



# TEORÍA JURÍDICA CRÍTICA NORTEAMERICANA

Una introducción  
a los *Critical Legal Studies*

JORGE ROBLES VÁZQUEZ  
YVONNE GEORGINA TOVAR SILVA



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

TEORÍA JURÍDICA CRÍTICA NORTEAMERICANA  
UNA INTRODUCCIÓN A LOS *CRITICAL LEGAL STUDIES*

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, núm. 300

---

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero  
*Secretario Técnico*

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho  
*Jefa del Departamento de Publicaciones*

María Teresa de Jesús Baena Sánchez  
Miguel López Ruiz  
*Cuidado de la edición*

Javier Mendoza Villegas  
*Formación en computadora*

Mauricio Ortega Garduño  
*Elaboración de portada*

JORGE ROBLES VÁZQUEZ  
YVONNE GEORGINA TOVAR SILVA

# TEORÍA JURÍDICA CRÍTICA NORTEAMERICANA

Una introducción  
a los *Critical Legal Studies*



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

México, 2016

Primera edición: 9 de diciembre de 2016

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-8574-5

*A mi amada esposa Marisela, luz de mi vida  
A mi hija Almudena y mi hijo Matías, con todo mi amor*

Jorge ROBLES VÁZQUEZ

*A Dios  
A mi mamá y papá  
A mi hermana, mi abuelita y tío Raúl*

Yvonne Georgina TOVAR SILVA

## CONTENIDO

Presentación . . . . .	XIII
Socorro APREZA SALGADO	

Introducción . . . . .	XIX
------------------------	-----

### CAPÍTULO PRIMERO

EL SURGIMIENTO DE LOS ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO COMO MOVIMIENTO UNIVERSITARIO . . . .	1
I. Consideraciones iniciales . . . . .	1
II. La historia como conductora de la comprensión de la crítica al derecho . . . . .	2
1. La turbulenta y fragmentada década de los sesenta en los Estados Unidos de América: el inicio del mo- vimiento de los Estudios Críticos del Derecho . . . .	3
2. Tras las huellas de los estudiantes y profesores de Ya- le en el exilio . . . . .	9
3. El sentido de la crítica en la corriente de los Estudios Críticos del Derecho . . . . .	16
III. El legado: el análisis jurídico desde la perspectiva crítica	25
IV. Reflexiones finales del capítulo primero . . . . .	29

## CAPÍTULO SEGUNDO

LA EDUCACIÓN JURÍDICA COMO UNA FORMA DE ACCIÓN POLÍTICA . . . . .	33
I. La ubicación del derecho como un aspecto de la tota- lidad social a partir de la enseñanza del derecho . . . .	33
II. Jerarquía y política en la educación . . . . .	36
1. Las escuelas y facultades de derecho inmersas en la dinámica política. . . . .	36
2. Relaciones de poder dentro de la educación jurídica	37
3. Contenido político en la enseñanza del derecho . . .	40
III. El proyecto educativo de la politización en la enseñan- za del derecho . . . . .	41
1. Generalidades . . . . .	41
2. Programa de la enseñanza del derecho . . . . .	43
3. La comprensión del sentido social en el derecho me- diante el cambio en la educación jurídica. . . . .	49
IV. Reflexiones finales del capítulo segundo . . . . .	51

## CAPÍTULO TERCERO

LA DECISIÓN JUDICIAL EN LA PERSPECTIVA DE LOS ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO . . . . .	55
I. Panorama general . . . . .	55
II. La ideología como parte del comportamiento estraté- gico a seguir en la argumentación jurídica . . . . .	57
1. Generalidades . . . . .	57
2. La noción de ideología detrás de la negación de la cultura jurídica y política . . . . .	58

3. El carácter decisorio de la decisión judicial en los conflictos ideológicos. . . . .	61
III. La libertad y la restricción judicial frente a la neutralidad y aplicación mecánica del derecho . . . . .	64
1. La libertad como vínculo intencional del juzgador con el derecho. . . . .	64
2. La búsqueda del material jurídico como sustento de la sentencia deseada . . . . .	71
A. La restricción impuesta por la ley . . . . .	72
B. Restricción contenida en los precedentes . . . . .	82
IV. La decisión judicial como resultado de la tensión entre la libertad y restricción del juzgador . . . . .	84
1. Consideraciones iniciales. . . . .	84
2. Los argumentos jurídicos y el razonamiento jurídico en el derecho. . . . .	86
3. La decisión judicial a partir de los proyectos vitales del juzgador . . . . .	87
4. Los desafíos en la búsqueda de la sentencia deseada . . . . .	93
A. La primera impresión de la ley. . . . .	93
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 . . . . .	101
C. El poder normativo del campo jurídico . . . . .	110
D. La invocación de argumentos verosímiles . . . . .	114
5. El campo jurídico en el contexto de la decisión judicial . . . . .	115
A. Apreciación del campo jurídico . . . . .	115
B. Transformación del caso en la búsqueda de soluciones alternativas . . . . .	122

C. Reconfiguración del campo jurídico . . . . .	129
V. La senda de la sentencia deseada . . . . .	133
VI. Reflexiones finales del capítulo tercero . . . . .	134

## CAPÍTULO CUARTO

### ENCUENTROS Y DESENCUENTROS CON LOS *CLS*: OTRAS POSTURAS DE LA CRÍTICA JURÍDICA NORTEAMERICANA . . . . .

I. Derecho y género. Una aproximación desde los Estudios Críticos del Derecho al paradigma emergente . . . . .	137
1. La búsqueda de caminos alternativos a partir del problema de la diferencia en la modernidad . . . . .	137
2. Enfoque histórico-jurídico de los estudios de género . . . . .	138
3. Inclusión de la mujer en la creación, interpretación y aplicación del derecho . . . . .	142
4. El estudio en el derecho a partir del enfoque de género . . . . .	146
A. La sociedad compleja, retos nuevos para los estudios de derecho y género . . . . .	146
B. Los estudios de género en el análisis jurídico . . . . .	147
5. Género y derecho. Una propuesta de estudio . . . . .	152
6. Reflexiones finales en torno a los estudios de género . . . . .	154
II. <i>Critical Race Theory</i> (Teoría Crítica de Raza). La crítica radical a los fundamentos del derecho y a la sociedad norteamericana . . . . .	157
1. Generalidades . . . . .	157
2. El anhelo de transformación y cambio en la gestación de los Estudios Críticos de Raza . . . . .	158

3. Cultura, sociedad, derecho y educación como ejes temáticos de los Estudios Críticos de Raza . . . . .	162
4. Consideraciones finales de la Teoría Crítica de Raza	167
Bibliografía . . . . .	171

## PRESENTACIÓN

Me es grato escribir unas líneas de presentación de este estudio monográfico elaborado por Jorge Robles Vázquez e Yvonne Georgina Tovar Silva.

Es preciso señalar que una de las críticas a los *Critical Legal Studies* (en adelante *CLS*), es que siendo uno de los enemigos de la jerarquía no son accesibles para toda la academia; pareciera que como respuesta a esta crítica, los autores de este libro contribuyen a que los lectores puedan adentrarse en otra óptica de concebir el derecho, donde se deja claro que éste no tiene autonomía respecto a los intereses políticos. De ahí su gran interés e importancia, a la par de que son pocos los materiales de este movimiento contemporáneo del derecho que están traducidos al español.

La gran capacidad intelectual de los autores los llevó a estudiar en esta obra los antecedentes de los *CLS*, la crítica a la educación jurídica, la indeterminación del derecho y la decisión judicial, junto con dos teorías críticas que surgen del movimiento, y que se separan de éste, porque no responden a sus críticas: la teoría crítica feminista y la teoría crítica de raza.

Ya Pérez Lledó señaló que los *CLS* —como corriente político-académica— son una plataforma para la izquierda de las facultades de derecho norteamericanas, razón que explica la cohesión de un movimiento intelectualmente tan heterogéneo,<sup>1</sup> y desde esta perspectiva es analizado por los autores en el primer capítulo.

Los autores sitúan de relieve en la crítica de la educación jurídica las características y las críticas de ésta en el contexto de los

---

<sup>1</sup> Pérez Lledó, Juan Antonio, *Critical Legal Studies* y el comunitarismo, p. 138, disponible en <http://es.scribd.com/doc/179164461/Critical-Legal-Studies-y-el-comunitarismo-Perez-Lledo-pdf>

*CLS*. El propio Duncan Kennedy realiza una crítica mordaz a las facultades norteamericanas de derecho, al afirmar que éstas contribuyen a un “entrenamiento ideológico para servir voluntariamente a la jerarquía del Estado de bienestar empresarial”.<sup>2</sup> Los aspectos a los que se refieren los autores resultan especialmente atractivos en la medida en que son perfectamente extrapolables a la situación de las facultades de derecho mexicanas; de ahí que su estudio pueda traducirse en una invitación para que los académicos y los estudiantes visualicen las formas de jerarquía que se reproducen en sus facultades, y con ello, la posibilidad de cuestionarlas y deconstruir estas formas de verticalidad en la propia enseñanza del derecho. Además de ello, como apunta Kennedy, “la negación de la jerarquía es falsa conciencia. El problema no es si la jerarquía está ahí, sino cómo se interpreta y cuáles son sus consecuencias para la acción política”.<sup>3</sup>

Otro de los puntos relevantes de la obra es el análisis de la decisión judicial en la perspectiva de los *CLS*, en el que los autores examinan la incidencia de la ideología como factor adicional en la decisión del juzgador, principalmente desde las posiciones del profesor Duncan Kennedy. Incluso, cuando los autores señalan en los efectos de las sentencias 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”,<sup>4</sup> llegan a mi memoria las acciones de inconstitucionalidad 146/2007, y su acumulada 147/2007, del 28 de agosto de 2008, y la 11/2009 y 62/2009, ambas del 28 de septiembre de 2011,<sup>5</sup> de la Suprema Corte de Justicia de la

---

<sup>2</sup> Kennedy, Duncan, “La educación legal como preparación para la jerarquía”, p. 117, disponible en <http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/La%20educacion%20legal%20como%20preparacion%20para%20la%20jerarquia-Academia.pdf>.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>4</sup> Véase capítulo tercero, “La decisión judicial en la perspectiva de los estudios críticos del derecho”, p. 58.

<sup>5</sup> Las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 fueron promovidas por José Luis Soberanes Fernández, presidente de la Co-

Nación sobre la interrupción del embarazo (que son un ejemplo de situaciones legales similares y que fueron objeto de decisiones distintas).

Sin embargo, no debemos olvidar que los críticos no renuncian a la justificación de la decisión judicial, en la cual se atienden a las normas y principios jurídicos. Igualmente, Duncan Kennedy considera que la argumentación jurídica recae en el juzgador; a tal efecto, los autores revisan el tema de la argumentación jurídica; no obstante, incluyen otro elemento de análisis: las estrategias jurídicas, con objeto de evidenciar que las decisiones judiciales no son tan neutrales, y que además sirven para convencer al público de esa apariencia de legalidad. Frente a ello, plantean la necesidad de mecanismos y criterios de corrección que eviten la utilización del derecho.

En el último capítulo los autores nos ilustran cómo los *CLS* han tenido una influencia en dos teorías que se originan a finales de los ochenta: la teoría jurídica feminista y la teoría jurídica de raza.

En este aspecto la crítica a los *CLS* es de sobra conocida; se trata de un grupo a través del cual se privilegian los valores y concepciones masculinas, y particularmente blancas, a la vez que

---

misión Nacional de los Derechos Humanos, y Eduardo Medina Mora Icaza, procurador general de la República; ambos solicitaron la invalidez de la reforma de diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal, porque despenalizan la interrupción del embarazo en el Distrito Federal durante las doce semanas del embarazo; en las acciones se resolvió la constitucionalidad de la reforma de los artículos del Código Penal para el Distrito Federal. La acción de inconstitucionalidad 11/2009 fue promovida por la Procuraduría de los Derechos Humanos y de Protección Ciudadana del Estado de Baja California, respecto a la reforma de la Constitución Política de su entidad; esta acción no consiguió los ocho votos necesarios del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN), y fue desestimada. Lo mismo sucedió con la acción de inconstitucionalidad 69/2009 promovida por diputados(as) del Congreso del Estado de San Luis Potosí, que tampoco alcanzó los ocho votos. En ambas acciones sólo siete ministros de la SCJN consideraron que las reformas a la protección de la vida en gestación en los estados de Baja California y San Luis Potosí eran inconstitucionales, por tanto, la SCN no declaró la invalidez de estas normas.

reproduce incluso en sus prácticas internas, patrones patriarcales y excluyentes. Debido a ello, muchas de las académicas y académicos que originalmente tuvieron un acercamiento con esta corriente, esperanzados por encontrar un ambiente mucho menos estructurado y jerarquizado que la academia tradicional, con fuentes mucho más cercanas al estudio de problemas propios, fueron alejándose lentamente para buscar sus propios caminos.

En la exposición de la teoría feminista se desprenden ideas de MacKinnon, al exponer elementos de la teoría de la dominación patriarcal; al tiempo de una crítica a la utilización de la igualdad formal como una respuesta, en tanto no se cuestionan las estructuras materiales. No está de más señalar que existe un grupo de feministas críticas “para quienes las herramientas analíticas de los *CLS* son mucho más importantes que el sexismo de sus miembros y, en consecuencia, han entendido que su labor consiste en desarrollar la crítica feminista a partir de esas herramientas y no en contra de ellas”.<sup>6</sup> Al igual que la teoría crítica feminista tilda a los *CLS* por excluir los temas feministas, lo efectúa la teoría crítica de raza, por no tomar en cuenta la situación de las minorías afroamericanas; sin embargo, ambas teorías utilizaron las herramientas teóricas y metodológicas que los *CLS* habían comenzado a incluir en sus análisis en contra de visiones tradicionales sobre el derecho.

Respecto a los puntos que abarcarían los estudios de género enfocados al derecho, los autores señalan cuatro: la revisión de las instituciones jurídicas, una relectura de los textos jurídicos, la crítica al discurso a la igualdad de género y generar una teoría jurídica con un enfoque de género. De estos cuatro temas, desde mi punto de vista, se desprenden los retos, la reproducción de formas de dominación y las limitaciones del derecho. Cierran esta primera parte con la propuesta de incorporar como un curso

---

<sup>6</sup> García Villegas, Mauricio *et al.*, “Estudio preliminar. Introducción”, en *Crítica jurídica. Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, trad. de Magdalena Holguin, Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, 2005, p. 45.

monográfico en el décimo semestre de género y derecho, en la Facultad de Derecho de la UNAM.

Después del estudio de la teoría crítica feminista por los autores, en la parte final de su investigación presentan un panorama general de los antecedentes, la vinculación de los Estudios Críticos de Raza con los *CLS*, junto con los temas que aborda esta teoría. Una de las cuestiones que cabe señalar es la relativa a los dos intereses compartidos por los críticos raciales: indagar cómo el régimen de supremacía blanca se instala y se mantiene en los Estados Unidos y cuál es el rol de los conceptos jurídicos, como el Estado de derecho y la igualdad en el mantenimiento de este régimen de dominación social, a la par de modificar la relación de subordinación y las normas jurídicas que la soportan.<sup>7</sup> Por último, mencionan a la corriente derivada de esta teoría: los *LatCrit*, esto es posible, porque se “concibe la raza como una experiencia de opresión, como una historia de exclusiones sistemáticas de los privilegios de la ciudadanía, entonces, en ese caso, los/las latinos/as deben ser considerados (as) como una raza”.<sup>8</sup>

El resultado del esfuerzo de los autores del libro en comento es muy valioso para los lectores, a la vez de alentador, porque es un repaso de los *CLS*, hecho de forma rigurosa, como se pondrá de manifiesto en las páginas siguientes. Por tanto, es importante acercarse a una visión crítica del derecho, principalmente, porque las visiones tradicionales se esfuerzan por perfeccionar el sistema, donde en ocasiones el problema es el sistema, no sus imperfecciones. Por ello, las visiones críticas que se estudian aquí son necesarias en un país como el nuestro, con procesos de reestructuración tan amplios.

Socorro APREZA SALGADO

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 34.

## INTRODUCCIÓN

El pensamiento jurídico es muy amplio y rico con múltiples perspectivas, lo que implica una ardua tarea académica. En el campo de la filosofía y teoría del derecho se revela con mejor claridad esta aseveración. El presente trabajo pretende brindar una presentación de los llamados *Critical Legal Studies (CLS)*, movimiento intelectual jurídico-político que se originó en la década de los sesenta y setenta del siglo XX, con características disímboles, pero con una visión fresca y renovada de lo jurídico.

Los *CLS* constituyen una postura crítica desde diversas perspectivas, ya sea desde la posmodernidad, pasando a una crítica política o incluso una crítica desde la perspectiva de género o raza. Como movimiento originado en ciertas universidades de los Estados Unidos, refleja su visión y problemáticas particulares, lo cual no implica que sus herramientas teóricas sean utilizadas por otros lectores.

La presente obra también trata de servir como un material de apoyo para los cursos de teoría del derecho y filosofía del derecho que se imparten en la Facultad de Derecho de la UNAM, de la que somos parte, tratando de facilitar la búsqueda de los materiales para el desarrollo de estos autores, que por increíble que parezca se desconocen (en muchos casos) en nuestro medio académico.

El trabajo se conforma de cuatro partes. La primera presenta a los *CLS*, su origen y desenvolvimiento en los Estados Unidos de América; la segunda abarca una parte muy conocida de los *CLS*, como lo es la crítica a la educación jurídica; la tercera desarrolla la crítica a la decisión judicial y a la argumentación jurídica desde

la perspectiva de Duncan Kennedy, y finalmente, la cuarta expone brevemente el tema de la crítica feminista y la crítica de raza, inicialmente acogidas bajo la corriente de los *CLS*.

Buscamos con el presente trabajo, familiarizar al lector con autores y temas propios de los *CLS* y presentar diversas líneas de estudio que se han trabajado en otras latitudes; crítica jurídica que en México podemos aprovechar. De igual forma, es necesario especificar que los *CLS* brindan una visión multidisciplinaria de cómo abordar lo jurídico, no necesariamente desde la gran teoría, sino con herramientas agudas que permitan la crítica jurídica y el posterior replanteamiento del derecho mismo.

La tarea del estudioso del derecho es indagar todos los caminos posibles de reflexión que se han elaborado sobre lo jurídico. Con la presente publicación pretendemos hacer un acercamiento a la lectura y estudio de los autores de los *CLS*, y con esto mostrar un gran abanico de posibles líneas de investigación y reflexión jurídica. Asimismo, queremos poner a discusión un enfoque contemporáneo del pensamiento jurídico de finales del siglo XX, el cual consideramos tiene aún mucha materia por analizarse. Reiteramos que el presente estudio está dirigido especialmente a los alumnos como un material de apoyo para sus clases, escrito con fines de divulgación. Una investigación profunda de cada una de las temáticas de los *CLS* desbordaría los objetivos del presente trabajo, pero sí constituye una invitación a realizar dicha tarea.

La filosofía y la teoría del derecho son los pilares donde se forman a los juristas. Ante este panorama, la reflexión iusfilosófica constituye ese elemento que permite adentrarse en los problemas jurídicos en donde la ley es limitada para darnos una respuesta. Debemos fomentar una formación humanista en las nuevas generaciones de abogados, y esto se logra en gran medida gracias a la reflexión filosófica del derecho.

El jurista debe encerrar un saber no sólo técnico-legal, sino una visión teórica y filosófica sobre lo jurídico, para determinar

## INTRODUCCIÓN

XXI

las fortalezas y debilidades del mismo, o divisar alguna nueva idea que dé respuesta a las exigencias sociales de nuestro tiempo. La formación iusfilosófica constituye el elemento y fuente donde encuentran sustento los juristas.

## CAPÍTULO PRIMERO

# EL SURGIMIENTO DE LOS ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO COMO MOVIMIENTO UNIVERSITARIO

### I. CONSIDERACIONES INICIALES

Los Estudios Críticos del Derecho (*CLS*, por sus siglas en inglés, *Critical Legal Studies*) irrumpen en el pensamiento jurídico norteamericano como un movimiento universitario académico surgido en la década de los sesenta, que obedece a una reacción ante el clima de desigualdad y violencia, geográficamente delimitada a los Estados Unidos de América, cuyos principales antecedentes los encontramos en los estudios de tipo sociojurídico del llamado “realismo jurídico norteamericano”.

Bajo esta postura, se invita a reflexionar sobre el uso dado al derecho, y su vinculación con aspectos de carácter político, económico y social, perceptibles incluso desde el ámbito de la academia jurídica. Igualmente, esta corriente nos exhorta a dimensionar lo inacabado que resulta el conocimiento jurídico, siempre sujeto a múltiples reflexiones, y en el que incluso aspectos como la raza y el género juegan un papel importante en la concepción del derecho.

Más allá de la denuncia, esta corriente de pensamiento ofrece una posibilidad de actuación dentro del marco de las normas e instituciones jurídicas a partir de un sentido de la justicia.

En este tenor, en el presente capítulo abordaremos el contexto histórico en que surgieron los Estudios Críticos del Derecho en los Estados Unidos de América, a efecto de comprender las

razones por las cuales este grupo inicia la tarea de cuestionar los fundamentos de la disciplina jurídica, así como las prácticas jurídicas. De igual manera, analizaremos la dinámica con que se desarrolló el movimiento, inicialmente reducida a una serie de reuniones académicas de un grupo de amigos de la “izquierda”, y que después se convirtió en una red más extensa de académicos y practicantes del derecho, quienes compartían su pensamiento en diversos artículos y ensayos jurídicos.

Observaremos que la corriente en análisis ofrece una óptica del derecho que nos invita a tener conciencia sobre lo limitado del conocimiento jurídico,<sup>1</sup> y exhorta a considerar que más allá de la comprensión aislada de normas y principios jurídicos, requerimos la vinculación del derecho con la política, la economía, la historia, los valores, la vivencia, la experiencia, y, desde luego, la filosofía, que se conjuntan igualmente en el análisis jurídico.

## II. LA HISTORIA COMO CONDUCTORA DE LA COMPRESIÓN DE LA CRÍTICA AL DERECHO

Sin duda, los sucesos históricos inciden en la noción del derecho en un momento dado. En cierta forma, la conciencia jurídica y la concepción del derecho mismo se vinculan a los acontecimientos presentes en un tiempo y espacio físico determinados.<sup>2</sup> Así, resulta conveniente ubicar el contexto político, social, económico y cultural en la aproximación al estudio de la doctrina jurídica, a fin de entender en todo su esplendor el entorno bajo el cual los tratadistas externaron sus ideas acerca del derecho.

La referencia al contexto histórico en el estudio es de particular interés en el análisis de los Estudios Críticos del Derecho. En efecto, detrás de ese aparente descontento y rebeldía que se

---

<sup>1</sup> Nieto, Alejandro y Gordillo, Agustín, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 61 y 62.

<sup>2</sup> Kennedy, Duncan, “Three Globalizations of Law and Legal Thought”, en Trubek, David y Santos, Álvaro (ed.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006, pp. 25-71.

podiera esconder bajo la crítica jurídica subyace un anhelo de denuncia y lucha por mejores condiciones de vida política, económica y social por parte de profesores y estudiantes norteamericanos de la década de los años sesenta y setenta, insatisfechos por las contradicciones y diferencias que la posguerra proyectaba en los Estados Unidos de América.

De esta manera, la historia es una pieza clave que nos auxiliará en la comprensión del sentido de la crítica al derecho que sostienen los representantes de los *CLS*, motivo por el cual estimamos conveniente dar un panorama breve del contexto en el cual surge esta corriente de pensamiento jurídico.

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

Resultaría insignificante dedicar línea alguna para aludir a una serie de despidos, confrontaciones y escándalos acontecidos en una de las universidades más prestigiosas del mundo a inicios de la segunda mitad del siglo veinte. Sin embargo, la situación cambia si nos referimos al despido de los entonces jóvenes profesores de la Universidad de Yale: Richard Abel, Lee Albert, John Griffiths, Robert Hudec, Larry Simon y David Trubek, y que precisamente derivó de la inconformidad de dichos académicos por las circunstancias políticas y sociales a finales de los años sesenta y principios de los setenta, suceso que marcaría el inicio del movimiento de los Estudios Críticos del Derecho.<sup>3</sup>

Más allá del extravagante y osado estilo de vida y de cultura con el que podemos ubicar a los Estados Unidos en la década de los sesenta,<sup>4</sup> una mirada a aquella nación nos muestra la presencia

---

<sup>3</sup> Pérez Lledó, Juan A., *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 51-59.

<sup>4</sup> Sobre el estilo de vida y cultura en la década de los sesenta, véase Rielly, Edward J., *The 1960s. American Popular Culture through History*, Connecticut-Londres, Greenwood Press, 2003, pp. 23-37, 75-89 y 151-181.

de la contradicción y las apariencias en la vida cotidiana de aquella época. En efecto, frente al crecimiento económico, el bienestar y la industrialización de los Estados Unidos y a la expansión del Estado liberal norteamericano, encontramos que más de una cuarta parte de los habitantes de aquel país se localizaban en la línea de la pobreza, a lo que habría que añadir las desigualdades sociales derivadas de la migración, la segregación racial y de género.<sup>5</sup>

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

Era relativamente fácil para los norteamericanos blancos de clase media, de la década de 1950, pensar que el mundo que ellos conocían —de crecimiento económico, de prosperidad personal y de homogeneidad cultural— era el mundo que prácticamente todos los norteamericanos conocían; y que los valores y los postulados que ellos compartían eran los que la mayoría de los ciudadanos compartían también. Pero tales suposiciones eran falsas. Incluso en la misma clase media había gran descontento entre las mujeres, los intelectuales, los jóvenes y otras personas que consideraban que la cultura consumista de su clase social era insatisfactoria, hasta cierto punto, e inclusive embrutecedora. Lo más importante fue que grandes grupos de norteamericanos se quedaron por fuera del círculo de la abundancia y no disfrutaban del bienestar de la clase media ni compartían muchos de sus valores.<sup>6</sup>

A pesar de la indiferencia de una parte de la población, se presentan significativas reacciones por parte de ciertos grupos sociales para denunciar el ambiente de desigualdad y contradic-

---

<sup>5</sup> Henretta, James A. *et al.*, *America's History*, 3a. ed., Nueva York, Worth Publishers, 1997, pp. 893-923.

<sup>6</sup> Brinkley, Alan, *Historia de Estados Unidos. Un país en formación*, 3a. ed., trad. de Carlos Julio Briceño y Félix A. Esquivia M., México, McGraw-Hill Interamericana, 2003, p. 926.

ción que privaba en aquella época, que comprendían desde las crecientes presiones de los afroamericanos y de otras minorías, protestas contra la pobreza y el desempleo, hasta la lucha por la igualdad de género, además de las múltiples muestras de inconformidad por las acciones bélicas y armamentistas de los Estados Unidos, que en suma recogían diversas inquietudes reprimidas tiempo atrás.<sup>7</sup>

A los problemas sociales mencionados, es preciso añadir la crisis de autoridad (o de racionalidad política) experimentada en la década de 1960 tras el inicio de las acciones bélicas bajo las órdenes del presidente Lyndon Johnson, el asesinato del candidato del Partido Demócrata, Robert F. Kennedy, en 1968, y la crisis del Estado durante el mandato de Richard Nixon. Dicha crisis se tradujo en cierto recelo hacia el gobierno federal y sus instituciones,<sup>8</sup> así como en cierta inclinación a creer en interpretaciones conspiratorias de la política.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Dentro de este tipo de protestas sociales, de innegable importancia, resulta la llamada “revolución por los derechos civiles” (1954-1965), integrada por las minorías que buscaban su reconocimiento en la sociedad norteamericana, así como mayor integración en la vida política, económica, social y cultural del país. Esta “revolución” se caracterizó por contar con el apoyo del gobierno federal y del estamento judicial, que en opinión de Philip Jenkins, esta circunstancia obedeció a un interés de los Estados Unidos de ganar la amistad de colonias antiguas, estigmatizadas por la discriminación y la violencia raciales, lo cual beneficiaría la cruzada anticomunista mundial. Siguiendo a este mismo autor, las actuaciones del gobierno en casos como *Brown vs. Board of Education of Topeka* explican en gran medida la difusión y el relativo progreso este tipo de activismo, en aras de eliminar la opresión racial, que era un poderoso instrumento de propaganda comunista tanto en Europa como en el Tercer Mundo. Cfr. Jenkins, Philip, *Breve historia de los Estados Unidos*, 3a. ed., trad. de Guillermo Villaverde López, Madrid, Alianza Editorial, 2009, pp. 330-336.

<sup>8</sup> Durante esta etapa el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América mantuvo un papel activista, símbolo del nuevo liberalismo social (contrario a su tradicional papel de bastión reaccionario), y en el que se decidieron casos relevantes, que comprenden desde aspectos sociales como en *Brown*, *Miranda*, *Mapp*, hasta cuestiones morales y de conducta personal, como el caso de *Brandenburg* (1969), *Roe vs. Wade* (1973), entre otros. *Ibidem*, pp. 360-362.

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 341-360.

Así, se gesta la llamada era de la “izquierda política”, o la “nueva izquierda”,<sup>10</sup> integrada con la finalidad de crear la nueva comunidad del “pueblo”, que se levantaría para contrarrestar el poder de las elites, exigir la terminación de la guerra de Vietnam, reivindicar la justicia racial y económica, así como para transformar su vida política.<sup>11</sup>

Uno de los grupos que con mayor ahínco participó en este ambiente de protestas fue el integrado por los estudiantes y profesores jóvenes, quienes hacían extensiva la crítica al sistema político y económico a las propias instituciones educativas, acusadas de mantener políticas públicas que ellos consideraban corruptas o inmorales. Dichas protestas fueron objeto de censura, amenazas y represión, particularmente por parte de profesores veteranos y conservadores.<sup>12</sup>

Con lo anterior, podemos observar que la sensibilidad y preocupación por los problemas sociales del país se ubica no sólo entre los sectores más desprotegidos de la sociedad, sino que incluso se extiende a sectores como la clase media, estudiantes y profesores jóvenes, lo cual conllevó que la protesta alcanzara formas de expresión distintas de las conocidas movilizaciones sociales.

---

<sup>10</sup> La Nueva Izquierda debe contextualizarse en el movimiento surgido en las décadas de los sesenta y setenta. Carentes de un líder único, apoyado por individuos de diversos grupos sociales y con ideología multifacética, quienes se adscribían a este movimiento tenían en común la oposición a la guerra de Vietnam, la lucha contra la discriminación racial y la pobreza, la desaprobación por la carrera armamentista que continuaba su curso en los Estados Unidos de América, el interés común por luchar por los derechos civiles para todos y la búsqueda por cambios radicales en el sistema político y económico de la nación norteamericana. La actuación de la Nueva Izquierda enarboló las banderas de la protesta, reforma, cambio (más que la revolución), individualismo y libertad. La influencia de este grupo decayó al término de la guerra con Vietnam y ante el conservadurismo que aquella nación políticamente comenzaba a implementar. La referencia a la Nueva Izquierda se pretende distinguir de la llamada “Vieja Izquierda”, integrada por los miembros del Partido Comunista y Socialista. *Cf.*: Plano, Jack C. y Greenberg, Milton, “New Left”, *The American Political Dictionary*, 9a. ed., Fort Worth, Harcourt Brace College Publishers, 1993, pp. 85 y 86.

<sup>11</sup> Brinkley, Alan, *op. cit.*, nota 6, p. 976.

<sup>12</sup> Pérez Lledó, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 3, pp. 51-54.

Con la participación del sector estudiantil y de los jóvenes profesores universitarios de las facultades y escuelas de derecho, la protesta e inconformidad se extendió a la propia producción académica en materia jurídica, que radicalizó postulados del realismo jurídico norteamericano<sup>13</sup> y se exhortaba a hacer teoría social — inicialmente bajo los postulados de Carlos Marx y Max Weber— que incluyera la comprensión del derecho como fenómeno social y de crítica de la sociología del derecho.<sup>14</sup> Para tales efectos, se realizaron múltiples reuniones, círculos de lectura, talleres y discusiones para reflexionar en torno a teoría social del derecho.<sup>15</sup> El más trascendente sería el seminario “Derecho y modernización”, bajo el cual se gestaría el movimiento de los Estudios Críticos del Derecho,<sup>16</sup> que constituye nuestro objeto de estudio.

En el marco de esta rebeldía y radicalización de estudiantes y profesores, las autoridades académicas de la Universidad de Yale<sup>17</sup> procedieron con el despido de los principales orquestado-

---

<sup>13</sup> El giro hacia el realismo jurídico norteamericano representó un gran desafío para los entonces inconformes profesores de la Universidad de Yale, en virtud de que implicaba el abandono de los estudios jurídicos orientados hacia el *policy analysis*, el estilo *New Deal* con el que la academia había absorbido el realismo jurídico, con base en los cuales los problemas de indeterminación asociados al formalismo clásico podían resolverse recurriendo a una forma de “ingeniería social” que creía encontrar en las ciencias sociales la fuente de solución de los conflictos que la mera aplicación formal de las reglas no podía resolver. *Ibidem*, p. 52.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> De particular importancia reviste en nuestro análisis el carácter de “movimiento” que adquieren los Estudios Críticos del Derecho. Se estima que con esa caracterización se permite comprender la manera en que al interior de dichos Estudios puedan convivir tesis sociológicas, filosóficas y antropológicas, sin que necesariamente exista uniformidad alguna. *Cfr.* Carrino, Agostino, “Solidaridad y derecho. La sociología jurídica de los «Critical Legal Studies»”, trad. de Elena Beltrán Pedreira, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 12, 1992, p. 11.

<sup>17</sup> Los enfrentamientos entre los profesores más jóvenes y veteranos no sólo versaban sobre dimensiones sobre cuestiones políticas, sino que incluso se acercaban diferencias en cuanto al tipo de teoría del derecho seguir, si habría que pensarse el derecho bajo una teoría social. Asimismo, los hechos de la época daban lugar a pensar el derecho de una manera distinta a la enseñada en la

res de la revuelta: Richard Abel, Lee Albert, John Griffiths, Robert Hudec, Larry Simon y David M. Trubek, conocidos como la “Mafia Radical de la Facultad de Derecho de Yale en el Exilio”.<sup>18</sup>

Hasta este punto podemos constatar que en un primer momento la forma del pensamiento de los *CLS* obedece a una reacción de desconfianza y descontento con el poder político, que había manifestado desaciertos, desinterés, apatía, encubrimientos y represión, a lo que posteriormente se incorporaron los elementos teóricos y filosóficos que sustentaran sus posturas.

Así, la comprensión de la historia de los Estados Unidos de América en la década de los sesenta y setenta<sup>19</sup> en la gestación de los *CLS* nos invita a reconsiderar el contexto político, económico, social y cultural en el estudio del derecho,<sup>20</sup> lo cual representa un referente interesante para conocer la evolución de la problemática jurídica y las soluciones que en un momento dado se han considerado pertinentes.

---

Universidad. Véase Tushnet, Mark, “Critical Legal Studies: A Political History”, *The Yale Law Journal*, New Haven, vol. 100, núm. 5, marzo de 1991, pp. 1530-1534.

<sup>18</sup> Pérez Lledó, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 3, p. 54.

<sup>19</sup> Sobre el particular, estimamos conveniente citar las palabras del italiano Agostino Carrino, para destacar el papel de los integrantes de los Estudios Críticos del Derecho, en el contexto de las “intemperancias” de los *CLS* de la década de los sesenta: “los *CLS* no son marxistas y es necesario prestar atención a esto. No se trata de herederos del sesenta y ocho que han conquistado posiciones importantes en prestigiosas universidades americanas, sino de estudiosos serios que se abandonan en ocasiones a intemperancias que algunos han calificado como «pueriles». Bienvenidas sean estas intemperancias si pueden servir para provocar discusiones y para crear momentos de reflexión crítica”. *Cfr.* Carrino, Agostino, *op. cit.*, nota 16, p. 117.

<sup>20</sup> Es pertinente contextualizar el pensamiento implícito en los Estudios Críticos del Derecho, a efecto de no incurrir en exageraciones y malas interpretaciones, pues en ningún momento esta corriente pretende aplicar la crítica como “remedio” contra la dictadura franquista ni se constituye como un enemigo de la “democracia” y el “liberalismo”, u otro problema análogo. Véase Calsamiglia, Albert, “La retórica de los *Critical Legal Studies*: impresiones de un lector español”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 11, 1992, pp. 295 y 296.

Asimismo, es interesante observar cómo en un principio lo que pareció una simple reacción aislada de académicos contra la conducción del Estado y la desigualdad social y económica que se vivía los años sesenta,<sup>21</sup> posteriormente se convertiría en una corriente de pensamiento jurídico que nos ofrecería una perspectiva diferente de concebir al derecho, al sensibilizarnos con la vinculación del derecho con la política, y mantener una actitud de constante reflexión y crítica de los pilares sobre los que se asienta el mundo jurídico.

## 2. *Tras las huellas de los estudiantes y profesores de Yale en el exilio*

El despido de la llamada “Mafia Radical de la Facultad de Derecho en Yale en el Exilio” fue insuficiente para detener el ánimo de lucha, denuncia y cuestionamiento que estos jóvenes representaban. En esta ocasión, la Universidad de Yale cedería su protagonismo a otros centros universitarios, principalmente a la Universidad de Harvard y la Universidad de Wisconsin en Madison.

En efecto, el liderazgo de David M. Trubek y de su discípulo, Duncan Kennedy, además del contacto e identificación política de izquierda de los profesores universitarios,<sup>22</sup> serían factores clave para la conformación del movimiento de los *CLS*. Así, bajo los coloquios y conferencias enmarcados inicialmente dentro de la tendencia progresista del *Law & Society Movement*,<sup>23</sup> se discutían ideas y trabajos en torno al derecho y a la educación jurídica.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> Pérez Lledó, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 3, pp. 64-66.

<sup>22</sup> El grupo pronto fue enriqueciéndose con el apoyo de profesores como Morton Horowitz, Richard Abel, Roberto Mangabeira Unger, entre otros. *Cfr.* Fortier, Adolfo, “El «Critical Legal Studies Movement» en los Estados Unidos de América”, *Universitas*, Bogotá, núm. 81, 1991, pp. 189 y 190.

<sup>23</sup> Friedrichs, David O., *Law in our Lives. An Introduction*, 2a. ed., California, Roxbury Publishing Co., 2006, pp. 118-141.

<sup>24</sup> Pérez Lledó, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 3, pp. 58-61.

Dos temas en particular serían objeto de atención en los primeros encuentros, a saber: 1) la intención de una investigación social científica del derecho, siguiendo el pensamiento de Max Weber, la cual bien se podría concretar en las premisas de que “toda acción jurídica debe entenderse en términos de categorías y propósitos extrajurídicos” y la contraposición del “derecho en acción” frente “al derecho en los libros”, y 2) el carácter ideológico de la doctrina jurídica, según la cual el derecho es un instrumento de dominación social, económica y política, tanto en el sentido de favorecer los intereses concretos de los dominadores como en el de legitimar el orden existente.<sup>25</sup>

Esta diversidad de posturas nos ilustra una de las notas características del movimiento de los Estudios Críticos del Derecho, consistente en reunir una amplia gama de temas bajo posturas metodológicas y epistemológicas distintas. Su cohesión política no surge por la adhesión a una teoría política elaborada, sino a valores y actitudes de “izquierda” compartidos o por un activismo en disputas políticas que se presentan cotidianamente.

Con el objetivo de localizar y ofrecer una plataforma de discusión y análisis sobre temas comunes dentro de las facultades de derecho, y bajo cierta predisposición política o cultural en general,<sup>26</sup> se organizó la primera Conference on Critical Legal Studies, en 1977, en Madison, Wisconsin.

Esta conferencia forma parte de lo que Duncan Kennedy concibe como la “intervención” de los *CLS* que, políticamente,

---

<sup>25</sup> Los temas que inicialmente fueron objeto de atención del movimiento nos ofrecen una “escisión doctrinaria” entre David M. Trubek y Duncan Kennedy, ya que mientras el primero centraría sus esfuerzos en la búsqueda de una teoría social que explique al derecho, el segundo enfocaría su atención en la idea del derecho como instrumento de dominación. *Ibidem*, pp. 56-58.

<sup>26</sup> Dentro de la evolución de los Estudios Críticos del Derecho, podemos constatar cómo en un primer momento los círculos de reunión eran exclusivos del grupo de conocidos de Trubek y/o Kennedy, al grado de que la convocatoria para la primera Conference on Critical Legal Studies se basó únicamente en las cartas de invitación individuales. Con el paso del tiempo, este círculo de discusión se amplió en los años siguientes hasta adquirir un carácter flexible y abierto. *Ibidem*, pp. 59-68.

se manifiesta en aspectos como la formación de “facciones de izquierda” en varias facultades, la publicación en las revistas académicas de nueva literatura jurídica, la organización de “colonias de vacaciones” de discusión de investigaciones y lectura de clásicos, celebración de congresos, y la constitución de una “red” nacional de apoyo a tales actividades,<sup>27</sup> y el intercambio de ideas de izquierda en torno al derecho, bien en defensa —o ataque— del empleo de la ciencia social en el derecho, bien del marxismo científico o crítico.<sup>28</sup>

Pronto se manifestaría la aceptación de los asistentes por la dinámica que los debates y la discusión de la primera Conferencia on Critical Legal Studies, factor que consolidó las bases de los Estudios Críticos del Derecho, que gradualmente fue incorporando adeptos y simpatizantes, más allá de aquel círculo de amistades de la primera conferencia.

Kennedy identifica a esta etapa como “el mito de la edad de oro del movimiento”, en donde se gestaron las primeras líneas de reflexión para generar una corriente de pensamiento jurídico.<sup>29</sup> En efecto, las reuniones y conferencias en torno a los Estudios Críticos del Derecho conllevaron una amplia y variada producción intelectual, con resonancia en los Estados Unidos

---

<sup>27</sup> Kennedy, Duncan, “Nota sobre la historia de los CLS en los Estados Unidos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, 1992, p. 283, <http://www.duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Nota%20sobre%20la%20Historia%20de%20Cls%20en%20los%20Estados%20Unidos.pdf>.

<sup>28</sup> La controversia y debate nunca fueron ajenos al movimiento. Desde la primera conferencia una serie de alianzas y oposiciones se suscitaron en la temática de discusión, encontrándose al grupo de Trubek (grupo A), a Kennedy (grupo B) y a Tushnet (grupo C), bajo la siguiente línea de debate: 1) A + B vs. C: sustentada por la mayoría de los sociólogos del derecho más o menos disidentes, interesados en atacar al marxismo ortodoxo de Tushnet; 2) A + C vs. B: en este grupo el marxismo científico tenía un potencial aliado entre los que practicaban la ciencia social. Se enfatizó el elemento material frente al idealismo tradicional, y 3) B + C vs. A: se da una alianza entre el marxismo científico y el marxismo crítico, al considerar que el capitalismo es el mal del mundo. *Cfr.* Pérez Lledó, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 3, pp. 60 y 61.

<sup>29</sup> *Cfr.* Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 27, p. 285.

de América<sup>30</sup> y un posterior intercambio de ideas entre la crítica norteamericana y la europea.<sup>31</sup>

La apertura y diversidad siguieron presentes en el desarrollo y evolución de los *CLS*. Ciertamente, la inclusión de nuevos adeptos en el transcurso del tiempo contribuyeron a que este grupo abordara los más variados temas, desde la inicial crítica a la educación jurídica, la indeterminación del derecho y la decisión judicial, hasta el feminismo y la crítica de género y de raza.<sup>32</sup> Asimismo, hacen su aparición nuevos elementos teóricos, acompañados de la radicalización o moderación de posturas, que consolidan el complejo y diversificado carácter de los *CLS*.<sup>33</sup>

En esta dinámica, los simpatizantes del movimiento encontraron un “lugar” común<sup>34</sup> para un tipo de pensamiento que desafiaba al orden establecido e incluso a la academia misma.

---

<sup>30</sup> Además de las universidades de Harvard y Madison, el eco de los Estudios Críticos del Derecho resuena en cierta medida en las escuelas de leyes de Stanford, Georgetown, Washington College of Law, State University of New York, Cardozo Law School, New England Law School and University of California, Los Angeles. *Cfr.* Pérez Lledó, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 3, pp. 61 y 62.

<sup>31</sup> *Ibidem*, pp. 68-87.

<sup>32</sup> La diversidad de temas jurídicos, así como los enfoques multidisciplinarios de los autores críticos, justifican la denominación de los “estudios”. Como comenta César Rodríguez, los CLS no son un sistema teórico ni tampoco forman una “gran teoría”, sino que se integran por una red de trabajos que hacen crítica de objetos específicos (crítica local), bajo un espíritu plural de quienes se adhieren a esta forma de pensamiento jurídico. *Cfr.* Rodríguez, César, “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial”, en Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial. Una fenomenología crítica*, trad. de Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana-Ediciones Uniandes-Instituto Pensar-Siglo del Hombre Editores, 1999, pp. 36-39.

<sup>33</sup> Pérez Lledó, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 3, pp. 62-64.

<sup>34</sup> En opinión de Mark Tushnet, los Estudios Críticos del Derecho metafóricamente representan una *locación política*, que agrupa a personas de izquierda que comparten el proyecto de defender y extender el dominio de la izquierda en la academia jurídica. Para este grupo, el campo de batalla se ubica en la academia, más que en la política electoral, por ejemplo. *Cfr.* Tushnet, Mark, *op. cit.*, nota 17, pp. 1515-1519.

Si bien no podemos pensar que todas las posturas de izquierda habrían de simpatizar con los Estudios Críticos del Derecho, en cierta medida consideramos que este movimiento proporcionó un punto de encuentro en el cual debate de lo “prohibido” podría llevarse a cabo sin la censura, la desconfianza, la intolerancia y la posible represión.

En palabras de Juan Antonio Pérez Lledó:

Uno de los principales méritos que hay que reconocer a CLS es el de haber logrado sacar a la luz a buena parte de ese colectivo hasta entonces amorfo y desapercibido, conectándolo entre sí, proporcionándole una cierta cohesión sin «encauzarlo», ofreciéndole una mínima estructura organizativa y de apoyo profesional y personal, y prestándole una voz que se hiciera oír dentro (e incluso fuera) de las facultades de Derecho.<sup>35</sup>

En ese ambiente de relativa confianza, continúa la elaboración de artículos y obras colectivas de carácter crítico. Ante las crecientes dimensiones de los *CLS*, nuevamente las universidades comienzan a tomar medidas (enfrentamientos, despidos de profesores y denegación de plazas académicas, bajo una “discriminación ideológica”) para contrarrestar la expansión del movimiento.<sup>36</sup>

Por lo anterior, encontramos un desarrollo particular de la gestación de los *CLS*, en donde vemos como constante la postura crítica a la práctica y a la academia jurídica de los representantes de dicho movimiento y un rechazo generalizado por parte de cierto sector de la academia.

Esquemáticamente, Duncan Kennedy nos ofrece la evolución de los Estudios Críticos del Derecho,<sup>37</sup> en los términos que a continuación se mencionan:

— Primera etapa (1977 hasta 1983). Se caracteriza por:  
1) la oposición de la mayoría al carácter reaccionario

<sup>35</sup> Pérez Lledó, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 3, p. 64.

<sup>36</sup> *Ibidem*, pp. 79-87.

<sup>37</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 27, pp. 287 y ss.

- de la pedagogía de sus colegas; 2) el rechazo a procedimientos y criterios que limitan el acceso de las mujeres y minorías raciales al medio universitario; 3) la oposición al reforzamiento por medio de la enseñanza de las jerarquías sociales, y, en particular, las profesionales, y 4) el descontento por la exclusión de las cuestiones de justicia económica, social, racial y sexual de los programas de estudios, exclusión que parece favorecer al *statu quo*.
- Segunda etapa (inicia en 1983). Inicia con el debate sobre los derechos de las persona (*rights debate*), lo que da origen a tres principales grupos dentro de los *CLS*: 1) los abogados activistas de izquierda que se interesan por las cuestiones teóricas del derecho, 2) las profesoras feministas que quieren superar el feminismo liberal, y 3) los miembros de minorías raciales que formulan una base teórica para una nueva línea de acción militante contra el racismo.
  - Tercera etapa (comienza en 1992). Se caracteriza por los debates europeos sobre la posmodernidad, el postestructuralismo, el feminismo radical, la teoría crítica de la raza, las teorías críticas de la orientación sexual y del poscolonialismo.

A decir tanto de sus propios representantes como de los juristas externos al movimiento,<sup>38</sup> en general, éste se encuentra en un periodo de “estancamiento”, en tanto que ya no se constata la dinámica de las reuniones de estudiantes y profesores en la discusión crítica que se desarrolló durante la década de finales de los sesenta y principios de los noventa.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Kaufmann, Arthur, *Filosofía del derecho*, 2a. ed., trad. de Luis Villar Borda y Ana María Montoya, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 110.

<sup>39</sup> En torno al estancamiento del movimiento de los Estudios Críticos del Derecho, véase Flor, Fernando de la y Blume, Iván, “La controversia política es parte del razonamiento jurídico. Entrevista a Duncan Kennedy”, trad. de Iván

De hecho, el movimiento ha adquirido un matiz diferente, que se constata en una atomización en diversos enfoques, como la teoría feminista jurídica,<sup>40</sup> la teoría crítica racial, los llamados *LatCrit*, así como los posmodernos, que hacen una crítica del derecho influida por los desarrollos de la teoría literaria (la deconstrucción) y los críticos que enfatizan en la economía política y el contexto económico de las decisiones jurídicas.<sup>41</sup> Como lo afirma Juan Antonio Pérez Lledó, estas perspectivas han dotado a la corriente de los *CLS* de una nueva crítica interna de la razón jurídica, con una nueva orientación teórica-irónica-avanzada, y de una política interna de coalición multicultural.<sup>42</sup>

Es así que pese al estancamiento del movimiento y de ser una corriente minoritaria en la jurisprudencia norteamericana, su línea crítica sigue vigente, tal como lo muestran los artículos y las actividades académicas de profesores de derecho,<sup>43</sup> entre los que se encuentran David M. Trubek, Mark Tushnet, Cornell West, Roberto Mangabeira Unger y Duncan Kennedy. Incluso, es posi-

---

Blume Moore, *Themis. Revista de Derecho*, Lima, núm. 50, 2004, disponible en [http://www.duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Entrevista%20a%20Duncan%20Kennedy\\_Themis.pdf](http://www.duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Entrevista%20a%20Duncan%20Kennedy_Themis.pdf).

<sup>40</sup> Una aproximación interesante a los estudios de género y la crítica a la educación jurídica lo encontramos en el ensayo de Carrie Menkel-Meadow, en donde identifica los puntos centrales de la crítica de género y derecho. Véase Menkel-Meadow, Carrie, “Feminist Legal Theory, Critical Legal Studies, and Legal Education or The Fem-Crits Go to Law School”, *Journal of Legal Education*, Iowa, vol. 38, núm. 1-2, marzo-junio de 1988.

<sup>41</sup> Pérez Lledó, Juan Antonio, “Teorías críticas del derecho”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco (comp.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 97.

<sup>42</sup> Trubek, David y Esser, John, “El «empirismo crítico» en los estudios jurídicos estadounidenses: ¿paradoja, programa o caja de pandora?”, en García Villegas, Mauricio (ed.), *Sociología jurídica*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2005, pp. 363-367.

<sup>43</sup> Pérez Lledó realiza una aproximación entre el comunitarismo europeo y los *CLS*, girando la discusión específicamente sobre el liberalismo. Véase Pérez Lledó, Juan Antonio, “Critical Legal Studies y el comunitarismo”, *Doxa*, núm. 17-18, 1995, disponible en [http://www.cervantesvirtual.com/sevlet/SirveObras/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17\\_07.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/sevlet/SirveObras/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17_07.pdf).

ble observar que algunas ideas del movimiento han sido adaptadas de manera desradicalizada en ámbitos como el derecho laboral y el derecho comparado.<sup>44</sup>

Al contrario de los ataques que suelen formularse a los *CLS*,<sup>45</sup> estimamos que el punto que resulta más difícil aceptar es la pasividad de la corriente en los últimos años. Pese a los cambios históricos, sería conveniente continuar con la reflexión en el sentido de hasta qué punto las contradicciones, desigualdades e “injusticias” continúan presentes, y en donde el derecho no puede permanecer inamovible ante los problemas que aquejan a la sociedad ni ante la dinámica del orden político, económico y social que incide en la práctica jurídica cotidiana.<sup>46</sup>

Es por ello que aun cuando los *CLS* se encuentren en un periodo de estancamiento, ello no debe representar un impedimento o desaliento para analizar sus postulados ni “desterrarlo” de los planes de estudio de las facultades de derecho. Ciertamente, el sentido de la crítica de esta corriente merece llevar nuestra atención a efecto de cuestionar si el rumbo que toma el derecho y la educación jurídica en nuestros días es el indicado, e identificar aquellos aspectos que dificulten el goce de los valores superiores del ordenamiento jurídico.

### 3. *El sentido de la crítica en la corriente de los Estudios*

#### *Críticos el Derecho*

En el presente numeral, procederemos a abordar los alcances de la postura de los Estudios Críticos del Derecho. Para ello, primero tenemos que delinear a qué tipo de crítica se alude.

Sin duda, no es fácil determinar el sentido de la crítica en la corriente en cuestión, en tanto que dicha labor se complica por

---

<sup>44</sup> Flor, Fernando de la y Blume, Iván, *op. cit.*, nota 38, pp. 324 y 325.

<sup>45</sup> Ingram, David, *Law. Key Concepts in Philosophy*, Nueva York, Continuum International Publishing Group, 2006, pp. 196-206.

<sup>46</sup> Nieto, Alejandro, *Crítica de la razón jurídica*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 172-178.

la polisemia del vocablo,<sup>47</sup> aunado a la distinta tradición jurídica desde la que escriben los integrantes de los *CLS*,<sup>48</sup> lo cual involucra una percepción distinta del derecho, así como la diversidad de enfoques metodológicos y temas desde los que escriben los representantes de los Estudios Críticos del Derecho.

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

Un primer acercamiento a los *CLS* nos pondrá de relieve numerosas que por increíble que parezca, detrás del espíritu liberal que comparten los seguidores de la corriente, en palabras de Juan Antonio Pérez Lledó, subyace “un compromiso profundo con los valores de la tolerancia, la libertad de expresión y de cátedra, el respeto a las minorías y, en especial, el pluralismo y la diversidad académica”.<sup>49</sup>

Ciertamente, la variedad temática sobre la corriente en análisis reflejará el anhelo por destacar la trascendencia de dichos valores, y denunciar aquellos obstáculos, materiales o ideales que

---

<sup>47</sup> “Crítica”, *Diccionario Enciclopédico Espasa*, Madrid, Espasa-Calpe, 1988, vol. 6, p. 3228.

<sup>48</sup> Siguiendo a Mauricio García Villegas, la esencia de la crítica al derecho es distinta en las tradiciones jurídicas del *Common Law* y el derecho continental. Aspectos como las relaciones predominantes entre el derecho y el Estado, el primero y el poder político, y desde luego la operatividad misma del derecho y la doctrina jurídica particular de cada una de las tradiciones, son significativos para incidir en la configuración del pensamiento crítico. Así, por ejemplo, mientras que en Francia la crítica del derecho sólo tiene sentido como crítica a la voluntad popular, desde una perspectiva externa al derecho mismo, en tanto ponga en duda el contrato social y tenga implícita una refundación de la sociedad, en Inglaterra, y por vía de extensión, en los Estados Unidos de América, se permite un tipo de crítica institucionalizada dentro del sistema jurídico, en tanto que, siguiendo a John Locke, se estima que los derechos son anteriores al contrato social y sirven de referente para criticar las decisiones que toman los gobernantes. *Cfr.* García Villegas, Mauricio, *Sociología y crítica del derecho*, México, Fontamara, 2010, pp. 49-61.

<sup>49</sup> Pérez Lledó, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 3, p. 67.

impiden su consecución, aspectos que en gran medida corresponden a propios orígenes teóricos de la corriente en análisis.

A este respecto, Mark Tushnet, profesor de la Universidad de Harvard y uno de los precursores del movimiento, señala que los Estudios Críticos del Derecho son descendientes directos del realismo jurídico norteamericano, y aún más, profundizan en algunos de sus postulados.<sup>50</sup> Concretamente, lo que parece retomarse del realismo son los elementos de crítica,<sup>51</sup> como acontece con la negación de la abstracción de conceptos jurídicos, y las conclusiones contradictorias que se obtienen a partir de ellos; el empleo de la historiografía para denunciar, bajo un enfoque progresista, el rol que han desempeñado los grupos de interés en la sociedad norteamericana a lo largo de los siglos; el llamado “método de la balanza”, que supone la identificación de los intereses en juego, su relación con los valores sociales y su ponderación en la decisión jurídica.<sup>52</sup>

Además de las tesis del realismo jurídico norteamericano de principios del siglo XX,<sup>53</sup> se ha querido vislumbrar en los *CLS* la

---

<sup>50</sup> Tushnet, Mark, “Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings”, *Journal of Legal Education*, Ithaca, vol. 36, núm. 4, diciembre de 1986, p. 505.

<sup>51</sup> Si bien existe una aceptación de los postulados críticos del realismo jurídico norteamericano, por otra parte, se aprecia cierto distanciamiento con la parte propositiva y programa constructivo de los realistas jurídicos, por cuanto a que los *CLS* rechazan el análisis de políticas públicas, las respectivas reformas de Estado, los valores sociales compartidos, y el empleo de una teoría social para explicar el derecho. *Ibidem*, pp. 507-510. De igual forma, se estima que los *CLS* llevan al extremo las tesis del realismo jurídico, como acontece con la concepción de una indeterminación “global” del derecho (no circunscrita a la apelación); la indeterminación del derecho atribuida, no sólo a los métodos de interpretación, sino también al lenguaje mismo, así como al análisis de las esferas públicas-privadas. *Cfr.* Leiter, Brian, “American Legal Realism”, en Golding, Martin P. y Edmundson, William A. (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Massachusetts, Oxford, Victoria, Australia, Blackwell Publishing, 2006, pp. 64 y 65.

<sup>52</sup> Tushnet, Mark, *op. cit.*, nota 50, pp. 505-512.

<sup>53</sup> Luis Recaséns Siches distingue claramente el papel del realismo norteamericano cuando afirma que “lo que interesa a los realistas es averiguar el

influencia de otras corrientes y disciplinas como el socialismo,<sup>54</sup> la psicología,<sup>55</sup> la historiografía,<sup>56</sup> la deconstrucción,<sup>57</sup> la filosofía y la teoría política,<sup>58</sup> la Escuela de Frankfurt, el posmodernismo, así como referencias a autores como Friedrich Nietzsche, Michel Foucault, Edmund Husserl, John Dewey, por enunciar algunos ejemplos, que evidencian la diversidad epistémica de los seguidores críticos, lo cual representa una invitación a incursionar en las más diversas áreas del conocimiento para entender al fenómeno jurídico,<sup>59</sup> aspecto que a su vez nos ofrecerá perspectivas y soluciones distintas a una problemática jurídica determinada.

Con todo ello, en los *CLS*, el derecho, para ser comprendido en su integridad, requiere de su vinculación con elementos como la política, la historia, la psicología, la experiencia y las emociones, excluidas del análisis jurídico.

---

derecho efectivamente real. Éste no es el que aparece declarado en las reglas legislativas, ni tampoco aquel que los jueces declaran con base en sus fallos, sino que de hecho es lo que los jueces hacen, independientemente de lo que expongan en sus sentencias. Para averiguar, pues, el «derecho efectivo» hay que estudiar el modo real como los jueces se comportan”. En el mismo sentido, Recaséns apunta que el movimiento de los realistas se ha diversificado en varios tipos de estudios, entre los cuales es posible ocuparnos de un primer estudio referente al escepticismo respecto de las normas jurídicas formuladas en leyes, reglamentos, precedentes jurisprudenciales, o bien declaradas en las sentencias mismas, y tratan de poner de manifiesto las reglas efectivas conforme a las cuales el juez falla. El otro tipo de estudios indaga sobre el modo en que los jueces enfocan las cuestiones de hecho. Los principales autores realistas son Karl Llewellyn y Jerome Frank. *Cfr.* Recaséns Siches, Luis, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Porrúa, 1963, t. II, pp. 619-649.

<sup>54</sup> Robertson, Michael, “Critical Legal Studies and Socialism”, *New Zealand Universities Law Review*, Wellington, vol. 14, núm. 4, diciembre de 1991, pp. 356-374.

<sup>55</sup> Unger, Roberto Mangabeira, *Conocimiento y política*, trad. de Leonardo Rodríguez Ozan, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, pp. 35-69.

<sup>56</sup> Goodrich, Peter, “Sleeping with the Enemy: An Essay on the Politics of Critical Legal Studies in America”, *New York University Law Review*, Nueva York, vol. 68, núm. 2, mayo de 1993, pp. 416-425.

<sup>57</sup> Rodríguez, César, *op. cit.*, nota 32, pp. 41-46.

<sup>58</sup> García Villegas, Mauricio, *op. cit.*, nota 48, p. 97.

<sup>59</sup> Robertson, Michael, *op. cit.*, nota 54, p. 355.

Sobre el particular, se ha cuestionado esta falta de unidad epistémica y metodológica de la corriente;<sup>60</sup> sin embargo, recordemos que los Estudios Críticos del Derecho no buscan hacer una teoría integral y uniforme del derecho, sino que simplemente pretenden enfatizar el carácter crítico del derecho. Al efecto, es precisamente la actividad crítica la que imprime cohesión a sus seguidores. En la perspectiva de Mark Tushnet, es posible identificar tres lineamientos básicos en la actividad crítica, a saber:

- 1) El trabajo debe estar enfocado a dar la idea de una crítica interminable si seguimos el tema como tal.
- 2) El diseño debe ser una crítica explícita y no una defensa del orden existente.
- 3) El trabajo debe operar como una auténtica crítica.<sup>61</sup>

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

Adentrándonos en el mensaje de la corriente en análisis, en opinión de Mauricio García Villegas, los Estudios Críticos del Derecho se enmarcan bajo una tipología crítica interna del derecho,<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> William Ewald y J. Paul Oetken exponen que las causas principales de descalificación al movimiento se encuentran en el supuesto desprecio de la educación y doctrina jurídica tradicional, la irreverente forma de expresión de los integrantes del movimiento, así como la radicalidad de sus afirmaciones, carente de un sustento filosófico uniforme y coherente. *Cf.* Ewald, William, “Unger’s Philosophy: A Critical Legal Study”, *The Yale Law Journal*, New Hampshire, vol. 97, núm. 5, abril de 1998, pp. 668-670; Oetken, J. Paul, “Form and Substance in Critical Legal Studies”, *The Yale Law Journal*, New Haven, vol. 100, núm. 7, mayo de 1991, pp. 2213-2219.

<sup>61</sup> Tushnet, Mark, *op. cit.*, nota 50, p. 516.

<sup>62</sup> Se enfatiza el carácter de la crítica interna del derecho, lo cual requiere distinguir entre los alcances de la crítica externa y la crítica interna en torno a la

cuyo propósito es “mostrar las inconsistencias, los vacíos o los sesgos de la racionalidad jurídica; es decir, de la dogmática jurídica”.<sup>63</sup> La teleología de esta crítica es atacar la supuesta neutralidad política del derecho, y bajo este principio, su interés radica en denunciar el carácter político y dominador del derecho.<sup>64</sup> Para el autor en cuestión, la intención de los *CLS* consistía en “desmontar la racionalidad jurídica, mostrar sus vacíos y sus incoherencias, con el objeto de poner en evidencia que el derecho es un instrumento político en manos de la élite y destinado a someter a las clases subalternas y a otras minorías como las mujeres y los afroamericanos”.<sup>65</sup>

Como se podrá apreciar, el cuestionamiento se dirige únicamente a la utilización que se hace del derecho, no al derecho como tal.<sup>66</sup> La necesidad del derecho no se pone a discusión. En la crítica interna del derecho, simplemente se trata de exponer la vulnerabilidad del derecho de lograr un orden imparcial, neutral y equitativo, ante el tipo de presiones e influencias de que son objeto, que favorece el que el derecho sea un objeto de dominación.

---

aceptación de la racionalidad del derecho. Así, mientras la primera desconoce este criterio para tratar al derecho como un objeto de estudio ajeno a la disciplina desde la que se hace el análisis, y negar toda posibilidad de redención del existente derecho, la interna sí admite la racionalidad del derecho, y junto con ello la aceptación del derecho. *Cfr.* García Villegas, Mauricio, *op. cit.*, nota 48, pp. 77-81.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>66</sup> En el caso de los Estudios Críticos del Derecho, si bien es cierto que denuncian el carácter político y dominador del derecho, ello no necesariamente implica que adopten la postura de que la única salida al derecho sea la revolución o el cambio radical de sistema político a que alude la obra de Mauricio García Villegas. *Ibidem*, pp. 81-85. La lectura de los *CLS* simplemente nos acerca a temas como la indeterminación del derecho, la vinculación de éste y la política, así como cuestionar el indebido uso que se le da al derecho, sin que se realice mención alguna sobre la posibilidad de recurrir a la revolución o a una oposición a reformas jurídicas.

Un elemento adicional a considerar en la teleología de la corriente que nos ocupa es la crítica sociopolítica y cultural que exponen los seguidores de los *CLS*, que pretende poner al descubierto y censurar las creencias, prácticas e instituciones arraigadas que reproducen las relaciones de desigualdad existentes en la sociedad, con la finalidad de promover transformaciones jurídicas y culturales radicales que aseguren una igualdad social.<sup>67</sup>

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

Ahora bien, en este cuestionamiento a la neutralidad del derecho, Mark Tushnet enuncia tres proposiciones que comparten los seguidores de la corriente en análisis, que son: 1) el derecho es de una manera u otra indeterminado; 2) el derecho se puede entender si atendemos al contexto en que se dan las decisiones jurídicas, y 3) la vinculación del derecho como política.<sup>68</sup>

En opinión de Roberto Mangabeira Unger, los *CLS* habrán de enfatizar aspectos como la crítica al formalismo y la objetividad, así como el uso instrumental de la práctica y de la doctrina jurídicas a efecto de hacer progresar los objetivos de izquierda.<sup>69</sup> De esta manera, un elemento que no podemos desatender es la vinculación del derecho con el contexto político-social; en este sentido, la descripción del derecho sería incompleta, parcial y deficiente si se desentiende de las circunstancias políticas, económicas y sociales que lo rodean.

Más que negar autonomía al derecho, en este punto lo que quieren externar los críticos es que el contexto político-social<sup>70</sup> incide en la manera de comprender, dar sentido e interpretar

---

<sup>67</sup> Rodríguez, César, *op. cit.*, nota 32, pp. 39 y 40.

<sup>68</sup> Tushnet, Mark V., *op. cit.*, nota 17, p. 1518.

<sup>69</sup> Unger, Roberto Mangabeira, *The Critical Legal Studies Movement*, Massachusetts-Londres, Harvard University Press, 1986, pp. 1-8.

<sup>70</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 27, pp. 283-287.

el derecho, al permitirnos identificar la indeterminación y notas conflictivas que dicho contexto político y social refleja en el derecho.

Así, la concepción del derecho en los *CLS* parte de tres proposiciones distintas: la indeterminación del derecho; que el derecho puede ser entendido de una manera u otra atendiendo al contexto en el que se dan las decisiones jurídicas, y la propuesta de que el derecho es política.<sup>71</sup> Incluso, dentro de la crítica radical encontramos que para los Estudios Críticos del Derecho, el derecho está orientado a mantener la jerarquía, los privilegios y el *statu quo*,<sup>72</sup> temas cuya discusión extiende de los alcances del presente apartado.

Con lo anterior, la crítica de los *CLS* nos invita a “pensar al derecho de tal manera que sea posible entrar en él, criticarlo pero sin rechazarlo completamente, y manipularlo sin dejarse llevar por su sistema y funcionamiento”,<sup>73</sup> perspectiva que en ningún momento pretende prescindir del derecho ni lo considera inútil en la sociedad; simplemente se trata de ofrecer una visión distinta de lo que es el derecho y de cómo concebirlo bajo un contexto de lucha, que la podemos ver como instrumento para lograr la justicia social o para alcanzar el poder.

Una particularidad adicional de la crítica de los *Critical Legal Studies* la ubicamos en el hecho de que un considerable número de escritos de los seguidores se encuentran vinculados con la práctica jurídica, sea desde elementos de análisis de los contratos,<sup>74</sup> la experiencia académica,<sup>75</sup> o bien de la decisión ju-

---

<sup>71</sup> Tushnet, Mark, *op. cit.*, nota 17, p. 1518.

<sup>72</sup> Friedrichs, David O., *op. cit.*, nota 23, pp. 8 y 9.

<sup>73</sup> Kennedy, Duncan, “La educación jurídica como preparación para la jerarquía”, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 2, núm. 3, otoño de 2004, p. 131.

<sup>74</sup> Dalton, Clare, “An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine”, *The Yale Law Journal*, vol. 94, núm. 5, abril de 1985, pp. 999-1010.

<sup>75</sup> Gordon, Robert, “Distintos modelos de educación jurídica”, *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, pp. 199-208; Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 73, pp. 374-379; “How the Law

dicial, a partir de la cual se erige el cuestionamiento a la neutralidad judicial.<sup>76</sup>

Desde la perspectiva de Peter Goodrich, el análisis de los textos jurídicos se convierte en la localidad y terreno de los *CLS*, a través de los cuales la crítica se involucra con el anhelo de comprender el material histórico, la circulación, la interpretación y la aprobación del texto, a efecto de reinterpretarlo, y con ello influir y tratar de cambiar la comunidad política que determina la continuidad y destino del lenguaje del texto, su discurso y su silencio.<sup>77</sup>

De lo anterior se desprende que para los *CLS* el análisis de los textos pretende influir en el actuar del jurista a fin de modificar o cambiar en la medida de lo posible aquellas prácticas que en aras de mantener el *statu quo* impiden el progreso de los sectores más desfavorecidos de la sociedad.

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

Poner al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y de los juristas, que construyen el Derecho mientras se ven a sí mismos como un instrumento del mismo. Algunos conceptos y palabras-clave son lagunas, conflictos y ambigüedades, indeterminación, mediación, legitimación del *statu quo* (pero no del “capitalismo”), estructuración jurídica de la base material (y en consecuencia imposibilidad de “determinación en la instancia final”). La actitud respecto al Derecho es ambivalente. Por un lado se insiste en su autonomía relativa y en su valor en tanto que dominio de lucha cultural y política; por otro, se persigue con obstinación de mostrar su incoherencia, sus contradicciones internas, sus complicidades. Al mismo tiempo que se toma en serio la noción neo-marxista de que el discurso jurídico equivale a la

---

School Fails: A Polemic”, *Yale Law Review of Law and Social Action* 71, 1970, [http://www.duncankennedy.net/documents/How%20the%20Law%20School%20Fails\\_A%20Polemic.pdf](http://www.duncankennedy.net/documents/How%20the%20Law%20School%20Fails_A%20Polemic.pdf).

<sup>76</sup> Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial. Una fenomenología crítica*, trad. de Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana-Ediciones Uniandes-Instituto Pensar-Siglo del Hombre Editores, 1999, pp. 95-97.

<sup>77</sup> Goodrich, Peter, *op. cit.*, nota 56, pp. 420 y 421.

ideología, hay una rebelión contra las categorías familiares y contra el tono del discurso izquierdista americano de la época, sobre todo contra su moralismo simplista.

La crítica CLS apunta “al interior” del Derecho, al dominio de las reglas detalladas, de los argumentos comunes, de las prácticas familiares de la producción académica y judicial.<sup>78</sup>

En este contexto, la lectura de los *CLS* puede ser de utilidad para tener una visión crítica de la academia, del pensamiento jurídico y de la práctica jurídica cotidiana. De esta manera, los *CLS* están lejos de exponer un sofisticado modelo de razonamiento jurídico, por ejemplo. Más allá de todo ello, la corriente en cuestión nos expone una diversidad de factores a considerar en el derecho, que a la vez que nos exponen sus vulnerabilidades, que debidamente comprendidas e identificadas nos pueden abrir un panorama sobre el cual actuar en el sistema.

### III. EL LEGADO: EL ANÁLISIS JURÍDICO DESDE LA PERSPECTIVA CRÍTICA

Como se ha mencionado con anterioridad, el pensamiento de la línea crítica que iniciaron los *CLS* lo encontramos en la ideología de los representantes que alguna vez integraron el movimiento o en las nuevas corrientes que subyacen con los *CLS*.<sup>79</sup> Sin embargo, lo anterior de ninguna manera implica su abandono o rechazo en la enseñanza ni en el análisis del derecho.

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

- 1) El surgimiento de los Estudios Críticos del Derecho, en el seno de una época difícil y conflictiva.

---

<sup>78</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 27, p. 284.

<sup>79</sup> *Ibidem*, pp. 287 y 288.

- 2) Seguir con la tarea de cuestionar al derecho y no dar por asentados ni definitivos los conocimientos jurídicos.
- 3) El énfasis en adquirir conciencia de la complejidad del razonamiento jurídico, más allá de las normas y principios, y la posibilidad de actuar en beneficio a la sociedad.

Por lo que respecta al primer punto, los *CLS* nos ofrecen una particular lección en el sentido de cuestionar las injusticias, el descontrol, las contradicciones y las mentiras que se presentan en la sociedad, y su intento de justificación por la vía institucional. En este cuestionamiento, el movimiento de los *CLS* recurrió a una variada gama de medios, como los círculos de discusión, las propias aulas,<sup>80</sup> los artículos de opinión,<sup>81</sup> hasta los medios electrónicos para transmitir su mensaje,<sup>82</sup> lo cual amplía los alcances y divulgación del pensamiento jurídico.

En el mismo orden de ideas, la gestación del movimiento de los Estudios Críticos del Derecho nos invita mantener contacto con la realidad en el estudio y análisis del derecho, que nos permita identificar distintas aristas de la problemática jurídica y ofrezca nuevas líneas de investigación.

En ese sentido, el surgimiento de los Estudios Críticos del Derecho nos demuestra la necesidad de iniciar una forma distinta de estudiar y pensar el derecho, ajustado a las propias experiencias y al contexto sociopolítico, y junto con ello acercar el discurso jurídico a las necesidades de la sociedad.

---

<sup>80</sup> Kennedy, Duncan, "Teaching from the Left in my Anecdote", *Review of Law and Social Change*, Nueva York, vol. 31, 2007, pp. 450-453.

<sup>81</sup> Kennedy, Duncan, "Iraq: The Case for Losing", *Brooklyn Journal of International Law*, Nueva York, vol. 31, tema 3, 2006, pp. 10-18.

<sup>82</sup> Existen algunas páginas electrónicas como <http://www.criticallegalthinking.com/>, en las cuales se divulgan determinados artículos de crítica jurídica, en torno a la raza, el género, la desigualdad social, entre otros. Igualmente, podríamos destacar la página de Duncan Kennedy, <http://duncankennedy.net/home.html> que contiene artículos del autor de acuerdo con los diversos tópicos sobre los que se ha pronunciado, como: crítica a la educación jurídica y a la decisión judicial, sociología del derecho, derecho y economía, historia jurídica, con las traducciones disponibles, así como materiales de enseñanza.

El segundo punto que nos interesa destacar de los *CLS* nos exhorta a continuar con la labor de reflexión jurídica. En cierta manera, desde la educación jurídica se exponen una serie de conceptos y categorías jurídicos que parecieran no admitir discusión ni reflexión posterior. Desde esta perspectiva, se busca dar una continuidad a la crítica jurídica,<sup>83</sup> que permita que el jurista tenga una actuación significativa en la sociedad.<sup>84</sup>

Siguiendo a Jerry L. Anderson, la crítica en los *CLS* permite suponer que la actual estructura jurídica no está del todo dada, y que, por el contrario, hay otras formas posibles, y deseables, de ordenar la sociedad, para lo cual primeramente debe entenderse lo que hay detrás de las normas, de los procedimientos y de las instituciones jurídicos, y en ese sentido la deconstrucción constituye un método imprescindible para valorar qué es lo que subyace en el fondo del fenómeno jurídico, valorar las posibilidades de cambio desde la estructura misma y concebir nuevas reglas de interacción social.<sup>85</sup>

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

---

<sup>83</sup> Tushnet, Mark, *op. cit.*, nota 50, p. 511.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 516.

<sup>85</sup> Anderson, Jerry L., "Law School Enters the Matrix: Teaching Critical Legal Studies", *Journal of Legal Education*, Nueva York, vol. 54, núm. 2, junio de 2004, pp. 205 y 206.

Finalmente, el tercer aspecto que nos interesa destacar es el hecho de que con los *CLS* se ofrece una forma distinta de análisis del derecho,<sup>86</sup> si se quiere una perspectiva distinta del razonamiento jurídico, en el que si bien las normas y principios jurídicos son la columna vertebral del derecho, igualmente se enfatiza en la necesidad de valorar otros factores que comprenden desde la política, la economía, la historia, la sociedad, la teoría y la filosofía, hasta la propia psicología, a efecto de aproximarnos a los alcances de la vulnerabilidad humana, a la que están sujetos los operadores jurídicos.

En esta empresa no puede faltar la evaluación de principios, directrices y valores que permean en el derecho mismo,<sup>87</sup> y respecto de ello, los *CLS* nos pueden dar una orientación acerca del tipo de ideología que subyace en un orden jurídico determinado, que, una vez identificada, ofrece la posibilidad de someterla a examen y cuestionamiento de aquellos postulados que bien podrían ser mejorados y replanteados. Con ello, se pretende indagar y explorar las múltiples alternativas con las que podemos conocer y actuar dentro del derecho, que nos acerquen a hacer efectivos los valores de una sociedad justa, libre y equitativa.

---

<sup>86</sup> Tushnet, Mark V., “Critical Legal Theory”, en Golding, Martin P. y Edmundson, William A. (ed.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden-Oxford-Victoria, Blackwell Publishing, 2006, p. 88.

<sup>87</sup> Desde el centro de la academia se reconoce la aportación de los *CLS* al razonamiento jurídico, en cuanto a someter a examen y evaluación aquellos principios y directrices que subyacen en el orden jurídico, a fin de generar una conciencia crítica de la naturaleza contingente del derecho, así como ofrecer una apreciación de las vías por las cuales se puede propiciar un cambio a través del derecho. Así, el análisis del derecho estaría constituido por tres niveles: 1) comprensión e identificación de las normas y precedentes aplicables al caso, así como de argumentos deductivos y analógicos; 2) la identificación de los principios y directrices aplicables al caso, y 3) evaluación de los principios y directrices, y su implicación en los casos concretos, a partir de una razonada perspectiva moral, *Cfr.* Burton, Steven J., “Reaffirming Legal Reasoning: The Challenge from the Left”, *Journal of Legal Education*, Nueva York, vol. 36, núm. 3, septiembre de 1986, pp. 369 y 370.

Como se ha podido constatar, el hilo conductor del pensamiento de los *CLS* no es ni anarquismo ni desprecio por el derecho, ni por el Estado. Por el contrario, la lucha por la justicia social, la imposición y el abuso del poder encubierto por el derecho es lo que inspira un anhelo de denuncia de dicha corriente, a efecto de que el derecho no sea solamente un instrumento de mantenimiento del *statu quo*, sino que busque en la medida de lo posible optar por un orden social más equitativo.

En el contexto de la mitología jurídica de la modernidad,<sup>88</sup> el cuestionamiento, sospecha y replanteamiento de los *CLS* a las normas y al razonamiento jurídico nos ofrece distintas líneas de investigación que nos otorguen conocimientos y distintos modelos de la aplicación y enseñanza del derecho.

#### IV. REFLEXIONES FINALES DEL CAPÍTULO PRIMERO

En el presente apartado se ha explorado el contexto político de la década de los sesenta en los Estados Unidos bajo el cual se gestó el movimiento de los Estudios Críticos del Derecho.

La referencia al contexto histórico permitió identificar las nociones de contradicción, inconsistencia, apariencias e indeterminación que los estudiantes y profesores pretendieron encontrar en el derecho.

La comprensión del panorama histórico nos permitió aproximarnos al sentido de la crítica interna de la corriente de los Estudios Críticos del Derecho. En este enfoque se destaca que el derecho tiene un potencial transformador de la sociedad en la consecución de la justicia, la equidad, la transparencia y la libertad, y es donde el jurista desempeña un papel fundamental en este papel transformador. Las notas críticas las ubicaríamos en la vinculación que realizan los *CLS* del derecho con la sociedad y la política, en el sentido de que la indeter-

---

<sup>88</sup> Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003, pp. 39-67.

minación, la contradicción y las desigualdades presentes en la sociedad se reflejarían en las normas, en los principios y en el razonamiento jurídicos.

De manera que los aspectos que son objeto de reflexión en la temática de los *CLS* se encuentran representados por la objetividad y formalidad del derecho, así como en el cuestionamiento de la neutralidad judicial. Adicionalmente, se cuestiona la manera en que desde la academia y desde la práctica jurídica se reproduce esta desigualdad social.

Desde esta perspectiva, la corriente de los *CLS* ofrece líneas interesantes de investigación, a efecto de identificar los puntos vulnerables de las normas, de los principios y de los razonamiento jurídicos, la actuación de los juristas, así como el rumbo de la educación jurídica. Bajo dichas líneas de investigación, se exhorta al jurista a mantener una reflexión permanente y continua de su actuar en el derecho, a efecto de sumar esfuerzos para mejorar las condiciones de igualdad, equidad y justicia de la sociedad.

## ESQUEMA 1. DESARROLLO DE LOS ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO

<i>Movimiento</i>	<i>Corriente</i>	<i>Legado</i>
<p>Antecedentes</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Descontento y agitación en la década de los sesenta y setenta.</li> <li>• Círculos críticos de lectura.</li> <li>• Enfrentamientos académicos en la Universidad de Yale.</li> </ul> <p>Inicios</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Represión estudiantil y despido de jóvenes profesores y académicos de las universidades.</li> <li>• Conferencias, reuniones y seminarios.</li> <li>• Determinación de las líneas de estudio a seguir.</li> </ul>	<p>Sentido de la crítica</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Estudios reflejados en ensayos, artículos, críticas literarias sobre una gran diversidad temática.</li> <li>• Vinculación del derecho con la política; denuncia a la utilización del derecho para mantener el <i>statu quo</i>; sentido de lucha por la libertad, la tolerancia y el respeto.</li> <li>• Análisis de textos jurídicos (contratos, sentencias, etcétera), así como de la práctica jurídica.</li> <li>• Diversidad metodológica y epistemológica.</li> </ul> <p>Difusión del mensaje: revistas especializadas, academia, libros y medios electrónicos.</p>	<p>1) El surgimiento de los Estudios Críticos del Derecho, en el seno de una época difícil y conflictiva.</p> <p>2) Invitación a continuar con la tarea de cuestionar y no caer en la mediocridad de tener por asentados los conocimientos jurídicos.</p> <p>3) El énfasis en adquirir conciencia de la complejidad del razonamiento jurídico, más allá de las normas y principios, y la posibilidad de actuar en beneficio de la sociedad.</p>

Este esquema muestra el desarrollo de los Estudios Críticos del Derecho como movimiento, corriente y legado.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### LA EDUCACIÓN JURÍDICA COMO UNA FORMA DE ACCIÓN POLÍTICA

#### I. LA UBICACIÓN DEL DERECHO COMO UN ASPECTO DE LA TOTALIDAD SOCIAL A PARTIR DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

Uno de los puntos donde los *Critical Legal Studies (CLS)* han enfocado sus esfuerzos es el referente a la crítica de la educación jurídica en las universidades norteamericanas, con lo cual buscan poner de relieve las prácticas que se viven y el carácter ideológico y político que encierra la actividad educativa.

En el presente apartado identificaremos las características principales de la educación jurídica, la que en el pensamiento de Duncan Kennedy es generador de jerarquías y dominación, con un alto contenido político, desapercibido para la mayor parte de los estudiantes. Kennedy, bajo esta premisa, insiste en explorar la posibilidad de que la enseñanza del derecho es o podría ser una forma de acción política.<sup>89</sup>

El análisis de la educación jurídica desde la perspectiva de los Estudios Críticos del Derecho nos invita a considerar la manera en que se enseña el derecho, y ofrecernos una alternativa en la que sea posible realizar la crítica interna del derecho.

Bajo esta perspectiva, se busca presentar al derecho como un aspecto de la totalidad social, que se manifiesta como una lucha

---

<sup>89</sup> Kennedy, Duncan, “La enseñanza del derecho en el primer año como acción política”, *La enseñanza del derecho como forma de acción política*, trad. de Teresa Arijón, México, Siglo XXI Editores, 2012, p. 43.

humana para hacer reales las condiciones de la justicia social, y dentro de ésta el derecho es una parte de la ecuación del poder (y no una función del poder).<sup>90</sup>

Por su parte, Robert W. Gordon asume al derecho como un cúmulo de prácticas sociales, ya que lejos de los mitos que se le han atribuido a las normas jurídicas, éstas tan sólo representan puntos de referencia cuyo empleo está sujeto a los pactos que se lleven a cabo en un momento preciso, para alcanzar determinados objetivos, por lo que

Crear que el derecho es realmente un sistema de normas es creer en un mito. El derecho es un cúmulo de prácticas sociales, es una lucha entre múltiples grupos e intérpretes para dar sentido a un lenguaje ambiguo y abierto, a procedimientos manipulables, a organizaciones burocráticas complejas y a procesos de toma de decisiones discrecionales para que sirvan a sus propios fines. Las normas, como mucho, brindan puntos de referencia comunes a los actores del juego; puntos de partida para argumentar, manio-brar, interpretar y juzgar. Las aplicaciones de las normas en la práctica, sin embargo, consiguen una cierta estabilidad a corto plazo en la mayoría de los campos del derecho, de tal manera que los abogados a menudo pueden predecir resultados plausibles a sus clientes. Pero una estabilidad como la que hay en el derecho es el resultado de treguas temporales, de acuerdos estables de duración media, de pactos sociales entre grupos interesados y entre jueces y administradores, con el fin de cristalizar sus aplicaciones en torno a convenios particulares.<sup>91</sup>

Así, la crítica que formulan los *CLS* a la educación jurídica se centra en el contenido y forma de enseñanza del derecho.<sup>92</sup> Di-

---

<sup>90</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 73, pp. 129-131.

<sup>91</sup> Gordon, Robert W., “La práctica del derecho empresarial como un servicio público”, en Böhrer, Martín (comp.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 177-178.

<sup>92</sup> Deborah I. Rhode señala la trascendencia de la educación jurídica en la práctica de los abogados, las decisiones judiciales, políticas legislativas, prácticas administrativas y actitudes culturales. Para la autora, una mala educación trasciende a una mala práctica profesional, lo que nos exhorta a mejorar la calidad

cha crítica no se realiza como una forma de abogar por la anarquía y el desorden social, sino que busca dar una visión del derecho acorde a lo que acontece en la realidad, a efecto de descubrir los intereses y luchas que subyacen en el derecho, lo cual supone abrir al diálogo en torno al derecho, más allá de la memorización de normas jurídicas y doctrinas.

Expuesto lo anterior, en el presente apartado realizaremos un esbozo de la crítica a la educación jurídica, con énfasis particular en la postura de Duncan Kennedy, quien, en la perspectiva de Jerry L. Anderson, tiene la misión de convencer de la necesidad de despertar de la ilusión en la que vivimos, y analizar qué es lo que realmente sucede con los constructos sociales y conceptos jurídicos, así como descubrir, por un lado, cómo dichos constructos encubren los intereses del poder y la dominación, a la vez de demostrar cómo la mitología del discurso jurídico sirve para mistificar y pacificar a los oprimidos.<sup>93</sup>

Una vez identificados los puntos principales sobre los cuales se erige la crítica a la educación jurídica, referiremos algunas sugerencias pedagógicas que nos ofrecen los *CLS*, a fin de sensibilizar al estudiante de la vinculación entre derecho y política. Finalmente, analizaremos el impacto que la educación jurídica puede tener en el estudiante y futuro operador jurídico, quien lejos de reproducir la jerarquía, competencia y dominación vivenciada en el aula, se encuentra en posibilidad de actuar con un mayor compromiso frente a la sociedad.

Aunque los *CLS* se desenvuelven en el contexto de la educación jurídica norteamericana,<sup>94</sup> varias de las críticas y obser-

---

de la educación, a través de la exposición del contexto histórico, funcional e ideológico de las normas jurídicas, e informar sobre su valor social. Así, se busca combatir la desvinculación de la academia con los problemas sociales, así como la presencia de muchos abogados, demasiadas leyes y poca justicia. *Cf.* Rhode, Deborah I., “Legal Scholarship”, *Harvard Law Review*, Massachusetts, vol. 115, núm. 5, marzo de 2002, pp. 1326 y 1327.

<sup>93</sup> Anderson, Jerry L., *op. cit.*, nota 85, pp. 211-214.

<sup>94</sup> Sobre la educación jurídica norteamericana, véanse Manning, Bayless, “La enseñanza jurídica norteamericana. Evolución y cambios: tres modelos”, trad. de Gabriela G. de Gálvez, en Witker V., Jorge (comp.), *Antología de estudios*

vaciones que se realizan son útiles para el análisis y diagnóstico de nuestra educación jurídica. Es así que la crítica nos invita a explorar nuevos horizontes dentro de la enseñanza del derecho, que nos permitan tener una participación activa dentro de la sociedad.

## II. JERARQUÍA Y POLÍTICA EN LA EDUCACIÓN JURÍDICA

### 1. *Las escuelas y facultades de derecho inmersas en la dinámica política*

La crítica de los ensayos y artículos de los *CLS* se centra en la preparación para la jerarquía manifiesta en la enseñanza tradicional del derecho. En este contexto, la facultad de derecho es un campo de entrenamiento para las elites que manejan, desarrollan y producen el sistema, y de esta manera se construye una conciencia, bajo una empresa psicológica que inculca una manera de ser en relación con el Estado y con el poder en general.<sup>95</sup>

Así, frente a la idea de los alumnos de ver la educación jurídica como un medio para la formación de una elite y de movilidad social —al poseer una aceptación social independientemente del estrato social al que pertenezca el alumno—, subyace un contenido político, ideológico e incluso racial, que favorece que generación tras generación los abogados miren, piensen y actúen de acuerdo con dicho sistema de dominación, en el cual la mayoría optará por adecuarse al trabajo que éste les ofrece, ya que desde los estudios universitarios han sido incapacitados para poner a prueba la legitimidad de las normas jurídicas o, mejor aún, para imaginar el ejercicio de prácticas jurídicas alternativas.<sup>96</sup>

---

*sobre enseñanza del derecho*, México, UNAM, 1995, pp. 64-76; Pérez Lledó, Juan Antonio, “La enseñanza del derecho en los Estados Unidos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 12, 1992.

<sup>95</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 80, p. 453.

<sup>96</sup> Gómez Romero, Luis, “La educación jurídica como adiestramiento para la utopía”, *La enseñanza del derecho. Diagnóstico y propuesta*, México, Porrúa, 2007, p. 78.

Con esta denuncia es posible constatar que las escuelas y facultades de derecho no se encuentran ajenas a la práctica política y social donde se desenvuelven. Por esta razón, uno de los puntos de partida de los *CLS* consiste en manifestar el carácter político de la educación jurídica, cuestión que en el enfoque tradicional se considera como algo ausente; es decir, se piensa que la actividad de la enseñanza-aprendizaje del derecho es ajena al quehacer político.

Desde esta perspectiva, la educación jurídica constituye un entrenamiento necesario para la vida jerárquica del ejercicio profesional, ya que mediante ésta se codifica un mensaje de legitimación de todo el sistema, al tiempo que sirve como lenguaje a través del cual los abogados jóvenes demuestran que conocen las reglas del juego y pretenden adaptarse a ellas. Por ello, la educación jurídica no sólo consiste en una actividad donde se transmite el “conocimiento jurídico”, sino que es un espacio político que reproduce un *statu quo*, especialmente en lo relativo a la jerarquía jurídica.<sup>97</sup> Lo anterior, nos conduce a identificar aristas dentro de la educación jurídica que nos ayudarían a comprender la manera en que la jerarquía y la política se manifiestan en la academia, como enunciaremos a continuación.

## 2. Relaciones de poder dentro de la educación jurídica

Las relaciones de poder dentro de la educación jurídica, primeramente nos conducen a analizar el rol que desempeñan los profesores frente a los alumnos, siendo aquéllos, en la perspectiva de Kennedy, los responsables de la jerarquía jurídica, debido

---

<sup>97</sup> La perspectiva de la jerarquía jurídica la retomamos de Duncan Kennedy, quien en su ensayo “La educación jurídica como preparación para la jerarquía” hace un análisis detallado en torno a los procesos que se viven en las escuelas y facultades de derecho de los Estados Unidos de América, cuya mirada se centra en los estudiantes de primer año de la carrera, en la ideología de la educación jurídica y en el modelado de las relaciones jerárquicas en el estudiante. Véase Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 73, pp. 116 y 117.

a que la incluyen dentro de la educación jurídica y la reproducen por generaciones de la misma manera en que lo hacen los abogados.<sup>98</sup>

La jerarquía puede hallarse de manera oculta en las relaciones entre profesores y alumnos. Los profesores que inician al alumnado en la disciplina de los pequeños detalles; por ejemplo, el estilo en el vestir, la rutina diaria, el tono de voz o la expresión facial, situaciones que a la postre refuerzan las jerarquías sociales inherentes al sistema capitalista de producción. Una buena parte del personal docente expresa de manera sutil o brutal, según sea el caso, la superioridad incuestionable de su posición a fin de que no haya ocasión de cuestionarla.<sup>99</sup>

Es en este punto donde encontramos el aspecto ideológico de la educación jurídica, en el cual Kennedy distingue una serie de prácticas institucionales: los alumnos aprenden técnicas que usan los abogados en la práctica profesional, para hacer cosas simples, pero importantes, como retener una gran cantidad de normas, aprender a distinguir problemas jurídicos, analizar casos de manera rudimentaria o ver si una solución judicial debe extenderse a otros casos. Dichas prácticas, aunque sean rudimentarias e instrumentales, son idealizadas por los estudiantes, lo que genera una falsa apreciación de la realidad<sup>100</sup> y los conducen a actuar de conformidad con un patrón establecido que exige el mismo sistema.<sup>101</sup>

Un problema adicional lo ubicamos en el efecto desmoralizador que puede resultar de los estudios del derecho, ya que los alumnos con aspiraciones sociales de izquierda ven cómo éstas son apabulladas por el sistema educativo y la experiencia del mercado laboral, en tanto descubren que pese a la idea inicial que tenían de ser instrumentos de la justicia social, al concluir sus estudios se percatan de que tienen que tomar un trabajo carente

---

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 144.

<sup>99</sup> Gómez Romero, Luis, *op. cit.*, nota 96, p. 72.

<sup>100</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 73, pp. 124 y 125.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 117.

de contenido social, por lo que crean motivos fuertes para que se conviertan en abogados convencionales y eviten así el dolor y la desilusión de luchar contra el sistema.<sup>102</sup>

Si nos adentramos a analizar el trato del profesor-alumno, encontraremos que las relaciones de poder que se establecen en las facultades de derecho se desarrollan en el llamado “padrino jurídico”, figura que surge cuando el estudiante elige a varios mentores, a quienes admira y de quienes depende para convertirse en cierta forma en “amigo”, si es que el maestro es progresista o para “sentarse a sus pies”, si es más tradicional, lo cual puede ser fructífero y satisfactorio, degradante o todo al mismo tiempo.<sup>103</sup>

De igual forma, dentro de las relaciones de poder se presenta una problemática de carácter racial. Kennedy hace el señalamiento en el sentido de que la mayoría de los profesores son blancos, hombres y de clase media, y casi todos (pero nunca todos) los profesores negros o las profesoras dan la impresión de asimilarse a ese estilo, ser inseguros o estar disconformes.<sup>104</sup> Este aspecto será de gran importancia, ya que en el pensamiento de los *CLS* se puede encontrar la llamada “teoría crítica de la raza”, que aborda los problemas raciales y del derecho en la sociedad estadounidense.

Así, la jerarquía y la dominación se presentan de un modo sutil en la formación del futuro abogado, quien después de todo tiene un mayor interés en salir victorioso de la dinámica competitiva frente a sus compañeros y demostrarle al profesor que es capaz de actuar dentro del sistema. Lo lamentable en este punto es que mientras el estudiante se esmera en demostrar que es lo suficientemente capaz de actuar y pensar dentro del mundo del abogado, gradualmente disminuye el interés por asumir una conciencia social, en tanto no le represente un beneficio económico o de prestigio profesional.

---

<sup>102</sup> *Ibidem*, pp. 133 y 134.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 140.

### 3. *Contenido político en la enseñanza del derecho*

Además de denunciar los modelos de conducta que se manifiestan en la educación jurídica en las relaciones entre profesores y alumnos, los Estudios Críticos del Derecho nos invitan a reflexionar en torno a lo que se enseña en las aulas y ubicar su contenido político.

Duncan Kennedy, sobre el particular, apunta tres partes de la idealización de las técnicas a que recurren los profesores para enseñar la disciplina jurídica,<sup>105</sup> a saber:

- 1) Se hace creer que el derecho surge de un procedimiento riguroso analítico llamado “razonamiento jurídico”;
- 2) Se enseñan un cúmulo de técnicas en el contexto idealizado del razonamiento jurídico y se aplica a problemas jurídicos totalmente desconectados entre sí, y
- 3) Se enseñan las técnicas de manera aislada de la práctica, es decir, sólo se aborda de manera teórica, lo cual genera que el papel del alumno sea el de un permanente aprendiz (en un estudio jurídico), supervisado por viejos abogados que controlan el contenido y el ritmo del aprendizaje despolitizado de destrezas técnicas, dentro de un ambiente competitivo y falta de comunicación.

Bajo las anteriores orientaciones y posturas políticas, los *CLS* se levantan contra la ciencia social y la sociología del derecho positivistas, contra la teoría social clásica, contra la forma tradicional de enseñanza del derecho, el liberalismo, el determinismo marxista, las concepciones científicas, racionales, objetivas y apolíticas del derecho (tales como la jurisprudencia de principios de Ronald Dworkin o el análisis económico del derecho de Richard Posner), lo mismo que contra los estudios dogmáticos, defendiendo en cambio la naturaleza política y valorativa, no sólo

---

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 125.

del derecho, sino también de los estudios jurídicos y de la función judicial.<sup>106</sup>

El principal motivo por el cual los *CLS* cuestionan la enseñanza de tales posturas es por exponer una concepción y dinámica del derecho que se podría tildar como demasiado idealista e irreal, que no refleja en toda su magnitud el papel que éste desempeña en un contexto social, político y económico determinado.

Más aún: la referencia a las teorías anteriormente mencionadas dentro de la educación jurídica, prácticamente inhibe la preocupación del futuro abogado frente a una realidad determinada, aunado a que desmotiva por completo la actuación del abogado por las causas sociales. Es así como en aras de dar un sentido social en la práctica profesional, los *CLS* insisten en la necesidad de asumir la vinculación entre el derecho y la política<sup>107</sup> desde la propia educación jurídica.

### III. EL PROYECTO EDUCATIVO DE LA POLITIZACIÓN EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

#### 1. *Generalidades*

Como se ha mencionado en los apartados anteriores, la educación jurídica posee un contenido político e ideológico que reconduce o robustece la intención de los estudiantes de dedicar sus esfuerzos y conocimientos en la defensa de los intereses corporativos y tecnócrata-

---

<sup>106</sup> Mesa M., Domingo A., “Fisuras en el pensamiento jurídico contemporáneo: el movimiento *Critical Legal Studies*”, *Criterio Jurídico*, vol. 2, Santiago de Cali-Colombia, 2002, p. 138, disponible en <http://www.puj.edu.co/banners/FISURAS.pdf>.

<sup>107</sup> El análisis de la política en los estudios de derecho en la perspectiva de los *CLS* es muy distinto de aquel de carácter estrictamente interdisciplinario. Acerca de la propuesta interdisciplinaria de la educación jurídica, véanse Patrón Sánchez, Fernando, “Para entender las instituciones políticas en la enseñanza del derecho, más allá de la visión legalista”, en Guerrero Agripino, Luis Felipe (coord.), *Retos y perspectivas de la enseñanza del derecho*, Guanajuato, Universidad de Guanajuato, 2007, pp. 187-198; Posner, Richard, “Legal Scholarship Today”, *Harvard Law Review*, Massachusetts, vol. 115, núm. 5, marzo de 2002, pp. 1317-1326.

tas, bajo los esquemas de rigidez, soberbia y autosuficiencia que han experimentado en el aula. Dicha postura no sólo limita el campo de actuación y pensamiento que se puede tener al término de los estudios universitarios, sino que incluso desecha o minimiza cualquier alternativa laboral o incluso filosófica que pueda adoptar el estudiante, que no sea aquella encaminada a la defensa del *statu quo*.

Frente a esta situación, los *CLS*, en general, abogan por un proyecto educativo en el que se politice la enseñanza del derecho.<sup>108</sup> En otras palabras, hacerla más crítica o desenmascarar su carácter político oculto tras un disfraz de apoliticismo y de rigor jurídico.<sup>109</sup>

Es así como Kennedy brinda un panorama del proceso educativo en las universidades norteamericanas bajo una crítica que destaca la complejidad de las relaciones presentes en el fenómeno educativo y la revela como una actividad meramente política, en la que influyen diversos factores que dan rostro a la formación de abogados. Indudablemente, las aportaciones de Kennedy ponen en la mesa de discusión los problemas políticos, sociales, económicos, e incluso raciales del proceso de enseñanza-aprendizaje del derecho.

A continuación procederemos a dar una reseña de las propuestas que ofrecen los *CLS* en torno a la educación jurídica, centradas en dar un mayor énfasis en la vinculación derecho-política, a efecto de que el estudiante adquiera conciencia de las implicaciones que dicha relación conlleva en la teoría y práctica jurídica, a la vez que se encuentre en posibilidad de actuar dentro de la sociedad, incluso a favor de los sectores más desprotegidos de la sociedad,<sup>110</sup> lo cual nos dará una base de la que enun-

---

<sup>108</sup> La propuesta de los *CLS*, aunque radical y sujeta a múltiples críticas, parece constituir un punto de referencia para ulteriores investigaciones e innovaciones en la academia y en la enseñanza del derecho. Véase Simmons, Spencer L., "Navigating through the Fog: Teaching Legal Research and Writing Students to Master Indeterminacy through Structure and Process", *Journal of Legal Education*, Washington, vol. 56, núm. 3, septiembre de 2006, pp. 356-364.

<sup>109</sup> Pérez Lledó, Juan, *op. cit.*, nota 3, p. 142.

<sup>110</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 80, p. 453.

ciemos la trascendencia que reviste el cambiar la manera en la que se piensa y se enseña el derecho.

## 2. Programa de la enseñanza del derecho

Frente a la jerarquía y dominación que supone la enseñanza actual del derecho, el programa que postulan los Estudios Críticos del Derecho radica en volver explícito el contenido político de la vida cotidiana en el derecho; es decir, los significados políticos implícitos o inconscientes programados en lo “personal” y lo “profesional”, aspecto que implica construir con palabras una imagen que refleje cómo son las cosas y que pueda evocarlas vívidamente.<sup>111</sup>

Bajo esta perspectiva, se pretende aceptar abiertamente las implicaciones políticas que se encuentran presentes en el derecho, y afrontarlas sin temor o prejuicio alguno. Con ello, se adopta un modelo de educación jurídica del derecho como política, que, en la perspectiva de Robert W. Gordon, obedece al escepticismo acerca de las bases dogmáticas de los principios jurídicos,<sup>112</sup> el cual puede aceptar variadas formas, entre ellas:

- a) La política como suplemento de la educación tradicional. En este modelo se buscó agregar argumentos políticos —bajo la influencia del realismo jurídico— al *stock* de argumentos convencionales. El problema de este tipo de enseñanza radicaba en la heterogeneidad en las políticas, en tanto que no se presentó un intento de reconciliar las inconsistencias y los conflictos entre aquéllas, ni se encuentran sintetizadas en patrones o no se encuentran lo suficientemente analizadas en profundidad, razón que probablemente explique por

---

<sup>111</sup> Kennedy, Duncan, “La importancia política de la estructura del plan de estudios de la facultad de derecho”, *cit.*, nota 89, p. 13.

<sup>112</sup> Gordon, Robert W., “Distintos modelos de educación jurídica y las condiciones sociales en que se apoyan”, *El derecho como objeto e instrumento de dominación*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, p. 192.

qué la política prácticamente no tuvo un gran impacto en la formación del abogado. El análisis político en cuestión es mayormente diseñado por los jueces y los abogados que argumentan ante éstos.<sup>113</sup>

- b) La política como una técnica instrumental de ingeniería legal-tecnocrática. En este caso, se emplea la política bajo un rol instrumental de las tareas legales; esto es, como parte del trabajo cotidiano de los abogados: conocimientos de los métodos y principios contables, y teoría financiera en la actividad de los abogados de negocios; conocimientos de economía antimonopólica para abogados que hacen antimonopolio; psicología infantil en el caso de abogados de derecho familiar, etcétera.<sup>114</sup>
- c) La política como la arquitectura social del sistema jurídico: educación de los abogados en el arte de gobernar. En esta perspectiva, el derecho es tanto un modo autónomo de pensamiento o de ordenamiento social como un modo de ejecutar políticas. Bajo esta perspectiva, se busca igualmente analizar y relacionar los materiales jurídicos —casos, reglas, códigos o modos particulares de razonamiento jurídico— con las normas y objetivos que subyacen en ellos.<sup>115</sup>

De lo expuesto con antelación es posible advertir que la educación jurídica sí parece admitir la referencia de la política. La cuestión en todo caso sería analizar los fines y la manera para los cuales se recurre a la política: si como una herramienta susceptible de ser empleada por el abogado en su práctica cotidiana, o si, por el contrario, se buscará analizar la influencia recíproca entre la política y el derecho, a efecto de que el estudiante descubra los objetivos (y fines) que subyacen en las normas y en el razonamiento jurídicos.

---

<sup>113</sup> *Ibidem*, pp. 192 y 193.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 193.

<sup>115</sup> *Ibidem*, pp. 193 y 194.

El empleo de uno u otro, prácticamente, dependerá de las intenciones del profesor, en tanto que si lo que busca es formar abogados de prestigio y notable reconocimiento, evidentemente que la invocación de la política será bajo una técnica instrumental; pero si lo que se pretende es acercar al alumno a los intereses que subyacen en el derecho (que en pocas palabras representa un enfrentamiento con la realidad), tendremos que privilegiar el análisis de la política como la arquitectura social del sistema jurídico, lo cual permitirá que el estudiante adquiera conciencia de su rol en la sociedad y las posibilidades que tiene para actuar.

En esta tesitura, la educación jurídica en el contexto de los *CLS* —lejos de la rutina de las clases ordinarias—<sup>116</sup> pretende despertar en el estudiante su capacidad crítica, que le permita cuestionar qué tan ciertos son los baluartes sobre los que se asienta el derecho (neutralidad judicial) y estar en posibilidad de formular propuestas alternativas de análisis y actuación dentro del derecho.

Bajo el anhelo de aproximar al estudiante a la relación entre política y derecho, Kennedy sugiere politizar el aula a partir

---

<sup>116</sup> Lucille A. Jewel expone la importancia de no permanecer en la rutina de la enseñanza del derecho e idear estrategias pedagógicas que conscienticen al estudiante de su papel en la sociedad, y evitar que reproduzcan las relaciones de desigualdad social, lo cual supone tomar en consideración la experiencia y perspectiva de los estudiantes, así como la desmitificación de la rutina y lo mundano, a fin de que los estudiantes se involucren con los procesos de formulación de las reglas jurídicas, cuestionen temas como la neutralidad judicial, las rutinas y prácticas de los abogados, los ideales implícitos en los códigos de ética, e incluso el propio plan de estudios de las escuelas de derecho. Con estas estrategias se busca que los futuros abogados contribuyan a la evolución del derecho a través de una reflexión crítica del mismo, y buscar alternativas para actuar a favor de los sectores más desprotegidos de la sociedad, lo que requiere igualmente identificar y combatir aquellas posturas y prácticas generadoras de la desigualdad social. *Cf.* Jewel, Lucille A., “Bourdieu and American Legal Education: How Law School Reproduces Social Stratification and Class Hierarchy”, *Buffalo Law Review*, Nueva York, vol. 56, núm. 4, diciembre de 2008, pp. 1213-1224.

de las experiencias políticas de los alumnos, y así lograr que los estudiantes vivencien el aula como un lugar en el que se encuentre presente tanto el aprendizaje de la doctrina como el debate de las brechas, los conflictos y las ambigüedades de ésta, y en donde los estudiantes, a la vez aprendan a observarse como representantes de diferentes clases de coaliciones de izquierda o de derecha.<sup>117</sup>

Hasta este punto es posible apreciar que la propuesta educativa de los Estudios Críticos del Derecho, al invocar la política en el análisis del derecho, busca aproximar y sensibilizar a los estudiantes para adquirir una visión del derecho, con una especial reflexión en torno a la ambigüedad, al conflicto y a la división entre posturas e ideologías que se vinculan en la elaboración, análisis y aplicación del derecho.

En la perspectiva de Duncan Kennedy, el objetivo de polarizar la clase es “atacar el problema de la falta de perspectiva o la aparente neutralidad o la abstracción de los estudios jurídicos transformando el aula en un lugar donde los alumnos aprendan doctrina y argumentación jurídica en el proceso de autodefinirse como actores políticos en sus vidas profesionales”.<sup>118</sup>

Para lograr los objetivos anteriores, es preciso aplicar una serie de técnicas y métodos de enseñanza del derecho. En la propuesta de Robert. W. Gordon, una primera técnica consiste en hacer inventario de los esquemas “argumentales convencionales”. La enseñanza convencional imparte con familiaridad estos esquemas, se elige selectivamente. En el siguiente paso trata de organizar un grupo propio de argumentos o sistemas de argumentación por medio de su reducción o abstracción, y después los acomoda en pares opuestos. De esta forma, el profesor trata de develar el dispositivo oculto que se usa comúnmente en la manipulación de conceptos, tales como la previsibilidad o la intención al resolver los casos.<sup>119</sup>

---

<sup>117</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 89, pp. 61-63.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>119</sup> Gordon, Robert W., *op. cit.*, nota 112, p. 156.

Otro método de enseñanza consiste en comparar y contrastar. Tal como ocurre en diferentes campos doctrinarios, los tribunales reaccionan de manera diversa contando con los mismos recursos, aspecto que es un instrumento para mostrar cómo los mundos sociales son construidos judicialmente sólo teniendo en cuenta abstracta o concretamente descritas las cosas, y cómo son estereotipadas al ser trabajadas de manera concreta. En otras palabras, con este método se busca plasmar el modo en que los órganos jurisdiccionales utilizan los mencionados argumentos de manera técnica, e identificar cómo se recurre a las políticas o al “sentido común”, allí donde los argumentos doctrinales no parecen concluyentes.<sup>120</sup>

El siguiente paso consiste en ejecutar exactamente las mismas operaciones sobre argumentos de políticas, inventariarlos, poner en pares sistemáticamente argumentos con contraargumentos y presentar y catalogar los artificios de manipulación más comunes. El método en este supuesto consiste en sacar a la superficie las premisas, supuestos y artificios narrativos ocultos, e invitar a que los alumnos los elaboren. Con ello mostraremos que existe un número limitado de conceptos básicos que se repiten infinitamente en la doctrina y en la teoría jurídicas, que se contradicen unos con otros, y que todos pueden ser sacados a la luz en el análisis de cada caso. Lo mismo ocurre con los argumentos basados en políticas, en tanto que no son un camino para salir de una indeterminación o contradicción teórica, sino una puerta a una nueva clase de indeterminación o contradicción.<sup>121</sup>

En este contexto, los *CLS* proponen mostrar cómo los recursos técnicos no se agotan en las resoluciones judiciales, e igualmente buscan poner de manifiesto el papel de la política en las decisiones que constituye. Este procedimiento sirve para identificar los elementos conservadores o liberales en sus diversas subcorrientes, en los casos resueltos por los jueces. Indudablemente, esta técnica

---

<sup>120</sup> *Ibidem*, pp. 157 y 158.

<sup>121</sup> *Ibidem*, pp. 158 y 159.

sería de gran utilidad en los estudios jurídicos en nuestros medios al momento de revisar casos prácticos e identificar argumentos de naturaleza política en sentencias, jurisprudencias, resoluciones administrativas, sólo por mencionar algunos.

En este proyecto educativo es menester considerar lo que en la lectura de Kennedy se identifica como el “abandono de la megalomanía”,<sup>122</sup> que supone:

- 1) El reconocimiento por parte del profesor de la carrera y campo de batalla que ha elegido, lo que supone la elección de la clase de actividad política a que puede comprometerse el profesor dada su decisión de enseñar derecho. Bajo esta elección, se deben tomar una serie de decisiones que comprenden la búsqueda de alternativas para transformar la experiencia de la enseñanza del derecho en una educación política, fomentar el interés público en la reforma jurídica, o bien que el profesor se involucre con distintos movimientos para mejorar la prestación de servicios jurídicos de grupos desprotegidos.
- 2) Admitir que las políticas de los críticos están empobrecidas teóricamente, lo cual supone: 1) una crítica parcial, pero dogmática, a las teorías liberales y burguesas del derecho, la economía y la sociedad; 2) una gran medida de repulsión consistente y desagradable hacia la manera en que funcionan las cosas y hacia el papel desempeñado en el funcionamiento de las cosas; 3) fragmentos utópicos, muy igualitarios, en cierto sentido eróticos y estéticos, pero imprecisos incluso como fragmentos, y 4) una medida de esperanza constante respecto de momentos particulares de la práctica política.

Es así como los *CLS*, en la perspectiva de Robert W. Gordon, ofrecen al estudiante de derecho las herramientas para leer múltiples interpretaciones, explorar diversas alternativas institucio-

---

<sup>122</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 89, pp. 50 y 51.

nales, así como conocer prácticas y caminos posibles fuera de un sistema jurídico que muy a menudo es presentado como complaciente o trágicamente congelado dentro de un sistema unitario, y sólo con un curso de desarrollo posible. Se trata de enseñar a los estudiantes las grandes visiones políticas enterradas dentro de los argumentos más técnicos y a debatir estas visiones abiertamente.<sup>123</sup>

Lo anterior implica necesariamente un gran trabajo académico para alcanzar dichos objetivos y encierra una planeación en donde juegan un papel importante los objetivos y las estrategias de enseñanza. En este mismo sentido, el profesor, al constituirse como el principal innovador de la enseñanza del derecho, procurará evitar los errores de la educación tradicional y buscará una educación alternativa que brinde caminos diferentes en los cuales los alumnos puedan transitar en la construcción del conocimiento jurídico.

Por lo expuesto, el papel de la política juega un papel fundamental en la formación crítica del jurista para tener una visión alternativa de la realidad y actuar en la transformación social. Al referir al ámbito político en el derecho, generaremos un interesante debate jurídico en el que se discutan las distintas posturas políticas y la manera en que se encuentran inmersas en los textos y en la práctica jurídica cotidiana. Así, la educación jurídica no se encuentra exenta del matiz político; sin embargo, debemos tener presente de manera constante su dimensión, no necesariamente observarlo como una parte negativa, sino como algo inherente de la propia actividad educativa, como todo quehacer humano.

### 3. *La comprensión del sentido social en el derecho mediante el cambio en la educación jurídica*

Para Duncan Kennedy, ha sido primordial entender temas eminentemente jurídicos como algo más que el producto del ra-

---

<sup>123</sup> Gordon, Robert W., *op. cit.*, nota 112, pp. 169 y 170.

zonamiento jurídico y la lógica jurídica, como algo más que el producto de las mayorías democráticas donde eran principalmente legislados, y como algo más que un desarrollo caso por caso de formas pragmáticas y sensatas de lidiar con los problemas.<sup>124</sup> Esta perspectiva probablemente sea la que nos invite a reflexionar sobre la vinculación de la política con el derecho, así, con lo cual exhorta a enseñar a los alumnos que el pensamiento jurídico burgués o liberal es una forma de mistificación, así como a comprender las contradicciones de ese pensamiento, y hacerles propuestas utópicas sobre cómo superar esas contradicciones.<sup>125</sup>

Mas cabría preguntarnos: ¿qué podríamos obtener con tener una perspectiva distinta del derecho a partir de la vinculación con la política? En la perspectiva de Robert W. Gordon se plantea ofrecer un esquema en el que el derecho se encuentra siempre rodeado de las limitaciones que imponen los poderes establecidos, de su inercia habitual, de la confianza en lo existente, de las expectativas actuales y del temor a lo desconocido, a la vez que permite al estudiante acercarse a una sociedad más igualitaria al descubrir las posibilidades latentes de los diseños jurídicos.<sup>126</sup>

Kennedy coincidiría con esta postura, en tanto que para dicho autor el interés por vincular la política con el derecho busca apoyar a aquellos estudiantes cuya principal motivación radica en la concreción de ideales sociales, y a quienes se les puede hacer notar que sus propuestas sí pueden coexistir en la academia y en la práctica jurídica.<sup>127</sup> Con ello se busca

...crear una nueva clase de grupo académico: un grupo que afirme el pensamiento creativo en vez de reprimirlo y que subvierta

---

<sup>124</sup> Clark, Gerard J., “Una conversación con Duncan Kennedy”, *cit.*, nota 89, pp. 88 y 89.

<sup>125</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 89, p. 44.

<sup>126</sup> Gordon, Robert W., *op. cit.*, nota 112, p. 159.

<sup>127</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 89, pp. 55 y 56.

que la jerarquía académica en lugar de someterse a ella o de reproducirla. Si triunfamos en el esfuerzo, incluso el izquierdismo abstracto universal tendrá que reconocer, desde las profundidades de la desesperación, que tenemos algo entre manos.<sup>128</sup>

En los términos expuestos, es posible advertir el énfasis que dan los representantes de los *CLS* en el análisis de los intereses que se encuentran en el derecho, en aras de mostrarle al estudiante las alternativas existentes en la teoría y en la práctica jurídicas, que le permitan actuar en sociedad. Por lo que se exhorta a combinar el aspecto técnico con las condiciones sociales y económicas ideales, en tanto que “la visión social sin técnica, como se ha dicho a menudo, es inútil; pero la técnica sin visión es una amenaza”.<sup>129</sup>

Por lo anterior, en la educación jurídica no debe pasar desapercibida la necesidad de considerar tanto los elementos técnicos del derecho como el ámbito social o humanitario del actuar y proceder del jurista,<sup>130</sup> ya que sólo así podremos estar en posibilidades de marcar un auténtico cambio social a través de esta ciencia.

#### IV. REFLEXIONES FINALES DEL CAPÍTULO SEGUNDO

La aproximación a la perspectiva de los *CLS* a la educación jurídica nos invita a reflexionar en la acción política en las aulas, el contenido político de la enseñanza jurídica y la pertinencia de los métodos alternativos de enseñanza. En esta dinámica, los *CLS* buscan que el estudiante desarrolle un pensamiento crítico que le permita ampliar su panorama de interpretación del derecho y

---

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>129</sup> Gordon, Robert W., *op. cit.*, nota 112, p. 208.

<sup>130</sup> Zacharias, Fred C., “Five Lessons for Practicing Law in the Interests of Justice”, *Fordham Law Review*, Nueva York, vol. LXX, núm. 5, abril de 2002, pp. 1939 y 1940.

de exploración de alternativas institucionales a fin de mejorar el entorno social.

En torno a la acción política de la enseñanza del derecho se denuncia la presencia de jerarquías y dominación presente en las aulas, que se manifiesta en las relaciones de poder manifiestas entre profesores y estudiantes, la forma de comportamiento exigido a los estudiantes, competencia estudiantil, así como el interés de formar abogados que actúen bien en el sistema. Bajo este esquema, se pondría de manifiesto la incapacidad que se genera en los alumnos para concebir alternativas en la interpretación y práctica jurídica cotidiana.

El contenido político de la enseñanza del derecho se refleja en la idealización de rigurosidad del razonamiento jurídico y en la desvinculación de la teoría con la práctica, así como ajeno al contexto social, político y económico que envuelve al jurista. Frente a esta crítica, los Estudios Críticos del Derecho defienden la naturaleza política y valorativa de los estudios jurídicos, que se hará extensiva a la reflexión en torno a la actividad judicial.

En este esquema, los *CLS* realizan una propuesta educativa tendiente a politizar la enseñanza del derecho, que implica hacerla más crítica o desenmascarar su carácter político oculto. La referencia a la política en el modelo educativo propuesto por los *CLS* implicará emplear la política como suplemento de la educación tradicional, como una técnica instrumental de ingeniería legal-tecnocrática o como arquitectura social del sistema jurídico, que conlleva una educación de los abogados en el arte de gobernar.

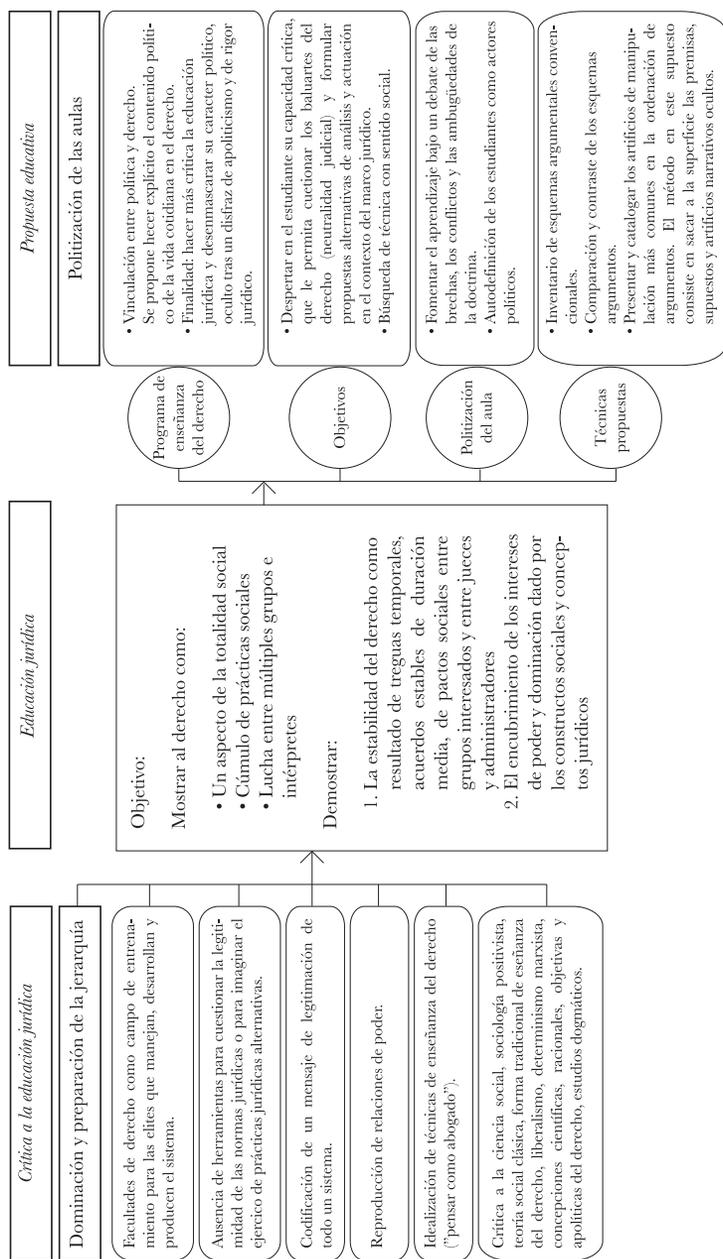
Al involucrar el elemento político al derecho, los *CLS* estiman que se generará un mayor interés en el estudiante por asumir una conciencia social, así como fomentar el desarrollo de un pensamiento crítico permanente en el estudiante.

En esta propuesta, los *CLS* aluden a una serie de técnicas y métodos de enseñanza del derecho para identificar los dispositivos ocultos de esta ciencia, localizar los distintos resultados de los tribunales, y de los argumentos y contraargumentos jurídicos.

Con ello, será posible reconsiderar que el matiz político se encuentra en la educación jurídica, el cual a su vez nos conduce a una aproximación crítica del estudiante frente al derecho. Este pensamiento crítico nos permitirá ampliar el margen de reflexión y de actuación del jurista al vincularnos con una problemática social particular que requiere una solución jurídica.

Con la anterior perspectiva encontramos que la educación jurídica desempeña un rol fundamental en la manera en que el jurista desarrollará su actividad y en la medida en que dicha educación adquiera un matiz más crítico, que a su vez incida en la posibilidad de actuar y transformar la sociedad.

## ESQUEMA 2. PROPUESTA DE EDUCACIÓN JURÍDICA EN LOS ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO



El esquema 2 sintetiza la crítica a la educación jurídica en los *CLS*, así como los objetivos y propuestas de dicha corriente.

## 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,<sup>131</sup> 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

---

<sup>131</sup> 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.<sup>132</sup>

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,<sup>133</sup> 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-

---

<sup>132</sup> 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.

<sup>133</sup> 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. *Cf.* 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”,<sup>134</sup> lo cual nos conduce a *tomar la ideología (del juzgador) en serio*,<sup>135</sup> en tanto que permite la fijación del sentido

---

<sup>134</sup> 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.

<sup>135</sup> 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.<sup>136</sup>

En este contexto, Kennedy exhorta a considerar la ideología como parte de un comportamiento estratégico a seguir en la adjudicación judicial;<sup>137</sup> 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.<sup>138</sup>

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 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-

---

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

<sup>137</sup> *Ibidem*, pp. 804-810.

<sup>138</sup> Rodríguez, César, *op. cit.*, nota 32, p. 71.

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

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.<sup>140</sup>

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.<sup>141</sup>

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.<sup>142</sup> De esta manera, al referir a la ideología se pretende identificar la posible influencia que ésta tiene en el desarrollo de las prácticas

---

<sup>139</sup> 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.

<sup>140</sup> *Ibidem*, pp. 801 y 802.

<sup>141</sup> Rodríguez, César, *op. cit.*, nota 32, pp. 63 y 64.

<sup>142</sup> *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 a 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.<sup>143</sup>

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.<sup>144</sup>

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,<sup>145</sup> que supone la premisa de que el juzgador pretende mediar el conflicto que representa asumir la ideología en la adjudicación judicial con

---

<sup>143</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 136, p. 790.

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

<sup>145</sup> 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.<sup>146</sup>

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,<sup>147</sup> que inician desde el momento en que el juzgador pretende aplicar su sentido de la justicia en un caso en particular,<sup>148</sup> 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

---

<sup>146</sup> 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.

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 809.

<sup>148</sup> *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”.<sup>149</sup>

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.<sup>150</sup>
- 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.<sup>151</sup>
- 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.<sup>152</sup>

Como se puede apreciar, la variable política contenida en los efectos mencionados difícilmente puede ser enmarcada bajo una “lectura textual del fallo”,<sup>153</sup> 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

---

<sup>149</sup> Rodríguez, César, *op. cit.*, nota 32, p. 65.

<sup>150</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>151</sup> *Ibidem*, pp. 67 y 68.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 73.

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

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,<sup>155</sup> 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.<sup>156</sup>
- 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.<sup>157</sup>
- 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

---

<sup>154</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 136, p. 787.

<sup>155</sup> 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 Gomeró, Santiago (ed.), *Interpretación y razonamiento jurídico*, Lima, Ara Editores, 2010, vol. II, pp. 54 y 55.

<sup>156</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 136, pp. 784-790.

<sup>157</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 105.

del lenguaje convencional de la necesidad jurídica de las resoluciones.<sup>158</sup> 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,<sup>159</sup> y así explorar una dinámica distinta de la argumentación jurídica, bajo el vínculo intencional del juzgador con el derecho,<sup>160</sup> y su manifestación en la actividad argumentativa.

<sup>158</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 136, pp. 785-806.

<sup>159</sup> *Ibidem*, pp. 802 y 803.

<sup>160</sup> 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.<sup>161</sup>

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

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 entretrejida 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.

<sup>161</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 104.

<sup>162</sup> *Ibidem*, pp. 95-97.

<sup>163</sup> *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.<sup>164</sup>

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.<sup>165</sup> Esta esfera de acción nos invita a considerar cuatro elementos adicionales en la decisión judicial,<sup>166</sup> 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.

---

<sup>164</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 134, p. 385.

<sup>165</sup> 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.

<sup>166</sup> 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,<sup>167</sup> 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,<sup>168</sup> 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,<sup>169</sup> o si en su caso dicha libertad está totalmente subordinada por el material jurídico.<sup>170</sup>

---

<sup>167</sup> 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.

<sup>168</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 121.

<sup>169</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>170</sup> En opinión de César Rodríguez, la concepción de Duncan Kennedy de la adjudicación judicial pretende mediar entre la tesis realista de la discrecio-

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”.<sup>171</sup>

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

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.

<sup>171</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 107.

<sup>172</sup> 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.<sup>173</sup>

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.<sup>174</sup>

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,<sup>175</sup> 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,<sup>176</sup> o simplemente admitir cierto margen de discrecionalidad,<sup>177</sup> sin cuestionar la conflictiva (y contradictoria) esencia propia de las normas y principios; así:

---

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

<sup>174</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 134, pp. 368 y 369.

<sup>175</sup> *Idem.*

<sup>176</sup> *Ibidem*, pp. 365 y 366.

<sup>177</sup> 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.<sup>178</sup>

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;<sup>179</sup> más bien se busca reconsiderar la sensación de la indeterminación del derecho a partir de la

<sup>178</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 134, pp. 368 y 369.

<sup>179</sup> 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.<sup>180</sup>

Ahora bien, la adopción de decisiones bajo un derecho indeterminado de ninguna manera implica que las mismas carezcan de legitimidad;<sup>181</sup> 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.<sup>182</sup>

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.<sup>183</sup>

---

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 220.

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

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

<sup>183</sup> 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.<sup>184</sup>

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,<sup>185</sup> 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.

<sup>184</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 130.

<sup>185</sup> *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.<sup>186</sup>

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

---

<sup>186</sup> *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.<sup>187</sup>

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.<sup>188</sup>

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

---

<sup>187</sup> Cardozo, Benjamin Nathan, *op. cit.*, nota 167, p. 71.

<sup>188</sup> 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.

<sup>189</sup> Si prescindimos un momento de la fenomenología, la conciencia, 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.

<sup>190</sup> 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.<sup>191</sup>

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.<sup>192</sup>

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,<sup>193</sup> 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 concepción 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.<sup>194</sup>

---

<sup>191</sup> 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](http://www.duncankennedy.net/documents/r%26f_clt/Chapter%201.%20Legal%20Consciousness.pdf).

<sup>192</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, pp. 186-191.

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

<sup>194</sup> 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 culturales<sup>195</sup> 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.<sup>196</sup>

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

---

<sup>195</sup> 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.

<sup>196</sup> 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.

<sup>197</sup> 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.

<sup>198</sup> 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.<sup>199</sup>

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”.<sup>200</sup> En el ámbito de la argumentación jurídica, dichas reglas representan “un compromiso alcanzado entre dos argumentos de conveniencia pública con concesiones mutuas”,<sup>201</sup> en cuya aplicación ha de procurarse balancear las adversidades de los distintos actores sociales.<sup>202</sup>

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”,<sup>203</sup> 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.

<sup>199</sup> 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.

<sup>200</sup> 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>

<sup>201</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 111.

<sup>202</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 200, p. 383.

<sup>203</sup> 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,<sup>204</sup> neutralidad,<sup>205</sup> generalidad, abstracción y, si se quiere, universalidad,<sup>206</sup> de la norma jurídica son insuficientes para dar respuesta a la totalidad de conflictos sociales,<sup>207</sup> situación que políticamente nos conduce a considerar a la norma

---

<sup>204</sup> 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.

<sup>205</sup> Unger, Roberto Mangabeira, *op. cit.*, nota 69, pp. 1-8.

<sup>206</sup> 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.

<sup>207</sup> 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”.<sup>208</sup>

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”,<sup>209</sup> en los términos que advierte Kennedy, en la que el juzgador actúa como un actor político,<sup>210</sup> quien determinará el carácter que asumirá esta constelación de fuerzas, y que a su vez incidirá en el comportamiento de las fuerzas políticas.<sup>211</sup>

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-opuestos<sup>212</sup> para identificar las contradicciones<sup>213</sup> del derecho.

---

<sup>208</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 131.

<sup>209</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 200, pp. 384 y 385.

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 388.

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

<sup>212</sup> 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.

<sup>213</sup> 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.<sup>214</sup> Por el momento, pretendemos señalar que los pares opuestos forman una parte considerable de la tradición jurídica<sup>215</sup> 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.<sup>216</sup>

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.

<sup>214</sup> *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.

<sup>215</sup> 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%206f\\_cit/Chapter%201.%20Legal%20Consciousness.pdf](http://www.duncankennedy.net/documents/r%206f_cit/Chapter%201.%20Legal%20Consciousness.pdf).

<sup>216</sup> 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.<sup>217</sup>

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,<sup>218</sup> 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.

---

<sup>217</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 212, p. 105.

<sup>218</sup> 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 precedentes<sup>219</sup> 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”.<sup>220</sup> Este mensaje puede ser experimentado tanto como una situación fáctica sobre las que otros jueces han tomado decisiones que apuntan en direcciones distintas<sup>221</sup> 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.<sup>222</sup>

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.

---

<sup>219</sup> 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.

<sup>220</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, pp. 190-195.

<sup>221</sup> *Ibidem*, p. 187.

<sup>222</sup> *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 jurídicos<sup>223</sup> 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,<sup>224</sup> políticos, económicos, sociales y culturales,<sup>225</sup> así como la comu-

---

<sup>223</sup> 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.

<sup>224</sup> 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.

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

nidad jurídica.<sup>226</sup> 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*,<sup>227</sup> 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.<sup>228</sup> 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.

---

<sup>226</sup> 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.

<sup>227</sup> Lawrence Friedman considera que frente a una connotación activa y reformadora 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.

<sup>228</sup> 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,<sup>229</sup> 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

---

<sup>229</sup> 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”.<sup>230</sup>

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

---

<sup>230</sup> 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.

<sup>231</sup> 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. Cfr. 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 inmanentes 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.<sup>232</sup> 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,<sup>233</sup> 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 o convincente este elemento valorativo.

<sup>232</sup> 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.

<sup>233</sup> 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 externa<sup>234</sup> 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-

---

<sup>234</sup> 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.<sup>235</sup>
- 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.

---

<sup>235</sup> 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 deseada<sup>236</sup> 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-

---

<sup>236</sup> *Ibidem*, pp. 178-181.

derar la vulnerabilidad de la ley,<sup>237</sup> 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.<sup>238</sup> 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,<sup>239</sup> y su vinculación con la cer-

---

<sup>237</sup> 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.

<sup>238</sup> 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.

<sup>239</sup> 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,<sup>240</sup> 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”.<sup>241</sup> 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 sinnúmero 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.

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

<sup>241</sup> 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,<sup>242</sup> 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,<sup>243</sup>

---

<sup>242</sup> 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.

<sup>243</sup> 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.<sup>244</sup> 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)<sup>245</sup> 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,<sup>246</sup> 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

---

<sup>244</sup> *Ibidem*, pp. 101-107.

<sup>245</sup> 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”.

<sup>246</sup> *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,<sup>247</sup> 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 intencional<sup>248</sup> del juzgador con el material jurídico,<sup>249</sup> y junto con ello, las actitudes y reacciones que desplie-

---

<sup>247</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>248</sup> 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.

<sup>249</sup> 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”.<sup>250</sup> Ésta así será examinada desde la perspectiva de un individuo que tendrá que aplicarla, interpretarla, cambiarla, ponerla en entredicho, o lo que fuera menester.<sup>251</sup>

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,<sup>252</sup> 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, Amorrortu Editores, 1973, pp. 31-44.

<sup>250</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 97.

<sup>251</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>252</sup> *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.<sup>253</sup>

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:<sup>254</sup>

- 1) Tratar de encontrar los argumentos jurídicos que producirán el efecto de necesidad jurídica<sup>255</sup> para un resultado

---

<sup>253</sup> 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.

<sup>254</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 134, pp. 371 y 372.

<sup>255</sup> 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,<sup>256</sup> 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 jurídicas<sup>257</sup> 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

---

<sup>256</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 134, pp. 372 y 373.

<sup>257</sup> 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.<sup>258</sup> 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.<sup>259</sup>

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

---

<sup>258</sup> 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.

<sup>259</sup> 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,<sup>260</sup> 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

---

<sup>260</sup> 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”.<sup>261</sup> 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”.<sup>262</sup>

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 jurídicas, 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 obstáculos<sup>263</sup> a una actividad que se manifiesta como “un conflicto entre lo que «la ley» exige y «la sentencia a la que quiero llegar»”.<sup>264</sup>

---

<sup>261</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, pp. 119 y 120.

<sup>262</sup> *Ibidem*, p. 219.

<sup>263</sup> 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. *Cf.* 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.

<sup>264</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 91.

Dentro de este razonamiento jurídico, evidentemente es menester dar razones<sup>265</sup> 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

---

<sup>265</sup> 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.<sup>266</sup>

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

---

<sup>266</sup> 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.<sup>267</sup>

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.<sup>268</sup>

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,<sup>269</sup> 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»”.<sup>270</sup>

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

---

<sup>267</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>268</sup> *Ibidem*, pp. 124 y 125.

<sup>269</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>270</sup> *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.<sup>271</sup>

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.<sup>272</sup>

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

---

<sup>271</sup> *Ibidem*, p. 174.

<sup>272</sup> *Ibidem*, p. 177.

la “brecha de obvedad”, 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,<sup>273</sup> 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.<sup>274</sup>

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,<sup>275</sup> 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”.

---

<sup>273</sup> *Ibidem*, p. 128.

<sup>274</sup> *Ibidem*, p. 127.

<sup>275</sup> *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).<sup>276</sup>

Vinculado con los límites de la racionalidad práctica,<sup>277</sup> 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,<sup>278</sup> 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.<sup>279</sup>

Más aún, la incertidumbre que enfrenta el juzgador al iniciar la labor argumentativa respecto de si podrá llegar o no a la sentencia deseada<sup>280</sup> 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-

---

<sup>276</sup> *Ibidem*, pp. 218-221.

<sup>277</sup> Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 234, pp. 136-149.

<sup>278</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 177.

<sup>279</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 134, p. 379.

<sup>280</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, pp. 178-180.

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

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.<sup>282</sup>

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:

---

<sup>281</sup> *Ibidem*, p. 193.

<sup>282</sup> *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 (vagamante, 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.<sup>283</sup>

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.<sup>284</sup>

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.<sup>285</sup>

---

<sup>283</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 134, p. 383.

<sup>284</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 186.

<sup>285</sup> *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.<sup>286</sup>

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.<sup>287</sup>

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,

---

<sup>286</sup> *Ibidem*, p. 187.

<sup>287</sup> 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.<sup>288</sup>

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.<sup>289</sup> 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

---

<sup>288</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 190.

<sup>289</sup> 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. *Cf.* 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*.<sup>290</sup>

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,<sup>291</sup> 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.<sup>292</sup>

Desde esta perspectiva, Kennedy parecería aludir a los argumentos de conveniencia pública como entes carentes de un sustento material y escrito.<sup>293</sup> 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,<sup>294</sup> los cuales a su vez

---

<sup>290</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 143.

<sup>291</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>292</sup> *Ibidem*, pp. 144-149.

<sup>293</sup> 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 MacCormick, Neil, *op. cit.*, nota 242, pp. 30 y 31.

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

fungen 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,<sup>295</sup> 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 bajará con el mensaje del campo,<sup>296</sup> 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\\_European%20Intro.pdf](http://www.duncankennedy.net/documents/A%20Semiotics%20of%20Legal%20Argument_European%20Intro.pdf).

<sup>295</sup> 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. *Cf.* 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.

<sup>296</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 200.

podríamos agregar las “piezas de argumentos”<sup>297</sup> 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,<sup>298</sup> que son los siguientes:

---

<sup>297</sup> 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>.

<sup>298</sup> 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”.<sup>299</sup> 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.<sup>300</sup>

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-

---

<sup>299</sup> *Idem.*

<sup>300</sup> *Ibidem*, pp. 107 y 108.

recerá tener una configuración específica que resultará difícil de manipular.<sup>301</sup>

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),<sup>302</sup> 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.<sup>303</sup>

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 grupo<sup>304</sup> encontramos:

---

<sup>301</sup> *Ibidem*, pp. 157 y 158.

<sup>302</sup> *Ibidem*, p. 209.

<sup>303</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>304</sup> *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,<sup>305</sup> 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

---

<sup>305</sup> *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,<sup>306</sup> 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.<sup>307</sup>

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.

---

<sup>306</sup> 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.

<sup>307</sup> 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 justicia<sup>308</sup> 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—,<sup>309</sup> 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.

---

<sup>308</sup> *Ibidem*, p. 117.

<sup>309</sup> *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,<sup>310</sup> 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.<sup>311</sup> Así, parte de este ataque frontal a la ley lo constituye la argumentación jurídica a través de los hechos<sup>312</sup> y argumentos,<sup>313</sup> 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”.<sup>314</sup>

---

<sup>310</sup> *Ibidem*, p. 171.

<sup>311</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 134, pp. 370 y 371.

<sup>312</sup> 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.

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

<sup>314</sup> 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.<sup>315</sup> 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-

---

<sup>315</sup> *Ibidem*, pp. 171 y 172.

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

Con base en lo anterior, es posible observar un “microescena-rio” 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 delineará a partir de la búsqueda de límites, y el juzgador tendrá que analizar debidamente para disminuir la brecha de obviedad de la subjetividad de su sentencia. Dichos límites aplicados a la norma jurídica los podemos ubicar en dos vertientes:

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

---

<sup>316</sup> *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.<sup>317</sup>

En este seguir por ubicar la sentencia deseada se da lo que Kennedy conoce como un proceso de formación de una *Gestalt*,<sup>318</sup> 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.<sup>319</sup>

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.<sup>320</sup> 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.<sup>321</sup>

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

---

<sup>317</sup> *Ibidem*, p. 117.

<sup>318</sup> 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.

<sup>319</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, pp. 134 y 135.

<sup>320</sup> *Ibidem*, p. 119.

<sup>321</sup> *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.<sup>322</sup>

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.<sup>323</sup> 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.<sup>324</sup> Después de todo, es el propio juzgador quien actúa, determina

---

<sup>322</sup> *Ibidem*, pp. 192 y 193.

<sup>323</sup> 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.

<sup>324</sup> *Ibidem*, p. 193.

el resultado y busca reconstruir el mundo para que se ajuste a sus intenciones.<sup>325</sup>

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”.<sup>326</sup>

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,<sup>327</sup> 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,<sup>328</sup> lo cual permitirá un ajuste del campo jurídico, prácticamente imperceptible a la audiencia, pues parecerá que se cubre un grupo distinto de situaciones hipotéticas.<sup>329</sup>

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,<sup>330</sup> 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

---

<sup>325</sup> *Ibidem*, p. 207.

<sup>326</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>327</sup> *Ibidem*, pp. 136-138.

<sup>328</sup> *Ibidem*, pp. 139-142.

<sup>329</sup> *Ibidem*, p. 141.

<sup>330</sup> *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,<sup>331</sup> los requerimientos de interpretación jurídica y lenguaje,<sup>332</sup> 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

---

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

<sup>332</sup> 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.<sup>333</sup> 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.<sup>334</sup>

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.<sup>335</sup> 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.<sup>336</sup> 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-

---

<sup>333</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 111.

<sup>334</sup> *Ibidem*, pp. 216 y 217.

<sup>335</sup> 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.

<sup>336</sup> 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.<sup>337</sup>

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,<sup>338</sup> 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.<sup>339</sup> 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,<sup>340</sup> también lo es

---

<sup>337</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 169.

<sup>338</sup> Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 234, pp. 126-128.

<sup>339</sup> Kennedy, Duncan, *op. cit.*, nota 76, p. 195.

<sup>340</sup> 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.<sup>341</sup>

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.

<sup>341</sup> 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 un 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.<sup>342</sup> 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

---

<sup>342</sup> *Ibidem*, p. 213.

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

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.<sup>344</sup>

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

---

<sup>343</sup> *Ibidem*, p. 214.

<sup>344</sup> 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.

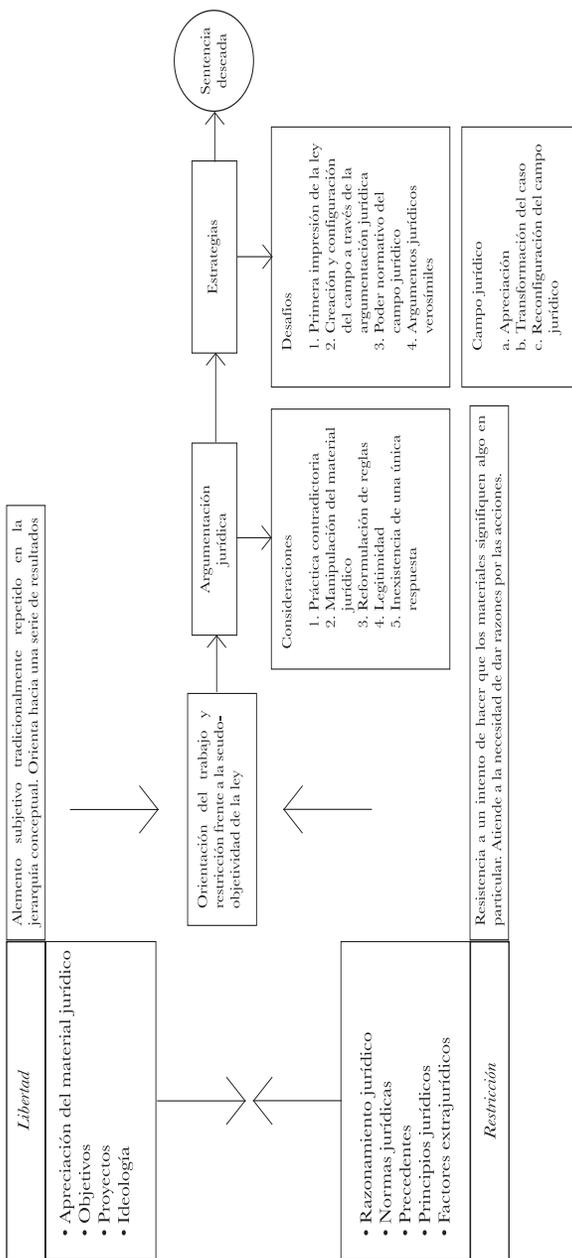
Ante dicha exigencia, Duncan Kennedy nos invita a reflexionar en torno a las estrategias jurídicas desplegadas por el juzgador, así como en la práctica de la argumentación jurídica en este esquema de libertad y restricción de la decisión judicial. Precisamente, la restricción impuesta por el razonamiento, 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.

## CAPÍTULO CUARTO

### ENCUENTROS Y DESENCUENTROS CON LOS *CLS*: OTRAS POSTURAS DE LA CRÍTICA JURÍDICA NORTEAMERICANA

#### I. DERECHO Y GÉNERO. UNA APROXIMACIÓN DESDE LOS ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO AL PARADIGMA EMERGENTE

##### 1. *La búsqueda de caminos alternativos a partir del problema de la diferencia en la modernidad*

El problema de la diferencia en la modernidad<sup>345</sup> cuestiona la propia idea de igualdad y universalidad, ya que son necesarios nuevos caminos que nos posibiliten salvaguardar la universalidad, al tiempo que permitan incluir las diferencias en el espacio público, que a su vez constituya un reconocimiento a la diferencia sin particularizar y fraccionar el todo, es decir, reconocernos como diferentes.

Ante esta situación, es preciso buscar nuevos paradigmas que brinden otras alternativas para solucionar la dicotomía diferencia-universalidad; por ejemplo, podríamos mencionar los estudios de género, lo que se entiende como una construcción social que denota las insuficiencias de los cuerpos teóricos actuales, y

---

<sup>345</sup> Bajo el pensamiento kantiano, la modernidad trae como consecuencia una forma de construir nuestra realidad basada principalmente en la racionalidad formal y con una aspiración de universalidad. *Cf.*: Kant, Emmanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 12a. ed., trad. de Manuel García Morente, México, Porrúa, 2000, pp. 49-52.

cómo a partir de la construcción social se han generado las formas de poder; por esta razón, el género repercute en la ética y en la política, al mostrar las desigualdades y lo injustificado de las mismas.

Así, el género constituye una herramienta teórica que nos permite deconstruir nuestra realidad, cuestionar las diferencias y mostrarnos lo contradictorio del discurso esencialista. La construcción de la diferencia genera una realidad injusta, por lo que al cuestionarla se descubre la subordinación que encierra lo masculino sobre lo femenino.

En el presente apartado realizaremos un acercamiento a la perspectiva de género, sus aristas y repercusiones jurídicas, desde la perspectiva de los Estudios Críticos del Derecho, que nos invitan tanto a realizar una relectura de los textos jurídicos como incluso a generar una propuesta de teoría del derecho con un enfoque de género.

Lo anterior nos permitirá apreciar la problemática que representa la desigualdad de género, el papel que juega el derecho en la reproducción de esta desigualdad, e igualmente estaremos en posibilidad de asumir los retos que social y académicamente se requieren para proponer acciones favorables para mejorar esta situación. Esta línea de análisis nos ayudará a determinar hasta qué punto ha progresado la situación de la mujer del siglo XXI respecto de otras épocas o si sólo estamos frente a un discurso, que en el fondo oculta y niega la sumisión y explotación de la mujer, un tema que ciertamente nos invita a una constante y seria reflexión.

## *2. Enfoque histórico-jurídico de los estudios de género*

El siglo XX ha sido en realidad un siglo corto, en virtud de una serie de acontecimientos y retrocesos de la humanidad, especialmente en el ámbito tecnológico y bélico. Por su parte, la sociedad ha sufrido cambios radicales, fundamentalmente en el

papel de la mujer y el hombre en la segunda parte del siglo XIX y todo el XX.

Con la Revolución Industrial encontramos una nueva concepción de trabajo, de sociedad, e incluso de orden jurídico.<sup>346</sup> De esta manera, los papeles del hombre y de la mujer se vieron modificados sustancial y principalmente en la exigencia de la mano de obra industrial, lo que obligó a la participación activa de la mujer. Pese a dicha participación activa en el ámbito laboral, político y social, la mujer aún se encuentra en desventaja en un mundo patriarcal, en donde se ve limitada en su actuar jurídico-político.

Más allá de asumir una actitud pesimista en torno al rol de la mujer, dada la evidente exclusión, represión, desigualdad y discriminación que la perspectiva histórica nos ofrece,<sup>347</sup> es menester asumir con mayor convicción, firmeza y determinación los compromisos que política, social, moral y culturalmente se requieren para consolidar una sociedad justa y equitativa.

Por ello, el feminismo comienza a gestarse como movimiento político de la igualdad civil, el cual exige el respeto de sí misma de cada mujer,<sup>348</sup> y equiparar los derechos del hombre frente a la mujer, que en los países industrializados logró como una primera victoria el derecho al voto en la primera mitad del siglo XX.

Sin embargo, el tratamiento igual de la ley; es decir, la creencia de que cambiará el papel social de la mujer ante el otorgamiento de una serie de derechos y obligaciones, no soluciona la discriminación de la mujer. Esto conlleva a replantear el feminismo en una perspectiva nueva desde un enfoque de trato desigual,

---

<sup>346</sup> Hobsbawm, Eric, *En torno a los orígenes de la Revolución Industrial*, 29a. ed., México, Siglo XXI Editores, 2004.

<sup>347</sup> Anderson, Bonnie S., *Historia de las mujeres: una historia propia*, Barcelona, Crítica, 2007; Rivera Garretas, María-Milagros, *La diferencia sexual en la historia*, Valencia, Universitat de Valencia, 2005.

<sup>348</sup> MacKinnon, Catherine A., "The Sexual Politics of the First Amendment", *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1987, p. 206.

lo cual implica la idea de la diferencia, debido a que el trato igual no soluciona la discriminación; al contrario, la reafirma ahora con una nueva máscara.

A partir de la complejidad de las sociedades y de la tecnología, nos enfrentamos a retos nuevos para el estudioso del derecho. Es en este siglo XX cuando encontramos el concepto de género como un constructo de la identidad social del individuo respecto a sus preferencias, creencias, sentimiento, valores y formas de relacionarse con los otros para así determinar su comportamiento debido en sociedad.

En esta tesitura, el género no se constriñe únicamente a hombres y mujeres biológicamente hablando, sino que encierra una herramienta para entender los procesos sociales de los individuos e identificarlos como una construcción social. De esta manera, los estudios de género proponen un nuevo paradigma para lo social, al replantear conceptos y modelos que tradicionalmente se consideraban suficientemente explorados.

Bajo esta dinámica, se busca reivindicar el papel de la mujer en la sociedad, darle voz y ser reconocida plenamente por el derecho,<sup>349</sup> a efecto de que pueda participar activamente en la vida política, económica, social y cultural. En esta empresa, el enfoque de género, inicialmente acogido dentro de los *CLS*, denuncia aquellas circunstancias que impiden una igualdad y equidad de género, un problema que tiene ancladas raíces históricas, como se aprecia de la exclusión de la mujer en el propio discurso de la Constitución de los Estados Unidos de América,<sup>350</sup> y que por su condición se encontraba explícita-

---

<sup>349</sup> En la perspectiva de Peter Goodrich, el empleo de los conceptos de la lógica y el sistema exige una crítica psicoanalítica del derecho, a efecto de dar voz y objetividad a aquellas subjetividades, géneros, lugares o etnicidades que el derecho positivo niega u oculta. De esta manera, se busca que el derecho reconozca al “otro” e identificar las condiciones de diferencia, lugares, ocasiones, energías y enfoques institucionales en los que pueda aparecer la diferencia. *Cf.* Goodrich, Peter, *op. cit.*, nota 224, pp. 240 y 241.

<sup>350</sup> MacKinnon, Catherine A., *op. cit.*, nota 348, pp. 206 y 207.

mente fuera de la protección de los derechos y de la participación política.<sup>351</sup>

En la perspectiva de Annette Lyth, bajo este enfoque es posible enmarcar dos proyectos, siendo el primero desenmascarar y criticar el patriarcado oculto detrás de un derecho “sin género”, y en un segundo proyecto ubicamos la realización de lo que se podría considerar como una reconstrucción de la teoría jurídica.<sup>352</sup> En esta empresa, la autora destaca la importancia de aplicar la metodología feminista en el análisis de la legislación y su implementación, y en el cual se cuestionen aspectos tales como descubrir los intereses patriarcales privilegiados en el derecho; determinar las áreas en las que se niega o distorsiona la perspectiva femenina, y a partir de ahí considerar el tipo de reformas requeridas para acoger dicha perspectiva, considerando las repercusiones prácticas e ideológicas en la mujer.<sup>353</sup>

Sin embargo, la denuncia que formulan las representantes de los estudios de género tiene algunas divergencias con relación a los *CLS* (de cuya agenda se consideraban incluso excluidas), y en este sentido adquiere una identidad propia, bajo lo que inicialmente se concibió como un feminismo crítico.<sup>354</sup> A manera de ejemplo, las divergencias respecto de los *CLS* las encontramos en que la incoherencia e indeterminación impiden la adopción de una teoría comprensiva sobre la dominación. De igual forma, se acusa a los miembros de los *CLS* de adoptar acriticamente la idea de que el problema de la sexualidad radica en la represión y no en la dominación.<sup>355</sup>

---

<sup>351</sup> Dworkin, Andrea, *For Men, Freedom of Speech; For Women, Silence Please*, disponible en <http://www.nostatusquo.com/ACLU/dworkin/WarZoneChaptIVE.html>.

<sup>352</sup> Acerca del tema de la teoría jurídica reconstructiva, véase Harris, Angela P., “The Jurisprudence of Reconstruction”, *California Law Review*, Berkeley, vol. 82, tema 4, 1994, pp. 766-784.

<sup>353</sup> Lyth, Annette, “Where are the Women?- A Gender Approach to Refugee Law”, en Ziemele, Ineta (ed.), *Expanding the Horizons of Human Rights Law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, vol. 1, pp. 110-112.

<sup>354</sup> García Villegas, Mauricio *et al.*, *op. cit.*, nota 6, pp. 37-47.

<sup>355</sup> *Ibidem*, pp. 45 y 46.

Este feminismo propone que la raíz de la subordinación de las mujeres radica en que los hombres tienen el poder sobre la sexualidad y la reproducción, e igualmente conciben al derecho como una herramienta de dominación y legitimación, y que por tanto no puede ser neutral.<sup>356</sup> Al ubicar la raíz de la opresión en el sexo y la reproducción, el feminismo crítico no sólo explica la opresión y sus mecanismos, sino que exige, además, que la lucha política se oriente a combatir la raíz del problema en lugar de concentrarse en sus síntomas.<sup>357</sup>

Como se puede apreciar, la crítica en comentario se erige como una lucha que pretende reivindicar la posición de la mujer en la sociedad. Así, se busca denunciar las circunstancias que representan un factor de opresión y sometimiento. De esta manera, se intenta dar una perspectiva distinta del mundo, a partir de la cual sea posible proponer cambios en los distintos ámbitos sociales que brinden el debido reconocimiento a la mujer. Precisamente uno de los ámbitos en los que se pretende incidir es en el derecho, tema que brevemente abordaremos en el siguiente apartado.

### *3. Inclusión de la mujer en la creación, interpretación y aplicación del derecho*

Existen determinados temas en los cuales aparentemente habría un consenso respecto de la afectación a la sociedad, como la pornografía, la violación, el aborto, el acoso sexual, el tráfico de personas, la prostitución, el secuestro, la desigualdad y la discriminación, y que, por cierto, las mujeres y los niños son los más propensos a ser víctimas de tales conductas.

Ante esta problemática, parecería que la ley, en sentido amplio, bajo las notas de generalidad y abstracción, es suficiente para regular y sancionar aquellas conductas que atenten contra la libertad, la igualdad, la integridad y la dignidad de las personas. Sin embargo, en ocasiones el compromiso político del legis-

---

<sup>356</sup> *Ibidem*, pp. 38 y 39.

<sup>357</sup> *Ibidem*, p. 41.

lador y el juzgador, además de la arraigada virilidad de la moral y la cultura, es indiferente a las repercusiones biológicas, psicológicas, sociales y culturales que se ocultan tras dichas conductas. Esta indiferencia a la postre impide concebir las posibles soluciones y alternativas que puede ofrecer el derecho como solución a la problemática mencionada en el párrafo anterior.

Visto desde esta perspectiva, el feminismo crítico cuestiona al derecho en tanto que éste reproduce las condiciones de la opresión de las mujeres, tanto material como discursivamente, por lo que el derecho produce y reproduce la jerarquía de género.<sup>358</sup>

En este punto, el enfoque de género nos invita a reflexionar acerca de la “moral” que informa la legislación, interpretación y aplicación de la norma jurídica, y junto con ello cuestionar hasta qué grado son incluyentes el derecho y el Estado mismo.

La reflexión parte de que vivimos en una sociedad organizada bajo la superioridad del hombre sobre la mujer, que pretende respaldarse sobre fundamentos divinos o naturales.<sup>359</sup> Como lo apunta Catherine A. MacKinnon, el punto de vista masculino generalmente es el que privilegia para ocuparse de la moral que se concretará en la legislación, la cual “puede ser vista como coherente con los intereses del poder masculino cobijado por una perspectiva neutral del bien y el mal desde el punto de vista de género”.<sup>360</sup>

Siguiendo la postura en cuestión, encontraremos que esta moralidad masculina “ve como bueno aquello que le permite mantenerse en el poder y como malo aquello que lo reduce o limita, o aquello que cuestiona su absolutismo”.<sup>361</sup> Es en este punto en donde veremos un primer conflicto entre la perspectiva masculina y la feminista, en tanto que lo que la moralidad

<sup>358</sup> *Ibidem*, pp. 42 y 43.

<sup>359</sup> Dworkin, Andrea, *Pornography and Male Supremacy*, disponible en <http://www.nostatusquo.com/ACLU/dworkin/WarZoneChaptIVH.html>.

<sup>360</sup> Mackinnon, Catharine A., “La pornografía no es un asunto moral”, en Mackinnon, Catherine A. y Posner, Richard, *Derecho y pornografía*, Bogotá, Ediciones Uniandes, Siglo del Hombre Editores, 1997, p. 52.

<sup>361</sup> *Ibidem*, p. 54.

masculina encuentra de nocivo, esto es, lo que amenaza su poder, es considerado inofensivo por la política feminista, y por el contrario, lo que ésta identifica como esencial en la subordinación femenina, como lo es la erotización de la dominación y subordinación, la moralidad masculina lo encuentra inofensivo o, incluso, lo defiende como algo realmente valioso, y por lo tanto, como una forma de expresión que debe ser protegida.<sup>362</sup>

En este orden de ideas, el bien y el mal están concebidos desde una perspectiva masculina, a la que se le pretende dar efectos generales y universales. El papel de la mujer, en todo caso, se limita a una mera subordinación, que prácticamente tiene que ajustarse al discurso del poderoso. Tenemos así, como afirma Catherine A. MacKinnon, “una sociedad en la que existe desigualdad de géneros, el discurso del poderoso impone su visión del mundo ocultando la verdad de los impotentes bajo esa aquiescencia desesperada que provee la apariencia de consentimiento y hace a la protesta inaudible y escasa”.<sup>363</sup>

Bajo esta tesis, sería menester cuestionar el papel del derecho, en el sentido de si reproduce esa desigualdad de géneros —bajo las instituciones y normas jurídicas—, si busca mejorarla o si, en su caso, es indiferente.

La respuesta a esta interrogante trasciende cualquier criterio cuantitativo bajo el cual podríamos agrupar la legislación y los instrumentos internacionales que se han dado en las últimas décadas tendientes a proteger a la mujer,<sup>364</sup> ya que en tanto se mantenga el estatus (de inferioridad) de la mujer frente al hombre, ninguna reforma será suficiente para dar una auténtica protección a la mujer.<sup>365</sup>

---

<sup>362</sup> *Idem.*

<sup>363</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>364</sup> Schneider, Elizabeth M., “La violencia de lo privado”, trad. de Mariana Campos, en Di Corleto, Julieta (comp.), *Justicia, género y violencia*, Santiago de Chile, Editorial Librería, Red Alas, 2010, pp. 44-55.

<sup>365</sup> Entre las críticas que se formulan a la supuesta protección de la mujer por la ley, encontramos a Andrea Dworkin, quien cuestiona si tal protección cons-

La decisión judicial es otro de los ámbitos que aparentemente no ha dimensionado adecuadamente el impacto que reviste la interpretación y aplicación de la ley desde una perspectiva de género, y sus repercusiones en el ejercicio y goce de los derechos.<sup>366</sup>

Vista la temática anterior, es posible constatar cómo el análisis de la legislación y de la decisión judicial trasciende del estudio del lenguaje y de la lógica jurídica empleados. Es menester cuestionar qué tanto representan un espejo del *statu quo* por lo que al ámbito económico, político y social refiere, y hasta qué punto su contenido representa la visión de la dominación masculina, a que refieren los estudios de género.<sup>367</sup>

Esta perspectiva nuevamente nos invita a reflexionar que el problema del género en la creación, interpretación y aplicación del derecho exige una revisión en torno a la vinculación del derecho con la política, con la moral y el con resto de las actividades humanas.<sup>368</sup> Es así como nuevamente podemos constatar las múltiples interrogantes e inquietudes que subsisten en el derecho, lejos de ese optimismo y confianza depositada en aquél para controlar y dar un orden coherente, equitativo y armónico a la sociedad.

---

tituye una preocupación, por su persona como tal —el ámbito privado— o si, en su defecto, tan sólo se trata de actuar contra el maltrato, visto como un daño público, lo que dejaría intacto el concepto de privacidad, que permite, alienta y refuerza la violencia contra la mujer. *Cfr.* Dworkin, Andrea, *Intercourse: Occupation/Collaboration*, disponible en <http://www.nostatusquo.com/ACLU/dworkin/IntercourseI.html>.

<sup>366</sup> Schneider, Elizabeth M., “The Changing Shape of Federal Civil Pretrial Practice: The disparate Impact on Civil Rights and Employment Discrimination Cases”, *University of Pennsylvania Law Review*, Filadelfia, vol. 158, tema 2, enero de 2010, pp. 557-570.

<sup>367</sup> Sobre las perspectivas feministas de análisis al derecho, véase Olsen, Frances, “El sexo del derecho”, trad. de Mariela Santoro y Christian Courtis, en Ruiz, Alicia (comp.), *La identidad femenina y el discurso jurídico*, Buenos Aires, Biblos, 2000, pp. 26-44.

<sup>368</sup> *Ibidem*, p. 44.

#### 4. *El estudio en el derecho a partir del enfoque de género*

El enfoque de género nos invita a dar una mirada sobre la identidad y rol de los distintos sujetos dentro de la sociedad, y la manera en que el derecho tiene que reconocer las pretensiones de los mismos. Después de todo el derecho es un producto social que requiere un mayor involucramiento con los distintos agentes que interactúan en la sociedad. En el presente numeral abordaremos cómo la dinámica de la sociedad impone nuevos retos para los estudios de derecho y género, los cuales deben ser objeto de un pormenorizado análisis jurídico que conlleve a ampliar la protección y reconocimiento de las personas.

##### *A. La sociedad compleja, retos nuevos para los estudios de derecho y género*

Nuestra sociedad contemporánea se caracteriza por la comunicación, el avance de la tecnología y la presentación de situaciones nunca antes planteadas de una manera tan abierta. Sólo por mencionar algunos casos, podríamos señalar: las parejas del mismo sexo, las personas que se someten a operaciones de “cambio de sexo”, la transexualidad, o las personas que asumen un género diferente a su aspecto biológico sexual y solicitan que la ley les reconozca su identidad, ya sea femenina o masculina, sin que ellas se hayan sometido a algún tratamiento médico.

Antes estas situaciones, el derecho tradicional y su legislación parecerían ser insuficientes para dar respuesta o solución integral a dichas cuestiones, lo que origina situaciones de discriminación jurídico-sociales. Por su parte, el abogado carece igualmente de herramientas conceptuales y metodológicas que le permitan dar una respuesta a los problemas que se presentan; tal pareciera que se quisiera omitir a la realidad misma.

Este tipo de circunstancias nos exhortan nuevamente a involucrarnos con la sociedad y redimensionar el papel del derecho, a efecto de adquirir conciencia sobre los problemas sociales, e idear

propuestas tendientes a acoger esas preocupaciones. Los estudios de género nos proporcionan una serie de categorías, conceptos y herramientas técnicas y metodológicas que nos permitan comprender íntegramente la dinámica social y los retos que el derecho debe enfrentar.

### B. *Los estudios de género en el análisis jurídico*

El derecho como producto social no está aislado del enfoque de género. Al contrario, esta perspectiva es de gran utilidad en el estudio del derecho, ya que usualmente ha estado dominado (en nuestro medio) por la visión naturalista o la kelseniana; sin embargo, el género permite analizar al derecho mismo y su pragmática, brindándonos nuevas vías de estudio.

La perspectiva de género implica ver al derecho como un producto paternalista, discriminador de las diferencias, creado en un contexto histórico-social determinado.<sup>369</sup> Así, el derecho se constituye como un instrumento de dominación que no sólo fomenta la discriminación, sino que la encubre en el discurso de la igualdad jurídica, en tanto que encierra una normatividad encaminada a mantener la exclusión de la mujer.

Por lo tanto, los estudios de género enfocados al derecho abarcarían cuatro grandes puntos: *a* una revisión de las instituciones jurídicas; *b* una relectura de los textos jurídicos; *c* la crítica al discurso de igualdad de géneros, y *d* generar una propuesta de teoría del derecho con un enfoque de género,<sup>370</sup> los cuales desarrollaremos a continuación:

---

<sup>369</sup> En la perspectiva de Catherine A. Mackinnon, la desigualdad de géneros parte de una relación socialmente construida entre el poder —lo político— y el conocimiento de la verdad y la realidad —lo epistemológico—. *Cfr.* MacKinnon, Catherine A., *op. cit.*, nota 360, p. 47.

<sup>370</sup> Jaramillo, Isabel Cristina, “La crítica feminista al derecho”, en West, Robin L., *Género y teoría del derecho*, trad. de Pedro Lama Lama, Bogotá, Ediciones Uniandes-Instituto Pensar-Siglo del Hombre Editores, 2000, pp. 55 y ss.

### a. Una revisión de las instituciones jurídicas

Si analizamos algunas de las instituciones o figuras que los abogados estudiamos tradicionalmente, podremos percatarnos de que gran parte del conocimiento se asimila casi mecánicamente, sin reflexionar sobre su contenido y trascendencia, o, en su defecto, sólo se emplean herramientas conceptuales que no son acordes con el mundo contemporáneo.

Por ejemplo, el derecho de familia es un campo donde los estudios de género nos brindan una nueva visión. El matrimonio es un caso, que generalmente es regulado de acuerdo con el tipo de pareja heterosexual; con ello, el matrimonio sólo abarca un campo limitado de la pareja, que es el biológico o sexual, excluyendo o discriminando otras formas alternativas de convivencia.<sup>371</sup> Asimismo, los “fines” tradicionales del matrimonio han sido el “débito carnal”, la perpetuación de la especie, o simplemente la procreación; es decir, se mantiene una visión cerrada de la vida en pareja, y en donde han sido pocos los cambios que han tratado de remediar parcialmente esta situación.

Otro caso lo constituye la patria potestad, que tradicionalmente encierra un dominio o control paterno sobre los hijos, situación que sucede aún en muchos hogares, aun cuando la propia ley faculta al hombre como a la mujer a ejercer ese derecho.

Así, los estudios de género nos invitan a reflexionar acerca de las formas de convivencia alternas que la legislación omite considerar, así como los efectos sociales que dicha omisión conlleva. De esta manera, es posible formular diversos proyectos que incidan en la política legislativa, ejecutiva y judicial, y que a su vez sienten las bases para consolidar una justicia de género.<sup>372</sup>

---

<sup>371</sup> Sobre la crítica de los apoyos gubernamentales a los matrimonios, y la exclusión de otras formas de convivencia, véase West, Robin L., “The Incoherence of Marital Benefits”, *University of Pennsylvania Law Review Online*, vol. 161, 2013, pp. 182-189, disponible en <http://www.pennlawreview.com/essays/3-2013/West.pdf>.

<sup>372</sup> Acerca de la justicia de género, véase Okin, Susan, “Justice and Gender”, en Sterba, James P. (ed.), *Justice. Alternative Political Perspectives*, 3a. ed., Belmont, Wadsworth Publishing Company, 1999, pp. 266-282.

Un campo jurídico adicional en el que se puede realizar una revisión amplia a las instituciones es el derecho penal, especialmente en el ámbito de los delitos sexuales, donde encontramos regulaciones jurídicas totalmente basadas en un concepto de diferenciación biológica de los individuos.

El delito de violación encierra una concepción fálica, al diferenciar las conductas típicas por la introducción o no del pene en el sujeto “pasivo del delito”; otra situación es el delito de estupro como se regulaba en el Código Penal Federal, en donde el bien jurídicamente protegido era la inexperiencia sexual de la mujer “casta y honesta”, lo que implicaba que la mujer fuera vista como un sujeto incapaz de comprender su propia sexualidad y la idea paternalista de proteger su “inocencia”.

No hay que olvidar los criterios jurisprudenciales generados para interpretar con una visión masculina el concepto de castidad, entendida en tres sentidos: *a*) la mujer “virgen” que nunca ha tenido relaciones sexuales; *b*) la mujer casada que sólo mantiene relaciones sexuales con su cónyuge, y *c*) la mujer viuda que (muerto su esposo) nunca más ha tenido un contacto sexual.

Otro ejemplo de revisión de las instituciones lo constituye la legislación electoral, al obligar a los partidos políticos a designar a mujeres en puestos de elección popular, en un porcentaje determinado, con objeto de “asegurar la participación política de la mujer”, aspecto que en vez de “dignificar” a la mujer representa un reconocimiento explícito de una sociedad que discrimina el actuar político de los individuos.

Desde luego, sería interminable enunciar las normas e instituciones que merecerían un análisis pormenorizado desde una perspectiva de género. Lo que en todo caso nos interesa destacar, es que los estudios de género nos aportan elementos de crítica a la sociedad y al derecho mismo, bajo los cuales es posible idear un programa propositivo suficiente para integrar debidamente a la mujer en la vida política, económica, social y cultural.

### b. Una relectura de los textos jurídicos

Si por texto entendemos el medio por el cual se transmite un contenido de conciencia a otro individuo, en nuestro sistema jurídico la norma tiene un papel fundamental en los estudios de género.

La revisión de nuestros ordenamientos nos mostrará varios elementos discriminadores en virtud del género, tales como expresiones ambiguas que permiten una discrecionalidad que fomenta la exclusión, la ausencia de regulación de situaciones sociales o el análisis del discurso oculto detrás de las instituciones jurídicas que nos permitirán cuestionar hasta qué grado el derecho favorece u obstaculiza los ideales progresistas.<sup>373</sup> Así, con la relectura de los textos jurídicos estaremos en posibilidad de identificar aquellos elementos que impiden dar una respuesta jurídica social en torno al género.

### c. La crítica al discurso de igualdad de géneros

El artículo 4o. de la Constitución federal prescribe la igualdad del varón y la mujer ante la ley, la cual protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Una pregunta que surge inmediatamente es la siguiente: ¿sólo porque la ley prescribe la igualdad de la mujer y el varón, ésta sucede en la realidad social?

Es muy común en el derecho el uso del lenguaje performativo o realizativo, que implica creer que una situación acontece en la realidad porque así lo dispone la ley. Si nos encerramos en un mundo normativo, podríamos llegar a la conclusión de que vivimos en una sociedad ideal; es necesario, entonces, superar este criterio, que impide apreciar lo complejo de nuestras relaciones humanas; por lo tanto, preceptos como el artículo 4o. constitucional, encierran el reconocimiento tácito de que existe una discriminación real, que no desaparece porque la ley lo dice.

---

<sup>373</sup> West, Robin L., “Constitutional Scepticism”, en West, Robin L. (ed.), *Rights*, Aldershot-Burlington, Ashgate-Dartmouth, 2001, pp. 359-365.

Es en este punto donde adquiere una particular importancia retomar aquellos proyectos políticos, teóricos y morales que nos aporten elementos pragmáticos y vivenciales tendientes a concretar una justicia entre géneros<sup>374</sup> más allá de principios concretados en la norma jurídica o precedentes que desatienden la magnitud de las relaciones sociales.

Así, bajo el enfoque de género no basta con que el texto de la ley reconozca una situación determinada o concrete un principio determinado, ya que, ciertamente, se requiere analizar las circunstancias histórico-sociales que giran en torno a dicha situación. Sólo así estaremos en posibilidad de evaluar hasta qué grado los poderes públicos, las organizaciones y asociaciones civiles, y la ciudadanía en general, se comprometen con el bienestar e igualdad de determinados sectores de la sociedad.

*d. Generar una propuesta de teoría del derecho con un enfoque de género*

Los lineamientos que podríamos señalar para construir una teoría del derecho desde la perspectiva de género exigen una base epistemológica, una conceptual y una metodológica.

La base epistemológica encierra la generación del conocimiento con un sustento histórico social; es decir, el derecho como

---

<sup>374</sup> Robin West expone las limitaciones del derecho y la importancia de considerar proyectos de carácter político, teóricos y morales en temas como la justicia reproductiva. Así, más allá de garantizar los derechos reproductivos de la mujer, en exigencias constitucionales o principios “atemporales”, es preciso considerar aspectos de carácter pragmático, político y temporales, tendientes a asegurar que la propia mujer elija libremente el ejercicio de su sexualidad, al ser quien asume los riesgos, cargas y responsabilidad de ser madre, por ejemplo, y no su esposo, padre o comités médicos. Generalmente en los foros legislativo y popular es en donde puede tener mayor impacto la argumentación de la justicia reproductiva de la mujer, que pueda contribuir a un mejor nivel de vida y una mayor integración con su familia y centros de trabajo. *Cfr.* West, Robin L., “From Choice to Reproductive Justice: De-constitutionalizing Abortion Rights”, *Yale Law Journal*, Connecticut, vol. 118, mayo de 2009, pp. 426-432.

objeto de estudio y el lenguaje científico deben ser comprendidos como productos históricos y, como tales, estar en la posibilidad de cambiar o modificarse. De igual forma, el ámbito argumentativo juega un papel importante en tanto que implica el sustento de las posturas teóricas que realice el estudioso del derecho.

Los conceptos, como representaciones lingüísticas de las ideas, deben brindar una explicación de la actualidad social, que a su vez permitan la creación de nuevos conceptos para continuar el estudio el análisis de género de una manera actualizada y flexible ante una sociedad compleja.

Por otro lado, la parte metodológica implicaría el uso de investigaciones tanto bibliográficas; es decir, una investigación teórica de relectura de textos y crítica de género, así como aquellas referidas a la investigación de campo,<sup>375</sup> que determine los alcances de la discriminación misma de los individuos y la teorización de los datos obtenidos en la práctica. De esta manera, entraríamos en contacto con las preocupaciones auténticas de las personas, para buscar su incorporación, reconocimiento y protección en la norma jurídica.

##### 5. *Género y derecho. Una propuesta de estudio*

Hoy en día el abogado debe estar permanentemente actualizado, no sólo en lo que a cambios legislativos y jurisprudenciales se refiere, sino también en los nuevos paradigmas de la ciencia jurídica, que le permitan analizar su mundo y generar propuestas de estudio y análisis de situaciones actuales.

El estudio del derecho y el género proporciona una visión diferente de nuestra sociedad, de ahí que el estudioso del derecho no debe estar ajeno a este paradigma emergente el conocimiento jurídico.

---

<sup>375</sup> Acerca de las propuestas de investigación relacionadas con el feminismo, véase Dragiewicz, Molly, "A Left Realist Approach to Antifeminist Fathers' Rights Groups", *Crime, Law and Social Change. An Interdisciplinary Journal*, Boston, vol. 54, núm. 2, septiembre de 2010, pp. 202-209.

Al efecto, hemos propuesto la creación de un curso monográfico denominado género y derecho, como una materia optativa en el décimo semestre de la licenciatura en derecho, que permitiría reflexionar sobre los siguientes contenidos:

- 1) El feminismo como fundamento del estudio de género.
- 2) El género como constructo social.
- 3) Género y derecho, un enfoque multidisciplinario.
- 4) El derecho como producto masculino.
- 5) La metodología de trabajo en los estudios de género y derecho.
- 6) La crítica a las instituciones jurídicas.
- 7) La propuesta teórica a partir de los estudios de género.

Sin perjuicio de lo anterior, hemos de reconocer que dentro de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México se han dado grandes avances tendientes a lograr la equidad de género, que comprenden desde la política de igualdad y equidad,<sup>376</sup> hasta la creación de la especialidad de género y derecho<sup>377</sup> en la División de Estudios de Posgrado de la misma Facultad.

La importancia de incorporar el estudio del género al análisis jurídico implica una revisión de nuestro trabajo cotidiano y del conocimiento aprendido en las aulas, bajo el cual el fenómeno jurídico se comprenda no sólo en un sentido normativista, sino que permita explorar nuevos campos de saber.

---

<sup>376</sup> Los avances en materia de equidad de género se pueden ver en <http://www.derecho.unam.mx/>.

<sup>377</sup> La especialidad de género y derecho comprende como asignaturas obligatorias: feminismo y teoría de género; historia de los derechos de las mujeres; instrumentos internacionales de la protección del derecho a la mujer; la mujer en el derecho positivo mexicano; género y salud; discriminación y violencia de género; estrategias para la equidad de género; infancia y género; impartición de justicia con perspectiva de género. Los programas de actividades académicas del plan de estudios de la especialización de género y derecho pueden consultarse en [http://www.derecho.unam.mx/transparencia/pdf/xviplanesyprogramas/especialidad/d\\_genero/geneyderecho.pdf](http://www.derecho.unam.mx/transparencia/pdf/xviplanesyprogramas/especialidad/d_genero/geneyderecho.pdf).

Sin duda alguna este enfoque abrirá rutas de estudio en el ámbito jurídico y nos permitirá analizar lo más importante del conocimiento social, que es el individuo mismo, y su relación con los otros.

De esta manera, la Facultad de Derecho de la UNAM no puede estar al margen de este enfoque de estudio, sino al contrario, en trabajo conjunto con otras dependencias universitarias (especialmente con el Programa Universitario de Estudios de Género) debe fomentar el análisis multidisciplinario que enriquezca el conocimiento jurídico social, así como formar a los nuevos abogados en las actuales corrientes de pensamiento, que le ayuden a comprender su mundo y para actuar con conocimiento de causa.

Los estudios de género y derecho abarcan todo el ámbito jurídico, y nos proporcionan las herramientas para formar nuevas vías de conocimiento y proponer respuestas ante los retos que se presentan en la sociedad. No dejemos este camino olvidado; al contrario, continuemos en él para comprender nuestro mundo complejo.

## 6. *Reflexiones finales en torno a los estudios de género*

El feminismo crítico, como escisión de los *CLS*, se suma a la búsqueda de caminos alternativos para solucionar la dicotomía entre la diferencia y la universalidad, a fin de reivindicar el papel de la mujer en la sociedad.

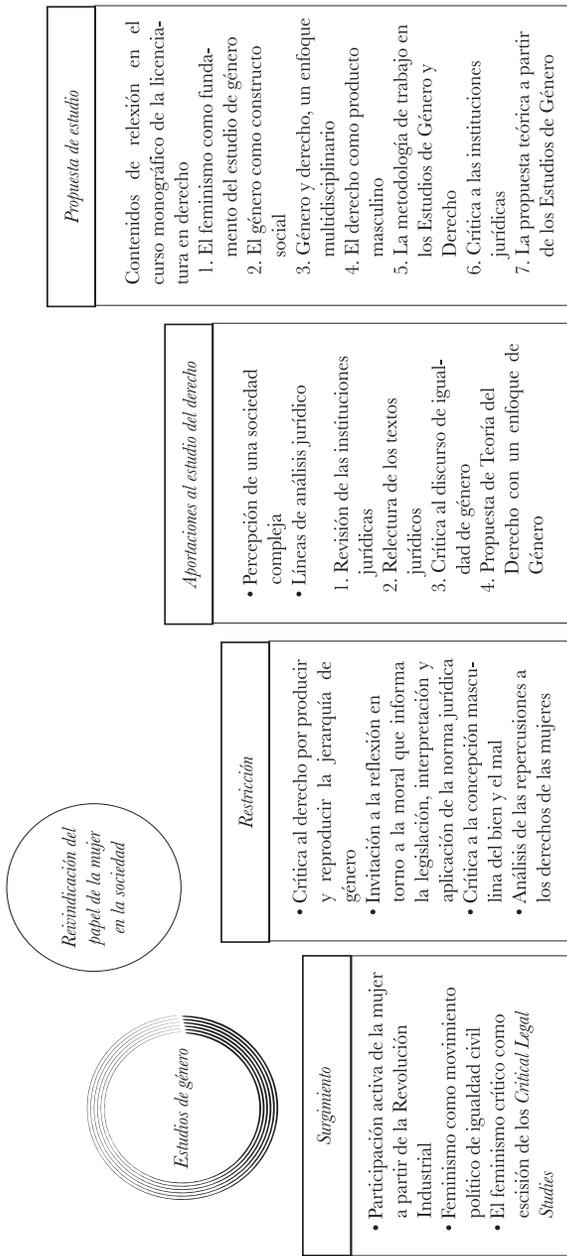
Bajo el pensamiento de autoras como Catherine A. Mackinnon, Robin West, Andrea Dworkin, por citar algunos ejemplos, encontramos temáticas referentes a la crítica al derecho por producir y reproducir la jerarquía de género, cuestionamiento al tipo de moral (masculina) contenida en la legislación, interpretación y aplicación de la norma jurídica, la crítica a la concepción masculina del bien y el mal, y el análisis de los derechos de las mujeres.

La temática anterior ofrece líneas interesantes de análisis jurídico, entre las que ubicamos la revisión de las instituciones jurídicas, la relectura de los textos jurídicos, la crítica al discurso de igualdad de género, y una posible propuesta de la teoría del derecho con un enfoque de género.

Un primer paso para adentrarnos en la reflexión jurídica de los estudios de género estaría representado por la inclusión de un curso monográfico en la licenciatura en derecho, en el cual se estudie el feminismo como fundamento del estudio de género; éste como constructo social; el enfoque multidisciplinario de género y derecho; el derecho como producto masculino; la metodología de trabajo en los estudios de género y derecho; la crítica a las instituciones jurídicas, y una propuesta teórica a partir de los estudios de género.

Con lo anterior, apreciamos que los estudios de género brindan elementos interesantes de reflexión y análisis para determinar la problemática y los retos que subyacen en la desigualdad entre hombres y mujeres, y así tener una sociedad más inclusiva y equitativa.

## ESQUEMA 4. LOS ESTUDIOS DE GÉNERO EN LA BÚSQUEDA DE CAMINOS ALTERNATIVOS PARA SOLUCIONAR LA DICOTOMÍA ENTRE DIFERENCIA-UNIVERSALIDAD



El esquema 4 expone brevemente el surgimiento de los estudios de género, los aspectos en los cuales se centra el reconocimiento de la mujer en el derecho, las aportaciones de dichos estudios al derecho, así como la propuesta de estudio en la licenciatura.

## II. *CRITICAL RACE THEORY*. (TEORÍA CRÍTICA DE LA RAZA). LA CRÍTICA RADICAL A LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO Y LA SOCIEDAD NORTEAMERICANA

### 1. *Generalidades*

Cornel West señala que la Teoría Crítica de la Raza es el desarrollo más excitante en los estudios jurídicos contemporáneos. Este movimiento comprensivo en pensamiento y vida (creado principalmente a través de no sólo por intelectuales progresistas de color), nos obliga a confrontar críticamente el tema más explosivo en la civilización norteamericana: la centralidad histórica y complicidad del derecho en defender la supremacía blanca (y jerarquías concomitantes de género, clase y orientación sexual).<sup>378</sup>

La Teoría Crítica de Raza (en adelante *Critical Race Theory*, *CRT*) constituye un apartado importante dentro de los estudios críticos norteamericanos de la segunda mitad del siglo XX. Si bien la *CRT* tiene sus lazos con los *CLS*, indudablemente muestra sus diferencias y críticas severas contra éstos. Dicha teoría la sostienen una serie de activistas y académicos interesados en estudiar y transformar la relación entre raza, racismo y poder.

Cabe señalar que el movimiento comprende varios de los mismos temas que ocupan los derechos civiles convencionales, y los estudios étnicos, los cuales se colocan en una perspectiva más amplia, que incluye economía, historia, e incluso los sentimientos y el inconsciente. A diferencia de los derechos civiles tradicionales, que abarcan un incremento y un progreso paso por paso, la Teoría Crítica de la Raza cuestiona los fundamentos del orden liberal, incluyendo la teoría de la equidad, el razonamiento jurídico, el racionalismo ilustrado, y los principios neutrales del derecho constitucional.<sup>379</sup>

---

<sup>378</sup> West, Cornel, "Foreword", en Kimberlé, Crenshaw *et al.*, *Critical Race Theory: The Key Writings that formed the Movement*, Nueva York, The New Press, 1995, p. XI.

<sup>379</sup> Delgado, Richard y Stefancic, Jean, *Critical Race Theory; An Introduction*, p. 1, disponible en [www.odec.umd.edu/CD/Race/CRT.PDF](http://www.odec.umd.edu/CD/Race/CRT.PDF)

En el presente apartado daremos un panorama breve de las circunstancias políticas y sociales en las que surgen los Estudios Críticos de Raza, su vinculación con los Estudios Críticos del Derecho, e igualmente analizaremos los enfoques principales de dichos Estudios de Raza, lo que en conjunto nos invita a reflexionar sobre una manera distinta de concebir al derecho y la práctica jurídica cotidiana, y cuestionar hasta qué punto es posible hablar de la concreción de los principios de universalidad, generalidad, igualdad e imparcialidad en el derecho, o si en su defecto tan sólo se trata de una apariencia o un ideal irrealizable.

## *2. El anhelo de transformación y cambio en la gestación de los Estudios Críticos de Raza*

En el contexto norteamericano de la década de los sesenta surge el movimiento por los derechos civiles y una larga serie de grupos y posiciones que buscan reivindicar el papel de los afroamericanos dentro de la misma sociedad norteamericana, los cuales eran considerados en un segundo plano. La *CRT* nos presenta una visión de la América basada en la discriminación y la desigualdad desde su mismo origen, ya que si analizamos la historia de los Estados Unidos de América, encontraremos una supremacía blanca y una segregación racial que tiene sus bases en la esclavitud moderna, que se mantuvo aún después de constituirse como un Estado libre.

Por lo anterior, constantemente la *CRT* nos invita a escuchar la voz de quienes han padecido la discriminación, en tanto que nos puede auxiliar en la tarea de comprender la fenomenología del derecho y definir los elementos de justicia.<sup>380</sup>

Aunque la *CRT* comenzó como un movimiento en el derecho, ha sido rápidamente propagada más allá de esa disciplina. Hoy muchos en el campo de la educación se consideran, asimismo, teóricos de la Teoría Crítica de la Raza, y usan las ideas de la

---

<sup>380</sup> Matsuda, Mari, "Looking to the Bottom: Critical Legal Studies and Reparations", *op. cit.*, nota 378, pp. 63-67.

*CRT* para entender temas de la disciplina escolar y la jerarquía, seguidas de controversias sobre el currículum y la historia. Por un lado, los politólogos ponderan sobre estrategias electorales acuñadas por los teóricos críticos de la raza, y por otro, los cursos de estudios étnicos con frecuencia incluyen una unidad sobre la *CRT*, y los departamentos de estudios americanos enseñan material sobre Estudios Críticos Blancos desarrollados por los escritores de la *CRT*.

A diferencia de algunas disciplinas académicas, la *CRT* contiene una dimensión de activismo. No sólo trata de entender nuestra situación social, sino también desea cambiarla; no sólo determina cómo la sociedad se organiza a sí misma a lo largo de las líneas raciales y jerarquías, sino también busca transformarla por una mejor.<sup>381</sup>

La *CRT* como movimiento intelectual surge desde fines de los sesenta, los setenta, y se consolida en los ochenta. Primero, dentro de las mismas conferencias de los *CLS* encontramos activistas especialmente afroamericanos (no necesariamente) críticos del sistema y de la educación jurídica. En esta primera etapa —resalta Cornel West—, el movimiento de los *CLS* es significativo, en tanto que introduce por primera vez en el discurso jurídico norteamericano una orientación teórica que enfatiza la realidad cruel de la explotación de clase, la subordinación racial, la dominación patriarcal, la marginación homofóbica, así como el abuso ecológico en el presente y en el pasado norteamericanos; de esta manera, los *CLS* lograron exponer los costos humanos (y derramamiento de sangre) ocultos tras el velo intelectual de la doctrina liberal norteamericana, y los arreglos institucionales adoptados bajo la equidad y libertad formal.<sup>382</sup>

Así, podemos señalar que los *CLS* fueron un foro académico importante al momento de gestarse y adquirir su propio camino

---

<sup>381</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>382</sup> West, Cornel, "The Role of Law in Progressive Politics", en Kairys, David (ed.), *The Politics of Law. A Progressive Critique*, 3a. ed., Nueva York, Basic Books, A Member of the Perseus Books Group, 1998, pp. 714 y 715.

la *CRT*. Como veremos más adelante, los estudios de raza utilizarán varias herramientas de la crítica de los *CLS*.

Al percatarse de que se necesitaban nuevas teorías y estrategias para combatir las formas sutiles de racismo que fueron ganando terreno, los primeros escritores, como Derrick Bell, Alan Freeman y Richard Delgado, generaron los estudios básicos sobre la materia. Pronto se unieron otros académicos al grupo crítico, y se llevó a cabo su primera conferencia en Madison, Wisconsin, en el verano de 1989. Otros encuentros tuvieron lugar en el contexto de los *CRT*, en sesiones de trabajo cerradas o públicas, durante varios días, con paneles, sesiones plenarias, ponentes, y una amplia representación de estudiantes, activistas y académicos procedentes de distintas disciplinas.<sup>383</sup>

Posteriormente, la *CRT* realizó una crítica sobre los *CLS* en el sentido de cómo estos últimos omitieron dentro de su análisis el problema racial, llevando consigo una “ceguera racial”, aunado a que la mayoría de sus estudios son hechos únicamente criticando el liberalismo norteamericano, sin proponer necesariamente una vía alternativa, además de ser una crítica realizada por hombres blancos en su mayoría.

De esta manera, es posible ubicar como puntos de tensión, por una parte, los ejes teóricos de los *CLS*, en tanto que fracasan o son indiferentes en formular un programa propositivo que acoja las preocupaciones y necesidades de la gente de color. Igualmente, se cuestiona el sentido de la crítica del discurso de los derechos que formulan los *CLS*, que en cierta forma suele ser contraria a los intereses de la gente de color. El otro punto de tensión estaría constituido por la acogida de los *CLS* a los “progresistas de color”, a quienes prácticamente se les excluye o se les ignora, o en el mejor de los casos se les distancia de las discusiones y de la temática propia de los *CLS*.<sup>384</sup>

---

<sup>383</sup> *Idem*.

<sup>384</sup> Dalton, Harlon L., “The Clouded Prism: Minority Critique of the Critical Studies Movement”, nota 378, pp. 81 y 82.

Una crítica adicional la ubicamos en el hecho de que, a consideración de los defensores de la *CRT*, los *CLS* no analizan el racismo como uno de los pilares ideológicos que soportan la sociedad estadounidense ni como el fundamento principal de la opresión de los negros, lo que hace que sus análisis prescriptivos sean poco realistas. Con lo anterior, observamos que la *CRT* busca aproximarse a la realidad de los oprimidos racialmente y, a partir de ahí, formular nuevas exigencias que permitan la transformación de la sociedad.<sup>385</sup>

En el aspecto metodológico, la *CRT* objeta los alcances limitados de la deconstrucción empleada para atacar al liberalismo, toda vez que los *CLS* omiten analizar los motivos por los cuales, por ejemplo, los individuos más desfavorecidos de la sociedad ponen su confianza en los postulados liberales, lo que impide concebir una visión alternativa de la sociedad tras el análisis deconstructivo.<sup>386</sup> En esta tesitura, la *CRT* propone apreciar en conjunto la historia y experiencia de la opresión y aislamiento, e idear el tipo de comunidad deseada, en la que sea posible garantizar, a través del derecho, un ambiente de auténtica igualdad y equidad.<sup>387</sup>

Las divergencias existentes entre la *CRT* y los *CLS* nos invitan a reflexionar en torno a la importancia que reviste el acercamiento con los sectores y grupos más favorecidos de la sociedad, cuyo reconocimiento y protección a través del derecho requiere de algo más que el análisis abstracto de textos jurídicos. Sólo hasta cuando la teoría y la técnica jurídicas se vinculen con las preocupaciones y vivencias de los individuos,<sup>388</sup> es como podremos sentar las

---

<sup>385</sup> Crenshaw, Kimberlé William, “Raza, reforma y reducción: transformación y legitimación, en el derecho contra la discriminación”, *cit.*, nota 379, pp. 108-110.

<sup>386</sup> Cook, Anthony E., “Beyond Critical Legal Studies: The Reconstructive Theology of Dr. Martin Luther King, Jr.”, *op. cit.*, nota 378, pp. 85-90.

<sup>387</sup> *Ibidem*, pp. 99-101.

<sup>388</sup> Convencidos de que la *CRT* puede proporcionar un marco de comprensión que faculte la incorporación de elementos tales como un vocabulario que permita entender los fenómenos y constructos raciales, Chandra L. Ford y Col-

bases para promover y proponer cambios tendientes a consolidar una sociedad equitativa, abierta, plural y de respeto.

### 3. *Cultura, sociedad, derecho y educación como ejes temáticos de los Estudios Críticos de Raza*

Los Estudios Críticos de la Raza centran sus temas especialmente en los siguientes puntos:

- 1) La construcción de la idea de raza no sólo como una referencia al color de la piel de las personas, sino como un constructo cultural, en donde la raza encierra discriminación y jerarquía, dominación, reproducción del sistema, un discurso ideológico de control y sujeción a las estructuras discriminadoras, así como una herramienta para comprender y proponer una transformación de la sociedad.
- 2) El papel transformador de la sociedad, a través de la *CRT*, constituye otra diferencia importante, ya que no sólo se queda en la crítica deconstructiva, o incluso escéptica o nihilista como a la que pueden llegar los *CLS*, sino que propone una “crítica progresiva”, para una mejor sociedad, en donde la discriminación no sea la nota esencial de ésta.
- 3) Es de señalar que la *CRT* nace originariamente en los estudios jurídicos, pero abarca el aspecto sociológico, político y etnológico; es decir, implica una visión multidisciplinaria de lo jurídico. Esta perspectiva implica una riqueza al abordar las diferentes temáticas dentro del ámbito de lo jurídico, mostrando al derecho y sus teorías liberales como un instru-

---

lins O. Airhihenbuwa ejemplifican la manera en cómo la *CRT* puede coadyuvar con investigaciones de salud pública, como sucede en el estudio de pruebas de VIH sida en afroamericanos. Véase Ford, Chandra L. y Airhihenbuwa, Collins O., *Critical Race Theory, Race Equity, and Public Health toward Antiracism Praxis, Critical Race Theory: An Introduction*, disponible en <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2837428/>.

mento de sometimiento y de ideología, así como con una visión de “blancura” respecto a la idea del hombre y su sociedad.<sup>389</sup> De igual forma, el derecho se presenta como una herramienta para la transformación de la sociedad, de ahí la importancia del análisis legislativo, mas también el judicial respecto de fallos claves del Poder Judicial dentro del derecho norteamericano donde se aborda el problema racial.

La Teoría Crítica Racial puede ser definida, de manera amplia, como una intervención crítica en el discurso liberal sobre la raza y como una intervención racial en el discurso crítico sobre el derecho. Según esta definición, la crítica racial se produce en dos ámbitos de discusión. El primero, determina la confrontación de los críticos raciales con el constitucionalismo ciego al color y, por tanto, con la jurisprudencia constitucional estadounidense en materia racial. El segundo ámbito corresponde al intento de la Teoría Crítica Racial de integrar una perspectiva de raza dentro de la crítica al derecho iniciada por los CLS.<sup>390</sup>

- 4) La crítica a la educación jurídica es otro tema de la *CRT*; en este punto comparte la crítica realizada por los *CLS*, que muestran a la educación jurídica como preparación para la jerarquía y la reproducción del *statu quo*, así como la enseñanza-aprendizaje del derecho como un hecho político; sin embargo, agregan el factor racial, con el cual queda de manifiesto que el diseño curricular de los estudios jurídicos presenta cierta ceguera de color, ya que proporciona la visión de una educación igualitaria con las mismas oportunidades, cuando en la realidad se presentan profundas diferencias respecto a los individuos por el

---

<sup>389</sup> Para profundizar sobre la “blancura” o supremacía blanca pueden consultarse las siguientes obras: Delgado, Ricahard y Stefancic, Jean (ed.), *Critical White Studies: Looking Behind the Mirror*, Filadelfia, Temple University Press, 1997; Haney López, Ian, *White by Law: The Legal Construction of Race*, New York, Nueva York University Press, 2006.

<sup>390</sup> García Villegas, Mauricio *et al.*, *op. cit.*, nota 379, p. 28.

aspecto racial. En este punto se critican con profundidad los planes y programas de estudio, la docencia jurídica, así como la construcción misma del derecho blanco.

De esta manera,

Los críticos raciales se han opuesto a la crítica a los derechos de los *CLS* con el argumento de que la misma no toma en cuenta la especial situación de las minorías afroamericanas y el papel fundamental que los derechos han jugado en las luchas sociales iniciadas por esas minorías. A juicio de la Teoría Crítica Racial, en el contexto de la subordinación racial los derechos tienen una importancia social y transformadora muy especial que trasciende, con creces, el problema de su indeterminación. Los críticos raciales señalan que el ejercicio de derechos por parte de una minoría históricamente oprimida constituye una dimensión importante de las luchas sociales iniciadas por los afroamericanos, la cual no se contrae exclusivamente a las eventuales victorias jurídicas y judiciales sino, especialmente, se relaciona con la imagen inmensamente transformadora de la comunidad afroamericana reimaginándose a sí misma como un colectivo de individuos titulares de derechos y dueños de una ciudadanía plena. En suma, la mera combinación de raza y derechos —independientemente de los resultados que, con ella, se puedan conseguir— tiene un efecto alquímico y subversivo de magnitud trascendental.<sup>391</sup>

- 5) Los Estudios Críticos de Raza profundizan en los mecanismos de discriminación en la sociedad, y en especial los relativos al derecho. En este punto aprovechan las herramientas de los *CLS* respecto a la crítica de la decisión judicial para mostrar las inconsistencias, contradicciones e insuficiencias de ésta. Sin embargo, dichos estudios agregan el constructo racial para darle un sentido social y una connotación de dominación dentro de la decisión judicial.

---

<sup>391</sup> *Ibidem*, p. 34.

Este punto es importante, ya que inicialmente se criticó que la *CRT* presentaba los mismos vicios de un marxismo basado en una interpretación de la sociedad a partir de la clase social dominante, pues únicamente se sustituía la categoría de clase por la de raza, y el discurso era el mismo. No obstante, gracias a las herramientas de los *CLS*, la *CRT* pudo superar esta crítica al realizar un análisis muy exhaustivo de la discriminación y la dominación a través de la decisión judicial, superando la crítica reduccionista que presenta esa interpretación del marxismo.

De los *CLS*, la *CRT* tomó la postura de la indeterminación jurídica, y la idea de que no todos los casos jurídicos tienen una respuesta correcta. En cambio, señalan que es posible decidir la mayoría de los casos en cualquier sentido mediante el énfasis de una línea de autoridad sobre otra, o interpretando un hecho de manera diferente de la forma en que la contraparte lo hace. La *CRT* construye sobre las ideas del feminismo lo referente a las relaciones entre poder y la construcción de roles sociales, así como la larga colección no vista de patrones y hábitos que conforman el patriarcado y otros tipos de dominación. De los estudios sobre los derechos civiles, la *CRT* tuvo la preocupación por la corrección de errores históricos, así como la insistencia de que la teoría jurídica y social tiene consecuencias prácticas. También, la *CRT* compartió con este movimiento un entendimiento amable de las nociones de nacionalismo y empoderamiento de grupo.<sup>392</sup>

- 6) Finalmente la *CRT*, en los últimos años, se ha ampliado a estudios de otras minorías raciales en los Estados Unidos de América, y no sólo a los afroamericanos. De esta manera, podemos encontrar Estudios Latinos (*LatCrit*), estudios asiáticos, estudios hindúes, o incluso análisis de grupos vulnerables como lo son los indigentes. Es de señalar el papel que juega el derecho, el cual, por una parte, es

---

<sup>392</sup> Delgado, Richard y Stefancic, Jean, *op. cit.*, nota 379, p. 2.

un instrumento para mantener el estatus social de dominación racial blanco, pero también representa una herramienta para la transformación social.

Derrick Bell, profesor de derecho en la Universidad de Harvard, es considerado el padre intelectual del movimiento. De igual forma, se ubican como pioneros, los trabajos de Alan Freeman, quien ha enseñado en la Universidad Estatal de Nueva York y en la Escuela de Derecho de Búfalo. Igualmente, son figuras representativas del movimiento: Kimberlé Crenshaw, Angela Harris, Charles Lawrence, Mari Matsuda y Patricia Williams. Como representantes de los estudios asiáticos se mencionan a Neil Gotanda, Eric Yamamoto y Matsuda. La principal figura de los estudios críticos indios es Robert Williams; los latinos más conocidos son Richard Delgado, Kevin Johnson, Margaret Montoya, Juan Perea y Francisco Valdés.<sup>393</sup>

De igual forma, es de resaltar cómo en los últimos dieciocho años los estudios latinos han adquirido importancia, e incluso se puede hablar de la palabra “latino” como raza, si entendemos por esta última un papel que otorga la sociedad a un grupo con características generales y que sufre discriminación, marginación e invisibilidad social. Si bien los llamados latinos son de diferentes nacionalidades, la mayoría comparte muchas cosas en común, como puede ser el idioma, la religión y su cultura, lo que permite hablar de ellos como un grupo social, o incluso de raza, en los términos antes comentados.

La posición del tema *LatCrit* surgió dentro de la academia jurídica estadounidense en 1995, y lo hizo como una perspectiva autodesignada y consciente de sí misma sobre el derecho y las latinas(os) en el coloquio realizado en Puerto Rico sobre comunidades latinas y teoría crítica de la raza. Desde entonces, los participantes de *LatCrit* han realizado cinco simposios anuales y

---

<sup>393</sup> *Idem.*

cuatro coloquios para articular la teoría *LatCrit* como un proyecto colectivo de compromiso mutuo.<sup>394</sup>

La *CRT* constituye otro punto de reflexión crítica dentro de la jurisprudencia norteamericana, de carácter radical, pero comprensible dentro del mismo desarrollo del pensamiento de los Estados Unidos de América.

Si bien es cierto que estos estudios están pensados desde una visión de la sociedad y del derecho norteamericanos, es interesante el análisis de sus propuestas, especialmente de su crítica, la cual podemos aprovechar para el estudio de nuestro derecho, tomando las distancias necesarias. Mientras exista una discriminación en virtud del color de la piel y de lo que ésta significa socialmente, la *CRT* es una vía muy específica para el estudio y propuesta de transformación social.

#### 4. Consideraciones finales de la Teoría Crítica de Raza

En el presente apartado hemos referido a los orígenes de la Teoría Crítica de Raza, que los ubicamos en la década de los sesenta en el marco del movimiento de los derechos civiles, en una búsqueda por reivindicar el papel de los afroamericanos dentro de la sociedad de los Estados Unidos de América. Así, esta línea de pensamiento se desarrolla por activistas y académicos interesados en estudiar y transformar la relación entre raza, racismo y poder.

Esta perspectiva retoma el postulado de los *CLS* de concebir al derecho como una herramienta de transformación social, pero se distinguirá de la corriente predominante de los *CLS* por el énfasis a la cuestión racial, la importancia de contar con propuestas de vías alternativas de transformación social y el seguimiento de una metodología distinta para realizar la crítica.

Entre los principales postulados de la Teoría Crítica de Raza encontramos la idea de raza como constructo cultural,

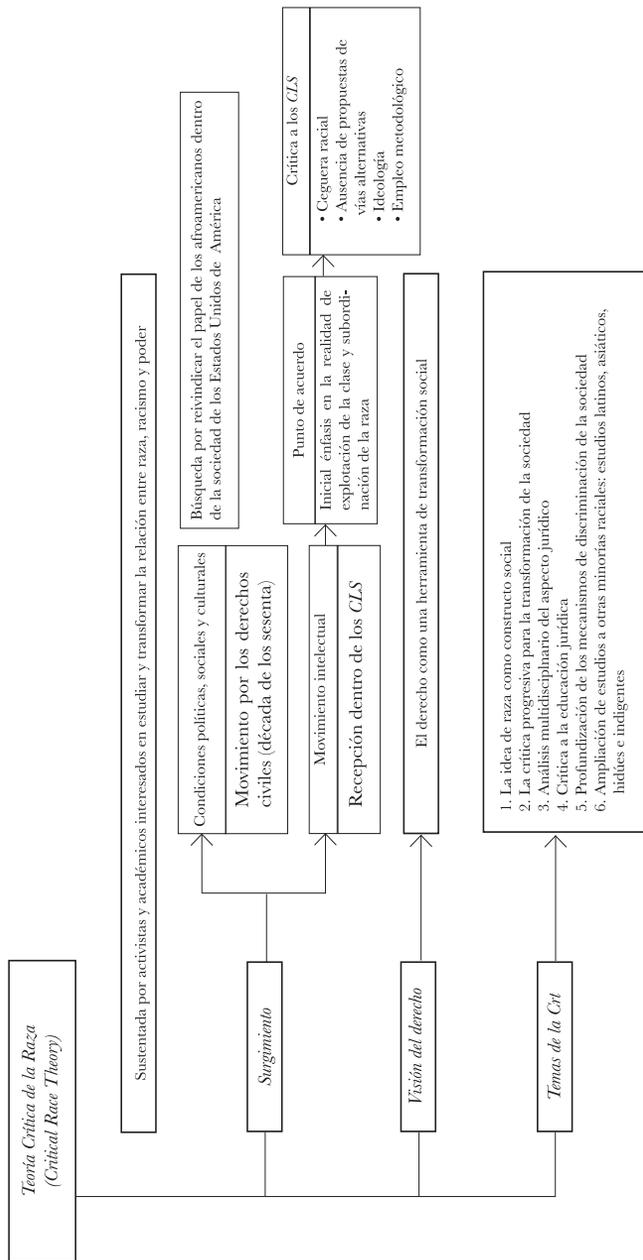
---

<sup>394</sup> Iglesias, Elizabeth M. y Valdés, Francisco, “Quinto *LatCrit*: institucionalización de un futuro posterior a la subordinación...,” *cit.*, nota 379, p. 154.

la crítica progresiva para la transformación de la sociedad, el análisis multidisciplinario del aspecto jurídico, la crítica a la educación jurídica, la profundización de los mecanismos de discriminación de la sociedad y la correspondiente ampliación de estudios a otras minorías raciales: estudios latinos, asiáticos, hindúes e indigentes.

Como se puede apreciar, los Estudios Críticos del Derecho en lo general y en lo particular ofrecen postulados interesantes, tendientes a redimensionar el papel y dinámica del derecho. Dichos postulados, a su vez, conducen a iniciar nuevas líneas de investigación para explicar y tratar la problemática que subyace en el derecho. Ciertamente, la postura de los Estudios Críticos del Derecho reafirma la continua y permanente reflexión en torno al derecho y su rol en la transformación social.

## ESQUEMA 5. LA TRANSFORMACIÓN DE LA SOCIEDAD Y DEL DERECHO A PARTIR DE LA TEORÍA CRÍTICA DE RAZA



El esquema 5 sintetiza la postura de la Teoría Crítica de Raza, el surgimiento, la visión del derecho y los temas de la crítica.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *El concepto y validez del derecho*, trad. de Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1994.
- ALTHUSSER, Louis, *Ideología y aparatos ideológicos de Estado. Práctica teórica y lucha ideológica*, México, Grupo Editorial Tomo, 2008.
- ANDERSON, Bonnie S., *Historia de las mujeres: una historia propia*, Barcelona, Crítica, 2007.
- ASTRADA, Carlos, *Fenomenología y praxis*, Buenos Aires, Ediciones Siglo Veinte, 1967.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- , *Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, Civitas, 1986.
- , *Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 2003.
- ATIYAH, P. S. y SUMMERS, Robert S., *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Oxford, Clarendon Press, 1991.
- BECH, Josep María, *De Husserl a Heidegger. La transformación del pensamiento fenomenológico*, Barcelona, Edicions Universitat de Barcelona, 2001.
- BRINKLEY, Alan, *Historia de Estados Unidos. Un país en formación*, 3a. ed., trad. de Carlos Julio Briceño y Félix A. Esquivia M., México, McGraw-Hill Interamericana, 2003.
- BULLARD, Alfredo y COUSO, Javier A. (ed.), *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.

- CALVO GARCÍA, Manuel, *Teoría del derecho*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2004.
- CÁRCOVA, Carlos María, *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998.
- CARDOZO, Benjamin Nathan, *La función judicial*, México, Pertenieto Editores, 1996.
- CORREAS, Óscar, *Metodología jurídica I. Una introducción filosófica*, México, Fontamara, 2007.
- CRENSHAW, Kimberlé et al., *Critical Race Theory. The Key Writings that formed the Movement*, Nueva York, The New Press, 1995.
- DE PERETTI, Cristina, *Jacques Derrida, texto y deconstrucción*, Barcelona, Anthropos, 1989.
- DELGADO, Richard y STEFANCIC, Jean (ed.), *Critical White Studies: Looking Behind the Mirror*, Filadelfia, Temple University Press, 1997.
- DERRIDÁ, Jacques, *La escritura y la diferencia*, Barcelona, Anthropos, 1989.
- DI CORLETO, Julieta (comp.), *Justicia, género y violencia*, Santiago de Chile, Editorial Librería, Red Alas, 2010.
- 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.
- ESPASA-CALPE, *Diccionario Enciclopédico Espasa*, Madrid, Espasa-Calpe, vol. 6, 1988.
- ENGISCH, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1967.
- FERRER SANTOS, Urbano, *La trayectoria fenomenológica de Husserl*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2008.
- FITZPATRICK, Peter, *La mitología del derecho moderno*, trad. de Nuria Parés, México, Siglo XXI, 1998.
- FRIEDMAN, Lawrence M., *Introducción al derecho norteamericano*, trad. de Joan Vergé i Grau, Zaragoza, Librería Bosch, s. a.
- FRIEDRICH, David O., *Law in our Lives. An Introduction*, 2a. ed., California, Roxbury Publishing Co., 2006.

- GALIANA SAURA, Ángeles, *La legislación en el Estado de derecho*, Madrid, Dykinson, 2003.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (ed.), *Sociología jurídica*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2005.
- , *Sociología y crítica del derecho*, México, Fontamara, 2010.
- , JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina y RESTREPO SALDARRIAGA, Esteban (comp.), *Crítica jurídica. Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2005.
- GOLDING, Martin P. y EDMUNDSON, William A. (ed.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden-Oxford-Victoria, Blackwell Publishing, 2006.
- GÓMEZ ROMERO, Luis, “La educación jurídica como adiestramiento para la utopía”, *La enseñanza del derecho. Diagnóstico y propuesta*, México, Porrúa, 2007.
- GORDON, Robert W., “Distintos modelos de educación jurídica y las condiciones sociales en que se apoyan”, *El derecho como objeto e instrumento de dominación*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.
- , “La práctica del derecho empresarial como un servicio público”, en BÖHMER, Martín (comp.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003.
- GUASTINI, Riccardo, “La interpretación de la Constitución”, trad. de Santiago Ortega, en ORTEGA GOMERO, Santiago (ed.), *Interpretación y razonamiento jurídico*, Lima, Ara Editores, vol. II, 2010.
- GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe (coord.), *Retos y perspectivas de la enseñanza del derecho*, Guanajuato, Universidad de Guanajuato, 2007.
- HANEY LÓPEZ, Ian, *White by Law: The Legal Construction of Race*, Nueva York, New York University Press, 2006.
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.
- HENRETTA, James A. *et al.*, *America’s History*, 3a. ed., Nueva York, Worth Publishers, 1997.

- HOBBSBAM, Eric, *En torno a los orígenes de la Revolución Industrial*, 29a. ed., México, Siglo XXI Editores, 2004.
- HOLLAND, James y WEBB, Julian, *Learning Legal Rules*, 7a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2010.
- HUSSERL, Edmund, *Investigaciones lógicas*, trad. de Manuel G. Morente y José Gaos, Madrid, Revista de Occidente, 1967.
- INGRAM, David, *Law. Key Concepts in Philosophy*, Nueva York, Continuum International Publishing Group, 2006.
- JENKINS, Philip, *Breve historia de los Estados Unidos*, 3a. ed., trad. de Guillermo Villaverde López, Madrid, Alianza Editorial, 2009.
- KAIRYS, David (ed.), *The Politics of Law. A Progressive Critique*, 3a. ed., Nueva York, Basic Books, A Member of the Perseus Books Group, 1998.
- KANT, Emmanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 12a. ed., trad. de Manuel García Morente, México, Porrúa, 2000.
- KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, 2a. ed., trad. de Luis Villar Borda y Ana María Montoya, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- KENNEDY, Duncan, “A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law”, en BROWNSWORD, Roger *et al.* (ed.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford-Oregon, Hart Publishing, 2011.
- , *Libertad y restricción en la decisión judicial. Una fenomenología crítica*, trad. de Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Ediciones Uniandes-Instituto Pensar-Siglo del Hombre Editores, 1999.
- , “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.
- , “Three Globalizations of Law and Legal Thought”, en TRUBEK, David y SANTOS, Álvaro (ed.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006.

- , “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.
- KRESS, Ken, “Legal Indeterminacy”, en PATTERSON, Dennis (ed.), *An Anthology. Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden, Blackwell Publishing, 2003.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2001.
- LARIGUET, Guillermo, *Dogmática jurídica y aplicación de normas. Un análisis de las ideas de autonomía de ramas y unidad del derecho*, México, Fontamara, 2007.
- LEWIS, Andrew y LOBBAN, Michael (ed.), *Law and History. Current Legal Issues 2003*, Nueva York, Oxford University Press, vol. 6, 2004.
- LEWELLYN, Karl N., *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, Chicago, The University of Chicago Press, 1962.
- MACCORMICK, Neil, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Nueva York, Oxford University Press, 2007.
- , *Practical Reasons in Law and Morality*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.
- , *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Nueva York, Oxford University Press, 2009.
- , *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1987.
- MACKINNON, Catharine A. y POSNER, Richard, *Derecho y pornografía*, Bogotá, Ediciones Uniandes-Siglo del Hombre Editores, 1997.
- MENDONCA, Daniel, *Las claves del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- MORAL SORIANO, Leonor, *El precedente judicial*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2002.
- NIETO, Alejandro, *Crítica de la razón jurídica*, Madrid, Trotta, 2007.
- y GORDILLO, Agustín, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003.

- PLANO, Jack C. y GREENBERG, Milton, *The American Political Dictionary*, 9a. ed., Fort Worth, Harcourt Brace College Publishers, 1993.
- 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.
- , *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1988.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan A., *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996.
- , “Teorías críticas del derecho”, en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco (comp.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2000.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Porrúa, t. II, 1963.
- RIELLY, Edward J., *The 1960s. American Popular Culture through History*, Connecticut-Londres, Greenwood Press, 2003.
- RIVERA GARRETAS, María-Milagros, *La diferencia sexual en la historia*, Valencia, Universitat de Valencia, 2005.
- RUIZ, Alicia (comp.), *La identidad femenina y el discurso jurídico*, Buenos Aires, Biblos, 2000.
- SEGURA ORTEGA, Manuel, *La racionalidad jurídica*, Madrid, Tecnos, 1998.
- STERBA, James P. (ed.), *Justice. Alternative Political Perspectives*, 3a. ed., Belmont, Wadsworth Publishing Company, 1999.
- SZILASI, Wilhelm, *Introducción a la fenomenología de Husserl*, trad. de Ricardo Maliandi, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1973.
- UNGER, Roberto Mangabeira, *Conocimiento y política*, trad. de Leonardo Rodríguez Ozan, México, Fondo de Cultura Económica, 1985.
- , *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, Nueva York, The Free Press, 1976.
- , *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1986.

- , *What Should Legal Analysis Become?*, Londres-Nueva York, Verso, 1996.
- VEGA REÑÓN, Luis y OLMOS GÓMEZ, Paula (ed.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Madrid, Trotta, 2011.
- WEST, Robin L., *Género y teoría del derecho*, trad. de Pedro Lama Lama, Bogotá, Ediciones Uniandes-Instituto Pensar-Siglo del Hombre Editores, 2000.
- , *Rights*, Aldershot-Burlington, Ashgate/Dartmouth, 2001.
- WITKER V., Jorge (comp.), *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho*, México, UNAM, 1995.
- ZIEMELE, Ineta, *Expanding the Horizons of Human Rights Law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, vol. 1, 2005.

### Hemerografía

- ANDERSON, Jerry L., “Law School Enters the Matrix: Teaching Critical Legal Studies”, *Journal of Legal Education*, Ithaca, Nueva York, vol. 54, núm. 2, junio de 2004.
- 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.
- BURTON, Steven J., “Reaffirming Legal Reasoning: The Challenge from the Left”, *Journal of Legal Education*, Ithaca, Nueva York, vol. 36, núm. 3, septiembre de 1986.
- CALSAMIGLIA, Albert, “La retórica de los *Critical Legal Studies*: impresiones de un lector español”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 11, 1992.
- CARRINO, Agostino, “Solidaridad y derecho. La sociología jurídica de los «Critical Legal Studies»”, trad. de Elena Beltrán Pedreira, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 12, 1992.
- DALTON, Clare, “An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine”, *The Yale Law Journal*, vol. 94, núm. 5, abril de 1985.
- DRAGIEWICZ, Molly, “A Left Realist Approach to Antifeminist Fathers’ Rights Groups”, *Crime, Law and Social Change. An In-*

- terdisciplinary Journal*, Boston, vol. 54, núm. 2, septiembre de 2010.
- EWALD, William, “Unger’s Philosophy: A Critical Legal Study”, *The Yale Law Journal*, New Haven, vol. 97, núm. 5, abril de 1998.
- 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. 15, núm. 3-4, 1980-1981.
- FLOR, Fernando de la y BLUME, Iván, “La controversia política es parte del razonamiento jurídico. Entrevista a Duncan Kennedy”, trad. de Iván Blume Moore, *Themis. Revista de Derecho*, Lima, núm. 50, 2004, disponible en [http://www.duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Entrevista%20a%20Duncan%20Kennedy\\_Themis.pdf](http://www.duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Entrevista%20a%20Duncan%20Kennedy_Themis.pdf).
- FORTIER, Adolfo, “El «Critical Legal Studies Movement» en los Estados Unidos de América”, *Universitas*, Bogotá, núm. 81, 1991.
- 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.
- , “Lenguajes del derecho de la lógica de la memoria a las máscaras nómades”, *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, México, núm. 25, 2006.
- , “Sleeping with the Enemy: An Essay on the Politics of Critical Legal Studies in America”, *New York University Law Review*, Nueva York, vol. 68, núm. 2, mayo de 1993.
- GORDON, Robert W., “The Path of the Lawyer”, *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 110, núm. 5, marzo de 1997.
- 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.
- HARRIS, Angela P., “The Jurisprudence of Reconstruction”, *California Law Review*, Berkeley, vol. 82, 1994.
- HORWITZ, Morton J., “The Constitution of Change: Legal Fundamentality without Fundamentalism”, *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 107, núm. 1, noviembre de 1993.

- HUTCHINSON, Allan C., "A Postmodern's Hart: Taking Rules Sceptically", *The Modern Law Review*, Londres, vol. 58, núm. 6, noviembre de 1995.
- JEWEL, Lucille A., "Bourdieu and American Legal Education: How Law School Reproduce Social Stratification and Class Hierarchy", *Buffalo Law Review*, Nueva York, vol. 56, núm. 4, diciembre de 2008.
- 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.
- , "Iraq: The Case for Losing", *Brooklyn Journal of International Law*, Nueva York, vol. 31, 2006.
- , "La educación jurídica como preparación para la jerarquía", *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 2, núm. 3, otoño de 2004.
- , "La enseñanza del derecho en el primer año como acción política", *La enseñanza del derecho como forma de acción política*, trad. de Teresa Arijón, México, Siglo XXI Editores, 2012.
- , "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.
- , "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.
- , "Strategizing Strategic Behavior in Legal Interpretation", *Utah Law Review*, Utah, núm. 3, diciembre de 1997.
- , "Teaching from the Left in my Anecdote", *Review of Law and Social Change*, Nueva York, vol. 31, 2007.
- KLENNER, Hermann, "Juridical Thinking, Juridical Decision-Making", *Rechtstheorie*, Berlín, vol. 28, núm. 2, 1997.
- LADEUR, Karl-Heinz, "The Postmodern Condition of Law and Societal 'Management of Rules'", *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Stuttgart, vol. 27, núm. 1, julio de 2006.

- MENKEL-MEADOW, Carrie, “Feminist Legal Theory, Critical Legal Studies, and Legal Education or The Fem-Crits Go to Law School”, *Journal of Legal Education*, Iowa, vol. 38, núm. 1-2, marzo-junio de 1988.
- OETKEN, J. Paul, “Form and Substance in Critical Legal Studies”, *The Yale Law Journal*, New Haven, vol. 100, núm. 7, mayo de 1991.
- PERELMAN, Chaim, “La teoría pura del derecho y la argumentación”, trad. de Luz María Restrepo Mejía, *Estudios de Derecho*, Bogotá, segunda época, año LIX, vol. LVI, núm. 128, septiembre de 1997.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio, “La enseñanza del derecho en los Estados Unidos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 12, 1992.
- POSNER, Richard, “Legal Scholarship Today”, *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 115, núm. 5, marzo de 2002.
- POUND, Roscoe, “Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law”, *Tulane Law Review*, New Orleans, vol. VII, núm. 4, junio de 1933.
- , “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.
- , “Sources and Forms of Law”, *Notre Dame Lawyer. A Quarterly Law Review*, Notre Dame, vol. XXI, núm. 4, junio de 1946.
- , “The Idea of Universal Law”, *UCLA Law Review*, California, vol. 1, núm. 1, diciembre de 1953.
- QUAIDE, Vicky, “¿Son los abogados realmente necesarios? Entrevista a Duncan Kennedy”, trad. de Axel O. Eljatib, *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.
- RHODE, Deborah I., “Legal Scholarship”, *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 115, núm. 5, marzo de 2002.
- ROBERTSON, Michael, “Critical Legal Studies and Socialism”, *New Zealand Universities Law Review*, Wellington, vol. 14, núm. 4, diciembre de 1991.

- SCHNEIDER, Elizabeth M., “The Changing Shape of Federal Civil Pretrial Practice: The Disparate Impact on Civil Rights and Employment Discrimination Cases”, *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, vol. 158, enero de 2010.
- SIMMONS, Spencer L., “Navigating through the Fog: Teaching Legal Research and Writing Students to Master Indeterminacy through Structure and Process”, *Journal of Legal Education*, Washington, vol. 56, núm. 3, septiembre de 2006.
- 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*, Cambridge, vol. 11, núm. 3, invierno de 1977.
- TUSHNET, Mark, “Alternative Forms of Judicial Review”, *Michigan Law Review*, St. Ann Arbor, Michigan, vol. 101, núm. 8, agosto de 2003.
- , “Critical Legal Studies: A Political History”, *The Yale Law Journal*, New Haven, vol. 100, núm. 5, marzo de 1991.
- , “Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings”, *Journal of Legal Education*, Ithaca, vol. 36, núm. 4, diciembre de 1986.
- TWINNING, William, “De nuevo, los hechos en serio”, trad. de Raymundo Gama Leyva, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 32, 2009.
- WAHLGREN, Peter, “Legal Reasoning. A Jurisprudential Model”, *Scandinavian Studies in Law*, Estocolmo, vol. 40, 2000.
- WEST, Robin L., “From Choice to Reproductive Justice: De-constitutionalizing Abortion Rights”, *Yale Law Journal*, New Haven-Connecticut, vol. 118, mayo de 2009.
- , “Reconsidering Legalism”, *Minnesota Law Review*, Minnesota, vol. 88, núm. 1, noviembre de 2003.
- 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.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, “Problemas metodológicos que presenta la definición del derecho”, trad. de José Iturmendi Morales, *Re-*

*vista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Curso 1989-1990*, Madrid, 1990.

ZACHARIAS, Fred C., “Five Lessons for Practicing Law in the Interests of Justice”, *Fordham Law Review*, Nueva York, vol. LXX, núm. 5, abril de 2002.

### *Fuentes electrónicas*

DELGADO, Richard y STEFANCIC, Jean, *Critical Race Theory; An Introduction*, disponible en [www.odec.umd.edu/CD/Race/CRT.PDF](http://www.odec.umd.edu/CD/Race/CRT.PDF)

DWORKIN, Andrea, *For Men, Freedom of Speech; For Women, Silence Please*, disponible en <http://www.nostatusquo.com/ACLU/dworkin/WarZoneChaptIVE.html>.

———, *Intercourse: Occupation/Collaboration*, disponible en <http://www.nostatusquo.com/ACLU/dworkin/IntercourseI.html>.

———, *Pornography and Male Supremacy*, disponible en <http://www.nostatusquo.com/ACLU/dworkin/WarZoneChaptIVH.html>.

FORD, Chandra L. y AIRHIHENBUWA, Collins O., *Critical Race Theory, Race Equity, and Public Health toward Antiracism Praxis, Critical Race Theory; An Introduction*, disponible en <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2837428/>.

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

———, “A Semiotics of Legal Argument”, *Collected Courses of the Academy of European Law*, Cambridge, Kluger Law International, 2000, disponible en [http://www.duncankennedy.net/documents/A%20Semiotics%20of%20Legal%20Argument\\_European%20Intro.pdf](http://www.duncankennedy.net/documents/A%20Semiotics%20of%20Legal%20Argument_European%20Intro.pdf).

———, *Classical Legal Thought*, Cambridge, Afar, 1998, disponible en [http://www.duncankennedy.net/documents/r%206f\\_clt/Chapter%201.%20Legal%20Consciousness.pdf](http://www.duncankennedy.net/documents/r%206f_clt/Chapter%201.%20Legal%20Consciousness.pdf).

———, “Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado”, en GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (ed.), *Sociología jurídica*

- ca. *Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001, disponible en <http://www.duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Forma%20y%20Sustancia%20en%20la%20Adjudicaci%3n%20de%20Derecho%20Privado.pdf>.
- , “How the Law School Fails: A Polemic”, *Yale Law Review of Law and Social Action* 71, 1970, disponible en [http://www.duncankennedy.net/documents/How%20the%20Law%20School%20Fails\\_A%20Polemic.pdf](http://www.duncankennedy.net/documents/How%20the%20Law%20School%20Fails_A%20Polemic.pdf).
- , “La controversia política es parte del razonamiento jurídico”, *Themis Revista de Derecho*, disponible en <http://www.revistathemis.com/revista/>.
- , “Legal Formality”, *The Journal of Legal Education*, 351, 1973, disponible en <http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Legal%20Formality.pdf>.
- , “Nota sobre la historia de los CLS en los Estados Unidos”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, 1992, disponible en <http://www.duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Nota%20sobre%20la%20Historia%20de%20Cls%20en%20los%20Estados%20Unidos.pdf>.
- , *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*, manuscrito no publicado, 1975, disponible en [http://www.duncankennedy.net/documents/r%2026f\\_cli/Chapter%201.%20Legal%20Consciousness.pdf](http://www.duncankennedy.net/documents/r%2026f_cli/Chapter%201.%20Legal%20Consciousness.pdf).
- MESA M., Domingo A., “Fisuras en el pensamiento jurídico contemporáneo: el movimiento Critical Legal Studies”, *Criterio Jurídico*, vol. 2, Santiago de Cali-Colombia, 2002, disponible en <http://www.puj.edu.co/banners/FISURAS.pdf>.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan A., “Critical Legal Studies y el Comunitarismo”, *Doxa*, núm. 17-18, 1995, disponible en [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17\\_07.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371630344505945212257/cuaderno17/doxa17_07.pdf).
- WEST, Robin L., “The Incoherence of Marital Benefits”, *University of Pennsylvania Law Review Online*, vol. 161, 2013, disponible en <http://www.pennlawreview.com/essays/3-2013/West.pdf>.

*Teoría jurídica crítica norteamericana. Una introducción a los Critical Legal Studies*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 9 de diciembre de 2016 en los talleres de Cromoeditores S. A. de C. V., Miravalle 703, colonia Portales, delegación Benito Juárez, 03570 Ciudad de México, tel. 5674 2137. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 57 x 87 de 75 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros; consta de 300 ejemplares (impresión *offset*).