamente del inglés, que para pronta referencia se estima necesario transcribir: “constraint means resistance to an attempt to make the materials mean something in particular”. Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 136, p. 789.

dependiendo de qué tanto tiempo y habilidad le hayan dedicado a la pregunta, y también según sus propias predisposiciones. La experiencia de la restricción es tan real como la experiencia de libertad interpretativa, pero ninguna de ellas puede ser atribuida definitivamente a los materiales en sí ni por sí mismos.¹⁷³

De lo anterior se desprende que tanto el elemento objetivo (los materiales jurídicos) como el subjetivo juegan un papel fundamental en la decisión judicial, al grado que puede encauzar el empleo de los materiales jurídicos mediante el trabajo del juzgador, bajo el cual es posible enmarcar explícita o implícitamente la situación en análisis, como una en la que existe un conflicto o una laguna que lo exime del deber elemental de aplicar una norma clara cuando los hechos encuadran de manera precisa dentro de sus definiciones.¹⁷⁴

Con ello, el análisis de la decisión judicial exige algo más que presuponer el esquema de acuerdo con el cual cada caso está localizado en un área de determinación o en una penumbra o marco de la norma jurídica, o en su defecto de la ponderación de principios o políticas, como algo dado de antemano,¹⁷⁵ ya que es preciso remontarnos a intentar explicar las razones, la forma y las estrategias en que el juez ha determinado ubicar los hechos, motivos y argumentos como localizados dentro de una zona determinada o de penumbra o marco.

En este orden de ideas, Kennedy explica la determinación e indeterminación del derecho, a partir de la “operación cognitiva” de los juzgadores de dar el caso como localizado invariablemente en un área de penumbra o marco,¹⁷⁶ o simplemente admitir cierto margen de discrecionalidad,¹⁷⁷ sin cuestionar la conflictiva (y contradictoria) esencia propia de las normas y principios; así:

¹⁷³ Flor, Fernando de la y Blume, Iván, *op. cit.*, nota 39, p. 240.

¹⁷⁴ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 134, pp. 368 y 369.

¹⁷⁵ *Idem.*

¹⁷⁶ *Ibidem*, pp. 365 y 366.

¹⁷⁷ Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 155, pp. 60-63.

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

En otras palabras, antes de que el análisis de políticas comience, cualquiera que sea su contenido, el intérprete enmarca explícita o implícitamente la situación como una en la cual hay un conflicto o una laguna que lo exime del deber elemental de aplicar una norma clara cuando los hechos encuadran claramente dentro de sus definiciones.¹⁷⁸

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

En este orden de ideas, es posible apreciar la manera en que el conjunto de intuiciones y los valores del juez circunscriben la ubicación (intencional) de la situación dentro de la zona de penumbra o determinación por parte del intérprete. De lo anterior, se desprende que la determinación o indeterminación del derecho es más bien una cuestión que experimenta el juzgador al resolver un caso en particular, y no tanto un problema extensivo a todo el sistema jurídico.

Así, la indeterminación del derecho no referiría a que todo el sistema jurídico sea totalmente indeterminado, tesis que por cierto ha sido rechazada por los propios seguidores de los *CLS*, incluyendo a Kennedy;¹⁷⁹ más bien se busca reconsiderar la sensación de la indeterminación del derecho a partir de la

¹⁷⁸ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 134, pp. 368 y 369.

¹⁷⁹ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, pp. 182 y 183.

experiencia y las vivencias de los juzgadores. A tal grado es la sensación y experiencia ante la indeterminación de la ley, que el juzgador se encuentra en posibilidad de sostener que fue él quien le dio su forma determinada como resultado de una libre opción ética o política.¹⁸⁰

Ahora bien, la adopción de decisiones bajo un derecho indeterminado de ninguna manera implica que las mismas carezcan de legitimidad;¹⁸¹ lo importante a destacar es la manera en que el material jurídico es susceptible de múltiples valoraciones por parte del juzgador, y cómo a partir de éstas es posible emplear dichos materiales dentro de la actividad argumentativa, en la cual se hace inevitable la libertad de interpretación extensiva, sobre todo ante las lagunas, conflictos y ambigüedades del ordenamiento jurídico.¹⁸²

Bajo esta tesitura, no es que el juzgador desee un resultado y éste pueda materializarse automáticamente en la sentencia, ya que es preciso emplear el razonamiento jurídico y sustentar la decisión con base en normas y principios jurídicos, tema que será objeto de estudio en el siguiente apartado.

2. *La búsqueda del material jurídico como sustento de la sentencia deseada*

Si bien la libertad del juez juega un papel fundamental en la decisión judicial; sin embargo, ésta no es ilimitada ni susceptible de materializarse inmediatamente en la sentencia jurídica, ya que después de todo la actividad jurídica impone la necesidad de dar razones por las acciones.¹⁸³

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 220.

¹⁸¹ Kress, Ken, "Legal Indeterminacy", en Patterson, Dennis (ed.), *An Anthology. Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden, Blackwell Publishing, 2003, pp. 254-259.

¹⁸² Flor, Fernando de la y Blume, Iván, *op. cit.*, nota 39, p. 324.

¹⁸³ Los *CLS* se adhieren a la idea de dar razones por las acciones propias e incluso exploran otras perspectivas conceptuales. Ejemplo de lo anterior lo constatamos con Joseph Boyle, quien analiza esta exigencia, a partir de la evaluación

Al efecto, existen diversos elementos que determinarán si el juzgador puede llegar a la sentencia deseada. En este esquema, la búsqueda del material jurídico como sustento a la sentencia deseada representará la restricción a la que se enfrentará el juzgador, quien tendrá que orientar el trabajo jurídico para llegar a un resultado determinado. Dicha labor requiere del análisis de normas y principios jurídicos que justifiquen la decisión judicial.

A. La restricción impuesta por la ley

El carácter formal asignado a la actividad jurídica impone al juzgador el reto de enfrentar la decisión deseada con el texto de la ley, que en tanto mandato, se refiere tanto a normas jurídicas como a precedentes judiciales, tan importantes para el contexto anglosajón desde el cual escriben los *CLS*, y que se manifestará primeramente como el “campo” en el que el juez debe ejecutar su acción.¹⁸⁴

Frente a la sentencia a la que se quiere llegar, la primera característica que se ofrecerá al juez respecto de la ley es la de la oposición o resistencia,¹⁸⁵ ya que en más de una ocasión el juzgador tendrá que decidir en contra del texto literal de la ley, por oponerse a su proyecto vital. Al efecto, Kennedy explica con una metáfora cómo actúa la restricción de la ley (como medio físico), en los siguientes términos:

Una de las maneras en que las que percibimos la ley (no la única, como ya veremos) es como un medio a través de cual uno lucha por un proyecto, antes que como algo que nos dice qué

cognitiva que subyace en las motivaciones de las acciones. Así, más allá de actuar bajo un deseo, la explicación cognitiva de la acción supone una evaluación, basada en un juicio de valor, en la que se busca saber si la motivación última es apropiada y valiosa en sí. *Cf.* Boyle, Joseph, “Reasons for Action: Evaluative Cognitions that Underlie Motivations”, *The American Journal of Jurisprudence. An International Forum for Legal Philosophy*, Indiana, vol. 46, 2001, pp. 177-197.

¹⁸⁴ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 130.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 104.

debemos hacer. Cuando nos acercamos a ella de este modo, la ley restringe sólo en la misma medida en que lo haría cualquier medio físico: no es posible hacer cualquier cosa que nos plazca con un montón de ladrillos y lo que uno puede hacer depende de cuántos ladrillos se disponga así como de otras circunstancias particulares. Así las cosas, en tanto que construimos algo a partir de un juego de ladrillos dado, éstos nos restringen, nos controlan, nos quitan la libertad.

Por otro lado, las restricciones que un medio impone dependen del proyecto por el que uno ha optado, de la opción que se quiera tomar. El medio no nos dice qué debemos hacer con él... Qué forma tendrá mi argumento al final del proceso dependerá, de manera fundamental, de los materiales jurídicos que utilice —leyes, casos, argumentos de conveniencia pública, estereotipos sociales, representaciones históricas— pero dicha dependencia está lejos de ser una determinación *a priori* e ineludible del resultado jurídico.

La metáfora de un medio físico no nos ayuda a resolver qué tanto restringe la ley. Todo lo que hace es insinuar que debemos entender las libertades y las restricciones como aspectos de una experiencia de trabajo, de producción —y que al mismo tiempo la tarea que hemos escogido está limitada por las propiedades del medio en el cual realizamos ese trabajo— y no creer, desde lo profundo de nuestra imaginación, en la existencia de un sujeto trascendental y libre que “puede hacer lo que quiere”, a diferencia de la imagen, más tradicional, de un robot programado por la ley.¹⁸⁶

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

El juez incluso cuando tiene libertad, no es totalmente libre. No deberá innovar según le plazca. No es un caballero errante vagabundo a voluntad en persecución de sus propios ideales de la belleza o del bien. Debe derivar su inspiración de principios consagrados. No debe ceder ante sentimientos intermitentes, ante una

¹⁸⁶ *Ibidem*, pp. 120 y 121.

benevolencia vaga y sin trabas. Debe ejercer una discrecionalidad fundamentada en la tradición, metodizada por la analogía, restringida en forma sistemática y subordinada a “la necesidad primordial del orden de la vida social”. Suficientemente amplio es, en conciencia, el campo que queda para ejercer tal discrecionalidad.¹⁸⁷

De lo expuesto con antelación, si bien el juzgador tiene libertad para optar por una determinada ideología u otra, asumir determinados intereses y prejuicios o proyectos vitales, ello no necesariamente implica que éstos de manera automática se materialicen en la sentencia jurídica. La limitación, así, estará dada por el material jurídico, sujeto a un trabajo por parte del juzgador, cuyos resultados no están del todo determinados ni fijados de antemano por dicho material.¹⁸⁸

Reconocemos que la fundamentación constituye una restricción en la decisión judicial; después de todo, el razonamiento jurídico, o si se quiere, la conciencia jurídica,¹⁸⁹ tienen su propia estructura, hasta cierto punto autónoma,¹⁹⁰ que nos conduce a

¹⁸⁷ Cardozo, Benjamin Nathan, *op. cit.*, nota 167, p. 71.

¹⁸⁸ Hutchinson, Allan C., “A Postmodern’s Hart: Taking Rules Sceptically”, *The Modern Law Review*, Londres, vol. 58, núm. 6, noviembre de 1995, pp. 796, 797, 812 y 813.

¹⁸⁹ Si prescindimos un momento de la fenomenología, la consciencia, por sí misma, desde la perspectiva de Kennedy, refiere a un vocabulario, conceptos y argumentos típicos como un lenguaje, y a aquellas reglas positivamente promulgadas en varios países en los que el lenguaje (jurídico) se encuentra globalizado como discurso. *Cfr.* Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 2, p. 23.

¹⁹⁰ Kennedy reconoce la existencia de un tipo de razonamiento particular de jueces y abogados, bajo sus propias reglas, lenguaje y estructura discursiva. Sin embargo, dicho razonamiento jurídico es de una manera idealizada, desconectada de la realidad. *Cfr.* Kennedy, Duncan, *La educación jurídica...*, *cit.*, nota 73, pp. 124 y 125. Lo anterior nos lleva a reconocer la existencia de la controversia política dentro de dicho razonamiento, en el cual se muestre cómo pueden existir argumentos de izquierda o derecha, que son negados, ocultados o disfrazados, que evidencia que la actividad profesional tiene un contenido político, intrínsecamente oculto. *Cfr.* Flor, Fernando de la y Blume, Ivan, *op. cit.*, nota 39, p. 327.

determinados resultados, distintos de aquellos meramente políticos, económicos, sociales y religiosos.¹⁹¹

Ahora bien, desde la perspectiva de los *CLS*, la restricción dada por la ley opera bajo una *experiencia* que el juez tiene acerca del material jurídico a emplear, y en la que la ley en general se manifiesta con mensajes, fórmulas verbales con los que el juez está familiarizado.¹⁹²

Estas “fórmulas” pueden estar o no en la línea de decisión que el juzgador pretende seguir. Lo más probable es que exista una divergencia entre el sentido de la sentencia a la que se quiere llegar y el mensaje implícito en la norma jurídica, la cual será más notoria a medida en que el juzgador quiera participar o impulsar las transformaciones políticas, sociales, económicas y culturales,¹⁹³ frente al carácter “estático y pasivo” de la ley. En la medida en que se comprenda el sentido del mensaje, el juez estará en posibilidad de determinar el trabajo jurídico a realizar para llegar a la sentencia deseada.

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

El mensaje que yo percibo como “la ley” dista mucho de mi convicción respecto a lo que quiero hacer. Se trata de un mensaje que debo descifrar antes que de un pensamiento implantado en el interior de mi cabeza al que puedo acceder de modo inmediato (sin querer darle aquí mayor importancia a la distinción entre mediato/inmediato). Siempre habrá un elemento de misterio respecto a quién está detrás de mensaje, si lo he entendido bien y si lo puedo «aplicar» o no en este caso.¹⁹⁴

¹⁹¹ Kennedy, Duncan, *Classical Legal Thought*, Cambridge, Afar, 1998, pp. 8-26, disponible en http://www.duncankennedy.net/documents/r%26f_clt/Chapter%201.%20Legal%20Consciousness.pdf.

¹⁹² Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, pp. 186-191.

¹⁹³ Acerca de cómo cambia el pensamiento e instituciones jurídicas conforme a los cambios económicos, Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 2, pp. 19-22.

¹⁹⁴ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 194.

En aras de descubrir los mensajes de la norma jurídica, podríamos considerar la invitación de buscar los factores históricos, sociales, económicos y culturales¹⁹⁵ que le dan contenido a los preceptos jurídicos, así como a indagar la ideología que siguen aquellos agentes que contribuyen al desarrollo y formulación de dichos preceptos, y que igualmente inciden en la concepción de las fuentes del derecho.¹⁹⁶

Así, se busca ofrecer una concepción distinta del sentido de la ley,¹⁹⁷ que nos brinde una mayor posibilidad de actuación a través de la decisión judicial,¹⁹⁸ que a su vez nos permita exigir un

¹⁹⁵ Podríamos aceptar en este punto la invitación a descubrir los “enigmas jurídicos” en los términos que refiere Peter Goodrich, entendidos como una referencia críptica a una fuente textual previa, lo que exhorta mirar la historia y propósitos de la tradición y la costumbre, a fin de descubrir las bases de la decisión, así como los orígenes y propósitos de la ley, ante la dificultad de determinar a primera vista qué es lo que la ley protege y cómo se debe proteger. *Cf.* Goodrich, Peter, “Legal Enigmas-Antonio de Nebrija, *The Da Vinci Code* and the Emendation of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, núm. 1, primavera de 2010, pp. 75-91. Lo anterior, nos lleva al empleo de la historia en la labor de reconstrucción del significado de la ley.

¹⁹⁶ En la perspectiva de Roscoe Pound, el análisis de las fuentes del derecho requiere valorar la manera en cómo y quién intervino en la elaboración de los preceptos jurídicos, los orígenes del contenido de la norma, las formas del derecho; esto es, las figuras literarias en las cuales se expresa la autoridad de los preceptos jurídicos o de las doctrinas, así como los factores que inciden en la elaboración de la norma. *Cf.* Pound, Roscoe, “Sources and Forms of Law”, *Notre Dame Lawyer. A Quarterly Law Review*, Notre Dame, vol. XXI, núm. 4, junio de 1946, p. 249.

¹⁹⁷ Pese a las críticas que se erigen a la neutralidad y objetividad del derecho, es de reiterar que en ningún momento se pretende demeritar el papel de la legalidad. Simplemente pretenden invitar a reflexionar en torno a una concepción incluyente del derecho que asuma diversos valores sociales y culturales. Véase West, Robin, “Reconsidering Legalism”, *Minnesota Law Review*, Minnesota, vol. 88, núm. 1, noviembre de 2003, pp. 129-147. Independientemente de aceptar o no las peculiaridades que subyacen en la ley (a partir de su referente social), es un hecho que la legalidad misma representa la restricción en la adjudicación judicial, que se acentúa cuando el mensaje de los materiales jurídicos no se ajusta con el sentido de la sentencia deseada.

¹⁹⁸ A partir de la decisión judicial, el abogado puede emprender caminos distintos para asumir un rol activista, bajo sus convicciones éticas y morales. La

mayor compromiso social al trabajo del juzgador para colaborar con los juristas y la ciudadanía en la transformación social del derecho.¹⁹⁹

Ahora bien, la restricción que representa el propio análisis de la ley, en la perspectiva de los *CLS*, nos invita a considerar la sombra de los compromisos alcanzados, la cual es posible ubicarla en el inherente e irresoluble conflicto de intereses que permea en la sociedad. Bajo esta perspectiva, encontramos que para Kennedy las reglas jurídicas son “piezas en amplios acuerdos de intereses”.²⁰⁰ En el ámbito de la argumentación jurídica, dichas reglas representan “un compromiso alcanzado entre dos argumentos de conveniencia pública con concesiones mutuas”,²⁰¹ en cuya aplicación ha de procurarse balancear las adversidades de los distintos actores sociales.²⁰²

Sin embargo, es tal la interminable cantidad de conflictos en la sociedad, que las reglas serán insuficientes para atender los conflictos sociales. Esta situación nos conduce a enfrentarnos a dos cuestiones que dificultan aún más la aplicación de la norma jurídica al caso concreto, a saber: el “área gris en donde los términos del arreglo no son del todo claros”,²⁰³ y el desconocimiento

decisión favorable o desfavorable que se pueda tener constituye un nuevo inicio para desarrollar el razonamiento jurídico que nos conduzca a nuevas transformaciones sociales con la respectiva participación del jurista. *Cfr.* Klenner, Hermann, “Juridical Thinking, Juridical Decision-Making”, *Rechtstheorie*, Berlín, vol. 28, núm. 2, 1997.

¹⁹⁹ Véase Gordon, Robert W., “The Path of the Lawyer”, *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 110, núm. 5, marzo de 1997, p. 1018; Felstiner, William L. F. *et al.*, “The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...”, *Law & Society Review. The Journal of the Law and Society Association*, Cambridge, vol. 5, núm. 3-4, 1980-1981, pp. 637-649.

²⁰⁰ Kennedy emplea el término de reglas jurídicas como *pieces in a larger compromise of interests*. Kennedy, Duncan, “Legal Formality”, *The Journal of Legal Education*, 351, 1973, p. 383, disponible en <http://www.duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Legal%20Formality.pdf>

²⁰¹ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 111.

²⁰² Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 200, p. 383.

²⁰³ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 111.

de los términos en que se llevan a cabo esos acuerdos, en tanto que si realmente se llega a una conciliación de intereses tendríamos que analizar las repercusiones de dicha conciliación y si se privilegia a un grupo frente a otro.

Estos problemas nos conducen a considerar cómo las notas de objetividad,²⁰⁴ neutralidad,²⁰⁵ generalidad, abstracción y, si se quiere, universalidad,²⁰⁶ de la norma jurídica son insuficientes para dar respuesta a la totalidad de conflictos sociales,²⁰⁷ situación que políticamente nos conduce a considerar a la norma

²⁰⁴ Para Duncan Kennedy, la crítica a la objetividad de la norma jurídica radica en que ésta pareciera ser más una cuestión de “convencionalidad” que una realidad. De hecho, asume Kennedy que la aplicación de la norma como un procedimiento necesario, obligatorio y no discrecional, es una cuestión de “objetividad interna” (que ocurre al interior del juzgador), la cual se diluirá a medida que se conciba el conflicto entre la ley y la sentencia a la cual se quiere llegar, pues no en todos los casos se puede considerar que la norma se aplique por sí sola. *Ibidem*, pp. 102-220.

²⁰⁵ Unger, Roberto Mangabeira, *op. cit.*, nota 69, pp. 1-8.

²⁰⁶ En su momento, Roscoe Pound cuestionaba la noción de la posibilidad de una ley universal y la dificultad para alcanzar una universalidad en la interpretación, aplicación y desarrollo jurídico doctrinal. Una de las dificultades que refería dicho autor radica en la falta de entendimiento de otras culturas, e incluso en la sospecha de las mismas. Véanse Pound, Roscoe, “The Idea of Universal Law”, *UCLA Law Review*, vol. 1, núm. 1, diciembre de 1953, pp. 11-17; Wintgens, Luc J., “The Fragile Universality of Legalism Universality of Validity and the Contingency of Law in Rousseau”, *Rechtstheorie*, Berlín, vol. 37, núm. 1, 2006, pp. 12-15; Ladeur, Karl-Heinz, “The Postmodern Condition of Law and Societal «Management of Rules»”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Stuttgart, vol. 27, núm. 1, julio de 2006, p. 99.

²⁰⁷ En la opinión de Roscoe Pound, en eras de profundos cambios (mayormente caracterizados por el desarrollo social o económico), una gran proporción de incidentes de la vida quedan o bien sin cubrirse o no son cubiertos claramente por la regla jurídica. Los casos inmersos en esos cambios exigen el empleo del razonamiento jurídico, y en este sentido, reclaman la aplicación de los preceptos legales a efecto de que se ajusten a las exigencias del nuevo estado de los hechos. Bajo esta perspectiva, la técnica sería el factor controlador del resultado, y no tanto la regla como guía de conducta. *Cfr.* Pound, Roscoe, “Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law”, *Tulane Law Review*, New Orleans, vol. VII, núm. 4, junio de 1933, pp. 480-482.

como un “factor que incide en el poder o impotencia de que gozan los diferentes actores sociales”.²⁰⁸

Ante la dinámica social y frente a la sombra de los compromisos alcanzados con la norma jurídica, es probable que se dé la creación de una “nueva constelación de fuerzas”,²⁰⁹ en los términos que advierte Kennedy, en la que el juzgador actúa como un actor político,²¹⁰ quien determinará el carácter que asumirá esta constelación de fuerzas, y que a su vez incidirá en el comportamiento de las fuerzas políticas.²¹¹

Lo anterior nos da pie a abordar un problema adicional en la norma jurídica, tendiente a analizar las contradicciones sociales que se ocultan en la misma. En la perspectiva de los *CLS*, se retoma del realismo jurídico norteamericano el método de los pares-opuestos²¹² para identificar las contradicciones²¹³ del derecho.

²⁰⁸ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 131.

²⁰⁹ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 200, pp. 384 y 385.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 388.

²¹¹ Tushnet, Mark, “Alternative Forms of Judicial Review”, *Michigan Law Review*, Michigan, vol. 101, núm. 8, agosto de 2003, p. 2795.

²¹² El método de los pares-opuestos que desarrolla Kennedy tiene como punto de partida el modelo de consideraciones conflictivas desarrollado por René Demogue, en su ensayo “Las nociones fundamentales del derecho privado: un ensayo crítico”, dentro del cual mostraba los conflictos y contradicciones implícitos en el derecho privado (motivados por negociaciones forjadas en la elaboración de leyes), con la finalidad de inducir al estudiante a profundizar sobre las bases de las instituciones, a través de la reflexión de dichos conflictos y contradicciones. *Cfr.* Kennedy, Duncan, “From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller’s ‘Consideration and Form’”, *Columbia Law Review*, Nueva York, vol. 100, núm. 1, enero de 2000, pp. 109-114. Otro autor que aborda esta serie de contradicciones y pares opuestos lo encontramos en el realismo jurídico norteamericano, concretamente con Karl Llewellyn. Véase Llewellyn, Karl N., *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, Chicago, University of Chicago Press, 1962.

²¹³ En la opinión de Peter Fitzpatrick, el campo de contradicciones únicamente puede conciliarse mediante la elevación mítica del derecho, que como ente unificador pretende eludir la existencia de relaciones de simple oposición o los límites del derecho. Más allá de esos límites, pareciera que no hay otra cosa que lo desconocido o lo que se conoce de manera nebulosa, incluido ese caos o materia primigenia de la cual fueron formados lo que es y lo que conoce. Lo

Excede de los alcances del presente trabajo la simple enunciación de los pares-opuestos, el complejo universo que subyace en éstos y su confrontación en el transcurso de la historia.²¹⁴ Por el momento, pretendemos señalar que los pares opuestos forman una parte considerable de la tradición jurídica²¹⁵ y nos exhortan a profundizar en los alcances de la norma jurídica a fin de identificar aquello que subyace detrás de ese enunciado normativo; esto es, los intereses por los cuales opta el legislador, y en su caso identificar los valores o intereses sacrificados.

Otro método a emplear en la identificación de los problemas que subyacen en la norma jurídica es el “método de las contradicciones”, basado en dos premisas:

- 1) Es inevitable la experiencia de un conflicto irresoluble entre nuestros propios valores y maneras de aceptar el mundo.
- 2) Permite encontrar un orden y un significado dentro de la contradicción.²¹⁶

Lo anterior nos conduce una vez más a reconsiderar la relación entre derecho y política, a efecto de apreciar que las normas jurídicas son algo más que un compromiso alcanzado. Desde esta

que está más allá de esos límites pertenece a los dioses, al destino, a la naturaleza de las cosas. Cfr. Fitzpatrick, Peter, *La mitología del derecho moderno*, trad. de Nuria Parés, México, Siglo XXI, 1998, p. 26.

²¹⁴ *Ibidem*, pp. 171-176; Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 212, pp. 111-115, 122-124, 150-154; Kennedy, Duncan, “Savigny’s Family/Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought”, *The American Journal of Comparative Law*, Michigan, vol. LVIII, núm. 4, 2010, pp. 815-830.

²¹⁵ Kennedy, Duncan, *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*, manuscrito no publicado, 1975, pp. 11-26, disponible en http://www.duncankennedy.net/documents/r%26f_clt/Chapter%201.%20Legal%20Consciousness.pdf.

²¹⁶ Kennedy, Duncan, “Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado”, en García Villegas, Mauricio (ed.), *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001, p. 165, disponible en <http://www.duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Forma%20y%20Sustancia%20en%20la%20Adjudicaci%3n%20de%20Derecho%20Privado.pdf>.

perspectiva, es posible apreciar cómo la norma jurídica es más difícil de aplicar que lo que parece, ante la totalidad de conflictos que subyacen en la sociedad, además de que en ocasiones el contenido de las normas puede estar representado por un conflicto de intereses encontrados, a lo cual incluso habría que añadir el problema de determinar cuál es el mensaje mismo que emite la norma jurídica. Así, es posible considerar que la aplicación de la norma conlleva el análisis de lo siguiente:

- 1) Descubrir el rango de otras normas que pudieran ser aplicables a la situación.
- 2) Cuestionar las razones por las cuales se ha realizado una elección en particular entre un continuo de posibilidades.
- 3) Identificar la norma como un compromiso ubicado entre los extremos del espectro del conflicto, y que exigen la aplicación de ésta como solución.
- 4) Evaluar si el compromiso es razonable, o preguntar por qué se hizo de la manera en que éste fue hecho.²¹⁷

Como podemos apreciar, la denuncia que se hace en torno a cuestionar la creencia de los compromisos alcanzados en las normas, así como las notas de generalidad y objetividad, no es con el afán de prescindir del derecho o sugerir la inutilidad de éste en la sociedad actual. Por el contrario, se busca dar una concepción alternativa de la ley y del sentido de la formalidad,²¹⁸ que nos permitan tener una percepción real y dinámica del derecho con la que sea posible actuar a favor de los grupos sociales más desprotegidos.

²¹⁷ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 212, p. 105.

²¹⁸ Trubek nos invita a abordar el formalismo como un factor de cambio, y valorar la posibilidad de que mediante éste se dé protección contra los “hostiles poderes de la espada”, un instrumento en contra de la inequidad, dominación y alienación que dé respuesta a genuinas necesidades humanas. *Cfr.* Trubek, David M., “Complexity and Contradiction in the Legal Order: Balbus and the Challenge of Critical Social Thought about Law”, *Law & Society Review. The Journal of Law and Society Association*, Amherst, Massachusetts, vol. 11, núm. 3, invierno de 1977, p. 563.

B. *Restricción contenida en los precedentes*

La fuerza vinculante de los precedentes²¹⁹ representa una restricción a la que tendrá que enfrentarse el juzgador al resolver un caso concreto.

Para Kennedy, los precedentes representan un mensaje (de parte de otros juzgadores con poder normativo) con una intención, que corresponde al “obedecer o seguir una regla”.²²⁰ Este mensaje puede ser experimentado tanto como una situación fáctica sobre las que otros jueces han tomado decisiones que apuntan en direcciones distintas²²¹ como una pretensión de dar instrucciones para resolver el caso de una manera específica, en tanto que pretenden señalar tanto la regla “correcta” a aplicar como el sentido de lo que debe ser la sentencia.²²²

Como se puede apreciar, detrás de la fuerza vinculante asociada al precedente encontramos un elemento normativo que se externa en un mensaje emitido por otros juzgadores que pretenden fijar un criterio jurídico como guía en la resolución de casos concretos a partir de las propias convicciones, ideología y “sentido de la justicia”. En este orden de ideas, la aplicación del precedente, además del análisis del tipo de vinculación que éste tendrá en atención al órgano del cual emana, requiere valorar cuatro aspectos adicionales:

- a) Las razones por las cuales el juzgador (que sentó el precedente), en primer lugar, optó por esa determinación y no otra.
- b) Los argumentos empleados para justificar la acción.

²¹⁹ En las notas en torno a los precedentes en el sistema jurídico de los Estados Unidos de América, así como en lo referente a la organización y funcionamiento de los tribunales en los Estados Unidos de América, véase Friedman, Lawrence M., *Introducción al derecho norteamericano*, trad. de Joan Vergé i Grau, Zaragoza, Librería Bosch, s. a., pp. 67-102.

²²⁰ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, pp. 190-195.

²²¹ *Ibidem*, p. 187.

²²² *Ibidem*, p. 190.

- c) El mensaje que quiere transmitir, es decir, por qué estima que se debe resolver en la forma contenida en el precedente, y responder a la pregunta: ¿qué valores o intereses se privilegian, o seguirían privilegiando, de resolver en tal o cual forma?
- d) Si es posible lograr un cambio a partir del descubrimiento de intereses que privilegió el juzgador.

Es a partir del descubrimiento del sentido del mensaje contenido en los precedentes como se posibilita la actuación dentro derecho, bajo un contexto social determinado, lo cual nos invita nuevamente a valorar la experiencia del juzgador en su aproximación con los materiales jurídicos²²³ más allá de la fuerza atribuida a los propios materiales jurídicos. Así, la norma jurídica y el precedente representan una restricción que limitará la libertad del juzgador de llegar a la sentencia deseada.

Dentro de la restricción aun habríamos de agregar la limitación que ejerce el razonamiento jurídico, los principios jurídicos, e incluso factores extrajurídicos, como los argumentos históricos,²²⁴ políticos, económicos, sociales y culturales,²²⁵ así como la comu-

²²³ Para Peter Goodrich, la experiencia se ofrece como el camino del derecho, ya que permite vivir y experimentar al mismo como una arquitectura de la vida cotidiana. Así, el autor nos invita a valorar la unión emocional del individuo con el orden de la existencia institucional para que nos conduzcan a un derecho móvil con una estructura plegable, pragmáticamente nómada. Cfr. Goodrich, Peter, “Lenguajes del derecho de la lógica de la memoria a las máscaras nómadas”, *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, México, núm. 25, 2006, pp. 326-336.

²²⁴ Sobre la trascendencia de la historia en el derecho y los límites que ésta impone, véanse Goodrich, Peter, *Oedipus Lex. Psychoanalysis, History, Law*, “Legal Enigmas-Antonio de Nebrija, *The Da Vinci Code* and the Emendation of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, núm. 1, primavera de 2010, pp. 38-40; Horwitz, Morton J., “The Constitution of Change: Legal Fundamentality without Fundamentalism”, *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 107, núm. 1, noviembre de 1993, pp. 51-57 y 67-90.

²²⁵ Unger, Roberto Mangabeira, *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, Nueva York, The Free Press, 1976, pp. 193-200.

nidad jurídica.²²⁶ Sin duda sería muy extenso el analizar cómo los aspectos mencionados restringen la libertad del juzgador.

Lo que nos interesa destacar bajo la postura de los *CLS*, es que lejos de ese halo de determinismo asociado a los materiales jurídicos y más allá del mantenimiento del *statu quo*,²²⁷ el derecho ofrece una oportunidad para abogar y actuar en favor de causas sociales, esto es, distintas alternativas de actuación.

IV. LA DECISIÓN JUDICIAL COMO RESULTADO DE LA TENSION ENTRE LA LIBERTAD Y RESTRICCIÓN DEL JUZGADOR

1. *Consideraciones iniciales*

Como se ha apreciado con antelación, la decisión judicial representa una tensión entre la libertad de determinar el sentido de la sentencia a la que se quiere llegar frente a la restricción que impone el material jurídico, sin que pueda preverse de antemano si se llegará al resultado deseado.²²⁸ Bajo esta tensión, encontramos que se abre un margen de ingenio y dinamismo en el empleo de los materiales jurídicos que conducen a diferentes resultados y perspectivas.

²²⁶ La opinión de la comunidad jurídica tiene mayor alcance en campos de actuación no definidos, donde el juez carece de certeza en el sentido de la sentencia. Cfr. Llewellyn, Karl N., *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, Chicago, The University of Chicago Press, 1962, pp. 3-5.

²²⁷ Lawrence Friedman considera que frente a una connotación activa y reformatora del sistema jurídico, en general, éste ha asumido una función de mantenimiento social, que permite que las instituciones funcionen como en el pasado, conservando el *statu quo*. Cfr. Friedman, Lawrence M., *op. cit.*, nota 219, pp. 12-15. En tanto a la función del sistema jurídico como mantenimiento de las instituciones, no existe inconveniente alguno; el problema con el *statu quo* lo ubicamos cuando se mantienen las condiciones de desigualdad social y privilegio para un sector minoritario de la sociedad, y se emplean las instituciones jurídicas para ocultar esa situación, supuesto en el cual se hace necesaria la actuación de los juristas para mejorar la situación social.

²²⁸ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 193.

Así, a partir del deseo de llegar a la sentencia deseada, el juez desplegará una serie de operaciones mentales,²²⁹ tendientes a buscar esa serie de normas jurídicas que mejor se ajusten a dicha decisión, a efecto de generar un convencimiento de que la decisión adoptada fue la más adecuada de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, aspecto que a su vez permitirá la continuidad de ese criterio adoptado para la resolución de futuros casos (lo que equivale a decir que el proyecto del juzgador se perpetuará por un determinado periodo de tiempo).

Por tanto, resulta interesante abordar cómo a partir de ese deseo el juzgador se aproxima a los materiales jurídicos, los percibe, se enfrenta y actúa a través de ellos, en su búsqueda por alcanzar la sentencia deseada. El éxito o fracaso de esta pretensión depende de los conocimientos jurídicos y estrategias que el juzgador logre desplegar en el proceso argumentativo, de donde encontramos que el material jurídico puede ser en ocasiones lo suficientemente flexible para ser aprovechado por un juez para realizar sus proyectos vitales. Así, los materiales jurídicos distan de la rigidez con que suelen asociarse, que indiquen claramente el sentido de la sentencia.

En este sentido, dentro de la decisión judicial es difícil identificar si la libertad o la restricción, por sí mismas, tienen un mayor o menor peso en un momento dado, ya que es la propia habilidad del juzgador para trabajar con el material jurídico y los hechos del caso concreto la que dará un mayor peso a un extremo o a otro.

Bajo esta tesitura, en el presente apartado realizaremos un breve esbozo de las etapas que se podrían observar en la búsqueda de la sentencia deseada. De esta manera, la primera aprehensión inicial de la ley, la configuración del campo, con la reformulación

²²⁹ La decisión judicial en la perspectiva de los *CLS* pretende incitar una reflexión en torno a cómo en un momento dado se puede resolver; a partir de la interacción entre los ideales, intereses, instituciones o prácticas a través del derecho y el razonamiento jurídico. *Cfr.* Unger, Roberto Mangabeira, *What Should Legal Analysis Become?*, Londres-Nueva York, Verso, 1996, pp. 106-119.

de hechos y de normas, además de la actuación del juzgador por niveles, con el correspondiente empleo de argumentos jurídicos, serán los principales conductores en el desarrollo de la argumentación jurídica.

Las cuestiones anteriores toman como punto de partida la percepción que el juzgador tiene del material jurídico a partir de la búsqueda de fines determinados, en cierta manera influenciados a partir de su ideología y proyectos vitales, aspecto que nos dará mayores herramientas de análisis jurídico, que trascienden la norma jurídica para ubicarse en el ámbito ideológico de la decisión judicial.

2. *Los argumentos jurídicos y el razonamiento jurídico en el derecho*

En la perspectiva de Kennedy el derecho es concebido como las “normas jurídicas aplicadas, a los argumentos que la gente emplea y a los procesos de razonamiento por medio de los cuales se crean y aplican las normas”.²³⁰

Como se puede apreciar, lejos de proporcionar una noción holística del derecho,²³¹ la definición de Kennedy se centra en la

²³⁰ Quaide, Vicky, “¿Son los abogados realmente necesarios? Entrevista a Duncan Kennedy”, trad. Axel O. Eljatib, *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, p. 405.

²³¹ A diferencia de Kennedy, Wróblewski se inclina por dar una definición que comprenda toda la complejidad del derecho (en cuanto a su dimensión lógico-semántica, sociológica o factual y axiológica), dada su incidencia en el aspecto teórico y práctico, y así encontramos que para este autor el derecho es un sistema de reglas (normas) en cuanto a expresiones lingüísticas normativas, que se encuentra condicionado por sus funciones y relaciones con una sociedad global organizada (como el Estado) y cuyas funciones dependen del nivel de desarrollo de la civilización y de las relaciones de fuerza en esta sociedad. *Cf.* Wróblewski, Jerzy, “Problemas metodológicos que presenta la definición del derecho”, trad. de José Iturmendi Morales, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Curso 1989-1990*, Madrid, 1990, pp. 1080-1082. Como se puede apreciar, Wróblewski basa su concepción del derecho en la creación y aplicación de las normas con un énfasis de que en la justificación imprescindible deben estar presentes tales actividades. Dicha justificación no puede prescindir de elementos valorativos, referentes a la valoración instrumental y

creación y aplicación de las normas jurídicas (elementos constantes e immanentes en la actividad jurídica), en torno a lo cual adquieren sentido las normas, los argumentos y los procesos de razonamiento jurídico.

Desde esta perspectiva, encontraríamos a la argumentación jurídica dentro de los procesos de razonamiento jurídico para crear, interpretar y aplicar normas jurídicas. En apariencia la ausencia a una referencia a valores y fines en la noción de derecho que ofrece Kennedy subyace en la dificultad de identificar de manera contundente la presencia de un determinado y específico valor en el derecho, dificultad que se acentúa si consideramos los diversos orígenes, ideologías y proyectos contenidos en cada norma y que posee cada operador jurídico en el desarrollo de su labor en una época determinada.²³² Dicho aspecto nos invita nuevamente a extender el análisis de la argumentación jurídica a un nivel que excede de las normas, principios y argumentos jurídicos, para ubicarlo igualmente en el aspecto psicológico e ideológico del juzgador.

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

El empleo del lenguaje, la necesidad de dar razones en torno al análisis y resolución de un problema determinado y, en general, la realización de una actividad racional,²³³ son elementos constantes que se presentan en la labor argumentativa.

no instrumental inherente a la selección de disposiciones y referencia a un sistema axiológico. *Ibidem*, pp. 43-73. Este aspecto de la justificación con elementos valorativos no es muy explorado por Kennedy, quien parece dejar abierta esta vertiente de justificación a la inclinación ideológica del juzgador; y en este sentido, el razonamiento jurídico debidamente empleado en la decisión judicial parecería pasar como convincente este elemento valorativo.

²³² Graber, Mark A., "Does it Really Matter? Conservative Courts in a Conservative Era", *Fordham Law Review*, Nueva York, vol. LXXV, núm. 2, noviembre de 2006, pp. 687-708.

²³³ Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, pp. 72-76.

Estos aspectos serían irrenunciables e incuestionables en la argumentación jurídica, ya que finalmente se requiere de éstos a efecto de sustentar la decisión judicial. Sin embargo, si admitimos que la decisión judicial tiene como punto de partida el seguimiento de los proyectos del juzgador, observaremos que si bien quedan intactas las particularidades propias de la argumentación jurídica, no obstante, el proceso en el cual se desarrolla dicha actividad se torna más complejo en atención al esfuerzo a emplear para dar una justificación externa²³⁴ al propio proyecto o “sentido de la justicia”, y así aparentar como *necesaria* la decisión concebida al estudiar el caso.

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

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

A reserva de brindar más detalles de los aspectos anteriormente señalados, encontramos que en ningún momento se pone en entredicho la racionalidad de la argumentación jurídica. In-

²³⁴ Ante la multiplicidad de alternativas, será necesario dar una justificación de la sentencia, la cual alude a los motivos o razones que pueden esgrimirse a fin de demostrar que una conducta o una norma es aceptable o plausible, y con ello buscar la aceptación y la consideración como valiosa. Véanse Segura Ortega, Manuel, *La racionalidad jurídica*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 68 y 69. En la consideración de Manuel Atienza, la justificación externa evoca el paso lógicamente válido de las premisas (bajo un carácter fundado) a la conclusión; Atienza, Manuel, *Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 2003, pp. 126-128.

cluso, a pesar de que se admitiera la ideología del juzgador como conductor de la labor argumentativa, necesariamente se tienen que dar razones por la decisión adoptada, y acatar reglas y procedimientos en un esfuerzo para llegar a una conclusión racional, notas que en lo implícito siguen presentes en la particular concepción de la argumentación jurídica que ofrece Kennedy.

Lo que sí se va a observar, a partir del interés del juzgador de tratar de avanzar su proyecto vital dentro de la labor argumentativa, es que hasta cierto punto podríamos cuestionar qué tan neutral resulta ser esta actividad, si pese a las múltiples exigencias lógicas, materiales y retóricas, finalmente el juzgador —a partir de su “sentido de la justicia”— emplea el material jurídico a efecto de que se ajuste a la sentencia deseada y sea jurídicamente válida.

Sin embargo, el hecho de que se reconozca que la decisión judicial tenga como punto de partida el sentido de la justicia del juzgador no implica que de manera automática se tengan que ajustar las premisas a la conclusión, con una decisión tomada de antemano. Lo anterior es así en atención a tres consideraciones:

- 1) La determinación de la sentencia a la cual se desea llegar se sigue de un intento de ataque frontal a la ley por parte del juzgador, ante un desacuerdo de éste acerca de cómo se regula una situación determinada, y así se le considera como una ley “injusta”, respecto de la que se estima que lo mejor sería “cambiarla”, pues dicha norma legal es una anomalía.²³⁵
- 2) No resulta tan sencillo ajustar las premisas a la conclusión, ya que para ello el juez tendrá que idear una serie de pasos y técnicas tendientes a buscar el material jurídico que se ajuste al caso, como el replanteamiento y reconfiguración del campo de actuación, en la procura de un resultado concreto, el cual se desconoce si se podrá llegar a éste o no.

²³⁵ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, pp. 96-107.

- 3) La incertidumbre o contingencia en torno a saber si se podrá o no llegar a la sentencia deseada²³⁶ impide equiparar la “inversión del silogismo jurídico” al buscar ajustar las premisas a la conclusión del seguimiento de estrategias en la argumentación jurídica, puesto que en este último supuesto no es probable que en todos los casos se llegue al objetivo de dictar la sentencia deseada, y en este sentido, existe cierto reconocimiento de que no es posible forzar los argumentos a emplear, por encima de lo que indique el propio sistema jurídico. En el logro de tal objetivo intervienen factores diversos, como lo es la plausibilidad del proyecto vital del juzgador, el sentido de la norma jurídica, así como la habilidad, experiencia y conocimiento jurídico que posea el juez para moldear el campo y esgrimir argumentos jurídicos, aspectos que en cierta manera dificultan el ajuste inmediato y automático de las premisas a la conclusión deseada, de ahí que la noción argumentativa que ofrece Kennedy revista gran importancia al valorar los obstáculos —y oportunidades— que el juzgador puede enfrentar en esa búsqueda de la sentencia deseada.

Por lo anteriormente expuesto, resulta importante la correcta construcción de las premisas, en tanto que con éstas se busca dar la apariencia de la sentencia deseada. Asimismo, a partir de las premisas normativas se busca realizar el ataque frontal a la ley —que impide la consecución de los proyectos del juzgador—, o si se quiere, del sentido de justicia. Curiosamente, el ataque a la ley se realiza con la invocación de otro precepto legal, lo que requiere tanto de la búsqueda del material jurídico que se ajuste al caso como el replanteamiento y reconfiguración del campo de actuación, en la procura de un resultado concreto.

Este contrasentido aparente de realizar un ataque frontal a la norma en una decisión judicial, con la invocación de otro precepto jurídico que sustente la sentencia deseada, nos invita a reconsi-

²³⁶ *Ibidem*, pp. 178-181.

derar la vulnerabilidad de la ley,²³⁷ que aunque dotada de certeza y seguridad, ésta se encuentra sujeta a múltiples desafíos por parte de los diversos actores jurídicos que pretenden establecer la manera de entender el sentido de la ley, mediante la invocación de distintos argumentos jurídicos.²³⁸ De esta manera, es posible constatar que la única vía por la cual se puede expresar el juzgador, y por la que puede hacer avanzar sus proyectos o su sentido de la justicia, es por virtud del seguimiento a las instituciones, al lenguaje y al razonamiento jurídicos. Así, el juzgador buscará canalizar sus proyectos vitales con las normas, preceptos y principios jurídicos, que procuren la continuidad y validez de la decisión.

Si bien se reconoce la innegable importancia que adquiere la nota de la formalidad en el derecho,²³⁹ y su vinculación con la cer-

²³⁷ La postura de la vulnerabilidad de la ley se retoma de la postura de Neil MacCormick, quien pretende reconciliar las posturas del imperio de la ley (que garantiza la seguridad y estabilidad de la vida social) y el carácter discutible del derecho, referido a la invocación de argumentos y contraargumentos jurídicos, y la evaluación de los mismos a partir de su solidez, bajo las habilidades prácticas y técnicas de que dispongan los juristas. El autor en cuestión defiende una idea de que el derecho debe reunir las condiciones de racionalidad y razonabilidad. De esta manera, si bien el autor se adhiere al carácter discutible del derecho; sin embargo, éste se encuentra sujeto a una serie de restricciones, concretamente que sea razonablemente discutible; esto es, que implique ver al argumento coherentemente, tanto como una justificación racional como una persuasión razonable. *Cfr.* MacCormick, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, pp. 12-31.

²³⁸ En contra de esta percepción de la decisión judicial, aparte de la propia percepción y valoración del juzgador, encontramos la postura de Dworkin, quien defiende el principio adjudicativo de integridad, el cual instruye a los jueces a que identifiquen los deberes y derechos legales, hasta donde sea posible, sobre la suposición de que todos fueron creados por un mismo autor (la comunidad personificada) que expresa una correcta concepción de justicia y equidad. *Cfr.* Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, trad. de Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1986, pp. 164-280.

²³⁹ La nota formal del derecho nos conduce a valorar la elección de razones formales en las decisiones judiciales. Atiyah y Summers enuncian seis aspectos por los cuales son importantes dichas razones: 1) establecen los límites dentro de los cuales son debatibles ciertas cuestiones, así como los parámetros en los cua-

teza y seguridad jurídica,²⁴⁰ en los *CLS* se cuestiona hasta qué punto la formalidad puede ser una apariencia que encubre la ideología del juzgador, lejos de la idea de aplicar “neutralmente” la ley.

La restricción a la sentencia deseada la encontraremos en la ley, en la racionalidad jurídica, e incluso habríamos de añadir lo que Karl Larenz denomina como “los límites del desarrollo del derecho superador de la ley”.²⁴¹ Si el juez podrá o no superarlos,

les un caso debe ser decidido; 2) son menos “costosos” al dirigir la atención del intérprete al texto de la ley, a diferencia de las razones sustantivas, que abren el razonamiento jurídico a un sinfín de cuestiones; 3) minimizan el riesgo de error; 4) se menciona a las personas u órganos apropiados de la decisión; 5) se alude a valores de seguridad y paz, y 6) se da certeza y predicción a la ley. *Cfr.* Atiyah, P. S. y Summers, Robert S., *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Oxford, Clarendon Press, 1991, pp. 23-30.

²⁴⁰ Galiana Saura, Ángeles, *La legislación en el Estado de derecho*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 92-103.

²⁴¹ Para Karl Larenz, una de las maneras de desarrollo del derecho se da atendiendo a un principio ético-jurídico, entendido como pautas orientadoras de la normación jurídica, en virtud de su propia fuerza de convicción, que pueden “justificar” decisiones jurídicas. Dichos principios se basan en razones de oportunidad, por su contenido material de justicia, motivo por el cual pueden ser entendidos como acuñaciones y especificaciones especiales de la idea del derecho, tal y como ésta se muestra en la “conciencia jurídica general”. Estos principios orientan el desarrollo del derecho superador de la ley, en tanto que se presume que un caso (un caso paradigmático) no puede ser solucionado de un modo que satisfaga la conciencia jurídica con los medios de interpretación legal y de un desarrollo immanente a la ley. Las condiciones a este desarrollo son: 1) la existencia de una cuestión jurídica; 2) que la cuestión no pueda ser resuelta ni por la vía de una simple interpretación de la ley ni de un desarrollo del derecho immanente a la ley, de una manera que satisfaga las exigencias mínimas que resultan de una necesidad irrecusable del tráfico jurídico, de la requerida practicabilidad de las normas jurídicas, de la naturaleza de la cosa y de los principios ético-jurídicos subyacentes en todo orden jurídico, y 3) que sobrevenga un auténtico estado de necesidad jurídica, y que exija una decisión política orientada a puntos de vista de oportunidad. Las limitaciones a este desarrollo vendrían cuando exista una respuesta desde la base de todo el orden jurídico vigente, o bien cuando contravengan principios directivos del orden jurídico, en especial los de rango constitucional. *Cfr.* Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2001, pp. 418-429.

es una cuestión que depende de qué tan hábil pueda ser para llegar a la sentencia deseada y qué tan rígido pueda resultar el campo jurídico sobre el cual se actúa, aspecto que no es fácil prever de antemano. Por ello, no basta con saber el contenido de la norma jurídica para decidir en un caso concreto, ya que aún falta observar si realmente ese precepto es idóneo para emitir la sentencia deseada, lo cual nos exhorta a analizar el contenido de la ley y los alcances de la racionalidad jurídica.

4. *Los desafíos en la búsqueda de la sentencia deseada*

A. *La primera impresión de la ley*

La búsqueda por seguir un proyecto vital o el propio sentido de la justicia en muchas ocasiones conlleva el desafío de realizar un ataque frontal a la ley,²⁴² en tanto ésta se oponga al proyecto del juzgador.

Evidentemente, esta labor pudiera resultar complicada, pues implica actuar de tal manera que sea posible superar la aparente “obviedad” de que la respuesta al asunto planteado se encuentra determinada por el sentido de la ley. El desarrollo de esta labor tiene como punto de partida el conocer si es posible vencer esa primera impresión o idea inicial de la ley.

Esa primera impresión proporciona una idea inicial de lo que la ley exige, demanda u ordena como un resultado específico,²⁴³

²⁴² En el análisis de la adjudicación judicial, concretamente dentro del ataque frontal de la ley, Kennedy es omiso en analizar la fuerza práctica de las reglas; esto es, cuándo procede la aplicación absoluta, relativa o discrecional de la norma jurídica, a efecto de determinar en qué supuestos las consecuencias normativas operan invariablemente ante la verificación de determinados hechos operativos. Esta omisión nos impide ver hasta qué grado el trabajo jurídico que realiza el juzgador es lo suficientemente idóneo para disminuir los efectos de una regla de aplicación absoluta. Sobre la fuerza práctica de las reglas jurídicas, véase MacCormick, Neil, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Nueva York, Oxford University Press, 2007, pp. 26-30.

²⁴³ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 97.

a partir de lo cual se genera la sensación de que la ley restringe. Frente a esta restricción, el juzgador adoptará decisiones como la distribución de las energías a emplear, la elección de la “causa” a abogar, así como las posibles consecuencias para el proyecto.²⁴⁴ Con todo ello, se optará por el desarrollo de una línea argumentativa alternativa, tendiente a desvanecer la primera impresión de la ley, respecto al desconocimiento sobre si se podrá o no superar el sentido la (seudoobjetividad)²⁴⁵ de la ley.

El esfuerzo por superar la primera impresión de la ley presume un cambio de imagen de cómo ésta se presenta inicialmente respecto a la sentencia a la que se quiere llegar,²⁴⁶ labor que supondrá el empleo de técnicas argumentativas sólidas a fin de convencer que la solución del caso está dada por el empleo de otra norma jurídica distinta a la que inicialmente parecería ser la aplicable al caso concreto.

Desde esta perspectiva, pareciera que la decisión de un caso concreto no siempre está del todo determinada por la ley, ya que lo más que ésta puede darnos es una primera impresión, la que hasta cierto punto puede ser “superada” por la actividad argumentativa, de ahí que sea importante no dejarnos llevar por la primera

²⁴⁴ *Ibidem*, pp. 101-107.

²⁴⁵ Se habla de una seudoobjetividad de la ley, en atención a que como se ha mencionado con antelación, para los *CLS* la “objetividad” de la ley se pretende sustentar en el hecho de que se reiteran los criterios empleados en la aplicación de una ley en particular, además de la creencia que por una parte tiene el juzgador de que la norma es objetiva, y que por ello una norma en particular debe ser aplicada para un determinado caso, y por la otra la sensación de objetividad que se presenta como resultado de la expectativa de la gente que un determinado caso se resolver conforme al sentido de la ley. *Ibidem*, pp. 103 y 104. Dicho de otro modo, se pretende sustentar la objetividad de la norma en la aceptación de los individuos de seguir los mismos criterios en la aplicación de la ley. De seguir la postura de Kennedy, veremos que más allá de esa “objetividad” determinista, se abren múltiples posibilidades de idear criterios distintos de aplicación de la ley, más allá de los “oficialmente” aceptados, y respecto de los cuales se ha de buscar convencer al público respecto de la “otra objetividad alcanzada”.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 120.

impresión de la ley, pues el que tiene la última palabra es el juzgador, quien determinará si sigue esa primera impresión que emite la norma u opta por aplicar otra norma jurídica que se ajuste al sentido de la sentencia deseada.

Como se ha indicado en apartados anteriores, Kennedy destaca lo “estimulante” que puede ser el derecho, en el sentido de que es posible cambiar la percepción de un caso cerrado a uno abierto, y viceversa, en donde aquello que antes parecía vago e indefinido, de pronto se nos revela como algo sumamente sólido y firme dadas las circunstancias,²⁴⁷ aspecto que nuevamente pone en evidencia que nada es seguro en el terreno jurídico.

Al tomar la realización de un proyecto vital por parte del juzgador como punto de partida para la realización de la actividad argumentativa, uno de los aspectos que adquieren mayor énfasis es la aproximación intencional²⁴⁸ del juzgador con el material jurídico,²⁴⁹ y junto con ello, las actitudes y reacciones que desplie-

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 108.

²⁴⁸ Kennedy pretende acercarnos a la actuación del juzgador, bajo una epistemología fenomenológica, basada en el pensamiento de Edmund Husserl. Con la fenomenología, Kennedy explica las vivencias del juzgador al enfrentarse con el material jurídico, las cuales generalmente pasan desapercibidas o son minimizadas en las teorías estándar de la argumentación jurídica. Asentado lo anterior, encontramos que dentro de la fenomenología, la referencia a las vivencias nos evoca al mundo en tanto que es algo mentado por el individuo, como una concreción de la subjetividad, prendada de la sensibilidad que le permite acercarse al objeto. La invocación al aspecto intencional es una unidad de tensión que interviene como un puente entre el sujeto y el objeto, y a los que corresponden diferentes modos del título general intencionalidad: dirección hacia algo, manifestación de algo, y algo objetivo como lo que en sus manifestaciones es unidad, y hacia dónde se dirige, la *intentio* (intención) del polo yo. *Cfr.* Astrada, Carlos, *Fenomenología y praxis*, Buenos Aires, Ediciones Siglo Veinte, 1967, pp. 24-31.

²⁴⁹ La enunciación de los actos intencionales integra el constructo complejo sobre el que se apoya la fenomenología. Los actos así, son acontecimientos de conciencia que tienen el carácter de intencionalidad, que supone el dirigirse a los objetos, generados en toda vivencia y actitud anímica. Dicha intencionalidad caracteriza y designa la manera de ser de la conciencia, en tanto que está fuera de sí misma (conociendo, juzgando, etcétera), y encontrarse en aquello sobre lo cual se actúa, que constituye el contenido de la acción. Como parte

ga el juzgador en el empleo de dichos materiales. De esta manera, más allá del supuesto acercamiento neutral a las normas y principios jurídicos, lo que veremos es una reacción del juzgador ante todos aquellos factores que en un momento dado impiden la concreción de su proyecto.

Como parte de esta aproximación, el juez tendrá una percepción de la legalidad, la cual depende del carácter y la naturaleza de ese “yo quiero” que se enfrenta a “la ley”.²⁵⁰ Ésta así será examinada desde la perspectiva de un individuo que tendrá que aplicarla, interpretarla, cambiarla, ponerla en entredicho, o lo que fuera menester.²⁵¹

En este orden de ideas, en la postura de Kennedy, el centro de atención de la argumentación jurídica recae en el juzgador mismo (y no en la ley, o si se quiere en las directrices y principios jurídicos), al ser quien buscará llegar a la solución deseada frente al conjunto de normas jurídicas que adquieren una particular dimensión a partir de la aproximación del individuo.

Al efecto, podemos trazar cuatro notas características en torno a las normas jurídicas, si se les contextualiza bajo una perspectiva ideológica,²⁵² a saber:

- 1) Son entidades autónomas que yacen en la conciencia del juzgador, independientemente de los casos ya decididos.
- 2) Son fórmulas verbales que el juzgador cree conocer como “válidas”.
- 3) Las fórmulas verbales se manifiestan para la conciencia como entidades primarias y no derivadas (no dependen de los casos). Representan cosas que aprendemos en la facul-

de ese vivir se da la percepción, como momento auxiliar y coordinador en la realización de la existencia, que designa una cadena sintética de referencias. Cfr. Szilasi, Wilhelm, *Introducción a la fenomenología de Husserl*, trad. de Ricardo Maliandi, Buenos Aires, Amorrotu Editores, 1973, pp. 31-44.

²⁵⁰ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 97.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 95.

²⁵² *Ibidem*, pp. 131-137.

tad de derecho, en los periódicos o por la lectura de ensayos y de casos jurídicos.

- 4) La objetividad de las normas radica en la conciencia, ya que en la realidad carecen de la solidez que pudiera tener cualquier objeto físico.

Junto a las normas jurídicas ubicamos a los casos judiciales, de gran trascendencia para el contexto del derecho anglosajón, que más allá de darle un significado a la norma constituyen también el medio sobre el cual el juzgador trabajará en aras de elaborar una argumentación jurídica convincente. Con dichos materiales jurídicos, Kennedy procurará resolver un caso bajo un argumento deductivo y formal.²⁵³

Esta aproximación intencional del juzgador con las normas jurídicas conduce a una reconfiguración del campo jurídico sobre el que se emitirá la decisión judicial, dentro del cual el juez buscará transformar la aprehensión inicial de la norma aplicable y lo que ésta requiere para tratar de llegar a la sentencia deseada. Para superar esa tensión, y transformar la aprehensión inicial de la norma, encontramos tres tipos de comportamiento estratégico por parte del juzgador:²⁵⁴

- 1) Tratar de encontrar los argumentos jurídicos que producirán el efecto de necesidad jurídica²⁵⁵ para un resultado

²⁵³ Es evidente que la adjudicación judicial parte de algo más que de argumentos deductivos, lógicos o demostrativos. Así lo expresa Neil MacCormick, quien señala que muchos de los argumentos invocados por el juzgador carecen de un carácter demostrativo, y que incluso tales razones pueden ser igual de convincentes que los deductivos. La posibilidad de incluir argumentos no deductivos en el razonamiento jurídico invita a reflexionar qué argumentos tienen más peso que otros, y en qué supuestos. *Cfr.* MacCormick, Neil, *Practical Reasons in Law and Morality*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, pp. 195-197.

²⁵⁴ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 134, pp. 371 y 372.

²⁵⁵ En la perspectiva de Kennedy, el efecto de la necesidad jurídica refiere a la sensación que crean los jueces (que siguen una agenda o un resultado específico) de que los materiales jurídicos dictan una determinada solución al caso concreto. Aplicado a los principios jurídicos, este efecto se genera bajo las

(esto es, para una regla aplicable a los hechos dados) diferente del resultado que apareció inicialmente requerido como autoevidente; por ejemplo, hacer parecer que existe por necesidad una excepción a la regla que cubre el caso en apariencia, o que el “significado verdadero” de la regla es diferente del que parecía ser en un principio.

- 2) Tratar de hacer pasar lo que parecía ser una decisión judicial discrecional autoevidente (una en la penumbra o dentro del marco) como una en la que hay, a final de cuentas y contraintuitivamente, un resultado particular (una regla como es aplicada a los hechos) que es requerida por los materiales, lo que equivale a decir que el caso cae dentro del centro/núcleo o no hay alternativas dentro del marco.
- 3) Tratar de desplazar un resultado jurídico requerido inicialmente como autoevidente con la percepción de la situación como en la que el juzgador está obligado a escoger entre alternativas jurídicamente permisibles, lo cual implica mover una interpretación del centro/núcleo a la periferia o dentro del marco que permite la discreción judicial.

El comportamiento estratégico en sí lo que pretende es crear apariencias de que una decisión se encuentra dentro del área de determinación o no. Así, la búsqueda de argumentos jurídicos creará el efecto de necesidad de los resultados. En esta dinámica se busca hacer o en su caso deshacer la determinación, para lo cual el juez emprende una búsqueda en torno a los elementos que mejor justifiquen la sentencia deseada, de donde se sigue que el trabajo del intérprete desempeña un papel fundamental en la determina-

condiciones siguientes: 1) cuando el jurista considera que el resultado deseado no encuentra sustento bajo los principios universalmente intrasistémicos del orden jurídico, y 2) cuando se requiere ponderar principios objeto de decisiones previas, y se opte por aquel que fue “vencido” en casos anteriores. Cfr. Kennedy, Duncan, “Thoughts on Coherence, Social Values and National Tradition in Private Law”, en Hesselink, Martin J. (ed.), *The Politics of the European Code*, Ámsterdam, Kluwer International Law, 2008, pp. 12-18.

ción o indeterminación de la norma,²⁵⁶ al ser capaz de desestabilizar las apprehensiones iniciales de los materiales jurídicos.

A pesar del intento de argumentar bajo el reto de superar o no el ataque frontal de la ley, nuevamente se observa que dicha actividad invariablemente habrá de realizarse bajo el marco de la legalidad y de las instituciones jurídicas. Así, el tratar de superar la norma jurídica que se opone al proyecto del juzgador supone algo más que arbitrariedad judicial, ya que conlleva enfrentarse al material jurídico y a las exigencias racionales que fungen como restricción en esta labor.

De esta manera, las estrategias jurídicas²⁵⁷ representan un mecanismo para el juzgador en aras de alcanzar sus objetivos, a efecto de que los mismos se ajusten a los requerimientos de formalidad y legalidad.

En suma, bajo estas estrategias se pretende sustentar, y convencer, de que la sentencia deseada es la “respuesta” que indicaba el ordenamiento jurídico, para lo cual preferentemente ha de buscarse construir un argumento “deductivo” y formal como sustento de la sentencia a la que se quiere llegar, y así desvirtuar

²⁵⁶ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 134, pp. 372 y 373.

²⁵⁷ Las estrategias jurídicas así constituirían el mecanismo que permite que el derecho se ajuste a determinados fines, noción que se encuentra estrechamente vinculada con la influencia de la subjetividad del juzgador en la argumentación jurídica, que constituiría un punto intermedio entre la intención para realizar ciertos fines y su justificación a través del derecho. Con ello se apoyaría la idea del derecho como un medio para la realización de ciertos fines, en la perspectiva de Duncan Kennedy, inicialmente parte de un deseo o un proyecto vital que el juzgador concibe de antemano, como se ha podido constatar en la presente investigación, a diferencia de Chaim Perelman, para quien los fines que se buscan realizar son de carácter político y social —y de ninguna manera personales—, fines que por cierto se siguen ante el poder de decisión del juzgador, que incrementa en función de la mayor vaguedad de los términos de la ley. *Cf.* Perelman, Chaim, “La teoría pura del derecho y la argumentación”, trad. de Luz María Restrepo Mejía, *Estudios de Derecho*, Medellín, segunda época, año LIX, vol. LVI núm. 128, septiembre 1997, pp. 302 y 303. Independientemente de los fines que se desean alcanzar, la labor de racionalización y justificación estará presente, aunque evidentemente resultará más difícil para el juzgador que parte de sus propios impulsos para llegar a la sentencia deseada.

cualquier tipo de sospecha de que el criterio orientador y determinante del resultado de la decisión jurídica tuvo como punto de partida el sentido de la justicia o el proyecto vital del juzgador en un caso concreto.

Sin duda, se podrían formular críticas múltiples por pretender enfocar el razonamiento jurídico a un argumento deductivo y formal, entre otras alternativas para sustentar una sentencia; por ejemplo, aquellas basadas en principios y valores.²⁵⁸ Independientemente de lo anterior, la postura de Kennedy nos enfoca a llevar la crítica al empleo que se hace a las normas jurídicas para tratar de justificar una decisión ideológicamente concebida.

De esta manera, resulta de interés el abordar las estrategias jurídicas como un elemento de análisis que permite cuestionar los alcances de la neutralidad judicial. Como punto de partida en el desarrollo de estrategias jurídicas, ubicamos la apreciación del material jurídico desde la perspectiva del juez que interpretará y aplicará el derecho, quien buscará la conformación del campo jurídico; esto es, la estructura del conjunto de hechos y normas jurídicas que parecen aplicarse al caso concreto. Acto seguido, se procederá a valorar si es posible una reconfiguración del mismo, y de ahí invocar argumentos que justifiquen la reconfiguración del campo y generen convencimiento de legalidad en el auditorio general y particular.²⁵⁹

Los aspectos que facilitarán esta labor son la habilidad, experiencia y técnica del juzgador, además del relativo carácter mol-

²⁵⁸ Es reiterada la crítica en torno a considerar que todos los argumentos jurídicos son deductivos, y al efecto se ha querido señalar que representan más bien procedimientos heurísticos dirigidos a establecer o reformular las premisas. Cfr. Atienza, Manuel, *Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 96-98.

²⁵⁹ Hasta cierto punto, pareciera que Kennedy pretende convencer tanto al auditorio particular como al universal (en la terminología de Chaim Perelman), a través de un argumento fuerte, propio de la disciplina jurídica, a partir del establecimiento de un conjunto de convencionalismos o convenciones y reglas sobre las que se está de acuerdo. Véase Perelman, Chaim, “El ideal de racionalidad y la regla de justicia”, trad. de Luis Recaséns Siches, *Dianoia. Anuario de Filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1962, p. 207.

deable que ofrece el material jurídico, que bien puede ser aprovechado en la elaboración de los argumentos jurídicos.

La dificultad en la labor argumentativa se relaciona con la manera en como se perciben desde el exterior las normas jurídicas (y en general todo el material jurídico), bajo esa aparente rigidez y objetividad que parecieran dar solución a los casos concretos, así como en aquellas exigencias de racionalidad institucional y operativa implícitas para emitir una decisión jurídicamente válida.

Parte de la motivación para enfrentar estas dificultades es la convicción del juez de que su proyecto vital en la decisión judicial es el indicado, y que traerá consecuencias jurídicas y sociales que pudieran calificarse como benéficas. Así, la argumentación jurídica se torna una actividad creativa y precisa. Creativa, por cuanto a que el juzgador determinará el proyecto a seguir; además de la elección y organización de los elementos técnicos y jurídicos que respalden ese proyecto, a la vez que tendrá que revestir de una precisión tendiente a sustentar jurídicamente dicho proyecto, con el respectivo convencimiento del público,²⁶⁰ y así desvanecer cualquier idea que descubra la manipulación del campo jurídico sobre el que se actúa.

*B. La argumentación jurídica como el proceso de crear
el campo de la ley a través del replanteamiento
o la reformulación de la norma jurídica*

Otro aspecto a considerar en el seguimiento de estas estrategias lo ubicamos en la noción del razonamiento, argumentación

²⁶⁰ Si enfocamos nuevamente el marco de la decisión judicial en el contexto subjetivo, parecería que no hay problema en aceptar la postura de Perelman en el sentido de que las decisiones pretenden satisfacer no sólo al sujeto que las toma, sino a toda la sociedad o a una parte importante de ella, lo que conlleva a ampliar la ecuación del sistema-norma-decisión hasta comprender a la sociedad, la cual en cierta forma penetra al derecho. Cfr. Perelman, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1988, p. 88. Este aspecto de considerar a la sociedad en las decisiones judiciales parece estar presente en el pensamiento de Duncan Kennedy.

y trabajo jurídicos que nos ofrece Kennedy, que abordaremos a continuación.

En la perspectiva de Kennedy, el razonamiento jurídico corresponde a “un tipo de trabajo que tiene un propósito y aquí el propósito es hacer que el caso se resuelva tal y como mi sentido de la justicia me dice que debe resolverse a pesar de todo aquello que en primera instancia pueda parecerme como *resistencia* u *oposición* que la ley ejerce”.²⁶¹ En aras de lograr este propósito, encontramos que el razonamiento jurídico representa “el proceso de crear el campo de la ley a través del replanteamiento o la reformulación, antes que una aplicación de la norma”.²⁶²

Como podemos apreciar, el logro de propósitos se vincula con el proceso del razonamiento jurídico, el cual buscará reformular y replantear el campo jurídico, y demostrar que la sentencia deseada se ajusta a las exigencias de las normas, principios e instituciones jurídicos, y con ello convencer a la sociedad y a la comunidad jurídica de la decisión adoptada.

A partir de esta concepción, la argumentación jurídica adquiere un carácter especial al pasar de una actividad lineal y sin obstáculos²⁶³ a una actividad que se manifiesta como “un conflicto entre lo que «la ley» exige y «la sentencia a la que quiero llegar»”.²⁶⁴

²⁶¹ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, pp. 119 y 120.

²⁶² *Ibidem*, p. 219.

²⁶³ Eileen O’Sullivan defiende una idea del argumento jurídico como un proceso no lineal, que se sigue de considerar como elementos en el proceso de la decisión judicial los hechos y la ley, la persona misma del juzgador, que conforman un “triángulo”, en el cual cada elemento ejerce influencia sobre los otros, y en donde el sentido de la justicia, hasta cierto punto, ejercita una actuación adicional sobre este “triángulo”. Esquema que sirve de base para explicar las diferencias en las resoluciones de los genocidios cometidos en Ruanda y la antigua Yugoslavia en la década de los noventa, y cómo a pesar de tener situaciones fácticas y legales similares, fueron objeto de decisiones jurídicas distintas. A partir de lo anterior, la autora estima que la persona del decisor jurídico es la que determina la racionalidad sobre la cual se sustentará el caso concreto. *Cfr.* O’Sullivan, Eileen M., “Law and Chaos: Legal Argument as a non-linear Process”, en Lewis, Andrew y Lobban, Michael, *Law and History. Current Legal Issues 2003*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, vol. 6, pp. 433-451.

²⁶⁴ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 91.

Dentro de este razonamiento jurídico, evidentemente es menester dar razones²⁶⁵ de que la decisión adoptada fue tomada conforme a las normas y principios jurídicos aplicables al caso concreto. Para Kennedy, esta noción de argumentación jurídica parecería ser tan sólo una parte de lo que realmente envuelve dicha actividad.

En efecto, si partimos de la intención del juzgador de avanzar un proyecto vital, y materializarlo en la decisión judicial, se requiere algo más que dar razones conforme al ordenamiento jurídico. Desde la perspectiva en análisis, cinco notas esenciales son precisas de considerar en la argumentación jurídica, a saber:

- 1) La práctica contradictoria de la argumentación jurídica.
- 2) La argumentación jurídica como manipulación del material jurídico.
- 3) La argumentación jurídica como la actividad de re-formular reglas generales.
- 4) La legitimidad a través de la argumentación jurídica.
- 5) La inexistencia de una respuesta única

Por lo que respecta a la primera nota, ésta debe hasta cierto punto su sentido en el hecho de que el empleo de determinados materiales jurídicos no siempre adquiere su mismo significado en todos los casos planteados. Este problema se acentúa más en el

²⁶⁵ La idea de argumentar evoca a la manera de dar cuenta y razón de algo o alguien o ante alguien con el propósito de lograr su comprensión y asentimiento, y en donde la argumentación es el producto de esta actividad. Como actividad discursiva, la argumentación corre a cargo de un agente con una determinada pretensión —dar cuenta y razón de algo a alguien—, y con un determinado propósito (inducir a los destinatarios del discurso a asumir o aceptar lo propuesto). Así, la argumentación es una interacción discursiva e intencional, viva en una conversación o congelada en un texto, que involucra a un agente y destinatarios reales, potenciales o imaginarios del discurso, además de suponer cierto entendimiento e incluso, cierta complicidad entre ellos. Cfr. Vega Reñón, Luis, “Argumento/argumentación”, en Vega Reñón, Luis y Olmos Gómez, Paula (ed.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 66-68.

empleo de los argumentos de conveniencia pública que en un carácter más abstracto e indeterminado, ya que pueden adoptarse en una sentencia para llegar a un resultado específico, y luego ser rechazados, y defender una postura contraria sin dar explicación alguna.²⁶⁶

En este orden de ideas, la contradicción en la argumentación jurídica radica en el hecho de que se pueden emplear los materiales jurídicos en distintas maneras, sin que éstos conduzcan a una única y correcta respuesta; después de todo, es el juzgador quien les dará sentido y forma a dichos materiales jurídicos, cuya percepción evidentemente no puede ser la misma de todos los juzgadores, motivo por el cual no sea del todo extraño encontrar resoluciones en distinto sentido a partir del empleo del mismo material jurídico. De ahí que se pueda señalar que ante la posibilidad de adoptar decisiones en distinto sentido, bajo un mismo material jurídico, la argumentación jurídica sea una práctica contradictoria.

Con relación en la segunda nota, la relativa a la noción de la argumentación jurídica como manipulación del material jurídico, sin duda, resultará extraña la sola idea de pretender “manipular” el material jurídico como si éste estuviera a disposición del juzgador, y que puede satisfacer cualquier “capricho” de aquél. Más allá de la anterior, esta idea nos invita a reflexionar acerca de cómo el material jurídico es un medio sobre el cual trabajará el juzgador, que aunque pudiera ser flexible en cuanto a su manejo, también impone ciertos límites, que no son posibles de transgredir bajo las reglas del razonamiento jurídico, de suerte que en todo caso la “manipulación” parecería tener alcances limitados.

Al efecto, estimamos pertinente referir a la siguiente cita:

Es posible aceptar la noción de que la argumentación jurídica no es otra cosa que la manipulación del material jurídico, entendido éste como un medio, y aun así pensar que el medio restringe con bastante fuerza. De manera que una pregunta absolutamente

²⁶⁶ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 147.

fundamental es la de determinar si existen algunos resultados a los que definitivamente no podríamos llegar siempre y cuando respetemos las reglas internas del juego del razonar jurídico.²⁶⁷

La manipulación así referiría al empleo del material jurídico, que finalmente es el medio por el que un juez busca hacer justicia social, el cual, desde luego, no es ilimitado ante la restricción que pudiera imponer la ley; todo ello será el marco de referencia para valorar la existencia de un conflicto entre la ley y la sentencia a la que se quiere llegar.²⁶⁸

La lección que se puede extraer de la argumentación jurídica hasta este punto es el margen de actuación que proporciona al juzgador para avanzar su proyecto vital en la decisión judicial, y en este sentido, se abre el margen de posibilidades para actuar a través del derecho, con la restricción de seguir los lineamientos institucionales y del propio razonamiento jurídico.

De esta manera, el juez trabajará en procura de un resultado,²⁶⁹ en donde la argumentación jurídica se constituye como una forma para enfrentarse al asunto y cumplir las metas deseadas. A efecto de lograr este resultado, la argumentación jurídica se constituye como la “actividad de re-formular reglas generales, re-estructurar los hechos de modo que el caso que en un principio parecía «ser cubierto» por la norma «A» ahora «resulte cubierto» por la norma «B»”.²⁷⁰

Así, se trata de un reajuste de las normas jurídicas que parecen cubrir un caso aparentemente simple y con una respuesta correcta, por otra norma jurídica que difícilmente parecería ser la aplicable al caso. Este intento de cubrir un caso con una norma distinta requiere del esfuerzo inigualable de reestructurar el campo jurídico de una manera, diríamos casi imperceptible. Kennedy ubica en este punto el surgimiento de un “coeficiente” que

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 122.

²⁶⁸ *Ibidem*, pp. 124 y 125.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 107.

²⁷⁰ *Ibidem*, pp. 149 y 150.

mida el éxito de la argumentación jurídica por lo poco que hubo que alterar o perturbar un campo para lograr, de modo convincente, una reestructuración de dicho campo, ya se trate de una creación de derecho o de una pequeña modificación que asegure el triunfo de aquellos a quienes, en su caso, pretende favorecer el juzgador.²⁷¹

La idea que subyace en el coeficiente a que alude Kennedy, la ubicamos en que se busca exhortar al juez a realizar de un modo exitoso, pero sutil, la actuación que tenga sobre el campo jurídico, de suerte que sea prácticamente imperceptible que la decisión a la que ha llegado atiende a un “capricho” personal, y tenga presente cierto parámetro que le indique qué tan convincente resulta su sentencia a partir de cada uno de los pasos empleados por el juzgador en el campo jurídico.

Ahora bien, el logro de los objetivos del juzgador se encuentra sujeto a la habilidad de éste, de cerrar grandes “brechas de obviada” con la menor perturbación posible de los elementos que conforman el campo, con la consecuente combinación de distintas jugadas interpretativas, consistentes en la reformulación de hechos, decisiones judiciales, normas, argumentación de conveniencia pública y estereotipos, de manera que se logren múltiples metas al menor costo posible.²⁷²

Como podemos apreciar, para Kennedy, la labor de la argumentación jurídica se centra en la noción de dar sustento y fundamento a la sentencia a la que se quiere llegar. En este contexto, adquiere sentido el trabajo jurídico a realizar, en atención a que se busca ajustar el medio que mejor justifique la sentencia deseada, que puede adquirir múltiples aristas y perspectivas que determinarán la conducción de la argumentación jurídica.

Un aspecto adicional que nos interesa destacar desde la perspectiva crítica de la argumentación jurídica es el relativo al poder legitimador que ésta brinda a la sentencia deseada. Ciertamente, ante el interés del juez de hacer algo fuera de lo común (frente a

²⁷¹ *Ibidem*, p. 174.

²⁷² *Ibidem*, p. 177.

la “brecha de obviada”, que se pudiera desprender de la ley), el poder legitimador adquiere un rol fundamental, ya que pretende reducir la distancia percibida entre lo que exige la ley y la decisión que se toma,²⁷³ con lo cual se busca cambiar la percepción de lo que aparenta indicar la ley que supuestamente resuelve el caso, y enfocarla hacia el “otro” fundamento jurídico que mejor justifique la decisión deseada.

Bajo este poder, se abre la posibilidad de legitimar ese proyecto vital o, si se quiere, ese sentido de la justicia, en el marco de los canales y medios jurídicos, a efecto de que aquéllos revistan validez jurídica. Asimismo, el empleo de los argumentos jurídicos será clave en la persuasión de la audiencia, al indicar que la resolución correspondía a lo que la ley en realidad ordenaba desde un inicio, y aún más, para casos futuros el juzgador podrá crear la misma sensación en el público de que sus sentencias se ajustan a lo ordenado en la ley.²⁷⁴

Tampoco podrá ser revocada la sentencia jurídica, ya que con la argumentación jurídica se da esa correspondencia entre la ley y la sentencia a la que se quiere llegar,²⁷⁵ lo que le dará validez y fuerza normativa tanto para el caso presente como para los futuros, y revestir así de legitimidad la sentencia deseada.

Se puede apreciar la gran trascendencia que adquiere el manejo adecuado de la argumentación jurídica, en tanto que permite legitimar la sentencia deseada y generar la convicción de que ésta se encuentra apegada a la ley, de suerte que no habrá la mínima duda o sospecha de que la resolución tuvo como punto de partida un propósito personal del juzgador. Con todo el poder legitimador, habrá servido para un doble propósito: tanto el otorgar un sustento jurídico a la sentencia deseada como para otorgarle credibilidad a la persona misma del juzgador, lo que a su vez dará margen para que éste se encuentre en posibilidad de emitir sentencias “fuera de lo común”.

²⁷³ *Ibidem*, p. 128.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 127.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 175.

El último punto que nos interesa destacar en la argumentación jurídica, desde la perspectiva de Duncan Kennedy, es el relativo a la inexistencia de una respuesta única o correcta (término que no parece tener aplicabilidad en el derecho, como sí sucede en las matemáticas, en la ciencia o en la lógica).²⁷⁶

Vinculado con los límites de la racionalidad práctica,²⁷⁷ en Kennedy se puede observar que este punto se explica en atención a que la argumentación jurídica no sólo depende del material jurídico con el que se trabajará, sino que además se encuentra relacionado con las intenciones, ideologías, proyectos, experiencia y habilidades del juzgador que predominan en la percepción del caso concreto, así como con las normas y precedentes jurídicos a emplear, que en conjunto influyen en la manera de trabajar con el material jurídico,²⁷⁸ y así habrá tantas respuestas como jueces existan, y que incluso de encontrarse las respuestas, habría que valorar qué tan estables pueden resultar las mismas.

En este punto, el juzgador puede apreciar el conjunto de un derecho válido como un producto histórico del trabajo de abogados, juristas y jueces que han perseguido (en algunas ocasiones consciente o inconscientemente) proyectos ideológicos conflictivos, y como imprevisiblemente sujeto a desestabilización por futuras estrategias de trabajo futuro orientadas de manera ideológica.²⁷⁹

Más aún, la incertidumbre que enfrenta el juzgador al iniciar la labor argumentativa respecto de si podrá llegar o no a la sentencia deseada²⁸⁰ deja entrever que no existe una respuesta que pueda ser digna de ser considerada a priori, en espera de ser descubierta por el juzgador, ya que, se reitera, la resolución del caso depende en gran medida de la convicción, capacidades, habilidades y conocimientos del juzgador que a lo largo del proceso argu-

²⁷⁶ *Ibidem*, pp. 218-221.

²⁷⁷ Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 234, pp. 136-149.

²⁷⁸ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 177.

²⁷⁹ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 134, p. 379.

²⁸⁰ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, pp. 178-180.

mentativo configuran el sentido de la sentencia. Así, más que hablar de una respuesta única, la práctica de la argumentación jurídica ofrece un resultado “radicalmente indeterminado”.²⁸¹

La indeterminación del resultado se evidencia aún más si tomamos en consideración la noción del trabajo jurídico, desarrollado bajo la influencia de la subjetividad del juzgador, el cual nos permitimos transcribir a continuación:

La actividad de “trabajo” jurídico entendida como la transformación de una aprehensión inicial (Husserl) de lo que los materiales jurídicos que componen al sistema requieren, por un actor que persigue una meta o una visión de lo que deberían requerir...

El trabajo jurídico, como uso el término, ya sea que se dirija a centros/núcleos o a marcos, a penumbras o conflictos o lagunas, es entendido “estratégicamente”. El trabajador intenta transformar una aprehensión inicial de lo que el sistema de normas requiere, dados los hechos, así que la aprehensión nueva del sistema, en tanto aplique al caso, corresponderá a las preferencias extra-jurídicas del trabajador interpretativo.²⁸²

Esta transformación de la aprehensión inicial nos pone en evidencia cómo es posible encontrar una respuesta o solución al caso planteado más allá de lo que a simple vista pudiera indicar el material jurídico. Sobre todo el trabajo jurídico nos permite asimilar una idea en la cual se abren las posibilidades de dar distintas respuestas a un caso concreto, en tanto que sólo basta la fijación de la meta y el debido empleo de los materiales jurídicos, como sustento de aquélla, para ampliar el margen de actuación del juzgador.

La realización del trabajo jurídico cobra una mayor importancia si consideramos que el proyecto vital del juzgador supone el ataque frontal a la aplicación de la norma jurídica, como bien lo explica Kennedy en el pasaje que a continuación se transcribe:

²⁸¹ *Ibidem*, p. 193.

²⁸² *Ibidem*, p. 370.

Los “prejuicios” de los jueces son relevantes porque orientan el trabajo jurídico de jueces (y otros juristas) al transformar las aprehensiones iniciales de lo que los materiales requieren en la dirección particular sugerida por los intereses materiales o ideales de los juristas (vagamente, la ideología del jurista). Que el jurista tendrá éxito en el trabajo de hacer que los materiales sean conforme a su estrategia extra-jurídica ideológica o material no es nunca cognoscible de antemano (aunque igual que con algún acontecimiento futuro incierto, podemos hacer predicciones). Los juristas aceptan constantemente interpretaciones de acuerdo con las cuales el derecho positivo es contrario a su opinión de lo que debe ser.²⁸³

Así, la pretensión por llegar a un objetivo en particular, motivado por una ideología o prejuicios, representa el impulso y esencia del trabajo jurídico, y del comportamiento estratégico, a partir de éste se transformarán las aprehensiones iniciales de los materiales jurídicos, y se construirá el marco de determinación o, en su caso, la indeterminación que permitirá llegar a la sentencia deseada.

C. *El poder normativo del campo jurídico*

Una vez identificado el trabajo jurídico a realizar por parte del juzgador, es preciso conocer los niveles de actuación de éste, a efecto de valorar qué niveles ofrecen mayor dificultad de actuación para llegar a la sentencia deseada.²⁸⁴

Un elemento a considerar para realizar el trabajo jurídico se relaciona con la percepción del poder normativo del campo, el cual se encuentra en función de cómo se presenta favoreciendo de manera objetiva un resultado, y si dicho campo ejerce el poder de convicción suficiente para persuadir al juzgador.²⁸⁵

²⁸³ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 134, p. 383.

²⁸⁴ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 186.

²⁸⁵ *Ibidem*, pp. 193 y 194.

El juzgador decidirá si permanece bajo la influencia que sobre él ejerce el poder normativo o si en su defecto decide efectuar el trabajo jurídico para intentar llegar al resultado deseado, con la aún incierta posibilidad de que se llegue a éste o no.

Es posible señalar tres órdenes en los cuales se manifiesta el poder normativo del campo jurídico, que son:

- 1) Los mensajes como fórmulas verbales que constituyen el campo (reglas jurídicas).
- 2) Los precedentes como un discurso atribuido a los antiguos.
- 3) Argumentos de conveniencia pública.

En cuanto al poder normativo del primer orden, las reglas jurídicas parecen inducir al juzgador a abandonar el proyecto de la sentencia deseada, e inclinarse por resolver conforme a la norma jurídica o, si se quiere, conforme a los precedentes jurídicos. Incluso en una mirada más a fondo de estos primeros órdenes, a través de sus patrones y configuraciones parecerían disparar las reflexiones en distintas direcciones no concebidas inicialmente por el juzgador.²⁸⁶

La nota esencial en el poder normativo de este primer orden es que el sentido de la resolución parece estar dado de antemano por el propio texto de la ley o el precedente. A lo anterior, tendríamos que añadir el carácter institucional que establecen las reglas jurídicas, que nos invita a reflexionar en torno a los patrones obligatorios de conducta humana, bajo un texto expresamente promulgado y la necesidad de su interpretación, con miras a lograr un orden.²⁸⁷

Desde esta perspectiva, el poder normativo que ejercen las reglas jurídicas puede ser visto desde dos perspectivas: la externa, referida al carácter institucional que éstas revisten, y la interna,

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 187.

²⁸⁷ Acerca de los alcances del poder e institucionales del orden normativo, véase MacCormick, Neil, *op. cit.*, nota 242, pp. 31-37 y 152-155.

que incide directamente en el juzgador al establecer los patrones y configuraciones sobre los cuales debe basar la decisión judicial.

Por lo que atañe al segundo orden, además del sentido de la resolución, el poder normativo que se llega a sentir se atribuye a que el juzgador se identifica con esas voces tutelares contenidas en las opiniones de los jueces, quienes en fallos antecedentes dan instrucciones sobre la regla que implementarían, el modo de aplicarla, y las razones de por qué esa regla es la correcta, y la que debería ser, en último término, la sentencia.²⁸⁸

Así, la fijación material de la ley y el precedente serían elementos más que suficientes para orientar el trabajo del juzgador. Las notas esenciales en el poder normativo de estos órdenes es que el sentido de la resolución parece estar dada de antemano por el propio texto de la ley y el precedente, que por sí mismos darían sustento a la resolución.²⁸⁹ La variación radica en que mientras que en el primer caso, en la ley, se atiende a un compromiso alcanzado socialmente, una expresión de la voluntad del pueblo (el precedente por su parte) se identifica con la adhesión a la persona de otros juzgadores como partícipes en la solución de los problemas de una determinada comunidad. Se identifica así al juzgador como parte de ese universo de individuos que pretenden dar una solución a una determinada conflictiva social, a través del medio jurídico.

Por su parte, los argumentos de conveniencia pública se manifiestan como razones para adoptar una *ratio decidendi* del caso

²⁸⁸ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 190.

²⁸⁹ Uno de los aspectos que destaca del seguimiento de la ley y del precedente, e incluso de la doctrina jurídica, es que a través de ellos se invocan los argumentos de autoridad, basados en su fuente, en la autoridad de la persona u órgano que los creó. En el caso del precedente, es que éste proporciona el argumento de autoridad, vinculado con el elemento de reconocimiento que se refiere a la relación entre la fuente (o la persona) y su acto (la decisión), y cuya estructura coincide con algunos argumentos prácticos generales, en concreto con el principio de universalidad y el de carga de la argumentación. Cfr. Moral Soriano, Leonor, *El precedente judicial*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2002, pp. 67-105.

particular o una mininorma, y que en ese sentido se manifiestan como “secundarios” en comparación con la aplicación directa de la norma o con los argumentos extraídos de precedentes judiciales, y cuya aplicabilidad supone de antemano la adopción consciente de una determinada estructura para el campo jurídico, a diferencia de la simple subsunción de hechos bajo reglas que se comprenden inconscientemente como parte de una *gestalt*.²⁹⁰

Dichos argumentos adquieren una dimensión especial, ya que éstos tienen la particularidad de que pueden tener una naturaleza tan diversa, que en múltiples ocasiones pueden llegar a colisionar. Sin embargo, dicha colisión no les resta ninguna validez. Lo único que habría de cuestionarse es cuál de ellos resulta más fuerte, cuál pesa más, después de ponerlos sobre la balanza de unos hechos particulares y concretos,²⁹¹ tarea que le corresponderá al juez analizar y determinar.

En dicho análisis, los argumentos de conveniencia pública se asumen como fuerzas o vectores de distinta intensidad, donde cada uno de ellos “tira” para su lado en cualquier situación concreta, sin que queden invalidados por el hecho de que sea ignorado en un caso en el que se pudo haber aplicado.²⁹²

Desde esta perspectiva, Kennedy parecería aludir a los argumentos de conveniencia pública como entes carentes de un sustento material y escrito.²⁹³ A partir de ellos, es posible elegir entre un criterio normativo u otro, cuya utilización parecería ser significativa en el ataque frontal de la ley, al generar la experiencia de la necesidad jurídica de una elección, sobre todo ante la existencia de lagunas, conflictos y ambigüedades,²⁹⁴ los cuales a su vez

²⁹⁰ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 143.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 147.

²⁹² *Ibidem*, pp. 144-149.

²⁹³ En este punto, convendría ampliar los alcances de la manera en que operarían los estándares de contemplarse en el texto de la norma jurídica. Véase McCormick, Neil, *op. cit.*, nota 242, pp. 30 y 31.

²⁹⁴ Kennedy, Duncan, “A Semiotics of Legal Argument”, *Collected Courses of the Academy of European Law*, Cambridge, Kluger Law International, 2000, pp.

funcionan como un vehículo para hacer avanzar el propio proyecto vital o sentido de la justicia, frente a la norma considerada como “injusta”.

Se observa así que las reglas jurídicas, los precedentes y los argumentos de conveniencia pública,²⁹⁵ como parte del campo jurídico, pueden ejercer cierta presión sobre el juez, así como indicar en qué sentido tiene que resolver y en qué momento tiene que renunciar a dictar la sentencia deseada.

Ante este poder normativo, la argumentación jurídica se constituirá como la labor en la cual el juzgador enfrentará y trabajará con el mensaje del campo,²⁹⁶ y dentro del cual se luchará por vencer ese aparente poder normativo presente en los materiales jurídicos, y que impide la consecución de la sentencia deseada.

D. *La invocación de argumentos jurídicos verosímiles*

Es evidente que los proyectos del juzgador por sí mismos son insuficientes para surtir efectos en el contexto jurídico. Desde esta perspectiva, el empleo de las normas, argumentos jurídicos, y en general del razonamiento jurídico como tal, es de inigualable importancia, en atención a que serán éstos los que den el debido sustento a ese proyecto vital o sentido de la justicia, lo que requiere del empleo de los argumentos jurídicos, concretamente de los argumentos deductivos y de conveniencia pública, y bien

321-323, disponible en http://www.duncankennedy.net/documents/A%20Semiotics%20of%20Legal%20Argument_Intro.pdf.

²⁹⁵ Es posible ubicar cierto poder normativo que ejercen los conceptos jurídicos proporcionados por la dogmática jurídica, por virtud de los cuales es posible caracterizar o clasificar casos y determinar las normas integrantes de un sistema normativo aplicable. De esta manera, la dogmática auxilia a la práctica, al dar elementos para “ubicar” situaciones bajo cierta taxonomía. Cfr. Lariguet, Guillermo, *Dogmática jurídica y aplicación de normas. Un análisis de las ideas de autonomía de ramas y unidad del derecho*, México, Fontamara, 2007, pp. 121-132.

²⁹⁶ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 200.

podríamos agregar las “piezas de argumentos”²⁹⁷ que sustenten y fundamenten la decisión deseada.

Con la necesidad de dar un sustento jurídico, constatamos cómo la libertad del juzgador no es ilimitada, sino que en todo momento se encuentra restringida por las normas, principios y razonamientos jurídicos, que será clave para la configuración del campo jurídico.

5. *El campo jurídico en el contexto de la decisión judicial*

El campo jurídico ofrece una serie de etapas de actuación del juzgador frente a los hechos, normas y argumentos jurídicos, dentro de los cuales se desarrollarán las estrategias jurídicas para la transformación del caso para concluir con la reconfiguración del campo jurídico, temas que analizaremos a continuación.

A. *Apreciación del campo jurídico*

En la apreciación del campo jurídico nos encontramos que la percepción del juzgador influye en la determinación de si se trata de un caso regulado por una norma jurídica en particular o si en su defecto es posible invocar otra norma jurídica que regule la situación de la manera en cómo se entiende la justicia propia. De aplicar la ley conforme a lo indicado por la primera impresión, estaríamos ante una simple aplicación mecánica de la ley; simplemente bastaría valorar los supuestos y las consecuencias previstas por las normas jurídicas a los hechos tal y como se presentaron al juez.

Sin embargo, las consecuencias jurídicas puede que no se ajusten al sentido de la justicia del juzgador. Ante esto, es posible ubicar dos escenarios que el juzgador percibirá ante la ley,²⁹⁸ que son los siguientes:

²⁹⁷ Kennedy, Duncan, “Semiotics of Critique”, *Cardozo Law Review*, Nueva York, vol. 22, núm. 3-4, marzo de 2001, p. 1178, disponible en <http://www.duncankennedy.net/documents/A%20Semiotics%20of%20Critique.pdf>.

²⁹⁸ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 120.

- a) La sensación de la ley como una especie de barrera protectora construida alrededor del juzgador o una armadura imposible de ser perforada o despojada por parte del otro bando, supuesto que opera cuando se estima que la ley se encuentra del lado del juzgador para resolver conforme a la sentencia deseada.
- b) La experimentación de la ley como materia prima con la cual se construirá la argumentación jurídica, que operaría en el caso de que el juzgador no tuviera idea de la dirección que apunta la ley en un tema en particular.

Como se puede apreciar, la sensación que se tenga en referencia a la ley depende de la volición del juzgador por tratar de llegar a la sentencia deseada, en la que se buscará que la ley represente esa barrera protectora, esa armadura que mejor sustente la sentencia deseada. A lo largo de la actividad argumentativa, la ley se constituye como “un medio a través del cual uno lucha por un proyecto, antes que como algo que nos dice qué debemos hacer”.²⁹⁹ Así, se busca cambiar la percepción de la primera impresión de la ley, y lo que en primera instancia parecía ser un caso cerrado, de súbito termina siendo uno abierto de par en par, y aquello que antes parecía vago e indefinido de pronto se nos revela como algo sumamente sólido y firme.³⁰⁰

Lo anterior dificulta la predicción o previsibilidad del derecho. Así, éstas se vuelven prácticamente difíciles de estimar, pues distan de la comprensión aparente del caso y de la ley aplicable al caso concreto, y por el contrario, nos ubican en el ámbito de las intenciones, sensaciones y estrategias a seguir por parte del juez.

Si complicamos aún más el panorama, encontraremos que el desarrollo del trabajo jurídico se ve obstaculizado no sólo por la existencia de normas generales, límites, precedentes y vectores que pudieran contravenir el sentido de la sentencia deseada, sino incluso, en esta primera impresión el campo pa-

²⁹⁹ *Idem.*

³⁰⁰ *Ibidem*, pp. 107 y 108.

recerá tener una configuración específica que resultará difícil de manipular.³⁰¹

Ante esta situación, el juzgador tendrá que determinar el tipo de campo al que se enfrentará (y que ejercerá una influencia normativa y subjetiva ante el temor de encontrar la sentencia deseada),³⁰² y valorar si es posible seguir con el empleo de estrategias jurídicas o si definitivamente tendrá que abandonar el proyecto ante la dificultad de esgrimir argumentos válidos y convincentes.

Sobre el particular, siguiendo a Kennedy, es posible encontrar seis configuraciones del campo, atribuidas mayormente a la primera impresión del caso, así como al temor de salir o no con un argumento jurídico viable.³⁰³

Al efecto, las configuraciones del campo se pueden ubicar en dos grupos: 1) el que se expresa con la libertad y restricción de actuación en la adjudicación judicial, a partir de las áreas de indeterminación percibidas bajo las normas y precedentes jurídicos, dentro de los cuales se determinará si se trata de un caso perdido (ante la restricción que ejerce el material jurídico, ubicado dentro del campo minado), o un caso abierto (dados los márgenes de libertad con que cuenta el juzgador, situado en un caso de primera impresión), y 2) el conformado por oportunidades cuyo último significado se conformará a través del trabajo de la argumentación, en el que ubicamos el campo no racionalizado, el campo contradictorio, el campo que se desploma y el campo circular.

A continuación daremos un breve esbozo de dichos grupos:

Primer grupo. La restricción y la libertad en el campo jurídico. Este grupo pretende enfatizar el grado de libertad o restricción que posee el juzgador en su actuar a partir de cómo percibe el material jurídico, en el caso concreto, y a partir de ahí determinar si se trata de un caso perdido o uno abierto. Dentro de este primer grupo³⁰⁴ encontramos:

³⁰¹ *Ibidem*, pp. 157 y 158.

³⁰² *Ibidem*, p. 209.

³⁰³ *Ibidem*, p. 159.

³⁰⁴ *Ibidem*, pp. 158-161.

- a) *Campo minado*. Bajo esta configuración encontramos normas generales que determinan los límites de otras normas generales. En este supuesto, los jueces deciden atendiendo a la más abstracta formulación de una norma general, bajo la misma línea y en el mismo sentido. Al ubicarse en estos supuestos, el campo jurídico como tal será difícil de manipular, y poner el esfuerzo que tendrá que realizar el juzgador es el de reconstruir los hechos concretos.

Al percibirse el caso cubierto por normas y precedentes jurídicos, el juzgador prácticamente se enfrentará con la restricción del material jurídico, que le impedirá actuar en la forma que él quisiera para llegar a la sentencia deseada, supuesto en el cual la situación se le revelará, en la terminología de Kennedy, como un “caso perdido”, al apreciarse el caso como determinado íntegramente por la ley. Dentro del campo minado, entonces, parecería que los proyectos vitales el juzgador no tienen cabida, en atención a que prácticamente han sido otros —el legislador y otros juzgadores— los que de manera previa han dado respuestas a casos similares.

- b) *El caso de la primera impresión*. Contextualizado en aquellos supuestos en los cuales un caso carece de precedente judicial, el campo nos ofrecerá una línea fronteriza imprecisa, acompañada de argumentos de conveniencia pública (vectores), que parecen ser de la misma magnitud no sólo a lo largo de la fina línea de equilibrio, sino alrededor de toda la región fronteriza. Ante esta hipótesis, se busca replantear los hechos a efecto de ubicarlos en la zona de indeterminación, y con ello ubicar la situación en una zona neutra.

A diferencia del campo minado, parece que la inexistencia de precedentes judiciales es indicativo de cierta libertad en el actuar del juzgador para elaborar criterios y razonamientos jurídicos que permitan avanzar los proyectos vitales o su sentido de la justicia, pues no todo está

dicho aún por el ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, Kennedy ubica un “caso abierto”, que permite ejercer una libertad, en donde no hay restricción. Mas como advierte el profesor de Harvard, dicha libertad poco a poco se irá agotando a medida en que los jueces ejercen esa libertad, y poco a poco van demarcando los límites de los casos planteados.

Este primer grupo nos permite observar cómo la libertad y la restricción en la decisión judicial se manifiestan desde la apreciación del campo, sensaciones que continuarán presentándose a medida que se ejerce el trabajo jurídico. En estos supuestos, el juez debe determinar cuándo se encuentra en presencia de un caso cerrado o uno abierto, y a partir de ahí aprovechar las oportunidades de actuación dentro del campo jurídico que le permitirán acercarse a la sentencia deseada.

Segundo grupo. El significado a través del trabajo de la argumentación jurídica. A diferencia del grupo anterior, en el que la ubicación del caso parece estar delimitada según si existe o no una norma jurídica o un precedente exactamente aplicable al caso concreto que otorgue cierto grado de libertad al juzgador para actuar, en este segundo grupo parece más complicada la contextualización del caso concreto, ante lo ambiguo y complicado que se ofrece el panorama del campo jurídico,³⁰⁵ como veremos a continuación:

- a) *El campo no racionalizado.* En este supuesto, las decisiones no parecen seguir un sentido definido y contundente, ya que en algunos casos se asemejan al sentido de la sentencia a la cual se quiere llegar, y en otros parecen indicar lo contrario. Aunado a la diversidad de las decisiones, en uno u otro sentido, encontramos que éstas prácticamente dependieron de hechos particulares del caso, con escasa argumentación, y que incluso se podrían calificar como

³⁰⁵ *Ibidem*, pp. 161-167.

estrechas, insuficientes o lógicamente defectuosas. Dicho de otro modo, no hay una línea clara a seguir, y menos aún si no hay un razonamiento jurídico lo suficientemente sólido para adherirse. Lo anterior da oportunidad para reorganizar el campo mediante el replanteamiento de los hechos. Ante este panorama, se avizora cierta posibilidad de emitir una opinión judicial en la que se proponga una nueva norma legal que pretenda imponer orden al caos dada la falta de racionalización (o tal vez sistematización) de los casos.

- b) *El campo contradictorio*. En este supuesto se presentan nuevamente una diversidad de decisiones que favorecen, ya sea el sentido de la sentencia deseada o la contraparte. Sin embargo, a diferencia del campo anterior, las decisiones que se emiten en este campo sí cuentan con un aparato argumentativo sólido —con el respectivo empleo de argumentos de conveniencia pública—, al grado de que incluso si no perjudican seriamente el sentido de la sentencia deseada, sí al menos diluyen la frontera entre una u otra decisión, y así es posible rescatar y discutir prácticamente cualquier punto de algún precedente para llegar (u obstaculizar) a la decisión deseada.
- c) *El campo que se desploma*. Este supuesto puede ocurrir con la reformulación de los argumentos de conveniencia pública que favorecen a uno de los lados, lo que origina que la frontera desaparezca y se destruya la contrarregla. Así, se emplea un argumento demoledor que es indiscutiblemente legítimo y convincente, al cual, en su caso, se le pueden oponer llamadas de atención sobre las peculiaridades fácticas del caso, por no apreciar éste en su justa dimensión.
- d) *El campo circular*. La percepción de un campo circular tiene lugar cuando casos opuestos, supuestamente fáciles, parecen estar más próximos entre sí, que aquellos con características similares.

En este grupo podemos ubicar que la solidez (o debilidad) de la argumentación jurídica y el sentido de otras resoluciones emitidas por otros juzgadores serán los elementos a valorar a partir de los cuales se realizará el trabajo, y en qué sentido se efectuará. Aunque de una manera menos perceptible, hasta cierto grado se conservan los ámbitos de libertad y restricción de la decisión judicial, la cuestión en todo caso es identificar estas áreas, trabajar sobre ellas,³⁰⁶ y llegar a la sentencia deseada.

La identificación de las áreas a trabajar requiere del conocimiento respectivo del campo jurídico, el que a su vez sólo puede ser conocido por medio de la experiencia, sin que, a consideración de Kennedy, exista una perspectiva valorativamente “neutra”, ya que ésta puede variar dependiendo de factores como la frecuencia con la que se haya intentado manipular el campo cuando éste aparece a primera vista minado, las técnicas de crítica que la cultura jurídica ponga a su disposición para desestabilizar la experiencia inicial de objetividad, el flujo de casos decididos, y en general por todos aquellos aspectos de la realidad que hayan vivido los jueces.³⁰⁷

La experiencia nos da un punto de encuentro entre un razonamiento jurídico meramente lógico-formal y las vivencias de los jueces al enfrentar un caso concreto, siendo estas últimas las que hasta cierta forma incidirán en la conducción del razonamiento jurídico.

³⁰⁶ Con la reconfiguración del campo jurídico, Kennedy pretende externar por una parte una crítica contra la coherencia que debe guardar el orden jurídico, ya que prácticamente deja a la construcción que un operador jurídico pueda hacer con los materiales jurídicos a su disposición, al grado que la idea de coherencia, más que un valor en sí mismo, representa un mero instrumento en favor de una particular agenda, de suerte que a los jueces posteriores — con proyectos distintos — se les dificulte desestabilizar el campo. Por otra parte, bajo esta noción de campo, Kennedy pretende enfatizar la dificultad o facilidad con que se tendrá que realizar el trabajo jurídico, a efecto de desestabilizar el campo y llegar a la sentencia deseada. *Cfr.* Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 255, pp. 15 y 16.

³⁰⁷ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 183.

De lo expuesto hasta este punto es posible constatar que en efecto, una de las aportaciones de Kennedy al análisis de la decisión judicial es la referencia acerca de las apreciaciones y reacciones que enfrenta el juzgador a partir de su primer contacto con el campo jurídico que rodea el caso. Dichas apreciaciones dependen en gran medida de la influencia de la ideología del juzgador, que junto con la racionalidad propiamente dicha nos conducirá a la transformación del caso en el contexto de la búsqueda de caminos alternativos de la decisión judicial.

B. Transformación del caso en la búsqueda de soluciones alternativas

La apreciación del campo jurídico nos dejará entrever qué aspectos de los hechos se pueden emplear para invocar ese sentido de la justicia³⁰⁸ y hasta qué grado la norma jurídica aparentemente aplicable dificulta ese anhelo por alcanzar la sentencia deseada. Con ello determinaremos qué tanto trabajo se necesita para llegar a dicha sentencia, además de los argumentos jurídicos a emplear a partir del ataque frontal a la norma jurídica aparentemente aplicable al caso concreto, y con ello generar caminos alternativos —orientados por el conjunto de intenciones y el proyecto vital del juez—,³⁰⁹ en la adjudicación judicial, y así aproximarse al caso en la esperanza de que alguno de ellos tenga éxito.

Sin duda, son múltiples los factores que han de tomarse en cuenta en la realización del trabajo jurídico. Al efecto y de manera enunciativa, podemos señalar que se requiere de la identificación de tres aspectos:

- 1) Los materiales y pasos existentes dentro del campo jurídico.
- 2) La economía del campo.
- 3) Los límites de las normas jurídicas.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 117.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 104.

Lo anterior nos permitirá tener mayor precisión en la realización del trabajo jurídico y mayor coherencia con el producto final de dicho trabajo, al conocer los puntos en los cuales se manifiesta la restricción de la adjudicación judicial y las posibilidades de actuar plenamente con libertad, aspectos que en conjunto esbozaremos en las líneas siguientes.

Como parte del seguimiento de esta transformación del caso, el juzgador encontrará diversos materiales y pasos que se pueden dar con cada uno de los elementos que existen dentro de un campo,³¹⁰ que debidamente empleados permitirán sustentar la sentencia deseada como algo que jurídicamente es necesario para el caso concreto.

En miras a esta transformación, se genera el trabajo jurídico, en el que el intérprete comprende la situación en su conjunto como una en que la norma gobierna, y frente a la que indagará si los hechos particulares dentro de la situación provocan su aplicación, a partir de lo cual el juzgador ha de buscar que los hechos cobren existencia jurídica mediante el trabajo jurídico.³¹¹ Así, parte de este ataque frontal a la ley lo constituye la argumentación jurídica a través de los hechos³¹² y argumentos,³¹³ que transforman el caso para llegar a la sentencia deseada.

Desde esta perspectiva, surge el interés por identificar lo que Kennedy denomina la economía de un campo, referida a la “existencia de unos sistemas de intercambio y compensación entre los objetivos que deseo lograr y los distintos pasos que los materiales a mi disposición me permiten (o no) dar”.³¹⁴

³¹⁰ *Ibidem*, p. 171.

³¹¹ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 134, pp. 370 y 371.

³¹² Twinning, William, “De nuevo, los hechos en serio”, trad. de Raymundo Gama Leyva, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 32, 2009, pp. 319-323.

³¹³ Dentro del empleo de argumentos es posible apreciar el “rol” que adopta la consciencia jurídica en una época en particular. *Cfr.* Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 294, pp. 355 y 356.

³¹⁴ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 171.

Los sistemas de intercambio y compensación a que se ha hecho referencia son indicativos de que el material jurídico como tal mantiene una consistencia ambivalente, ya que si bien en ciertos supuestos resulta ser lo suficientemente flexible para permitir cierta innovación dentro el razonamiento jurídico, al dar la posibilidad de extraer, equilibrar y perfeccionar los objetivos contenidos en las normas jurídicas y precedentes, también lo es que los ámbitos en que se pueden realizar dichas innovaciones son muy reducidos, aspecto que restringe la actuación del juzgador en su búsqueda por lograr la sentencia deseada.

Dentro de esta restricción, surgen las llamadas “estrategias de ejecución”, que se refieren a la selección de los elementos del campo que se van a manipular y la manera en la que se realizará la manipulación. En virtud de estas estrategias, se vislumbrarán las opciones entre la distinción de un caso mediante el replanteamiento de sus hechos, la reformulación de un caso a través de la *ratio decidendi* o la ubicación de la línea de decisiones sobre las cuales se actuará.³¹⁵ El empleo del vocablo “manipulación” solamente representa la flexibilidad del material jurídico, de ajustarse lo más cerca posible a proyectos y sentidos de justicia de los juzgadores, y que en mucho dependen del tipo de mecanismos a emplear en la selección y aplicación de las normas jurídicas, cuyas consecuencias, siguiendo a Kennedy, las podemos trazar en los siguientes términos:

- 1) Forman una especie de “visión de túnel”, dentro de la que el juzgador se encuentra dentro de la estrategia, sensibilizando a su economía interna, su historia de concesiones y compromisos, en sintonía con el proceso de llevar tal estrategia lo más lejos posible, pero, por lo menos por el momento, incapaz de imaginar otro camino alternativo.
- 2) Representan un compromiso práctico, ya que en aras de que la estrategia sea coherente requiere responder a cual-

³¹⁵ *Ibidem*, pp. 171 y 172.

quier aspecto nuevo que surja del caso, bajo el propio tono y estilo de la estrategia.³¹⁶

Con base en lo anterior, es posible observar un “microescenario” de conflicto entre la libertad y la restricción en la adjudicación judicial en la selección y aplicación de las normas jurídicas, ya que si bien es que cierto que el juzgador tiene libertad para elegir el tipo de estrategia a seguir a partir de sus proyectos vitales o su sentido de la justicia, también lo es que dicha estrategia conlleva su propio tono y estilo, que habrá que mantenerlo mientras se realice el trabajo jurídico, lo que le dará mayor coherencia al producto final de la argumentación jurídica.

El último punto para identificar en la transformación del caso es el relativo a los límites. En efecto, si partimos del ataque frontal de la ley, la aplicabilidad de ésta se pretende contrarrestar mediante una norma jurídica diversa que mejor cubra el caso. Así, se sigue una búsqueda de un fundamento jurídico diverso que se aproxime a lo que el juzgador tiene en mente para resolver el caso.

El problema de la búsqueda de un fundamento jurídico diverso, es que los hechos del caso planteado no necesariamente se ajustan al supuesto de la norma jurídica, e incluso, aún seguirán generando la idea de que la norma anterior era la que mejor se ajustaba al caso planteado.

Asumida esta postura, el trabajo jurídico se delinearé a partir de la búsqueda de límites, y el juzgador tendrá que analizar debidamente para disminuir la brecha de obvedad de la subjetividad de su sentencia. Dichos límites aplicados a la norma jurídica los podemos ubicar en dos vertientes:

- 1) El interés del juzgador por limitar el alcance de la norma jurídica que apartemente regulaba mejor el caso concreto.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 173.

- 2) La ubicación de los límites en los cuales operaría la norma jurídica alternativa que mejor se ajusta a la sentencia deseada.³¹⁷

En este seguir por ubicar la sentencia deseada se da lo que Kennedy conoce como un proceso de formación de una *Gestalt*,³¹⁸ que es aquel mediante el cual vamos ordenando los casos conformando un patrón que sigue el perímetro de los límites, y también la decisión de considerar otros casos dentro del territorio indisputable de una norma, y en el que todo tiene que ver con todo, y así dar la forma de constelación específica.³¹⁹

Hasta cierto punto, la ubicación de los límites de aplicación de la norma jurídica conlleva el reconocimiento de la restricción que ejerce el derecho sobre el juzgador, al impedirle actuar conforme a su libre voluntad, y reconocer que la actuación del propio derecho está sujeta a ciertos márgenes, que no es posible transgredirlos fácilmente. Asimismo, la identificación de dichos límites coadyuva a fijar el alcance de las intuiciones jurídicas y la posibilidad de valorar si el juez es capaz de seguir adelante en su objetivo de lograr la sentencia deseada o si definitivamente lo abandona al identificar el sentido de la ley en otra dirección contraria a la esperada, en la cual probablemente los argumentos a invocar resulten superficialmente verosímiles.³²⁰ Incluso puede darse el supuesto en el cual el juez tenga que prescindir de sus objetivos al resolver el caso si estima que la ley debe prevalecer, concuerde o no con la opinión personal.³²¹

En cualquier caso, el estudio de la norma jurídica arroja la posibilidad de abandonar las intuiciones ante lo firmemente

³¹⁷ *Ibidem*, p. 117.

³¹⁸ Con el proceso de formación de la *Gestalt*, Kennedy pretende explicar la manera en que opera la percepción, a partir de un fragmento perceptual a un todo conceptual, lo cual acontece de manera orgánica o prerracional. *Cf.* Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 294, pp. 1175 y 1176.

³¹⁹ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, pp. 134 y 135.

³²⁰ *Ibidem*, p. 119.

³²¹ *Ibidem*, pp. 202-207.

arraigado que encuentre el sentido de la ley, supuesto en el que nuevamente ubicamos la restricción del juzgador en la decisión judicial, al verse obligado a emplear la ley inicialmente aplicable al caso concreto, que ocurre ante la imposibilidad de idear técnicas que limiten la aplicabilidad de ésta y justifiquen la aplicación de un diverso precepto jurídico.

En este supuesto, se puede dar incluso una conversión, en tanto que se acepta el sentido de la ley, tal y como se percibió en un primer momento; pero dicho cambio se encuentra acompañado de una nueva intuición de lo que la justicia social exige, de suerte que el interés en aplicar la ley que inicialmente resultaba aplicable al caso concreto permanece, pero sólo por cuanto a que existe un convencimiento del juzgador de que su sentido de justicia social ha cambiado para ajustarse a lo indicado en la ley que aparentemente resultaba aplicable al caso concreto. Bajo la conversión, encontramos que es el campo jurídico el que manipula la sentencia a la que se desea llegar, manifestado con la ambivalencia de la aceptación del campo como una afirmación ética correcta y la percepción correcta de lo que la ley es.³²²

Con lo anterior, podemos apreciar que la aplicación de la norma, bajo un argumento deductivo, obedece a un convencimiento ético por parte del juzgador, de que lo expresado por la norma jurídica corresponde con el sentido de la justicia social, excepción hecha de que el juzgador no haya podido idear técnicas y procedimientos para transformar el caso, reconfigurar el campo y llegar a la sentencia deseada.³²³ Fuera de este caso, el juez estará en posibilidad de trabajar con el campo jurídico ante la estimación de que el campo no tiene que ser necesariamente más poderoso en términos normativos de lo que es el juez.³²⁴ Después de todo, es el propio juzgador quien actúa, determina

³²² *Ibidem*, pp. 192 y 193.

³²³ La conversión ante la imposibilidad de idear técnicas para transformar el caso conlleva un costo psicológico, así como un terror ante el desastre de una falsa conversión. *Ibidem*, pp. 198-202.

³²⁴ *Ibidem*, p. 193.

el resultado y busca reconstruir el mundo para que se ajuste a sus intenciones.³²⁵

Identificada la norma jurídica que mejor resuelve el caso conforme a la sentencia deseada, se realiza el trabajo jurídico sobre los hechos para articularlos jurídicamente, lo que significa “replantearlos de modo tal que el caso parezca estar ubicado en un lugar distinto del campo del que inicialmente se pensó”.³²⁶

Como parte de esta argumentación con los hechos, encontramos también su vinculación con los precedentes jurídicos, lo que conllevará a desplazar los hechos y las decisiones de los precedentes para aproximarlos a la sentencia deseada. Con todo ello, se lleva a cabo un desplazamiento de la ley,³²⁷ al buscar ajustar los hechos al sentido de la norma jurídica. Como auxiliares en esta labor de argumentación de los hechos y desplazamiento de la ley, el juego con los operadores modales será de gran utilidad, en el sentido de hacer por ejemplo que algo prohibido aparezca como algo permitido,³²⁸ lo cual permitirá un ajuste del campo jurídico, prácticamente imperceptible a la audiencia, pues parecerá que se cubre un grupo distinto de situaciones hipotéticas.³²⁹

Los tres aspectos a los que se ha hecho alusión nos evidencian una vez más las restricciones a que se encuentra sujeta la voluntad del juzgador de llegar a la sentencia deseada. De hecho, por más “reacciones viscerales” que pueda tener el juzgador, éstas en todo momento se encuentran condicionadas por el hecho de existir en un universo legalizado,³³⁰ el cual evidentemente puede detener el avance de los proyectos vitales del juzgador.

En este universo legalizado se procederá a la aplicación de la norma jurídica a los hechos, con que se ha trabajado previamente. En esta etapa es donde mayormente se hacen presentes

³²⁵ *Ibidem*, p. 207.

³²⁶ *Ibidem*, p. 138.

³²⁷ *Ibidem*, pp. 136-138.

³²⁸ *Ibidem*, pp. 139-142.

³²⁹ *Ibidem*, p. 141.

³³⁰ *Ibidem*, p. 185.

las restricciones que impone el derecho, ya que por más flexible que puedan ser los hechos, e incluso por más flexible que pueda resultar el empleo de los materiales jurídicos, es difícil prescindir de las exigencias que la jerarquía del orden jurídico impone, la cuestión de las definiciones legales,³³¹ los requerimientos de interpretación jurídica y lenguaje,³³² entre otros, que requerirían un tratamiento más extenso.

Lo que sí habríamos de destacar de la postura de Kennedy es la influencia recíproca entre el campo y la sentencia a la cual quiere llegar el juzgador, y cómo se entabla esa lucha (hasta cierto punto imaginaria) entre el juzgador y el sentido de la ley a partir de la influencia normativa que siente del campo jurídico.

C. Reconfiguración del campo jurídico

La reconfiguración del campo jurídico busca justificar mediante un argumento deductivo la sentencia deseada, y dar la apariencia de que ésta era un resultado querido y deseado por el orden jurídico. Dicha reconfiguración se basa en la cuestión fáctica y la jurídica, referente a las reglas jurídicas a aplicar. Como auxiliares en esta labor, los argumentos deductivos y de conveniencia pública son los que darán cohesión a la reconfiguración del campo.

Por lo que concierne al ámbito de las normas jurídicas, la oportunidad para la reconfiguración se ubica en el área gris de las reglas jurídicas. Precisamente esta superficie gris, en la perspectiva de Kennedy, tiene lugar en aquellas áreas en las cuales los términos del arreglo o compromiso de los argumentos de conveniencia pública —que suponen las reglas jurídicas— no son del

³³¹ Mendonca, Daniel, *Las claves del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 111-123.

³³² Con relación en los problemas de lenguaje, véase Holland, James y Webb, Julian, *Learning Legal Rules*, 7a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2010, pp. 136-141.

todo claros.³³³ Así, encontramos que existe un universo entero de interpretación a través del cual se puede llegar de la norma a los hechos, y en el que la aplicación de la regla jurídica representa un proceso social, y de alguna manera un proceso subjetivo.³³⁴

En este contexto de aplicación de la regla que mejor regule el caso, se valdrá de las “piezas de argumentos” extraídas de la ley, que emplea, selecciona y modifica el juzgador para justificar la elección de la regla jurídica.³³⁵ La construcción de un argumento jurídico de esta naturaleza conlleva la búsqueda del léxico —o colección de signos— y las reglas para producir un significado.³³⁶ Esta argumentación, a partir de “piezas de argumentos” contenidas en la ley, nos muestra cómo en general el juez se puede valer de cualquier recurso —llámese lenguaje, fragmentos de la ley, etcétera— para construir un argumento jurídico que justifique la aplicación de la regla.

Otro de los aspectos que deberá cuidar el juzgador es el buscar modelar el campo jurídico de tal manera que parezca un campo minado, y que represente el reflejo de la necesidad jurídica, en el cual los límites y las fronteras estén bien dispuestos, las decisio-

³³³ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 111.

³³⁴ *Ibidem*, pp. 216 y 217.

³³⁵ Para Kennedy, la elección de las normas se refiere a una cuestión de ponderación, en el entendido de que dicha norma es la que mejor combina o equilibra las consideraciones normativas en conflicto. En esta tesitura, la norma, más que una conclusión, representa un vector o una “resultante”, más que una conclusión que siempre estuvo implícita en determinado principio o directriz. Kennedy destaca que a efecto de legitimar la ponderación, las consideraciones a invocar deben cumplir dos condiciones: 1) extraerse de los materiales jurídicos (su referencia es a modo de “piezas de argumentos”), y 2) ser “universalizables”, esto es, formalmente deben ajustarse a los intereses de todos, frente a aquellos particulares. La crítica a ponderación la enuncia Kennedy, en el sentido de que se ha considerado como el “caballo de Troya” de la ideología, y en este sentido, la ponderación ha resultado un procedimiento controversial, del que poco se ha discutido la frecuencia en la que ésta debe ser empleada, al no haber alternativas adicionales. Cfr. Kennedy, Duncan, “A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law”, en Brownsword, Roger *et al.* (ed.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford-Oregon, Hart Publishing, 2011, pp. 190 y 191.

³³⁶ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 294, p. 1178.

nes judiciales coherentes y sus pendientes de conveniencia pública bien definidos. De lograr la configuración minada del campo jurídico, será posible convencer a la audiencia de que el proceso de la toma de decisión corresponde a un sencillo ejercicio de aplicación de la norma; esto es, como un caso que se decide solo.³³⁷

A la visión estrecha de configuración de un campo minado, la sentencia, además, requiere del seguimiento de los principios propios de la racionalidad práctica, como son los principios de universalidad o de justicia formal, de consistencia y coherencia,³³⁸ que den la apariencia de que se han seguido los procedimientos racionales para emitir una decisión de esta naturaleza.

Debidamente comprendidos los alcances de esta restricción, el juzgador puede ver una oportunidad en la exigencia de dichos principios para dar un mayor sustento a la sentencia deseada si es que ésta no se opone significativamente a las exigencias racionales. Con ello, vemos que el campo sobre el cual tiene que trabajar el juzgador no es sólo un campo jurídico, propiamente dicho, sino que además es de carácter racional.

Un factor adicional a considerar para ajustar el sentido de la sentencia es aparentar que con ésta se siguen las exigencias del contexto social, político, cultural y económico en el que se dicta el fallo, lo que nos evidencia la vinculación con la manera en cómo se construye un campo en una época en particular.³³⁹ Así, tenemos un campo adicional para el juzgador, quien buscará dar una respuesta social a los problemas que se ponen a su consideración, y con ello generar un convencimiento a la sociedad de que el sentido de la decisión es el adecuado.

Desde esta perspectiva, la reconfiguración del campo jurídico, si bien exige que su mayor parte esté basada en el conjunto de normas, precedentes y argumentos jurídicos,³⁴⁰ también lo es

³³⁷ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 169.

³³⁸ Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 234, pp. 126-128.

³³⁹ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 195.

³⁴⁰ Para una enunciación de los múltiples argumentos jurídicos que se pueden invocar y la posible dificultad en su invocación (ante la vaguedad e incom-

que éstos en cierta medida guardan una relación con la racionalidad propiamente dicha y con factores extrajurídicos, que exijan la actuación y respuesta del derecho a un problema en particular, y así crear la apariencia de que la sentencia fue una exigencia racional del derecho.

Por lo anterior, se estima pertinente reflexionar en torno a cuatro aspectos involucrados en la decisión judicial: el proyecto vital del juez, el cuerpo de material jurídico, los hechos que rodean al caso y el trabajo que el juez realice con ese material y esos hechos, que en conjunto implican una labor, si bien riesgosa, también permiten ganar credibilidad.³⁴¹

Lo expresado en el presente numeral nos refleja los pasos que el juzgador emplea en aras de llegar a la sentencia deseada. Como se ha indicado, esencialmente Kennedy opta por señalar la reformulación de hechos y reglas jurídicas, con el respectivo empleo de argumentos deductivos y de conveniencia pública, para lograr su cometido, de suerte que la decisión parezca como algo jurídicamente necesario. En esta reformulación no sólo se reitera el interés por explorar la ideología del juzgador, en tanto que determina el sentido de la sentencia a seguir, sino que además incide en cómo se perciben los materiales jurídicos y el campo jurídico en general, y a partir de ello, cómo se les puede dar un significado particular, que evidentemente no puede dejar de lado los requerimientos y exigencias jurídicos.

En este orden de ideas, observamos que Kennedy nos ofrece una explicación de cómo desde el ámbito subjetivo —contenido de ideología, proyectos y aspiraciones que cualquier humano posee— se puede construir un argumento formal —a partir de la percepción del auditorio de lo *necesario* que es el derecho— que justifique la decisión deseada.

La aceptación de la incidencia de la subjetividad del juzgador en la argumentación jurídica nos permite dimensionar y recon-

patibilidad de los argumentos) véase Mendonca, Daniel, *op. cit.*, nota 331, pp. 166-172.

³⁴¹ Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, pp. 212 y 213.

siderar tal actividad en su vertiente ética, y considerar cuáles son las motivaciones del juzgador, y junto con ello valorar las razones que subyacen en dichas motivaciones. De ahí que la argumentación jurídica no sólo requiere de una consideración jurídica —lógica y material—, sino que además se encuentra vinculada con una cuestión ética del juez.

En este sentido, si bien se tiene que seguir avanzando en el estudio y perfeccionamiento de las instituciones jurídicas, que garanticen una auténtica seguridad y armonía social, dicho estudio tiene que estar acompañado de una óptima selección de los juzgadores, con un compromiso ético que sea capaz de conducir las aspiraciones y anhelos de la sociedad a través del derecho, y luchar por la anhelada armonía, paz, bienestar y seguridad.

V. LA SENDA DE LA SENTENCIA DESEADA

Resulta interesante el esfuerzo de Kennedy, de privilegiar el polo subjetivo en el estudio de la decisión judicial, lo que nos permite tener una acercamiento a distintos elementos de análisis, como la percepción del campo, la aproximación del juzgador con los materiales jurídicos, sus habilidades, ingenio y experiencia, además de las motivaciones para actuar, aspectos que generalmente se suelen subestimar en el análisis teórico del razonamiento jurídico.

Bajo este panorama, Kennedy pretende llamar la atención pensando que el análisis jurídico requiere no sólo de la comprensión del material jurídico, sino que también se extiende a la cultura de los jueces, la cual nos permite valorar cómo se construirán los campos jurídicos y cuánto trabajo creen que les implicará realizar las distintas manipulaciones del campo.³⁴² A partir de lo anterior, el profesor de Harvard nos invita a desarrollar una psicología social que permita describir significativamente la manera en que una judicatura, con una serie específica de compromisos

³⁴² *Ibidem*, p. 213.

políticos, interactuaría con ciertos campos que los jueces perciben con poder normativo en direcciones específicas.³⁴³

En este punto Kennedy es claro en que la práctica jurídica no es del todo neutra, en tanto que siempre conlleva un proyecto, una postura o una ideología que los abogados tienen que seguir, para dar forma a acuerdos, fabricar derecho, dar nueva formas de vida social, completar lagunas, resolver conflictos y ambigüedades, entre otras, y en donde el deber del jurista radica en hacer prevalecer los buenos resultados en beneficio de la sociedad.³⁴⁴

En este orden de ideas, las posibilidades de actuación dentro del derecho son más amplias de lo que se pudiera esperar, y el jurista tiene a su alcance múltiples herramientas para actuar y transformar la sociedad a través del derecho.

Así, el seguimiento de la postura de Duncan Kennedy en torno a la decisión judicial abre líneas de investigación alternativas, de suerte que no sólo se reconsideren los pilares sobre los que se asienta el derecho, sino que también sea posible comprender los alcances del actuar de los jueces.

VI. REFLEXIONES FINALES DEL CAPÍTULO TERCERO

En el presente capítulo hemos explorado los alcances de la ideología en la decisión judicial, que corresponde a una de las propuestas de análisis de los *CLS*, y que se enmarca en la temática del cuestionamiento de la neutralidad judicial.

La presencia ideológica se manifestará en un ámbito de libertad del juzgador, que se buscará concretar en la decisión judicial. Al respecto, identificamos tres efectos decisivos del conflicto de las ideologías que se presentan para los grupos involucrados en la decisión judicial, consistentes en que se realiza una definición en favor de un grupo; en el caso concreto, lo decidido en el fallo pasa a

³⁴³ *Ibidem*, p. 214.

³⁴⁴ Kennedy, Duncan, “La responsabilidad de los abogados por la justicia de sus casos”, trad. de Luciana Ekmekdjian, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, Buenos Aires, año 6, núm. 12, 2008, pp. 139 y 140.

ser parte de las reglas de juego de las luchas futuras entre los grupos ideológicos, con la correspondiente legitimación de la decisión.

Frente a este ámbito de libertad encontramos que la naturaleza propia del razonamiento jurídico, las normas y principios jurídicos representan una restricción que impedirá que el juez llegue a la sentencia deseada. Ciertamente, las decisiones judiciales tienen que encontrarse debidamente fundamentadas y motivadas para formar parte del ordenamiento jurídico y surtir plenamente sus efectos.

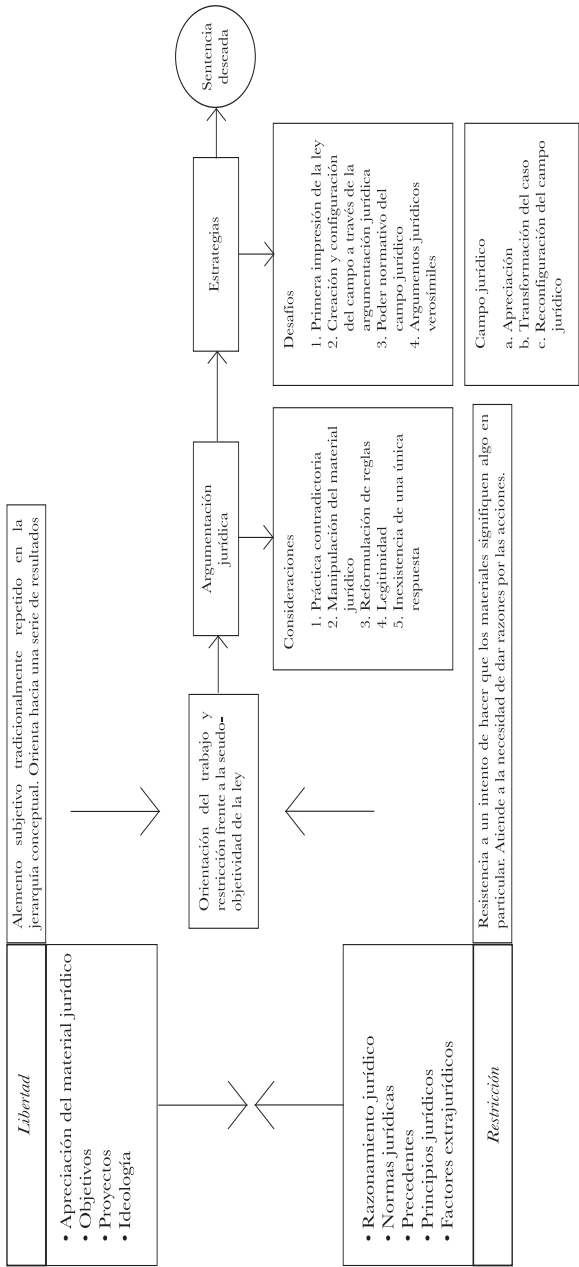
Ante dicha exigencia, Duncan Kennedy nos invita a reflexionar en torno a las estrategias jurídicas desplegadas por el juzgador, así como en la práctica de la argumentación jurídica en este esquema de libertad y restricción de la decisión judicial. Precisamente, la restricción impuesta por el razonamiento, las normas y los principios jurídicos impide que el juez en todos los casos llegue a la sentencia deseada.

El anterior esquema nos ofrece una invitación a reflexionar sobre la incidencia de la ideología en la evolución del derecho y sobre el papel activo que los juzgadores desempeñan en este proceso.

Asimismo, el pensamiento crítico de la decisión judicial ofrece una aproximación particular al tema de la respuesta única de la decisión judicial, en el sentido de que las normas y principios jurídicos por sí mismos no contienen una única solución a una controversia en particular. Al efecto, la indagación y argumentación a partir de hechos, normas y principios jurídicos es fundamental en la búsqueda de la solución a un conflicto determinado, respecto de lo cual los *CLS* ofrecen interesantes categorías de análisis, como el trabajo jurídico, primera impresión de la ley, comportamiento estratégico y reconfiguración del campo jurídico, que amplían los elementos de análisis de las sentencias.

Un último aspecto que estimamos conveniente resaltar a partir de la exposición crítica de la decisión judicial lo encontramos en la necesidad de reforzar el compromiso ético del juzgador, que deberá procurarse acorde a los valores protegidos por el sistema jurídico; así, la educación jurídica y la vinculación del jurista con la sociedad desempeñan un papel clave en dicho compromiso.

ESQUEMA 3. LA BÚSQUEDA DE LA SENTENCIA DESEADA A PARTIR DE LA LIBERTAD Y RESTRICCIÓN



El esquema enuncia los elementos a considerar dentro de la libertad y restricciones a la decisión judicial para llegar a la sentencia deseada.