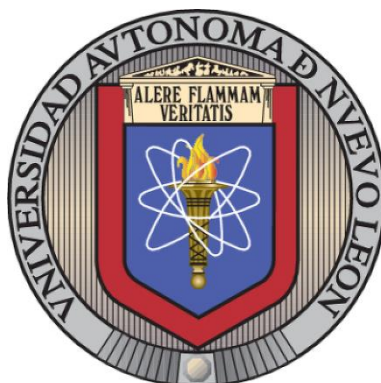


UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA



TESIS

INTER LUX ET TENEBRIS: EL SISTEMA DE REGLAS SIN HORIZONTE

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO DE AMPARO

PRESENTA:

CARLOS MANUEL LÓPEZ HERNÁNDEZ

DIRECTOR DE TESIS

EFRÉN VÁZQUEZ ESQUIVEL

CIUDAD UNIVERSITARIA

NOVIEMBRE DE 2015

A JGC (1985-2012), ejemplo
fiel de la *ἀρετή*.

A ASEB, mi inspiración para
toda la vida.

A mi madre y hermano.

CONTENIDO

Prólogo	VII
Introducción	IX

Capítulo I

Iuris interpretatio: Negationis pro subiectivam

De la defensa del *sensus*

1. Del sistema de reglas sin reglas	16
2. «Claridad»: la inadecuada expresión hermenéutica como característica de la interpretación en el sistema de reglas	19
3. Un ir y venir en la interpretación jurídica: del <i>sensus</i> al <i>sensus</i>	26
4. Lo refractario a la idea de lo subjetivo	34

Capítulo II

To συγκρότημα σκοτάδι

De la «apertura» al «espíritu extraño»

1. Raíz estéril de la hermenéutica epistemológica en el <i>Dasein</i> de vida auténtica y conciencia histórica	37
2. La percepción de lo <i>oscuro</i>	42
3. «Obscuridad»: parámetro del «espíritu extraño» en relación a la «cosa»	46
4. El complejo del <i>Dasein</i> : del atisbo de la interpretación jurídica	51

Capítulo III

Heurística comprensión del miedo en el Derecho

Metodología y análisis del «marco abierto» y la «textura abierta»

1. Huida y miedo: la subjetividad en el Derecho	57
1.1. El horizonte jurídico de lo subjetivo es un horizonte sesgado	60
1.2. La negación a la <i>apertura</i> del elemento subjetivo en el Derecho	63

1.3. Horizontica propedéutica de lo metajurídico	65
2. La catársis de lo metajurídico	67
2.1. Indeterminación jurídica: una designación tardía	69
3. <i>Positivism flexible</i> (Kelsen) vs <i>positivismo suave</i> (Hart)	70
3.1. La fundamentación de la indeterminación: el «marco abierto» y la «textura abierta»	73
3.2. Distinción fundamental entre el «marco abierto» y la «textura abierta»	75
3.3. Formulación del sistema de reglas	77
3.4. El carácter subjetivo del «marco abierto» y la «textura abierta»	79

Capítulo IV

El «marco abierto a las sombras»

De la limitación horízontica del sistema de reglas de Kelsen

1. Recuperación del «sentido» de la interpretación jurídica como un «integrar» y «comprender»	85
2. La sombra paradójica de la interpretación jurídica en Kelsen	87
3. Construcción de la reinterpretación de la indeterminación jurídica de Kelsen	90
3.1. Argumento A	91
3.2. Argumento B	94
3.3. Argumento C	96
3.4. Argumento D	97
4. Aceptación al criterio del sistema de reglas <i>con</i> horizonte	96

PRÓLOGO

Horizonte (*Horizont*) es un concepto hermenéutico que ha evolucionado a lo largo de la Historia de la Filosofía; por lo general, suele advertirse que el horizonte es un rasgo que está íntimamente ligado a la visión humana, es decir, delimita las cosas y la visión de ellas.

Kant, por ejemplo, se ubica precisamente en este grupo, ya que en la filosofía kantiana el concepto de horizonte es definible como «la adecuación de la magnitud de todo el conocimiento con las capacidades y fines del sujeto». Sin embargo, el horizonte no es simplemente una limitación, sino también una determinación positiva por medio de la cual las cosas se hacen visibles: Husserl, por otra parte, desarrolló este concepto al tratar de «yo y mi mundo alrededor», es decir, el mundo propio («mi mundo») no es simplemente el mundo de los hechos en cuanto «están ahí» o están «presentes», sino que incluye, junto al «campo de la percepción» –lo que «me es presente»– un margen «copresente», un mundo de «asuntos», de valoraciones, de bienes, etc., o bien, lo que poco después afirmaría Heidegger con el *Dasein* («ser ahí») y el «estar-en-el-mundo».

Particularmente, el designio del título y contenido de la presente disertación está enfocado a esta última representación de lo que es y representa el concepto de horizonte en la teoría de la comprensión. Por lo mismo, hablar de un sistema de reglas *sin* horizonte es hablar de una teoría de interpretación (en este caso, de interpretación jurídica) que por distintas razones no permite establecer el aspecto positivo de este concepto, es decir, la «apertura» de distintos aspectos que influyen y representan una alta importancia para la interpretación y el objetivo de la correcta comprensión, simplemente son desechados: por ejemplo, la subjetividad, la historicidad, la *relación*, etc.

El horizonte no es, pues, un «vacío diferente a las cosas». «La claridad del horizonte es, a un tiempo, claridad de las cosas, y la claridad de las cosas aclara el horizonte». Por causa del horizonte delimitador y aclarador hay propiamente lo que se llama «sentido», por lo que no es una casualidad que Gadamer indique que la correcta comprensión de un «texto» se encuentra en la *fusión del horizonte*; en aquello que en alguna ocasión señaló Dilthey como el «acuerdo de sentido» respecto a algo, es decir, la comprensión.

Aclararía un par de aspectos más antes de continuar con la introducción del presente estudio, que si bien son indispensables, estos no son omitidos en parte introductoria, por lo

que me parece más adecuado aprovechar este pequeño espacio para extender un grato agradecimiento a mis profesores de la Facultad de Filosofía y Letras de la UANL, de quienes en tan poco tiempo aprendí cómo la Filosofía cambia la perspectiva humana, y lo acerca más y más al humanismo.

También, quiero agradecer al Dr. Efrén Vázquez Esquivel, mi director de tesis, a quien debo mi acercamiento, interés y gusto por la teoría de la comprensión (hermenéutica). Asimismo, agradezco al profesorado asignado a la parte escolarizada del posgrado cursado, cuyas experiencias en el mundo del Derecho me fueron de gran ayuda.

Por último, quiero agradecer a mi amigo JGC (1985-2012) por su tiempo y grata compañía en el mundo que alguna vez Leibniz describió como el «mejor de los mundos posibles»; de él, sus pensamientos permanecerán en mis cuadernos, nuestras pláticas en mis escritos; y su recuerdo, en mi memoria.

Carlos Manuel López Hernández
Monterrey, Nuevo León, México, a noviembre de 2015

INTRODUCCIÓN

Bajo el mismo estandarte de que interpretar es «integrar» y «comprender», la construcción de la presente disertación es un estudio que pretende elucidar, como se cuestionó al final del último estudio acerca de la indeterminación del Derecho como vía de anclaje respecto a la interpretación jurídica del constitucionalismo mexicano, si las aportaciones surgidas del trabajo de Kelsen, propiamente la *Reine Rechtslehre*, y Hart, *The Concept of Law*, respectivamente, colocan a las distintas doctrinas de interpretación en una base que no sea el sistema de reglas, entendiendo por éste no un Derecho cuya única faena es considerar a la regla (norma jurídica) como factor legítimo, tal cual llegó a criticar y sostener Dworkin acerca del trabajo de Hart, al considerar que su doctrina se fundamentaba en *meros hechos*, sino más bien, una teoría de interpretación que carece de diversos elementos para lograr la correcta comprensión de lo comprendido; pero también que tiene como objetivo establecer peculiaridades que, en rigor, son eufemismos como: asentar que la interpretación «surge» en el momento en que el intérprete se proyecta la «duda», o bien, estipular y hacer apología respecto a la existencia de lo *claro* y *oscuro* como cualidades (o defectos) de aquello que se trata de interpretar, entre otros aspectos que están ligados a la historicidad, principalmente.

No obstante, al mismo tiempo en que se estudió cómo la interpretación jurídica en el constitucionalismo mexicano puede tratarse desde un enfoque escéptico, pues la interpretación propiamente dicha no se fundamenta en un sistema de reglas debidamente constituido, y, por ende, se encuentra hermenéuticamente hablando muy lejos de una teoría de la interpretación, ya que encuentra su debida legitimidad únicamente en un simple dogma que considera que la interpretación siempre ha de reducirse a una temática que examine la literalidad de un texto jurídico, y por lo mismo, aunque por extraño que parezca para los partidarios de otro tipo de hermenéutica, al intérprete jurídico no le preocupa en lo mínimo si tal normativa sujeta a interpretación es o no justa; lo cual, incluso, en aumento del horizonte, la interpretación judicial cae rendida, ya que su accionar representa un efecto que rompe con el principio de la progresión regular de la comprensión, es decir, que siempre se va perfeccionando, por lo que no es factible disminuir el progreso de la comprensión de tal manera que de un momento a otro sea de inutilidad; en otras palabras, la interpretación judicial cae abismada rotundamente por el fenómeno conocido como

reversibilidad hermenéutica, donde la comprensión lograda pierde su justificación y es desplazada y remplazada por otra de menor calibre previamente ya superada; dicha particularidad debe su razón a distintos aspectos, entre ellos por el inmenso bagaje atribuible de uso que se le da a este tipo de interpretación en el Derecho, sea ya por tratarse como explicación de la ley, o simplemente como un precedente, pero que también destaca su incuestionabilidad respecto a si se tratase de una jurisprudencia dictada por el máximo tribunal, y la negativa constante al expresar que dicha interpretación, aun cuando es de carácter obligatorio, no es una extensión de la ley; por supuesto, ante lo último suele recalcar que la jurisprudencia se diferencia de la ley por no contar con un mismo carácter de obligatoriedad, pues de la jurisprudencia únicamente su observancia es obligatoria para los órganos que pertenecen al Poder Judicial, sin embargo, la perspectiva debiese cambiar al instante en que se advierte que siendo la jurisprudencia «la interpretación» de la ley, puede oficialmente ser citada y traída a cualquier disputa para terminar el diálogo.

Por otra parte, además de detallar las fragilidades, traspies y contradicciones de los juristas en atención a la interpretación jurídica con énfasis al *sensus litteralis* (lo que dice) y al *sensus spiritualis* (lo que quiere decir) del texto, sin omitir que el rasgo característico de la interpretación jurídica se subsume a la interpretación judicial (la jurisprudencia), intencionalmente se omitió estudiar si la consideración del «marco abierto» y la «textura abierta» ofrecen un tipo de acercamiento a la nueva hermenéutica, ya que el enfático señalamiento de uno y otro en relación a asentar que el Derecho es incompleto, es una proeza acreedora de un debido análisis hermenéutico que tenga como fin explicitar si tal acción puede considerarse como una *apertura* horizontal que haga de la comprensión, como «integración», algo más que simplemente llenar el vacío, o dicho en otras palabras, que tenga como fin únicamente *normar lo no normado*.

Anteriormente se ha señalado cómo el sistema de reglas doblega sus objetivos interpretativos al no considerar, sobre todo, la «distancia histórica» como un principio que ha de tomarse muy en serio si es de interés lograr la comprensión. Pero esto no es un invento, la distancia en el tiempo provoca tanto en la expresión como en la intención un efecto particular que poco a poco va cambiando su significación, pero también su sentido. No puede considerarse, por lo mismo, que la interpretación jurídica respecto a la ley deba

relacionarse con «desentrañar» el *sentido de la ley*, sin siquiera advertir qué se está expresando con tal designación.

Cuestiones como el uso de la etimología, el diccionario, la gramática, entre otros medios hermenéuticos cuyo único fin es facilitar la comprensión, mas no la comprensión misma, son aspectos y trivialidades que están a flor de piel en la cultura jurídica. No parecería necesario tratar de explicar por qué éstos medios no provocan en el intérprete la satisfacción, pero cuando es propio de una tradición establecer y buscar un significado, es menester entrar a la temática, por lo menos, para aclarar algunos detalles importantes respecto al fenómeno de la comprensión, y cómo se logra.

Precisamente esta es la justificación que encuentra este estudio, sobre todo su título: *Inter lux et tenebris*: el sistema de reglas sin horizonte. Primeramente, porque la temática de la interpretación jurídica siempre ha estado en un punto de quiebre; la historia muestra que es constante la disputa entre aquellos que «ven» el *sentido* de la ley en la literalidad, y aquellos que hacen lo propio en la *intención de la ley* (o intención del legislador); el debate incluso hoy día aún es tratado, y no precisamente porque no sea factible la elocuencia de un grupo ante otro, sino porque las teorías de interpretación jurídica son un sistema de reglas sin horizonte, es decir, la interpretación se advierte como una empresa que tiene de objetivo «encontrar» algo, mas no «proyectar» una opinión; es un acto que, en rigor sentido, cae en el rubro de la explicación en la glosa o en nota al pie de página, de la descripción o de la traducción que ha sido superado desde la época de Homero; es, en efecto, un sistema que pretende alcanzar la comprensión simplemente con llegar a la significación, como si no existiese una diferencia, pues «significado» no es lo mismo que «sentido».

Como segundo lugar, la interpretación jurídica se ubica *inter lux et tenebris* debido a que dentro del texto jurídico suele advertirse, por quien sabe interpretar, que el factor de lo subjetivo se encuentra «ya» aceptado como rasgo fundamental para la debida comprensión en el campo del Derecho, pero que no se acepta del todo; es decir, los distintos cánones de la interpretación jurídica indican a modo implícito diferentes aspectos subjetivos dentro de la empresa de la interpretación, pero que al mismo tiempo son negados y atribuidos a la «cosa» que se interpreta, debido a que la aceptación de la subjetividad trae como consecuencia una complejidad insanable por parte del *positivismo jurídico*, pues ante el deseo de mantener una especie de aspecto de cientificidad, es menester suprimir todo rasgo

y aspecto subjetivo en el Derecho, sea ya en su creación, sea ya en su aplicación. Resulta, por tanto, que en la actualidad no sea extraño que las teorías de la argumentación jurídica sean la novedad del momento, ya que su objetivo fundamental se proyecta como una fundamentación del Derecho (y más la decisión judicial) en base a una estructura subjetiva que no es subjetiva después de todo, es decir, tiene como premisa fundamental convertir lo subjetivo, en objetivo, mediante el uso de la argumentación o la elocuencia, con el único fin de convencer a «los más», y, por tanto, entre más sean los que se adhieran al discurso, más legítimo lo será, pues tendrá de base no una idea exclusiva y calificada como la adecuada para una única persona, sino para muchos; sin embargo, esto dista mucho de lo asentado en la teoría de la comprensión, es decir, por la teoría de interpretación que se ubica por encima del sistema de reglas que pasa del plano epistemológico al ontológico, o bien, la nueva hermenéutica, o la hermenéutica filosófica, la cual principia que la comprensión, como tal, en un principio es posible por la participación de la razón humana en un mismo *logos* en el cual todos los hombres se hayan insertos, de manera que, como señalaba ya Schleiermacher en *Hermeneutik und Kritik*: «la validez universal del conocimiento de lo individual que ofrece la comprensión resulta de una naturaleza humana universal, derivada del lenguaje», por lo cual el *diálogo* conforma una parte fundamental del proceso de la comprensión, donde un intérprete, contrario a lo asentado por el *paradigma argumentativo*, no le interesa imponerse, sino hacer valer su opinión mediante un proceso de correspondencia (diálogo).

Ahora bien, por este mismo factor de la aceptabilidad y negación de lo subjetivo en el proceso de la comprensión, la interpretación jurídica es un sistema de reglas sin horizonte, ahora ya desde otro enfoque, pues la inadvertencia de la importancia o rol del intérprete en la interpretación en base a su *formación*, y, por ende, de su horizonte histórico y prejuicios, los cuales moldean, dirigen y dan forma a su interpretación (comprensión), proyecta y trae consigo un mal aspecto, ya que por la simple cuestión que resulta de manera particular con la interpretación jurídica donde a pesar de aceptar la subjetividad en forma implícita, a su decir no la acepta ni de forma implícita ni expresa, por lo que se formula así un sistema de reglas sin horizonte; en otras palabras, es un juicio nublado respecto a no notar la presencia de lo subjetivo aun cuando se está hablando y tratando propiamente con este aspecto, por lo cual, propiamente, no puede considerarse sino como un horizonte nulo, el cual ni siquiera puede percibir la existencia de lo subjetivo, o bien, no se advierte que el intérprete forma

parte del proceso de la interpretación, y que sin su presencia, la comprensión sería imposible; es un proceso de negación de uno mismo.

Por último, también se ha de destacar otro enfoque, el cual se enfatiza en aquellos sistemas que su inclusión y aceptación de la moral en el Derecho puede catalogarse como un aspecto superfluo. Esto a raíz que se está ante un sistema de reglas sin horizonte e *inter lux et tenebris*, es decir, la aceptabilidad de la subjetividad en un sistema de Derecho, por una parte, no puede minimizarse únicamente al aspecto moral, lo cual disminuye drásticamente el horizonte, pues al efecto de negar la injerencia de otras disciplinas ajenas al Derecho que no sean la moral, lo único que se proyecta es una exclusión de la esfera del *pathos*, es decir, de todos aquellos *prejuicios* (sin que de esto se infiera una posición benéfica o maléfica) que se encuentran en el intérprete, los cuales, de hecho, en primera instancia, son su primer contacto con la comprensión, y, en segunda instancia, porque es el *prejuicio* del intérprete una conciencia que aloja no sólo elementos morales, sino también de otra índole; ahora, por la otra parte, se está *inter lux et tenebris* porque así como se acepta la presencia de la moral en la facción jurídica, también se niega, esto ya por lo descrito y asentado respecto a las teorías de la argumentación; sin embargo, al día de hoy algunos empiezan a encontrar la imposibilidad de objetivizar a la moral.

Como se expone, la presente disertación ahonda respecto a este rubro, y matiza cómo la declaración de la «claridad» y «obscuridad» son, por ejemplo, y en realidad, parte propia del intérprete y del proceso de la comprensión, mas no cualidades o desperfectos de aquello sujeto a la interpretación, lo cual suele asentarse por el sistema de reglas. Se dejarán de lado, no obstante, aquellas posiciones que especulan un aspecto intrínseco entre la expresión e intención, aunque no de manera definitiva, ya que implícitamente se encontrará cómo estos dos aspectos son diferentes y cómo también es diferente su problemática con la «distancia histórica». Por ejemplo, muchos son los que suelen citar la ejemplificación del letrero en el parque (Hart), comúnmente relacionado con la prohibición a la entrada de vehículos, donde suelen comentar que ya por «vehículo» se entiende una gama diversa de objetos, pero que su equivocidad es resuelta atendiendo la *intención* del letrero, sin embargo, esta posición no advierte aspectos importantes tanto para la diferencia de la expresión y la intención, como para el efecto del horizonte respecto a ubicarse como ser-en-el-mundo, como un ser-con-otros, o bien, un ser que al momento en que nace el mundo

circundante no nace con él, sino que nace en un mundo que ya ha existido desde antes, por eso insiste Heidegger que el *Dasein* es «un ser arrojado al mundo»; primeramente, porque la acepción «vehículo» no puede limitarse a la mundabilidad del intérprete, es decir, respecto a lo que él conoce como propio de la época, sino que es mucho más amplio, incluso considerando la misma época, y, como segundo, porque la *intención*, por lo común sujeta a la idea de preservar la tranquilidad del parque, también se encuentra en la misma contingencia, por lo que puede cambiar su «sentido» respecto al contexto, sea ya por la valoración de la acepción «vehículo», o por la situación del parque, lo cual no pocas veces sucede; así, por tanto, el cambio de sentido de ambos aspectos se ven reflejados en la historicidad, y anticipados por el horizonte histórico, mas no propiamente por un simple aspecto lingüístico y de *interpretación auténtica*.

Resumidamente, la presente tesis detalla cuatro aspectos importantes: por una parte, la primera sección hace un escrutinio de cómo la interpretación jurídica proyecta una aceptación a lo subjetivo de manera efímera, colindante, pero nunca aceptada del todo, por lo que atribuye el aspecto de la «claridad» a aquello que interpreta, cuando en realidad se trata de un sentido óntico, al determinar que la base de lo *claro* no está ni forma parte de la «cosa», sino que es un recordatorio de quién es el intérprete y qué representa en el transcurso de la comprensión; la segunda sección, describe la evolución de la hermenéutica epistemológica a la hermenéutica ontológica, donde el objeto de la comprensión no es ya la «cosa» en sí, sino aquello que refleja el «espíritu extraño» en la «cosa», es decir, como una expresión propia y ligada a él, y, por tanto, *lo oscuro* se convierte en la *apertura* de la ontologización y el fundamento del *giro ontológico*; por otra parte, la tercera sección tiene como empresa primordial establecer una comprensión respecto al por qué la subjetividad es un miedo asequible en la teoría jurídica: un trayecto que terminará por analizar hermenéuticamente a las teorías de interpretación de Kelsen y Hart, las cuales al aceptar la indeterminación del Derecho, logran, por una parte, aceptar que el Derecho recurre a elementos extraños para su determinación, y, por otra, una catarsis del elemento subjetivo en la interpretación jurídica, e incluso en el mismo Derecho; por último, la sección cuarta explora las posibilidades de encontrar en el «marco abierto» un sistema de reglas *con* horizonte, lo cual se realiza en contraposición de la tesis que afirma que la indeterminación jurídica en Kelsen es en realidad una tesis de la completud.

Finalmente, sólo queda aclarar algunos puntos: la presente tesis usa una terminología que no es afín al lenguaje jurídico dentro del rubro de la interpretación, sino que adopta un lenguaje que utiliza conceptos propios de la hermenéutica; por ejemplo, la palabra «horizonte», en la nueva hermenéutica se relaciona con aquella cualidad del intérprete que le permite demarcar su límite de comprensión respecto a algo, pero también como la participación directa en el *logos* de la razón humana, lo cual le permite no sólo ubicarse en situaciones pasadas, sino también futuras; también, se encontrará en la lectura insistentes referencias a la acepción «sistema de reglas», la cual, como ya se expresó aquí mismo, se refiere a una teoría de la interpretación que basa sus objetivos en la hermenéutica epistemológica, y que suele vincular su empresa primordial, que es la comprensión, al *sensus*, es decir, a literalidad de un texto o a la intención del autor; otra acepción es aquella que hace referencia cuando se expresa la palabra «pasaje», la cual es propia de la hermenéutica literaria, pero que aquí se utiliza como sinónimo de «enunciado» u «oración», y en un aspecto más estricto, como sinónimo de «norma», «enunciado jurídico» o «artículo» de una ley; existirán, sin embargo, algunas otras palabras no propias del ámbito jurídico, pero que no representan un grado complejo de comprensión.

CAPÍTULO I

IURIS INTERPRETATIO: NEGATIONIS PRO SUBIECTIVAM

DE LA DEFENSA DEL SENSUS

1. Del sistema de reglas sin reglas

Lecturas que abarcan la temática de la interpretación jurídica son bastas, y muy elaboradas;¹ suelen contrastar con aquellas cuyo interés se proyecta respecto a la justificación y legitimidad del derecho en relación a lo propiamente jurídico. No es de extrañar, por tanto, que la Filosofía del Derecho hoy día puede verse muy viva desde la estantería de la biblioteca, hasta las altas y bajas esferas de la labor jurídica diaria, al menos respecto al tema de la interpretación jurídica; por lo mismo, la era de la interpretación «da», de esta manera, una pauta para encaminar un emprender que suprima distintos complejos que se encuentran en una conciencia negada (hermética) al comprender, cuyo objetivo no sea una búsqueda y recolección de datos, sino la comprensión misma; un comprender que inicie por reflexionar que la interpretación en el Derecho no es, como incluso algunos todavía creen, algo tan lejano, pero sobre todo, algo contrario: como si fuese una aberración anti-natura que atenta contra los fines del Derecho, pero, sobre todo, la oportunidad de pensar el Derecho, la parte viva de la filosofía.

Preocupante es, sin embargo, cómo la interpretación jurídica puede formularse y proponerse si se ubica muy por debajo en comparación con otros sistemas de reglas, primeramente, porque no cuenta con reglas (dogma constitucional de interpretación), cuyo estudio ya ha sido presentado en otra ocasión. Importa, no obstante, presentar un resumen que manifieste lo asentado con anterioridad, ya que la estimulación de un sistema de reglas que no trae aparejada reglas, daña fehacientemente el principio de la *no contradicción*, lo cual repercute en la racionalidad efectuada del accionar jurídico, una empresa de carácter

¹ Kelsen, H. (1982) *Teoría pura del Derecho*, [título original: *Reine Rechtslehre*], [traducción de Roberto J. Vernengo], (2ª Edición), [1ª Edición: 1960], Reimpresión, Universidad Autónoma de México: México; 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; Vernengo, R. (1994) *La interpretación literal de la ley*, (2ª Edición), Abeledo-Perrot: Buenos Aires, Argentina.

asociativo con la comprensión; conviene, en efecto, no saltarse las preocupaciones asentadas en el estudio acerca del dogma interpretativo de la comunidad jurídica.

Resumidamente, el sistema jurídico contemporáneo no se plantea preguntas básicas del quehacer interpretativo; cuestiones que, de llegarse a formular, se estaría en un lugar con menor incertidumbre, es, por lo mismo, que la cuestión: qué es interpretar jurídicamente, o cómo interpretar jurídicamente, lo que proyecta un destello que más que iluminador, resulta segador frente a la comprensión. La hermenéutica literaria, por ejemplo, basa su estabilidad de la comprensión respecto al diálogo del lector con el diálogo del autor, tiene una necesidad de establecer un «diálogo» con el texto, pero no cualquier diálogo, sino uno que llega a los matices de la comprensión en el uso de la metáfora, y por lo mismo es que se recibe y aplica el contenido de la obra en su ocupación diaria de acuerdo al fruto de ése diálogo, pero eso no es producto de la interpretación misma, sino de las reglas que rigen a la hermenéutica literaria, el cómo interpretar; incluso, el simple adagio de «no juzgar un libro por su portada», es una regla fundamental en esta interpretación. No obstante, en la interpretación jurídica no se observa este tipo de dedicación respecto al cómo interpretar, ya que de acuerdo a la notación de la dogmática jurídica, cualquier intérprete inicia y termina por convalidar una conclusión, con la particularidad de que no se pregunta si tal conclusión es o no correcta. En el Derecho, lo importante es «desentrañar» el sentido de la ley, y para las posibles críticas que puedan acontecer, recurre a la argumentación. Sin embargo, si esto es así, al parecer el derrumbamiento de la tesis de la *única interpretación correcta* debe más su aceptación a una razón práctica (es decir, por la recurrente disparidad de conclusiones), que a una razón teórica (es decir, por considerar a la diversidad interpretativa como las posibilidad de resolución de un conflicto).

No hace mucho la SCJN revalidaba que no existe una regla para determinar qué método de interpretación han de usar los jueces para determinar y fallar sus casos,² lo cual es de llamar la atención, ya que esta ratificación únicamente reaviva el dogmatismo interpretativo, pero no tanto por negar (que no lo hace) el recurrir a la interpretación adecuada, sino porque apuntala que la interpretación literal forma el cauce principal por el cual se ha de moverse el intérprete, pues es un mandato constitucional. Sin embargo, esta

² Tesis aisladas: Registro 181,320 y 173,254.

indicación sale sobrando, ya que el «sentido» de su justificación sale de contexto si lo único que importa es el inicio y la conclusión de la interpretación.

Resulta poco esfuerzo para el que sabe interpretar formular una crítica a tan deprimente concepción, primeramente porque al parecer no se llegan a percatar de la particularidad que subsiste en aquello que llaman «desentrañar», y lo mismo para lo que designan como «sentido». En otras palabras, si la finalidad es llegar a *aquello que dice* la ley (finalidad última del *sensus*), esto se extingue con la interpretación literal, porque la literalidad siempre llega a establecer un significado del signo que interpreta; «la nada», por ejemplo, es *un algo* que no tiene «sentido», pero si tiene «significado», esto lleva a establecer conclusiones que afectan el aspecto de qué es hablar de «sentido» en la interpretación jurídica. No obstante, aunque la diferencia entre «sentido» y «significado» no es una empresa que se pueda disuadir con facilidad (de hecho, es una de las tareas más complejas de la interpretación), es en la interpretación jurídica donde se encuentra el mayor vestigio de confusión. Sobre todo, como se anticipa, porque no dan cuenta de que todo cuanto existe, llega a hacerse de un significado; sumado al hecho de que adoptan la concepción naturalista del nombre.³

No obstante, no todo es negativo, pero lo destacable es que a pesar de los avances que han surgido en épocas anteriores respecto a la interpretación jurídica, aún existen diversos detalles que necesitan de una mejor comprensión; también ha habido retrocesos, aunque al decir de Gadamer se estaría frente a un «interpretar diferente», quizá aquí no haya razón asertiva del hermeneuta, ya que la negación de la posibilidad en la interpretación no puede tomarse sino como un retroceso, si bien no de la comprensión, si del horizonte del intérprete, pues representa un paso atrás respecto a la labor de la teoría de la comprensión, y como dice el mismo Gadamer: “el que no tiene horizontes es un hombre que no ve suficiente y que en consecuencia supervalora lo que le cae más cerca”;⁴ en sí, es un volver

³ Platón (2008) “Crátilo”, en *Diálogos*, Tomo II, [traducción, introducción y notas: J. L. Calvo], Gredos: Madrid, 383a, b y 384a; Aristóteles (2008) “Sobre la interpretación”, en *Tratados de Lógica (Órganon) II*, [título original: *Περὶ Ἑρμηνείας*], [traducción, introducción y notas: Miguel Candel Sanmartín], 2ª Reimpresión, Gredos: Madrid, 20 y 25.

⁴ Gadamer, H. G. (2005) *Verdad y método*, [título original: *Wahrheit und methode*], [traducción: Ana Agud Aparicio y Rafael Agapito], [1ª Edición: 1960], (11ª Edición), Ediciones Sígueme, Salamanca: España, p. 373.

al sistema de reglas, y esto acaece, por ejemplo, con la tesis *única respuesta correcta* postulada por Ronald Dworkin,⁵ ya que a pesar de que dicha tesis empezaba por desvanecerse, el estadounidense la retomó y la ha incrustado como parte fundamental de su filosofía jurídica. Sin embargo, la comunidad que ha recibido de manera positiva la imposibilidad de la *única respuesta correcta*, no ha dudado en realizar una crítica al sistema dworkiniano, y por una razón lógica simple, análoga a la crítica aristotélica al sistema platónico del mundo de las ideas con el «argumento del tercer hombre», el juez *Hércules* en realidad no es sino sólo una figura *ad infinitum* que, de hecho, no resuelve nada; no obstante, sorprende que este tipo de proposiciones deban su proyección a personajes que han destacado, pues fue el mismo Dworkin quien enfatizó sobre la aserción de que el Derecho no es sólo regla, sino también principio; empero, tal designación tampoco puede considerársele como original, ya que, mucho antes, ya se consideraba al principio como una fuente de derecho: “[...] no es el Derecho tan falto de reglas y principios, que si el juez o el abogado tienen buen entendimiento para saber inferir, no halle la verdadera determinación y defensión, y de dónde sacarla”,⁶ aunque bien, si se es quisquilloso, lo que se le puede adjudicar al estadounidense es precisamente que haya logrado hacer patente la consideración del principio en la dogmática jurídica.

2. «Claridad»: la inadecuada expresión hermenéutica como característica de la interpretación en el sistema de reglas

Existen otros detalles aún más importantes, elementos que más que adoptar y asimilar la empresa de la interpretación en la actividad jurídica, no son sino únicamente simulaciones respecto a una actividad que no tiene «objetividad», sino «subjetividad», pero cuya mención se mal entiende y se rechaza, ya que, a su decir, el valor subjetivo de la interpretación está ligada con la arbitrariedad. A pesar de esta advertencia, es curioso cómo

⁵ Dworkin, R. (2009) *Los derechos en serio*, [título original: *Taking rights seriously*], [traducción: Marta Guastavino], [1ª Edición: 1984], 7ª Reimpresión, Editorial Ariel: Barcelona, España. Cfr. Aarnio, A. “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulatorio del razonamiento jurídico”, en *Sobre la Justificación de las decisiones jurídicas*, p. 32.

⁶ Huarte de San Juan, J. (1989) *Examen de ingenios*, [título original: *Scrutinium ingeniorum*], [edición: Guillermo Serés], [1ª Edición: 1575], Cátedra, Letras Hispánicas: Madrid, España, p. 473.

es citado frecuentemente por muchos autores de la estirpe de la interpretación jurídica, por ejemplo, la «claridad» de la expresión, la cual suele ser un factor fundamental de la composición interpretativa, tanto para quienes trabajan y moldean las directrices del saber, como para quienes se desempeñan con la ley en la mano en las salas de los tribunales.⁷ Pero, aunque no lo parezca, la «claridad» a la cual hacen mención no es sino una designación subjetiva,⁸ naciente del intérprete; porque *lo claro* no es un «algo» que sea entrañable por el sentir, de modo que la particularidad de *lo claro* en la norma sea producto de la *intuición sensible*, por lo cual no habría motivo alguno para justificar la formación hermenéutica;⁹ o bien, porque la «duda», la cual representa la extinción de la «claridad», no tiene una valoración absoluta en la razón humana, es decir, *lo claro* y la «duda» no son factores universales, sino que siempre son *subjetivos*, pues no existe un rasgo *a priori* ni *a posteriori* que lo justifique, de manera que este tipo de omisiones, o mal interpretaciones, son en cierta medida un bloque intelectual que no puede minimizar el sistema de reglas, y aún menos reconocer la necesidad de concebir la «distancia histórica». He aquí cuando se vuelve peor, ya que por contradictorio que parezca, a pesar de que se apela, se defiende y se presumen contactos con la «objetividad», lo que ocurre en realidad no es sino sólo la

⁷ La literatura respecto a este rubro es considerable; suele hallarse dentro de los estudios de introducción al derecho, filosofía del derecho, interpretación y argumentación jurídica y sobre todo, en derecho constitucional, ya que el gran interés sobre la interpretación se sitúa sobre la interpretación de la constitución.

⁸ Es curioso cómo algunos, por ejemplo, el ex magistrado del antiguo Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TRIFE), Leonel Castillo González, en “Una aproximación al modelo de la interpretación de Jerzy Wróblewski”, menciona “[...] debe desterrarse la idea de que la claridad y la obscuridad son propiedades de las disposiciones legales en sí mismas [...]”, sin embargo, en todo su ensayo jamás se menciona la palabra “subjetividad”, ya que ésta representa un tabú ante la comunidad jurídica en México, y suele relacionarse con lo arbitrario. Castillo González, L. (2002) “Una interpretación al modelo de la interpretación de Jerzy Wróblewski”, p. 48.

⁹ Una analogía a esta particularidad se encuentra en la crítica que se construye a partir de la interpretación simbólica, la cual divide el signo en natural y artificial. Según Sexto Empírico, y como más adelante señalará Agustín de Hipona, e igualmente Mier, el humo es signo natural de fuego. Sin embargo, el humo en sí mismo no dice ni indica nada al respecto, es más bien la conciencia empírica la que recuerda que debajo del humo, hay fuego. En efecto, en este modo particular del derecho, no es que el enunciado normativo sea *claro* en sí mismo, sino que la experiencia jurídica facilita la interpretación de dicho enunciado, de modo que para aquél que no tenga o carezca de suficiente experiencia, no resultará igualmente *claro*, nuevamente, porque la «claridad» de la expresión no es una cualidad de aquello que se interpreta, sino del intérprete.

exteriorización del elemento arbitrario, lo cual, además de dañar el objeto de la interpretación, se materializa un espíritu que es contrario al Derecho: su negación.¹⁰ La «textura abierta», por ejemplo, sigue el patrón de la jurisprudencia clásica, el ya, al parecer, aforismo interpretativo: «la interpretación surge ahí dónde la duda existe», y para tratar de precisar *lo que dice* o *lo que quiere decir* el texto jurídico, en vez de dar «apertura» a soluciones únicamente conforme a derecho, en realidad abre la posibilidad de que la arbitrariedad sea más viable, pues permite la intrusión de elementos que pueden ir desde otro sistema de derecho, hasta las matices de la moral, lo cual no es que sea un error, pero como acostumbran las teorías de la argumentación jurídica, ése «salirse» del derecho, no es otra cosa más que «guiarse» por *prejuicio*, es decir, Hart no se molesta en justificar el por qué se acudió a donde se acudió, o por qué lo comprendido se comprende como se comprende.

No extraña, por lo mismo, que tal acción deambule por la icónica sociedad lejana al interpretar jurídico, aunque tampoco puede ser, en cierta medida, justificado: Kelsen astutamente indicaba que el intérprete jurídico que no entra en el rubro de lo auténtico también debería preocuparle «lo que dice» la ley, a fin de evitar sanciones.¹¹ Sin embargo, lo valioso de esta indicación no es propiamente la dualidad de la interpretación en el derecho que se propone en la *Reine Rechtslehre*, sino más bien el primer eslabón que hace

¹⁰ Desde la recuperación del problema hermenéutico de la aplicación por Gadamer en *Wahrheit und methode*, no existe registro alguno sobre algún jurista reconocido que se haya atrevido a presentar y tratar de dar pauta a este problema, ya que su omisión lo único que produce es que la «subjetividad» se convierta en arbitrariedad. Vid. Gadamer, H. G., *Verdad y Método*. No obstante, puede encontrarse en distintas notas, por ejemplo, de Ricoeur, detallar sobre esta misma problemática de la interpretación, sin embargo, su teoría de la interpretación cuyo fin es la exaltación y elocuencia de la metáfora, sus objetivos se encuentran algo lejanos a lo que es la temática jurídica. Ricoeur, P. (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, pp. 58 y ss. Ahora bien, la delicadeza del problema hermenéutico de la interpretación debe considerarse una prioridad fundamental, ya que es esta la pauta que lleva al intérprete no desbocarse de su objetivo, que es la comprensión, a lo que es propiamente arbitrario.

¹¹ Kelsen, H., *óp. cit.*, p. 349.

de esta teoría de la interpretación kelseniana la más original en el rubro de lo jurídico,¹² y no precisamente por ser la mejor, sino porque es la primera en aceptar el papel de la «subjetividad» en la interpretación, y aunque parezca que esta aceptación únicamente se expresa en la elección que el intérprete realiza respecto a lo que está dentro del «marco abierto», pronto se olvida que la dualidad interpretativa, entre aquél que aplica el derecho y aquél que no lo aplica, también es justificada por el recurso de la «subjetividad»; de otras teorías de la interpretación jurídica, por el contrario, no puede afirmarse provechosamente lo mismo, ya que al no existir indicios por los cuales se observe un acercamiento al enfoque hermenéutico contemporáneo, se disuade esta posibilidad, y peor aún, tampoco hay indicios por los cuales sea válido afirmar que aquellas que sí cuentan con un acercamiento, se hayan formulado a base de la teoría de la comprensión, lo cual resulta ser una pena; de no ser así, no hay cómo justificar que no se haya hecho evidente que es esta misma observación lo que termina por hundir a esta teoría de la interpretación de Kelsen, y asimismo, a la *Reine Rechtslehre*, lo cual no realiza la teoría jurídica, y tampoco sus críticos, por tanto, no sucede; en otros términos, la «subjetividad» no es advertida, a pesar de que contiene muchos roces e incluso aceptaciones fundamentales completas.

Lo que sí ocurre, en efecto, sigue siendo la negativa a la «subjetividad», la cual acontece desde tiempos memoriales; su rechazo no es nada nuevo, y de manera muy emblemática su aceptación implícita está ya desde la *teoría general de la interpretación* de Chladenius, quien postula que la *claridad* de un texto no está sujeta a una interpretación, sin advertir

¹² Por una parte, a pesar de existir diversos títulos y ensayos que dicen tratar de una *teoría general de la interpretación*, estos jamás cumplen el objetivo que está sujeto en el título. Por ejemplo, el libro *Teoría general de la interpretación jurídica* de Manuel Hallavis en realidad se trata únicamente de un libro descriptivo, el cual presenta al lector una amplia gama de la interpretación, y no extraña que su aportación personal únicamente se sistematice en el último punto de la obra, y en tan sólo unos cuantos párrafos. Roberto Vernengo, por otra parte, matiza y proyecta un atractivo proyecto, pero nunca deja el plano de la hermenéutica empistemológica, por lo cual se queda estancado en el sistema de reglas, aspecto que nunca lo deja saltar a la teoría de la interpretación. Por último, el profesor de Oxford, H. Hart, principia una novedad no tan original en el *The concept of law*, pero también se queda estancado en su mismo sistema, de modo que nunca llega a encontrarse algo original. Kelsen, sin embargo, merece un gran elogio, ya que su teoría de la interpretación jurídica se queda en un punto medio, entre la hermenéutica epistemológica y la hermenéutica ontológica, empero, su único gran error es no tratar el problema hermenéutico de la aplicación, lo cual da oportunidad a encontrarse con distintas dificultades no previstas en su sistema.

que esa misma declaración de la *claridad* no es sino una acción subjetiva.¹³ Sin embargo, a diferencia de lo practicado por la jurisprudencia clásica, Chladenius sí se toma la molestia en explicar en qué consiste realmente el deber del intérprete, diferenciándolo del gramático, del filólogo, y del crítico; además, asume la necesidad de explicar qué es claro y qué es oscuro, lo cual le permite ser un sistema de reglas muy sólido, pues el establecimiento de la generalidad en la fuente del sistema de interpretación provoca que la «subjetividad» sea reducida al mínimo, aunque nunca eliminada por completo, para dar espacio de labor y favor a la «objetividad»; es por ello que este sistema de reglas puede considerarse como una verdadera teoría general de la interpretación, ya que, primeramente, esta misma no tiene que lidiar con segmentos particulares, y en segundo lugar, porque incluso podía considerarse como una propedéutica para la interpretación bíblica, un aspecto que no pudo llegarse a estatuir sino hasta *Versuch einer allgemeinen Auslegungskunst* de Meier, cuyo objetivo principal fue unir a la hermenéutica clásica y la bíblica, las cuales se consideraban irremediabilmente opuestas;¹⁴ entonces, la propedéutica chladeniana tiene fundamento en los objetivos que persigue la interpretación, pues para el autor de la hermenéutica general «interpretar» consiste en “[...] aportar conceptos que son necesarios para la comprensión perfecta de un pasaje”.¹⁵ No obstante, como todo sistema de reglas, la proposición chladeniana se deshace por la simple intrusión de la «distancia histórica», pues sin esta, el intérprete no tiene cómo desenvolverse, y así, por ejemplo, nadie podría alegar

¹³ Chladenius, J. M. (1742) *Introducción a la interpretación correcta de discursos y escritos racionales*, [título original: *Einleitung zur richtigen Auslegung vernünftiger Reden und Schriften*], [edición e introducción: Geldsetzer], Instrumenta philosophica: Leipzig, Alemania, b.

¹⁴ Meier, G. F. (1965) *Ensayo de un arte general de la interpretación*, [título original: *Versuch einer allgemeinen Auslegungskunst*], [1ª Edición: 1757], Reimpresión, Instrumenta philosophica-Series hermeneutica I: Düsseldorf, Alemania, §1; 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*], [prólogo, traducción y notas: Antonio Gómez Ramos], [epílogo: Hans Ulrich Lessing], (1ª Edición 1900), Editorial Istmo: Madrid, España, p. 57; Szondi, P. (2006) *Introducción a la hermenéutica literaria*, [título original: *Einführung in die literarische Hermeneutik*], [edición: Jean Bollack y Helen Stierlin], [introducción: José Manuel Cuesta Abad], [traducción: Joaquín Chamorro Mielke], Madrid, España: Editorial Abada.

¹⁵ Chladenius, M., *óp. cit.*, b1 y s.

«oscuridad», ni la ambigüedad de conceptos, por lo que todo aquel que leyese un «pasaje», jamás se encontraría ante algo incomprensible.

Un movimiento atinado respecto a la interpretación, por tanto, consiste en la negación de un límite de acción; en la delicadeza de aceptarse a sí mismo, de un esfuerzo que no tenga la manía de negarse y obstruirse en favor del deseo de alcanzar el factor que se induce de la «objetividad»; en una faena que explote al primer contacto de «duda»; pero, sobre todo, en aceptar lo inadecuado que es expresar la existencia de lo *claro*.¹⁶ No obstante, a pesar de las supuestas lecturas de Gadamer, en los círculos de la jurisprudencia y teoría jurídica clásica suele indicarse la existencia de la «claridad» como la fuente principal de su tan elaborada y original teoría de interpretación,¹⁷ y se olvida la estructura de la pre-comprensión (el *prejucio* heideggeriano) que si bien se encuentra matizado primeramente en *Sein und Zeit*, también se encuentra explicado de manera ejemplar en las páginas de *Wahrheit und Methode*, donde se puntualiza y se confirma como el auténtico punto de partida en la interpretación,¹⁸ lo que provoca sumergirse nuevamente en las indicaciones del sistema de reglas, el cual, por cierto, dejó de ser vigente desde el rescate hermenéutico que realiza Schleiermacher en el siglo XVIII,¹⁹ la parte viva del Romanticismo; lo que perduró aún después de proclamarse la victoria del positivismo.

Por ahora, las cosas no pueden ser más diferentes a como se veían en aquel entonces, sin embargo, con el paso del tiempo el rescate de la interpretación y la reivindicación de las

¹⁶ Esta observación se ha caracterizado a lo largo de la historia de la hermenéutica; desde el juicio de Sócrates, quién fue condenado a beber la cicuta, se ha dejado a entrever que el ingenio sobrepasa a la memoria. No obstante, esta problemática también se encuentra en la obsesión de redactar la ley de manera precisa, sin dubios, opuestos, cifras, etc., ya que, frente a la «distancia histórica», están condenados a volverla hacer. De San Juan, J. H., *óp. cit.*, p. 472.

¹⁷ Hart, la gran influencia en la temática de la interpretación jurídica, con su concepto de «textura abierta» del derecho, es uno de los muchos que postula la «claridad» como el eje central de la interpretación jurídica y el comprender de las normas.

¹⁸ Gadamer, H. G., *óp. cit.*, p. 333.

¹⁹ Schleiermacher, F. D. E. (1977) *Hermenéutica y crítica* [título original: *Hermeneutik und Kritik*], [edición: Manfred Frank], Suhrkamp: Fráncfort, Alemania.

ciencias del espíritu, por Dilthey,²⁰ ha vuelto al mapa a distintas disciplinas que poco o casi nada sucumbieron ante el paradigma de la filosofía positiva y su arrogancia del modelo científicista que debían adoptar como base todas las áreas del saber. Sin embargo, a pesar de esto, las ciencias del espíritu (*wissenschaftdesgeistes*), como la Filosofía, la Historia, la Psicología, el Arte, etc., han podido reinterpretarse a sí mismas y ganarse un lugar en el época contemporánea; adjudicarse el adjetivo de *ciencia* sin la necesidad de adoptar el modelo positivista, e incluso de contar con verdades que no son producto del «método»: mismo tiempo en el que se ha podido disfrutar de los frutos de la fenomenología y su evolución desde Husserl²¹ a Heidegger.²² El positivismo, por otra parte, se ha envuelto en múltiples crisis que no han podido soportar diversos embates provocados por la Filosofía, pero sobre todo por el factor hermenéutico naciente del legado Dilthey, Heidegger y Gadamer: entre los casos que ocupa este estudio, por ejemplo, el positivismo jurídico ha tenido que vérselas con la imposibilidad de la justificación de la decisión con parámetros objetivos, lo cual le afectó severamente, ya que con la excusa de no notarlo anteriormente, sino hasta mucho tiempo después, entra en una crisis severa, ya que de pronto resulta que todas las resoluciones jurídicas carecían de legitimidad al no poder establecer un elemento que hiciese de ella algo comprobable u objetivo, sino más bien al contrario, pues relucía la presencia del juicio de valor.²³ Una notación que entrevé la posibilidad de que el Derecho, después de todo, no sea compatible con el método científico para la caracterización de su desenvolvimiento, y, por tanto, no sea merecedor de poseer el calificativo de *ciencia (positiva)*. A pesar de esto, ante las diversas crisis que han puesto en el filo de la navaja a la estructura jurídica, a su salvación no le ha faltado suerte, ya que es ahí el momento drástico

²⁰ Dilthey, W. (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.

²¹ Husserl, E. (2013) *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*, [título original: *Ideen zu einer reinen phänomenologie und phänomenologischen philosophie*], [traducción: José Gaos], Reimpresión, UNAM, FCE: México.

²² Heidegger, M. (1971) *Ser y tiempo*, [título original: *Sein und Zeit*], [traducción: José Gaos], [1ª edición: 1927], (2ª Edición), Fondo de Cultura Económica: México.

²³ Perelman, Ch. (1976) *Lógica jurídica. La nueva retórica*, [título original: *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*], Dalloz: París, p. 159 y s.

en el que entra al juego la llamada oleada de la argumentación para dar un respiro, donde si bien la comprobación del juicio no es viable, sí lo es su aceptación.²⁴

3. Un ir y venir en la interpretación jurídica: del *sensus* al *sensus*

Anticipar, por lo mismo, la dirección que ha de tomar una tradición respecto a su manera de interpretar, en este caso, interpretar jurídicamente, no es una empresa de fácil sustento, pero no lo es así ante una tradición que le asfixia y le atormenta la «distancia histórica». Nada por lo cual sorprenderse, ya que es precisamente la «distancia histórica» la que termina por sopesar la existencia del sistema de reglas. Entonces, ¿por qué sorprenderse cuando en la historia de la interpretación jurídica no existe sino sólo un ir y venir? Desde las disputas entre las escuelas de Alejandría y Antioquía, el desenvolvimiento de la hermenéutica ha girado entre el *sensus litteralis* y el *sensus spiritualis*, sin embargo, su evolución ha permitido dar lugar a otros aspectos, por eso, más que preocuparse por la llegada al *sensus*, se enaltece la pre-estructura de la comprensión, el «constante proyectar», el «acuerdo de sentido», la fusión de horizontes, etc., pero, sobre todo, el rasgo activo de la interpretación, dónde el intérprete influye en el resultado. No obstante, estas ideas han quedado relegadas en el área jurídica al paso del tiempo, y no precisamente por ser tan lejanas en el tiempo, además, siempre y cuando se considere un hecho que han llegado realmente; ciertamente, del legado hermenéutico contemporáneo sólo ha pasado poco más de un siglo, de *Die Entstehung der Hermeneutik* (1900) a *Wahrheit und Methode* (1960).

Por ejemplo, Savigny seguramente se decepcionaría por la poca seriedad que se le dio a su discurso, donde la interpretación es un proceso largo, e imperativo es realizar un análisis gramatical, histórico, lógico y sistemático:²⁵ un conjunto que trata de lograr la

²⁴ *Ídem*.

²⁵ Savigny, F. K. v. (1878) *Sistema del Derecho Romano actual*, Tomo I, [título original: *System des heutigen Römischen Rechts*], [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, p. 150.

interpretación jurídica, y no cuatro operaciones distintas para realizar una interpretación;²⁶ «métodos de interpretación» que, por cierto, en términos de efectividad, sólo destaca el gramatical, pues es aceptado que todo aquél «método» por el cual se logre alcanzar el *sensus*, elimina la posibilidad de hacer uso de algún otro «método», donde la única problemática que debiese surgir, no obstante, es debatir acerca de si tal «significado» es o no es el adecuado, pero lo que ocurre es totalmente distinto, en primer lugar, porque el debate no existe, y en segundo lugar, porque lo único a lo que hay lugar es a establecer el porqué se llegó a tal significación; más aún, como ya se mencionó, al omitir principios hermenéuticos como la «distancia histórica», es muy poco probable que alguien alegue «oscuridad» en un «pasaje», ya que, desde un principio, quien interpreta ignora que aquello que considera *claro*, en realidad puede resultar *oscuro*, y aunque un astuto pueda aparecer, éste ofrecerá acudir a la etimología para justificarse, sin embargo, este recurso sólo conlleva a comprender el «origen» y evolución de la palabra, mas no su sentido «original», por lo cual, es apropiado descartar la posibilidad de llegar a su significado actual.

Ahora bien, aun cuando puede omitirse lo anterior, el fundador de la escuela histórica aún tiene más por lo cual decepcionarse, ya que la finalidad de la interpretación jurídica al considerarse como “la reconstrucción del pensamiento [sentido] contenido en la ley”,²⁷ o bien, de una manera más entrañable como «ponerse en los zapatos de los demás»,²⁸ no conlleva ninguna innovación, ya que no es otra cosa que desentrañar el *sensus*; aunque, ciertamente realizar un acto de empatía en el derecho contemporáneo es tratar de pensar qué o cómo se puede legislar ante los casos indeterminados, es decir, es acto cognitivo, lo cual pierde en cierto grado la esencia de la enseñanza de Schleiermacher, no deja de ser algo que pueda realizarse, ya que se sabe de antemano que nadie puede ocupar el lugar de alguien más. No obstante, se deja pasar una oportunidad para anteponer el rol de la ἀρετή

²⁶ Error de muchos, de los cuales sobresale García Máynez. Vid. García Máynez, E. (1997) *Introducción al estudio del Derecho*, Reimpresión, [1ª Edición: 1940], Porrúa: México; vid. García Máynez, E. (2007) *Filosofía del Derecho*, (16ª Edición), Editorial Porrúa: México.

²⁷ Savigny, F. K. v., *óp. cit.*, p. 149.

²⁸ Alumno de Schleiermacher, Savigny opta por la misma finalidad del teólogo, y como advierte Gadamer, es un tanto paradójico que a pesar de que entiende a la hermenéutica jurídica como puramente histórica, resulta que ignora el hecho de la distinción entre sentido original y sentido actual. Cfr. Gadamer, H. G., *óp. cit.*, pp. 398 y s.

en la interpretación, y ver «en el otro», a un verdadero «otro», de ahí que no resulte mera casualidad cómo Gadamer encuentra en la *Ética* de Aristóteles un acercamiento con la interpretación, justo después de hablar del problema hermenéutico de la aplicación, porque la regla moral, ni la jurídica, regulan su propia aplicación.

Ahora bien, además de desperdiciar la oportunidad, en la hermenéutica jurídica suele aceptarse que el acto de *resolver como el legislador lo haría* no pertenece propiamente a la interpretación, sino a la integración (de acuerdo a la jurisprudencia clásica), por lo que la finalidad del autor de *System des heutigen Römischen Rechts* queda estancada paradójicamente por la «distancia histórica», pues nunca proyecta la aspiración de basar la interpretación en motivar la comprensión de la situación, sino en llegar a la *sensus*, aun cuando el mismo Savigny menciona que ésta particularidad “[...] no es una especie de interpretación, sino más bien el contraste, la exclusión, la prohibición de la inteligencia verdadera”,²⁹ aunque, por supuesto, lo único que distancia el objeto de la interpretación jurídica en Savigny respecto a la *interpretación auténtica*, es que la primera nunca llega a ser una o parte de una ley, ya que su función es simplemente la «reconstrucción» de la instrucción,³⁰ mientras que la segunda es la indicación de qué entender por esto o aquello.

A pesar de los esfuerzos, en efecto, Savigny quedó relegado por la poca familiarización de los juristas con la interpretación, pero, sobre todo, porque, al igual que cualquier otra teoría de la interpretación naciente del legado jurídico, fue víctima de la «distancia histórica». El discurso de Savigny, no obstante de contar con la base de la teoría de la comprensión de Schleiermacher, no pudo incluir ciertos principios hermenéuticos destacables, principalmente la «distancia histórica» y el «horizonte», lo cual le llevo a una búsqueda que sólo encuentra en el *sensus* su apología. Por lo mismo, no puede tenerse una gran expectativa ante el constitucionalismo mexicano, el cual ya se ha analizado con anterioridad; de su análisis hermenéutico se ha considerado, del mismo modo, iniciar con una posición escéptica para averiguar si en realidad existe una postura y una verdadera cultura de la interpretación, sin importar si la base es o no un sistema de reglas; asimismo, se le ha comparado con los grandes sistemas de reglas, y ha quedado muy por debajo la expectativa, por lo cual, los distintos juristas que desarrollan y han desarrollado el tema de

²⁹ Savigny, F. K. v., *óp. cit.*, p. 147.

³⁰ *Ibidem.*, p. 151.

la interpretación jurídica en México, y por más agresivo que parezca, en realidad no han aportado nada; de igual manera, se analizó el matiz y la importancia de la jurisprudencia como sustituto de interpretación jurídica a razón pragmática, ya que es la interpretación judicial el único signo real de interpretación, aunque tampoco se aleja de distintas problemáticas, pues por más provechoso que aparente su estudio, en realidad se trata de algo superfluo (*reversible*); todo lo anterior ha sido ya expuesto en el estudio que antecede a este, pero la temática de la interpretación jurídica no acaba ahí, pues la elaboración del estudio que precede funda su orientación a dar las razones de qué es interpretar jurídicamente, donde «integrar» y «comprender» principia y concluye con la incógnita.

Precisamente, es esta una de las razones del por qué aún falta mucho por analizar; sobresalen las últimas decisiones de la teoría jurídica respecto a cómo tratar el problema de la interpretación, cuyo primer punto se erige hacia el estudio de la indeterminación del Derecho, así como el problema hermenéutico de la aplicación que surge a partir de esta última consideración, lo cual presume dar «apertura» a lo interpretable jurídicamente; y ni qué decir acerca de las teorías de la argumentación jurídica (Perelman,³¹ Aarnio,³² Alexy)³³ y sobre todo el legado de la escuela de Alicante (Atienza),³⁴ donde a pesar de estatuir y exigir la motivación de las sentencias judiciales, nunca se alcanza a motivar el razonamiento de quien resuelve, es decir, nunca se llega a analizar acerca de la pre-estructura de la pre-comprensión, y bajo la excusa de que su opinión sea compartida por «los más», parece que olvidan que la argumentación únicamente tiene como objetivo sólo la elocuencia, mas no el establecimiento de una idea subjetiva en el consiente cognitivo general, la cual, de aceptarse (*adherirse*) por la mayoría, exigen que se deba tomar como

³¹ Perelman, Ch., *loc. cit.*

³² Aarnio, A. (1979) “Linguistic philosophy and legal theory. Some problems of legal argumentation”, en *Rechtstheorie*, Beiheft I, pp. 22 y ss.; y (1981) “On truth and acceptability of interpretative propositions in legal dogmatics”, en *Rechtstheorie*, Beiheft, pp. 36 y ss.

³³ Alexy, R. (1989) *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, [traducción: Manuel Atienza e Isabel Espejo], Centro de Estudios Constitucionales: Madrid.

³⁴ Atienza, M. (2007) *Las razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México: México.

una decisión *objetiva*; en términos simples, la tesis del paradigma argumentativo consiste en convencer al auditorio de que, bajo las mismas circunstancias, *harían lo mismo*.

Interesantes son todos estos temas, no obstante, su análisis deberá dejarse para otra ocasión, por ahora, vuélvase al punto, sobre todo respecto a aquello del aspecto de elucidar cómo la negación de la subjetividad, y por ende, del horizonte hermenéutico, es lo que acaba por ser la barrera insuperable por los juristas abocados en el tema de la interpretación, debido a que la «distancia histórica» no es un indicativo para alcanzar una correcta interpretación del contenido, sino un principio que nunca debiese soslayarse para producir la interpretación, y aunque esta sea en realidad la asfixia principal, es más bien la ausencia de horizonte lo que imposibilita el comprender del intérprete jurídico: en primer lugar, porque el «horizonte» es lo que ayuda al intérprete a advertir las limitaciones propias (*prejuicios*) que afectan la interpretación, el tomar conciencia de uno mismo, así como el efecto de la «distancia histórica»; y en segundo lugar, porque del intérprete se espera de él llegar al «sentido», mas no al «significado», lo cual, en el papel, no se extingue con la *subtilitas explicandi*, tal cual ocurre.³⁵

El modelo jurídico de la interpretación, por lo mismo, se ha dejado llevar por la significación de la expresión, y ha desatendido enormemente el papel que impera del «espíritu extraño» y su producción respecto a la significación y su transformación a «sentido». Esto ocasiona que las lecturas de la interpretación jurídica no disten mucho unas de otras: priorización de la significación, y el desenvolvimiento del objetivo de la interpretación, la cual va del *sensus* al *sensus*, es decir, gira en torno a lo literal y la intención, por ende, resulta ser la tendencia general de quienes se preocupan o les llama la atención el tema de la interpretación. La preocupación por otros matices, entonces, queda atrás, tanto que ni siquiera existe una distinción expresa entre la literalidad y la intención,³⁶ toda vez que se aceptan adagios nada sólidos: por ejemplo, el principio del legislador racional, el cual postula que «el legislador siempre dice lo que quiere decir», e inculca que

³⁵ Gadamer, H. G., *óp. cit.*, pp. 372 y ss.

³⁶ La literalidad y la intención en la interpretación jurídica se entienden de tal manera que no es necesario la introducción del diálogo intérprete-texto, ya que, a su decir, la mejor forma de expresión de la intención, es precisamente la literalidad. Por tanto, ya que la intención expresa es la literalidad de la ley, la literalidad de la ley es la intención expresa del legislador.

la mejor manera de establecer la intención, es por medio de la literalidad, pero, si esto es así, esto quiere decir que la división entre expresión e intención se esfuma, y queda en el plano de lo malogrado.³⁷ Críticas de este calibre han sido desarrolladas por distintos juristas, ante el declive y predominio de la jurisprudencia clásica, entre ellos Kelsen, pero sobre todo García Calvo, quien entiende muy bien la problemática.³⁸

Preocupación ha de surgir en la cúpula de quienes se encargan del problema de la interpretación, pero sobre todo en aquellos que creen que éste problema no es en realidad un problema. Porque el escepticismo al postularse de manera radical, termina negándose a sí mismo; aunque en realidad observar esto tampoco es una tarea sencilla,³⁹ pues se requiere ya de un horizonte. Así, por ejemplo, los mismos sofistas que manifestaban que todo es falso, o aquéllos que asentaban que todo era verdadero, no notaron la particularidad de la *no contradicción*, como sí lo hizo notar Aristóteles en *Ta Meta Ta Φυσικά*, cuyo mismo ejemplo aprovecha para terminar por criticar a las tesis de Heráclito sobre el movimiento.⁴⁰ Por tanto, no asimilar que la declaración de *lo claro y lo oscuro* no son síntomas de deficiencia interpretativa, sino al contrario, creer que es esto lo que «da» oportunidad a la interpretación jurídica, no es sino un signo de un problema muy palpable,

³⁷ Una interpretación de parte de la SCJN estipula que el artículo 14 constitucional también “[...] obliga a la autoridad legislativa a emitir normas claras en las que se precise la conducta reprochable y la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito, a fin de que la pena se aplique con estricta objetividad y justicia [...]”. Jurisprudencia por Reiteración, Registro 175595, Primera Sala. Es decir, para dar cumplimiento a la garantía de la exacta aplicación de la ley, el legislador debe redactar la ley de tal manera que no requiera de una interpretación.

³⁸ Antes de García Calvo, *vid.* Aristóteles, *Sobre la interpretación*, 16 a, 5. Respecto a lo señalado arriba, García Calvo, M. (1986) “La voluntad del legislador: genealogía de una ficción hermenéutica”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Número 3, Biblioteca Universitaria, Servicio de Información Bibliográfica y Documental de la Universidad de Alicante, pp. 115 y ss.; *cfr.* Kelsen, H., *óp. cit.*, p. 352.

³⁹ Desde Pirrón, el escepticismo alcanzó un desarrollo extremo, el mismo sofista, según narra Diógenes Laercio, tuvo una vida que lo orilló más de una ocasión a los límites de barrancos; aun así, murió pasados los 90 años. Diógenes Larercio (1792) *Sobre las vidas, opiniones y sentencias de los filósofos más ilustres, Tomo II*, [traducción: D. Josef Ortiz Sanz], IX:7.

⁴⁰ Aristóteles (2014) *Metafísica*, [título original: *Ta Meta Ta φυσικά*], [traducción: Tomás Calvo Martínez], Gredos: Madrid, España, IV:8 15-20.

pero cuya falacia de bulto lo ha vuelto casi imperceptible, he ahí el por qué insistir en el «horizonte».

Ciertamente, aunque los teóricos no se han quedado con los brazos cruzados, y para muestra se presentan distintos estilos como la escuela de la exégesis, la de la libre investigación, la histórica, entre otras, el problema de la interpretación jurídica, sin embargo, sigue subsistiendo; mejor dicho, el que subsista no es el problema, sino que los problemas sean los mismos, pues no han cambiando, lo cual es una gran desilusión. La historia de la hermenéutica da la pauta: la interpretación jurídica queda muy por debajo, incluso de la interpretación alegórica de las epopeyas homéricas, cuya única función era rescatar el texto de Homero y convertirlo no solo comprensible, sino mantenerlo actual por medio de anotaciones al pie o incluso en la glosa del texto, por lo que se mantenía como una obra que no había perdido vigencia;⁴¹ he ahí el problema, primeramente, porque a pesar de exponer los cambios del ser-en-el-mundo, no se toman las medidas hermenéuticas necesarias para mantener «actual» una ley, precisamente porque no se advierte que ésta sufre con la «distancia histórica», algo que desde Juan Huarte de San Juan se advirtió cómo “[...] después de haber hecho una ley con mucho acuerdo y consejo, la tornan (en breve tiempo) a deshacer, porque, publicada y usando de ella, se descubrieron mil inconvenientes, los cuales en la consulta ninguno alcanzó”;⁴² un ejemplo de esto último se encuentra en la Ley de Amparo, cuya Reforma de 2011 le da un giro drástico por la inclusión del interés legítimo, pero que aún sigue permitiendo la promoción de la demanda de amparo por vía telegráfica, un absurdo para la actualidad, pues para validar y justificar dicho derecho, habría primeramente que tener un telégrafo, saber hacer uso de él, y esperar que el tribunal, que ha de recibir la promoción, también cuente con uno, además de que su personal conozca la manera de utilizarlo, y sin embargo, en la historia no han existido cursos para capacitación en el uso del telégrafo, por eso no extraña que no haya quien se preocupe por saber utilizarlo, y en lugar de suprimir dicha acepción y quedarse con la promoción por medios electrónicos (lo cual logra, por sí mismo, la decadencia del telégrafo como medio

⁴¹ Llama la atención que aun cuando los griegos no eran cercanos ni les interesaba la historia, parte fundamental para la teoría de la comprensión, hubo quienes se ocuparon de rescatar la obra de Homero, la cual se llegó a considerar como una parte fundamental de la tradición.

⁴² Huarte de San Juan, J., *loc. cit.*

para promover la demanda de amparo), la legislatura lo deja ahí, aun cuando se sabe que no puede llevarse a cabo.⁴³

En segundo lugar, la interpretación jurídica está bajo el manto gris y turbio porque no se ha hecho otra cosa más que pasar del *sensus* al *sensus*,⁴⁴ los cuales no hacen otra cosa más que teorizar la susceptibilidad de llegar a un idea objetiva, ya que la descripción de «lo que dice» o «lo que quiere decir» un texto no representa una tendencia subjetiva, pero aludir este tipo de ideas en realidad lo único que provocan es que la interpretación no ocurra, y en el afán de eliminar el elemento subjetivo de la interpretación, sólo lo vuelven más palpable. Lo insólito es que a pesar de que existe suficiente material para advertir, adjudicar y aceptar el elemento subjetivo en la interpretación, aún se prefiere quedar en ridículo y alegar la existencia, verbigracia, de aspectos que se han quedado, como se mencionó más arriba, desde las problemáticas de la escuelas de Alejandría y Antioquía: en la interpretación jurídica, por tanto, es un ir y venir del *sensus* al *sensus*.

Por estas simplezas, en efecto, (afirmación que proviene desde la óptica del paradigma interpretativo) es como se justifica ese ir y venir, lo cual no lleva a ningún lado, pues la interpretación jurídica en el constitucionalismo contemporáneo rara vez tiene características de «producción», y cuando las tiene (como es el caso de la jurisprudencia en México), resulta que dicha interpretación no es en realidad lo que prescribe: el juez no crea derecho, y la creación judicial (la jurisprudencia) es simplemente una interpretación de la ley; entonces, aunque estas dos afirmaciones conllevan a otras complejidades que no se prevén al momento de intentar dar respuesta sobre el «modo de ser» de la interpretación jurídica, suelen aceptarse ampliamente por la comunidad jurídica.

⁴³ Llama la atención, por ejemplo, la negación que relata y solía realizar del ex ministro Góngora Pimentel, cuando a su oficina recibía llamadas telefónicas de abogados que pretendían promover su amparo con tal instrumento tecnológico, es decir, vía telefónica. Góngora Pimentel, G. (1999) *Introducción al estudio del juicio de amparo*, [1ª Edición: 1987], (7ª Edición), Porrúa: México.

⁴⁴ Aunque sólo de manera optimista, y quizá por consuelo, las leyes comentadas podrían acercarse tan sólo un poco a la interpretación alegórica, pero para lograrlo, los comentarios (alegoría) deberían hacerse en todas las leyes, no en unas cuantas.

4. Lo refractario a la idea de lo subjetivo

Por todo, los más grandes problemas que aquejan los estudios de la interpretación jurídica no son sino la negación de lo subjetivo en la interpretación. Sus consecuencias conllevan a alejar distintos principios hermenéuticos que son de amplia necesidad para realizar el acto de producción en la interpretación, de otra manera, se estanca en la interpretación descriptiva, y más aún, ésta tampoco resulta ser tan fiable, ya que ante la omisión de los distintos principios hermenéuticos, sólo se espera dar un tiro de suerte.

Es precisamente aquí cuando este estudio adquiere su justificación ante la problemática que se está anteponiendo: ¿es posible la funcionalidad del sistema de reglas?, por lo cual habría que preguntarse de igual manera: ¿es posible minimizar la subjetividad de la interpretación al grado de volverla imperceptible? A decir verdad, esta aparente nimiedad ya ha sido contestada al análisis de la *hermenéutica general* de Chladenius, sin embargo, necesario es establecer y justificar cómo el sistema de reglas que postula la teoría del derecho (hermenéutica especial) y su lejanía a una teoría de la comprensión, provocan el derrumbamiento de lo poco que han gestado sus estudios sobre cómo interpretar, ya que este tipo de interpretación únicamente consigue, a lo mucho, sorprender, pero nunca convencer.⁴⁵ Es esta misma razón por la cual ahora la interpretación jurídica no puede alejarse de la argumentación jurídica por los juristas, a pesar de existir grandes diferencias, aun cuando muy bien una y otra pueden tratarse y estar dispersas entre sí, por lo que se concluye que para aceptación de una interpretación, es necesaria la argumentación; sin embargo, en ese transcurso, poco importa qué expresa la interpretación, y si es correcta o no, pues el crédito se lo lleva únicamente argumentación: pues, ¿qué se analiza si no es la argumentación?, ya que es ésta la que provoca la legitimidad de la decisión, a pesar de que esta última puede muy bien estar basada en lo arbitrario, porque al decir acertado de

⁴⁵ A lo largo de la historia jurídica en México (si se le puede denominar de esta manera) aún hoy día se discuten sentencias de casos emblemáticos para el Estado de Derecho; no es de extrañar, por tanto, que ahora la novedad sean las teorías de la argumentación.

Gadamer, necesario es hacer notar los prejuicios del intérprete, lo cual en realidad nunca se analiza.⁴⁶

Importante resulta, por lo mismo, cuestionarse acerca de cómo se expresa total negación a lo *subjetivo*, pero sobre todo, plantearse una pregunta por demás crucial: ¿es posible interpretar correctamente sin horizonte (histórico)? En el desenvolvimiento de la práctica jurídica esto es altamente notorio, aunque, por supuesto, cubierto por el manto de la argumentación, como ya se ha especificado más arriba. Por análisis simple, en efecto, es una contradicción que no tiene solvento, pero aún así los juristas se atreven a hablar de lógica jurídica cuando ni siquiera comprenden correctamente el principio de *no contradicción*. En realidad, la única *subjetividad* que daña el sistema de Derecho es precisamente la *subjetividad* (arbitrariedad) de la que hacen uso en la teoría jurídica, obviamente, sin notar que hacen uso de ella; en términos epistemológicos, incluso lo falso tiene más valor, ya que, por lo menos, tiene una relación con la realidad; lo arbitrario, por el contrario, pierde todo contacto. Por lo mismo, aunque en la teoría de la comprensión existe y está abierta la posibilidad de elegir una interpretación, sin que esto niegue la existencia de una interpretación «más» correcta, es entendible que la interpretación seleccionada e incluso si no es correcta, se tiene una relación con el asunto que se trate.

Respecto al panorama descrito, tampoco resulta válido sentenciar tan precipitadamente que la problemática sea difuminada y nublosa, por lo cual se descarte todo cuanto se ha realizado; Kant lo hizo en *Kritik der reinen Vernunft* en su análisis respecto a si la Metafísica resulta ser realmente la madre de todas las ciencias, al contraste de cómo observaba lo quimérico de su comportamiento en la Historia de la Filosofía, y cómo la Física y la Matemática encontraban con cada pequeño paso, un lugar más seguro;⁴⁷ por lo mismo, aventurarse a proclamar total negatividad a los frutos de la interpretación por la dogmática jurídica, es un error que se ha de evitar, ya que la misma historia ha arrojado distintas obras jurídicas que permiten una apertura a la *subjetividad*, sin embargo, aunque

⁴⁶ A decir verdad, el sentido ontológico positivo del círculo llega a la filosofía de la mano de Heidegger. Heidegger, M. (1971) *Ser y tiempo*, [título original: *Sein und Zeit*], [traducción: José Gaos], [1ª edición: 1927], (2ª Edición), Fondo de Cultura Económica: México, p. 171, §32.

⁴⁷ Kant, I. (2014) *Crítica de la razón pura*, [título original: *Kritik der reinen Vernunft*], [traducción y notas: Pedro Ribas], [estudio introductorio: José Luis Villacañas Berlanga], Gredos: Madrid, B22, B23 y B24.

su declaración nunca ha sido a manera expresa, existe la posibilidad de que desde antaño sea políticamente incorrecto hablar de *lo subjetivo* en una disciplina como el Derecho. No hace mucho tiempo, por ejemplo, se ha hablado de la existencia de la hermenéutica en Descartes, a pesar de que asentar tal aspecto es como hablar de un «círculo cuadrado»;⁴⁸ ¿las razones? Como se anticipó, el pensamiento de la época, nunca fue un obstáculo para Descartes, pues al decir de los que defienden la idea de una hermenéutica cartesiana, éste pudo salirse con la suya al momento justo en que se publicaron *Discours de la méthode* y *Meditationes de prima philosophia in qua dei existentia et animae immortalitas demonstrantur*,⁴⁹ y sólo hasta hoy se han encontrado sus intenciones *reales*.

Por lo mismo, existe la posibilidad de que a partir de un análisis hermenéutico pueda hallarse literatura jurídica que permita comprender la inclusión de la *subjetividad* en el Derecho, sobre todo en el tema de la interpretación: Kelsen en *Reine Rechtslehre* emprendió el primer intento de incluir lo refractario, y lo siguió H. L. A. Hart en *The Concept of Law*; ambos representan grandes avances en la teoría jurídica, y también son altamente reconocidos en la época contemporánea, por tal motivo, resulta provechoso realizar un análisis hermenéutico respecto a estas teorías interpretativas; esto empero de investigar el por qué de Kelsen no se ha analizado propiamente las implicaciones del «marco abierto», pero sí han dado una oportunidad a la «textura abierta», importante es, por tanto, examinar la posibilidad de implicación de la «subjetividad» en cada uno de ellos, y considerar si pueden realmente convivir o no con ella.

⁴⁸ Moreno Romo, J. C. “¿Una hermenéutica cartesiana?”, en *Descartes Vivo*, pp. 62 y s.

⁴⁹ *Ibidem.*, pp. 64 y s.

CAPÍTULO II

ΤΟ ΣΥΓΚΡΟΤΗΜΑ ΣΚΟΤΑΔΙ

DE LA «APERTURA» AL «ESPÍRITU EXTRAÑO»

1. Raíz estéril de la hermenéutica epistemológica en el *Dasein* de vida auténtica y conciencia histórica

Hacer notar las palabras del título, necesariamente es adoptar el lenguaje heideggeriano para la elaboración de este apartado, pero más necesario es referir el cambio que ha hecho posible la comprensión no en aquello que se interpreta, sino en aquél que interpreta; en otras palabras, del intérprete se acepta sin cuestiones simples su proyección en el mundo, y por tanto, en las cosas, lo cual, más que un atentado para la interpretación, resulta ser el anclaje principal que hace posible la comprensión del mundo de la *relación*, y, por tanto, del «espíritu extraño» también.⁵⁰

Antes, sin embargo, imperiosamente es preciso puntualizar algunos aspectos que, si bien se ha cuestionado más arriba, no se han desarrollado desde el enfoque apropiado. Primeramente, se ha cuestionado si es posible fundar un sistema de reglas sin la necesidad del principio hermenéutico de «horizonte», pero esta cuestión no ha sido formulada correctamente, ya que el desarrollo de este estudio no ofrece una disertación acerca de qué es el horizonte, cómo se adquiere, cómo se amplía o incluso si puede ampliarse, o cómo es su encause, o bien, no se preocupa por abordar directamente, aunque sí de manera implícita, si hay solo uno o más, pues la intención de esta cuestión es, en realidad, otra.

Referente al horizonte, lo importante que se resalta es averiguar si este principio hermenéutico resulta imperativo para estar consciente, en primer lugar, de la «historicidad», o como diría Heidegger, el «estar en el mundo»,⁵¹ cuyo énfasis será necesario para precisar

⁵⁰ Heidegger, M., *óp. cit.*, §26.

⁵¹ Como insistencia, Heidegger recuerda a menudo al lector que el *Dasein*, o mejor dicho, el mundo del *Dasein*, no nace con él mismo, es decir, cuando una persona nace, el mundo al que se arriba y que es posible llegar a conocer, además de ser por igual para todos, no se forma con cada nacimiento, sino que desde antes ya ha estado y contiene un lecho enorme de historia; por la misma razón, Gadamer hace hincapié a la *formación (bildung)*, pues el conocimiento histórico no es un conocimiento *a priori*, lo cual es importantísimo para la correcta comprensión de lo comprendido. Heidegger, M., *óp. cit.*, §38.

si la interpretación jurídica en Kelsen y Hart se acepta la susceptibilidad del «espíritu extraño» como elemento característico de la interpretación, es decir, examinar si a partir de la reinterpretación a estas hermenéuticas jurídicas existe una aceptación de la *subjetividad* en el rol de la interpretación y aplicación del Derecho, pero que estratégicamente su aceptación fue incautada en un lenguaje no expreso, cuyas razones no serán necesarias de puntualizar, ya que sería necesario abordar a profundidad sobre la vida de estos personajes, una empresa más histórica que jurídica; en segundo lugar, para lograr la comprensión, pero no en el sentido en que es tratado con el aforismo de «ver» *una y la misma cosa*,⁵² sino en profundizar en el aspecto ontológico de la interpretación, es decir, el enfoque hacia el «espíritu extraño», cuyo papel funge como el parámetro a la cosa a interpretar.

Como segundo, y nuevamente, no se trata de un estudio al cual le sea imperativo ahondar en expreso sobre la historia, sobre todo en el *ir y venir* de la interpretación jurídica, lo cual ya se ha realizado en el estudio que antecede a esta disertación, por lo que únicamente habrá que asentar locuciones simples y quizá demasiado simples para aquel que sabe interpretar, aunque quizá con excepción de este subtítulo, el cual, si bien se puede tratar con palabras menos densas, es preferible usar el lenguaje hermenéutico ontológico para acercarse a detalle cómo se vincula la interpretación con la ontología.

Ahora bien, vuélvase al punto, este pequeño apartado debe justificar propiamente por qué se habla de una ontología y no de una epistemología, o mejor dicho, saber dónde se encuentra la esterilidad de la epistemología. No obstante, si bien resultaría beneficioso realizar una diferencia exhaustiva respecto a qué es conocer y qué es comprender, no es lugar aquí para realizar esta empresa, y deberá dejarse para otra ocasión. Por tanto, habrá que conformarse, aunque solo por ahora y en este estudio, que la limitación de la epistemología se «da», precisamente, respecto a aquello que se ha descrito sobre el horizonte, pues, como se ha advertido, el intérprete enfocado al rasgo epistemológico no busca «comprender» las cosas en el mundo a partir de la presencia del «espíritu extraño»,

⁵² La designación «ver» aquí se utiliza para todo aquello que da a lugar en el intelecto humano, el cual, a su vez, se basa en la comprensión «del otro», es decir, siendo todo cuanto existe un objeto lingüístico de comprensión (máxima hermenéutica), necesariamente todo aquello que puede pensar, imaginar o soñar alguien ajeno a mí, nunca será inaccesible, siempre y cuando haya espacio para el «acuerdo de sentido», sin lo cual, la correcta comprensión de lo comprendido es imposible, o simplemente una aproximación.

sino únicamente como *causa*, lo cual trae severas consecuencias. En el Derecho, por ejemplo, desde la postura de la teoría de la comprensión, el intérprete jurídico no busca un «sentido», sino una «significación», por lo que no resulta nada extraño que acuda a la gramática, a la etimología, o incluso al diccionario para satisfacer su preocupación, la «duda» que le corroe, o bien, volver *claro* lo *oscuro*, pues se acepta de manera implícita que el idioma viene a ser la causa, y se deja de lado la especificidad respecto al lenguaje vivo, el lenguaje que se habla en la cotidianidad; tendrán razón los juristas y todo aquel al contrariar que la ley no debiere ser redactada con palabras no formales, pero no considerar la variabilidad de la expresión, sea lenguaje formal o no, trae de consecuencia no percatarse y negar la diferencia entre «expresión» e «intención», y lo más preocupante de todo, la reducción del horizonte, pues una ley «no significa» lo mismo en todo tiempo y todo lugar, empero, no a causa del idioma ni la región, principalmente, sino de la historicidad.

Es precisamente aquí cuando se puede advertir la raíz estéril de la hermenéutica epistemológica, ya que del afán de encontrar la respuesta no en uno mismo y en el otro, sino en alguien o algo más cuya proyección es de aceptación general, o mayor que la propia dentro de la *semiósfera* particular, no logra «dar» al intérprete una facción activa en la interpretación, una *apertura* al *diálogo* para hacer valer su opinión, por lo que no resulta nada incomprensible que para la interpretación jurídica baste con el uso de medios hermenéuticos para la elaboración de la comprensión, incluso aún, que sea una actividad que se base únicamente en la recolección de datos, por lo cual se puede comprender el por qué suelen citarse jurisprudencias o acudir al derecho comparado, pues se cree que «ahí» encontrarán la correcta comprensión de aquello que tratan de comprender. Sin embargo, esto no puede ser más que una ilusión, y lo único que se termina por hacer es estatuir un rasgo arbitrario, ya que la argumentación que suele justificar lo dicho se ubica sólo en la frontera del *prejuicio de autoridad*,⁵³ donde aquello que se describe ha de ser lo correcto

⁵³ De acuerdo a Gadamer, la *autoridad* no se adquiere, sino que se otorga. Respecto al caso aludido, sería necesario que aquél que acude a interpretaciones ya hechas, justifique el por qué esa interpretación es la adecuada al caso concreto, pues de no hacerlo, se está frente a un rasgo plenamente subjetivo, pero a diferencia de lo planteado por la teoría de la comprensión, la *elección* de la interpretación se «da» entre una de varias y siempre por producto del diálogo, y no entre la «propia» (si existe) y otra que desde un principio se considera superior, en cuyo caso especial se alude que “[...] el reconocimiento de la autoridad está siempre

simplemente porque alguien ajeno ya lo ha dicho y aquello ya ha sido aceptado por la comunidad anteriormente,⁵⁴ sin cuestionarse si realmente es o no correcto e incluso si se trata de una situación similar por lo cual sea válido realizar la analogía, pero no sólo eso, ya que se excluye del análisis no la interpretación ya hecha, sino cómo se justifica esa interpretación ya hecha; sobre todo, se impide el *diálogo*, del cual ningún acuerdo de «sentido» puede florecer. Recuérdese lo relacionado con el paradigma argumentativo arriba aludido: lo que ocurre en la argumentación jurídica no es establecer si lo que se decide es correcto o no, sino lograr que la decisión que se ha tomado sea legítima; al auditorio, por efectos prácticos, tiene un desenvolvimiento pasivo, pues se le niega participar en el discurso, u oponerse en sus puntos débiles, por lo que sólo está ahí para escuchar.

Contrario a lo descrito, el *Dasein* que logra lucir no es aquél que consciente o inconscientemente adopta para sí algo, sino aquél que no se deja influenciar por simples acotaciones: el de la existencia auténtica. En su estudio, Heidegger, por ejemplo, traza un tajante rechazo a la publicidad, ya que el objetivo de ésta es *hacer creer* (convencer) que se necesita de tal o cual producto –e incluso desde otra perspectiva, en muchas ocasiones la «imagen» del anuncio no corresponde a lo que se obtiene después de la compra, puesto que la publicidad otorga una perspectiva distinta al producto–, lo cual provoca ideas erróneas de causa-efecto, una contradicción que publicita que para dar buena impresión es necesario vestir elegante, o usar tal fragancia, o que para cuidar la figura se ha de consumir tal producto, situaciones que, de hecho, acontecen en el quehacer diario; pero no todo acaba

relacionado con la idea de que lo que dice la autoridad no es irracional ni arbitrario, sino que en principio puede ser reconocido como cierto”. Gadamer, H. G., *óp. cit.*, p. 348.

⁵⁴ Incluso esto es cuestionable. En primer lugar, el reconocimiento de la autoridad, entiéndase como la aceptación de que otro «sabe más» que uno mismo respecto a un tema, resulta ser un aspecto arbitrario, pues no se dan las razones del por qué asentar que el otro está en un nivel mayor, pero lo primordial, es que se niega la *apertura* al diálogo; en segundo lugar, porque no existe la justificación propiamente jurídica, debido a que las más de las veces se está ante situaciones que requieren de un juicio de valor (y he ahí el por qué se busca en otra parte) por tanto, se llega a la zona de lo metajurídico, y acaba por justificarse a razón arbitraria, aunque si bien dicha razón es y coincide con la de otros, esto es solo debido a la tradición. Por ejemplo, situaciones actuales como la legalización del cáñamo, del matrimonio entre parejas del mismo sexo, el aborto, etc., son situaciones que han girado en torno al discurso cientificista (o moderno) y el discurso religioso, donde sólo existe la contraposición y frecuentemente se acude a la *autoridad* para reforzar la argumentación en defensa de la causa.

ahí, los mismos *spots* publicitarios del Poder Judicial en radio y televisión que proyectan una imagen de un tribunal que salvaguarda los derechos del ciudadano, que trabaja incasablemente por la procuración de justicia, que actúa con objetividad e imparcialidad, etc., también pueden someterse a crítica, pues de su simple publicidad no puede validarse que tales aspectos sean de facto y cumplidos al pie de la letra; por lo mismo, aquél con existencia inauténtica es un individuo que está en constante asecho, preocupación, ansiedad, y siempre en peligro de ser sumergido en el mundo de los objetos, un ser arrojado sin dicha ni gracia que gusta de la rutina diaria, de lo convencional y superficial comportamiento de la multitud, lo cual se asemeja a la práctica jurídica donde abunda la falacia de bulto y el incuestionamiento de *¿por qué hay algo y no más bien nada?*⁵⁵ La publicidad del precedente o de la jurisprudencia es, pues, así como logran trazarse y convencer al *Dasein* de existencia inauténtica, pero no al de vida auténtica, el cual puede anteponerse respecto a aquello que tiene enfrente, y lo que trata es hacerse valer, mas no imponerse, pues su particularidad es «dar» *apertura* al diálogo, mas no cerrarlo,⁵⁶ aunque, por supuesto, con alto índice de ser rechazado por «los más».

Puede resumirse la acotación de este capítulo a las consideraciones acabadas por describir, por tanto, expuesto ya lo anterior, es momento justo para realizar un análisis hermenéutico con el propósito de reinterpretar a dos juristas que han dado mucho de qué hablar el pasado siglo, pero antes de exponer y realizar la metodología, es necesaria la presentación del marco teórico por el cual se ha de fundar este estudio, en otras palabras, es importante resaltar una cuestión fundamental, pero: ¿por dónde empezar? La dificultad del estudio empieza a elevarse desde este momento, empero no por esta simple singularidad se ha de evitar la confrontación y el reto mismo de la reinterpretación.

Importante es aludir la temática espesa desde este momento, aunque para el que sabe interpretar esto no resultará nada confuso ni nada fuera de lo ordinario, pues es precisamente el acercamiento a la teoría de la comprensión lo que reduce en demasía la dificultad de la comprensión respecto a las líneas siguientes. Por lo mismo, conforme a lo

⁵⁵ Este cuestionamiento primordial que se encuentra en la introducción de *Sein und Zeit* es una reelaboración del estudio metafísico leibniziano. Leibniz, G. (1977) *Principios de naturaleza y la gracia fundados en la razón*, [introducción y análisis: Francisco Larroyo], Porrúa: México, §7.

⁵⁶ Heidegger, M., *óp. cit.*, §50.

expresado más arriba, resulta imperioso primeramente trazar la línea que se seguirá, para luego afrontar la metodología en la siguiente sección.

2. La percepción de lo *oscuro*

Fuera de la simpleza del método cartesiano en referencia a la «duda», lo *oscuro* no se trata de algo tan simple, mucho menos de algo *objetivo*. Aunque no es así como se presenta en la literatura jurídica, cuya faena principal consiste en la declaración de la «duda» como la fuente de la interpretación, lo cual es sumamente comprensible, ya que dicha posición puede abordarse de manera sencilla desde la doctrina del *Sehe-Punkt*,⁵⁷ en otras palabras, es aquella declaración usual que precisa la diferencia entre el legislador y el juzgador, en cuyos casos, no se está ante un mismo análisis. No es necesario aludir quiénes afirman esto dentro de la tradición jurídica, pero sí mencionar cómo es que se observaba y es considerado *lo oscuro* por la tradición jurídica.⁵⁸

Por tanto, contrario a Descartes donde se debe rechazar todo aquello que presente la más pequeña «duda»,⁵⁹ en lo jurídico esto no es posible; la ley está ahí, no se puede rechazar, sino únicamente realizar un esfuerzo hermenéutico para lograr su comprensión. No obstante, fuera de la consideración de asentar de modo implícito la *subjetividad*, es importante detallar sobre la cualidad (o defecto) del «pasaje» (o norma): ¿qué la hace *oscura*? Uno de los principales fallos que se presentan en la interpretación jurídica es precisamente esta cuestión, no resulta una casualidad que esta misma se ha venido evitado por mucho tiempo en los estudios jurídicos; de su lectura, es notable su afirmación respecto a que *lo oscuro* no es una particularidad del intérprete, sino de la cosa que se interpreta,

⁵⁷ Chladenius, M., *loc. cit.*

⁵⁸ Podrá considerarse como *prejuicio* que en este estudio toma como hecho que el lector es ajeno a lo asentado por la teoría de la comprensión, pero tal aspecto también podría argumentarse a contrario si se adoptara una redacción más compleja, propia de la hermenéutica. Por tanto, la elaboración de los «pasajes» de esta redacción no están basados en una u otra, sino en lo que se ha abordado en el estudio anterior respecto a la concepción *naturalista-formalista* del Derecho, de modo que no resulta del todo un *prejuicio*.

⁵⁹ Descartes, R. (2008) *Discurso del método*, [título original: *Discours de la méthode*], [colección: “Sepan Cuantos...”, Número 177], [traducción: Manuel Machado], [estudio introductorio, análisis y notas al pie: Francisco Larroyo], (1ª Edición 1637), Porrúa: México.

pero increíblemente no se ha planteado la cuestión. Sin embargo, esto no se evita del todo, sino que, más bien, en el transcurso de su explicación, se cae rotundamente en la contradicción.

Por lo mismo, acorde a lo descrito por las introducciones del estudio del derecho, la mayoría de las ocasiones un «pasaje» es *oscuro* debido a un error en la implantación de la técnica legislativa, aunque si esto en realidad es así, se está ante un nuevo problema, ya que no se entiende muy bien cómo se justifica esto sin negar, a su vez, el principio del legislador racional, el cual predica que el legislador *siempre dice que lo quiere decir y nunca se equivoca*, o por lo menos, como se alude, sin entrar en contradicción.

Pues bien, la temática jurídica nunca se ha caracterizado por respetar cuidadosamente al principio de *no contradicción*, por lo que su práctica y presencia ya no es una problemática inusual –de hecho, habría material suficiente para poder considerarse ya como un «modo de ser» de la tradición jurídica–, por lo que es debido descartar esta razón y tratar de encontrar una más completa. Por ejemplo, en la tradición jurídica también suele atribuirse *lo oscuro* a problemas con el lenguaje, pero: ¿realmente es suficiente con aludir que existen en el «texto» ciertas palabras equívocas? Al parecer no, ya que nuevamente no se cumple con una máxima que suele citarse entre juristas, es decir, con la exigencia de redactar la ley con las palabras más adecuadas, aquellas más claras y precisas, de manera que todo aquél que la lea, la pueda comprender sin ningún problema,⁶⁰ una intención, por demás, notable, sublime y al mismo tiempo ingenua, ya que es inalcanzable, pues incluso generalmente es aceptado que ni siquiera los diez mandamientos de la religión cristiana conllevan a una única interpretación, cuyo autor, al decir de Moisés, no es sino el mismísimo Dios; además, no son pocos los que no los entienden, y no precisamente si se juzga que sea derivado por las palabras usadas para los «pasajes», sino por los intérpretes, pero sobre todo la formación y *prejuicio* de cada uno.

Al parecer, el ejemplo que se busca puede encontrarse en lo ya aludido respecto al *Sehe-Punk*, pues ciertamente no es lo mismo crear derecho que aplicar el derecho; palpablemente, no es un mismo horizonte, o mejor dicho, no es el mismo «punto de vista», tanto el juez como el legislador tienen distinto enfoque respecto al Derecho, sin embargo,

⁶⁰ La declaración y empresa primordial de la concepción naturalista-formalista. Huarte de San Juan, J., *óp. cit.*, p. 467.

nuevamente esto atrae un nuevo problema, ya que esto llevaría a pensar que el mejor intérprete y aplicador de la ley es precisamente su autor, pues no habría problema alguno en aceptar que el autor conoce de manera excelsa su obra. No obstante, esto no es así, y para ello no es necesario introducir aspectos hermenéuticos, sino que la misma experiencia jurídica lo contradice rotundamente, pero además: ¿dónde se ubica el Derecho internacional? Una afirmación de tal magnitud lo único que provoca es dar a entender que el Derecho, como disciplina, es el mismo en todo tiempo y todo lugar, tal cual si se tratase de una ciencia natural. Por ejemplo, las leyes de la física newtonianas son aplicables a cualquier rincón del mundo circundante (y posiblemente en el vacío), o bien, la luz siempre se desvía al pasar por un medio transparente a otro más denso perpendicularmente, fenómeno conocido como la *refracción*, sin importar el lugar o la zona horaria, sin embargo, con las leyes jurídicas no sucede lo mismo; por la misma razón es que la aceptación de la autoaplicación de la ley era una posición jurídica sumida en lo ridículo (aunque hasta hace poco empezó a aceptarse que únicamente existe la heteroaplicabilidad de la ley), pues el publicar y dar vigencia a una ley no produce en ese mismo momento sus efectos, es más, ni las leyes Físicas producen tal aspecto, ya que lo único que hacen es describir el comportamiento de ciertos fenómenos, mas no crearlos; la gravedad, verbigracia, ha existido desde siempre, no es un invento de Newton, entonces: ¿cómo explicarlo? Parece no haber problema respecto a este rubro, pues suele presentarse un acuerdo general respecto a que el Derecho no se trata de una ciencia natural,⁶¹ lo cual representa un gran avance, pero pronto se recurre a establecer que el problema no es en sí el «pasaje», sino el lenguaje.⁶² No obstante, el problema subsiste, ya que el lenguaje es sólo característico de una tradición, lo cual no quiere decir que no existan lenguajes distintos dentro de un mismo idioma, es decir, que sean cambiantes: no es sólo que el Derecho nacional y el extranjero sean diferentes, sino que aun cuando comparten el mismo lenguaje jurídico, tampoco son iguales, esto ya por la tradición; incluso, en la misma nación pueden

⁶¹ Kelsen astutamente señala que “el enunciado jurídico no dice, como la ley natural, que si se produce el hecho A, entonces aparece el hecho B, sino que si se produce el hecho A, el hecho B es debido, aunque quizás B no se produzca en realidad”. Kelsen, H., *óp. cit.*, p. 91.

⁶² Se defiende la teoría naturista del lenguaje. Platón, *Crátilo, loc. cit.* y Aristóteles, *De la interpretación, loc. cit.*

encontrarse distintas variaciones, de manera que no puede excluirse del todo que los términos jurídicos que se utilizan en la región, sean los mismos para toda la nación, por lo que conformarse con asentar que *por lo menos* es una tendencia nacional, en realidad es una falta grave. Lo anterior es algo importante de recalcar, ya que en la sociedad contemporánea todo esto es notorio, pero es increíble la poca receptividad respecto al por qué, aunque, en efecto, es comprensible, ya que esta labor no corresponde propiamente a los operadores jurídicos, sino al jurista.

Ahora bien, para la teoría de la comprensión, nada menos importa respecto a cómo averiguar y «saber» las causas, sino recalcar que se defiende una postura de la cual no se sabe qué la ocasiona. En términos simples, si el positivismo jurídico en una ocasión criticó las posturas del *iusnaturalismo* por establecer sus «pasajes» a raíz de una razón natural y cuya existencia no podía probarse,⁶³ es curioso cómo el positivismo cae en lo mismo, incluso hoy día se ha visto en la necesidad de recular respecto a la idea de que el Estado «otorga» derechos a los gobernados, sino que más bien «reconoce» dichos derechos, es decir, respecto al tema que ocupa, se cree rotundamente que *lo oscuro* pertenece a la «cosa», aunque no lo pueda probar o por lo menos argumentar sin contradecir otros aspectos importantes, y peor aún, en su intento lo único que logra es dar elementos suficientes para establecer que la «duda» no tiene espacio para considerarse en el plano de la *objetividad*, sino en lo *subjetivo*, y, por ende, la percepción de lo *oscuro* no es sino únicamente un aspecto subjetivo que se da en la interpretación. Como se advertía más arriba, la declaración de lo *oscuro* no es propia de la cosa, sino del intérprete, por lo que es necesario tener presente el efecto de la historicidad, pero también dependerá del horizonte del intérprete, lo cual hará perceptible el efecto de la historicidad.

Pero vuélvase, la cuestión sigue: ¿qué hace a un «pasaje» *oscuro*? Es curioso cómo los operadores del derecho suelen convivir con esta problemática, pero sólo unos cuantos logran acercarse un poco a la raíz de la complicación. Por una parte, se hará referencia a la formación, es decir, declararse incompetente en el rubro es quizá una muy buena razón, sin embargo: ¿dónde radica esa incompetencia? La cuestión resalta, porque quien se declara

⁶³ Este tipo de acepciones han pasado desapercibidas incluso para juristas como Bobbio y Hart, y como muchos, únicamente han encontrado en la inclusión de la moral en el derecho, problemas que tienen que ver con su formalidad.

incompetente es el mismo que afirma con furor que la ley debe redactarse con palabras claras y precisas, para que todo aquel que las lea sea capaz de comprenderlas,⁶⁴ entonces, esto querrá decir que la incompetencia tiene su fuente en el jurista, pues válidamente puede inferirse que no comprende el proceso judicial o administrativo, pero, nuevamente, dónde quedan las declaraciones que afirmaban que el proceso civil es la columna vertebral del derecho (lo cual está impreso en cada ley de procedimiento, siendo el proceso civil la suplencia de cada uno de ellos, incluso si se tratase de un proceso nuevo), pero que ahora fue renovado por los neoconstitucionalistas al alegar que toda la fuente del derecho está ya en la Constitución, por lo que estos aspectos el operador jurídico debiese conocer, empero no es así, la empiría lo contrapone drásticamente.

En suma, las explicaciones y razones que se han formulado dentro del canon de la teoría jurídica, no pueden escapar de la *no contradicción*, sea por la razón que se guste. Sin embargo, es oportuno precisar que simplemente no, la «obscuridad» (o *lo oscuro*) no puede examinarse como una cualidad (o defecto) de las cosas, mucho menos evaluarse y estudiarse del mismo modo en que se puede analizar la «claridad», pues es precisamente lo *oscuro* lo que «da» *apertura* a la ontologización hermenéutica; la «claridad», en cambio, ofrece una oportunidad de aceptación a uno mismo, es decir, que el proceso de interpretación es, en realidad, un proceso *subjetivo*.

3. «Obscuridad»: parámetro del «espíritu extraño» en relación a la «cosa»

Por lo mismo, detallar la particularidad de la «obscuridad» no es una tarea hermenéutica sencilla; es una empresa que sobresale del presupuesto de análisis de la «claridad», y cuyo enfoque puede ligarse al intérprete y a la «cosa» interpretada, pero no de aquello que realmente es *oscuro*: el «espíritu extraño», cuya presencia disminuye la displicencia del intérprete que suele defender la premisa fundamental de la hermenéutica clásica, es decir,

⁶⁴ De la lectura de Huarte de San Juan, Vázquez Esquivel encuentra las razones primordiales por qué a los operadores del derecho se les llama *letrados*: “he ahí la razón por la cual muchos creen, desde la concepción naturalista-formalista del Derecho, que a la letra de la ley no se le debe quitar ni poner ni una tilde, porque con ello se alteraría su sentido”. Vázquez Esquivel, E. (enero-junio, 2008) “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)”, en *Conocimiento y Cultura Jurídica*, p. 2.

aquella postura que afirma ostentosamente que aquello que se describe en la interpretación, resulta ser *una y la misma cosa*, tanto para el autor, como para el lector (o intérprete).

Para la trama de la interpretación jurídica no resulta nada nuevo esta temática. Suelen utilizar este adjetivo simplemente para calificar la propiedad de una «cosa», en cuyo caso particular resulta ser la ley. No obstante, posicionarse en tal encause resulta poco satisfactorio, ya que el desvanecimiento de la crítica, las más de las veces, culmina en la develación de que la ley es una «cosa» en sí; por tanto, no hay nada de lo cual preocuparse. Sin embargo, como se ha mencionado, este tipo de respuestas y modo de hacer uso de la lógica, ya ni siquiera resulta ser sorpresa, mucho sería si por lo menos pudiese anticiparse un escrutinio que minimice las falencias del actuar de la jurisprudencia clásica, lo cual ya se ha descrito más arriba.

Importante resulta señalarlo, pero justificarlo en la época en que la epistemología ha quedado reducida, sí acredita la llamada de atención. Pero no se mal entienda, no se está hablando de justificar el por qué se justifica lo que se justifica en la forma que se justifica, sino del pensamiento que produce una justificación acerca de un sistema que no puede justificarse. Es decir, no resulta incomprensible el «modo de ser» de los juristas, el cual proyecta este tipo de afecciones a la temática de la interpretación, sino todo lo contrario, ya que es precisamente este aspecto lo sujeto a la crítica que se está postulando; se comprende muy bien la problemática, de otra manera no se verían reflejados estudios acerca de la hermenéutica jurídica y cuáles son sus insolencias.⁶⁵

Pero cámbiese el estilo de la descripción hasta ahora asentada, y dese un respiro intelectual. Las posiciones que se han formulado en realidad no son tan complejas como aparentan, sino un aspecto muy sencillo cuando se ha logrado dar el *giro ontológico*,⁶⁶

⁶⁵ *Ibidem.*, pp. 20 y ss.

⁶⁶ Se hace analogía al *giro copernicano* de Kant, el cual consiste en que la filosofía, para entrar en el camino seguro del progreso en el conocimiento, ha de hacer lo mismo que hizo Copérnico en astronomía: si éste, para explicar los movimientos celestes, entendió que era mejor partir del supuesto de que era el espectador quien giraba, de manera parecida Kant cree que sólo se puede tener un verdadero conocimiento de las cosas —un conocimiento universal y necesario— si el objeto depende del pensamiento, para ser conocido, y no a la inversa. Éste es el supuesto del que parte la filosofía trascendental de Kant, donde ya no se cuestiona *cómo se conoce*, sino *cómo es posible el conocimiento*. Ante esto, tal aspecto logra que Kant no llegue a toparse con el mismo *escepticismo* de las conclusiones de Hume en *An Enquiry Concerning Human Understanding*, quien

salvo que se pretenda obstaculizar la comprensión, en cuyo caso sólo resta realizar una exposición menos densa y más descriptiva para matizar el diálogo que se propone en la conversación del análisis hermenéutico.

Cierto es, sin embargo, y en retorno a la temática tratada, que el estudio de ambos adjetivos, es decir, *lo claro* y *lo oscuro*, conlleva acercarse al «espíritu extraño» en relación a la «cosa», pero ese acercamiento no se dirige hacia aquél que deja rasgo en la «cosa», es decir, no se trabaja en cuestión a cómo de aquello que se interpreta se puede deducir la presencia del «algo» (o *Dasein*) que lo causa (enfoque ontológico), cuya presencia hace notar la cuestión que origina lo trascendental del planteamiento hermenéutico —pues ya no se trata de analizar cómo se comprende, sino de *averiguar cómo es posible la comprensión*, al más justo estilo kantiano sobre la filosofía trascendental— por lo que simplemente se logra una «apertura» mínima respecto a evitar la «negación» de uno mismo (enfoque epistemológico).

Ya desde Sexto Empírico, en la historia de la hermenéutica, por ejemplo, la hermenéutica simbólica aparece un contraste entre la inexactitud de la declaración del signo natural y el signo artificial, y la magnífica labor de unión entre la hermenéutica clásica y la bíblica. A primera vista, esta información no parece tener una relación del todo con la temática que ocupa este estudio, pero no es momento aquí para empezar a negar el factor horizontal del intérprete. Piénsese por un instante en la posibilidad del signo:

El signo es toda cosa que, además de la fisionomía que en sí tiene y presenta a nuestros sentidos, hace que nos venga al pensamiento otra cosa distinta. Así, cuando vemos una huella pensamos que pasó un animal que la imprimió; al ver humo conocemos que debajo hay fuego.⁶⁷

He aquí el punto que se trata, pues estas palabras enunciadas por Agustín de Hipona en *De Doctrina Cristiana* detallan, en sí, la particularidad de la hermenéutica de signos, donde la «realidad de la causa» se puede inferir la «realidad de la cosa» causada, lo cual tendrá su

afirma que el conocimiento absoluto y total de las cosas no es posible. De la misma manera, con Gadamer ya no es necesario el cuestionamiento de *cómo es la comprensión*, sino *cómo es posible la comprensión*.

⁶⁷ San Agustín (1969) “La doctrina cristiana”, en *Obras completas de San Agustín*, vol. XV: Escritos bíblicos, [título original: *De doctrina cristiana*], [edición bilingüe: Balbino Martín Pérez], [colección: BAC, No. 168], (3ª Edición), Biblioteca de Autores Cristianos: Madrid, España, I:2.

ampliación tiempo después con el discípulo de Leibniz y Wolff: Meier.⁶⁸ Sin embargo, en ningún momento se cuestiona o entra en juego el rol del «espíritu extraño»; en primer lugar, los detalles por lo cual se echa abajo la tesis de la hermenéutica simbólica en relación de la «cosa» y la *causa*, es porque en ésta última únicamente se enfoca a los signos naturales, y no porque lo sean en sí mismos, sino porque el pensamiento y experiencia humana lo califica como signo natural, y es, verbigracia, la experiencia la que indica que debajo del humo hay fuego, mas no el fuego mismo. De la misma manera, siendo la palabra el signo por excelencia, en el Derecho, para que el «pasaje» sea designado poseedor de «claridad» o de «obscuridad», necesario es que se «dé» por la experiencia del intérprete, o mejor dicho, por la formación del intérprete, en cuya designación entra al juego tanto el horizonte como la comprensión; con el inconveniente, sin embargo, de que es subjetivo.

Como segundo, «conocer» la *causa* no es «comprender» la *causa*, ya que si bien puede asentarse que todo aquello que es objeto lingüístico de comprensión está ya ahí la *relación* con el *Dasein*, se desconoce las razones de la *causa*. En términos más simples, podrá ser cierto y se haya comprobado que un individuo ha causado lesiones a otra persona, pero cuáles son sus razones, están fuera del análisis jurídico.⁶⁹ Kelsen diría que tal aspecto pertenece a la *política jurídica*, ya que adentrarse a la problemática es acercarse al juicio de valor, por lo que el juicio jurídico debiese limitarse a observar si un hecho acaeció o no, ya que el juicio de valor tiene otra finalidad, y, por lo mismo, éste tipo de juicio queda aislado de la empresa jurídica debido a que, según la teoría jurídica, la disciplina jurídica únicamente se encarga de los juicios de hecho; ahora bien, además de que resulta indebido referir *causa*, o bien, hablar de causas en el Derecho, pues la *causa* precede al efecto de

⁶⁸ Meier, G. F. (1965) *Ensayo de un arte general de la interpretación*, [título original: *Versuch einer allgemeinen Auslegungskunst*], [1ª Edición: 1757], Reimpresión, Instrumenta philosophica-Series hermeneutica I: Düsseldorf, Alemania,

⁶⁹ Para Kant, *todo* conocimiento comienza con la experiencia, pero esto no quiere decir que *todo* él provenga de la experiencia, es decir, la experiencia puede observarse desde un enfoque distinto, cual si fuese simplemente la comprobación de la impresión y de la misma facultad de conocer. Kant, I., *óp. cit.*, A y B1. Referente al caso que ocupa, esto quiere decir que los efectos tienen distintas causas: en el mismo ejemplo, podrá presentarse el mismo tipo penal, no tendrá las mismas razones, ya que este tipo penal no tiene únicamente una razón, como sería un juicio de hecho, sino que imperiosamente ostenta un juicio de valor.

manera inmediata,⁷⁰ los efectos únicamente tienen una causa: por ejemplo, el que todos los cuerpos tiendan a dirigirse hacia abajo no se da por situaciones particulares, sino que es siempre la gravedad la causa. Entonces, si bien hoy día puede notarse que en el Derecho existe una pequeña consideración al juicio de valor respecto a la renovación del positivismo a *incluyente*, todavía existen algunas salvedades que necesitan de una exhaustiva atención, como lo es la pre-estructura de la *pre-comprensión*: una locución ajena al paradigma argumentativo actual.

Habrá, además, quienes aleguen aquello vinculado a la máxima de la interpretación en la Ilustración: la «interpretación auténtica», la cual compartirá los mismos objetivos de la hermenéutica clásica para lograr la «comprensión», consistente en tener en mente *una y la misma cosa*. Sin embargo, a diferencia del discurso de Savigny, quien se dispone a lograr la comprensión no está condenado a suplantar a aquél que interpreta, de modo que ocupe su lugar, vea, sienta y piense del mismo modo que él, sino en «comprender» al autor mismo, es decir, su historia, su formación, su tradición, etc., para determinar quién es, por qué hace lo que hace y por qué gusta de lo que gusta; es, situarse en su horizonte;⁷¹ por la misma razón, un análisis hermenéutico no es una simpleza como la tratan los juristas, y en rigor, para comprender una ley no basta con acudir al diccionario, a la etimología o tener en cuenta la época en que se redactó, sino en enfocarse al «espíritu extraño», quien, a final de cuentas, es el que «da» *sentido* en el mundo de la *relación*;⁷² el de ser-con-otro.⁷³

⁷⁰ En efecto, en el Derecho la causa no precede al efecto de manera inmediata. El robar, por ejemplo, no conlleva al arresto en el preciso instante en que se realiza este tipo penal, por lo que sus efectos sólo se materializarán en caso de que la fuerza policial haga el arresto propiamente dicho.

⁷¹ Gadamer hablará que para lograr la correcta comprensión de lo comprendido es necesaria la fusión de horizontes, lo cual se presenta de manera similar, en Lógica, con los diagramas de Venn.

⁷² En otras palabras, «encontrar» (o desentrañar) el *sentido* de las cosas, para la teoría de la comprensión, no consiste en «comprender» qué es la «cosa» en sí, lo cual es desde un enfoque donde se comparte la misma impresión, es decir, desde la posición de asentar que se «está» ante *una y la misma cosa*, sea para quién sea, por lo que esto ocasiona, a su vez, que se omita todo aquello que el autor ha dejado ya en la «cosa». La empresa de encontrar *sentido*, no obstante, consiste en llegar en aquello que ha dejado ya el autor en la cosa, pero no a la manera de la *interpretación auténtica*, sino un poco más allá, en la fusión de horizonte entre la «cosa» y el autor: en la *relación*.

⁷³ Heidegger, M., *óp. cit.*, §26.

Se quiera o no, el movimiento que se observa en el mundo circundante no es propia de las cosas, sino del «ser en sí», como ya lo anticipaba Aristóteles.⁷⁴ Por consecuencia, no puede validarse el juicio que ostenta eliminar la presencia del «espíritu extraño» en aquello que interpreta, es decir, hablar sobre el *espíritu de la ley*, donde, por si fuera poco demencial, se asegura que toma vida propia, pero lo más preocupante es que se asegura que la escritura produce el efecto de interpretarse a sí misma —lo cual tomó fuerza cuando se estableció el *principio de la Sola Scriptura*; pero no sólo eso, ya que además de representar una apología al principio de Lutero, también es una posición que está considerablemente fuera de contexto como aquella que incita a limitarse a las «anticipaciones», donde únicamente a partir de un suceso ignorado que sale a la luz, el lector contemporáneo puede encontrar el verdadero «sentido» de aquello que considera ya acabado.⁷⁵ Es, por tanto, que el «espíritu extraño» configura, entonces, el parámetro en relación a la «cosa», ya que el mundo, es un mundo de *relación*, y esa relación no existe por las cosas en sí ni por sí mismas, sino por el «espíritu extraño», y sólo por ese medio es como se produce el «sentido»: por ejemplo, entre las palabras y el material físico que compone este estudio (el papel, la tinta, etc.) no existe ninguna *relación* entre ellos mismos, sino que es el «espíritu extraño»⁷⁶ quien hace posible dicha *relación*;⁷⁷ o bien, en ejemplo más sencillo, entre el clavo, el martillo y el cuadro, no hay ninguna *relación*, ni tampoco un «sentido» entre ellos, pero lo adquirirán en el momento justo de la *relación* que se produce cuando alguien tome el martillo, coloque el clavo con él, y cuelgue el cuadro.

4. El complejo del *Dasein*: del atisbo de la interpretación jurídica

Ahora bien, no todo en la teoría de la comprensión es perfecto y exento de complejidades. El *Dasein*, cual construye su máxima distinción, es también su máxima preocupación. No

⁷⁴ Aristóteles (1995) *Física*, [título original: *Φυσικῆς ἀκροάσεως*], [traducción y notas: Guillermo R. de Echandía], [colección: Biblioteca Clásica Gredos, No. 203], Planeta Agostini, Editorial Gredos: Madrid, España, VII:1 241b 35 y ss.

⁷⁵ Ferraris, M. (2000) *La hermenéutica* [título original: *L'ermeneutica*], [traducción: José Luis Bernal], México: Editorial Taurus, pp. 18 y s.

⁷⁶ Respecto a este caso, el «espíritu extraño» es representado por el autor de esta disertación.

⁷⁷ Heidegger, M., *óp. cit.*, §45.

por nada se insiste en que la «expresión» y la «intención» son dos cosas muy distintas, y aunque si bien “nadie usa las palabras si no es para significar algo con ellas”,⁷⁸ cuya afirmación es muy pudiente entre la obra de Agustín de Hipona, lo cierto es que no todas las veces la expresión resulta ser la intención. El ente que se cuestiona sobre el sentido del ser, dentro de sus peculiaridades, es un ente que es complejo por sí mismo; es lenguaje, es interpretación, pero no por ello es de fácil acceso. Contrario a las cosas, el hombre en su simple actuar tiende a ocasionar problemas respecto a su correcta comprensión, pues mientras la «cosa» no se opone en ningún momento ni se le oculta nada a aquél que la está interpretando, para con el *Dasein* no ocurre de la misma manera, el cual pone toda clase de obstáculos para que el intérprete no logre su correcta comprensión, y es precisamente por su aspecto subjetivo en sí, ya que aunque se disponga a ser interpretado, no lo él sabe de sí es limitado y en muchas ocasiones también erróneo; por otra parte, ni qué decir respecto al problema hermenéutico de la interpretación, porque si bien la hermenéutica contemporánea acepta el papel de la subjetividad en el intérprete, esta subjetividad debe estar bajo cuidado al cien por cien, ya que en la aplicación puede llegarse a malinterpretarse que cierto aspecto interpretado es en realidad arbitrario, y he ahí el porqué en la teoría de la comprensión se habla insistentemente del diálogo como el aspecto fundamental para la correcta comprensión de lo comprendido; Dilthey dio la pauta adecuada al enunciar que «comprender» es *ponerse de acuerdo en algo*, y tal acuerdo únicamente puede darse por el diálogo,⁷⁹ y es esto el verdadero reto y esfuerzo de la interpretación; por tanto, como se advierte, la complejidad no es de sencillo solvento, pues, se insiste, aun cuando exista la completa disposición de dejarse interpretar, el individuo expuesto a la interpretación, puede caer en incorrecciones, o contracciones de lo que ha hecho y dicho. Pero, por supuesto, es mejor evitar este tipo de complejidades, pues por qué empezar por tratar de comprender el *Dasein* cuando aún no se ha superado el bache en que se ha estancado la interpretación jurídica; ése es el reto de la interpretación.

Respecto a esto, el juicio estético constituye un ejemplo memorable, y aunque no se le halle, por ahora, una semejanza con el juicio jurídico (entiéndase como el juicio que adopta el juez para dictar sus sentencias), no son pocas las cosas en las que coinciden

⁷⁸ Agustín de Hipona, *óp. cit.*, II.

⁷⁹ Dilthey, W., *óp. cit.*, p. 25.

ampliamente: en primer lugar, porque no pueden justificar el por qué su decisión, es decir, el juicio estético basa su argumentación únicamente en el aspecto de lo *bello* a razón particular, por lo que no es necesario dar explicaciones al porqué se considera *bello* tal o cual cosa, simplemente es de agrado, y nada más, mientras que el juicio jurídico no puede justificar el porqué juzga como juzga, pues, aunque no lo refiera, el que sentencia lo hace porque cree que es lo correcto, sin analizar si realmente es así, es decir, no procura en averiguar si está juzgando a criterio propio o si se está viendo influenciado por algún *prejuicio* que guíe erróneamente su correcta comprensión; en segundo lugar, ambos juicios se pueden condicionar por una tendencia, por lo que cabe la posibilidad de que se recurra a juicios ajenos, pero, nuevamente, sin preocuparse en analizar si tales juicios son correctos o no, como el prejuicio de autoridad, en relación con la obediencia ciega, o bien, puede darse el caso que el juicio se condicione a razón política, donde simplemente se decide a base de dar, ceder o estipular algo para quedar conforme con alguien, o incluso para evitar otro tipo de aspectos; en tercer lugar, ambos pueden cambiar su justificación inicial, y, por tanto, cambiar su opinión, lo cual se puede deber a particularidades ampliamente subjetivas: la galería de arte podrá parecer espectacular, buena o mala, para quien asiste a la exposición, pero su juicio depende mucho, primeramente, sobre lo que *sabe* respecto a lo que «ve» (es decir, interpreta),⁸⁰ pero también respecto a detalles aún más particulares, como su humor, su salud, su estado de ánimo, etc., incluso de quién resulta ser el artista; es inevitable que una persona, y aún más hoy día, tenga tantas preocupaciones y tensión acumulada, y por supuesto que el juez en el Derecho no es la excepción, *la esfera del pathos*, como lo expone Heredia López: “necesariamente al encontrarse los operadores jurídicos en la lectura de algún expediente, se encuentran en diálogo íntimo con las ideas y situaciones planteadas en el expediente. Cada individuo desarrolla una conducta y una actitud vital ante las circunstancias que le rodean, y esto mismo incide en sus actividades”.⁸¹ Por tanto, aunque se le exija al juez actuar con «objetividad», la práctica jurídica muestra que no existe

⁸⁰ Dilthey lo llama los grados de la comprensión; el primero consiste en el interés, donde a mayor interés, mayor será la comprensión, y, por consiguiente, también lo será el horizonte. *Ibidem.*, p. 31.

⁸¹ Heredia López, A. (2011) “*Ethos, pathos y logos*; en la interpretación y argumentación del derecho”, en *La Interpretación y Argumentación Jurídica en la UANL. A diez años de su inicio*, Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología: San Nicolás de los Garza, México, pp. 175 y s.

unificación de criterios, ya que un mismo proceso puede ser juzgado y tener resultados muy distintos a los de otro tribunal, e incluso un mismo juez en un mismo día puede aceptar y rechazar la misma promoción de amparo a modo íntegro.

Extraño es, sin embargo, que este tipo de aspectos que ocurren y se dan en la práctica jurídica no se encuentren detallados o incluso referidos entre la literatura jurídica, al menos ya entre aquellos grandes textos que osan por hablar de la interpretación. No obstante, quizá no se cite porque trae consigo consecuencias que pueden calificarse como contrarias al Derecho, ya que son *subjetivas*, lo cual es precisamente el objetivo de este estudio, aunque no precisamente respecto a por qué se evita hablar de lo subjetivo, sino en comprender si existe su aceptación, no únicamente de modo implícito, ya que esta particularidad ya ha sido examinada, y es todo un hecho, sino que la empresa se enfoca en examinar si tal aceptación es consciente o no, lo cual se presenta en la obra en los juristas más citados del siglo XX, es decir, tanto en la obra de Kelsen como en la de Hart.

Pero bien, como se ha anticipado, en la disciplina jurídica no suele abocarse a cuestiones que tengan que ver con la subjetividad, a lo mucho se tratan temas con la moral, pero únicamente hasta ahí y ya, aunque ciertamente incluso han pretendido objetivizar a la moral, como cuando presuponen jerarquía de valores, o hacen uso del principio de ponderación, entre otras cosas, y, sin embargo, aún así ni siquiera ante tales aspectos creen oportuno ampliar su horizonte; Scheler, por ejemplo, constituye en la Filosofía un gran aporte para la constitución de una Axiología objetiva, pero no es citado en lo jurídico, cuya pretensión es lograr lo que él ya hizo;⁸² es por eso que se insiste que a los juristas no les preocupa nada más que (como otra problemática) verbigracia, las palabras se expresen siempre con el propósito de comunicar un significado, lo cual excluye la tesis naturalista

⁸² La ética axiológica de Scheler es ejemplar; ésta defiende la división entre los valores propiamente dichos y el resto de bienes, sustancias o cosas, los cuales únicamente funcionarían como sus portadores; de esa manera es como el filósofo alemán logra estatuir la independencia de los valores, pues su existencia no está ligada a la existencia humana, es decir, los valores pueden existir sin que existan los seres humanos. Sin embargo, he ahí precisamente lo que inicia la crítica a Scheler, ya que sin la existencia humana no puede existir la designación y reconocimiento de que tales valores son valores. 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.

del lenguaje,⁸³ donde cada palabra tiene su propio significado, por sí misma, no por alguien que le dé uno, sino porque su propia naturaleza hace que tenga y adopte uno. Justamente, en la teoría jurídica esto se conoce como los principios de fundamentación de la *única interpretación correcta*, sin embargo, en los últimos años se ha disuadido poco a poco esta tendencia, por lo que se rompe un poco la estructura de la concepción *naturalista-formalista* del Derecho, la cual postula que la ley ha de ser interpretada con *un único sentido*, a fin de evitar malentendidos, por lo que la ley ha de redactarse e interpretarse de tal manera que todo sea para todos lo mismo, lo cual ya se ha detallado.

Pero es suficiente, el pupitre que aloja a todos aquellos que insisten en que el signo es la vertiente de significación, han tenido su oportunidad por mucho tiempo, pero no han podido hacer nada fructífero de ese tiempo. Incluso, los estudios más recientes no aportan nada nuevo, ni nada que no se haya dicho antes: en México, y lo más próximo, Vázquez Esquivel, por ejemplo, no hace mucho tiempo se sorprendía cómo la SCJN enunciaba como principio en la interpretación jurídica *la interpretación conforme*, preguntando a modo de burla: “¿hay en el Derecho moderno algún tipo de interpretación jurídica correcta que no sea conforme a la Constitución?”,⁸⁴ ya que en realidad tal incorporación a la cultura jurídica de la interpretación es una obviedad, por la misma razón se comparte, como ya se ha mencionado en reiteradas ocasiones, que “[...] los juristas y operadores del derecho son cautivados por las verdades a perogrullo [...]”.⁸⁵ Por lo mismo, juristas destacados incluso de la calidad de Guastini, verbigracia, quien tiene una amplia influencia en la interpretación jurídica, no han podido sobrepasar la barrera de éste tópico de la interpretación, y se remite a referir lo mismo de siempre respecto a qué es interpretar, las clases, tipos y métodos de la interpretación jurídica, sobre la integración, la analogía, la antinomia y las lagunas del Derecho, en fin, nada que no se haya presentado anteriormente en la literatura jurídica, por lo que encontrarse en la sección jurídica de la librería obras que llevan el título de *Interpretación Jurídica* o algo próximo a esto, es completamente superfluo.⁸⁶

⁸³ Platón, *loc. cit.*

⁸⁴ Vázquez Esquivel, E., *óp. cit.*, p. 13.

⁸⁵ *Ídem.*

⁸⁶ De las consultas recientes, esto se vuelve cada vez más patente. De la obra *Teoría General de Interpretación* de Hallivis Pelayo, por ejemplo, no se encuentra por ningún lado una teoría general de interpretación, sino que es una obra descriptiva acerca de cómo se ha presentado la interpretación en distintas

¿Por qué no hay cambio? Quién habla de «comprensión», de principios hermenéuticos, como el horizonte, la «distancia histórica», la filología, la gramática, o de medios hermenéuticos, como el diccionario, diccionario especializado, la etimología; quién habla del *prejuicio* (*vorurteil*), del círculo hermenéutico, de la pre-estructura de la comprensión; sobre qué es interpretar, y distinguirlo de qué es interpretar jurídicamente, etc. Particularmente, no resulta ser casualidad que todos estos temas estén desarrollados no en lo propiamente jurídico, sino en el plano de la Filosofía: Platón, Aristóteles, Orígenes, Sexto Empírico, Agustín de Hipona, Chladenius, Ast, Wolf, Meier, Schleiermacher, Schopenhauer, Nietzsche, Dilthey, Heidegger, Gadamer, Ricoeur, entre otros, constituyen suficiente bibliografía que trata el tema de la interpretación, sin embargo, son contados los juristas que los refieren, y cuando los refieren lo hacen de manera errónea: de Gadamer, por ejemplo, la literatura jurídica suele citarlo, pero nunca se destacan los elementos que lo hacen diferente a los juristas que asumen de empresa el estudio de la interpretación jurídica.

En fin, lo dicho ya ha sido analizado en otro estudio, donde el posicionarse en el plano del escepticismo metodológico fue una decisión acertada para referir que no existe en realidad una interpretación jurídica, sino un dogma de cómo ha de ser esta interpretación. Pero no es aquí el lugar adecuado para volver a tratar esta temática, corresponde aquí evaluar si ya en Kelsen o ya en Hart existe la conciencia respecto a la subjetividad que acaece en la aplicación del derecho; corresponde analizar si la hermenéutica jurídica es o no un sistema de reglas *sin* horizonte, el cual se ha situado *inter lux et tenebris*.

épocas, y únicamente hasta el final se encuentra propiamente la contribución respecto a la interpretación jurídica del autor, lo cual puede calificarse como una práctica no ética. Como se insiste, al parecer, desde hace mucho tiempo el tema de la interpretación jurídica para los juristas sólo ocupa una pequeñísima porción en su obra, pero en realidad no es un tema agotable ni que se agote tan sencillamente, lo cual se ha venido exponiendo.

CAPÍTULO III

HEURÍSTICA COMPRENSIÓN DEL MIEDO EN EL DERECHO

METODOLOGÍA Y ANÁLISIS DEL «MARCO ABIERTO» Y LA «TEXTURA ABIERTA»

1. Huida y miedo: la subjetividad en el Derecho

Impresión ha de causar la cuestión apuntada: ¿es la subjetividad en el Derecho un miedo palpable? Contrario a lo que se ha sostenido por años, donde la *coacción* funge como único elemento que justifica el Derecho desde el plano del positivismo y que lo diferencia propiamente de la moral, desde cierto enfoque, se inspira temor, por lo que se presenta como el verdadero peligro que se observa; lo correcto, sin embargo, al parecer no radica en el *miedo a la sanción*, sino el *miedo a lo subjetivo*. Más arriba se mencionaba cómo la teoría jurídica al pasar los años a acunado y hecho propio aspectos que son de índole subjetiva, pero que al mismo tiempo siempre ha negado su existencia; se dice: el Derecho no se crea en base a lo que se advierte como *bueno* o *malo* en la comunidad, o bien, en la aplicación del Derecho nunca ha habido algo extraño durante el proceso de subsunción, son típicas afirmaciones que suelen encontrarse por doquier, pero que extrañamente no pueden justificarse a sí mismas, por supuesto, desde una dirección que no sea sino subjetiva.

Innegablemente, la presencia de la subjetividad existe en el Derecho; se «da» y se respira tanto en los tribunales como en las salas del parlamento (Congresos, en México), pero por alguna extraña razón nunca se le acepta como tal. García Máynez, por ejemplo, siendo un partidario de la equidad, y admirador del trabajo de Aristóteles, en su obra, en ningún tiempo expresa algo distinto a lo planteado por la jurisprudencia clásica en los apartados referentes a la interpretación jurídica: las escuelas, los tipos de interpretación, las clases de ésta, e incluso sobre los métodos, son aspectos muy asequibles; pero que, al parecer, tampoco logra desprenderse de la lógica, lo cual lo lleva a asentar que “[...] el *sentido de la ley no es la voluntad del legislador*. Si la doctrina a que aludimos fuese correcta, habría que admitir que en todos aquellos casos en que no es posible descubrir tal voluntad, no hay interpretación jurídica”,⁸⁷ ignorando, por supuesto, que la razón humana y el actuar humano no actúan con base a las reglas de una lógica formal, sino a base de otra

⁸⁷ García Máynez, E., *óp. cit.*, p. 358.

lógica (de la comprensión) muy diferente, de modo que la anticipación a ciertos resultados (deducir), simplemente se logran aproximaciones (posibilidades), forman un esquema con distintos escenarios, incluso contrarios, de los cuales el intérprete ha de elegir como el correcto; pero esto también quiere decir, verbigracia, que para el profesor de la UNAM es completamente ilógico, por ejemplo, que si A vence a B, y B a C, imposible que C venza a A, aun cuando esto puede y ha ocurrido plenamente, incluso excluye la posibilidad que en determinado momento B venza a A y C a B; no hay de otra, lo que se analiza es el talante humano, el «modo de ser» del *Dasein*, el cual se desenvuelve bajo miles y miles de aspectos que le rodean, es por eso que su simple «modo de ser» sobrepasa a la Lógica. Por tal motivo, no es de extrañar que la afirmación acerca de que el «sentido de la ley no es la voluntad del legislador» (sin que de esto se entienda una apología) ligada a un aspecto de lógica formal, esté muy lejos de aquella concepción de la teoría de la comprensión que empieza con Scheleirmacher, donde se acepta que todo en el mundo está a merced de la interpretación, es decir, la interpretación siempre es posible; y por si fuera poco, además, el jurista incluso malinterpreta las intenciones reales de Savigny respecto a los cuatro medios necesarios para lograr la interpretación jurídica,⁸⁸ y, a su vez, defiende que el proceso de aplicación del derecho es mecánico, lo cual quiere decir que nunca fue capaz de tratar la temática de la interpretación jurídica en base a una disciplina que no fuese la Lógica.

Ahora bien, aunque puede citarse una gala enorme de juristas que adoptan la misma posición respecto a la hermenéutica jurídica como García Máynez, no todo es huir del tema de lo subjetivo. Kelsen, por ejemplo, aun siendo fiel positivista (incluso hasta antiplatónico), en ningún momento tiene elementos suficientes para construir una negación de la presencia del juicio de valor en las decisiones judiciales; tanto en *What is justice?*, como en la misma *Reine Rechtslehre*, el profesor de Viena acepta, aunque a regañadientes, que la *política jurídica* juega un papel importante en el Derecho, y a pesar de todo, logra hacer las paces con Platón,⁸⁹ aunque este más bien siempre estuvo del lado del absolutismo filosófico. No obstante, ¿por qué el miedo a lo subjetivo? Podrá ser válido debido a que lo

⁸⁸ *Ibidem.*, p. 381.

⁸⁹ Kelsen, H. (2008) ¿Qué es la justicia?, [título original: *What is justice? Justice, Law, and Politics in the mirror of Science*], [colección: Ariel], [1ª Edición (col. Demos): 1982], [1ª Edición Ariel: 1991], 5ª Reimpresión, Editorial Ariel: Barcelona, España, I y ss.

subjetivo puede convertirse en lo arbitrario, pero sin el reconocimiento propio de lo que es subjetivo, no puede establecerse un parámetro para determinar cuándo se decide de manera arbitraria: si la simple designación de algo se convierte en un aspecto arbitrario, la validez de cualquier argumento se volvería superfluo, ya que la comprobación en el Derecho, a la manera de las ciencias naturales, es imposible.

Por lo mismo, no es un error traer la concepción del «miedo» a la temática que se está tratando. Aristóteles lo definía como *la espera de un mal*,⁹⁰ lo cual se puede ceñir gráficamente en cualquier tipo de acto jurídico, al efecto de la coacción; a la facultad del Estado de obligar a alguien por medio de la fuerza, pero también se relaciona, las más de las veces, como propiamente el enemigo número uno de la disciplina jurídica, ya que el Derecho siendo un acuerdo de voluntades, una comunión donde existe la igualdad y nadie está por encima del otro, la subjetividad es un peligro latente que rompe con estos principios, o al menos, eso es lo que se cree; lo que sí acaece, sin embargo, es que este tipo de fórmulas para rehuir de lo subjetivo son fiel reflejo de cómo se ignora al por mayor el problema hermenéutico de la aplicación, pero sobre todo de cómo se nota la ausencia de un horizonte que permita vislumbrar este tipo de aspectos.

Aquí es donde es pertinente expandir el horizonte, pues un sistema de reglas podrá convivir e incluso soportar en diversas ocasiones los embates de la historicidad respecto a su configuración, al fin y al cabo, es su principal disfunción, pero no sucederá así si el horizonte es inexistente, porque se dará asimismo un verdadero y justo problema. Por lo mismo, habrá que acercarse un poco a aquellos que han tratado los problemas de la interpretación de manera poco más responsable, pues

La posibilidad de una interpretación universalmente válida puede derivarse de la naturaleza del comprender. En éste, la individualidad del intérprete y la de su autor no se enfrentan como dos hechos inconmensurables: ambas se han formado sobre la base de la naturaleza humana universal, y por medio de ello se hace posible la comunidad de los hombres entre sí para el habla y la comprensión.⁹¹

⁹⁰ Aristóteles (1931) “Ética a Nicómaco”, en *Obras completas VI*, [traducción: Francisco Gallach Palés], Madrid, II.

⁹¹ Dilthey, W., *óp. cit.*, p. 71.

Desear alcanzar la objetividad, por tanto, es considerada como una gran proeza, a la cual nunca se ha de renunciar, pero respecto a cómo se realiza y se pretende alcanzar desde la óptica de lo jurídico, es francamente una empresa condenada al fracaso. Muchos han cedido incluso con mayores proyectos y desde otros enfoques: Kant, por ejemplo, quien aceptó la imposibilidad de la *intuición sensible* para el conocimiento (*ante los ojos*) del *nóumeno*, cuya única intuición que puede lograr tal cometido es la intelectual,⁹² y eso nadie más lo tiene presente que aquellos que se han dedicado con gran apego a la teoría de la comprensión, por tal motivo:

La validez universal del conocimiento de lo individual que ofrece la comprensión resulta de una naturaleza humana universal, derivada del lenguaje, el *logos* en el que todos los hombres se hayan insertos, y que permite una época comprender a las otras y concebir una unidad de fondo de la «vida griega y cristiana».⁹³

1.1. El horizonte jurídico de lo subjetivo es un horizonte sesgado

Por lo mismo, es menester empezar con algo sencillo: ¿cuántas veces se menciona la palabra subjetivo en el texto de Kelsen y Hart? Al parecer esta pregunta carece de personalidad, pero si lo que se pretende es elaborar una reinterpretación de la obra kelseniana y hartiana en alusión al concepto del «marco abierto» y la «textura abierta», con el fin de averiguar si han aceptado lo subjetivo en el Derecho, sea ya en su elaboración, sea ya en su aplicación, es necesario plantearse la cuestión señalada. Primeramente, porque esto develaría si dicha palabra está o no vetada de la literatura jurídica, ya que brilla por ausencia en los textos; y segundo, para advertir si suele estar presente esta palabra cuando se habla de interpretación jurídica.

Dicho esto, en *Reine Rechtslehre* la palabra «subjetivo» aparece cerca de trescientas veces, y de esas, más de doscientas van encaminadas a detallar un «sentido subjetivo» respecto a algo; mientras que en *The concept of law* únicamente aparece la palabra «subjetivo» cinco veces en todo el texto, y todas ellas seguidas de «derecho», es decir, la

⁹² Kant, I., *óp. cit.*, B298 y A239.

⁹³ Schleiermacher, F. E. D. (1977) *Hermenéutica y crítica*, [título original: *Hermeneutik und Kritik*], [edición: Manfred Frank], Suhrkamp: Fráncfort, p. 134.

palabra en cuestión siempre está ubicada como «derecho subjetivo», lo cual se aleja por mucho respecto a la connotación que se está buscando. Sin embargo, respecto a la crítica sufrida por Hart ante Dworkin, sería válido pensar, por lo menos, que el profesor de Oxford incluyera la palabra referida con algún otro tipo de contexto, ya que la consideración del *principio*, en el Derecho, tiene un amplío acercamiento a lo subjetivo (lo moral), no obstante, sorprende que no se mencione en ninguna ocasión la palabra «subjetivo» en *Postscript*.⁹⁴ Téngase en cuenta que si bien hablar de los rasgos morales, como los juicios de valor que influyen en el momento de la aplicación del derecho, es hablar de un aspecto subjetivo, esta subjetividad no puede reducirse simplemente al plano de la moral: hay *prejuicios*, en efecto, que no tienen que ver estrictamente solo con lo moral, sino que también pueden ser políticos, económicos, incluso estéticos, pero también pueden estar basados en otro tipo de prejuicios, como el prejuicio de autoridad, la obediencia ciega, o simplemente en la negación de uno mismo.

En fin, el primer acercamiento respecto a lo subjetivo al parecer es muy evitado por el jurista inglés, pero resulta muy pronto para pronunciarse si niega o acepta lo propiamente subjetivo en el Derecho, ya que es precisamente de lo que se trata. Descartes, por ejemplo, jamás menciona expresamente aspectos hermenéuticos, y, sin embargo, algunos creen encontrar en él elementos de la teoría de la comprensión, de la hermenéutica filosófica contemporánea.⁹⁵ Por tanto, no puede pretenderse agotar el estudio metodológico simplemente con este tipo de salvedad, ya que lo se busca en sí no son detalles expresos, sino implícitos: Dilthey no refería en vano que la interpretación consiste en “[...] mostrar que detrás de la literalidad de lo dicho hay oculta otra cosa que precisa del esfuerzo hermenéutico, de modo que se pueda entender algo distinto al sentido inmediato de la letra, que a menudo es inaceptable o incomprensible”.⁹⁶ Por lo mismo, habrá que indagar

⁹⁴ La crítica que presenta Dworkin al sistema de Hart respecto a que el Derecho es únicamente regla, sino que también es principio, se deriva y se basa de un precedente donde el beneficiario de una herencia le fue negado tal derecho, ya que fue él mismo el que provocó la muerte del propietario (abuelo) de los bienes que dejaba a herencia. La resolución a este caso fue basada en un principio, donde una persona no puede beneficiarse de un hecho lícito derivado de uno ilícito.

⁹⁵ *Vid.*, Moreno Romo, C. (coord.) *Descartes vivo: ejercicios de hermenéutica cartesiana*, Anthropos: Barcelona.

⁹⁶ Dilthey, W. *óp. cit.*, p. 48.

respecto al «marco abierto» y la «textura abierta» con una actitud más cuidadosa y más minuciosa, pues, de no serlo, en realidad no se trataría de un análisis hermenéutico, sino quizá de un simple panfleto con una larga extensión cuyo único aspecto hermenéutico sería su título y nada más.

No obstante, es de llamar la atención el por qué se evita su referencia; en la literatura jurídica, como se menciona, usualmente suele optarse por la postura de Hart, donde lo *subjetivo* simplemente aparece como un sufijo del derecho, lo cual hace referencia a diversos tipos de derechos que son individuales, los cuales son reconocidos por diversas normas jurídicas; subjetivo aquí, entonces, hace referencia al sujeto, al ente jurídico, a la persona poseedora de derechos y obligaciones. Y lo mismo acontece con otros autores, los cuales evitan por completo la referencia a lo subjetivo (como concepto para referir aspectos metajurídicos), aunque contradictoriamente sí aceptan el rasgo de la moralidad en el Derecho y algunos otros talantes que tienen que ver con la interpretación, como la declaración respecto a que tal o cual detalle es *claro* u *oscuro*, lo cual ya se ha expuesto.

Pero bien, el real temor que se tiene respecto a referir la palabra «subjetivo» en los textos jurídicos no es debido a un veto, sino porque se tiene una mala conceptualización de lo que es y representa lo subjetivo en realidad, es decir, se cuenta con un horizonte sesgado; al menos, eso parece ser, ya que, de otro modo, sería lamentable que los juristas no sepan en qué momento entra en juego la subjetividad en el discurso para su dirección, en cuyo caso no sería válidamente justificado todo aquello que se refiere al aspecto objetivo: ¿cómo expresar que tal cosa es objetiva si se desconoce lo subjetivo?⁹⁷ Pero no se induzcan precipitaciones, recuérdese que el título de esta disertación tiene de eje central la temática del horizonte respecto a esta tendencia lúcida, pero también opaca, de lo que es la interpretación jurídica; más adelante se harán las notas necesarias para expresar que lo que produce en los juristas no hablar de lo subjetivo no resulta por una razón que pueda ser explicada y tomada en serio desde la gramática, sino que es desde la comprensión, a

⁹⁷ Descartes comete un error similar, al establecer que para conocer una cosa primeramente es necesario conocer las «partes» del «todo», pero luego será refutado con el establecimiento propio del círculo hermenéutico: “no se comprenden las partes si no se tiene ya una idea del conjunto en el que esas partes se integran; pero tampoco se puede conocer el todo más que a partir de sus componentes”. Dilthey, W., *óp. cit.*, p. 76.

aquello que advierte que la interpretación jurídica se realiza a partir de la «negación» de uno mismo, para dar pie a un dogma interpretativo, el cual dicta, forma y dirige cómo ha de ser la interpretación.

1.2. La negación a la *apertura* del elemento subjetivo en el Derecho

Por último, aún existe un cuestionamiento, por demás, importante: ¿por qué tolerar al *positivismo jurídico* (XIX)? La teoría jurídica ha tenido grandes avances que dejarían en desuso al *positivismo*, sin embargo, aún se está a favor de que siga enseñándose en los programas de estudio de las escuelas de Derecho, y como se menciona, a pesar de que se han contrariado diversos principios, por ejemplo, el de la *única interpretación correcta*, o el de la *intención del legislador*, y, por otro lado, quedado en ridículo verdades a perogrullo como el *principio de interpretación conforme* o la insistente demanda de redactar la ley con palabras claras y precisas, el positivismo jurídico por alguna u otra razón todavía es aún dominante; mucho tendrá que ver que su base se encuentre en la concepción naturalista-formalista del derecho, pero es de atender el por qué aún sigue aquí. No hace mucho tiempo se tuvo la propuesta de elaborar un estudio acerca del por qué el *positivismo jurídico* únicamente hoy día debería tratarse desde un aspecto histórico, es decir, como parte de la historia del derecho, mas no como parte fundamental y paradigma hegemónico del derecho contemporáneo, pero por distintas razones tal aspecto no ha podido ser realizado. Su elaboración, no obstante, quedará pendiente, pero no olvidada.

Contrario a lo ampliamente referido, empero, el problema fundamental del *positivismo jurídico* no es la moral, sino la presencia de lo subjetivo. Respecto a la creación de Derecho, la subjetividad se presenta desde diversos ángulos, no sólo respecto a qué es bueno y qué no es bueno regular o aplicar, lo cual resulta ser desde la óptica de la moral, sino que también incluso desde aspectos propiamente jurídicos; por ejemplo, como menciona Serna, difícilmente hoy día se aceptaría una Constitución que no reconozca aspectos fundamentales para el vivir en sociedad,⁹⁸ lo cual despoja la creencia de que al Derecho se le legitima y se le obedece simplemente por ser norma, o bien, en este caso, no

⁹⁸ Serna Bermudes, P. (2006) *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Porrúa: México, p. 23.

se obedece lo descrito en una Constitución simplemente porque es una Constitución, sino que más bien se le acata por convicción ampliamente subjetiva, la cual puede basarse desde aceptar al Derecho como bueno en sí mismo,⁹⁹ hasta por *miedo a la sanción*, lo cual dista mucho de la pretensión positivista acerca de que la legitimación del Derecho se debe a aspectos objetivos, y más todavía cuando se acepta que no todo el derecho es justo,¹⁰⁰ por lo que, después de todo, no resulta tan extraño, por tanto, que el concepto de justicia no sea referido en sus definiciones de Derecho.

Lo mismo, igualmente, acontece con la aplicación del derecho, y no precisamente por aquellas oportunidades que se le dan al juez respecto a la discrecionalidad, sino porque realmente acontecen aspectos subjetivos, como ya se ha apuntado más arriba. Es curioso, sin embargo, que el positivismo jurídico aún tenga un soporte amplio, pero, al parecer, la imagen que se deja impresa únicamente es debido a que no tienen otra manera para designar una postura acerca de qué es y cómo conocer el derecho, si no es *positivismo jurídico*. Aunque cierto, existe el positivismo *incluyente*, pero tal positivismo lo único que acepta, y de manera ocasional, es la presencia de la moral en el Derecho, por lo que deja de lado todos los demás elementos que también entran en juego, pues, en efecto, la esfera de lo metajurídico no se acaba con la moral, sino que simplemente puede considerarse como su primera pauta, porque aún falta por incluir todos esos aspectos singulares y propios del intérprete que condicionan su interpretación, pero también las diferentes acepciones que llegan desde la Política, la Sociología, la Economía, principalmente, e igualmente a la Historia, a la Estética, a la Filosofía, a la Filología, entre otras importantes disciplinas, lo cual confirma, a su vez, que el horizonte jurídico es un horizonte sesgado, el cual se niega a dar *apertura* a lo subjetivo en el Derecho, por lo que sería necesario analizar si el establecimiento de este horizonte sesgado que únicamente acepta a la moral, es realmente un horizonte, para luego seguir con la parte la justificación de advertir que la interpretación jurídica es un sistema de reglas sin horizonte, el cual está *inter lux et tenebris*.

Por lo expuesto, el horizonte del sistema de reglas jurídico respecto a la aceptación de la subjetividad será un horizonte sesgado, pero no incomprensible. Pero tampoco este estudio debe entenderse como el poseedor de la totalidad, real y último de comprensión respecto a

⁹⁹ Platón (1988) *Las leyes*, [edición: José Manuel Ramos Bolaños], Ediciones Akal: Madrid, España.

¹⁰⁰ Bobbio, N. (1999) *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara: México.

este tema, sino como el estudio que acepta la variabilidad, posibilidad y *apertura* de la subjetividad como el esbozo principal para lograr la correcta comprensión de lo comprendido, el cual no busca precisar qué es la cosa en sí, sino en vislumbrar qué hay en la cosa que no es ella misma: la *relación* existente con el «espíritu extraño».

1.3. Horizontica propedéutica de lo metajurídico

Por lo inmediato anterior, el miedo no sólo florece respecto a lo que no es propiamente jurídico (es decir, metajurídico) «entre» la notación de la teoría jurídica, sino también en creer que «salir» es un error. Sin embargo, tal creencia lo único que apunta es que ya todo está explicitado en el Derecho, que la respuesta que se busca ya está ahí, y en ningún otro lugar, por lo que es necesario emprender su búsqueda, sin la más mínima intención de «salir» de la banalidad de lo jurídico; lo cual, por supuesto, es la declaración de minimizar la amplitud del horizonte. Por lo mismo, este tipo de aspectos es lo que dan fuerza a aquella noción que se estatuye al momento en que se advierte que la interpretación jurídica puede ser reducida a una búsqueda o recolección de datos, por lo que tal faena no puede estar más errada, porque el Derecho no se completa a sí mismo.

Una de las implicaciones que surgieron a partir de una posición encontrada y que no aceptó este tipo de expresión –de que el Derecho es completo– fue advertir que el Derecho es indeterminado, por muchas y diversas razones, y de ahí mismo se partió por esgrimir la negativa a la tesis de la *única interpretación correcta*. Notable es acentuar que es precisamente en esta parte donde se empiezan a suscitarse aspectos encontrados, pero más que nada, una expansión del horizonte, es decir, empezar a vislumbrar que el Derecho tiene, en efecto, un límite, ya que no todo cuanto existe en el mundo es Derecho, o norma jurídica, contrario a la noción de que todo es lenguaje; o bien, que el Derecho regula sólo «algunas» conductas del hombre. Por ende, y como se ha de esperar, uno de los principales juristas críticos respecto a este rubro es precisamente Kelsen, quien empezó a notar cómo “[...] todo acto jurídico, sea un acto de producción del 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”,¹⁰¹ por lo cual ya se adentraba la imposibilidad de la

¹⁰¹ Kelsen, H., *óp. cit.*, p. 350.

determinación del Derecho. Pero también el jurista inglés Hart, quien no se queda atrás, al observar que “[...] en cualquier orden jurídico habrá siempre ciertos casos jurídicamente no regulados en los cuales, en algún punto, el derecho no da ninguna solución en ningún sentido y el derecho es, consecuentemente, parcialmente indeterminado o incompleto”.¹⁰²

No obstante, este tipo de inquietudes que se fueron originando en los juristas referidos, son muy distintas entre sí. Como se expondrá más adelante, este es el espacio indicado para someter a análisis lo ya descrito en la última parte del estudio que antecede a esta disertación, donde si bien se expone de manera adecuada un cuestionamiento que tiene como objetivo analizar si la concepción de la indeterminación del Derecho es correcta, se dejó de lado si la indeterminación jurídica es ya igual en Kelsen y Hart, pues como se expondrá más adelante, para el primero, la «laguna» jurídica es simplemente una ficción, pero para el segundo es toda una realidad, de manera que empieza un estudio acerca de los *borderline cases* (o casos marginados), aquellos que están completamente «fuera» del Derecho, y, por tanto, carecen de resolución conforme a derecho.

Por ahora, puede quedar asentado que la horizónica propedéutica de lo metajurídico se encuentra precisamente en la declaración y especificidad de la indeterminación del Derecho, ya que es precisamente esta particularidad lo que permite «salir» de lo enteramente jurídico, y, por tanto, empezar a expandir el horizonte interpretativo, aunque quizá no tanto ligado al efecto histórico, lo cual dependerá, como se ha insistido en diversas oportunidades, primeramente, por la consideración de aceptarse a uno mismo como parte de la historia, de la aceptación de que el mundo no nace con el nacimiento propio, y como segundo, del interés, la formación y capacidad del intérprete, su esfuerzo e incesante preocupación por la correcta comprensión, pues la declaración y salvaguarda del sistema de reglas interpretativo depende mucho de la conciencia histórica, sobre todo porque es precisamente este aspecto lo que permite ver a modo definitivo la personalidad, influencia y grado de participación del intérprete en la interpretación. Pero también, habrá que

¹⁰² Hart, H. L. A. (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, No. 13], [1ª Edición: 1994], [archivo electrónico: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/38/tc.pdf>], Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México: México, p. 54.

establecer si dentro de la diferencia entre la concepción indeterminada del Derecho se encuentra propiamente una *apertura* a lo metajurídico, si es segura y si realmente es lo adecuado para llevarlo a la práctica, aunque se insiste que no puede anticiparse ni tomarse como categórico que las conclusiones de este estudio sean lo decisivo, ya que esto traería como consecuencia una falta grave a los efectos producidos por la teoría de la comprensión. Por tanto, todo lo aquí especificado sólo se describe y erige como una posibilidad, pero al mismo tiempo con su debida fundamentación, para todo aquél que desee contrariarlo en todo momento, sin la negación de ningún aspecto para el establecimiento del diálogo.

2. La catarsis de lo metajurídico

Ahora bien, además de lo anterior, es importante la inclusión de estos dos personajes, por otra razón: Kelsen y Hart, quienes al parecer dan una oportunidad de expansión horizontal en el Derecho, sin embargo, con grandes diferencias como se puntualizará más adelante, resulta importante, en primer lugar, resaltar si tal expansión horizontal resulta cierta, y como segundo lugar, si tal aspecto es consciente, ya que no son pocas las veces que se suele atribuir a la «textura abierta», por ejemplo, su encanto respecto a la designación de que el Derecho, visto como regla, no está completo.

No resulta interesante, al menos en este estudio, y por otra parte, analizar por qué en la literatura jurídica no suele hablarse del «marco abierto» del Derecho que Kelsen introdujo por vez primera en la publicación de la primera edición de la *Reine Rechtslehre*, a pesar de adelantarse, y por mucho, a lo contemplado por la jurisprudencia clásica, pero sí en la catarsis que Kelsen logra establecer en la interpretación jurídica como un problema relativo y de sumo interés para la *política jurídica*, mas no para lo propiamente jurídico, lo cual lo empujará a negar que el Derecho sea un sistema completo, sino todo lo contrario, y como tal, requiere de una determinación, sin que de esto se infiera propiamente que su existencia deba su razón a un producto del error (legislativo), ni mucho menos a las llamadas lagunas jurídicas, lo cual todavía sigue expresándose en los foros; sino como una particularidad propia de la norma, la cual sólo puede determinarse debidamente en la aplicación del Derecho, del transcurso de la grada superior a la inferior,¹⁰³ pero lo más llamativo es que

¹⁰³ Kelsen, H., *óp. cit.*, p. 349.

acepta que en el transcurso de la aplicación de la ley (proceso para la determinación del Derecho por excelencia) “[...] no se trataría de un conocimiento del derecho positivo, sino de otras normas que pueden desembocar aquí en el proceso de producción de derecho [...]”,¹⁰⁴ por ende, el mismo Kelsen ratifica que

Desde el punto de vista del derecho positivo nada cabe decir sobre su validez y verificabilidad. Desde ese punto de vista, tales especies de determinación sólo pueden ser caracterizadas negativamente: son determinaciones que no provienen del derecho positivo mismo. En relación con ellas, 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.¹⁰⁵

Como se observa, el desempeño y afluencia que Kelsen causa con estas palabras proyecta una verdadera *apertura* a lo metajurídico, pero sobretodo una catarsis, ya que el recurrir a otro tipo de normas (no jurídicas) no exigen que éstas no se conviertan en normas jurídicas al ser asentadas en el proceso de aplicación. Por lo mismo, es muy comprensible como Kelsen al final de sus días, cambió su perspectiva acerca de la *política jurídica*, sobre todo en el rasgo afectivo de la interpretación, y de ahí mismo partió a un estudio completamente diferente a lo que tenía acostumbrado, pues pretendía realizar un análisis de la lógica de las normas. Aunque, por supuesto, el profesor de Viena no se encargó debidamente de estas preocupaciones, sobre todo del problema hermenéutico de la aplicación, lo cual ya ha sido tratado en el estudio que antecede a este.

Por lo mismo, no resulta necesario acatar la empresa de por qué Kelsen suele ubicarse por debajo del jurista inglés y su «textura abierta», ya que es el mismo Kelsen el que logra reivindicarse por lo descrito en la *Reine Rechtslehre*. El profesor de Viena, en efecto, no necesita de ningún tipo de ayuda, sino que se le comprenda correctamente.

¹⁰⁴ Kelsen, H., *óp. cit.*, p. 354.

¹⁰⁵ *Ídem.*

2.1. Indeterminación jurídica: una designación tardía

Pero bien, si por una parte, la indeterminación del Derecho puede considerarse como la pauta exacta en la que se empiezan por formular aspectos un poco contrarios (o renovadores) respecto a lo asentado por la jurisprudencia clásica, este avistamiento dista mucho desde su primera inclusión; ya desde los tiempos de Platón, es decir, desde el siglo IV a.C., el fundador de la Academia tenía muy presente que los mejores abogados y jueces no eran aquellos instruidos propiamente en el canon jurídico, sino aquellos que daban una *apertura* a aspectos no propiamente jurídicos, sino metajurídicos.

Durante la época del Renacimiento, logra despejarse el silencio en el cual se había dejado la indeterminación, y ante el aspecto de observar que en el Derecho el deseo de la determinación es una imposibilidad; como la Historia de la Filosofía muestra, ya en esta época se retoma la problemática del hombre en cuanto a tal, y se destaca a la Grecia Antigua como el ideal a seguir: la época donde el humanismo va prontamente creciendo y dando pasos agigantados respecto al tiempo perdido durante mil años, el Medievo que únicamente permitía la educación a aquellos con altos recursos, pero que, a pesar de todo, la alteridad del Derecho como un sistema incompleto logra ceñirse, ya que, en efecto, logra aceptarse que el Derecho “[...] se estableció de humano consejo, y éste no tiene fuerza para dar orden a todo lo que está por acontecer”,¹⁰⁶ lo cual no dista mucho sobre la particularidad de referir que existe una gran diferencia tratar a la ley desde una posición como legislador, y otra como juez, tal cual se expone en la actualidad; o bien, como acentuó Hart:

[...] no podríamos considerar deseable, ni aun como un ideal, la concepción de una regla detallada que la cuestión sobre si ella se aplica o no a un caso particular estuviera siempre resuelta de antemano y nunca exigiera, en el momento de aplicación afectiva, una nueva elección entre alternativas abiertas. Dicho brevemente, la razón está en que la necesidad de tal elección nos es impuesta porque somos hombres y no dioses.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Huarte de San Juan, J., *óp. cit.*, p. 472.

¹⁰⁷ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, p. 160.

No obstante, desde el juicio de Sócrates, la formalidad del derecho y sus dificultades no se tratarán sino hasta Huarte de San Juan, quien retoma la problemática, propiamente dicha, y logra establecer el cómo y el por qué únicamente los jueces y abogados han de ser nombrados *letrados*,¹⁰⁸ y ningún otro profesional de letras, debido a su hartado uso de memoria en contraposición del ingenio y la imaginativa, al grado de llevarlo a la comparación de la labor del ropavejero, en contraste con el arte del sastre.¹⁰⁹ Por lo mismo, un aspecto que ha de llamar la atención respecto a la indeterminación del Derecho es precisamente hacer notar que esta dubitación no es contemporánea, sino más bien ya añeja, pero que aún no es aceptada del todo por la comunidad jurídica, lo cual se puede advertir respecto a los temas de las antinomias, las lagunas y, en específico, a la interpretación del Derecho, pero que no se detiene simplemente por estos aspectos.

La salida de Kelsen respecto al plano metajurídico, por ejemplo, únicamente se dirige al plano del lenguaje, esto ya debido a lo ambiguo o equívoco que puede resultar una norma, pero olvida la importancia de la historicidad en el Derecho, lo cual seguramente le haría notar que su exigencia respecto a realizar una diferencia entre voluntad y expresión, existe, precisamente, en la advertir la importancia del factor histórico en la ley, no simplemente puede tratarse desde la óptica del lenguaje, sino también desde el horizonte y el *logos* de la época; incluso desde la historia efectual de la cual habla Gadamer.

3. *Positivism flexible* (Kelsen) vs *positivismo suave* (Hart)

En fin, déjese de lado este tipo de aspectos que, si bien son importantes, de alguna manera están retrasando el estudio principal de la disertación. Por tanto, necesario es empezar a avanzar respecto al rubro que interesa, no obstante, sin omitir ni olvidar lo antes descrito, lo cual contiene, aunque de manera implícita, los grandes problemas que surgen respecto al sistema de reglas de interpretación en Kelsen y Hart.

Ahora bien, si bien es cierto que Kelsen nunca ubicó su teoría jurídica en contraposición del paradigma positivista, su trabajo puede ubicarse dentro de los aspectos del *positivismo flexible*; el cual puede considerarse como un positivismo jurídico primitivo respecto al talante hermenéutico que se desarrolló de manera ejemplar por Dilthey, Heidegger y

¹⁰⁸ Huarte de San Juan, J., *óp. cit.*, p. 468.

¹⁰⁹ *Ibidem.*, p. 474.

Gadamer. Un positivismo que acepta de manera consciente que la subjetividad no es un elemento extraño que ha de evitarse, huir o temer ante su presencia, de modo que el Derecho, sin perder su rasgo científico, puede colindar pacíficamente con la moral, la política y otras disciplinas sin ningún esfuerzo o preocupación de aceptación de éstas mismas, ya que todas forman parte del elemento subjetivo. Pero también es un positivismo que nace en la teoría de la interpretación de Kelsen, aunque, como se acaba de señalar, nunca fue descrito ni especificado por él mismo, sino que ésta es una designación realizada por aquellos que son afines a la teoría de la comprensión, ya que se nota que es Kelsen el primer jurista que proyecta sus preocupaciones y asombros de lo metajurídico en relación al canon que se ha manejado acerca de la interpretación jurídica, lo cual muy pronto lo hace alejarse rápidamente del profesor de Oxford, quien lamentablemente reclusa ante la jurisprudencia clásica de la época, pero aunque no de manera definitiva, ya que acepta la relación que existe entre el Derecho y la moral, los cuales tienen que ver tanto en la elaboración propia del Derecho, como en el deber moral de obedecer el sistema jurídico, y, por supuesto, con su aplicación; no obstante, tal particularidad se relacionará más propiamente con el aspecto semántico del «pasaje» jurídico.

Kelsen, por otra parte, cercano al Círculo de Viena y con la gran posibilidad de haber oído de la fenomenología husserliana, «da» un paso muy importante respecto a la interpretación jurídica: un salto hermenéutico que de la indeterminación del derecho surge, aunque a primera vista, una verdadera teoría de la interpretación, y no un sistema de reglas; muy contrario a esto, o como el mismo Hart sostiene, será el *positivismo suave*; su declaración expresa lo hará en su respuesta a Dworkin, quien catalogó al *The concept of law* como una doctrina de meros hechos (reglas), ya que la legitimidad que se puede advertir sobre la *regla de reconocimiento* admite elementos que son ajenos al Derecho (*pedigrí*), lo cual compromete al inglés, y aclara que “[...] la regla de reconocimiento puede incorporar como criterios de validez jurídica la conformidad con principios morales o valores sustantivos”,¹¹⁰ pero esto es una pauta que convierte a la doctrina hartiana en, ciertamente, un *positivismo suave*, pero no en su misma connotación, ya que cuesta trabajo tomarse en serio una doctrina que se limita demasiado, ya que, como se ha expuesto más arriba, si bien el derecho en su parte indeterminada «da» la oportunidad de aceptar la

¹¹⁰ Hart, H. L. A., *Post Scriptum al concepto de derecho*, p. 26.

apertura, ésta no puede limitarse únicamente a aspectos morales, ya que tal acción lo único que logra es disminuir el horizonte, y, por tanto, seguir el mismo patrón de la jurisprudencia clásica respecto a la interpretación jurídica; aspecto que el mismo Hart realiza. Además, los detalles a los que hay que prestar atención no acaban ahí, pues de lo mismo, Hart da a entender que la «textura abierta» del Derecho no tiene nada que ver con la aplicación de la ley, es decir, la interpretación jurídica y su aplicación, son aspectos completamente distintos: por una parte, la «textura abierta» cumple su función con la simple declaración de aceptar la existencia de «pasajes» *claros* en parte y *oscuros* por otra, es de ahí quizá porqué únicamente la «textura abierta» encierra solo un problema: con la gramática (o semántica); mientras que la legitimidad de las resoluciones judiciales se basa en las *reglas de reconocimiento*. Estos detalles, en sí, lo distancian mucho de Kelsen, ya que en todo momento acepta la gran presencia de la Política y la Sociología en el Derecho; pero también, la conceptualización del «marco abierto» está completamente relacionado tanto con la interpretación jurídica, como con la aplicación: por tal razón, no es extraño que el profesor de Viena advierta que en la *interpretación judicial* (o aplicación del Derecho) se encuentra la verdadera *interpretación auténtica*, pues es ésta la que termina por contextualizar el «pasaje» jurídico al caso concreto; es decir, lo que determina al Derecho.

Pero inclinarse a Kelsen en estos aspectos no es ningún favoritismo, ya que también tiene algunos problemas serios, sobretodo en relación al horizonte en la interpretación; no obstante, también es necesario precisar que el profesor de Viena cuenta con dos versiones sustanciales donde expone su teoría de la interpretación, aunque no realiza cambios significativos en las dos ediciones de la *Reine Rechtslehre*, salvo la incesante expresión de que dicha teoría es parte de la *política jurídica*, lo cual menciona con gran énfasis en la primera edición, pero de manera muy extinguida en la segunda, al grado de evitar expresarlo, lo cual se deba quizá a la incesante crítica de la cual fue objeto, tanto que se logró confundir, en extremo, como para declarar que su teoría jurídica evade todo tipo de contacto con la realidad. Sin embargo, a pesar del traspies, el elemento a destacar de la noción kelseniana respecto a la interpretación jurídica es el «marco abierto», por lo que si se tienen dos ediciones de la *Reine Rechtslehre* donde no se ve modificado esta noción, poco importa; no obstante, es importante fijar la atención a qué es lo que Kelsen suprimió de la primera edición, lo cual se desarrollará más adelante.

En fin, es importante volver a mencionar que la gran diferencia entre el *positivismo flexible* y el *positivismo suave* es su *apertura* a lo metajurídico, es decir, a todo aquello que no es propiamente jurídico. Pero si bien ambos aceptan la influencia del juicio de valor, o la moralidad como elemento asequible en el Derecho, el *positivismo flexible* toma ventaja, ya que no se limita a una simple noción que, de hecho, siempre ha estado presente en el Derecho, pero que seguramente se suprimió por el auge de la Filosofía Positiva, donde se orilló a toda disciplina a aceptar la científicidad como la característica primordial de fundamento de qué es y qué no es ciencia, lo cual resulta interesante por analizar, pero que lamentablemente no se puede tratar aquí.

3.1. La fundamentación de la indeterminación: el «marco abierto» y la «textura abierta»

Por ahora, es menester prestar atención a los aspectos de interés; es momento de atender qué es el «marco abierto» del derecho, y qué es la «textura abierta» del derecho, para luego seguir con sus diferencias, y presentar las conclusiones que descartan a la «textura abierta» como una «apertura» a la hermenéutica filosófica, pero que reivindican al «marco abierto», de modo que si en una primera observación se entiende que

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.¹¹¹

Se tiene así la conceptualización del «marco abierto», el cual, aunque no es definido directamente por Kelsen, se entiende como un canal o un espacio vacío dónde existe y se presenta el elemento subjetivo de la interpretación del derecho, por tanto, es la declaración implícita respecto a que el Derecho es indeterminado, aspecto que a pesar de lo que puede representar para la jurisprudencia clásica, es posible defender y justificar, ya que dicho elemento se materializa propiamente en el acto de aplicación del derecho, un problema hermenéutico que a decir de Kelsen no se ha atendido, pero que tampoco él construye o

¹¹¹ Kelsen, H., *óp. cit.*, p. 350.

trabaja; un problema que se recupera hasta la llegada de *Wahrheit und methode*.¹¹² La «textura abierta», por otro lado, establece una pauta que la deja muy por atrás de lo que considera el «marco abierto», ya que el profesor de Oxford afirma que

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”.¹¹³

Desgraciadamente, en tal afirmación desvanece al instante una máxima que postula la hermenéutica filosófica desde los tiempos de Schleiermacher: «la interpretación da lugar en todo aquello que es objeto lingüístico de comprensión», es decir, la interpretación no es una actividad que inicie por establecer qué es «claro» y qué es «oscuro», lo cual es propio de un sistema de reglas, y no de una teoría de la interpretación, sino que es una actividad propia de la composición del *Dasein*; en otras palabras, la interpretación siempre se «da», siempre está presente, y no hay posibilidad de restringirla, ya que intentar hacerlo es la primicia de la negación de uno mismo; en la interpretación, más sencillo, siendo el *Dasein* lenguaje, su «modo de ser» en el mundo es precisamente ser interpretación.

Como se anticipaba, contrario a la especificidad del «marco abierto» que puntualiza la indeterminación del Derecho, pero que también brinda la oportunidad de cubrir y solventar la interpretación, la «textura abierta» de Hart únicamente tiene como empresa estatuir la existencia de la indeterminación, y nada más, pues es la *regla de reconocimiento* la encargada de determinar las reglas.

Nuevamente, este aspecto proyecta una imagen que no es muy satisfactoria respecto a la «textura abierta», la cual está ligada íntimamente con lo gramatical, a lo semántico; despegar, o no considerar como intrínseco a la interpretación y la aplicación, es admitir que no se presentan en un mismo momento.¹¹⁴ Sin embargo, aunque puede establecerse que toda aplicación requiere de una interpretación, esto no quiere decir que sea ya la

¹¹² Vid., Gadamer, H. G., *Verdad y método, fundamentos de una hermenéutica filosófica*.

¹¹³ Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, p. 159.

¹¹⁴ La limitante que suele situarse en el Derecho penal, donde la interpretación no es permitida, por lo mismo, es para la teoría de la comprensión inadmisibles, ya que toda aplicación requiere ya de una interpretación.

interpretación ubicada fuera del contexto, es decir, al momento en que se hace uso de la interpretación, también se hace uso de la aplicación; Gadamer expone esta complejidad expresando que “la aplicación no quiere decir aplicación ulterior de una generalidad dada comprendida primero en sí misma, a un caso concreto; ella es más bien la primera verdadera comprensión que cada texto dado viene a ser para nosotros”.¹¹⁵ Por tanto, a diferencia de Kelsen, donde el «marco abierto» establece la pauta para advertir lo indeterminado, también lo hace en relación con la interpretación propiamente dicha, pues la solución al caso concreto se encuentra «dentro» del marco, es decir, entre la norma de grado superior y la inferior, mientras que para Hart, la perspectiva es distinta: primeramente, la «textura abierta» simplemente se dirige a advertir que el Derecho es incompleto, que es indeterminado, pero nunca se relaciona al cómo ha de establecerse su determinación, pues esta empresa pertenece a las *reglas de reconocimiento*, lo cual es aceptado ampliamente: “la forma más simple de remedio para la falta de certeza del régimen de las reglas primarias, es la introducción de lo que llamaremos ‘reglas de reconocimiento’ (‘rule of recognition’).”¹¹⁶

3.2. Distinción fundamental entre el «marco abierto» y la «textura abierta»

Es aquí donde se registra la primera gran diferencia y ventaja del «marco abierto» sobre la «textura abierta», pues mientras que para Kelsen la indeterminación del derecho siempre existe –por tanto, se sigue el canon de la teoría de la comprensión respecto a establecer que *nada es claro u oscuro* sino hasta después de la interpretación (comprensión)– para Hart, la indeterminación depende de la causa de un designio, es decir, sólo será posible «en algún punto en que su aplicación se cuestione». Esto quiere decir que a pesar que el profesor de Oxford siente la necesidad de contestar a la crítica de Dworkin respecto a la *regla de reconocimiento*, y declara categóricamente que su doctrina jurídica no es un *positivismo de meros hechos*, sino un *positivismo suave*, es decir, dado que la *regla de reconocimiento* puede, y de hecho acepta, “[...] incorporar como criterios de validez jurídica la

¹¹⁵ Gadamer, H. G., *óp. cit.*, p. 414.

¹¹⁶ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, p. 117.

conformidad con los principios morales o valores sustantivos”,¹¹⁷ es de ahí precisamente donde Hart fundamenta que la interpretación se relaciona con un aspecto lingüístico que matiza y hace hincapié en lo equivoco de las palabras, y con el tiempo llegará a aceptar que surgen los denominados *borderline cases* (o casos marginales), los cuales, al obligar la reflexión sobre sus cuestiones, la interpretación surge.¹¹⁸

Empero, si bien *la regla de reconocimiento* a primera vista se expresa de modo similar a cómo trabaja la norma general en Kelsen, existe una distinción fundamental extra, ya que, como primer punto, la *regla de reconocimiento* no es a la norma general, sino a la *Grundnorm*, la cual no establece la empresa de «explicar» o «completar» la norma de grado inferior inmediata (la Constitución), sino que es la fundamentación de validez del Derecho, por tanto, no es su «explicación», al modo de la *regla de reconocimiento*, la cual tiene de fin «completar» (*aclarar*) la norma (regla) primaria.

La diferencia es fundamental, aunque, por lo general, suele confundirse el lenguaje kelseniano, pues tanto a la *Grundnorm* como la norma general se les entiende como una misma cosa, sin embargo, el mismo Kelsen ya aclaraba que

[...] la norma que representa el fundamento de validez de otra norma es, en su respecto, una norma superior; pero la búsqueda del fundamento de validez no puede proseguir hasta el infinito, como la búsqueda de la causa de un efecto. Tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema. Como una norma suprema tiene que ser *presupuesta*, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior. Su validez no puede derivarse ya de una norma superior, ni puede cuestionarse el fundamento de su validez. Una norma semejante, presupuesta como norma suprema, será designada aquí como norma fundante básica (*Grundnorm*).¹¹⁹

Precisamente, esto hará notar aún más otra diferencia, ya que el fundamento de la validez en Kelsen no se producirá al igual que en Hart, donde la validez del derecho tiene su base en la *regla de reconocimiento*, la cual si puede ser sometida a la crítica de la cual Kelsen tuvo que dar respuesta:

¹¹⁷ Hart, H. L. A., *Poscriptk*, p. 26.

¹¹⁸ *Ibidem.*, p. 5 y nota.

¹¹⁹ Kelsen, H. *óp. cit.*, p. 202.

Menger [...], niega la posibilidad de derivar lógicamente normas jurídicas concretas de la norma básica de un orden jurídico. Ello es debidamente correcto, pero no afecta a la Teoría pura del derecho que afirma que la norma fundante básica sólo puede derivarse el fundamento de validez, pero no el contenido de las normas jurídicas concretas. De ahí que Wedberg interprete mal la teoría de la norma básica, cuando afirma [...]: “Kelsen sostiene que todo sistema jurídico contiene una única regla básica (Grundnorm) que implica todas las restantes reglas del sistema”. La norma fundante básica no se encuentra “contenida” en un orden jurídico positivo, puesto que no es una norma positiva, es decir, impuesta, sino una norma presupuesta en un pensamiento jurídico; y si Wedberg, al afirmar que las restantes normas son “implicadas” por la norma básica, quisiera decir que las normas del sistema jurídico –por lo tanto, también su contenido– “son consecuencia” de la norma fundante básica, erraría; pues de la norma básica sólo se sigue la validez objetiva de las normas, pero no normas dotadas de contenido. [...] Evidentemente la norma fundante básica no es sinónima a la suma de todas las reglas positivas de un orden jurídico. Se trata de una norma distinta a éstas, de una norma presupuesta que representa su fundamento de validez.¹²⁰

3.3. Formulación del sistema de reglas

Por tanto, esto produce que la empresa de establecer y reducir la problemática del «marco abierto» y la «textura abierta» a la simple convicción de signar la indeterminación, empresa a la que D. Kennedy, profesor de Harvard, resulta algo importantísimo a destacar, es en realidad algo completamente superfluo, ya que el carácter de «verdadero» de la indeterminación como un aspecto inevitable realmente no necesita de justificación alguna, ya que incluso la tradición acepta que la generalidad de la norma puede llevar a situaciones no previstas en un principio; además, tanto Kelsen y como Hart justifican la existencia de la indeterminación: Kelsen, por la referencia de la grada superior en relación con la de grada inferior, y Hart hace lo propio con el recurso de la legislación y el precedente. Por tanto, no parece que tal aspecto haya quedado sin tratar.

Lo importante, sin embargo, debiera centrarse en observar que la «textura abierta» del derecho, además de lo ya descrito, también configura la representación de un sistema de reglas, el cual está enfocado al *sensus spiritualis* (lo que quiere decir):

¹²⁰*Ibidem.*, nota 118, p. 206.

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.¹²¹

Lo anterior inmediato es un aspecto no muy ajeno a lo planteado por la jurisprudencia clásica, y algo que incluso hoy día muchos consideran como la empresa real de la interpretación jurídica. Sin embargo, contrario a Hart, para Kelsen esto no es así, ya que la interpretación jurídica no surge cuando hay o se presenta la «duda», sino por el simple hecho de constatar la idea del «marco abierto»; es decir, para Kelsen, primero que nada, no hay lugar para diferenciar cuándo una norma corresponde al plano de lo «claro» y cuándo lo «oscuro», y segundo, el carácter lingüístico de las normas no se representa del mismo modo que en Hart, para quien la importancia del lenguaje normativo se estanca en la equivocidad de las palabras, en tanto que para Kelsen, lo lingüístico no sólo tiene que ver con el significado lingüístico de las palabras, sino también con la transformación de lo metajurídico (o *política jurídica*) a lo jurídico.

Ahora bien, la primera diferencia sustancial a la que ya se hizo mención, es que la «textura abierta» en realidad no postula ningún tipo de teoría de interpretación, y en caso de aceptarse como tal, entonces en realidad se trata de un sistema de reglas. Por tanto, queda a un paso atrás del «marco abierto» en la marcha por una teoría de la interpretación cuyo matiz produzca contenido, y no que reproduzca, por lo cual, y ahora ya justificado, recula respecto a los postulados que erige la jurisprudencia clásica de época:

Habrán 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.¹²²

¹²¹ Hart, H. L. A., *óp. cit.*, p. 157.

¹²² *Ibidem.*, p. 158.

Actualmente, y aún con riesgo de apuntarlo, la mayoría de los textos jurídicos que tratan el tema de la interpretación jurídica, compartirán el mismo punto de anclaje al sistema de reglas; pero no es necesario insistir en este tipo de complicaciones, las cuales ya se han expuesto más arriba y desde un inicio.

3.4. El carácter subjetivo del «marco abierto» y la «textura abierta»

Ahora bien, debe entenderse que la afirmación de que la considerada teoría de la interpretación de Hart es en realidad un sistema de reglas, ya que parte con una máxima que es propia de este tipo de sistema, y a su vez, se hace pasar por una teoría de la interpretación, no excluye ni niega la subjetividad que existe en el plano de la «textura abierta» del derecho. Esto pasa a ser, precisamente, lo que viene a construir la segunda diferenciación que existe entre el «marco abierto» y la «textura abierta».

Entonces, lejos de pensar que la subjetividad es un elemento que debe alejarse lo más de la interpretación jurídica, como considera la jurisprudencia clásica, pues se está ante el temor de incurrir en la arbitrariedad, tanto Kelsen y Hart apuestan por introducir la subjetividad en el «marco abierto» y la «textura abierta» respectivamente.

Por parte de Kelsen, la subjetividad del «marco abierto» está destinada a un acto de elección, la cual se expresa en la aplicación del derecho. Es una elección que se limita exclusivamente a escoger una solución entre varias posibles; no obstante, además de que la subjetividad se reduce de inmediato, dichas soluciones no están determinadas bajo el manto de la subjetividad, sino de la indeterminación propia de las normas, es decir, por el «marco abierto», algo que si bien se acerca al principio que Gadamer describe como propio de la interpretación jurídica y teológica: «no hay libertad frente al texto», parece ser un error que Kelsen identifique la labor interpretativa jurídica únicamente a un aspecto epistemológico, es decir, Kelsen mantiene la idea de que la interpretación jurídica consiste en la determinación, donde el intérprete no produce absolutamente nada, pues su empresa es «encontrar» lo que ya está en el «marco»; y, por ende, no pretende ni le interesa el diálogo, por lo que la noción del *acuerdo de sentido* queda relegada. En otras palabras, puede considerarse que la interpretación jurídica en Kelsen consiste en «conocer» lo que hay entre la norma de grada superior y la norma de grada inferior, y dentro de esa misma labor,

«determinar» cuál será objeto de aplicación, sin considerar si dicha interpretación es correcta o no, y se funda en aquello que señalaba Huarte de San Juan:

[...] *nemo in actionibus vel iudiciis suo sensu utatur, sed legum auctoritate ducatur*; «mandamos que ningún juez ni abogado use de su entendimiento ni se entremeta en averiguar si la ley es justa o injusta, ni le dé otro sentido más del que declara la compostura de la letra», de donde se sigue que los jurisperitos han de construir el texto de la ley y tomar el sentido que resulta de la construcción, y no otro.¹²³

Esto quiere decir que para Kelsen no importa qué elección surja de la posición subjetiva, cualquiera de ellas es adecuada al caso. Sin embargo, esto contrasta drásticamente, ya que se pierde todo el sentido de la subjetividad, y la elección de muchas, es un acto completamente superfluo, pues da lo mismo elegir esto o aquello. Un resultado que tal vez deba su causa al no poder liberarse del todo de la influencia sumida por la jurisprudencia clásica, tal cual pasó con Dilthey: al no poder desprenderse del kantismo, le orillo a ubicarse con un pie en la epistemología, y el otro en la base de la hermenéutica filosófica. Por lo mismo, Kelsen considera que

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 tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco.¹²⁴

Es esta la razón por la cual, justamente, Kelsen queda muy corto respecto a lo enunciado por la teoría de la comprensión, ya que como cualquier teoría de la interpretación que está signada desde la postura epistemológica, el profesor de Viena está convencido de que “un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma”;¹²⁵ este aspecto exima de inmediato que la interpretación jurídica en Kelsen no es propiamente un acto de «integrar» y «comprender», sino explícitamente descriptivo; pero

¹²³ Huarte de San Juan, J., *óp. cit.*, p. 468.

¹²⁴ Kelsen, H., *óp. cit.*, p. 351.

¹²⁵ Kelsen, H. (2009) *Teoría pura del Derecho*, [título original: *Reine Rechtslehre*], [traducción: Roberto J. Vernengo], (4ª Edición), [1ª Edición: 1934], 9ª Reimpresión, Eudeba: Buenos Aires, Argentina, p. 134.

no termina ahí, ya que luego, en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*, la notoriedad de la interpretación epistemológica reluce aún más:

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 [...]¹²⁶, 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.¹²⁷

En otros términos, puesto que para Kelsen “no existe genéricamente ningún método –caracterizable juridicopositivamente– según el cual uno entre varios significados lingüísticos de una norma pueda ser designado como el ‘correcto’”,¹²⁸ la subjetividad en la teoría de la interpretación tiene tal empresa, o bien, en el lenguaje kelseniano, tal empresa corresponde a la *política jurídica*. Es aquí cuando empieza a compaginarse lo escrito por Kelsen en la primera edición y la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*, donde Kelsen acepta que

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.¹²⁹

Sin embargo, esto no quiere decir que todo esté perdido, ya que si bien el derecho positivo, como tradición, no cuenta con un método para efectuar la determinación del derecho, no se impide la «apertura» de la *política jurídica*, a lo cual apuesta Kelsen:

¹²⁶ La parte en cursivas pertenece a la primera edición y que Kelsen suprimió. *Ibidem.*, p. 131.

¹²⁷ Kelsen, H., *óp. cit.*, 2ª edición, p. 352.

¹²⁸ *Ídem.*

¹²⁹ Kelsen, H., *óp. cit.*, 1ª edición, p. 132.

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.¹³⁰

Por tanto, la teoría de la interpretación de Kelsen, la cual está signada desde la postura epistemológica de la interpretación, consiste en delimitar (o señalar) las posibles determinaciones que existen dentro del «marco abierto», el cual se llena por la cercanía a la *política jurídica*; dicho en otras palabras, por un acto volitivo, una elección del intérprete jurídico al momento de la aplicación del Derecho:

[...] 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.¹³¹

En fin, más adelante habrá que especificar estos aspectos de la teoría de la interpretación de Kelsen, ya que, por ahora, conviene fijar la vista al jurista inglés, quien trata la temática desde un enfoque más propio del sistema de reglas. Por lo mismo, Hart enfatiza la idea de lo «claro» y lo «oscuro» (o bien, la diferencia entre los casos simples y los casos difíciles) junto con la equivocidad del lenguaje para establecer la magnitud de la «solución» como la fuente principal de 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.¹³²

Como se observa, en Hart la «solución» a la indeterminación del derecho también está sujeta a una elección de entre varias posibles. Sin embargo, la producción de estas posibles soluciones no se origina como en Kelsen, sino por la equivocidad del lenguaje, en el caso de ser una legislación, y en

¹³⁰ *Ibidem.*, p. 133.

¹³¹ Kelsen, H., *óp. cit.*, 2ª edición, p. 354.

¹³² Hart, H. L. A., *óp. cit.*, p. 15.

el caso de ser un precedente, por el *sensus spiritualis* que se han dado a conocer en sentencias por casos anteriores.

No obstante, es un progreso que Hart defienda la idea de que el juez, además del cuerpo legislativo, también crea derecho. Ciertamente, una crítica muy atinada por su parte, pero poco después el profesor de Oxford nubla su juicio al aceptar 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”,¹³³ y por el hecho de que “sin embargo todas las reglas poseen una penumbra de incertidumbre donde el juez tiene que elegir entre alternativas”.¹³⁴ Esto es así porque lo único que Hart logra es afirmar que su teoría de la interpretación es en realidad un sistema de reglas, el cual, a pesar de apostar por dar un espacio a la subjetividad, no vence a la jurisprudencia clásica, o mejor dicho, no supera a la interpretación epistemológica que siempre ha merodeado en la teoría jurídica, y ni que decir de su lejanía respecto a la hermenéutica filosófica. En otras palabras, la solución que se expresa en *The concept of law* se puede reducir a «crear» derecho, es decir, la manera más adecuada para que se elimine o extinga la problemática de la equivocidad del lenguaje, o bien, de la interminación del derecho, es imperioso «crear» derecho, incluso si éste mismo proviene del juez. Por lo que si bien

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.¹³⁵

El sistema de reglas hartiano no puede evitar salirse de la mencionada «textura abierta», la cual, en vez de dar «apertura» a soluciones únicamente conforme a derecho, en realidad abre la posibilidad de que la arbitrariedad sea más viable, pues permite la intrusión de elementos que pueden ir desde otro sistema de derecho, hasta los matices de la moral que no necesitan, como en Kelsen, de una transformación, es decir, de convertir lo metajurídico, en jurídico. Sumado, además, porque en Hart no existe el principio rector de la interpretación jurídica que menciona Gadamer, a aquel principio que exige la no libertad frente al texto, por tanto, es más factible tratar con aspectos que nunca dejan de ser extraños, y más que una comprensión correcta acerca de algo, se deja a la suerte tal factor. De ahí, en efecto, que expresen, como del Real Alcalá, que los auténticos *borderline cases* no

¹³³ *Ídem.*

¹³⁴ *Ídem.*

¹³⁵ *Ibidem.*, p. 168.

encuentren su debida solución jurídica, pues no se encuentran determinados jurídicamente; contrario a los *hard cases*, los cuales suelen confundirse con los *borderline cases*, ya que, debido a su complejidad, puede en un principio pensarse que están «fuera» del Derecho.

Los apuntes del profesor del Real Alcalá serán necesarios de examinar, sobre todo para expresar cómo existe una insistente confusión respecto a la temática de la interpretación jurídica. Además, porque sus cuestionamientos acreditan una respuesta más elaborada a la que se presentó en el estudio anterior a este. Por tanto, para la finalización de esta disertación, menester es atender las complejidades que se observan desde afuera de la teoría kelseniana respecto a la interpretación jurídica, lo cual permitirá, asimismo, establecer más propiamente la posición de esta doctrina, *con* o *sin* horizonte, además de lo aquí señalado.

CAPÍTULO IV
EL «MARCO ABIERTO» A LAS SOMBRAS
DE LA LIMITACIÓN HORIZÓNICA DEL SISTEMA DE REGLAS DE KELSEN

1. Recuperación del «sentido» de la interpretación jurídica como un «integrar» y
«comprender»

Desde el Código de Napoleón, no es, en efecto, de aceptar que ante lo no previsto (indeterminado) jurídicamente, sea permisible no actuar ante la controversia planteada ante uno, pero incluso que sea imprescindible «crear» Derecho nuevo, con el fin de resolver lo imprevisto.¹³⁶ Ya ha quedado explicitado más arriba cómo la «textura abierta» del derecho y las *reglas de reconocimiento* se ubican en el mismo plano de la jurisprudencia clásica: lo cual, por tanto, si para la teoría jurídica *integrar* simplemente se vincula con un proceso de «llenado» con Derecho nuevo, por ende, ya es un asunto, por completo, distinto al de la interpretación. Sin embargo, el «integrar», desde la posición de la teoría de la comprensión, no es otra cosa sino «interpretar»; donde, en rigor sentido, no se pretende «crear» Derecho nuevo, como se pretende en la esfera de lo jurídico, sino «relacionar», o «ampliar», a raíz de la «comprensión»: el horizonte jurídico. En otras palabras, interpretar es, además de comprender, «integrar», por lo cual, «resolver» no implica, en rigor, hacerlo con base a lo preestablecido o por lo establecido al momento de creación de Derecho, pues, de ser así, se convierte en una *terquedad* que asume que todos los problemas de la dinámica jurídica tienen ya su solución en *normar lo no normado*; pero también por la necesidad de asentar el *formalismo jurídico*, y, por ende, no encontraría otra solución más que «crear» Derecho.

«Integrar» es, precisamente, salir del ámbito jurídico y ampliar éste a raíz de *razón*, mas no ampliarlo por medio de Derecho nuevo, con el fin de resolver lo no previsto por éste, lo cual da lugar ya a plantear y justificar razones no propias del Derecho, sino de cualquier otra índole, por lo cual tiene un gran mérito lo estatuido por Hart, pero con la problemática de que a pesar de ser un sistema de reglas, no cuenta con reglas estatuidas para evitar la

¹³⁶ Cfr., Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*; Cfr., Kelsen, H., *Teoría general de las normas*; Cfr., Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*; Cfr., Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de Derecho*; Cfr., Dworkin, R., *Los derechos en serio*; Cfr., Ross, A. N. C., *Sobre el derecho y la justicia*.

arbitrariedad, y, por tanto, cualquier solución, o mejor dicho, cualquier cosa que se le venga en mente al juez, es una solución correcta al caso; más preciso, fundamentar a base del «espíritu humano», el cual no se encuentra en una ciencia específica, como lo sería la ciencia jurídica, o cualquier otra, sino en la razón misma (*logos*) no es una empresa imperiosa en Hart; es decir, para él la función del «integrar» es vital para dotar de racionalidad al Derecho, en cuanto éste ha de dar una respuesta a alguna controversia (a su indeterminación incluso), ya sea si está o no está determinada por el ordenamiento afín al juzgador, pero que no tiene un parámetro para detectar qué alternativa es correcta y qué otra no lo es, e incluso no cuenta con un margen en el cual sea permitido siquiera «elegir» uno entre distintas soluciones, ya que simplemente se «da» una *apertura* para salir del Derecho, sin que exista la más mínima intención de averiguar si tal justificación que viene «desde» afuera del Derecho es o no correcta. Por tanto, aquí es factible inducir lo pretendido por el sistema de reglas, y su diferenciación con la teoría de la comprensión, es decir, la actualización de «sentido» de la norma jurídica, por ejemplo, es impensable en el sistema de reglas, a pesar de que esto es un efecto de vital importancia producido por el principio hermenéutico de la historicidad.

Pero la diferencia no termina ahí, ya que al igual como es concebible o apreciable la laguna, por quien intenta comprender, el medio y las razones a «integrar», dependerán de su *horizonte*, y, por ende, sólo así será posible resolver, sea correcta o más correctamente, pues éste cae en lo intersubjetivo, lo cual no debe confundirse con un aspecto arbitrario, ya que esto último es a base de la «ocurrencia» o del juicio de precipitación, como sería dar cualquier razón únicamente para proveer una respuesta a lo imprevisto por la ley, tal como es concebido por quienes se sustentan en el paradigma predominante; en cambio, para la teoría de la comprensión, «integrar» es ampliar el *horizonte*, por lo cual se da *apertura* no sólo a una solución prudente, sino a toda una gama de nuevas razones.

Así pues, el hecho de que exista indeterminación en todo lo jurídico, no es sinónimo de determinar jurídicamente lo imprevisto, pues tal empresa no sería otra cosa sino realizar el sueño inalcanzable del positivista, es decir, *normar lo no normado*, y, por ende, tratar al problema, de la indeterminación jurídica, como uno que no tiene dificultad para encontrar respuesta, como última escala para su solución, ya que basta con «crear» Derecho nuevo, en este caso, específico o concreto, para dejar sin sustento tal dificultad, lo cual no sólo le

corresponde al acto presente, sino también al futuro, el cual, por cierto, no es permisible ni concebible por la teoría de la comprensión, ya que la «creación» de nuevo Derecho no significa ni es, en realidad, algo sustentable,¹³⁷ sin mencionar, desde luego, que cada caso concreto es, en sí mismo, único e irrepetible, por lo cual no es factible una verdadera solución al problema.

Por lo mismo, a la luz de lo que se plantea por la teoría de la comprensión, la indeterminación del Derecho es un acontecimiento, por completo, aceptable, por lo que no es necesario hacer esmero en determinar tal como lo hace la teoría jurídica, es decir, el aspecto de «crear» Derecho se descarta, pues quien sabe interpretar tiene en cuenta que “no es posible escribir las leyes de tal manera que comprendan todos los casos que puedan acontecer; [y, por tanto] basta determinar aquellos que ordinariamente pueden acontecer”,¹³⁸ para resolver toda clase de controversia acontecida en cualquier tiempo y cualquier lugar de un orden jurídico, ya que el «integrar» y «comprender» hacen posible tal acción, por medio: en primer lugar, de la actualización de «sentido» en lo preestablecido de un orden jurídico, y, por ende, el *horizonte del intérprete* es más que adecuado y oportuno; asimismo, como segundo lugar, del objeto de la interpretación jurídica, es decir, de la comprensión de la situación.

2. La sombra paradójica de la interpretación jurídica en Kelsen

Ahora bien, dejado expuesto (reminiscencia) cómo la indeterminación del derecho tiene su solución en la teoría de la comprensión, habrá que analizar qué es lo que llama la atención del profesor J. del Real Alcalá, y tratar de abordar sus cuestionamientos, los cuales no fueron presentados debidamente en el estudio que antecede, pero sí contestados, aunque de manera implícita; por tanto, habrá que hacerlo ahora de un modo explícito, lo cual permitirá ubicar, a su vez, el lugar indicado que debe tener el «marco abierto» de Kelsen.

¹³⁷ Cfr., Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*; Cfr., Kelsen, H., *Teoría general de las normas*; Cfr., Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*; Cfr., Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de Derecho*; Cfr., Ross, A. N. C., *Sobre el derecho y la justicia*.

¹³⁸ De San Juan, J. H., *óp. cit.*, p. 473.

Ahora bien, lo importante a destacar del profesor del Real Alcalá, es precisamente la indeterminación jurídica en Kelsen, la cual toma como si se tratase de una paradoja, esto ya porque incluye en su discurso la idea de la indeterminación como una base abierta y sesgada, pero al mismo tiempo establece que no hay elemento (caso jurídico) que no pueda ser resuelto conforme a derecho; una negación inmediata de la indeterminación. Entonces, al admitir que el derecho contiene una indeterminación (volátil o no) y a pesar de eso afirmar que no existen elementos extraños que el derecho no puede resolver, es como se configura el argumento de la paradoja.

Para llegar a la conclusión de esta tesis, el profesor de Jaén inicia por citar y diferenciar entre lo planteado por Hart, para quien un caso jurídico puede estar determinado (*clear case*), semi-determinado (*hard case*) y no determinado por el derecho (*borderline case*); mientras que para Kelsen, la indeterminación siempre está presente, y no cuenta con subdivisiones, pero con la desventaja (o paradoja, a decir de del Real Alcalá) de que aun cuando acepta esta categoría, la laguna jurídica no es sino sólo una ficción.

[...] la teoría jurídica del austriaco no contempla realmente “borderline cases” (*casos marginales*), desde el momento en que puede todos los *casos presentes y posibles* “conforme a Derecho”. Y parecería un *sin sentido* “admitir” la tesis de la indeterminación del Derecho, pero, al mismo tiempo, “negar” la existencia de casos *indeterminados* en el Derecho.¹³⁹

La tesis del profesor de del Real Alcalá pasa después a sostenerse de cuatro argumentos que desarrolla en su ensayo:

a. Argumento de la distinción entre normas individuales y normas generales: según este argumento, las normas individuales transformadas del lenguaje kelseniano al hartiano, no son sino referencia al *clear case*, es decir, son normas que son conforme al derecho preestablecido, y cuya resolución puede darse «desde dentro» del mismo sistema jurídico; sin embargo, existe una barrera para aquellos casos que «no están» en la legislación

¹³⁹ 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.

(*borderline cases*), lo cual, al seguir la línea, dichos casos serían equiparables y referentes a la norma general.¹⁴⁰

b. Argumento de la norma como marco: de acuerdo a este argumento, las decisiones judiciales siendo la aplicación de una norma general para dar resolución a un caso indeterminado, al mismo tiempo se transforma en una norma individual, sin embargo, dicha creación nunca «es dada» desde fuera del derecho, sino que siempre es conforme a. Por lo tanto, si esto es así, no se observa una compatibilidad con las características típicas que presenta la resolución judicial en los auténticos *borderline cases*, los cuales en un inicio se cree que pueden estar «dentro» del derecho, pero que después de un estudio se determina que están «fuera», ya que esta clase de casos nunca pueden ser resueltos conforme a derecho. En suma, Kelsen confunde el *hard case*, el cual presenta dudas si está o no está determinado, pero que puede ser resuelto conforme a derecho, con el *borderline case*, el cual no está determinado, y, por ende, no puede ser resuelto conforme a derecho.¹⁴¹

c. Argumento de la negación de la laguna jurídica: este argumento se desarrolla a base del principio *qua sum no prohibita, permisa intelliguntur* (lo que no está expresamente prohibido, está implícitamente permitido), principio jurídico al que Kelsen hace frente, ya que considera que a pesar de que la aplicación de una norma jurídica aislada no sea factible, siempre lo será el orden jurídico, lo cual también es una aplicación de derecho. Además, de acuerdo a del Real Alcalá, porque Kelsen considera que la teoría de las lagunas no son sino una ficción, acción que abre las puertas a la tesis de la completitud del derecho,¹⁴² es decir, que para la determinación de lo indeterminado, el Derecho recurre a sí mismo para solventar aquellos aspectos que al parecer no están determinados.

¹⁴⁰ *Ibidem.*, p. 2.

¹⁴¹ *Ibidem.*, pp. 2 y ss.

¹⁴² *Ibidem.*, p. 5.

d. Argumento de la completitud del Derecho: Kelsen al aceptar que todo caso concreto puede ser resuelto por el derecho positivo vigente, lo único que logra es negar la indeterminación del derecho.¹⁴³

3. Construcción de la reinterpretación de la indeterminación jurídica de Kelsen

De la lectura del trabajo del profesor de la Jaén se pueden destacar diversos puntos: lamentablemente, son más negativos que positivos; asimismo, dichos aspectos también pueden ser atribuibles a aquellos que aún no han comprendido la diferencia sustancial entre la Lógica y la Lógica de la comprensión, la cual si bien dentro del canon de la lógica formal puede considerarse como algo irracional, es más correcto designar a esta disciplina como partidaria de un razonamiento diferente, al cual no le es imperativo recurrir al método.¹⁴⁴ En primer lugar, del Real Alcalá nunca se atreve a asegurar que la crítica que se supone que está construyendo sea realmente una crítica, sino la formulación de una cuestión que pretende comprender el funcionamiento y desenvolvimiento de la teoría de la interpretación de Kelsen; por lo mismo, es probable que por tal razón el título de su trabajo se exprese a base de una cuestión, y el por qué constantemente menciona que si sus razonamientos son válidos, entonces hay en Kelsen una paradoja. En segundo lugar, porque su argumentación está desarrollada en base a los principios planteados por la jurisprudencia clásica, lo cual no es un tanto apropiado para acercarse a la interpretación en Kelsen, y nuevamente, quizá he ahí por qué el título del ensayo se presente como una cuestión.

Por otra parte, se advierte propiamente que resulta un tanto difícil dar respuesta a todo cuestionamiento que no está dirigido a uno mismo. Por tanto, especificar únicamente lo que es propio de la lectura de Kelsen constituirá una respuesta a los cuestionamientos que ha realizado el profesor de Jaén, por lo que el examen hermenéutico ha de ser cauteloso, sin tratar de incluir elementos ajenos a Kelsen, lo cual, a lo sumo, se entiende como una

¹⁴³ *Ibidem.*, p. 6.

¹⁴⁴ Vázquez Esquivel, E. (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, pp. 169-187.

empresa severamente compleja, ya que además de los puntos débiles que se han resaltado de Kelsen más arriba, resulta que uno de los mayores problemas que tiene el profesor de la escuela de Viena es su particular forma de escribir, lo cual es mucho más notorio en su teoría de la interpretación, pues si bien dicho el capítulo que dedica a la interpretación es corto en la *Reine Rechtslehre*, entre líneas y lo implícito, Kelsen dice mucho, pero mucho más que lo se puede llegar a comprender a lectura simple. Ante esto, será un gran reto no pronunciar aspectos ajenos a Kelsen, pero al mismo tiempo proporcionar elementos que faciliten su comprensión, acción necesaria para hacer explícito, lo implícito.

3.1. Argumento A

Como primer punto, para el profesor de Viena, la indeterminación del derecho siempre «está ahí», pero suele ocurrir que, como se anticipó, esta afirmación las más de las veces es mal interpretada, ya que Kelsen nunca desarrolla este punto de manera explícita, aunque no parece que este fallo sea a razón de la diferencia que menciona Kelsen entre la indeterminación intencional y la indeterminación no intencional, mucho menos la diferencia entre la norma individual y la norma general, sino porque Kelsen al no desarrollar la idea de la indeterminación como un «algo» que siempre «está ahí», por obvia razón se omite el justificar dicha aseveración.

En la tradición jurídica suele pensarse que la indeterminación del derecho está sujeta al enunciado jurídico, de manera que la labor de la interpretación jurídica se estanca en el descubrimiento del *sensus* del enunciado que se pretende interpretar. El profesor de Jaén al basarse en *The concept of law* de Hart, no hace más que apropiarse de este razonamiento, por lo que descuida las diferencias esenciales que hacen de Kelsen un partidario de otro tipo de interpretación.

En primer lugar, cuando Kelsen afirma “[...] 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 en parte determinado por el derecho, quedando en parte indeterminado”,¹⁴⁵ Kelsen no sólo atribuye al lenguaje esa parte indeterminada, sino también al «marco abierto». Por tanto, mientras que para la jurisprudencia clásica, entre ellos Hart, la indeterminación del

¹⁴⁵ Kelsen, H., *óp. cit.*, p. 350.

derecho está intrínsecamente vinculada con el enunciado jurídico, para Kelsen no sólo destaca la equívocidad del lenguaje, donde el enunciado jurídico es lo único que llama la atención, sino que también el concepto del «marco abierto» debe tener suma importancia, y más en este último, ya que es ahí donde propiamente se encuentra la indeterminación en el derecho, pues no se trata íntimamente de un problema de uso del lenguaje, sino de un problema de comprensión;¹⁴⁶ muy distinto, por otra parte, del profesor de Oxford, quien no puede afirmar que dentro de la «textura abierta» del derecho haya «algo», por lo cual sería válido empezar a buscar ahí, no en otra parte, y es por tanto que para Hart existen los llamados *borderline cases*: la «textura abierta», en pocas palabras, es una «puerta» que invita al jurista a «salir» y llegar a lo metajurídico, mas no una «barrera», o mejor dicho, un límite, con el cual se ha de lidiar para no caer en el error de lo arbitrario (o la llamada sobreinterpretación): es decir, no existe una regla como la no libertad frente al texto de la cual habla Gadamer, lo cual Kelsen comparte, ya que de otra manera no se trataría de un acto interpretativo, sino de un acto arbitrario.

Es importante destacar que, para Kelsen, la interpretación jurídica no da lugar únicamente en los casos de «duda» respecto al *sensus*, porque no hay un factor que influya en la afirmación de que tal o cual norma requiere o no de una interpretación, ya que en Kelsen no hay una diferencia entre *norma clara* y *norma oscura*; para Kelsen, toda norma requiere siempre de una interpretación, y como criticara alguna vez Vázquez Esquivel a García Máynez: “una cosa es que algunos preceptos normativos no presenten grado de

¹⁴⁶ La diferencia entre una empresa y otra no consiste en evaluar respecto al «que dice» mediante un facilitador que estipula un catálogo de lo «que dice». En otras palabras, el problema de la interpretación propuesta por la teoría clásica puede ser fácilmente resuelto por un medio hermenéutico muy conocido, como el diccionario, el cual proporcionará elementos de significación respecto a lo que se interpreta, y por tanto, la labor de interpretación se reduce a la elección y adecuación de uno de varios significados de un enunciado, y es ahí donde cobra importancia el lenguaje, ya que, por lo común, la equívocidad del lenguaje en el derecho es planteado como un problema desde un punto de vista hermenéutico, lo cual no está mal, pero también debe ser desarrollado desde el punto de vista de la comprensión, donde los medios hermenéuticos son únicamente medios, y no determinadores de la comprensión.

dificultad alguna para su interpretación, y otra, muy distinta, es que no siempre se requiera de la interpretación”.¹⁴⁷

Justo aquí es cuando se debiese comprender mejor que para Kelsen “la interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior”,¹⁴⁸ donde el «marco abierto» está representado por ese espacio que existe entre la norma general y la norma individual, y donde dicha interpretación resulta ser “[...] 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”.¹⁴⁹ Es decir, ya que para Kelsen la interpretación jurídica es una interpretación que tiene como objetivo «mostrar» (encontrar o hacer explícito, lo implícito) el *sensus* de los enunciados normativos, los cuales se expresan «dentro del marco» y no en otra parte, el intérprete jurídico está condicionado únicamente a conocerlos y destacarlos, mas no a inventárselos, ya que es una función meramente epistemológica, donde se debe procurar no soslayar nada que no exista dentro del «marco abierto».¹⁵⁰

Para la jurisprudencia clásica, por otra parte, el establecer claridad y oscuridad es todo un hecho, a pesar que desde su primera formulación jamás han dado justificación al porqué de su existencia. La «textura abierta», nuevamente como ejemplo, se ofrece como una «salida», cuyo origen se «da» en la «penumbra» de la norma, lo cual se observa de manera

¹⁴⁷ Vázquez Esquivel, E. (2009, enero-junio) “El entroncamiento del problema hermenéutico con el deontológico en la formación de los operadores del derecho en México”, Año 3, Número 4 de la 2ª Época, *Conocimiento y Cultura Jurídica*: Monterrey, México, p. 156.

¹⁴⁸ Kelsen, H., *óp. cit.*, p. 349.

¹⁴⁹ *Ibidem.*, p. 351.

¹⁵⁰ Como se sabrá, en *Talking Right Seriously*, el profesor estadounidense Ronald Dworking critica las llamadas *reglas de reconocimiento* tratadas por Hart en *The concept of law*, ya que este tipo de reglas sólo reconoce las reglas que han sido elaboradas por el legislativo, es decir, por el simple hecho de ser reglas, pero dejan de lado el tipo de reglas que no son producto del legislativo, sino de la comunidad: los principios. El detalle aquí es que la determinación de reconocimiento de esos principios no es dado por las *reglas de reconocimiento*, sino por el juzgador; esta labor, sin embargo, siempre tiene como objetivo buscar las respuestas «fuera» del derecho, lo cual representa un cierto riesgo y nunca regulado respecto a establecer elementos arbitrarios.

favorable, pero nunca se cuestiona el porqué de la «penumbra», y el porqué de la «salida»; por lo mismo, la metáfora del foco de luz (*spot-light*), por otra parte, en realidad tampoco es un buen modelo, y ni siquiera es un caso análogo.¹⁵¹

Por todo, el primer argumento del profesor del Real Alcalá se disuelve, ya que en Kelsen no puede, por más que se quiera, hablar de la existencia de *clear* o *hard cases*, pero aún queda por saber si puede afirmarse lo mismo respecto a los *borderline cases*.

3.2. Argumento B

Como se anticipó, para Kelsen no hay diferencia entre los llamados *clear* y *hard cases*, ya que ambos necesitan de una interpretación. Esta interpretación es un hecho, si se sigue la lectura, por la razón misma del «marco abierto» en el derecho: por el tránsito de la grada superior a la inferior y ese espacio entre ambas.

De acuerdo con el profesor de la Universidad de Jaén, las soluciones que pueden resultar del «marco abierto» no pueden involucrarse con los *borderline cases*, ya que, de hacerlo, es momento exacto en el cual se puede justificar la confusión entre un *hard case* y un *borderline case*, y a su vez, se justifica su argumento que hacen de la indeterminación jurídica en Kelsen una paradoja, por lo que la función del «marco abierto» debe limitarse a los *clear* y *hard cases* únicamente.

Sin embargo, del planteamiento del profesor de Jaén debe resaltarse algo importante: el dualismo que propone respecto a lo *claro* y lo *oscuro* es la notación que confunde a gran escala a del Real Alcalá. En otras palabras, al aceptarse esta idea, no puede resultar complejo identificar si cierta conducta está o no está determinada por el derecho para establecer la existencia de un auténtico *borderline case*, y esto a pesar de la clasificación que del Real Alcalá hace uso de Hart, donde los *borderline cases* son: marginales, dudosos, indeterminados o difíciles. No obstante, y, ante todo, para él, los auténticos *borderline cases* siguen siendo aquellos en los que existe una «clara inaplicabilidad del derecho».

Entonces, si esto es así, esto quiere decir que los *borderline cases* no necesitan de un análisis para saber si están o no determinados por el derecho, ya que resultan ser de *clara*

¹⁵¹ En efecto, si bien es cierto que la información es iluminada por el foco, no se puede afirmar que tal información sea recabada con exacta correspondencia por el observador.

inaplicabilidad del derecho. Lo destacable, sin embargo, es que para el profesor de Jaén resulta que en ocasiones dichos *borderline cases* sí conllevan a un análisis, ya que puede darse el hecho que se confundan con los *hard cases* los cuales son “[...] regulados de forma *incompleta*, o incluso *no regulados* en ningún sentido, por el sistema jurídico”.¹⁵² Ante estas dos aclaraciones, sin embargo, existe inevitablemente una contradicción, siempre y cuando se tome a consideración la diferencia que proyecta la jurisprudencia clásica respecto a la «claridad» y «obscuridad» en la interpretación jurídica. Además, al final de todo, es del Real Alcalá, en realidad, quien confunde ampliamente esta notación respecto al «auténtico» *borderline case*.

A pesar del traspie, no obstante, el profesor de Jaén se cuestiona cómo es posible que la teoría de la interpretación en Kelsen pueda resolver todo caso concreto «conforme a derecho». Sin embargo, parece que tal cuestionamiento es sumamente sencillo de responder, piénsese, por ejemplo, en la fácil construcción crítica que realiza Aristóteles en la *Metafísica* a los sofistas que afirman que «todo es falso», y lo mismo para aquellos que afirman que «todo es verdadero»,¹⁵³ lo cual ya se ha referido más arriba; por tanto, si se sigue esto, la designación de un caso indeterminado en Kelsen se resuelve jurídicamente (o «desde dentro» a razón de del Real Alcalá) con el sobreseimiento.¹⁵⁴ Si se considera, por lo mismo, que para Kelsen todo caso concreto debe ser objeto de un análisis interpretativo, parece que el profesor de Viena no puede aceptar que los *borderline cases* sean de *clara inaplicabilidad*, sino que dentro de ese análisis, se puede concluir que dicho caso resulta estar completamente indeterminado, por lo que, ante cualquier caso que provoque este tipo de conclusión, ha de sobreseerse –al menos respecto a la materia encargada de hacer el análisis, lo cual no excluye la posibilidad de que pueda ser tratado jurídicamente por otra; por lo mismo, siendo un aspecto nada peculiar, ya que el auto basado en el sobreseimiento es «conforme a derecho», se logra dar respuesta al segundo argumento de la paradoja.

¹⁵² Del Real Alcalá, *óp. cit.*, p. 3.

¹⁵³ Aristóteles, *loc. cit.*

¹⁵⁴ Esta posición se realiza desde un aspecto que toma de omiso a la acción que refiere Kelsen de volver lo metajurídico en jurídico. Kelsen, H., *loc. cit.*, y *cfr.*, *supra*.

3.3. Argumento C

Ahora bien, otro elemento que destaca el profesor de Jaén es la peculiaridad de asentar que al no aceptar por parte de Kelsen la laguna jurídica, irremediablemente está negando la indeterminación del derecho.

En este punto es donde puede destacarse otra crítica válida a Kelsen, pero más allá de reprocharle su negativa respecto al reconocimiento de la laguna en el derecho, debiese destacarse el cómo Kelsen omite dar razón al por qué la laguna jurídica es una ficción. No obstante, por lo dicho anteriormente respecto al «marco abierto», en realidad el profesor de Viena responde a esta interrogante, aunque, nuevamente, de manera implícita.

Como se advirtió, la indeterminación jurídica en Kelsen no está únicamente vinculada con el aspecto del lenguaje, donde la vaguedad, la ambigüedad o bien, la equívocidad, hacen acto de presencia y toman el rol de determinador.¹⁵⁵ Más que una simple notación como esta, Kelsen expone los elementos necesarios para considerar a su teoría de la interpretación como una teoría epistemológica, la cual tiene como empresa fundamental determinar el contenido del «marco abierto». Por tanto, siendo una empresa epistemológica, esta actividad no puede estar sujeta a una generalidad que se dé en todo intérprete, de manera que la función de estipular el *sensus* del marco es un hecho singular, por lo que no hay otra forma más que aceptar que la laguna jurídica no es sino sólo una ficción, aunque, por supuesto, esto no impide que la determinación propuesta por un intérprete sea inalcanzable para otro intérprete, pues se trata de un problema epistemológico: el punto de partida entre intérpretes siempre será diferente, pero la conclusión puede llegar a ser similar, e incluso converger de lleno, pues, de no hacerlo, uno habrá fallado.

Por todo, parece que este argumento tampoco llega a sustentarse del todo, ya que, al igual que los primeros dos argumentos de la paradoja, omite la diferencia esencial que produce la introducción del «marco abierto» en la interpretación jurídica.

¹⁵⁵ Vázquez Esquivel, E., *Kelsen: un diálogo entre la teoría pura del derecho y la hipermodernidad*, pp. 165 y s.

3.4. Argumento D

Respecto al último argumento de la paradoja, puede considerarse su respuesta por el mismo desarrollo de los anteriores puntos. Sin embargo, parece que la formulación de estos argumentos que establecen una paradoja en la teoría de interpretación jurídica en Kelsen deben su origen a constatar la misma idea que ha rondado desde épocas añóales en la teoría jurídica, y mientras se siga sosteniendo y defendiendo que el derecho posee una *claridad* y una *obscuridad* respecto a sus enunciados, y negando la influencia y participación de lo subjetivo en su justificación se seguirá estando estancado en un sistema de reglas, y no podrá darse un verdadero salto a una teoría de la interpretación; será, en otras palabras, un sistema de reglas *sin* horizonte.

Por supuesto, Kelsen no se libra de una crítica profunda respecto a la diferencia del sistema de reglas y la teoría de interpretación, pero fue el primer jurista que supera el sistema de reglas, y aunque nunca llega a una verdadera teoría de la interpretación, parece ser que el «marco abierto» seguirá triunfando frente a otros conceptos de interpretación jurídica, entre ellos, a la mismísima «textura abierta».

4. Aceptación al criterio del sistema de reglas *con* horizonte

Tal asunto sobre la indeterminación del Derecho en Kelsen prescribe una semejanza que puede fácilmente juntarse con la concepción de un sistema de reglas *con horizonte*, ya que si bien puede resultar que las notaciones de J. Alberto del Real Alcalá en “¿‘Paradoja’ de H. Kelsen sobre la indeterminación jurídica?” pueden llegar a plantearse una meditación prolongada, en realidad sólo se trata de un efecto de ilusión, ya que a pesar de que al parecer Kelsen afirma y niega una cosa al mismo tiempo, no puede llegar a validarse tal reflexión si la empiria dicta que no es así; esto no quiere decir otra cosa más que al profesor de Jaén le faltó ampliar su horizonte.

A lo sumo, Kelsen al considerar que la indeterminación jurídica no está sujeta únicamente a un problema de lenguaje, donde sólo es necesario determinar *qué dice* o *qué quiere decir* un enunciado jurídico (es decir, el *sensus*), sino en descubrir qué hay dentro del «marco abierto», ese «algo» que contiene, logra revocar una problemática innecesaria;

contrario a este aspecto, la «textura abierta», está vacía, puesto que representa una «salida» de lo jurídico, no un contenido que ha de ser determinado respecto a lo jurídico, sin embargo, para ser justos, la «textura abierta» no se estructuró de tal manera que pueda observarse «algo» en su interior, sino que sólo se propuso como una «salida» del derecho, pero que también es una «entrada», no sólo porque debe volver al derecho, sino porque se entra a los dominios de la moralidad; pero con Kelsen es diferente, ya que ese «algo» debe determinarse a función de una actividad epistemológica que tenga como única empresa señalar y hacer notar «qué hay» dentro del «marco abierto», para que después sea llevado a un acto de aplicación de derecho; es ahí donde Kelsen observa que el acto de ejecución de derecho es el acto de determinación, el acto que completa a la norma, y el momento justo cuando comprende cómo es la indeterminación del derecho desde la óptica de la hermenéutica filosófica, donde se considera que toda norma jurídica es incompleta hasta su aplicación;¹⁵⁶ además, es ahí cuando Kelsen apuesta por la subjetividad en la interpretación, ya que el acto de aplicación en Kelsen está sujeto a base de una decisión subjetiva, pero que no deja de ser objetiva, ya que las determinaciones que se pueden encontrar dentro del marco son todas correctas, por lo que dependerá sólo del juez elegir cuál de ellas aplicará, sin que ello implique que el juez realice un acto subjetivo extra al momento de concretar y completar, y aunque es precisamente esa noción lo que lo aleja de la nueva hermenéutica, hay elementos suficientes para considerar que Kelsen avanza en este rubro del derecho y siempre dominado por la jurisprudencia clásica.

No es una noción, por lo mismo, cuya empresa consista en delimitar la frontera más cuestionada por el positivismo, ya que el *positivismo flexible* se construye a raíz de la última consideración expuesta. Contrario a cómo en Hart se puede apelar por una «inclusión», ésta se limita al plano moral; en Kelsen, se da una oportunidad a lo «subjetivo», aunque esto en realidad no lo parezca, ya que su «apertura» no cae en una disyuntiva sobre qué elegir, pues aquello que se elige tiene siempre un mismo valor, o bien, es igual de correcto que cualquier otra opción a elegir.

Siendo esto así, Kelsen es quizá el primer jurista que acepta el juego de la «subjetividad» en el Derecho, sin embargo, fiel a su tradición, tuvo que ingeniárselas para

¹⁵⁶ *Ídem.*

no hacerlo tan evidente y al mismo tiempo, reducir a la «subjetividad» de tal forma que no pareciese un efecto subjetivo.

Esto es lo que hace del positivismo de Kelsen un positivismo diferente,¹⁵⁷ incluso enormemente diferente a las propuestas establecidas por el *neopositivismo*, o el *positivismo incluyente*, ya que ninguno, hasta ahora, ha aceptado el inmenso papel que tiene lo subjetivo en el plano del derecho, y más en el plano de la interpretación.

Por temor a pasar la frontera del Derecho y acercarse a lo arbitrario, los juristas prefieren eludir mencionar lo subjetivo como un elemento esencial del Derecho, sin embargo, al hacerlo, no dan cuenta de sí mismos, ya que lo único que provoca la exclusión del elemento *subjetivo* es la negación de uno mismo, y por tanto, el juicio y efecto de valorar «algo». Resulta una particularidad, en efecto, que suela tomarse la «subjetividad» como un *prejuicio* al modo cartesiano, pero la negación de uno mismo no puede estar más lejos del buen interpretar y del «sentido» de aquello que se interpreta, pues el *prejuicio* más que una debilidad, un estorbo o un defecto que haga sucumbir en el error, es más bien una «apertura», la primera comprensión (pre-comprensión) de lo que nos interpela; es un elemento hermenéutico que permite comprender, porque las cosas que se presentan ante uno se presentan con el sentir propio, y no con el sentir de alguien más, y menos aún con el sentir general de una tradición; el intérprete primeramente interpreta por lo que él es, pero no haya lugar a confusión, ya que si bien la pre-comprensión arroja una primera interpretación, eso no quiere decir que sea «esa» la interpretación correcta, sino simplemente un esbozo que permite anticipar a dónde se dirige la comprensión.

Los diversos conceptos que se han vuelto principios hermenéuticos como la «distancia histórica», la conciencia histórica, la *historia efectual*, la filología, el *horizonte*, el *prejuicio*, la «subjetividad», entre otros, representan propiamente el por qué Kelsen no logra avanzar lo suficiente para apartar el sistema de reglas, pero sí lo suficiente para lograr producir una teoría de la interpretación nunca antes descrita, lo cual permite al mismo tiempo una nueva concepción del derecho (dinámico y estático): en otras palabras, un sistema de reglas *con horizonte*.¹⁵⁸

¹⁵⁷ *Ibidem.*, pp. 184 y ss.

¹⁵⁸ *Cfr. supra.*