

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN  
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA



TESIS

DERROTABILIDAD DE LAS NORMAS: UN GIRO HERMENÉUTICO

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO  
CON ORIENTACIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y GOBERNABILIDAD

PRESENTA

CARLOS MANUEL LÓPEZ HERNÁNDEZ

DIRECCIÓN DE TESIS

EFRÉN VÁZQUEZ ESQUIVEL

CIUDAD UNIVERSITARIA

OCTUBRE 2019

A BHO (1938-2018) disciplina y  
dedicación.

A IMA (1940-2018) esperanza y  
humanidad.

A mi madre y hermano.

## CONTENIDO

PRÓLOGO.....	VI
INTRODUCCIÓN.....	VIII

### CAPÍTULO I

#### INSTAURACIÓN DE LO DERROTABLE

##### DE LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO A LA DERROTABILIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS

1. Mirada histórica, crítica y hermenéutica de una problemática <i>subjetiva</i> .....	21
2. Elementos distintivos del diálogo: el efecto discursivo de la otredad y la paridad .....	35
3. Horizontes de la razón: equilibrio entre la inconmensurabilidad de discursos .....	43
4. Modelo formativo: arquetipo hermenéutico como función deontológica en la operatividad del discurso jurídico.....	50
5. Proyección de la «aplicación de derecho» como problema hermenéutico ante el carácter metodológico de la teoría jurídica de los modelos interpretativos .....	58

### CAPÍTULO II

#### CLAROSCUROS: APOLOGÍA DE LA DISCRECIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LO MUCHO Y LO POCO DEL PENSAMIENTO HERMENÉUTICO EN LA DISCIPLINA JURÍDICA

1. Valoración hermenéutica de la instrumentalización como comprensión de una fuente sin retorno.....	69
2. Debilidad de discurso: ceguera ante el fenómeno de la comprensión .....	84
3. Vuelta a lo reversible en la interpretación jurídica, la lógica: <i>reverb</i> de un discurso que elige el «significado» sobre el «sentido».....	90
4. Recuperación del «sentido» de la subjetividad en el acto de comprender .....	99

5. Manifestación de lo subjetivo en la concepción hori-zóntica de la comprensión: una «crisis» que el positivismo jurídico intenta disuadir con acuerdos de expresión, no de razón .....	107
6. <i>Paradigm shift</i> : imposibilidad de un cambio de <i>Gestalt</i> por decreto .....	112

### CAPÍTULO III

#### CRÍTICA DEL MODELO METODOLÓGICO EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA PROBLEMÁTICA EN LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS DECISIONES JURÍDICAS

1. Singularidad de lo subjetivo en la aplicación del derecho.....	117
2. Caracterización de la derrotabilidad de las normas en casos paradigmáticos: fuente diacrónica de la justificación de la decisión .....	123
3. Ponderación del diálogo hermenéutico como reflexión para el acuerdo de sentido ..	137
4. Horizonte delimitador de la conciencia fenomenológica en la aplicación del derecho .....	146
5. Prolongación de lo inevitable: la caída de Hart y un discurso renaciente .....	152

### CAPÍTULO IV

#### PRAGMATICIDAD DE LO DERROTABLE DE LA FUNDAMENTACIÓN ANALÍTICA DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMO PROBLEMA TÉCNICO

1. Reinterpretación del discurso en pugna.....	162
2. Diferencias entre dos discursos análogos, pero distantes .....	175
3. Implicaciones hermenéuticas entre el <i>Rahmen</i> y la <i>open texture</i> .....	183
4. Valoración hermenéutica e histórica de <i>ideas</i> análogas a través del tiempo.....	187
5. Distinción holística sobre un sistema de reglas: <i>subjetividad</i> , una apuesta.....	191

## CAPÍTULO V

### DERROTABILIDAD DE LA RAZÓN HERMENÉUTICA: PROYECCIÓN DE UNA CONCIENCIA

#### FENOMENOLÓGICA ANTE EL DISCURSO DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO

#### DE LA TEORÍA DE LA COMPRENSIÓN COMO PARADIGMA APODÍCTICO

1. Sin acuerdo: propedéutica de un matiz que no encuentra matriz .....	208
2. Prominencia esclarecedora de la comprensión traslúcida de lo proyectado.....	219
3. Afinidad entre la noción de excepción y el problema hermenéutico de la aplicación respecto a la derrotabilidad de las normas.....	225
4. Convalidación de lo derrotable: la razón hermenéutica frente a la norma jurídica ....	231
5. Movilidad crítica: la derrotabilidad de las normas jurídicas, una diferencia entre «regla» y principio (¿o no?).....	237
6. Representación de la interpretación como «integrar» y «comprender» .....	243
BIBLIOGRAFÍA .....	251

## PRÓLOGO

Permítaseme, por única ocasión, exponer algunos esbozos importantes para mi persona, que, si bien, infaliblemente, no tienen relación con la presente disertación, no es mi intención que la dedicatoria, de esta investigación, sea minimizada a polvo estelar.

Para muchas personas del país, el año 2018 representó un gran alivio. Como año electoral, México vivía su segunda alternancia política en el poder ejecutivo federal. Me parece, ciertamente, que tal cambio llevaba años en pugna; había sido aplazado por ya bastante tiempo; había tardado en llegar, en lograrse, debido a ciertos escollos que no son necesarios denunciar, ya que no pretendo causar polémica innecesaria.

Mayoritariamente, la complacencia era generalizada. Aquella noche de junio, diversas regiones del país estallaron en un júbilo exacerbado; un gusto que, igualmente, era compartido por dos personas a las que estimo enormemente: mis abuelos maternos. Lamentablemente, ninguno de ellos tuvo la oportunidad para observar los cambios recientes en el país: sin importar si sean estos buenos o malos. Por ello, a pesar que el año 2018 sea catalogado como un gran año para la historia de nuestra nación, personalmente, ha sido uno de los peores; sobre todo, sus últimos cinco meses.

Orgullosamente, soy hijo de madre soltera. Respecto a mi vida concierne, no he tenido otra familia más que la materna. Desde que puedo recordar, mis abuelos siempre habían estado en entera disposición: no hubo ni un día de mi vida en que dejara de verlos. Con la partida de ambos, sin embargo, la costumbre de tenerlos todos los días de mi vida, desde que nací, se esfumó. Aún me resulta extraño, efectivamente, no ser capaz de volverlos a ver; el saber que ya *no* «están», es muy incómodo.

Menciono todo esto debido a que fueron pérdidas muy importantes en mi vida. Afectó severamente mis ánimos; uno no logra comprender del todo qué tanto inquieta estar en una situación tan específica. Ello me recuerda aquella frase: «sólo el *Dasein* tiene sentido, en la medida en que la aperturidad del estar-en-el-mundo puede ser llenada por el ente en ella descubrible. Por eso, sólo el *Dasein* puede estar dotado de sentido o desprovisto de él». Tal aspecto revitaliza mi confianza en la hermenéutica como un «modo de ser», el cual me permite comprender el mundo desde muy diversas aristas. Por lo mismo, si bien la hermenéutica es incapaz de devolverme un *sentir* histórico que ha quedado atrás, y

permanecerá por siempre al pasado, por lo menos me reconforta: me es posible mediar entre el pasado y el presente. Certero estoy ahora.

Porque, seguramente, a ellos les habría encantado verme más cerca de las metas que me he propuesto. Y, ha sido debido a esa razón por lo cual he podido avanzar; es lo que me ha permitido no quedar varado ante la impiedad del fenómeno del historicismo. Sin dubios, he podido cumplir con lo prometido: terminar una nueva disertación, la cual me permite mostrar cuáles han sido los resultados de mis estudios en estos últimos tres años.

Con todo, agradezco infinitamente a mis abuelos por haber sido parte de mi vida. Que me hayan acompañado en esta loca, estéril y fatua animadversión del mundo contemporáneo: el mundo, así como la vida, siguen siendo hermosos; aún tienen esperanza; un sol que brilla igual para todos. Y así como es prometer bajar la luna a la tierra, nunca dejaré que los años, la distancia u otras barreras me hagan olvidar su correctitud, disciplina, compasión, rigor, condescendencia, humor, pero sobre todo ello, su humanidad; valores que me han dejado un gran legado, el cual espero fomentar a donde quiera que vaya.

MDA. Carlos M. López Hernández  
Monterrey, Nuevo León, México  
Octubre 15 de 2019

## INTRODUCCIÓN

Nietzsche, en una carta a su hermana Elizabeth, escribía: «si quieres alcanzar la paz del alma y la felicidad, entonces cree; pero si quieres ser un discípulo de la verdad, entonces investiga». Mucho habría que debatir sobre tal supuesto, principalmente si ambos aspectos se consideran excluyentes. Para un investigador, verbigracia, lograr un estado de paz y felicidad, así como ser aliado de la verdad, puede obtenerse con el desarrollo de algunas metas trazadas en su ámbito de indagación. Aunque, por supuesto, no siempre ha sido así — no toda investigación arroja resultados positivos como uno puede esperar.

Sin embargo, uno de los aspectos interesantes que ofrece la investigación, es precisamente la ticsura de no saber con certeza cuáles serán los resultados finales. Francamente, es preciso aceptar que antes de plantearse la disertación que aquí se desarrolló, existió un primer proyecto de investigación que versaba sobre una temática completamente distinta. Se iniciaba con un plan temático que satisfacía las exigencias epistemológicas y metodológicas propias de una investigación doctoral, pero, comparado con otro en el que primara la hermenéutica como punto de enfoque, quedaba en desventaja en interés.

Resumidamente, para esta ocasión se había pensado en abordar la politización judicial como problema técnico en la selección de ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, un detalle que en otros países ha llegado a designarse como «político con toga», pues los indicadores del personal que ocupan tales puestos, en los últimos años, han especificado que personajes de la vida política ocupan, cada vez más, el encargo de impartición de justicia, sin considerar si tienen o no la habilidad necesaria para dilucidar controversias. Asimismo, este mismo análisis se extendía al Consejo de la Judicatura del Poder Judicial Federal y su facultad para la designación de jueces y magistrados. Con tal matiz, y como se sabrá, pese a que los miembros del poder judicial no son elegidos mediante un proceso de voto directo, ello no significa que el proceso de selección sea ajeno a la política. Se pretendía, entre otras cosas, especificar las razones del porqué de un corporativismo judicial fundado en la virtud.

Por tal razón, acorde a lo que se ha inquirido por años sobre la investigación que ha realizado sobre la formación (*Bildung*) de los distintos operadores jurídicos — principalmente, los que se dedican a la impartición de justicia— parecía una buena elección abocarse a un estudio específico de tal naturaleza. Una empresa, en efecto, que había llevado

a diversas temáticas que se relacionan con el problema hermenéutico de la aplicación; al análisis de sentencias judiciales, así como la racionalidad de las decisiones, entre otros aspectos de relevancia. Por lo mismo, con una temática así esbozada, no resultaría difícil comprender que la vía que se había adoptado para el cumplimiento de tal propósito haya sido optar por una formación que priorice la hermenéutica, y no tan solo la ética, como comúnmente se propone. Asimismo, este ofrecimiento no podía eludir un asunto fundamental: qué ocurre cuando, a pesar que esta formación cumpla sus objetivos como programa, no se logra vislumbrar un cambio en la operación jurídica. Justamente, el proyecto inicial se signaba a tal cuestionamiento, con la intención de proyectar una alternativa. Sin embargo, a pesar de los distintos avances, el proyecto claudicó en el momento que se tomó contacto con el tópico de la derrotabilidad de las normas. Desde tal momento, el gusto por la hermenéutica cobró, nuevamente, una fuerza sin comparación, la cual no podía diluirse de un modo tan simple; debía, entonces, que replantearse el proyecto en una nueva dirección.

Por tal razón, se ha procurado, la mayor parte de tiempo de este razonamiento, establecer un punto crucial sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas; no sin antes pasar por algunos inconvenientes metodológicos, como es un cambio de proyecto de una disertación doctoral, pero que, de alguna manera, ha sido benéfico, pues es una empresa que ha conllevado a diversas observaciones y planteamientos con una exigencia fecunda, de trabajo docto — además, contra reloj. Por eso, de esto no es imprescindible entenderse una negatividad sin más; como si fuese un malogro. No había opción, el centro del debate sobre la derrotabilidad parecía no tener rumbo alguno, sobre todo porque no existía un punto de acuerdo. Su carácter de definitividad complicaba todo el asunto, pero, mayor aún, cuando se apartaba la importancia de la interpretación en tal asunto. Además, creaba más cuestiones que respuestas, ya que, si establecer excepciones siempre se ha considerado como una actividad de las partes en un juicio, las posibilidades de encontrar una de ellas parece reducir la actividad jurídica a justificar una excepción.

Especificar el contexto parece ayudar a lo que pretendo. Cuando se habla sobre derrotabilidad de las normas, es imprescindible citar a dos juristas: Bayón y Rodríguez. Ambos sostuvieron un debate sobre este tópico: mientras que para el primero se sostiene una noción de norma derrotable para la reconstrucción de algunas prácticas jurídicas, para el segundo es totalmente lo contrario. Curioso es, sin embargo, que ambos partan de un mismo

punto: la *teoría del modelo normativo*. Por tal motivo, si se centra la atención, el fenómeno de la derrotabilidad de las normas acaece en la praxis del derecho en diversos modos y por diversos motivos. Particularmente, resulta frecuente que los distintos operadores jurídicos, al argumentar en materia constitucional, invoquen que la respuesta relativa a cuál es la conducta jurídicamente exigible de un «pasaje», depende de una ponderación de valores en conflicto. Con otras palabras, aunque la solución prevista en una norma secundaria aparezca y sea aparentemente sin dubios, menester es tener en cuenta diversos principios de jerarquía constitucional que, por una suerte de efecto de irradiación sobre el resto de las normas del sistema, modifican el alcance del «pasaje» jurídico y establecen excepciones que únicamente se ponen de manifiesto en el momento de su aplicación. Igualmente, es frecuente que, en casos de normas incompatibles con una misma jerarquía, diversos juristas acepten que una de ellas expresa una directiva general y la otra una excepción, aun cuando no exista acuerdo respecto de cuál de las dos es la que estatuye la excepción. Este fenómeno, de acuerdo al profesor Bayón, puede reconstruirse acudiendo a la noción de norma derrotable.

Por ejemplo, en el caso de un conflicto entre normas de diferente jerarquía —una constitucional y una secundaria— por una parte, acaece que en el interior de las comunidades jurídicas existen ciertas convenciones interpretativas presupuestas que consagran las propiedades normativas relevantes consignadas en las normas a aplicar, pero que no deben considerarse como condiciones suficientes; en otras palabras, no habría una obligación de considerar como irrelevantes propiedades diferentes. Por otra parte, en el caso de conflicto entre normas con una misma jerarquía, se sostiene que, si dos normas contienen disposiciones incompatibles, y, de acuerdo a las convenciones interpretativas vigentes, no existen reglas de prioridad que establezcan cuál de las dos normas debe primar sobre la otra, ya que ambas pueden ser advertidas como derrotables.

Ante esto, la idea de Bayón puede reformularse de la siguiente manera: una norma es inderrotable solo cuando su antecedente es condición suficiente para la solución normativa prevista en ella. Para el caso de normas en conflicto, el antecedente de una de ellas puede considerarse condición suficiente si existe una regla que le otorgue prioridad sobre la otra. Si existieran dos reglas de prioridad que dieran preferencia simultáneamente a una y otra norma, entonces se estaría en presencia de dos normas inderrotables contradictorias. Por último, si no existiera regla de prioridad alguna, no podría afirmarse que el antecedente de ninguna de

ellas es una condición suficiente de las soluciones normativas previstas por ellas. En este último caso, sería el escenario de normas derrotables. De esta manera, de acuerdo con el profesor español, y como una cuestión de hecho, las dos alternativas enunciadas son rasgos posibles de los sistemas jurídicos contemporáneos, y pueden ser reconstruidas acudiendo a la noción de derrotabilidad.

Para Rodríguez, en cambio, si un fenómeno como el descrito tuviera lugar, o sea, el conflicto entre normas, es posible reconstruirse sin acudir a la noción de derrotabilidad de normas, y, por ende, sin la necesidad de afrontar problemas que, según su entender, trae aparejada la utilización de dicha noción. Un rudimento que resulta problemático, entre otras razones, porque si las normas fueran genuinamente derrotables —esto es, si no establecieran condiciones suficientes frente al acaecimiento de ciertos supuestos de hecho— no podría derivarse de ellas solución normativa alguna, en el sentido de, si todo «pasaje» jurídico es susceptible de ser derrotado, entonces, existiría necesariamente una anulación entre unos y otros. Por tanto, si se acepta la existencia de un acuerdo en que uno de los rasgos del derecho consiste en intentar guiar conductas, establecer un *status* deóntico de ciertas acciones de un modo general, y brindar un procedimiento para la resolución de conflictos mediante la aplicación de normas generales. Entonces, la reconstrucción que propone el profesor argentino, pretende evitar el problema señalado, aunque quizás al precio de enfrentar otros.

Ahora bien, en la primera manifestación del fenómeno aludida por el profesor español, la ausencia de una regla de clausura de las propiedades relevantes implicaría, para Rodríguez, la existencia de facultades discrecionales en favor del órgano aplicador de la norma. Con ese orden de ideas, un juez podría estimar relevantes propiedades que, aun no estando previstas en el antecedente de la misma, en su opinión, le merecen tal consideración. Respecto a la segunda de sus manifestaciones —esto es, en la que existen normas en conflicto no ordenadas por una regla de prioridad preestablecida— se estaría en presencia, según el profesor argentino, no de normas derrotables, sino simplemente de normas contradictorias, de las cuales solo una de ellas es aplicable al caso. Por tanto, el problema básico que enfrenta esta reconstrucción sería el de no ser fiel a la práctica que pretende abordar. Verbigracia, si lo que se pretende reconstruir es precisamente una práctica en la que los operadores al identificar las normas jurídicas las consideraran como simples condiciones contribuyentes de una solución normativa, las cuales deben ser completadas con otro tipo de consideraciones no

jurídicas: ¿cómo lograr tal cometido si se admite que las normas contienen en su antecedente condiciones suficientes para la solución normativa? Por ende, lo que está en disputa, de esta manera, es cuál sería una descripción adecuada de las prácticas jurídicas y cuál de las dos propuestas teóricas ofrece una mejor reconstrucción de las mismas.

Por otro lado, otro problema más, que se desprende de este tópico, es si resulta conveniente aceptar la posibilidad de que la existencia de normas derrotables es compatible, o no, con el positivismo jurídico. Convenciones interpretativas referidas plantean, en efecto, un problema interesante en la discusión del tema que ocupa. Si existiera, por ejemplo, una convención que estableciera que, en caso de conflicto entre dos normas, debe acudir, para determinar su significado definitivo, a reglas de prioridad, y, en el caso no existiera esta regla de prioridad, ¿existiría en este caso una convención interpretativa? Por otra parte, si existiera una convención que estableciera que para determinar el significado de una norma debe acudir a una regla de clausura, y no existe tal regla, ¿existiría en este caso una convención interpretativa? Si el derecho es visto por el positivismo como una realidad convencional, en el sentido de estar conformada por la actividad de seres humanos con creencias, actitudes y expectativas compartidas, es válido preguntar: ¿estas convenciones interpretativas son efectivamente de carácter convencional, a pesar de que remiten a consideraciones sobre las que no hay acuerdo o convención alguna? Asimismo, ¿son estas convenciones de carácter jurídico, a pesar de que remiten a consideraciones metajurídicas?

Para Rodríguez, la existencia de convenciones que se autoanulan (entendidas como convenciones que remiten a criterios no convencionales) es altamente paradójica, pues una convención que se autoanula no es genuinamente una convención. En esta línea de crítica, el profesor argentino sostiene que admitir que el derecho es una realidad convencional en el sentido de una convención que se autoanula, sería tanto como no haberse puesto de acuerdo en absoluto. Por el contrario, Bayón opina que, aunque se autoanulan, son convenciones, al fin y al cabo. Por tanto, en este sentido, admitir que el derecho es una realidad convencional no incluye la pretensión de que las convenciones que lo constituyen tengan cierto contenido particular.

No obstante, el profesor español ha dado otras razones para fundamentar la idea de que la convención que se autoanula no presenta obstáculos en la comprensión del derecho. Efectivamente, existe una convención que remite a criterios no convencionales, pero lo que

le interesa destacar a Bayón es que lo que se identifica, por medio de esos criterios no convencionales, no es parte del derecho. De ahí que se refiera a las normas jurídicas derrotables como aquellas normas sujetas a excepciones, lo que implica que el derecho está indeterminado, a no ser que se incluyan las excepciones en su contexto. Por lo tanto, cuando hay normas derrotables, no es posible identificar el derecho ni siquiera frente al caso particular, toda vez si por «identificar derecho» se entiende *reconocer* algo que está contenido en un ordenamiento jurídico. En este sentido, es importante advertir que, afirmar que el derecho queda indeterminado, quiere decir, precisamente, que no hay derecho alguno que identificar. De esta manera, la admisión de que existen normas jurídicas cuyas excepciones se identifican apelando a consideraciones extraconvencionales no contradice la tesis del positivismo jurídico que sostiene que el derecho es una realidad convencional, toda vez que estas excepciones no se advierten como jurídicas. Como se observa, el profesor español promete una respuesta afirmativa a la cuestión de si la derrotabilidad de las normas jurídicas es compatible con el positivismo jurídico. Sin embargo, para el profesor argentino reluce un pronunciamiento negativo.

Finalmente, es necesario destacar que para el profesor español la derrotabilidad no es un problema relativo a la aplicación de una norma jurídica. Sí es, en cambio, un problema relativo a su identificación, en el sentido de que las excepciones implícitas de normas jurídicas incompletas afectan a la pregunta de cuál es el derecho existente: lo que sucede es que estas excepciones implícitas, que convencionalmente la práctica jurídica reconoce como parte de las normas jurídicas, al ser sólo determinables mediante consideraciones extraconvencionales, no son parte del derecho. Para el profesor argentino, en contraste, la derrotabilidad solo puede ser entendida como un problema práctico que tiene el juez una vez identificada la norma jurídica, en el hecho de saber cuál de ellas es válida para el caso en concreto. Para Rodríguez, lo único que es posible derrotar sería, en todo caso, el conocimiento del derecho; es decir, las creencias acerca de cuál es el derecho existente.

Trazado el mapa de la disputa, merece la pena anotar algunas consideraciones finales, al menos sobre este debate sostenido entre ambos. Desde un punto de vista metodológico y como se anticipó, tanto Bayón como Rodríguez acuden a un aparato conceptual común, y entienden el objetivo de la teoría del derecho de modo similar, es decir, como destinada a reconstruir una práctica social compleja. Conviene, en ese marco, hacer notar, por un lado, y

desde un punto de vista formal, que en la teoría del sistema normativo la distinción asumida entre formulación normativa y norma pone de manifiesto que el proceso de identificación del material jurídico normativo debe culminar en enunciados representados como condiciones suficientes o, lo que es lo mismo, normas inderrotables. En ese marco, resulta algo paradójico que las nociones de tesis de relevancia, hipótesis de relevancia y conflictos entre normas hayan sido utilizadas en la discusión indistintamente para enfocar el problema de normas derrotables. Ello, porque la relevancia y la contradicción solo tienen lugar, de acuerdo con la *teoría de sistema normativo*, si se dispone ya de normas inderrotables.

A su vez, el debate pone de manifiesto una perplejidad no ya formal vinculada al objetivo de la teoría. Una de las cuestiones que el debate pone en juego es la de los límites de la reconstrucción racional, esto es, hasta qué punto una reconstrucción analítica de creencias y actitudes que conforman una práctica debe considerarse aceptable, si es que dicha reconstrucción muestra que esas creencias tienen un contenido conceptualmente inadmisibles. Por otro lado, si todos los participantes vieran en el antecedente, de algunas de las normas, que siguen meras condiciones contribuyentes, una reconstrucción que solo admitiera la existencia de normas inderrotables, ¿adquiere sentido tal propósito? ¿Puede la reconstrucción de una práctica mostrar que todos los participantes están equivocados en sus creencias, cuando en realidad eran estas las que intentaba reconstruir?

Por último, cabe señalar que, si es que hay algún problema de compatibilidad entre derrotabilidad y positivismo jurídico, este quizá se ubica en otra parte. Efectivamente, es la pretensión de guiar conductas de modo general, sin que sea necesario esperar al momento de la aplicación de las normas y sin que ellas sean sensibles a variaciones contextuales, lo que la derrotabilidad pone en cuestión. Y es una tesis central del positivismo, al menos en alguna de sus versiones preponderantes, que el derecho pretende guiar conductas. Si esto es así, ¿por qué deberían considerarse como normas jurídicas enunciados como las normas derrotables, que no son aptos para guiar conductas?

Como se podrá advertir, el debate mantenido entre Bayón y Rodríguez, aunque centrado en el carácter derrotable de las normas jurídicas, tiene fecundas divergencias que interesan a cuestiones centrales que ocupan la discusión de la filosofía del derecho contemporánea. Por esta razón, quienes se han mantenido ajenos al debate, incluso los no interesados en la cuestión específica de la derrotabilidad, pueden encontrar, en esta discusión, ciertas

consideraciones de utilidad para desenredar algunas de las preocupaciones filosóficas referidas al derecho.

No obstante, lo anterior, sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas, en rigor, ya se había pronunciado la teoría jurídica; ha sido un tema tratado por Dworkin y la teoría de principios que propone. Por una parte, advierte que las normas jurídicas tienen algunas excepciones implícitas, es una situación de todo-nada; una norma jurídica si entra en conflicto con otra, solo una de ellas es aplicable al caso concreto, dejando a la otra fuera de juego. Por otra parte, su denuncia respecto a cómo opera la discrecionalidad judicial, de acuerdo a su postura, es un riesgo que no hay que aceptar: cuando un juez se enfrenta a un *hard case*, regularmente opta por aplicar otro tipo de estándares que no forman parte de la legislación, que, aunque están fuera del orden, forman parte del sistema jurídico, por lo que, aunque no se desglosan expresamente, pueden alcanzar un grado y un peso específico.

Con tales términos, las normas quedan derrotadas en el sentido que ceden su aplicación a un principio. No obstante, esta característica se limita a la consideración de *hard cases*, por lo que su análisis no adquiere una dimensión loable, sino que adquiere un sentido distinto, ya que el propósito del profesor estadounidense no se enfoca en tal aspecto, sino que pretende desestabilizar algunos presupuestos que dan forma al positivismo jurídico.

Por tanto, respecto a la teoría de la comprensión se refiere, la teoría jurídica contemporánea se han planteado diversos problemas después de lo que significó la indeterminación del derecho, los cuales convocan, por sí mismos, un llamado a las diversas teorías de interpretación jurídica, aunque quizá no de una manera tan asequible a primera vista, pero que tras su estudio reflejan una necesidad de presencia de la disciplina que se encarga del fenómeno de la comprensión.

Sumado a esfuerzos, por ejemplo, el distinguido profesor de la escuela de Oxford, Hart, planteó una reformulación al positivismo jurídico después de labrar un marco de referencia que deja en duda el accionar jurídico. Con la llamada penumbra (*intersticio del derecho*) y la *open texture* del derecho, nace una etapa en donde la aplicación jurídica parece renunciar a la función mecánica exigida por la jurisprudencia clásica, e incluso antes de ella, para dar paso a la *discrecionalidad judicial*.

Sin embargo, los esfuerzos pierden fuerza cuando empieza a surgir una oleada crítica a la *discrecionalidad judicial* desarrollada por el hartismo. Entre sus allegados y discípulos, se

desplega un eco; una crítica que no «encuentra» en *The Concept of Law* una reformulación del positivismo jurídico, sino una postura que abandona la importancia de los principios sobre las reglas, debido a que la *regla de reconocimiento* no logra un situar en la normatividad un estándar distinto que no sea la regla misma. Con tal sentido, no se hace esperar una negación sobre la declaratoria de *hard case* antes de cualquier análisis; exponer que la *discrecionalidad judicial* no es punto de discusión en la práctica jurídica; asimismo, que se atenta ante la noción de Estado democrático, así como al principio de no retroactividad, incluso el de legalidad, son solo algunas críticas que llega a formular en un principio el profesor estadounidense, como contra discurso.

No obstante, si bien la crítica dworkiniana ha pegado duro al sistema hartiano, este ha sabido permanecer en el ámbito jurídico. Precisamente, es en Hart donde nace la problemática de la derrotabilidad de las normas jurídicas: un problema que, de su desarrollo, se realiza la presente investigación, pero no en el sentido que trata la teoría jurídica tradicional, como ya ha sido expuesto, sino desde la postura de la teoría de la comprensión, lo cual lleva a plantearse un cuestionamiento con mayor horizonte, sobre este rubro: ¿es la razón hermenéutica derrotable?

Cuando un hermeneuta, por lo mismo, escucha a un jurista hablar sobre un tópico como la derrotabilidad de las normas jurídicas, no puede dejar de pensar en una cosa: un sistema de reglas sin horizonte proyecta no otra cosa más que una confusión entre el problema de la aplicación del derecho con el problema hermenéutico de la aplicación, por tanto, es un error de origen el plantear esta problemática desde la *teoría de sistemas normativos*, pues el problema hermenéutico de la aplicación debiese ocupar un lugar prioritario, toda vez que de ahí es posible llegar a la conclusión de que ningún «pasaje» regula su aplicación, en ningún sentido; por tanto, es necesario proyectar la importancia del intérprete.

Ante el cuestionamiento, por ejemplo, de ¿existe la laguna jurídica? Un análisis hermenéutico concluye que el advertir o no advertir una laguna en los textos jurídicos es un rasgo subjetivo que depende del horizonte del intérprete, y no del texto en sí, pues el objetivo de la comprensión no consiste propiamente en la comprensión de la expresión o la intención, sino más bien de quien manifiesta la expresión y la intención; es una empresa que media entre el pasado y el presente; comprender sería, entonces, ponerse acuerdo con alguien respecto a algo, y no proponerse «encontrar» el significado de un texto que se ha visto

afectado por la «distancia histórica»; menos aún, conocer cuál es su *sentido original*, pues ello llevaría a la conclusión de que el envejecimiento de la expresión y la intención de un «pasaje» es ajeno al cambio histórico; igualmente, lo mismo acaecería si se pretende guiar la comprensión por la intención de quien ha dispuesto la normativa jurídica.

Valdría, esto mismo, si se lleva a otro rubro, que, en los últimos años, ha cobrado gran importancia en la teoría jurídica; cuestionar, por ejemplo: ¿cuándo se está ante un *hard case*? Ante esto, de acuerdo con la teoría jurídica, puede decirse que un *hard case* es aquél donde el proceso de subsunción no es posible advertirlo en primera instancia, por lo cual requiere de un proceso de exploración, es decir, requiere de una actividad de consulta de diversos precedentes judiciales, sea a nivel local o internacional, de manera que el criterio estatuido sea respetable, o bien, que se actualice a los tiempos modernos. Sin embargo, tal aspecto no es necesariamente de esa forma. Dividir las controversias jurídicas en fáciles o difíciles solo acrecienta una problemática innecesaria; tal aspecto no da margen a plantearse si la dificultad de cada caso sea un asunto general, o propio del intérprete. Admitir, en primer lugar, que cada caso es único en sí mismo, proyecta una alternativa; en segundo lugar, una cosa es que diversos asuntos jurídicos no requieran de un gran esfuerzo hermenéutico, y otra cosa muy distinta es que la actividad interpretativa no exista o no se le estime necesaria.

Como se advierte, lo descrito encuentra en la subjetividad un punto en común, pues el que algo represente o no represente una dificultad interpretativa no depende en sí del texto interpretado, sino del horizonte de quien interpreta, de modo que la derrotabilidad de las normas jurídicas únicamente resulta posible si la razón hermenéutica ha sido igualmente derrotada. Ante esto, debe dilucidarse que esta subjetividad no debe ser entendida como un espíritu libre que le es permitido hacer y deshacer a su antojo, sino que cuenta con diversas reglas, las cuales son necesarias para hacer del proceso de la comprensión una proyección de posibilidades dentro del horizonte permitido por el texto.

Por lo mismo, el hecho de que el marco referencial, el cual se somete a análisis en esta investigación, aparezca ajeno al fenómeno de la historicidad, de la «distancia histórica», el horizonte, la pre-comprensión, el prejuicio, e incluso la comprensión misma, pero sobre todo al papel que la subjetividad ocupa en la función interpretativa, solo provoca que el «negarse a uno mismo» sea patente en la cuestión de la interpretación jurídica.

Por todo, el interés que adquiere aquí el debate de la derrotabilidad de las normas, empieza por advertir que la conciencia hermenéutica le puede ocurrir algo similar, ya que, en ocasiones, se tiene que ceder a ciertos propósitos que, aunque no se compartan o sean incompatibles con el pensamiento propio, no permiten ciertos márgenes de maniobra. Aquello recuerda lo acaecido en el juicio contra Sócrates; en la *Apología*, en ningún momento es advertible una renuncia o un paso atrás de la imagen que él mismo habría labrado. Fue congruente, prefirió la muerte antes que traicionarse a sí mismo —suplicar por su vida ante la autoridad, en se entonces habría sido suficiente para evitar beber la cicuta.

Del mismo modo, recordar el encuentro entre Derrida y Gadamer adquiere una relevancia para abordar la temática con mayor profundidad. A menudo, sin embargo, el encuentro parisino entre el deconstructivismo y la hermenéutica se considera como un diálogo insoluble, pero es posible rescatar suficiente de él. Derrida, verbigracia, si bien no se pronunció respecto a la conferencia de Gadamer, jugó de tal manera con las reglas del diálogo que consiguió que fuese imposible comprensión alguna. Sin embargo, sus preguntas, aunque a primera vista estaban fuera de tono, tenían una intención bastante pronunciada: estaba decidido a fortalecer su filosofía; no iba a permitir que su desarrollo se topara con un muro. Si para el filósofo alemán, el diálogo permite que la comprensión sea posible, para el francés, la buena voluntad no era algo obvio. He ahí por qué, desde dicho encuentro, Gadamer en muchos de sus escritos posteriores, constantemente, aludía su encuentro con Derrida, y aunque no estaba convencido de sus dichos, terminó por admitir que es posible que la razón no esté en un mismo, sino en el contrario. Derrida, por su parte, jamás volvió a pronunciarse sobre aquél encuentro; y tiene sentido, pues mantenía una congruencia.

Fuera de lo ya indicado, igualmente entra en juego otro factor importante. Por ejemplo, el feminismo como discurso, plantea un aspecto general que, en el fondo, está sujeto a excepciones, logrando con ello un aspecto insalvable. Ahora, si se lleva a un plano metodológico, la derrotabilidad de las normas jurídicas adquiere igualmente el problema ya signado. Su carácter de definitividad es lo que provoca el mayor desasosiego. Si se recuerda, la universalidad de un enunciado, para el inductivismo, se debe al factor de no encontrarse un enunciado observacional que condicione tal aspecto; así, por ejemplo, ante un enunciado a contrario, la universalidad de una teoría que se establecía como verdadera, debía ser abandonado, en el sentido de que contradecía la generalidad estipulada. Todo ello cambió en

lo subsiguiente, al evitar el verificacionismo, el cual únicamente caía una y otra vez en la perplejidad de que ninguna teoría podía cumplir con los cánones exigentes.

Por lo demás, hubiese sido una opción abordar algunos temas actuales, como la suspensión de la SCJN a la ley federal de remuneraciones, o bien, sobre la pretendida nueva reforma al Poder Judicial, los cuales son temas interesantes, pero por la premura del tiempo, no hubo oportunidad de incluirlos, sobre todo por reciente entrada a escena.

Sin más digresión, la presente disertación versa sobre los siguientes puntos: respecto al primer capítulo, la atención se centra en cómo es concebido el concepto de «verdad» desde distintas aristas, con la principal empresa de destacar la subjetividad y su papel en la historia; se desarrolla cómo el problema de la indeterminación del derecho, desde la teoría jurídica, pese no tomar su justa dimensión, involucra su contenido a un factor que provoca la instauración de la derrotabilidad de las normas jurídicas.

Después, toma importancia la discrecionalidad judicial; si hay elemento para abordar la problemática de la derrotabilidad de las normas, es precisamente la interpretación. Resulta interesante analizar qué ofrece la teoría jurídica sobre este rubro. Podría resultar obvio, pero el pensamiento hermenéutico se ha desenvuelto en un ámbito que no logra situarse fuera de la simple literalidad o la intención de la expresión. Incluso se ha intentado acercarse a los propósitos de la interpretación literaria, la cual, en rigor, dista de la empresa jurídica.

Respecto al capítulo tercero, toca realizar crítica sustantiva al modelo de aplicación de derecho que se lleva a cabo en la práctica jurídica, con una notable indicación sobre la presencia de la subjetividad en la fundamentación de las decisiones judiciales, sin que de ello se entienda o se desprenda necesariamente un problema que involucre la arbitrariedad en el proceso, aunque esto, en realidad, solo sea concebido desde la teoría de la comprensión. Desde la teoría jurídica, sin embargo, resulta imperativo prestar atención al factor de la discrecionalidad, ya que su caracterización se presta a una problemática que posibilita desbordarse, de ahí que se estime la crítica.

Para el capítulo cuarto, se realiza una distinción entre dos modelos de interpretación, con el fin de ubicar cuál de ellos se aproxima a un sistema hermenéutico que permita afrontar la problemática no solo de la derrotabilidad de las normas jurídicas, sino también el problema de la indeterminación del derecho, el cual no es factible desprenderlo del interés que implica

el problema hermenéutico de la aplicación, sin el cual, no es posible abordar ni uno ni otro de un modo justo.

Por último, en el capítulo cinco, las consideraciones finales del porqué la derrotabilidad de las normas jurídicas no resulta imprescindible el involucramiento de todas las normas. Se especifica sobre el debate que se llevó a cabo sobre este rubro, a fin de lograr una comprensión de tal situación. Respecto a este punto, además, se establece expresamente cuál es la importancia del problema hermenéutico de la aplicación, así como exponer el principio de igualdad en relación al tópico central de la disertación.

## CAPÍTULO I

### INSTAURACIÓN DE LO DERROTABLE

#### DE LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO A LA DERROTABILIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS

##### 1. Mirada histórica, crítica y hermenéutica de una problemática *subjetiva*

“Toda área de conocimiento ha de ser juzgada por sus propios méritos, investigando sus fines y el grado en que es capaz de cumplirlos”,<sup>1</sup> es una de esas proposiciones (*ἀπόφανσις*) que, por una parte, suelen motivar aquellos estudios que no convergen, del todo, con la *teoría de la verdad como correspondencia (adaequatio intellectus ad rem)* sino que funcionan más como crítica. Teorías alternativas (como el instrumentalismo) serían, pues, plenamente subjetivas

[...] in the sense that they all stem from the fundamental subjectivist position which can conceive of the knowledge only as a special kind of mental state, or as a disposition, or as a special kind of belief, characterized, for example, by its history or by its relation or other beliefs.<sup>2</sup>

No habría nada que reprochar a esta caracterización, si, por lo menos, se aceptara alguna manera distinta de concebir a la «verdad» como un elemento no objetivable de la conciencia o del mundo externo, sino como una experiencia que se aleja de estos supuestos.<sup>3</sup> Por tal

---

<sup>1</sup> Chalmers, A. F. (2008) *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?, una valoración de la naturaleza y el estatuto de la ciencia y sus métodos*, [título original: *What is this thing called science?*], [traducción: Eulia Pérez Sedeño (capítulos 1 a 8 de la primera edición); Pilar López Máñez (capítulos 9 a 14 de la segunda edición)], (2ª Edición), Siglo XXI Editores en coedición con Siglo XXI de España Editores: México, p. 231.

<sup>2</sup> Popper, K. R. (2014) *Conjectures and Refutations. The Growth of Scientific Knowledge*, (2ª Edición), Routledge Classics: New York, United States of America, p. 305. Hay versión en castellano: (1991) *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, [título original: *Conjectures and refutations. The Growth of scientific knowledge*], [traducción: Néstor Míguez], Reimpresión, Paidós: Barcelona, p. 275.

<sup>3</sup> Gadamer, H. G. (1999) *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck): Tübingen, Deutschland, pp. 270 y ss. Hay versión en castellano: (2005) *Verdad y método*, [colección: Hermeneia, n. 7], [traducción: Ana Agud Aparicio y Rafael Agapito], (11ª Edición), Ediciones Sígueme, Salamanca: España, pp. 331 y ss. Nota: la versión en alemán consultada no incluye el segundo y tercer prólogo de cada edición, por lo que se toma la versión castellana para suplir tal carencia.

motivo, esta afirmación se ajusta, por obvia razón, a la advertencia sostenida en *Logic, semantics and metamathematics*:

When we investigate the language of a formalized deductive science, we must always distinguish clearly between the language *about* which we speak and the language *in* which we speak, as well as between the science which is the object of our investigation and the science in which the investigation is carried out. The names of the expressions of the first language, and of the relations between them, belong to the second language, called *metalanguage* (which may contain the first as a part).<sup>4</sup>

Sin embargo, aún con esto, no se reducen las posibilidades de las *Geisteswissenschaften*, de modo que de ellas no pueda abstraerse ciertos tipos de «verdad» que hasta ahora le hayan sido negados a las *Naturwissenschaften*. Desde un punto de vista sociológico, por ejemplo, se señalaría que el criterio de validez de las teorías científicas depende de aspectos más subjetivos que de su científicidad (*disciplinary matrix*)<sup>5</sup> aspecto que conviene no dejar pasar si se pretende mantener una rigurosidad en el esquema de lo científico. Con tales términos, por tanto, se reconocería incluso, pero ahora desde un punto de vista político, que

[...] la ciencia se encuentra mucho más cerca de las artes (y/o humanidades) de lo que se afirma en nuestras teorías de conocimiento favoritas [...] tanto los problemas como los resultados científicos se evaluarán según los acontecimientos que se produzcan en tradiciones más amplias: es decir, *políticamente*.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Tarski, A. (1983) *Logic, semantics and metamathematics*, [traducción: J. H. Woodger], (2ª Edición), Hackett Publishing Company: United States of America, §2, p. 167.

<sup>5</sup> Kuhn, T. S. (1996) *The structure of scientific revolutions*, (3ª Edición), The University of Chicago: United States of America, pp. 147 y s. 182 y ss. Hay versión en castellano: (2015) *Estructura de las revoluciones científicas*, [traducción e introducción: Carlos Solís], [ensayo preliminar: Ian Hacking], [colección: Breviarios, n. 213], (4ª Edición), Reimpresión, Fondo de Cultura Económica: México, pp. 307 y s. Sobre *disciplinary matrix*, pp. 182 y ss.; así como pp. 357 y ss.

<sup>6</sup> Feyerabend, P. (1986) *Tratado contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, [título original: *Against method*], [traducción: Diego Ribes], Tecnos: Madrid, España, p. XVI. Del mismo autor: (1995) “Historical background: some observations on the decay of philosophy of science”, en *Problems of Empirism. Philosophical papers*, v. 2, Reimpresión, Cambridge University Press: United States of America, pp. 27 y ss.

No obstante, denunciar la presencia de aspectos subjetivos dentro de la *ciencia* en realidad no es un asunto demoledor, ni tampoco habría la necesidad de plantearse tal objetivo, ya que una crítica más moderada —que parta de la hermenéutica— aceptaría, en cambio, que

Wir verdanken der Wissenschaft Befreiung von vielen Vorurteilen und Desillusionierung gegenüber vielen Illusionen [...] Zugleich aber ist für uns, je weiter sich das Verfahren der Wissenschaft über alles, was ist, ausbreitet, desto zweifelhafter geworden, ob von den Voraussetzungen der Wissenschaft aus die Frage nach der Wahrheit in ihrer vollen Weite überhaupt zugelassen wird.<sup>7</sup>

Su estilo incluso se agudiza en ciertas áreas; el nihilismo, por ejemplo, con su aforismo reconocido: “contra el positivismo, que se queda en el fenómeno «sólo hay hechos», yo diría, no, precisamente no hay hechos, sólo interpretaciones”,<sup>8</sup> funge como un axioma que, como se sabrá, ha sacudido a diversas áreas de entendimiento, de las cuales se han desprendido algunas otras posturas afines —sobre todo, en aquellas áreas de saber que pertenecen a las *Geisteswissenschaften*— pues

esta afirmación se ha convertido en un lugar común para concebir la posibilidad de justificar el subjetivismo a ultranza. Desafortunada interpretación, si se atiende a lo que el propio Nietzsche

---

<sup>7</sup> Gadamer, H. G. (1993) “Was ist Wahrheit?”, en *Wahrheit und Methode, Ergänzungen*, J. C. B. (Paul Siebeck): Tübingen, Deutschland, p. 45. Hay versión en castellano: (1957) “¿Qué es la verdad?”, en (1998) *Verdad y Método II*, [título original: *Wahrheit und Methode. Ergänzungen*], [traducción: Manuel Olasagasti], [colección: Hermeneia, n. 34], Ediciones Sígueme-Salamanca, España: p. 52.

<sup>8</sup> Nietzsche, F. (2008) *Fragmentos póstumos (1885-1989)*, v. IV, [título original: *Nachgelassene Fragmente (1885-1989)*], [traducción, introducción y notas: Juan Luis Vermal y Joan B. Llinares], (2ª Edición), Tecnos: España, 7 [60], p. 222. Lo más cercano a esto parece encontrarse también en (2000) *Voluntad de poder*, [traducción: Aníbal Froufe], (14ª Edición), Biblioteca EDAF: España, III: §476, p. 337. Uno más preciso en I: §256, p. 199. Como nota, hay ciertas razones para considerar que el *Ensayo de una transvaloración de todos los valores (La voluntad de poder)*, no pertenece a Nietzsche; para más detalles: *vid.*, Montinari, M. (1999) *Che cosa ha detto Nietzsche. A cura e con una Nota di Giuliano Camponi*, Adelphi Edizioni: Milán, Italia, pp. 133 y ss.; también Roos, R. (1956) “Le dernier écrits de Nietzsche et leur publication”, en *Revue Philosophique de la France et de l’Étranger*, n. 146, Press Universitaires de France: France, pp. 262-287. Fuera de esta indicación, por lo general, se cita su escrito de juventud (1996) *Verdad y mentira en sentido extranormal*, [traducción: Luis Valdés], (3ª Edición), Tecnos: Madrid, pp. 17-38, el cual, sin embargo, no vio luz sino hasta 1903.

expone líneas más adelante, y es que, casi siempre divulgada en un contexto que margina su inclusión en el sentido más amplio que la envuelve, la frase pierde así su enfoque. De esta manera, se ha intentado a partir de ella explicar cómo cualquier enunciación de un intérprete tiene validez, tornando de esta manera la hermenéutica en un procedimiento totalmente trivial, concebido como ejercicio para legitimar principalmente la consolidación de quien realiza la interpretación, es decir, el fortalecimiento del *sujeto-intérprete*.<sup>9</sup>

Precisamente, entre las disciplinas que encuentran aquí una relación a lo propuesto, y, al mismo tiempo, adquieren un interés como punto de análisis, se tiene el «deconstructivismo»,<sup>10</sup> la «hermenéutica posmoderna»,<sup>11</sup> y el «nihilismo hermenéutico».<sup>12</sup>

Pero sin tener en mente detenerse solo ahí, porque dicho aforismo se extiende y destaca, igualmente, en otros rubros, como la política o la sociología; ahí donde la «verdad» se liga con el *poder*. Visto así, la «verdad» ya no sería un asunto epistemológico o metodológico, incluso desde y para la teoría jurídica tal asunto mantendría tal encanto,<sup>13</sup> porque

[...] se quisermos saber o que é o conhecimento, não é preciso nos aproximarmos da forma da vida, de existência, de ascetismo, propia ao filósofo. Se quisermos realmente conhecer o conhecimento, saber o que ele é, apreendê-lo em sua raiz, em sua fabricação, devemos nos

---

<sup>9</sup> Abad, A. (2019) “Acerca del fragmento ‘...no hay hechos, solo interpretaciones’ (Nietzsche)”, en *El vuelo de la lechuza*, web, [2].

<sup>10</sup> Como se espera, y, en cierta medida, el aforismo «no hay hechos, sólo interpretaciones», está presente con Derrida, J. (1967) *L'écriture et la différence*, [colección: Tel Quel], Ediciones Du Seuil: París, France, pp. 409 y ss.

<sup>11</sup> Principalmente, Rorty, R. (1995) *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, [título original: *Philosophy and the Mirror of Nature*], [traducción: Jesús Fernández Zulaica], [colección: Teorema], (3ª Edición), Cátedra: Madrid, España, pp. 270 y ss.

<sup>12</sup> Entre otras obras: Vattimo, G. (2002) *Oltre l'interpretazione. Il significato dell'ermeneutica per la filosofia*, Editori Laterza: Roma, Italia, pp. 3 y ss. También (2010) *Adiós a la verdad*, [título original: *Addio alla verità*], [traducción: María Teresa D'Meza], Gedisa: España, pp. 21 y ss.

<sup>13</sup> Cfr., Laudan, L. (2006) *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press: New York, United States of America, p. 4. Hay versión en castellano: (2013) *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, [traducción: Carmen Vázquez y Edgar Aguilera], Marcial Pons: Madrid, España, pp. 25 y ss.

aproximar, não dos filósofos mas dos políticos, devemos compreender quais são as relações de luta e de poder.<sup>14</sup>

De ahí que la «verdad», por lo mismo, no siempre se defina desde objetos dados, sino que, en ocasiones, más que revelarse, se «construye» —por no seguir el mismo orden de idea, en un sentido de «imponer».<sup>15</sup>

Postular un distanciamiento de esta magnitud, no obstante, no es aquí compartido, aunque sí interesa asentar cómo la *subjetividad* ha tenido un papel preponderante en la concepción de la «verdad» en la historia, pues “los hechos que nos entregan nuestros sentidos están preformados socialmente [...] por el carácter histórico del objeto percibido y por el carácter histórico del órgano percipiente. Ambos no están contruidos solo naturalmente, sino que lo están también por la actividad humana”.<sup>16</sup> Una «apertura» al acto del comprender, por tanto, parece proyectar una mejor distinción sobre la intención que aquí se pretende.<sup>17</sup> Por lo mismo, no se trata de un asunto de «no hay hechos, solo interpretaciones», sino que la interpretación «está» presente en la concepción de la «verdad», en un sentido más amplio de lo que se trata con la *correspondencia*. Con palabras de Shaw: “Ptolemy made a universe, which lasted 1400 years. Newton, also, made a universe, which lasted 300 years. Einstein

---

<sup>14</sup> Foucault, M. (2002) *A verdae e as formas juridicas*, [título original: *La vérité et les formes juridiques*], [traducción: Roberto Cabral de Melo y Eduardo Jardim Morais], (3ª Edición), Nau Editora: Río de Janeiro, Brasil, p. 23. Para su versión en francés: *vid.*, (1994) “La vérité et les formes juridiques”, [título original: *A verdade e as formas juridicas*], [traducción: J. W. Prado Jr.], en *Dits et écrits*, t. II, Gallimard: París, France, pp. 549 y s. Hay también una versión en castellano: (1996) *La verdad y las formas jurídicas*, [traducción: Enrique Lynch], Gedisa: ebook, p. 22.

<sup>15</sup> Nietzsche, F., *Voluntad de poder*, §475, p. 336.

<sup>16</sup> Horkheimer, M. (2003) “Teoría tradicional y teoría crítica”, en *Teoría crítica*, [título original: *Kritische Theorie. Eine Dokumentation*], [traducción: Edgardo Albizu y Carlos Luis], 3ª Reimpresión, Amarrortu editores: Buenos Aires, Argentina, 14, p. 233.

<sup>17</sup> Heidegger, M. (2006) *Sein und Zeit*, Max Niemeyer Verlag: Tübingen, Deutschland, §31, p. 143. Hay versión en castellano: (1997) *Ser y tiempo*, [traducción: Jorge Eduardo Rivera Cruchaga], Editorial Universitaria: Santiago, Chile, 143, §31, p. 167.

has made a universe, and I can't tell you how long that will last".<sup>18</sup> Como ciencia, efectivamente, no es legítimo negar la presencia de lo *subjetivo*, porque la Historia da cuenta de ello: la «verdad», como se conoce, no es ahistórica. Fue esa una de las razones del por qué el *Wiener Kreis* (1921-1936) fracasó en su intento de impulsar el *verificacionismo*,<sup>19</sup> el cual tampoco pudo superar en nada al *Falsifizierbarkeit* de Popper,<sup>20</sup> pues una aseveración universal no puede verificarse de modo concluyente, y, peor aún, si solo es significativo aquello que puede verificarse por los hechos, entonces, el principio se torna, paradójicamente, en un enunciado metafísico. Por lo mismo, aceptar la subjetividad no implica que el propósito de la ciencia cambie, que sea un aspecto meramente arbitrario del cual se pueda tomar y quitar a modo; no se trata, pues, de suprimir la imaginativa, sino de otorgarle un lugar justo en la conciencia.<sup>21</sup> Se trata, en último término, de «no negarse a sí mismo»; y será esto, precisamente, lo que ayudará a contemplar el problema de la derrotabilidad de las normas jurídicas, con su relación con el problema hermenéutico de la aplicación como una instauración de lo derrotable, una vez que se hayan asumido la comprensión correcta y las consecuencias que se disponen en la indeterminación del derecho.

---

<sup>18</sup> Cassidy, D. (2004) *Einstein and our world*, (2ª Edición), Humanity Books: New York, United States of America, p. 13. También en Calaprice, A. (ed.) (2011) *The ultimate quotable Einstein*, [prefacio: Freeman Dyson], Reimpresión, Princeton University Press: New Jersey, United States of America, p. 299.

<sup>19</sup> *Vid.*, principalmente, Waismann, F. (1930, dezembro) “Logische analyse des Wahrscheinlichkeitsbegriffs”, en *Erkenntnis*, v. 1, i. 1, p. 229; Schlick, M. (1931, februar) “Die Kausalität in der gegenwärtigen Physik”, en *Die Naturwissenschaften*, v. 19, i. 7, p. 150; del mismo autor: (1936) “Meaning and Verification”, en *Philosophical Review*, v. 45, n. 4, pp. 339 y ss.; Carnap, R. (1936, october) “Testability and Meaning”, en *Philosophie of Science Association*, v. 3, n.4, pp. 419 y ss.; Reichenbach, H. (1951, july) “Verifiability Theory of Meaning”, en *Proceedings of the American Academy of Arts and Sciences*, v. 80, n. 1, pp. 46 y ss.

<sup>20</sup> Popper, K., *óp. cit.*, pp. 228 y ss. Del mismo autor: (1935) *Logik der forschung. Zur Erkenntnistheorie der modernen Naturwissenschaft*, Springer-Verlag Wien GmGH: Deutschland, pp. 12 y s. Su versión en inglés es más completa: (2002) *The Logic of Scientific Discovery*, Rotledge Classics: United States of America, pp. 17 y s. Hay versión en español: (1980) *Lógica de la investigación científica*, [traducción: Víctor Sánchez de Zavala], Reimpresión, Técnos: Madrid, pp. 39 y s. Nota: en lo subsiguiente, se hará uso de la versión aumentada.

<sup>21</sup> Resulta curioso que desde la hermenéutica se postule reconocer el lugar que ocupa la ciencia en la modernidad, pero que esta no reconozca a la hermenéutica como disciplina por la cual se llegue igualmente a un tipo de verdad. Tal aspecto alimenta la tesis de que la ciencia cree tener acceso exclusivo a la verdad.

Un tanto similar a esto, ahora por otra parte, acaece con aquella otra vieja estela de «no hay verdad sin método (científico)». Una noción que, por igual, mantiene una posición firme sobre el criterio de la «verdad»; un tipo de reduccionismo que se concentra en una única región, como si se tratase de un distintivo propio (e incluso dogmático) y no un rasgo característico o propositivo como tipo de saber –entre otros tantos con los que se coexiste. Tal reproche suele ser adjudicado, verbigracia, a las disciplinas que trabajan sin una base empírica, sin embargo, tras el florecer de la hermenéutica filosófica se ha advertido que “in Wahrheit sind die Geisteswissenschaften aber weit davon entfernt, sich lediglich den Naturwissenschaften unterlegen zu fühlen”.<sup>22</sup> Pero no porque se trate de una cuestión de método, sino porque “Was die Geisteswissenschaften zu Wissenschaften macht, läßt sich eher aus der Tradition des Bildungsbegriffes verstehen als aus der Methodenidee der modernen Wissenschaft”.<sup>23</sup> De ahí que la hermenéutica sea tan importante, cuya empresa se propone, en parte

[...] Erfahrung von Wahrheit, die den Kontrollbereich wissenschaftlicher Methodik übersteigt, überall aufzusuchen, wo sie begegnet und auf die ihr eigene Legitimation zu befragen. So rücken die Geisteswissenschaften mit Erfahrungsweisen zusammen, die außerhalb der Wissenschaft liegen: mit der Erfahrung der Philosophie, mit der Erfahrung der Kunst und mit der Erfahrung der Geschichte selbst. Das alles sind Erfahrungsweisen, in denen sich Wahrheit kundtut, die nicht mit den methodischen Mitteln der Wissenschaft verifiziert werden kann.<sup>24</sup>

Por lo mismo, ni ciencia ni método son sinónimos de «verdad», porque esta no ha sido nunca monopolizada; no es exclusiva, ni partidaria de unas u otras causas; tampoco es única, y es por estas razones que

la verdad científica es apenas una forma de esa verdad [...] es una forma de verdad que se funda en la objetividad, en el control metódico [...] no es la única forma de verdad. Existe la verdad de la poesía, la verdad de la obra de arte, la verdad del saber práctico, la verdad de la orientación natural del mundo; y ninguna de ellas conforma un saber objetivo. Lo que criticamos al

---

<sup>22</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit und methode*, p. 14.

<sup>23</sup> *Ibidem.*, p. 2.

<sup>24</sup> *Ibidem.*, pp. 1 y s.

pensamiento moderno es su pretensión de exclusividad, que es la única forma de verdad, lo cual nos parece una exageración.<sup>25</sup>

Sobre la «verdad», entonces, se advierte que la tradición científica tiene más bien una perspectiva idealista, so pena de evidenciar su aparente ahistoricidad. Precisamente, porque, verbigracia, si se analiza rigurosamente aquello que la ciencia ofrece, la situación parece ser más bien lo opuesto, lo cual “eben damit aber wird mit Notwendigkeit eine Einschränkung dessen vorgenommen, was überhaupt mit dem Anspruch auf Wahrheit auftreten kann”.<sup>26</sup> Presentarse como «el método», por tanto, se aleja un tanto de las pretensiones iniciales (objetividad); más aún “wenn Nachprüfbarkeit—in welcher Form auch immer— Wahrheit (veritas) erst ausmacht, dann ist der Maßstab, mit dem Erkenntnis gemessen wird, nicht mehr ihre Wahrheit, sondern ihre Gewißheit”.<sup>27</sup> Dicha conjetura, sin embargo, no impide el insistente propósito, por una parte, de categorizar las distintas disciplinas en ciencias y no ciencias (*Abgrenzungskriterium*). De este modo, se tendría que llegar a una conclusión muy particular: “[...] if the social and human sciences are to emulate the success of physics then that is to be archived by first understanding and formulating this method [el método científico] and then applying it to the social and human sciences”.<sup>28</sup> Sin embargo, si tal pretensión supone llevarse a cabo, habría la necesidad de cuestionar sobre este *success* explícito que desde las *Naturwissenschaften* suele enunciarse, pues más que posibilitar un mayor ahondamiento sobre cuestiones de interés, parece más bien limitar sus condiciones a

---

<sup>25</sup> Jiménez Flores, T. (2005, julio) “Entrevista a Jean Grondin: en defensa de la Hermenéutica”, en *ConcienciActiva*, 21, n. 9, pp. 93 y s.

<sup>26</sup> Gadamer, H. G., *Was ist Wahrheit?*, p. 48.

<sup>27</sup> *Ídem*. Resulta menester advertir el giro temático de esta cita. A diferencia de Nietzsche y sus seguidores, o Kuhn y Feyerabend (*supra*) Gadamer no habla sobre cómo la ciencia (*veritas*) se somete a un pluralismo de ideas, sino cómo el método científico acaba por opacar el criterio de la verdad, y lo sustituye por certeza. Sobre lo primero se habrá que analizar más adelante.

<sup>28</sup> Chalmers, A. (1999) *What is that thing called Science?*, (3ª Edición), University of Queensland Press, Hackett Publishing Company: United States of America, p. XX. Nota: Añado corchetes. Nota: esta edición casi en su totalidad difiere de la versión en castellano antes referida. Con el fin de no confundir ambas ediciones, se diferenciará entre su título en castellano y su título en inglés.

un modelo dado, pues “su ‘lógica’ [...] tal vez sea ‘ilógica’ cuando se juzga desde el punto de vista de un sistema particular de lógica formal”.<sup>29</sup>

Apegarse a la exigencia de las reglas de la lógica, entonces, no parecería, como regularmente se afirma, un defecto sobre el cual habría que poner marcha atrás, sino un destello que conferiría la tesis de la inconmensurabilidad (*incommensurability*) la cual, como tal, negaría aceptar la demarcada *superioridad* de la ciencia (Física) sobre otras formas de conocimiento.

Die Menschheit von dergleichen philosophischem Spuk erlöst zu haben, sei gerade das Hauptverdienst der neuzeitlichen Naturwissenschaft. Nur mit der erfahrbaren, realen Wirklichkeit habe es alle Wissenschaft zu tun. Was nicht Wirklichkeit ist, ist Einbildung, und eine Wissenschaft aus Einbildungen ist eben eingebilddete Wissenschaft.<sup>30</sup>

A este tipo de cuestiones se reducen, por ejemplo, estudios que rechazan plenamente al materialismo histórico o el psicoanálisis, caracterizados como pseudociencia, entre ellos Popper<sup>31</sup> y Lakatos:<sup>32</sup> *the problem of demarcation*. Aunque no de una manera tal radical, por eso es posible advertir distintos rasgos que atribuyen cierta valoración, aunque nunca científica, de ciertas teorías, he ahí porqué el fundador del *racionalismo crítico* indicara que distinguir entre ciencia y pseudociencia debe considerarse “[...] that science often errs, and

---

<sup>29</sup> Feyerabend, P., *Tratado contra el método*, p. 247.

<sup>30</sup> Husserl, E. (1913) *Ideen zu einer reinen phänomenologie und phänomenologischen philosophie*, Verlag von Max Niemeyer: Deutschland, §19, p. 35. Hay versión en castellano: (1962) *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*, [traducción: José Gaos], (2ª Edición), Fondo de Cultura Económica: México, §19, p.48.

<sup>31</sup> Popper, K. R., *Conjectures and Refutations*, pp. 43 y ss.

<sup>32</sup> Su versión original es: Lakatos, I. (1974) “Science and Pseudoscience”, en *Philosophy in the Open*, [from: Programme 11 of The Open University of Arts Course A303: “Problems of Philosophy”], Vesey, Godfrey Norman Agmondisham, Open University Press, p. 23. También, forma parte de la introducción de su principal trabajo: (1989) *The Methodology of Scientific Research Programmes. Philosophical Papers*, v. 1, Reimpresión, Cambridge University Press: United States of America, pp. 3 y s. Hay versión en castellano: (1989) *La metodología de los programas de investigación científica*, [versión española: Juan Carlos Zapatero], Alianza Editorial: España, pp. 12 y s. Nota: se tomará la versión original con el fin de distinguir entre las dos obras.

the pseudo-science may happen to stumble on the truth”,<sup>33</sup> y que el profesor húngaro aceptara que “the demarcation between science and pseudoscience is not merely a problem of armchair philosophy: it is of vital social and political relevance”,<sup>34</sup> así como algunas predicciones resultantes del marxismo.<sup>35</sup>

Por lo mismo, es de recalcar que, tanto Popper como Lakatos, a pesar que tuvieron un desencanto con las teorías «no científicas» de la época, conocían muy bien de qué trata el materialismo histórico de Marx, el psicoanálisis de Freud, incluso la psicología del individuo de Adler, con quien, por una parte, el profesor austriaco colaboró en su labor social;<sup>36</sup> asimismo, y, por otra parte, el profesor húngaro era un hegeliano convencido.<sup>37</sup> No se reducía a una cuestión personal, más bien su inconformidad con estas teorías, era que cada una de ellas estaban (y están) plenamente preparadas para explicar cualquier tipo de resultado, sin importar si es o no contradictorio: por ejemplo, los “marxists explained all their failures: they explained the rising living standards of the working class by devising a theory of imperialism”,<sup>38</sup> es decir, contrario a las teorías científicas, las cuales son susceptibles de cumplir con el criterio de la demostración y poner a prueba sus predicciones, el otro tipo de teorías propuestas desde otras aristas no son refutables, de ahí que para el *racionalismo crítico* se entienda que la irrefutabilidad de una teoría científica no es una virtud, sino un vicio:<sup>39</sup> “scientists, on the other hand, are very sceptical even of their best theories [...]”.<sup>40</sup> Con tal panorama, por ende, no sorprende mucho que se haya decidido llevar la metodología

---

<sup>33</sup> Popper, K. R., *Conjectures and Refutations*, p. 44.

<sup>34</sup> Lakatos, I., *Science and Pseudoscience*, p. 20.

<sup>35</sup> *Ibidem.*, p. 25.

<sup>36</sup> Popper, K. R., *Conjectures and Refutations*, p. 45.

<sup>37</sup> *Vid.*, Lakatos, I. (1976) *Proofs and Refutations. The Logic of Mathematical Discovery*, Cambridge University Press: Great Britain. Hay versión castellana: (1978) *Pruebas y refutaciones. La lógica del descubrimiento matemático*, [introducción y selección: John Worrall y Elie Zahar], [versión española: Carlos Solís], Alianza Editorial: España.

<sup>38</sup> Lakatos, I., *Science and Pseudoscience*, p. 25.

<sup>39</sup> Sobre estos temas sobre Popper y Lakatos: *vid.*, Pérez Tamayo, R. (2017) *¿Existe el método científico? Historia y realidad*, [colección: La ciencia para todos, n. 161], (3ª Edición), Reimpresión, Fondo de Cultura Económica: México, pp. 216 y ss.; también pp. 224 y ss.

<sup>40</sup> Lakatos, I., *Science and Pseudoscience*, p. 20.

de la *Naturwissenschaften* a la *Geisteswissenschaften*; un esfuerzo de esta magnitud, es decir, de llevar el método científico a las disciplinas que tienen por objeto la realidad histórico-social, inició con Dilthey,<sup>41</sup> una empresa meramente crucial, sobre todo porque en la época en que se publica *Einleitung in die Geisteswissenschaften* se enfrenta al positivismo empírico de Comte y Mill, para quienes las ciencias del espíritu carecen de una metodología específica, y que, por tanto, para caracterizarse propiamente como ciencias, deben adoptar el método de las *Naturwissenschaften*.<sup>42</sup> Actualmente, no obstante, tal aspecto crítico ha ido cambiando con el tiempo; por ejemplo, Bunge afirma que, en realidad, “a los pseudocientíficos no se les acusa de ejercer su imaginación, sino más bien a dejarse arrastrar por ella. El lugar para la especulación desenfrenada está en el arte, no en la ciencia”.<sup>43</sup>

Alimentar, sin embargo, la creencia ciega en el método conllevaría a una asunción de abjurar al más grande pensamiento del siglo XVIII, con el que florecen las *Geisteswissenschaften* del siglo XIX: el concepto *Bildung* —en el sentido de W. von Humboldt:

Wenn Bildung meinen wir aber unsrer Sprache sagen, so in Höheres und mehr nemlich wir damit etwas zugleich Innerliches, dem und Gefühle aus der Erkenntniss des die Sinnesart, die sich

---

<sup>41</sup> Dilthey, W. (1922) *Einleitung in die Geisteswissenschaften. Versuch einer Grundlegung für das Studium der Gesellschaft und der Geschichte*, Verlag von B. G. Teubner: Leipzig, Deutschland, p. 4. Hay versión en castellano: (1949) *Introducción a las ciencias del espíritu. En la que se trata de fundamentar el estudio de la sociedad y de la historia*, [traducción: Eugenio Imaz], (2ª Edición), Fondo de Cultura Económica: México, pp. 11 y ss.

<sup>42</sup> Respecto al filósofo francés, su obra consta de seis volúmenes. Aquí se consultaron las siguientes ediciones: Comte, A. (1830) *Cours de philosophie positive*, t. I, Bachelier: París, France; (1935) *Cours de philosophie positive*, t. II, Bachelier: París, France; (1938) *Cours de philosophie positive*, t. III, Bachelier: París, France; (1939) *Cours de philosophie positive*, t. IV, Bachelier: París, France; (1941) *Cours de philosophie positive*, t. V, Bachelier: París, France; (1942) *Cours de philosophie positive*, t. VI, Bachelier: París, France. Sobre el filósofo inglés, vid., Mill, J. S. (2016) *A System of Logic. Ratiocinative and Inductive, Being a connected view of the Principles of Evidence, and the Methods of Scientific Investigation*, (8ª Edición), Harper & Brothers, The University of Adelaide, e-book. Hay versión en castellano: (1897) *Resumen sintético del sistema de lógica*, Librería de la V de CH. Bouret: París, France.

<sup>43</sup> Bunge (2010) *Las pseudociencias ¡vaya timo!*, [traducción: Rafael González del Solar], [colección: ¡Vaya Timo!, n. 14], Laetoli: European Union, p. 40.

gesamnten und harmonisch Strebens auf die geistigen sittlichen Empfindung und den Charakter ergiesst.<sup>44</sup>

Desde la *teoría crítica*, igualmente, se insistía que “auf dem Weg zur neuzeitlichen Wissenschaft leisten die Menschen auf Sinn Verzicht. Sie ersetzen den Begriff durch die Formel, Ursache durch Regel und Wahrscheinlichkeit”.<sup>45</sup> Un trayecto que, en efecto, exige al sujeto que “his imagination is restrained, and even his language ceases to be his own”.<sup>46</sup> Manifiesto es, por ende, que la educación científica exija marginar la subjetividad, a pesar de que “[...] it is only the cultivation of individuality which alone produces, or can produce, well-developed human beings”.<sup>47</sup> Así dispuesto, parece congruente afirmar que la Ilustración rompe su promesa de libertad, y se convierte más bien en un programa de *Die Entzauberung der Welt* («desencantamiento del mundo»).<sup>48</sup> Aspecto que suele recordar la experiencia de Platón para convertirse en discípulo de Sócrates,<sup>49</sup> el cual es retomado por Nietzsche con un tono trágico, en el sentido de abandonar el arte por el conocimiento: “[...] siendo un joven poeta trágico, lo primero que se vio obligado a hacer Platón para poder convertirse en discípulo de Sócrates fue quemar sus poemas”.<sup>50</sup> Un jaque decisivo que pone en entredicho el sentido; condena, igualmente, el mito y la religión, pero que al mismo tiempo se contradice

---

<sup>44</sup> Humboldt, W. v. (1907) *Gesammelte Schriften*, Seibenter, b. VII, [editado: Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften], B. Behr's Verlag: Berlín, Deutschland, p. 30.

<sup>45</sup> Horkheimer, M. & T. W. Adorno (1947) *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, Querido Verlag N. V.: Amsterdam, Netherlands, p. 15. Hay versión en castellano: (1998) *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, [traducción: Juan José Sánchez], [colección: Estructuras y Procesos. Serie Filosofía], (3ª Edición), Madrid, España: Trotta, p. 61.

<sup>46</sup> Feyerabend, P. (1993) *Against method*, (3ª Edición), Verso: Great Britain, p. 11.

<sup>47</sup> Mill, J. S. (2001) *On liberty*, Batoche Books: Kitchener, Ontario, Canada, p. 59. Hay versión en castellano: (2010) *Sobre la libertad*, La Guillotina: México, p. 155.

<sup>48</sup> Con mayor precisión, la expresión *Die Entzauberung der Welt* es una expresión acuñada por Horkheimer y Adorno, cuyo objetivo consiste en “sie wollte die Mythen auflösen und Einbildung durch Wissen stürzen”. Horkheimer, M. & T. W. Adorno, *óp. cit.*, p. 13.

<sup>49</sup> Laercio, D. (1792) *Sobre las vidas, opiniones y sentencias de los filósofos más ilustres*, t. I, [traducción: Josef Ortiz y Sanz], III:4, p. 173.

<sup>50</sup> Nietzsche, F. (2014) “El nacimiento de la tragedia”, [título original: *Die Geburt der Tragödie*], [traducción: Germán Cano Cuenca], en *Nietzsche I*, Gredos: España, §14, p. 94.

al alzarse como nueva mitología,<sup>51</sup> la cual únicamente encuentra sospecha en aquello que no proviene o cumple con lo que exige su canon: he ahí el tan asumido «no hay verdad sin método». Así, por ejemplo, se ha manifestado incluso en la publicidad. Una mera etiqueta con la leyenda «científicamente comprobado» es atractor de consumo, más que de fiabilidad:

Advertisements frequently assert that a particular product has been scientifically shown to be whiter, more potent, more sexually appealing or in some way superior to rival products. This is intended to imply that the claims are particularly well founded and perhaps beyond dispute.<sup>52</sup>

De ahí que “el elevado respeto por la ciencia es considerado como la religión moderna [...]”.<sup>53</sup> Paraliza así la crítica, y entorpece sus promesas a tal grado que “nimmt Aufklärung die Reflexion auf dieses rückläufige Moment nicht in sich auf, so besiegelt sie ihr eigenes Schicksal”;<sup>54</sup> una advertencia que no pasaría inadvertida para la filosofía que floreció en el siglo XX, dispuesta a reanimar el espíritu crítico y el sentido humano:

el placer de cultivar un jardín [por ejemplo] se remonta a épocas antiguas en que los jardines pertenecían a los dioses y se cultivaban para ellos. La sensibilidad ante la belleza, tanto en la naturaleza como en el arte, se anuda mediante mil tenues hilos a esas representaciones supersticiosas. Cuando el hombre moderno corta esos hilos, ya sea burlándose de ellos, ya sea ostentándolos, podrá conservar todavía por un rato el placer, pero su vida interior se habrá extinguido.<sup>55</sup>

No extraña, por tanto, que la primera crítica frente a esta pretendida exclusividad se desarrolle con cuestiones que pretenden desafiar un discurso que proyecta una aparente «identidad» entre «progreso» y *ciencia*, pues con tal ejemplo, en efecto, se sistematiza una crítica a la

---

<sup>51</sup> Chalmers, A., *What is that thing called science?*, p. XIX.

<sup>52</sup> *Ibidem.*, p. XX.

<sup>53</sup> Chalmers, A., *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?*, p. 6.

<sup>54</sup> Horkheimer, M. & T. W. Adorno, *óp. cit.*, p. 7.

<sup>55</sup> Horkheimer, M. (1973) *Crítica de la razón instrumental*, [título original: *Zur kritik der instrumentellen vernunft*], [traducción: H. A. Murena y D. J. Vogelmann], [colección: Estudios Alemanes], (2ª Edición), Sur: Buenos Aires, Argentina, pp. 36 y s. Añado corchetes.

visión instrumentalista, la tan anhelada empresa del «dominio de la naturaleza»,<sup>56</sup> porque un jardín, para la *razón instrumental*, no sirve de nada si no produce frutos que vender o que consumir. Se rehúye del arte, de la metafísica; significa una destrucción del humanismo. Una crítica que, por supuesto, se extiende al discurso capitalista,<sup>57</sup> debido a que de este suele advertirse que “was die Menschen von der Natur lernen wollen, ist, sie anzuwenden, um sie und die Menschen vollends zu beherrschen. Nichts anderes gilt. Rücksichtslos gegen sich selbst hat die Aufklärung noch den letzten Rest ihres eigenen Selbstbewußtseins ausgebrannt”.<sup>58</sup>

Resulta prudente, sin embargo, aceptar que “die Wissenschaft ist —wie man sie auch schelte— das A und das  $\Omega$  unserer Zivilisation”.<sup>59</sup> Por lo mismo, lejos de achacar una crítica sin medida, es menester indicar que la teoría de la comprensión no pretende socavar los triunfos de la ciencia, sino destacar que el énfasis en el método científico y el ego de la ciencia natural, al autoproclamarse como la única fuente de verdad posible, así como su insistencia en la satanización de la subjetividad, limitan la búsqueda y censuran (o descartan) horizontes, lo cual logra una no «apertura» a otros estudios que bien pueden brindar un poco de luz ante ciertas problemáticas que aún no han encontrado respuesta, y, por tanto, que puedan resultar perjudiciales para un ansiado «progreso científico».<sup>60</sup>

---

<sup>56</sup> Idea naciente y compartida por las disciplinas experimentales: “knowledge and human power are synonymous, since the ignorance of the cause frustrates the effect; for nature is only subdued by submission, and that which in contemplative philosophy corresponds with the cause in practical science becomes the rule”. Bacon, F. (2003) *Novum Organum*, [edición: Joseph Devey], Cornell University Library: United States of America, I:III, p. 11.

<sup>57</sup> Uno de los principales objetivos de la teoría crítica era precisamente establecer cómo el discurso capitalista había empobrecido el pensamiento crítico: “en las circunstancias del capitalismo tardío y de la impotencia de los trabajadores frente al aparato represivo de los Estados autoritarios, la verdad ha huido hacia pequeños grupos de admiración, que, diezmados por el terror, tienen poco tiempo para profundizar en la teoría”. Horkheimer, M., *Teoría tradicional y teoría crítica*, 47, pp. 266 y s.

<sup>58</sup> Horkheimer, M. & T. W. Adorno, *óp. cit.*, p. 14.

<sup>59</sup> Gadamer, H. G., *Was ist Wahrheit?*, p. 55.

<sup>60</sup> Además del ejemplo que a continuación se describe, en 1913, el físico danés, Bohr, ya encontraba una fuerte serie de críticas a su trabajo *Sobre la constitución de los átomos y las moléculas*, publicado en *Philosophical Magazine*, que, sin embargo, le llevó a ser acreedor del Premio Nobel de Física en 1922. Bohr, N. (1913, julio)

Por último, antes de entrar a la problemática central del presente estudio y establecer cómo la subjetividad permite ampliar el aspecto horizontal de la interpretación en el acto del comprender, es necesario asentar que esta será la pauta que permite advertir, en la derrotabilidad de las normas, un semblante sapiente que no se dirige a la ponderación, sino que asume la condición de la «excepción» como elemento propio, pero que se aproxima, a su vez, a una noción apodíctica, en donde el principio de igualdad ante la ley queda al descubierto, al establecer excepciones como producto del problema hermenéutico de la aplicación en el Derecho. Todo ello habrá que analizarse más adelante, por ahora, conviene concentrarse sobre cómo la racionalidad obedece a distintos términos, con el fin de especificar la crítica del deconstructivismo a la hermenéutica filosófica, y cómo adquiere relevancia para el tópico aquí sustentado, es decir, la posibilidad de que la comprensión, como diálogo, no sea hostil: el problema de la alteridad,<sup>61</sup> pues “[...] un diálogo no puede operar si no es a condición de que quienes dialogan compartan de entrada un cierto acuerdo originario, no tematizado, un horizonte homogéneo de sentido”.<sup>62</sup>

## 2. Elementos distintivos del diálogo: el efecto discursivo de la otredad y la paridad

Una situación sobre esto se produjo, por ejemplo, con el argumento EPR<sup>63</sup> y la historia a su alrededor antes y después de darse a conocer. Su propósito consistía en mostrar que la física

---

“On the Constitution of Atoms and Molecules”, en *The London, Edinburgh, and Dublin, Philosophical Magazine & Journal of Science*, s. 6, n. 26.

<sup>61</sup> Debido a que después del encuentro entre Gadamer y Derrida, en 1981, en París, solo el profesor alemán dedicó esfuerzos a reformular los cimientos de su filosofía, únicamente será necesario analizar la crítica del deconstructivismo de ese encuentro. Para ello, se tomarán, principalmente, las notas de Grondin y las memorias de tal encuentro: Michelfelder, D. P. & R. E. Palmer (ed.) (1989) *Dialogue and Deconstruction. The Gadamer-Derrida encounter*, State University New York Press: United States of America

<sup>62</sup> Muñoz González, D. M. (2016, enero-junio) “La textualidad del texto. En torno al encuentro Gadamer-Derrida”, en *Franciscanum*, v. LVIII, n. 165, p. 23.

<sup>63</sup> Algunas publicaciones suelen hablar más de una «paradoja EPR» más que de un argumento. Su motivo se debe a que EPR representa una contradicción a la teoría de la relatividad, ya que la idea del entrelazamiento cuántico entrevé que la correlación entre dos partículas es de forma instantánea, es decir, superior a la velocidad de la luz. En todo caso, este argumento basa su crítica sobre el principio de localidad y el problema de la medición, un asunto que dista entre la Física clásica y la cuántica.

cuántica era una teoría incompleta.<sup>64</sup> Se trataba, podría decirse, de una especie de segregación teórica, aunque en realidad era más bien un esfuerzo para conciliar que la nueva teoría no es congruente con lo que se sabe sobre la realidad; el mundo físico. Precisamente, por tal razón, para la física clásica (*mecanicismo*) aceptarla significaba que ciertos elementos se vieran comprometidos (como la lógica formal, el realismo, el *principio de localidad*, etc.).<sup>65</sup> Con otras palabras, se quería hacer patente que solo es aceptado como verdadero lo que proviene de la tradición.<sup>66</sup> He ahí el problema y dilema, porque la pretensión de “prescindir del postulado cuántico supone la negación de las razones empíricas que lo soportan; aceptarlo implica enfrentarse a ideas opuestas a lo que en general se entiende por verdadero”.<sup>67</sup> Significa, por tanto, romper con la tradición; una paradoja que, en última instancia, amenazaba con deshacer nuestra visión del mundo, la cual no podría resolverse, so pena de renunciar a por lo menos un elemento fundamental de la tradición en cuestión.

Pero no todo acaba ahí. Con el postulado cuántico, la problemática se extiende todavía más por el hecho de que para *Der Kopenhagener Geist*<sup>68</sup> la realidad depende del observador;

---

<sup>64</sup> Su tesis central es que “[...] (1) the description of reality given by the wave function in quantum mechanics is not complete or (2) these two quantities cannot have simultaneous reality”. Einstein, A., Podolsky, B. & N. Rosen (1935, mayo) “Can Quantum Mechanical Description of Physical Reality be Considered Complete?”, en *American Journal Physical Review*, v. 47, i. 10, I-II, p. 777.

<sup>65</sup> Einstein, A. (1948) “Quanten-Mechanik und Wirklichkeit”, en *Dialéctica*, v. 2, pp. 320-324.

<sup>66</sup> Bohr, N. (1949) “Discussion with Einstein on Epistemological Problems in Atomic Physics”, en Schilpp, P. A. (ed.) *Albert Einstein: Philosopher-Scientist*, Series *The Library of Living Philosophers*, v. 7, MJF Books: New York, United States of America, p. 206.

<sup>67</sup> Ferro Melgar, M. (1988) “Prólogo”, en Bohr, N. (1998) *La teoría atómica y la descripción de la naturaleza*, Alianza Editorial: Madrid, España, p. 31.

<sup>68</sup> Comunidad naciente del *Universitetes Institut for Teoretisk Fysik*, conocido también como el Instituto Bohr, inaugurado en marzo 3 de 1921. Como fundador, Bohr dota al Instituto de un estilo propio (*Copenhagen Interpretation*), secundado por Born, Darwin, Dirac, Ehrenfest, Franck, Gamow, Goudsmit, Heisenberg, Heitler, Jordan, Klein, Kramers, Landau, Landé, Nishia, Pauli, Rosenfeld, Schrödinger, Slater, Uhlenbeck, entre otros más. Sobre la historia del Instituto de Born: *vid.*, Roberston, P. (1979) *The early years. The Niels Bohr Institute, 1921-1930*, Akademisk Forlag: Copenhage, Denmark, pp. 175 y ss. Como dato anecdótico, resulta curioso que uno de sus principales colaboradores, Heisenberg, consideraba que Bohr era más filósofo que físico. Heisenberg, W. (1967) “Quantum theory and its interpretation”, en Rozental, S. (ed.) *Niels Bohr. His life and work as seen by his friends and colleagues*, Amsterdam, North-Holland: New York, United States of America, pp. 95 y ss.

se afirma que antes de que alguien observe cosa alguna (un electrón, en términos precisos) no es posible determinar su posición (*principio de incertidumbre*) es decir, su existencia. Su forma original consistía en establecer que cuanto mayor sea la precisión de una variable (posición-momento, energía-tiempo) menor precisión será obtenible de su correspondiente. Con otras palabras, la incertidumbre no se trata de una característica del sistema *per se*, sino de una limitación de la capacidad de conocer el valor determinado de una variable, ya que, con la observación, todo sistema microfísico altera su valor, lo que hace imposible observar en sí su valor inicial —aspecto que contradice la física newtoniana, la cual establece que el observador no representa ningún aspecto posible para el objeto observable, salvo la misma observación al objeto. Bohr lo explica mejor:

[...] el postulado cuántico implica que toda observación de los fenómenos atómicos lleva aparejada una interacción con el aparato de observación que no puede ser despreciada. Por consiguiente, no puede adscribirse una realidad independiente en el sentido físico ordinario ni a los fenómenos ni a los instrumentos de observación.<sup>69</sup>

No obstante, este principio fue redefinido en el sentido de que el sistema microfísico, antes de ser medido, no posee ciertos atributos, los cuales únicamente son adquiridos después de un acto de medición (es decir, de observación).<sup>70</sup> Respecto a un sistema macrofísico, sin embargo, la superposición de estados rompe con la lógica formal:

desde luego, toda observación puede en última instancia reducirse a nuestras percepciones sensibles, pero, no obstante, la circunstancia de que tengamos siempre que hacer uso de nociones teóricas para interpretar las observaciones supone que en cada caso particular es una cuestión de

---

<sup>69</sup> Bohr, N. (1927) “El postulado cuántico y el desarrollo reciente de la teoría atómica”, en Bohr, N. (1998) *Teoría atómica y la descripción de la naturaleza*, [título original: *Atomic Theory and the Description of Nature — Four Enssays with an Introduction Survey*], [prólogo, traducción y notas: Miguel Ferrero Melgar], Alianza Editorial: Madrid, España, p. 99.

<sup>70</sup> Heisenberg, W. (1983) “The physical content of quantum kinematics and mechanics”, en Wheeler, J. A. & W. H. Zurek (ed.) *Quantum Theory and Measurement*, Princeton University Press: New Jersey, United States of America, pp. 62-84.

conveniencia el punto en el cual se hace entrar en la descripción el concepto de observación, que compromete el postulado cuántico con su inherente irracionalidad.<sup>71</sup>

He ahí por qué Einstein llegó a asentar: “[...] whether I really believed that the moon exists only when I look at it”.<sup>72</sup> Esto significa, precisamente, romper con otro pilar de la tradición que da lugar a la física como ciencia, para la cual la realidad es independiente del observador (Newton).<sup>73</sup> Ante esto, desde un primer momento, Einstein estaba convencido que la nueva teoría se trataba de una teoría errónea<sup>74</sup> («*God does not play dice*»)<sup>75</sup> si bien no pretendía negar su (remota) posibilidad,<sup>76</sup> lo cual, igualmente, se puede advertir en la conclusión del

---

<sup>71</sup> Bohr, N., *loc. cit.* Un intento de mostrar lo irracional de la teoría cuántica es la conocida paradoja del gato. Schrödinger, (1935) “Die gegenwärtige Situation in der Quantenmechanik”, en *Der Naturwissenschaften*, j. 23, h. 48, pp. 807-812. Existe una versión en inglés: “The present situation of quantum mechanics”, en *supra*, pp. 152-167.

<sup>72</sup> Pais, A. (1979) “Einstein and the quantum theory”, en *Review of Modern Physics*, n. 51, 863; *cfr.*, Mermin, D. (1985) “Is the moon there when nobody looks? Reality and the quantum theory”, en *Physics Today*, pp. 38-47.

<sup>73</sup> Para ahondar en el tema: *vid.*, Kumar, M. (2000) *Quantum: Einstein, Bohr and the great debate about the nature of reality*, Icon Books Ltd., ebook, pp. 351 y ss. Existe una versión en castellano (2011) *Quantum: Einstein, Bohr y el gran debate sobre la naturaleza de la realidad*, [traducción: David González Raga], Editorial Kairós: Barcelona, España, pp. 347 y s. Para una narrativa en español: *vid.*, De la Torre, A. C. (2012) *Física cuántica para filo-sofos*, [colección: La Ciencia para Todos, n. 178], (2ª Edición), Reimpresión, Fondo de Cultura Económica: México, pp. 99 y ss.

<sup>74</sup> Kumar, M., *óp. cit.*, pp. 346 y s.

<sup>75</sup> Carta de Einstein a Born: diciembre 4 de 1926. *Vid.*, Born, M. (1971) *The Born-Einstein letters. Correspondence between Max & Hedwig Born from 1916 to 1955 with commentaries by Max Born*, [traducción: Irene Born], [comentarios: Max Born], [introducción: Werner Heisenberg], [prefacio: Bertrand Russell], The Macmillan Press LTD: Great Britain, 52, p. 91. Un testimonio se encuentra en Heisenberg, W. (1989) *Encounters with Einstein: And other essays on people, places, and particles*, [título original: *Tradition in der Wissenschaft*], Princeton University Press: Princeton, New Jersey, United States of America, pp. 116 y s. También *vid.*, Calaprice, A., *óp. cit.*, p. 215. Hay una versión en castellano: (2014) *Albert Einstein. El libro definitivo de citas*, [traducción: Francisco García Lorenzana], [prólogo: Freeman Dyson], Plataforma Editorial: Barcelona, España, p. 355.

<sup>76</sup> Así lo estipulaba en una carta signada a Sommerfeld, en noviembre 9 de 1927. Cassidy, D. (1992) *Uncertainty: The Life and Science of Werner Heisenberg*, W. H. Freeman and Company: New York, United States of America, p. 253.

argumento EPR: “while we have thus shown that the wave function does not provide a complete description of the reality, we left the open the question of whether or not such description exists. We believe, however, that such theory is possible”.<sup>77</sup>

No obstante, resultaba muy incómodo; era una gran paradoja con la que es posible entrever que «sin el postulado cuántico no se entiende la experiencia ordinaria, pero con la experiencia ordinaria no se entiende el postulado cuántico», o bien, se entiende solo como algo esencialmente irracional —una práctica común para aquellos estudios que rompen, de una u otra manera, con la tradición.

Ante tal panorama, una anecdótica disputa resulta del encuentro que inició durante el V Congreso Solvay,<sup>78</sup> celebrado en Bruselas (1927) donde Einstein dudaba respecto a si la física cuántica era una teoría correcta, por lo que, durante el evento, su participación se limitó a un único pronunciamiento con el que presentaba un experimento hipotético (*Gedankenexperimente*) cuyo objetivo principal era evidenciar una incoherencia lógica y marcada inconsistencia de la nueva teoría que se posicionaba como un gran descubrimiento.<sup>79</sup> Sin embargo, aunque para las mentes reunidas en Bruselas el congreso concluía con una gran coherencia lógica mostrada por la *Copenhagen Interpretation*: “there is no quantum world. There is only an abstract quantum physical description. It is wrong to think that the task of physics is to find out how nature is. Physics concerns what we can say about nature”.<sup>80</sup> A Einstein, no obstante, lo dejaba insatisfecho,<sup>81</sup> por lo que mantendrá, pasados los años, su postura frente a una posible incongruencia teórica.

Durante los próximos tres años, sin embargo, el físico danés, Bohr, preocupado por no lograr convencer al famoso físico alemán, había dedicado todo su tiempo en reanalizar cada *Gedankenexperimente* que pretendiera mostrar la incoherencia de la física cuántica. Sus resultados, no obstante, se mantenían: siempre surgía algún fallo no previsto por Einstein,<sup>82</sup>

---

<sup>77</sup> Einstein, A., Podolsky, B. & N. Rosen, *óp. cit.*, II p. 780.

<sup>78</sup> Kumar, M., *óp. cit.*, pp. 340 y ss.

<sup>79</sup> Respecto al experimento hipotético (placa fotostática y un rayo de fotones), *Ibidem.*, pp. 357 y ss. También se conoce como «experimento de la rendija».

<sup>80</sup> Petersen, A. (1963, septiembre) “The Philosophy of Niels Bohr”, en *Bulletin of the Atomic Scientists. The magazine of science and public affairs*, v. XIX, n. 7, Editorial Board: Chicago, United States of America, p. 12.

<sup>81</sup> Heisenberg, W., *The quantum theory and its interpretation*, p. 107.

<sup>82</sup> Kumar, M., *óp. cit.*, p. 376.

y, por tanto, la confianza en el éxito de la física cuántica crecía. Grata sorpresa, no obstante, fue que durante el VI Congreso Solvay (1930) el físico alemán se presentaba con verdadera determinación, aparentemente sin ninguna inquietud, una serenidad plena que solo incomodaba (nervios) al físico danés, pues, para su sorpresa, Einstein había preparado un nuevo *Gedankenexperimente* para el cual no estaba preparado.<sup>83</sup> A este punto, por ejemplo, es posible advertir cómo la problemática de la subjetividad es patente incluso en estos debates, ya que para Bohr, si el alemán tenía razón: “[...] it would mean the end of physics”.<sup>84</sup> Para Einstein, en cambio, “[...] it was neither an end nor a beginning. It was nothing more than a demonstration that quantum mechanics was inconsistent and therefore not to be close and complete theory that Bohr claimed”.<sup>85</sup>

Todo parecía indicar que esta ocasión Einstein se proclamaría ganador indiscutible del debate sobre la realidad (dependiente *vs* independiente). Pero mayor fue la sorpresa cuando, al día siguiente a la crítica del científico alemán, el físico danés contraargumentaba con el hecho de que Einstein había olvidado su más grande logro: la *General Theory of Relativity*.<sup>86</sup> Empero, a pesar del giro inesperado y nueva derrota, la postura del físico alemán se mantenía más firme que antes, aunque ya no se trataba de probar que la física cuántica era una teoría inexacta, sino, más bien, incompleta,<sup>87</sup> por lo que cinco años después (1935) desde la Universidad de Princeton publica, junto con Podolsky y Rosen, su argumento (definitivo) contra la física cuántica, cuya precisión, claridad y rigor presenta un altísimo nivel, a pesar de su brevedad (solo cuatro páginas)<sup>88</sup> —el cual, dicho sea de paso, ha sido objeto de análisis

---

<sup>83</sup> Se propuso un experimento nuevo, el cual consistía en una caja llena de luz y los dos relojes sincronizados; su propósito era determinar el peso de la caja a raíz de que un fotón escapara del interior de la caja. *Ibidem.*, pp. 378 y ss. También *vid.*, De la Torre, A. C., *óp. cit.*, pp. 100 y s.

<sup>84</sup> Rosenfeld, L. (1968) “Some concluding remarks and reminiscences”, en *Solvay Institute*, p. 232. También *vid.*, Kumar, M., *óp. cit.*, pp. 378 y s.

<sup>85</sup> *Ibidem.*, p. 379.

<sup>86</sup> *Ibidem.*, p. 382.

<sup>87</sup> *Ibidem.*, p. 384.

<sup>88</sup> Sobre este asunto, se sabe que fue Podolsky y no Einstein quien redactó el documento, gracias a una carta del físico alemán dirigida a Schrödinger, donde expresa que, por razones de idioma, la redacción corrió a cargo de Podolsky. Para más sobre esta anécdota: *vid.*, Kumar, M., *óp. cit.*, pp. 402 y ss. Un análisis detallado, en castellano: *vid.*, De la Torre, A. C., *óp. cit.*, pp. 102 y ss.

por un largo periodo desde la filosofía de la ciencia; si bien ya ha dejado el plano meramente teórico.<sup>89</sup> Tal hecho, incluso, sobrepasó la frontera académica y llamó la atención del diario New York Times, el cual publicó un artículo intitulado: “Einstein attacks quantum theory”.<sup>90</sup> Tres días después, no obstante, publicaba igualmente una réplica del físico alemán, donde expresaba su descontento con la nota del diario, ya que consideraba inapropiado que una disputa académica se llevara al contexto mediático.<sup>91</sup>

No obstante, aunque del argumento EPR se puede extraer una crítica que obliga al defensor de la física cuántica a deshacer un principio fundamental de la física, conviene establecer que tal argumento parte del hecho de que únicamente lo asentado por la tradición es lo estrictamente verdadero (algo que, por ejemplo, Kuhn menciona respecto a la aceptación de un nuevo paradigma).<sup>92</sup> Por tanto, y pese a los esfuerzos del trío con sede en Princeton, la física cuántica hoy día se ha establecido como otra forma de observar el mundo (en este caso, que inicia con el mundo de la «complementariedad»)<sup>93</sup> y de hacer ciencia (probabilística, no determinista) siempre y cuando, por supuesto, no incomode admitir que actualmente existen

---

<sup>89</sup> Veintinueve años después, surge el llamado teorema de Bell (o desigualdades del Bell) con el cual se detalla un estudio matemático que pone a prueba el argumento EPR, y cuyas conclusiones proporciona evidencia empírica en contra del realismo (EPR) y en favor de la mecánica cuántica (Bohr). Bell, J. S. (1964) “On the Einstein Podolsky Rosen Paradox”, en *Physics*, v. 1, n. 3, University of Wisconsin: Wisconsin, United States of America, pp. 195-200. Su confirmación, sin embargo, llegó diecisiete años después: *vid.*, Aspect, A. (1981) “Experimental Tests of Realistic Local Theories via Bell’s Theorem”, en *Physical Review*, 47, p. 460. Con este último trabajo se trata de mostrar la existencia de efectos que violan el *principio de localidad*.

<sup>90</sup> Puede consultarse vía hemeroteca: (mayo 4 de 1935) “Einstein attacks quantum theory; scientist and two colleagues find it is not ‘complete’ even though ‘correct’”, en *The New York Times*, p. 11. Existe también una versión digitalizada en la web del diario, The New York Times, por medio de su programa de suscripción TimeMachine. Respecto a la actitud de Einstein tras la nota: *vid.*, Kumar, M., *óp. cit.*, p. 403.

<sup>91</sup> De hecho, tal nota del New York Times sentó muy mal a Einstein. Además, tras enterarse que los hallazgos del argumento EPR habían sido filtrados por Podolsky al diario estadounidense, el físico alemán nunca volvió hablar con el físico ruso.

<sup>92</sup> Kuhn, T. S., *óp. cit.*, pp. 144 y s.

<sup>93</sup> Más que una contradicción, las descripciones en términos de onda o partículas son complementarias; no son simultaneos, sino más bien excluyentes, pero dependientes. Bohr, N., *El postulado cuántico y el desarrollo reciente de la teoría atómica*, pp. 100 y s.

dos opciones para el estudio de la realidad física (micro y macro).<sup>94</sup> Tal anécdota, ahora patente, deja entrever que la delimitación de la «verdad» propuesta desde un único sector (como la del «método científico») puede ocasionar que nuevos estudios se vean opacados por la tradición, o bien, que cuesten mucho llegar a ser aceptados. Empero, al mismo tiempo, otorga un ejemplo de cómo “une réelle rencontre transforme toujours ses interlocuteurs”,<sup>95</sup> es decir, a pesar de que Einstein desde un principio sospechaba que la física cuántica representaba una incongruencia para el pensamiento lógico, no negó su posibilidad —hecho que fue más notorio al cambiar su discurso, tras planear ahora que la física cuántica era una «teoría incompleta»— y, lo más sorprendente, es que el físico alemán pasó sus últimos treinta años en tratar de desarrollar una *unified field theory*:<sup>96</sup> “der nach Einheitlichkeit der Theorie strebende Geist kann sich nicht damit zufrieden geben, dass zwei ihrem Wesen nach voneinander ganz unabhängige Felder existieren sollen”.<sup>97</sup>

Años más tarde, diversos físicos retomaron el trabajo incompleto de Einstein, y proponen una teoría nueva denominada *String Theory*. Una teoría que sería capaz de unir los dos campos y explicar todo, de ahí que también se le conozca como *theory of everything*: el *holy grail* de la física contemporánea.<sup>98</sup>

Acaece, pues, que, con esta anécdota, a pesar de que “der dekonstruktivismus wittert in der hermeneutischen Idee der Verständigung eine Perpetuierung des metaphysischen Willens zur Macht, der rallen sein (hier dialogisches) Rationalitätsmodell aufzwingt und auf diese

---

<sup>94</sup> Con todo, podría decirse que las implicaciones del argumento EPR aún están en disputa. No hay, en efecto, aún un acuerdo respecto a concluir quién tenía razón, si Einstein o Bohr. Para un mayor ahondamiento: *vid.*, Selleri, F. (1986) *El debate de la teoría cuántica*, [traducción: Miguel Ferrero Melgar], Alianza Universidad: Madrid, España.

<sup>95</sup> Grondin, J. (2008) *L'herméneutique*, (2ª Edición), Presses Universitaires de France: París, France, p. 93. Hay versión castellana: (2008) *¿Qué es la hermenéutica?*, [traducción: Antoni Martínez Riu], Herder: España, p. 141.

<sup>96</sup> APS News (2005, december) “Einstein’s quest for a unified theory”, v. 12, n. 11, p. 2.

<sup>97</sup> Einstein, A. (1923) “Grundgedanken und Probleme der Relativitätstheorie”, en *Les Prix Nobel en 1921-1922*, Carl Gustaf Santesson: Stockholm, Sweden, p. 9. Hay una versión en inglés: (1967) “Fundamental ideas and problems of the theory of relativity”, en *Nobel lectures, Physics 1901-1921*, Elsevier Publishing Company: Amsterdam, Neatherlands, p. 489.

<sup>98</sup> APS News, *loc. cit.*

Weise davon abweichende Individualität, Differenz und Dissidenz totalitär unterdrücken müsse”,<sup>99</sup> en realidad, la sospecha de un supuesto que esconde la universalidad de la comprensión, uno de los propósitos que se persiguen, la alteridad del otro no está destinada a ser domesticada por su asimilación en lo mismo; todo queda intacto, en buen término.

### 3. Horizontes de la razón: equilibrio entre la inconmensurabilidad de discursos

Partir de este punto, por lo mismo, adquiere vital importancia, en primer lugar, porque el planteamiento hermenéutico desarrollado por la teoría de la comprensión, al parecer, pese a su carácter universal,<sup>100</sup> no ha adquirido debida importancia para la tradición, esto incluye, por supuesto, a la teoría jurídica; sea esto quizá porque se desenvuelve en un campo donde la cientificidad metódica de las *Naturwissenschaften* resulta cuestionable, o ya por asegurar que la *subjetividad* resulta ser fundamental. Conjuntamente, más que problemática de menester atender, puede ofrecer una *praxis* (jurídica, por supuesto) con mayores posibilidades de mejora. Sin ir más lejos, en la actividad jurídica, por ejemplo, la «práctica judicial» al ser uno de esos sitios “[...] onde a verdade se forma, onde um certo número de regras de jogo são definidas —regras de jogo a partir das quais vemos nascer certas formas de subjetividade, certos domínios de objeto, certos tipos de saber [...]”,<sup>101</sup> y, por ende, la teoría de la comprensión resulta necesaria para delimitar dicha subjetividad a una racionalidad; una fundamentación de *ratio legis*.

De tal aspecto, y, en segundo lugar, se derivan diversas consecuencias, verbigracia, la conciencia hermenéutica, sin una correcta *Bildung*, puede provocar una fractura en la conciencia histórica, lo cual puede impedir catapultar su apogeo exigido en la concreción. Principalmente porque, una vez fracturada la conciencia, no es posible establecer una

---

<sup>99</sup> Grondin, J. (2001) *Einführung in die philosophische Hermeneutik*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt: Deutschland, p. 186. Hay versión en castellano (1999) *Introducción a la hermenéutica filosófica*, [prólogo: Hans-Georg Gadamer], [traducción: Angela Ackermann Pilári], Herder: Barcelona, España, p. 192.

<sup>100</sup> Dilthey, W. (2000) *Dos escritos sobre hermenéutica: El surgimiento de la hermenéutica y los Esbozos para una crítica de la razón histórica*, [título original: *Die Entstehung der Hermeneutik y Entwürfe zur Kritik der Historischen Vernunft*], [prólogo, traducción y notas: Antonio Gómez Ramos], [epílogo: Hans Ulrich Lessing], [colección: Ágora de Ideas, n. 164], Editorial Istmo: Madrid, España, pp. 25 y ss.

<sup>101</sup> Foucault, M., *óp. cit.*, p. 11.

diferencia entre el concepto de «aplicación» propio de la teoría de la comprensión y el concepto de *aplicación de derecho*, aun cuando son ampliamente distintos. Esto suele ser un error constante en los estudios jurídicos cuando se aborda tal temática, pues en realidad, hermenéuticamente hablando, “*applikation ist keine nachträgliche Anwendung von etwas gegebenem Allgemeinen, das zunächst in sich verstanden würde, auf einen konkreten Fall, sondern ist erst das wirkliche Verständnis des Allgemeinen selbst, das der gegebene Text für uns ist*”.<sup>102</sup> Definitivamente, afrontar el problema hermenéutico de la aplicación requiere de una mayor profundidad, pues no es que sea ahí donde la comprensión adquiera un sentido de completud, sino que es confirmación de lo comprendido.

No obstante, existen precedentes en donde esto ocurre en una dirección errónea, por lo que esto no es necesariamente extraño, pues esta problemática es asequible desde la exégesis; tras la fractura, se ha advertido que la conciencia comienza por reconocer apotegmas interpretativos inconmensurables tipo,<sup>103</sup> y concluye por esbozar fronteras que priorizan la objetividad, ya que cimentan la idea de que “*nur der versteht, der sich selber aus dem Spiele zu lassen versteht*”;<sup>104</sup> una posición muy conocida, sobre todo, porque es la asumida por la hermenéutica tradicional conjeturada como sistema de reglas.<sup>105</sup>

---

<sup>102</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit und Methode*, p. 346.

<sup>103</sup> Como la llamada «discrecionalidad judicial». Una versión está en Hart, H. L. A. (2001) “Problems of the Philosophy of Law”, en *Essays in jurisprudence and philosophy*, Reimpresión, Clarendon Press, Oxford: New York, United States of America, p. 106. Una versión más conocida, y del mismo autor, (1992) *El concepto de Derecho*, [título original: *The concept of law*], [traducción: Genaro R. Carrió], [1ª Edición: 1961], Abeledo-Perrot: Buenos Aires, Argentina, p. 159. Una última en (2000) *Post-scriptum al concepto de Derecho*, [título original: *Postscript*], [traducción, estudio preliminar, notas y bibliografía: Rolando Tamayo y Salmorán], [edición: Penélope A. Bulloch y Joseph Raz], [colección: Serie Estudios Jurídicos, n. 13], [1ª Edición: 1994], Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México: México, pp. 135 y s.

<sup>104</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit und Methode*, p. 340.

<sup>105</sup> “Si bien, en principio, la hermenéutica fue un simple sistema de reglas, hoy es una simple teoría de la comprensión, a la cual no hay que temer por su implicación”. Szondi, P. (2006) *Introducción a la hermenéutica literaria*, [título original: *Einführung in die literarische Hermeneutik*], [traducción: Joaquín Chamorro Mielke], [introducción: José Manuel Cuesta Abad], [edición: Jean Bollack y Helen Stierlin], Editorial Abada: Madrid, España, p. 43. Para una noción amplia de una hermenéutica como sistema de reglas: *vid.*, Chladenius, J. M. (1969) *Einleitung zur richtigen Auslegung vernünftiger Reden und Schriften*, [edición e introducción: Lutz

Por tal motivo, ante las críticas que se elaboran desde la tradición, en condena del pensamiento hermenéutico y su reivindicación sobre la subjetividad, sería una pena que, después de tanto descrédito al talante hermenéutico, se acuerde, en unos años después, que el paradigma adecuado para tratar asuntos jurídicos con mayor profundidad sea precisamente el interpretativo, como ocurrió al final del debate de la teoría cuántica. Pero con la diferencia que entre aquella y la que aquí compete, a pesar de sus diferencias, se llevó a cabo y a buen término; ello no opaca, sin embargo, que “sofern die Hermeneutik von ihm sprach, war der Relativismus für sie nichts mehr als ein Gespenst, das heißt eine Konstruktion, die Schrecken einjagen soll, die es aber nicht gibt”.<sup>106</sup>

Ahora bien, por lo que respecta a la teoría jurídica, solo ha existido una disputa que ha trascendido con gran aspecto significativo la problemática de la interpretación, pero sin buen entendimiento (y que, de hecho, se le ignora). Su punto de quiebre fue, precisamente, no aceptar la subjetividad como un distintivo del *Dasein*. Curioso, sin embargo, resulta que

hay[a] una sabrosa simetría en el privilegio que Gadamer reconoce al derecho y en la que Betti reconoce a la filología [...] Gadamer goza de una formación de filólogo y Betti de una formación de jurista. Ambos han desarrollado bastante tarde en sus carreras (Betti tenía sesenta y cinco años, Gadamer sesenta) una teoría general de la interpretación a fin de esclarecer los principios de sus prácticas hermenéuticas. Pero cada uno ha propuesto su modelo hermenéutico [...] en la disciplina del otro. En tanto que Betti exalta la comprensión teórica realizada en filología, Gadamer saca su inspiración de la aplicación practicada por los juristas. Este es un bello ejemplo de la apertura al otro que debe distinguir toda reflexión hermenéutica.<sup>107</sup>

Con todo, la disputa entre Betti (contemplación) y Gadamer (aplicación) entrevé una problemática entre un sentido epistemológico y otro ontológico, ya que el primero no estaba dispuesto a aceptar el riesgo que la subjetividad representa, ni tampoco a considerar que la actividad del comprender del juez no es distinta de la acción realizada por el historiador del derecho. Aquí es donde se advierte que “la hermenéutica de Betti [...] fue enormemente

---

Geldsetzer], *Instrumenta philosophica*: Leipzig, Deutschland, §102. También, *vid.*, Meier, G. F. (1757) *Versuch einer allgemeinen Auslegungskunst*, Carl Hermann Hemmerde: Deutschland, §1, p. 1.

<sup>106</sup> Grondin, J., *Einführung...*, p. 196.

<sup>107</sup> Grondin, J. (2011, julio-diciembre) “La hermenéutica como ciencia rigurosa según Emilio Betti (1890-1968)”, en *Co-herencia*, v. 8, n. 15, Universidad EAFIT: Medellín, Colombia, p. 39.

eclipsada por el éxito de la hermenéutica gadameriana [...]”.<sup>108</sup> Por ende, para un buen diálogo, para romper con la inconmensurabilidad entre paradigmas, se requiere primeramente aceptar que uno puede estar equivocado:<sup>109</sup> “l’âme del’herméneutique consistait à reconnaître que «c’est peut-être l’autre qui a raison». La compréhension apparaît alors moins comme une appropriation que comme une ouverture à l’autre et ses raisons”.<sup>110</sup> Con otros términos, “en la mayoría de los casos, ser razonable significa no ser testarudo”,<sup>111</sup> pues

solo por la experiencia misma llegamos a reconocer aquellas leyes que nos garantizan una visión comprensiva de la diversidad de los fenómenos y justo por ello debemos estar siempre preparados para modificar las ideas directrices que ordenan nuestra experiencia a medida que nuestro conocimiento se amplía.<sup>112</sup>

Con esta información, entonces, si se cuestiona sobre el estadio en que se circunscribe la hermenéutica jurídica con relación al «comprender», por un lado, resultaría un tanto difícil situar un brío que tenga por fin estructurar un trazo histórico con talantes efectivos; incluso, si se prefiere referir a las teorías de la argumentación jurídica, por ejemplo, ocurre el mismo inconveniente, ya que

[...] la racionalidad discursivo-argumentativa no logra por completo dar razón de los elementos valorativos —morales, políticos o cualquier índole— que se sitúan en la base de interpretaciones y decisiones, lo cual parece obligarnos a admitir la inevitabilidad del subjetivismo o, al menos, del relativismo y, en consecuencia, a admitir que el Derecho es únicamente decisión, y decisión que se funda en definitiva sobre un fondo último e irreductible de arbitrariedad, de irracionalidad. Si esto es así, lo valorativo no será más que la expresión de lo irracional.<sup>113</sup>

---

<sup>108</sup> *Ibidem.*, p. 20.

<sup>109</sup> Contrario a la idea cartesiana que, ante el desacuerdo sobre una misma cosa, uno de los juicios en conflicto es incorrecto, o bien, ninguno lo es, por no ser *claro* y *distinto* ante el adversario, ya que, si lo fuese realmente, el contrario forzaría su convicción a lo expuesto por el otro.

<sup>110</sup> Grondin, J., *L’herméneutique*, p. 94.

<sup>111</sup> Horkheimer, M., *Crítica de la razón instrumental*, p. 14.

<sup>112</sup> Bohr, N. (1929) “Introducción”, *óp. cit.*, p. 52.

<sup>113</sup> Serna Bermúdez, P. (2006) *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación y sus problemas*, Porrúa: México, p. 105.

Pero, por otro lado, no sería nada complejo localizar “die dogmatische Voraussetzung des «maßgeblichen» Textes [...]”.<sup>114</sup> Con todo, asumir las dificultades de la *comprensión* es una problemática que no se ha abandonado, sino que sigue su curso —al menos desde la filosofía— de ahí que su confrontación para procurar el lugar que hoy ocupa tras la afluencia de la ontologización de la hermenéutica<sup>115</sup> y más propiamente del pensamiento fenomenológico, tal como anticipaba Husserl, cuyo discurso, además de haber logrado un ápice con la estructura de la *subjetividad* antes no logrado, constriñe un matiz respecto a cómo la comprensión es posible;<sup>116</sup> su *quid*.

Der prinzipielle Fehler der empiriftifchen Argumentation liegt darin, daß die Grundforderung eines Rückganges auf die «Sachen felbft» mit 'der Forderung aller Erkenntnisbegründung durch Erfahrung identifiziert, bzw. verwechfelt wird. Ohne weiteres gilt ihm, bei der begreiflichen naturaliftifchen Einfchränkung des Rahmens erkennbarer «Sachen», Erfahrung als der einzige Sachen felbft gebende Akt. Aber Sachen find nicht ohne weiteres Naturfachen, Wirklichkeit im gewöhnlichen Sinne nicht ohne weiteres Wirklichkeit überhaupt, und nur auf Naturwirklichkeit bezieht fich, derjenige originär gebende Akt, den wir Erfahrung nennen.<sup>117</sup>

Categorizar la hermenéutica como simplemente un sistema de reglas —entendido como *Auslegungslehre Auslegekunst (ars interpretanti)*— por tanto, se vuelve una empresa ajena al propósito fijado por la *hermenéutica de la facticidad*, pues desde esta postura, “«Verstehen» meint nicht mehr ein Verhalten des menschlichen Denkens unter anderen, das sich methodisch disziplinieren und zu einem wissenschaftlichen Verfahren ausbilden läßt,

---

<sup>114</sup> Gadamer, H. G., “Klassische und philosophische Hermeneutik”, en *óp. cit.*, p. 98. Su versión castellana es: “Hermenéutica clásica y hermenéutica filosófica”, en *Wahrheit und methode*, t. II, p. 101.

<sup>115</sup> Aquella acepción que transforma a la interpretación de un «modo de conocimiento» a un «modo de ser»: “die Auslegung ist nicht die Kenntnisnahme des Verstandenen, sondern die Ausarbeitung der im Verstehen entworfenen Möglichkeiten”. Heidegger, M., *óp. cit.*, §32, p. 148. Heidegger, en este sentido, “[...] ha mostrado [...] de manera convincente, que la comprensión no es uno de los modos de comportamiento del sujeto, sino el modo de ser del propio estar ahí”. Gadamer, H. G., *Verdad y método*, p. 12.

<sup>116</sup> *Ídem*.

<sup>117</sup> Husserl, E., *loc. cit.*, §19.

sondern macht die Grundbewegtheit des menschlichen Daseins aus”,<sup>118</sup> ya que “ella pone en juego el problema general de la comprensión”.<sup>119</sup> Justamente, porque “darle un método a la comprensión implica permanecer en el marco de los presupuestos del conocimiento objetivo y en los prejuicios de la teoría del conocimiento kantiana”.<sup>120</sup> Aspecto que, por una parte, pareciera ser el propósito de la hermenéutica jurídica actual, la cual no ha proyectado una preocupación respecto a la comprensión justa. Y, por otra parte, relega de la importancia histórica en el proceso interpretativo como principio hermenéutico fundamental para la correcta comprensión.

Erst die Hermeneutik entdeckte in der Geschichtlichkeit die sprechende Angel jeder Verstehensbemühung. Die Geschichtlichkeit ist nicht länger eine Grenzbestimmung der Vernunft und ihres Anspruchs, die Wahrheit zu erfassen, sondern stellt vielmehr eine positive Bedingung für die Erkenntnis der Wahrheit dar. Dadurch verliert die Argumentation des historischen Relativismus jedes wirkliche Fundament. Ein Kriterium für absolute Wahrheit verlangen enthüllt sich als ein abstraktmetaphysisches Idol und verliert jede methodologische Bedeutung. Die Geschichtlichkeit hört auf, das Gespenst des historischen Relativismus herauszurufen.<sup>121</sup>

Dicho de otro modo, y de manera específica, la hermenéutica jurídica debe representar un más allá de solo un bagaje de compilaciones cuyo propósito es áncora de lo óntico y tráfuga del historicismo que, aunque favorecedora de la *ἐπιστήμη*, objeta la posibilidad de un *ethos hermenéutico* que logre trascender del *sensus*, y, al mismo tiempo, acedía la labor interpretativa que, desde la época de Homero en la Stoa<sup>122</sup> y la interpretación judaica cristiana, permea entre lo literal y lo alegórico,<sup>123</sup> para coronarse actualmente tras la ruptura

---

<sup>118</sup> Gadamer, H. G., *Klassische und philosophische Hermeneutik*, p. 103. Un buen estudio sobre la «hermenéutica de la facticidad» se encuentra en Grondin, J., *L'herméneutique*, pp. 29 y ss.

<sup>119</sup> Ricoeur, P. (2003) *El conflicto de las interpretaciones*, [título original: *Le conflit des interprétations*], [traducción: Alejandrina Falcón], Fondo de Cultura Económica: Argentina, p. 10.

<sup>120</sup> *Ibidem.*, p. 12.

<sup>121</sup> Grondin, J., *Einführung...*, pp. 197 y s.

<sup>122</sup> Szondi, P., *óp. cit.*, p. 50.

<sup>123</sup> Ebeling, G., (1957) “Hermeneutik”, *Die Religion in Geschichte und Gegenwart. Handwörterbuch für Theologie und Religionswissenschaft*, (3ª Edición), Editorial K. Galling: Tübingen, Deutschland, v. I, p. 238.

semblante del propósito ilustrado;<sup>124</sup> característica inmanente de aquello que se funda como interpretación jurídica. Betti, por ejemplo, podría bien representar uno de estos esfuerzos, sin embargo, su teoría de la interpretación no logra dilucidar la importancia del intérprete en el proceso de la comprensión al evitar la estructura de la «conciencia histórica», y, en general, del problema de la historicidad, por lo que su aporte logra consigna para la hermenéutica epistemológica, pero no para la ontológica: “[...] todo cuanto provenga del espíritu de los demás seres, supone una llamada o un reclamo a nuestra sensibilidad e inteligencia para ser entendido”;<sup>125</sup> en otros términos, para Betti, solo es posible realizar labor de hermenéutica jurídica si se es jurista. Muy distante, por ejemplo, de la posición ontológica: “*Die Sprache ist das Haus des Seins*”.<sup>126</sup> Por lo mismo, que “[...] la hermenéutica jurídica no concierne únicamente a jueces, sino a todos los sujetos jurídicos, es un hecho completamente manifiesto”.<sup>127</sup>

Negar, por lo mismo, no solo la universalidad de la comprensión, sino su empresa misma, solo convalida las sospechas, pues su demarcación se encuentra ya formulada desde hace tiempo: “das Geschäft der Hermeneutik darf nicht erst da anfangen, wo das Verständniß unsicher wird, sondern vom ersten Anfang des Unternehmens an, eine Rede verstehen zu wollen. Denn das Verständniß wird gewöhnlich erst unsicher, weil es schon früher vernachlässigt worden”.<sup>128</sup> Reluce así, por consiguiente, que la postura clásica de división entre lo *claro* y lo *oscuro* (*in claris non fit interpretatio*) o la decretada desde la teoría jurídica actual entre *clear cases* y *hard cases*, sea una de las principales causas de un estancamiento hermenéutico muy visible para la hermenéutica filosófica, pero esto no significa que, por el simple hecho de decretar una división así, se configure una cuna llena de elementos

---

<sup>124</sup> Horkheimer, M. & T. W. Adorno, *óp. cit.*, pp. 13 y ss.

<sup>125</sup> Betti, E. (2015) “Las categorías jurídicas de la interpretación”, en *Teoría de la interpretación jurídica*, [traducción: Alejandro Vergara Blanco], eBook, Ediciones Universidad Católica de Chile: Santiago, Chile, §11: I, p. 54.

<sup>126</sup> Heidegger, M. (2004) “Brief über den humanismus”, en *Gesamtausgabe*, Vittorio Klostermann, b. 9, p. 313. También, *supra*.

<sup>127</sup> Ferraris, M. (2005) *La historia de la hermenéutica*, [título original: *Storia dell' Ermeneutica*], [traducción: Armando Perea Cortéz], [1ª Edición: 1988], (2ª Edición), Siglo XXI Editores: México, p. 12.

<sup>128</sup> Schleiermacher, F. (1985) “Allgemeine Hermeneutik von 1809/10”, en Virmond, W. (comp.) *Schleiermacher-Archiv I*, p. 1272.

incorrectos que sucumben y dañan a la comprensión, sino más bien por el aspecto de no reconocer que tal postura solo puede concebirse tras aceptarse una subjetividad que entra en juego, incluso si esta sea mínima.

#### 4. Modelo formativo: arquetipo hermenéutico como función deontológica en la operatividad del discurso jurídico

Por tal motivo, es menester un modelo formativo que facilite las disposiciones de la comprensión en la actividad jurídica, y no simplemente implantar una carrera judicial.<sup>129</sup> Una especie de arquetipo hermenéutico que tenga por empresa moldear una deontología en la disciplina jurídica acorde al discurso propio de cada profesión —que priorice la hermenéutica, no solo la ética. Porque, no resulta adecuado ofrecer un *ἥθος* universal en la actividad u operatividad jurídica, lo cual induce a confusiones innecesarias.<sup>130</sup> Así, por consecuencia, se demarcaría una diferencia entre las diversas profesiones jurídicas. No hace mucho, por ejemplo, el expresidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) Luis María Aguilar Morales, durante la conmemoración del *Día del Abogado*, mencionó:

Por mi parte, como abogado que tiene el gran privilegio y la enorme responsabilidad de formar parte y ahora encabezar el Poder Judicial de la Federación [...] expreso mi plena convicción de que la independencia del poder judicial es un componente esencial del derecho a un juicio imparcial y del estado de derecho.<sup>131</sup>

---

<sup>129</sup> Cfr., García Villalobos, R. (ed.) (1960, enero-diciembre) *Revista de la Facultad de Derecho en México*, t. X, n. 37-40.

<sup>130</sup> Sobre este tema, *vid.*, Vázquez Esquivel, E. (2009, enero-junio) “El entroncamiento del problema hermenéutico con el deontológico en la formación de los operadores del derecho en México (segunda parte)”, en *Conocimiento y Cultura Jurídica*, a. 3, n. 5, 2ª Época, Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología, Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica: Monterrey, México, pp. 29 y ss.

<sup>131</sup> Aguilar Morales, L. M. (2018, diciembre) “Palabras del ministro Luis María Aguilar Morales, presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal en la ceremonia con motivo del día del abogado, celebrada en el salón Adolfo López Mateos de la residencia oficial de los pinos”, p. 3.

Parecería un absurdo plantearse la necesidad del por qué un juez no es un abogado, pero, ante los atisbos arraigados en la cultura del constitucionalismo mexicano, merece una atención significativa. Además, con ello, verbigracia, se evitaría que la impartición de justicia sea una plaza ocupada por cualquiera, carente de rigurosidad. Ciertamente, el proceso de selección de jueces, magistrados y ministros en México, sobre todo estos últimos, es un problema que no obedece a asuntos jurídicos, sino políticos. Y, como tal, la presencia del problema hermenéutico de la aplicación no se hace esperar. Ahora bien, si se deseara ejemplificar este supuesto, no sería muy difícil dar con una situación, y, para el caso que ocupa, que, igualmente, se obtenga una relación con la derrotabilidad de las normas.

No es necesario ir muy atrás para encontrar una disposición de esta magnitud. De acuerdo a la Constitución mexicana, para ser ministro de la SCJN, se requiere «gozar de buena reputación»,<sup>132</sup> y, un poco más adelante se indica que “los nombramientos [...] deberán recaer preferentemente entre aquellas personas que hayan servido con eficiencia, capacidad y probidad en la impartición de justicia o que se hayan distinguido por su honorabilidad, competencia y antecedentes profesionales en el ejercicio de la actividad jurídica”.<sup>133</sup> Para presentar un mejor panorama, habría la necesidad de estipular, por una parte, el contexto deseado, y, por otra, indicar dos situaciones al respecto: primero, afín al talante deontológico de la operatividad jurídica en cuestión; y, segundo, con relación a la derrotabilidad de las normas. Así dispuesto, en 2015, después de la defunción del ministro Sergio A. Valls Hernández, y de acuerdo al proceso constitucional, era menester designar un nuevo ministro. Fueron propuestos: Eduardo Medina Mora (entonces embajador en USA); Felipe Alfredo Fuentes Barrera (magistrado); y, por último, Horacio Hernández Orozco (magistrado).

Ante la noticia, no fue sorpresa la reacción de diversos grupos —especialmente, de la comunidad jurídica— debido a que, si se analiza adecuadamente al candidato selecto, por el Senado, e incluso desde antes —cuando se nominó— es advertible que no se cumple con el mandato constitucional que afirma que «el nombramiento deberá recaer en aquellos que se hayan destacado en la impartición de justicia y sus antecedentes profesionales en el ejercicio de la actividad jurídica», ya que, Eduardo Medina Mora, antes de su nombramiento, no fue ni abogado postulante ni tenía experiencia alguna sobre el desempeño en la impartición de

---

<sup>132</sup> *Vid.*, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente en 2019, art. 95, fracción IV.

<sup>133</sup> *Ídem.*

justicia, lo cual puede considerarse un problema por no contar con una carrera judicial, ya que “[...] aún no se ha conseguido del todo que el juzgador sea designado de acuerdo con reglas que pongan de manifiesto su capacidad jurídica, su moral, honestidad, buena conducta y de manera esencial su saber para aplicar el Derecho [...]”.<sup>134</sup> Por tal motivo, y otros más, desde el Senado mismo, se cuestionó su honorabilidad, pues se replicaba que fue responsable de violaciones sistemáticas a los derechos humanos —incluso reconocidos por organismos internacionales.

Resumidamente, se proyectaron dos cuestiones muy sólidas: “cómo puede nombrarse como candidato a Ministro a una persona señalada por el propio proponente, e institucionalmente, de haber cometido violaciones graves a los derechos humanos, a pesar de que el propio gobierno ha reconocido dichas violaciones a nivel internacional”;<sup>135</sup> y, además:

¿Cómo va a ser ministro alguien que en lugar de acatar la Constitución e interpretarla en pro de los derechos humanos la violenta, y violenta la máxima norma de nuestro país, además de que obedece a gobierno extranjeros y a los intereses de Estados Unidos?<sup>136</sup>

Ambos cuestionamientos fueron pronunciados por la entonces senadora del PRD, Dolores Padierna, durante la sesión del Senado, en marzo 10 de 2015<sup>137</sup> —mismo día que Medina Mora obtuvo su nombramiento. Ahora bien, no contar con experiencia en la impartición de justicia recuerda aquél dicho de Podetti:

Para ingresar a la magistratura y desempeñar la difícil y augusta misión de “hacer justicia”, solo se requiere, entre nosotros, obtener el título universitario habilitante y tener amistad con algún caudillo político influyente. El otro requisito usual —la antigüedad— es una ficción sin ningún alcance, pues no es dada por el ejercicio activo de la abogacía, sino por inscripción en la matrícula. El abogado que al terminar sus estudios, siente la vocación de la magistratura si no

---

<sup>134</sup> Del Río Govea, M. (1960) “Implantación de la carrera judicial en México”, en *Revista de la Facultad de Derecho en México*, n. 37-40, p. 522.

<sup>135</sup> *Vid.*, Sitio *web* del Senado de la República: “Eduardo Medina Mora no cumple con los requisitos de ley para ocupar el cargo de ministro de la SCJN: senadoras del PRD”. Recuperado: 2019.

<sup>136</sup> *Ídem.*

<sup>137</sup> *Vid.*, Senado de la República (2015, marzo) “Nombrar a Medina Mora es premiar la impunidad: Sen. Dolores Padierna”, en *Youtube*. Recuperado: 2019.

tiene el padre o un tío en la justicia, que lo haga ingresar de secretario para que en el futuro lo reemplace, debe necesariamente abandonar toda tarea de especialización jurídica, y aún toda práctica regular, para dedicarse a la política y hacer “méritos” para el futuro nombramiento.<sup>138</sup>

Sin entrar a detalles sobre los diversos ruidos de la amistad entre el ahora exministro y el exmandatario de aquella época,<sup>139</sup> será este un punto clave en su designación: un asunto de *Rechtspolitik*. Ahora bien, respecto a la derrotabilidad de la norma, después del análisis dispuesto, resulta que Medina Mora es una excepción a la norma constitucional. Sin embargo, ¿por qué es así?, ¿cómo es posible responder a dicho cuestionamiento de una forma racional en donde sea posible depurar la comprensión? Hay una frase de Gadamer que versa: “es ist ein Schelmenmotiv, Befehle so auszuführen, daß man ihren Wortlaut, aber nicht ahren Sinn befolgt”.<sup>140</sup> Pero, en este caso, tampoco es posible fundamentar tal aspecto de ese modo, ya que la norma constitucional no cumplió con su literalidad, ni con su «sentido».

Por tal motivo, si se pretende comprender la situación, habría la necesidad de incluir dos factores que están intrínsecamente relacionados con la derrotabilidad de las normas, desde la postura de la teoría de la comprensión, como: corrupción e impunidad. Si bien esto se tratará más adelante, no puede dejarse pasar la oportunidad de desentrañar dos características fundamentales del fenómeno, no solo de la derrotabilidad de las normas, sino también de la derrotabilidad de la consciencia fenomenológica, la cual es asequible respecto al hecho de «renunciar» a *uno mismo*. Esto es así porque, a pesar de que una cantidad de senadores estaban a favor de los argumentos para manifestar voto en contra de la designación de ministro a Medina Mora, terminaron por no hacer valer su opinión,<sup>141</sup> de manera que quedaron anclados a un efecto que es distinto a la *reversibilidad hermenéutica* que se ha

---

<sup>138</sup> Podetti Lezcano, J. R. (1963) *Teoría y técnica del proceso civil: y Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, Ediar: Buenos Aires, Argentina, pp. 165 y s.

<sup>139</sup> Eduardo Medina Mora presentó su renuncia como ministro de la SCJN en octubre 3 de 2019, la cual fue aceptada por el Senado en octubre 8 de 2019.

<sup>140</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit und Methode*, p. 339.

<sup>141</sup> Así se da a conocer: “[...] mientras algunos senadores que nos habían apoyado discursivamente se escabullían de la sesión con algún pretexto para no votar en contra, lo que hubiera evitado la errada designación”: *vid.*, Romero Vadillo, J. J. (2019, octubre) “El patético espectáculo de Medina Mora”, en *Sinembargo*.

abordado en otra ocasión; aquí se trata, más bien, de suplantar la comprensión propia por una ajena, la cual es impuesta, y que se reconoce como tal, solo para mantener el *status quo* de la integridad. No obstante, de ahí surge otro problema, porque

[...] cuando es el poder político el que directamente designa a los jueces, no hay que perder de vista la natural y humana reacción del juez que tiende a congraciarse con el que lo designó y al explicable temor hacia el que también tenga facultades para destituirlo.<sup>142</sup>

Ante esto, es posible asimilar un pequeño adelanto de lo que se establecerá aquí como la derrotabilidad de la conciencia, la cual se encuentra intrínsecamente relacionada con la derrotabilidad de las normas. Con otras palabras, solo será posible la derrotabilidad de las normas, si, y solo si, hay una derrotabilidad de la conciencia, bajo el rubro de la teoría de la comprensión, ya que, de otra manera, el horizonte determinante de sentido del intérprete sería capaz de advertir las posibilidades de la comprensión; lo mismo pasaría con el constante proyectar de la comprensión en su empresa de lograr una correcta comprensión de lo comprendido. Pero, lo más importante, que la conciencia no se obstaculice por factores ajenos o propios, sino que debe hacer valer su opinión:

Aber noch jeder Dometsch hat bis zum heutigen Tage nicht die Aufgabe einer bloßen Wiedergabe dessen, was der Verhandlungspartner, den er verdolmetscht, wirklich gesagt hat, sondern er muß dessen Meinung so zur Geltung bringen, wie es ihm aus der echten Gesprächssituation nötig scheint, in der er sich als der Kenner beider Verhandlungssprachen allein befindet.<sup>143</sup>

Sin salir de la temática, el actual presidente de la SCJN, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, es un buen ejemplo de esto último. Recientemente, él confirmaba algunas notas que fueron dadas a conocer por la prensa nacional en 2011, respecto al caso Guardería ABC,<sup>144</sup> y en

---

<sup>142</sup> Flores García, F. (1967) “La carrera judicial”, en *Revista de la Facultad de Derecho en México*, t. XVIII, n. 65, p. 256.

<sup>143</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit und Methode*, p. 313.

<sup>144</sup> Zaldívar Lelo de la Lerra, A. (2019) “Post”, en *Twitter*, octubre 10.

2013, el caso Florence Cassez.<sup>145</sup> Una nota de Proceso<sup>146</sup> y otra de El Universal.<sup>147</sup> De ambos casos, se denuncia presión del ejecutivo federal para fallar cada caso a lo que disponía. Respecto al primero, se dice que el Secretario de Gobernación de aquel entonces fue directamente a encontrarse con el ministro, con el fin de que reconsiderara su posición, el cual era fincar responsabilidad a distintos funcionarios y políticos de alto nivel; ante la negativa, hubo un intercambio fuerte: primero, «dice el presidente que no se te olvide quién te postuló»,<sup>148</sup> «para eso no te pusimos»;<sup>149</sup> después, su réplica; «dile al presidente que no se le olvide que, independientemente de quién me postuló, yo trabajo para otro poder, que no es el suyo».<sup>150</sup> Espíritu de congruencia que, sin embargo, no llegó a impregnar en la de sus compañeros, ya que

para cuando el caso llegó al pleno [...] ya varios de los hombres y mujeres de la Sala Superior de la Corte, incluso algunos que en privado le decían a su compañero Zaldívar Lelo de Larrea que avalaban su dictamen y que coincidían con él en la trascendencia del caso, habían decidido traicionar sus creencias y agachar la cabeza ante la presión política del Ejecutivo.<sup>151</sup>

Surrealista, expresarían algunos, pero es precisamente este tipo de casos que proyectan lo que aquí se expone como derrotabilidad de las normas: “los espectros de Ibsen regresan para probablemente continuar con lo mismo: clientelismo, influentismo y al final de cuentas: corrupción”.<sup>152</sup> Una noción distinta que se aleja de la realidad de otros países —como el de Bayón, Rodríguez y Guastini— en los cuales sus políticos podrán tener problemas o

---

<sup>145</sup> *Ídem.*

<sup>146</sup> Carrasco Araizaga, J. (2013, enero) “Caso Cassez Amenazas y presiones a la Suprema Corte”, en *Proceso*.

<sup>147</sup> García Soto, S. (2011, junio) “El presidente que protegió culpables”, en *El Universal*.

<sup>148</sup> *Ídem.*

<sup>149</sup> Carrasco Araizaga, J., *supra*.

<sup>150</sup> García Soto, S., *supra*.

<sup>151</sup> *Ídem.*

<sup>152</sup> Carpizo, J. (1995) “Reformas constitucionales al Poder Judicial Federal y a la jurisdicción constitucional, del 31 de diciembre de 1994”, en *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, n. 83, UNAM: México, p. 828.

envolverse con la corrupción,<sup>153</sup> pero que tienen un poder judicial sólido,<sup>154</sup> quizá aún con determinados destellos como si dioses del Olimpo se tratasen,<sup>155</sup> pero que cuentan en su haber una carrera de magistratura, y un verdadero Tribunal Constitucional.<sup>156</sup> Contrario a ello, se encuentra

una disparidad en el sistema de justicia penal, atribuible, principalmente, a la parte estructural, es decir, el sistema de justicia penal de los países de la región [americana] se caracteriza por una carencia de recursos físicos y humanos en la impartición y procuración de justicia que obstaculiza, desde un inicio, el proceso de delito-castigo, a lo cual se suman los altos niveles de violación a la integridad de las personas.<sup>157</sup>

Por lo mismo, no extraña que, generalmente, el ciudadano (ζῆλον πολῖτικόν)<sup>158</sup> no analiza, e incluso no le importa, qué ocurre en los tribunales, lo inverso a lo que, por ejemplo, las condiciones de la vía pública, el alumbrado, la calidad del aire, las obras de vialidad, la seguridad social, la seguridad pública, los impuestos, las decisiones o aprobaciones de proyectos legislativos, entre otras cosas, son de gran interés (político); sin embargo, el que alguna controversia jurídica se resuelva con verdadera justeza, únicamente es valorado por

---

<sup>153</sup> De acuerdo con el *Corruption Perception Index*, 2016: México ocupa el lugar 123; España, el 41; Argentina, el 95; e Italia, el 60.

<sup>154</sup> Según el estudio de *Índice Global de Impunidad*, 2017: México se ubica en el lugar 4; España, en el 43; Argentina, en el 26; e Italia, en el 41.

<sup>155</sup> No se refiere aquí que los jueces deben acercarse a la ciudadanía, sino que su entrada al sector político sea adecuada, como sucede en Estados Unidos, donde sus ministros declaran, abiertamente, su ideología política.

<sup>156</sup> Aunque se argumente lo contrario, en México, su Suprema Corte tiene una doble naturaleza. Funciona, en ocasiones, como un Tribunal Constitucional, pero, en otras, como Tribunal de Legalidad. Así está dispuesto en el marco constitucional del artículo 105, fracción III; lo que se conoce como «facultad de atracción».

<sup>157</sup> Le Clercq Ortega, J. & G. Rodríguez Sánchez Lara (2017) *Índice global de impunidad 2017. Dimensiones de la impunidad global*, Universidad de las Américas de Puebla, UDLAP Jenkins Graduate School, Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia: México, p. 44. Añado corchetes.

<sup>158</sup> Aristóteles (1988) *Política*, [introducción, traducción y notas: Manuela García Valdés], Gredos: Madrid, España, I:1253a10, p. 50; *cfr.*, (2005) *Ética a Nicómaco*, [introducción, traducción, y notas: José Luis Calvo Martínez], [colección: Clásicos de Grecia y Roma], Reimpresión, Alianza Editorial: Madrid, España, IX:9, 1169b16, p. 278.

las partes de ese proceso: “[...] más que de su carácter propio, las opiniones de un hombre dependen de su medio social, de su entorno, de la gente con la que trata y entre la que vive”.<sup>159</sup>

Aquellos juicios, no obstante, donde se inicia investigación a un (ex)funcionario, sí logran captar la atención de la ciudadanía, los cuales exigen, al poder judicial, aplicar la ley de manera severa, pues, ante su opinión, la mala administración pública es suficiente para responsabilizar y dirimir sanciones; con tal situación, el (ex)funcionario, en efecto, no es catalogado solo como imputado, sino, más bien, y desde un inicio, como culpable; precisamente, es ese un motivo por el cual la imagen del juzgador amerita una opinión por parte del ciudadano. Por ende, jueces, magistrados o ministros dejan tal carácter para ser juzgados por la ciudadanía. Justo es ahí donde se le presta atención a un poder que, por lo general, se le margina como tema de discusión.<sup>160</sup> Diferentes opiniones pueden, sin embargo, surgir respecto al poder judicial, pero son pocos los que realmente tienen alguna mínima idea de qué es lo que ocurre ahí.<sup>161</sup> Por lo general, hablar sobre el Poder Judicial resulta extraño; salvo los casos que ya se han señalado, e incluso otros como la decisión de la Corte respecto a controversias donde ha ejercido su facultad de atracción, o en aquellas interpretaciones que han dado lugar a jurisprudencia por reiteración, el foco de atención reluce por doquier.

He ahí el por qué se considera que ni Bayón, Rodríguez o Guastini hayan acertado de manera convincente sobre la derrotabilidad de las normas, sino que fue una escueta noción inocua del problema en comento; se limitaron, en efecto, a tratar la problemática más como

---

<sup>159</sup> Perelman, Ch. & L. Olbrechts-Tyteca (1989) *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, [título original: *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*], [traducción: Julia Sevilla Muñoz], Gredos: Madrid, España, §4, p. 56.

<sup>160</sup> Últimamente, sin embargo, esto ha cambiado. Actualmente, el poder judicial se encuentra constantemente bajo el manto de la discusión pública. No hace mucho, por ejemplo, se cuestionaban sus altos ingresos, los cuales, de acuerdo al Presupuesto de Egresos 2019, anexo 23.5.1 y 23.5.2, rondan entre los 3'000,000 M.N. y 4'000,000 M.N, anules netos. Además, del desglose, se ha criticado el denominado «bono por riesgo». Entre otras críticas, especialmente *vid.*, Borrego Estrada, F. (2017, enero-diciembre) “Estudio sobre redes familiares y clientelares en el Consejo de la Judicatura Federal”, en *Reforma Judicial. Revista mexicana de justicia*, n. 29-30, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México: México; también *vid.*, Ríos Figueroa, J. (2018, agosto) “Poder judicial: poder familiar”, en *Reforma*.

<sup>161</sup> Con los recientes resultados de *The World Justice Project Rule of Law Index 2019*, México se ubica en el lugar 99, de 126 países. Al volver a la comparación: España se posiciona en el lugar 21; Argentina, en el 46; e Italia, en el 28.

un asunto en donde la indeterminación del derecho se consagra, que instaurar la derrotabilidad de las normas como problema, aspecto por el cual, para la teoría jurídica, el debate sobre este rubro terminó en 2010. Sin embargo, eso no significa, que, en México, la situación sea de otra magnitud, o que el debate deba agotarse. Hasta antes de las confirmaciones del actual ministro presidente, todo era un secreto a voces.

Sobre esto, habrá que regresar más adelante, ya que el mismo caso de Cassez implica un hecho de derrotabilidad de las normas —un *hard case*. Por tal motivo, valorar las condiciones del intérprete como acepciones que están presentes en la actividad del problema hermenéutico de la aplicación, como la historicidad en la que se está inmerso, o la capacidad horizontal de la comprensión, es una temática necesaria de abordar, para después tocar la problemática de la derrotabilidad de las normas, desde una perspectiva hermenéutica.

##### 5. Proyección de la «aplicación de derecho» como problema hermenéutico ante el carácter metodológico de la teoría jurídica de los modelos interpretativos

Hermenéuticamente hablando, en efecto, lo que hace posible advertir un *hard case* no es el caso concreto en sí mismo, sino el horizonte interpretativo de quien lo atiende, de ahí que, por ejemplo, Bayón observara, aunque solo en un aspecto lingüístico, que

[...] a la luz del “propósito de la regla” podrían aparecer como difíciles casos que, desde el punto de vista lingüístico, estarían comprendidos en el núcleo claro de los términos en los que la norma está formulada; y como “fáciles”, por el contrario, casos comprendidos en la zona de penumbra.<sup>162</sup>

Será así, justamente, porque la prioridad de las partes del proceso consiste en discutir y defender su estamento, lo cual es el origen del conflicto. Quien juzga, en cambio, más que consentir a una parte, lo primero que realiza es una actividad con un efecto aplicativo hermenéutico y jurídico acerca de la situación. No obstante, tal esfuerzo hermenéutico no

---

<sup>162</sup> Bayón Mohíno, J. C. (2003) “Proposiciones normativas e indeterminación del derecho”, en *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, [serie: Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n. 27], [edición e introducción: Paula Gaido, Rodrigo Sánchez Brígido y Hugo Omar Seleme], Universidad Externado de Colombia: Bogotá, Colombia, p. 42.

deja de ser una interpretación del asunto. Esto significa que la dificultad de un caso concreto no es evidente, sino que incluso puede llegar a elevarse su discusión al respecto:

[...] que no haga prueba ni demostración la sentencia del juez verse claramente, porque en otro tribunal superior la revocan y juzgan de otra manera, y lo peor es, que puede acontecer tener el juez inferior mejor entendimiento que el superior, y ser su parecer más conforme a razón. <sup>163</sup>

Tal aspecto se enfatiza, aún más, cuando en la teoría jurídica se estipula que un caso *es* «difícil» si primeramente existe una duda sobre su aplicabilidad, es decir, si el derecho vigente es o no aplicable.<sup>164</sup> Visto de otra manera, un *hard case* no adquiere tampoco tal designio si el orden jurídico donde se da el conflicto no lo contempla el ordenamiento del Estado constitucional (*borderline case*) pues en tal caso, de acuerdo a la tesis de la plenitud del ordenamiento (*quan sum no prohibita, permisa intelliguntur*) no sería propiamente un asunto jurídico, ya que “[...] un orden jurídico positivo debe poder conducir a la decisión de cada caso concreto en todos los tribunales [...]”.<sup>165</sup> Su error, pues, consiste en entender que la simplicidad o complejidad de un asunto puede resolverse desde una postura cartesiana, es decir, atendiendo la idea de lo *claro y distinto*, cuando en realidad es un asunto hermenéutico, donde lo *subjetivo* adquiere un papel preponderante, ya que la complejidad de un caso, más que depender de la cosa en sí, depende de su intérprete; de su pre-comprensión, de su subjetividad: “la sentencia de un juez no hace demostración de la verdadera justicia, ni se puede llamar suceso, porque su sentencia es también opinión [...]”.<sup>166</sup> Su regla, entonces, pertenece a una tradición hermenéutica ya superada:

---

<sup>163</sup> Huarte de San Juan, J. (1884) *Examen de ingenios*, Biblioteca Clásica Española: Barcelona, España, p. 222.

<sup>164</sup> Con sentido contrario: “[the clear cases are those] where no doubts are felt about the meaning and applicability of a single legal rule [...]”. Hart, H. L. A., “Problems of the philosophy of law”, p. 105. También, *vid.*, *The concept of law*, pp. 157 y s. Con otras palabras: se está ante un *hard case*, según la teoría jurídica, “cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución [...]”. Dworkin, R. (1989) *Los derechos en serio*, [título original: *Taking rights seriously*], [traducción: Marta Úuastavino], (2ª Edición), Ariel: Barcelona, España, p. 147.

<sup>165</sup> Kelsen, H. (1966, enero-marzo) “¿Qué es el positivismo jurídico?”, [traducción: Mario de la Cueva], en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XVI, n. 61, Universidad Nacional Autónoma de México: México, p. 142.

<sup>166</sup> Huarte de San Juan, J., *óp. cit.*, p. 221.

[...] no admitir como verdadera cosa alguna, como no supiese con evidencia que lo es; es decir, evitar cuidadosamente la precipitación y la prevención, y no comprender en mis juicios nada más que lo que se presente tan clara y distintamente a mi espíritu, que no hubiese ninguna ocasión de ponerlo en duda.<sup>167</sup>

Desde la teoría jurídica, sin embargo, se ha optado por abocarse a otro tipo de consideraciones ajenas al fenómeno de la comprensión —cuyo tenor para la interpretación jurídica debería resultar fundamental— las cuales, por una parte, se adhieren al discurso de la tradición como un recorrido progresivo para tratar con problemáticas acaecidas en la actividad jurídica, entre ellas la justificación (interna-externa) de la decisión judicial, aquella generalmente aceptada por la conceptualización propuesta por Wróblewski, quien establece que la “internal justification of interpretative decisions is relatively simple in situations when the content of  $DI_1$  and  $DI_n$  is sufficiently precise and the values  $V_1 \dots V_n$  sufficiently determined”,<sup>168</sup> mientras que la

external justification of interpretative is more complicated [...] in general such kind of interpretative directives formulated in law is not sufficient for the needs of legal interpretation and, hence, the interpreter has to choose other directives from various sets put forth in legal science or in legal practice<sup>169</sup>

---

<sup>167</sup> Descartes, R. (2014) “Discurso del método”, en *Descartes I*, [traducción: Manuel García Morente], [colección: Grandes Pensadores], [introducción: Cirilo Flórez Miguel], Gredos: España, p. 114.

<sup>168</sup> Wróblewski, J. (1971) “Legal Decision and its Justification”, en *Le raisonnement juridique*, en *Logique & Analyse*, v. 14, n. 53-54, p. 414. Una explicación simple se encuentra en Atienza Rodríguez, M. (2005) *Las razones del derecho, Teorías de la argumentación jurídica*, [serie: Doctrina Jurídica, n. 134], Reimpresión, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM: México, pp. 25 y s. También del mismo autor en (1999) *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Reimpresión, Ariel: Barcelona, España, p. 127. Ayuda igualmente Alexy, R. (1997) *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, [título original: *Theorie Der Juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*], [traducción: Manuel Atienza e Isabel Espejo], [colección: «El Derecho y la justicia»], (3ª Edición), Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, España, pp. 214 y ss.

<sup>169</sup> Wróblewski, J., *loc. cit.*

Otro factor sería, en efecto, la ponderación de principios y reglas,<sup>170</sup> o bien, la clasificación jerárquica de los derechos fundamentales (o humanos)<sup>171</sup> ya que aducen que el cambio paradigmático resulta de alguna manera forzado y acrítico. Por otra parte, cuestiones fundamentales como el problema hermenéutico de la aplicación (“ein Gesetz will nicht historisch verstanden werden, sondern soll sich in seiner Rechtsgeltung durch die Auslegung konkretisieren”)<sup>172</sup> el problema de la historicidad y la «distancia histórica» como principios para la correcta comprensión de lo comprendido,<sup>173</sup> o bien, el trasfondo del aspectos metajurídicos como el factor político de las instituciones jurídicas, por ejemplo, con relación al neoinstitucionalismo, cuando se acepta que “[...] los actores políticos no son individuos fragmentados que reflejan su socialización y su constitución psicológica, y actúan para maximizar el beneficio personal, sino individuos que reflejan fuertemente los valores de las instituciones a las que están vinculados”;<sup>174</sup> o la moralidad como elemento de la decisión

---

<sup>170</sup> Principalmente por el *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*. Sobre esto: *vid.*, Alexy, R. (1993) *Teoría de los derechos fundamentales*, [título original: *Theorie der Grundrechte*], [versión castellana: Ernesto Garzón Valdés], [colección: El Derecho y la justicia], Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, pp. 89 y s. Igualmente, del mismo autor: *vid.*, (2003, june) “Constitution rights, balancing and rationality”, en *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, pp. 135 y s., así como (2003, december) “On balancing and subsumption. A structural comparison”, en *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, pp. 436 y ss.

<sup>171</sup> Expresión un tanto ambigua por el hecho de “[...] que significa dos cosas distintas, que en la historia del pensamiento jurídico han expresado un enfrentamiento permanente, el punto de vista iusnaturalista y el positivista”. Peces-Barba Martínez, G. (2004) *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson: Madrid, España, p. 21. Una postura distinta se encuentra en Guastini, R. (2001) *Estudios de teoría constitucional*, [colección: Doctrina Jurídica Contemporánea], Fontamara, UNAM: México, pp. 224 y s. Como contrapunto, parece ser que una postura realista considera que “[...] hoy en día no existe ni podrá existir separación ni diferenciación entre los conceptos derechos fundamentales y derechos humanos y, consecuentemente, no podría ni debería haber distinción en cuanto a los órdenes normativos que los regulan”. Aguilar Cavallo, G. (2010, enero-abril) “Derechos fundamentales-derechos humanos ¿Una distinción válida en el siglo XXI?”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, v. 43, n. 127, p. 19.

<sup>172</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit und Methode*, p. 314.

<sup>173</sup> *Ibidem.*, p. 300.

<sup>174</sup> Peters, G. (2003) *El nuevo institucionalismo. La teoría institucional en la ciencia política*, [título original: *Institutional Theory in Political Science. The «New Institutionalism»*], [traducción: Verónica Tirota], [colección: Ciencia Política], Gedisa: Barcelona, España, p. 46. Esta actividad se refleja aún mejor cuando se da cuenta cómo la institución judicial adopta una teoría jurídica en específico.

judicial,<sup>175</sup> la razón esgrimida se funda en lo intrínsecamente formal (instrumental); un somero tapujo que intenta socavar el fracaso de la transformación del mundo, pues aún con la confianza delegada por la tradición: “praxis, auf unabsehbare Zeit vertagt, ist nicht mehr die Einspruchsinstanz gegen selbstzufriedene Spekulation, sondern meist der Vorwand, unter dem Exekutiven den kritischen Gedanken als eitel abwürgen, dessen verändernde Praxis bedürfte”.<sup>176</sup> Ante tal noción, los esfuerzos de la teoría jurídica se esbozan a partir del interés que presenta el incremento de la acción pragmática de la profesión jurídica, por lo que alude proyectos dísonos de lo racional, ya que “la razón subjetiva se somete a todo. Se entrega tanto a los fines de los adversarios de los valores humanitarios tradicionales como a sus defensores”.<sup>177</sup> No es de extrañar, por tanto, que la historia muestre casos como el de Betti, quien, aun siendo considerado como pieza angular por su genialidad metodológica y por sus diversas contribuciones a la hermenéutica jurídica —y en palabras de Vergara: «Betti nos hace mucha falta»—<sup>178</sup> su pensamiento no le haya alejado de hacer apología del fascismo.<sup>179</sup> Pero, igualmente, con Heidegger, y su apoyo al nazismo, una revelación que dejó mudo a gran parte de la comunidad filosófica, quienes no daban crédito al revelarse su primera carta antisemita, redactada en 1929, la cual fue recuperada por Ulrich Sieg; una epístola dirigida a Victor Schworer en la que solicitaba su apoyo para becar a Eduard Baumgarten, alumno bajo su tutela, donde le expresaba:

---

<sup>175</sup> Habermas, J. (2005) *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría de discurso*, [título original: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*], [traducción: Manuel Jiménez Redondo], [colección: Estructuras y procesos], (4ª Edición), Trotta: Madrid, España, pp. 268 y ss.

<sup>176</sup> Adorno, T. W. (1966) *Negative Dialektik*, Suhrkamp Verlag: Deutschland, p. 13. Hay versión en castellano: (1984) *Dialéctica negativa*, [versión castellana: José María Ripalda], Reimpresión, Taurus: Madrid, España, p. 11.

<sup>177</sup> Horkheimer, M., *Crítica a la razón instrumental*, p. 27.

<sup>178</sup> Betti, E., “Presentación del traductor”, *supra*, p. 12.

<sup>179</sup> Brutti, M. (2015) “Emilio Betti e l’incontro con il fascismo”, en *La cultura giuridica. Testi di scienza, teoria e storia del diritto 1. I Giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Università degli Studi Roma Tre, Dipartimento di Giurisprudenza: Roma, Italia, pp. 88 y ss.

[...] se trata nada menos que del hecho que estamos ante la alternativa de, o bien dar a nuestra vida espiritual *alemana* fuerzas y educadores verdaderamente enraizados en nuestro suelo, o dejarla abandonada a la creciente judaización en el sentido amplio y en el estricto término.<sup>180</sup>

Vale decir, pues, no existe propiamente un rasgo definido que tenga por objeto anunciar qué factor ha inducido a los juristas pasar de la indeterminación del derecho<sup>181</sup> a la derrotabilidad de las normas jurídicas, si antes de esto, en primer lugar, no ha sido posible advertir un interés propio que asuma el inconveniente de la comprensión como tal,<sup>182</sup> para lo cual resulta ineludible analizar el problema hermenéutico de la aplicación, el cual, si bien es cierto que ha sido eludido por la teoría jurídica, para la teoría de la comprensión representa una vital importancia, pues “Auslegung ist nicht ein zum Verstehen nachträglich und gelegentlich hinzukommender Akt, sondern Verstehen ist immer Auslegung, und Auslegung ist daher die explizite Form des Verstehens”,<sup>183</sup> y a partir de ahí considerar que se dé la posibilidad de afrontar la dificultad que supone exige la indeterminación. Por ejemplo, un estudio interesante sobre este tópico de la indeterminación —en el pensamiento kelseniano— lo desarrolla Linfante,<sup>184</sup> pero sin dilucidar ciertos aspectos que son imprescindibles para una correcta comprensión. Si se retoma su análisis de la segunda edición (alemana) de la *Reine*

---

<sup>180</sup> Farías, V. (1998) *Heidegger y el nazismo*, [título original: *Heidegger et le nazisme*], [colección: Popular, 560], (2ª Edición), Akal Ediciones y Fondo de Cultura Económica: Santiago, Chile, p. 164.

<sup>181</sup> Sobre todo, aquella producida por la *open texture*. Hart, H. L. A., *The concept of law*, p. 159 y s. Además, sobre el aspecto de la «derrotabilidad» (*defeasibility*): *vid.*, del mismo autor: (1948-49) “The adscription of responsibility and rights”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, 49, pp. 171-194. También en Flew, A. (ed.) (1960) *Logic and Language*, Oxford: Blackwell, pp. 145-166. Sobre la misma temática, entre otros: McCormick, N. (1995) “Defeasibility in Law and Logic”, en Bankowski, Z., et al. (eds.) *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Dordrecht, Kluwer, pp. 99-117; Sartor, G. (1993) “Defeasibility in Legal Reasoning”, *Rechtstheorie*, 24, pp. 281-316; Schauer, F. (1998) “On the Supposed Defeasibility of Legal Rules”, en M.D.A. Freeman (ed.) *Current Legal Problems*, v. 51, Legal Theory at the End of the Millennium, Oxford-Nueva York, Oxford University Press: United States of America, pp. 223-240.

<sup>182</sup> Una semejanza sobre esta cuestión se encuentra con la tesis dialéctica de la polaridad interpretación/argumentación. Ricoeur, P. (1997) “Interpretación y argumentación”, en *Lo justo*, [título original: *Le Juste*], [traducción: Carlos Gardini], Editorial Jurídica de Chile: Santiago, Chile, pp. 180 y s.

<sup>183</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit und Methode*, p. 312.

<sup>184</sup> Lifante Vidal, I. (1999) *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, [colección: El Derecho y la Justicia], Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: España, pp. 72 y ss.

*Rechtslehre*, en la cual Kelsen acepta que toda norma está determinada en parte, y en parte indeterminada,<sup>185</sup> el problema de la indeterminación del derecho se asumiría como un problema íntimamente lingüístico, si no fuese porque la indeterminación puede ser voluntaria e involuntaria —donde “el sentido lingüístico de la norma no es unívoco; el órgano que tiene que aplicar la norma se encuentra ante varios significados posibles”.<sup>186</sup>

Verbigracia, debido a que, como ya se advirtió, la indeterminación, en términos de Kelsen, se entiende como voluntaria e involuntaria, la cual adquiere su aspecto «auténtico» en su aplicación, cuando Lifante afirma que

[...] en el proceso de creación de nuevas leyes habrá siempre aplicación de la constitución y de las leyes jerárquicamente superiores; y en el proceso de edición de las sentencias habrá también, junto con la aplicación de las normas generales existentes, un proceso de creación.<sup>187</sup>

Confunde lo que es el objeto de la interpretación (y aplicación jurídica) con el principio de *interpretación conforme*, porque, lo dicho, se trata de «interpretación» como principio, no de *interpretación* como concepto. Igualmente, cuando afirma: “[...] creo que puede considerarse que Kelsen ha puesto de manifiesto que en muchos casos (incluso, podríamos decir, que en la mayoría) existiría indeterminación en el Derecho aplicable, pero no ha conseguido demostrar que *necesariamente* la habrá en todos los casos”;<sup>188</sup> y un poco más adelante: “[...] lo que origina la indeterminación del «acto de aplicación del Derecho» es precisamente la indeterminación del Derecho aplicable; de tal modo que parece indistinta utilizar la expresión «indeterminación del Derecho aplicable» o la expresión «indeterminación del acto de aplicación»”,<sup>189</sup> parece olvidar que para Kelsen una norma solo alcanzará su determinación en el momento de aplicación de derecho, al “[...] establecer el sentido de la norma que aplicará [...]”<sup>190</sup> cuyo matiz, en efecto, es «concretar» y

---

<sup>185</sup> Kelsen, H. (1982) *Teoría pura del Derecho*, [título original: *Reine Rechtslehre*], [traducción de Roberto J. Vernengo], (2ª Edición), Reimpresión, Universidad Autónoma de México: México, p. 350.

<sup>186</sup> *Ibidem.*, p. 351.

<sup>187</sup> *Ibidem.*, pp. 61 y s.

<sup>188</sup> *Ibidem.*, p. 71.

<sup>189</sup> *Ibidem.*, p. 77.

<sup>190</sup> *Ibidem.*, p. 349.

«completar».<sup>191</sup> Su problema, por ende, no consiste en haber dividido la indeterminación en voluntaria e involuntaria, sino el no haber profundizado sobre el problema hermenéutico de la aplicación, lo cual conduce a la misma idea sostenida por la hermenéutica metodológica respecto a que la interpretación realizada en la praxis jurídica dista de la realizada por el historiador del derecho.<sup>192</sup> Ahora bien, si bien el proceso de determinación se logra por medio de la interpretación, en *Allgemeine Theorie der Norme*, no existen elementos suficientes para entablar una problemática que asuma la comprensión como *causa* generadora, y menos aún si se deja afuera el problema hermenéutico de la aplicación.<sup>193</sup>

Fuera de esto, y, en segundo lugar, esa misma conciencia jurídica se piensa a sí misma como refractaria al negar una «apertura» histórica, crítica y hermenéutica de los conflictos acaecidos no solo en la actividad jurídica, sino en la sociedad misma, cuya noción general, por interpretación, no logra desprenderse ni abarcar más de lo que *sensus* exige, por lo que apartar los espectros de la *Rechtspolitik* transforma su trayecto en una odisea lúgubre. De acuerdo con la teoría jurídica actual, por ejemplo, el proceso de interpretación jurídica sigue siendo un proceso de abstracción de «significado», no de «sentido», lo cual es propio del sistema de reglas; incluso Guastini, más que hablar de interpretación jurídica, prefiere hablar de «interpretación», estableciendo cuatro ambigüedades que se dirigen a establecer la importancia del *sensus*, las cuales fortalecen la idea de un sistema de reglas.<sup>194</sup>

Precisamente, por tal aspecto se ha generado crítica, ya que, por una parte, el profesor italiano comprende bien que “[...] la derrotabilidad [...] no depende del carácter fatalmente vago del lenguaje de las autoridades normativas: no depende de la *open texture* del lenguaje; tampoco

---

<sup>191</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit und methode*, p. 338.

<sup>192</sup> Betti, E., “El problema epistemológico del entender como aspecto del problema general del conocer”, *supra*, §2:II, p. 24.

<sup>193</sup> *Vid.*, Kelsen, H., *Allgemeine theorie der norme*.

<sup>194</sup> Guastini, R. (2016) *La sintaxis del derecho*, [título original: *La sintassi del diritto*], [traducción: Álvarez Núñez Vaquero], [colección: Filosofía y Derecho], Marcial Pons: Madrid, España, pp. 327 y ss. Esto mismo se hace más patente en (2014) *Interpretar y argumentar*, [traducción: Silvina Álvarez Medina], [colección: El Derecho y la Justicia], Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, pp. 21 y ss., donde a pesar de considerar un estudio propio a la interpretación jurídica, no se distingue entre «sentido» y «significado»; tampoco se aborda al «comprender» desde una postura hermenéutica *per se*. Por último, también, *vid.*, *Estudios...*, p. 255.

depende del hecho que esas autoridades no pueden prever la infinita variedad de los casos futuros”.<sup>195</sup> Pero, por otra, aunque dicha crítica parece acertada, tal análisis se queda corto, de ahí que el presente estudio eleva la temática a un asunto mucho más exigente, sobre todo por la relevancia que implica el problema hermenéutico de la aplicación —en el sentido gadameriano, donde la comprensión media entre el pasado y el presente: “[...] la aplicación es un momento de la comprensión misma”.<sup>196</sup> Además, de cómo la derrotabilidad de las normas jurídicas adquiere vital importancia si se atiende desde una postura de *Rechtspolitik*.<sup>197</sup>

Por lo mismo, planteado el problema de la derrotabilidad de las normas, en los términos descritos por la teoría jurídica, “[...] este razonamiento supone evidentemente que la derrotabilidad sea propiedad objetiva de las normas jurídicas: un «problema de interpretación», y no un resultado de interpretación”.<sup>198</sup> Ciertamente, un asunto inconexo para el positivismo jurídico, por lo que, en realidad, lo único que se ofrece sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas parece ser una problemática estéril; aunque esto será siempre y cuando se proyecte en esos términos. Por ende, esta afirmación, efectivamente, no es un análisis riguroso, sino más bien superficial que lleva la temática únicamente a un lado en concreto: la indeterminación jurídica; su formalidad. Aspecto que se vuelve aún más manifiesto desde el momento en que se advierte que sus principales expositores no coinciden respecto a la centralidad de tal problemática.<sup>199</sup>

---

<sup>195</sup> Guastini, R. (2008) “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulyin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, p. 153.

<sup>196</sup> Gadamer, H. G., *Verdad y método*, p. 15.

<sup>197</sup> Para una visión completa sobre el debate que ha ocasionado este nuevo concepto de la «derrotabilidad de las normas jurídicas»: *vid.*, Bayón Mohíno, J. C. & J. Rodríguez (2010) *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, [serie: Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n. 27], [edición e introducción: Paula Gaido, Rodrigo Sánchez Brigido y Hugo Omar Selemé], Universidad Externado de Colombia: Bogotá, Colombia.

<sup>198</sup> Guastini, R., *Variaciones...*, *óp. cit.*, p. 155.

<sup>199</sup> Efectivamente, mientras Bayón, por una parte, concibe que la derrotabilidad de las normas jurídicas estriba en un asunto de creación de derecho, donde no se puede definir de manera anticipada las distintas excepciones a la regla; Rodríguez, por la otra, asume que la problemática acaece únicamente en la aplicación de derecho.

Desde la *Rechtspolitik*, en cambio, la problemática adquiere un gran significado, pues su análisis eleva la discusión a asuntos relacionados con la corrupción y la impunidad. Precisamente, he ahí por qué Guastini, por este lado, siguiendo a Rodríguez, asume erróneamente que “muchas veces las lagunas axiológicas y derrotabilidad son, por decirlo así, las caras de una misma medalla”,<sup>200</sup> ya que el asunto ya no es analizar si las normas son o no derrotables, sino comprender el por qué las normas han sido derrotadas a pesar de no existir elementos que hagan sospechar sobre su derrotabilidad, algo que no puede realizarse si no se analiza concretamente cada situación; discutir sobre la laguna axiológica, por tanto, es lo que no haya «sentido», mas no la derrotabilidad, pues, de otra manera, se estaría ante una situación en donde resulta imprescindible coincidir con la *tesis de la única respuesta correcta*, en términos de Dworkin, debido a que su solución encontraría respuesta únicamente si la moral es el soporte, lo cual, sobra decir, resalta una contradicción —sin mencionar que tal tesis no es compartida ni por el italiano ni por el argentino. Incrementar el índice de probabilidad, en efecto, no es decisivo, pues a fin de cuentas sigue siendo probabilidad; su asunto es precisamente ese, es decir, que, sin importar su porcentaje a favor, se descubra una excepción a la regla.

Un ordenamiento jurídico, por lo mismo, puede especificar, sin objeciones, su aplicabilidad para el intérprete, y, sin embargo, ser derrotada. Por lo mismo, no es que el asunto se resuelva solo con denunciar que la derrotabilidad depende de la valoración del intérprete (una elección de una decisión sobre otra)<sup>201</sup> sino de llevar a buen cause la subjetividad,<sup>202</sup> pues, de no ser así, se abre la puerta a la arbitrariedad, que, de hecho, es otro problema (incluso más grave). Por tal motivo, que todos los elementos A, en todos los casos hayan tenido la propiedad B, no significa que todos los A, tendrán siempre la propiedad B. Piénsese, por ejemplo, en lo que Carpizo llamó «facultades metaconstitucionales» del ejecutivo federal,<sup>203</sup> es decir, aquellas facultades no escritas y que sobrepasan el marco

---

<sup>200</sup> Guastini, R., *Variaciones...*, p. 149.

<sup>201</sup> Tal error es cometido por Rodríguez con su pregunta: “¿qué es lo que quiere significar cuando se dice que una regla introduce una excepción en lo dispuesto por otra regla?”. Rodríguez, J. (2010) “La derrotabilidad de las normas jurídicas”, en Bayón Mohíno, J. C. & J. Rodríguez, *óp. cit.*, pp. 60 y ss.

<sup>202</sup> Guastini, R., *Variaciones...*, p. 152.

<sup>203</sup> Carpizo, J. (1996) *El presidencialismo mexicano*, (13ª Edición), Siglo XXI Editores: México, pp. 191 y ss.

constitucional, entre las cuales se encuentran otorgar “[...] la jefatura principal del partido en el gobierno [...]; la atribución para designar a su sucesor en la presidencia; las facultades de designación y remoción de los gobernadores de los Estados; y el control político de los poderes públicos [...]”.<sup>204</sup>

Por ende, si se toma a consideración tal aspecto, se puede advertir que la derrotabilidad de las normas no es un asunto superficial, porque los principios de igualdad ante la ley, seguridad y certeza jurídica están en juego. Igualmente, no es una cuestión, en efecto, que únicamente involucre a los juristas,<sup>205</sup> sino a un *status* aún mayor, sobre el cual habría que prestar vital atención a distintos factores —político, social y moral— así como los distintos tipos de juicio (lógico, ético y estético) entre otros elementos que tendrían plenamente un corte subjetivo.

---

<sup>204</sup> Serrano Migallón, F. (2006) “Facultades metaconstitucionales del Poder Ejecutivo en México”, en *Serie Estudios jurídicos*, n. 33, Universidad Nacional Autónoma de México: México, p. 5; *cfr.*, Weldon, J. (1997) “The political sources of presidencialismo in Mexico”, en *Mainwaring, S. & M. S. Shugart* (ed.) *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge University Press: New York, United States of America, pp. 225-258.

<sup>205</sup> *Ibidem.*, p. 154.

## CAPÍTULO II

### CLAROSCUROS: APOLOGÍA DE LA DISCRECIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LO MUCHO Y LO POCO DEL PENSAMIENTO HERMENÉUTICO EN LA DISCIPLINA JURÍDICA

#### 1. Valoración hermenéutica de la instrumentalización como comprensión de una fuente sin retorno

Por lo mismo, tras el triunfo de la Filosofía positiva frente al Romanticismo en el siglo XVIII,<sup>206</sup> cuyo único legado fue la interpretación que había superado en parte el rasgo epistemológico como objetivo de la comprensión,<sup>207</sup> y desde ahí mismo una batalla ya perdida a pesar de ciertos avances para responder al cuestionamiento de *cómo es posible la comprensión* —un desarrollo que alcanzó con Dilthey, Heidegger y Gadamer su exposición más sólida gracias a los aportes de Schleiermacher,<sup>208</sup> e incluso antes de él, con la filosofía de la identidad schellingiana<sup>209</sup> desarrollada por Ast<sup>210</sup> y Wolf—<sup>211</sup> la interpretación jurídica

---

<sup>206</sup> Ferraris, M., *óp. cit.*, p. 14.

<sup>207</sup> Dilthey, W., *Dos escritos de hermenéutica...*, pp. 39 y ss.; Ferraris, M., *óp. cit.*, pp. 13 y ss.; Szondi, P., *óp. cit.*, pp. 60 y ss.

<sup>208</sup> Existe poco material sobre hermenéutica de este autor. Tan solo se cuenta con los dos discursos ante la Academia de Berlín en 1829: *Über den Begriff der Hermeneutik, mit Bezug auf F.A. Wolfs Andeutungen und Ast Lehrbuch*, y una compilación publicada póstumamente, cuya edición estuvo al encargo de Lüke, uno de sus alumnos en Halle. También, *vid.*, Schleiermacher, F. E. D. (1838) *Hermeneutik und Kritik*, bei Reimer: Berlín: Deutschland. Hay una versión en inglés (1998) *Hermeneutics and criticism. And other writings*, [traducción: Andrew Bowie], Cambridge University Press: Great Britain.

<sup>209</sup> Sobre la filosofía de la identidad *vid.*, Schelling, F. W. J. (1989) *Investigaciones filosóficas sobre la esencia de la libertad humana y los objetos con ella relacionados*, [título original: *Philosophische untersuchungen über das Wesen der menschlichen Freiheit und die damit zusammenhängenden Gegenstände*] [traducción: Elena Cortés y Arturo Léyte, Editorial Anthropos: Madrid, España. También (1996) *Escritos sobre filosofía de la naturaleza*, [estudio preliminar, traducción y notas: Arturo Leyte], Alianza Editorial: Madrid, España.

<sup>210</sup> Aunque muy difícil de conseguir y consultar en otro idioma que no sea alemán: *vid.*, Ast, F. (1808) *Grundlinien der Grammatik, Hermeneutik und Kritik*, Landshut: Deutschland.

<sup>211</sup> No obstante que es menos conocido a su compatriota Ast, es mucho más accesible: *vid.*, Wolf, F. A. (1989) *Prolegomena to Homer*, [título original: *Prolegomena ad Homerum*], [introducción, traducción y notas:

pareciere estar varada a una tradición que no le es propia, pues los logros efectuados en la teoría de la comprensión, de alguna manera, debieron tocar tierra en el pensamiento jurídico hace ya bastante tiempo. Aunque, en rigor, de cierta manera fue así, ya que la hermenéutica jurídica planteada por Gadamer fue precisamente criticada por Betti. Sin embargo, como tal, su crítica fue planteada desde la tradición hermenéutica permeada en tal época. Como advierte el filósofo alemán:

[...] es evidente que el hecho de que recogiera la expresión como la «hermenéutica», lastrada por una vieja tradición, ha inducido a algunos malentendidos. No era mi intención componer una «preceptiva» del comprender como intentaba la vieja hermenéutica. No pretendía desarrollar un sistema de reglas para describir o incluso guiar el procedimiento metodológico de las ciencias del espíritu.<sup>212</sup>

Betti, precisamente, sería la excepción, ya que su trabajo sobre hermenéutica jurídica tiene como propósito resolver el problema epistemológico de la comprensión,<sup>213</sup> pero permanece en un umbral que lo mantiene en lo desconocido. Si bien es cierto que, tras su traducción al inglés, sus ideas sobre la interpretación siguen presentes en países anglosajones; en español, sin embargo, solo se le conoce en los países muy al sur del continente americano (Argentina y Chile, principalmente)<sup>214</sup> pero que, en general, para demás países latinos y europeos, entre

---

Anthony Grafton, Glenn W. Most y James E. G. Zetzel], [1ª Edición: 1795], Reimpresión, Princeton University Press, Princeton: New Jersey, United States of America.

<sup>212</sup> Gadamer, H. G., *Verdad y método*, p. 10. Y más adelante: “der gleiche Riß geht offenkundig auch mitten durch die rechtliche Auslegung, sofern Erkenntnis des Sinnes eines Rechtstextes und Anwendung desselben auf den konkreten Rechtsfall nicht zwei getrennte Aktesind, sondern ein einheitlicher Vorgang”. Gadamer, H. G., *Wahrheit and Methode*, p. 315.

<sup>213</sup> Betti, E. (1962) *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften*, Mohr: Tübingen, Deutschland, p. 11. También (1987) *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, Città Nuova: Roma, Italia, p. 12.

<sup>214</sup> Diversos autores de aquella región se debe la traducción de ciertos trabajos, como: Betti, E. (2006) *La interpretación jurídica. Páginas escogidas*, [compilación y traducción: Alejandro Vergara Blanco], LexisNexis: Santiago, Chile; (2018) *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, [traducción: José Luis de los Mozos], Ediciones OLejnik: Argentina.

ellos Francia e Italia, no se le conoce en absoluto.<sup>215</sup> Como tradición jurídica, por tanto, su situación resulta altamente contraria, ya que se ha encontrado con una suma de complejidades que es menester afrontar, sobre todo por aquellas mentes que manifiestan que la interpretación no es un aspecto que se «da» en todo momento, sino que requiere de ciertas características para ponerse en marcha el esfuerzo hermenéutico. Con esto, en realidad no existe mucha distancia entre los llamados *hard cases*, objeto de la llamada «justificación externa», y la antiquísima idea de que “la interpretación sólo resulta posible cuando hay preceptos que deben ser interpretados”,<sup>216</sup> lo cual ahora se considera como «justificación interna».<sup>217</sup> Nuevamente, que existan debates en los cuales se exhibe una escisión de las controversias jurídicas entre *clear cases* y *hard cases*,<sup>218</sup> solo constata que aún falta mucho por realizar, ya que si hay algo que ha dejado manifiesto la teoría de la comprensión es que cada caso concreto “[...] in jeder konkreten Situation, neu und anders verstanden werden muß”;<sup>219</sup> su magnitud, por ende, no es algo que pueda convalidarse *a priori*, pues, hacerlo, implicaría un total abandono de la historicidad, y, por ende, una evidente “[...] einseitige Vorliebe für das, was dem einzelnen Ideenkreis naheliegt”.<sup>220</sup> Por lo mismo, aunque sea considerado como el más relevante debate y, al mismo tiempo, el más conocido como lo es el efectuado entre Hart y Dworkin —donde para el primero, la determinación de un *easy case* o un *hard case* es asequible al instante; para el segundo, sin embargo, es necesario un estudio previo para llegar a tal conclusión—<sup>221</sup> tal disputa es fatua, toda vez que se afirma que

---

<sup>215</sup> Excepcionalmente, España. Diversas obras han sido traducidas al castellano por *Revista del Derecho Privado*.

<sup>216</sup> García Máynez, E. (1997) *Introducción al estudio del derecho*, Reimpresión, Porrúa: México, p. 129.

<sup>217</sup> Sobre estos dos conceptos de justificación, *supra*.

<sup>218</sup> Un análisis extenso sobre este tópico se encuentra en Carrió, G. R. (1981) *Dworkin y el positivismo jurídico*, [colección: Cuadernos de Crítica, n. 16], Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México: México, pp. 42 y ss. Asimismo, Ruiz Manero, J. (1990) *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, pp. 181 y ss. Un análisis más general en Lifante Vidal, I., *óp. cit.*, pp. 224 y ss. También en Pérez Jaraba, M. D. (2010) “Principios y reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H. L. A. Hart”, en *Revista de estudios jurídicos*, n. 10, 2ª Época, Universidad de Jaén: España, pp. 11 y ss.

<sup>219</sup> Gadamer, H. G., *loc. cit.*

<sup>220</sup> Un paralelismo: “[...] es similar a una partida de ajedrez: las reglas de juego son conocidas, pero ignoramos cómo se llevará a término cada partida”. Ricoeur, P. (1997) “El acto de juzgar”, en *supra*, p. 185.

<sup>221</sup> Muy posiblemente, tal detalle se lo deba a Gadamer.

los casos claros, en que los términos generales parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser ‘automático’, son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios.<sup>222</sup>

Con términos más precisos, “cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución, el juez —de acuerdo con esa teoría— tiene «discreción» para decidir el caso en uno u otro sentido”.<sup>223</sup> Pero olvidan que, juzgar, en efecto, no es una empresa sencilla, sino que requiere de un esfuerzo hermenéutico que no desfigure la comprensión: “[...] el acto de juzgar, al suspender el azar del proceso, expresa la fuerza del derecho; más aún, *dice* el derecho en una situación singular”.<sup>224</sup> Sin embargo, tal parece que la teoría jurídica se enfrasca en ideas antiquísimas, lo cual le lleva a hacer hasta lo imposible para mantener y convencer que la acción de juzgar es una empresa que no conlleva complicación si se adaptan las reglas necesarias para su implementación.<sup>225</sup> Para la tradición jurídica, por lo mismo, discurrir a la interpretación literal,<sup>226</sup> o bien, que la interpretación sea vista como un proceso de subsunción (formalismo) siguen presentes.<sup>227</sup>

---

<sup>222</sup> Hart, H. L. A., *The concept of law*, pp. 152 y s.

<sup>223</sup> Dworkin, R., *óp. cit.*, p. 146.

<sup>224</sup> Ricoeur, P., *El acto de juzgar*, *loc. cit.*

<sup>225</sup> Por ejemplo, *vid.*, Hernández Marín, R. (1999) *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, Marcial Pons: Madrid, pp. 223 y s.

<sup>226</sup> Vernengo, R. (1994) *La interpretación literal de la ley y sus problemas*, Abeledo-Perrot: Buenos Aires, Argentina, pp. 5 y ss. También *vid.*, Guastini (1988) “Redazione e interpretazione dei documenti normativi”, en Bartole, S. (ed.) *Lezioni di tecnica legislativa*, CEDAM: Pádova, pp. 79 y s.; del mismo autor, *vid.*, (1993) *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffré: Milano, Italia, p. 360. *Cfr.*, Gimeno Presa, Ma. C. (2003) “La interpretación literal de la ley”, en *Anuario de filosofía del derecho*, n. 20, pp. 131 y s., pp. 141 y s., pp. 144 y ss.

<sup>227</sup> Como se expone por la teoría legalista, donde un “[...] acto justo es aquel que es conforme a la ley, e injusto aquel que está en desacuerdo con ella”. Bobbio, N. (2009) *El problema del positivismo jurídico*, [título original: *Il problema del positivismo giuridico*], [versión castellana: Ernesto Garzón Valdés], [colección: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, n. 12], Reimpresión, Fontamara: México, p. 16.

Por parte de la historia de la interpretación jurídica, por ende, la problematización de la *subjetividad*, verbigracia, resulta aún un tanto difícil de digerir. No es posible contar con los dedos de las manos los juristas que aún insisten en la *objetivación* de la interpretación jurídica,<sup>228</sup> ni mucho menos a aquellos que han intentado revertir los esporádicos avances hermenéuticos, como aquél frente a la *tesis de la única respuesta correcta*.<sup>229</sup> Por esta razón, contrario a lo que puede llegarse a pensar, existe un aspecto refractario a las estipulaciones de la teoría de la comprensión en general, lo cual contribuye, en buena medida, a reforzar fallidos intentos que, como embestida al *racionalismo crítico*,<sup>230</sup> se traducen como rechazo, pues, como ocurre en la ciencia, si bien

[...] the act of judgment that leads scientists to reject a previously accepted theory is always based upon more than a comparison of that theory with the world. The decision to reject one paradigm is always simultaneously the decision to accept another, and the judgment leading to that decision involves the comparison of both paradigms with nature *and* with each other.<sup>231</sup>

Menester es, por tanto, «dar» *apertura* al «sentido» del rechazo no como un aspecto afín sobre cómo construir la teoría jurídica, sino como una problemática en donde confluye un interés particular.

---

<sup>228</sup> Sobre este asunto, entre otros, *vid.*, Flores, I. B. (2015, enero junio) “Interpretación vs Invención: sobre la tesis de la única respuesta correcta de Ronald Dworkin”, en *Conocimiento y Cultura Jurídica*, a. 9, n. 17, 2ª Época, Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología, Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica: Monterrey, México, pp. 9-31.

<sup>229</sup> Principalmente porque dicha tesis alcanza cierta compatibilidad con el sistema político de la democracia, la división de poderes, y lo que parece ser más importante, no existe una retroactividad en la aplicación de derecho. Dworkin, R., *óp. cit.*, p. 150.

<sup>230</sup> Una de las mayores críticas al falsacionismo popperiano consiste, como afirma Lakatos, en que, si bien el procedimiento para falsear una teoría científica tiene como objetivo su rechazo por alejarse a la idea de *verdad por correspondencia*, tal rechazo no se realiza, del todo, ante la evidencia. Lakatos, I., *Science and Pseudoscience.*, p. 23. O bien, “though they may begin to lose faith and then to consider alternatives, they do not renounce the paradigm that has led them into crisis.” Kuhn, T. S., *óp. cit.*, p. 77.

<sup>231</sup> *Ídem.* Lakatos parece tomar esta posición crítica de Kuhn, y su segunda razón del por qué la comunidad científica rechaza un *paradigm* previamente aceptado, pues “they will devise numerous articulations and *ad hoc* modifications of their theory in order to eliminate any apparent conflict” (*Ibidem.*, p. 78) la cual se asemeja mucho con la de Feyerabend (*Tratado contra el método*, pp. 79 y ss.; también: pp. 8 y ss., 47 y s.).

Por tanto, si se considera que después de una *scientific revolution* —como puede calificarse el salto de la comprensión de lo epistemológico a lo ontológico— parece inevitable un *paradigm shift* —aunque, por su puesto, tal cambio no se puede enarbolar como una significación gradual sobre el estereotipo de la teoría jurídica con relación a la interpretación, ya que existe, al mismo tiempo, una advertencia que obliga dar un paso atrás sobre el cuestionamiento elaborado— cierto es que comprender su alcance necesariamente conlleva un reconstruir que puede significarse como no favorecedor. En otros términos, se concede que los avances de la teoría de la comprensión pueden resultar no revolucionarios para otras áreas de conocimiento, y entre ellas se encuentra, en efecto, la disciplina jurídica.<sup>232</sup> Su cuestión, entonces, no debe girar en torno a por qué la hermenéutica y su evolución no ha significado un cambio revolucionario para la teoría jurídica, sino sobre cómo es que el cambio revolucionario que ha sufrido la hermenéutica no se ha reconocido en la tradición jurídica. Mayor precisión: si por mandato constitucional se apela a una inercia facciosa de la interpretación literal, ¿ha habido alguien, en algún momento de la historia, que haya podido cumplir con tal mandato?; ¿realmente ha sido posible construir un juez autómatas, el cual nunca haya proyectado ningún tipo de valoración propia?

Lidiar, ciertamente, con el muro que es la interpretación literal de la ley, no es un asunto fácil. Pero más que ella misma, el reto serio es afrontar el problema de la seguridad jurídica. Existe una tradición que versa sobre esto mismo: “s'ils étoient une opinion particuliere du juge, on vivoit dans la société sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte”.<sup>233</sup> Precisamente, es esa tradición la que impide un cambio de *Gestalt* en el ámbito jurídico; de ahí que la *tesis de la única respuesta correcta* vuelva a la partida con un discurso renovador, a pesar de creer que era una noción ya superada. Esto recuerda aquello que expresaba Lakatos sobre los programas de investigación científica degenerativos: “one must realise that one's opponent, even if lagging badly behind, may still stage a comeback”.<sup>234</sup> No extraña, por lo mismo, que viejos espectros del positivismo jurídico vuelvan:

---

<sup>232</sup> Khun, T. S., *óp. cit.*, p. 49.

<sup>233</sup> Montesquieu, C-L. (1816) *l'Esprit Des Lois*, t. II, Édition Stéréotype: París, XI:VI, p. 48. Hay versión en castellano: (1906) *El espíritu de las leyes*, t. I, [traducción: Siro García del Mazo], Librería General de Victoriano Suárez: Madrid, España, p. 230.

<sup>234</sup> Lakatos, I., *The methodology...* p. 113.

Al considerar un programa de investigación que se encuentre en estado avanzado de degeneración, se sentirá la necesidad urgente de abandonarlo y sustituirlo por un programa rival más progresivo [...] *Sin embargo, también es legítimo hacer lo opuesto* y conservar el programa, pues cualquier intento de exigir su eliminación sobre la base de una *regla* puede criticarse con argumentos casi idénticos a los argumentos que conducen en primer lugar a la ‘defensa de un periodo de respiro’ [...] (la mariposa sale cuando la oruga ha alcanzado su estado más bajo de degradación) [...] no se puede criticar *racionalmente* a un científico que se adhiere a programa degenerativo y no hay forma *racional* de demostrar que sus actos son irrazonables.<sup>235</sup>

No es novedad que el positivismo jurídico atraviesa por una *crisis* que se ha prolongado desde hace ya bastante tiempo. Teóricamente hablando, es insostenible, pero ello no impide que en la *praxis jurídica* suceda totalmente lo contrario, y esto a pesar que es ahí mismo en donde la perspectiva metodológica pierde su vertiente, es decir, se vislumbra que la incesante distinción entre derecho y moral no es tan patente como suele afirmarse.<sup>236</sup> Sin embargo, si bien un *paradigm* puede mantenerse a flote a pesar de las críticas constantes, son el convencionalismo, junto con el instrumentalismo, los que se encargan de conservar su *status*. Así pues, para un juez resulta más sencillo apelar a la razón instrumental y aceptar la *tesis de la única respuesta correcta*, que exponer cómo fundar sus prejuicios en el acto de aplicación de derecho de un modo justo: “[...] daß die Auslegung mit Vorbegriffen einsetzt, die durch angemessenere Begriffe ersetzt werden [...]”.<sup>237</sup> Por tal motivo, para enfrentar tal trasgresión, y evitar con ello el fenómeno de la *reversibilidad hermenéutica*, es necesario denunciar ciertas quimeras que entorpecen la correcta comprensión:

Desde el punto de vista de la ciencia del derecho no puede afirmarse que sólo una de estas interpretaciones sea la “correcta”. Tal afirmación sirve sólo para mantener la ilusión de una seguridad jurídica que no existe. Naturalmente, esto no significa que los juristas encargados de la interpretación no puedan recomendar una determinada interpretación de la autoridad jurídica considerada por ellos, desde el punto de vista de una valoración, como la mejor.<sup>238</sup>

---

<sup>235</sup> Feyerabend, P., *Tratado contra el método*, p. 172.

<sup>236</sup> Dworkin, R., *óp. cit.*, p. 98.

<sup>237</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit und Methode*, p. 272.

<sup>238</sup> Kelsen, H., (1998) *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, [título original: *Was ist die reine Rechtslehre?*], [traducción: Ernesto Garzón Valdés], (5ª Edición), Fontamara: México, p. 28.

Por lo mismo, y hermenéuticamente hablando, lo más grave con lo que tiene que lidiar la *tesis de la única respuesta correcta* no consiste en el «descubrimiento» de lo «oculto» de un «pasaje» jurídico (de hacer explícito lo implícito)<sup>239</sup> sino en cómo superar la *subjetividad* de quien asegura «encontrar» la respuesta correcta a cada caso;<sup>240</sup> de no ser así, la interpretación jurídica se entiende meramente como una «verificación de datos». Ante ello, su principal promotor, Dworkin, debería responder un cuestionamiento fundamental: ¿cómo justificar que la razón instrumental se extingue, si es precisamente tal razón la que ha dado forma a la tradición estadounidense?<sup>241</sup> Un cuestionamiento de tal magnitud merece mayor atención. No es novedad, a estas alturas, reconocer que Dworkin haya propuesto una teoría sobre los principios en el ámbito de la teoría jurídica, la cual había sido apresada e inocua ante el modelo positivista como sistema de normas.<sup>242</sup> Sin embargo, su propuesta está basada inevitablemente en la razón instrumental, es decir, en aquella noción que considera que “[...] las cosas razonables son las cosas útiles y que todo hombre razonable debe estar en condiciones de discernir lo que le es útil”.<sup>243</sup>

Todo se maximiza cuando el filósofo estadounidense expresa lo que se ha de entender por «principio»: “[...] un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”.<sup>244</sup> Su problema, esencialmente, radica ahí mismo, ¿es la justicia la que realiza tal reclamación o es, más bien, alguien que reclama a nombre de ella? Dependiente a esto, lo instrumental aparece como un *Vorurteil*: “die Auslegung gründet jeweils in einer *Vorsicht*, die das in Vorhabe Genommene auf eine bestimmte Auslegbarkeit hin «anschneidet». Das in der Vorhabe gehaltene und

---

<sup>239</sup> Aarnio, A. (1990) “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, n. 8, p. 24. Cfr., Atienza Rodríguez, M. (2009, julio-diciembre) “Sobre la única respuesta correcta”, en *Jurídicas*, v. 6, n. 2, Universidad de Caldas: Colombia, pp. 14 y ss.

<sup>240</sup> Aarnio, A., *óp. cit.*, p. 32.

<sup>241</sup> Dworkin, R., *óp. cit.*, p. 397.

<sup>242</sup> *Ibidem.*, p. 93.

<sup>243</sup> Horkheimer, M., *Crítica de la razón instrumental*, p. 9.

<sup>244</sup> Dworkin, R., *óp. cit.*, p. 72.

«vorsichtig» anvisierte Verstandene wird durch die Auslegung begreiflich”.<sup>245</sup> Por ende, un «principio», en rigor, se basa en

[...] un sentido de conveniencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo [...] si se dejara de parecer injusto permitir que la gente se beneficie de sus delitos [...] estos principios dejarían de desempeñar un papel importante en los casos nuevos, aun cuando jamás hubieran sido derogados o rechazados [...] cuando se suprimen es porque se desgastan, no porque se los impugne.<sup>246</sup>

Simplificado, es aquella práctica de oponer a la razón la experiencia: “experience must be our only guide. Reason may mislead us [...]”.<sup>247</sup> Por tal motivo, si bien es cierto que “[...] cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas [...] echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferentes [...]”,<sup>248</sup> ello obedece a una cuestión de la razón instrumental, mas no a un *deber* consagrado en una normativa;<sup>249</sup> de hecho, incluso si esto es así, es decir, que una ley estipule la *discrecionalidad judicial*, como lo fue el Código de Napoleón,<sup>250</sup> la noción instrumental es asequible, pues “la razón subjetiva se somete a todo. Se entrega tanto a los fines de los adversarios de los valores humanitarios tradicionales como a sus defensores”.<sup>251</sup>

Aceptar la *tesis de la única respuesta correcta*, por lo mismo, significa asentar un absolutismo que no haya sentido alguno; el pluralismo, en las sociedades actuales, se ha encargado de derribar ese tópico: “«Vorurteil» heißt also durchaus nicht notwendig falsches Urteil. In seinem Begriff liegt, daß es positiv und negativ gewertet werden kann”.<sup>252</sup> Por ende, el problema se incrementa en el sentido ya descrito: ¿cómo lidiar con la razón instrumental?

---

<sup>245</sup> Heidegger, M., *Sein und Zeit*, §32, p. 151.

<sup>246</sup> Dworkin, R., *óp. cit.*, p. 95.

<sup>247</sup> Morison, S. E. & H. S. Commager (1942) *The Growth of the American Republic 1000-1865*, v. I, (3ª Edición), Oxford University Press: New York, United States of America, p. 281.

<sup>248</sup> Dworkin, R., *loc. cit.*

<sup>249</sup> *Ibidem.*, pp. 99 y s.

<sup>250</sup> Su artículo 4: “El juez que se niegue á dar sentencia á pretexto del silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser acusado como reo de degeneración de justicia”. *Vid.*, Código de Napoleón.

<sup>251</sup> Horkheimer, M., *Crítica de la razón instrumental*, p. 27.

<sup>252</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit and Methode*, p. 275.

Ante esto, si bien lo que pretende el filósofo estadounidense es evitar la *discrecionalidad judicial*, y, por ende, oponerse a una cuestión hartiana de la *open texture*,<sup>253</sup> lo que Dworkin no comprende del todo es que, por una parte, establecer una postura que asuma la *tesis de la única respuesta correcta*, tampoco es compatible con la división de poderes,<sup>254</sup> y menos aún con el de democracia.<sup>255</sup> Actualmente, e incluso ya desde los tiempos del filósofo estadounidense, el derecho vigente ha dejado de ser una construcción cuyo horizonte determinador advierta como libertad de autodeterminación un estrato unilateral en donde los pactos internacionales no tienen peso alguno. En este caso, recientemente, de este otro lado de la frontera, se presentó una polémica respecto al proyecto de *Ley de seguridad interior*, la cual fue sumamente cuestionada, tanto por juristas locales, como por la misma Organización de las Naciones Unidas (ONU), así como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) al catapultarse como un ordenamiento que va en contra de las libertades humanas reconocidas no solo por el pacto internacional, sino por la misma constitución mexicana; con ello, por tanto, la tendencia de caracterizar como norma aquello que emana del soberano, se degenera, ya que ni los tratados internacionales, pactos regionales o convenciones, son cuerpos normativos elegidos por una mayoría, sino por una minoría.<sup>256</sup> Y, en segundo lugar, su modelo tampoco es del todo compatible con la división de poderes, pues lo que ocurriría, de llevarse a cabo tal proyecto, es que el poder legislativo se entrometería del todo en el proceso de juzgar propiamente dicho, procurando, con ello, un juez autómatas que no tiene capacidad alguna de realizar un juicio, y, por ende, el «sentido» mismo del poder judicial se vería altamente perjudicado. En este mismo sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunciaba al respecto, al establecer que, si los legisladores pretenden que la garantía de exacta aplicación a la ley sea del todo cumplida, entonces es necesario que los legisladores hagan leyes *claras* desde un principio.<sup>257</sup> Con todo, un juez sin juicio, no

---

<sup>253</sup> Dworkin, R., *óp. cit.*, p. 87.

<sup>254</sup> *Ibidem.*, p. 147 y s.

<sup>255</sup> *Ibidem.*, p. 150.

<sup>256</sup> De acuerdo a la constitución mexicana: art. 133, vigente en 2019.

<sup>257</sup> *Vid.*, Jurisprudencia: 175595.

convence a nadie: “on n'a pont continuellement des juges devant les yeux, et l'on craint la magistrature et non pas les magistrats”.<sup>258</sup>

Ahora, por otra parte, establecer que la discreción es optar por la aplicación de un principio, se podría decir, entonces, que existe el principio de *discrecionalidad judicial*, el cual consiste en decidir si aplica o no un principio ante el hecho de no tener una norma que regule la controversia. De no hacerlo

sus críticos no se habrían contentado con señalar que no había tenido en cuenta consideraciones a las que otros jueces han venido prestando atención desde hace algún tiempo; la mayoría de ellos habrían dicho que era su deber tomar como referencia esos principios, y que el demandante tenía derecho a que así lo hiciera.<sup>259</sup>

Aquí es notable cómo el profesor estadounidense no considera con rigor las dificultades que representa la conciencia histórica, la historicidad de los «pasajes» jurídicos y sus principios, así como la «distancia histórica» que impregna a los precedentes judiciales, sino que se deja llevar por un carácter instrumental.<sup>260</sup> Por ejemplo, ¿qué ocurre cuando un juez ha decidido proyectar un nuevo criterio que modifica lo que la tradición ha expresado? Piénsese en la prueba confesional; en la historia del proceso jurídico, esta había sido contemplada como una prueba plena, pero que actualmente no es así. Si se sigue la lógica dworkiniana, se debería a un aspecto instrumental, en lugar de un cambio de *Gestalt*, como propondría la teoría de la comprensión. Además, ¿cómo es posible explicar el ir y venir de los criterios jurisprudenciales? Si “ninguno de ellos tiene discreción, porque está obligado a llegar a entender [...] qué es lo que le exigen sus órdenes, o las reglas, y a actuar de acuerdo con tal interpretación”,<sup>261</sup> entonces, los principios que él evalúa estarían exentos del manto histórico que rodea tanto a la expresión y la intención. Si bien Dworkin tiene razón en establecer que las normas no son principios, hay un principio que sí actúa como norma, tal sería el carácter de tener como obligatorio la aplicación de ciertos principios, o, por lo menos, de tenerlos en

---

<sup>258</sup> Montesquieu, C-L., *loc. cit.*

<sup>259</sup> Dworkin, R., *Los derechos en serio*, p. 88.

<sup>260</sup> *Loc. cit.*

<sup>261</sup> *Ibidem.*, p. 90.

cuenta.<sup>262</sup> Algo que recuerda “[...] grundlegende Vorurteil der Aufklärung ist das Vorurteil gegen die Vorurteile überhaupt und damit die Entmachtung der Überlieferung”.<sup>263</sup>

Todo el problema estriba, por tanto, en que Dworkin no logra disipar la diferencia entre el «cómo» el legislador quisiera que se resuelvan las controversias, y lo que es propiamente la acción de «juzgar». Sea por donde quiera tomar, el profesor estadounidense, y por más que pretenda objetivar a la moral,<sup>264</sup> el juicio de cualquier conciencia recae siempre en aspectos subjetivos, independientemente de si se trata de juicio lógico, ético o moral, y más aún porque no considera aspectos relevantes que acaecen en otros estados, cuya tradición no está sumergida en el *common law*. Por ejemplo, nuevamente, en México existen tribunales colegiados, y su proceso para procurar sentencias judiciales obedece a un proceso democrático que puede ser disipado, lo que ocasiona que esta «invención» sea muy poco probable que se instaure en el proceso, ya que la decisión no obedece a una sola conciencia, sino a otras dos más, mientras que, en Estados Unidos, cuando existe este tipo de aspectos, en los juicios donde existe jurado, la decisión se sustenta en una homologación por los integrantes.<sup>265</sup> Visto de lejos, tal actividad se concentra en su Corte Suprema y lo que delega.

Existe, no obstante, otra peculiaridad, y esta puede considerarse desde la singularidad en la cual se proyecta la comunidad científica.<sup>266</sup> Aquello recuerda, efectivamente, el designio de cómo “the competition between paradigms is not the sort of battle that can be resolved by proofs”;<sup>267</sup> de ahí que la crisis del positivismo no sea asequible aparentemente por la

---

<sup>262</sup> *Loc. cit.*

<sup>263</sup> Gadamer, H. G., *loc. cit.*

<sup>264</sup> Dworkin, R. (2011) *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press: United States of America, pp. 99 y ss.; también, pp. 280 y ss.; especialmente, p. 283. Hay versión en castellano: (2013) *Justicia para erizos*, [traducción: Horacio Pons], ePub, Fondo de Cultura Económica: México, pp. 102 y ss.; igualmente, pp. 269 y ss.; así como, p. 272.

<sup>265</sup> Laudan, L., *óp. cit.*, pp. 53 y s.

<sup>266</sup> Un ejemplo que inevitablemente llama la atención es percatarse de la existencia de aquellos que arguyen que el planeta en que habitamos en realidad es plano (*Flat Earth Society*), una idea que la historia universal se supone disuelve el debate con el redescubrimiento de América en el siglo XV. Como dato adicional, en enero de 2019 defensores de mundo plano anunciaron una expedición náutica para comprobar su tesis.

<sup>267</sup> Kuhn, T. S., *óp. cit.*, p. 148.

comunidad que defiende exiguamente los postulados del positivismo jurídico,<sup>268</sup> o bien, que Dworkin califique su doctrina como no positivista y crítica ferviente del utilitarismo, aun cuando en el fondo es apología de ambos: primero, al plantear la *tesis de la única respuesta correcta*; y, segundo, por su noción de «principio» como un estándar externo a la idea clásica de norma jurídica, que, como ya se expuso, en realidad tal aspecto es un *Vorurteil*, al ser «exigido» por la justicia. Por lo mismo, de ahí que quienes perciben la crisis del positivismo, encuentran en las teorías de la interpretación la satisfacción a su confusión, aunque sin dar partida de que en realidad únicamente prolongan el escollo. Advertía ya Planck: “a new scientific truth does not triumph by convincing its opponents and making them see the light, but rather because its opponents eventually die, and a new generation grows up that is familiar with it”.<sup>269</sup>

Bien parece, por de pronto, apuntar que aunque se puede, de cierta manera, encontrar un paralelismo que se llega a percibir con la *scientific revolution* en los términos que se establece en la *Structure of Scientific Revolutions* —“in both political and scientific development the sense of malfunction that can lead to crisis is prerequisite to revolution”—<sup>270</sup> tal aspecto ha de tratarse con sumo cuidado, pues su expansión a las ciencias del espíritu puede llevar a errores que en el pasado ya han maltratado a otras disciplinas (como la Sociología y la Política) con las cuales es posible lograr una afinación,<sup>271</sup> pues en realidad la *Structure of Scientific Revolutions*, verbigracia, “[...] apenas entra en el terreno de la teoría sociológica y no ofrece ninguna sugerencia sobre el modo de distinguir las formas aceptables de llegar a un consenso de las [teorías] inaceptables”<sup>272</sup> por la comunidad científica. Kuhn mismo se

---

<sup>268</sup> Bobbio, N. (1993) *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Mora*, [título original: *Il positivismo giuridico*], [traducción: Rafael de Asís y Andrea Greppi], Debate: Madrid, España, pp. 141 y ss.

<sup>269</sup> Planck, M. (1994) *Scientific Autobiography and Other Papers*, Philosophical Library Open Road, p. 24. Hay traducción española (2000) *Autobiografía científica y últimos escritos*, Nivola: Madrid, España, p. 38.

<sup>270</sup> Kuhn, T. S., *óp. cit.*, p. 92.

<sup>271</sup> Una explicación detallada la ofrece Guillaumin, G. (2012) “Ciencias sociales y Thomas Kuhn: ¿expanding (o deformando) la naturaleza epistémica de las ciencias sociales?”, en De la Garza Toledo, E. & G. Leyva (coord.) *Tratado de metodología de las ciencias sociales: perspectivas actuales*, Universidad Autónoma Metropolitana, Fondo de Cultura Económica: México, pp. 78 y s.

<sup>272</sup> Chalmers, A. *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?*, p. 156. Añado corchetes.

defendió de las críticas y denuncias respecto a postular una posición relativista; en el *Postscript* (epílogo) de la *Structure of Scientific Revolutions* indicaba:

Taken as a group or in groups, practitioners of the developed sciences are, I have argued, fundamentally puzzle-solvers. Though the values that they deploy at times of theory-choice derive from other aspects of their work as well, the demonstrated ability to set up and to solve puzzles presented by nature is, in case of value conflict, the dominant criterion for most members of a scientific group. Like any other value, puzzle-solving ability proves equivocal in application. Two men who share it may nevertheless differ in the judgments they draw from its use. But the behavior of a community which makes it preeminent will be very different from that of one which does not.<sup>273</sup>

De ahí que sea válido establecer que, si bien la aceptación de la *subjetividad* en la comprensión ha arrojado buenos resultados, para la teoría de la comprensión, y en general para las *Geisteswissenschaften* como la Historia, la Estética, la Literatura, la Psicología, el Arte, etc., conceptos icónicos como «apertura», *horizonte*, «distancia histórica», pre-comprensión, conciencia histórica, *historia efectual*, entre otros, son fundamentales. Pero, como se advierte, quizá no habría por qué esperar los mismos resultados respecto a la interpretación jurídica, cuya noción del *sensus* es su *quid*,<sup>274</sup> incluso sin existir propiamente un acuerdo que establezca exactamente qué *sensus* seguir. Como se advierte, las “*scientific revolutions* [...] need seem revolutionary only to those whose paradigms are affected by them”.<sup>275</sup> Por eso, es necesario enfocarse en el cómo, y no en el por qué.

Llama la atención, sin embargo, que aspectos así concurren en la disciplina jurídica, pues, por una parte, el objetivo de la comprensión no se limita a una proyección, sino «a mostrar las diversas posibilidades de su proyección»,<sup>276</sup> lo cual es una acción que desde cierto aspecto representa la acción de juzgar. Por otra parte, quizá sea más conveniente atribuir cierta razón a lo expresado directamente por la Sociología, ya que desde aquí se advierte que las teorías que satisfacen la demanda de la práctica jurídica, aun sin cumplir con el canon de la

---

<sup>273</sup> Kuhn, T. S., *óp. cit.*, p. 205.

<sup>274</sup> Betti, E., “Cánones cuya observancia garantizan el éxito epistemológico de la interpretación”, *supra*, §3:III, p. 28.

<sup>275</sup> Kuhn, T. S., *óp. cit.*, pp. 92 y s.

<sup>276</sup> Heidegger, M., *Sein und Zeit*, §32, *loc. cit.*

cientificidad, son las mejor proyectadas a nivel general, lo que incluye no solo la *praxis*, sino también la agenda de programas de estudio y de investigación, de ahí que “die in der Rechtspraxis selbst erzeugten juristischen Theorien halten jedoch nicht das, was der Theoriebegriff im Kontext des Wissenschaftssystems verspricht”,<sup>277</sup> lo cual explicaría satisfactoriamente el por qué con la reforma constitucional de 1994, al poder judicial federal, por ejemplo, la comunidad jurídica aseguraba trazar un camino seguro para alcanzar la independencia judicial, algo que no se ha logrado —aunque la espera sigue viva—<sup>278</sup> y lo mismo para las reformas recientes (2008 y 2011) las cuales solo han quedado trazadas en papel, sin alcanzar los resultados prometidos. Ciertamente, un cambio a las reglas no significa un cambio de conciencia —de *Gestalt*. Por lo mismo, que la ley exija a la autoridad respeto a los derechos fundamentales, verbigracia, no significa que las autoridades respeten sin excepción los derechos fundamentales; para ello es imprescindible discurrir hacia una nueva dirección, un asunto que depende de la voluntad (de una conversión: un *paradigm shift*) y no de la causalidad.<sup>279</sup> Depende, en gran medida, de lograr superar la falacia de arreglo de bulto en la que parece estar sumergida la cultura jurídica.

---

<sup>277</sup> Luhmann, N. (1993) *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp: Deutschland, p. 9. Hay versión en castellano: (2003) *El derecho de la Sociedad*, eBook, p. 3.

<sup>278</sup> Desde la dimensión política, la estructuración del poder judicial encaja, en cierta medida, con la tesis planteada por Huntington respecto al proceso de institucionalización y su desarrollo con la modernidad, debido a su estancamiento normativo, pues a pesar de haber transcurrido más de 20 años desde la reforma, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sigue sin poder diferenciarse de un tribunal de legalidad. Huntington, S. (1968) *Political order in changing societies*, Yale University Press: United States of America, p. 32 y ss. A la fecha, sigue atendiendo casos del orden común por medio de su facultad de atracción, aspecto que habría que suprimir si se pretende alcanzar un verdadero grado de tribunal constitucional.

<sup>279</sup> Se trata más bien del principio de *Zurechnung*. Sobre esto: Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, pp. 90 y ss. Del mismo autor: *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, pp. 10 y s. También (1994) *Teoría general de las normas*, [título original: *Allgemeine theorie der norme*], [traducción: Hugo Carlos Delory Jacobs], Trillas: México, pp. 41 y s. Con palabras concretas: “lo que aparece en la norma, la cual está prescribiendo un determinado comportamiento, no es el comportamiento efectivo, sino el comportamiento debido”. *Ibidem.*, p. 72.

## 2. Debilidad de discurso: ceguera ante el fenómeno de la comprensión

Pero una explicación así esbozada parece abusar del simplismo. No es que la advertencia de la Sociología esté del todo equivocada, pues la observación a la actividad jurídica bien puede confirmarlo sin entrar a detalles, sino que su fundamentación alcanzaría mayor rigor si se contempla la presencia de la *razón instrumental* en el medio jurídico, pues “esta instrumentalidad del saber científico [...] obliga a preguntar siempre para qué sirve”,<sup>280</sup> de modo que se está ahora ante un panorama que abdica con frecuencia a modelos teóricos sustentables; consecuentemente, se es testigo de cómo el espíritu ilustrado y el sentido de la crítica se han opacado en la misma modernidad.<sup>281</sup> Así dispuesto, el distanciamiento de la teoría y la *praxis* jurídica (distanciamiento entre el pensar y obrar) debería su razón ahora no únicamente a lo pragmático, sino de alguna manera al carácter ideológico de la «ciencia positiva», es decir, la independencia de la génesis histórico-fáctica.<sup>282</sup> Pues “la consigna ahora es preguntarse por el modelo paradigmático de racionalidad que lo sostiene y le dio origen”,<sup>283</sup> es decir, analizar el desmarque producido por la *razón instrumental*.<sup>284</sup>

Pero no solo eso, ya que incluso esto ha afectado aquello que defiende la misma *razón subjetiva*. Por ejemplo, cuando la *razón objetiva* cuestiona respecto al por qué el hombre no se ha vuelto a situar en el astro lunar, cuyo propósito, por una parte, consistía en «dominar» el espacio, y, por el otro, tratar de dar fin a una lucha política entre la antigua Unión Soviética y Estados Unidos (*Cold War*) la respuesta recae precisamente en este particular, es decir, siendo que el contexto ha cambiado, la carrera por la conquista del espacio, actualmente, no adquiere sentido alguno («ya no sirve para nada») una vez que se ha decretado un victorioso, de manera que regresar a la Luna, así como su cuestión acerca del por qué no se ha regresado

---

<sup>280</sup> Galafassi, G. P. (enero-junio, 2002) “La teoría crítica de la Escuela de Frankfurt y la crisis de la idea de razón en la modernidad”, en *Contribuciones desde Coatepec*, n. 2, Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca: México, p. 7.

<sup>281</sup> Horkheimer, M. & T. Adorno, *óp. cit.*, p. 20.

<sup>282</sup> Galafassi, G. P., *óp. cit.*, p. 6.

<sup>283</sup> *Ibidem.*, p. 9.

<sup>284</sup> Horkheimer, M., *Crítica a la razón instrumental*, p. 12.

ahí desde 1972, se convierten en algo fundamentalmente irracional.<sup>285</sup> Esto mismo da paso nuevamente a considerar el problema de la demarcación entre ciencia y no ciencia, pero ahora sujeto a cuestiones que trascienden el ámbito meramente científico, como la política. Justamente, si bien el instrumentalismo se ha proyectado de alguna u otra manera respecto a la viabilidad de un proyecto de investigación científica, su participación en el proceso de comprobación parece igualmente supeditarse a un factor ajeno que va más allá de discusión sobre su probabilidad.

The problem of demarcation between science and pseudoscience has grave implications also for the institutionalization of criticism. Copernicus's theory was banned by the Catholic Church in 1616 because it was said to be pseudoscientific. It was taken off the index in 1820 because by that time the Church deemed that facts had proved it and therefore it became scientific. The Central Committee of the Soviet Communist Party in 1949 declared Mendelian genetics pseudoscientific and had its advocates, like Academician Vavilov, killed in concentration camps; after Vavilov's murder Mendelian genetics was rehabilitated; but the Party's right to decide what is science and publishable and what is pseudoscience and punishable was upheld. The new liberal Establishment of the West also exercises the right to deny freedom of speech what it regards as pseudoscience, as we have seen in the case of the debate concerning race and intelligence. All these judgments were inevitably based on some sort of demarcation criterion. This is why the problem of demarcation between science and of pseudoscience is not a pseudo-problem of armchair philosophers: it has grave ethical and political implications.<sup>286</sup>

Por lo mismo, más que recalcar que la demanda de la academia no es cubierta ni se atiende—como podría advertir cualquier ajeno a la disciplina jurídica (aspecto con el cual se concuerda)— desde la Filosofía de la Ciencia parece que se expone una mejor argumentación sobre qué ocurre en realidad: “the success of a paradigm [...] is at the start largely a promise of success discoverable in selected and still incomplete examples”.<sup>287</sup> Ante esto, no parece

---

<sup>285</sup> Actualmente, sin embargo, parece suscitarse una nueva carrera espacial, pero dichos objetivos, al igual que lo acaecido en la Guerra Fría, son más políticos, aunque también existen ciertos intereses económicos. China, por ejemplo, envió a la Luna, en 2018, un robot: “Yutu-2” para explorar su lado oculto. Poco después, se ha informado su interés de llegar al satélite natural.

<sup>286</sup> Lakatos, I., *Science and Pseudoscience*, p. 26.

<sup>287</sup> Kuhn, T. S., *óp. cit.*, pp. 23 y s.

resultar una gran complicación exponer una ejemplificación al respecto en el ámbito jurídico. Verbigracia, con la reforma de 2008 se da apertura al denominado nuevo modelo de justicia penal y con ello exacerbó gran parte de la comunidad jurídica, al afirmar que su existencia, por sí misma, significaba un *paradigm shift*, el cual prometía una mejor y eficaz impartición de justicia. Tras un tiempo, sin embargo, tal *paradigm shift* ha quedado en el olvido, y, además, no ha cumplido con las promesas que afirmaron sus difusores, lo cual ha ocasionado incluso una batalla campal entre miembros del sistema judicial, jefes de ayuntamientos, así como ejecutivos y legisladores a nivel local y federal, al afirmar que dicho sistema favorece «más» a los delincuentes,<sup>288</sup> cuya intención parece fundarse en el hecho de que «es preferible liberar a un culpable que condenar a un inocente».<sup>289</sup>

No son pocas las veces, en efecto, en que las proyecciones de nuevos horizontes llegan a la disciplina jurídica, de cuyo enfrentamiento se encuentra un *paradigm* que resulta muy difícil sortear —tras la publicación de la reforma de 2008, verbigracia, y antes de su aplicación, la vieja guardia de la abogacía, así como ex miembros del poder judicial, exclamaron en diversos foros su desaprobación a tal cambio—<sup>290</sup> lo cual reafirma que el

---

<sup>288</sup> Esta fue una problemática que se presentó en el país. Respecto al Estado de Nuevo León, en el año 2016, cuando el ahora ex alcalde de San Pedro Mauricio Fernández, y también el aún gobernador Jaime Rodríguez Calderón, exigieron resultados al entonces presidente del Tribunal Superior de Justicia, Carlos Emilio Arenas Bátiz, pues consideraban que las fuerzas policiacas cumplían con sus funciones, pero que los tribunales del Estado de Nuevo León otorgaba libertad al considerar que hubo violaciones a derechos humanos.

<sup>289</sup> Para más información *vid.*, Cortés, N., Rodríguez Ferreira, O. & D. A. Shirk (2016) “Perspectives on Mexico’s criminal justice system: what do its operators think?”, en *Justiciabarómetro—Perspectivas del sistema de justicia penal en México*, Justice in Mexico: Universidad de San Diego, MacArthur Foundation: United States of America, p. IX. También pp. 21 y ss.

<sup>290</sup> En 2016, el Centro de Investigación para el Desarrollo A.C. (CIDAC) realizó un estudio sobre el funcionamiento del nuevo sistema penal denominado *Operadores ¿Cómo vamos?*, cuyos resultados se detalla que “en cuanto a la claridad y oralidad en los argumentos expresados por la defensa, fue calificada como suficiente al obtener una calificación de 3.516, a diferencia del ministerio público cuya intervención fue calificada como insuficiente (2.8). Sin embargo, para el análisis comparativo entre estas calificaciones, es necesario tomar en cuenta que, en la mayoría de los casos, no hubo debate por parte de la defensa y, por lo tanto, su exposición de argumentos fue exigua o breve. En cambio, la exposición del fiscal debió ser más detallada, para cubrir los requisitos necesarios para justificar la detención”. CIDAC (2016) *Operadores ¿Cómo vamos?*, p. 18.

choque *between paradigms* no es entre iguales, ni entre individuos, sino que es contra la historia de la disciplina en cuestión (la tradición). Un problema que enfrenta muy a menudo el historiador de la ciencia,<sup>291</sup> pero que mantienen al margen los historiadores del derecho, a quienes no parece molestar que, en el proceso de actualización normativa, se abandonen o adopten ciertas prácticas que afectan la noción de desarrollo en la disciplina jurídica.

Ante tales aspectos, es menester construir una opción que permita alejar a la Lógica de la interpretación jurídica como elemento constitutivo del problema hermenéutico de la aplicación, sin que de esto pueda machacarse tal acción tras considerarse como un *sin* sentido que conduce irremediamente a la irracionalidad, sino como una «apertura» que permita aludir a la *subjetividad* como un punto de partida de la comprensión, mas no un estorbo que la obstaculiza: “er setzt die dauernden Vorurteile aus Befangenheit neben die momentanen Fehlurteile aus Übereilung. Aber nur die ersteren interessieren den auf wissenschaftliche Methodik Gerichteten”.<sup>292</sup> Una opción, por cierto, que incluso sea ajena al rubro jurídico.

Por supuesto no se apela de un golpe de suerte, ni de estructurar una apología a la casualidad, o que eventualmente se mostrará nuevamente una contingencia como la acaecida entre Newton y la manzana,<sup>293</sup> la cual permita dar pie a que los juristas no vean en la *subjetividad* un problema, sino la posibilidad misma de la comprensión. Propiamente, si se habla de realizar un verdadero *paradigm shift*, debe tomarse en cuenta que

Any new interpretation of nature, whether a discovery or a theory, emerges first in the mind of one or a few individuals. It is they who first learn to see science and the world differently [...] usually, in addition they are men so young or so new to the crisis-ridden field that practice has

---

<sup>291</sup> Kuhn, T. S., *loc. cit.*

<sup>292</sup> Gadamer, H. G., *óp. cit.*, p. 283.

<sup>293</sup> Igualmente, por ejemplo, la anécdota con el *equilibrio de Nash*, una teoría que, tras ser aceptada, no sin antes encontrar muchos retractores, puso fin al reinado de los escritos de A. Smith. Tras los resultados, la nueva teoría que había derrocado a Smith no solo sobrepasó la frontera de la economía, sino que también llegó a la política (enfoque de elección racional y la teoría de juegos) e incluso a la biología evolutiva, algo que seguramente no habría alcanzado tal difusión de no ser que se hubiese decidido conservar los escritos de Smith, es decir, de no haberse dado una «apertura» a una nueva teoría tan prometedora.

committed them less deeply than most of their contemporaries to the world view and rules determined by the old paradigm.<sup>294</sup>

Cuando la historia de la ciencia cobró real importancia, por ejemplo, “el estudio histórico revela que la evolución y el progreso de las principales ciencias muestran una estructura que no captan ni la concepción inductivista ni la falsacionista”,<sup>295</sup> lo que para Lakatos se configura como «estructuras sin límites que ofrezcan un programa de investigación».<sup>296</sup> Para muestra, Kuhn: como historiador de la ciencia, fue capaz de dar un giro sorpresivo en la actividad científica,<sup>297</sup> en otras palabras, cuando “se dio cuenta de que las concepciones tradicionales de la ciencia, ya fueran inductivistas o falsacionistas, no resistían una comparación con las pruebas históricas”.<sup>298</sup> Por lo mismo, para el estadounidense la historia de la ciencia no puede concebirse simplemente como un esquema acumulativo de conocimientos; como una historia lineal del saber, como un barril sin fondo, sino más bien como un periodo de *normal science*,<sup>299</sup> el cual se ve forzado a ser desplazado por la operatividad de un *paradigm* que es capaz de explicar y resolver problemas que el otro no puede, por lo que no es ni medianamente un proceso irracional, sino un proceso interpretativo que advierte la presencia de algo excepcional. En definitiva, no se trata de conciliar una espera, sino de tener *horizonte*.

---

<sup>294</sup> Kuhn, T. S., *óp. cit.*, p. 144. No es del mismo *paradigm*, por lo mismo, de donde se da pie a la *scientific revolution*, sino que a menudo son personas ajenas a él, e incluso que han llegado a casualidad a cambiar todo.

<sup>295</sup> Chalmers, A., *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?*, p. 111.

<sup>296</sup> *Ibidem.*, p. 115.

<sup>297</sup> Desde un inicio, Kuhn hace esto patente: “History, if viewed as a repository for more than anecdote or chronology, could produce a decisive transformation in the image of science by which we are now possessed”. Kuhn, T. S., *óp. cit.*, p. 1.

<sup>298</sup> Chalmers, A., *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?*, p. 127.

<sup>299</sup> Y si no es de *normal science*, al menos de un *paradigm* que predomina sobre los demás, aduciendo serlo por la legitimidad que, desde la comunidad científica, se otorga. Solo como consideración a la cuestión de Feyerabend al reto de probar la existencia de un periodo de *normal science*. Feyerabend, P. (1999) “How to defend society against science”, en *Knowledge, Science, and Relativism. Philosophical Papers*, v. 3, Cambridge University Press: United Kingdom, p. 185; también en Hacking, I. (1985) *Revoluciones Científicas*, [título original: *Scientific Revolutions*], [traducción: Juan José Utrilla], [colección: Breviarios, n. 409], Fondo de Cultura Económica: México, p. 302.

Por la misma razón, no es sino gracias a la ontologización de la hermenéutica alcanzada con Heidegger —y complementada con Gadamer— donde la comprensión ha alcanzado su auge para la correcta comprensión de lo comprendido; igualmente, ha sido en Habermas donde se han desvelado grandes problemáticas que derecho constitucional afronta,<sup>300</sup> sin olvidar mencionar a Weber y su legado sociológico-jurídico,<sup>301</sup> o qué decir de Kant de quien se ha adaptado el imperativo categórico, el cual ha dado forma a diversos textos jurídicos,<sup>302</sup> igualmente Wittgenstein, cuyas *Investigaciones filosóficas* han aportado grandes avances a la concepción e importancia del lenguaje.<sup>303</sup> Todos ellos, y otros más, no vienen propiamente de la tradición jurídica, sino de otras áreas cuya principal inspiración no es el conflicto jurídico, pero a diferencia de los juristas, el *horizonte* de todos ellos les permitió “[...] see new and different things when looking with familiar instruments in places they have looked before”.<sup>304</sup>

Por todo, debe considerarse ampliamente el por qué es menester conservar un discurso débil, el cual ha opacado y negado el fenómeno de la comprensión. Un positivismo jurídico, a estas alturas, respecto a lo que a la teoría corresponde, no tiene mucho que aportar. Resulta, ciertamente, una lástima que incluso pueda compararse con diversos rasgos publicitarios, toda vez que se pretende resolver todo por menor con la depuración de reformas a la legislación. Sí, el positivismo jurídico se encuentra en «crisis», y ciego a otras alternativas.

---

<sup>300</sup> Habermas, J., *supra*.

<sup>301</sup> Weber, M. (2002) *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, [título original: *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*], [traducción: José Medina Echeverría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora], (2ª Edición), Reimpresión, Fondo de Cultura Económica: México, pp. 498 y ss.

<sup>302</sup> Kant, I. (2011) *Crítica de la razón práctica*, [título original: *Kritik der praktischen Vernunft*], [traducción: Dulce María Granja Castro], Reimpresión, Fondo de Cultura Económica: México.

<sup>303</sup> Wittgenstein, L. (1999) *Investigaciones filosóficas*, [título original: *Philosophische untersuchungen*], [traducción: Alfonso García Suárez y Ulises Moulines], [edición: G. E. M. Anscombe y Rush Rhees], Reimpresión, Ediciones Altaya: España.

<sup>304</sup> Kuhn, T. S., *óp. cit.*, p. 111.

### 3. Vuelta a lo reversible en la interpretación jurídica, la lógica: *reverb* de un discurso que elige el «significado» sobre el «sentido»

Expresarlo así, no obstante, parece alejarse un tanto de lo que la historia ha ofrecido desde la posición jurídica. Resulta necesario establecer una especificación; Kelsen, por ejemplo, cuando indicó —en *What is justice?*— que es en lo *subjetivo* donde la norma encuentra su determinación para la solución de un conflicto,<sup>305</sup> o bien, cuando afirmó que los conflictos jurídicos no pueden resolverse mediante el conocimiento racional propiamente dicho,<sup>306</sup> proyectaba, sin saberlo, aspectos que embonan perfectamente con la hermenéutica fenomenológica; con esto, es ya una evidencia que exhibe así un horizonte. Sin embargo, son aspectos que no llegan a trascender del todo, principalmente porque es él mismo quien minimiza esa opción subjetiva, al considerarla un extremo: “it is, in the last instance, our feeling, our will, and not our reason; the emotional, and not the rational element of our consciousness which decides this conflict”.<sup>307</sup> A pesar de ello, es Kelsen uno de los precursores que propone la imposibilidad de la *tesis de la única respuesta correcta*, pues “se trata de una ficción de la que se sirve la jurisprudencia tradicional para mantener el ideal de la seguridad jurídica”;<sup>308</sup> un acto que se efectúa en nombre de la ciencia del derecho, y, efectivamente, con magnas prerrogativas desde un punto de vista político, como ya se ha expuesto. Además, es quien logra introducir un tipo de *subjetividad* en la interpretación jurídica, aunque no por la multiplicidad de «sentido» en la interpretación,<sup>309</sup> sino por la elección que realiza el intérprete respecto a esa misma multiplicidad;<sup>310</sup> por lo mismo, esto es más bien asimilado desde el lenguaje, y no desde la comprensión, que es lo correcto y más adecuado, de ahí que se sombree un poco al asunto. Por decirlo de alguna manera, aparece

---

<sup>305</sup> Kelsen, H. (2000) *What is justice? Justice, Law and Politics in the mirror of Science*, University of California Press: United States of America, p. 2. Hay versión en castellano: (2000) *¿Qué es la justicia?*, [traducción: Leonor Calvera], elaleph, eBook, I:2, pp. 7 y ss.

<sup>306</sup> *Ibidem.*, p. 4.

<sup>307</sup> *Ibidem.*, p. 5.

<sup>308</sup> *Ibidem.*, p. 356.

<sup>309</sup> Kelsen atribuye este aspecto a lo equívoco que resulta el lenguaje, de ahí su escisión de la indeterminación del derecho en voluntaria e involuntaria. Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, *loc. cit.*

<sup>310</sup> *Ibidem.*, pp. 351 y s.

como un *reverb*, el cual una vez entonado, regresa y reemplaza el «sentido», por el «significado», pero que ello no es asequible, de ahí la confusión reiterativa entre uno y otro.

Ahora bien, si bien lo dicho por Kelsen puede sintonizarse en una misma posición con la teoría de la comprensión, unificar lo subjetivo con la noción de lo relativo es lo que orilla al profesor de Viena a un estado de conciencia que no logra conjeturar lo necesario para no advertir en la *subjetividad* una última instancia, sino más bien una «apertura» a la comprensión. Su preocupación por lo no racional (subjetivo) no obstante, obtiene mejores resultados que, tras mantener correspondencia con U. Klug respecto a si existe o no una lógica jurídica, lo lleva a tratar la *Allegemeine Theorie der Norme*,<sup>311</sup> su obra póstuma — altamente ligada, por la tradición jurídica, como un tipo de «irracionalismo»; pero que, aun cuando ambos coincidían en que no exista cosa tal como *lógica jurídica*, solo se atribuyó al profesor de Viena.

Por parte de Kelsen, desde 1953, estaba convencido de que:

la lógica que se utiliza en la ciencia del derecho no es ninguna lógica ‘jurídica’ específica. Tal lógica no existe y mucho menos dentro de aquel campo donde con preferencia se habla de una lógica jurídica, es decir, dentro del campo de la interpretación de normas jurídicas positivas.<sup>312</sup>

Idea que se mantuvo y se desarrolló hasta su obra póstuma, al reiterar que “es la lógica universal la que se emplea tanto en las frases descriptivas de la ciencia del derecho como en las normas prescriptivas del derecho [...]”.<sup>313</sup> Por parte de Klug, igualmente:

[...] comparto la posición según la cual no existe ninguna lógica «jurídica» específica que sea diferente de la lógica formal general, a menos que se quiera dar el nombre de lógica jurídica a determinados cálculos modales [...] Por mi parte, a los cálculos de este tipo los llamo «lógica de

---

<sup>311</sup> Caso de la analogía, por ejemplo, pues “el que haya una ‘similitud’ o ‘coincidencia esencial’ entre el concreto estado de causa existente ante el juez y el estado de causa determinado *in abstracto* en la norma general es un juicio altamente subjetivo, ya que lo que a un juez le parece ‘similar’ o una ‘coincidencia esencial’, puede no parecerle lo mismo a otro juez”. *Ibidem.*, pp. 262 y s.

<sup>312</sup> Kelsen, H., *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, p. 22.

<sup>313</sup> Kelsen, H., *Allegemeine Theorie der Norme*, p. 265.

las directivas» o «lógica de las normas» a fin de expresar su dependencia con respecto a la lógica general.<sup>314</sup>

Esto ocasionó que Losano incluso haya catalogado como el auge y culminación del *opus perpetuum* de la *Reine Rechtslehre*.<sup>315</sup> Su limitación, sin embargo, fue no lograr desprenderse de una lógica (clásica) bivalente, la cual se pronuncia únicamente sobre dos valores: lo verdadero y lo falso, tal y como lo remarcaba su influencia más grande sobre la Lógica, cuya labor como arte consistía en

Darin, dass das wirklich entstehende Denken seinen Zweck verfehlen kann und wirklich verfehlt, liegt das Bedürfniss einer Disciplin, welche den Irrthum und den Streit vermeiden und das Denken so vollziehen lehrt, dass die daraus hervorgehenden Urtheile wahr, d. h. nothwendig, und gewiss, d. h. vom Bewusstsein ihrer Nothwendigkeit begleitet, und ebendarum allgemeingültig seien. Dieser ist es um die Erkenntniss des wirklichen Denkens zu thun, und sie sucht demgemäss die Gesetze, nach denen ein bestimmter Gedanke unter bestimmten Bedingungen gerade so und nicht anders eintritt, sie setzt sich zur Aufgabe, jedes wirkliche Denken aus den allgemeinen Gesetzen der geistigen Thätigkeit und den jeweiligen Voraussetzungen des individuellen Falles zu begreifen — in gleicherweise also das irrthüraliche und streitige, wie das wahre und allgemein anerkannte Denken. Der Gegensatz von wahr und falsch hat ebensowenig eine Stelle in ihr [...].<sup>316</sup>

Un aspecto que le provocó descartar la importancia de la probabilidad, y la inferencia correcta, como elementos lógicos, ya que, como bien replicaba Klug: “la lógica en tanto tal no tiene nada que ver con la verdad o la falsedad [...] la lógica es la teoría de la inferencia correcta que toma en cuenta sólo la forma pero no el contenido”.<sup>317</sup> Algo que, no obstante, no se compartía con las fuentes del jurista austriaco, las cuales únicamente confirmaban lo

---

<sup>314</sup> Klug, U. (1983) “Acerca de la «teoría pura del derecho y la lógica jurídica»”, [título original: *Rechtsnormen und logische Analyse — Ein Briefwechsel 1959 bis 1965*], [traducción: Ernesto Garzón Valdés], en *Informática e Diritto*, n. 2, p. 276.

<sup>315</sup> Losano, M. (1985) “La teoría pura del derecho: del logicismo al irracionalismo”, [traducción: Juan Ruiz Manero], en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 2, pp. 57 y ss.

<sup>316</sup> Sigwart, C. (1889) *Logik. Die Lehre Tom ürtheil, vom Begriff und vom Schluss*, v. 1, (2ª Edición), Freiburg i. B., Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr, (Paul Siebeck): Deutschland, §1, 9, pp. 9 y s.

<sup>317</sup> Klug, U., *óp. cit.*, p. 277.

que él ya consideraba: «las normas jurídicas no son ni verdaderas ni falsas, sino válidas o no válidas». Así, por ejemplo, con Mill, Kelsen concibe que:

Logic, then, is the science of the operations of the understanding which are subservient to the estimation of evidence: both process itself of advancing from know truth to unknow, and all other intellectual operations in so far as auxiliary to this.<sup>318</sup>

Algo que, por demás, sobra decir que no ocurre en la disciplina jurídica, pues en ella no concurre la demostración. Consciente de ello, por lo mismo, Kelsen refuerza su postura con Piaget, quien anunciaba que

Il est un point sur lequel tous les logiciens se trouvent d'accord, quelle que soit leur école: c'est que l'analyse logique porte sur certains énoncés susceptibles de vérité ou de fausseté, autrement dit, que l'objet de la logique est relatif au vrai et au faux.<sup>319</sup>

No conforme con ello, y por si algo faltara, de Popper toma aquel escrito intitulado como *Lógica de las ciencias sociales*: “die wichtigste Funktion der reinen deduktiven Logik ist die eines Organons der Kritik”.<sup>320</sup> Además: [...] “Der Wahrheitsbegriff ist für den hier entwickelten Kritizismus unentbehrlich. Was wir kritisieren, das ist der Wahrheitsanspruch. Was wir als Kritiker einer Theorie zu zeigen versuchen, das ist natürlich, daß ihr Wahrheitsanspruch nicht zu Recht besteht, daß sie falsch ist”.<sup>321</sup> Pero incluso más allá, no fue sino hasta advertir con Carnap que terminaba por convencerse:

the function of the logical analysis of all knowledge, all assertions of science and of the everyday life in order to make clear the sense of each such assertion and the connections between them. One of the principal tasks of the logical analysis of a given proposition is to find out the method

---

<sup>318</sup> Mill, J. S., *op. cit.*, §7.

<sup>319</sup> Piaget, J. (1949) *Traité de Logique. Essai de logique opératoire*, Librairie Armand Colin: París, France, p. 3.

<sup>320</sup> Popper, K. (1962) “Die Logik der Sozialwissenschaften”, en *Kölner Zeitschrift Für Soziologie und sozialpsychologie*, a. 14, p. 243. Hay versión castellana: (2008) “Lógica de las ciencias sociales”, en Popper, K., et al. (comp.) *La lógica de las ciencias sociales*, [traducción: Jacobo Muñoz], Colofón: México, p. 29.

<sup>321</sup> *Ibidem.*, p. 31.

of verification for that proposition. The question is: What reason can there be to asserts this proposition; or: How can we become certain as to its truth or falshood?<sup>322</sup>

Ante esto, Kelsen justificaba así que la lógica trata sobre la verdad y la falsedad de la proposición: “[...] un análisis lógico sólo puede referirse a proposiciones que son falsas o verdaderas y verificables, pero no a normas que no son falsas ni verdaderas”.<sup>323</sup> Por tal motivo, no parece muy acertado indicar que el profesor austriaco se encontraba en viaje directo a la irracionalidad,<sup>324</sup> ni tampoco sea correcto achacarle como error no tomar en cuenta otros autores que, en la actualidad, se consideran imprescindibles,<sup>325</sup> pues, como bien indica Losano: “[...] las normas objeto de su teoría general son en realidad, ante todo, normas jurídicas positivas y, secundariamente, normas morales”,<sup>326</sup> si bien esto sí compromete, y mucho, la generalidad que presupone en su estudio de las normas.

No obstante, lo que no dio cuenta, tampoco Klug, por una parte, es que la lógica a la que recurrió es una lógica inductiva/metodológica —una lógica que intenta introducir la objetividad en el estudio de las ciencias sociales (cálculo y la demostración)— la cual soslaya la cuestión psicológica, epistemológica y metafísica.<sup>327</sup> Sin embargo, su interés en realidad se fija en otro rubro, por tal razón resulta curioso que el tipo de lógica que refiere el profesor de Viena (en *Allegemeine Theorie der Norme*) es en realidad una lógica metafísica, es decir, es un mecanismo elaborado para un sistema en particular —como lo sería el *positivismo jurídico* (como sustrato del pensamiento de la filosofía positiva) para la ciencia del derecho

---

<sup>322</sup> Carnap, R. (1935) *Philosophy and Logical Syntax*, [translation: Amethe Smeaton], Kegan Paul, Trench, Trubner & Co.: Great Britain, pp. 9 y s.

<sup>323</sup> Kelsen, H., *Allegemeine theorie der norme*, p. 194.

<sup>324</sup> Queda descartado, por tanto, aquella afirmación que advierte como «el paso decisivo hacia el irracionalismo normativo». Weinberg, O. (1981) *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik. Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsen Theorie der Normen*, Dunker & Humboldt: Berlin, Deutschland, p. 8. También en Losano, M., *óp. cit.*, p. 67.

<sup>325</sup> Opalek, K. (1980) *Überlegungen zu Hans Kelsen «Allgemeine Theorie der Normen»*, Manzsche: Wien, p. 14.

<sup>326</sup> Losano, M., *óp. cit.*, p. 71.

<sup>327</sup> Bocheński, I. M. (1985) *Historia de la lógica formal*, [título original: *Formale Logik*], [edición española: Millán Bravo Lozano], 2ª Reimpresión, Gredos: España, §38, pp. 287 y ss.

(una lógica de las normas que también pretendía Klug)—<sup>328</sup> lo que tiempo después se conocerá como *deontic logic*, de la mano de von Wright,<sup>329</sup> cuyo origen, ahora se sabe, se remonta hasta Leibniz.<sup>330</sup> Por lo mismo, no es casualidad que Kelsen haya recurrido a textos con relación a la lógica de las normas o filosofías analíticas, aunque “[...] con un fervor que, a veces, genera un interés extremado por temas menores, acompañado de omisiones sorprendentes”.<sup>331</sup> Solo que, en realidad, y estricto sentido, no son tan sorprendentes.

Para una correcta comprensión de tal aspecto, debe recordarse lo dicho hasta ahora respecto al papel preponderante de los *paradigms*; esto quiere decir que el profesor de Viena optó por estas fuentes (y omitió otras) no solo por la temática de su interés particular, sino por la estabilidad de dichas fuentes, algo de lo que carecía *The Concept of Law* (1961) y *Norm and Action* (1963) en esa época. Nietzsche, por ejemplo, consciente de que su filosofía no ocupaba un lugar importante en su tiempo, lejos de abnegarse, fruncir el ceño o caer en depresión, estaba convencido de que lo que estaba haciendo marcaría y dejaría huella en la historia, a pesar de no tener éxito en ese momento.

Lo que cuento es la historia de los próximos dos siglos. Describo lo que viene, lo que no puede ya venir de otra manera: *la ascensión del nihilismo*. Esta historia ya se puede contar ahora: pues la necesidad misma está aquí trabajando. Este futuro ya habla en cien signos, este destino se anuncia por todas partes; para esta música del futuro ya están aguzados todos los oídos. Toda nuestra cultura europea se mueve desde hace ya tiempo bajo la tortura de una tensión que crece

---

<sup>328</sup> Tal conclusión se debe a la inexperiencia de Kelsen sobre la Lógica. *Ibidem.*, §37, p. 287.

<sup>329</sup> Para un panorama en general, *vid.*, Wright, G. H. von (1968) *An essay in deontic logic and the general theory of action*, Fasc. XXI, North-Holland Publishing Company: Amsterdam, Netherlands; (1984) *Truth, knowledge and morality. Philosophical Papers*, v. III, Brasil Blackwell: Great Britain; (1970) *Norma y acción. Una investigación lógica*, [título original: *Norm and action. A logical enquiry*], [traducción: Pedro García Ferreró], Tecnos: España; (1951, enero) “Deontic logic”, en *Mind*, v. 60, n. 237.

<sup>330</sup> Respecto a las «anotaciones críticas». Leibniz, G. W. (1991) *Los elementos de derecho natural*, [título original: *Elementa juris naturalis*], [traducción: Tomás Guillén Vega], [colección: Clásicos del Pensamiento], Tecnos: España, p. 9 y s.

<sup>331</sup> Losano, M., *óp. cit.*, p. 72.

de decenio en decenio como abocada a una catástrofe: inquieta, violenta, precipitada: como un río que quiere *acabar*, que no reflexiona ya, que tiene miedo de reflexionar sobre sí mismo.<sup>332</sup>

Preguntarse en este momento, entonces, respecto a cómo los autores del siglo XIX omitieron los escritos de Nietzsche siendo que su filosofía hoy día se ha extendido y fundamentado en diversas disciplinas, hermenéuticamente hablando, resulta ser cuestionamiento muy fuera de tono. Asimismo, si se vuelve al punto principal, es importante tener en consideración que el debate entre Kelsen y Klug (1959-1965) a pesar de girar en torno a si la lógica formal es aplicable o no a las normas jurídicas, nunca estuvo en boga de contraste en *Deontic logic* (1951) de von Wright, pero sí *Juristische Logik* (1951) del mismo Klug, cuya obra, obtuvo su aprobación doce años después, ya que, en principio (en 1939) “[...] fue rechazado por razones políticas”,<sup>333</sup> pero cuyo marco teórico estaba sustentado por los diversos trabajos realizados por el *Wiener Kreis*, cuya hegemonía resulta innegable.<sup>334</sup>

Un dato mejor, el profesor alemán admite que no se preocupó de la *deontic logic* sino hasta la cuarta edición de su obra principal (1982) la cual reconoce su impacto en la disciplina jurídica, aunque no comparte su postura: “[...] naturalmente, este punto de vista pragmático no altera en nada el hecho de que el desarrollo de sistemas exactos por la lógica deóntica es posible y de ellos pueden ser útiles, y esto último de ninguna manera solo por razones didácticas”.<sup>335</sup> Además, tanto Hart como von Wright, no se mencionan en ninguna parte.<sup>336</sup>

---

<sup>332</sup> Nietzsche, F., *Fragmentos Póstumos (1885-1889)* v. IV, 11 [411] 2, p. 489. También: Nietzsche, F. (2016) “De la genealogía de la moral. Un escrito polémico”, [título original: *Zur Genealogie der Moral*], en *Obras completas*, v. IV, [título original: *Also sprach Zarathustra; Jenseits von Gut und Bose; Zur Genealogie der Moral; Der Fall Wagner, Gotzen-Dammerung; Der Antichrist; Ecce homo; Dionysos Dithyramben; Nietzsche contra Wagner*], [traducción, introducciones y notas: Jaime Aspiunza, Manuel Barrios Casares, Kilian Lavernia, Joan B. Llinares, Alejandro Martín Navarro y Diego Sánchez Meca], Tecnos: España, 27, p. 559.

<sup>333</sup> Atienza Rodríguez, M. y E. Garzón Valdés (1989) “Entrevista a Ulrich Klug”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 6, p. 510.

<sup>334</sup> *Ídem*.

<sup>335</sup> Klug, U. (1998) *Lógica jurídica*, [título original: *Juristische Logik*], [traducción: J. C. Gardella], (4ª Edición), Reimpresión, Temis: Bogotá, Colombia, p. 263.

<sup>336</sup> Hasta la cuarta edición, Klug no incluye el nombre de estos autores, aunque sí en su bibliografía. Destaca, igualmente, la omisión de *The concept of law*, de Hart, de quien solo toma *Definition and theory in jurisprudence* (1953).

Precisamente, he ahí por qué el lógico alemán, a diferencia del jurista austriaco, hablaba más bien de una lógica polivalente;<sup>337</sup> una lógica contemporánea que está más allá de su forma matemática impulsada, en un principio, por Boole<sup>338</sup> y Frege.<sup>339</sup> Afirmaba, por ejemplo, que “[...] la concepción de Sigwart según la cual los axiomas serían oraciones cuya verdad y certeza se percibe de inmediato, ya no es más aceptada en la moderna teoría de la lógica”;<sup>340</sup> en entrevista, verbigracia, Klug dejaba en claro cuál fue su recorrido por la lógica moderna.<sup>341</sup> Se tiene así, por tanto, a diferencia del profesor de Viena que se quedó estancado en una lógica formal anterior y plenamente bivalente,<sup>342</sup> el lógico alemán aceptaba (por de pronto) tres variables en el análisis proposicional: verdadero, probablemente verdadero/falso, y falso.<sup>343</sup> Así pues, el debate entre Kelsen y Klug en realidad no versa sobre si la lógica es aplicable o no a la norma jurídica —esto ya estaba definido desde un principio— sino, más bien, sobre qué Lógica es aplicable al estudio de la norma jurídica (ciencia del Derecho); lo

---

<sup>337</sup> Durante el intercambio epistolar indicaba: “[...] cabe preguntarse si la cuestión es diferente cuando uno acepta que la lógica se refiere sólo a oraciones con respecto de las cuales tiene sentido preguntarse acerca de su verdad, sea dentro del marco de una lógica bivalente, con los dos únicos valores de verdad «verdadero» y «falso», sea dentro del marco de una lógica plurivalente, en la cual existen más de dos valores de verdad, por ejemplo, el grado de probabilidad entre los valores límites verdadero y falso”. Klug, U., *óp. cit.*, p. 269.

<sup>338</sup> Su obra principal: Boole, G. (2012) *An investigation of the laws of thought on which are founded the mathematical theories of logic and probabilities*, Reimpresión, Dover Publications: New York, United States of America.

<sup>339</sup> Se debe a Russel el redescubrimiento de los grandes aportes lógicos de Frege; puede consultarse: Frege, G. (1879) *Begriffsschrift, eine der arithmetischen nachgebildete formelsprache des reinen denkens*, Halle: Deutschland. Hay versión en español (1972) *Conceptología. Los fundamentos de la aritmética*, [traducción: Hugo Padilla], [colección: Filosofía Contemporánea], [serie: Textos Fundamentales], Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas: México.

<sup>340</sup> Klug, U., *óp. cit.*, p. 272.

<sup>341</sup> Indicó: “[...] tengo que agradecerle a Emge el interés por la investigación moderna de la lógica [...] me señaló la importancia del «Círculo de Viena» y de la «logística». Así conocí las obras de Rudolf Carnap, Bertrand Russell, Alfred Tarski, Ludwig Wittgenstein, David Hilbert, Joseph M. Bochenski y Heinrich Scholz. Atienza Rodríguez, M. y E. Garzón Valdés, *supra*.

<sup>342</sup> Una postura similar a la que aquí se maneja ha sido propuesta anteriormente, puede *vid.*, Kalinowski, G. (1980) “Une mise en question de la logique des normes. En réponse aux objections de Hans Kelsen”, en *Archives de Philosophie du Droit*.

<sup>343</sup> Klug, U., *óp. cit.*, p. 274.

cual puede considerarse como una vuelta a lo reversible en la interpretación jurídica, pues es este debate el que propicia un volver anterior a la *deontic logic*.

Pero bien, advertir la inconmensurabilidad de la lógica abordada por cada autor, por una parte, es la clave para rescatar a Kelsen del irracionalismo, pues ante lo sustentado por Losano

[...] considerar a Kelsen como uno de los representantes del irracionalismo teórico jurídico me parece desorbitado. Eso sólo es posible si aceptamos que sólo es racional la lógica y si se identifica la razón científica con la racionalidad. Eso sólo se puede mantener si se distingue lo científico-racional y lo acientífico-irracional de una forma muy rígida. Probablemente eso no es posible puesto que deberíamos dejar al campo de la irracionalidad, del sentimiento y de la voluntad las cuestiones excesivamente importantes.<sup>344</sup>

Y, por otra parte, representa una solución holística del debate. No obstante, y, con otras palabras, el problema que tuvo el profesor de Viena fue no desprenderse en gran medida de la tradición —en este caso de la lógica clásica— negando, así, cualquier otro tipo de lógica. De Klug, se puede decir exactamente lo mismo, ya que tras la consagración de los estudios de von Wright (*deontic logic*)<sup>345</sup> mantiene una postura escéptica respecto a su aplicación, pues la norma jurídica no deja de ser para él «una proposición sobre una proposición», por lo que la intención de cambiar el supuesto propositivo como un enunciado prescriptivo, no es posible ostentarla como solución: “me parece que hasta ahora la aplicación de los cálculos de la lógica deontica no ha tenido éxito, por más interesantes que ellos sean desde el punto de vista científico, sobre todo desde la perspectiva de la teoría jurídica”.<sup>346</sup>

---

<sup>344</sup> Calsamiglia, A. (1985) “Sobre la teoría general de las normas”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 2, p. 103.

<sup>345</sup> “There are the deontic modes or modes of obligation. These are concepts such as the obligatory (that which we ought to do), the permitted (that which we are allowed to do), and the forbidden (that which we must not do)”. Wright, G. H. von, *Deontic logic*, p. 1.

<sup>346</sup> Atienza Rodríguez, M. y E. Garzón Valdés, *óp. cit.*, p. 513.

#### 4. Recuperación del «sentido» de la subjetividad en el acto de comprender

Empero, detallar punto por punto el porqué de esta conclusión esbozada será objeto de otra investigación, ya que la intención que aquí se pretende es más bien otra. Conciérne aquí, particularmente, advertir cómo el horizonte de los dos juristas determina su postura. Con esto, por ende, sería suficiente para descartar la versión que afirma advertir en el debate Kelsen/Klug una diferencia sobre el concepto de norma y lo que se entiende por norma jurídica.<sup>347</sup> Justamente, porque tal aspecto es sumamente irrelevante; una diferencia conceptual no es indicio para advertir o develar una inconmensurabilidad. Existe, por ejemplo, una demarcación muy asequible en la teoría jurídica respecto a lo que se entiende por norma jurídica, pero este simple aspecto no es suficiente para denotar la presencia de algo insalvable, aun cuando se tratase de posturas incluso opuestas,<sup>348</sup> esto quiere decir que la problemática no se ajusta a tal planteamiento, sino que ocurre algo distinto.

De lo contrario, sería necesario aceptar que entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo existe una inconmensurabilidad; aspecto que no convence, por el simple detalle que, en la historia, se han mostrado diversos debates que han alimentado, con carga teórica, uno a otro. Así se tiene que, por una parte, el iusnaturalismo es una *norma* constante e invariable que garantiza infaliblemente la realización del mejor ordenamiento de la sociedad humana; el positivismo jurídico, por otra parte, se ajusta más o menos a un «convencionalismo», pero que, al mismo tiempo, se acerca —nunca por completo— al iusnaturalismo, porque contiene elementos variables y accidentales que no son reconducibles a éste. Visto de otra manera, el iusnaturalismo se erige como la perfecta racionalidad de la norma, o sea, la perfecta adecuación de la norma a su fin, que es garantizar la posibilidad de la vida asociada. Para el

---

<sup>347</sup> Mendonca, D. (2012) “Ontología y lógica de las normas. A propósito de la correspondencia entre Hans Kelsen y Ulrich Klug”, en Ramírez Cleves, G. A. (ed.) *Ecos de Kelsen. Vida, obra y controversias*, Universidad Externado de Colombia: Colombia, 3.

<sup>348</sup> Posiblemente, incluso, esto sea uno de los aspectos más comunes en la teoría jurídica. A menudo, se proponen nuevos conceptos sobre cómo entender la norma jurídica, pero no por tal aspecto se admite que exista una inconmensurabilidad entre ambas nociones. Por tanto, una verdadera demarcación (o inconmensurabilidad) entre una posición y otra radica retar a la tradición, en romper el molde, tal como se ha sustentado entre *Der Kopenhagener Geist* y la Física clásica, por ejemplo.

positivismo jurídico, en cambio, las leyes, que son por convención, son realizaciones imperfectas o aproximaciones de esta normatividad perfecta.

Adicionalmente, habría que cuestionarse respecto a cómo es posible que exista menor entendimiento entre dos ideologías similares, que entre dos enteramente distintas. Cómo responder, por ejemplo, que haya mayor diferencia, por una parte, entre el iusnaturalismo de los estoicos (fase antigua) en donde existe una relación con un orden universal, accesible por medio del *instinto*, y por la *razón*;<sup>349</sup> y, por otra parte, su fase moderna, como el de Grocio, en donde el iusnaturalismo es una disciplina indispensable a las relaciones humanas, pero independiente al orden cósmico y Dios.<sup>350</sup> Empero, que su *quid* de «apelar a la naturaleza», solo diste del positivismo jurídico respecto a las leyes «convencionales».<sup>351</sup>

Si se recurre, sin embargo, a una postura en donde el «sentido» de la subjetividad sea patente, la temática se tornará en una dirección propia del acto de comprender. Quien está dispuesto a comprender “[...] ist der Beirung durch Vor-Meinungen ausgesetzt, die sich nicht an den Sachen selbst bewähren”,<sup>352</sup> de ahí que “Alle rechte Auslegung muß sich gegen die Willkür von Einfällen und die Beschränktheit unmerklicher Denkgewohnheiten abschirmen und den Blick «auf die Sachen» richten [...]”.<sup>353</sup> Más parece, entonces, encontrarse una comprensión más adecuada si se tiene en cuenta una noción que parta de una diferencia asequible que dé lugar a advertir lo que está en juego. Desde la teoría de la comprensión, desde luego, se proyecta la necesidad de abordar esta problemática con la acepción de «horizonte», pues “umgekehrt heißt «Horizont haben», Nicht-auf-das-Nachste Eingeschränktsein, sondern über es Hinaussehenkönnen”.<sup>354</sup> Con ello, sería ahora posible reafirmar lo ya esbozado, primeramente, porque la Lógica no es una disciplina ahistórica;<sup>355</sup> segundo, porque si existe un concepto que en la historia de la ciencia se ha reformulado de

---

<sup>349</sup> Laercio, D. (1792) *Sobre las vidas, opiniones y sentencias de los filósofos más ilustres*, t. II, [traducción: Josef Ortiz y Sanz], VII:85-87.

<sup>350</sup> Grocio, H. (1925) *Del derecho de la guerra y la paz*, t. I, [título original: *De iure belli ac pacis*], [traducción: Jaime Torrubiano Ripoll], [colección: Clásicos Jurídicos], Editorial Reus: Madrid, España, §11, pp. 12 y s.

<sup>351</sup> Laercio, D., *Sobre las vidas...*, t. II, VII:89, p. 138.

<sup>352</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit and Methode*, p. 272.

<sup>353</sup> *Ibidem.*, p. 271.

<sup>354</sup> *Ibidem.*, p. 307.

<sup>355</sup> Bocheński, I. M., *óp. cit.*, §2, pp. 13 y ss.

tantas diversas maneras es precisamente el de *lógica*;<sup>356</sup> tercero, la familiarización de la lógica con la matemática no se deriva de su exactitud, sino de su formalismo<sup>357</sup> —en este sentido, por ejemplo, la *unified field theory* (como la *string theory*) seguiría sin ser viable, ya que no llegó a existir solo una versión de ella, sino cinco distintas, y, además, todas susceptibles de ser comprobadas matemáticamente;<sup>358</sup> y, cuatro, si algo ha quedado de manifiesto en la tradición de la ciencia es, inexcusablemente, el establecimiento de la creencia de que la «verdad» *es una*; a pesar de ser una versión que se desvanece si se revisa la historia y su papel preponderante.<sup>359</sup>

Desde otro ángulo, por ejemplo, incluso llegó a considerarse que la Lógica, así como

[...] sus silogismos y la mayor parte de las demás instrucciones que da, más sirven para explicar a otros las cosas ya sabidas o incluso, como el arte de Lulio, para hablar sin juicio de las ignoradas, que para aprenderlas. Y si bien contiene, en verdad, muchos buenos y verdaderos preceptos, hay, sin embargo, mezclados con ellos, tantos otros nocivos y superfluos, que separarlos es casi tan difícil como sacar una Diana o una Minerva de un bloque de mármol sin desbatar.<sup>360</sup>

Por eso, aunque Klug se reserva reconocer un éxito a la *deontic logic*, no lo hace con el afán de fruición, sino porque está consciente de que el dilema de Jorgensen<sup>361</sup> se agudiza si se rechaza una reinterpretación de los fundamentos de la lógica, cuyo análisis revele que los principios lógicos no son exclusivos de aplicación a enunciados verdaderos o falsos.<sup>362</sup>

---

<sup>356</sup> *Ibidem.*, §1, p. 11.

<sup>357</sup> *Ibidem.*, §42, pp. 333 y ss.

<sup>358</sup> Para estudio completo y simplificado *vid.*, Becker, K., Becker M. & J. Schwartz (2007) *String Theory and M-Theory. A modern introduction*, Cambridge University Press: New York, United States of America.

<sup>359</sup> Koyré, A. (1973) *Études d'histoire de la pensée scientifique*, Gallimard: France, p. 14 y s. Hay versión en castellano: (1978) *Estudios de historia del pensamiento científico*, [traducción: Encarnación Pérez Sedeño y Eduardo Bustos], (2ª Edición), Siglo XXI Editores: México, pp. 7 y s.

<sup>360</sup> Descartes, R., *óp. cit.*, p. 113.

<sup>361</sup> Jorgensen, J. (1938) “Imperativer og Logik”, *Theoria*, n. 4, pp. 183-190. También *vid.*, (1938) “Imperatives and logic”, *Erkenntnis*, v. 7, n. 4, pp. 288-296. Un análisis lo desarrolla Ross, A. (1944, enero) “Imperatives and logic”, en *Philosophie of Science*, v. 11, n. 1, pp. 30 y ss.

<sup>362</sup> Klug, U. (1966) *Juristische Logik*, Reimpresión, Springer-Verlag: Deutschland, §18, pp. 176 y ss. También, *óp. cit.*, pp. 270 y s.

el problema de la aplicabilidad de los principios de las lógicas a las normas se soluciona pues si se tiene en cuenta que se trata de un problema de interpretación, es decir, de una cuestión de la semántica en tanto la teoría de las relaciones entre el signo y lo designado.<sup>363</sup>

Sin embargo, esta posición sobre la lógica, es decir, aquella que se pronuncia sobre la verdad o la falsedad, ha cambiado paulatinamente, no solo por el descubrimiento de nuevas variables que otorga la semántica, sino también debido al trayecto sigiloso de la subjetividad (horizonte). Se comprende así, verbigracia, cómo la teoría heliocéntrica de Copérnico, en su tiempo, fuese considerada falsa; pero verdadera tras las leyes de la gravitación universal.<sup>364</sup> Esto quiere decir que incluso la demostración ha dado lugar al cambio, algo que ocurre, por ejemplo, con los falsacionistas ligados al *racionalismo crítico*, quienes habitualmente afirman que la ciencia progresa acercándose cada vez más a la verdad, pero sin aceptar aspectos concluyentes. Se advierte así, por lo mismo, cómo sus partidarios se ven obligados a asegurar que la teoría de Newton está más cerca de la verdad que la de Galileo, aun cuando ambas sean falsas.<sup>365</sup> Como bien indica Chalmers: “[...] si hablamos estrictamente de verdad y falsedad, *todas esas consecuencias deductivas [de cada teoría] son falsas*”.<sup>366</sup>

Importa, pues, desde qué aspecto es comprensible una situación, pero más aún qué alcance tiene el horizonte del intérprete —una facción ampliamente subjetiva. Pero no al estilo de *Sehe-punkt*,<sup>367</sup> ya que tal postura no define propiamente un «modo de ser», en su «sentido» óntico: “*sin ist das durch Vorhabe, Vorsicht und Vorgriff strukturierte Woraufhin des Entwurfs, aus dem her etwas als etwas verständlich wird*”,<sup>368</sup> sino que, más bien, se proyecta como una condición que delimita al intérprete desde un lugar específico. Trata, en primera instancia, con la representación de una cosa, mas no con la comprensión de un hecho o un escrito. Por lo mismo, no es nada raro que en la teoría jurídica se sobrevalore el horizonte del

---

<sup>363</sup> *Ibidem.*, p. 271.

<sup>364</sup> Chalmers, A., *óp. cit.*, pp. 101 y s.

<sup>365</sup> *Ibidem.*, p. 218.

<sup>366</sup> *Ibidem.*, p. 220. Agrego corchetes.

<sup>367</sup> “Der Sehepunkt ist der innerliche und äuffeliche Zustand eines Zuschauers, in so ferne daraus eine gewisse und befendere Art, die vorfommenden Dinge anzufchauen und zu betrachten, flüffet”. Chladenius, J. M. (1752) *Allgemeine Geschichtswissenschaft*, Friedrich Lanckischens Erben: Lepzing, Deutschland, V, §12.

<sup>368</sup> Heidegger, M., *Sein und Zeit*, §32, p. 151.

intérprete y sólo se inmiscuya a la ley como punto de solución a todo asunto («llenar un vacío») lo cual sucede toda vez que se identifica a la hermenéutica jurídica con la «situación» del intérprete, mas no por su horizonte. Entonces, no es que haya diversas clases de interpretación, sino horizontes distintos, de lo contrario no habría razón justa por contradecir a la teoría jurídica. Por tal razón, en primera instancia, la ley es un aceptable objeto de la interpretación jurídica, pues es imprescindible concebir si es verdaderamente justa y racional, ya que, no hacerlo, sería algo errado.

Para un defensor del positivismo, por ejemplo, la teoría de Dworkin representaría un neoiusnaturalismo, pues, para su entender, aquello que no es positivismo jurídico, por defecto, inferencia lógica o el principio de tercer excluido, es iusnaturalismo; pero, en rigor, no se define por ello porque sea una consecuencia ineludible de acuerdo a las reglas de la inferencia, sino porque es lo que tiene más próximo de sí: “wer keinen Horizont hat, Ist ein Mensch, der nicht weit genug sieht und deshalb das ihm Naheliegende überschätzt”.<sup>369</sup>

Si existe, por lo mismo, una imperiosa necesidad de establecer un cuestionamiento oportuno para la época que se vive, sería: ¿existe propiamente una cultura de la interpretación jurídica? A diferencia de lo que ha acaecido en la Filosofía, donde la hermenéutica se ha ganado un lugar en la era contemporánea del posmodernismo, en la disciplina jurídica, por el contrario, la temática de la interpretación, en algunos sectores, permanece alejada del contexto jurídico no solo teórico, sino también práctico —áreas en donde es asequible una actitud refractaria, impropia de una conciencia aperturada a nociones que se consideran extrañas. Responder y plantarse ante el «sentido» de la subjetividad en el acto de comprender, entonces, se vuelve una empresa impropia.

No es novedad que, en México, el positivismo jurídico sigue siendo un paradigma arraigado en la cultura jurídica. Por tal motivo, es justo considerar que es esa una de las razones por la cual la cultura de la interpretación ha quedado anclada a una tradición que, si bien tiene un contacto epistemológico, en el sentido de conocer cuál es el contenido normativo objetivable, la complejidad del problema hermenéutico de la aplicación en el derecho, queda de lado; cercano al esoterismo en la labor jurídica.

---

<sup>369</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit und Methode*, p. 307.

Guastini, por ejemplo, da un tino certero al recordar que el positivismo metodológico no tiene ningún imperativo de ofrecer una teoría de la interpretación, pues su único propósito es establecer una teoría que solo reconoce como mandato aquello que emana del soberano;<sup>370</sup> con tales términos, el derecho no tiene nada que ver con la justicia, de hecho, suele acaecer que existan contenidos normativos que no son justos. Si se introducen criterios morales, por el contrario, la labor jurídica se enriquece con elementos que, aunque son ajenos a su haber, son reconocidos plenamente en la práctica jurídica.<sup>371</sup> Similares términos son utilizados por Hart,<sup>372</sup> pero lo que hay que recalcar es que su propuesta de *open texture* no contiene una teoría de la interpretación, sino que se limita a considerar la indeterminación como una empresa producto de la «duda», de la vaguedad o vicio de los enunciados jurídicos; del *hard case*, pero sin revelar nunca cómo afrontar este problema.

Todo ello ha llevado a una cultura del código, pero qué hay de la cultura de la interpretación: ¿no es acaso esa una de las críticas fundamentales al pensamiento kelseniano? Se vive “[...] en una sociedad donde la cultura de la interpretación se reprime y es más rentable asumir interpretaciones hechas por otros, o por quien posee el poder para emitir el sentido autorizado con carácter de definitividad”.<sup>373</sup> Por lo mismo, una teoría que carezca de, por lo menos, un elemento para llevar a la práctica su contenido, no sirve para nada.<sup>374</sup> Sin embargo, quizá sea de ahí que “las direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico están más preocupadas por resolver problemas prácticos; por aprender cómo se argumenta y

---

<sup>370</sup> Guastini, R., *Variaciones...*, p. 155.

<sup>371</sup> Dworkin, R., *loc. cit.*

<sup>372</sup> Hart, H. L. A., *The concept of law*, p. 82 y ss.

<sup>373</sup> Vázquez Esquivel, E. (2008, julio-diciembre) “El entroncamiento del problema hermenéutico con el deontológico en la formación de los operadores del derecho en México (primera parte)”, en *Conocimiento y Cultura Jurídica* a. 2, n. 4, 2ª Época, Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología, Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica: Monterrey, México, p. 154. Nota: con el fin de distinguir entre la «primera» y «segunda» parte de este trabajo citado, las siguientes referencias solo irán acompañadas de la leyenda “primera parte” o “segunda parte”, según sea el caso.

<sup>374</sup> Bayer, K. (2005) “Hans Kelsen. Vida y obra”, en *Revista de la Facultad de Derecho en México*, t. LV, n. 245, Universidad Nacional Autónoma de México: México, p. 236. *Cfr.*, Herrera, C. M. (1994, octubre-diciembre) “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución”, en *Revista de Estudios Políticos*, n. 86, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: España, pp. 197 y s.

acercarse más a la filosofía política”,<sup>375</sup> que en la fundamentación teórica o florecimiento de la imaginativa —de tener horizonte.

Ya un pensador renacentista advertía que los esfuerzos de la disciplina jurídica se enfocaban a la *ars mnemonica*, en detrimento del entendimiento y la imaginativa.<sup>376</sup> Y, en efecto, desde el juicio contra Sócrates, considerada como una de las más grandes injusticias, el sistema judicial estaba configurado de tal suerte que el tribunal se limitaba a elegir entre una u otra postura ofrecida por las partes, por lo cual no podía condenar a ninguna otra pena que no fuera una de las formuladas en el juicio. Actualmente, gran parte sigue pensando de tal manera, es decir, que la empresa de «juzgar» consiste en conceder la razón a una de las partes involucradas en la controversia:

¿Qué juez, con plena conciencia de la imposibilidad de la interpretación única correcta, se atrevería a decir a las partes en conflicto: Señores, en mi estudio de las posibilidades de interpretación que admite X normativa aplicable al caso en cuestión, y luego del tratamiento del problema hermenéutico de la aplicación que he tenido que hacer, encuentro que la susodicha norma aplicable a este caso admite dos interpretaciones correctas, de las cuales he elegido la interpretación A y no la B como la mejor, por considerar que a la situación del caso concreto es más justa la A.<sup>377</sup>

Tales ideas se han mantenido casi intactas en la cultura jurídica del constitucionalismo, sobre todo en México. Hay algunos que piensan que la interpretación no debe tener lugar en la práctica jurídica, sino que la exigencia ha de consistir en que la ley se aplique; el viejo adagio: «la ley no se interpreta, se aplica» (una actividad *wertfrei*). Otros, confían exhaustivamente en los criterios judiciales; así se obtienen expresiones como: «la Corte ha dicho», «la Corte ha establecido», «ya lo resolvió la Corte», entre otras locuciones que dan a entender que «el máximo intérprete de la ley, es la Suprema Corte»;<sup>378</sup> de hecho, existe una sección del máximo tribunal que lleva el designio de «ya lo dijo la Corte», alentando aún más la idea de

---

<sup>375</sup> Calsamiglia, A. (1997) “En defensa de Kelsen”, en *Working Papers: Institut de Ciències Politiques Socials*, n. 129, p. 22.

<sup>376</sup> San Juan, J. H., *óp. cit.*, pp. 470 y s.

<sup>377</sup> Vázquez Esquivel, E., *Primera parte...*, *loc. cit.*

<sup>378</sup> Su apelativo es auto-atribuido.

un dogmatismo que suele pasar desapercibido. Sin embargo, ante las distintas razones que pueden acuñarse para justificar el porqué de esta posición, no debe olvidarse que solo responden a la cuestión práctica; por ello, aunque para las partes sea imperativo aceptar la decisión judicial, para los demás, especialmente para los teóricos del derecho, esto no ocurre, ya que una sentencia puede ser discutida y analizada su argumentación (justificación) sin importar si el asunto jurídico es ya cosa juzgada.<sup>379</sup>

Adicionalmente, hay algunos otros que reconocen cierta importancia a la interpretación, pero que no logran superar, en términos de Luhmann, el segundo grado de interpretación: “wie der Text gemeint war”,<sup>380</sup> como el *sensus spiritualis*, es decir, aquellos que creen encontrar en la «intención» una solución. Por último, existen aquellos que abordan la temática de la interpretación desde la ciencia de la Lógica, como sería el caso de las teorías de la argumentación jurídica.<sup>381</sup> Sin embargo, sus propósitos, aunque buenos, no logran concertar complejidades que van más allá de una simple justificación de la decisión, sino que requiere de un esfuerzo que logre razonar con los fenómenos de la conciencia. Habría, asimismo, que agregar aquellos que, en la interpretación, no ven una herramienta que permita o tenga por fin el conocimiento del derecho en cuanto tal —descifrar un contenido jurídico— sino que, más bien, pretenden concertar una situación en donde es posible proyectar las posibilidades de la comprensión,<sup>382</sup> es decir, un asunto por el cual se pone en juego la correcta comprensión de lo comprendido.<sup>383</sup>

Esta última, es la postura que se ofrece desde la teoría de la comprensión, no obstante, aunque no se pretende aquí realizar un simple diagnóstico sobre la posición que ocupa la interpretación en la cultura jurídica, es importante recalcar que el «sentido» de lo subjetivo en la interpretación (en general) no es una quimera que haya que derrumbar y ofrecer como sacrificio en *pro* de la promesa que representa la objetividad del razonamiento, sino que, más bien, es una proeza que pretende realizar una empresa que tiene un objetivo más allá que solo trazar o hacer patente una problemática que es conocida por la comunidad jurídica, pero que

---

<sup>379</sup> Serna, P., *óp. cit.*, p. 69.

<sup>380</sup> Luhmann, N., *óp. cit.*, p. 341.

<sup>381</sup> Atienza Rodríguez, M., *Las razones del Derecho...*, p. 27. También: Alexy, R., *óp. cit.*, pp. 225 y ss.

<sup>382</sup> Heidegger, M., *Sein und Zeit*, *loc. cit.*

<sup>383</sup> Ricoeur, P., *El conflicto de las interpretaciones*, *loc. cit.*

de alguna manera se niega. Un estudio de tal envergadura no sería apropiado, sobre todo si se considera que la interpretación suele ligarse a situaciones meramente subjetivas que parecen no tener ningún tipo de control a disposición, por lo que más que considerarse como una opción para llevar a un buen término problemáticas como la indeterminación del Derecho, los intersticios del Derecho, o la elección de una interpretación entre varias posibles, suele caerse en la arbitrariedad.

Por tanto, el objetivo que aquí se perseguirá no se vinculará a por qué la interpretación jurídica, en realidad, no debe cancelar, excluir, o censurar la imaginativa que otorga la subjetividad del intérprete —un aspecto que tendría por buen fin justificar el por qué no resulta una buena idea «negarse a uno mismo»— sino que se procurará ofrecer elementos hermenéuticos por los cuales sea posible establecer y justificar por qué el *status quo* de la comunidad jurídica se inclina por cancelar el ánimo de la comprensión, en favor (o detrimento) de conservar un dogmatismo interpretativo que impregna en lo teórico: la negación de la subjetividad como elemento característico y propio de la interpretación jurídica, contra el favoritismo constante de la interpretación literal de la ley.

5. Manifestación de lo subjetivo en la concepción horízontica de la comprensión: una «crisis» que el positivismo jurídico intenta disuadir con acuerdos de expresión, no de razón

Por todo, parece bien dar vista a la propuesta que se plantea desde la teoría de la comprensión, es decir, analizar cómo el horizonte se convierte en un aspecto de determinación a la hora de adoptar una postura. Para ejemplificar este aspecto, Kuhn es una buena fuente, aunque también es menester prestar atención a Lakatos, pues la noción kuhniana de la ciencia, en ciertos aspectos, conduce a un aparente objetivismo que escapa al instrumentalismo, pero no al carácter epistémico, sociológico y político a la hora de aceptar un *paradigm*.

Con lo anterior en mente, de acuerdo con el historiador de la ciencia estadounidense, determinar qué es verdadero y qué falso puede deberse, en gran medida, a la presencia de una *normal science* que domine este rubro, de modo que desde aquí es ya posible advertir una hegemonía que es susceptible de propiciar un dogmatismo que no se interesa por lo que le rodea, sino que únicamente se ocupa de administrar sus opciones. Habría la necesidad, sin embargo, de ser más específicos, ya que esto ya ha sido esbozado en los primeros puntos, por

lo que más que hablar sobre esta bivalencia, resulta menester indicar que es una situación en la cual se involucra a la teoría; la tradición. Por esta razón, precisamente, la complejidad con el estadounidense es que, para la justificación y fundamentación de una teoría, parece llevarse a un terreno inseguro, pues se debe a aspectos meramente subjetivos.<sup>384</sup> Por el contrario, Lakatos admite que los programas de investigación científica no deben su lugar en la ciencia por criterios subjetivos impresos en la racionalidad, sino por su capacidad de resolver problemas, es decir, de acuerdo a su evaluación;<sup>385</sup> además, que el criterio de demarcación tiene el compromiso de disuadir entre lo netamente científico y lo que no.<sup>386</sup>

He ahí por qué iniciar esta investigación con la afirmación de Chalmers. Más preciso, no se trata de que la teoría manejada en *The Structure of Scientific Revolutions* se desmorone por acudir a elementos estéticos, los cuales incluso pueden extenderse a aspectos religiosos para validarse,<sup>387</sup> sino porque, a pesar de ser partidario del objetivismo, Kuhn termina por establecer un relativismo (subjetivismo)<sup>388</sup> que si bien, por un lado, es objeto de crítica al perder seriedad,<sup>389</sup> por otro lado, es esto mismo lo que logra poner en el mapa de la investigación lo que ha ocurrido con la historia de la ciencia; lo que Grondin designa como *perspectivisme épistémologique (perspectivismo metodológico)*.<sup>390</sup>

Pero en la historia de la ciencia se revela que no es tanto la tradición por sí misma el problema, sino aquello que la construye como tal. Kuhn realiza un buen trabajo al considerar la lucha de *paradigms* y su supervivencia, sin embargo, la razón de que en la teoría jurídica

---

<sup>384</sup> Cfr., Feyerabend, P. K. (1970) "Consolations for the Specialist", en Lakatos, I. & A. Musgrave (eds.) *Criticism and the Growth of Knowledge*, Cambridge University Press: United States of America, pp. 197-230.

<sup>385</sup> Lakatos, I., *The methodology...*, p. 10.

<sup>386</sup> *Ibidem.*, p. 182

<sup>387</sup> Kuhn, T. S., *óp. cit.*, pp. 155 y s. También, cfr., Lakatos, I., *The methodology...*, p. 9.

<sup>388</sup> Chalmers, A., *óp. cit.*, p. 156.

<sup>389</sup> Lakatos, I., *loc. cit.*

<sup>390</sup> Grondin, J., *L'herméneutique*, p. 107. Grondin se refiere a cómo la universalidad de la hermenéutica no es propia de las *Geisteswissenschaften*. Sobre rubro: *vid.*, Kuhn, T. S. (1977) *The Essential Tension. Selected Studies in Scientific Tradition and Change*, University of Chicago Press: United States of America, pp. XIII y ss. Hay versión castellana: (1993) *La tensión esencial. Estudios selectos sobre la tradición y el cambio en el ámbito de la ciencia*, [traducción: Roberto Helier], Reimpresión, Fondo de Cultura Económica: España, pp. 13 y ss.

diversos *paradigms* constantemente alcen un lugar en la tribuna, para darse a notar, es, por una parte, debido a la misma metodología en esa área, es decir, a lo que su tradición ha establecido. Por lo mismo, si esto mismo se lleva a la teoría jurídica, no bastaría el pensamiento crítico para desfondar un *paradigm* cualquiera, sino más bien la reformulación de la metodología de base, cuyo discurso ostente una postura que desplace aquella otra alocución que establece al derecho como si de una cosa se tratase, en lugar de si se tratara de lenguaje.<sup>391</sup> Pero incluso esto tampoco es así, ya que ningún *paradigm* logra desplazar al contrario debido al problema de la inconmensurabilidad de uno y otro, que incluso acaece en la *Naturwissenschaften*; así dispuesto, “though each may hope to convert the other to his way of seeing his science and its problems, neither may hope to prove his case”.<sup>392</sup>

Con Lakatos es diferente, la distinción entre un programa de investigación y otro no acaece por una *instant rationality*: “neither the logician's proof of inconsistency nor the experimental scientist's verdict of anomaly can defeat a research programme at one blow”.<sup>393</sup> De hecho, el punto de partida es plenamente distinto, ya que, mientras para Kuhn las señales de anomalías representan una condición para articular un cambio, para Lakatos no son las anomalías, sino “it is primarily the positive heuristic of his programme, not the anomalies, which dictate the choice of his problems”.<sup>394</sup> Reemplazar un programa de investigación por otro no es susceptible por un *crucial experiment*, como asegura Popper, sino por una teoría mejor:

A theory can only be eliminated by a theory, that is, by one which has excess empirical content better over its predecessors, some of which is subsequently confirmed. And for this replacement of one theory by a better one, the first theory does not even have to be 'falsified' in Popper's sense of the term.<sup>395</sup>

---

<sup>391</sup> Vázquez Esquivel, E. (2016) “La comprensión del derecho: un movimiento circular”, en *Derecho y comprensión*, Tirant lo Blanch: México, p. 221 y ss.

<sup>392</sup> Kuhn, T. S., *The Structure...*, *loc. cit.*

<sup>393</sup> Lakatos, I., *The methodology...*, p. 149.

<sup>394</sup> *Ibidem.*, p. 149.

<sup>395</sup> *Ibidem.*, p. 150.

Otra razón, por otra parte, apelaría a la injerencia que aduce una autoridad específica, es decir, sería ahora una problemática que encuentra en la Sociología y la Política una explicación. Así pues, que una *revolution* se presente ante la teoría jurídica, pero que no encuentre aceptación en la comunidad, puede deberse precisamente a la negación de reconocer dicha *revolution*, lo que Kuhn designa como la *invincibility of revolutions*.<sup>396</sup> Como expresa Lakatos: “with sufficient brilliance, and some luck, any theory, even if it is false, can be defended ‘progressively’ for a long time”.<sup>397</sup> Ocurre, por tanto, que la propuesta no sea incorrecta a la luz de una evidencia, sino que es decretada con tal designio por un desacuerdo en reconocer su proyección; dicho con otras palabras, se realizará un acuerdo de expresión, no de razón.

Por lo mismo, la teoría jurídica, a diferencia de las *Naturwissenschaften* donde el método da la pauta, tiene algo único, y ese algo es la norma jurídica —la capacidad del decreto. Por eso, a falta de una reinención del argumento de autoridad, es decir, de una institución materialmente existente, las cosas se prescriben por decretos constitucionales;<sup>398</sup> verbigracia, la discusión acerca de si la figura penal del arraigo era o no constitucional, únicamente llegó a una conclusión no por un acuerdo entre la comunidad jurídica tras intensos debates (un acuerdo de razón) sino porque la constitución federal fue reformada (2008) en ese sentido (un acuerdo de expresión).<sup>399</sup> Sin embargo, la disputa se reavivó con una nueva reforma constitucional (2011) al incorporarse el principio de presunción de inocencia —una antinomia de necesidad resolver.<sup>400</sup> Así las cosas, de lo que ahora se trata no es en sí de un

---

<sup>396</sup> Kuhn, T. S., *The Structure...*, p. 136.

<sup>397</sup> Lakatos, I., *The methodology...*, *loc. cit.*

<sup>398</sup> Actualmente esto paulatinamente ha cambiado. Como discurso, los derechos humanos van catapultándose como un discurso firme, un *paradigm* que llega para quedarse. Parece bien, en este sentido, aceptar que “los valores formales (orden, seguridad, etc.), no bastan hoy para que un ordenamiento merezca la obediencia de los ciudadanos, si ataca, o desconoce, por ejemplo, la libertad personal o la no discriminación por motivos de raza”. Serna Bermúdez, P., *Filosofía del derecho...*, p. 23.

<sup>399</sup> Modificación al artículo 16 constitucional, reforma aprobada y publicada, por decreto presidencial en el Diario Oficial de la Federación: junio 18 de 2008.

<sup>400</sup> Recientemente, en abril de 2018, el pleno de la Cámara de Diputados aprobó, por unanimidad, eliminar la figura jurídica del arraigo. Fue turnado a la Cámara de Senadores para proseguir con el proceso de reforma constitucional. A la fecha, el arraigo sigue vigente.

choque de *paradigms*, sino de la declaratoria de una dogmática que únicamente permite conflictos normativos; antinomias, no anomalías. Con esto, Kelsen no tendría ningún problema en aceptar, por ejemplo, una lógica jurídica si un ordenamiento proveniente del Estado constitucional lo reconociese.<sup>401</sup> Recuérdese que la disputa entre Kelsen y Klug inicia con una pregunta fundamental: “¿las reglas lógicas son aplicables al derecho [...]?”.<sup>402</sup> También que, tras seis años, Klug confirma junto a Kelsen que no existe propiamente una lógica jurídica.<sup>403</sup> No obstante, tampoco se olvide que, en realidad, no es como afirma Losano, es decir, que si “[...] al Derecho no se aplican ni el principio de no contradicción, ni las reglas de la inferencia [...] el logicismo de la teoría pura del Derecho, mantenido hasta 1960, se ha disuelto, de esta forma, por completo”,<sup>404</sup> ya que, la intención de Kelsen es otra: “no se trata de saber si los principios lógicos son aplicables a la ciencia del derecho; ésta es una cuestión que demasiado a menudo se confunde sólo con la cuestión de si tales principios son aplicables a las normas jurídicas”.<sup>405</sup>

A la par, se confirmaría la tesis kelseniana de que para la creación de una norma *la fundamentación no es esencial*, es decir, así como “[...] la creación de una norma en el proceso aplicador de otra de rango más alto pueda ocurrir sin que la fundamentación exista [...] el órgano legislativo casi siempre formula sus normas generales sin fundar explícitamente su constitucionalidad”,<sup>406</sup> al igual que su postura de que el principio de no contradicción no puede aplicarse a las normas jurídicas, pues “[...] dos normas en conflicto

---

<sup>401</sup> Vázquez Esquivel, E., (2008, enero-junio) “La interpretación conforme en México (dos de sus antecedentes teóricos: Kelsen y Huarte de San Juan. Un estudio crítico desde la perspectiva de la hermenéutica filosófica”, a. 2, n. 3, 2ª Época, *Conocimiento y Cultura Jurídica*, Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología, Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica: Monterrey, México, p. 19.

<sup>402</sup> Losano, M., *óp. cit.*, p. 64.

<sup>403</sup> Klug, U., *supra*.

<sup>404</sup> Losano, M., *óp. cit.*, p. 68.

<sup>405</sup> Kelsen, H., *Allgemeine theorie der norme*, p. 192.

<sup>406</sup> Kelsen, H. (1953, abril-junio) “Teoría pura del derecho y teoría egológica”, [traducción: Eduardo García Máynez], en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. III, n. 10, Universidad Nacional Autónoma de México: México, p. 197.

una con otra pueden ser válidas”,<sup>407</sup> sino más bien el principio *lex posterior derogat priori*: “[...] a conflict between is not a logical contradiction and cannot even be compared to a logical contradiction”.<sup>408</sup>

#### 6. *Paradigm shift*: imposibilidad de un cambio de *Gestalt* por decreto

Un efecto mayor surge cuando la *praxis* jurídica ha declarado que el mejor intérprete de la ley es precisamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación,<sup>409</sup> lo cual origina un segundo efecto, pero ahora dogmático, pues este tribunal maneja la agenda «epistemológica», en el entendido de qué es esto o aquello. Si declara, por ejemplo, que la interpretación correcta surge de un análisis gramatical, los tribunales de menor jerarquía no replicarán tal aspecto, de manera que el organigrama jerárquico del poder judicial se fundamenta en un aspecto más que jurídico, en uno político —el cual también es extensible a los que no forman parte de él.<sup>410</sup> Ahora bien, en un caso particular, cuando se declara la inconstitucionalidad de algún ordenamiento o norma particular, como la declaratoria de inconstitucionalidad al Código Civil del Estado de Oaxaca sobre el matrimonio,<sup>411</sup> su resultado indica, como intérprete oficial de la constitución, que tal disposición analizada debe ser reformada para adecuarse al sentido de la constitución que el tribunal ha atribuido, de acuerdo a su comprender —o quizá,

---

<sup>407</sup> Kelsen, H., *Allgemeine theorie der norme*, p. 347.

<sup>408</sup> Kelsen, H. (1962) “Derogation”, en Newman, R. (ed.) *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, The Bobb-Merrill Company: Indianapolis-New York, United States of America, p. 351.

<sup>409</sup> Así versa: “en México, el intérprete mejor de las leyes es el Poder Judicial de la Federación. Es la jurisprudencia a la que debe acudir a falta de norma expresa o de norma aplicable por analogía”. Peniche Bolio, F. J. (2008) *Introducción al estudio del derecho*, (20ª Edición), Porrúa: México, p. 178.

<sup>410</sup> Quizá sea esa la razón del por qué, en México, no se acepte el control difuso de la constitucionalidad, a pesar de estar regulado por el artículo 133 de la constitución. Sobre este punto crucial, *cfr.*, Gudiño Pelayo, (2005) “Lo confuso del control difuso de la constitución. Propuesta de interpretación del artículo 133 constitucional”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, t. LV, n. 244, Universidad Nacional Autónoma de México: México, pp. 92 y ss.

<sup>411</sup> *Vid.*, Jurisprudencias: 2009406, 2009922, 2009407. También Tesis Aisladas: 2003308, 2003309, 2003310, 2003311.

de acuerdo a su posición política o moral, una consecuencia proclive al evitar el problema hermenéutico de la aplicación.

Con tal panorama, resulta un tanto complejo deshacer la noción de cómo el concepto de *poder* tiene una injerencia a la hora de valorar y elegir una teoría sobre otra, lo cual aleja el propósito epistemológico del valor de lo «verdadero». Salvo la condición constitucional al respecto, por ende, en realidad no ocurre ningún cambio respecto a la conciencia. No hace falta, por ejemplo, poseer una habilidad hermenéutica aguda para notar cómo la Reforma constitucional de 2011, en materia de derechos humanos, no ha logrado dejar su pretensión de mero discurso, es decir, se podrá apelar continuamente que el cambio en la legislación afecta de manera directa la actividad jurídica, pero en realidad esto no ocurre así, pues el hecho de que en la legislación se asevere que el respeto a los derechos humanos debe procurarse por todas las autoridades, no significa que tal acción se concrete. Por el contrario, en México, la costumbre de hacer valer derechos sigue supeditándose a la operatividad jurídica por medio de instrumentos jurídicos, como el juicio de amparo.

Tal aspecto circunscribe que la *razón instrumental* domina sobre cualquier otra propuesta; inevitablemente, se hace pensar que tan solo con un cambio jurídico (como una reforma a la constitución) proyectará un cambio en la realidad jurídica. Una reducción al absurdo, sobre este mismo punto, plantearía que, para acabar con la inseguridad pública, los homicidios o cualquier otro ilícito, sería suficiente preparar y aprobar un proyecto de reforma con un sentido contrario. Así acaeció, por ejemplo, con las asociaciones religiosas antes de la Reforma Constitucional de 1992, las cuales, al no ser reconocidas por los ordenamientos jurídicos, carecían de personalidad jurídica, o, lo que es igual, no existían jurídicamente, a pesar de que materialmente era innegable.<sup>412</sup> Ciertamente es, sin embargo, que existen múltiples esfuerzos por lograr consensos en los Congresos, lo cual no es nada fácil por diversos intereses entremezclados, pero definitivamente tal dificultad no es comparable con un cambio de conciencia cuyo interés no es conservar un círculo vicioso, sino proyectar una «apertura» a una nueva manera de pensar, hacer y revisar el estado de las cosas; un cambio de *Gestalt*.

---

<sup>412</sup> Danton Rodríguez, L. (1991) “De reformas a los artículos 3o., 5o., 24, 27 y 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de libertad de culto, bienes eclesiásticos y educación laica”, en *Crónica Parlamentaria. Cámara de Diputados*, p. 7.

Esto hace recordar, por ejemplo, cómo el falsacionismo popperiano versa una problemática similar. Primeramente, el hecho de que una nueva teoría (como derechos humanos) entre en juego, no significa plenamente que la teoría actual (predominante) pierda su fuerza, sino que lo que ocurre en realidad es todo lo contrario (aspecto que logra captar Lakatos) es decir, más que la sustitución de una teoría por otra sea inmediata, resulta menester analizar el contenido de la propuesta con el fin de reconocer su crédito o no.<sup>413</sup> Segundo, para tal conversión, es necesario una nueva instrumentalización que matice la nueva teoría y se le dé prioridad. Respecto a la jurídico, verbigracia, no es tanto que la teoría sobre derechos humanos no sea hasta ahora lo prometido, sino que su esencia se ha modificado, de tal manera que se ha pretendido hacerla compatible con el *positivismo jurídico* que se caracteriza en la cultura jurídica. Que el Estado no «otorgue» derechos, sino que los «reconozca», cae en la exigencia de: para que un derecho humano sea plenamente reconocido, debe expresarse plenamente o ser estar contenido en un ordenamiento jurídico.

Ahora bien, esto mismo también se convierte en problema por el factor mismo de la SCJN, pues este se convierte en un organismo que delega un dogmatismo reconocido,<sup>414</sup> ya que se salta por completo cualquier análisis y rigurosidad (epistemológica y metodológica) al emitir sus criterios;<sup>415</sup> no en vano, por ejemplo, Laudan menciona que “[...] the criminal justice system now in place in the United States is not a system that anyone concerned principally with finding the truth would have deliberately designed”,<sup>416</sup> lo cual también ocurre en México, no solo por reconocer el principio de no ser juzgado dos veces por el mismo delito (*non bis in idem*) sino a lo que se identifica como *nonepistemic policy values*; una encrucijada que

---

<sup>413</sup> Lakatos, I., *The methodology...*, *loc. cit.*

<sup>414</sup> Sin entrar a detalles que llevarían a considerar otra investigación, cuando la SCJN se autoreconoce como el «máximo intérprete de la constitución», no solo declara un dogmatismo interpretativo, sino que se ubica por arriba de los otros dos poderes constitucionales, lo cual provoca un desfiguramiento en la teoría de los tres poderes; su igualdad.

<sup>415</sup> Con más precisión, se menciona aquí la distancia entre la «verdad jurídica», la cual se proyecta desde la disciplina jurídica en un orden de ideas que conjeturan una serie de principios y reglas para su disposición, y la «verdad científica» (o epistémica) de la realidad de las cosas, del fenómeno o del orden cósmico, la cual está determinada por una serie de factores científicos-metodológicos que se ciñen no a reglas estipuladas por el hombre, sino por las condiciones que otorga la naturaleza.

<sup>416</sup> Laudan, L., *loc. cit.*

obliga a abandonar la pretensión por la «verdad», en favor de una *Rechtspolitik* que da forma al sistema, lo cual induce al *error*:

Despite the nearly universal acceptance of the premise that a criminal trial is a search for the truth about a crime, considerable uncertainty and confusion reign about whether the multiple rules of proof, evidence, and legal procedure that encumber a trial enhance or thwart the discovery of the truth.<sup>417</sup>

Siendo esto así, difícilmente no sería factible distanciarse de la idea de un Estado *no-epistémico*. De acuerdo con Feyerabend, en ese mismo sentido, así como el Estado se ha distanciado de la religión, para dar lugar a un aspecto educativo laico, igualmente el Estado debería procurar distanciarse de la ciencia misma, pero no en un sentido de negar a la ciencia, sino en no establecer un criterio de prioridad, de modo que, con ello, el Arte, la Música o un sinapismo de la *intuición*, y, en general, cualquier disciplina *no-científica*, adquieran un mayor protagonismo.<sup>418</sup> Al mismo tiempo, esto traería como consecuencia el estudio de otro factor determinante, como es el económico:

It is generally agreed that a free society must not be left at the mercy of the institutions it contains; it must be able to supervise and to control them. The citizens and the democratic councils that exercise the control must evaluate the achievements and the effects of the most powerful institutions.<sup>419</sup>

No obstante, aunque esto merezca una importante atención, tal aspecto deberá aplazarse para otra oportunidad, pues un análisis de tal envergadura necesita una atención especial que, por ahora, lleva a una dirección que no es la aquí propuesta, pero que sí opera una congruencia, verbigracia, si se consulta información sobre los planes de estudio y su financiación, habría que analizar, por ejemplo, el Banco Mundial (BM) así como el Fondo Monetario Internacional (FMI) como dos instituciones que se ven involucradas al respecto; una empresa que, se insiste, no debe desviar la atención sobre la temática central de esta investigación.

---

<sup>417</sup> *Ibidem.*, p. 2 y s.

<sup>418</sup> Feyerabend, P., *How to defend...*, p. 182.

<sup>419</sup> Feyerabend, P., *Historical background...*, p. 25.

Conviene, entonces, finalizar este apartado con una indicación relevante ya tratada, pues he aquí justamente el por qué Kuhn se despegó, por ejemplo, de Luhmann y la noción sociológica de la demarcación, ya que, de existir un *criterio universal* para resolver problemas, este sería tomado por Kuhn como una medida por la cual es posible advertir cuándo un *paradigm* resulta mejor que otro,<sup>420</sup> aunque bien esta consideración está sometida al análisis propio de la comunidad jurídica. Sin embargo, sistematizar la existencia de dicha institución no es posible. Esta es más bien supuesta, no existe una academia jurídica que tenga por fin adjudicar qué teoría es más importante que otra, de ahí que el positivismo jurídico, a pesar de su «crisis», sigue imperante, o bien, que, junto a tal postura, merodeen otras que sean afines o críticas, pero lo que sí existe es la presencia de un factor que hace posible vislumbrar quién lleva la agenda sobre este punto en particular. En otras palabras, como ya se ha advertido, es la Suprema Corte de Justicia de la Nación la que inculca lo que es válido teóricamente y lo que no, de ahí que Foucault identificara que “as práticas judiciárias [...] me parecem uma das formas pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, relações entre o homem e a verdade que merecem ser estudadas”.<sup>421</sup> Para este caso, si se sigue a la epistemología jurídica, por ejemplo, no hay juez en el mundo que admita que los mismos errores para beneficio del imputado, existan de igual manera para beneficio del victimario (lo cual es seguir la idea de los *nonepistemic policy values*) pues tal aspecto es un reflejo de un tipo de subjetividad que proviene y se fragua desde la misma sociedad:

If we were serious about error reduction, and if we likewise recognized that juries sometimes each wrong verdicts, then the obvious remedy would be to put in place a system of judicial review permitting appeals of both acquittals and convictions.<sup>422</sup>

---

<sup>420</sup> Tras una competencia entre *paradigms*, se considera que “[...] claims of this sort are particularly likely to succeed if the new paradigm displays a quantitative precision strikingly better than its older competitor”. Kuhn, T. S., *óp. cit.*, pp. 153 y s.

<sup>421</sup> Foucault, M., *óp. cit.*, p. 11.

<sup>422</sup> Laudan, L., *óp. cit.*, p. 3.

### CAPÍTULO III

#### CRÍTICA DEL MODELO METODOLÓGICO EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA PROBLEMÁTICA EN LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS DECISIONES JURÍDICAS

##### 1. Singularidad de lo subjetivo en la aplicación del derecho

Pero basta de prolongar lo que interesa principalmente a esta investigación; lo anterior, que, si bien es interesante y de relevancia, solo demora la temática central de lo que se pretende. Importa ahora analizar cómo de la *open texture*<sup>423</sup> se han derivado una serie de inquietudes sobre lo que representa, en sí, la indeterminación del derecho, lo que ha dado lugar a considerar un tipo de intersticio (jurídico) es decir, “[...] esa zona del Derecho donde la clásica división entre actos de creación y aplicación de Derecho se desdibuja”,<sup>424</sup> y que con frecuencia se le hace alusión para explicar cómo un juez puede «crear» derecho (*discrecionalidad judicial*). Tal aspecto se vuelve de vital importancia, ya que una de las claves de la derrotabilidad se deriva precisamente de esta noción. Existe, por ejemplo, una tesis que pretende dilucidar algunos de estos aspectos, la cual considera que “[...] no es posible llegar a una comprensión completa de la indeterminación del Derecho sin una comprensión adecuada del problema de la derrotabilidad de las normas jurídicas”.<sup>425</sup> Pero, igualmente, existe otra que afirma: “la derrotabilidad depende de la existencia de significados respecto de los cuales no se pueden formular condiciones de aplicación necesarias y suficientes”,<sup>426</sup> lo cual obligaría a aceptar un tipo de derrotabilidad que se aleja de la idea necesaria de la indeterminación, y se adapta a los presupuestos de una teoría del significado.

No obstante, aunque ambas tesis pueden resultar atractivas por distintas razones, la dirección que toma el presente estudio no se dirige a fundamentar y seguir una visión que no

---

<sup>423</sup> Hart, H. L. A., *supra*.

<sup>424</sup> Ródenas, A. (2001) “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 24, p. 63.

<sup>425</sup> *Ídem*.

<sup>426</sup> Pazos, M. I (2002) “Derrotabilidad sin Indeterminación”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, n. 25, p. 441.

logra diferenciar entre dos conceptos imprescindibles para su fundamento —entre indeterminación del derecho y derrotabilidad de las normas. Por ende, lejos de confirmar algunas nociones ya descritas, la empresa aquí signada argumentará que, sin una aceptación legítima de la *subjetividad*, no es posible comprender ni la indeterminación del derecho ni la derrotabilidad de las normas; esto quiere decir que, para asumir por buen sentido la derrotabilidad de las normas jurídicas, es indispensable comprender de un modo correcto lo que es y representa la indeterminación del derecho, pero no como la clásica representación de una deficiencia, de un vicio o como un producto del error, sino como una oportunidad para lograr una concreción de un «pasaje» jurídico,<sup>427</sup> la cual pretende «sentido», no significado.<sup>428</sup> Si se recuerda, esto mismo ya ha sido remarcado con el hecho de no encontrar, hermenéuticamente hablando, una relación entre la indeterminación del derecho con la derrotabilidad de las normas jurídicas, es decir, sobre cómo los juristas han pasado de un problema a otro sin haber esbozado una diferencia sustancial entre uno y otro; asimismo, se ha realizado lo propio con advertir la diferencia entre «significado» y «sentido»; todo, por el simple aspecto de que la teoría jurídica no ha logrado una comprensión correcta de lo primero ni de lo segundo. Entonces, si de la indeterminación del derecho no se ha logrado un punto de acuerdo, el tópico de la derrotabilidad tampoco alcanzará una completud.

Sin embargo, en lo que sí se encuentra un punto en común, es que, tanto en uno, como en otro caso, es en los *hard cases* donde es posible advertir la singularidad de cada uno: del problema de la indeterminación, por ejemplo, se aduce que la falta de incerteza provoca una «duda» que, ante la falta de una norma exacta aplicable, no es posible disuadir si no es por medio de la *discrecionalidad judicial*; de la derrotabilidad de las normas jurídicas, por una parte, presenta una situación similar, pero que se dirige a la fundamentación de estándares que logran dar certidumbre, como los principios; por otra parte, se ajusta más bien a un escenario en donde son asequibles excepciones a la norma, las cuales pueden ser establecidas por otras normas y su indeterminación, o bien, que se desprenden por una ponderación. No obstante, se insiste, esta cuestión no es posible zanjarla de tal manera si no se acepta la *subjetividad* como elemento determinante de la situación. Menester es, pues, que una vez caracterizada la *subjetividad*, puede aceptarse una remota susceptibilidad de patentar una

---

<sup>427</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit und Methode*, p. 323.

<sup>428</sup> Ricoeur, P., *Interpretación y argumentación*, p. 165.

clasificación entre las controversias jurídicas, es decir, establecer una fuente diacrónica de la justificación de la decisión. De otra manera, diferenciar controversias, sin una *subjetividad* acaecida, se convierte en un asunto de argumento de autoridad y de precipitación: “Übereilung ist die eigentliche Fehlerquelle, die beim Gebrauch der eigenen Vernunft zum Irrtum führt. Autorität dagegen ist schuld, daß man seine Vernunft überhaupt nicht gebraucht”.<sup>429</sup>

Entonces, ¿cómo evaluar legítimamente un *hard case*? De acuerdo a la teoría jurídica, como se sabrá, esto sucede cuando no es posible la aplicación del derecho mediante un proceso de subsunción —lo que para las teorías de la argumentación se designa como justificación interna— en el efecto de no contar con una norma exactamente aplicable al caso concreto. Pero para la teoría de la comprensión es diferente, como se ha expuesto, solo por medio de aceptar la *subjetividad* en el proceso de evaluación (horizonte) es posible afrontar tal inconveniente: “Aber in diesen Zirkel ein vitiosum sehen und nach Wegen Ausschau halten, ihn zu vermeiden, ja ihn auch nur als unvermeidliche Unvollkommenheit «empfinden», heißt das Verstehen von Grund aus mißverstehen”.<sup>430</sup> Además, debe considerarse si es necesario realizar una división tan drástica, ya que la dificultad de una controversia no se presenta por su contenido, sino por el horizonte determinador de quien interpreta la situación, esto cambiaría totalmente el escenario jurídico, pues así dispuesto, cada controversia conservaría su seriedad; por lo mismo, es un presupuesto erróneo creer que todos los juristas en la práctica jurídica juegan con las mismas reglas, sino que cada uno, en relación a su subjetividad, despliega su acción de un modo distinto. Si se piensa lo contrario, irremediamente se debería aceptar que no hay otra ideología jurídica más que la del positivismo jurídico en la *praxis* del derecho; para este caso, verbigracia, Dworkin no podrá congeniar con Hart respecto a la *discrecionalidad judicial*, pero no discrepa en absoluto respecto a qué momento acaece un *hard case*.<sup>431</sup>

---

<sup>429</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit und Methode*, p. 282.

<sup>430</sup> Heidegger, M., *Sein und Zeit*, §32, p. 153.

<sup>431</sup> Rodríguez, C. (2005) “Estudio preliminar”, en *La decisión judicial. El debate Hart–Dworkin*, [colección: Nuevo Pensamiento Jurídico], Reimpresión, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes: Bogotá, Colombia, pp. 45 y ss.

Depende, por tanto, de la *subjetividad*, primeramente, porque el punto de partida de la actividad interpretativa de uno u otro intérprete no es necesariamente igual, es decir, la precomprensión; esto provoca, por ende, que la designación a un *hard case* sea distinta, de acuerdo a cada intérprete (horizonte) y proceso interpretativo que emplee (un sistema de reglas o una hermenéutica contemporánea) será disímil, pues no es algo signado de antemano, como pretende la teoría jurídica. Sin embargo, téngase en cuenta que esto no diluye las posibilidades de la comprensión, de suerte que no sea posible un diálogo para lograr un acuerdo de «sentido», y, por tanto, que se abra paso al irracionalismo, como si la teoría de la interpretación careciera de reglas necesarias para la correcta comprensión de lo comprendido, aspecto que no es sino lo contrario, de ahí que “[...] esto no significa que [...] una teoría de la comprensión deba hoy renunciar a formular reglas de una forma nueva o le esté permitido suponer que las reglas antiguas han conservado su validez”.<sup>432</sup> Dicho con otras palabras, esto es similar a la antinomia interna que caracteriza el sistema hermenéutico chladeniano:<sup>433</sup> el postulado de la *relación al contenido*,<sup>434</sup> es decir, las reglas de la hermenéutica dependen de la naturaleza y del género de los pasajes sujetos a un análisis hermenéutico, y no de su interpretación, lo cual es precisamente lo que propone la teoría jurídica al dividir las controversias jurídicas en *easy* y *hard cases*, pues presupone que el tipo de texto debe determinar las reglas de su interpretación, ya que está establecido de antemano.<sup>435</sup>

Por lo mismo, el postulado de la *relación al contenido* se deriva manifiestamente de una concepción precisa de la empresa hermenéutica y de una concepción precisa de la estructura textual, de lo que un «pasaje» *es* y de lo que lo hace *oscuro (hard)*.<sup>436</sup> Por tanto, habría que suponer que el propósito de exponer una interpretación de tal magnitud, únicamente se puede conciliar con la recién exigencia planteada, es decir, de partir, en la interpretación, de la naturaleza de las cosas, de las cuales trata el texto que se pretende interpretar. Una hermenéutica para la cual, lo que varía, según el tema, no es la naturaleza del «pasaje» mismo, sino sólo su «interpretación», en otras palabras, la «interpretación» tiene que adecuarse al

---

<sup>432</sup> Cfr., Szondi, P., *loc. cit.*

<sup>433</sup> Chladenius, J. M., *Einleitung...*, b2.

<sup>434</sup> Szondi, P., *óp. cit.*, p. 64.

<sup>435</sup> *Ibidem.*, p. 65.

<sup>436</sup> *Ibidem.*, p. 66.

tema que trata el «pasaje», porque la estructura del «pasaje» permanece idéntica, a pesar de la diversidad de temas y la diversidad de interpretaciones a que la primera da lugar.

Se insiste, para la teoría de la comprensión “una cosa es que algunos preceptos normativos no presenten grado de dificultad alguna para su interpretación, y otra, muy distinta, es que no siempre se requiera de la interpretación”.<sup>437</sup> Con ello, por ejemplo, para un jurista, no resultaría problema interpretar de una manera correcta el artículo 31, fracción IV, de la constitución mexicana, el cual versa sobre la obligación de los mexicanos a contribuir al gasto público, es decir, al pago de impuestos, y asentar que tal normativa no es excluyente de los extranjeros, sino que es una obligación extensible a todos los habitantes, lo cual se encuentra de manera implícita en el texto. Para otro intérprete, en cambio, que haga uso de la interpretación literal, del principio *in claris non fit interpretatio*, no se convencerá de ello, y, por consiguiente, ante la pregunta ¿es obligación exclusiva de los mexicanos el pago de impuesto?, evaluará que es una situación difícil de resolver (un *hard case*).

Segundo, el horizonte determinador también es subjetivo, pero ello no significa que sea algo que se refiera necesariamente a la experiencia, sino en la capacidad de mostrar una «apertura» ante situaciones nuevas, lo que, por ejemplo, Bayón identifica como “[...] nuestra incapacidad para prever todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar y para tener una postura tomada respecto a qué se debería hacer en cada una de ellas”,<sup>438</sup> lo cual obliga, por tanto, reconocer los límites de la comprensión propia, pero dispuesta a seguir; de ahí que la empresa hermenéutica sea un proceso infinito.<sup>439</sup> Esto conlleva al último punto, lo que parece más importante, la historicidad de la comprensión, es decir, lo que para la comunidad jurídica actual puede representar un desafío, para las futuras generaciones de juristas puede que sea algo totalmente diferente:

Habiendo vivido nosotros mismos dos o tres crisis profundas en nuestro modo de pensar [...] estamos más capacitados que nuestros predecesores para comprender la crisis y las polémicas de antaño [...] Ya no vivimos en el mundo de las ideas de un Newton, ni siquiera de Maxwell, y por esto somos capaces de considerarlas a la vez desde dentro y desde fuera, de analizar las estructuras, de ver las causas de sus fallos, al igual que estamos mejor equipados para comprender

---

<sup>437</sup> Vázquez Esquivel, E., *Primera parte...*, p. 156.

<sup>438</sup> Bayón Mohíno, J. C., *Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico*, p. 98.

<sup>439</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit und methode*, p. 347.

el sentido de las especulaciones medievales sobre la composición del continuo y la «latitud de las formas», y la evolución de la estructura del pensamiento matemático y físico a lo largo del último siglo en su esfuerzo de creación de formas nuevas de razonamiento y su vuelta crítica a los fundamentos intuitivos, lógicos y axiomáticos de su validez.<sup>440</sup>

No obstante, habría que exponer una objeción a esto último. Si realmente así fuese el caso, en particular, necesariamente se estaría a favor de la tesis de la *progresión regular* de la comprensión sostenida por Dilthey: “der Analyse des Verstehens der sichere Ausgangspunkt für die Regelgebung gefunden wurde”,<sup>441</sup> aspecto que no es aquí compartido. Primero, porque, así como la historicidad afecta la expresión o la intención de un «pasaje» cualquiera, de igual forma a la comprensión queda sujeta al efecto histórico; esto quiere decir que la interpretación siendo histórica, no es objetiva en el sentido de «tomar» un *algo* del pasado, sino que es una mediación entre el pasado y el presente. Al sobrevalorarse el efecto histórico, Dilthey cierra espacio para preguntarse si la regularidad que él quiere percibir, en la evolución de la hermenéutica, no suprime el cambio histórico, al pasar por alto el momento histórico del concepto mismo de «comprensión» y la historicidad de sus reglas.<sup>442</sup> Propiamente, el concepto de «comprensión» cambia y ha cambiado en la historia, y este cambio tiene, como consecuencia, una necesaria modificación de reglas y criterios de la interpretación, o, en todo caso, se hace necesaria una revisión.

Segundo, en otra ocasión ya se ha defendido una postura distinta, es decir, el fenómeno de la *irreversibilidad hermenéutica*, el cual implica la imposibilidad de un «volver» cuando se ha «dado» lugar a un esquema de comprensión distinto, como sería pasar de una interpretación literal a otra que, por ejemplo, procure la intención del autor; de ahí que se sostenga que “[...] la evolución desde la hermenéutica material hacia la hermenéutica filosófica, no puede invertirse”.<sup>443</sup> Por tanto, si para la comprensión ahora la «intención» ocupa un mayor grado significativo que la literalidad, pretender dar un *revés* y confiar en la literalidad nuevamente como fuente comprensiva, se torna una situación que no es factible para la comprensión misma, pues los principios que sustentan el «salto» hermenéutico no

---

<sup>440</sup> Koyré, A., *óp. cit.*, pp. 7 y s.

<sup>441</sup> Dilthey, W., *Dos escritos sobre hermenéutica...*, p. 33.

<sup>442</sup> Szondi, P., *loc. cit.*

<sup>443</sup> *Ibidem.*, p. 46.

serían compatibles unos con otros; es una situación en donde *sensus litteralis* y *sensus spiritualis* serían lo mismo; lo peor de todo, es que esto mismo es lo que ocurre con la interpretación jurídica.<sup>444</sup> Por tanto, la designación diltheyana sobre la progresión regular de la comprensión queda en un aspecto distinto:

So liegt also in dem Denken über das Verfhren, durch welches ein Zweckzusammenhang die in ihm enthaltenen Aufgaben zu lösen vermag, eine innere Dialektik, welche dies Denken durch geschichtlich begrenzte Richtungen hindurch, durch Formeln hindurch, welche diesen Richtungen entsprechen, fortschreiten läßt zu einer Universalität, die immer und überall an das geschichtliche Denken gebunden ist.<sup>445</sup>

Por todo, debe concluirse que la dificultad de una controversia no se debe específicamente a la «duda» que a uno proyecta un «pasaje», la vaguedad de una norma, la falta de certidumbre respecto a qué norma aplicar entre varias posibles, entre otras cuestiones que versan desde la teoría jurídica, sino porque no se logra diferenciar entre lo que es enteramente un problema de indeterminación, con lo que sería un problema de «verificación de datos», y, por ende, con el problema de la derrotabilidad de las normas. Gran parte del embrollo, por lo mismo, se agudiza al no contemplar la importancia del problema hermenéutico de la aplicación en el proceso, específicamente, al carente interés de evaluar la precomprensión del intérprete.

## 2. Caracterización de la derrotabilidad de las normas en casos paradigmáticos: fuente diacrónica de la justificación de la decisión

Sería importante, sin embargo, ofrecer un ejemplo al respecto, y quizá sea este el momento idóneo para retomar el caso Cassez (amparo en revisión: 517/2011) que atrajo la SCJN, el cual es considerado un caso paradigmático por múltiples razones: la razón que aquí importa, empero, se limitará a considerar cómo la implementación de un principio puede llegar a ser decisivo en un proceso judicial, y, derivado de ello, determinar la caracterización de la derrotabilidad de las normas en un caso paradigmático (o *hard case*, para mantener el

---

<sup>444</sup> García Calvo, M. (1986) “La voluntad del legislador: genealogía de una ficción hermenéutica”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 3, pp. 115 y s.

<sup>445</sup> Dilthey, W., *Dos escritos sobre hermenéutica...*, pp. 104-106.

anglicismo que se ha venido pronunciando). Pero antes, es importante primero cómo es esto de la «atracción» —una facultad designada a la Suprema Corte, e introducida en la constitución tras la Reforma Constitucional de 1994—<sup>446</sup> ya que es una diferencia asequible entre los modelos de control de la constitucionalidad: el difuso, y el concentrado,<sup>447</sup> lo cual hay que tener en cuenta, ya que el caso se basa en un aspecto constitucional.

Así dispuesto, en primera instancia, se puede argüir que la «facultad de atracción» prevista en la constitución mexicana, es incompatible con el principio del federalismo,<sup>448</sup> ya que impide a tribunales inferiores conocer de diversos asuntos en donde la Federación sea parte, por ende, para la Suprema Corte, por su interés y trascendencia que amerite, podrá conocer del asunto; pero con ello, reduce su categoría de tribunal constitucional a uno de legalidad. No obstante, y, por otra parte, resulta ser una facultad discrecional que, contrario a lo que se

---

<sup>446</sup> Para más detallas: *vid.*, Jurisprudencia: 169885; 170312; 174097.

<sup>447</sup> Para mayor ahondamiento: *vid.*, Cappelletti, M. (1965, octubre-diciembre) “El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado”, p. I, en *Revista de la Facultad de Derecho en México*, t. XV, n. 60 pp. 889-917; del mismo autor: (1966, enero-marzo) “El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado”, p. II, en *Revista de la Facultad de Derecho en México*, t. XVI, n. 61, pp. 27-67; Sánchez Gil, R. (2004, julio-diciembre) “El control difuso de la constitucionalidad en México, Reflexiones en torno a la tesis P./J. 38/2002”, en *Cuestiones Constitucionales*, n. 11 pp. 202 y ss.; Highton, E. (2010) “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, *et. al.* (coord.) *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitucionale commune en América Latina?*, t. I, [serie: Doctrina Jurídica, n. 569], Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Max-Plank-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional: México, pp. 108 y ss. Garmendia Cedillo, X. (2010, abril) “Control difuso y control de convencionalidad”, en *Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, n. 3, Instituto de Estudios sobre Justicia Fiscal y Administrativa: México, pp. 10 y ss.; *cfr.*, Vila, C. (2004) “El control difuso y control concentrado en el sistema peruano de justicia constitucional: eficacia de la *judicial review* a dos siglos de su creación”, en Carbonell, M. (coord.) *Derecho Constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, [serie: Doctrina Jurídica, n. 199], Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México: México, pp. 1075 y ss.

<sup>448</sup> Beltrán de Felipe, M. (2016) “La facultad de atracción como mecanismo excepcional de alteración del reparto de competencias jurisdiccionales en materia penal: un estudio de las reformas de legislación mexicana de 2012 y 2013”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 20, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: España, pp. 37 y ss.

ya se ha señalado por Dworkin, escapa de su análisis,<sup>449</sup> ya que esta discrecionalidad está dirigida y configurada como un modelo de selectividad, es decir, la SCJN decide qué asuntos son relevantes y cuáles no,<sup>450</sup> sumado a que, a pesar de afectar al federalismo, es un mecanismo excepcional,<sup>451</sup> aunque para el caso mexicano, esto no es precisamente así.<sup>452</sup> Pero esto es entendible, toda vez que, contrario a lo que acaece en México, donde la facultad de atracción se encuentra constitucionalmente validada, en Estados Unidos no está regulada de tal forma, precisamente, porque afecta al federalismo —asunto que es tomado en cuenta— de ahí que

no es lo mismo prever que cuando haya conexidad objetiva y predeterminada por la ley el caso pasará a la jurisdicción federal (lo cual introduce cierto automatismo), que prever que cuando se den ciertas circunstancias las autoridades federales «podrán» ejercer la facultad de atracción respecto de ciertos asuntos penales cualificados.<sup>453</sup>

Ahora bien, si se analiza el caso Cassez, primero es necesario estipular que discutir sobre las violaciones al proceso resulta innecesario, ya que tanto los tribunales, así como los ministros, que conocieron del asunto, aceptaron dichas violaciones, no obstante, solo los jueces de primera instancia y de apelación, confirmaban su responsabilidad,<sup>454</sup> los ministros que votaron a favor del proyecto modificado, no lo hicieron. Tampoco es necesario entrar a

---

<sup>449</sup> Escapa porque no es una determinación a juicio de una persona, sino que es una decisión colegiada. *Cfr.*, Dworkin, R., *Los derechos en serio*, p. 85.

<sup>450</sup> Suárez Ávila, A. A. (2017) “Usos e interpretación de la facultad de atracción en el juicio de amparo por la SCJN”, en Ferrer Mac-Gregor, E. & A. Herrera García (coord.) *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución Mexicana de 1917*, t. I, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas: México, pp. 455 y s. *Cfr.*, Fix Fierro, H. (2006) *Tribunales, Justicia y Eficiencia. Estudio sobre la racionalidad económica en la función pública*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas: México, p. 119 y ss.

<sup>451</sup> Beltrán de Felipe, M., *óp. cit.*, pp. 60 y s.

<sup>452</sup> INEGI (2019) *Censo Nacional de Impartición de Justicia Federal 2019*, p. 20; de la misma fuente: *Censo Nacional de Impartición de Justicia Federal 2018*, p. 20; y también: *Censo Nacional de Impartición de Justicia Federal 2017*, p. 20.

<sup>453</sup> *Ibidem.*, p. 58.

<sup>454</sup> *Vid.*, Juicio Penal: 25/2006. También, *vid.*, Recurso de Apelación 198/2008.

detalle de los conceptos de violación de la quejosa, ya que se recalcan en el proyecto del ministro Zaldívar Lelo de Larrea,<sup>455</sup> como el proyecto modificado, el cual se discutió en la sesión de la Primera Sala que determinó el caso.<sup>456</sup>

Fuera de eso, si bien la «atracción» realizada por la SCJN, con relación al caso en comento, fue respecto a un recurso de revisión, la situación se complica aún más, ya que en tal escenario la operatividad de la Corte se reduce, debido a que su decisión debería ser meramente de carácter constitucional: “[...] éste no es un juicio de amparo directo atraído, sino un juicio de amparo directo en revisión, y que esto tiene reglas procesales específicas”,<sup>457</sup> exclamaba el ministro Cossío Díaz; esto porque, de acuerdo a la ley reglamentaria, «la materia del recurso se limitará a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales, sin poder comprender otras»,<sup>458</sup> de ahí que “[...] en los amparos directos en revisión no se tiene la posibilidad de revisar las cuestiones de legalidad que ya fueron resueltas en definitiva por el Tribunal Constitucional que conoció del amparo directo”,<sup>459</sup> aspecto con el que concordaba el ministro presidente de la Primera Sala: Pardo Rebolledo;<sup>460</sup> igualmente, con esa restricción, derivó que los ministros que votaron a favor del proyecto de la ahora Secretaria de Gobernación, Olga Sánchez Cordero, a la par, alegaran que, en tal caso, no se determinó la culpabilidad o inocencia de la imputada.<sup>461</sup> Sin embargo, al conceder el amparo de la justicia federal y ordenar la inmediata liberación de la imputada, decretaba, de manera implícita, su inocencia:<sup>462</sup> “[...] una cosa [...] es considerar que efectivamente se dieron violaciones [...] y otra cosa por completo distinta es afectar [...] la

---

<sup>455</sup> Vid., Zaldívar Lelo de Larra, A. (2012, marzo) Amparo Directo en Revisión 517/2011 (Caso Florance Cassez).

<sup>456</sup> Primera Sala (2013, enero) *Sesión pública*, p. 3.

<sup>457</sup> *Ídem*.

<sup>458</sup> Artículo 83, fracción V, segundo párrafo, de la Ley de Amparo. Reglamentaría de los artículos 103 y 107 constitucionales; vigente en 2013.

<sup>459</sup> Cossío Díaz, J. R. (2013, julio-diciembre) “El debido proceso y los límites a las atribuciones de la Suprema Corte: el caso Cassez”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 29, p. 369.

<sup>460</sup> Primera Sala, *supra*, p. 12.

<sup>461</sup> *Ibidem.*, pp. 12, 17 y 22.

<sup>462</sup> *Ibidem.*, p. 23.

técnica del juicio de amparo directo no atraído [...]”<sup>463</sup> —pronunciaba nuevamente en contra el ministro Cossío Díaz. De este modo, se puede llegar a sostener que la imputada fue sentenciada por secuestro, en instancias de legalidad, pero decretada como no culpable por ese tipo penal, constitucionalmente: “¿Por qué si con una cuestión de legalidad se puede otorgar el amparo liso y llano, por una cuestión de constitucionalidad no?”,<sup>464</sup> alegaba el ministro Zaldívar Lelo de Larrea, y un poco más adelante: “si un juez común puede otorgar la libertad por violación a la ley, por qué esta Suprema Corte como Tribunal Constitucional no lo puede hacer, somos un Tribunal constitucional, no un Tribunal de casación”.<sup>465</sup>

Ante tal cuestionamiento, sería propio precisar que tal imposibilidad no es propiamente por lo dispuesto en la ley, sino por el sentido y propósito que tiene un tribunal constitucional. Una de las grandes confusiones que existen es, precisamente, respecto a la doble naturaleza de la SCJN en México y su control constitucional mixto.<sup>466</sup> Por una parte, es un tribunal constitucional,<sup>467</sup> pero, por otra parte, es un tribunal de legalidad,<sup>468</sup> debido a la facultad de atracción, y cuando ello ocurre, “[...] asume la competencia de un Tribunal Colegiado de Circuito y realiza el estudio de cuestiones de legalidad y no sólo de constitucionalidad propiamente dicha”.<sup>469</sup> Mas, requiere de una diferenciación que despeje un poco la visión formalista, por lo cual, de acuerdo a la teoría jurídica, “un tribunal constitucional debe dedicarse completamente a las funciones que le son propias, las jurisdiccionales, y no

---

<sup>463</sup> *Ibidem.*, p. 2.

<sup>464</sup> *Ibidem.*, p. 10.

<sup>465</sup> *Ídem.*

<sup>466</sup> Cappelletti, M., *El control judicial...*, p. II, p. 54. También: Carrillo Flores, A. (1976, julio-diciembre) “El control de la constitucionalidad de las leyes y actos de autoridad en México”, en *Revista de la Facultad de Derecho en México*, t. XXVI, n. 103-104, Universidad Nacional Autónoma de México: México, pp. 133 y s.

<sup>467</sup> Durante 2018, de 16,867 asuntos ingresados a la SCJN, el 40.4% se turnó al Pleno, y el 0.9% a alguna de las Salas. De esta suma, el 2.7% fueron en materia constitucional. *Vid.*, INEGI (2019) *Censo Nacional de Impartición de Justicia Federal 2019*, p. 19. Un año anterior, de 17,044 asuntos, 44.8% se turnaron al Pleno, y 0.4% a las Salas; 3.6% fueron en materia constitucional. *Vid.*, INEGI (2018) *Censo Nacional de Impartición de Justicia Federal 2018*. Por último, para 2016, ingresaron 16,690 asuntos; 43.1% fue al Pleno, y 0.5% a las Salas; el 2.6% era en materia constitucional. *Vid.*, INEGI (2017) *Censo Nacional de Impartición de Justicia Federal 2017*.

<sup>468</sup> *Cfr.*, *supra*, p. 20.

<sup>469</sup> Cossío Díaz, J. R., *loc. cit.*

emplear su tiempo en otras”;<sup>470</sup> por eso, la diferencia entre un tribunal ordinario, civil, penal o administrativo y un tribunal constitucional, es que el primero produce normas individuales, el segundo, en cambio, anula normas generales, como una especie de «legislador negativo».<sup>471</sup> Aunado a ello, esto es, en parte, lo que Laudan menciona respecto al «error» (de la autoridad) en los procesos penales, los cuales tienden a beneficiar únicamente al imputado, sin considerar que alguno de sus errores se considere como beneficio a la contraparte (o victimario).<sup>472</sup> Por lo mismo, el juicio así resuelto, alimenta la tesis de que los imputados tienen más derechos que las víctimas; en tal caso, el haber ordenado la liberación inmediata de la imputada, ocasiona que un asunto jurídico se haya resuelto sin que exista una declaración de inocencia, pero tampoco de culpabilidad; algo inédito.<sup>473</sup>

Pero, nuevamente, esto último no es así en el caso Cassez, ya que se trataba de un recurso de revisión: “al resolver amparos directos en revisión [...] es frecuente que esta Primera Sala ordene devolver los autos al Tribunal Colegiado [...] para que éste realice el estudio de legalidad correspondiente a la luz de la interpretación constitucional realizada por la Suprema Corte”.<sup>474</sup> Formalmente, por ende, la posición del ministro Cossío Díaz, sería la correcta:

se presentó un nuevo proyecto de resolución bajo la ponencia de la ministra Olga Sánchez Cordero después de que en sesión del 21 de marzo de 2012 se desechara el proyecto original [...]  
No obstante lo anterior, el proyecto que finalmente se adoptó como resolución para el presente asunto fue el que había sido presentado, discutido y desechado con anterioridad.<sup>475</sup>

Caso contrario, el asunto no se resolvió jurídicamente, sino políticamente: “las reglas son lo único que mantiene la distinción entre los órganos políticos y los órganos judiciales en relación con el control de actos de autoridad y lo que permite presumir la objetividad de la

---

<sup>470</sup> Carpizo, J., *Reformas constitucionales...*, p. 819.

<sup>471</sup> Kelsen, H. (1931) “Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie”, en *Die Justiz*: Berlín, Deutschland, pp. 26 y ss.

<sup>472</sup> Laudan, L., *loc. cit.*

<sup>473</sup> Sin embargo, en las dos instancias anteriores, se había declarado su culpabilidad.

<sup>474</sup> Cossío Díaz, J. R., *óp. cit.*, 370.

<sup>475</sup> *Ibidem.*, p. 363.

decisión resultante”.<sup>476</sup> Empero, como ya se ha establecido anteriormente, este asunto puede acoplarse con lo que Dworkin cataloga como *directrices políticas (policies)*<sup>477</sup> es decir, es un caso en donde los ministros que votaron a favor del proyecto modificado, tomaron el factor decisivo de un principio como el «efecto corruptor», y, por ende, derrotaron diversas normas, incluso constitucionales. Sin embargo, y, por otro lado, si se analiza el asunto con una mayor rigurosidad, esto también quiere decir que, en el caso Cassez, quizá hubo *discrecionalidad judicial*, un asunto en donde se ejerció poder político, y no uno en donde “[...] se reconozca o niegue un derecho”.<sup>478</sup>

Con todo, verbigracia, resulta interesante conocer cómo el modelo de los principios de Dworkin se pronuncia sobre este supuesto *hard case*. Así dispuesto, como primer punto, no sería nada extraño que considerase la presencia de ciertos principios, los cuales derrotaron a las normas establecidas tanto por la Constitución, como a su ley reglamentaria —como ya se comentó. Pero, segundo, estaría de acuerdo en que el ministro Zaldívar Lelo de Larrea realizó un acto de *discrecionalidad judicial* al introducir el «efecto corruptor», ya que dicho efecto no fue «descubierto», sino «propuesto», debido a que fue pronunciado en nombre de los derechos humanos:

[...] estoy convencido que los jueces constitucionales tenemos un compromiso con los derechos humanos, que no puede estar sujeto al contexto político o mediático; si yo votara hoy diferente, estaría obligado a votar diferente a partir de ahora, y eso es algo con lo que no puedo congeniar, porque implicaría afectar mi independencia y mi visión de los derechos humanos.<sup>479</sup>

De este modo, el «efecto corruptor» se definió como: “[...] las consecuencias de aquella conducta o conjunto de conductas, intencionadas o no intencionadas, por parte de las autoridades, que producen condiciones sugestivas en la evidencia incriminatoria [...]”;<sup>480</sup> es

---

<sup>476</sup> *Loc. cit.*

<sup>477</sup> Dworkin, R., *Los derechos en serio*, *loc. cit.*

<sup>478</sup> *Ibidem.*, p. 175.

<sup>479</sup> Primera Sala, p. 9.

<sup>480</sup> Zaldívar Lelo de Larrea, A. (2013) *Proyecto de sentencia: Amparo en Revisión 517/2011*, p. 135. Además, el ministro cita algunos precedentes: *United States vs Wade* (1967); *Stovall vs Denno* (1967); *Foster vs California* (1969); *United States vs Ash* (1973); *Niel vs Biggers* (1972); *Moore vs Illinois*; *Manson vs Brathwaite*

decir, las violaciones constitucionales fueron de tal magnitud que degeneraron todo el proceso; fue destruido por la arbitrariedad de la autoridad, y, por ende, ninguna evidencia condenatoria sería fiable —no es posible saber cuál de ellas es verdad y cuál no.<sup>481</sup> Por tanto, en caso de que se emitiera un amparo para efectos, una nueva sentencia no subsanaría el proceso, ya que no estaría basado en pruebas fiables.<sup>482</sup> No obstante, tal principio, en rigor, no lo es, ya que, constitucionalmente, una condena penal no debería derivar de duda alguna, lo que Laudan recuerda como “without ascertaining the facts about a crime, it is impossible to achieve justice, since a just resolution crucially depends on correctly figuring out who did what to whom”.<sup>483</sup> Se hace referencia a una condena penal, ya que el asunto pudo fallarse en de un modo distinto, como sería ordenar regresar el caso al tribunal colegiado. Por tal razón, no es sino, por el contrario, una regla la cual establece que una sentencia penal debe derivar de la convicción de culpabilidad (*beyond reasonable doubt*)<sup>484</sup> por lo cual sería posible el reconocimiento o negación de un derecho; de acuerdo a la teoría de la adjudicación dworkiniana.<sup>485</sup> Ahora, el problema ha cambiado radicalmente, y versa no en cómo un principio derrota a una norma, sino sobre cómo diferenciar este principio del «efecto corruptor» (propuesto) con otro preestablecido (*beyond reasonable doubt*). Ponderar sería, pues, una alternativa<sup>486</sup>

Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido.<sup>487</sup>

---

(1977) y *Perry vs New Hampshire* (2011). Como dato adicional, tal principio no ha vuelto a ser invocado por la SCJN.

<sup>481</sup> Primera Sala, *supra*.

<sup>482</sup> *Vid.*, Tesis aisladas: 2003563 y 2003564.

<sup>483</sup> Laudan, L., *óp. cit.*, p. 2.

<sup>484</sup> *Ibidem.*, pp. 54 y ss.

<sup>485</sup> Dworkin, R., *Los derechos en serio*, pp. 32, 146 y ss.

<sup>486</sup> *Cfr.*, Alexy, R. (1988) “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 5, pp. 143.

<sup>487</sup> Dworkin, R., *Los derechos en serio*, p. 77.

Efectivamente, pero tal argumento no disuelve el embrollo, sino que simplemente lo desplaza al considerar si tal principio existe en realidad, es decir, que no ha sido fruto de una invención, sino que, en efecto, existe, que siempre ha estado ahí, y que, por tanto, es deber de la autoridad, es decir, de la operatividad jurídica-judicial, no «descubrir» el principio, sino de construirlo.<sup>488</sup> Por ello, una de las críticas usuales al profesor estadounidense es respecto a cómo es posible identificar un principio y diferenciarlo de una regla, pues se admite que “los principios son discutibles, su peso es importante, son innumerables, y varían y cambian con tal rapidez que el comienzo de una nueva lista estaría anticuado antes de que hubiésemos llegado a la mitad”.<sup>489</sup> Ante tal cuestionamiento, el profesor estadounidense concluye que la aplicación de principios se ve condicionada a un razonamiento y la integración de este mismo a una teoría. Sin embargo, como advierte Calsamiglia:

El *reconstruccionismo* conduce a la búsqueda incesante de criterios objetivos [...] pero es posible que se construyan teorías que justifiquen respuestas distintas. En ese caso, Dworkin recomienda acoger la teoría que justifique y explique mejor el derecho histórico y el derecho vigente. Pero aquí se encuentran nuevas dificultades. ¿Cómo se va a saber si la teoría A es mejor que la teoría B? ¿Acaso no se necesitaría un criterio de evaluación de teorías que permitiera decidir entre ellas? ¿No se tendrá la tentación de absolutizar la propia teoría y considerarla como la «mejor»?<sup>490</sup>

Ante ello, no habría más que por terminar de aceptar una *discrecionalidad judicial*, o, mejor dicho, en términos hermenéuticos, la presencia *subjetiva* del intérprete que determina la elección de una interpretación sobre otras posibles. En fin, con tales términos, es posible resumir el caso Cassez; una controversia que se ajusta al criterio dworkiniano de la derrotabilidad de las normas, por medio de un principio, el cual, aunque necesariamente no es invocado en cada situación, cuando lo es, tiene un efecto decisivo en el análisis del caso,<sup>491</sup> pero que no disuelve la cuestión de cómo determinar la diferenciación entre *discreción judicial*, propiamente dicha, y el proceso decisorio de un principio.<sup>492</sup> Si se argumenta con la

---

<sup>488</sup> Flores, I. B, *óp. cit.*, p. 26.

<sup>489</sup> Dworkin, R., *Los derechos en serio*, p. 99.

<sup>490</sup> Calsamiglia, A. (1989) “Ensayo sobre Dworkin”, en Dworkin, R., *supra*, p. 14.

<sup>491</sup> Dworkin, R., *Los derechos en serio*, *loc. cit.*

<sup>492</sup> *Loc. cit.*

teoría de la adjudicación,<sup>493</sup> por ejemplo, la situación sigue siendo la misma, ya que la decisión respecto a qué parte debe ganar un proceso, sigue siendo una situación de *discrecionalidad judicial*, de ahí que Dworkin acepte que su teoría “[...] no afirma en parte alguna la existencia de ningún procedimiento mecánico para demostrar cuáles son los derechos de las partes en los casos difíciles [...] no garantiza que todos [...] den la misma respuesta [...]”.<sup>494</sup> Su problema radica, entonces, en no poder diferenciar entre la *discrecionalidad judicial* y la dimensión de peso o importancia de un principio,<sup>495</sup> por eso “[...] el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia”.<sup>496</sup>

Más preciso, Dworkin tiene la creencia errónea de que todo juez realiza un ejercicio hermenéutico correcto, es decir, exento de problemáticas que pueden afectar su comprensión (precomprensión) y, por ende, la posibilidad de llegar a los umbrales de la arbitrariedad queda fuera de análisis (pues la interpretación aquí tiene una función epistemológica, es decir, objetiva) pero que, además, dicho proceso interpretativo puede prescindir de toda argumentación posible; no por nada el profesor estadounidense establece un juez (o abogado, en sus términos) llamado Hércules, capaz de «encontrar» una respuesta correcta a cada situación.<sup>497</sup> No advierte, por ende, que la importancia de hacer asequible los *Vorurteilen* del intérprete es una condición imprescindible para determinar cuáles de ellos evitar, y cuáles de ellos aceptar, si es que se pretende lograr una correcta comprensión, de otro modo, como advierte Ricoeur: “cegado por la tesis rival de la demostrabilidad, saltea el momento en que la interpretación debería apelar a una teoría de la argumentación que a su vez escapa a la alternativa entre lo demostrable y lo arbitrario”.<sup>498</sup> Con otras palabras, si a Hart le faltó desarrollar una teoría de la interpretación (y también de argumentación) Dworkin careció del sustento de una teoría de argumentación jurídica.<sup>499</sup>

---

<sup>493</sup> *Ibidem.*, pp. 488 y s.

<sup>494</sup> *Ibidem.*, p. 146.

<sup>495</sup> *Ibidem.*, pp. 85 y ss.

<sup>496</sup> *Ibidem.*, pp. 77 y s.

<sup>497</sup> *Ibidem.*, p. 177.

<sup>498</sup> Ricoeur, P., *Interpretación y argumentación*, p. 166.

<sup>499</sup> *Ibidem.*, p. 169.

Como consecuencia, este tipo de resultados es lo que produce ciertas confusiones a lo que el profesor estadounidense propone (como ubicarlo como un teórico neoiusnaturalista)<sup>500</sup> pero que, más que confusión, se comprende un objetivo bastante expreso: el positivismo hartiano.<sup>501</sup> Con rigor, el modelo de principios dworkiniano, en realidad, no es nada novedoso si se acude, por ejemplo, a un positivismo jurídico distinto, que no sea, por su puesto, el desarrollado por el profesor de Oxford, ya que

Antes de la formación del Estado moderno, el juez, en la resolución de las controversias, no estaba obligado a escoger exclusivamente normas emanadas del órgano legislativo del Estado, sino que tenía una relativa libertad de elección en la determinación de la norma a aplicar; podía deducirla de las reglas consuetudinarias, o bien de las elaboradas por los juristas, o bien podía resolver el caso en cuestión a través de criterios equitativos, obteniendo la regla a aplicación a través de principios de la razón natural.<sup>502</sup>

Por todo, resulta que, en este caso, el *valor epistémico* del proceso se desplazó no a un segundo término, sino que incluso tuvo un mayor detrimento, pues al no ordenar que se evaluara debidamente cada prueba, con el fin de determinar cuál de ellas era válida de acuerdo a los procedimientos, y cuál no, lo que se provocó fue que el «error» de la prueba, resultase benéfico para la imputado —de ahí que haya logrado su libertad;<sup>503</sup> dicho con otras palabras, hubo *nonepistemic policy value* que impidió llegar a la «verdad» del asunto. Una empresa que, con un debido esfuerzo hermenéutico, pudo haber sido concretado; por lo pronto, ante controversias jurídicas como esta, habría que cuestionarse si: “need we assume that rights always trump the search for the truth, or viceversa?”.<sup>504</sup> Como advierte Laudan:

---

<sup>500</sup> Sirve de apoyo: Rebuffa, G. (1980) “Costituzionalismo e Giusnaturalismo: Ronald Dworkin e la riformulazione del Diritto Naturale”, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, v. X, n. 1, p. 219. También: Richards, D. (1987) “Rules, Policies, and Neutral Principles: The Search for Legitimacy in Common Law and Constitutional Adjudication”, en *Georgia Law Review*, v. 11, pp. 1081 y ss.

<sup>501</sup> Quizá sea esa una de las enseñanzas de su maestro, ya que Hart hizo lo mismo, pero contra el positivismo jurídico de Austin.

<sup>502</sup> Bobbio, N., *El positivismo jurídico...*, p. 46.

<sup>503</sup> Laudan, L., *óp. cit.*, pp. 51 y ss.

<sup>504</sup> *Loc. cit.*

To say that we are committed to error reduction in trials is just another way of saying that we are earnest about seeking the truth. If that is so, then it is entirely fitting to ask whether the procedures and rules that govern a trial are genuinely truth-conducive.<sup>505</sup>

Conjuntamente, aunque este ejemplo bien puede ser aceptado para determinar la derrotabilidad de las normas, este no es el sentido que aquí se propone en esta investigación. Además, hermenéuticamente, si el principio de «efecto corruptor» fuese tal, es decir, que no es posible determinar cuáles pruebas son verosímiles o cuáles no —una situación «todo-nada»— las sentencias pronunciadas, en instancias anteriores, no se hubiesen fallado en uno u otro sentido, pues, contrario a lo que el ministro Zaldívar Lelo de Larrea, los jueces que conocieron del caso, en instancias anteriores, fueron capaces de efectuar su decisión judicial siguiendo el principio de *beyond reasonable doubt*, lo cual quiere decir que existían pruebas que no fueron impregnadas por ese «efecto corruptor», sino que al contrario, estaban plenamente convencidos de la responsabilidad de la imputada. Por lo mismo, y, con otras palabras, un debido esfuerzo hermenéutico era necesario para determinar qué pruebas eran válidas y cuáles no, aspecto que no fue tema de discusión. Su situación, no obstante, se llevó a otra instancia, pero en donde la hermenéutica igualmente cobra sentido: el horizonte del intérprete; el detalle que pudo advertir el ministro Zaldívar Lelo de Larrea, y otros jueces no.

Por último, hay una razón más por la cual el modelo de principios dworkiniano no convence ni es adecuado para abordar la temática de la derrotabilidad de las normas jurídicas que aquí será desarrollado de acuerdo a la teoría de la comprensión. Y esto es debido a que tiene un detalle que convierte su teoría en un modelo insostenible. Si se analiza de cerca, la propuesta del profesor estadounidense es posible resumirla del modo siguiente: (1) parte por especificar que en *hard cases*, los juzgadores, por lo general, su proceso de aplicación del derecho cambia, ya que, invocan diversos principios para resolver sus asuntos, dejando con un antecedente en donde, ante la inaplicabilidad de las normas, es posible «encontrar» un principio aplicable al caso, y, con ello, deferir la controversia; (2) de ahí se advierte que los principios pueden derrotar a las normas jurídicas en un proceso de decisión judicial; (3) ahora bien, debido a que los principios no tienen un valor específico, es decir, no cuentan con una jerarquía preestablecida, como sí tienen las normas jurídicas, es posible que cada principio

---

<sup>505</sup> *Ídem.*

fundamente una decisión de un modo distinto; (4) de ello se desprende que la importancia y peso de cada principio requiera de una ponderación; (5) esto, igualmente, significa que los jueces no gozan de una discrecionalidad, ya que, ante un escenario en que no es posible aplicar ninguna norma concreta, ello no evita que algún principio sea aplicable; (6) por tanto, el material jurídico compuesto de normas, directrices políticas y principios es suficiente para encontrar «una» respuesta correcta a cada caso; (7) empresa que será propia de Hércules.

Pero, ¿dónde está el problema que lo vuelve insostenible? Pues bien, Dworkin se ha pronunciado reiteradamente en contra de la *discrecionalidad judicial*, ya que no es compatible con la división de poderes; considera que es una situación antidemocrática, por lo que reconocer un poder político a los jueces se traduce como no tomarse en serio dicho sistema político, pues se ve comprometido al ser un juez, y no un legislador el encargado de «crear» derecho.<sup>506</sup> Además, si se reconociese tal poder, irremediamente se aceptarían leyes retroactivas, ya que, si un juez «crea» derecho (*ex post facto*) entonces, no estarían aplicando una normativa preexistente, sino una nueva; por ende: “[...] la parte perdedora será castigada no por haber infringido algún deber que tenía, sino un deber nuevo creado después del hecho”.<sup>507</sup> Asimismo, si el profesor estadounidense considera que los principios son decisivos,<sup>508</sup> y que las normas tienen excepciones,<sup>509</sup> entonces, ¿qué impide establecer una excepción a la división de poderes y a la irretroactividad de la ley o que tales reglas sean derrotadas por un principio? Ambos son normas, en el caso de México, por ejemplo, corresponden al artículo 49 y 14 constitucional ¿Serían consideradas como dos normas inderrotables?,<sup>510</sup> es decir, que sin importar qué principio se invoque, dichas normas se mantendrán firmes; si así fuese, entonces, no podría sostenerse el postulado de que los principios son decisivos, por lo cual se tendría que terminar por aceptar cierta *discrecionalidad judicial*. Si se prefiere lo opuesto, es decir, que tanto la división de poderes como la irretroactividad, no son normas jurídicas, sino principios (aunque eso sí, muy

---

<sup>506</sup> Dworkin, R., *Los derechos en serio*, p. 96.

<sup>507</sup> *Ibidem.*, p. 150.

<sup>508</sup> *Ibidem.*, p. 80.

<sup>509</sup> *Ibidem.*, pp. 140 y s.

<sup>510</sup> *Cfr.*, Alchourrón, C. (2000, octubre) “Sobre derecho y lógica”, [título original: “On Law and Logic”, en *Ratio Juris*], [traducción: Jorge Rodríguez], en *Isonomía*, n. 13, p. 24.

semejantes a las normas) entonces la cuestión debe replantearse y considerar: ¿son dos principios que están exentos de ponderación? Aquí necesariamente existe otro problema, porque ¿qué evitaría la ponderación? Si son realmente principios, deberían ser susceptibles de una ponderación,<sup>511</sup> pues, recuérdese, que según se ha señalado, los principios no tienen una jerarquía preestablecida,<sup>512</sup> como sí lo tienen las normas; por tanto, si no es posible llevarlos a una ponderación, lo cual significa que tienen un valor predefinido y jerárquico. Mas la cuestión cambia, ya que ahora no se trata de contrastar un principio con otro, sino determinar cuál de ellos cede ante otro, o si ambos merecen tener un mismo valor; es decir, nuevamente se está ante una situación en donde la *discrecionalidad judicial* tendrá lugar.

No obstante, no hay motivos suficientes para asombrarse, ya que, por una parte, el debate de la derrotabilidad de las normas jurídicas, entre Bayón y Rodríguez, gira en torno a una situación similar: ¿son todas o solo algunas normas las que están sujetas a la derrotabilidad? Y, sobre ello, habrá que analizarse más adelante. Por otra parte, conviene concluir este apartado, pues, a no ser que se considere tanto la división de poderes como la irretroactividad como estándares distintos a una norma, un principio o una directriz política, la teoría dworkiniana de los principios, está a salvo —pero considerando que, según Dworkin, con solo esos tres estándares basta para tener un sistema jurídico completo, entonces no habría lugar para algo distinto. Por lo mismo, como aquí se ha sostenido, tal teoría, por de pronto, es indefendible, debido a las múltiples contradicciones que ostenta. A pesar de estos inconvenientes, su importancia radica en un aspecto distinto, por ejemplo, denunciar cómo, en la *praxis* jurídica, ante *hard cases*, los jueces suelen aplicar otro tipo de estándares que no son normas, sino principios, los cuales, al no tener una jerarquía preestablecida, necesitan de una ponderación, sumado a que son tan variados y diversos que no es posible enumerarlos de antemano. Su punto crucial será manifestar que la *discrecionalidad judicial* conlleva a un peligro que, aunque Dworkin no se permite aceptar, Hart está dispuesto a correr ese riesgo.

Más adelante se abordará este aspecto que, aunque Hart no se preocupa por cómo controlar la *discrecionalidad judicial* (debido a que su postura sobre la *open texture* no es ni ofrece una teoría de interpretación) para la teoría de la comprensión, la *subjetividad*, como ya se ha

---

<sup>511</sup> Cfr., Atienza Rodríguez, M. & J. Ruiz Manero (1991) “Sobre principios y reglas”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 10, p. 115.

<sup>512</sup> Dworkin, R., *Los derechos en serio*, p. 89.

expuesto, no es a ultranza, sino que está sujeta a ciertos principios hermenéuticos que permiten adecuar la comprensión a un estado alejado del relativismo y la arbitrariedad.

### 3. Ponderación del diálogo hermenéutico como reflexión para el acuerdo de sentido

Expuestas las razones de por qué la dirección que aquí se asume respecto a la derrotabilidad de las normas no encuentra en Dworkin un sustento sólido, conviene volver, nuevamente, a la temática del horizonte del intérprete. Ante esa consideración, un buen punto de partida, por tanto, debe tener la necesidad de recordar que, si bien, la indeterminación del derecho parece una problemática que no encuentra solución,<sup>513</sup> por más que se intente,<sup>514</sup> “das Gesetz ist immer mangelhaft, nicht, weil es selber mangelhaft ist, sondern weil gegenüber der Ordnung, die die Gesetze meinen, die menschliche Wirklichkeit notwendig mangelhaft bleibt und daher keine einfache Anwendung derselben erlaubt”.<sup>515</sup> Con ello, no parece del todo convincente concentrarse o advertir en la indeterminación del derecho una representación como si fuese una «deficiencia», por lo que no es imprescindible advertir en la indeterminación un problema sin más, sino una oportunidad («apertura») para llevar el acto de juzgar a un buen cause,<sup>516</sup> pues el acto de juzgar requiere de un esfuerzo hermenéutico, ya que tal parece que

[...] si no son los casos que el arte les pone en la boca cortados y mascados, no tienen habilidad para más. Suelen apodar al letrado que sabe muchas leyes de memoria al ropavejero que tiene muchos sayos cortados a tiento en su tienda; el cual, para dar uno a la medida del que se lo pide, se los prueba todos, y si ninguno le asienta, despide al marchante. Pero el letrado de buen entendimiento es como el buen sastre, que tiene las tiseras en la mano y la pieza de paño en casa; el cual, tomando la medida, corta un sayo al talle del que se lo pide. Las tiseras del buen abogado

---

<sup>513</sup> «Solución» en el sentido de lograr un ordenamiento que abarque una totalidad de las posibilidades.

<sup>514</sup> Suele advertirse que “ser la ley justa y racional, y que provea enteramente para todo lo que pueda acontecer y que se escriba con términos claros y que no tengan dubios ni opuestos, y que no reciba varios sentidos, no todas veces se puede alcanzar, porque, en fin, se estableció de humano consejo, y éste no tiene fuerza para dar orden a todo lo que está por acontecer”. Huarte de San Juan, J. (1989) *Examen de ingenios*, [título original: *Scrutinium ingeniorum*], [edición: Guillermo Serés], Cátedra, Letras Hispánicas: Madrid, España, p. 472.

<sup>515</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit und methode*, p. 324.

<sup>516</sup> Ricoeur, P., *Interpretación y argumentación*, p. 165.

es el entendimiento agudo, con el cual toma la medida al caso y le viste la ley que lo determina, y si no la halla entera y que en propios términos lo decida, de remedios y pedazos del Derecho le hace una vestidura con que defenderlo.<sup>517</sup>

Con otras palabras, será necesario abordar la temática del problema hermenéutico de la aplicación de una manera que, por lo general, no es advertida por la teoría jurídica. Y, lo más importante, no hay que caer en el error de considerar que la indeterminación del derecho encuentra su salida en el proceso de aplicación con el hecho de «crear» derecho, es decir, una *discrecionalidad judicial* que se traduce “[...] como un precio necesario que pagar [...]”,<sup>518</sup> ya que, de otra manera, no habría necesidad de discutir nada al respecto, si se tiene en consideración que la crítica estatuida por Dworkin lleva a la *discrecionalidad judicial* a una encrucijada —con el argumento democrático— que no es posible solventar si se sigue la argumentación hartiana.<sup>519</sup> Ante esto, no extraña que profesor estadounidense le haya ganado la partida al de Oxford, pues la insistencia, sobre ciertos conceptos, hizo que el discurso hartiano se perdiera en la inconmensurabilidad de lo que él mismo plantea. Ciertamente, lo que señala como «creación» de derecho del juez, no debería entenderse como actividad legislativa, pues el quebrantamiento sobre el principio de división de poderes resulta obvio; aspecto que nunca corrigió, sino que, al contrario, reafirmó en *Post-scriptum*.<sup>520</sup>

Por ende, parece más preciso posicionar la argumentación desde la teoría de la comprensión; no solo para evitar un desastre, sino para establecer que el acto interpretativo no es correlativo a «llenar un vacío», como propone la teoría jurídica,<sup>521</sup> sino como una actividad en donde está en juego la comprensión. En ese sentido, Ferraris lo expone mejor:

---

<sup>517</sup> De San Juan, J. H., *óp. cit.*, p. 474.

<sup>518</sup> Hart, H. L. A., *Post-scriptum...*, p. 59.

<sup>519</sup> Más adelante habrá que prestar mayor atención a este aspecto, sobre todo porque no se indica aquí que la indeterminación no alcance su completud en el acto de aplicación, sino más bien que esto no será correcto si se toma a la *discrecionalidad judicial* como la medida adecuada para tal acción. Por el contrario, es menester considerar el proceso de aplicación jurídica como un acto de «concretar» y «completar»: “die Aufgabe des Auslegens ist die der *Konkretisierung* des Gesetzes im jeweiligen Fall, also die Aufgabe der *Applikation*”. Gadamer, H. G., *Wahrheit und methode*, p. 335.

<sup>520</sup> Hart, H. L. A., *Post-scriptum, loc. cit.*

<sup>521</sup> Así decreta: “[...] habrá cuestiones donde el derecho existente no pueda proporcionar ninguna solución correcta y para resolver casos donde esto es así, el juez tiene que ejercer su poder jurídico creador”. Hart, H. L.

[...] ignoraban que en la interpretación no estaba en juego la comprensión de un hecho, de un dicho o de un escrito [...] habían limitado la interpretación a la praxis [...]; en todo caso se habían limitado, por muy ingeniosos que fueran, a algunas puras ‘anticipaciones’, o sea a algunos indicios esbozados, que sólo a la luz de un suceso que, por el contrario, el lector contemporáneo considera como acabado, pueden encontrar su verdadero sentido [...]. Si se quisiera extender a objetos de uso cotidiano una lógica semejante, se podría sostener que la radio es la anticipación de la televisión.<sup>522</sup>

Con tal aspecto, sería posible dar una adecuada respuesta al problema de concentrar dos poderes en uno (el juez que «crea» derecho) ya que, desde la posición hermenéutica, la interpretación no consiste en tomar partido de una situación, sino de tomar conciencia de lo comprendido. No extraña, por tanto, que Dworkin advierta que

es evidentemente competencia del poder legislativo obrar con arreglo a argumentos políticos y adoptar programas que vengan generados por tales argumentos. Si los tribunales son delegados de la legislación, entonces deben tener competencia para hacer lo mismo.<sup>523</sup>

Por lo mismo, llama mucho la atención que, siendo Hart considerado como el último gran exponente del positivismo jurídico,<sup>524</sup> afirme que los jueces “[...] está[n] facultado[s] para

---

A., *Post-scriptum*, p. 56. También: “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 [...]”. *Ibidem.*, p. 54; Cfr., García Máynez, E., *óp. cit.*, Porrúa: México, p. 129. Igualmente, Tesis Aisladas: 199277 y 2005156.

<sup>522</sup> Ferraris, M. (2000) *La hermenéutica*, [título original: *L’ermeneutica*], [traducción: José Luis Bernal], Taurus: México, pp. 18 y s.

<sup>523</sup> Dworkin, R., *Los derechos en serio*, p. 149.

<sup>524</sup> Considerado así incluso por el mismo Dworkin. *Ibidem.*, p. 65. También en: Dworkin, R. (1977) “¿Es el derecho un sistema de reglas?”, [título original: *Is Law a System of Rules?*], [versión castellana: Javier Esquivel y Juan Rebolledo G.], [colección: Cuadernos de Crítica, n. 5], Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México: México, p. 9. Entre otros más: *vid.*, Carrió, G. R., *supra*; Rodríguez, C. (2005) “Teoría del Derecho y decisión judicial. En torno al debate entre H.L. Hart y Ronald Dworkin”, en Hart, H. L. A. & R. Dworkin, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Reimpresión, Siglo del Hombre Editores: Bogotá, Colombia, pp. 16 y ss.; y Botero Bernal, A. (2017, julio-diciembre) “El debate

seguir estándares o razones para pronunciar una resolución que no están dados por el derecho y pueden diferir de estándares o razones seguidos por otros jueces frente a casos difíciles similares”,<sup>525</sup> sin creer necesario mencionar (o, mejor dicho, fundamentar) que la ley les concede tal libertad.<sup>526</sup>

La conocida actitud de que la adjudicación de competencia debe estar subordinada a la legislación encuentra apoyo en dos objeciones al poder creador de derecho del juez. La primera sostiene que una comunidad debe ser gobernada por hombres y mujeres elegidos por la mayoría y responsables ante ella. Como los jueces, en su mayoría, no son electos, y como en la práctica no son responsables ante el electorado de la manera que lo son los legisladores, el que los jueces legislen parece comprometer esa proposición. La segunda objeción expresa que si un juez legisla y aplica retroactivamente la ley al caso que tiene entre manos, entonces la parte perdedora será castigada no por haber infringido algún deber que tenía, sino un deber nuevo creado después del hecho.<sup>527</sup>

Gran parte del problema, ahora, desde una postura hermenéutica, se concentra en el hecho de que el jurista inglés considere que un juez “[...] siempre debe tener una razón general que justifique su resolución y debe actuar como un legislador consciente lo haría al resolver de conformidad con sus propias creencias y valores”,<sup>528</sup> cuyo propósito principal sería evitar la arbitrariedad. Con otras palabras, el inconveniente es que Hart cree fervientemente en aquel viejo adagio interpretativo de la interpretación auténtica: «ponerse en el lugar del otro». Un error similar que, por ejemplo, comete el fundador de la escuela histórica del derecho: “Diefes geschieht, indem sie sich in Gedanken auf den Standpunkt des Gesetzgebers verfetßen, und

---

Kelsen-Hart. Sobre la sanción normativa. Más allá del ‘último mohicano’”, en *Revista Filosofía UIS*, v. 16, n. 2, Universidad Industrial de Santander: Colombia, p. 305.

<sup>525</sup> Hart, H. L. A., *Post-scriptum*, *loc. cit.* Añado corchetes.

<sup>526</sup> Si tal es el caso, entonces, a lo primero que se debería prestar atención sería precisamente a proponer una hermenéutica jurídica con la suficiente precisión para indicar cómo se define. Sin embargo, esta propuesta es nula en el discurso de la *open texture*.

<sup>527</sup> Dworkin, R., *Los derechos en serio*, p. 150.

<sup>528</sup> Hart, H. L. A., *Post-scriptum*, *loc. cit.*

deffen Thätigkeit in sich künstlich wiederholen, also das Gefetz in ihrem Denken von Neuem entfehen laffen”.<sup>529</sup> Resulta una equivocación, porque, como advierte Gadamer:

Wir sahen schon bei der Analyse der romantischen Hermeneutik, daß das Verstehen sich nicht auf ein Sichversetzen in den anderen, auf eine unmittelbare Teilhabe des einen am anderen gründet. Verstehen, was einer sagt, meint, wie wir sahen, sich in der Sprache Verständigen und nicht, sich in einen anderen Versetzen und seine Erlebnisse Nachvollziehen.<sup>530</sup>

Tal propuesta, por lo mismo, lejos de asentarse como una alternativa prometedora, en realidad, solo complica más las cosas, pues la interpretación debería dirigirse por otro cause: “in der Auslegung wird das Verstehen nicht etwas anderes, sondern es selbst”.<sup>531</sup> Hart, por tanto, queda anclado a una idea, sobre el propósito de la interpretación, que surge en el periodo de la Ilustración:

Derjenige Ausleger, welcher nichts von demjenigen bey dem Werte denkt, was der Autor dabey gedacht hat, verfehlt den Autor ganz und gar nicht; derjenige Ausleger aber, welcher nicht aufs genauefte eben das denkt, was der Autor gebacht hat, verfehlt den Autor nicht recht.<sup>532</sup>

Ahora bien, si ello fuese posible, entonces, la crítica sustentada carecería ahora de peso. Sin embargo, si se recuerda lo asentado sobre la *tesis de la fundamentación no es esencial*,<sup>533</sup> que un juez pretenda «actuar como un legislador», significaría que la *discrecionalidad judicial* no operaría necesariamente conforme a una constitucionalidad. Esto quiere decir, en efecto, que si el juez, en aras de evitar alguna arbitrariedad, debe comportarse como si fuese un legislador, «con sus propias creencias y valores», no hay razón alguna para no pensar que tal

---

<sup>529</sup> Savigny, F. K. v. (1840) *System des heutigen Römischen Rechts*, v. I, Bei Drit und Comp.: Berlín, Deutschland, §33, p. 213. Hay versión castellana: (1878) *Sistema del Derecho Romano actual*, Tomo I, [traducción: M. Ch. Guenox], [vertido al castellano: Jacinto Mesía y Manuel Poley], [prólogo: Manuel Durán y Bas], [1ª Edición: 1840], F. Góngora y Compañía, Editores: Madrid, España, §33, p. 149.

<sup>530</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit und methode.*, p. 387.

<sup>531</sup> Heidegger, M., *supra*.

<sup>532</sup> Meier, G. F., *óp. cit.*, §128, p. 69.

<sup>533</sup> Kelsen, H., *loc. cit.*

propuesta es un eufemismo.<sup>534</sup> Siendo esto así, no parece sorprender que Dworkin tome ventaja nuevamente, aunque su argumentación requiera un rigor más pronunciado. Tampoco, en el mismo sentido, extraña que autores convencidos de la retórica hartiana asuman que

por más que la interpretación se entienda como una actividad con un amplio abanico de posibilidades de juego, cabe concebir un punto en que la baraja queda rota y no se puede seguir hablando de actividad interpretativa, sino de creación discrecional de Derecho.<sup>535</sup>

Empero, que «la baraja quede rota y no se pueda seguir hablando de actividad interpretativa» es precisamente lo que lleva al error, pues la actividad interpretativa no se entorpece en tal sentido, sino que interpretar, propiamente, es «integrar» y «comprender». Si se pretende, en realidad, ofrecer una respuesta a este tipo de interrogantes, necesariamente habría que acudir a una teoría que soporte no sólo las implicaciones de la indeterminación del derecho, o los riesgos que pueden desprenderse de la arbitrariedad, sino que también reconozca como reto la función de juzgar, es decir, que evite dividir las controversias jurídicas en *easy* o *hard* con plena determinación, como si fuese posible que sin importar ante quien se exponga un asunto, su conclusión sea exactamente la misma; por ende, si se asume que cada «pasaje» jurídico posee una «zona de penumbra», entonces habría que tomarlo como tal: ¿un *hard case* según quién?<sup>536</sup> Hermenéuticamente hablando, verbigracia, no hay preocupación alguna para lo que en teoría jurídica se ha denominado como *intersticios del derecho*, así como tampoco para la *discrecionalidad judicial*, pues ambos se alojan en situaciones que la teoría de la comprensión no pretende, y que, además, ya han sido resueltas por otros.

Por lo mismo, mucho habría que dejar de lado de la cuestión jurídica respecto a la *discrecionalidad judicial* si se aceptara, por ejemplo, que no es propiamente una mera discrecionalidad la actividad que realiza un juez respecto a la función de jugar —aunque eso sí ocurre si se sigue a la teoría jurídica del positivismo metodológico, sobre todo el hartiano—

---

<sup>534</sup> Cfr., Ruiz Manero, J. (1990) *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho*, [colección: El Derecho y la Justicia], Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: España, pp. 181-189.

<sup>535</sup> Ródenas, A., *óp. cit.*, p. 64.

<sup>536</sup> Igualmente, a la inversa; al tratarse de un *easy case*, ¿sería *claro* según quién?

<sup>537</sup> sino que es, más bien, un efecto de concreción, lo que para la hermenéutica filosófica sería «integrar» y «comprender»:<sup>538</sup> “der Richter wendet nicht nur das Gesetz in concreto an, sondern trägt durch seinen Richtspruch selber zur Entfaltung des Rechtes bei («Richterrecht»)”.<sup>539</sup> Esto mismo, llevaría a la conclusión de lo innecesario y superfluo que es dividir las controversias jurídicas en *easy* o *hard*, como ya se ha expuesto, ya que la dificultad de un caso no es una condición *sine qua non* para la actividad interpretativa de concretar una ley, sino que es propia de cada una de las controversias jurídicas, de su singularidad —su dificultad será mayor o menor dependiendo del intérprete; por ende, cada asunto jurídico es único en sí mismo, es decir, ningún caso es igual a otro: “Es bedarf der Urteilskraft, die konkreten Fälle richtig einzuschätzen. Wir kennen diese Funktion der Urteilskraft besonders aus der Jurisprudenz, wo, die rechtsergänzende Leistung der «Hermeneutik» eben darin besteht, die Konkretion des Rechts zu bewirken”.<sup>540</sup>

Así dispuesto, se resalta, verbigracia, la importancia de la *Bildung* en la disciplina jurídica, pues se considera que “[...] la formación es antes que el método, sin la formación, que es algo interior, no hay método”.<sup>541</sup> Por lo mismo, que la teoría jurídica respalde la tesis de la *discrecionalidad judicial* sin tomar en cuenta la importancia del problema hermenéutico de la aplicación, por ejemplo, conlleva a caracterizar una *subjetividad* que no es propuesta por la teoría de la comprensión, ya que, propuesta en tales términos, sí la vuelve arbitraria (una sobreinterpretación) pues como advierte Grondin, asumir que la hermenéutica contemporánea es una apología del relativismo, que cada interpretación «vale» igual que cualquier otra (*anything goes*) “[...] significa olvidar que la hermenéutica ha nacido para defender la objetividad en el mundo de la interpretación”.<sup>542</sup> Nuevamente, resulta de gran relevancia recordar cómo inicia este estudio, ya que “Gerade deswegen hat es für die Hermeneutik einen Relativismus nirgends gegeben. Es sind eher die Gegner der Hermeneutik, die das Gespenst des Relativismus heraufbeschwören, weil sie in ihr eine

---

<sup>537</sup> Cfr., Ricoeur, P., *Interpretación y argumentación*, loc. cit.

<sup>538</sup> Vázquez Esquivel, E., *La interpretación conforme en México...*, p. 17.

<sup>539</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit and methode*, p. 44

<sup>540</sup> *Ídem*.

<sup>541</sup> Vázquez Esquivel, E., *Primera parte...*, p. 147.

<sup>542</sup> Grondin, J., *La hermenéutica como ciencia rigurosa...*, p. 16.

Wahrheistauffassung wittern, die ihren fundamentalistischen Erwartungen nicht entspricht”.<sup>543</sup>

Distantes, en efecto, son las críticas provenientes desde a fuera a la teoría de la comprensión; cuando se oye hablar de *subjetividad*, cunde el pánico y se pone en entre dicho cualquier rasgo significativo. No dan cuenta, por ejemplo, que la historia es la que se ha encargado de marcar a los que no confían en la comprensión. Verbigracia, el positivismo lógico se fundó como un rechazo general a la metafísica con dos postulados muy significativos: “Um zu erkennen, ob das Bild wahr oder falsch ist, müssen wir es mit der Wirklichkeit vergleichen”,<sup>544</sup> y “die Tautologie folgt aus allen Sätzen: sie sagt Nichts”,<sup>545</sup> pero en su intento antimetafísico, terminó dando alojamiento a una metafísica inductiva no reconocida, de ahí su error, pues “una ciencia libre de toda metafísica está en camino de convertirse en un sistema metafísico *dogmático*”.<sup>546</sup> Por lo mismo, desprecios como, por ejemplo, el de Betti que signaba a Heidegger y Bultman, no son menos importantes.

Todo en la hermenéutica heideggeriana le repudiaba: el abandono del proyecto metodológico, la ontologización de la precomprensión (que de obstáculo había pasado a ser condición del comprender), el lugar preponderante otorgado al ser-en-el-mundo práctico, a la comprensión de sí y a la historicidad, pero también, y sobre todo, a su éxito. A sus ojos, esta doctrina equivalía a una destrucción de la objetividad y de la cientificidad de las ciencias humanas.<sup>547</sup>

Como se advierte, para el jurista italiano, como sigue imperando en la actividad de la hermenéutica jurídica, la *Vorverständnis* es nociva para la comprensión, por lo que se

---

<sup>543</sup> Grondin, J., *Einführung...*, p. 196.

<sup>544</sup> Wittgenstein, L. (2014) “Tratado lógico-philosophicus”, en *Wittgenstein I*, [título original: *Logisch-Philosophische Abhandlung*], [traducción: Jacobo Muñoz Veiga e Isidoro Reguera Péres], Grados: España, [2.223], p. 18; *vid.*, también: [4.462], p. 62.

<sup>545</sup> *Ibidem.*, [5.142], p.72.

<sup>546</sup> Feyerabend, P. (1989) “El problema del empirismo”, [título original: *Problems of Empiricism*], [traducción: Ana Rosa Pérez Ransanz y León Olivé], en Olivé, L. & A. Pérez Ransanz (comp.) *La filosofía de la ciencia: teoría y observación*, Siglo XXI Editores: México, p. 281.

<sup>547</sup> Grondin, J., *La hermenéutica como ciencia rigurosa...*, p. 20.

descartan sus posibilidades de ser fructuosa.<sup>548</sup> No obstante, para la teoría de la comprensión “ein mit methodischem Bewußtsein geführtes Verstehen wird bestrebt sein müssen, seine Antizipationen nicht einfach zu vollziehen, sondern sie selber bewußt zu machen, um sie zu kontrollieren und dadurch von den Sachen her das rechte Verständnis zu gewinnen”.<sup>549</sup> A diferencia de esto, para el profesor italiano, la empresa fundamental de la hermenéutica no consiste en aplicar un «sentido» al presente, sino reconstruir la «intención del autor», uno de sus principios constantes: *sensus non est inferendus, sed efferendus*,<sup>550</sup> lo primero, a su parecer, sería echar mano del subjetivismo, y, por ende, es justificable condenar la propuesta hermenéutica, tras el abandono a su función epistemológica y al objetivismo; lo segundo, sin embargo, sería apelar por una propuesta netamente ajena al intérprete, es decir, que no logra diferenciar entre el significado (*Bedeutung*) y la relevancia (*Bedeutsamkeit*); para Betti, en resumen, la hermenéutica persigue un fin objetivista, lo cual no dista mucho de lo que la teoría jurídica contemporánea expone actualmente: “Wie erreicht man aber eine absolute und nicht mehr diskutierbare Wahrheit? Es wurde nie befriedigend gezeigt”.<sup>551</sup>

Pero, si la alternativa a la subjetividad es pretender una «verdad absoluta», pronto habría que replicar: “Wer vom Relativismus spricht, setzt voraus, daß es für den Menschen eine Wahrheit ohne den Horizont dieses Gesprächs geben könnte, d.h. eine absolute oder eine von unseren Fragen abgelöste Wahrheit”.<sup>552</sup> Generalmente, aunque

la filosofía hermenéutica contemporánea goza de la reputación de ser bastante relativista [...] una línea de pensamiento que glorifica la historicidad y cuya insistencia en el perspectivismo de la comprensión no puede conducir más que al abandono de la noción clásica de objetividad [...] la hermenéutica sería así una versión pluralista y pragmática, para la que todas las interpretaciones serían equivalentes.<sup>553</sup>

---

<sup>548</sup> Betti, E. (1954) “Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre”, en *Festschrift für Ernst Rabel: Rechtsvergleichung und internationales Privatrecht*, v. 2, Mohr Siebeck: Tübingen, Deutschland, p. 115.

<sup>549</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit und methode*, p. 274.

<sup>550</sup> Betti, E., *Zur Grundlegung...*, p. 99.

<sup>551</sup> Grondin, J., *Einführung...*, *loc. cit.*

<sup>552</sup> *Ídem.*

<sup>553</sup> Grondin, J., *La hermenéutica como ciencia rigurosa...*, *loc. cit.*

Sin embargo, se insiste, ello sería olvidar los propósitos de la hermenéutica, un aspecto que a partir de Popper y Kuhn se ha constatado la tendencia a considerársele como una epistemología general, ya que, como se ha expuesto desde el seno de la epistemología de la ciencia, las *Naturwissenschaften*, por mucho tiempo, también se han basado en la interpretación. He ahí, precisamente, que aquí se estima, de nuevo, la importancia de la *Bildung*, pues “[...] Mensch ist durch den Bruch mit dem Unmittelbaren und Natürlichen gekennzeichnet, der durch die geistige, vernünftige Seite seines Wesens ihm zugemutet ist. «Nach dieser Seite ist er nicht von Natur, was er sein soll» —und deshalb bedarf er der Bildung”.<sup>554</sup>

Por lo mismo, una teoría que tenga por bien afrontar las complicaciones del problema hermenéutico de la aplicación debe, en primer lugar, establecer una diferencia entre lo que es el concepto de aplicación propiamente hablando, y el concepto de aplicación jurídica, una falla recurrente por la que suele atravesar la interpretación jurídica, pues “[...] Erkenntnis des Sinnes eines Rechtstextes und Anwendung desselben auf den konkreten Rechtsfall nicht zwei getrennte Aktesind, sondern ein einheitlicher Vorgang”;<sup>555</sup> y, en segundo lugar, resulta adecuado advertir las diferencias entre «sentido» y «significado».<sup>556</sup> Con otras palabras, debe procurarse la ponderación del diálogo como reflexión para un acuerdo de sentido, ya que ambas condiciones, dependen, en efecto, de la *Bildung*.

#### 4. Horizonte delimitador de la conciencia fenomenológica en la aplicación del derecho

Ahora bien, igualmente sería bueno pronunciarse respecto a los *intersticios del derecho*, ya que tiene una amplia conexión con esto último, para lo cual ha de tenerse en cuenta que

Wir können somit als das wahrhaft Gemeinsame aller Formen der Hermeneutik herausheben, daß sich in der Auslegung der zu verstehende Sinn erst konkretisiert und vollendet, daß aber gleichwohl dieses auslegende Tun sich vollständig an den Sinn des Textes gebunden hält. Weder

---

<sup>554</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit und methode*, p. 17.

<sup>555</sup> *Loc. cit.*

<sup>556</sup> Habrá que volver a este punto más adelante.

der Jurist noch der Theologe sieht in der Aufgabe der Applikation eine Freiheit gegenüber dem Text.<sup>557</sup>

Por ende, no distinguir entre «creación» y «aplicación» de derecho conlleva a una problemática que se dirige no a una temática de interpretación propiamente dicha, sino a cuestiones de sobreinterpretación, pues tal confusión se fundamentaría en la falsa idea que, por ejemplo, la interpretación es un proceso distinto a la integración,<sup>558</sup> pero lo más grave ocurre cuando se obvia la importancia de la «distancia histórica»; porque, los «pasajes» jurídicos, en efecto, no son ajenos al paso del tiempo ni mucho menos la *intención*, por lo que restar importancia a un factor tan significativo, resulta un error sustancial.<sup>559</sup> Asimismo, he ahí por qué tal postura, ahora respecto a la *discrecionalidad judicial*, no logra convencer, por una parte, por el hecho de no considerar como límite el principio hermenéutico de la «no libertad frente al texto», sino, por otra parte, que se realiza una apología, inocentemente, a lo que se ha denominado como *virtudes judiciales*, es decir, al hecho de actuar con verdadera justeza (imparcialidad y neutralidad)<sup>560</sup> en olvido de lo que representa la tradición para llevar a cabo una correcta comprensión.

Con mucha frecuencia su elección está orientada por el presupuesto 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.<sup>561</sup>

Ante esto, existen dos incongruencias fundamentales que no son posibles salvar, ya que cuando el mismo profesor de Oxford, por un lado, admite que su visión del derecho tiene un fundamento metodológico que separa el derecho de la moral:<sup>562</sup> “[...] no hay ninguna

---

<sup>557</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit und methode.*, p. 338.

<sup>558</sup> Hart mismo acepta esto de manera implícita al llamar *legislación judicial* al «poder creador» de derecho del juez.

<sup>559</sup> De ahí, verbigracia, que el ejemplo de muchos juristas sobre el letrero en el parque, sea incorrecto para alentar los ánimos de la comprensión en un sentido correcto, ya que deja afuera de análisis la importancia de la «distancia histórica».

<sup>560</sup> Hart, H. L. A., *The concept of law*, p. 253.

<sup>561</sup> *Ibidem.*, p. 252.

<sup>562</sup> *Ibidem.*, p. 261.

conexión conceptual necesaria entre el contenido del derecho y la moral; y, por tanto, disposiciones perversas pueden ser válidas como reglas o principios”.<sup>563</sup> Entonces, si esto es así, tratar la *discrecionalidad judicial* como un actividad jurídica (legislación judicial) no tiene mucho sentido, en otras palabras: ¿cómo es posible distinguir una moral racional o correcta sin recurrir a la tradición? Actualmente, se vive en un momento en donde las sociedades son plurales, pensar que la moral *es* «una», es un error fatal —sin mencionar que no se considera la posibilidad de la presencia de criterios políticos o religiosos— y, por otra, con ese mismo aspecto al aceptar que, en ocasiones, hay derecho que es injusto —si bien es cierto que el profesor inglés condiciona la *tesis de la obediencia* tras estipular que no porque un sistema jurídico sea reconocido, se tenga el deber moral de obedecerlo—<sup>564</sup> no hay un fundamento lo bastante convincente para concientizar que todo el derecho aplicado por los jueces tiene por máxima una idea de justicia que está más allá de la simple legalidad (la tradición, por ejemplo, de *Gesetz als Gesetz*)<sup>565</sup> pues tal aspecto es como si se afirmara que en el mundo no existen jueces que están convencidos de que la moral debe ser ajena al derecho o que no reputaran impávidamente en la interpretación literal, por lo que si existe una ley que, ante el enfoque moral, resulta injusta, tal designio es irrelevante.<sup>566</sup>

Además, una propuesta de tal magnitud peca de ingenuidad; una cuestión muy alarmante si se advierte que Hart es considerado como el personaje más influyente del positivismo analítico del siglo XX. Póngase en contexto, ya que parece que el profesor de Oxford parece recurrir más a la «fe» que a un frente ético: lo que el designa como *virtudes judiciales*; esto debido a que en su concepción parece no existir ni tampoco hay cabida para considerar un juez que no opera con tal parámetro. Para muestra, un compatriota. Bacon, por ejemplo, para 1618 presidía los principales tribunales de justicia, y para 1621, fue acusado de corrupción por haber aceptado donativos por la operatividad de sus funciones; situación que aceptó, y,

---

<sup>563</sup> Hart, H. L. A., *Post-scriptum*, p. 49. También en *The concept of law*, p. 230.

<sup>564</sup> Hart, H. L. A. (2014) “El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral”, en Dworkin, R. (comp.) *La filosofía del derecho*, [título original: *The Philosophy of Law*], [traducción: Javier Sáinz de los Terreros], (2ª Edición), Fondo de Cultura Económica: México, pp. 100. Tal aspecto está inspirado en Radbruch, G. (1944) *La filosofía del derecho*, (2ª Edición), Revista de Derecho Privado: Madrid, España, p. 61.

<sup>565</sup> Bobbio, N., *El positivismo jurídico...* p. 143.

<sup>566</sup> *Loc. cit.*

con ello, se dio por terminada su carrera política. Y, así como él, ha habido diversos jueces que no se guían por la rectitud, y sigue habiendo —sobre todo en México—<sup>567</sup> de ahí que para la teoría de la comprensión resulte importante la *Bildung*.

Si se desea, es posible advertir más ejemplos, pero existe uno en particular que engloba a todo un sistema judicial: el estudio de Borrego Estrada, el cual denuncia una red clientelar a gran escala en el poder judicial federal mexicano.<sup>568</sup> Valdría decir que he ahí una de las preocupaciones de Dworkin sobre la *discrecionalidad judicial*, ya que esta puede llevar a situaciones en donde lo que se pretende designar como justicia, en realidad, se torna en algo distinto; en México, por ejemplo, los nombramientos de los secretarios y demás personal de un tribunal, es facultad constitucional de jueces y magistrados, una cuestión que delega una autonomía al poder judicial,<sup>569</sup> pero que ello ha conllevado a una situación en donde el nepotismo ha alcanzado niveles sorprendentes.<sup>570</sup> Sería propio, sin embargo, apelando a una noción moralista, esperar que en el poder judicial no sea posible encontrar este tipo de prácticas clientelares,<sup>571</sup> ya que es el poder que tiene a su encargo no solo la administración de justicia, sino también la determinación de la constitucionalidad. No obstante, ocurre; y quizá sea esto la clave para dar forma a lo que realmente se pretende con la derrotabilidad de las normas, una situación que, como se ha venido sosteniendo, se relaciona con la corrupción e impunidad. Por lo mismo, si se trae esta noción a este aspecto descrito, habría que concluir que los jueces han derrotado ciertas normas al beneficiar a familiares, incluso en detrimento de las disposiciones constitucionales.

No obstante, no es el momento preciso para ahondar sobre este tópico, pero más adelante será necesario volver a este aspecto fundamental, ya que, por ahora, conviene volver al asunto tratado y elaborar una crítica aún mayor de la idea hartiana de las *virtudes judiciales*.

Así dispuesto, es menester indicar que no son los únicos datos que alarman sobre el poder judicial,<sup>572</sup> pues, tan pronto se vislumbra este problema, surge otro de igual importancia: la

---

<sup>567</sup> *Vid.*, World Justice Project (2019) *Rule of Law Index*, p. 105.

<sup>568</sup> Carpizo, J., *Reformas constitucionales...*, p. 819.

<sup>569</sup> Borrego Estrada, F., *óp. cit.*, p. 7.

<sup>570</sup> *Ibidem.*, p. 5 y s.

<sup>571</sup> Carpizo, J., *Reformas constitucionales...*, p. 820.

<sup>572</sup> *Vid.*, World Values Survey (2012) Results Mexico, V114, pp. 51 y s.

designación de jueces. Como ya se ha indicado, el profesor de Oxford parece olvidar cómo funciona el sector judicial, y cree que las *virtudes judiciales* es una posición que es compartida por todos los jueces del mundo; y si lo fuese, sería obligado un cuestionamiento: ¿por qué necesita de vigilancia el poder judicial?<sup>573</sup> Sin embargo, la realidad es otra, y mucho tiene que ver aquí el proceso de selección de jueces, magistrados y ministros; lo cual usualmente se le conoce como un asunto de politización judicial.<sup>574</sup> Sobre esto ya se ha abordado, pero bien vale la pena recordar diversos aspectos que son de gran importancia.

Primero, la selectividad de jueces requiere de un mecanismo que especifique la importancia de un baremo, pues la indicación constitucional de, por ejemplo, poseer un título de licenciatura en derecho con una antigüedad de, por lo menos, diez años, no es un indicador adecuado para evaluar las cualidades de un candidato; no es lo mismo solo «poseer» el título, que haber ejercido el título.<sup>575</sup> Segundo, es importante instaurar una seria carrera judicial,<sup>576</sup> pues, ante lo que representa el derecho comparado, existe una diferencia enorme; por ejemplo, en Francia, existe una Escuela Nacional de la Magistratura, fundada en 1958, cuya encomienda tiene a disposición formar jueces y fiscales en el sistema judicial de aquel país. Por supuesto, instaurar una propuesta similar no garantiza disminuir las malas prácticas judiciales, como tampoco lo pudo hacer el Consejo de la Judicatura del Poder Judicial de la Federación, al sustentarse en la Reforma Constitucional de 1994,<sup>577</sup> pero es un proyecto que se dirige por un buen camino. Un adecuado esquema deontológico, por lo mismo, debe presuponer, primeramente, una diferencia entre la deontología judicial y la deontología jurídica; ello ayudaría plenamente a caracterizar un horizonte delimitador de la conciencia fenomenológica en la aplicación del derecho. Por una parte, con ello es posible disuadir ciertas confusiones que acaecen en la práctica jurídica, como el discurso ya comentado del ministro Luis María Aguilar Morales; y, por otra, las diversas profesiones jurídicas adquirirían plena identidad.

---

<sup>573</sup> Carpizo, J., *Reformas constitucionales...*, pp. 816 y s.

<sup>574</sup> *Ibidem.*, p. 819 y s.

<sup>575</sup> *Cfr.*, *supra*, p. 815.

<sup>576</sup> *Ibidem.*, p. 817.

<sup>577</sup> *Ibidem.*, pp. 817 y s.

Por todo, esto no es un asunto en donde sea una buena opción esperar la buena voluntad de adoptar ciertos cánones para la impartición de justicia, es decir, delegado a una situación personal, sino de un esfuerzo que involucre necesariamente acciones,<sup>578</sup> de ahí que para la hermenéutica sea fundamental no solo implementar un aspecto deontológico que guíe el buen actuar de los jueces, sino también una función hermenéutica que permita diluir este tipo de faenas.<sup>579</sup>

Dicho en otras palabras, sin un adecuado horizonte delimitador de la conciencia fenomenológica en la aplicación del derecho, acaecería lo que Dworkin refiere como la «descripción falsa del proceso judicial»:<sup>580</sup> “[...] cualquier principio no sirve para justificar un cambio [...] debe haber algunos principios que cuentan y otros que no cuentan, y debe haber algunos que cuentan más que otros”.<sup>581</sup> Si no hay una guía que sintetice el sentido de «justicia», ajena a la tradición positivista —es decir, justicia es aplicar la ley vigente— sino únicamente la intención de «llenar un vacío», no queda sino esperar un caos.

En la mayoría de las jurisdicciones norteamericanas, y actualmente también en Inglaterra, no es raro que los tribunales superiores no apliquen normas establecidas. En ocasiones, se anulan directamente las normas del *Common Law* —las establecidas por decisiones previas de los tribunales y otras veces hay formulaciones nuevas que las alteran radicalmente. Las normas legales se ven sometidas a interpretaciones y reinterpretaciones, a veces incluso cuando el resultado no es llevar a la práctica lo que se llama «la voluntad del legislador».<sup>582</sup>

Con todo esto, la propuesta hartiana, en realidad, se adentra a un *circulus vitiosus* el cual no es posible sortear. Sin embargo, es menester tener en mente que aquí no se pretende hacer una apología a lo expuesto por Dworkin, primeramente, porque la argumentación llevada a cabo es muy distinta a lo planteado por el profesor estadounidense; y, segundo, porque su propuesta sobre la *tesis de la única respuesta correcta*, resulta, igualmente, poco convincente

---

<sup>578</sup> Vázquez Esquivel, E., *Segunda parte...*, pp. 44 y ss.

<sup>579</sup> Vázquez Esquivel, E., *Primera parte...*, pp. 146 y s.

<sup>580</sup> Con palabras de Hart, *vid.*, *Post-scriptum*, pp. 57 y ss.

<sup>581</sup> Dworkin, R., *Los derechos en serio*, p. 91.

<sup>582</sup> *Ibidem.*, pp. 90 y s.

—sobre todo porque tal propuesta lleva siglos superada en la historia de la hermenéutica.<sup>583</sup> Sobre estos puntos habrá que volver más adelante. Por de pronto, basta con indicar que ambas posturas comparten un error fundamental —además de obviar la «distancia histórica»— que, desde la hermenéutica, condiciona la comprensión. Tal falta de atención converge en el hecho de ignorar la importancia de la *subjetividad* en el proceso de la comprensión, de tal manera que ambos autores renuncian a ella, al creer que con tal acción se obtiene un beneficio en aras de lograr una objetividad. Por una parte, Hart abandona la subjetividad del intérprete por el hecho de «pensar como otro»; por la otra, Dworkin, hace exactamente lo mismo, primero, con su «invención» del abogado (juez) Hércules<sup>584</sup> —personaje que se encargaría de elaborar teorías sobre la intención de la ley y los principios jurídicos— lo cual quiere decir que la interpretación de la ley no sería una actividad de la cual puede disponer cualquier persona, sino que sería exclusiva para aquellos con conocimientos jurídicos, una opción que, hermenéuticamente hablando, regresaría a la idea pedagógica de la interpretación, es decir, que interpretar consiste en facilitar a los lectores qué dice un «pasaje»,<sup>585</sup> y, segundo, al considerar una objetivación de los principios.

Renunciar a la subjetividad, hermenéuticamente, es no entender de lleno la comprensión misma: “Im Fremden das Eigene zu erkennen, in ihm heimisch zu werden, ist die Grundbewegung des Geistes, dessen Sein nur Rückkehr zu sich selbst aus dem Anderssein ist”,<sup>586</sup> significa, por tanto, volver aquél viejo «prejuicio» de no tener prejuicios.<sup>587</sup>

## 5. Prolongación de lo inevitable: la caída de Hart y un discurso renaciente

Con lo expuesto hasta ahora, prolongar la retórica hartiana sobre la *open texture* (indeterminación del derecho) y su nula propuesta hermenéutica, parece una empresa que no

---

<sup>583</sup> Ferraris, M., *Historia de la hermenéutica*, pp. 134 y s.

<sup>584</sup> Dworkin, R., *Los derechos en serio*, *loc. cit.*

<sup>585</sup> *Cfr.*, Ferraris, M., *Historia de la hermenéutica*, p. 69. Una tradición de la hermenéutica antigua: “la necesidad de conservar, a través de la filología, el patrimonio literario de la antigüedad; la urgencia de hacerlo comprensible a poblaciones diversas, por estirpe y por lengua y de adaptar los mitos arcaicos al contexto de una sociedad y de una ciencia más adelantadas”. *Ibidem.*, p. 16.

<sup>586</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit und methode*, p. 15.

<sup>587</sup> *Loc. cit.*

lleva a ninguna parte (que no sea otra cosa sino la sobreinterpretación)<sup>588</sup> por lo que quizá sea buena opción recurrir a algún otro jurista que sí proponga una teoría de la interpretación, y, al mismo tiempo, que sea capaz de advertir las problemáticas que supone la indeterminación como tal, y no solo advertir su presencia. Por lo mismo, si hubiera que adjudicar algún problema de por qué Hart al final haya terminado por tirar todo por la borda, sería su severo problema de no poder distanciar el significado de «crear» derecho, por parte del juez, como una actividad legislativa, pero, sobre todo, haber sido incapaz de proyectar debidamente una teoría de la interpretación.<sup>589</sup> En palabras de Lifante:

Una vez que se es consciente [...] de que en el Derecho existen muchos casos de penumbra que deben ser decididos atendiendo a pautas muy diversas, es cuando se posibilita la búsqueda de mecanismos de control; sin embargo, Hart no desarrolla cuáles serían estos mecanismos, sino que se limita a dejar abierta la posibilidad de «investigar» en este campo.<sup>590</sup>

Precisamente, el no establecer «cuáles serían estos mecanismos» es lo que lleva a la *open texture* al plano de la sobreinterpretación (*arbitrium*). Con ello, aunque “[...] Hart simplemente indica que la opción por una determinada interpretación de una regla que se presenta como dudosa no tiene por qué ser «discrecional», en el sentido de arbitraria”,<sup>591</sup> lo que se afirma, en realidad, es que mientras no existan tales pautas, es legítima la *discrecionalidad* en ese sentido —es decir, hasta que la «investigación» en ese campo provea a la teoría jurídica de esos resultados (*ex post facto*). No obstante, no es momento, al menos por ahora, para rebatir algunos aspectos que ya han sido trazados, sino para remarcar cómo el discurso hartiano se ha prolongado de una manera innecesaria. Así dispuesto, entonces, si para la teoría jurídica contemporánea Hart es considerado como el exponente de la versión

---

<sup>588</sup> No proponer reglas que guíen la actividad interpretativa, salvo apelar a las *virtudes judiciales*, es, en efecto, dejar tal actividad a lo arbitrario (*discrecionalidad absoluta*) toda vez que lo virtuoso se entiende solo desde un plano enteramente subjetivo. Cfr., Páramo Argüelles, J. R. de (1984) *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, España, p. 413.

<sup>589</sup> Sumado al reproche realizado por Lifante respecto a su poca proyección al problema del lenguaje en la ciencia jurídica.

<sup>590</sup> Lifante Vidal, I., *óp. cit.*, p. 234.

<sup>591</sup> *Ídem*.

«más poderosa» del positivismo jurídico, lo más apropiado será acudir con el autor que se considera como el máximo exponente del positivismo jurídico: Kelsen.<sup>592</sup>

Ahora bien, y, antes que nada, primero habría la necesidad de cuestionar si la última afirmación es justa, por lo que: ¿cuál sería un modo justo de sustentar que Hart postula un positivismo jurídico más «poderoso», pero sobre todo con un mejor entendimiento de lo que supone la indeterminación por medio del concepto de *open texture*?<sup>593</sup> Para tal cometido, es fundamental iniciar por comprender del todo al profesor de Viena, con el fin de desvelar tal cuestión. Guastini, por ejemplo, ha sido uno de los pocos en desmarcarse, del profesor de Oxford, al poner en duda algunos aspectos trazados, por ejemplo, indica: “estoy de acuerdo en que casi todas las ideas centrales de este libro [*The Concept of Law*] son sugestivas pero casi todas, a mi modo de ver, son también imprecisas o debidamente equivocadas y algunas de ellas, realmente, son poco interesantes”.<sup>594</sup> Sería, no obstante, para un análisis justo, interesante cuestionarse qué tanto ha afectado la «distancia histórica» a la principal obra de Hart, ya que la «visión» de aquél mundo que describe, ha cambiado enormemente. Muchos de sus planteamientos se vienen abajo con la simple inclusión del pluralismo de las sociedades modernas, pero esa empresa será objeto de otro estudio.

Por ahora, la afirmación sustentada por Guastini es una pista que condiciona aquel juicio ya citado que afirma ver en Hart la versión más «poderosa» del positivismo jurídico, pero además, es menester señalar que quien afirma tal postura no recurre a otras teorías para justificar tal enunciado, por lo mismo, “[...] más allá de la estrategia retórica de Dworkin, el positivismo, al menos el kelseniano, no es su contrincante, ni puede verse afectado por sus

---

<sup>592</sup> Vid., entre otros, Vázquez Esquivel, E. (1999) *Hans Kelsen, Jurista del siglo XX, en el 26 aniversario de su fallecimiento*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Colegio de Criminología: Monterrey, México, pp. 23 y ss. También Calsamiglia, A. (1978) *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, (2ª Edición), Ariel: España, pp. 7 y ss.; Métall, R. (1976) *Hans Kelsen. Vida y obra*, [traducción: Javier Esquivel], Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México: México, pp. 83 y ss.

<sup>593</sup> Lifante Vidal, I., *loc. cit.* Cfr., Waismann, F. (1951) “Verifiability”, en Flew, A. (ed.) *Logic and Language*, extraído de (1945) *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volume XIX*, p. 2.

<sup>594</sup> Guastini, R. (2014) “Releyendo a Hart”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 37, p. 100. Añado corchetes.

ataques”;<sup>595</sup> sobre todo, porque, como se expondrá más adelante, para el profesor de Viena no existe una división de los casos jurídicos,<sup>596</sup> sino que todos ellos exigen un esfuerzo interpretativo en un sentido que no se desenvuelve como una función de «llenar un vacío», o una mera verificación de datos, sino como una acción de concreción ante la ineludible indeterminación de cada «pasaje» jurídico:

[...] el órgano político que dicta la norma no puede prever todas las circunstancias bajo las cuales ésta ha de ser aplicada, de ahí que al ejecutor de la orden contenida en la norma jurídica, el juez, debe poner lo que falta a la orden para poder cumplirla.<sup>597</sup>

Esto último es un hecho de llamar la atención, ya que tanto Kelsen como Hart se enfrentan a una teoría opuesta que proyecta una idea muy particular, proveniente de la exégesis, como es expresar que el proceso jurídico interpretativo consiste en «encontrar» una única respuesta correcta a cada caso.<sup>598</sup> Por parte del profesor austriaco, debe hacer frente a la jurisprudencia clásica; y el profesor de Oxford, en cambio, está ante la encrucijada de uno de sus alumnos: Dworkin (*Noble Dream*). Siendo esto así, lo primordial de este apartado debe empezar por establecer, además de la cuestión fundamental que encabeza este punto, un marco por el cual se facilite la comprensión de las razones que han impedido una reinterpretación de Kelsen, y, al mismo tiempo, aquellas que permiten tan sólo una ligera crítica a Hart —el jurista inglés que, en rigor, comparte el mismo propósito de la *Reine Rechtslehre*; un «algo» que se preocupe por averiguar sobre el por qué la tradición sólo cita al profesor de Viena como un mal ejemplo,<sup>599</sup> lo cual no ocurre con el de Oxford, a pesar de la gran similitud de diversas

---

<sup>595</sup> Sarlo, O. L. (s/a) “Kelsen y Dworkin: del concepto a la concepción del derecho”, [manuscrito], EVA UdelaR, versión electrónica: p. 4

<sup>596</sup> Algo muy distinto a «negar» que no existen, como, en ocasiones, se quiere dar a entender.

<sup>597</sup> Vázquez Esquivel, E., *La interpretación conforme en México...*, p. 17.

<sup>598</sup> Por un lado, Kelsen se enfrenta a la jurisprudencia tradicional que, con frecuencia, hace apología a la *tesis de la única respuesta correcta*, mientras que Hart se enfrenta al discurso dworkiniano que defiende exactamente la misma tesis.

<sup>599</sup> Vázquez Esquivel, E., *Hans Kelsen...*, p. 23.

estructuras conceptuales,<sup>600</sup> las cuales incluso son aceptadas por él: “una razón para usar la expresión ‘regla de reconocimiento’ en lugar de ‘norma básica’ es evitar toda posibilidad de quedar comprometido por el punto de vista kelseniano acerca del conflicto entre el derecho y la moral”.<sup>601</sup>

Por tal motivo, necesario es preguntarse ¿por qué razón la *Reine Rechtslehre* se ha encontrado constantemente con un amplio refractario intelectual que no solo rodea al modelo anglosajón, sino también el continental? Con los antecedentes a disposición, se advierte que la tradición jurídica dista mucho de ser el único factor principal de esta negativa, ya que es como si se afirmara que el profesor de Oxford ha sido inmune a la «distancia histórica» todo este tiempo; pero bien, no es necesario volver a un tema que ya se ha especificado que se dejará para otra ocasión. Conviene esbozar algún parámetro que sea indicativo de por qué Kelsen se ha quedado en el haber del historicismo, aspecto que, para suerte, quizá sea el mismo profesor de Viena el que lo expone:

En el verano de 1942 recibí una invitación como profesor visitante por un año en Berkeley en la ciudad de California. Acepté y enseñé desde entonces derecho internacional, jurisprudencia y el origen de las instituciones legales, en el Departamento de Ciencia Política de esa Universidad, y no en la escuela de derecho [...] Sin duda hubiera sido mucho más adecuada para una facultad jurídica mi *Teoría pura del derecho*. Pero las escuelas de derecho norteamericanas no tienen un especial interés en una teoría científica del derecho. Ellas son *training schools* —escuelas para oficio jurídico— y su función es la preparación para el oficio práctico de un abogado [...] Lo que yo echo de menos aquí [...] es que exista proporcionalmente tan poco interés en el trabajo científico, entre los inteligentes, aplicados y en su mayoría muy amables estudiantes [...] pero a

---

<sup>600</sup> Entre otros, *vid.*, Márquez-González, J. A. (1985) “Hart y Kelsen: regla de reconocimiento y norma básica”, en *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n. 12, pp. 163-188. Espuny, C. (2004) “La norma de reconocimiento en Hart y el concepto de constitución en Kelsen”, en *A Parte Rei: revista de filosofía*, n.65, pp. 1-12. Spaak, T. (2005) “Kelsen & Hart on the Normativity of Law”, en *Scandinavian studies of law*, n. 48, pp. 397-414. Gonçalves, A. S. & R. H. Ribeiro Quirino (2018) “A norma hipotética fundamental de Hans Kelsen e a regra de reconhecimento de Herbert Hart. Semelhanças e diferenças entre os critérios de validade do sistema jurídico”, en *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, v. 39, n. 78, pp. 91-118.

<sup>601</sup> Hart, H. L. A., *The concept of law*, p. 311.

lo largo de todos los años no encontré a uno solo que quisiera especializarse en el campo de la jurisprudencia <sup>602</sup>

Por lo mismo, se insiste, la crítica efectuada a Kelsen únicamente se ha ahogado en un especie de ciclón sin fuerza, ni corrientes de aire a gran velocidad, ya que, en realidad, no se tiene mucho que decir, salvo la misma expresión monosílaba ya conocida.<sup>603</sup> Pero no hay por qué causar confusión, porque, en efecto, Kelsen está muy lejos de ser el dueño de la verdad, pues no se trata de realizar una apología a un positivismo que se ha quedado varado, particularmente, por el historicismo, sino de realizar una operación hermenéutica que ofrezca una articulación holística para una correcta comprensión; una empresa que sepa lidiar con la «distancia histórica», de ahí, precisamente, que se considere que, lejos de mantener la crítica que le rodea a Kelsen, en realidad, es recuperar un poco su contribución a la literatura jurídica, al igual que se le reconoce al jurista inglés —a pesar de quedar muy mal, hermenéuticamente hablando, ante la crítica sustentada a su propuesta de la *discrecionalidad judicial*— por lo mismo, su posicionamiento en la teoría jurídica, analizado con rigor, merece un mejor lugar.<sup>604</sup> Por todo, una reinterpretación dejaría satisfecha la incertidumbre sobre qué lugar debe ocupar Kelsen en la teoría jurídica, y podría, a su vez, dar una «apertura» a algunos temas que se dan por obiedades en la actualidad.

Por tal razón, queda así justificado el por qué una existe una imperiosa necesidad de realizar una reinterpretación; un estudio hermenéutico que desvele los indicios no solo jurídicos, sino históricos y críticos que llevaron al profesor de Viena a formular lo que planteó como *Reine Theorie*; una propuesta similar a lo que Guastini realizó al reinterpretar (o releer) a Hart, con la finalidad de comprender “[...] las razones de su éxito planetario”,<sup>605</sup> para demostrar si en realidad Hart articula una mayor certidumbre no solo respecto a la indeterminación, sino también sobre la interpretación jurídica, pero no con esa única finalidad, sino en favor de la comprensión que se merece un gran jurista que ha dejado huella;

---

<sup>602</sup> Kelsen, H., *Autobiografía*, pp. 124 y ss.

<sup>603</sup> Mucho tendrá que ver el hecho de considerar que Kelsen abandonó el racionalismo de la *Reine Rechtslehre*. Sobre este punto: *vid.*, Losano, M., *óp. cit.*

<sup>604</sup> De acuerdo a la diferencia hermenéutica entre el *Rahmen* y la *open texture*.

<sup>605</sup> Guastini, R., *Releyendo a Hart*, p. 100.

pues, como advierte Correas: “[...] hay más de una lectura de Kelsen”.<sup>606</sup> Ofrecer un juicio tan precipitado como «la versión más poderosa», por tanto, no parece convencer de forma inmediata —ni mediata. Además, los críticos, por lo general, olvidan algo ya dicho: Kelsen sí ofrece una teoría de la interpretación (epistemológica) —aunque sea precisamente tal aspecto lo que lleva a su teoría al desastre (irracionalismo);<sup>607</sup> una cuestión que habrá que abordar más adelante. Hart, sin embargo, lo que propone consiste en una empresa

[...] tan simple y clara como ingenua y engañosa: desde su punto de vista, los problemas de interpretación son *exclusivamente* (ya que no menciona otros) problemas de subsunción de casos concretos —los «casos difíciles»— en las clases de determinados en el antecedente de las reglas.<sup>608</sup>

Su problema, en resumen, es no contemplar reglas que conduzcan la interpretación a los objetivos que pretende, sino que los obvia, como si no fuese importante establecer dichas reglas.<sup>609</sup> Sin embargo, algunos defienden este aspecto aduciendo que “[...] lo que este autor realiza es simplemente un estudio de los distintos problemas que los órganos aplicadores pueden encontrarse a la hora de realizar su función [...]”,<sup>610</sup> pero que al mismo tiempo aseveran que “la perspectiva de Hart en su análisis del Derecho es fundamentalmente la perspectiva de las reglas generales, o del legislador, y también será éste el enfoque predominante del análisis del fenómeno de la indeterminación del lenguaje jurídico”.<sup>611</sup> Tal aspecto resulta trivial si realmente se sigue lo que la tradición jurídica ha dispuesto, ya que si ha quedado algo de manifiesto es que las operaciones jurídicas del legislador en relación al juez, en la visualización de los casos jurídicos, es plenamente distinto, de modo que, si

---

<sup>606</sup> Correas, O. (1989) “El otro Kelsen”, en Correas, O. (comp.) *El otro Kelsen*, [serie: Estudios Doctrinales, n. 122], Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas: México, p. 7.

<sup>607</sup> Losano, M. (2017) *La teoría pura del derecho. Evolución y puntos cruciales*, OLejnik Ediciones: España, p. 145.

<sup>608</sup> Guastini, R., *Releyendo a Hart*, p. 106.

<sup>609</sup> Sobre cómo es actualmente una teoría de interpretación, *vid.*, Szondi, P., *Introducción...*, p. 43.

<sup>610</sup> Lifante Vidal, I., *óp. cit.*, p. 238.

<sup>611</sup> *Ibidem.*, pp. 237 y s.

esto no fuese así, no habría razón alguna para proponer una *open texture*, pues la indeterminación sería resuelta *a priori*. Por consiguiente, es necesario tener en cuenta que

Toutefois, aune nuance importante distingue ici l'activité judiciaire de l'activité législative. Tandis que le législateur n'est entravé par aucunes lisières, dans l'appréciation d'une situation générale, qu'il règle de façon tout abstraite, le juge, qui statue en vue de cas particuliers, et au sujet de problèmes absolument concrets, doit, suivant l'esprit de notre organisation moderne, et pour échapper aux dangers de l'arbitraire, se dégager, autant qu'il est possible, de toute influence personnelle, ou venant de la situation particulière, quis'offreà lui, et basersa décision juridique sur des éléments de nature objective.<sup>612</sup>

Tales reproches pueden incluso incrementarse, pues tampoco se “[...] distingue claramente entre problemas de subsunción y lagunas”;<sup>613</sup> he ahí también una de las razones de por qué luego algunos llegan a confundir «creación» con «aplicación» —*intersticios del derecho*.<sup>614</sup> No obstante, por lo menos se acepta que

[...] pese a hacer gran hincapié en el hecho de que las reglas jurídicas deben ser interpretadas antes de proceder a su aplicación, apenas se pronuncia acerca de en qué consiste tal operación interpretativa o de cómo debe llevarse a cabo la misma.<sup>615</sup>

Por lo mismo, lo que Hart plantea, en realidad, para la teoría de la comprensión no existen propiamente elementos hermenéuticos característicos de un sistema u otro. Sin embargo, lo único que puede rescatar a su *open texture* como una categoría relativa a un sistema de reglas (de tradición hermenéutica) es el detalle que, sin expresarlo, se deja entrever respecto a estar

---

<sup>612</sup> Géný, F. (1919) *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, t. I, Reimpresión, L.G.D.J.: París, §156, p. 78. Hay una versión en castellano: (2000) *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, [prólogo: Raimundo de Saleilles], [colección: Crítica del Derecho, n. 5], [sección: Arte del derecho] Editorial Comares: Granada, España, §156, p. 412. *Cfr.*, Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, p. 353. También *vid.*, García Máynez, E., *óp. cit.*, p. 344.

<sup>613</sup> Guastini, R., *Releyendo a Hart*, *loc. cit.*

<sup>614</sup> Ródenas, A. (2012) *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, Marcial Ponds: España, pp. 13 y ss.

<sup>615</sup> Lifante Vidal, I., *óp. cit.*, p. 192.

convencido de que cada ocasión que un juez está ante un *hard case*, «debe actuar como un legislador consciente lo haría», es decir, coincide con la estipulación *sine qua non* de la «interpretación auténtica» (“der Autor und fein Ausleger, einerley und eben daffelbe”)<sup>616</sup> que se desarrolla en el periodo de la Ilustración, aunque no del todo, debido a su nulo pronunciamiento sobre la dirección que la interpretación jurídica ha de llevar —pues ¿cómo se logra esa fecundidad? Se trata, entonces, de una propuesta antiquísima que no logra disuadir, además de los problemas que enfrenta la comprensión, el enfrentamiento constante entre la expresión y la voluntad, y, lo fundamental, la problemática de la «distancia histórica», de ahí que la *discrecionalidad judicial* sea entendida como un «precio necesario que pagar»;<sup>617</sup> que la interpretación sea una función de «llenar un vacío»,<sup>618</sup> lo cual desvela que, en realidad, el profesor de Oxford, no es que el asunto no haya sido de su interés, sino que quizá no tenía conocimiento alguno de lo que el problema de la interpretación representa, ya que “Daß das eine juristisch unhaltbare Fiktion ist, ist im Laufe der Zeit deutlich genug zutage getreten”.<sup>619</sup> Si bien, además, se tiene en consideración que

Einem geltenden Gesetze gegenüber lebt man doch in der natürlichen Vormeinung, daß sein rechtlicher Sinn eindeutig ist und daß die Rechtspraxis der Gegenwart dem ursprünglichen Sinn einfach folge. Wäre das immer so, dann wäre die Frage nach dem Sinn eines Gesetzes sowohl juristisch als auch historisch ein und dieselbe Frage. Auch für den Juristen bestünden die hermeneutische Aufgabe dann in nichts anderem, als den ursprünglichen Sinn des Gesetzes festzustellen und als den richtigen anzuwenden.<sup>620</sup>

Sin embargo, aún con esto, por alguna cuestión inconsciente se logra dar forma a un sistema de reglas, aunque como se advierte, muy débil —sin horizonte— que embona de manera excelsa con aquella noción que entiende que «les juristes ne pensent pas autrement»,<sup>621</sup> con

---

<sup>616</sup> Meier, G. F., *loc. cit.*

<sup>617</sup> Hart, H. L. A., *Post-scriptum*, *loc. cit.*

<sup>618</sup> *Cfr.*, Lifante Vidal, I., *óp. cit.*, p. 240.

<sup>619</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit und methode*, p. 332.

<sup>620</sup> *Ibidem.*, pp. 331 y s.

<sup>621</sup> Géný, F., *óp. cit.*, §27, pp. 55 y s.

la cual se comparten y coinciden muchos aspectos,<sup>622</sup> pero que, en realidad, son falacias probadas, las cuales no toman para nada en cuenta el *ήθος* de la disciplina jurídica,<sup>623</sup> pues “¿[...] quién ha podido verificar que todos los operadores del derecho están envueltos en un profundo amor por el conocimiento del Derecho o que jueces, abogados, notarios, etc., sienten y piensan el Derecho de la misma manera?”.<sup>624</sup> Ahora, retomando el tema de las diferencias entre juez y legislador:

[...] la investigación que se impone al juez en presencia de una laguna de la ley, es muy semejante a la que incumbe al legislador. La diferencia fundamental consiste en que éste establece reglas de carácter general, en tanto que aquél debe descubrir la norma aplicable a un caso concreto. Pero las consideraciones que deben guiar a uno y a otro son siempre de la misma índole, ya que se trata de encontrar los criterios de solución más conformes con las exigencias de la justicia y la utilidad común. De aquí que, cuando las fuentes formales son importantes para brindar al juzgador una pauta de solución, deba éste emitir su fallo de acuerdo a los criterios que el legislador habría tomado en cuenta, si hubiera tenido que legislar para el propio caso.<sup>625</sup>

Asimismo, con tal aspecto, esto se ajusta igualmente a la tesis que afirma advertir que “Hart analiza el Derecho desde una perspectiva fundamentalmente legislativa, concibiéndolo como un conjunto de normas generales cuyo objetivo es guiar, hacia el futuro, la conducta de los ciudadanos”.<sup>626</sup> Por ende, como punto de partida, es menester trazar algunos puntos necesarios para fijar y justificar, de alguna manera, este distanciamiento, pero también para sentar algunas bases para una reinterpretación del profesor de Viena.

---

<sup>622</sup> *Ibidem.*, §14, §15, §155, §156 y §169.

<sup>623</sup> Sobre tal aspecto, *vid.*, Vázquez Esquivel, E., *Segunda parte...*, pp. 29 y ss.

<sup>624</sup> Vázquez Esquivel, E., *Primera parte...*, p. 165.

<sup>625</sup> García Máynez, E., *loc. cit.*

<sup>626</sup> Lifante Vidal, I., *óp. cit.*, p. 247.

## CAPÍTULO IV

### PRAGMATICIDAD DE LO DERROTABLE

#### DE LA FUNDAMENTACIÓN ANALÍTICA DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMO PROBLEMA TÉCNICO

##### 1. Reinterpretación del discurso en pugna

Primero, el hecho de que Kelsen no considere una «valoración» del derecho en general, incluso cuando él mismo sufrió el nazismo,<sup>627</sup> no se debe solo a la *tesis formalismo jurídico*, lo que “en el lenguaje iuspositivista el término «Derecho» carece de toda connotación valorativa o de toda resonancia emotiva: el Derecho es Derecho prescindiendo de que sea bueno o malo, de que sea un valor o un disvalor”,<sup>628</sup> sino al hecho mismo de pretender a la *teoría pura* como *ciencia*, una empresa fija que está conforme con las exigencias de la época,<sup>629</sup> pues “el positivismo jurídico surge como consecuencia del esfuerzo por convertir el Derecho en una auténtica ciencia que posea los mismos caracteres que las ciencias físico-matemáticas, naturales y sociales”,<sup>630</sup> lo cual conlleva necesariamente a establecer una diferencia entre los *juicios de hecho* (*sein*) y *juicios de valor* (*sollen*); una herencia otorgada por los neokantianos —la escuela de Marburgo y de Baden. En sus palabras:

todo derecho positivo puede ser considerado como justo desde un punto de vista político y como injusto desde otro punto de vista también político [...] la teoría pura del derecho es positivismo jurídico [...] y el positivismo jurídico está íntimamente vinculado con el *relativismo*. Es decir, que cuando se plantea la cuestión del valor de un derecho positivo, o sea, la cuestión de su justicia,

---

<sup>627</sup> Kelsen, H. (2008) *Autobiografía*, [traducción: Luis Villar Borda], [serie: Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n. 50], Universidad Externado de Colombia, Instituto Hans Kelsen: Bogotá, Colombia, p. 110.

<sup>628</sup> Bobbio, N., *El positivismo jurídico... loc. cit.*

<sup>629</sup> Cfr., Larenz, K. (1979) *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, (4ª Edición), Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH: Deutschland, p. 79. Hay versión en castellano: (1980) *Metodología de la ciencia del derecho*, [título original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*], [traducción: Marcelino Rodríguez Molinero], (2ª Edición), Ariel: Barcelona, España, p. 95.

<sup>630</sup> Bobbio, N., *El positivismo jurídico...*, p. 145.

la respuesta solo puede ser que es relativo, es decir, que sólo es presuponiendo un determinado valor supremo y que por lo tanto, no se excluye la posibilidad de que pueda ser considerado injusto si se presupone un valor supremo diferente. La aceptación de un valor supremo se apoya siempre en un juicio de valor subjetivo emocional. Todo derecho positivo puede ser considerado como relativamente justo en tanto orden de la conducta humana. Esto significa, sin embargo, que el juicio que afirma que un orden jurídico es relativamente justo conduce a la tautología de que este orden jurídico es derecho.<sup>631</sup>

Por eso, “wenn man verlangt [a Kelsen], das Recht solle sich an moralischen Normen orientieren, wäre dagegen zu fragen, an den Normen *welcher* Moralordnung”,<sup>632</sup> lo cual es un buen recordatorio para establecer que no solo existe una única moral (absoluta) como la *moral occidental*<sup>633</sup> —de donde se basan las distintas versiones del positivismo jurídico que incluyen a la moral, como parte fundamental del sistema— de ahí que la *Reine Rechtslehre*

es una teoría jurídica radicalmente realista, es decir, una teoría propia del positivismo jurídico. Rehúsa juzgar axiológicamente el derecho positivo. Como ciencia, no se considera obligada sino a pensar conceptualmente al derecho según su propia esencia ya comprenderlo mediante un análisis de su estructura. Sobre todo, rehúsa ponerse al servicio de cualquier interés político, proveyéndolo de la “ideología” mediante la cual se legitime, o se descalifique, el orden social existente. Así impide que, en nombre de la ciencia jurídica, se atribuya al derecho, al identificarlo con un derecho ideal justo, un valor superior al que de hecho posee; o bien, que se le niegue, por

---

<sup>631</sup> Kelsen, H., *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, pp. 31 y s.

<sup>632</sup> Larenz, K., *óp. cit.*, p. 78. Añado corchetes. *Cfr.*, Pegoraro, L. (2005) “Derecho Constitucional y Método Comparativo”, en Serna de la Garza, J. M. (coord.) *Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, [traducción: Daniel Berzosa López (§2-7) y Jari Donatella Lorenzo Vidales (§1, 8 y 9)], [serie: Doctrina Jurídica, n. 272], Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México: México, pp. 72 y s.

<sup>633</sup> Para una crítica, *vid.*, Nietzsche, F. (2016) “Más allá del bien y del mal. Preludio de una filosofía del futuro”, [título original: *Jenseits von Gut und Böse. Vorspiel einer Philosophie der Zukunft*], en *Obras completas*, v. IV, [título original: *Also sprach Zarathustra; Jenseits von Gut und Böse; Zur Genealogie der Moral; Der Fall Wagner, Gotzen-Dammerung; Der Antichrist; Ecce homo; Dionysos Dithyramben; Nietzsche contra Wagner*], [traducción, introducciones y notas: Jaime Aspiunza, Manuel Barrios Casares, Kilian Lavernia, Joan B. Llinares, Alejandro Martín Navarro y Diego Sánchez Meca], Tecnos: España. También *vid.*, (2016) “De la genealogía de la moral. Un escrito polémico”, *supra*.

estar en contradicción con un derecho ideal justo, todo valor, y hasta se le niegue validez en general.<sup>634</sup>

Resumidamente, la *Reine Rechtslehre* únicamente le compete «identificar» lo que el Derecho es en cuanto tal, y no lo que *debería ser* (empresa acuñada y distinguida por el iusnaturalismo); renuncia al *sincretismo metódico*. No valora el contenido normativo, porque tal empresa se realiza en un plano distinto a la *Rechtswissenschaft*, como lo es la *Rechtspolitik*; las reformas a la ley, por ejemplo, son un buen indicativo de cómo «todo derecho positivo puede ser considerado como justo desde un punto de vista político y como injusto desde otro punto de vista también político». Pero, por una parte, no solo en el hecho de modificar la ley en cuanto tal (quitar/poner) sino en el aspecto mismo de revalorar las sanciones a las conductas que regula la legislación o los requerimientos que exige, de ahí que Kelsen haya hablado de una *Beabsichtigte Unbestimmtheit*, en el sentido de que “[...] todo acto jurídico, sea un acto de producción de derecho, sea un acto de pura ejecución, en el cual el derecho es aplicado, sólo está determinado en parte por el derecho, quedando en parte indeterminado”<sup>635</sup> —cuestión que habrá de abordarse más adelante. Por otra parte, se tiene un fundamento justo para reiterar, con profunda firmeza, que la «pureza» reside en el hecho de “[...] ser solo ciencia y no política, es decir realización de valores sociales que se encuentran bajo el nombre de justicia, porque opina que la respuesta al problema de la justicia permanece inalcanzable para la ciencia racional”.<sup>636</sup>

Ahora bien, si se quisiera empezar por ampliar esta primera consideración, en relación a cómo la teoría de la comprensión ubica estos esbozos de lo *puro*, puede encontrarse una amplia semejanza con la doctrina del *Sehe-punk*, es decir, “diejenigen Umstände unserer Seele, unseres Leibes und unserer ganzen Person, welche machen oder Ursache sind, daß wir uns eine Sache so und nicht anders vorstellen [...]”,<sup>637</sup> ya que resulta “unentbehrlich, wenn man von den vielen und unzähligen Abwechslungen der Begriffe, die die Menschen von

---

<sup>634</sup> Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, p. 121.

<sup>635</sup> *Loc. cit.*

<sup>636</sup> Kelsen, H., *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, p. 50.

<sup>637</sup> Chladenius, J. M., *Einleitung...*, §309.

einer Sache haben, Rechenschaft geben soll”.<sup>638</sup> Pero no es momento aquí de articular puntos cruciales sobre cómo la doctrina del *Sehe-punkt* se puede proyectar con la idea de «pureza» que maneja el profesor de Viena. Basta indicar que, con estos antecedentes, por ende, adquieren sentido “[...] las consecuencias de haber reducido el rol de la ciencia jurídica como mero ‘conocimiento’, excluyendo cualquier tipo de actividad valorativa”,<sup>639</sup> pues

una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado [...] sino por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta [...] de ahí que cualquier contenido que sea, puede ser derecho.<sup>640</sup>

De ahí que, igualmente, el objetivo de Kelsen fuese, desde un principio

[...] una muy profunda, rica, densa, filosofía política, una reflexión acerca del derecho y el poder, y un intento, metodológico-científico, sí, de poner en su lugar a la jurisprudencia, que será así una ciencia que se limite a la descripción del derecho positivo, y que, no por ser tal ciencia del derecho tiene derecho a incluir subrepticamente ninguna justificación de ningún Estado.<sup>641</sup>

Segundo, que la *Grundnorm* sea una norma presupuesta, en efecto, es una «ficción»,<sup>642</sup> pero no tiene como fin último evitar una contradicción, que existe, justamente, desde un punto de vista lógico,<sup>643</sup> pues se sobreentiende que

[...] no solo contradice la realidad, ya que ninguna de tales normas está establecida como sentido de un acto de voluntad real; también es contradictoria consigo misma porque expone la

---

<sup>638</sup> *Ídem.*

<sup>639</sup> Gallo, F. (2015) *Celso y Kelsen. Para la refundación de la ciencia jurídica*, [título original: *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*], [traducción: Manuel Grasso], [serie: Tradición y Dogmática – Selección de obras jurídicas italianas], Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Eudeba, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani: Buenos Aires, Argentina, p. 134.

<sup>640</sup> Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, p. 205.

<sup>641</sup> Correas, O., *óp. cit.*, p. 28.

<sup>642</sup> Kelsen, H., *Allgemeine theorie der norme*, p. 251.

<sup>643</sup> Gallo, F., *óp. cit.*, pp. 130 y s.

autorización de una autoridad moral o de derecho más alta, y con ello expresa la autoridad — ciertamente sólo simulada— de alguien que está incluso más arriba de esa autoridad.<sup>644</sup>

Por lo mismo, en realidad, la propuesta kelseniana no es sino una proposición para inyectar la «validez» al derecho: “si se pregunta por el fundamento de validez de una norma jurídica perteneciente a un determinado orden jurídico, la respuesta sólo puede consistir en referir a la norma fundante básica de ese orden; es decir, consiste en la afirmación de que esa norma fue producida conforme a la norma fundante básica”;<sup>645</sup> con otras palabras, si la *Grundnorm* se reconoce como tal, toda norma será válida si es «conforme» a ella —“la meta de pensamiento de la norma base es: el fundamento de la vigencia de las normas que construyen un ordenamiento positivo moral o de derecho [...] esta meta se alcanza sólo a través de una ficción”—<sup>646</sup> con lo cual, además, se fundamenta la *obediencia* del derecho.<sup>647</sup> Esto quiere decir que si un ordenamiento jurídico contiene prescripciones que se consideren «absurdos», «inhumanos» o «criminales»,<sup>648</sup> pero que son contrarios a la idea de la *Grundnorm*, no existe obligación alguna de considerar tales prescripciones como normas legalmente reconocidas (aunque puedan llegar a ser vigentes) y, por ende, tampoco existe un deber de obedecerlas.<sup>649</sup> Pero es menester no confundir esto, ya que las contrariedades a la norma fundamental no se refieren a una generalidad dada, sino a una particularidad, es decir, a la *Grundnorm* que adjudica validez a un sistema jurídico en particular (un asunto de *Rechtspolitik*). Resulta un error, por tanto, pensar que la *Grundnorm* (o norma básica) es solo una —mismo error, en efecto, que se realiza al considerar a la moral como única. Un error que incluso no advierte Hart, pues, para él, “la norma básica de Kelsen tiene siempre, en cierto sentido, el mismo contenido; porque ella es simplemente en todos los sistemas jurídicos la regla que dice que

---

<sup>644</sup> Kelsen, H., *Allgemeine theorie der norme*, loc. cit.

<sup>645</sup> H., *Reine Rechtslehre*, p. 207. También *vid.*, *supra* (*Íbidem.*, p. 206) lo cual es una respuesta a Menger (1934, *Moral, Wille und Weltgestaltung, Grundlegung zur Logik der Sitten*, p. 20 y s.) y Wedberg (1951, “Some problems in the logical Analysis of Legal Science”, en *Theoria*, n. 1-3, v. XVIII, nota 7, p. 256).

<sup>646</sup> Kelsen, H., *Allgemeine theorie der norme*, pp. 251 y s.

<sup>647</sup> *Ibidem.*, p. 250 y 253. *Cfr.*, Soper, P. (1984) *A theory of Law*, Harvard University Press: United States of America, pp. 26 y ss.

<sup>648</sup> Kelsen, H., *Allgemeine theorie der norme*, pp. 133 y s.

<sup>649</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit und methode*, p. 339.

debe obedecerse la constitución o a ‘quienes establecieron la primera constitución’”.<sup>650</sup> Mas lo importante no acaba ahí, pues poco más adelante menciona:

[...] como ocurre en el Reino Unido, no hay constitución escrita: aquí parece no haber cabida para la regla “la constitución debe ser obedecida” como cosa adicional a la regla de que deben usarse ciertos criterios de validez [...] para identificar el derecho.<sup>651</sup>

Si esto es así, entonces, podría decirse que, en el Reino Unido, al no tener constitución escrita, y de acuerdo a la lógica hartiana, no existe un Derecho Constitucional, lo cual resulta inaceptable, pues cómo puede existir tal disciplina si no se cuenta con algo parecido a una Constitución.<sup>652</sup> No extraña, por lo mismo, que la conclusión del profesor inglés termine por advertir que “[...] es un factor de confusión hablar de una regla que prescribe la obediencia a ella”,<sup>653</sup> pero precisamente es ese el problema, porque Wedberg es quien realiza esta crítica a la *Grundnorm* —el traductor de *General Theory of Law and State*— a la cual, como ya se comentó, Kelsen da respuesta, pues su interpretación era equivocada. No es correcto, en efecto, establecer la imperiosa necesidad de una norma que dote de validez a otra, pues debería existir alguna otra superior que haga exactamente lo mismo, y así *ad infinitum*. Tal argumento, sin embargo, no es nada nuevo, Aristóteles lo formuló por vez primera como crítica a la teoría platónica de las formas: *τρίτον ἄνθρωπον*.<sup>654</sup>

Ahora bien, respecto a la obediencia, es decir, a la pregunta de: ¿por qué obedecer a la ley (el derecho)? Existe una crítica fuerte —más que atinada— la cual considera que Kelsen

---

<sup>650</sup> Hart, H. L. A., *The concept of Law*, loc. cit.

<sup>651</sup> *Ídem*.

<sup>652</sup> *Cfr.*, British Parliament (2003) *Joint Committee on Draft Civil Contingencies Bill First Report*, de la *lower house o House of Commons* y *upper house o House of Lords*, 183. También *vid.*, Bogdanor, V. (2009) *The New British Constitution*, Oxford, Hart Publishing, pp. 215-234.

<sup>653</sup> Hart, H. L. A., *The concept of Law*, loc. cit.

<sup>654</sup> En realidad, Platón es quien formula una primera versión. Platón (2008) “Parménides”, en *Diálogos V*, [traducción: María Isabel Santa Cruz], [colección: Biblioteca Clásica Gredos, n. 117], Gredos: España, 132a, p. 46. Sobre el estagirita: *vid.*, Aristóteles (2011) “Metafísica”, en *Aristóteles I*, [traducción: Tomás Calvo Martínez], [estudio introductorio: Miguel Candel Sanmartín], [colección: Grandes Pensadores], Gredos: España, I:9, 990b, p. 100 y XI:1, 1059b, p. 350.

[...] no ofrece respuesta a la cuestión que se plantea. Pero además pretende ofrecer una respuesta que no es asunto de Teoría del Derecho sino de Ciencia de la Legislación, de Política Jurídica. La cuestión *por qué se debe obedecer al derecho* la contesta Kelsen mediante un supuesto que justifica cualquier derecho efectivo. Incluso un ordenamiento creado por una banda de ladrones se convierte en válido si consigue ser efectivo. Es cierto que Kelsen no ha justificado ningún poder determinado, pero su teoría legitima cualquier poder efectivo y, en este sentido, la norma fundamental tiene una función política legitimadora de carácter marcadamente conservador. Precisamente por esta razón se le ha considerado cuasipositivista y heredero del iusnaturalismo. La teoría pura del derecho se plantea el problema de la fundamentación del derecho y —a imagen y semejanza de las teorías iuspositivistas— asocia el derecho válido con el derecho obligatorio. La norma fundamental dota de validez y fundamenta —a la vez— la obligación de obedecer al derecho. El gran fracaso del positivismo kelseniano —como ha señalado Amselek— no reside en el hecho de no saber contestar a la pregunta de por qué se debe obedecer el derecho sino en plantearse todavía este problema sin distinguir claramente que una cosa es lo que es el derecho y otra cosa muy distinta es por qué se debe obedecer el derecho o cómo debe ser el derecho.<sup>655</sup>

Respecto a la validez, se critica igualmente:

[...] la suposición de que la norma básica concede validez al orden fáctico es atribuida por Kelsen a lo que llama ‘pensamiento de los juristas’. Tal suposición sólo es revelada —y aceptada— por la ciencia del Derecho. Supongo que ‘pensamiento de los juristas’ se refiere a las ideas y creencias comúnmente mantenidas por los abogados. Sin embargo, el ‘pensamiento de los juristas’ no es una guía de confianza para el análisis lógico. Puede ocurrir, y ello es muy probable en el campo de la moral y el Derecho, que la manera común de pensar esté saturada de conceptos ideológicos que reflejen experiencias emocionales, pero que carezcan de función alguna en la descripción de la realidad, que es la tarea de la ciencia jurídica. En tal caso, el analista ha de rechazar, no aceptar, la idea de validez.<sup>656</sup>

Ante estas críticas, en primer lugar, bien es cierto que la *obediencia* es un tema de *Rechtspolitik*, pero la *Reine Rechtslehre* no renuncia totalmente a ella;<sup>657</sup> por tal motivo, es preciso recordar que “[...] a veces la teoría pura del derecho no alcanza su postulado

---

<sup>655</sup> Calsamiglia, A., *óp. cit.*, p. 93.

<sup>656</sup> Ross, A. (1971) *Lógica de las normas*, [título original: *Directives and norms*], [traducción: José S.P. Hierro], Técnos: Madrid, España, p. 146.

<sup>657</sup> Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, p. 15.

fundamental de pureza, es decir, que no siempre respeta el postulado de la descripción de la ciencia jurídica”.<sup>658</sup> Además, y, en segundo lugar, no hay que olvidar que la *Grundnorm* se trata de un consenso, un tipo de poder constituyente original ficticio, el cual da origen a la norma presupuesta.<sup>659</sup> En ese sentido, un grupo de ladrones obtiene su código, de acuerdo no a lo que ellos han pactado, sino a lo dispuesto por su constituyente original (y no precisamente de sus antepasados, sino a lo que la historia ha contado) —al cómo un ladrón *es*— un tipo de código de honor, de solución de conflictos, de sanciones, etc., un orden original que no puede ser modificado como tal, sino únicamente reconocido *per se*, a menos que se desee fundar una nueva tradición, es decir, está en ellos la decisión de si se reconoce como *Grundnorm* o no. Esto mismo ocurre respecto a un sistema jurídico; es menester recordar que la expresión «cualquier contenido que sea, puede ser derecho», no es un acto arbitrario, sino que debe pasar el filtro de la *Grundnorm*, es decir, debe cumplir con sus exigencias de un *sollen* presupuesto para lograr su validez —de vigencia, no de contenido. No vale, por tanto, solo la expresión de la voluntad, sino que hay que sortear las antinomias posibles entre lo dispuesto y lo presupuesto. Pero, sobre todo, se debe, inconscientemente a Kelsen, a un principio hermenéutico propio de un sistema de reglas: “die hermeneutische Billigkeit (aequitas hermeneutica) ist die Neigung eines Auslegers, diejenigen Bedeutungen für hermeneutisch wahr zu halten, welche, mit den Vollkommenheiten des Urhebers der Zeichen, am besten übereinstimmen, bis das Gegentheil er wiefen wird”,<sup>660</sup> de ahí que, en efecto, Kelsen no considerase las antinomias como aspectos *a priori*, sino que estas deben darse de facto, en el hecho mismo de la actividad de la judicatura.

Por lo mismo, siendo un sistema piramidal (norma superior-inferior) donde la constitución adquiere su validez, en última instancia, por la *Grundnorm*, un esfuerzo hermenéutico llegaría a la conclusión de que tal aspecto es un antecedente del principio constitucional de «interpretación conforme», pues “saber derecho no es sólo comprender lo que en la norma se encuentra puesto (o explicitado de manera textual) sino saber descubrir lo que está

---

<sup>658</sup> Losano, M., *La teoría pura...*, *loc. cit.*

<sup>659</sup> Un caso análogo es lo que ocurre con la cuestión de calificar a las normas jurídicas como heterónomas, detalle que es incorrecto, ya que la verdadera heteronomía solo se daría en caso de que el organismo que crease esas normas, no estuviese obligado a cumplirlas.

<sup>660</sup> Meier, G. F., *óp. cit.*, §39, p. 20.

presupuesto, para lo cual es imprescindible realizar una interpretación correctamente de la norma”;<sup>661</sup> esto quiere decir que no es posible realizar una interpretación correcta de un «pasaje» jurídico si no se atiende, de igual manera, su *sentido original*. Por tanto, “wer die richtige Sinnanpassung eines Gesetzes vornehmen will, muß doch erst einmal den ursprünglichen Sinngehalt desselben kennen”.<sup>662</sup> Más preciso:

Um diesen genau zu ermitteln, bedarf es historischer Erkenntnis des ursprünglichen Sinnes, und nur um dessentwillen bezieht der juristische Ausleger den historischen Stellenwert mit ein, der dem Gesetz durch den Akt der Gesetzgebung zukommt. Nun kann er sich aber nicht an das binden, was ihn etwa die parlamentarischen Protokolle über die Intentionen derer lehren, die das Gesetz ausgearbeitet haben. Er hat sich vielmehr den eingetretenen Wandel der Verhältnisse einzugestehen und hat daher die normative Funktion des Gesetzes neu zu bestimmen.<sup>663</sup>

Cuando, por ejemplo, Lifante afirma que en el proceso de creación de leyes nuevas “[...] habrá siempre aplicación de la constitución y de las leyes jerárquicamente superiores; y en el proceso de edición de las sentencias habrá también, junto con la aplicación de las normas generales existentes, un proceso de creación”,<sup>664</sup> confunde lo que es el objeto de la interpretación (y aplicación jurídica) con el principio de *interpretación conforme*, porque, lo dicho, se trata de «interpretación», como principio, no de *interpretación* como concepto.

Con tal reinterpretación, por tanto, no parece que se trate meramente de un “[...] mero juego de palabras”.<sup>665</sup> Muy al contrario, tiene un alto significado, si se advierte incluso que Kelsen inconscientemente encontró un punto crucial de la *hermenéutica de la facticidad*, como es tener en cuenta la «distancia histórica». Como explica Losano:

---

<sup>661</sup> Vázquez Esquivel, E. *La interpretación conforme...*, p. 27. Cfr., Calsamiglia, A., *óp. cit.*, pp. 91 y s. Cfr., Hart, H. L. A. (1974, septiembre-diciembre) “Teoría de Kelsen sobre la unidad de derecho”, [título original: “Kelsen’s Doctrine of the Unity of Law”], en *Boletín Mexicano de Derecho Mexicano*, a. VII, n. 21, pp. 136 y ss.

<sup>662</sup> Gadamer, H. G., *óp. cit.*, p. 331.

<sup>663</sup> *Ibidem.*, p. 332.

<sup>664</sup> Lifante, I., *óp. cit.*, pp. 61 y s.

<sup>665</sup> Gallo, F., *óp. cit.*, p. 132.

¿Por qué el intérprete no puede comprobar *todos* los significados de una norma jurídica general? No puede porque es un individuo que vive en un determinado tiempo y en un determinado espacio, esto es, que está históricamente condicionado: el latín de Gayo es siempre el mismo, pero Triboniano lo entendía en forma distinta de Puchta.<sup>666</sup>

Por último, un serio análisis hermenéutico (y que aquí es lo que realmente interesa) debe diferenciar entre lo que es una «laguna jurídica» y lo que es propiamente la indeterminación del derecho. Jurídicamente, lo primero se refiere a una ausencia total de un contenido (un error legislativo) y hermenéuticamente, es una predisposición subjetiva del horizonte del intérprete;<sup>667</sup> lo segundo, jurídicamente, es aquella falta de concretización del sentido normativo, y hermenéuticamente, significa no solo una parte donde la historicidad da a lugar, sino también la oportunidad de proyección de la opinión.<sup>668</sup> Ahora bien, respecto a la laguna jurídica, el profesor de Viena mantiene una congruencia respecto a la *tesis de la plenitud del ordenamiento*,<sup>669</sup> es decir, «no hay no derecho en el derecho», por lo que pensar que haya derecho en el no derecho, se vuelve trivial; en este sentido, “[...] si se admite que toda conducta comprendida dentro del ámbito de validez de un ordenamiento positivo, tiene que estar regulada por éste, ya directa, ya indirectamente”,<sup>670</sup> no hay más que concluir sobre la no existencia de lagunas jurídicas —al menos desde un punto de vista objetivo en donde no entre el juego la subjetividad— pues

---

<sup>666</sup> Losano, M., *La teoría pura...* p. 170.

<sup>667</sup> Con otras palabras: “Die eigene Sprachwelt, in der einer lebt, ist nicht eine Schranke, die die Erkenntnis des Ansichseins verhindert, sondern umfaßt grundsätzlich alles, wohinein sich unsere Einsicht zu erweitern und zu erheben vermag”. Gadamer, H. G., *óp. cit.*, p. 450.

<sup>668</sup> Así versa: “Aber noch jeder Dometsch hat bis zum heutigen Tage nicht die Aufgabe einer bloßen Wiedergabe dessen, was der Verhandlungspartner, den er verdolmetscht, wirklich gesagt hat, sondern er muß dessen Meinung so zur Geltung bringen, wie es ihm aus der echten Gesprächssituation nötig scheint, in der er sich als der Kenner beider Verhandlungssprachen allein befindet”. *Ibidem.*, p. 313.

<sup>669</sup> Radbruch, G. (2000) *Introducción a la filosofía del derecho*, [título original: *Vorschule der Rechtsphilosophie*], [traducción: Wenceslao Roces], Reimpresión, Fondo de Cultura Económica: México, pp. 121 y s. También, Bobbio, N., *El positivismo jurídico...* pp. 210 y ss.

<sup>670</sup> Kelsen, H., *Teoría del derecho y teoría egológica*, p. 177.

viendo las cosas más de cerca, aparece que la existencia de una “laguna” sólo es admitida cuando la falta de semejante norma jurídica es considerada por el órgano de aplicación como indeseable desde un punto de vista jurídico-político, poniendo de lado, por esta razón jurídico-política, la aplicación lógicamente posible del derecho válido, en tanto visto como inconveniente o injusto por el órgano de aplicación.<sup>671</sup>

Esto no significa, sin embargo, que el derecho sea determinado, ya que la indeterminación en Kelsen se entiende como un contenido no concretizado, el cual se ubica dentro de un *Rahmen* —el espacio entre una norma jurídica superior y otra inferior— el cual no se define sino hasta su aplicación jurídica, es decir, únicamente puede ser cubierto por una autoridad con facultades de aplicación que, por ende, sea capaz de determinar el contenido normativo. Así es, por tanto, cómo Kelsen niega la existencia de lagunas, pero admite la indeterminación.<sup>672</sup> Asimismo, de ahí que, Lifante, nuevamente, se equivoque al asentar que el acto de aplicación de derecho es en Kelsen propia de todos los órganos del Estado, incluyendo al poder legislativo —para Kelsen, la única interpretación auténtica es la que realiza un juez: “[...] también es auténtica [...] la interpretación realizada por un órgano de aplicación de derecho cuando crea derecho para un caso concreto, es decir, cuando el órgano produce sólo una norma individual o ejecuta una sanción”.<sup>673</sup>

Sin embargo, de acuerdo con el planteamiento de Lifante, los legisladores aplican el derecho al crear nueva legislación, pues la interpretación es el viaje de la grada superior a la inferior, pero eso no es incorrecto. Para Kelsen, en pocos términos, la interpretación consiste en determinar un «pasaje» jurídico, algo que únicamente puede realizar un juez; un legislador no tiene la posibilidad de determinar normas cuando «crea» normas, incluso si desde un primer momento se tiene esa intención, ya que toda norma siempre está determinada en parte, y en parte indeterminada; esta última, solo es posible cubrirla bajo el manto de la aplicación de derecho propiamente dicha, mas no al «crear» legislación nueva: “hasta la orden más minuciosa tiene que dejar al ejecutor una cantidad de determinaciones”.<sup>674</sup> Carece de

---

<sup>671</sup> Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, p. 255.

<sup>672</sup> Cfr., Del Real Alcalá, J. A. (marzo-2007) “¿‘Paradoja’ de H. Kelsen sobre la indeterminación jurídica?”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, Número 15, Universidad de Valencia, España, p. 1.

<sup>673</sup> Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, p. 354.

<sup>674</sup> *Ibidem.*, p. 350.

congruencia afirmar, por una parte, que ante una norma “siempre permanecerá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad [...]”,<sup>675</sup> pero que, por otra parte, esa discrecionalidad se esfume con legislación nueva. Dicho con otras palabras, no importa qué tan preciso sea un «pasaje» creado por medio de un acto de legislación, o cuántas adiciones se hayan producido después para cubrir lo no previsto desde un principio, tal «pasaje» permanecerá siempre indeterminado, de alguna u otra forma, y solo por su acto de aplicación podrá alcanzar su determinación.

Si por “interpretación” se entiende la determinación en cuanto conocimiento del sentido del objeto interpretado, el resultado de una interpretación jurídica sólo puede ser determinar el marco que expone el derecho por interpretar, y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dentro de ese marco.<sup>676</sup>

Por lo mismo, su error estriba en no considerar en qué consiste tal aspecto de «crear», y lo mismo se puede decir en el caso de los jueces —que también «crean» derecho, pero en un sentido completamente distinto.<sup>677</sup> Por ende, en primer lugar, ambos se ven condicionados por completo por la norma jurídica mayormente localizada (*Grundnorm*) pero en el caso del legislativo, en realidad, dicha condición se puede escamotear. Resulta correcto advertir que el proceso de creación legislativa depende de lo asentado por la constitución, pero no tiene limitación en cuanto sale de ese rubro. Con otras palabras, la única norma que condiciona al legislativo es aquella que le ordene «crear» normas; jurídicamente hablando, no hay ordenamiento alguno que ordene cómo «crear» una ley —sino únicamente su proceso— si bien estos los ofrece la teoría por medio de la idea de sistema y el principio de no contradicción, pero eso no evita que, verbigracia, se presenten casos de antinomias en el contenido normativo. He ahí porqué Kelsen refiere el principio de *interpretación conforme* y que la interpretación auténtica solo pertenezca a los tribunales (jueces). Además, porque cuando trata sobre el concepto de indeterminación,<sup>678</sup> ubica al legislador en la parte de la

---

<sup>675</sup> *Ídem.*

<sup>676</sup> *Ibidem.*, p. 351.

<sup>677</sup> Principalmente, la noción de *judge as legislator* que Kelsen desarrolla en *General Theory of Law and State*, *infra*. Sobre esto, habrá que pronunciarse más adelante.

<sup>678</sup> Lifante, I., *óp. cit.*, p. 72

indeterminación intencional, pero olvida por completo cómo sería determinada esa norma por el mismo legislador. Por ejemplo, en la concepción del «fuero», esa figura jurídica es interpretada por los legisladores, generalmente, como una libertad de realizar cualquier comportamiento («lo que en teoría del delito se llama excluyente de responsabilidad») pero que ha sido clarificada por el sistema judicial como una prerrogativa.<sup>679</sup> Resumidamente, el problema, en realidad, es que Lifante cree que la aplicación del legislador únicamente consiste en «crear» normas, sin embargo, los legisladores, como cualquier ciudadano común, están a expensas de realizar actos aplicativos (en el sentido hermenéutico) de diversas normas, es decir, que su interpretación se limita a una medida epistemológica (a la pregunta de cuál es el derecho vigente) y su diferencia con la *autoridad jurídica* radica en el acto de aplicación jurídica, el cual únicamente es realizado por los jueces, es decir, es obligatoria jurídicamente —tiene efectividad jurídica.<sup>680</sup>

En fin, lo anterior puede compaginarse con la diferencia que Gadamer advierte entre el historiador del derecho y el juez:

[...] la aplicación es un momento de la comprensión misma. Y si en este contexto pongo en el mismo nivel al historiador del derecho y al jurista práctico, esto no significa ignorar que el primero se ocupa de una tarea exclusivamente «contemplativa» y el segundo de una tarea exclusivamente práctica. Sin embargo la aplicación existe en el quehacer de ambos. ¡Y cómo habría de ser distinta la comprensión del sentido *jurídico* de una ley en uno y otro! Indudablemente el juez se plantea por ejemplo la tarea práctica de dictar una sentencia, en lo que pueden desempeñar algún papel consideraciones jurídico-políticas que no se plantearía un historiador del derecho frente a la ley misma. Sin embargo ¿hasta qué punto implicaría esto una diferencia en la *comprensión* jurídica de la ley? La decisión del juez, que «interviene prácticamente en la vida», pretende ser una aplicación correcta y no arbitraria de las leyes, esto

---

<sup>679</sup> Cfr., Registro: 200104.

<sup>680</sup> Kelsen, H., *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, pp. 24 y ss. Probablemente, el término «efectividad jurídica» requiera una precisión, ya que su connotación es amplia y dirige a otros asuntos que son de igual importancia. No obstante, no es aquí el lugar para detallar tal aspecto, pero sirva este aporte del mismo Kelsen: “la teoría pura del derecho no ha sido la primera en afirmar que las cortes de justicia frecuentemente con el pretexto de interpretar el derecho existente, es decir, de dilucidar su sentido mediante el conocimiento, crean nuevo derecho”. *Ibidem.*, p. 27.

es, tiene que reposar sobre una interpretación «correcta», y esto implica necesariamente que la comprensión misma medie entre la historia y el presente.

Por supuesto que el historiador del derecho añadirá a una ley, entendida correctamente en este sentido, una valoración «histórica», y esto significa siempre que tiene que evaluar su significado histórico; y que como estará guiado por sus propias opiniones preconcebidas sobre la historia y sus prejuicios vivos, lo hará «erróneamente». Lo que a su vez no significa sino que nos encontramos de nuevo ante una mediación de pasado y presente: aplicación.<sup>681</sup>

Efectivamente, pero lo que el hermeneuta refiere con ello no es únicamente sobre cómo la aplicación, en un sentido hermenéutico, consiste en una mediación entre el pasado y el presente, sino en hacer notar que tanto el historiador del derecho, como el juez, deben lidiar con el problema hermenéutico de la aplicación. Sin embargo, lo que no es distinto entre uno y otro, radica en el hecho de que un historiador no goza de una «aplicación» en un sentido jurídico, como sí lo hace un juez. He ahí la principal diferencia entre el concepto hermenéutico de aplicación y el concepto jurídico de aplicación.

Por todo, a partir de este punto de divergencia, la lectura de Kelsen, con base a una reinterpretación, produce una comprensión que puede considerarse a la par de Hart, en cuanto a sistema de reglas, pero respecto a la teoría de la interpretación que cada autor promueve en su obra, el profesor austriaco parece tomar una amplia ventaja. Siempre y cuando, desde luego, se considere que la *open texture* ofrece una verdadera teoría de interpretación, de otra manera, la diferencia resulta inconmensurable. Por parte de Kelsen, sin embargo, se ha expuesto solo un esbozo que brinda una hermenéutica jurídica donde la justificación de la única interpretación correcta se derrumba para dar pie a una interpretación jurídica que se aproxima a la hermenéutica filosófica; aproximación que se expondrá en lo subsiguiente, con el fin de despejar las diferencias sustanciales entre el *Rahmen* y la *open texture* del Derecho.

## 2. Diferencias entre dos discursos análogos, pero distantes

Así las cosas, en realidad, no se trata, en sí, de si Kelsen se condena a sí mismo por hablar o no de un *derecho puro* o más correctamente, de una *teoría pura*, la cual encuentra su apología al momento de comprender correctamente que el derecho y la política no son dos disciplinas

---

<sup>681</sup> Gadamer, H. G., *Verdad y método*, p. 15.

intrínsecas si se elevan ambas a un terreno científico, o bien, que el derecho como ciencia realmente no está supeditado a la política, de ahí que Kelsen parta por enfatizar que son diferentes y separadas entre sí,<sup>682</sup> “[...] si es que pretende valer como ciencia”.<sup>683</sup> No, no es así; además, y para sorpresa, esta no es la respuesta que se formule desde la crítica al pensamiento kelseniano, ya que, en primer lugar, dicho argumento viene de él mismo: “[...] el conflicto no se plantea en torno a la ubicación del derecho respecto a otras ciencias y sobre las cuestiones que ellas traen aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política”.<sup>684</sup>

Como se advierte, el problema que se suscita con el profesor de Viena, entonces, no es como se suele proyectar. No es que entre su *teoría pura* y su teoría de la interpretación exista una contradicción, que la hay, sino que, precisamente, haber ofrecido una teoría de la interpretación distinta a unos fines meramente gnoseológicos es el problema. Kelsen no realiza, por ejemplo, lo que hizo Savigny al tratar la interpretación de las leyes, cuyo objetivo es «conocer» el *Inhalt des Gesetzes*: “in dem Gelehrten zur Ausbildung der Wissenschaft in vielartigen Formen; in dem Richter zu Urtheilen und deren Ausführung; in den Einzelnen zur Einrichtung ihrer Lebensverhältnisse in bestimmter Gestalt”.<sup>685</sup> Sin embargo, Kelsen era meramente consciente de que no podía haber una reconciliación entre ambos aspectos, pero también sabía que desarrollar una *teoría pura* carece de sentido sin aceptar una *Rechtspolitik*, pues “la *despolitización* que la teoría pura del derecho exige se refiere a la *ciencia* del derecho no a su objeto, el derecho. El derecho no puede ser separado de la política, pues es esencialmente un instrumento de la política”,<sup>686</sup> de ahí que las críticas que denuncian que una *teoría pura* significa, al mismo tiempo, renunciar al factor práctico sean totalmente válidas, ya que, de otra manera, dejaría de ser «pura»; *ergo*, una teoría de interpretación tal como fue elaborada por Kelsen, se traduce como el momento justo en que se abren las puertas a la

---

<sup>682</sup> Correas, O., *óp. cit.*, p. 49.

<sup>683</sup> Kelsen, H., *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, p. 29.

<sup>684</sup> Kelsen, H. (2009) *Teoría pura del Derecho*, [título original: *Reine Rechtslehre*], [traducción: Roberto J. Vernengo], (4ª Edición), Reimpresión, Eudeba: Buenos Aires, Argentina, p. 14. Nota: con el fin de diferenciar entre esta edición y la segunda, en lo sucesivo se referirá «[1]» para la primera, y «[2]» para la segunda edición.

<sup>685</sup> Savigny, F. K. v., *óp. cit.*, §32, p. 206.

<sup>686</sup> Kelsen, H., *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, p. 29.

*Rechtspolitik*, pues no se trata de una, sino de dos teorías de interpretación.<sup>687</sup> Para los críticos, empero, el problema data de otra índole, pero que no son producto sino de confundir la diferencia acaecida entre *derecho puro* y *teoría pura*, como indica:

[...] la teoría pura del derecho es una *teoría pura* del derecho, no la teoría de un *derecho puro* como sus críticos han afirmado erróneamente a veces. Un derecho “puro” podría significar —si es que puede significar algo— un derecho recto es decir un derecho justo. Pero la teoría pura del derecho no quiere ni puede ser una teoría del derecho recto o justo pues no pretende dar respuesta a la pregunta: ¿qué es lo justo?<sup>688</sup>

De ahí mismo que Kelsen señale que la *Reine Rechtslehre* “[...] no lo hace, por cierto, por ignorancia o rechazo de la relación, sino porque busca evitar un sincretismo metódico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto”.<sup>689</sup> Pues como señala igualmente: “es ciencia jurídica; no, en cambio, política jurídica”.<sup>690</sup> Comprendido una vez esto, se debe entender por qué la interpretación jurídica para Kelsen se trata de un acto de voluntad, pues en dicho acto la “[...] jurisprudencia se ha confundido con la psicología y la sociología, con la ética y con la sociología política”,<sup>691</sup> es decir, Kelsen intenta diferenciar entre lo que es *Rechtswissenschaft* (el estudio de la norma en cuanto tal) y *Rechtspolitik* (todo aquello en donde lo meramente jurídico se ve comprometido). Con ese orden de ideas descrito, debería acordar Lifante cuando sostiene que la interpretación auténtica en Kelsen “[...] es, pues, la llevada a cabo por cualquier órgano aplicador de Derecho, entendiendo por tal tanto al órgano legislativo [...] como a los órganos jurisdiccionales [...] o a los órganos administrativos”,<sup>692</sup> pues de qué otra manera puede entenderse el proceso de creación de derecho, desarrollo de políticas públicas, o

---

<sup>687</sup> Contrario a lo que se suele asentar, la «pureza» que pretende alcanzar Kelsen, en realidad, no consiste en alejar o construir el derecho sin ninguna influencia externa, sino que es enteramente teórica, y, por lo mismo, carente de aplicación.

<sup>688</sup> Kelsen, H., *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, p. 30.

<sup>689</sup> Kelsen, H., *loc. cit.*

<sup>690</sup> *Ídem.*

<sup>691</sup> *Ídem.*

<sup>692</sup> Lifante Vidal, I., *óp. cit.*, p. 60.

preferencia de asuntos de unos sobre otros para legislar si no es advirtiendo la presencia de otras disciplinas, entre otras, como la sociología, política, moral o psicología. Kelsen lo que pretende es un análisis del derecho existente, “intenta dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho, y cómo sea; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba serlo”.<sup>693</sup> En este sentido, Kelsen habría evitado muchas críticas si es que prefiere no develar por sí mismo cuál es el problema con su desarrollo intelectual. Tal aspecto, por ejemplo, pasó igualmente con Popper, quien sabía perfectamente cuál era el problema que representa el falsacionismo,<sup>694</sup> es decir, que todos los enunciados observacionales sin excepción alguna dependen de una teoría (previa) y son falibles —de ahí mismo que Lakatos advierta que la propuesta popperiana no se limitaba a una condición, sino a dos.<sup>695</sup> Por consiguiente, “si un enunciado universal o un grupo de enunciados universales que constituyen una teoría o parte de una teoría choca con algún enunciado observacional, puede ser que sea el enunciado observacional el que esté equivocado”,<sup>696</sup> lo cual lleva a una contradicción grave, pues “el hincapié de Popper en las decisiones conscientes de los individuos introduce un elemento subjetivo que choca en cierta medida con su posterior insistencia en la ciencia «como proceso sin sujeto»”;<sup>697</sup> sin embargo, su conflicto central no es, en sí, el problema que devela por sí mismo, sino que no logra solventar la problemática de una manera congruente, eficiente y convincente, más bien proyecta una situación caótica en donde la teoría proyectada encontrarse de pronto en la nada. Si Popper tiene por bien admitir que

The empirical basis of objective science has thus nothing ‘absolute’ about it.<sup>4</sup> Science does not rest upon solid bedrock. The bold structure of its theories rises, as it were, above a swamp. It is like a building erected on piles. The piles are driven down from above into the swamp, but not down to any natural or ‘given’ base; and if we stop driving the piles deeper, it is not because we have reached firm ground. We simply stop when we are satisfied that the piles are firm enough to carry the structure, at least for the time being.<sup>698</sup>

---

<sup>693</sup> Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, [2], p. 15.

<sup>694</sup> Popper, K. *The Logic of the scientific discovery*, pp. 90 y ss.

<sup>695</sup> Lakatos, I., *The methodology...*, p. 10.

<sup>696</sup> Chalmers, A., *óp. cit.*, p. 90.

<sup>697</sup> *Ibidem.*, pp. 92 y s.

<sup>698</sup> Popper, K., *The Logic of Scientific Discovery*, pp. 93 y s.

Precisamente, no se resuelve el problema, sino que simplemente parece escamotearse, ya que “lo que socava la postura falsacionista es el hecho de que los enunciados observacionales son falibles y de que su aceptación es sólo provisional y está sujeta a revisión. Las teorías no se pueden falsear de manera concluyente [...]”.<sup>699</sup> Dicho de esta manera, y volviendo al punto, el error de Kelsen no solo fue develar por sí mismo el problema central de la *Reine Rechtslehre*, si bien tampoco estaba exento a recibir dicha crítica, sino evitar la confrontación con el problema hermenéutico de la aplicación.

Y, menos aún, porque el verdadero argumento a contrario establece que la *Reine Rechtslehre* es una obra que pone de relieve una cuestión en la que se define propiamente si el Derecho, como disciplina, se trata de una ciencia moral, o una ciencia de la naturaleza, sentencia que no podría estar más alejada de la temática central de la obra cúspide de Kelsen, pero no así, por ejemplo, de *The Concept of Law*. No es de extrañar, ciertamente, porque la negativa no es como aquella que surgió en el Medievo respecto a la cual se planteaba que ser cristiano era más prestigioso que ser filósofo, de manera que antes de que cualquier intelectual de la época se considerarse filósofo, era cristiano antes de cualquier otra cosa; el triste episodio de la Historia de la Filosofía donde esta pasa a ser el ciervo del cristianismo, el cual no es muy diferente al tema de la *Reine Rechtslehre*, es decir, con la Filosofía existió una supeditación, pero que logró extinguirse a la llegada de la modernidad en el siglo XVII; en la disciplina jurídica, en cambio, aún sigue habiendo grandes indicadores que expresan una politización del derecho moderno —como lo es, en efecto, la problemática de la derrotabilidad de las normas. Por lo mismo, Kelsen sentenció:

pero la teoría pura del derecho no teme a la política pues la historia del espíritu humano muestra que la ciencia y también la ciencia del derecho se libera siempre de la esclavitud a la que intenta someterla la política; la ciencia está obligada por su naturaleza más íntima a ser, sino algo más, por lo menos otra cosa que un medio para la lucha por el poder.<sup>700</sup>

Entonces, una crítica actual de la *Reine Rechtslehre*, como se anticipa, debiese ser una crítica que nazca a partir de una reinterpretación. Una acción hermenéutica que enfatice que uno de

---

<sup>699</sup> Chalmers, A., *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?*, p. 93.

<sup>700</sup> Kelsen, H., *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, p. 52.

los errores de Kelsen se trata de un pequeño detalle que pasa por alto, lo cual aparece como una importante afirmación al inicio de la obra. Así, por ejemplo, tal como la *Ethica* es criticada justamente por su imposibilidad de llevar sus axiomas al orden práctico,<sup>701</sup> la *Reine Rechtslehre* se critica porque se observa como una teoría «abstraída de la realidad»,<sup>702</sup> de manera que se vuelve una doctrina inútil como teoría jurídica, ya que al separar de sí todos los elementos que le son extraños, al mismo tiempo, pierde contacto con la realidad, y, por tanto, se convierte en una teoría que no sabe ni pretende tener conocimiento alguno de los supuestos sociales del Derecho ni de sus consecuencias;<sup>703</sup> conlleva a una reducción de estudio puramente lógico-normativo.<sup>704</sup> Pero tal aspecto es incorrecto, ya que la teoría kelseniana es un derecho positivo

[...] una teoría del derecho real y no del derecho ideal, una teoría de la realidad jurídica. Esto parece ser una contradicción. Sin embargo, el problema se resuelve tan pronto como se reconoce que la oposición entre ser y deber ser, entre lo que “realmente” es y lo que debe ser, es una oposición relativa. Desde el punto de vista de la ciencia no existe ninguna realidad absoluta. Cuando la teoría pura del derecho afirma que su objeto es el derecho positivo, el derecho tal como es, es decir, una realidad jurídica, caracteriza el derecho positivo como un ser con respecto a la justicia, es decir, con respecto a la exigencia de como debe ser el derecho. Y cuando define el derecho positivo como norma, es decir, como un deber ser, lo hace con relación a la conducta efectiva de los hombres que puede concordar con esta norma en tanto deber ser jurídico positivo, pero que también puede contradecirla. Sea esto dicho con especial énfasis contra aquellos que objetan a la teoría pura del derecho el que el derecho es un deber ser sino un ser, es decir, una realidad.<sup>705</sup>

No obstante, si realmente se considera como cierto que la pretensión de Kelsen es llevar a la disciplina jurídica a la par de las *Naturwissenschaften*, es decir, como una disciplina que ha

---

<sup>701</sup> Vid., Spinoza, B. (2017) *Ética demostrada según el orden geométrico*, [título original: *Ethica*], [introducción, traducción y notas: Vidal Peña], Reimpresión, Alianza: España.

<sup>702</sup> Herrera, C. M., *óp. cit.*, p. 198.

<sup>703</sup> Cfr., Bayer, K., *loc. cit.*

<sup>704</sup> Losano, M., *La teoría pura...* p. 93. Cfr., Pasukanis, E. B. (1966) *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus. Versuch einer Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Verlag-Neue Kritik, p. 24.

<sup>705</sup> Kelsen, H., *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, pp. 14 y s.

de ser neutral y exacta, la verdadera crítica debiese, se insiste, enfocarse en su teoría de la interpretación, la cual es dual, pues no solo se trata de una acción gnoseológica, sino también como una expresión de la voluntad,<sup>706</sup> y con ello, ofrecerla es, desde un principio, una contradicción que puede llevar —y lleva— a la ruina toda su teoría, sin considerar que la manera en que Kelsen la expone, es un punto y final para acabar de contradecirse, pues desde un inicio el lector se encuentra con que: “la Teoría pura del derecho [...] es una doctrina general sobre el derecho, y no la interpretación de normas jurídicas particulares, nacionales o internacionales. Ofrece, sin embargo, también una teoría de la interpretación”;<sup>707</sup> Kelsen, sin notar nada extraño, se contradice completamente, ya que la teoría de la interpretación de la que habla la *Reine Rechtslehre* pertenece a la *Rechtspolitik*;<sup>708</sup> por tanto, esta afirmación que, por cierto, solo aparece en la segunda edición, se insiste, debiese ser la razón principal por la cual ha de ser criticada dicha obra. Sobre Hart, por otro lado, debiese reinterpretarse el entorno donde se desarrolla y presenta *The Concept of Law*, con el propósito de comprender los motivos que orillaron a la teoría jurídica de la época a aceptar un concepto que se compagina a un grado máximo con una «teoría de la interpretación» que se encuentra en una obra llena de *peros*.

Resulta curioso, sin embargo, cómo la tradición jurídica ciertamente no estuvo ni ha estado al tanto de la modificación que sufrió el primer párrafo de la *Reine Rechtslehre* en su primera edición, con el de la segunda.<sup>709</sup> No obstante, esta forma de crítica no acaece con el profesor de Oxford, aun cuando postule ideas muy cercanas a las dichas por Kelsen, pero con la diferencia de que estas se fundamentan en la tradición inglesa, es decir, en el empirismo —característico del pensamiento inglés— un positivismo analítico; de modo que, si a Kelsen se le condena por «alejarse de la realidad», para la filosofía inglesa, eso no representa ningún

---

<sup>706</sup> Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, [2], pp. 353 y ss.

<sup>707</sup> *Loc. cit.*

<sup>708</sup> En un breve espacio, Kelsen hace una gran crítica al desempeño de la jurisprudencia técnica y a los modelos interpretativos de la época. Sin embargo, toda su crítica puede ser aplicada a su misma teoría de la interpretación jurídica, lo cual nunca pudo dejar soslayar. Para la reinterpretación es comprensible que Kelsen haya fallado drásticamente en este rubro, ya que la mayor crítica se centraba a otras cuestiones de las que trata la *Reine Rechtslehre*.

<sup>709</sup> Sobre estos cambios, *vid.*, Losano, M., *La teoría pura...* pp. 51 y ss.

tipo de problema, ya que es ahí donde su tradición encuentra su cauce. De ahí que Hart estipule, por ejemplo, que

la cuestión de si existe una regla de reconocimiento y cuál es su contenido, esto es, cuáles son los criterios de validez en un sistema jurídico determinado, es considerada a lo largo de todo este libro como una cuestión empírica, aunque relativa a hechos complejos.<sup>710</sup>

Pero no acaba ahí, ya que, esa misma tradición es la que permite a Hart desvincularse de una manera muy sutil a la *Grundnorm*:

la terminología de Kelsen, según la cual la norma básica es calificada de “hipótesis jurídica”, de “hipotética”, de “regla última postulada”, de “regla que existe en la conciencia jurídica”, de “supuesto”, oscurece, si no contradice, el punto de vista destacado en este libro, a saber, que la cuestión de cuáles son los criterios de validez jurídica de un sistema de derecho, es una cuestión de hecho. Es una cuestión fáctica, aunque es *acerca* de la existencia de una regla.<sup>711</sup>

Su obra, *The Concept of Law*, por ende, inicia su estudio respecto a qué es correcto entender por lo que se dice que es «el derecho», y termina con un análisis que examina la relación entre la moral y el derecho, para luego pasar con la temática del derecho internacional<sup>712</sup> — área en la que Kelsen se involucró al final de su investigación, siendo ya profesor de Berkeley, en el Departamento de Ciencia Política.<sup>713</sup> No obstante, al profesor de Oxford se le critica mayormente por su afirmación sobre la fuente del derecho, ligado a lo que él llama *rule of recognition*, pues tal regla únicamente está capacitada para la identificación de reglas, y, por ende, carece de habilidades necesarias para el reconocimiento de principios;<sup>714</sup> lo cual

---

<sup>710</sup> Hart, H. L. A., *The concept of law*, p. 310.

<sup>711</sup> *Ibidem.*, p. 311.

<sup>712</sup> *Vid.*, Ureña-Sánchez, M. I. (2017) “El positivismo de Kelsen y Hart en el derecho internacional contemporáneo: una mirada crítica”, en *International Law: Revista Colombiana de Derecho*, n. 31, p. 199. *Cfr.*, Hart, H. L. A., *Teoría de Kelsen...* pp. 107 y ss.

<sup>713</sup> Kelsen, H., *Autobiografía*, *loc. cit.*

<sup>714</sup> Dworkin, R., *Los derechos en serio*, p. 94 y ss. *Cfr.*, Carrió, G. (1980) “Le opinioni del prof. Dworkin sul positivismo giuridico”, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, v. X, n. 1, p. 169.

es una crítica similar a la que se somete la *Reine Rechtslehre* por la llamada *Grundnorm*, pero con resultados muy distintos.<sup>715</sup>

Si una constitución que especifica las varias fuentes de derecho es una realidad viviente en el sentido de que los tribunales y los funcionarios del sistema efectivamente identifican el derecho con arreglo a los criterios que ella suministra, entonces la constitución es aceptada y efectivamente existente. Parece una duplicación innecesaria sugerir que hay otra regla más que dispone que la constitución (o quienes la “establecieron”) ha de ser obedecida. Esto es particularmente claro cuando, como ocurre en el Reino Unido, no hay constitución escrita: aquí parece no haber cabida para la regla “la constitución debe ser obedecida” como cosa adicional a la regla de que deben usarse ciertos criterios de validez (p. ej. Sanción por la Reina del Parlamento) para identificar el derecho. Esta es la regla aceptada y es un factor de confusión hablar de una regla que prescribe la obediencia a ella.<sup>716</sup>

### 3. Implicaciones hermenéuticas entre el *Rahmen* y la *open texture*

Con todo, Kelsen es uno de los juristas más importantes y citados del siglo XX, y lo mismo se puede afirmar de Hart, no obstante, la popularidad del profesor de Viena no es del todo buena, ya que se ve plagado de una crítica sin fin; de Hart, por otra parte, al parecer únicamente de Dworkin.<sup>717</sup> Fiel reflejo de una negatividad que, probablemente, despojó a Kelsen de uno de los más grandes aportes al tema de la interpretación jurídica: el *Rahmen*, cuya aceptabilidad llegó muchos años después, pero ahora descrito como una *open texture*, si bien este concepto, se advierte, fue asimilado por el profesor de Oxford en una obra totalmente distinta al rubro que se ocupa aquí. Tal aspecto, sin embargo, es en realidad una acepción que se encontraba ya alojada en la *Reine Rechtslehre* original, veinticinco años con antelación a la publicación de *The Concept of Law*, pero ahora, con otro nombre, otra voz, y por supuesto, en otra obra, trazada bajo el manto de la tradición anglosajona, misma tradición que consideró, desde un principio, y todavía al día de hoy, y, en gran medida, una amplia

---

<sup>715</sup> Gonçalves, A. S. & R. H. Ribeiro Quirino, *óp. cit.*, pp. 98 y ss. Márquez González, J. A., *óp. cit.*, pp. 165 y ss. Cfr., Delgado, S. (2012) “La regla de reconocimiento de Hart y el problema a seguir una regla”, en *Ruptura: una revista interdisciplinaria de análisis jurídico*, n. 3, pp. 70-90.

<sup>716</sup> Hart, H. L. A., *The concept of law*, *loc. cit.*

<sup>717</sup> Un ejemplo es el trabajo de Pérez Jaraba, *óp. cit.*, pp. 12 y ss.

incompatibilidad de las ideas kelsenianas con su sistema (y filosofía) de derecho, como se acaba de dejar manifiesto.<sup>718</sup>

Ahora bien, para el desglose de la aseveración que es poner a la *open texture* por encima del *Rahmen*, es cómo explicar y mostrar a la tradición el error que es encausar un concepto que no es propio de *The Concept of Law*, sino realmente de la *Reine Rechtslehre*, ya que ahora, contrario a cómo fue recibido desde la postulación y enseñanza kelseniana, dicho concepto se le observa, por mayor sorpresa que sea, completamente diferente, lo cual hace relucir su aceptación.<sup>719</sup> Sin embargo, esto dista mucho de ser por una reinterpretación de la *Reine Rechtslehre* o del pensamiento kelseniano, sino que es gracias a la aparición de una obra que no hace referencia alguna a Kelsen, al menos respecto a la estructuración esencial de la *open texture*.<sup>720</sup> Hecho que no es muy difícil de solventar si se tiene a consideración dos detalles: primero, el concepto *open texture*, no fue desarrollado por Hart, sino que es, según se ha aceptado, una adaptación surgida de un ensayo de Waismann, donde se define como “[...] something like *possibility of vagueness*”;<sup>721</sup> segundo, se debe tener en mente que la única fuente consultada de Kelsen, por Hart, probada de facto, fue *General Theory of Law and State*, lo cual opacó, en gran medida, una correcta comprensión sobre el profesor de Viena, principalmente si se advierte que la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* todavía se encuentra muy lejos de completarse, sin mencionar demás aspectos que no se destacan en tal obra, como las diversas adiciones que Kelsen introdujo, en otros idiomas, sobre la primera edición de la *Reine Rechtslehre*, y, sobre todo, el tópico de la interpretación, pero que otros son tan asequibles y notables que, la relación, está a la par, como la idea de que los jueces «crean» derecho (*judge as legislator*): “[...] the court is authorized to create for the concrete case the norm of substantive law it considers satisfactory, just, or equitable. The court then functions as a legislator”.<sup>722</sup> Como apunte, y recordando las «omisiones sorprendentes»

---

<sup>718</sup> Losano, M., *La teoría pura...* pp. 56 y ss.

<sup>719</sup> Incluso para Losano tal concepto pasa desapercibido.

<sup>720</sup> *Vid.*, Kelsen, H., *General Theory of Law and State*.

<sup>721</sup> Waismann, F., *óp. cit.*, p. 3. Sobre esto mismo: *vid.*, Endicott, T. A. O. (2003) *Vagueness in Law*, Reimpresión, Oxford University Press: United States of America, p. 37.

<sup>722</sup> Kelsen, H. (1949) *General Theory of Law and State*, [traducción: Anders Wedberg], Reimpresión, Harvard University Press: United States of America, p. 145.

que menciona Losano, es una cuestión que se debería achacar al profesor de Oxford, por el hecho mismo de no haber consultado, al dejar evidencia de ello, la obra del profesor de Viena, ya que, desde mucho antes, Kelsen ya se había logrado bastante; en 1914, fundó la primera revista jurídica de Viena: la *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*;<sup>723</sup> igualmente, había participado en la elaboración de la Constitución de Viena, de 1920, con la cual, al mismo tiempo, daba forma al primer auténtico tribunal constitucional;<sup>724</sup> también, para 1931 había tenido diversas polémicas con el jurista alemán Schmitt<sup>725</sup> —entre las cuales se encuentra una muy particular, tras *Wer soll Hüter der Versassung sein?*;<sup>726</sup> entre otras tantas cosas más, todo antes de la primera edición de la *Reine Rechtslehre*, de 1934. Y más aún, si se tiene en cuenta que: primero, la *Reine Rechtslehre*, antes de alcanzar su segunda edición (en alemán) tuvo una reedición que se tradujo al francés como *Théorie pure du droit*, en 1953.

Segundo, la versión de *General Theory of Law and State*, de 1949, como ya se anticipó, fue traducida por Wedberg, uno de los críticos de la primera edición de la *Reine Rechtslehre*, sobre la *Grundnorm*, en un trabajo intitulado *Some problems in the logical analysis of legal science*, en 1944.<sup>727</sup> Por todo, resulta muy improbable que Hart no haya tenido contacto con la obra principal de Kelsen, de modo que el *Rahmen* le haya sido plenamente un concepto desconocido.

Ahora bien, a consecuencia de justificación del título de la obra, Hart inicia *The Concept of Law* por las diversas conceptualizaciones que se han dicho respecto al derecho. Una de estas es adjudicable a Kelsen, quien, ciertamente, establece un giro respecto al entredicho de lo que se debe entender por derecho, por lo que esta disciplina no se trata de imponer una estructura de reglas generales a las cuales se les obedece por miedo al ser sancionado, sino de mandatos que se dirige a las autoridades, las cuales tienen el poder de ejercer ciertas facultades, así, por ejemplo, la ley no prohíbe a ninguna persona el robar ni establece que el

---

<sup>723</sup> Bayer, K., *óp. cit.*, p. 221.

<sup>724</sup> *Ibidem.*, p. 224.

<sup>725</sup> Herrera, C. M., *óp. cit.*, pp. 198 y ss.

<sup>726</sup> *Vid.*, Córdoba Vianello, L. (2010) *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Fondo de Cultura Económica: México.

<sup>727</sup> Wedberg, A., *supra*.

robo sea un acto de omisión, sino que al momento en que esta conducta sea de conocimiento de una autoridad, esta debe actuar y condenar, de acuerdo a lo establecido en la legislación y las facultades que se les reconoce —lo que Kelsen designa como *Das Prinzip der Zurechnung*. Por tanto, ante tal hecho, quienes ven en la *open texture* el impulso de la interpretación jurídica para labores de la judicatura, caen en un error. Cierto es, y ahora justificable, que el modelo dogmático/tradicional de la enseñanza jurídica tiende a destacar elementos extraños que no son tan extraños después de todo, razón por la cual la reestructuración o la reinterpretación signadas a ultranza bien pueden calificarse de falacias que deambulan por la manifestación intelectual en la investigación.

Igualmente, resulta acertado advertir que existen diversas publicaciones que plantean la similitud entre el pensamiento hartiano y el kelseniano, ya que ambos establecen, primero que nada, la empresa de la ciencia jurídica autónoma, hasta cuestiones de índole destacable, como la correspondencia de la *Grundnorm* con las normas secundarias, así como con las *rules of recognition*, entre otros detalles. Sin embargo, aun cuando la diferencia es mínima, Hart es más aceptado y menos criticado por la comunidad jurídica, el por qué, nunca es respondido de una manera satisfactoria, o como ahora se gusta decir, de una manera plausible.<sup>728</sup> Por supuesto, tampoco lo ha sido para el tema que ocupa, es decir, nunca se ha justificado la preferencia de hacer notar a la *open texture* sobre el *Rahmen*. Entonces, a pesar de los comparativos que suelen emplearse en distintos espacios académicos, lo cierto es que no existe realmente una diferencia destacable entre el concepto desarrollado y publicado por Kelsen en 1934, y el concepto que Hart desarrolló en 1960. Ambos, parten de la indeterminación de la regla (o derecho) como una fuente, un espacio, una oportunidad de «llenar un vacío», para hacer legítimo el elemento volitivo del intérprete, el cual, para el valor e importancia jurídica, siempre es la autoridad (aplicadora). Por tanto, el intérprete jurídico, al no tener a lectura inmediata el procedimiento para la realización de un acto jurídico, por ejemplo, procede de una manera mediata (es decir, optando «lo justo» o «lo correcto» con un enfoque plenamente subjetivo)<sup>729</sup> para la realización de dicho acto, con la obligación de

---

<sup>728</sup> Dicho en otras palabras, en la investigación se suele entender que «todo Kelsen» está en Hart, de manera que no resulta indispensable acudir a Kelsen para saber de qué se trataba su investigación. Los lectores y críticos, en general, concurren que en Hart se puede encontrar a Kelsen y un poco más.

<sup>729</sup> Hermenéuticamente hablando, sería de acuerdo al *Sehe-punk*.

nunca salirse del «marco»; como primicia diferencia, el acto kelseniano persigue un elemento cognoscitivo, pero también una labor a la que le toca lidiar con el problema hermenéutico de la aplicación; mientras que el acto hartiano se basa del *efecto modelo* —en la importancia y ejemplificación que resulta del precedente y las *virtudes judiciales*.

#### 4. Valoración hermenéutica e histórica de *ideas* análogas a través del tiempo

Antes de continuar, debe dejarse manifiesto que las diferencias cruciales de cada concepto han de tratarse propiamente en otra investigación, pero la centralidad de la diferencia, se adelanta, no debiere formarse por situar dónde está lo indeterminado (o la penumbra, según al decir de Hart) del enunciado jurídico, sino en el desarrollo del procedimiento que lleva a concluir el por qué se advierte una indeterminación. Menester es porque, la falta de horizonte, del profesor de Oxford, le impide comprender que lo *oscuro* de un «pasaje» debe igualmente determinarse, ya que, de otro modo, se está a merced de una nueva forma en que se presenta la arbitrariedad; en ese sentido, por ejemplo

[...] si por alguna razón el intérprete se ve afectado por el resultado de la interpretación correcta que realiza el juez o el abogado, su actitud interpretativa lo lleva a construir una distinta [...] la interpretación obtenida no sería el resultado de la aplicación hermenéutica, sino de la arbitrariedad.<sup>730</sup>

Por analogía, en la metodología de la ciencia, antes de la observación, necesario es el planteamiento del problema, lo cual no es negociable.<sup>731</sup>

Resulta irónico, por lo mismo, aunque en ocasiones necesario, cómo es un tanto notorio que la investigación suele verse envuelta de algunos detalles que son menester expresar para prolongar la correcta interpretación del contenido, pero lo que no puede justificarse es la crítica constante a un personaje que, a pesar de dar un tino impresionante para la época de su desarrollo, sigue opacado por su mismo concepto reestructurado. Pues bien, en realidad no se acusa a Hart de asumir el concepto del *Rahmen* como propio, y luego llevarlo a *The*

---

<sup>730</sup> Vázquez Esquivel, E., *Primera parte...*, p. 156.

<sup>731</sup> Popper, K., *The Logic of Scientific Discovery*, pp. 27 y ss.

*Concept of Law* para después renombrar dicho concepto como *open texture*, pues es manifiesto de dónde ha tomado tal noción,<sup>732</sup> sino que es más responsabilidad de la teoría jurídica tal despiste, ya que al parecer se tiene la mala creencia de encontrar en Hart a todo Kelsen (un positivismo jurídico mejor desarrollado) y esto a pesar de que resulta muy poco probable que nunca haya oído hablar del *Rahmen* que postula Kelsen, cuya obra ha sido traducida a veinticuatro idiomas distintos;<sup>733</sup> porque lo importante a destacar es la singularidad de la expresión de estos dos conceptos en la teoría jurídica, pues cuando se habla de la *open texture*, no se hace referencia al *Rahmen*.<sup>734</sup>

Puede justificarse, no obstante, que la existencia de una circunstancia ponga en pugna y cuestione quién merece el crédito de la aportación que resulta de observar la indeterminación como un elemento característico y propio del Derecho, aunque esto no es exactamente una prioridad; ya desde la exégesis, por ejemplo, existía esta problemática sobre la indeterminación:

[...] comme un acte de l'intelligence et de la volonté humaines, essentiellement borné dans ses visés, plus restreint encore dans sa portée effective, on est bien assuré, avec tant de profondeur qu'on la creuse, quelque ingéniosité que l'on mette à en solliciter la formule, de n'en pouvoir déduire la pleine totalité des solutions, que réclament impérieusement les infinies complexités des relations sociales.<sup>735</sup>

Tal hecho, sin embargo, no resultaría nuevo, pues se ha expresado en el tiempo con distintos personajes, por lo que para la Historia, en realidad, no es tanto una novedad: Aristóteles podrá ser llamado, por antonomasia, el padre de la Lógica, pero de ninguna manera se puede aceptar que Tales, Anaxímedes, Anaxágoras, Parménides, Heráclito, entre otros sofistas cuyo rol se encausa en la problemática del *ἀρχή*, y más aún Protágoras, Sócrates o Platón, no se hayan expresado lógicamente; incluso Zenón de Elea, cuyo discurso de la negación del movimiento

---

<sup>732</sup> Waismann, F., *loc. cit.*

<sup>733</sup> Bayer, K., *óp. cit.*, p. 234.

<sup>734</sup> Un magnífico ejemplo es el profesor estadounidense R. Dworkin, quien, pese a criticar severamente la tesis de la imposibilidad de la única respuesta correcta en el Derecho, jamás expresa en su notación alguna crítica dirigida a Kelsen y su teoría de la interpretación.

<sup>735</sup> Géný, F., *óp. cit.*, t. II, §155, pp. 74 y s.

en el mundo (o *Argumentos contra el movimiento*) está construido por una base lógica muy fuerte que es altamente complejo de contrariar (de forma lógica)<sup>736</sup> por lo que no es de extrañar que Diógenes haya quedado en ridículo al pretender negar dicha tesis con el simple hecho de pararse de su asiento y ponerse a andar.<sup>737</sup> Por tanto, ante el dato de que el estagirita es considerado el padre de la Lógica, no debiese deducirse que no sea sino hasta entonces cuando empieza a aparecer el sentido lógico en la composición del discurso sofista; un error en el que se puede caer muy fácilmente sin una debida comprensión.

Asimismo, por ejemplo, no puede olvidarse la gran disputa sobre la autoría del desarrollo del cálculo infinitesimal (o diferencial) entre Newton y Leibniz; el primero, hacía su composición del cálculo en 1665, el cual, a costumbre ya muy distinguible en Newton, no alcanzó la publicación formal sino hasta 1673; por el contrario, Leibniz hace lo propio en 1684, cuyo primer manuscrito se remonta a 1677. Respecto a por qué se desarrolla una disputa, es debido al hecho de que Leibniz no hace referencia alguna a Newton en su publicación,<sup>738</sup> esto aún después de conocer de primera mano del trabajo que había desarrollado el inglés años atrás, ya que la *Royal Society* le envió correspondencia del propio Newton acerca del cálculo. Al final de todo, se dio el crédito del descubrimiento del cálculo infinitesimal a Newton, sin embargo, al paso del tiempo, se le empezó a dar más uso a las notas de Leibniz, por ser más simples en su aplicación. Más tarde, se reconoce a ambos como los padres del cálculo, y actualmente cada notación se aplica a distintos aspectos: la notación newtoniana es muy conocida en la Física respecto a la fluxión, mientras que la notación leibniziana es de suma utilidad cuando se trabaja con derivadas parciales de funciones multivariadas y sus operadores derivados.

Ahora bien, respecto al propósito de este apartado, y la inevitable similitud entre esta clásica disputa, Hart no hace mención alguna de Kelsen cuando empieza a desarrollar la idea

---

<sup>736</sup> Aristóteles (1995) *Física*, [traducción: *Φυσικῆς ἀκροάσεως*], [introducción, traducción y notas: Guillermo R. de Echandía], Gredos: España, VI:9, pp. 463 y ss.

<sup>737</sup> Laercio, D. (2010) *Vidas y opiniones de los filósofos ilustres*, [traducción: Luis-Andrés Bredlow], Editorial Lucina: Madrid, España, §39, p. 220.

<sup>738</sup> La diferencia entre las notas de Newton y Leibniz sobre el cálculo infinitesimal son bastante considerables. Newton se basa en fórmulas largas y complejas, mientras Leibniz aporta sus ideas con fracciones cortas y simples de manejar. A razón de esto, en la actualidad no es muy extraño que ambos cálculos sean aplicados a diferentes rubros de la Física.

de la *open texture*, a pesar de que existe una amplia y notoria semejanza con el *Rahmen*. Además, como ya se ha advertido, no hay lugar a ningún tipo de justificación que afirme que Hart no haya oído hablar de la obra de Kelsen, antes de la publicación de *The Concept of Law*, ya que el mismo profesor de Oxford, al inicio de su obra cúspide comienza por abordar la noción kelseniana respecto a qué es propiamente aquello que se hace llamar derecho, aunque no en referencia a lo tratado por la *Reine Rechtslehre*, sino por lo abordado en *General Theory of Law and State* de 1945, la cual también sufrió diversas modificaciones<sup>739</sup> —sin mencionar lo relativo a la *rule of recognition* y su relación con la *Grundnorm*. No obstante, es muy poco probable que no haya llegado a sus manos la *Reine Rechtslehre*, o que por lo menos no haya hojeado su primera edición, o la edición francesa con algunas adiciones.

Por todo, podrá ser la indeterminación del derecho una preocupación jurídica que se encamina al estudio de la interpretación, ya que su *estar en* el derecho vigente permite introducir elementos que van desde la exégesis, y la *libre recherche scientifique*, hasta los modelos contemporáneos, aunque no muy originales, de la interpretación jurídica. Sin embargo, desvanecer y negar la reinterpretación en la época del llenado y vacío del lenguaje, no es aceptable. No obstante, esto es precisamente lo que ocurre cuando se lee *The Concept of Law* de Hart, sin tener lectura previa del *Rahmen* descrito por Kelsen. Para el lector puede resultar obvio que la *open texture* del derecho se debiese llevar el crédito del salto hermenéutico jurídico que consiste en esfumar la idea de que la interpretación jurídica consiste única y exclusivamente en llegar al *sensus*, es decir, en descifrar el significado o la intención original que el legislador expresa en los textos jurídicos, por lo que se acepta, para bien, la imposibilidad de la única respuesta correcta en la interpretación.<sup>740</sup> Sin embargo, la *open texture* no da «apertura» al cimiento de la interpretación como se cree,<sup>741</sup> pero que, en cambio, eso sí es algo que logra el *Rahmen*: primero que nada, por establecer que la interpretación jurídica no se involucra al momento en que el intérprete «duda», sino que la interpretación siempre está presente, pues “siempre permanecerá un mayor o menor espacio

---

<sup>739</sup> Losano, M., *La teoría pura...* pp. 64 y s.

<sup>740</sup> Señalar este ejemplo es importante, ya que dentro de las primeras críticas que invadieron a la *Reine Rechtslehre*, ninguna estaba dirigida a señalar su intromisión en contra de la jurisprudencia clásica, la cual sostenía que, en la interpretación jurídica, sólo existe una única interpretación correcta.

<sup>741</sup> Lifante Vidal, I., *óp. cit.*, p. 241.

de juego para la libre discrecionalidad [...] hasta la orden más minuciosa tiene que dejar al ejecutor una cantidad de determinaciones”;<sup>742</sup> y, segundo, porque la volatilidad de la interpretación consiste en la selección de una única respuesta de entre varias posibles, las cuales no están clasificadas (valen igual)<sup>743</sup> —lo que para Dworkin, por ejemplo, sería un principio. Se desarrollan así, por tanto, los primeros momentos en que el positivismo jurídico empieza (o, mejor dicho, Kelsen) y sin notarlo, a echar mano de lo ya por mucho tiempo se ha signado y expresado por la filosofía y la hermenéutica filosófica, ubicada en la penumbra por la anchura y deslumbre del pensamiento moderno, ya que en la esfera del mundo objetivo se empieza a introducir, poco a poco, un elemento extraño: el elemento subjetivo —el espíritu. En la disciplina jurídica, por tanto, la interpretación se empieza a ubicar en una zona que anteriormente estaba prohibida, de la idea del juez autómatas, incluso antes de la pronunciación de Montesquieu sobre el papel del juez como “[...] la bouche qui prononce les paroles de la loi”,<sup>744</sup> y se empieza a distinguir la posibilidad de aceptar distintas interpretaciones, pero, sobre todo, el elemento subjetivo de la interpretación; es ahora cuando se empieza a notar en la *open texture* el indicativo de que se ha trasladado a la teoría jurídica un concepto que ya se había pronunciado, pero que se le había reprochado, por lo que resulta necesario ahora justificar el porqué del rechazo a uno y la aceptación del otro.

##### 5. Distinción holística sobre un sistema de reglas: *subjetividad*, una apuesta

Así las cosas, primero existe la imperiosa necesidad de situarse históricamente; con tal punto de partida, de un análisis histórico se obtiene que la segunda edición *Reine Rechtslehre* llegó al habla hispanoamericana en 1961,<sup>745</sup> poco después de publicarse en su idioma original. Por el contrario, *The Concept of Law* se tradujo inmediatamente después de su publicación

---

<sup>742</sup> Kelsen, H. *Reine Rechtslehre*, *loc. cit.*

<sup>743</sup> *Ibidem.*, p. 352. Cfr., Losano, M., *La teoría pura...* p. 168.

<sup>744</sup> Montesquieu, C-L. (1816) *l'Esprit Des Lois*, t. II, Édition Stéréotype: París, France, p. 57. Hay versión en castellano: (1906) *El espíritu de las leyes*, t. I, [traducción: Siro García del Mazo], Librería General de Victoriano Suárez: Madrid, España, p. 237.

<sup>745</sup> Su primera edición fue traducida rápidamente. Hay una versión en castellano, además de la aquí citada: Kelsen, H. (1941) *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, [versión: Jorge G. Tijerina], Losada: Argentina.

original en inglés, en 1961. Sin embargo, este infortunio no puede establecerse como una justificación, y, por lo tanto, que se pueda responsabilizar a las casas editoriales por este fallo que acaece en la teoría y enseñanza del derecho, ya que, a pesar de todo, suele omitirse que el planteamiento kelseniano del *Rahmen* está referido desde la primera edición, la cual, como ya se ha señalado, tuvo lugar en 1934.<sup>746</sup>

Parece más propio aceptar que la negatividad que se había ganado la *Reine Rechtslehre*, desde su primera edición, se convirtió en la razón suficiente para no aceptar cómodamente la segunda edición, la cual, a menudo, se le considera como una nueva teoría pura;<sup>747</sup> sumado al hecho de que esta última edición escrita durante su periodo en Estados Unidos,<sup>748</sup> pero que no fue concluida sino hasta su estadía en Ginebra, en 1959;<sup>749</sup> durante su periodo en América, Kelsen no desaprovechó la oportunidad y no dejaría pendiente para difundir su escuela,<sup>750</sup> pese a que en sus primeros años publicara en un idioma distinto al inglés; además, a pesar de las incesantes advertencias sobre este cambio de una edición a otra, en realidad, no es tan drástico como acontece, por ejemplo, con el Wittgenstein del *Tractus logico-philosophicus* al Wittgenstein de las *Investigaciones Filosóficas*, ya que Kelsen se enfoca más a dar respuesta a sus críticos —expresando la mayor parte de éstas al pie de página, como él mismo reconoce en el prólogo de la segunda edición— que reestructurar y postular una nueva *Reine Rechtslehre*, lo cual resultaría contraproducente, ya que Kelsen había viajado por el todo mundo con la empresa de divulgar su doctrina.<sup>751</sup> Ante esto, no ha habido jurista alguno que se haya atrevido hablar de un primer y segundo Kelsen, como sí aconteció con el filósofo de Viena y discípulo de Russell.

Con esto en mente, sería justo considerar al positivismo kelseniano como un positivismo jurídico cercano a la teoría de la comprensión, es decir, es un positivismo que acepta, en parte consciente, y en parte inconsciente, que la subjetividad no le es ajena, como si fuese un componente esotérico, de forma que la disciplina jurídica, sin renunciar al criterio de

---

<sup>746</sup> Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, [1], p. 131.

<sup>747</sup> Losano, M., *La teoría pura...* p. 62.

<sup>748</sup> Kelsen, H., *Autobiografía*, pp. 122 y ss.

<sup>749</sup> Bayer, K., *óp. cit.*, p. 233

<sup>750</sup> *Ibidem.*, pp. 231 y s.

<sup>751</sup> *Ibidem.*, p. 223.

cientificidad, le es posible lindar con aspectos próximos, entre ellos, principalmente, lo moral, lo político y otras disciplinas sin necesidad de forzar su estamento para la aceptación de estas, pues todas coinciden con la presencia de un elemento subjetivo. Pero también es necesario diferenciar que es un positivismo que no nace de la *Reine Rechtslehre* propiamente, sino de su teoría de la interpretación; muy distinto, por tanto, del profesor de Oxford, ya que de su trabajo principal únicamente existen pequeños esbozos que dan pie a considerar un sistema de reglas.

Kelsen, sin embargo, cercano al *Weiner Kreis*, pero, al mismo tiempo, con la posibilidad de haber conocido la fenomenología de Husserl,<sup>752</sup> logra desprenderse de los postulados de la jurisprudencia clásica de la época: un salto hermenéutico que, tras abordar la problemática de la indeterminación del derecho, se propone una teoría de la interpretación distinta que, aunque le vale un apelativo de irracional, no es un sistema de reglas, es decir, una teoría de interpretación que no se estanca en una típica problemática entre la literalidad y la intención.

Kelsen no realiza, en rigor, cambios significativos respecto a su teoría de la interpretación del derecho en sus respectivas ediciones de la *Reine Rechtslehre*, salvo la continua indicación que se trata de un asunto de *Rechtspolitik*, aspecto que se expresa con bastante frecuencia en su primera edición, pero de modo nulo en su segunda, al menos en su capítulo, ya que tal indicación queda de manifiesto desde un inicio, de ahí que, por ejemplo, Losano indique: “por qué Hans Kelsen no respetó las reglas que él creó”.<sup>753</sup> No obstante, la noción a destacar y que interesa es el *Rahmen*, por lo que si en sus distintas ediciones, de la *Reine Rechtslehre*, no se existen modificaciones relevantes sobre dicha noción, poco importa si se advierte que es una excepción; empero, al mismo tiempo, resulta importante precisar qué es lo que Kelsen suprime de la edición original, lo cual se prestará vital atención en lo subsiguiente.

Por ahora, debe tenerse en cuenta de qué trata el *Rahmen* en relación con la teoría de interpretación kelseniana; igualmente, considerar qué es la *open texture*, para luego analizar cuáles son sus contrastes, y exponer las razones por la cual se descarta a la *open texture* como una «apertura» a la hermenéutica filosófica, y que, al mismo tiempo, reivindicar al *Rahmen*. Por ende, si en un primer análisis se entiende que

---

<sup>752</sup> De hecho, lo hizo. Esto se muestra con la bibliografía que ofrece Kelsen en *Allgemeine theorie der norme*.

<sup>753</sup> Losano, M., *La teoría pura...* p. 164.

la norma de rango superior no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se la aplica. Siempre permanecerá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad, de suerte que la norma de grada superior tiene, con respecto del acto de aplicación a través de la producción de normas o de ejecución, el carácter de un marco que debe llenarse mediante ese acto.<sup>754</sup>

Entonces, con esta conceptualización del *Rahmen* que si bien no es específico su designio, no habría problema en considerarse como un conducto o un zona vacía en donde es posible detectar un elemento subjetivo de imprescindible sujeción, mismo que, a pesar de lo que esto pueda significar para la teoría jurídica que niega de modo categórico la subjetividad en el derecho, es posible fundamentar, ya que su materialización se da en el acto de aplicación, un problema hermenéutico que no ha sido tomado en cuenta por la jurisprudencia clásica; un problema que, en rigor, se aborda de un modo justo con *Wahrheit und Methode*.<sup>755</sup> Por otro lado, la *open texture* establece una pauta que se aleja del cometido, lo que le vale ubicarse muy por detrás del *Rahmen*:

Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una “textura abierta”.<sup>756</sup>

Sin embargo, con tal afirmación se desvanece, al instante, una máxima que postula la hermenéutica filosófica: «la interpretación da lugar en todo aquello que es objeto lingüístico de comprensión», o sea, la interpretación no es una disciplina que procure establecer qué es «claro» y qué es «oscuro»<sup>757</sup> sino que, después de los aportes de Heidegger, ahora se entiende que es una actividad propia del *Dasein*: un «modo de ser»; es decir, la interpretación siempre se «da», no es posible restringirla a gusto particular, ya que el solo hecho de pretenderlo puede considerarse como una negación de uno mismo: “*Verstehen ist das existenziale Sein*

---

<sup>754</sup> Kelsen, H., *óp. cit.*, [2], p. 350.

<sup>755</sup> *Vid.*, Gadamer, H. G. *Wahrheit und methode*, pp. 312 y ss.

<sup>756</sup> Hart, H. L. A., *The Concept of law*, p. 159.

<sup>757</sup> Chladenius, J. M., *Einleitung...*, p. 96.

*des eigenen Seinkönnens des Daseins selbts, so zwar, daß dieses Sein an ihm selbst das Woran des mit ihm selbst Seins erschließt*”.<sup>758</sup>

Aquí es, en efecto, donde se hace notar un primer contraste y primacía del *Rahmen* sobre la *open texture*: mientras para el profesor de Viena resulta inevitable la indeterminación del derecho,<sup>759</sup> para el de Oxford, dependería de la causa de un designio, o sea, solo tendrá lugar «en algún punto en que su aplicación se cuestione»; es de ahí el por qué Hart fundamenta que la actividad interpretativa se debe a un aspecto lingüístico, el cual matiza lo equivoco de las palabras, y, con el tiempo, aparecen los llamados *borderline cases*, ante los cuales, al exigir una reflexión, la interpretación es necesaria,<sup>760</sup> pero es preciso tener en cuenta que “[...] una cosa es que algunos preceptos normativos no presenten grado de dificultad alguna para su interpretación, y otra, muy distinta, es que no siempre se requiera la interpretación [...]”.<sup>761</sup> Tal aspecto puede ocasionar confusión para algunos, la cual será de sortear, por ejemplo, hay quienes insisten en que

[...] lo que caracteriza a los términos vagos es que poseen un núcleo central (en el que la aplicación es clara) y una zona periférica (de mayor o menor extensión dependiendo del grado de vaguedad) y en los problemas de indeterminación se plantean únicamente en aquellos casos concretos que se encuadren en esa zona periférica, pero no en los casos (más o menos numerosos, pero existentes) que «caigan» en el núcleo del concepto.<sup>762</sup>

Sin embargo, cuando se afirma esto, sobre todo cuando se advierte la cualidad de lo *claro* en tales términos, se afirma, al mismo tiempo, que la tradición no existe, y que la universalidad de la comprensión no es posible de modo alguno: en este sentido, la idea cartesiana de lo *claro* y *distinto* denota nuevamente presencia. Parece que se olvidan nociones básicas —si es que alguna vez se tuvo en mente— por ejemplo, si se toma un ordenamiento jurídico de un Estado desconocido en su idioma original, el cual también resulte ajeno, a pesar de que para los nativos de ese Estado sea totalmente *claro*, para quien sea extraño a él no lo será, es

---

<sup>758</sup> Heidegger, M., *Sein und Zeint*, §31, p. 144.

<sup>759</sup> Linfante Vidal, I., *óp. cit.*, pp. 70 y s.

<sup>760</sup> Hart, H. L. A., *The concept of law*, p. 5 y nota.

<sup>761</sup> Vázquez Esquivel, E., *Primera parte...*, *loc. cit.*

<sup>762</sup> Lifante, I., *óp. cit.*, p. 72.

decir, será *oscuro*, a menos, primeramente, que sea parte de la misma tradición (si bien no solo que aprenda el idioma local). Y, en segundo lugar, si bien Kelsen comete el error de asegurar que la multiplicidad de la interpretación recae en la vaguedad del lenguaje, la discrepancia entre el texto de la norma y la voluntad de la autoridad edictora, así como la contradicción entre normas, en realidad no es que el significado sea múltiple, sino que la comprensión es múltiple. En este tenor de ideas, la crítica sustentada por Lifante no tiene ningún sustento, si bien puede considerarse como efectiva en contra del mismo Kelsen. Pero tampoco es fácil entrar en confusión si el análisis de la indeterminación del derecho se hace con base en la taxonomía de un pensamiento completamente distinto, como es Hart, precisamente por hacer alusión a lo denominado como «núcleo central» y «zona periferia».<sup>763</sup> En realidad, lo que afirma Kelsen cuando asegura que la indeterminación es en todos los casos, lo que dice es que todas las normas jurídicas, sin excepción, únicamente pueden alcanzar su determinación cuando son aplicadas, y son aplicadas cuando, dentro de su *Rahmen*, una solución, entre muchas, ha sido elegida. En estos términos, todas las normas jurídicas son indeterminadas: existe un lecho enorme, verbigracia, entre «comete el delito de homicidio quien priva de la vida a otro», y «Juan ha cometido el delito de homicidio al privar de la vida a otro». En este ejemplo, la primera premisa se consideraría ampliamente *clara*, y, por tanto, en términos de Lifante, no es indeterminada, pues no es vaga, tiene un «núcleo claro» y una «zona periférica» aceptable, siempre y cuando no se introduzca más información como en qué condiciones se ha dado la privación de la vida, sin embargo, evitando esa información, tal norma jurídica en realidad sí es indeterminada, pues para ser indeterminada, requiere determinarse en la aplicación. Por lo mismo, Lifante vuelve a equivocarse cuando asegura que una norma puede llegar a indicar

[...] sin dejar a dudas, que el juez debe imponer una pena de entre 6 meses y un día, hasta un año. Parece que una «indeterminación de este tipo no tiene nada que ver con el lenguaje y, por tanto, no originará una multiplicidad de posibles interpretaciones (significados) entre las que optar. Por supuesto, en los casos en que la «indeterminación» haya sido buscada por medio de la indeterminación del lenguaje, la situación será diferente.<sup>764</sup>

---

<sup>763</sup> Para un ejemplo similar, *vid.*, Del Real Alcalá, J. A., *óp. cit.*, pp. 2 y ss.

<sup>764</sup> Lifante, I., *óp. cit.*, p. 73.

Sin embargo, el detalle es que, en realidad, sí ocurre una multiplicidad de interpretaciones, y no es precisamente por el lenguaje, que también puede serlo (como bien indica) sino por la multiplicidad de la comprensión. Primero, que Lifante no considere como esfuerzo hermenéutico que entre seis meses y un día, hasta dentro de un año existe, seis meses y dos días, seis meses y «n» días hasta, etc., no significa que la interpretación no sea posible, y ni qué decir del principio de congruencia en la interpretación; pero más que nada por querer armonizar el concepto de *Unbestimmtheit* —«indeterminación», como se entiende en el habla hispana— parece que inevitablemente se habla de otra tradición distinta a como se conoce, pues también suele significar indecisión, vaguedad, imprecisión, inseguridad; si tal ejemplo se entiende como indecisión, la *Beabsichtigte Unbestimmtheit* de la que habla Kelsen parece no tener problema alguno, pues se trata de una determinación a partir de una discrecionalidad. Con ello, la *Beabsichtigte Unbestimmtheit* es, en efecto, intencional en un sentido de «concretar» y «completar», es decir, que será el juzgador, no el legislador, quien determinará qué sanción es la adecuada para lograr el fin de la reinserción social —aspecto que se supone persigue la legislación penal— la cual se define en el acto de «juzgar».

Segundo, en este caso, quizá no habría duda si se consulta un calendario o un diccionario para advertir qué son los meses y qué un año, y quizá también un día, aunque esto sería precisamente la pretensión inicial, es decir, convencer sobre una «indeterminación del lenguaje», de modo que se buscarían los medios para «hallar» su significado. Entonces, verbigracia, se diría que un día no es necesariamente veinticuatro horas, pero tal aspecto se puede revertir si, por ejemplo, se considerarse como una condición del alba al ocaso, pues ¿en qué momento se debe de dejar en libertad al individuo encarcelado?: ¿a primera hora de la mañana después de transcurrir las veinticuatro horas?, ¿a medio día?, ¿cuándo se oculte el sol? Parece correcto asentar que las personas condenadas por alguna conducta ilícita no cuentan con un cronómetro personal en su celda.<sup>765</sup>

Por otra parte, un año, exigiría un esfuerzo hermenéutico igualmente para ubicar en qué tradición se considera, ciertamente no es lo mismo el calendario juliano que el gregoriano, ni el romano o el chino. Si Lifante realizara una investigación sobre las penas corporales en esas

---

<sup>765</sup> Podría, incluso, citarse a Nietzsche y elevar estas cuestiones a un plano distinto. Sin embargo, tal aspecto ya ha sido tratado desde un inicio respecto a la noción de «verdad» y el aforismo nietzscheano en contra del positivismo. Por tanto, se excluye tal aspecto en este análisis.

épocas, seguramente no seguiría considerando un año como trescientos sesenta y cinco días, o trescientos sesenta y seis en bisiesto; o bien, quizá algo más sencillo, alguna ley general vigente que contenga tal término, pero cuya expedición haya sido hace más de un siglo.<sup>766</sup> Por eso, Lifante parece olvidar —se insiste, si es que alguna vez se ha logrado comprender— que la interpretación es algo que necesariamente debe considerar la importancia y factor que es la tradición, pero más específicamente, la historia, de ahí que manifieste que una oración como «el juez debe imponer una pena de entre 6 meses y un día, hasta un año», no solo tiene multiplicidad de posibles interpretaciones debidas al lenguaje, sino también debidas al factor histórico. En definitiva, ser consciente de la «distancia histórica» y la historicidad como fenómenos que se prefiguran como principios para la correcta comprensión de lo comprendido, es clave para ir por buen cause. Como afirma Grondin: “Wann läßt sich wirklich behaupten, daß man eine Sache zu Ende begriffen hat? Bei allem Verstehen, selbst dort, wo es zu gelingen scheint, kann ein Rest Mißverstehen nicht ausgeschlossen werden”.<sup>767</sup>

Kelsen, por consiguiente, no se equivocó al aseverar que la interpretación jurídica trata de un proceso de voluntad. Su error, sin embargo, consiste en no lograr, o, mejor dicho, en nunca preocuparse respecto a cómo fundamentar dicha voluntad.<sup>768</sup> Si bien se trata esto de amalgamar con la propuesta del *Rahmen*, lo que pasa en realidad es que la *subjetividad* del intérprete nunca es asumida del todo. En este sentido, la figura del *Rahmen* si bien ofrece la posibilidad de disuadir la idea y tesis de la *única respuesta correcta*, nunca logra proyectar el peso específico de la voluntad para justificar la decisión de tomar una interpretación sobre otra posible, por lo que tratar el problema de la indeterminación únicamente desde una posición que prioriza la equivocidad en el lenguaje, es insuficiente; de ahí que Losano advierta que “[...] la falta de valoración —es decir, aquel elemento que debía garantizar el cientificismo de la ciencia jurídica finalmente depurada de todo juicio de valor— se revela cómo un peligroso disfraz de contenidos políticos”.<sup>769</sup>

---

<sup>766</sup> Verbigracia, el Código de Comercio en México es el ordenamiento jurídico más antiguo; publicado en 1889. Su contenido normativo, sin embargo, no alude, por ejemplo, el cambio de horario de verano.

<sup>767</sup> Grondin, J., *Einführung...*, p. 107.

<sup>768</sup> Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, [2], pp. 349 y ss.

<sup>769</sup> Losano, M., *La teoría pura del derecho...* p. 169.

Por lo mismo, reducir el análisis comparativo entre el *Rahmen* y la *open texture* a una empresa que solo abarque el signar de la indeterminación, una empresa que, por ejemplo, para Kennedy resulta de imprescindible de consideración,<sup>770</sup> es en realidad una nimiedad, ya que el carácter de «verdadero» de la indeterminación como una característica ineludible y propia, no requiere de ninguna justificación; esto porque desde la tradición misma incluso se acepta que ninguna ley puede abarcar la totalidad de las situaciones no previstas en el momento de su creación; además, dicho sea de paso, ambos juristas explican el porqué de la indeterminación: Kelsen, mediante la referencia de la grada superior y de grada inferior; mientras que Hart por medio del precedente y la legislación.

Sin embargo, lo importante debe ajustarse en destacar que la *open texture* del derecho no es otra cosa más que un sistema de reglas, el cual, al igual que cualquier otro, está orientado a la significación del *sensus spiritualis*:

aun cuando se usen reglas generalmente formuladas, en los casos concretos particulares pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ellas. Las situaciones de hecho particulares no nos aguardan ya separadas las unas de las otras y rotuladas como ejemplos de la regla general cuya aplicación está en cuestión. Ni la regla puede por sí misma reivindicar sus propios ejemplos.<sup>771</sup>

Entonces, lo anterior es posible ser considerado como un aspecto no muy lejano a lo que la jurisprudencia clásica ha propuesto, lo que para algunos aún se considera como la ocupación única de la interpretación jurídica. No obstante, para el profesor de Viena es distinto, pues la actividad interpretativa no «da» a lugar cuando la «duda» existe, sino por el *Rahmen*, el simple hecho de constatarse; o sea, para Kelsen, primeramente, no es posible diferenciar entre cuándo una norma se puede considerar *clara* y cuándo *oscura*, pues no es ese su propósito, sino de la *Rechtspolitik*; y, segundo, el carácter lingüístico de las normas no es susceptible de comparación con lo que plantea el profesor de Oxford, pues se advierte una especie de estancamiento en la equivocidad, mientras que para Kelsen no solo adquiere importancia el

---

<sup>770</sup> Kennedy, D. (2008) “Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen”, en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, n. 2, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas: México, p. 365.

<sup>771</sup> Hart, H. L. A., *The concept of law*, p. 157.

significado del «pasaje» jurídico, sino también a lo que lingüísticamente transforma lo metajurídico (o *Rechtspolitik*) a lo jurídico, pues

[...] la realización del acto jurídico dentro del marco de la norma jurídica aplicable es libre, es decir, librado a la libre discrecionalidad del órgano llamado a efectuar el acto, como si el derecho positivo mismo delegara en ciertas normas metajurídicas, como la moral, la justicia, etcétera; pero de ese modo esas normas se transformarían en normas jurídicas positivas<sup>772</sup>

Ahora bien, como ya ha sido expuesto, la *open texture* es un sistema de reglas, lo cual viene a categorizarse como una primera diferencia fundamental. Por ende, queda por detrás del *Rahmen* en el diseño de dar forma a una teoría de interpretación jurídica, cuyo matiz sea producir un contenido, mas no reproducir, por lo cual se opaca drásticamente, dando espacio, nuevamente, a la jurisprudencia clásica y sus diversos postulados:

habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables [...] Pero habrá casos frente a los que no resulta claro si aquéllas se aplican o no [...] Los casos claros, en que los términos generales parecen no necesitar de interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser “automático”, son únicamente los casos familiares que se repiten de forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios.<sup>773</sup>

Se insiste, resulta esencial ubicar la *open texture* como un sistema de reglas, ya que trasluce una máxima propia de este tipo de sistema (empezando con la categorización de lo *claro*); un sistema que suele tratarse a como lo sería una teoría de la interpretación, pero cuyo interés se aleja, por distintos motivos, del propósito en lograr una correcta comprensión, mas, con ello, no implica excluir o negar la subjetividad como elemento existente de la *open texture* del derecho y su plano de diseño. Con esto, por ende, se logra establecer una segunda diferencia entre el *Rahmen* y la *open texture*. Por lo mismo, lejos de atribuir que en la interpretación jurídica debe existir un total abandono a la subjetividad, pues la arbitrariedad

---

<sup>772</sup> Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, [2], p. 354.

<sup>773</sup> Hart, H. L. A., *The concept of law*, p. 158.

se considera latente, Kelsen y Hart rivalizan con la jurisprudencia clásica al apostar por la subjetividad en el *Rahmen* y la *open texture*.

Kelsen, por su parte, en la aplicación del derecho es posible notar la presencia de la subjetividad del *Rahmen*, cuyo punto de interés se signa en un acto de elección, la cual consiste en elegir, entre varias posibles, con igual valor jurídico, una única;<sup>774</sup> no obstante, contrario a lo que se puede aducir de esto, resulta imprescindible precisar que bajo el manto de la subjetividad no se determinan las distintas soluciones, sino de la indeterminación, o sea, debido al *Rahmen*, algo muy cercano al principio hermenéutico de la interpretación jurídica y teológica: “weder der [...] sieht in der Aufgabe der Applikation eine Freiheit gegenüber dem Text”.<sup>775</sup> Sin embargo, su teoría de la interpretación queda muy corta al respecto a «producir» un contenido, limitando su propuesta a una mera «reproducción»: “un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma”.<sup>776</sup> Una postura que se mantendrá en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*, pues la interpretación epistemológica adquiere mayor notoriedad:

si por “interpretación” se entiende la determinación en cuanto al conocimiento del sentido del objeto interpretado, el resultado de una interpretación jurídica sólo puede ser determinar el marco que expone el derecho por interpretar, y, por tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco. Por lo tanto, la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente de varias, todas las cuales –en tanto son cotejadas solamente con la ley que haya de aplicarse– tienen el mismo valor [por el contrario, el órgano de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. Él tiene competencia para escoger la que más le parezca apropiada, de tal modo que entre diversas interpretaciones posibles [...] <sup>777</sup> aunque sólo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del órgano de aplicación de derecho, en especial, en el acto del tribunal.<sup>778</sup>

---

<sup>774</sup> Esto mismo lo detecta Losano, *supra*.

<sup>775</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit und Methode*, p. 338.

<sup>776</sup> Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, [1], p. 134.

<sup>777</sup> Esta parte entre corchetes pertenece a la primera edición de la *Reine Rechtslehre* (p. 131).

<sup>778</sup> Kelsen, H., *óp. cit.*, [2], p. 352.

Con otras palabras, debido a que para el profesor de Viena “no existe genéricamente ningún método —caracterizable jurídicopositivamente— según el cual uno entre varios significados lingüísticos de una norma pueda ser designado como el ‘correcto’”,<sup>779</sup> en la teoría de la interpretación, la subjetividad se relaciona, de esta manera, con la *Rechtspolitik*. Pero, como se advertía desde un inicio:

quien así piensa está llevado a concluir que, por ejemplo, en el caso de discrepancias entre letra y finalidad de la norma o de contradicción entre normas, no sea posible de encontrar con el método interpretativo un criterio de preferencia entre las decisiones abstractamente posibles, aunque una sola esté destinada a llegar a ser derecho positivo en el acto de la autoridad (a la cual estaría reservada la función de interpretar la ley). El juez no estaría llamado, según esta teoría, a resolver un problema teórico intelectual sino por añadidura un problema de políticas legislativas, parangonable a aquel de legislador, de emanar leyes justas en el marco de la Constitución. Sería esta una “función de voluntad” no ya de intelecto, tanto de parte del legislador cuanto de parte del juez; pero la diferencia, no cualitativa sino más bien puramente cuantitativa, resguardaría sólo la intensidad del vínculo, mayor en el juez, menor en el legislador.<sup>780</sup>

De ahí que, verbigracia, Kelsen afirme que “la interpretación que efectúa el órgano de aplicación de derecho es siempre auténtica”.<sup>781</sup> Sin embargo, a pesar de esta asequible incongruencia que se empieza a desvelar completamente, es justamente aquí cuando lo desarrollado en la primera edición, por una parte, y la segunda edición, por otra, de la *Reine Rechtslehre*, se logra compaginar:

la teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en relación con las otras del orden jurídico.<sup>782</sup>

---

<sup>779</sup> *Ídem*.

<sup>780</sup> Betti, E., “Interpretación de la ley y su potencia evolutiva”, en *óp. cit.*, §8:II, p. 42.

<sup>781</sup> Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, [2], *loc. cit.*

<sup>782</sup> Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, [1], p. 132.

Sin embargo, esto no quiere decir que todo esté perdido, ya que, en primer lugar, Kelsen admite que “[...] la teoría pura del derecho no teme a la política [...]”.<sup>783</sup> Y, en segundo lugar, porque si bien el positivismo jurídico no ha logrado alcanzar su propósito de determinación normativa, ello no implica que exista un obstáculo para una «apertura» de la *Rechtspolitik* en tal rubro, a lo cual apuesta Kelsen:

el derecho positivo no permite la elección de la solución “justa” entre las diversas posibilidades contenidas en el marco, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica.<sup>784</sup>

Por ende, signada desde una postura epistemológica, la teoría de interpretación de Kelsen consiste en hacer notar (o señalar) posibles determinaciones dentro del *Rahmen*, el cual se «llena» por una función de *Rechtspolitik*, y con ello evita abordar el problema hermenéutico de la aplicación, pues, con otras palabras, por un acto volitivo —una elección del intérprete jurídico al momento de la aplicación del Derecho— se escamotea tal asunto:

[...] en la aplicación del derecho por un órgano jurídico, la interpretación cognoscitiva del derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación de derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra.<sup>785</sup>

No obstante, como se advirtió desde un inicio, tal aspecto no difumina ni logra evitar la incongruencia de admitir un elemento valorativo a una teoría que rehúsa a aceptar elementos valorativos, por lo que la verdadera crítica a la *Reine Rechtslehre* debiera abocarse por completo a su teoría de la interpretación, ya que ofrecerla es tirar por la borda la teoría trazada desde un primer momento. Hasta ahora, en efecto, este problema únicamente se ha indicado respecto a su lado aplicativo, es decir, en el hecho de valorar (o preferir) una interpretación por arriba de otra con el fin de surtir efecto en la decisión judicial (la aplicación) a pesar de estipular que la multiplicidad de interpretaciones son iguales una ante otra, pero lo mismo acaece si lo que se pretende es «identificar» el derecho vigente, pues se requiere de un efecto

---

<sup>783</sup> Kelsen, H., *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, p. 52.

<sup>784</sup> Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, [1], p. 133.

<sup>785</sup> Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, [2], p. 354.

valorativo para precisar, efectivamente, si un derecho es o no vigente. No se trata, como se puede llegar a pensar, de una alarma sin precedente, ya que esto mismo ha sido un problema que, incluso desde la ciencia misma, no se ha definido propiamente, por lo que no extraña que, si bien, las aspiraciones de Kelsen eran «crear» una *ciencia pura*, haya terminado por tener los mismos problemas que se han vertido desde la Filosofía de la Ciencia.

Ha habido, sin embargo, algunos intentos de superar tal dificultad, por ejemplo, lo que para Lakatos se designa como *positive heuristic* —un intento racional sobre “[...] what paths to pursue”—<sup>786</sup> pero, al mismo tiempo, hay quien ha negado una *scientific rationality*<sup>787</sup> que ofrezca una solución, como Feyerabend —“no hay una «racionalidad científica» que pueda considerarse como guía para cada investigación”.<sup>788</sup> Ambos casos, no obstante, convergen en que no es posible proceder (un cambio científico) sin que necesariamente exista una subjetividad, pues “[...] no se puede decir nunca de modo absoluto que un programa de investigación es «mejor» que otro rival”,<sup>789</sup> porque “la metodología de programas de investigación, ni *contiene* tales exigencias ni [...] *puede* contenerlas”.<sup>790</sup> Con tal disposición, Feyerabend va un paso por delante, pues

No tiene sentido formular, de una forma general y al margen de los problemas específicos, cuestiones tales como «qué criterio seguiría para preferir una teoría sobre otra», y sólo podrían responder de forma concreta aquellos que han tenido que resolver problemas específicos y que utilizan los conocimientos (en gran medida intuitivos) que han acumulado en estos procesos para poder hacer sugerencias definidas.<sup>791</sup>

Por eso, ahora hermenéuticamente, la *Reine Rechtslehre* decae por tal razón; no porque sea un descuido propiamente, sino porque su *teoría pura* se quedó varada en un arquetipo epistemológico —es decir, en el positivismo jurídico— el cual se ve enfrascado en un historicismo que, a pesar de sofocar incisivamente, no logra ubicar la importancia del

---

<sup>786</sup> Lakatos, I., *óp. cit.*, p. 47. También, p. 50.

<sup>787</sup> Feyerabend, P., *Tratado contra el método*, p. 173.

<sup>788</sup> *Ibidem.*, p. XV.

<sup>789</sup> Chalmers, A., *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?*, p. 124.

<sup>790</sup> Feyerabend, P., *Tratado contra el método*, p. 174.

<sup>791</sup> *Ibidem.*, pp. XV y s.

«sujeto» (*Dasein*) como parte fundamental del desarrollo científico que, se supone, ofrece desde un inicio —a pesar, como ha sido advertido, que se deslinda ampliamente en *Allgemeine Theorie der Norme*, tal cambio de dirección sea considerado para la teoría jurídica como un irracionalismo.

El intento de Kelsen de aplanar la función jurisdiccional al nivel común de la discrecionalidad, no es punto justificado de la presencia de un momento axiológico en la apreciación interpretativa del juez: porque a la apreciación interpretativa queda siempre una apreciación vinculada, subordinada merced a un vínculo de continuidad lógica y axiológica a aquella línea de coherencia que se demuestra inmanente al orden jurídico considerado en su totalidad.<sup>792</sup>

Ahora bien, y, por otro lado, habría que terminar con el profesor de Oxford. Si se recuerda, la idea de los *easy y hard cases* (lo que para la teoría de la comprensión sería apelar a una distinción entre lo *claro y oscuro*) junto con la equivocidad del lenguaje, es un énfasis recurrente para lidiar con la imposibilidad de la única interpretación correcta:

[...] en la amplia mayoría de los casos que se ventilan ante los tribunales, ni las leyes ni los precedentes en los que, según se pretende, están contenidas las reglas, permiten un único resultado. En los casos más importantes hay siempre una elección. El juez tiene que optar entre posibles significados alternativos de las palabras de una ley, o entre “interpretaciones” discrepantes de qué es lo que “expresa” un precedente.<sup>793</sup>

Resulta asequible que, con Hart, la «solución» al problema de la indeterminación, como con Kelsen, solo se alcanza por un acto de elección. Sin embargo, la producción de posibles soluciones es plenamente distinto, pues su origen se debe por lenguaje, su equivocidad, tratándose de un acto de legislación; mientras que, de ser un precedente, será un *sensus spiritualis*, el cual acaece en sentencias de asuntos; del umbral ya resuelto.

Empero, defender que el juez, aparte del cuerpo legislativo, «crea» derecho es posible de ser considerarse como un gran paso —aspecto que, posiblemente, deba a Kelsen tras consultar *General Theory of Law and State*. Pero bien, lo que resulta extraño es que poco

---

<sup>792</sup> Betti, E., “Interpretación de la ley y su potencia evolutiva”, *loc. cit.*

<sup>793</sup> Hart, H. L. A., *The concept of law.*, p. 15.

después se acepte y justifique que “las reglas jurídicas pueden tener un núcleo central de significado indiscutido, y en algunos casos puede ser difícil imaginar el debate acerca del significado de la regla”;<sup>794</sup> un juicio nublado, en efecto, el cual añade que “sin embargo todas las reglas poseen una penumbra de incertidumbre donde el juez tiene que elegir entre alternativas”.<sup>795</sup> Esto se debe porque, nuevamente, se trata de un sistema de reglas que no vence a la jurisprudencia clásica, a pesar de alojar una pequeña posibilidad al elemento subjetivo de la interpretación. Por lo mismo, pretender que esto supera la interpretación epistemológica propuesta por la teoría jurídica, desde siempre, es un error; por ello mismo, su *open texture*, respecto a la teoría de la comprensión, es distante, toda vez que

la textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses del conflicto, cuyo peso varía de caso a caso.<sup>796</sup>

Se insiste, el sistema de reglas hartiano es plenamente dependiente de la *open texture*, que no provoca «apertura»; en realidad, implica que la arbitrariedad encuentre justificación, pues permite la intrusión de elementos extraños que solo son justificables por la «buena intención» del intérprete, sin ajustarse a ningún parámetro, que pueden ir desde otro sistema de derecho, hasta matices de una moral irreconocible —y que, por ende, ciertos prejuicios tomen posición. Todo ello es porque no pudo pronunciarse sobre las reglas necesarias para llevar a cabo el proceso de interpretación. No obstante, parece que se puede llegar a un acuerdo en sustentar que tanto el *Rahmen* como la *open texture* representan un avance para la interpretación jurídica. Sin embargo, las razones que orillan a optar por la *open texture* no logran diferenciar entre uno y otro; la diferencia esencial entre lo que es un sistema de reglas, y lo que es realmente una teoría de la interpretación; entre lo epistemológico y lo ontológico.

Por todo, parece que Kelsen está mucho más cercano a lo que puede considerarse como una teoría de la interpretación, ya que el primero comparte ciertas características que se

---

<sup>794</sup> *Ídem.*

<sup>795</sup> *Ídem.*

<sup>796</sup> *Ibidem.*, p. 168.

comprenden al contactar con la hermenéutica filosófica, como: (1) la aceptación de que la interpretación es una actividad que siempre está presente, y no un capricho que hace acto de presencia cada vez que se exige un razonamiento; (2) la crítica a la tesis de la única interpretación correcta en el área del derecho; y (3) la aceptación del elemento subjetivo en la interpretación, aunque su presencia sea más patente en el momento de la aplicación del derecho, y no tanto por un efecto productivo del intérprete.

Resumidamente, y, por último, si se realiza un análisis de la *Reine Rechtslehre* y su teoría de la interpretación como dos obras distintas, ajenas al mismo autor, las críticas serían y adquirirían un tono completamente distinto —aunque tal aspecto es irrelevante a lo que aquí concierne. Por esa misma razón, Kelsen al ofrecer una teoría de la interpretación incurre en un error ampliamente distinguible, pero que, al mismo tiempo, sienta las bases para llevar a la *Reine Rechtslehre* a la práctica y a tener un acercamiento real de lo que se ha construido desde la teoría de la comprensión. Por todo, es con el profesor de Viena en donde se encuentra una forma correcta, aunque inconclusa, de afrontar el problema de la indeterminación del derecho, lo que permitirá atender de una mejor manera la problemática de la derrotabilidad de las normas jurídicas; la clave es poner atención respecto a la *Rechtspolitik*, pues es de ahí donde la «derrotabilidad» toma forma. No se trata, pues, de un mero asunto político, sino de racionalidad, por ello es necesario abordar tal problemática desde la hermenéutica.

## CAPÍTULO V

### DERROTABILIDAD DE LA RAZÓN HERMENÉUTICA: PROYECCIÓN DE UNA CONCIENCIA FENOMENOLÓGICA ANTE EL DISCURSO DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA TEORÍA DE LA COMPRENSIÓN COMO PARADIGMA APODÍCTICO

#### 1. Sin acuerdo: propedéutica de un matiz que no encuentra matriz

Expuesto lo anterior, todo parece indicar que la derrotabilidad de las normas no debe su *matrix* a un matiz como la indeterminación del derecho, sino a un aspecto distinto: la interpretación (*Auslegung*) pero una interpretación entendida desde la comprensión (*Verständnis*) y no como una particularidad de uno u otro prejuicio —como una apología de estamentos. Igualmente, se ha dejado establecido por qué Hart se sitúa, por expresarlo en una frase, *inter lux et tenebris*, así como (1) por qué es un sistema de reglas que carece de horizonte, y (2) por qué su *open texture* no es una opción adecuada para abordar lo que la derrotabilidad de las normas jurídicas supone como problema. Como advierte Lifante, para el profesor de Oxford, “la función de la interpretación jurídica consistiría en «eliminar la indeterminación» que presentan las normas generales”,<sup>797</sup> pero sin indicar el cómo lograr, en aras de evitar que la subjetividad, acaecida en la *discrecionalidad judicial*, se muestre de un modo arbitrario; un aspecto que, para la teoría de la comprensión, se considera como una función de «llenar un vacío».<sup>798</sup> Con ello, al parecer, a Hart le faltó lenguaje, algo completamente inaudito si se considera que su posición respecto a la indeterminación se construye a partir del lenguaje mismo. Sin embargo, sería más propio inferir que no es por el lenguaje mismo su caída, sino su limitado horizonte respecto a lo propio de la interpretación, como ya se ha establecido.

Podría, no obstante, reconocerse que Hart está en lo cierto en considerar que no es viable anticipar *a priori* una cantidad de determinaciones que sean capaz de regular la totalidad de

---

<sup>797</sup> Lifante Vidal, I., *óp. cit.*, p. 240.

<sup>798</sup> Pérez Jaraba, M. D., *óp. cit.*, p. 16.

la conducta humana,<sup>799</sup> pero tal crédito sería propio de Waismann,<sup>800</sup> cuya inspiración conlleva a la formulación de la *open texture* en el campo del derecho. Aunque, en realidad, tampoco, ya que la noción de indeterminación se encuentra mucho más atrás, y no propiamente en Kelsen, como se ha anticipado, sino, por ejemplo, con Huarte de San Juan.<sup>801</sup> Además, tal aspecto puede relacionarse con una noción kantiana: la *facultad de prever*: “[...] la condición de toda posible acción y de los fines a que el hombre endereza el empleo de sus fuerzas [...]”.<sup>802</sup> Con todo, debería ser suficiente con la temática de la indeterminación como un problema.

No se pretende aquí volver a tales puntos, aunque pueda seguirse abordando sin dificultad, ya que la temática que incumbe, en este apartado, es más bien otra. Por tal cuestión, es necesario remontarse a un aspecto ya tratado. Verbigracia, Guastini tiene razón al indicar que la derrotabilidad de las normas jurídicas no es un asunto que tenga que ver con el «pasaje» jurídico por sí mismo, sino que se determina por la interpretación. Empero, advertir esta consideración no es tan simple como él lo propone. No se trata de argumentar que “la interpretación restrictiva es el resultado de una técnica interpretativa específica: la técnica de la disociación”.<sup>803</sup> Visto así, en primer lugar, sería necesario establecer que la interpretación no se trata de técnica (*τέχνη*) sino de comprender; en segundo lugar, si tal técnica “[...] consiste en introducir en las normas distinciones «nuevas», es decir no hechas por la autoridad normativa [...] en descomponer la clase de los supuestos previstos por el texto [...] en dos (o más) subclases [...]”,<sup>804</sup> la interpretación consiste aquí, entonces, no en un asunto en donde se procure “[...] die Ausarbeitung der im Verstehen entworfenen Möglichkeiten”,<sup>805</sup> sino en la clásica noción interpretativa epistemológica de «descubrir» un contenido en un texto.

---

<sup>799</sup> Hart, H. L. A., *The concept of law*, pp. 159 y s.

<sup>800</sup> Waismann, *óp. cit.*, pp. 61 y s.

<sup>801</sup> *Vid.*, Vázquez Esquivel, E., “La interpretación conforme en México...”

<sup>802</sup> Kant, I. (1991) *Antropología en sentido pragmático*, [título original: *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht*], [traducción: José Gaos], Akal: Madrid, España, §35, p. 96.

<sup>803</sup> Guastini, R., *Variaciones...* p. 151.

<sup>804</sup> *Ídem.*

<sup>805</sup> Heidegger, M., *Sein and Zeit*, §32, p. 148.

Resulta interesante esto último, ya que el profesor italiano incluso afirma que “[...] la disociación, precisamente, es el instrumento argumentativo que permite crear lagunas axiológicas y derrotar las normas”.<sup>806</sup> Si se analiza de cerca, esto es una contradicción, ya que no es posible sostener una idea de un «vacío» si se niega desde un principio; con otras palabras, si para Guastini la interpretación es un esfuerzo epistemológico que tiene como propósito «descubrir» un significado oculto, pero que siempre ha estado ahí, no es posible sostener la existencia de la derrotabilidad de las normas jurídicas, y menos aún las lagunas jurídicas, porque, lo dicho, el «pasaje» jurídico nunca ha sido desposeído de un significado. Aquí es cuando puede adquirirse congruencia, por ejemplo, que se afirme que las lagunas jurídicas marquen “[...] el límite de la tarea del intérprete”,<sup>807</sup> y que, por ende, entre la «integración» en su remplazo.

Cuando el juez llamado a resolver una controversia descubre que las reglas interpretativas son impotentes para ofrecerle la pauta de solución que busca, tiene, para cumplir su misión específica, que formular la norma aplicable al caso o, lo que es lo mismo, debe dejar de ser intérprete para asumir un papel muy semejante al del legislador.<sup>808</sup>

Fuera de ello, otro problema que tiene la «técnica de la disociación» es respecto a su eficiencia. Guastini da a entender que esto es así; sus tres ejemplos los detallan.<sup>809</sup> Entonces, si esta técnica tiene una efectividad del ciento por ciento (100%)<sup>810</sup> esto significa que es posible derrotar toda norma en todo momento —esto se vuelve una paradoja que menciona Rodríguez y Sucar, pues “[...] a partir de ninguna de ellas podrían derivarse conclusiones respecto de un caso particular”;<sup>811</sup> cada una de ellas se podría anular y, por ende, dejar sin aplicación. Por lo mismo, negar, por un lado, que la derrotabilidad de las normas no tiene relación con el positivismo jurídico; y, por otra, ofrecer una técnica que deja en entre dicho

---

<sup>806</sup> *Ídem.*

<sup>807</sup> García Máynez, E., *Introducción...* p. 366.

<sup>808</sup> *Ídem.*

<sup>809</sup> Guastini, R., *Variaciones...*, pp. 146 y ss.

<sup>810</sup> *Ibidem.*, p. 149.

<sup>811</sup> Rodríguez, J. L. & G. Sucar (1998) “Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de Análisis de la indeterminación del derecho”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 21, v. II, p. 405.

las normas jurídicas, no es muy congruente. Sin embargo, esto sería un problema al abordar la temática de la derrotabilidad de las normas jurídicas desde la teoría de los sistemas normativos, como hace Bayón o Rodríguez<sup>812</sup> —basta, incluso, con revisar el título del libro que compila el debate entre ambos: *relevancia normativa*. Si se aborda desde la teoría de la interpretación, y, en específico, desde la teoría de la comprensión, no hay dificultad alguna, como se detallará más adelante.

Sumado a esto, existe otro problema respecto a la técnica de la disociación, pues si tiene como propósito establecer excepciones a las reglas, en caso que, por ejemplo, se utilice esta misma técnica por dos flancos contrarios: ¿cómo saber cuál es la correcta? En este caso, el profesor italiano parece olvidar que la técnica de la disociación no está orquestada para argumentar posiciones e interpretaciones correctas, sino únicamente para hacer notar excepciones; en definitiva, se trata de expresar una decisión (de voluntad) —el problema hermenéutico de la aplicación.

Por tanto, para que la «técnica de la disociación» tenga sentido y coherencia, el mismo profesor italiano debería aceptar que sus ejemplos sobre la derrotabilidad no son adecuados, ya que tal técnica no se produce por una interpretación propiamente dicha, sino por un conocimiento previo sobre la posibilidad de las clases y subclases que se presuponen. Dicho en otras palabras, durante la disociación no se «crean» las clases como tal, sino que se «hacen notar», de ahí que una interpretación jurídica basada en una hermenéutica epistemológica obstruya las «posibilidades de proyectadas en el comprender».

Ahora bien, cuando se cuestiona acerca de qué tiene esto que ver con el positivismo jurídico,<sup>813</sup> parece olvidarse que los pilares en que se construye tal acepción es, por una parte, precisamente la concepción *naturalista-formalista*, cuya exigencia radica en labrar las leyes de manera que cualquier persona pueda entenderlas (si bien recientemente se manifiesta que esto no es del todo deseable)<sup>814</sup> por lo cual, «hacer notar» las excepciones a las reglas, resulta fundamental: “[...] es conveniente hacer explícito lo que se encuentra implícito [...] las

---

<sup>812</sup> Rodríguez, J., *La derrotabilidad de las normas jurídicas*, pp. 149 y s. *Cfr.*, Bayón Mohíno, R., *Proposiciones normativas e indeterminación del derecho*.

<sup>813</sup> Guastini, R., *Variaciones...*, p. 155.

<sup>814</sup> *Cfr.*, MacCormick, N. (1995) “Defeasibility in Law and Logic”, en Bankowski, Z., I. White & U. Hahn (ed.) *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, pp. 99-117.

excepciones implícitas en un texto normativo muchas veces son hechas explícitas en otros texto, la tarea ya ha sido muchas veces cumplida por el legislador”,<sup>815</sup> y, por otra parte, aquel viejo adagio que aún perdura, lo que para Gadamer significa: “Einem geltenden Gesetza gegenüber lebt man doch in der natürlichen Vormeinung, daß sein rechtlicher Sinn eindeutig ist und daß die Rechtspraxis der Gegenwart dem ursprünglichen Sinn einfach folge”,<sup>816</sup> es decir, se exige que la ley no se interprete, sino que se aplique —un aspecto que invita a cuestionar el porqué de las excepciones. He ahí las razones. Negar la *relación* que significa la derrotabilidad de las normas jurídicas, para el positivismo jurídico, conlleva a que ambos preceptos descritos se derrumben, pues su profundidad lleva a constatar una inaplicación, y como el mismo profesor italiano manifiesta: “una norma «derrotable», mientras permanece derrotable, no sirve para nada”.<sup>817</sup> Piénsese, por ejemplo, en la Reforma Constitucional de 2009 al artículo 127 constitucional, en específico, la fracción II, y sus transitorios.<sup>818</sup>

Por lo mismo, pareciere ya tradición, pues no parece meramente una coincidencia que, desde la literatura —a pesar de brindar la oportunidad de proyectar estudios interesantes— no se tome en cuenta, sino muchos años después, detalles que son de vital importancia, como advierte Feyerabend:

cuando una nueva teoría o una nueva idea entra en escena, normalmente se trata de una idea bastante inarticulada, contiene contradicciones, su relación con los hechos no es clara y abundan las ambigüedades. La teoría está llena de defectos. Sin embargo, puede desarrollarse y, tal vez, mejorarse.<sup>819</sup>

Pasó con Copérnico, Lavoisier, Newton, e incluso Einstein, y pasó igualmente con Bayón y Rodríguez al debatir con el problema de la derrotabilidad —si bien, antes ya había otros autores que trataron el tema—<sup>820</sup> pero con el inconveniente que, como se expondrá más

---

<sup>815</sup> Alchourrón, C., *óp. cit.*, p. 26.

<sup>816</sup> Gadamer, H. G., *óp. cit.*, p. 331.

<sup>817</sup> Guastini, R., *Variaciones...*, p. 154.

<sup>818</sup> *Vid.*, Decreto (2009, agosto) por el que se reforman y adicionan los artículos 75, 115, 116, 122, 123 y 127 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>819</sup> Feyerabend, P., *Tratado contra el método*, p. 171.

<sup>820</sup> MacCormick, N., *óp. cit.*, p. 99.

adelante, su disputa es un sin acuerdo, al trazar dos ideas distantes de un mismo concepto. Por ende, su encuentro solo proporciona una propedéutica de un matiz jurídico que, como la indeterminación del derecho, no encuentra una *matrix*.

Entrado en tema, por parte del profesor español, sus antecedentes sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas, parten, por una parte, de Ross, de su obra *The Right and the Good*, con la noción de norma (*prima facie duty*) que “[...] it suggests that what we are speaking of is a certain kind of duty, whereas it is in fact not a duty, but something related in a special way to duty”,<sup>821</sup> y que, además, se encuentra sujeta a excepciones implícitas que no son posibles de definirse *a priori*,<sup>822</sup> es decir, lo que para la teoría jurídica sería una norma derrotable<sup>823</sup> —aspecto que el mismo profesor español reconoce.<sup>824</sup>

Por otra parte, también se relaciona con Alchourrón, quien establece que toda expresión normativa está sujeta a excepciones implícitas, es decir, a circunstancias que, aunque no estén explícitamente enunciadas, «derrotan» la solución normativa prevista.

Muchas (sino todas) las formulaciones normativas son derrotables, esto es, poseen usualmente excepciones implícitas, existen circunstancias que derrotan la norma aunque ellas no están explícitamente enunciadas. Incluso una regla muy simple y clara como “todo conductor debe detenerse frente a un semáforo en rojo” puede tener excepciones no formuladas explícitamente.<sup>825</sup>

Con ello, Alchourrón concuerda con Hart en que cada «pasaje» normativo jurídico debería culminar con la frase: *unless...*,<sup>826</sup> es decir, a no ser que las excepciones de cualquier norma en cuestión hayan sido explicitadas, el contenido conceptual de dichas expresiones permanece indeterminado. Para Alchourrón, entonces, establecer el significado de una

---

<sup>821</sup> Ross, W. D. (2007) *The right and the good*, Reimpresión, Clarendon Press, Oxford: United States, p. 20.

<sup>822</sup> Para entender el por qué utilizar un concepto kantiano en lugar del verbo «anticipar» que se utiliza a menudo en la temática de la derrotabilidad de las normas jurídicas, *vid.*, Fort, L. (2005) “Escenarios de derrotabilidad y no derrotabilidad del derecho”, en *Revista de la Facultad de Derecho en México*, n. 243, pp. 31 y ss.

<sup>823</sup> Ross, W. D., *loc. cit.*

<sup>824</sup> Bayón Mohino, J. C. (2000, octubre) “Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico”, en *Isonomía*, n. 13, p. 91. También (2001) “Por qué es derrotable el pensamiento jurídico”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, n. 24, p. 51.

<sup>825</sup> Alchourrón, C., *óp. cit.*, p 24.

<sup>826</sup> Hart, H. L. A., *The concept of law*, p. 174.

expresión normativa derrotable, explicitando sus excepciones, exigiría acudir a ciertas convenciones interpretativas adicionales, pues

la derrotabilidad torna dificultosa la identificación de las normas de un sistema jurídico mucho más que la simple ambigüedad [...] constituye uno de los factores que hace necesario, en muchas situaciones, introducir operaciones valorativas y el uso de pautas axiológicas en la interpretación de los textos normativos.<sup>827</sup>

Si se sigue todo ello, entonces, una norma es inderrotable solo cuando su antecedente es condición suficiente de solución normativa prevista en ella —punto al que llega Bayón— es decir, que “si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos”.<sup>828</sup> Por lo mismo, cuando se trata un caso de normas en conflicto, esto es, que ambas normas explícitamente indiquen lo contrario, basta con el antecedente de una de ellas para resolver la antinomia,<sup>829</sup> pues podría considerarse como condición suficiente para lidiar con tal problemática, pero solo si existe una tercera regla que otorgue prioridad de una sobre la otra, es decir, que el criterio de prioridad, además de ser explícito, sea preestablecido<sup>830</sup> —de ahí que la derrotabilidad de las normas jurídicas no sea, al menos para el profesor español, un asunto de ponderación, sino de complementariedad de una norma con otras (metanormas).<sup>831</sup> Así, por ejemplo, si existieran dos reglas de prioridad que dieran preferencia simultáneamente a una y otra norma, entonces se estaría en presencia de dos normas inderrotables contradictorias,<sup>832</sup> mientras no exista una quinta regla que pueda disipar el enredo que esto implica;<sup>833</sup> y, cuantitativamente hablando, en presencia de cuatro normas que exigen observancia jurídica. Ante esto, es notable la sujeción de Bayón respecto a Alchourrón y la noción de *unless...* de Hart.

---

<sup>827</sup> Alchourrón, C., *óp. cit.*, p. 28.

<sup>828</sup> Alexy, R., *Sistema jurídico...*, pp. 143 y s.

<sup>829</sup> *Ibidem.*, p. 142.

<sup>830</sup> Rodríguez, J. L. & G. Sucar *óp. cit.*, p. 411.

<sup>831</sup> Bayón Mohíno, J. C., *¿Por qué es derrotable el pensamiento jurídico?*, pp. 54 y s.

<sup>832</sup> *Cfr.*, Alexy, R., *Sistema jurídico...* p. 143.

<sup>833</sup> Rodríguez, J. L. (2003) “Derrotabilidad e indeterminación del Derecho. Respuesta a Juan Carlos Bayón”, en *Relevancia normativa...* pp. 209 y s.

Por último, si acaeciera lo contrario, es decir, que no existiera regla de prioridad alguna —lo que Alexy denomina como «la variante más débil de una teoría de principios»<sup>834</sup> no sería posible establecer antecedente alguno de ninguna norma en conflicto, por lo que, al no hallarse una condición suficiente para solución normativa del contenido previsto por cada norma, se estaría ante dos normas derrotables,<sup>835</sup> en cuyo escenario, al final, no importa mucho cuál de ellas haya alcanzado sentido de la aplicación y cuál no,<sup>836</sup> ya que lo importante aquí es «crear» el antecedente necesario, es decir, una tercera norma que sea guía para determinar la preferencia de una sobre otra.<sup>837</sup>

Para Rodríguez, en cambio, si un fenómeno como el ya descrito tuviera lugar, podría reconstruirse sin acudir necesariamente a la noción de derrotabilidad de normas, y con ello, se evitaría afrontar problemas que, de acuerdo con él, traen aparejada la utilización de dicha noción. Su problemática radica, entre otras razones, en lo asequible de que si las normas fueran genuinamente derrotables —esto es, si no establecieran condiciones suficientes frente al acaecimiento de ciertos supuestos de hecho—<sup>838</sup> no podría derivarse de ellas solución normativa alguna, pues “[...] en ese caso podría justamente presentarse alguna de esas excepciones implícitas que frustran el surgimiento de la solución prevista”;<sup>839</sup> es decir, si todas las normas son derrotables, debido a que están sujetas a excepción, se admite, al mismo tiempo, que ninguna de ellas puede lograr su aplicación, pues ante su inminente cumplimiento, es posible exponer alguna excepción, y, por ende, evitar su aplicación; de ahí que concluya que “no tiene objeto hablar de derrotabilidad del derecho o de las normas jurídicas en general, dado que no parece ser un término con ningún alcance explicativo

---

<sup>834</sup> Alexy, R., *Sistema jurídico...*, p. 145.

<sup>835</sup> Bayón Mohíno, J. C., *¿Por qué es derrotable el pensamiento jurídico?*, p. 53.

<sup>836</sup> *Cfr.*, Alexy, R., *supra*.

<sup>837</sup> Bayón Mohíno, J. C., *¿Por qué es derrotable el pensamiento jurídico?*, *loc. cit.*

<sup>838</sup> *Vid.*, Alchourrón, C. (1993) “Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals”, en Meyer, J. & R. Wieringa, *Deontic Logic in Computer Science: Normative System Specification*, Wiley & Sons: New York, United States of America. También, del mismo autor, (1996) “Detachment and Defeasibility in Deontic Logic”, en *Studia Lógica*, v. 57, i. 1.

<sup>839</sup> Rodríguez, J. L. & G. Sucar, *óp. cit.*, p. 404. *Cfr.*, Bayón Mohíno, J. C., *Derrotabilidad, indeterminación...*, p. 105.

genuino”.<sup>840</sup> No obstante, cabe aclarar que el profesor argentino únicamente toma como relevante cuestiones que son meramente jurídicas,<sup>841</sup> y, en el fondo, considera la derrotabilidad de las normas jurídicas como un asunto de lógica,<sup>842</sup> sin considerar, por ello, cuestiones políticas, las cuales, como se sabrá, rompen con toda lógica formal, y, debido a ello, su análisis, en conjunto, nunca sobrepasa la barrera de la indeterminación.

Ante ello, para la teoría jurídica, en general, parece haber acuerdo tácito en que uno de los rasgos de la disciplina del derecho consiste y pretende guiar conductas, es decir, establecer un *status* deóntico de ciertas acciones de un modo general, y brindar, a su vez, un procedimiento para la resolución de conflictos mediante la aplicación de normas generales, pero que, en última instancia, serían todas normas morales.<sup>843</sup>

Ahora bien, a pesar de aparecer como dos tesis encontradas, en realidad, y observado con rigor, las consideraciones Bayón como las Rodríguez se estructuran como teorías incompletas —a pesar de que el segundo niega su posibilidad, pero que se traslada al procedimiento.<sup>844</sup> Por el contrario, si se toman ambas, sería posible argumentar una empresa precisa —aunque de esto no necesariamente se sigue que se complementen— ya que, como bien advierte Guastini, “[...] los juristas sí derrotan las normas, sin embargo, no las dejan «derrotables» hasta el infinito”,<sup>845</sup> lo cual será uno de los puntos clave. Con estos términos, parece encontrarse un paralelismo; por ejemplo, similar a lo que aconteció con Kelsen, al trazar un desmarque entre lo estático y dinámico del derecho. Cuando se lee a Bayón, es advertible la carencia que tiene el asunto de la derrotabilidad si este problema únicamente se aborda desde la estática. Por el contrario, cuando se lee a Rodríguez, solo es posible asimilar la complejidad desde una posición dinámica.

---

<sup>840</sup> Rodríguez, J. L. & G. Sucar, *óp. cit.*, p. 418.

<sup>841</sup> *Ibidem.*, pp. 405 y s.

<sup>842</sup> Rodríguez, J. (1997) “La derrotabilidad de las normas jurídicas”, en *Isonomía*, n. 6, pp. 158 y s.

<sup>843</sup> *Ibidem.*, p. 164.

<sup>844</sup> Precisamente, “[...] si x prueba A e y no prueba C, D u otras excepciones implícitas, entonces es obligatorio B, mientras que si y prueba alguna de tales excepciones, no resulta obligatorio B”. Rodríguez, J. L. & G. Sucar, *óp. cit.*, p. 417.

<sup>845</sup> Guastini, R., *Variaciones...*, p. 154.

Puede argumentarse, sin embargo, que la derrotabilidad de las normas jurídicas no es un problema como tal —como advierte Guastini—<sup>846</sup> aunque no en el sentido de Rodríguez,<sup>847</sup> sino tanto en un sentido racionalista, como en uno relativista. Primero, porque su planteamiento es erróneo: no es posible hablar de una derrotabilidad de las normas jurídicas cuando ellas mismas no representan un alcance del «sentido» *per se*, sino un medio por el cual existe una condición de *relación* con un espíritu extraño para el intérprete, de modo que vista la derrotabilidad, como una condición intrínseca de las normas jurídicas, no es una proyección respecto a la «cosa» misma, sino al aspecto interrelativo del intérprete.<sup>848</sup> Entender el sentido de la derrotabilidad de las normas, entonces, se da en alusión a su aplicación, de manera que si una norma cumple con condiciones suficientes para su aplicación, es decir, no se considera que una excepción sea relevante, serán normas inderrotables; y, en caso contrario, cuando una excepción surja, serán derrotables.<sup>849</sup> Sin embargo, Bayón con esta afirmación da a entender que las normas jurídicas regulan, por sí mismas, su aplicación, y descarta que el proceso de la comprensión sea un proceso unitario en el cual la aplicación es parte.<sup>850</sup> Con otras palabras, el hecho que se apliquen ciertas normas jurídicas no significa que sean inderrotables, sino que la aplicación misma es lo inderrotable.

Otro paralelismo puede ser de gran ayuda para disolver algunos puntos de quiebre. Supóngase el problema de la derrotabilidad en los términos de Bayón y Rodríguez. Entonces, si se considera un *software*, como un «antivirus» (y para mayor certidumbre, el mejor que se haya programado) como un sistema jurídico, es válido afirmar que dicho programa de computador ha sido realizado con la mayor *expertise* posible, de acuerdo a las exigencias que demanda el mercado, sin embargo, si se sigue a Bayón, sin importar que tan «completo» se considere, siempre habrá un medio por el cual sea posible sortear su seguridad, y, con el paso del tiempo, se descubrirán nuevas vías para evadir sus restricciones, de modo que sería posible «abrir» su código; no obstante, definir cuáles son esas vías de excepción no es una

---

<sup>846</sup> *Ibidem.*, p. 155.

<sup>847</sup> Rodríguez, J., *La derrotabilidad de las normas jurídicas*, pp. 163 y ss.

<sup>848</sup> Bayón Mohíno, J. C., *Derrotabilidad, indeterminación...*, p. 95. También, Alchourrón, C., *Sobre derecho y Lógica*, *loc. cit.*; y Ródenas, A., *óp. cit.*, p. 64 y 69.

<sup>849</sup> *Cfr.*, Alexy, R., *Sistema jurídico...*, *loc. cit.*

<sup>850</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit und methode*, p. 313.

empresa que se pueda establecer de antemano, sino que requiere de un esfuerzo que permita establecer un antecedente para luego desarrollar las excepciones. Ahora, si esta misma problemática se toma de acuerdo a los términos de Rodríguez, la situación se vuelve distinta: primero, sería necesario revisar los límites del *software*,<sup>851</sup> y, a partir de ello, realizar una acción que no se haya considerado en la información dada, de manera que se puede evitar su actividad (*firewall*) si se logra sobrepasar su límite, a partir de nueva información; segundo, no debe pasar por inadvertido que los programadores decidan modificar el programa, con el fin de añadir o eliminar no solo la *blacklist* otros aspectos importantes, sino de los posibles huecos o imprecisiones que no se hayan advertido en las labores previas de lanzarse al mercado, una acción que otorga más seguridad y certidumbre, es decir, es necesario que exista una modificación al sistema original; por ende, únicamente habría sentido para hablar de derrotabilidad del sistema,<sup>852</sup> en caso de poder evitar su seguridad, el propósito del *software* se habría perdido; o bien, derrotabilidad de creencia,<sup>853</sup> o sea, que fue posible evadir la seguridad del programa; pero, en el caso que concierne, no derrotabilidad como excepción.

En este sentido, por consiguiente, para la teoría de la comprensión, no es válido hablar de una derrotabilidad en tales términos, sino más bien de una derrotabilidad del pensamiento fenomenológico del intérprete, quien, careciendo de horizonte, no logra establecer un esfuerzo hermenéutico que le permita «comprender» la *relación* existente entre la norma, su autor y él mismo (intérprete). Con estos términos, la derrotabilidad sugiere presencia no en la «duda» —al estilo cartesiano del término— en la inaplicabilidad, sino en el momento en que el intérprete opera al margen de su conciencia, lo cual no le permite advertir su derrota como intérprete —que sea asequible. Pero, sobre todo, de notar la presencia de un factor de *Rechtspolitik*, como admite Rodríguez, un juez puede validar “[...] una solución que no se derive válidamente del sistema jurídico, y ello todo lo que significa es que los jueces pueden equivocarse o ser arbitrarios sin que ello pueda remediarse en virtud del principio de cosa juzgada”.<sup>854</sup> Por lo mismo, las diversas razones que aquí se expondrán no tienen como finalidad sustentarse en los dichos por Rodríguez, sino, al contrario, serán de otra índole,

---

<sup>851</sup> Rodríguez, J., *La derrotabilidad de las normas jurídicas*, p. 154.

<sup>852</sup> Rodríguez, J. L. & G. Sucar, *loc. cit.*

<sup>853</sup> Rodríguez, J., *La derrotabilidad de las normas jurídicas*, p. 165.

<sup>854</sup> Rodríguez, J. L. & G. Sucar, *óp. cit.*, p. 414.

cuyo estigma se caracterizará por relacionar la derrotabilidad de las normas jurídicas con corrupción e impunidad; la novedad será introducir dos nuevas articulaciones: la primera, será cómo este problema se relaciona con el conflicto de interés; y, la segunda, que la derrotabilidad exige la imperiosa necesidad de quebrantar el principio de igualdad. No interesa pues, negar la derrotabilidad de las normas jurídicas, sino dar respuesta a quien lo niega.

## 2. Prominencia esclarecedora de la comprensión traslúcida de lo proyectado

Por otra parte, esta problemática, introducida por Bayón y que da pie al debate y aparente relevancia de la noción de «derrotabilidad», no ha alcanzado la fuerza necesaria para considerarse como un problema, al menos para lo que la comunidad jurídica entiende como problema, pues a pesar de tener más de diez años esta relativa nueva postura, no logra despegarse y difundirse en foros, universidades e incluso en charlas en los pasillos de los tribunales —tal noción aparece como ajena al lenguaje jurídico; representa algo que no quita el sueño en absoluto, pues la determinación de la comunidad no lo asume como un problema real, sino que todo lo contrario, es una pieza fundamental *per se* del positivismo jurídico: un *modus vivendi*.<sup>855</sup> Cosa que se intensifica, aún más, cuando el mismo profesor español lo asume: “la posibilidad de que existan en el derecho normas derrotables es compatible con los postulados del positivismo jurídico”.<sup>856</sup>

Sin embargo, es necesario establecer que este asunto se ha zanjado en una dirección ampliamente distinta de lo que, en realidad, se asume como interpretación, es decir, desde un aspecto en donde se pone en juego la comprensión; el momento en que la racionalidad, de las decisiones jurídicas, logra su forma, mas no donde se desfiguran. Su problemática, en general, debe asumirse desde un punto distinto, no tanto a los estatutos que presupone la precomprensión, sino a lo eminentemente político (*Rechspolitik*) ahí donde la corrupción e impunidad son asequibles y cuya presencia, a su vez, afectan el factor jurídico del problema hermenéutico de la aplicación como tal, de ahí que ahora sea necesario incluir el conflicto de interés como pieza fundamental para comprender la problemática en su justa complejidad,

---

<sup>855</sup> Guastini, R., *Variaciones...* p. 154. Cfr., Rodríguez, J., *La derrotabilidad de las normas*, loc. cit.

<sup>856</sup> Bayón Mohíno, J. C., *Derrotabilidad, indeterminación...*, p. 109.

ya que, de otra manera, sería inevitable no quedar anclado a una problemática que ha sido abordada por la teoría de la comprensión desde tiempo atrás, pero que no ha sido asequible para la teoría jurídica, especialmente para las diversas teorías de argumentación jurídica, lo que Luhmann advierte de un modo correcto:

Die juristische Argumentation mag das Gesamtprodukt ihrer Tätigkeit für “vernünftig” halten, aber das heißt nicht, daß sie aus Vernunftprinzipien deduziert; und es heißt auch nicht, daß sie sich auf ein allen Menschen gleichermaßen verfügbares Denkpotehtial beruft.<sup>857</sup>

Siendo esto así, “Wer Begründen als Berufung auf Gründe versteht, wird sich genötigt sehen, auch Gründe zu begründen”.<sup>858</sup> Por tanto, “[...] kann sie die These operativer Geschlossenheit des Rechtssystems nicht akzeptieren und wird dazu tendieren, aus der Argumentationspraxis selbst Gründe zu gewinnen, die dagegen sprechen”.<sup>859</sup>

Por todo, la problemática de la derrotabilidad de las normas jurídicas debe relacionarse, más bien, con la *Rechtspolitik* —y, concretamente, con el problema hermenéutico de la aplicación— pues es un problema en donde la interpretación hace presencia de un modo sobrio, pero es también donde los prejuicios del intérprete se inmiscuyen; al mismo tiempo, es un problema que tiene que ver con la problemática del orden constitucional, es decir, con el control constitucional; como advierte Bayón: “[...] ningún sistema constitucional establece una jerarquización precisa [...] entre todos los derechos fundamentales y bienes de relevancia constitucional que reconoce que [...] pueden como es obvio entrar en conflicto de muchas maneras y en muy diversas circunstancias”.<sup>860</sup> Además, debido a que la única instancia en que es posible validar una norma que ya ha sido previamente derrotada por la declaratoria de inconstitucional, es durante un juicio, como pasa, por ejemplo, con los códigos civiles de las diversas Entidades Federativas en donde la regulación del matrimonio sigue siendo regulado

---

<sup>857</sup> Luhmann, N., *óp. cit.*, pp. 346 y s.

<sup>858</sup> *Ibidem*, p. 347.

<sup>859</sup> *Ídem*. Además, *cfr.*, Rodríguez, J. L. & G. Sucar, *Las trampas de la derrotabilidad...*, p. 297. También, *cfr.*, Bayón Mohíno, J. C., *Derrotabilidad, indeterminación...*, p. 104.

<sup>860</sup> *Ibidem.*, p. 89.

como la unión entre un solo hombre y una sola mujer.<sup>861</sup> Y así, todo caso en el que previamente se ha ejercido un control constitucional sobre una norma general, la cual es derrotada por esa declaratoria, pero que sigue siendo vigente. Se puede decir lo mismo respecto al control difuso de la constitucionalidad o del control de convencionalidad.<sup>862</sup>

Teniendo en consideración lo anterior, entonces, cuando Guastini asegura que no resulta nada extraña la derrotabilidad de las normas jurídicas, ya que, a diario, en los tribunales, los abogados las derrotan, omite gran parte del análisis que se puede efectuar sobre esta condición. Primero, valdría la pena preguntarse si la actividad de los abogados y fiscales, en un tribunal, se restringe a derrotar normas; ya que, de acuerdo con cómo se ha manejado la temática, esta actividad también sería atribuible, por ejemplo, a los contadores, políticos, deportistas, artistas, incluso *influencers* de redes, etc.,<sup>863</sup> en sus respectivas áreas de encargo, sin la necesidad de estar en un tribunal, pues no todo razonamiento jurídico es exclusivo de los estudiosos del derecho —el razonamiento jurídico existe cuando hay contacto con algo jurídico, y no una categoría propia de quienes conocen o dedican al derecho. De alguna manera así lo entiende también Bayón, cuando expresa que “[...] en la vida cotidiana extraemos intuitivamente conclusiones a partir de generalizaciones que tienen excepciones —no enumerables exhaustivamente de antemano—, porque se refieren a propiedades típicas o normales”.<sup>864</sup> Más preciso: “no todo razonamiento jurídico tiene por qué desarrollarse en el contexto de un litigio real y sometido por tanto a las normas que rigen el proceso”.<sup>865</sup> Sin embargo, a menos que se considere que esta actividad es propia de un efecto aplicativo, entonces queda justificado el porqué es importante asumir el problema hermenéutico de la aplicación ante la noción de la derrotabilidad. De lo contrario, esto sería extensible a otros aspectos que pueden producir mayor confusión, como sería el quebrantamiento al estado de derecho, como se expondrá más adelante.

---

<sup>861</sup> Caso de Oaxaca, verbigracia. No obstante, actualmente ya no es así, tras la reforma al Código Civil en 2019. No obstante, otros estados, como Nuevo León, su Congreso ha aprobado diversas reformas que han provocado cierto desacuerdo entre la comunidad, como la reforma constitucional que penaliza el aborto, o la reforma a la ley de salud que discrimina a diversos sectores; ambas en 2019.

<sup>862</sup> Cfr., Rodríguez, J., *La derrotabilidad de las normas jurídicas*, p. 166.

<sup>863</sup> Al evadir impuestos, o bien, aprovechar la investidura política para fines particulares, etc.

<sup>864</sup> Bayón Mohíno, J. C., *Derrotabilidad, indeterminación...* p. 91.

<sup>865</sup> Bayón Mohíno, J. C., *Por qué es derrotable el razonamiento jurídico*, p. 41.

Por lo mismo, en algunos casos, incluso no habría necesidad de realizar esfuerzo alguno para derrotar una regla, como lo haría un abogado en una audiencia. Bastaría con la figura que se *es* ante la estirpe social (su importancia); algo tan simple como presentarse a uno mismo es una regla de cortesía que queda derrotada por tal aspecto, respecto a quién se pone en discordia o está en punto de mira para lograrlo —aspecto que se escapa del análisis de Guastini, Bayón y Rodríguez, que, además, no extrañaría que ellos mismos, por su simple persona, hayan derrotado tal norma en alguna ocasión. Asimismo, el caso que pone a discusión Dworkin, puede esfumarse en segundos,<sup>866</sup> en un juego de ajedrez, por ejemplo, no importa cuántas piezas se hayan perdido o sacrificado, proteger al rey es lo más importante del juego. Podrá argüirse, sin embargo, que tal aspecto no obedece a un aspecto moral, lo cual es cierto, pero los paralelismos que pueden realizarse sobre una partida de ajedrez, son tan variados y distintos que encuentran situaciones en donde la moral puede ponerse igualmente en juego, y, por ende, que uno conserve un mayor valor a una multiplicidad, es posible y justificable moralmente —y lo que aquí interesa, políticamente.

Ahora bien, sobre lo que interesa aquí por la derrotabilidad se sustenta del mismo modo en la primera situación dada, por ejemplo, años atrás, en 2013, un cantante canadiense de gran fama internacional en la época, pintó (*graffiti*) una hoja de marihuana y una rana realizando gestos obscenos, entre otras cosas; acciones que son consideradas ilegales y perseguidas por las autoridades correspondientes, si no cuentan con su debido permiso, en Colombia; lugar donde se realizó tal acción.<sup>867</sup> Hasta aquí, pareciera que la discusión puede bien llevarse a cabo sobre ciertos puntos que llaman la atención, como el contenido significativo de la representación dibujada. Sin embargo, el asunto trivial, en sí, y que lleva consigo la noción de derrotabilidad que aquí se sostiene, es decir, un asunto en donde la corrupción e impunidad se evidencian, es asequible en el aspecto de impunidad, y la distinción que realiza la autoridad entre una y otra persona, lo cual conlleva al punto más

---

<sup>866</sup> Dworkin, R., *Justice for hedgehogs*, *loc. cit.*

<sup>867</sup> *Vid.*, entre otros: BBC (2013) “Polémica en Colombia por graffiti de Justin Bieber”; El Universal [co] (2013) “Bogotá rechazó los grafitis de Justin Bieber”; El Universal [mx] “Grafiti de Bieber desata polémica en Colombia”; SIPSE (2013) “Justin Bieber pintó grafitis en Bogotá custodiado por la policía”; El Tiempo (2013) “Justin Bieber fue visto pintando grafitis en las calles de Bogotá”; The Washington Post (2013, november) “Justin Bieber’s visit to Bogota open doors for Colombian graffiti artist.”

importante y que hasta ahora no se había esbozado: la transgresión al principio de igualdad ante la ley —un pilar fundamental de la teoría jurídica. A este punto, la crítica de Guastini no agrava la noción aquí dispuesta; como recordatorio, dispone:

la tesis positivista, en el fondo, es muy simple: cualquier mandato del soberano es Derecho. Lo que quiere decir que los mandatos del soberano no tienen que ser justos para ser Derecho: incluso las leyes injustas son Derecho. El positivismo no pretende más que esto.<sup>868</sup>

No se pretende aquí volver a los tópicos que ya se han desarrollado, pero sí interesa la postura del profesor italiano respecto a cómo afrontar la problemática de la derrotabilidad de las normas jurídicas con una argumentación que supone una lectura del positivismo jurídico que se adecúa a una tradición bastante conocida. Esto se advierte cuando asegura que “una cosa es identificar algo [...] como derecho, una cosa muy distinta es determinar su contenido normativo: qué está ordenado (permitido, prohibido), a quién, en cuáles circunstancias”;<sup>869</sup> también, cuando expresa que “una cosa es el conocimiento científico del Derecho vigente, otra cosa muy distinta es la interpretación de los textos normativos”;<sup>870</sup> y, por último, cuando determina: “el positivismo metodológico *no* es, y tampoco incluye, una teoría de la interpretación”.<sup>871</sup> Todo esto goza de una lógica fuerte, pero estos recordatorios sobre lo que versa el positivismo jurídico, solo son válidos para la noción de derrotabilidad que postulan tanto el profesor español como el argentino, quienes consideran que la derrotabilidad es una propiedad objetiva de las normas, mas no un producto de la actividad interpretativa —como se puede sostener desde la teoría de la comprensión— lo cual hace suponer que antecede a toda interpretación, y es eso lo que precisamente le da forma; de ahí que se estime

[...] una concepción un poco ingenua a la vez de la derrotabilidad y de la interpretación. La derrotabilidad no preexiste a la interpretación: por el contrario, es una de sus posibles

---

<sup>868</sup> Guastini, R., *Variaciones...* p. 155.

<sup>869</sup> *Ídem.*

<sup>870</sup> *Ídem.*

<sup>871</sup> *Ídem.*

consecuencias. Y las valoraciones de los intérpretes son precisamente *una causa, no un efecto* de la derrotabilidad de las normas.<sup>872</sup>

Aquí, sin embargo, la dirección que se estima de la derrotabilidad no es esa, sino que se enfoca, desde un principio, como una condición que solo acaece por medio de una interpretación. No es un asunto que delegue su esfuerzo en considerar si la derrotabilidad de las normas sea un problema atribuible a su proceso de elaboración o sus ambigüedades, sino a la valorización que de ellas se puede extraer, así como de su comprensión —lo que vendría a hacer una prominencia esclarecedora de la comprensión traslúcida de lo proyectado. Por tanto, reflexionar sobre este asunto debe elevar la problemática a un nivel en donde se postule una cuestión crítica al sustento de las normas, es decir, a los terrenos de una teoría de interpretación propiamente dicha, pues, lo que se ha discutido por la teoría jurídica, hasta ahora, ha sido basado en un talante que no representa tal cosa: la *open texture*. He ahí una diferencia entre las fuentes; mientras Bayón y Rodríguez se concentran en una disputa que tiene por fin considerar si las normas son derrotables o no; Guastini, aborda el problema, si bien no desde una teoría específica de la interpretación, sí lo hace con algunos tintes hermenéuticos. Por eso, así como el profesor italiano recuerda en qué consiste el positivismo metodológico, es necesario recordar que la *open texture* —como concepto jurídico— no ofrece una teoría de interpretación de ningún tipo,<sup>873</sup> sino únicamente una opción que tiene la función de «llenar un vacío» —cualquier cosa puede englobarse ahí.<sup>874</sup>

Por lo mismo, aunque sean advertibles cuestiones como “lo que resulta normal para una persona en cierto contexto puede ser anormal para otra persona o para la misma persona en un contexto diferente”,<sup>875</sup> lo cual, en efecto, representa un indicativo hermenéutico, tampoco hay que olvidar que estos aspectos así dispuestos no son atribuibles a una hermenéutica consolidada, sino a un sistema de reglas (*Sehe-punk*) y que, por ende, son susceptibles de quedarse varados por el problema de la «distancia histórica», y, para muestra de ello, es que

---

<sup>872</sup> *Ibidem.*, p. 153.

<sup>873</sup> *Cfr.*, Kennedy, D., *óp. cit.*, p. 364.

<sup>874</sup> *Cfr.*, Ruiz Manero, J. (1990) *Jurisdicción y normas: dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, España, pp. 181 y ss.

<sup>875</sup> Alchourrón, C., *Sobre derecho y lógica*, p. 24.

se considere que la derrotabilidad de las normas jurídicas sea un problema reciente o que sea propio del positivismo jurídico. Por tal motivo, verbigracia, una falla atribuible a la teoría jurídica, en este tópico, fue no considerar cómo el principio de igualdad puede quedar en entredicho; así como advertir la significancia del problema hermenéutico de la aplicación.

### 3. Afinidad entre la noción de excepción y el problema hermenéutico de la aplicación respecto a la derrotabilidad de las normas

No se pretende, con esto, causar confusión innecesaria. Para Rodríguez, verbigracia, que el principio de igualdad se vea comprometido, sería una consecuencia obvia por establecer que todas las normas son derrotables,<sup>876</sup> por lo cual, el que se distinga entre una causa y otra, no es un motivo sólido para sustentar tal aspecto, si desde un primer momento se abre la posibilidad de dejar sin aplicación una regla cualquiera.<sup>877</sup> Sin embargo, esto no es así, la derrotabilidad de las normas jurídicas que se traza desde la teoría de la comprensión no se dirige a considerar la derrotabilidad de la totalidad de los «pasajes» que conforman un sistema jurídico como una acción definitiva —he aquí cuando torna importancia la distinción que se ha realizado sobre la indeterminación del derecho y la derrotabilidad de las normas.

Si fuese así, la empresa que aquí se sostiene tendría una falla de origen. Más bien, es, al contrario, pues, como advierte Guastini, «derrotar una norma no significa derrotarla hasta el infinito», ya que la consecuencia de tal aspecto, si se sigue la lógica de Rodríguez, tendría como consecuencia la desaparición del estado de derecho, y, por ende, un sistema jurídico, entendido desde el positivismo jurídico, sería lo más irracional dentro de esa situación: ¿qué sentido jurídico tiene una ley que nadie respeta?<sup>878</sup> Por eso, aquí la intención es otra, porque, lo dicho, ante lo advertido por el profesor italiano, tal noción se ajusta, más o menos, a la caracterización que Dworkin estima en los principios;<sup>879</sup> por eso, que una norma no encuentre aplicación por establecerse una excepción, no quiere decir que tal norma no aplique para

---

<sup>876</sup> Rodríguez, J. L. & G. Sucar, *loc. cit.*; *cfr.*, Alexy, R., *Sistema jurídico...*, p. 139; también *cfr.*, Atienza Rodríguez, M. & J. Ruiz Manero, *óp. cit.*, p. 107.

<sup>877</sup> Rodríguez, J. L. & G. Sucar, *óp. cit.*, p. 411.

<sup>878</sup> Guastini, R., *Variaciones...*, *loc. cit.*

<sup>879</sup> Dworkin, R., *Los derechos en serio*, *loc. cit.*

otros casos: la norma de pagar por un bien o un servicio, por ejemplo, el tema de la discusión por una parte, para Bayón, versará sobre definir si quien ha adquirido un bien o un servicio debe pagar cuando no se haya satisfecho al contratante, y, para Rodríguez, en cambio, recaerá en el hecho de probar que el servicio se brindó o el bien fue enajenado, y, a su vez, que el contratante se haya negado o aceptado pagar por ello, independientemente de la calidad de lo que haya adquirido; pero esas nociones no son dispuestas por la teoría de la interpretación; en este caso en particular, la excepción no recae en tales aspectos descritos, sino en cómo una norma así pierde su posibilidad de ser aplicada por una cuestión de *Rechtspolitik*, así, por tanto, habría que establecer qué condiciones son susceptibles de aceptar que una persona reconocida sea distinta a una que no lo es, a pesar de que, constitucionalmente, son iguales. Más certero, puede parecer extraño o no que un actor, un deportista, un político o cualquiera que, por su estamento, tenga una cuestión de poder sobre otros, y, al mismo tiempo, posea ciertos privilegios que lo ubican en una categoría distinta, ante lo que una o un conjunto de personas comunes, pero con los mismos derechos, no tiene. Así, por ejemplo, en México, diversos empresarios se les exenta el pago de su cuenta en un restaurante; a algunos actores y deportistas se les condona el pago de impuestos; e incluso, en ocasiones, profesores universitarios se ven comprometidos en su evaluación a un alumno que es hijo de alguna autoridad de la institución, o que tiene ciertos nexos con ellas. Todo ello es una cuestión de corrupción e impunidad, lo cual tiene origen en lo que se conoce como conflicto de interés, en el problema hermenéutico de la aplicación, pero que nada de ello es posible si, primero, no se estima como imprescindible transgredir el principio de igualdad; y, segundo, negarse a uno mismo. Por lo mismo, aquí lo importante es superar el conflicto de interés; y para ello es necesario no claudicar la conciencia. Piénsese, por ejemplo, en el juicio en contra de Sócrates.<sup>880</sup> De lo que se trata es de no traicionarse a sí mismo, a pesar de las posibles consecuencias negativas que pueden surgir al tomar una decisión que sea correcta para la situación.

Aquí es cuando surge la necesidad de indicar el cómo es posible determinar que en unos casos sea aplicable un «pasaje» jurídico, y en otros no; tal aspecto se relaciona no al sentido subjetivo que imprime la teoría de la comprensión, sino en una facción de *Rechtspolitik* que

---

<sup>880</sup> *Vid.*, Platón (2008) “Apología de Sócrates”, en *Diálogos I*, [traducción: Julio Calogne], [colección: Biblioteca Clásica Gredos, n. 37], Reimpresión, Gredos: España, 28b, 36b, 41a-42a.

se proyecta en el problema hermenéutico de la aplicación. Pero más afondo, tal aspecto habría que comprenderlo en dos maneras distintas: por una parte, la facción meramente de *Rechtspolitik*, la cual afectaría el proceso de aplicación en un sentido producido por uno mismo, en decidir, conforme a los prejuicios; y, por otra parte, lo que ya se ha venido diciendo de alguna manera, que la verdadera derrotabilidad no consiste en el efecto de dejar sin aplicación un «pasaje», sino en una derrotabilidad de la conciencia hermenéutica, es decir, una conciencia que cedería ante aquello o aquél que se tiene enfrente —una especie de autodefensa ante las posibles consecuencias (políticas, económicas, jurídicas o mediáticas) de decidir en un modo distinto al que se espera por quien está sujeto a esa decisión.

Si se vuelve al ejemplo del cantante antes descrito, esto último se entenderá mejor. Resulta que, además del acto ilícito, pues es contrario a la normativa local, no se llevó a cabo en la clandestinidad, es decir, al margen del conocimiento de la autoridad, o de la presencia judicial en el lugar del hecho, sino todo lo contrario; al artista se le escoltó y resguardó por la policía local de Bogotá. Todo se maximizó porque, en 2011, por la misma acción, un ciudadano local perdió la vida por la respuesta y actuar de la autoridad. Su padre, quien fue entrevistado, indicó: «mientras que a los grafiteros acá en Colombia se les agrade, se les lleva a los calabozos a lavar baños, entre otras, a un artista internacional se le escolta para que él sí pueda realizar su arte».<sup>881</sup> Ante la presión, el subcomandante de la policía metropolitana de Bogotá, salió a hablar con los medios locales, solo para defender el acto del artista del pop, lo cual, en ese caso particular, para la autoridad «era simplemente una demostración; [y] es deber de la policía acompañarlo y protegerlo».<sup>882</sup> Más aún, había otro antecedente importante, en Miami, Estados Unidos, y ese mismo año, en 2013, otro joven también falleció, después de que la policía le disparó con una pistola *taser*, al ser sorprendido pintando un *graffiti* en una pared. Ante esto, y, en lo general, todo parece indicar que «la única diferencia era que quienes murieron eran grafiteros y no estrellas del pop».<sup>883</sup> Por consiguiente, la derrotabilidad de las normas jurídicas puede comprenderse desde un enfoque totalmente distinto al que labraron sus principales debatientes; la relación con el positivismo

---

<sup>881</sup> *Vid.*, BBC, *supra*.

<sup>882</sup> *Ídem*.

<sup>883</sup> *Vid.*, El Universal [mx], *supra*.

jurídico, igualmente, adquiere así una relevancia, ya que resulta asequible que el principio de igualdad ante la ley, que se esgrime desde la teoría jurídica, se desdibuja y pierde su enjundia.

Resumidamente, fue un caso muy particular, pero que no es el único —ejemplos así abundan, especialmente en países en donde las instituciones jurídicas no son sólidas; que carecen de autonomía y que sus funcionarios pueden ser “[...] influenced by a few dollars [...]”;<sup>884</sup> de ahí que se insista en que la derrotabilidad tiene lasos con la corrupción e impunidad. Ahora bien, respecto a lo que el artista compete, nunca tuvo ningún problema ni preocupación. Esto fue así porque realizó el mismo acto tanto en Brasil, como en México. Sin embargo, con distintos desenlaces: en México, el acto quedó en plena impunidad; en Brasil, en cambio, fue denunciado, en 2017, después de su regreso a la ciudad para un nuevo concierto;<sup>885</sup> su caso llegó al juez Rudi Baldi Loewenkron, tras petición del Ministerio Público de Rio (MPRJ) pues el acto del artista fue considerado como un crimen contra el patrimonio cultural, el cual le pudo haber valido pasar cuatro años en prisión. Puede añadirse un poco de contexto; el artista estaba autorizado para realizar su actividad de *graffiti* en una zona determinada, en la cual es común esa actividad, pero decidió efectuar su práctica en un sitio distinto, aludiendo cuestiones de seguridad. Sin embargo, tal argumento careció de validez, y, a pesar de ello, el cantante únicamente tuvo que pagar cerca de \$6,000 dólares de multa, y el caso quedó cerrado.<sup>886</sup> No obstante, aunque fue una sanción menor, el acto no fue impune, ya que se decidió mantener la coherencia del estado de derecho y el principio de igualdad, es decir, que la norma infringida no fue derrotada, toda vez que se logró su aplicación; un aspecto que, como se notará, en los otros casos en donde se cometió el mismo ilícito, la normativa no alcanzó su aplicación jurídica, es decir, quedó derrotada.

Por ende, como se advierte, si se consideran todos estos aspectos en relación a un solo caso, y siguiendo la indicación que la teoría jurídica ha ofrecido, una consideración acerca

---

<sup>884</sup> Huntington, S. P. (1973) *Political order in changing societies*, Reimpresión, New Haven and London, Yale University Press: United States of America, p. 21. Hay versión en castellano: (2016) *El orden político en las sociedades en cambio*, [traducción: Marta Pino Moreno], Paidós: Barcelona, p. 30.

<sup>885</sup> *Vid.*, entre otros: El Universal (2013) “Denuncian a Justin Bieber en Brasil por grafiti”; EXCELSIOR (2017) “Citan en Brasil a Justin Bieber por ‘crimen contra el patrimonio’”; Dailymail (2017) “Justin Bieber faces being arrested in Brazil four years after allegedly spray painting graffiti on wall of £23m hotel”.

<sup>886</sup> *Vid.*, BBC (2013) “Justin Bieber Brazil graffiti case dropped after he pays \$6,000 donation”.

de la derrotabilidad de las normas, con relación al principio de igualdad, quedaría como: «toda persona que realice una actividad ilícita, será imputada por el delito correspondiente a su conducta», pero como excepción implícita: de ser un artista de fama internacional, no será aplicable tal norma. Algo que, en efecto, no es nada racional, si se considera el principio de igualdad ante la ley; el positivismo jurídico principia que toda persona, sin importar su condición, raza, origen, religión, etc., debe ser juzgado y sentenciado como cualquier otra.<sup>887</sup> Lógicamente, entendido tal principio, es válido cuestionar, de un modo justo, el por qué no reconocer como lícita esta actividad a los ciudadanos locales. Ante el cuestionamiento, sin embargo, se replicó: “If that boy had gone out alone on Bogota’s streets and something happened to him, you’d be asking a very different question”.<sup>888</sup> Como un acto de validez entre una norma y otra, ahora siguiendo la postura de Rodríguez, entonces, se diría que para la autoridad colombiana era más importante proteger a un artista internacional ante la inseguridad, que preocuparse por la conducta que pueda mostrar, sin importar que esto pudiera ocasionar o derivar en un ilícito.<sup>889</sup> Y aunque de alguna manera esto se pudiera sortear, el problema sigue siendo el mismo: cómo es posible justificar el tener un privilegio del cual los ciudadanos locales no gozan, como tener seguridad (pública) personal otorgada por el Estado.<sup>890</sup> De acuerdo con Dworkin, por ejemplo, en cuanto a derechos, todos los ciudadanos gozan y tienen los mismos (una persona no debe tener más ni menos derechos que otro) sin embargo, el factor político se encarga de inclinar la balanza, de modo que, a pesar de tener los mismos derechos, existen francas excepciones, incluso si se juzgan desde la moral; un exmandatario, verbigracia, se diferencia de una gran mayoría de ciudadanos, no por su simple persona, sino por lo que llegó a ser políticamente.

Por lo mismo, respecto al caso en comento, no todo acaba allí, ya que esa misma conducta la realizó en Australia, algo que le valió el apelativo de *really silly*, dicho por el alcalde de Gold Coast, pero que la pretendida sanción de servicio comunitario que marca la ley, entre

---

<sup>887</sup> Tal aspecto, por ejemplo, es un rasgo característico del sistema judicial en Estados Unidos, de ahí que su sistema judicial sea tan distinto al de otras regiones.

<sup>888</sup> *Vid.*, The Washington Post (2013, november) “Justin Bieber’s visit to Bogota open doors for Colombian graffiti artist”.

<sup>889</sup> Rodríguez, J., *La derrotabilidad de las normas jurídicas*, p. 153.

<sup>890</sup> Dworkin, R., *Los derechos en serio*, pp. 276 y ss.

ochenta y cien horas, se esfumó cuando el mismo funcionario pronunció: «just come and clean it up and we'll be happy with you. Alternatively come and sing at our mayoral Christmas carols on 7 December for an hour and I'll let you go»;<sup>891</sup> sobra decir que tales estipulaciones están al margen de la ley, y que, nuevamente, la autoridad realiza una diferencia patente entre un ciudadano que no goza de fama y otro que sí; pero, igualmente, es una situación en donde los prejuicios se apoderan de la conciencia. Mas, esto último, es más patente si se considera que el *graffiti* se hizo en propiedad privada, y, por ende, la autoridad no contaba con competencia para llevar el caso, por lo cual, para el inmueble afectado, que era un hotel, no significaba algo negativo: «this piece of art is now available to be viewed by fans of the artist and we believe that it is a wonderful addition to the colorful Gold Coast arts scene».<sup>892</sup> Sin embargo, como se advierte, dicha declaración no sería aplicable de haber sido un ciudadano local, lo cual, nuevamente, deja en entre dicho el principio de igualdad ante la ley.

Además, si se extiende el análisis, esto igualmente concuerda con la crítica de Guastini al considerar que la derrotabilidad de las normas es patente, incluso es una actividad que acaece a diario en los tribunales, pero que, debe advertirse que derrotar una norma no significa derrotarla en la totalidad de su universo aplicativo,<sup>893</sup> pues, nuevamente, después del caso en comento, en Colombia, resulta que tras la inaplicación de la ley, los ciudadanos que ven en el *graffiti* un arte, le tomaron la palabra a la autoridad colombiana, la cual había considerado permitida tal práctica, abrogando, por simple palabra, los decretos de regulación: el jefe de la policía manifestó: «tenemos que evolucionar, el *graffiti* es la expresión de un sentimiento; una motivación»;<sup>894</sup> la respuesta no dejó a lugar, pues resultaba algo inevitable, si es que se quería mantener a flote la idea y principio de igualdad.<sup>895</sup> Pero, en realidad, eso no ocurrió, ya que tras la partida del cantante, el secretario de gobierno decretaba que, de regresar el artista, debería cumplir con un servicio social, pues «era una ofensa contra los grafiteros de

---

<sup>891</sup> BBC (2013) “Justin Bieber Australia graffiti ‘must be removed’”.

<sup>892</sup> NBC News (2013) “Australian mayor to Justin Bieber over star’s graffiti: ‘clean up your mess’”.

<sup>893</sup> Guastini, R., *Variaciones...*, p. 154.

<sup>894</sup> *Vid.*, El Tiempo (2017) “¿Qué pasó con la sanción a Justin Bieber por pintar grafitis?”.

<sup>895</sup> *Vid.*, entre otros The Washington Post (2013, november) “Justin Bieber’s visit to Bogota open doors for Colombian graffiti artist”.

la ciudad que deben pedirle permiso al Distrito para poder pintar los muros de Bogotá»;<sup>896</sup> el supuesto, que algunos consideraban llegaría, es decir, la apertura a la cultura del *graffiti* sin burocratización, en realidad nunca llegó, ya que sigue siendo necesario solicitar un permiso a la autoridad competente para realizar dicha actividad.

Por lo mismo, no es que Guastini carezca de razón al criticar la derrotabilidad de las normas jurídicas, de hecho, ofrece grandes notaciones importantes que van al *quid* de la cuestión, porque, en efecto, la derrotabilidad “no depende del carácter fatalmente vago del lenguaje de las autoridades normativas: no depende de la *open texture* del lenguaje; tampoco depende del hecho que esas autoridades no pueden prever la infinita variedad de los casos futuros”,<sup>897</sup> sino que depende de la interpretación, pero también depende de un asunto de *Rechtspolitik* —del problema hermenéutico de la aplicación. Sin entrar en detalles, Nietzsche, verbigracia, llegó a ser profesor de la Universidad de Basilea sin poseer un título PhD; es decir, no tenía la acreditación académica necesaria para obtener tal cargo, y, sin embargo, logró hacerse de la cátedra, gracias a diversas gestiones y una carta de recomendación de Ritschl. Respecto a este caso, la noción de la derrotabilidad se amplía y se dirige a lo aquí sostenido, y que queda al margen de lo dispuesto por la teoría jurídica.

#### 4. Convalidación de lo derrotable: la razón hermenéutica frente a la norma jurídica

Segundo, y, por lo mismo, existe una confusión realmente de cómo se lleva a cabo la derrotabilidad. Esto hace suponer que no respetar una señal de tránsito —como el límite de velocidad— sea un caso de derrotabilidad, independientemente de si se trata de una excepción o no. Sin embargo, esto no es así.<sup>898</sup> Bien visto, Bayón ubica el problema de la derrotabilidad al proceso de creación de norma, estipulando que no es posible prever todas las excepciones que puede dejar sin aplicación una norma jurídica en específico, por lo que la creación de derecho es un sin sentido,<sup>899</sup> al transgredirse el principio de seguridad jurídica:

---

<sup>896</sup> Vid., El Tiempo (2017) “¿Qué pasó con la sanción a Justin Bieber por pintar grafitis?”

<sup>897</sup> *Ibidem.*, p. 153. Cfr., Hart, H. L. A. (1949, junio) “The ascription of responsibility and rights”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. 49, i. 1.

<sup>898</sup> Propiamente, se trataría de un incumplimiento a la ley. Guastini, R., *Variaciones...* p. 154.

<sup>899</sup> Cfr., Rodríguez, J., *La derrotabilidad de las normas jurídicas*, p. 164.

[...] una norma sujeta a excepciones implícitas que no pueden ser enumeradas exhaustivamente de antemano, de manera que no sería posible precisar por anticipado las circunstancias que operarían como genuina condición *suficiente* de su aplicación.<sup>900</sup>

Resulta, entonces, que la cuestión radica en el sentido de sin importar qué normas se elaboren, si estas son derrotadas siendo derecho vigente (es decir, llega a tener problemas de aplicación) se pierde un tanto el sentido de «crear» derecho. No obstante, esto parece incorrecto, pues el no poder enumerar exhaustivamente de antemano excepciones implícitas no se debe propiamente a una especie de infinitud de excepciones, sino porque todo intérprete, como bien advierte Losano, está históricamente condicionado;<sup>901</sup> aquí se vislumbra cómo esta noción de derrotabilidad no se sostiene por supuestos hermenéuticos debidamente consolidados, sino que apela a aspectos de un sistema de reglas, pues, la historicidad de cualquier moral está sujeta al cambio histórico, de manera que algunas excepciones que puedan pronunciarse actualmente, es posible que en un futuro carezcan de sustento, y no sean, por ende, excepciones; por ejemplo, la prohibición del cánnabis, con sus excepciones de uso lúdico o medicinal, puede revertirse, siempre y cuando se considere moralmente no aceptada. Además, es necesario precisar lo otro, porque cuando una conducta ilícita no recibe sanción, desde cierta perspectiva, se trata de un caso de derrotabilidad de las normas, porque se evita su aplicación, y con ello es preciso hablar de impunidad, pero esto está condicionado a que la autoridad a pesar de conocer del ilícito, se niegue a aplicar la norma, lo cual obedecería a una cuestión política; no obstante, desde otro punto, puede considerarse como un incumplimiento a la ley, al estado de derecho, también de impunidad, pero que tal cuestión no sea derivada por un juicio, sino por la debilidad de la norma, en el sentido de que no es obedecida; por ejemplo, sería válido cuestionarse sobre los letreros que prohíben tirar basura<sup>902</sup> y qué tipo de impacto tiene sobre su situación de obediencia —esto vuelve a la pregunta de por qué se ha de obedecer al derecho— pero esto lo único que

---

<sup>900</sup> Guastini, R., *Variaciones...*, *loc. cit.*

<sup>901</sup> Losano, M., *Teoría pura del derecho...*, *loc. cit.*

<sup>902</sup> Pasa lo mismo con cualquier otra norma. Por esa razón, el clásico problema del letrero en el parque que prohíbe la entrada a vehículos, se ha abordado de un modo incorrecto. *Cfr.*, Hart, H. L. A., *The concept of law*, pp. 157 y s.

confirma es que una norma, por sí misma, no regula su aplicación.<sup>903</sup> Por lo mismo, será correcto que la derrotabilidad no se ciñe únicamente a un proceso jurídico, pero si lo que el profesor español presenta como lo correcto, entonces sería obligado considerar como derrotables todos aquellos casos que no se denuncian ante la autoridad, o bien, que pasan totalmente desapercibidos ante la sociedad. Por eso, para que se considere un caso propiamente de derrotabilidad de las normas, es imprescindible la presencia o involucración de la autoridad, o, en su defecto, de quien sea reconocido como el justo aplicador de la norma y conservar su exigencia —en los casos que no son meramente jurídicos.

Recuérdese que en la disciplina jurídica no existe cosa alguna como la ley causa-efecto, de manera que, verbigracia, preferir cruzar a pie una calle en lugar de hacer uso de un puente peatonal, dejaría en desuso al puente, pero esto no significa que esté derrotado.<sup>904</sup> Con tal consideración, por ejemplo, la argumentación de Ródenas y su primera noción de derrotabilidad es incorrecta por diversas situaciones.<sup>905</sup> Que se haya construido un puente peatonal en una zona, obedece a un razonamiento que considera imprescindible su existencia, en favor quizá de la vida o la seguridad del peatón, pero que para algunos otros no adquiere tal importancia, al grado que prefieren cruzar la vía sin hacer uso del puente.

Igualmente, su ejemplo puede llevarse a otro escenario, pero cuyas consecuencias son drásticamente distintas. Piénsese en el interior de un banco, cuya norma interna no permite hacer uso del teléfono celular (prescripción contenida en la formulación normativa de la regla) por cuestiones de seguridad (justificación subyacente a la regla); no sería muy difícil argumentar que tal normativa no está adaptada a los tiempos actuales, ya que un teléfono celular de hoy día no tiene una función exclusiva de realizar llamadas, sino que ha ido evolucionando, un aspecto muy asequible si se toma en consideración el cambio histórico, por lo que sería válido hacer uso del teléfono, siempre y cuando no sea para realizar llamadas ni ninguna otra función que tenga la posibilidad de acceder a la red interna o capturar el entorno. Si bien es importante este punto, habría que analizar otra cuestión aún más importante: ¿se trata en realidad de una norma general? ¿Qué ocurriría si un importante cliente de la institución bancaria debe o quiere realizar una llamada con su teléfono celular

---

<sup>903</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit und methode*, pp. 330 y ss.

<sup>904</sup> Si se sigue la misma noción. *Cfr.*, Ródenas, A., *óp. cit.*, pp. 72 y ss.

<sup>905</sup> *Ibidem.*, pp. 73 y s.

dentro del alcance que supone la norma en cuestión? Si se recurre a tomar en consideración el contexto de tal situación, la razón más adecuada ante tal aspecto es que el cliente tendría libertad, principalmente, de hacer tal llamada, por lo que, entonces, derrotaría la norma sin esfuerzo alguno. Con otras palabras, la institución bancaria, en un ejercicio de ponderación, no considera que uno de sus clientes importantes sea amenaza alguna, como sí lo sería cualquier otro cliente que visita la sucursal bancaria que se desconoce su persona; por tanto, prefiere no aplicar su norma, a perder a uno de sus clientes importantes. Si no fuese tal el caso, es decir, que sea un cliente sin distinción alguna, la situación sería todo lo contrario; el banco procuraría aplicar su norma, sin importar si pierde o no al cliente.

Guastini, en este sentido, estaría en lo correcto, pero este caso no es un asunto donde la derrotabilidad tenga lugar, sino que se trata más bien de incumplimiento a una norma —al menos como lo es para la teoría jurídica. Precisamente, por esa misma razón, Rodríguez asienta que la única manera de abordar el problema de la derrotabilidad es en el proceso de aplicación, que, en palabras más precisas, sería en un proceso jurídico; en las audiencias, al efecto de que sea posible argumentar excepciones a la ley que sean aceptadas por el juez en turno, y, por ende, la aplicación de una norma no dé a lugar.<sup>906</sup> Sin embargo, si esto es realmente así, más que una derrotabilidad de las normas jurídicas, lo que se advierte es una derrotabilidad de la conciencia hermenéutica. Esto es así por cuatro razones: primero, porque la conciencia del juez ha cedido a la elocuencia de alguna de las partes, de manera que su criterio como juzgador se aparta para adoptar algún otro que se haya pronunciado en la audiencia; segundo, puede resultar que ninguna de las partes haya convencido al juzgador, pero que el juzgador no sea capaz de encontrar algún fundamento válido para fallar a favor o en contra de la demanda; tercero, porque se renuncia al ejercicio hermenéutico de la conciencia, al acudir a una fundamentación ya hecha, es decir, al precedente judicial; y cuarto, por razón política, por lo cual habría que analizar cuidadosamente el proceso, a fin de descubrir si existe o no corrupción e impunidad en un juicio. Resumido, se trata de renunciar a diversos criterios que han llevado cierto esfuerzo, para adoptar otros que no son afines a uno mismo, cuya finalidad tiene por sí establecer una especie de mecanismo de defensa para

---

<sup>906</sup> Rodríguez, J., *La derrotabilidad de las normas jurídicas*, loc. cit.

sortear el problema, pero únicamente en un asunto en particular; lo que sería una derrotabilidad de la consciencia fenomenológica en un caso particular.

Una auténtica derrotabilidad de las normas jurídicas, por tanto, no se proyecta por un vicio (visualizar una excepción) al momento de crear normas —a lo vigente— como su falta de determinación *a priori*; tampoco respecto a su indeterminación propiamente dicha, es decir, ante la falta de norma aplicable a un caso concreto. Más bien, y hermenéuticamente hablando, esto se presenta cuando una norma jurídica ha quedado sin efecto de aplicación por voluntad de la autoridad que tiene en su encargo, es decir, un aspecto de *Rechtspolitik*, y, por ende, ligado al problema hermenéutico de la aplicación. Precisamente, por tal motivo, esto quizá no represente una problemática en países europeos, o en el país vecino del norte, donde el principio de igualdad y seguridad jurídica se hacen valer por los intérpretes (jueces). Sin embargo, en países latinos esto no ocurre así; más, porque la escala de impartición de justicia hace una distinción entre clases —al menos en México.

En particular, es frecuente que los operadores del derecho, al argumentar en materia constitucional, aduzcan que la respuesta relativa a ¿cuál es la conducta jurídicamente exigible?, depende de una ponderación de derechos o valores en conflicto. Con otras palabras, aunque la solución prevista en una norma general no parezca admitir un esfuerzo hermenéutico complejo, para los juristas, como Bayón o Rodríguez, siempre es menester tener en cuenta principios de jerarquía constitucional que, por una suerte de efecto de irradiación sobre el resto de las normas del sistema (*interpretación conforme*) modifican el alcance de dichas normas y establecen excepciones que solo se ponen de manifiesto al momento de aplicarlas, a no ser que se cuente con precedentes acordes a la controversia. También es frecuente que, en casos de normas incompatibles que comparten una misma jerarquía, los operadores del derecho aceptan que una de ellas expresa una directiva general y la otra una excepción, aun cuando no exista un acuerdo preestablecido respecto a cuál de las dos es la que estatuye la excepción; un detalle que solo es posible diluir si se acepta una discrecionalidad judicial o ponderación de las reglas, al menos para establecer un criterio de la prioridad de una norma sobre otra.

Si esto es así, entonces, el asunto de esta problemática estriba precisamente en advertir en la indeterminación del derecho un problema que es necesario resolver desde su publicación. No se trata ahora el hecho de evidenciar que las normas jurídicas no logran el alcance que se

deseó al momento de su creación, sino en advertir cuál es el derecho vigente, y si es posible su aplicación o no. En este rubro cae, por ejemplo, Dworkin; para él no habría ningún problema con el derecho y la interpretación si todo «está» *claro* desde un principio, es decir, si existe de antemano un orden jerárquico respecto a lo que los principios refieren. Por lo mismo

un enunciado preciso de la regla tendría en cuenta esta excepción, y cualquier enunciado que no lo hiciera sería incompleto. Si la lista de excepciones es muy grande, sería demasiado incómodo repetirlas cada vez que se cita la regla; en teoría, sin embargo, no hay razón por la cual no se las pueda agregar a todas: y, cuantas más haya, tanto más preciso es el enunciado de la regla.<sup>907</sup>

Con Bayón ocurre lo mismo; si bien el profesor español señala que no es su intención realizar una crítica por la cual se formule un discurso en donde las normas jurídicas no logren una aplicación, sino saber cuál es el derecho vigente. Sin embargo, en estos términos, en realidad lo que hace es criticar el aspecto indeterminado del derecho; de ahí que el problema radique en aceptar la indeterminación del Derecho en cuanto tal. En definitiva, para ambos autores si el derecho fuese completo desde un inicio, no habría sentido alguno para establecer este debate. De ahí que, nuevamente, se indique que

la norma puede tener excepciones, pero si las tiene es inexacto e incompleto enunciarla de manera tan simple, sin enumerar las excepciones. En teoría, por lo menos, se podría hacer una lista de todas las excepciones, y cuantas más haya, más completo será el enunciado de la norma.<sup>908</sup>

Mas esto implica un problema, ya que una norma no proporciona sus excepciones, sino que aquellas son expuestas por otras normas. Por lo mismo, Alchourrón menciona que la singularidad de las excepciones está, en gran parte, enumerada por la legislación.<sup>909</sup> Y, por tanto, la excepción a la regla no pertenece a este ámbito, sino que permanece oculta.

Ahora bien, para Rodríguez sucede lo mismo que con Bayón, ya que el profesor argentino si bien ubica el problema más en la aplicación del derecho, por lo cual sea inviable su

---

<sup>907</sup> Dworkin, R., *Los derechos en serio*, p. 75.

<sup>908</sup> *Ídem*.

<sup>909</sup> Alchourrón, C., *loc. cit.*

aplicación, su discurso se compone de tal manera que obliga atender la creación de derecho como el problema central, es decir, un ejercicio que inmiscuye a la ponderación. De ahí que advierta que no es que la aplicación de derecho sea una empresa que exija una amplia capacidad de entendimiento, sino que la aplicación se complica por la mala redacción de las leyes: “¿No será que decir que el derecho es derrotable es la mejor manera de eludir el trabajo de localizar metódica y analíticamente la naturaleza de una cantidad muy diversa y compleja de problemas?”<sup>910</sup>

En este aspecto, no se puede sino advertir que el profesor argentino, aunque alejado un poco del asunto de los otros dos, debe ubicarse de igual manera como un crítico de la indeterminación del derecho: “el concepto de derrotabilidad es tramposo puesto que en apariencia se presenta como revelador de ciertas características esenciales y ocultas del derecho, cuando en realidad sólo nos ofrece un panorama confuso”.<sup>911</sup> Pero, en definitiva, el problema de todo esto no es la indeterminación, sino la carencia de horizonte que permita advertir en la indeterminación una «apertura» para la comprensión, tal cual ofrece, por ejemplo, Kant con el giro copernicano, o Heidegger con el círculo hermenéutico; es necesario *aperturar* la comprensión y advertir en la indeterminación del derecho no un problema que haya que ser resuelto sin más, sino una oportunidad (posibilidad) para que tanto la creación de derecho, como la aplicación del derecho, demuestren ser un asunto en donde la comprensión se dé a lugar. Sería muy difícil justificar el por qué el derecho fuese una ciencia si se empeña insistentemente en abdicar las oportunidades de la comprensión.

##### 5. Movilidad crítica: la derrotabilidad de las normas jurídicas, una diferencia entre «regla» y principio (¿o no?)

Ya Hart, por ejemplo, había dispuesto la negatividad que resulta de pretender y efectuar un objetivo como un sistema sin tonos oscuros,<sup>912</sup> pero su desarrollo deja mucho que desear. Convincentemente, convertir a la indeterminación del derecho en un asunto que ha de llevar un cause respecto a la tesis de la completud, debería ofrecer una argumentación que pueda

---

<sup>910</sup> Rodríguez, J. L. & G. Súcar, *Las trampas de la derrotabilidad...*, pp. 418 y s.

<sup>911</sup> *Ibidem.*, p. 419.

<sup>912</sup> *Cfr.*, Lifante Vidal, I., *óp. cit.*, p. 195.

disolver la incesante necesidad, de algunos, de no dejar huecos. Si bien de esta postura es posible derribar sus pretensiones con el simple hecho que representa la historicidad como problema, parece más adecuado determinar que la noción jurídica no contempla ni le es posible pretender la totalidad del actuar humano.

Resulta significativo este apunte, ya que, en la época del Código de Napoleón, la postura era totalmente opuesta. Tratadistas franceses alegaban constantemente que la legislación, de aquella época, era basta, y que era muy improbable que algo se le fuese escapar a la codificación, ya que sus resultados eran óptimos; permitían la buena práctica.<sup>913</sup> De esa misma época se desprende la frase de Bugnet: “Je ne connais pas le droit civil, «je n'enseigne que le code Napoléon»”.<sup>914</sup> Pero, como advierte Huarte de San Juan, asumir una cultura de código tiene graves consecuencias: “[...] *nemo in actionibus vel iudiciis suo sensu utatur, sed legum auctoritate ducatur*”.<sup>915</sup>

Por lo mismo, si realmente Dworkin considera que toda interpretación debe necesariamente hacer referencia a propósitos, la intención a la que se refiere no tiene por qué ser entendida necesariamente como un estado mental; que toda interpretación debe ser la manifestación de un propósito, debe proponer una manera de ver el objeto interpretado como si se tratara del producto de la decisión de buscar un conjunto de temas, visiones o propósitos, es decir, un «sentido», incluso cuando no existe un autor histórico del que pueda predicarse dicho propósito;<sup>916</sup> de esta forma, cae en lo que Nietzsche considera como querer encontrar sentido en aquello que incluso no lo tiene.<sup>917</sup> Uno podría sostener, por ejemplo, que la construcción del sistema de impuestos sigue la norma marcada de «pagar más, quien más tiene», pero esto no es necesariamente así.<sup>918</sup>

Dworkin no es nada acertado en pensar sobre este aspecto, ya que el proceso de interpretación no es una empresa que sea unilateral, sino que requiere una interacción (es un

---

<sup>913</sup> Geny, F. (1919) *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, v. 1, F. Pichon et Durand-Auzias: France, §12, p. 28.

<sup>914</sup> *Ibidem.*, p. 30.

<sup>915</sup> Huarte de San Juan, J., *óp. cit.*, p. 468.

<sup>916</sup> Dworkin, R., *Los derechos en serio*, p. 59.

<sup>917</sup> Nietzsche, F., *Sobre verdad y mentira...*, pp. 31 y s. 193

<sup>918</sup> *Vid.*, Amparo directo en revisión: 2655/2010, pp. 14 y ss. También: *cfr.*, Fundar, sitio *web*.

proceso dialógico): por eso la comprensión se entiende como ponerse de acuerdo en algo;<sup>919</sup> la interpretación inicia por aquello que nos interpela.<sup>920</sup> Podrá Dworkin poner en escena lo que es el «sentido», pero este designio —como él lo entiende— corresponde a una idea antigua, a un sistema de reglas que no distingue propiamente entre esto mismo y significado; *sensus spiritualis*.

Adicionalmente, lo sumamente curioso de Dworkin es que se atreva a hablar sobre interpretación, cuando su conocimiento sobre este rubro es escaso.<sup>921</sup> Cuando habla sobre la intención, por ejemplo, que “[...] interpretar un trabajo literario significa recapturar las intenciones del autor,”<sup>922</sup> es notable un desconocimiento de la comprensión, ya que esto no es así. Para un literato, la comprensión no se destina a «recuperar las intenciones del autor», sino comprender el texto dado en su conjunto, en relación con la intención del autor. Un literato no pretende «conocer» o «recuperar» lo que el autor quiso decir, sino lo que el autor mismo puede decir si estuviese en esta época.<sup>923</sup> De otra manera, lo único que se estaría haciendo sería lo que, por ejemplo, los Alejandrinos realizaban al recuperar los textos de Homero, es decir, en volver las obras literarias en obras canónicas. Un literato, por ende, tiene como propósito entablar una conversación con el autor, y no otra cosa. Por eso mismo, Lifante se equivoca en esa misma situación, ya que es incorrecto pensar que

al igual que en una conversación lo que se pretende es averiguar las intenciones del hablante, en el caso de la interpretación artística el objeto radica en descubrir las intenciones de su creador, y en el caso de la interpretación de una práctica social lo que interesa son las intenciones de los que mantienen la tradición.<sup>924</sup>

---

<sup>919</sup> Cfr., Gadamer, H. G. (1997) “Vom Wort zum Begriff”, en Grondin, J. (comp.) *Gadamer Lesebuch*, Mohr Siebeck: Tübingen, Deutschland, p. 107.

<sup>920</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit und methode*, *loc. cit.*

<sup>921</sup> Incluso, es justo asentar que Dworkin debe mucho a Gadamer, principalmente porque no le dio el crédito que merecía. Su nombre únicamente aparece tres veces en toda su obra de *Law's Empire*.

<sup>922</sup> Dworkin, R., *Law's Empire*, p. 292.

<sup>923</sup> Szondi, P., *loc. cit.*

<sup>924</sup> Lifante Vidal, I., *óp. cit.*, p. 267.

No, no es así. Entender así lo que es una conversación, no la vuelve de tal carácter, sino que la convierte en un monólogo.<sup>925</sup> Interpretar, en una conversación, es, nuevamente, y más específico, ponerse de acuerdo con alguien respecto a algo. Resulta incorrecto esta posición, porque una conversación es un asunto entre dos espíritus, no entre uno solo —una mediación, es un diálogo al estilo platónico.

Por lo mismo, a este punto, debería ser ya asequible lo que aquí se propone. Hay, en efecto, elementos suficientes sobre por qué es justo abordar la problemática de la derrotabilidad de las normas jurídicas desde dos aristas muy distintas a las que ha planteado la teoría jurídica: la hermenéutica filosófica y la hermenéutica de la sospecha, con una subdivisión que sería el desconstruccionismo, en el sentido de evitar la violencia en la comprensión,<sup>926</sup> es decir, no tanto como apropiación, sino como una apertura al otro y sus razones, de otro modo, no habría más que esperar una inconmensurabilidad.

Con ello en mente, la derrotabilidad de las normas jurídicas no tiene que ver con la diferencia entre normas y principios, sino que es un asunto solo de reglas. Como advierte Dworkin, así como un principio llega a sobreponerse a otro, eso no quiere decir que el principio no aplicado haya ahora de carecer de toda consideración.

Decimos que nuestro derecho respeta el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito, pero no queremos decir con ello que la ley nunca permite que un hombre se beneficie de las injusticias que comete. De hecho, es frecuente que la gente se beneficie, de manera perfectamente legal, de sus injusticias.<sup>927</sup>

Con las normas derrotables pasa lo mismo, pero esto solo sería así bajo el estandarte que supone la teoría jurídica, o sea, en un sentido de definitividad. Si bien “los principios hacen referencia a la justicia y la equidad (*fairness*). Mientras las normas se aplican o no se aplican, los principios *dan razones para decidir* en un sentido determinado [...]”,<sup>928</sup> de ello no se sigue que toda inaplicación de una norma sea en *pro* de la racionalidad o la justicia, sino que, siendo un factor la *discrecionalidad judicial* en la acción de juzgar, hay motivos para inducir

---

<sup>925</sup> Cfr., Grondin, J., *Gadamer Lesebuch*, p. 27.

<sup>926</sup> Sobre este punto en particular: *vid.*, Grondin, J., *Einführung...*, pp. 187 y ss.

<sup>927</sup> Dworkin, R., *Los derechos en serio*, pp. 75 y s.

<sup>928</sup> Calsamiglia, A., *Ensayo sobre Dworkin*, p. 9.

las decisiones jurídicas a la sospecha — que es precisamente lo que Dworkin realiza al criticar tal postura.<sup>929</sup>

Es frecuente que, por ejemplo, se acepte que las reglas son derrotadas por los principios, en tanto que estos últimos son los que logran su aplicación.<sup>930</sup> Pero tal aspecto no es conforme a la teoría de la comprensión, ya que lo derrotable, más bien, conlleva a la consideración de que, a pesar que una norma se considere válida y se acepte su aplicabilidad, no pueda alcanzarse dicha aplicación —lo cual se puede traducir como un acto irracional para la teoría jurídica. Sin embargo, es justamente ahí, como se ha expresado, donde cobra importancia la hermenéutica de la sospecha. Su reto, entonces, radica en determinar si la comprensión es posible ante esta problemática que representa la derrotabilidad de las normas, como pasó en el encuentro parisino entre la deconstrucción y la hermenéutica; cuando Derrida cuestiona a Gadamer, en 1981, (1) sobre la apuesta a la «buena voluntad» de la comprensión; (2) que no toda coherencia tiene necesariamente la forma de un sistema (comprensión); y (3) la suspensión de la mediación (diálogo)<sup>931</sup> cuyo fondo, lo que se cuestiona, es sobre la posibilidad misma de la comprensión, pues “C’est que pour Gadamer, la compréhension est toujours au moins possible, alors que, pour Derrida, elle ne l’est jamais vraiment”.<sup>932</sup> Por consiguiente, el punto clave que de ahí se desprende corresponde en aceptar la posibilidad de que sea el otro el que pueda tener razón,<sup>933</sup> aquello que igualmente Lakatos considera como *intellectual honesty*, la cual “[...] does not consist in trying to entrench or establish one’s position by proving (or ‘probabilifying’) it; intellectual honesty consists rather in specifying precisely the conditions under which one is willing to give up one’s position”.<sup>934</sup> Además, como bien indica Grondin:

---

<sup>929</sup> Dworkin, R., *Los derechos en serio*, p. 397.

<sup>930</sup> *Cfr.*, Atienza Rodríguez, M. & J. Ruiz Manero, *óp. cit.*, p. 116.

<sup>931</sup> Gadamer, H. G. (1993) “Text und Interpretation”, en *Gesammelte Werke, Wahrheit und Methode*, v. 2, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck): Tübingen, Deutschland, pp. 330 y ss.

<sup>932</sup> Grondin, J., *L’hermeneutique*, pp. 92 y s.

<sup>933</sup> Gadamer, H. G. (1995) “Deonstruktion und Hermeneutik”, en *Gesammelte Werke, Hermeneutik im Rückblick*, v. 10, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck): Tübingen, Deutschland, p. 145. Hay versión en castellano: (1998) “Deconstrucción y hermenéutica”, en *El giro hermenéutico*, [traducción: Arturo Parada], [colección: Serie mayor], Cátedra: España, p. 77.

<sup>934</sup> Lakatos, I., *Methodology...*, p. 9.

Die Wahrheit, die man im Gespräch erfahren und erlangen kann, hat nichts mit Besitzergrifung zu tun. Berechtigter erscheint die Rede von einer Teilhabewahrheit. Denn im Dialog miteinander und mit uns selbst, sofern wir denken, kommen wir zu Wahrheiten, Wir beherrschen doch nicht diese Wahrheiten. Sie sind es, die uns gleichsam in Besitz nehmen. Der Verstehende erfährt sich dabei durchaus als Leidender, wenn ihm Sinn, Evidenz und Orientierung zustoßen.<sup>935</sup>

Por esa razón, aquí se sostiene una derrotabilidad de la conciencia hermenéutica, como condición *sine qua non*, en lugar de una noción de derrotabilidad de las normas que es independiente al cambio histórico y al horizonte del intérprete —de ahí que se insista en que es una problemática propia del problema hermenéutico de la aplicación. Y, en el fondo, un asunto que pone a prueba a la teoría de la comprensión como paradigma apodíctico al cuestionarse las posibilidades de la comprensión.

Debe tenerse en cuenta, por tanto, que la derrotabilidad no versa únicamente con el factor de aplicación, sino respecto a excepciones estatuidas para no aplicar tal regla e incluso si fuese un principio; la derrotabilidad de las normas debe abordarse respecto a un factor de decisión que, ante su consideración, puede llevar a un escenario controvertido.

Por todo, esperar que la derrotabilidad de una norma implica dejarla sin efectos en un sentido de definitividad, es volver a aquella idea de metodológica de la ciencia que se implantó desde el inductivismo de Bacon, cuya lógica inductiva llevaba a los justificacionistas a concluir “[...] whether intellectualists or empiricist, agreed that a singular statement expressing a ‘hard fact’ may *disprove* a universal theory”.<sup>936</sup> Por tanto, aceptar la derrotabilidad de las normas en tal sentido, no es una opción, como estima Rodríguez, ya que ello significaría que los sistemas jurídicos no tienen sentido alguno, lo mismo que le ocurrió al justificacionismo y su exigencia de entender conocimiento como conocimiento probado: “[...] feared that once they conceded that theoretical science is unprovable, they would have also to conclude that it is sophistry and illusion, a dishonest fraud”.<sup>937</sup> Mismo fracaso que se repitió con el probabilismo,<sup>938</sup> pero que ante su frustración, argumentan que ante el fracaso, “[...] [we] throw over almost everything that is regarded as knowledge by science and

---

<sup>935</sup> Grondin, J., *Einführung...*, p. 183.

<sup>936</sup> Lakatos, I., *Methodology...*, p. 10.

<sup>937</sup> *Ibidem.*, p. 11.

<sup>938</sup> Lakatos, I. (1987) *Matemáticas, ciencia y epistemología*, Alianza Editorial: Madrid, España, p. 221 y ss.

common sense”.<sup>939</sup> Por eso, así como Feyerabend advierte que los programas de investigación de Lakatos se desmarcan de dicha tendencia:

el inductivismo exige que las teorías que carezcan de apoyo empírico *sean eliminadas*. El falsacionismo exige que las teorías que carezcan de contenido empírico adicional sobre sus predecesores *sean eliminadas*. Todo mundo exige que las teorías inconsistentes, o las teorías de contenido empírico bajo, *sean eliminadas*.<sup>940</sup>

Así como la metodología científica se ha desestimado de detallar una verdad absoluta correspondiente con los hechos, es decir, con una base empírica sólida, es necesario comprender que un sistema jurídico no es ajeno a la susceptibilidad de expresar excepciones.

## 6. Representación de la interpretación como «integrar» y «comprender»

Por último, solo queda establecer algunas conclusiones sobre la temática que se ha venido desarrollando, e incluir, en el camino, lo que para la teoría de la comprensión se habla de interpretación como «integrar» y «comprender», con el fin de especificar las diferencias que separan a la teoría de la comprensión de la teoría jurídica.

Primero, el problema de la derrotabilidad de las normas no debe asimilarse como si se tratara de un problema de indeterminación del derecho, ya que este último data sobre otro aspecto muy distinto. Regularmente, se considera que la indeterminación es un producto del error, del factor humano que impregna a la actividad legislativa.<sup>941</sup> Sin embargo, más que simplemente considerarse como error, vale la pena considerar su inevitable presencia como una oportunidad para desarrollar las posibilidades proyectadas en la comprensión. Interpretar una ley, por tanto, no significa desentrañar un contenido «oculto» ni llegar a desvelar la «intención» de quien ha expresado lo que se pretende interpretar, sino que es «integrar» y «comprender» su indeterminación en su momento aplicativo, lo cual quiere decir que una ley nunca es completa hasta que logra su justa aplicación: “Ein Gesetz will nicht historisch

---

<sup>939</sup> Russell, B. A. W. (1946) “Replay to Critics”, en Schilpp, P. A. (ed.) *The Philosophy of Bertrand Russell*, (2<sup>nd</sup> Edition), The Library of Living Philosophers: United States of America, p. 683. Añado corchetes.

<sup>940</sup> Feyerabend, P., *Tratado contra el método*, pp. 173 y s.

<sup>941</sup> San Juan, J. H., *óp. cit.*, pp. 211 y s.

verstanden werden, sondern soll sich in seiner Rechtsgeltung durch die Auslegung konkretisieren”.<sup>942</sup> Por tanto, el problema de la indeterminación del derecho no se zanja con «crear» derecho nuevo, sino en concretarlo en cada situación que amerita:<sup>943</sup> “daß der Text, ob Gesetz oder Heilsbotschaft, wenn er angemessen verstanden werden soll, d.h.dem Anspruch, den der Text erhebt, entsprechend, in jedem Augenblick, d.h.in jeder konkreten Situation, neu und anders verstanden werden muß”.<sup>944</sup> Además, porque mantenerse en tal posición solo invita a la confusión y demora una perplejidad que no logra asumir que la comprensión es un diálogo interno con la tradición, y, como tal, esta misma, la autoridad y el prejuicio no son necesariamente obstáculos, sino posibilidades para la correcta comprensión de lo comprendido: “Offenbar handelt es sich nicht um eine das Verstehen einschränkende Bedingung, sondern um eine Bedingung, die es ermöglicht”.<sup>945</sup>

Por lo mismo, «integrar», desde la posición de la teoría de la comprensión, no es otra cosa más que «interpretar»: “Auslegung ist nicht ein zum Verstehen nachträglich und gelegentlich hinzukommender Akt, sondern Verstehen ist immer Auslegung, und Auslegung ist daher die explizite Form des Verstehens”;<sup>946</sup> en rigor sentido, de ello no se pretende la imperiosa necesidad de «crear» derecho nuevo, en el sentido que se entiende desde la teoría jurídica,<sup>947</sup> sino «relacionar», o «ampliar», a raíz de la «comprensión»: el horizonte del intérprete, con el objetivo de desarrollar las posibilidades de la comprensión, pero sin pretender romper el principio de «no libertad frente al texto», pues, en tal caso, se estaría frente a una cuestión de derrotabilidad de las normas, en donde la *Rechtspolitik* ha ganado un lugar. Con otras palabras, interpretar es, además de «comprender», también «integrar», por lo cual, «resolver» un asunto jurídico no implica, en rigor, hacerlo con base a lo expresamente preestablecido o por lo establecido al momento de «crear» de derecho, pues, de ser así, se convierte en una

---

<sup>942</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit und methode*, p. 314.

<sup>943</sup> Una de las consecuencias respecto a no considerar el problema hermenéutico de la aplicación es, precisamente, caer en el sofisma no solo de la posibilidad de abarcar la conducta del hombre en su totalidad, sino también en que basta tener leyes precisas para resolver los problemas jurídicos, como si con ello fuese posible evitar los efectos de la «distancia histórica».

<sup>944</sup> *Ídem.*

<sup>945</sup> *Ibidem.*, p. 334.

<sup>946</sup> *Ibidem.*, p. 312.

<sup>947</sup> Hart, H. L. A., *The concept of law*, *loc. cit.*

obstinación que insiste reiterativamente que todos los problemas pueden tener ya su solución la norma dispuesta, o sea, sin la imprescindible empresa de realizar una interpretación: “in diesen Zusammenhang gehöre die juristische Hermeneutik überhaupt nicht, denn sie wolle nicht gegebene Texte verstehen, sondern sie sei eine rechtspraktische Hilfsmaßnahme, die einer Art Mangel und Ausfallserscheinung im System der rechtlichen Dogmatik begegnen solle”;<sup>948</sup> pero también por la necesidad de asentar el formalismo jurídico, inevitablemente no habría otra opción más que «crear» derecho nuevo. Magna diferencia, ya que «integrar», desde la teoría de la comprensión, se insta, consiste salir del ámbito jurídico, mas no quedarse atrapado en él:

[...] la realización del acto jurídico dentro del marco de la norma jurídica aplicable es libre, es decir, librado a la libre discrecionalidad del órgano llamado a efectuar el acto, como si el derecho positivo mismo delegara en ciertas normas metajurídicas, como la moral, la justicia, etcétera; pero de ese modo esas normas se transformarían en normas jurídicas positivas.<sup>949</sup>

Por lo que ya no se trata de un asunto de completud que se disuelve agregando enunciados, sino en su aplicación; consiste en ampliar el horizonte jurídico a partir de la racionalidad de su contenido y desarrollo de sus posibilidades del acto de comprender:

Die menschliche Gesittung ist von der Natur dadurch wesentlich unterschieden, daß sich in ihr nicht einfach Fähigkeiten oder Kräfte auswirken, sondern daß der Mensch erst durch das, was er tut und wie er sich wehlt, zu einem solchen wird, der so geworden, d.h. aber: so seiend, sich in bestimmter Weise verhält.<sup>950</sup>

Por lo mismo, pretender ampliar el horizonte jurídico por medio de derecho nuevo, con el fin de resolver lo no previsto y sortear el cambio histórico como una mera actualización, da lugar ya a plantear y justificar razones no propias del derecho, sino de cualquier otra índole, es decir, no cuenta con reglas estatuidas para impedir la arbitrariedad, y, por tanto, cualquier

---

<sup>948</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit und methode*, p. 330.

<sup>949</sup> Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, p. 354.

<sup>950</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit und methode*, pp. 317 y s.

recurso, o, mejor dicho, cualquier cosa que se proyecte en mente de un juez, es una solución correcta.

Der Richter, welcher das überheferte Gesetz den Bedürfnissen der Gegenwart anpaßt, will gewiß eine praktische Aufgabe lösen. Aber seine Auslegung des Gesetzes ist deshalb noch lange nicht eine willkürliche Umdeutung. Auch in seinem Falle heißt Verstehen und Auslegen: einen geltenden Sinn Erkennen und Anerkennen. Er sucht dem «Rechtsgedanken» des Gesetzes zu entsprechen, indem er es mit der Gegenwart vermittelt. Gewiß ist das eine juristische Vermittlung.<sup>951</sup>

Con mayor precisión, fundamentar con base al «espíritu humano», que no es exclusivo de ciencia en específico, como la teoría jurídica, sino en la razón misma (*λόγος*) —una labor imprescindible; o sea, la empresa del «integrar» es vital para pretender una racionalidad en el derecho, en cuanto se ha de ofrecer una respuesta ante lo que le compete (incluso a su indeterminación) sin importar si en un ordenamiento se encuentra ya determinada o no; sin embargo, detectar qué alternativa es correcta y qué otra no lo es, solo induce que se carece de una medida para tal determinación, lo cual se extiende a un margen que permita «elegir» una solución entre varias posibles, ya que simplemente se «da» una «apertura» que permite salir del ámbito jurídico, sin que exista el mínimo interés de inquirir si tal justificación que viene «desde» afuera es o no correcta.<sup>952</sup> Por tanto, aquí es factible inducir lo pretendido por un sistema de reglas, y su diferenciación con la teoría de la comprensión; por ejemplo, la actualización de «sentido» de un «pasaje» jurídico frente al cambio histórico es impensable para una teoría de interpretación jurídica actual, a pesar de que lidiar con el cambio histórico resulta fundamental, no por nada es un principio hermenéutico.

Asimismo, lo mismo acaecerá, verbigracia, con lo que es concebible o advertible en la llamada laguna jurídica, pues quien intenta comprender, hará que del medio y las razones a «integrar», dependan de su horizonte, y, por ende, sólo así será posible que el resolver jurídicamente alcance una noción correcta. Por lo mismo, para la teoría de la comprensión, «integrar» consiste en ampliar el horizonte interpretativo, con el cual no es posible dar «apertura» a la prudencia en la decisión jurídica, sino también una gama amplia de razones

---

<sup>951</sup> *Ibidem.*, p. 333.

<sup>952</sup> *Ibidem.*, pp. 336 y s.

nuevas. Así pues, el hecho de que la indeterminación sea ineludible, ello no debe significar que para diluir las carencias de la ley simplemente sea imprescindible crear nueva legislación, lo que implicaría tratar el problema como si careciera de dificultad para encontrar respuesta, ya que bastaría con «crear» derecho nuevo, en este caso, específico o concreto, para dejar sin sustento tal aprieto, lo cual retrotrae a la idea de la actualización como un constante normar, aspecto que no es permisible ni concebible por la teoría de la comprensión, pues no se trata de una función de «llenar» un vacío, sino un asunto en donde se pone en juego la comprensión; además, porque la empresa de «crear» pasajes jurídicos, como medio de actualización, no significa ni es, en rigor, algo defendible, pues cada caso concreto es, en sí mismo, único e irrepetible, por ende, no es factible una verdadera solución al problema si se plantea con tales términos, en definitiva: “die Idee einer vollkommenen Rechtsdogmatik, durch die jedes Urteil ein bloßer Subsumtionsakt würde, ist unhaltbar”.<sup>953</sup>

Por ende, a la luz de lo que se plantea por la teoría de la comprensión, la indeterminación del derecho es un acontecimiento ampliamente aceptable, por lo que no es necesario hacer esmero en determinar al modo que lo realiza la teoría jurídica, es decir, el aspecto de «crear» derecho es descartado, pues quien sabe interpretar tiene en cuenta que la indeterminación del derecho, más que problema, es una característica inalienable del derecho —«crear» derecho, en ese sentido, es un eufemismo— pero que, visto de otra forma, no implica necesariamente una negatividad, pues es eso mismo lo que permite que la interpretación entre en juego —si la ley fuese completa, no se necesitaría de la interpretación. Por tanto, tener un derecho completo, sin excepciones, en el cual lo infinito ha alcanzado finitud, significa negar de lleno las posibilidades de la comprensión para resolver toda clase de controversias acontecidas en cualquier tiempo y cualquier lugar de un orden jurídico, ya que el «integrar» y «comprender» hacen viable tal acción: en primer lugar, con la actualización de «sentido» en lo preestablecido de un orden jurídico —la mediación entre el pasado y el presente— por ende, el horizonte del intérprete es más que adecuado y oportuno para esta situación; y, en segundo lugar, del objeto de la interpretación jurídica, es decir, de la comprensión de la situación.

Segundo, la derrotabilidad de las normas jurídicas obedece a un factor de *Rechtspolitik*: se relaciona con el problema hermenéutico de la aplicación en el sentido de que «aplicar» no

---

<sup>953</sup> *Ibidem.*, p. 335.

es distinto al «comprender», sino que forma parte de la comprensión, y como tal, es un momento de ella, de manera que el «integrar» y «comprender» necesitan de un esfuerzo que ayude a evitar que los prejuicios del intérprete se apoderen de él, sin determinar cuál o cuáles de ellos benefician u obstaculizan la comprensión misma: “Denn offenbar gehört es zu den Wesensmerkmalen des sittlichen Phänomens, daß der Handelnde selber wissen und entscheiden muß und sich durch nichts dies abnehmen lassen kann”.<sup>954</sup> Con la derrotabilidad de las normas, verbigracia, el riesgo que se corre es la posibilidad de traicionar la conciencia, o sea, lo que se comprende es una exigencia que permita no abandonarse a sí mismo, de ahí que la empresa de la comprensión sea procurar mantenerse firme en los parámetros de la correcta comprensión de lo comprendido.

Tercero, lo que se busca comprender, en concreto, desde la teoría de la comprensión sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas, es el porqué de su derrotabilidad, mas no su proceso. Se plantea que es un asunto que se relaciona con la corrupción e impunidad, en el sentido de que, ante posibles consecuencias que es apostar por la correcta comprensión de lo comprendido, se prefiera optar por una acción distinta, en beneficio de otro, en detrimento de traicionarse a uno mismo; al no seguir considerando como válido algo que ya se había decidido anteriormente; y, dicho sea de paso, esto es algo que, en la historia, pocos han llegado a lograr. Interpretar, por lo mismo, no es una función cognoscitiva más o menos peculiar, sino que consiste en llegar a ser sí mismo en la comprensión: un «modo de ser». Con otros términos, quien tenga a su encargo la aplicación de un «pasaje» jurídico, y sea afín a la comprensión, no debería renunciar deliberadamente a su aplicación, a pesar de contar con la suficiente justificación y obligación de hacerlo, pero no en el sentido de «hacer notar» una excepción, sino que de «crear» una: “Aber keine andere Zugehörigkeit zum Gesetz ist hier gefordert als eben die, daß die Rechtsordnung für jedermann als gültig anerkannt ist, daß es also keinen aus ihr Ausgenommenen gibt”.<sup>955</sup> Por eso, la teoría de la comprensión no admite la división de *easy* y *hard cases*, sino que acepta, más bien, que cada controversia jurídica posee una dificultad en su justa dimensión.

Finalmente, solo queda ajustar la posición que toma la teoría de la comprensión de la problemática de la derrotabilidad de las normas jurídicas, la cual se resume en: (1) es un

---

<sup>954</sup> *Ibidem.*, p. 318.

<sup>955</sup> *Ibidem.*, p. 335.

problema que requiere de una actividad interpretativa, la cual debe abordarse desde tal teoría, incluso si se limita en un sistema de reglas, abordarlo desde una teoría de sistemas normativos, no es opción, como ya se ha explicado —una norma por sí misma no regula su aplicación; (2) no es un asunto de diferencia entre reglas y principios, sino únicamente de reglas, ya que no es un asunto en donde la ponderación opere, sino que es un factor de decisión que se desprende desde el problema hermenéutico de la aplicación; (3) consiste en excepciones, las cuales no se articulan de manera expresa en otras normas (eso sería guiarse por la teoría de sistemas) sino que son implícitas, de ahí que sea una actividad interpretativa; (4) cuando se derrota una norma, no significa que caiga en un abismo, de manera que de ella no resulte ningún rescate futuro, o sea, que se decreta su inaplicabilidad como un factor definitivo; no obstante, esto sería aún posible, pero cuando esto es así, ya no se trata de derrotabilidad de una norma, sino de incumplimiento a la ley, al estado de derecho; (5) de ahí, nuevamente, que este tópico sea un asunto en donde el problema hermenéutico de la aplicación hace presencia, pues se trata de un cuestión de decisión —de aplicación— y, por ende, que una norma sea aplicable o carezca de aplicabilidad, depende del horizonte y «buena voluntad» (en su sentido hermenéutico) de la autoridad competente, la cual se puede signar a un factor de corrupción e impunidad; no se trata de aplicar una u otra norma, sino no aplicar ninguna correcta, que el intérprete tenga a disposición, sino optar por otra que permita evitar consecuencias (positivas o negativas) —sobre todo, políticas; (6) por lo mismo, si se decide no aplicar una norma del modo en que se ha descrito, se está ante un caso de derrotabilidad de las normas, el cual está condicionado a quebrantar, inevitablemente, el principio de igualdad; (7) además, debe cumplir una condición necesaria: la derrotabilidad de la conciencia hermenéutica, es decir, el renunciar a las creencias que se han estructurado y tomar (en ese caso específico) una determinación que favorece a otro, pero que también puede ser a favor de uno mismo, sin embargo, esto no tiene que ver con el prejuicio de autoridad o prejuicios, sino con la *Rechtspolitik*; (8) trata de excepciones, como se ha expuesto, pero no todas ellas son implícitas, de modo que la empresa se reduzca a realizar una actividad de «descubrimiento» de las excepciones, sino que algunas de ellas se crean, debido al factor histórico, o sea, del envejecimiento de las expresiones y de la intención, esto quiere decir que las excepciones se exponen ya sea por otro, ya sea por uno mismo; necesitan de la argumentación; (9) por todo, es un asunto en donde afrontar el problema hermenéutico

de la aplicación es imprescindible; y (10) siendo así, es un problema en donde la subjetividad del intérprete da flote.

Una cuestión más, la teoría jurídica sostiene que las normas son válidas o inválidas, eso es un punto de acuerdo, pero cabe preguntar ¿por qué lo son? O será mejor preguntar: ¿por quién son válidas? Bien podría asimilarse aquí la pregunta de por qué obedecer el derecho, pero lo que se pretende es un aspecto distinto. Como se ha expuesto, la derrotabilidad de las normas consiste en dejar sin valor normas que anteriormente se aceptaban como válidas al realizar una excepción, es decir, ante un caso en específico, en cual se ha dispuesto a no aceptar la validez de una norma, y esto no tiene nada que ver con si una o varias normas entran en conflicto para determinar cuál de ellas es válida. Por ejemplo, si se desea que un sistema jurídico sea eficiente, uno de los principios rectores que se procuraría sería el principio de igualdad, pero qué ocurre si se permite una excepción a ese principio; ese será un caso serio de derrotabilidad. Por ende, romper con tal principio es una condición *sine qua non* de, primero, invalidar o derrotar la norma en cuestión; y, segundo, de cancelar cualquier tipo de empresa hermenéutica; de ahí que, en realidad, lo que ocurre es una derrotabilidad de la conciencia hermenéutica: “so ist es für die Möglichkeit einer juristischen Hermeneutik wesentlich, daß das Gesetz alle Glieder der Rechtsgemeinschaft in gleicher Weise bindet”.<sup>956</sup>

Por todo, es menester tener en cuenta que la aplicación del derecho, así como su obediencia, pueden depender de un factor político, más que de los objetivos que persigue la correcta comprensión de lo comprendido. Precisamente, esa es una de las enseñanzas que Nietzsche hereda: sospechar de uno mismo cuando se da por sentado que se es una persona virtuosa o bondadosa; con equilibrio. Advierte que debajo de las actitudes morales, que se poseen, a menudo se esconden sentimientos nada virtuosos como la envidia o el miedo.

---

<sup>956</sup> Gadamer, H. G., *Wahrheit und methode*, p. 334.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, A. (1983) “A hermeneutical approach in legal theory”, en *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, v. 36.
- (1990) “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, [título original: “One right answer and the regulative principle of legal reasoning”], [traducción: Josep Aguiló Regla], en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, n. 8.
- (1979) “Linguistic philosophy and legal theory. Some problems of legal argumentation”, en *Rechtstheorie*, Beiheft I.
- (1991) *Lo racional como razonable*, [traducción: Ernesto Garzón Valdés], Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, España.
- (1981) “On truth and acceptability of interpretative propositions in legal dogmatics”, en *Rechtstheorie*, Beiheft.
- Abbagnano, N. (1973) *Historia de la filosofía*, vol. 1, [título original: *Storia della filosofia*], [traducción: Juan Estelrich y J. Pérez Ballestar], (2ª Edición), Editorial Montaner y Simón: Barcelona.
- (1973) *Historia de la filosofía*, vol. 2, [título original: *Storia della filosofia*], [traducción: Juan Estelrich y J. Pérez Ballestar], (2ª Edición), Editorial Montaner y Simón: Barcelona.
- (1956) *Historia de la filosofía*, vol. 3, [título original: *Storia della filosofia*], [traducción: Juan Estelrich], (2ª Edición), Editorial Montaner y Simón: Barcelona.
- (2000) *Historia de la filosofía*, vol. 4, [título original: *Storia della filosofia*], [traducción: Juan Estelrich], (2ª Edición), Editorial Montaner y Simón: Barcelona.
- Abad, A. (2019) “Acerca del fragmento ‘...no hay hechos, solo interpretaciones’ (Nietzsche)”, en *El vuelo de la lechuza*, web.
- Adorno, T. W. (2001) *Epistemología y ciencias sociales*, [título original: *Gesellschaft. Soziologie und empirische Forschung. Notiz über sozialwissenschaftliche Objektivität. Zur gegenwärtigen Stellung der empirischen Sozialforschung in Deutschland. Gesellschaftstheorie und empirische Forschung. Teamwork in der Sozialforschung. Zum gegenwärtigen Stand der deutschen Soziologie. Gesellschaftstheorie und empirische*

- Forschung* (en *Gesammelte Schriften*, v. 8, *Soziologische Schriften*, I). *Empirische Sozialforschung* (en *Gesammelte Schriften*, v. 9-2, *Soziologische Schriften*, II), [traducción Vicente Gómez], [colección. Frónesis Cátedra Universitat de Valencia], Ediciones Cátedra: España.
- (2010) *Escritos filosóficos tempranos. Obra complete*, I, [título original: *Gesammelte Schriften in zwanzig Bänden*. I], Akal: Madrid, España.
- (1966) *Negative Dialektik*, Suhrkamp Verlag: Deutschland.
- (1983) *Teoría estética*, [título original: *Asthetische Theorie*], [traducción: Fernando Riaza], Ediciones Orbis: España.
- (2001) *Zur Lehre von der Geschichte und von der Freiheit*, Suhrkamp Verlag: Frankfurt, Deutschland.
- Adorno, T. et. al. (1973) *La disputa del positivismo en la sociología alemana*, [título original: *Der Possitivismusstreit in der Deutschen Soziologie*], [traducción: Jacobo Muñoz], [colección: «Teoría y Realidad»], Ediciones Grijalbo: España.
- Aguilar Cavallo, G. (2010, enero-abril) “Derechos fundamentales-derechos humanos ¿Una distinción válida en el siglo XXI?”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, v. 43, n. 127.
- Alchourrón, C. (1993) “Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals”, en Meyer, J. & R. Wieringa (ed.) *Deontic Logic in Computer Science: Normative System Specification*, Wiley & Sons: New York, United States of America
- (1996) “Detachment and Defeasibility in Deontic Logic”, en *Studia Lógica*, v. 57, i. 1.
- (2000, octubre) “Sobre derecho y lógica”, [título original: “On Law and Logic”, en *Ratio Juris*], [traducción: Jorge Rodríguez], en *Isonomía*, n. 13, p. 24.
- Alchourrón, C. & E. Bulygin (1991) *Introducción a la metodología de las ciencias sociales*, Astrea: Buenos Aires, Argentina.
- (1991) “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, España.
- (1979) *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Cuadernos de Metodología del Derecho, Universidad de Carabobo: Valencia, Venezuela.

- Alexy, R. (2003, june) “Constitution rights, balancing and rationality”, en *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, pp. 135 y s., así como (2003, december) “On balancing and subsumption. A structural comparation”, en *Ratio Juris*, v. 16, n. 4.
- (1997) *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de fundamentación jurídica*, [título original: *Theorie der juristischen argumentation, die theorie des rationalen diskurses als thorie der juristischen begründung*], [traducción: Manuel Atienza e Isabel Espejo], [colección: El Derecho y la justicia, vol. 14], Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, España.
- (1993) *Teoría de los derechos fundamentales*, [título original: *Theorie der Grundrechte*], [versión castellana: Ernesto Garzón Valdés], [colección: El Derecho y la justicia], Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España.
- Aristóteles (1977) “Del alma”, *Obras*, [título original: *De anima*], [colección: Grandes culturas], [traducción, estudio preliminar, preámbulos y notas: Francisco de P. Samaranch], (2ª edición), 2ª Reimpresión, Editorial Aguilar: Madrid, España.
- (2005) *Ética a Nicómaco*, [introducción, traducción, y notas: José Luis Calvo Martínez], [colección: Clásicos de Grecia y Roma], Reimpresión, Alianza Editorial: Madrid, España.
- (1995) *Física*, [título original: *Φυσικῆς ἀκροάσεως*], [traducción y notas: Guillermo R. de Echandía], [colección: Biblioteca Clásica Gredos, n. 203], Planeta Agostini, Editorial Gredos: Madrid, España.
- (2000) *La política*, [introducción, versión y notas: Antonio Gómez Robledo], UNAM: México.
- (1997) *Metafísica*, [título original: *τά μετά τά φυσικά*], [colección: Biblioteca Básica Gredos, n. 37], [traducción: Tomás Calvo Martínez], Editorial Gredos: Madrid, España.
- (2007) *Metafísica*, [título original: *τά μετά τά φυσικά*], [colección: “Sepan Cuantos...”, n. 120], [traducción: Patricio de Azcárate], [estudio introductivo, análisis de los libros y revisión del texto: Francisco Larroyo], [1ª Edición: 1969], (17ª Edición), Editorial Porrúa: México.

- (2011) “Metafísica”, en *Aristóteles I*, [traducción: Tomás Calvo Martínez], [estudio introductorio: Miguel Candel Sanmartín], [colección: Grandes Pensadores], Gredos: España.
- (2000) *Partes de los animales. Marcha de los animales. Movimientos de los animales*, “Partes de los animales”, [colección: Ihobe, en Biblioteca Clásica Gredos], [introducción, traducción y notas: Elvira Jiménez, Sánchez-Escariche y Almudena Alonso Miguel], Editorial Gredos: Madrid, España.
- (1988) *Política*, [introducción, traducción y notas: Manuela García Valdés], Gredos: Madrid, España.
- (1946) *Obras completas*, [introducción y notas: Juan David García Bacca], Universidad Nacional Autónoma de México: México.
- (2008) *Tratados de lógica, (el organón)*, [estudio introductorio, preámbulos a los tratados y notas: Francisco Larroyo], [colección: “Sepan Cuantos...”, N. 124], (12ª Edición), Editorial Porrúa: México.
- Aspect, A. (1981) “Experimental Tests of Realistic Local Theories via Bell’s Theorem”, en *Physical Review*, 47.
- Ast, F. (1808) *Grundlinien der Grammatik, Hermeneutik und Kritik*, Landshut: Deutschland.
- (1805) *System der Kunstlehre oder Lehr- und Handbuch der Aesthetik zu Vorlesungen und zum Privatgebrauche entworfen*, Hinrichs: Leipzig: Deutschland.
- Atienza Rodríguez, M. (1997) *Derecho y argumentación*, Universidad de Externado: Colombia.
- (2000) *Introducción al derecho*, Editorial Fontamara: México.
- (2007) *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México: México.
- (2005) *Las razones del derecho, Teorías de la argumentación jurídica*, [serie: Doctrina Jurídica, n. 134], Reimpresión, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM: México.
- (1991) “Principios y reglas”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 10.

- (2009, julio-diciembre) “Sobre la única respuesta correcta”, en *Jurídicas*, v. 6, n. 2, Universidad de Caldas: Colombia.
- (1999) *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Reimpresión, Ariel: Barcelona, España.
- Atienza Rodríguez, M. & E. Garzón Valdés (1989) “Entrevista a Ulrich Klug”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 6.
- Atienza Rodríguez, M. & J. Ruiz Manero (1991) “Sobre principios y reglas”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 10.
- Austin, J. (2002) *El objeto de la jurisprudencia*, [título original: *The province of jurisprudence determined*], [traducción y estudio preliminar: Juan Ramón de Páramo Argüelles], [introducción: H. L. A. Hart], Centro de estudios políticos y constitucionales, Edigrafos: Getafe, Madrid, España.
- (1982) *Cómo hacer cosas con palabras*, [título original: *How to do things with Words*], Paidós: Barcelona, España.
- Bacon, F. (1961) *El nuevo organón*, [título original: *Novum organum*], [traducción: Clemente Hernando Balmori], [estudio preliminar y notas: Risieri Frondizi], [1ª edición: 1620], (2ª Edición), Editorial Losada: Buenos Aires, Argentina.
- (2009) *El nuevo organón*, [título original: *Novum organum*], [traducción: Cristóbal Litran], [estudio introductorio y análisis de las obras: Francisco Larroyo], [colección: “Sepan Cuantos...”, n. 293], (6ª Edición), Editorial Porrúa: México.
- (2009) *La gran instauración*, [título original: *Instauratio magna*], [traducción: Marja Ludwika Jarocka], [estudio introductorio y análisis de las obras: Francisco Larroyo], [colección: “Sepan Cuantos...”, n. 293], (6ª Edición), Editorial Porrúa: México.
- (2003) *Novum Organum*, [edición: Joseph Devey], Cornell University Library: United States of America.
- (2009) *Nueva atlántida*, [título original: *New Atlantis*], [traducción: María del Carmen Merodio], [estudio introductorio y análisis de las obras: Francisco Larroyo], [colección: “Sepan Cuantos...”, n. 293], [1627], (6ª Edición), Editorial Porrúa: México.
- Bayer, K. (2005) “Hans Kelsen. Vida y obra”, en *Revista de la Facultad de Derecho en México*, t. LV, n. 245, Universidad Nacional Autónoma de México: México.

- Bayón Mohíno, J. C. (2000, octubre) “Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico”, en *Isonomía*, n. 13.
- (2001) “Por qué es derrotable el pensamiento jurídico”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, n. 24.
- (2003) “Proposiciones normativas e indeterminación del derecho”, en *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, [serie: Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n. 27], [edición e introducción: Paula Gaido, Rodrigo Sánchez Brigido y Hugo Omar Seleme], Universidad Externado de Colombia: Bogotá, Colombia.
- Bayón Mohíno, J. C. & J. Rodríguez (2010) *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, [serie: Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n. 27], [edición e introducción: Paula Gaido, Rodrigo Sánchez Brigido y Hugo Omar Seleme], Universidad Externado de Colombia: Bogotá, Colombia.
- Bazdresch, L. (1986) *Garantías constitucionales*, [1ª Edición: 1977], (3ª Edición), Trillas: México.
- Becker, K., Becker M. & J. Shwartz (2007) *String Theory and M-Theory. A modern introduction*, Cambridge University Press: New York, United States of America.
- Bell, J. S. (1964) “On the Einstein Podolsky Rosen Paradox”, en *Physics*, v. 1, n. 3, University of Wisconsin: Wisconsin, United States of America.
- Beltrán de Felipe, M. (2016) “La facultad de atracción como mecanismo excepcional de alteración del reparto de competencias jurisdiccionales en materia penal: un estudio de las reformas de legislación mexicana de 2012 y 2013”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 20, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: España.
- Bentham, J. (1856) *Deontología o ciencia de la moral*, [traducción: D.P.P.], Librería de Mallen y Sobrinos: Valencia, España.
- Bernheim, E. (1889) *Lehrbuch der historischen Methode und Geschichtsphilosophie. Mit Nachweis der wichtigsten Quellen und Hilfsmittel zum Studium der Geschichte*, (5ª y 6ª Edición), Leipzig: Deutschland.

- Betti, E. (2015) “Cánones cuya observancia garantizan el éxito epistemológico de la interpretación”, en *Teoría de la interpretación jurídica*, [traducción: Alejandro Vergara Blanco], eBook, Ediciones Universidad Católica de Chile: Santiago, Chile.
- (1954) “Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre”, en *Festschrift für Ernst Rabel: Rechtsvergleichung und internationales Privatrecht*, v. 2, Mohr Siebeck: Tübinga, Deutschland.
- (1962) *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften*, Mohr: Tübingen, Deutschland.
- (1987) *L’ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, Città Nuova: Roma, Italia.
- (2006) *La interpretación jurídica. Páginas escogidas*, [compilación y traducción: Alejandro Vergara Blanco], LexisNexis: Santiago, Chile.
- (2015) “Las categorías jurídicas de la interpretación”, en *Teoría de la interpretación jurídica*, [traducción: Alejandro Vergara Blanco], eBook, Ediciones Universidad Católica de Chile: Santiago, Chile.
- (2018) *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, [traducción: José Luis de los Mozos], Ediciones OLejnik: Argentina.
- (2015) “El problema epistemológico del entender como aspecto del problema general del conocer”, en *Teoría de la interpretación jurídica*, [traducción: Alejandro Vergara Blanco], eBook, Ediciones Universidad Católica de Chile: Santiago, Chile.
- Beuchot, M. (2006) *Filosofía del Derecho, hermenéutica y analogía*, Universidad Santo Tomás: Bogotá, Colombia.
- (2003) *La hermenéutica en la edad media*, Universidad Nacional Autónoma de México: México.
- (2008) *Perfiles esenciales de la hermenéutica*, [colección: Breviarios, n. 563], Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma de México: México.
- Bobbio, N. (1993) *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Mora*, [título original: *Ll positivismo giuridico*], [traducción: Rafael de Asís y Andrea Greppi], Debate: Madrid, España.
- (2009) *El problema del positivismo jurídico*, [título original: *Ll problema del positivismo giuridico*], [versión castellana: Ernesto Garzón Valdés], [colección:

- Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, n. 12], Reimpresión, Fontamara: México.
- (1986) “Perelman y Kelsen”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n. 6.
- Bocheński, I. M. (1985) *Historia de la lógica formal*, [título original: *Formale Logik*], [edición española: Millán Bravo Lozano], Reimpresión, Gredos: España.
- Bogdanor, V. (2009) *The New British Constitution*, Hart Publishing: Oxford, Great Britain.
- Bohr, N. (1998) “El postulado cuántico y el desarrollo reciente de la teoría atómica”, en *Teoría atómica y la descripción de la naturaleza*, [título original: *Atomic Theory and the Description of Nature — Four Enssays with an Introduction Survey*], [prólogo, traducción y notas: Miguel Ferrero Melgar], Alianza Editorial: Madrid, España.
- (1949) “Discussion with Einstein on Epistemological Problems in Atomic Physics”, en Schilpp, P. A. (ed.) *Albert Einstein: Philosopher-Scientist*, Series *The Library of Living Philosophers*, v. 7, MJF Books: New York, United States of America.
- (1913, julio) “On the Constitution of Atoms and Molecules”, en *The London, Edinburgh, and Dublin, Philosophical Magazine & Journal of Science*, s. 6, n. 26.
- Boole, G. (2012) *An investigation of the laws of thought on which are founded the mathematical theories of logic and probabilities*, Reimpresión, Dover Publications: New York, United States of America.
- Born, M. (1971) *The Born-Einstein letters. Correspondence between Max & Hedwig Born from 1916 to 1955 with commentaries by Max Born*, [traducción: Irene Born], [comentarios: Max Born], [introducción: Werner Heisenberg], [prefacio: Bertrand Russell], The Macmillan Press LTD: Gran Britain.
- Borrego Estrada, F. (2017, enero-diciembre) “Estudio sobre redes familiares y clientelares en el Consejo de la Judicatura Federal”, en *Reforma Judicial. Revista mexicana de justicia*, n. 29-30, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México: México.
- Botero Bernal, A. (2017, julio-diciembre) “El debate Kelsen-Hart. Sobre la sanción normativa. Más allá del ‘último mohicano’”, en *Revista Filosofía UIS*, v. 16, n. 2, Universidad Industrial de Santander: Colombia.

- Brutti, M. (2015) “Emilio Betti e l’incontro con il fascismo”, en *La cultura giuridica. Testi di scienza, teoria e storia del diritto 1. I Giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Università degli Studi Roma Tre, Dipartimento di Giurisprudenza: Roma, Italia.
- Bunge (2010) *Las pseudociencias ¡vaya timo!*, [traducción: Rafael González del Solar], [colección: ¡Vaya Timo!, n. 14], Laetoli: European Union.
- Calaprice, A. (ed.) (2011) *The ultimate quotable Einstein*, [prefacio: Freeman Dyson], Reimpresión, Princeton University Press: New Jersey, Unites States of America.
- Calsamiglia, A. (1997) “En defensa de Kelsen”, en *Working Papers: Institut de Ciències Politiques Socials*, n. 129.
- (1978) *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, (2ª Edición), Ariel: España, pp. 7 y ss.; Métall, R. (1976) *Hans Kelsen. Vida y obra*, [traducción: Javier Esquivel], Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México: México.
- (1985) “Sobre la teoría general de las normas”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 2.
- Cappelletti, M. (1965, octubre-diciembre) “El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado”, p. I, en *Revista de la Facultad de Derecho en México*, t. XV, n. 60.
- (1966, enero-marzo) “El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado”, p. II, en *Revista de la Facultad de Derecho en México*, t. XVI, n. 61.
- Carnap, R. (1935) *Philosophy and Logical Syntax*, [translation: Amethe Smeaton], Kegan Paul, Trench, Trubner & Co.: Great Britain.
- (1936, october) “Testability and Meaning”, en *Philosophie of Science Association*, v. 3, n.4.
- Carpizo, J. (1996) *El presidencialismo mexicano*, (13ª Edición), Siglo XXI Editores: México.
- (1995) “Reformas constitucionales al Poder Judicial Federal y a la jurisdicción constitucional, del 31 de diciembre de 1994”, en *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, n. 83, UNAM: México.

- Carrillo Flores, A. (1976, julio-diciembre) “El control de la constitucionalidad de las leyes y actos de autoridad en México”, en *Revista de la Facultad de Derecho en México*, t. XXVI, n. 103-104, Universidad Nacional Autónoma de México: México.
- Carrió, G. R. (1980) “Le opinioni del prof. Dworkin sul positivismo giuridico”, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, v. X, n. 1.
- (1981) *Dworkin y el positivismo jurídico*, [colección: Cuadernos de Crítica, n. 16], Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México: México.
- Cassidy, D. (2004) *Einstein and our world*, (2ª Edición), Humanity Books: New York, United States of America.
- (2003, enero-marzo) “Heisenberg, imprecision y revolución cuántica”, en *Fenómenos cuánticos*, Investigación y Ciencia, n. 31.
- (1992) *Uncertainty: The Life and Science of Werner Heisenberg*, W. H. Freeman and Company: New York, United States of America.
- Castañeda y G., D. H. (2007) *Filosofía de la jurisprudencia, la recuperación del caso en la vida del derecho*, [Prólogo: Salvador Cárdenas Gutiérrez], Editorial Porrúa, Universidad Panamericana: México.
- Castro y Castro, J. V. (2008) *El artículo 105 constitucional*, (6ª Edición), Editorial Porrúa: México.
- (2006) *Garantías y amparo*, (14ª Edición), Porrúa: México.
- Chalmers, A. (1999) *What is that thing called Science?*, (3ª Edition), University of Queensland Press, Hackett Publishing Company: United States of America.
- (2008) *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?, una valoración de la naturaleza y el estatuto de la ciencia y sus métodos*, [título original: *What is this thing called science?*], [traducción: Eulia Pérez Sedeño (capítulos 1 a 8 de la primera edición); Pilar López Máñez (capítulos 9 a 14 de la segunda edición)], (2ª Edición), Silgo XXI Editores en coedición con Siglo XXI de España Editores: México.
- Chladenius, J. M. (1752) *Allgemeine Geschichtswissenschaft*, Friedrich Lanckischens Erben: Lepzing, Deutschland.

- (1969) *Einleitung zur richtigen Auslegung vernünftiger Reden und Schriften*, [edición e introducción: Lutz Geldsetzer], Instrumenta philosophica: Leipzig, Deutschland.
- Comte, A. (1830) *Cours de philosophie positive*, t. I, Bachelier: París, France.
- (1935) *Cours de philosophie positive*, t. II, Bachelier: París, France.
- (1938) *Cours de philosophie positive*, t. III, Bachelier: París, France.
- (1939) *Cours de philosophie positive*, t. IV, Bachelier: París, France.
- (1941) *Cours de philosophie positive*, t. V, Bachelier: París, France.
- (1942) *Cours de philosophie positive*, t. VI, Bachelier: París, France.
- Córdoba Vianello, L. (2010) *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Fondo de Cultura Económica: México.
- Correas, O. (1989) “El otro Kelsen”, en Correas, O. (comp.) *El otro Kelsen*, [serie: Estudios Doctrinales, n. 122], Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas: México.
- Cossío Díaz, J. R. (2013, julio-diciembre) “El debido proceso y los límites a las atribuciones de la Suprema Corte: el caso Cassez”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 29.
- De Aquino, T. (2001) *Suma teológica*, [título original: *Summa theologiae*], [traducción: José Martorrel Capó], [introducción general: Gregino Celada Luengo; introducción y notas al prólogo y a la cuestión 1: Alberto Escallada Tijero; introducción y notas al prólogo a las cuestiones 2 a 26 y 27 a 43: Sebastián Fuster Perelló; introducción y notas al prólogo y a las cuestiones 44 a 49 y 103 a 119: José María Artola Barrechea; introducción y notas al prólogo y a las cuestiones 50 a 64: Armando Bandera González; introducción y notas al prólogo y a las cuestiones 65 a 74: Eliseo Rodríguez Gutiérrez; introducción y notas al prólogo y a las cuestiones 75 a 102: Fernando Soria Heredia], (4ª Edición), Reimpresión, Biblioteca de autores Cristianos: Madrid, España.
- (2004) *Comentario sobre los cuatro libros de sentencias de Pedro Lombardo: Nombres y atributos de Dios*, vol. 1/2 [título original: *Scriptum super quatuor libris Sententiarum Magistri Petri Lombardi*], Editorial Eunsa, Ediciones Universidad de Navarra: Pamplona, España.

- (1998) *Tratado de la ley*, [traducción y estudio introductivo: Carlos Ignacio González], (6ª Edición), Editorial Porrúa: México.
- De la Torre, A. C. (2012) *Física cuántica para filo-sofos*, [colección: La Ciencia para Todos, n. 178], (2ª Edición), Reimpresión, Fondo de Cultura Económica: México.
- De San Juan, J. H. (1989) *Examen de ingenios*, [título original: *Scrutinium ingeniorum*], [edición: Guillermo Serés], Cátedra, Letras Hispánicas: Madrid, España.
- De Silva, C. (1996, octubre) “La jurisprudencia, interpretación y creación de Derecho”, en *Isonomía*, n. 5.
- De Tocqueville, A. (2015) *La democracia en América*, [título original: *De la démocratie en Amérique*], [traducción: Luis R. Cuéllar], (2ª Edición), Reimpresión, Fondo de Cultura Económica: México.
- Dehesa Dávila, G. (2005) *Introducción a la retórica y a la argumentación: elementos de retórica y argumentación para perfeccionar y optimizar el ejercicio de la función jurisdiccional*, (2ª Edición), Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis: México.
- Delgado, S. (2012) “La regla de reconocimiento de Hart y el problema a seguir una regla”, en *Ruptura: una revista interdisciplinaria de análisis jurídico*, n. 3.
- Del Real Alcalá, J. A. (marzo-2007) “¿‘Paradoja’ de H. Kelsen sobre la indeterminación jurídica?”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n. 15, Universidad de Valencia, España.
- Del Río Govea, M. (1960) “Implantación de la carrera judicial en México”, en *Revista de la Facultad de Derecho en México*, n. 37-40.
- Derrida, J. (1998) *Aporías. Morir-esperarse (en) los «límites de la verdad»*, [título original: *Apories. Mourir-s’attendre aux «limites de la vérité»*], [traducción: Cristina de Peretti], Paidós: España.
- (1995) *Dar el tiempo I. La moneda falsa*, [título original: *Donner le temps. I. La fausse monnaie*], [traducción: Cristina de Peretti], Paidós: España.
- (1986) *De la Gramatología*, [título original: *De la grammatologie*], [traducción: Oscar del Barco y Conrado Ceretti], Siglo XXI Editores: México.
- (1967) *L’écriture et la différence*, [colección: Tel Quel], Ediciones Du Seuil: París, France.

- Descartes, R. (2014) “Discurso del método”, en *Descartes I*, [traducción: Manuel García Morente], [colección: Grandes Pensadores], [introducción: Cirilo Flórez Miguel], Gredos: España.
- (2008) *Discurso del método*, [título original: *Discours de la méthode*], [colección: “Sepan Cuantos...”, n. 177], [traducción: Manuel Machado], [estudio introductorio, análisis y notas al pie: Francisco Larroyo], Porrúa: México.
- (2008) *Meditaciones metafísicas* [título original: *Meditationes de prima philosophia in qua dei existentia et animae immortalitas demonstrantur*], [colección: “Sepan Cuantos...”, n. 177], [traducción: Manuel Machado], [estudio introductorio, análisis y notas al pie: Francisco Larroyo], Porrúa: México.
- (2008) *Reglas para la dirección del espíritu*, [título original: *Regulae ad directionem ingenii*], [versión en español: Manuel Machado], [estudio introductorio, análisis y notas al pie: Francisco Larroyo], [colección: “Sepan Cuantos...”, n. 177], Porrúa: México.
- Dilthey, W. (2000) *Dos escritos sobre hermenéutica: El surgimiento de la hermenéutica y los Esbozos para una crítica de la razón histórica*, [título original: *Die Entstehung der Hermeneutik y Entwürfe zur Kritik der Historischen Vernunft*], [prólogo, traducción y notas: Antonio Gómez Ramos], [epílogo: Hans Ulrich Lessing], [colección: Ágora de Ideas, n. 164], Editorial Istmo: Madrid, España.
- (1922) *Einleitung in die Geisteswissenschaften. Versuch einer Grundlegung für das Stadium der Gesellschaft und der Geschichtek*, Verlag von B. G. Teubner: Leipzig, Deutschland.
- (1944) *El mundo histórico*, [título original: *Die Geschichtliche Welt*], [traducción, notas y prólogo: Eugenio Imaz], Fondo de Cultura Económica: México.
- (1956) *Introducción a las ciencias del espíritu, en la que se trata de fundamentar el estudio de la sociedad y de la historia*, [título original: *Einleitung in die Geisteswissenschaften*], Revista de Occidente: Madrid, España.
- (1956) *Historia de la Filosofía*, [título original: *Grundriss der allgemeinen geschichte der philosophie*], [traducción, prólogo y bibliografía adicional: Eugenio Imaz], (2ª Edición), Fondo de Cultura Económica: México.

- Dworkin, R. (1986) *A Matter of Principle*, Harvard University Press: Cambridge, Inglaterra.
- (1977) “¿Es el derecho un sistema de reglas?”, [título original: *Is Law a System of Rules?*], [versión castellana: Javier Esquivel y Juan Rebolledo G.], [colección: Cuadernos de Crítica, n. 5], Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México: México.
- (1986) *Imperio de la ley*, [título original: *Law's empire*], Harvard University Press: Estados Unidos de América.
- (2011) *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press: United States of America.
- (1982) “Law as interpretation”, en *Texas Law Review*, v. 60.
- (1989) *Los derechos en serio*, [título original: *Taking rights seriously*], [traducción: Marta Ñuastavino], (2ª Edición), Ariel: Barcelona, España.
- Ebeling, G., (1957) “Hermeneutik”, en *Die Religion in Geschichte und Gegenwart. Handwörterbuch für Theologie und Religionswissenschaft*, (3ª Edición), K. Galling: Tübingen, Deutschland, v. I.
- Einstein, A. (1923) “Grundgedanken und Probleme der Relativitäts theorie”, en *Les Prix Nobel en 1921-1922*, Carl Gustaf Santesson: Stockholm, Sweden.
- (1948) “Quanten-Mechanik und Wirklichkeit”, en *Dialética*, v. 2.
- Einstein, A., Podolsky, B. & N. Rosen (1935, mayo) “Can Quantum Mechanical Description or Physical Reality be Considered Complete?”, en *American Journal Physical Review*, v. 47, i. 10, I-II.
- Endicott, T. A. O. (2003) *Vagueness in Law*, Reimpresión, Oxford University Press: United States of America.
- Empírico, S. (1993) *Esbozos pirrónicos* [título original: *Πυρρώνειοι ὑποτύψεις*], [introducción, traducción y notas: A. Gallego Cao y T. Muñoz Diego], [revisión: J. Bergua Cavero], Gredos: Madrid, España.
- (1997) *Contra los profesores*, [título original: *Adversus mathematicos, hoc est, adversus eos qui profitentur disciplinas*], [introducción, traducción y notas: J. Bergua Cavero], [revisión: C. García Gual], Gredos: Madrid, España.

- Espuny, C. (2004) “La norma de reconocimiento en Hart y el concepto de constitución en Kelsen”, en *A Parte Rei: revista de filosofía*, n.65.
- Farías, V. (1998) *Heidegger y el nazismo*, [título original: *Heidegger et le nazisme*], [colección: Popular, 560], (2ª Edición), Akal Ediciones y Fondo de Cultura Económica: Santiago, Chile.
- Ferraris, M. (2000) *La hermenéutica*, [título original: *L’ermeneutica*], [traducción: José Luis Bernal], Taurus: México.
- (2005) *La historia de la hermenéutica*, [título original: *Storia dell’ Ermeneutica*], [traducción: Armando Perea Cortéz], [1ª Edición: 1988], (2ª Edición), Siglo XXI Editores: México.
- Ferro Melgar, M. (1988) “Prólogo”, en Bohr, N. (1998) *La teoría atómica y la descripción de la naturaleza*, Alianza Editorial: Madrid, España.
- Ferrajoli, L. (2000) *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, (4ª Edición), Editorial Trotta: España.
- (1966) “Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa”, en *Revista Internazionale di filosofia del diritto*, XLIII.
- Feyerabend, P. (1986) *Tratado contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, [título original: *Against method*], [traducción: Diego Ribes], Tecnos: Madrid, España.
- (1989) “El problema del empirismo”, [título original: *Problems of Empiricism*], [traducción: Ana Rosa Pérez Ransanz y León Olivé], en Olivé, L. & A. Pérez Ransanz (comp.) *La filosofía de la ciencia: teoría y observación*, Siglo XXI Editores: México.
- (1995) “Historical background: some observations on the decay of philosophy of science”, en *Problems of Empiricism. Philosophical papers*, v. 2, Reimpresión, Cambridge University Press: United States of America.
- (1999) “How to defend society against science”, en *Knowledge, Science, and Relativism. Philosophical Papers*, v. 3, Cambridge University Press: United Kingdom.
- (1970) “Consolations for the Specialist”, en Lakatos, I. & A. Musgrave (eds.) *Criticism and the Growth of Knowledge*, Cambridge University Press: United States of America.

- Fix Fierro, H. (2006) *Tribunales, Justicia y Eficiencia. Estudio sobre la racionalidad económica en la función pública*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas: México.
- Fix-Zamudio, H. (1964) *El juicio de amparo*, Editorial Porrúa: México.
- (1987) *Proceso de discusión de la ley de amparo de 1869*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM: México.
- (1967) “Valor actual del principio de la división de poderes y su consagración en las constituciones de 1857 y 1917”, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, México, UNAM, n. 58-59.
- Flew, A. (ed.) (1960) *Logic and Language*, Blackwell: Oxford, Great Britain.
- Flores García, F. (1960) “Implantación de la carrera judicial en México”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, n. 37-40.
- (1967) “La carrera judicial”, en *Revista de la Facultad de Derecho en México*, t. XVIII, n. 65.
- Flores, I. B. (2015, enero junio) “Interpretación vs Invención: sobre la tesis de la única respuesta correcta de Ronald Dworkin”, en *Conocimiento y Cultura Jurídica*, a. 9, n. 17, 2ª Época, Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología, Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica: Monterrey, México.
- Fort, L. (2005) “Escenarios de derrotabilidad y no derrotabilidad del derecho”, en *Revista de la Facultad de Derecho en México*, n. 243.
- Foucault, M. (2002) *A verdae e as formas juridicas*, [título original: *La vérité et les formes juridiques*], [traducción: Roberto Cabral de Melo y Eduardo Jardim Morais], (3ª Edición), Nau Editora: Río de Janeiro, Brasil.
- Fraile, G. (1960) *Historia de la Filosofía*, vol. 1, La Editorial Católica: Madrid, España.
- (1960) *Historia de la Filosofía*, vol. 2, La Editorial Católica: Madrid, España.
- (1960) *Historia de la Filosofía*, vol. 3, La Editorial Católica: Madrid, España.
- Frege, G. (1879) *Begriffsschrift, eine der arithmetischen nachgebildete formelsprache des reinen denkens*, Halle: Deutschland.
- Gadamer, H. G. (1995) “Dekonstruktion und Hermeneutik”, en *Gesammelte Werke*, b. 10, *Hermeneutik im Rückblick*, v. 10, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck): Tübingen, Deutschland.

- (2007) *El problema de la conciencia histórica*, [traducción e introducción: Agustín Domingo Moratalla], [Lovaina: 1957] (3ª Edición), Editorial Tecnos: Madrid, España.
- (1998) *El giro hermenéutico*, [título original: *Hermeneutik im Rückblick*], [traducción: Arturo Parada], Editorial Cátedra: Madrid, España.
- (1986) *Gesammelte Werke*, b. 1, *Hermeneutik I: Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*: Tübingen, Deutschland.
- (1986) *Gesammelte Werke*, b. 2, *Hermeneutik II: Wahrheit und Methode. Ergänzungen*: Tübingen, Deutschland.
- (1987) *Gesammelte Werke*, b. 3, *Neuere Philosophie I*: Tübingen, Deutschland.
- (1987) *Gesammelte Werke*, b. 4, *Neuere Philosophie II*: Tübingen, Deutschland.
- (1985) *Gesammelte Werke*, b. 5, *Griechische Philosophie I*: Tübingen, Deutschland.
- (1985) *Gesammelte Werke*, b. 6, *Griechische Philosophie II*: Tübingen, Deutschland.
- (1990) *Gesammelte Werke*, b. 7, *Griechische Philosophie III*: Tübingen, Deutschland.
- (1993) *Gesammelte Werke*, b. 8, *Ästhetik und Poetik I. Kunst als Aussage*: Tübingen, Deutschland.
- (1993) *Gesammelte Werke*, b. 9, *Ästhetik und Poetik II. Hermeneutik im Vollzug*: Tübingen, Deutschland.
- (1995) *Gesammelte Werke*, b. 10, *Hermeneutik im Rückblick*: Tübingen, Deutschland.
- (1993) “Text und Interpretation”, en *Gesammelte Werke*, b. 2, *Wahrheit und Methode*, v. 2, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck): Tübingen, Deutschland.
- (1997) “Vom Wort zum Begriff”, en Grondin, J. (comp.) *Gadamer Lesebuch*, Mohr Siebeck: Tübingen, Deutschland.
- (1999) *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck): Tübingen, Deutschland.
- (1993) “Was ist Wahrheit?”, en *Wahrheit und Methode, Ergänzungen*, J. C. B. (Paul Siebeck): Tübingen, Deutschland.

- (2005) *Verdad y método*, [título original: *Wahrheit und methode*], [traducción: Ana Agud Aparicio y Rafael Agapito], (11ª Edición), Ediciones Sígueme, Salamanca: España.
- Galafassi, G. P. (enero-junio, 2002) “La teoría crítica de la Escuela de Frankfurt y la crisis de la idea de razón en la modernidad”, en *Contribuciones desde Coatepec*, n. 2, Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca: México.
- Gallo, F. (2015) *Celso y Kelsen. Para la refundación de la ciencia jurídica*, [título original: *Celso e Kelsen. Per la rifundazione della scienza giuridica*], [traducción: Manuel Grasso], [serie: Tradición y Dogmática – Selección de obras jurídicas italianas], Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Eudeba, Centro di Studi Giuridici Latinoamericani: Buenos Aires, Argentina.
- García Calvo, M. (1986) “La voluntad del legislador: genealogía de una ficción hermenéutica”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 3.
- García Máñez, E. (1997) *Introducción al estudio del derecho*, Reimpresión, Porrúa: México.
- (2007) *Filosofía del Derecho*, (16ª Edición) Editorial Porrúa: México.
- (2007) *Introducción a la lógica jurídica*, [colección: Argumentos], Editorial Fontamara: México.
- Garza García, C. C. (2005) *Derecho constitucional mexicano*, McGraw-Hill, Interamericana Editores: México.
- Garmendia Cedillo, X. (2010, abril) “Control difuso y control de convencionalidad”, en *Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, n. 3, Instituto de Estudios sobre Justicia Fiscal y Administrativa: México.
- Geny, F. (1919) *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, t. I, F. Pichon et Durand-Auzias: France.
- (1919) *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, t. II, Reimpresión, L.G.D.J.: París, France.
- Gimeno Presa, Ma. C. (2003) “La interpretación literal de la ley”, en *Anuario de filosofía del derecho*, n. 20.
- Gonçalves, A. S. & R. H. Ribeiro Quirino (2018) “A norma hipotética fundamental de Hans Kelsen e a regra de reconhecimento de Herbert Hart. Semelhanças e diferenças

- entre os critérios de validade do sistema jurídico”, en *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, v. 39, n. 78.
- Grocio, H. (1925) *Del derecho de la guerra y la paz*, t. I, [título original: *De iure belli ac pacis*], [traducción: Jaime Torrubiano Ripoll], [colección: Clásicos Jurídicos], Editorial Reus: Madrid, España.
- (1925) *Del derecho de la guerra y la paz*, t. II, [título original: *De iure belli ac pacis*], [traducción: Jaime Torrubiano Ripoll], [colección: Clásicos Jurídicos], Editorial Reus: Madrid, España.
- Grondin, J. (2001) *Einführung in die philosophische Hermeneutik*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt: Deutschland.
- (2008) *L’herméneutique*, (2ª Edición), Presses Universitaires de France: París, France.
- (2011, julio-diciembre) “La hermenéutica como ciencia rigurosa según Emilio Betti (1890-1968)”, en *Co-herencia*, v. 8, n. 15, Universidad EAFIT: Medellín, Colombia.
- Guastini, R. (2001) *Estudios de teoría constitucional*, [colección: Doctrina Jurídica Contemporánea], Fontamara, UNAM: México.
- (1989) “Hans Kelsen sull’interpretazione”, en Comanducci, P. & R. Guastini (eds.) *L’analisi del ragionamento gioridico*, G. Giappichello Editore: Torino, Italia.
- (2014) *Interpretar y argumentar*, [traducción: Silvina Álvarez Medina], [colección: El Derecho y la Justicia], Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid.
- (2016) *La sintaxis del derecho*, [título original: *La sintassi del diritto*], [traducción: Álvarez Núñez Vaquero], [colección: Filosofía y Derecho], Marcial Ponds: Madrid, España.
- (1993) *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, Giuffré: Milano, Italia.
- (1997, octubre) “Problemas de interpretación”, [título original: “Problemi di interpretazione”], [traducción: Miguel Carbonell], [1993, en *Lefonti del diritto e l’interpretazione*, capítulo XXV, IJ-UNAM: Milán, Italia], *Isonomia*, n. 7.
- (1988) “Redazione e interpretazione dei documenti normativi”, en Bartole, S. (ed.) *Lezioni di tecnica legislativa*, CEDAM: Pádova.

- (2014) “Releyendo a Hart”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 37.
- (2008) “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulyin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31.
- Gudiño Pelayo, (2005) “Lo confuso del control difuso de la constitución. Propuesta de interpretación del artículo 133 constitucional”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, t. LV, n. 244, Universidad Nacional Autónoma de México: México.
- Guillaumin, G. (2012) “Ciencias sociales y Thomas Kuhn: ¿expandiendo (o deformando) la naturaleza epistémica de las ciencias sociales?”, en De la Garza Toledo, E. & G. Leyva (coord.) *Tratado de metodología de las ciencias sociales: perspectivas actuales*, Universidad Autónoma Metropolitana, Fondo de Cultura Económica: México.
- Habermas, J. (2000) *Debate sobre el liberalismo político*, [título original: *Politischer Liberalismus – Eine Auseinandersetzung mit Rawls*], [traducción: Gerard Vilar Roca], Paidós: España.
- (1993) *El discurso filosófico de la modernidad*, [título original: *Der Philosophische Diskurs der Moderne*], [traducción: Manuel Jiménez Redondo], Reimpresión, Taurus: España.
- (2005) *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría de discurso*, [título original: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*], [traducción: Manuel Jiménez Redondo], [colección: Estructuras y procesos], (4ª Edición), Trotta: Madrid, España.
- (1975) *Perfiles filosóficos-políticos*, [título original: *Philosophisch-politische Profile*], [traducción: Manuel Jiménez Redondo], Taurus: España.
- (1994) *Sobre Nietzsche y otros ensayos*, (2ª Edición) Tecnos: España.
- (1999) *Teoría de la acción comunicativa I. Racionalidad de la acción y la racionalización social* [título original: *Theorie des kommunikativen Handelns. Band I. Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*], [traducción: Manuel Jiménez Redondo], Taurus: España.

- (1992) *Teoría de la acción comunicativa II. Crítica de la razón funcionalista*, [título original: *Theorie des kommunikativen Handelns. Band II. Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*], [traducción: Manuel Jiménez Redondo], Taurus: España.
- Hacking, I. (comp.) (1985) *Revoluciones Científicas*, [título original: *Scientific Revolutions*], [traducción: Juan José Utrilla], [colección: Breviarios, n. 409], Fondo de Cultura Económica: México.
- Hammergren, L. (2012) *Quince años de reforma judicial en América Latina: Dónde estamos y por qué no hemos progresado más*, Organización de los Estados Americanos.
- Hart, H. L. A. (1992) *El concepto de Derecho*, [título original: *The concept of law*], [traducción: Genaro R. Carrió], [1ª Edición: 1961], Abeledo-Perrot: Buenos Aires, Argentina.
- (1980) “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, en *Sistema*, n. 36.
- (2014) “El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral”, en Dworkin, R. (comp.) *La filosofía del derecho*, [título original: *The Philosophy of Law*], [traducción: Javier Sáinz de los Terreros], (2ª Edición), Fondo de Cultura Económica: México.
- (2000) *Post-scriptum al concepto de Derecho*, [título original: *Postscript*], [traducción, estudio preliminar, notas y bibliografía: Rolando Tamayo y Salmorán], [edición: Penélope A. Bulloch y Joseph Raz], [colección: Serie Estudios Jurídicos, n. 13], [1ª Edición: 1994], Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México: México.
- (2001) “Problems of the Philosophy of Law”, en *Essays in jurisprudence and philosophy*, Reimpresión, Clarendon Press, Oxford: New York, United States of America,
- (1974, septiembre-diciembre) “Teoría de Kelsen sobre la unidad de derecho”, [título original: “Kelsen’s Doctrine of the Unity of Law”], en *Boletín Mexicano de Derecho Mexicano*, a. VII, n. 21.
- (1949, junio) “The ascription of responsibility and rights”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. 49, i. 1.

- Hegel, G. W. F. (2008) *Fenomenología del espíritu*, [título original: *Phänomenologie des Geistes*], [traducción: Wenceslao Roces y Ricardo Guerra], [1ª Edición: 1807], Reimpresión, Fondo de Cultura Económica: México.
- (1987) *Filosofía del Derecho*, (4ª Edición), Editorial Claridad: Buenos Aires, Argentina.
- (1974) *Lecciones sobre filosofía de la historia universal*, [título original: *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*], [traducción: José Gaos], [prólogo: José Ortega y Gasset], [colección: Biblioteca de Ciencias Históricas], [selección: Grandes Temas, vol. 4], (4ª Edición), Revista de Occidente: Madrid, España.
- (2005) *Lecciones sobre historia de la filosofía, I*, [título original: *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie*], [traducción: Wenceslao Roces], Reimpresión, Fondo de Cultura Económica: México.
- (2005) *Lecciones sobre historia de la filosofía, II*, [título original: *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie*], [traducción: Wenceslao Roces], Reimpresión, Fondo de Cultura Económica: México.
- (2005) *Lecciones sobre historia de la filosofía, III*, [título original: *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie*], [traducción: Wenceslao Roces], Reimpresión, Fondo de Cultura Económica: México.
- (2007) *Lecciones sobre la estética*, [título original: *Vorlesungen über die Ästhetik*], [traducción: Alfredo Brotons Muñoz], [1ª Edición: 1832], Editorial Akal: Madrid, España.
- Heidegger, M. (2004) “Brief über den humanismus”, en *Gesamtausgabe*, b.9, Vittorio Klostermann: Deutschland.
- (2014) *Kant y el problema de la metafísica*, [título original: *Gesamtausgabe I. Abteilung: Veröffentlichte Schriften 1910-1976. Band 3. Kant und das Problem der Metaphysik*], [traducción: Gred Ibscher Roth], Fondo de Cultura Económica: México.
- (1970) *¿Qué es metafísica?*, [título original: *Was ist metaphysik*], [traducción: Xavier Zubiri], Editorial Siglo Veite: Buenos Aires, Argentina.
- (2011) *¿Qué significa pensar?*, [título original: *Die Geschichte des Seyns*], [traducción Dina V. Picotti C.], [colección: El Camino hacia Otro Pensar], El Hilo de Ariadna, Biblioteca Internacional Martin Heidegger: Buenos Aires, Argentina.

- (2006) *Sein und Zeit*, Max Niemeyer Verlag: Tübingen, Deutschland.
- (2013) *Seminarios de Zollikon*, [título original: *Zolliker Seminare*], [traducción: Ángel Xolocotzi Yáñez], Herder: México.
- (2009) *Tiempo e historia*, [título original: *Der Zeitbegriff in der Geschichtswissenschaft y Wilhelm Diltheys Forschungsarbeit und der gegenwärtige Kampf um eine historische Weltanschauung*], [edición y traducción: Jesús Adrián Escudero], [colección: Mínima Trotta], Trotta: España.
- (2000) *Tiempo y ser*, [título original: *Zur Sache des Denkens*], [traducción: Manuel Garrido, José Luis Molinuevo y Félix Dúque], (2ª Edición), Tecnos: España.
- Heisenberg, W. (1989) *Encounters with Einstein: And other essays on people, places, and particles*, [título original: *Tradition in der Wissenschaft*], Princeton University Press: Princeton, New Jersey, United States of America.
- (1967) “Quantum theory and its interpretation”, en Rozental, S. (ed.) *Niels Bohr. His life and work as seen by his friends and colleagues*, Amsterdam, North-Holland: New York, United States of America.
- (1983) “The physical content of quantum kinematics and mechanics”, en Wheeler, J. A. & W. H. Zurek (ed.) *Quantum Theory and Measurement*, Princeton University Press: New Jersey, United States of America.
- Hernández Marín, R. (1999) *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, Marcial Pons: Madrid.
- Herrera, C. M. (1994, octubre-diciembre) “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución”, en *Revista de Estudios Políticos*, n. 86, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: España.
- Highton, E. (2010) “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, et. al. (coord.) *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitucionale commune en América Latina?*, t. I, [serie: Doctrina Jurídica, n. 569], Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Max-Plank-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional: México.
- Holl K., (1920) “Luthers Bedeutung den Fortschritt der Auslegungskunst”, en K. H., *Gesammelte Aufsätze zur Kierchengeschichte*, v. I, (6ª edición): Tubinga, Deutschland.

- Horkheimer, M. (1973) *Crítica de la razón instrumental*, [título original: *Zur kritik der instrumentellen vernunft*], [traducción: H. A. Murena y D. J. Vogelmann], [colección: Estudios Alemanes], (2ª Edición), Sur: Buenos Aires, Argentina.
- (2003) “Teoría tradicional y teoría crítica”, en *Teoría crítica*, [título original: *Kritische Theorie. Eine Dokumentation*], [traducción: Edgardo Albizu y Carlos Luis], 3ª Reimpresión, Amarrortu editores: Buenos Aires, Argentina.
- Horkheimer, M. & T. W. Adorno (1947) *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, Querido Verlag N. V.: Amsterdam, Netherlands.
- Huarte de San Juan, J. (1884) *Examen de ingenios*, Biblioteca Clásica Española: Barcelona, España.
- (1989) *Examen de ingenios*, [título original: *Scrutinium ingeniorum*], [edición: Guillermo Serés], Cátedra, Letras Hispánicas: Madrid, España.
- Humboldt, W. v. (1907) *Gesammelte Schriften*, Seibenter, b. VII, [editado: Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften], B. Behr’s Verlang: Berlín, Deutschland.
- Hume, D. (1981) *Tratado de la naturaleza humana*, [título original: *A Treatise of Human Nature*], [traducción, introducción y notas: Félix Duque], Ediciones Orbis: España.
- Huntington, S. (1968) *Political order in changing societies*, Yale University Press: United States of America.
- Husserl, E. (1950) *Die Idee der Phänomenologie*, en *Gesammelte Werke*, b. 2, Martinus Nijhoff: Netherlands.
- (1913) *Ideen zu einer reinen phänomenologie und phänomenologischen philosophie*, Verlag von Max Niemeyer: Deutschland.
- (1968) *Logische Untersuchungen*, (4 Auflage), Max Niemeyer Verlag: Tübingen, Deutschland.
- (1973) *Zur Phänomenologie der Intersubjektivitat*, en *Gesammelte Werke*, b. XV, Martinus Nijhoff: Netherlands.
- Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial (2008) *Apuntes de jurisprudencia*, [1ª Impresión: 2007], (2ª Impresión), Ciudad de México, México.
- Jiménez Flores, T. (2005, julio) “Entrevista a Jean Grondin: en defensa de la Hermenéutica”, en *ConcienciActiva*, 21, n. 9.

- Jorgensen, J. (1938) “Imperativer og Logik”, *Theoria*, n. 4, pp. 183-190. También vid. (1938) “Imperatives and logic”, *Erkenntnis*, v. 7, n. 4, pp. 288-296. Un análisis lo desarrolla Ross, A. (1944, enero) “Imperatives and logic”, en *Philosophie of Science*, v. 11, n. 1.
- Kalinowski, G. (1980) “Une mise en question de la logique des normes. En réponse aux objections de Hans Kelsen”, en *Archives de Philosophie du Droit*.
- Kant, I. (1991) *Antropología en sentido pragmático*, [título original: *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht*], [traducción: José Gaos], Akal: Madrid, España.
- (1960) *Crítica de la razón pura*, [título original: *Kritik der reinen Vernunft*], [traducción: Jose Rovira Armengol], [edición: Ansgar Klein], (2ª Edición 1787), Editorial Losada: Buenos Aires, Argentina.
- (2011) *Crítica de la razón práctica*, [título original: *Kritik der praktischen Vernunft*], [traducción: Dulce María Granja Castro], Reimpresión, Fondo de Cultura Económica: México.
- (2004) *¿Qué es la Ilustración?: y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*, [traducción: Roberto Rodríguez Aramayo], [1ª Edición: 1784], Editorial Alianza: Madrid, España.
- Kelsen, H. (2008) *Autobiografía*, [traducción: Luis Villar Borda], [serie: Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n. 50], Universidad Externado de Colombia, Instituto Hans Kelsen: Bogotá, Colombia.
- (1962) “Derogation”, en Newman, R. (ed.) *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, The Bobb-Merrill Company: Indianapolis-New York, United States of America.
- (1949) *General Theory of Law and State*, [traducción: Anders Wedberg], Reimpresión, Harvard University Press: United States of America.
- (1941) *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, [versión: Jorge G. Tijerina], Losada: Argentina.
- (1966, enero-marzo) “¿Qué es el positivismo jurídico?”, [traducción: Mario de la Cueva], en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XVI, n. 61, Universidad Nacional Autónoma de México: México.

- (1998) *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, [título original: *Was ist die reine Rechtslehre?*], [traducción: Ernesto Garzón Valdés], (5ª Edición), Fontamara: México.
- (1994) *Teoría general de las normas*, [título original: *Allgemeine theorie der norme*], [traducción: Hugo Carlos Delory Jacobs], Trillas: México.
- (2009) *Teoría pura del Derecho*, [título original: *Reine Rechtslehre*], [traducción: Roberto J. Vernengo], (4ª Edición), Reimpresión, Eudeba: Buenos Aires, Argentina.
- (1982) *Teoría pura del Derecho*, [título original: *Reine Rechtslehre*], [traducción de Roberto J. Vernengo], (2ª Edición), Reimpresión, Universidad Autónoma de México: México.
- (1953, abril-junio) “Teoría pura del derecho y teoría egológica”, [traducción: Eduardo García Máynez], en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. III, n. 10, Universidad Nacional Autónoma de México: México.
- (2000) *What is justice? Justice, Law and Politics in the mirror of Science*, University of California Press: United States of America.
- (1931) “Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie”, en *Die Justiz*: Berlín, Deutschland.
- Kennedy, D. (2008) “Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen”, en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, n. 2, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas: México.
- Klug, U. (1983) “Acerca de la «teoría pura del derecho y la lógica jurídica»”, [título original: *Rechtsnormen und logische Analyse — Ein Briefwechsel 1959 bis 1965*], [traducción: Ernesto Garzón Valdés], en *Informática e Diritto*, n. 2.
- (1966) *Juristische Logik*, Reimpresión, Springer-Verlag: Deutschland.
- (1998) *Lógica jurídica*, [título original: *Juristische Logik*], [traducción: J. C. Gardella], (4ª Edición), Reimpresión, Temis: Bogotá, Colombia.
- Koyré, A. (1973) *Études d’histoire de la pensée scientifique*, Gallimard: France.
- Kuhn, T. S. (1977) *The Essential Tension. Selected Studies in Scientific Tradition and Change*, University of Chicago Press: United States of America.

- (1996) *The structure of scientific revolutions*, (3ª Edición), The University of Chicago: United States of America.
- Kumar, M. (2000) *Quantum: Einstein, Bohr and the great debate about the nature of reality*, Icon Books Ltd., ebook.
- Laercio, D. (1792) *Sobre las vidas, opiniones y sentencias de los filósofos más ilustres*, t. I, [traducción: Josef Ortiz y Sanz], Imprenta Real: Madrid, España.
- (1792) *Sobre las vidas, opiniones y sentencias de los filósofos más ilustres*, t. II, [traducción: Josef Ortiz y Sanz], Imprenta Real: Madrid, España.
- (2010) *Vidas y opiniones de los filósofos ilustres*, [traducción: Luis-Andrés Bredlow], Editorial Lucina: Madrid, España.
- Lakatos, I. (1976) *Proofs and Refutations. The Logic of Mathematical Discovery*, Cambridge University Press: Great Britain.
- (1987) *Matemáticas, ciencia y epistemología*, Alianza Editorial: Madrid, España.
- (1974) “Science and Pseudoscience”, en *Philosophy in the Open*, [from: Programme 11 of The Open University of Arts Course A303: “Problems of Philosophy”], Vesey, Godfrey Norman Agmondisham, Open University Press.
- (1989) *The Methodology of Scientific Research Programmes. Philosophical Papers*, v. 1, Reimpresión, Cambridge University Press: United States of America.
- Larenz, K. (1979) *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, (4ª Edición), Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH: Deutschland.
- Laudan, L. (2006) *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press: New York, United States of America.
- Leibniz, G. W. (1954) *Discurso de Metafísica*, [traducción, prólogo y notas: Alfonso Castaño Piñan], (2ª Edición), Editorial Aguilar: Buenos Aires, Argentina.
- (1991) *Los elementos de derecho natural*, [título original: *Elementa juris naturalis*], [traducción: Tomás Guillén Vega], [colección: Clásicos del Pensamiento], Tecnos: España.
- (1977) *Principios de naturaleza y la gracia fundados en la razón*, [introducción y análisis: Francisco Larroyo], Porrúa: México

- (1972) *Nuevo tratado sobre el entendimiento humano*, [título original: *Nouveaux essais sur l'entendement humain*], [traducción y prólogo: Eduardo Ovejero y Maury], Editorial Aguilar: Buenos Aires, Argentina.
- (1981) *Sistema de naturaleza y de la comunicación de las sustancias, así como también de la unión entre alma y cuerpo*, [traducción: Enrique Pareja], (3ª Edición), Editorial Aguilar: Buenos Aires, Argentina.
- (s/a) *Teodicea, Ensayos sobre la bondad de dios, la libertad del hombre y el origen del mal*, [título original: *Théodicée*], [1ª Edición: 1710], Edición electrónica de [www.philosophia.cl](http://www.philosophia.cl), Escuela de Filosofía Universidad ARCIS.
- Lifante Vidal, I. (1999) *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, [colección: El Derecho y la Justicia], Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: España.
- Locke, J. (2003) *Segundo ensayo sobre el gobierno civil: un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y finalidad del gobierno civil*, [traducción: Cristina Piña], Editorial Losada: Buenos Aires, Argentina.
- (1997) *Tratado sobre el entendimiento humano*, [título original: *Essay concerning human understanding*], [traducción: Luis Roríguez Aranda], (7ª Edición), Editorial Aguilar: Buenos Aires, Argentina.
- Lombardi Vallauri, L. (1981) *Curso de filosofía del Derecho*, [título original: *Corso di filosofia del diritto*], Cedam: Padua.
- Losano, M. (2017) *La teoría pura del derecho. Evolución y puntos cruciales*, OLejnik Ediciones: España.
- (1985) “La teoría pura del derecho: del logicismo al irracionalismo”, [traducción: Juan Ruiz Manero], en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 2.
- Luhmann, N. (1993) *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp: Deutschland.
- (1990) *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp: Deutschland.
- (2007) *La Religión de la Sociedad*, [título original: *Die Religion der Gesellschaft*], [traducción: Luciano Elizaincín], [colección: Estructuras y Procesos], Trotta: Madrid, España.
- (1995) *Poder*, [título original: *Macht*], [traducción: Luz Mónica Talbot], Anthropos, Universidad Iberoamericana: España.

- (1983) *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, [título original: *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*], [traducción: Ignacio de Otto Pardo], [colección: Estudios Constitucionales], Centro de Estudios Constitucionales: España.
- (1996) *Teoría de la sociedad y pedagogía*, [título original: *Die Homogenisierung des Anfangs: Zur Ausdifferenzierung der Schulerziehung (De Zwischen Anfang und Ende); Das Technologiedefizit der Erziehung und die Pädagogik (de Zwischen Technologie und Selbstreferenz); Systeme verstehen Systeme (de Zwischen Intransparenz und Verstehen; Systeme und Absicht der Erziehung (de Zwischen Absicht und Person)*], [traducción: Carlos Fortea], Paidós: España.
- (1993) *Teoría política en el Estado de Bienestar* [título original: *Politische Theorie im Wahlfahrststaat*], [versión española e introducción: Fernando Vallespín], Alianza Editorial: España.
- MacCormick, N. (1995) “Defeasibility in Law and Logic”, en Bankowski, Z., *et al.* (eds.) *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Dordrecht, Kluwer.
- Magaloni, B. (1996). “Dominio de partido y dilemas duvergerianos en las elecciones presidenciales de 1994 en México”, en *Política y gobierno*, v. 3, n. 2.
- Márquez-González, J. A. (1985) “Hart y Kelsen: regla de reconocimiento y norma básica”, en *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n. 12.
- Márquez Rábago, S. R. (2002) *Evolución constitucional mexicana*, [prólogo: Olga María Sánchez Cordero de García Villegas], Editorial Porrúa: México.
- Meier, G. F. (1757) *Versuch einer allgemeinen Auslegungskunst*, Carl Hermann Hemmerde: Deutschland.
- Mendonca, D. (2012) “Ontología y lógica de las normas. A propósito de la correspondencia entre Hans Kelsen y Ulrich Klug”, en Ramírez Cleves, G. A. (ed.) *Ecos de Kelsen. Vida, obra y controversias*, Universidad Externado de Colombia: Colombia.
- Menger (1934) *Moral, Wille und Weltgestaltung, Grundlegung zur Logik der Sitten*, Verlag von Julius Springer: Wein.
- Mermin, D. (1985) “Is the moon there when nobody looks? Reality and the quantum theory”, en *Physics Today*.

- Michelfelder, D. P. & R. E. Palmer (ed.) (1989) *Dialogue and Deconstruction. The Gadamer-Derrida encounter*, State University New York Press: United States of America.
- Mill, J. S. (2016) *A System of Logic. Ratiocinative and Inductive, Being a connected view of the Principles of Evidence, and the Methods of Scientific Investigation*, (8ª Edición), Harper & Brothers, The University of Adelaide, e-book.
- (2001) *On liberty*, Batoche Books: Kitchener, Ontario, Canada.
- Montesquieu, C-L. (1816) *l'Esprit Des Lois*, t. I, Édition Stéréotype: París, France.
- (1816) *l'Esprit Des Lois*, t. II, Édition Stéréotype: París, France.
- Montinari, M. (1999) *Che cosa ha detto Nietzsche. A cura e con una Nota di Giuliano Camponi*, Adelphi Edizioni: Milán, Italia.
- Moreno Romo, J. C. et. al. (2007) *Descartes vivo: ejercicios de hermenéutica cartesiana*, Editorial Anthropos: México.
- Morison, S. E. & H. S. Commager (1942) *The Growth of the American Republic 1000-1865*, v. I, (3ª Edición), Oxford University Press: New York, United States of America.
- Moto Salazar, E. (2007) *Elementos de Derecho*, [1ª Edición: 1974], (50ª Edición), Porrúa: México.
- Muñoz González, D. M. (2016, enero-junio) “La textualidad del texto. En torno al encuentro Gadamer-Derrida”, en *Franciscanum*, v. LVIII, n. 165.
- Musgrave, A. E. (1971) “Kuhn's Second Thoughts”, en *British Journal for the Philosophy of Science*, v. 22.
- Nietzsche, F. (2016) “De la genealogía de la moral. Un escrito polémico”, [título original: *Zur Genealogie der Moral*], en *Obras completas*, v. IV, [título original: *Also sprach Zarathustra; Jenseits von Gut und Bose; Zur Genealogie der Moral; Der Fall Wagner, Gotzen-Dammerung; Der Antichrist; Ecce homo; Dionysos Dithyramben; Nietzsche contra Wagner*], [traducción, introducciones y notas: Jaime Aspiunza, Manuel Barrios Casares, Kilian Lavernia, Joan B. Llinares, Alejandro Martín Navarro y Diego Sánchez Meca], Tecnos: España.
- (2014) “El nacimiento de la tragedia”, [título original: *Die Geburt der Tragödie*], [traducción: Germán Cano Cuenca], en *Nietzsche I*, Gredos: España.

- (2008) *Fragmentos póstumos (1985-1989)*, v. IV, [título original: *Nachgelassene Fragmente (1885-1989)*], [traducción, introducción y notas: Juan Luis Verma y Joan B. Llinares], (2ª Edición), Tecnos: España.
- (2016) “Más allá del bien y del mal. Preludio de una filosofía del futuro”, [título original: *Jenseits von Gut und Böse. Vorspiel einer Philosophie der Zukunft*], en *Obras completas*, v. IV, [título original: *Also sprach Zarathustra; Jenseits von Gut und Bose; Zur Genealogie der Moral; Der Fall Wagner, Gotzen-Dammerung; Der Antichrist; Ecce homo; Dionysos Dithyramben; Nietzsche contra Wagner*], [traducción, introducciones y notas: Jaime Aspiunza, Manuel Barrios Casares, Kilian Lavernia, Joan B. Llinares, Alejandro Martín Navarro y Diego Sánchez Meca], Tecnos: España.
- (1996) *Verdad y mentira en sentido extranormal*, [traducción: Luis Valdés], (3ª Edición), Tecnos: Madrid.
- (2000) *Voluntad de poder*, [traducción: Aníbal Froufe], (14ª Edición), Biblioteca EDAF: España.
- Opalek, K. (1980) *Überlegungen zu Hans Kelsen «Allgemeine Theorie der Normen»*, Manzschke: Wien.
- Orígenes (1835) *Über die Grundelhren der Glaubenswissenschaft*, [traducción: K. Friedrich Schnitzer], Stuttgart, Alemania.
- Ortiz Treviño, R. G. (2004) *La seguridad jurídica. Los derechos humanos en la jurisprudencia mexicana*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos: México.
- Pais, A. (1979) “Einstein and the quantum theory”, en *Review of Modern Physics*, n. 51.
- Páramo Argüelles, J. R. de (1984) *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, España.
- Pásara L. y M. Feoli (2013) *Prevalece la selección política en los nombramientos judiciales en América Latina*, Justicia Viva.
- Pasukanis, E. B. (1966) *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus. Versuch einer Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Verlag-Neue Kritik.
- Pascal, B. (1977) *Pensamientos: el hombre sin dios*, (5ª Edición), Editorial Aguilar: Buenos Aires, Argentina.
- Pazos, M. I (2002) “Derrotabilidad sin Indeterminación”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, n. 25.

- Peces-Barba Martínez, G. (2004) *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson: Madrid, España.
- Pegoraro, L. (2005) “Derecho Constitucional y Método Comparativo”, en Serna de la Garza, J. M. (coord.) *Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, [traducción: Daniel Berzosa López (§2-7) y Jari Donatella Lorenzo Vidales (§1, 8 y 9)], [serie: Doctrina Jurídica, n. 272], Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México: México.
- Peniche Bolio, F. J. (2008) *Introducción al estudio del derecho*, (20ª Edición), Porrúa: México.
- Perelman, Ch. (1964) *De la justicia*, [traducción: *De la Justice*], [traducción: Ricardo Guerra], Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México: México.
- (1973) *El razonamiento jurídico*, [traducción: H. Petzold-Pernía], Centro de Estudios de Filosofía del Derecho - LUZ, Maracaibo: Venezuela.
- (1974) *La interpretación jurídica*, [traducción: H. Petzold-Pernía], Centro de Estudios de Filosofía del Derecho - LUZ, Maracaibo: Venezuela.
- (1976) *Lógica jurídica. La nueva retórica*, [título original: *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*], Dalloz: París, France.
- Perelman, Ch. & L. Olbrechts-Tyteca (1989) *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, [título original: *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*], [traducción: Julia Sevilla Muñoz], Gredos: Madrid, España.
- Pérez Jaraba, M. D. (2010) “Principios y reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H. L. A. Hart”, en *Revista de estudios jurídicos*, n. 10, 2ª Época, Universidad de Jaén: España.
- Pérez Tamayo, R. (2017) *¿Existe el método científico? Historia y realidad*, [colección: La ciencia para todos, n. 161], (3ª Edición), Reimpresión, Fondo de Cultura Económica: México.
- Peters, G. (2003) *El nuevo institucionalismo. La teoría institucional en la ciencia política*, [título original: *Institutional Theory in Political Science. The «New Institutionalism»*], [traducción: Verónica Tirota], [colección: Ciencia Política], Gedisa: Barcelona, España.

- Petersen, A. (1963, septiembre) “The Philosophy of Niels Bohr”, en *Bulletin of the Atomic Scientists. The magazine of science and public affairs*, v. XIX, n. 7, Editorial Board: Chicago, United States of America.
- Piaget, J. (1949) *Traité de Logique. Essai de logistiquie opératoire*, Librairie Armand Colin: París, France.
- Planck, M. (1994) *Scientific Autobiography and Other Papers*, Philosophical Library Open Road, p. 24. Hay traducción española (2000) *Autobiografía científica y últimos escritos*, Nivola: Madrid, España.
- (1900) “Über eine Verbesserung der Wienschen Spektralgleichung”, en *Verhandlungen der Deutschen Physikalischen Gesellschaft*, v. 2.
- (1929) “Zwanzig Jahre Arbeit am Physikalischen Weltbild”, en *Physica*, v. 9.
- Platón (2008) “Apología de Sócrates”, en *Diálogos I*, [traducción: Julio Calogne], [colección: Biblioteca Clásica Gredos, n. 37], Reimpresión, Gredos: España.
- (2009) *Diálogos*, [estudio preliminar: Francisco Larroyo], [colección: “Sepan Cuantos...”, N. 13 A y B], [1ª Edición: 1962], (31ª Edición), Editorial Porrúa: México.
- (1996) *Fedro*, [versión directa, introducciones y notas: J. D. García Bacca], (2ª Edición), Universidad Nacional Autónoma de México: México.
- (2000) *La República*, [introducción, versión y notas: Antonio Gómez Robledo], (2ª Edición), Reimpresión, 2007, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- (1988) *Las leyes*, [edición: José Manuel Ramos Bolaños], Ediciones Akal: Madrid, España.
- (2008) “Parménides”, en *Diálogos*, V, [traducción: María Isabel Santa Cruz], [colección: Biblioteca Clásica Gredos, n. 117], Gredos: España.
- (1994) *Protágoras*, [traducción: Ute Schmidt Osmanczik], Universidad Nacional Autónoma de México: México.
- (1977) *Teeteto*, [título original: *Θεαίτητος*], [traducción y prólogo: José Antonio Miguez], (5ª Edición), Aguilar: Argentina.
- Podetti Lezcano, J. R. (1963) *Teoría y técnica del proceso civil: y Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, Ediar: Buenos Aires, Argentina.

- Poincaré, H. (1891) «Les geometries non euclidiennes», en *Revue des Sciences Pures et Appliquées*, v. 2.
- (1902) *Science and Hypothesis*, Dover: New York, United States of America.
- Popper, K. (2014) *Conjectures and Refutations. The Growth of Scientific Knowledge*, (2ª Edición), Routledge Classics: New York, United States of America.
- (1962) “Die Logik der Sozialwissenschaften”, en *Kölner Zeitschrift Für Soziologie und sozialpsychologie*, a. 14.
- (2002) *The Logic of Scientific Discovery*, Rotledge Classics: United States of America.
- Postema, M. (2012, diciembre) La selección transparente y basada en el mérito es esencial para la independencia judicial, en *Aportes DPLF*, n. 17, a. 5.
- Radbruch, G. (1944) *La filosofía del derecho*, (2ª Edición), Revista de Derecho Privado: Madrid, España.
- (2000) *Introducción a la filosofía del derecho*, [título original: *Vorschule der Rechtsphilosophie*], [traducción: Wenceslao Roces], Reimpresión, Fondo de Cultura Económica: México.
- Raz, J. (1986) *El concepto del sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, [título original: *The Concept of a Legal System. An introduction to the Theory of Legal System*], [traducción, prólogo y notas: Rolando Tamayo y Salmorán], [serie G: Estudios Constitucionales, n. 93], Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México: México.
- (1996, octubre) “¿Por qué interpretar?”, en *Isonomía*, n. 5.
- Rebuffa, G. (1980) “Costituzionalismo e Giusnaturalismo: Ronald Dworkin e la riformulazione del Diritto Naturale”, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, v. X, n. 1.
- Redondo, G. F. (2001, marzo) “Dos escritos sobre hermenéutica: El surgimiento de la hermenéutica y los Esbozos para una crítica de la razón histórica”, *Bibliografía Logos: Anales del Seminario de Metafísica*.
- Reichenbach, H. (1951, july) “Verifiability Theory of Meaning”, en *Proceedings of the American Academy of Arts and Sciences*, v. 80, n. 1.

- Richter, S. y Hill Zenk (2010) *A history of poetics: German scholarly aesthetics and poetics in international context, 1770-1960*, [edición: Walter de Gruyter], Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen, Edición Ilustrada: Alemania.
- Richards, D. (1987) “Rules, Policies, and Neutral Principles: The Search for Legitimacy in Common Law and Constitutional Adjudication”, en *Georgia Law Review*, v. 11.
- Ricoeur, P. (1975) *El conflicto de las interpretaciones*, [título original: *Le conflit des interprétations*], [volumen 1: “Hermenéutica y psicoanálisis”], Ediciones Megápolis, Asociación Editorial La Aura: Buenos Aires, Argentina.
- (1975) *El conflicto de las interpretaciones*, [título original: *Le conflit des interprétations*], [volumen 2: “Hermenéutica y estructuralismo”], [traducción: Graziella Baravalle y María Teresa la Valle], Ediciones Megápolis, Asociación Editorial La Aura: Buenos Aires, Argentina.
- (1976) *El conflicto de las interpretaciones* [título original: *Le conflit des interprétations*], [volumen 3: “Introducción a la simbólica del mal”], [traducción: María Teresa La Valle y Marcelo Pérez Rivas], Ediciones Megápolis, Asociación Editorial La Aurora: Buenos Aires, Argentina.
- (1997) “Interpretación y argumentación”, en *Lo justo*, [título original: *Le Juste*], [traducción: Carlos Gardini], Editorial Jurídica de Chile: Santiago, Chile.
- (2003) *Lo justo*, [título original: *Le juste*], [traducción: Agustín Domingo Moratalla], [Colección Esprit], (2ª Edición), [1ª Edición: 1995], Caparrós Editores: Madrid, España.
- (2006) *Teoría General de la Interpretación, discurso y excedente de sentido*, [título original: *Interpretation theory, discourse and the surplus of meaning*], [traducción: Graciela Monges Nicolau], [1ª Edición: 1976], (6ª Edición), Siglo XXI Editores, Universidad Iberoamericana: México
- Rosseau, J. J. (2003) *El Contrato Social: Discurso Sobre Las Ciencias y Las Artes: Discurso Sobre el Origen y Los Fundamentos de la Desigualdad Entre Los Hombres*, [traducción: Leticia Halperin Donghi y Horacio Crespo], [colección: Biblioteca de obras maestras del pensamiento, vol. 15], Editorial Losada: Buenos Aires, Argentina.
- Roberston, P. (1979) *The early years. The Niels Bohr Institute, 1921-1930*, Akademisk Forlag: Copenhage, Denmark.

- Ródenas, A. (2001) “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 24.
- (2012) *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, Marcial Ponds: España.
- Rodríguez, C. (2005) “Estudio preliminar”, en *La decisión judicial. El debate Hart–Dworkin*, [colección: Nuevo Pensamiento Jurídico], Reimpresión, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes: Bogotá, Colombia.
- Rodríguez, J. (2003) “Derrotabilidad e indeterminación del Derecho. Respuesta a Juan Carlos Bayón”, en Bayón, J. C. & J. Rodríguez, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, [serie: Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n. 27], [edición e introducción: Paula Gaido, Rodrigo Sánchez Brigido y Hugo Omar Selemé], Universidad Externado de Colombia: Bogotá, Colombia.
- (1997) “La derrotabilidad de las normas jurídicas”, en *Isonomía*, n. 6.
- (2010) “La derrotabilidad de las normas jurídicas”, en Bayón, J. C. & J. Rodríguez, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, [serie: Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n. 27], [edición e introducción: Paula Gaido, Rodrigo Sánchez Brigido y Hugo Omar Selemé], Universidad Externado de Colombia: Bogotá, Colombia.
- Rodríguez, J. L. & G. Sucar (1998) “Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de Análisis de la indeterminación del derecho”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 21, v. II.
- Roos, R. (1956) “Le dernier écrits de Nietzsche et leur publication”, en *Revue Philosophique de la France et de l’Étranger*, n. 146, Press Universitaires de France: France.
- Rorty, R. (1995) *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, [título original: *Philosophy and the Mirror of Nature*], [traducción: Jesús Fernández Zulaica], [colección: Teorema], (3ª Edición), Cátedra: Madrid, España.
- Rosenfeld, L. (1968) “Some concluding remarks and reminiscences”, en *Solvary Institute*.

- Ross, A. (1971) *Lógica de las normas*, [título original: *Directives and norms*], [traducción: José S.P. Hierro], Técnos: Madrid, España.
- (1970) *Sobre el derecho y la justicia*, [traducción: Genaro Carrió], Eudeba: Buenos Aires, Argentina.
- Ross, W. D. (2007) *The right and the good*, Reimpresión, Clarendon Press, Oxford: United States.
- Ruiz Manero, J. (1990) *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho*, [colección: El Derecho y la Justicia], Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: España.
- Russell, B. A. W. (1919) *Introduction to Mathematical Philosophy*, George Allen and Unwin: London, England.
- (1946) *History of Western Philosophy*, George Allen and Unwin: London, England.
- (1946) “Replay to Critics”, en Schilpp, P. A. (ed.) *The Philosophy of Bertrand Russell*, (2<sup>nd</sup> Edition), The Library of Living Philosophers: United States of America, p. 683. Añado corchetes.
- San Agustín (1969) “La doctrina cristiana”, *Obras completas de San Agustín*, vol. XV: Escritos bíblicos, [título original: *De doctrina cristiana*], [edición bilingüe: Balbino Martín Pérez], [colección: BAC, No. 168], (3<sup>a</sup> Edición), Biblioteca de Autores Cristianos: Madrid, España.
- Sánchez Rubio, A. (2004) “La interpretación en el Derecho: In claris non fit interpretatio”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Volumen XXII.
- Sánchez Gil, R. (2004, julio-diciembre) “El control difuso de la constitucionalidad en México, Reflexiones en torno a la tesis P./J. 38/2002”, en *Cuestiones Constitucionales*, n. 11.
- Sarlo, O. L. (s/a) “Kelsen y Dworkin: del concepto a la concepción del derecho”, [manuscrito], EVA UdelaR, versión electrónica.
- Sartor, G. (1993) “Defeasibility in Legal Reasoning”, en *Rechtstheorie*, 24.
- Savigny, F. K. v. (1840) *System des heutigen Römischen Rechts*, v. I, Bei Drit und Comp.: Berlín, Deutschland.

- Schauer, F. (1998) "On the Supposed Defeasibility of Legal Rules", en M.D.A. Freeman (ed.) *Current Legal Problems*, v. 51, Legal Theory at the End of the Millennium, Oxford-Nueva York, Oxford University Press: United States of America.
- Scheffler, I. (1967) *Science and subjectivity*, Bowes-Merrill: New York, United States of America.
- Scheler, M. (2001) *Ética: nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*, [título original: *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Werthethik*], [traducción: Hilario Rodríguez Sáenz], Caparrós Editores: Madrid, España.
- Schelling, F., W. J. (1996) *Escritos sobre filosofía de la naturaleza*, [estudio preliminar, traducción y notas: Arturo Leyte], Alianza Editorial: Madrid, España.
- (1980) *La relación de las artes figurativas con la naturaleza*, [título original: *Über das verhältniss der lildenden künste zur natur*], [traducción: Alfonso Castaño Piñan], Editorial Aguilar: Buenos Aires, Argentina.
- (1989) *Investigaciones filosóficas sobre la esencia de la libertad humana y los objetos con ella relacionados*, [título original: *Philosophiche untersuchungen über das Wesen der menschlichen Freiheit und die damit zusammenhängenden Gegenstände*] [traducción: Elena Cortés y Arturo Léyte, Editorial Anthropos: Madrid, España.
- Schleiermacher, F. E. D. (1985) "Allgemeine Hermeneutik von 1809/10", en Virmond, W. (comp.) *Schlermacher-Archiv I*.
- (1838) *Hermeneutik und Kritik*, bei Reimer: Berlín: Deutschland.
- Schlick, M. (1931, februar) "Die Kausalität in der gegenwärtigen Physik", en *Die Naturwissenschaften*, v. 19, i. 7.
- (1936) "Meaning and Verification", en *Philosophical Review*, v. 45, n. 4.
- (1934) "Über das Fundament der Erkenntnis", en *Erkenntnis*, n. 4.
- Schmitt, C. (2009) *El concepto de lo político. Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios*, [título original: *Der Begriff des Politischen. Text von 1932 nut einem. Vorwort und drei Corollarien*], Reimpresión, Alianza Editorial: España.
- (1983) *La defensa de la constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, [título original: *Der Hüter der Verfassung*], [traducción: Manuel Sánchez Sarto], Tecnos: España.

- (1968) *La dictadura*, [título original: *Die Diktatur*], [traducción: José Díaz García], Revista de Occidente: Madrid, España.
- (2009) *La tiranía de los valores*, [título original: *Die Tyrannei der Werte*], [traducción: Sebastián Abad], [colección: Filosofía Política. Serie Alemana], Hydra: Buenos Aires, Argentina.
- Schrödinger, E. (1935) “Die gegenwärtige Situation in der Quantenmechanik”, en *Der Naturwissenschaften*, j. 23, h. 48.
- Selleri, F. (1986) *El debate de la teoría cuántica*, [traducción: Miguel Ferrero Melgar], Alianza Universidad: Madrid, España.
- Serna Bermúdez, P. (2006) *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación y sus problemas*, Porrúa: México.
- Serrano Migallón, F. (2006) “Facultades metaconstitucionales del Poder Ejecutivo en México”, en *Serie Estudios jurídicos*, n. 33, Universidad Nacional Autónoma de México: México.
- Shappere, D. (1964) “The structure of scientific revolutions”, en *Philosophical Review*, n. 73.
- Sigwart, C. (1889) *Logik. Die Lehre Tom ürtheil, vom Begriff und vom Schluss*, v. 1, (2ª Edición), Freiburg i. B., Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr, (Paul Siebeck): Deutschland.
- Soper, P. (1984) *A theory of Law*, Harvard University Press: United States of America.
- Spaak, T. (2005) “Kelsen & Hart on the Normativity of Law”, en *Scandinavian studies of law*, n. 48.
- Spinoza, B. (2017) *Ética demostrada según el orden geométrico*, [título original: *Ethica*], [introducción, traducción y notas: Vidal Peña], Reimpresión, Alianza: España.
- Suárez Ávila, A. A. (2017) “Usos e interpretación de la facultad de atracción en el juicio de amparo por la SCJN”, en Ferrer Mac-Gregor, E. & A. Herrera García (coord.) *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución Mexicana de 1917*, t. I, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas: México.
- Szondi, P. (2006) *Introducción a la hermenéutica literaria*, [título original: *Einführung in die literarische Hermeneutik*], [traducción: Joaquín Chamorro Mielke], [introducción:

- José Manuel Cuesta Abad], [edición: Jean Bollack y Helen Stierlin], Editorial Abada: Madrid, España.
- Tarski, A. (1983) *Logic, semantics and metamathematics*, [traducción: J. H. Woodger], (2ª Edición), Hackett Publishing Company: United States of America.
- Tegmark, M. & J. A. Wheeler (2003, enero-marzo) “Cien años de misterios cuánticos”, en *Fenómenos Cuánticos*, Investigación y ciencia, n. 31.
- Toulmin, S. (1979) *El puesto de la razón en la ética*, [título original: *An Examination of the Place of Reason in Ethics*], [traducción: I. F. Ariza], Alianza Editorial: España.
- (2007) *Los usos de la argumentación*, [título original: *The uses of argumentation*], [traducción: María Morrás y Victoria Pineda], Ediciones Península: Barcelona, España.
- (1977) *Human Understanding. Volume 1: General Introduction and Part 1. The Collective Use and Evolution of Concepts*, Clarendon Press, Oxford University Press.
- (1967, december) “The evolutionary development of natural science”, en *American Scientist*, v. 55, n. 4.
- (1967) *The Philosophy of Science. An Introduction*, Hutchinson & Co. (Publishers), Ltd.: Great Britain.
- Umberto, E. (1998) *Los límites de la interpretación* [título original: *I limiti dell'interpretazione*], [colección: Palabra en el tiempo, Número 214], [traducción: Helena Lozano], (2ª Edición), Editorial Lumen: España.
- Unger, R. (1923) *Gesammelte Studie*, vol. 1: *Aufsätze zur Prinzipienlehre der Literaturgeschichte*, Reimpresión, Wiss Buchgesellschaft Darmstadt: Berlín, Deutschland.
- Ureña-Sánchez, M. I. (2017) “El positivismo de Kelsen y Hart en el derecho internacional contemporáneo: una mirada crítica”, en *International Law: Revista Colombiana de Derecho*, n. 31.
- Van der Waerden, B. L. (1967) *Sources of Quantum Mechanics*, North Holland, Amsterdam, Netherlands.

- Vattimo, G. (2010) *Adiós a la verdad*, [título original: *Addio alla verità*], [traducción: María Teresa D’Meza], Gedisa: España.
- (2002) *Oltre l’interpretazione. Ll significato dell’ermeneutica per la filosofia*, Editori Larteza: Roma, Italia.
- Vázquez Esquivel, E. (2003) *Ensayos jurídicos y de política jurídica*, Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología, Instituto de Investigaciones Jurídicas: San Nicolás de los Garza, México.
- (1999) *Hans Kelsen, Jurista del siglo XX, en el 26 aniversario de su fallecimiento*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Colegio de Criminología: Monterrey, México.
- (2016) *Derecho y comprensión*, Tirant lo Blanch: México.
- (2014, enero-junio) “Kelsen: un diálogo entre la teoría pura del derecho y la hipermodernidad”, Año 8, Número 15 de la 2ª Época, *Conocimiento y Cultura Jurídica*, Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica: Monterrey, México.
- (2016) “La comprensión del derecho: un movimiento circular”, en *Derecho y comprensión*, Tirant lo Blanch: México.
- (2007, enero-junio) “La hermenéutica filosófica: una reflexión sobre el Derecho como ciencia del espíritu”, Año 1, Número 1 de la 2ª Época, *Conocimiento y Cultura Jurídica*, Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica Monterrey, México.
- (2008, enero-junio) “La interpretación conforme en México (dos de sus antecedentes teóricos: Kelsen y Huarte de San Juan. Un estudio crítico desde la perspectiva de la hermenéutica filosófica”, a. 2, n. 3, 2ª Época, *Conocimiento y Cultura Jurídica*, Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología, Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica: Monterrey, México.
- (2008, julio-diciembre) “El entroncamiento del problema hermenéutico con el deontológico en la formación de los operadores del derecho en México (primera parte)”, en *Conocimiento y Cultura Jurídica* a. 2, n. 4, 2ª Época, Universidad Autónoma de

- Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología, Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica: Monterrey, México.
- (2009, enero-junio) “El entroncamiento del problema hermenéutico con el deontológico en la formación de los operadores del derecho en México (segunda parte)”, en *Conocimiento y Cultura Jurídica*, a. 3, n. 5, 2ª Época, Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología, Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica: Monterrey, México.
- (2011) *Juicios orales en México y crisis de racionalidad jurídica*, [Manuscrito].
- (2011, primavera marzo-septiembre) “La función de juzgar en Basave”, Número 12, *Letras jurídicas*, Revista electrónica de Derecho del Centro Universitario de Ciénega: Guadalajara, México.
- Vernengo, R. (1994) *La interpretación literal de la ley y sus problemas*, Abeledo-Perrot: Buenos Aires, Argentina.
- Vila, C. (2004) “El control difuso y control concentrado en el sistema peruano de justicia constitucional: eficacia de la *judicial review* a dos siglos de su creación”, en Carbonell, M. (coord.) *Derecho Constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, [serie: Doctrina Jurídica, n. 199], Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México: México.
- Vigo, R. L. (2004) *Interpretación constitucional*, (2ª Edición), LenisNexis, Abeledo-Perrot: Buenos Aires, Argentina.
- Villegas, J. (2016) *El poder amordazado. La historia oculta de cómo el poder político se ha infiltrado en la justicia española*, Ediciones Península: España.
- Wach, J. (1966) *Das Verstehen. Grundzüge einer Geschichte der hermeneutischen Theorie im 19. Jahrhundert*. [reimpresión: edición de 1926-1933], vol. III, n. 2, Tubinga: Hildesheim, Alemania.
- Waismann, F. (1930, dezembro) “Logische analyse des Wahrscheinlichkeitsbegriffs”, en *Erkenntnis*, v. 1, i. 1.
- (1951) “Verifiability”, en Flew, A. (ed.) *Logic and Language*, extraído de (1945) *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volume XIX*.
- Watkins, J. W. N. (1957) “Between analitic and empirical”, en *Philosophy*, v. 32, i. 121.

- (1968) “Hume, Carnap and Popper”, en Lakatos, I. (ed.) *The problem of Inductive Logic*, North Holland: Amsterdam, Netherlands.
- (1970) “Against normal science”, en Lakatos, I. & A. Musgrave (eds.) *Proceedings of the International Colloquium in the Philosophy of Science, London, 1965*, Cambridge University Press: London, England.
- Weber, M. (2002) *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, [título original: *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*], [traducción: José Medina Echeverría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora], (2ª Edición), Reimpresión, Fondo de Cultura Económica: México.
- Wedberg, A. (1951) “Some problems in the logical Analysis of Legal Science”, en *Theoria*, n. 1-3, v. XVIII.
- Weinberg, O. (1981) *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik. Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsen Theorie der Normen*, Dunker & Humboldt: Berlin, Deutschland.
- Weldon, J. (1997) “The political sources of presidencialismo in Mexico”, en Mainwaring, S. & M. S. Shugart (ed.) *Presidencialism and Democracy in Latin America*, Cambridge University Press: New York, United States of America.
- Whewell, W. (1857) *History of the Inductive Sciences, from the Earliest to the Present Time*, v. I, (3ª Edition), John W. Parker and Son, West Strand: London, England.
- (1857) *History of the Inductive Sciences, from the Earliest to the Present Time*, v. II, (3ª Edition), John W. Parker and Son, West Strand: London, England.
- (1857) *History of the Inductive Sciences, from the Earliest to the Present Time*, v. III, (3ª Edition), John W. Parker and Son, West Strand: London, England.
- Wisdom, J. O. (1963) “The refutability of ‘irrefutable’ laws”, en *The British Journal for the Philosophy of Science*, v. 13.
- Wittgenstein, L. (1999) *Investigaciones filosóficas*, [título original: *Philosophische untersuchungen*], [traducción: Alfonso García Suárez y Ulises Moulines], [edición: G. E. M. Anscombe y Rush Rhees], Reimpresión, Ediciones Altaya: España.
- (2003) *Los cuadernos azul y marrón*, Editorial Tecnos: Madrid, España.

- (1997) *Observaciones filosóficas*, [título original: *Philosophische bemerkungen*], [traducción: Alejandro Tomasini Bassols y Marlene Zinn], Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México: México.
- (2014) “Tratado lógico-philosophicus”, en *Wittgenstein I*, [título original: *Logisch-Philosophische Abhandlung*], [traducción: Jacobo Muñoz Veiga e Isidoro Reguera Péres], Grados: España.
- Wolf, F. A. (1989) *Prolegomena to Homer*, [*Prolegómenos a homero*], [título original: *Prolegomena ad Homerum*], [introducción, traducción y notas: Anthony Grafton, Glenn W. Most y James E. G. Zetzel], [1ª Edición: 1795], Reimpresión, Princeton University Press, Princeton, N. J.: Estados Unidos.
- (1831) *Vorlesung über die Encyklopädie der Altertumswissenschaft*, [título original: *Conferencia sobre la Enciclopedia de estudios clásicos*], *Vorlesungen über die Alterthumswissenschaft*, vol. I, [*Lecciones sobre la ciencia de la antigüedad*], [edición: J. D. Gürtler], Gürtler Editorial: Leipzig, Deutschland.
- Wolff, C. v. (2000) *Pensamientos racionales acerca de Dios, el mundo y el alma del hombre, así como sobre todas las cosas en general (Metafísica Alemana)*, [título original: *Vernünfftige Gedanken von Gott, der Welt und der Seele des Menschen, auch allen Dingen überhaupt*], [traducción: Agustín González Ruiz], [colección: Clásicos del Pensamiento], Editorial Akal: Madrid, España.
- Wolf-Hartmunt, F., (1965) *La interpretación alegórica*, [título original: *Allegorische Interpretation*], en *Fischer Lexikon. Literatur II*, 1ª Parte, [edición de W.-H. Friedrich y W. Killy, Frankfurt a.M.].
- Wright, G. H. v. (1968) *An essay in deontic logic and the general theory of action*, Fasc. XXI, North-Holland Publishing Company: Amsterdam, Netherlands;
- (1951, enero) “Deontic logic”, en *Mind*, v. 60, n. 237.
- (1970) *Norma y acción. Una investigación lógica*, [título original: *Norm and action. A logical enquiry*], [traducción: Pedro García Ferreró], Tecnos: España;
- (1984) *Truth, knowledge and morality. Philosophical Papers*, v. III, Brasil Blackwell: Great Britain.
- Wróblewsky, J. (1971) “Legal Decision and its Justification”, en *Le raisonnement juridique*, en *Logique & Analyse*, v. 14, n. 53-54.

Zagrebelsky, G. (2011) *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, [título original: *Ll diritto mite. Legge diritti giustizia*], [traducción: Marina Gascón], [colección: Estructuras y Procesos], Reimpresión, Trotta: España.

————— (2006) *La exigencia de la justicia*, [título original: *La domanda dl giustizia*], [traducción y presentación: Miguel Carbonell], [colección: Mínima Trotta], Trotta: España.

Zahar, E. (1973) “Why did Einstein’s Research Programme Supersede Lorentz’s?”, en *The British Journal for the Philosophy of Science*, v. 24.