

LA TESIS DE LA INDETERMINACIÓN MODERADA DE H.L.A. HART RECONSIDERADA: ¿ENTRE ESCILA Y CARIBDIS?¹

H.L.A. HART'S MODERATE INDETERMINACY THESIS
RECONSIDERED: IN BETWEEN SCYLLA AND CHARYBDIS

IMER B. FLORES²

RESUMEN: En este artículo el autor reconsidera la tesis de la indeterminación moderada del derecho de Hart, la cual deriva de la textura abierta del lenguaje. Para tal propósito, pretende: primero, analizar la tesis de la indeterminación moderada del derecho, *i.e.* determinación en los “casos fáciles” e indeterminación en los “casos difíciles”, la cual recuerda la “doctrina del término medio” de Aristóteles; segundo, criticar la tesis de la indeterminación moderada del derecho por fracasar en dar lugar al término medio virtuoso

¹ La versión original fue preparada en inglés para ser presentada como ponencia tanto en el Special Workshop “H.L.A. Hart’s *The Concept of Law* Reconsidered” en el XXV IVR World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy “Law, Science, Technology”, en Frankfurt am Main (Alemania) como en el “Congreso Internacional de Filosofía del Derecho”, Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, en Santa Cruz Acatlán, Estado de México (México); y como conferencia magistral en “Primeras Jornadas Internacionales de Filosofía del Derecho”, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala (Guatemala); y fue publicada como “H.L.A. Hart’s Moderate Indeterminacy Thesis Reconsidered: In Between Scylla and Charybdis”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 5, 2011, pp. 147-73.

² Investigador, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM; Profesor, Facultad de Derecho, UNAM; Tutor, Posgrado en Derecho, UNAM; SNI III y PRIDE “D”. Correo electrónico: <imer@unam.mx>. El autor agradece a Tom Campbell, Pierluigi Chiassoni, Noam Gur, Kenneth E. Himma, Eerik Lagerspetz, Ronaldo Macedo, Roger Shiner, Juan Vega, y Wilfrid J. Waluchow sus comentarios y reacciones a las diferentes presentaciones; y a María Fernanda Martínez Chan su apoyo en la elaboración de la versión en español.

entre extremos viciosos, al insistir que el ejercicio de la discreción requerida constituye una legislación “intersticial”; y, tercero, reorganizar un argumento para una verdadera posición intermedia, la cual requiere de una forma de discreción interpretativa débil, en lugar de una forma de discreción legislativa fuerte.

PALABRAS CLAVE: *H.L.A. Hart; tesis de la indeterminación; textura abierta; lenguaje jurídico; discreción.*

ABSTRACT: In this article the author reconsiders the moderate indeterminacy of law thesis, which derives from the open texture of language. For that purpose, he intends: first, to analyze Hart’s moderate indeterminacy thesis, *i.e.* determinacy in “easy cases” and indeterminacy in “hard cases”, which resembles Aristotle’s “doctrine of the mean”; second, to criticize his moderate indeterminacy thesis as failing to embody the virtues of a center in between the vices of the extremes, by insisting that the exercise of discretion required constitutes an “interstitial” legislation; and, third, to reorganize an argument for a truly “mean” position, which requires a form of weak interpretative discretion, instead of a strong legislative discretion.

KEYWORDS: *H.L.A. Hart; indeterminacy; open texture; legal language; discretion.*

SUMARIO: I. Introducción. II. La tesis de la indeterminación moderada. III. Hart entre... IV. Escila y Caribdis reconsiderados. V. Conclusión.

No te encuentres allí cuando [Caribdis] sorba [la turbia agua], pues ni el que sacude la tierra podría librarte de la perdición. Debes, por el contrario, acercarte mucho al escollo de Escila y hacer que tu nave pase rápidamente; pues mejor es que eches de menos a seis compañeros que no a todos juntos.

HOMERO

La Odisea, libro XII, 108-10.

La virtud es, por tanto, un hábito selectivo, consistente en una posición intermedia para nosotros, determinada por la razón y tal como la determinaría el hombre prudente. Posición intermedia entre dos vicios, el uno por exceso y el otro por defecto. Y así, unos vicios pecan por defecto u otros por exceso de lo debido en las pasiones y en las acciones, mientras que la virtud encuentra y elige el término medio.

ARISTÓTELES

Ética nicomaquea, libro II, capítulo VI.

I. INTRODUCCIÓN

Reconsiderar el legado de H. L. A. Hart, en el cincuenta aniversario de la publicación de *El concepto del derecho*,³ en general, y su tesis de la indeterminación moderada del derecho, en particular, son los principales objetivos de este artículo. De hecho, Hart es considerado indiscutiblemente, dentro de los juristas que más contribuyeron a la filosofía del derecho en la segunda mitad del siglo veinte, al restaurar a la filosofía jurídica en un lugar central del estudio tanto del derecho como de la filosofía (general). Ciertamente, dicho libro fue esencial para ese propósito y ha sido sumamente influyente desde su publicación original, en 1961, y, con posterioridad con la aparición de la segunda edición con un “Post scriptum” editado por Penelope A. Bulloch y Joseph Raz en 1994⁴ y más recientemente con la de una tercera edición con una “Introducción”, de Leslie Green en 2012.⁵

³ HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961 (de aquí en adelante: CL1). (Hay versión en español: *El concepto del derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963, y de aquí en adelante: CD).

⁴ HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 2a ed. with “Postscript” (edited by Penelope A. Bulloch & Joseph Raz), Oxford, Oxford University Press, 1994 (de aquí en adelante: CL2). (Hay versión en español: H.L.A. Hart, *Post scriptum al concepto del derecho*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2000, y de aquí en adelante: PS).

⁵ HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 3a ed. with “Introduction” (by Leslie Green), Oxford, Oxford University Press, 2012 (de aquí en adelante: CL3).

En lo personal, considero como contribuciones principales de Hart: 1) la tesis del concepto de derecho como un (complejo) modelo de reglas, i.e. la unión entre reglas primarias y secundarias; 2) la tesis de la separación del derecho y la moral; y 3) la tesis de la indeterminación moderada del derecho, a partir de la textura abierta del lenguaje. En lo subsecuente, vamos a reconsiderar sobre todo la tercera tesis, pero la primera y la segunda también serán reconsideradas de alguna forma. Por consiguiente, en este texto, asumo una metodología conceptual en la cual el argumento normativo es relevante, pero el análisis pretende permanecer descriptivo, con tres objetivos principales: primero, analizar la tesis de la indeterminación moderada de Hart, i.e. determinación en los “casos fáciles” e indeterminación en los “casos difíciles”, la cual, alego, recuerda la doctrina del “término medio” de Aristóteles; segundo, criticar su tesis de la indeterminación moderada, puesto que falla en el intento de incorporar las virtudes del término medio entre los extremos vicios, al insistir que el ejercicio de la discreción requerida constituye una legislación “intersticial”; y, tercero, reelaborar un argumento para una verdadera posición “intermedia”, la cual requiere de una forma de “discreción débil” que caracterizo como “interpretiva”, en lugar de una “discreción fuerte” que concibo como “inventiva (y legislativa)”.⁶

⁶ La mayor parte de las referencias a la “indeterminación” están relacionadas con el lenguaje —y con el significado— y puede ser caracterizada como indeterminación *lingüística* —y *semántica*. Sin embargo, a estas alturas, me gustaría introducir una distinción entre dos clases adicionales de indeterminación relevantes en o para el derecho. Por una parte, hay indeterminación *epistémica* relacionada con la falta de certeza o incertidumbre, i.e. la imposibilidad de *conocer* cuál es la respuesta correcta a una cuestión jurídica. Por otra parte, hay indeterminación *sistémica* relacionada con la falta de completitud o incompletitud, i.e. la imposibilidad de *encontrar* una respuesta cualquiera a una cuestión jurídica que puede derivar contingentemente del lenguaje, pero no necesariamente está reducida a éste. En pocas palabras, hay indeterminación *epistémica* cuando no hay una manera de conocer cuál es la respuesta correcta, y hay indeterminación *sistémica* cuando no hay modo de encontrar una respuesta a una disputa jurídica. En este sentido, el

II. LA TESIS DE LA INDETERMINACIÓN MODERADA

En relación con los problemas del razonamiento jurídico, en general, y de la interpretación (y adjudicación) jurídica, en particular,⁷ H.L.A. Hart adopta, análogamente a Hans Kelsen, una versión moderada de la tesis de la indeterminación, la cual es tanto *epistémica* como *sistémica*.⁸ Me permito adelantar que para el jurista austriaco,

derecho puede estar afectado por una indeterminación *lingüística* —y *semántica*— y parecer tener una indeterminación sistémica, pero no necesariamente si es que hay una forma de alcanzar al final de cuentas una respuesta para cualquier disputa jurídica, a pesar de que no podamos conocer a ciencia cierta si es la correcta o no y, en consecuencia, puede resultar que el derecho es o está determinado a pesar de la indeterminación epistémica. *Cfr.* DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2011, pp. 90-6, en especial p. 91, en la cual distingue entre incertidumbre e indeterminación.

⁷ Vale la pena mencionar que él mismo preparó la voz “Problems of the Philosophy of Law”, (*i.e.* “Problemas de la Filosofía del Derecho”), para la *Encyclopedia of Philosophy*, (*i.e.* *Enciclopedia de Filosofía*), editada por Paul Edward, la cual fue publicada originalmente, en 1967, y contenía tan sólo dos tipos de problemas: “Problems of Definition and Analysis”, (*i.e.* “Problemas de Definición y Análisis”); y “Problems of the Criticism of Law”, (*i.e.* “Problemas de la Crítica del Derecho”). Sin embargo, en la versión revisada publicada en su “libro marrón”, en 1983, incluyó un tercer tipo, insertado entre los anteriores, a saber: “Problems of Legal Reasoning”, (*i.e.* “Problemas de Razonamiento Jurídico”). *Cfr.* HART, H.L.A., “PROBLEMS OF THE PHILOSOPHY OF LAW”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983, pp. 98-109.

⁸ *Cfr.* KELSEN, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trad. Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 77-89 (de aquí en adelante PTL1). (Hay versión en español: *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, trad. Jorge G. Tejerina, Buenos Aires, Losada, 1941, pp. 126-45, y de aquí en adelante TPD1a.) (Hay otra versión en español, a partir de la edición francesa: *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, trad. Moisés Nilve, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1960, pp. 163-78, y de aquí en adelante TPD1b.) *Cfr.* También *Pure Theory of Law*, 2a ed., trad. Max Knight, Berkeley & Los Angeles, University of California Press, 1967, pp. 349-50 (de aquí en adelante PTL2). (Hay versión en español: *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1979, pp. 349-56; y reimpresión: Porrúa, 1991, pp. 349-56, y de aquí en adelante

tal indeterminación deriva principalmente de la “estructura jerárquica –o gradación– del orden jurídico”,⁹ mientras que para el filósofo-jurídico británico, tal indeterminación deriva principalmente de la “textura abierta del lenguaje”.¹⁰ Más aún, en mi opinión, como ya adelantamos, la estrategia de Hart se asemeja adicionalmente a la doctrina del “término medio” de Aristóteles.¹¹

Esta estrategia es bastante explícita a lo largo de la obra de Hart¹² y se vuelve auto-evidente al poner atención al título del capítulo VII “Formalismo y escepticismo ante las reglas”, de *El concepto del derecho*,¹³ y al subtítulo “La pesadilla y el sueño noble” de su conferencia magistral Sibley “Una mirada inglesa a la teoría del derecho

TPD2.) Cfr. HART, *CD*, pp. 155-91 (CL1, pp. 121-50; CL2, pp. 124-54; y CL3, pp. 124-54). Cfr. también Duncan Kennedy, “A Left Phenomenological Critique of the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation”, en CÁCERES, Enríquez, *et al.*, *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, 2005, pp. 371-83 (de aquí en adelante: LPC1). (Hay versión revisada en: *Legal Reasoning: Collected Essays*, Aurora, Colorado, The Davies Group, 2008, pp. 153-73, y de aquí en adelante: LPC2.) (Hay versión en español: “Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen”, trad. Imer B. Flores y Roberto Vidal Sánchez, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 2, 2008, pp. 363-85, y de aquí en adelante: AIF.)

⁹ KELSEN, *TPD1a*, p. 126 (PTL1, p. 77); y, *TPD1b*, p. 163.

¹⁰ HART, *CD*, p. 159 (CL1, p. 124; CL2, p. 128; y CL3, p. 128).

¹¹ Cfr. ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, trad. Antonio Gómez Robledo, México, UNAM, 1954, Libro II, Capítulo VI, p. 38 (1106b 36-1107a 6).

¹² Cfr. por ejemplo, *CD*, pp. 242: “Pero si los hombres no son demonios, tampoco son ángeles; y el hecho de que sean un *término medio entre estos dos extremos* es algo que hace que un sistema de abstenciones mutuas sea a la vez necesario y posible. En una comunidad de ángeles, jamás tentados por el deseo de dañar a otros, las reglas que prescriben abstenciones no serían necesarias. En una comunidad de demonios, dispuestos a destruir, y a pagar cualquier precio por hacerlo, tales reglas serían imposibles. En la realidad, el altruismo humano es limitado en extensión e intermitente, y las tendencias a la agresión son los bastante frecuentes como para ser fatales para la vida social si no se las controla” (y CL1, pp. 191-2; CL2, p. 196; y CL3, p. 196) (el énfasis es nuestro).

¹³ HART, *CD*, p. 155 (CL1, p. 121; CL2, p. 124; y CL3, p. 124).

norteamericana” de 1977,¹⁴ los cuales permiten a Hart situarse en algún lugar en el centro entre los extremos representados no solamente por el formalismo y el antiformalismo, i.e. el escepticismo ante las reglas; sino además por el realismo, es decir la pesadilla (o “demasiado malo para ser recordado”) y el idealismo, esto es el sueño noble (o “demasiado bueno para ser verdad”).

1. EL MARCO INTERPRETATIVO DE HANS KELSEN

Antes de proceder con Hart, me permito llamar su atención al hecho de que para Kelsen la “indeterminación” deriva de la “estructura jerárquica del sistema jurídico” y es etiquetada como (más o menos) “relativa” a los niveles –mayores o menores– del sistema jurídico y al movimiento de un nivel al siguiente. En este sentido, la norma de nivel superior determina el proceso de creación de la norma de nivel inferior, y posiblemente su contenido –o por lo menos hasta cierto punto. Como Kelsen adelanta:¹⁵

Pero la determinación no es nunca completa. La norma de grado superior no puede ligar en toda dirección al acto por el que es ejecutada. Siempre ha de quedar un margen más o menos amplio de libre apreciación, de manera que la norma de grado superior tiene siempre, con relación al acto de producción normativa o de consumación que la ejecuta, el carácter de un *marco* que ha de ser llenado por ese acto. Hasta una orden que llega al detalle tienen que dejar al ejecutor una multitud de determinaciones. Si el órgano A dispone que el órgano B detenga al súbdito C, el órgano B ha de

14 HART, H.L.A., “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, en *Essays...*, *supra* nota 5, pp. 123-44 (publicación original: *Georgia Law Review*, núm. 11, 1977, pp. 969 y ss.). Hay versión en español: “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: La pesadilla y el noble sueño”, trad. José Juan Moreso y Pablo Eugenio Navarro, en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 327-350.

15 KELSEN, TPD1a, pp. 127-8 (PTL1, p. 78) (el énfasis es nuestro).

decidir, según su criterio, cuándo, dónde y cómo realizará la orden de detención, decisiones éstas que dependen de circunstancias externas que no ha previsto ni puede tampoco prever en gran parte el órgano que da la orden.

Adicionalmente, Kelsen distingue en su *Teoría pura del derecho*, entre dos clases de “indeterminación”. En la primera edición: “intencionada” y “no intencionada”; y en la segunda edición: “intencional” y “no intencional”.¹⁶ De acuerdo con él, la primera puede ser parte de la intención de la autoridad emisora de la norma de nivel superior, la cual decide dejar abierta para posterior determinación (por autoridades responsables de determinar las normas de nivel inferior) no sólo la respuesta a la pregunta “cuál” es el acto prescrito, sino también “por qué” es así; y, la última puede trascender la intención de la autoridad emisora de la norma de nivel superior, debido a: 1) la *ambigüedad* (o vaguedad) de una palabra o de una frase usada al enunciar la norma; 2) la *discrepancia*, la cual puede ser total o parcial, entre la expresión lingüística de la norma y la voluntad de la autoridad emisora de la misma; y 3) la *contradictoria* existencia de por lo menos dos normas que pretenden ser válidas simultáneamente y aplicables a la misma situación fáctica.¹⁷ En voz del propio Kelsen:¹⁸

En todos estos casos de indeterminación intencionada o no intencionada de las gradas inferiores, ofrécese a la ejecución varias posibilidades. El acto jurídico de ejecución puede estar configurado de modo que responda a una u otra de las diversas significaciones verbales de la norma jurídica; o de modo que esté de acuerdo con la voluntad (a comprobarse en alguna forma) del que establece la norma, o con la expresión por él elegida, o con una o con otra de las

¹⁶ KELSEN, TPD1a, pp. 128-30 (PTL1, pp. 78-80); y TPD2, pp. 350-1 (PTL2, pp. 349-50). Vale la pena enfatizar que en la traducción al inglés de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* la palabra “indeterminacy”, *i.e.* “indeterminación”, ha sido cambiada por “indefiniteness”, *i.e.* “indefinitividad”.

¹⁷ KELSEN, TPD1a, pp. 128-30 (PTL1, pp. 78-80).

¹⁸ KELSEN, TPD1a, p. 131 (PTL1, p. 80) (el énfasis es nuestro).

normas entre sí contradictorias, o de manera que se decida como si las normas entre sí contradictorias se hubiesen suprimido recíprocamente. En todos estos casos, la norma a ejecutarse constituye sólo un *marco* dentro del cual se dan varias posibilidades de ejecución, por lo que es regular todo acto jurídico que se mantiene dentro de ese *marco*, llenándolo en algún sentido posible.

Kelsen no solamente alega que la norma a ser interpretada representa un *marco* que abarca la cognición de varias posibilidades de aplicación, sino que además critica a la “jurisprudencia tradicional” por su inclinación formalista a creer que se puede:¹⁹

[E]sperar de la interpretación, no sólo la verificación del marco para el acto jurídico a dictarse, sino también el cumplimiento de una misión más amplia; y hasta se inclina a ver en ella su misión principal. La interpretación debe desenvolver un método que autorice a llenar *rectamente* el marco verificado. La teoría corriente de la interpretación quiere hacer creer que la ley aplicada a un caso concreto sólo puede proporcionar una decisión recta, y que la “rectitud” jurídico-positiva de esta decisión está fundada en la ley misma.

En sus palabras:²⁰

Pero desde un punto de vista orientado hacia el Derecho positivo, no hay un criterio en razón del cual una de las posibilidades dadas en el *marco* de la norma a aplicarse pueda ser preferida a la otra. Por último, no hay un método, susceptible de ser caracterizado de modo jurídico-positivo, con arreglo al cual pueda señalarse una significación como la única “recta” entre las muchas significaciones verbales de una norma, supuesto, naturalmente, que se trata de muchas posibles interpretaciones de sentido, es decir, posibles con relación a todas las otras normas de la ley o del orden jurídico. A pesar de los esfuerzos de la Jurisprudencia tradicional, no se ha logrado hasta ahora decidir de modo objetivamente válido el conflicto entre

¹⁹ KELSEN, TPD1a, p. 132 (PTL1, p. 81).

²⁰ KELSEN, TPD1a, p. 133 (PTL1, p. 81) (el énfasis es nuestro).

voluntad y expresión, a favor de la una o de la otra. Todos los métodos interpretativos hasta ahora desenvueltos sólo conducen a un resultado posible, pero nunca al único resultado justo.

En resumen, Kelsen acierta en que como una cuestión de hecho empírico, dentro de un *marco* no hay una sino muchas aplicaciones posibles de una norma y que la autoridad responsable de determinar la norma de nivel inferior no está invariablemente (o mecánicamente) en posición de obtener una única respuesta, es decir indeterminación *sistémica*, ni mucho menos que su decisión sea necesariamente la correcta, esto es una indeterminación *epistémica*. Sin embargo, él aparentemente se equivoca en asumir que nunca hay una única respuesta que derive no de la ley misma, sino del derecho y del sistema jurídico como una indeterminación *sistémica*. En mi opinión, Kelsen fracasa al no distinguir entre la aplicación de una de las varias posibilidades cognitivas y la justificación de tal aplicación como la correcta al ser requerida por el derecho como un todo. En ese sentido, al apuntar a la discreción de la autoridad para determinar la norma de nivel inferior, *i.e.* para elegir contingentemente de entre las varias aplicaciones posibles una, pero no necesariamente la correcta, se queda no sólo corto respecto a los objetivos de una verdadera teoría (normativa) pura del derecho, la cual separa el derecho tanto de los hechos como de los valores,²¹ sino también renuncia totalmente a la pretensión de “certeza jurídica” al etiquetarla como una “ilusión”.²²

En este punto, me permito poner entre corchetes su doble réplica de que tal decisión: 1) es o constituye un acto de creación normativa (o discreción en un sentido fuerte); y 2) transforma la norma moral, de justicia, o cualquier otro principio en una norma de derecho positivo.²³ De hecho, para ese propósito, nos dirigimos ahora a la ver-

²¹ *Cfr.* Stanley Paulson, “Introduction”, en KELSEN, PTL1, p. xxvi.

²² KELSEN, TPD1a, p. 137 (PTL1, pp. 83-4).

²³ KELSEN, TPD1a, pp. 135-7 (PTL1, pp. 82-3).

sión de Hart y a la pregunta de si proporciona una respuesta mejor –o inclusive satisfactoria– a los problemas en cuestión.

2. EL CENTRO O NÚCLEO Y LA PENUMBRA DE HART

Como ya adelantamos, para Hart la indeterminación *sistémica* –o en su terminología la “textura abierta”– del derecho deriva de la “textura abierta del lenguaje”. Su argumento analítico es impecable al estar bien estructurado: si todo el lenguaje (considerado como un todo) es indeterminado por tener textura abierta y el derecho está expresado en (términos de) el lenguaje; por tanto, se sigue lógicamente que el derecho es indeterminado por tener textura abierta:

Todo el lenguaje es indeterminado o tiene textura abierta
El derecho está expresado en (términos de) el lenguaje



El derecho es indeterminado o tiene textura abierta

No obstante, en mi opinión, la inferencia de Hart está equivocada: del hecho de que todo el lenguaje (considerado como un todo) es indeterminado o tiene textura abierta y el derecho está expresado en (términos de) el lenguaje; no se sigue que el derecho es indeterminado o tiene textura abierta. A lo mucho, lo que Hart es capaz de demostrar es que –dado que el lenguaje y el derecho están íntimamente interrelacionados– la textura abierta del lenguaje está presente en el derecho, pero más precisamente en el lenguaje en el cual el derecho está expresado. Más aún, lo anterior no significa que el derecho como un todo necesariamente es indeterminado o tenga textura abierta, ni que el derecho no esté preparado para lidiar con la indeterminación o textura abierta del lenguaje, al apelar a algo más allá del lenguaje mismo para poder asignar, atribuir o dar un

sentido o significado.²⁴ En términos de Roberto Mangabeira Unger, esto no es sino una “falsa necesidad”.²⁵

Me permito aclarar, no negamos que el lenguaje (considerado como un todo) es indeterminado o tiene textura abierta ni que el derecho está expresado en (términos de) el lenguaje, pero soy escéptico en reducir el derecho a una forma de lenguaje y la racionalidad jurídica a una forma de racionalidad lingüística.²⁶ Ciertamente, el lenguaje es usado para expresar proposiciones, en general, y proposiciones sobre derecho, *i.e.* proposiciones jurídicas, en particular, pero claramente el derecho no es idéntico a tales proposiciones ni al lenguaje. Del hecho de que el derecho es “identificado en palabras” que son “separadas verbalmente” o “verbalmente formuladas”²⁷ – explícita e incluso implícitamente– no se sigue que el derecho es (o puede ser) agotado por ni es (o puede ser) reducido al lenguaje. En este sentido, estar o ser expresado en (términos de) el lenguaje es una condición necesaria pero no suficiente del derecho; y, esa es la razón por la que el lenguaje no puede ser el único criterio en el derecho ni mucho menos el último.

De cualquier modo, proseguimos con el examen de los méritos y deméritos de la concepción de Hart:

Primero, Hart –al igual que Kelsen– llega a la conclusión de que algún grado de indeterminación en el derecho es inevitable, ya que algunas –o muchas– veces es necesario dejar ciertos aspectos abier-

²⁴ Cfr. FLORES, Imer B., “Apuntes para una teoría –y práctica– del derecho judicial: Algunas reflexiones críticas sobre técnica jurídica”, *Reforma judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núm. 7, enero-junio, 2006, p. 11.

²⁵ Cfr. MANGABEIRA Unger, Roberto, *Social Theory: Its Situation and Its Task. A Critical Introduction to Politics, a Work in Constitutive Social Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987.

²⁶ Cfr. FLORES, Imer B., “The Problem about the Nature of Law *vis-à-vis* Legal Rationality Revisited: Towards an Integrative Jurisprudence”, en WALUCHOW, Wil & SCLARAFFA, Stefan (eds.), *The Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 101-126.

²⁷ HART, CD, pp. 157-8 (CL1, pp. 122-3; CL2, pp. 125-6; y CL3, pp. 125-6).

tos para su determinación posterior, y además es *relativa*. Sin embargo, Hart –a diferencia de Kelsen– lo funda principalmente en la “textura abierta del lenguaje” y no en la “estructura jerárquica del derecho.”²⁸

Segundo, Hart –análogo a Kelsen– sugiere que “el lenguaje general dotado de autoridad en que se expresa una regla sólo puede guiar de una manera incierta, tal como guía un ejemplo”,²⁹ e identifica “dos obstáculos conectados entre sí”: “El primero es nuestra *relativa* ignorancia de los hechos; el segundo nuestra *relativa* indeterminación de propósitos.”³⁰

Tercero, Hart –como Kelsen– llega a la conclusión de que alguna forma de discreción (*i.e.* elección) es inevitable pero, contrario al jurista austriaco, sostiene que esto se debe a la textura abierta del lenguaje –y para él también del derecho. Para ese propósito, reintroduce el ejemplo de “Novehículos en el parque”.³¹ En voz de Hart:³²

Frente al problema de si la regla que prohíbe el uso de vehículos en un parque es aplicable a una combinación de circunstancias en la que aquélla aparece indeterminada, todo cuanto debe considerar el encargado de resolverlo –y en ello se encuentra en la misma posición que quien usa un precedente– es si el caso se asemeja “en grado suficiente” al caso típico, en aspectos “relevantes”. El ámbito

²⁸ HART, CD, pp. 155-69 (CL1, pp. 121-132; CL2, pp. 124-36; y CL3, pp. 124-36).

²⁹ HART, CD, pp. 158 (CL1, p. 124; CL2, p. 127; y CL3, p. 127).

³⁰ HART, CD, pp. 160 (CL1, p. 125; CL2, p. 128; y CL3, p. 128) (el énfasis es nuestro).

³¹ Hart introduce este ejemplo en su conferencia magistral Holmes en la Facultad de Derecho de Harvard “Positivism and the Separation of Law and Morals” de 1957, la cual fue publicada en *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, pp. 593-629 (y reproducida en *Essays...*, *supra* nota 5, pp. 49-87). Hay versión en español: “El positivismo jurídico y la separación entre derecho y moral”, en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. 1-64.

³² HART, CD, p. 159 (CL1, p. 124; CL2, p. 127; y CL3, p. 127).

discrecional que le deja el lenguaje puede ser muy amplio; de modo que si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección.

Cuarto, Hart –similar a Kelsen– considera que la (in)determinación es una “cuestión de grado”: el derecho es determinado en algunas áreas e indeterminado en otras. Para el jurista austriaco el derecho es indeterminado dentro del *marco* y determinado fuera de éste: no es derecho en absoluto; y para el filósofo-jurídico británico el derecho es determinado en el *centro* o *núcleo* e indeterminado en la *penumbra*.³³ En palabras de Hart, tal y como fueron introducidas originalmente en la conferencia magistral Holmes en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard en 1957:³⁴

Una norma jurídica prohíbe introducir un vehículo en un parque público. Esta prohibición rige claramente para un automóvil, pero ¿qué decir de las bicicletas, patines, automóviles de juguete? ¿Qué decir de los aviones? ¿Deben o no ser considerados “vehículos” a los fines de la regla? Si hemos de comunicarnos de algún modo con los demás, y si, como es el caso en las formas más elementales del derecho, hemos de expresar nuestras intenciones para que un cierto tipo de conducta esté reglado por normas, entonces es necesario que las palabras generales que usamos –tales como “vehículo” en el supuesto que considero– tengan algún ejemplo típico respecto del cual no existan dudas acerca de la aplicación de aquéllas. Tiene que haber un *núcleo de significado* establecido, pero también habrá una *penumbra* de casos discutibles en los que las palabras no resultan obviamente aplicables ni obviamente no aplicables.

Y, al final del capítulo VI “Los fundamentos de un sistema jurídico” de su obra maestra *El concepto del derecho* en 1961:³⁵

³³ *Cfr.* KENNEDY, AIF, p. 364 (LPC1, p. 371; y LPC2, p. 154).

³⁴ HART, “El positivismo jurídico...”, *supra* nota 29, pp. 25-6 (“Positivism...”, *supra* nota 29, p. 607; y, p. 63) (el énfasis es nuestro).

³⁵ HART, CD, pp. 152-3 (CL1, pp. 119-20; CL2, p. 123; y CL3, p. 123) (el énfasis es nuestro).

Todas las reglas importan (*sic*) reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales, y frente a cualquier regla posible es posible distinguir casos centrales claros, a los que ella sin duda se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de *certeza* y una *penumbra de duda*, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales. Esto imparte a todas las reglas un *halo de vaguedad* o “*textura abierta*”...

Quinto, Hart –en paralelo a Kelsen– concluye que no hay, por lo menos en los casos periféricos, decisiones acertadas o respuestas correctas y apunta a la autoridad concedida a las personas que ejercen su discreción al realizar una elección y a su finalidad (no infalibilidad): “Pueden suscitarse cuestiones... que no tengan, hasta ese momento, una *elección*, hecha por alguien a cuyas decisiones, en esta materia, se les ha reconocido, eventualmente, *autoridad*.”³⁶ En este punto, conviene tener presente que Hart había declarado magistralmente no solamente que “en un juego común ‘el *score* es lo que el tanteador [*i.e.* *scorer*]³⁷ dice que es’ no es la regla de tanteo: es una regla que establece que la aplicación de la regla de tanteo a los casos particulares hecha por el tanteador tiene autoridad y carácter definitivos”,³⁸ sino también “el ‘tanteador’ [*i.e.* ‘*scorer*’] puede incurrir en errores honestos...”³⁹

³⁶ HART, CD, p. 186 (CL1, p. 146; CL2, p. 150; y CL3, p. 150) (el énfasis es nuestro).

³⁷ Aún cuando la traducción de Genaro R. Carrió me parece muy buena, por no decir excelente, resulta que en este punto traduce ‘*scorer*’ como ‘tanteador’, lo cual si bien puede referirse efectivamente a la persona que lleva el marcador, también puede entenderse como el resultado de un partido, así como el marcador, aparato o tablero en que se contabilizan los tantos de cada equipo.

³⁸ HART, CD, pp. 179 (CL1, p. 140; CL2, p. 144; y CL3, p. 144).

³⁹ HART, CD, pp. 177 (CL1, p.139; CL2, pp. 142-3; y CL3, pp. 142-3).

III. HART ENTRE...

Hasta aquí, Hart y Kelsen están de acuerdo en la pretensión de que la “indeterminación” en el derecho es inevitable y relativa, pero están en desacuerdo en las razones para fundamentar su pretensión: la indeterminación resulta para el primero de la “textura abierta del lenguaje” y para el último de la “estructura jerárquica del derecho”. Adicionalmente, parecen diferir respecto de las implicaciones sobre la certeza jurídica. En mi opinión, por un lado, Kelsen, al calificarla como una mera “ilusión”, tira al bebé con el agua sucia (o peor aún tira al bebé y conserva el agua sucia):⁴⁰ la interpretación del derecho es incierta, *i.e.* indeterminación *epistémica*, y más o menos incompleta, *i.e.* indeterminación *sistémica*. Por otro lado, Hart, al pararse sobre los hombros de la teoría de la predicción de Oliver Wendell Holmes Jr.,⁴¹ la defiende como una cuestión de grados: la interpre-

⁴⁰ Hart usó esta expresión al referirse a NOZICK, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, New York, The Free Press, 1974 (hay versión en español: *Anarquía, Estado y utopía*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, México, FCE, 1988.) *Cfr.* Hart, H.L.A., “1776-1976: Law in the Perspective of Philosophy”, *New York Law Review*, vol. 51, 1976, pp. 538-51 (y reproducido en *Essays...*, *supra* nota 5, pp. 145-58). Hay versión en español: “El derecho en la perspectiva de la filosofía: 1776-1976”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XI, núm. 33, septiembrediciembre, 1978, pp. 313-29. *Ibidem*, p. 322: “Otras teorías –quizá la del profesor Nozick entre ellas– lo han hecho peor, esto es, han tirado al bebé y han conservado el agua de la bañera.”

⁴¹ *Cfr.* HOLMES, Oliver Wendell Jr., “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, vol. 10, 1897, pp. 457-78; y, reproducido en: Vol. 110, No. 5, 1997, pp. 991-1009. (Hay versión en español: *La senda del derecho*, trad. Carlos A. Garber, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1959). HOLMES, *La senda...*, p. 18 (“The Path...”, p. 993): “Si queréis conocer el Derecho y nada más, mirad el problema con los ojos del mal hombre, a quien sólo le importan las consecuencias materiales que gracias a ese conocimiento puede predecir; no con los del buen hombre, que encuentra razones para su conducta –dentro o fuera del Derecho– en los mandamientos de su conciencia.” *Ibidem*, p. 19 (p. 994): “Pero si adoptamos el punto de vista de nuestro amigo el mal hombre, veremos que a éste le importan un bledo los axiomas o deducciones, pero que en cambio le interesa saber qué es lo que en efecto

tación es más o menos incierta, *i.e.* indeterminación *epistémica*, y más o menos incompleta, *i.e.* indeterminación *sistémica*, al depender de la textura abierta del lenguaje.

Como ya mencionamos, esta estrategia le permite a Hart situarse aparentemente en algún lugar en el centro virtuoso entre dos extremos viciosos: 1) formalismo y anti-formalismo; y 2) realismo e idealismo.

1. EL FORMALISMO Y EL ESCEPTICISMO ANTE LAS REGLAS

Por un lado, Hartre conoce algún mérito tanto al *formalismo* al estar de acuerdo que hay algunos casos centrales –o paradigmáticos– que caen dentro del centro o núcleo de certeza o de sentido establecido, pero no está de acuerdo en que todos los casos son claros y precisos, como al *escepticismo ante las reglas* al argumentar que hay otros casos periféricos que caen en una penumbra de duda o de significado no establecido, pero asiente que no todos los casos son imprecisos o no claros. En ese sentido, ante la prohibición “No vehículos en el parque” no sólo distingue entre casos claros y previstos (tales como el “automóvil” o el “coche de motor”, el “camión”, y la “motocicleta”) y casos no claros o imprevistos (tales como la “bicicleta”, los “patines” y el “automóvil de juguete” o el “coche de motor impulsado eléctricamente”);⁴² sino también insiste en la existencia de la “necesidad de un ejercicio adicional de elección en la aplicación de reglas generales a casos particulares.”⁴³

De hecho, el “vicio” atribuible al “formalismo o conceptualismo

han de resolver probablemente los tribunales... Yo opino de manera bastante parecida. Yo entiendo por «Derecho» las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos.”

⁴² *Cf.* HART, “El positivismo jurídico...”, supra nota 29, p. 25 (“Positivism...”, supra nota 29, p. 607; y, p. 63). *Cf.* también HART, CD, p. 161 (CL1, pp. 125-6; CL2, p. 129; y CL3, p. 129).

⁴³ HART, CD, p. 161 (CL1, p. 126; CL2, p. 129; y CL3, p. 129).

consiste en una actitud hacia las reglas verbalmente formuladas que procuran encubrir y minimizar la necesidad de tal elección, una vez que la regla general ha sido establecida.”⁴⁴ Análogamente, es el trato equivocado a otra (igualmente importante) necesidad, la cual constituye el “vicio” atribuible al escepticismo ante las reglas: una actitud de formular reglas verbalmente, la cual busca desvelar y maximizar la necesidad de tal elección, al extremo de que la regla general establecida no hace nada en absoluto, *i.e.* no proporciona una pauta como tal.⁴⁵ Por el contrario, para evitar la oscilación entre ambos extremos, Hart propone un compromiso virtuoso entre dos necesidades sociales, y sugiere:⁴⁶

De hecho todos los sistemas, de maneras diferentes, se comprometen entre dos necesidades sociales: la necesidad de normas ciertas que puedan, a través de grandes áreas de conducta, ser seguramente aplicadas por los individuos privados a sí mismos sin necesidad de recomendaciones oficiales o ponderar problemas sociales, y la necesidad de dejar abiertas, para acordar posteriormente una informada elección oficial, cuestiones que puedan ser únicamente apreciadas y discutidas cuando surjan del caso concreto.

Está claro que la “textura abierta del lenguaje” permite a Hart respetar la primera necesidad social y responder a la segunda, al apelar a un ejercicio posterior e informado de “elección oficial” o “discreción”: “En todo sistema jurídico hay un importante y amplio campo abierto al ejercicio de la discreción por los tribunales y por otros funcionarios, quienes la ejercen fijando el contenido de criterios o pautas inicialmente vagos, resolviendo las incertidumbres de

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ *Cf.* HART, CD, p. 170 (CL1, p. 133; CL2, p. 136; y CL3, p. 136): “Sin embargo, «el escepticismo ante las reglas», o la pretensión de que hablar de reglas es un mito que oculta la verdad de que el derecho consiste simplemente en las decisiones de los tribunales y en la predicción de ellas, puede ejercer una atracción poderosa sobre la sinceridad de los juristas.”

⁴⁶ HART, CD, p. 162 (CL1, p. 127; CL2, p. 130; y CL3, p. 130).

las leyes, o desarrollando y acondicionando las reglas que sólo han sido comunicadas en forma muy general por los precedentes revestidos de autoridad.”⁴⁷

Al final, Hart considera que nos encontramos ante un “dilema”:⁴⁸ “O las reglas son lo que serían en el paraíso del formalista y ellas sujetan como cadenas; o bien no hay reglas, sino únicamente decisiones predecibles o tipos de acción predecible”.

En ese sentido, sugiere:⁴⁹

El formalismo y el escepticismo ante las reglas son el Escila y Caribdis de la teoría jurídica; son grandes exageraciones, que resultan saludables cuando se corrigen entre sí. La verdad se encuentra en el medio. Es mucho, ciertamente, lo que hay que hacer —y no lo podemos intentar aquí— para caracterizar en forma detallada esa vía intermedia, y para mostrar los diversos tipos de razonamientos que los tribunales característicamente usan al cumplir la función creadora que les deja la textura abierta del derecho en la ley o en el precedente.

2. LA PESADILLA Y EL SUEÑO NOBLE

Por otro lado, Hart reconoce los méritos tanto de la *pesadilla*, al estar de acuerdo en que en algunos casos los jueces crean el derecho que aplican a los litigantes, pero no está de acuerdo en que ellos nunca declaran el derecho existente;⁵⁰ como del *sueño noble*, al argumentar que en algunos casos los jueces no hacen derecho y declaran el de-

⁴⁷ HART, CD, p. 169 (CL1, pp. 132-3; CL2, p. 136; y CL3, p. 136).

⁴⁸ HART, CD, p. 173 (CL1, p. 136; CL2, p. 139; y CL3, p. 139).

⁴⁹ HART, CD, p. 183 (CL1, p. 144; CL2, p. 147; y CL3, p. 147).

⁵⁰ *Cf.* HART, H.L.A., “Una mirada inglesa...”, *supra* nota 12, p. 331 (“American Jurisprudence...”, *supra* nota 12, p. 127): “[En] el punto de vista de la Pesadilla... los jueces crean el derecho que aplican a los litigantes y no son imparciales y objetivos promulgadores del derecho existente.” *Ibidem*, p. 331 (p. 128): “[C]omo si la aplicación fuera *esencialmente* una forma de crear derecho, nunca una cuestión de declaración del derecho existente”.

recho existente, pero asiente que algunas veces ellos crean derecho y no declaran el derecho existente –ya que no hay derecho existente a ser declarado. En ese sentido, para él, la jurisprudencia estadounidense “ha oscilado entre dos extremos con numerosos puntos intermedios.”⁵¹ De cualquier modo, Hart reconoce: “En los casos ante los jueces, los litigantes se consideran con derecho a recibir una aplicación del derecho existente a sus disputas, no nuevas leyes hechas por ellos.” Y procede no sólo a delinear la imagen del juzgador –a partir de lo dicho por Lord Radcliffe– como un “declarante del derecho imparcial, erudito, objetivo y experimentado”, sino también de distinguirlo de la imagen muy diferente del legislador: el creador del derecho.⁵²

En la visión de la *pesadilla* –identificada con el movimiento del *Realismo jurídico estadounidense* de los años 1920’s y 1930’s, pero la caracterización es igualmente aplicable al movimiento de *Estudios críticos-jurídicos* de los tardíos 1970’s y mediados de los 1980’s, y otras teorías críticas desde entonces–⁵³ la distinción entre el juzgador y el legislador es una mera ilusión. Los realistas jurídicos estadounidenses –especialmente Jerome Frank y Karl N. Llewellyn– según Hart “estaban concentrados en resaltar las oportunidades legislativas de los tribunales y en disipar los mitos del pensamiento convencional, los cuales, ellos creían, oscurecían a éstas”⁵⁴ y su principal objetivo era convencer a muchos jueces y juristas de dos cosas.⁵⁵

⁵¹ *Ibidem*, p. 329 (p. 125).

⁵² *Ibidem*, pp. 330-1 (p. 126) (referencias omitidas).

⁵³ *Cfr. vgr.* BIX, BRIAN, *Jurisprudence: Theory and Context*, 3ª ed., London, Sweet & Maxwell, 2003, pp. 177-187, y 217-136. (Hay versión en español: *Filosofía del derecho: ubicación de los problemas en su contexto*, trad. Imer B. Flores et al., México, UNAM, 2010, pp. 223-36, y 275-302.)

⁵⁴ HART, H.L.A., “Una mirada inglesa...”, *supra* nota 12, p. 335 (“American Jurisprudence...”, *supra* nota 12, p. 131).

⁵⁵ *Ibidem*, p. 336 (p. 132).

[P]rimero, que debían sospechar siempre, aunque finalmente no siempre la rechazarán, de cualquier pretensión de que las normas jurídicas existentes o los precedentes eran requerimientos suficientemente fuertes y completos para determinar lo que la decisión de un tribunal debe ser sin otras consideraciones extrajurídicas; y segundo, que los jueces no deben buscar introducir silenciosamente, “de contrabando”, sus propias concepciones de los fines de las normas jurídicas o de la justicia o de políticas sociales o de otros elementos extrajurídicos requeridos para la decisión, sino que deben identificarlos y discutirlos abiertamente.

Por el contrario, en la versión del *sueño noble* –representado originalmente por Roscoe Pound, entre otros, y en un visión más contemporánea por Ronald Dworkin– la distinción entre el legislador y el juzgador, así como de sus respectivas funciones, *i.e.* crear el derecho –*iusdare*– y declarar el derecho –*iusdicere*– es aún muy significativa.⁵⁶ En ese sentido, Hart sugiere que el *sueño noble*:⁵⁷

Como su antítesis, la Pesadilla, tiene muchas variantes, pero en todas sus formas representa la creencia, tal vez la fe, en que, a pesar de la apariencia superficial de lo contrario y a pesar, incluso, de completos periodos de aberraciones y equivocaciones judiciales, todavía se puede ofrecer una explicación y una justificación de la

⁵⁶ Cfr. FLORES, IMER B., “Sobre las formas y los límites de la legislación: A propósito de la constitucionalidad de una reforma constitucional”, en VALADÉS, Diego y CARBONELL, Miguel (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, t. I, México, UNAM, 2006, pp. 272-7; y “Estado de derecho y legislación: el problema de la regla de la mayoría”, en LABASTIDA, Jaime y ARÉCHIGA, Violeta (coords.), *Identidad y diferencia*, vol. I “La política y la cultura”, México, Siglo Veintiuno editores, 2010, pp. 153-7. Cfr. también “The Quest for Legisprudence: Constitutionalism *v.* Legalism”, en WINTENGS, Luc J. (ed.), *The Theory and Practice of Legislation: Essays on Legisprudence*, Aldershot, Ashgate, 2005, pp. 46-7; “Legisprudence: The Forms and Limits of Legislation”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 1, 2007, pp. 257-60; y “Legisprudence: The Role and Rationality of Legislators –*vis-à-vis* Judges- towards the Realization of Justice”, *Mexican Law Review*, vol. 1, núm. 2, 2009, pp. 100-6.

⁵⁷ HART, H.L.A., “Una mirada inglesa...”, *supra* nota 12, pp. 336-7 (“American Jurisprudence...”, *supra* nota 12, pp. 132-3).

expectativa común de los litigantes, de acuerdo a la cual los jueces deben aplicar a sus casos el derecho existente y no hacer para ellos leyes nuevas aun cuando el texto de las provisiones constitucionales específicas, disposiciones legislativas u otros precedentes disponibles parezca no ofrecer una guía determinada. Ello viene acompañado por la creencia en la posibilidad de justificar muchas otras cosas, tales como la forma de los argumentos de los juristas, las cuales, compartiendo similares expectativas, son dirigidas en los tribunales a los jueces como si estuviera buscando, no creando, el derecho. El hecho de que cuando los tribunales dejan de lado una decisión pasada, la decisión nueva es normalmente tratada como estableciendo lo que el derecho siempre ha sido, y como si corrigiera un error, y se produce una operación retrospectiva; y finalmente, el hecho de que el lenguaje de una decisión judicial no es tratado, como ocurre con el lenguaje de un texto legal, como el texto canónico de un acto verbal creador de derecho.

Finalmente, Hart concluye:⁵⁸

[H]e retratado la teoría del derecho norteamericana como acosada por dos extremos, la Pesadilla y el Sueño Noble: el punto de vista de que los jueces siempre crean y nunca encuentran el derecho que imponen a las partes en el proceso, y el punto de vista opuesto, según el cual nunca los jueces crean derecho. Como otras pesadillas y otros sueños, los dos son, en mi opinión, ilusiones, aunque tienen muchas cosas que enseñar a los juristas en sus horas de vigilia. La verdad, tal vez trivial, es que a veces los jueces hacen una cosa y otras veces otra.

IV. ESCILA Y CARIBDIS RECONSIDERADOS

Me permito comenzar esta sección por recordar la caracterización de Hart del formalismo y del anti-formalismo como “el Escila y Caribdis de la teoría jurídica” y su insinuación de que “La verdad se encuentra en el medio... [al] mostrar los diversos tipos de razo-

⁵⁸ *Ibidem*, p. 348 (p. 144).

namientos que los tribunales característicamente usan al cumplir la función creadora que les deja la textura abierta del derecho en la ley o en el precedente.”⁵⁹ Por cierto, la representación es igualmente aplicable al realismo (*i.e.* la pesadilla) y al idealismo (*i.e.* el sueño noble), y a su sugerencia de que “Como otras pesadillas y otros sueños, los dos son... ilusiones, aunque tienen muchas cosas que enseñar a los juristas en sus horas de vigilia. La verdad, tal vez trivial, es que a veces los jueces hacen una cosa y otras veces otra.”⁶⁰

Vale la pena mencionar que Escila y Caribdis son dos monstruos marinos míticos asociados con dos rocas retratadas por Homero en *La Odisea*.⁶¹ El primero fue descrito como un monstruo de seis cabezas son tres filas de dientes que vivía en una caverna en el acantilado más alto; y el último como un monstruo, el cual succionaba grandes cantidades de agua y creaba un remolino, además de que vivía cerca de una higuera con denso follaje en el acantilado inferior. Ambos eran considerados como peligros marítimos localizados lo suficientemente cerca el uno del otro. Por lo que representaba una amenaza ineludible para los marineros que pasaban y que al evitar a Caribdis pasaban demasiado cerca de Escila y viceversa. En ese sentido, Odiseo –al seguir el consejo de Circe–⁶² optó por pasar junto a Escila, con lo cual perdió sólo a algunos marineros, en lugar de arriesgarse a perder la embarcación completa en el remolino: “Y a ti, piloto, voy a darte una orden que fijarás en tu memoria, puesto que gobiernas el timón de la cóncava nave. Apártala de ese humo y de esas olas, y procura acercarla al escollo, no sea que la nave se lance allá, sin que tú lo adviertas, y a todos nos llesves a la ruina.”⁶³ En palabras de Aristóteles: “De los dos extremos, en efecto, el uno

⁵⁹ *Cfr. supra* nota 45.

⁶⁰ *Cfr. supra* nota 54.

⁶¹ *Cfr.* HOMERO, *La odisea*, trad. Luis Segala y Estalella, México, Porrúa, 1983, Libro XII, 73-259, pp. 89-91.

⁶² *Ibidem*, 108-10, p. 89.

⁶³ *Ibidem*, 217-21, p. 91.

induce más a error, el otro menos. Por lo tanto, y puesto que dar en el medio es extremadamente difícil, debemos como en una segunda navegación, según suele decirse, tomar de los males los menos”.⁶⁴

Mi argumento es que la “textura abierta del lenguaje” permite a Hart colocarse, aparentemente, en algún lugar entre los dos extremos, al abogar por una indeterminación moderada, *i.e.* el derecho es a veces determinado y otras veces indeterminado, y al cuestionar tanto una determinación radical, es decir el derecho siempre es determinado o nunca indeterminado, como una indeterminación radical, esto es el derecho siempre es indeterminado o nunca determinado. Sin embargo, al caracterizar el ejercicio de la discreción o elección –requerido para enfrentar la indeterminación moderada– como legislativo, la posición de Hart –como la de Odiseo– coincide con uno de los extremos, *i.e.* Escila, el mal menor, pero falla en alcanzar el término medio, al sugerir que en esos casos, los jueces legislan. El problema es: si existe o hay una posición verdaderamente intermedia, *i.e.* un camino en medio, o no.

En pocas palabras, Hart afirma que una “actividad judicial creadora”⁶⁵ es requerida para enfrentar la indeterminación moderada y ésta ciertamente implica discreción, pero el problema es que él, equipara “creativo” a “legislativo” y “discreción judicial” a “legislación judicial”. En voz de Hart:⁶⁶

Las normas jurídicas exigen interpretación para ser aplicadas a los casos concretos, y una vez que el estudio realista disipa los mitos que oscurecen la naturaleza de los procesos judiciales, se hace patente... que la textura abierta del derecho deja un vasto campo para una actividad creadora que algunos llaman legislativa. Al interpretar las leyes o los precedentes, los jueces no están limitados a la alternativa

⁶⁴ ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, *supra* nota 9, Libro II, Capítulo IX, 1109a 33-5, p. 45.

⁶⁵ HART, H.L.A., CD, p. 167 (CL1, p. 131; CL2, p. 134; y CL3, p. 134).

⁶⁶ HART, H.L.A., CD, pp. 252-3 (CL1, p. 200; CL2, pp. 204-5; y CL3, pp. 204-5).

entre una elección ciega y arbitraria, por un lado, y la deducción ‘mecánica’, a partir de reglas con significado predeterminado, por otro. Con mucha frecuencia su elección está orientada por el supuesto de que el propósito de las reglas que interpretan es razonable, de modo que tras las reglas no hay la intención de cometer una injusticia o de atentar contra principios morales establecidos... En este punto los jueces pueden hacer una elección que no es arbitraria ni mecánica; y aquí suelen desplegar virtudes judiciales características que son especialmente peculiares de decisión jurídica, lo que explica por qué algunos se resisten a calificar de “legislativa” a tal actividad judicial.

Al respecto, aceptamos que los jueces realizan una “actividad judicial creativa” no sólo al crear una norma individualizada que es aplicada al caso concreto, sino también al crear, al mismo tiempo, un criterio o precedente de interpretación que puede ser aplicado a casos futuros.⁶⁷ Sin embargo, rechazamos que dicha “actividad judicial creativa” constituya necesariamente una actividad “legislativa”. Por cierto, Hart caracteriza erróneamente “dos tipos de actividad creativa o legislativa”:⁶⁸

Por una parte, los tribunales que resuelven un caso posterior pueden llegar a una decisión contraria a la de un precedente *restringiendo la regla* extraída de éste, y acogiendo alguna excepción antes no considerada, o que si lo fue, quedó abierta. Este proceso de “distinguir” el caso anterior implica hallar alguna diferencia jurídicamente relevante entre aquél y el caso presente, y la clase de tales diferencias nunca puede ser determinada en forma exhaustiva. Por otra parte, al seguir un precedente los tribunales pueden dejar a un lado una restricción que aparece en la regla tal como fue formulada en el caso anterior, en base a que ella no es exigida por ninguna regla

⁶⁷ En realidad, las legislaturas, especialmente en los países del *common law*, delegan una autoridad limitada a las cortes al grado de que pueden ser descritos como sistemas de derecho creado por los jueces o judicial por la vía de la interpretación pero no necesariamente como legislación judicial.

⁶⁸ HART, H.L.A., CD, p. 168 (CL1, p. 131; CL2, p. 135; y CL3, p. 135) (el énfasis es nuestro).

establecida por la ley o por un precedente previo. Hacer esto es *ampliar la regla*.

De igual forma, admitimos que tanto la *restricción* como la *ampliación* de la norma son producto de una “actividad judicial creativa” resultante de la interpretación de una norma pre-existente, pero negamos que sea equiparable a la creación legislativa de una (nueva) norma o al cambio cuasi-legislativo de la norma existente. En ambos casos, *i.e.* tanto en la restricción como en la ampliación, ya hay una norma existente, cuyo alcance es restringido o ampliado mediante la interpretación, pero la norma no es creada ni cambiada de la nada mediante legislación o cuasi-legislación. De forma similar, argüimos que en los casos donde hay lagunas jurídicas a ser colmadas o llenadas el juez ejercita una “actividad judicial creativa” e interpretativa para declarar el derecho existente o, más precisamente, para cubrir las lagunas con material jurídico pre-existente, incluidos principios y objetivos o propósitos. Lo que es más, cuando los tribunales anulan una decisión previa, por ejemplo, *Plessy v. Ferguson* con *Brown v. Board of Education*, me parece que éstos no hacen necesariamente (nuevo) derecho ni cambian el existente, pero reconocen una equivocación previa en la interpretación del derecho al corregir o enmendar la misma.⁶⁹

⁶⁹ *Cfr. supra* notas 34-7 y el texto que las acompaña. No negamos que haya un cambio en el estado de las cosas pero afirmamos que es correctivo de una interpretación previa equivocada y que como tal no es legislativo ni cuasi-legislativo sino interpretativo. Consideren, por ejemplo, los votos particulares de los ministros John Marshall Harlan en *Plessy v. Ferguson* y tanto el suyo como el de Oliver Wendell Holmes Jr. en *Lochner v. New York*. En ambos casos, los votos particulares: primero, denuncian un error honesto en la interpretación realizada por la mayoría, la cual a pesar de todo pasa por el derecho; y, luego, se convierten en la parte prevaleciente de la interpretación de la Corte, misma que viene a abandonar y hasta corregir la interpretación previa. *Cfr.* “There Is No Cast Here” y “Room for Debate and for an Honest Difference of Opinion”, en TUSHNET, Mark (ed.), *I Dissent. Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases*, Boston, Beacon Press, 2008, pp. 69-80 and 81-92.

No obstante, la respuesta de Hart en el “*Post scriptum*” acerca de la “discreción judicial” insiste en que los jueces tienen poderes creadores de derecho y, en consecuencia, considera que es una forma de “legislación judicial”:⁷⁰

[E]n cualquier orden jurídico habrá siempre ciertos casos jurídicamente no regulados en los cuales, en algún punto, el derecho no da ninguna solución en ningún sentido y el derecho es, consecuentemente, parcialmente indeterminado o incompleto. Si en tales casos el juez tiene que pronunciar una resolución y no, como Bentham alguna vez sostenía, declararse incompetente o referir los asuntos no regulados por el derecho existente a la legislatura para que decida, el juez tiene que ejercer su *discreción* y *crear* derecho para el caso, en vez de aplicar meramente el derecho preexistente ya establecido. De esta manera, en tales casos jurídicamente imprevistos o no regulados el juez crea nuevo derecho y [también] aplica el derecho establecido el cual confiere y constriñe sus poderes de creación del derecho.

Y, además, sugiere que dichos poderes legislativos son “intersticiales”:⁷¹

Es importante observar que el poder jurídico creador que adscribo a los jueces para regular casos dejados parcialmente no regulados por el derecho es diferente del [que dispone] una legislatura: no sólo porque los poderes del juez están sometidos a muchas restricciones que *estrechan* sus *opciones*, restricciones de las cuáles (*sic*) una legislatura podría estar completamente libre, sino porque, toda vez que los poderes del juez son ejercidos únicamente para casos particulares que surgen, no puede usarlos para introducir reformas de gran escala o nuevos códigos. De esta manera, sus poderes son intersticiales y sujetos a muchas limitaciones sustantivas. Como quiera que sea, habrá cuestiones donde el derecho existente no puede proporcionar ninguna solución correcta y para resolver casos donde esto es así, el juez tiene que ejercer su poder jurídico creador.

⁷⁰ HART, H.L.A., PS, p. 54 (CL2, p. 272; y CL3, p. 272).

⁷¹ *Ibidem*, p. 56 (p. 273; y p. 273).

La parte de la réplica de Hart referente a las “restricciones” lo posiciona en realidad muy cerca de Kelsen –e incluso de Kennedy.⁷² Más aún, la insistencia de Hart sobre la naturaleza de dichos poderes de creación del derecho como intersticial, pero legislativa todavía,⁷³ pone a Hart de nuevo sobre los hombros de Holmes: “reconozco sin vacilación que los jueces legislan y deben hacerlo, pero también que ellos solamente pueden hacerlo intersticialmente; están confinados desde ‘mociones molares hasta moleculares’.”⁷⁴ Sin embargo, el hecho de ser intersticial no cancela que sea legislativo. Como se pueden imaginar, nuestro sentir es que Hart –al apelar a una forma de discreción que equipara lo creativo a lo legislativo– pierde una importante distinción y parece que estamos en peligro si también la perdemos de vista. La distinción que tengo en mente es entre una “actividad judicial creativa”: “interpretativa” e “inventiva” (o “legislativa”), las cuales corresponden a una forma “débil”

⁷² De hecho, Kennedy –en un intento de separarse a sí mismo y al movimiento de estudios críticos jurídicos del movimiento del realismo jurídico estadounidense– ha insistido que la indeterminación que él tiene en mente no es radical pues la adjudicación implica tanto “libertad” como “restricción” con lo cual se trata de acercar a la tesis de la indeterminación moderada tanto de Hart como de Kelsen. Cfr. KENNEDY, *AIF*, pp. 363-85 (*LPC1*, p. 371-83; y *LPC2*, pp. 153-73). Cfr. también “Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology”, *Journal of Legal Education*, Vol. 36, 1986, pp. 518-62, y reproducido en: *Legal Reasoning...*, *supra* nota 6, pp. 11-85. (Hay versión en español: *Libertad y restricción en la decisión judicial*, trad. Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1999.)

⁷³ Cfr. HART, H.L.A., “Introduction”, en *Essays...*, *supra* nota 5, p. 6: “En cualquier sistema jurídico moderno debe haber muchas ocasiones en las cuales el derecho establecido fracasa al dictar una decisión en un sentido o en el otro, al grado tal que si las cortes deben decidir tales casos ellas deben ejercer un poder creativo ‘intersticial’ limitado, o ‘discreción’.” (La traducción es nuestra.)

⁷⁴ *Southern Pacific v. Jensen*, 244 U.S. 205, 221 (1917) (Holmes, voto particular). Cfr. HART, H.L.A., “Una mirada inglesa...”, *supra* nota 12, p. 332 (“American Jurisprudence...”, *supra* nota 12, p. 128).

y “fuerte” de discreción,⁷⁵ *i.e.* entre la discreción débil para interpretar el derecho (existente) –e inclusive los principios y objetivos o propósitos implícitos– a ser aplicados al caso concreto y la discreción fuerte para inventar (o legislar) el (nuevo) derecho –e incluso cambiar el derecho (existente).

Después de todo, Hart admite:⁷⁶

[L]os jueces no arrojan sus libros de derecho y empiezan a legislar sin ninguna guía del derecho. Muy frecuentemente, al decidir tales casos, los jueces citan algún principio general o algún objeto o propósito general, con el que alguna área considerablemente relevante del derecho existente puede ser entendida, como ejemplificando o anunciando una solución determinada, en qué cuestiones, para el caso difícil que surge.

De hecho, reconsideremos el ejemplo de Hart “No vehículos en el parque”.⁷⁷ Imaginemos que un día un chico, llamado Freddie, quien lo único que quiere hacer es andar en bicicleta, llega a un parque con ésta y es prevenido de hacerlo por la autoridad, *i.e.* el cuidador del parque o un policía, quien le señala la prohibición. Supongamos que su madre, la Sra. Mercury, impugna la decisión en su nombre y alcanza un punto en el que un juzgador, con auto-

⁷⁵ Si bien estoy consciente que Dworkin introdujo la distinción entre dos formas de discreción “débil” y “fuerte”, me voy a distanciar de su versión para tratar de desarrollarla en una forma consistente con la de Hart y con una verdadera posición intermedia o término medio. *Cfr.* DWORKIN, Ronald, “The Model of Rules”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 35, 1967, pp. 14-46. (Reproducido como “Is Law a System of Rules?” en SUMMERS, Robert S. (ed.), *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Basil Blackwell, 1968, pp. 25-60.) (Hay versión en español: *¿Es el derecho un sistema de reglas?*, trad. Javier Esquivel y Juan Rebolledo G., México, UNAM, 1977.) Reproducido también como “The Model of Rules I” en *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press y London, Duckworth, 1977, pp. 14-45.) (Hay 2ª ed. con “Appendix: Reply to Critics”, 1978.) (Hay versión en español: *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984.)

⁷⁶ HART, H.L.A., PS, p. 58 (CL2, p. 274; y CL3, p. 274).

⁷⁷ *Cfr. supra* nota 29.

ridad final, debe resolver la disputa. Es claro que la palabra ‘vehículos’ es vaga, pero las bicicletas son típicamente incluidas en los vehículos, pero no es claro si la prohibición incorpora a las bicicletas o no. ¿Qué esperamos que haga el juzgador? En otras palabras: ¿Esperamos que el juzgador actúe como si fuera el legislador para cambiar (o reformar) el derecho existente o de plano inventar (y legislar) un (nuevo) derecho? O bien, ¿esperamos que el juzgador aplique (e interprete) el derecho preexistente y para tal efecto apele no solamente a los principios sino además a los objetivos o propósitos? Alternativamente: ¿Esperamos que el juzgador ejercite una discreción fuerte caracterizada como inventiva (y legislativa) para ir en cualquier dirección? O bien, ¿esperamos que ejercite una discreción débil concebida como interpretativa para ir en busca de la solución prevista por el derecho? En mi opinión, esperamos que el juzgador ejercite una discreción débil e interpretativa al apelar no sólo a los principios sino también a los objetivos o propósitos. En ese sentido, ante la pregunta abstracta cuál es o cuáles son los objetivos o propósitos que se persiguen con la prohibición. En mi opinión, el juzgador determinará que el objetivo o propósito es la protección de los usuarios del parque de ciertas formas de vehículos que pueden causarles un daño o representen un peligro o riesgo innecesario. Ahora bien, ante la pregunta concreta de si un chico que anda en bicicleta puede causarles un daño o representar un peligro o riesgo innecesario, o bien, si el hecho de andar en bicicleta es compatible o no con los demás usuarios quienes van al parque a hacer ejercicio, caminar o pasear, y hasta descansar. Así, podemos suponer que el juzgador determinará que el andar en bicicleta *per se* no causa un daño ni representa un peligro o riesgo innecesario, pues es compatible con los demás usuarios quienes van al parque a hacer ejercicio, caminar o pasear, y hasta descansar, y, por esa razón, concluiría que *prima facie* la prohibición “No vehículos en el parque” no aplica a las bicicletas.⁷⁸

⁷⁸ Me permito avanzar que la “discreción débil e interpretativa” propuesta en este texto como una forma de reconsiderar la tesis de la indeterminación mode-

V. CONCLUSIÓN

Tomar la distinción seriamente implica que los jueces en lugar de ejercer una “discreción fuerte” y ponerse a inventar (y legislar), opten por ejercer una “discreción débil” y se pongan a interpretar mediante la apelación a principios, así como a objetivos y propósitos. El problema para Hart –y sus seguidores– es que esta posición intermedia o término medio, interpretación creativa, *i.e.* “discreción débil e interpretativa”, entre los dos extremos representados por la interpretación no-creativa, es decir aplicación deductiva o mecánica, y la legislación (judicial) creativa, esto es “discreción fuerte e inventiva (y legislativa)”, hacen eco de la “interpretación constructiva” de su archienemigo, como Hart mismo admite:⁷⁹

Esto realmente constituye el verdadero núcleo de una ‘interpretación constructiva’, la cual es un rasgo tan característico de la teoría de la judicación de Dworkinúm (*sic*). Pero aunque este procedimiento ciertamente pospone el momento de la creación jurídica judicial, no la elimina; puesto que en cualquier caso difícil principios diferentes que respaldan analogías en conflicto pueden presentarse también y un juez frecuentemente tendrá que escoger entre ellos confiando, como [lo haría] un legislador consciente, en su sentido de lo que es mejor y no en ningún orden ya establecido de prioridades prescritas por el derecho. Sólo si para todos estos casos hubiera siempre que encontrar en el derecho existente un único conjunto de principios de orden superior que asignaran pesos relativos o prioridades a tales principios competitivos de orden inferior, la importancia de la creación judicial no sería meramente diferida, sino eliminada.

rada del derecho al apelar no sólo a los principios sino también a los objetivos o propósitos implica reconsiderar las otras dos tesis identificadas al inicio, a saber: 1) el concepto del derecho como un (complejo) modelo de reglas, *i.e.* la unión de reglas primarias y secundarias; y 2) la separación entre derecho y moral.

79 HART, H.L.A., *PS*, pp. 58-9 (*CL2*, pp. 274-5; Y *CL3*, pp. 274-5).

