

puede servirse después del material de percepciones que delatan mociones inconscientes del mismo género en la otra parte, y acaso se justifique con la reflexión de que el compañero o la compañera probablemente no son mucho mejores que uno mismo (S. Freud, 1992, t. 18: 218).

2. Una alternativa fenomenológica de izquierda a la teoría de la interpretación jurídica de Hart y Kelsen

Este ensayo consta de tres partes. La primera presenta un resumen de algunos elementos comunes a las teorías de la interpretación jurídica de H. L. A. Hart y Hans Kelsen. La segunda resume la alternativa fenomenológica de izquierda al positivismo jurídico, tal como ha sido desarrollada por una de las tendencias dentro de los *Critical Legal Studies* [en adelante, CLS]. La tercera intenta clarificar la alternativa a través de una respuesta a una de las muchas lecturas equivocadas de la posición de los CLS, habituales en la filosofía jurídica académica norteamericana positivista y pospositivista dominante.

Esta parte se ocupa de la siguiente idea común a los breves escritos canónicos de Hart y Kelsen sobre la interpretación jurídica (Hart, 1961, en adelante Hart; Kelsen, 1934, en adelante Kelsen). Imaginamos la norma sujeta a interpretación como un área o espacio que tiene dos partes. En Hart, hay un "núcleo de certeza" y una "penumbra de duda", también llamada "margen de vaguedad" y "área de textura abierta" (Hart, por ejemplo: 119-20, 123-26, 128, 131, 135, 143, 150). En Kelsen, hay un "marco que abarca varias posibilidades de aplicación" (Kelsen, 77-81). En la penumbra, es una cuestión de discreción, o de equilibrio de las consideraciones en conflicto, o de legislación judicial, o de creación de derecho. Fuera del marco kelseniano, la norma está determinada, pero dentro del marco hay interpretaciones alternativas entre las

cuales el juez debe escoger, ejerciendo su discreción, creando derecho o equilibrando intereses, y la interpretación no está determinada.

Para Kelsen y Hart, la determinación de una norma dada, considerada como una unidad, es una cuestión de grado. Para Kelsen, las normas constitucionales que definen el ejercicio adecuado del poder legislativo dejan relativamente indeterminado qué leyes debería dictar el Congreso, mientras que las leyes son relativamente más determinantes del contenido de las decisiones judiciales que se proponen aplicarlas. De manera similar, para Hart las normas pueden tener penumbras más o menos profundas, aunque incluso los estándares (v. g., "precio justo") tienen significados centrales claros.

Para los positivistas, según mi parecer, debería ser importante que tanto Hart como Kelsen consideren que la existencia de un área de indeterminación es inevitable para todas las normas, y que ninguno de ellos provea una descripción clara de por qué esto debería ser cierto. Más aún, en cada caso, el uso de imágenes espaciales es un obstáculo mayúsculo para la comprensión de lo que quieren decir.¹ Pero me parece que nada en la discusión que sigue depende de cómo los interpretemos con respecto a esta cuestión.

Es igualmente llamativo que ambos autores parecen utilizar la palabra "determinado" de manera confusa. A veces, significa solamente que podemos predecir con gran certeza qué es lo que el intérprete hará con el problema que se le presenta.² En otras ocasiones, significa que la operación es "cognitiva", en el sentido de que la entendemos como un juicio sobre un significado, conside-

rado como algo que es independiente del observador, y respecto de lo cual creemos que hay una "verdad de la cuestión", incluso si es probable que los intérpretes estén en desacuerdo sobre cuál es esa verdad.³ De nuevo, esto no será tratado en lo que sigue.

Lo que será importante para el análisis que presentaré a continuación es que, para los casos que se ubican en el área de certeza, ellos hablan como si la cognición de un significado correcto para el núcleo o marco, o la elección altamente predecible de una interpretación, fueran automáticas y sencillas, suponiendo la buena fe. Kelsen parece completamente confiado al asumir que una cuestión está o no está "dentro del marco". Es un asunto de "cognición" (Kelsen, véase n. 34). Hart hace una descripción más matizada de la indeterminación. Para él, sólo se trata de que las "incertezas pueden desatarse en ciertos casos particulares"; los casos que no son claros "son presentados permanentemente por la naturaleza o la invención humana" (Hart: 123, 132). Pero un caso dado sencillamente *está*, sin embargo, siempre ubicado en uno de los espacios metafóricos o en el otro.

Tal vez por esta razón, a veces se caracteriza a estos autores como "formalistas". Cuando afirman que, en una situación particular, sólo hay una respuesta correcta para la cuestión interpretativa, suenan como literalistas,* más allá de lo insistentes que sean respecto de la naturaleza discrecional de las cuestiones que se ubican en la penumbra o dentro del marco. Está claro, no obstante, que estos autores se consideran enemigos del modo de razona-

3 Hart habla de "ejemplos claros, indisputables, de lo que satisface o no [los estándares generales]". La parte del "acuerdo generalizado" ha desaparecido aquí (Hart: 128). Kelsen, cuando discute el ingreso de consideraciones extrajurídicas en el momento de la creación de derecho dentro del marco, habla del "espacio para la actividad cognitiva más allá del descubrimiento del marco dentro del cual el acto de aplicación deberá estar contenido" (Kelsen: 83).

* El término "literalista", usual en el medio norteamericano, se refiere a la creencia en que el cuidadoso análisis de las palabras de la ley puede arrojar, en la mayoría de los casos, una única interpretación correcta. En nuestra tradición, este tipo de creencia suele asociarse a la escuela francesa de la exégesis. [N. de T.]

1 Para una discusión útil, véase Gianformaggio y Paulson (1995).

2 Dice Hart, por ejemplo: "Los casos claros, en los que los términos generales parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de ejemplos no parece ser problemático o 'automático', son sólo los casos familiares, que se repiten constantemente en contextos similares, donde hay acuerdo general en los juicios en lo que hace a la aplicabilidad de los términos clasificatorios" (Hart: 123). Para una discusión útil, véase Bix (1993).

miento jurídico que en su tiempo recibió el nombre de formalismo, es decir, de la jurisprudencia de conceptos.

La jurisprudencia de conceptos acepta que habrá situaciones en las cuales hay más de una norma válida (sección del Código o precedente vinculante) que, *tomada aisladamente*, puede ser aplicable a los hechos, y que normas diferentes proveerán resultados diferentes para el caso. Los juristas conceptuales (y sus críticos, por ejemplo Gény en *Méthode d'interprétation et sources en droit positif*, 1919) también han tendido a creer que hay situaciones que son "nuevas", en el sentido específico de que ninguna norma válida estaba específicamente dirigida a determinarlas en una dirección u otra.

Su método requiere que el juez lidie con los conflictos y las lagunas de la siguiente manera: debe presuponer la coherencia del "sistema" como un todo, y después preguntar cuál de las normas en conflicto, o qué norma nueva, al hacerse aplicable al caso, "encaja" mejor con normas íntimamente vinculadas. Si esto no está claro, pasa a considerar las normas más abstractas, explícitas o implícitas en "el sistema", de las cuales se entiende que derivan las normas particulares (von Savigny, 1867). De nuevo, él elegirá una norma o creará una nueva, pero lo hará sin ejercitar discreción, ponderación, ni "creación de derecho" en el sentido de la legislación.

Desde el punto de vista de Hart / Kelsen, la operación de "construcción", a través de la cual un jurista conceptual lidia con el conflicto o la laguna, es discrecional y "legislativa". Ellos consideran que la jurisprudencia de conceptos sobrestima la determinación del ordenamiento jurídico, sea que estemos tratando con normas aisladas o con "el sistema" tomado como un todo. Una virtud capital del positivismo, tal como ellos lo entienden, es reconocer o incluso destacar la creación judicial de derecho que el conceptualismo oscurece.

Junto con el literalismo y la jurisprudencia de conceptos, un tercer método de interpretación de normas jurídicas usual en el ámbito jurídico occidental es el *policy analysis*, o el método de ponderación o proporcionalidad. Aquí, el intérprete se entiende a sí mismo como enfrentado a una elección entre normas o entre formulaciones de la norma, una elección que se resuelve apelando a

las consideraciones en conflicto que él entiende que subyacen al sistema de normas como un todo.

Hay muchas variantes del método de la ponderación. Lo que se pone en la balanza pueden ser conflictos de derechos, poderes, principios o metas instrumentales supuestamente de interés general, a la par que intereses administrativos (v. g., como en certeza *versus* flexibilidad equitativa), o intereses en la arquitectura del sistema (v. g., en la subsidiariedad o en la separación de poderes). O todo lo anterior (véase Kennedy, 2000; 2004; 2006).

Hart aprueba este tipo de ponderación, a la que se refiere como el método apropiado para la penumbra o área de textura abierta (Hart, por ejemplo: 126-30). Kelsen meramente destaca que no es una solución para el problema de la discreción porque "no provee ningún estándar objetivo de acuerdo con el cual comparar intereses contrapuestos" (Kelsen: 82).

Para los GLS, el punto importante es que el antiformalismo de Hart / Kelsen *presupone* el esquema de acuerdo con el cual todo caso se ubica o bien en el área de determinación o bien en la penumbra o marco. Para nuestros propósitos, lo que cuenta no es que el método de la ponderación sea frecuentemente necesario y apropiado, sino que ellos no proveen una descripción de cómo es que la situación se encuadra como localizada en la penumbra o marco, de manera tal que no se dispone de una respuesta correcta determinada.

En otras palabras, antes de que comience la ponderación, cualquiera sea su contenido, el intérprete explícita o implícitamente encuadra la situación como una en la cual hay un conflicto o una laguna que lo exige de su deber elemental de aplicar una norma clara cuando los hechos encajan claramente dentro de sus definiciones. Hart / Kelsen se asemejan a los juristas conceptuales y a los inventores de la ponderación de intereses en que no teorizan este encuadre inicial.

II

Esta parte ofrece, en primer lugar, una versión del proceso a través del cual los intérpretes constituyen situaciones jurídicas de alguna de las siguientes dos maneras: o bien como situaciones en las cuales todo lo que se requiere es la aplicación de una norma, o bien como situaciones en las cuales, debido a que estamos en la penumbra o dentro del marco kelseniano, o a que hay un conflicto o una laguna, se requiere algo más que la mera aplicación de una norma (siendo ese "algo más" la elección entre interpretaciones posibles basada en la discrecionalidad legislativa, el análisis de coherencia, el análisis teleológico, la ponderación, o lo que fuere). En segundo lugar, ofrece una versión del rol de la "ideología" en el proceso de encuadrar, y luego decidir, contiendas en las que están en juego asuntos significativos. En tercer lugar, aplica esta concepción a la pregunta sobre cómo entender el rol de la ideología en el cambio jurídico y en la estabilidad jurídica.⁴

A En el esquema de Hart / Kelsen, comparado por la jurisprudencia de conceptos y el método de la ponderación, no hay lugar para la actividad que yo ubicaría en el centro de una fenomenología de los núcleos, marcos, lagunas y conflictos, una fenomenología que pudiera dar cuenta de la determinación y de la indeterminación. Esta actividad es el "trabajo" jurídico, entendido como la transformación de una aprehensión inicial (Husserl, 1990: 60) de lo que los materiales jurídicos del sistema exigen, realizado por un actor que persigue una meta o una visión de lo que *deberían* exigir. (La concepción de trabajo aquí está inspirada en los *Manuscritos económicos y filosóficos* de Marx, 2004).

El trabajo jurídico, tal como estoy utilizando el término, ya sea que esté dirigido a núcleos o marcos, o a penumbras o conflictos

o lagunas, es emprendido "estratégicamente". El trabajador apunta a transformar una aprehensión inicial de lo que el sistema de normas exige, dados los hechos del caso, en pos de que una nueva aprehensión del sistema, tal como se aplica al caso, se corresponda con las preferencias extrajurídicas del trabajador intérprete.

El trabajo jurídico tiene lugar después de la aprehensión inicial de hechos y normas, y después del "seguimiento irreflexivo de las normas". El intérprete "aprehende" (un proceso *gestáltico*, tal como lo plantea la *Psicología de la forma* de Kohler, 1947) la situación en su totalidad como una situación regida por una norma, y la pregunta es si los hechos particulares del caso desencadenan su aplicación de manera tal que se produzca una sanción. Alguien ha muerto, y el tribunal se pregunta, primero, si el acusado mató a una persona, y segundo, si la muerte fue un homicidio, y eso "depende de los hechos". A menudo, una vez que se averiguan los hechos, nadie siquiera prestará atención a la posibilidad de que se realice un trabajo jurídico dirigido a la interpretación de la norma que define y castiga el homicidio. Se entenderá que los hechos establecen la culpa o inocencia "por sí solos", pues la norma "se aplica por sí misma" aparentemente sin ninguna intervención del intérprete.

Se acepta habitualmente que los hechos adquieren existencia jurídica a través del trabajo de los investigadores, de manera tal que su presentación depende de las estrategias de trabajo y de los niveles de esfuerzo de los fiscales y las partes. También es habitualmente aceptado que los abogados y el juez, y, en un nivel más abstracto, el jurista, a veces trabajan para transformar la aprehensión inicial de qué norma rige y qué es lo que exige. En otros ensayos he descrito, acaso con excesivo detalle, las variadas prácticas que despliegan. Juntas, estas prácticas permiten el "comportamiento estratégico en la interpretación".

Los siguientes son tres tipos de comportamiento estratégico en la interpretación:

Primero, intentar encontrar argumentos jurídicos que produzcan el efecto de necesidad jurídica para un resultado —esto es, para una norma-aplicada-a-los-hechos-dados— diferente del resul-

⁴ Este apartado es en buena medida un resumen del enfoque propuesto en Kennedy, 1992 y 1997, partes 1 y 3.

tado que al principio aparecía como obviamente exigido. Por ejemplo, haciendo que parezca que necesariamente hay una excepción a la norma que en apariencia cubre el caso, o que el "verdadero significado" de la norma es diferente de lo que parecía al principio.

Segundo, intentar que lo que en apariencia era una decisión judicial obviamente discrecional (ubicada en la penumbra o dentro del marco) parezca ser una decisión en la que, después de todo y contraintuitivamente, hay un resultado particular —una norma aplicada a los hechos— que es exigido por los materiales (v. g., el caso cae dentro del núcleo; no hay alternativas dentro del marco). Tercero, intentar desplazar un resultado inicialmente exigido de manera obvia por el derecho por una percepción de la situación en la cual el juez está obligado a elegir entre alternativas jurídicamente permisibles (v. g., moviendo una interpretación del núcleo hacia la penumbra o hacia el interior del marco, permitiendo la discreción judicial).

En todos estos casos, el intérprete trabaja para crear o para deshacer la determinación, más que simplemente para registrarla o vivirla como algo dado por la situación.

El trabajo presupone un medio, algo que el trabajador "moldea". En este caso, el medio es ese cuerpo de materiales jurídicos que son considerados relevantes para establecer el significado de la norma como aplicable a los hechos. Esto ciertamente incluirá el diccionario, con sus definiciones, el diccionario jurídico, con las suyas —bastante diferentes—, y la doctrina, y todo el cuerpo de normas jurídicas válidas, tal vez derechos y principios más abstractos, tal vez debates legislativos, tal vez precedentes. Desde nuestro punto de vista, la pregunta no es qué es lo que cuenta, oficialmente, como "fuentes", sino qué elementos son buscados y desplegados de hecho en el trabajo de argumentación o justificación.

El trabajador utiliza los materiales jurídicos para convencer a cierto tipo de audiencia (y también a sí mismo) de que una interpretación inicial (la suya o la de otro) de determinación o indeterminación estaba equivocada. Pero no hay nada que garantice que esta empresa será exitosa. El trabajo no es ni cognición de derecho imperativo ni discreción en la creación de derecho con

acuerdo a una "preferencia legislativa". Está entre medio de ambas cosas. Los materiales jurídicos restringen el trabajo jurídico, pero del modo en que un medio restringe a cualquier otro trabajador. Restringe sólo contra un esfuerzo para hacer que los materiales signifiquen una cosa u otra.

Decir que la interpretación de la norma estaba determinada no es más que decir que al final del proceso de trabajo el intérprete fue incapaz de lograr la re-interpretación estratégicamente deseada del significado inicialmente obvio de la norma aplicable a los hechos. En otras palabras, los CLS, según yo los entiendo, aceptan por completo la idea positivista de que el derecho es a veces determinado y a veces indeterminado. Los CLS rechazan tanto la idea de la indeterminación global como la idea de que siempre hay una interpretación correcta, por más oscura o difícil de encontrar que sea. Pero también rechazan la idea de que la determinación y la indeterminación sean "cualidades" o "atributos" inherentes a la norma, independientemente del trabajo del intérprete.

El éxito estratégico contra una determinación inicial obvia (o una indeterminación inicial obvia) es una función del tiempo, la estrategia, la habilidad y de los atributos "intrínsecos" o esenciales u "objetivos" o "reales" de la norma que uno está tratando de cambiar, tal como éstos aparecen en el contexto de los hechos presentados.

La pregunta "ontológica" es si es apropiado considerar la determinación de la norma aplicada a los hechos, es decir, su carácter insuperablemente vinculante o "válido" al final del período permitido para trabajar sobre ella, como su atributo propio, como algo inherente a ella. La alternativa es que el carácter determinado o indeterminado de la norma no puede ser entendido más que como un "efecto", el "efecto de necesidad" o "efecto de determinación", producido de manera contingente por la interacción del tiempo, la estrategia y la habilidad del intérprete con una *in-cognoscible* naturaleza "en sí" o "esencial" de la norma en el contexto fáctico dado.

El trabajador jurídico ejecuta la clásica reducción fenomenológica o "puesta entre paréntesis" [epoché] (Husserl [1913], 1999: 65)

de la cuestión de si la resistencia de la norma a la reinterpretación es un resultado de lo que ella "realmente" es o meramente un efecto del tiempo, la estrategia y la habilidad. El trabajador procede intentando modificar la situación, sin un compromiso previo hacia uno u otro lado respecto de una ontología de la norma. Para el intérprete estratégico nada depende de la decisión sobre la esencia. La posición fenomenológica de izquierda dentro de los CLS también adopta esta actitud.

Aquello que está en juego determina cuánto trabajo es necesario realizar. La distinción de Max Weber entre intereses materiales e ideales resulta útil aquí (Gerth y Wright Mills, 1946: 61-65). Los litigantes pueden tener una motivación material, al igual que el juez, pero los jueces (y los juristas) sin duda a menudo sólo son conscientes de los intereses ideales. Ellos eligen una estrategia de trabajo porque consideran que su empresa tiene que ver con la "justicia", entendida como no idéntica a la aplicación del derecho. También entienden que el deber de alcanzar la justicia está "subordinado" al derecho. Pero este deber puede ser operativo sólo después de que el derecho es establecido. La definición convencional del rol del juez (o del jurista) no dice nada sobre el trabajo jurídico, porque el modelo estándar (positivista) reconoce únicamente la cognición y la discreción, y no deja espacio para el trabajo.

Aquellos que entienden que la interpretación es o bien cognitiva o bien discrecional suelen considerar que el trabajo destinado a lograr un cambio particular en el significado obvio de una norma, en una dirección que está determinada estratégicamente, esto es, extrajurídicamente, es ilegítimo. Yo pienso que el argumento de la ilegitimidad es incorrecto.

En primer lugar, la mayoría de la gente está de acuerdo en que los jueces deben realizar un trabajo interpretativo y decidir cómo orientar ese trabajo. Por cierto, la mayoría de los juristas consideraría que es una violación de los deberes del rol judicial que el juez simplemente decida sobre la base del significado inicialmente obvio de la norma, sea el que fuere, una vez que se hubo

señalado que había otra posibilidad. La razón para esto es que el juez sabe que el trabajo puede cambiar la apariencia inicial. No puede tomarla como "verdadera" tan sólo porque es inicialmente obvia en términos jurídicos.

Enfrentado con la obligación de trabajar en una u otra dirección, los jueces (y los juristas) a menudo orientan su trabajo hacia la meta de hacer que su intuición extrajurídica o legislativa de la justicia-en-la-elección-de-las-normas se haga realidad en la decisión judicial. Éstos son "activistas", en la jerga norteamericana. En la conciencia jurídica contemporánea, los jueces que trabajan de este modo están expuestos a la acusación de que están trabajando "ideológicamente".

En el discurso jurídico contemporáneo, una ideología es un "proyecto de universalización" (Habermas, 1984: 16-19), es decir, la aserción de una concepción controversial de la justicia, que algunos alegan que es una mera racionalización de intereses parciales, pero que sus adeptos defienden como provechosa para el interés general —alegando a la vez que los intereses que defienden sus oponentes son meramente parciales (Mannheim, 1936)—.

La persecución de una agenda jurídica abiertamente ideológica es problemática para el juez o el jurista, debido a que incluso si reconocemos de buena gana que los jueces están obligados por su rol a trabajar para hacer que el derecho positivo se corresponda con la justicia, es una premisa de la teoría democrática liberal de la separación de poderes que la ideología *no es para el poder judicial (ni para el jurista)*, sino para el poder legislativo democráticamente electo.

Los jueces a menudo responden al dilema afirmando que trabajan, e intentando trabajar, exentos de toda ideología —poniendo entre paréntesis sus preferencias legislativas al decidir en qué dirección intentarán mover los marcos o núcleos—. Pero cuando hacen esto, tienen que enfrentarse con el hecho de que su audiencia, y ellos mismos, entienden que diferentes decisiones responden, en muchos casos en los que hay mucho en juego, a diferentes ideologías.

Dos posturas muy comunes de los jueces (y de los juristas) ante la presencia de este dilema son la "separación" y la "mediación".

De acuerdo con la primera, el juez establece, para sí y para otros, que él es "neutral" en términos ideológicos, porque alterna impredeciblemente entre las opciones definidas por las ideologías en conflicto. En la segunda, el juez establece su neutralidad siendo un "centrista", ideando una solución que le da algo a cada bando, pero no le da a ninguno todo lo que demanda. Estas son soluciones de mala fe, en el sentido que le da Sartre a esta expresión en *El ser y la nada* (1966), porque evitan el conflicto de rol a través de la negación (en el sentido de S. Freud, 1992b, y A. Freud, 1961).

La posición del juez "activista", quien persigue consciente o inconscientemente sus propios compromisos ideológicos (en lugar de afirmar su neutralidad adoptando posturas impredecibles o centristas), me parece éticamente más plausible. El juez sabe que el trabajo puede hacer que la norma se acerque a su preferencia legislativa, pero también puede que no lo haga. Supongamos que él está comprometido con aplicar la regla si no puede desestabilizarla utilizando técnicas judiciales aceptadas y convencionales —esto es, a través de una investigación de los materiales jurídicos que conduzca a su reinterpretación de acuerdo con los cánones del razonamiento jurídico—.

Entonces, ¿por qué no debería dirigir su trabajo, tiempo, estrategia y habilidad a encontrar el argumento que hará que el derecho se corresponda con su concepción de justicia? A mí me parece claro que estaría actuando de manera ilegítima precisamente si no hiciera este intento, en otras palabras, si no hiciera el intento de reprocessar el derecho positivo para que se corresponda con su idea de justicia. El rol judicial (y el del jurista) requiere fidelidad al "derecho" en el sentido complejo que combina un elemento positivo y uno ideal.

Esta posición, que legítima el trabajo jurídico orientado a inclinar el derecho en la dirección ideológica preferida por el juez (o el jurista), es, por supuesto, "anarquista" (o al menos "pluralista") desde el punto de vista "jacobino" que ubica la legitimidad jurídica solamente en la voluntad del pueblo. Más aún, se enfrenta a una regresión infinita al decidir si de hecho el juez ha desestabilizado la norma utilizando sólo lo que recién describí como "técnicas judiciales convencionales". Pero las alternativas que condenan el tra-

bajo judicial *a priori* son peores, porque son incoherentes, dado nuestro entendimiento societal de las exigencias del rol judicial.

C. Si reconocemos que los jueces pueden trabajar, y de hecho trabajan, para cambiar los núcleos o los marcos (consideremos o no que este trabajo es legítimo), entonces una noción básica de Hart / Kelsen resulta socavada. Se trata de lo que Kelsen llama la "concepción dinámica" (Kelsen: 91), según la cual el movimiento de la creación de normas va de lo abstracto a lo particular o concreto. En Hart, es la noción de que la decisión judicial "rellena" la penumbra, tal como lo expresa MacCormick en la siguiente cita:

La tesis de que incluso las leyes o líneas mejor diseñadas dejan alguna penumbra de duda, y que esto hace necesario que se ejerza una discreción parcialmente política para resolverla, no es particularmente nueva, sino que es la moneda corriente del positivismo jurídico moderno [...]

Un punto crucial, sin embargo, es que uno no debería perder de vista o subestimar la significación de dibujar líneas o de la *determinatio* tal como ya la discutimos. El derecho realmente puede resolver, y de hecho resuelve, asuntos de prioridad entre principios fijando reglas, e incluso cuando surgen problemas de interpretación de las reglas, éstos se enfocan en puntos definidos más estrechamente que si la cuestión estuviera todavía enteramente planteada como una cuestión puramente de principio. Se pueden fijar reglas a través de la legislación o del precedente; más comúnmente, en un sistema moderno, mediante una combinación de las dos maneras. Es uno de los obsequios del derecho a la civilización el que pueda someter cuestiones prácticas a formas más estrechamente enfocadas de argumentación que aquellas que están disponibles para la razón práctica irrestricta (MacCormick, 1990: 539, 553-54).

Si el trabajo estratégicamente dirigido en la interpretación puede desbaratar aprehensiones iniciales de núcleos o marcos, entonces esta afirmación sobre los "obsequios del derecho a la civilización" es demasiado optimista. En un tratamiento más extenso de este tema, he sugerido que en los asuntos "pequeños" puede haber grandes cuestiones ideológicas en juego.⁵ Además he sugerido, contrariamente a McCormick, que los mismos argumentos de principio reaparecen en cada nivel de abstracción, de manera tal que resolver cuestiones "hacia abajo" en la pirámide involucrará argumentos no menos controversiales que aquellos que se aplican arriba.⁶

Para nuestros propósitos aquí, el punto es bastante diferente: incluso cuando una interpretación está asentada, el trabajo puede desestabilizarla. Esto significa que el trabajo puede "inclinarse" o "mover" los núcleos y marcos. Ahora tenemos una dinámica "de abajo hacia arriba" que contrarresta en mayor o menor medida la dinámica de arriba hacia abajo, de lo abstracto a lo concreto, de Hart y Kelsen. En lugar del enfoque progresivamente más estrecho de McCormick para las cuestiones controversiales, el trabajador puede tener la esperanza de abrir los núcleos o disolverlos.

Así, el trabajo hace más que rellenar el marco o la penumbra dinámicamente a través de elecciones normativas determinadas de manera estratégica. La ideología inclina el trabajo, que a su vez inclina núcleos y marcos, lo que a su vez, en la perspectiva de la coherencia, brinda medios para producir otras desestabilizaciones de otros núcleos y marcos.

De acuerdo con esta perspectiva, el cuerpo de derecho válido, esto es, el derecho que los trabajadores jurídicos consideran como núcleos o marcos en su encuentro inicial con los materiales, puede entenderse mejor, primero, como el producto histórico del trabajo de abogados, juristas y jueces que han llevado adelante (al-

guna parte del tiempo, consciente o inconscientemente) proyectos ideológicos contrapuestos (que pueden ser centristas, en el sentido definido más arriba) y, segundo, como siempre aunque impredeciblemente sujeto a desestabilización por futuras estrategias de trabajo con una orientación ideológica.

III

Para poder entender la posición presentada más arriba —posiblemente la posición dominante dentro de los *Critical Legal Studies* desde alrededor de 1985 y, hoy en día, la única posición que los CLS aún defienden de manera explícita— puede resultar útil contrastarla con una típica malinterpretación de los CLS proveniente de la corriente dominante de la filosofía del derecho angloamericana, en este caso, a cargo de mi amigo Brian Bix:

En particular, los teóricos de los CLS defendieron la indeterminación radical del derecho: el argumento de que los materiales jurídicos no determinan el resultado de los casos particulares. Los teóricos de los CLS generalmente aceptaron que los resultados de la mayoría de los casos eran *predicibles*, pero esto, afirmaban, no se debía a la determinación del derecho, sino a que los jueces tenían inclinaciones conocidas y previsibles. Los materiales jurídicos, por sí mismos, eran considerados indeterminados, porque el lenguaje era indeterminado, o porque las normas jurídicas tendían a incluir principios contradictorios que les permitían a los jueces justificar cualquier resultado que escogieran (Kelman, 1987). Generalmente, las críticas de los CLS fueron consideradas exageradas (Solum, 1987). Aunque es posible que haya casos para los cuales los materiales jurídicos no brinden un resultado claro, o por lo menos un resultado sobre el que todos puedan coincidir inmediatamente, esto no niega ni la facilidad de la vasta mayoría de las disputas

5 Véase especialmente Kennedy, 1997: 172-73.

6 A esto se refiere el fenómeno de "anidamiento" [*nesting*], tratado en Kennedy, 1991.

posibles ni la posibilidad de respuestas correctas para los casos más difíciles (Bix, 2003).

1. La tendencia fenomenológica de izquierda de los CLS (probablemente la tendencia dominante) sostenía que los materiales jurídicos determinan o no los resultados de los casos sólo en interacción con las estrategias argumentativas de los juristas que persiguen objetivos con recursos y tiempo limitados. Los materiales son una parte de la determinación, pero sólo en combinación con una actividad interpretativa que no es cognitiva sino consciente o inconscientemente estratégica. No es ni nunca ha sido la posición de esta tendencia dentro de los CLS que "los materiales jurídicos no determinan el resultado de los casos particulares", sino en cambio que su influencia está mediada, y que su determinación o indeterminación "intrínseca" o "esencial" es incognoscible.

Los materiales jurídicos son "indeterminados" únicamente en el sentido de que a veces es posible desestabilizar aprehensiones iniciales a través del trabajo jurídico "intrínseca" o "esencialmente" no son ni determinados ni indeterminados. Es verdad, a menudo los aprehendemos como determinando el resultado de un caso particular o, por el contrario, como no determinando el resultado (debido a que el caso está ubicado en la penumbra o dentro del marco). En un tipo de determinación aparente, predichimos un resultado *porque anticipamos que no se hará ningún trabajo para desestabilizar la aprehensión inicial*. Y a menudo será posible predecir que no se hará un trabajo de ese tipo, porque los proyectos ideológicos existentes, empoderados a través de la judicatura, probablemente estén de acuerdo con la aprehensión inicial, o con que el resultado no merece un trabajo desestabilizador. Podríamos anticipar que sería de otra forma si actores con proyectos ideológicos radicales o de alguna otra variante marginal trabajaran más comúnmente como jueces o como juristas influyentes.

En un segundo tipo de caso, los materiales jurídicos parecen determinados cuando, después de trabajar jurídicamente hasta agotar el tiempo y los recursos disponibles, el pronosticador se descubre incapaz de desestabilizar la aprehensión inicial de que hay una norma aplicable, y de que la norma decide el caso a favor

de una u otra de las partes. Él predecirá un resultado *porque anticipa que el trabajo que se realice para desestabilizar la aprehensión inicial fracasará*. La predicción de un resultado de la interacción entre los hechos tal como han sido presentados, el trabajo interpretativo y la "esencia" incognoscible de los materiales está basada en la creencia de que quien toma la decisión no logrará elaborar una buena argumentación a favor de un resultado alternativo. De nuevo, las ideologías centristas compartidas por jueces y juristas en los países capitalistas son un factor importante en este tipo de predicciones.

Los escritores de los CLS han trabajado desde el principio y en forma continuada para descubrir cómo es que las normas, particularmente en el campo de la propiedad y de los contratos, que parece que resistirán incluso el esfuerzo más sostenido de transformarlas a través de la interpretación, dadas las preferencias ideológicas de izquierda moderada y de derecha moderada compartidas virtualmente por todos los jueces en todos los países capitalistas, tienen un impacto enorme e injusto sobre los grupos oprimidos. Ésta es la contribución de los CLS a la sociología del derecho y al derecho y la economía de izquierda.

2. La noción de que la indeterminación del lenguaje explica el modo en que el derecho es indeterminado ha tenido cierta influencia en los CLS, particularmente en los primeros trabajos de Unger (1977: 88), y en escritores como Boyle (1985: 685, 710-11), que pretendían estar hablando por los CLS como un todo. Desde el principio, una corriente más influyente argumentó que las normas varían en cuanto a su "realizabilidad formal" o a su "administrabilidad", de manera tal que la simple crítica lingüística suele ser trivial, como lo son todas las otras argumentaciones a favor de la indeterminación "global" (Kennedy, 1973: 351; 1976: 1685).

La atribución que hace Bix a los CLS de la noción de que "las normas [tienden] a contener principios en conflicto" es extraña. La afirmación de los CLS era, a la Dworkin, que los principios, las políticas y los derechos, y por cierto las visiones de mundo, son todos parte de las fuentes del derecho comúnmente desplegadas, pero, contra Dworkin, que éstas están en inerradicable conflicto, dentro de cada uno de nosotros tanto como entre nosotros. Su

presencia conflictiva está reflejada en el más concreto "sistema de normas jurídicas válidas", que los CLS, siguiendo el realismo jurídico, entienden, *siempre*, como un compromiso complejo de esos conflictos (Kennedy, 2000; 2004). Debido a que las normas son compromisos, más que la realización coherente de uno u otro principio general, están mucho más abiertas a desestabilizaciones de varios tipos de lo que los escritores coherentistas reconocen.

3. Las "inclinaciones" de los jueces son relevantes porque orientan su trabajo jurídico (y el de otros juristas) para transformar las aprehensiones iniciales de lo que los materiales exigen en la particular dirección sugerida por los intereses materiales o ideales del jurista (a grandes rasgos, su ideología). Si el jurista va a tener éxito o no en el trabajo de hacer que los materiales se adecuen a su motivación estratégica extrajurídica material o ideológica nunca puede saberse de antemano (aunque, como con cualquier acontecimiento futuro incierto, podemos apostar por algún resultado). Los juristas constantemente aceptan interpretaciones de acuerdo con las cuales el derecho positivo es contrario a su concepción de lo que debería ser.

Más aún, las "inclinaciones" o la ideología no determinan las estrategias de trabajo del jurista de manera más conclusiva de la que el sistema de normas jurídicas determina los resultados. Las ideologías son tan indeterminadas como el ordenamiento jurídico. Hay un círculo hermenéutico aquí, en el cual las indeterminaciones de cada nivel se resuelven apelando a un nivel más profundo que tiene sus propias indeterminaciones, y así sucesivamente, hasta volver al punto de partida, en el cual las ideas jurídicas influyen en la ideología y viceversa (Kennedy, 1997: 187-91).

4. Las críticas de los CLS han sido consideradas exageradas (o indicadoras de incompetencia o insania) por una corriente dominante de juristas que las ha malentendido más o menos a la manera de Brian Bix en el pasaje citado. También han sido malinterpretadas con frecuencia, no de esa manera, sino como sosteniendo una "determinación en última instancia" por la base, o como una afirmación marxista vulgar de que los jueces son el "comité ejecutivo de la clase dominante", y que proceden caso por caso favoreciendo "los intereses del capital". Las malinterpretacio-

nes derivan en parte de la ignorancia más o menos completa de la fenomenología y de la teoría social crítica que se advierte en la corriente dominante de los teóricos jurídicos norteamericanos, en parte de los recursos limitados que estos teóricos invierten en el conocimiento de corrientes marginales (Bix es una excepción en su familiaridad con la producción de los CLS), y en parte del interés normal de los grupos dominantes por reproducir la marginalidad de los márgenes.

5. Todos saben que "hay casos para los cuales los materiales jurídicos no brindan un resultado claro". Y que hay casos en los cuales los materiales jurídicos no brindan un resultado "sobre el que todos podrían coincidir inmediatamente". Pero otra cuestión es afirmar que las críticas del tipo de las que plantean los CLS cargan con el lastre de "negar" "la facilidad de la vasta mayoría de las disputas posibles" (Bix, 2003). Esta afirmación cuantitativa tiene un lugar importante en el esquema positivista, o al menos en el hartiano. Sirve para asegurarnos de que el reconocimiento de la discreción judicial en la penumbra no plantea ninguna amenaza al valor liberal del imperio de la ley. De acuerdo con Hart, el "escepticismo ante las normas" es bienvenido "en la medida en que no olvide que es bienvenido en el margen; y que no nos encogezca respecto del hecho de que lo que hace posible que los tribunales hagan estos desarrollos sorprendentes de las normas más fundamentales es, en gran medida, el prestigio recogido por los tribunales en razón de sus actividades regidas incuestionablemente por las normas en las vastas áreas centrales del derecho" (Hart: 150; también 149, 121-41, 132).

La afirmación de los CLS es que la pregunta acerca de qué porción de disputas reales o imaginarias tienen resultados determinados, dados los materiales jurídicos, tiene que ser respondida tomando en cuenta la posibilidad de que el trabajo jurídico vaya a desestabilizar la aprehensión inicial de lo que los materiales exigen. La determinación es una función de las palabras de las normas válidas, y del contenido de otras fuentes, y también de su interacción con los recursos y las estrategias de quienquiera que tenga el poder de hacer una interpretación jurídica, y también de la "cosidad" de los materiales y de los hechos presentados. Una vez que tomamos

esto en cuenta, las declaraciones sobre la "vasta mayoría de las diputadas" o las "vastas áreas centrales del derecho" sencillamente carecen de sentido (Kennedy, 1997: 172).

6. Que los resultados no sean determinados en algunos casos, según Bix, no "niega la [...] posibilidad de respuestas correctas incluso para los casos más difíciles". El único sentido inteligible de una "respuesta correcta" en un caso, difícil o fácil, dada la fenomenología presentada más arriba, es que, habiendo trabajado con el tiempo y los recursos disponibles y de acuerdo con una estrategia elegida, el intérprete no puede encontrar una alternativa a cierta aprehensión particular de qué norma se aplica y de qué es lo que ésta requiere cuando se la aplica. En otras palabras, después de realizar la reducción fenomenológica, la "respuesta correcta" es la producida por una argumentación que tiene el "efecto de necesidad". Con respecto a si hay una respuesta correcta en el sentido de una respuesta accesible a la cognición, los CLS toman la posición de Kant sobre la "cosa en sí".

3. La distinción entre decisión judicial y legislación

Este capítulo aborda una de las "grandes dicotomías" (Bobbio, 1980) de la teoría política en general y de la teoría jurídica en particular: la distinción entre decisión judicial y legislación. Ya he sugerido que en la decisión judicial muchos niegan el elemento ideológico, y que los jueces operan de "mala fe". La negación es en parte una respuesta a la crítica de la decisión judicial, el elemento "viral" en el pensamiento jurídico norteamericano. La filosofía del derecho teoriza la negación explicando cómo la decisión judicial puede ser no ideológica, y es tiempo de examinar las distintas maneras en que lo hace.

Es importante distinguir desde el inicio entre negar el componente ideológico en la decisión judicial y negar que los jueces tomen decisiones que resultan importantes para las *intelligentistas* ideológicas. No creo que mucha gente niegue que a los liberales y a los conservadores les importan las decisiones de la Corte Suprema sobre el aborto, y que les importan de una manera que bien puede describirse como ideológicamente motivada. No creo que mucha gente niegue que a las *intelligentistas* ideológicas les concierne qué decisiones toman los tribunales cuando están resolviendo los detalles de la responsabilidad por los productos.

Pero es una cuestión diferente afirmar que el proceso discursivo a través del cual se desarrollan las normas, aquí la decisión judicial de los tribunales de apelación, tiene un contenido y una significación ideológica por derecho propio. Es diferente porque muchos liberales y conservadores creen, alguna parte del tiempo, hasta cierto punto, usualmente de mala fe, que a pesar de haber cuestiones ideológicas en juego en la definición de las normas, el proceso discursivo que dispone esas cuestiones eligiendo una in-

Selección de textos y traducción: Guillermo Moro

Izquierda y derecho

Ensayos de teoría
jurídica crítica

Duncan Kennedy



siglo veintiuno
editores

