

## ¿ENSUEÑO, PESADILLA Y/O REALIDAD? OBJETIVIDAD E (IN)DETERMINACIÓN EN LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

Imer B. FLORES\*

SUMARIO: I. *Hacia una jurisprudencia integrada o integral*. II. *Formalismo versus anti-formalismo* III. *Hart, Dworkin y Kennedy* IV. *Objetividad e (in)determinación*. V. *Conclusión: objetividad —por la vía de la intersubjetividad— e (in)determinación*.

### I. HACIA UNA JURISPRUDENCIA INTEGRADA O INTEGRAL

Analizar los problemas contemporáneos de la filosofía del derecho resultaría inútil si además no procediéramos a examinar cuestiones metodológicas relativas a las posibilidades tanto de una teoría general del derecho —descriptiva y normativa— como de las diferentes teorías particulares del derecho, así como de los méritos de cada una de ellas. Así, consideramos que es imperativo trascender las limitaciones de las concepciones jurídicas particularistas —no sólo constreñidas por los límites teoréticos del iusnaturalismo, del iusformalismo y del iusrealismo sino también por los linderos del descriptivismo y del normativismo/prescriptivismo— y construir una filosofía jurídica general: una “jurisprudencia integrada” o “integral” (*integrative or integral jurisprudence*).

El hecho de que al interior del positivismo jurídico podamos hablar de diferentes versiones del mismo y de distintas polémicas 4 —tales como entre positivistas duros y suaves, excluyentes e incluyentes, negativos y positivos— ilustra no solamente acerca de la imposibilidad de reducir al positivismo a una sola versión sino además sobre las diversas construcciones teóricas alternativas que se presentan y pueden llegar a presen-

\* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.

tarse. Al grado tal que el debate puede darse entre formalistas/positivistas, pero también entre éstos y sus archi enemigos los anti-formalistas/anti-positivistas.

En este sentido, consideramos que toda propuesta que pretende ir más allá del positivismo, es decir, de la explicación del derecho a partir de los “hechos sociales” (*social facts*) al incluir referencias no secundarias sino primarias y relevantes a “hechos valorativos” (*value facts*) —como derechos, fines, funciones, intereses, principios o valores— tal y como lo hacen entre otros, Robert Alexy con la “pretensión de corrección”, Luigi Ferrajoli con el “garantismo”, Ronald Dworkin con el “modelo de los principios”, y Mark Greenberg con su “tesis emergentista” (*emergentist*), expuesta en este mismo Congreso, se inscriben de alguna forma en una tradición anti-formalista/anti-positivista, a la cual junto con autores como Jerome Hall podemos denominar “jurisprudencia integrada” o “integral”.

Sobre la conveniencia, necesidad y posibilidad de una jurisprudencia integrada, hay infinidad de citas, de entre las cuales solamente reproducimos un par. Así, Joseph L. Kunz —el famoso internacionalista, perteneciente a la escuela jurídica vienesa y uno de los juristas más allegados a Hans Kelsen—, a mediados del siglo pasado, aclara:<sup>1</sup>

El positivismo jurídico podía solucionar el problema del derecho en un periodo de codificaciones, de seguridad y paz relativas, de optimismo filosófico y de fe en la ciencia, tal como el siglo decimonónico era. Sin embargo el positivismo jurídico no puede solucionar los problemas del derecho como éste debería ser; y estos problemas dominan el siglo veinte y lo que llevamos del veintiuno. Por ello el retorno del derecho natural, por ende las filosofías modernas en general, enfatizan el elemento ético y no el lógico.

<sup>1</sup> Joseph L. Kunz, *Latin American Philosophy of Law in the Twentieth Century*, Nueva York, Law Institute, 1950, *passim*: “Legal positivism could solve the problem of the law in a period of codifications, of relative security and peace, of philosophical optimism and faith in science, as the nineteenth century was. But legal positivism cannot solve the problems of the law as it should be; and these problems dominate the twentieth century. Hence the revival of natural law, hence the modern philosophies in general, stressing the ethical not the logical element”. “In this spirit, they re-examine fundamental problems in order to arrive at satisfactory solutions which embrace the law in its totality”. “We are on the way toward a conception which will allow us to bring all the three aspects —logical, sociological and axiological— into one fundamental unity” (la traducción es nuestra) (hay versión en español: *La filosofía del derecho latinoamericana en el siglo XX*, trad. de Recaséns Siches, Luis, Buenos Aires, Losada, 1951).

En este sentido, ellas re-examinan los problemas fundamentales para poder llegar a soluciones satisfactorias que abarquen al derecho en su totalidad.

Estamos en el camino hacia una concepción que nos permita integrar estos tres aspectos —lógico, sociológico y axiológico— en una unidad fundamental.

Por su parte, Harold J. Berman, en el “Prefacio” de su celeberrimo *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, hace veinte años, advierte:<sup>2</sup>

Necesitamos superar la reducción del derecho a una serie de instrumentos técnicos para hacer las cosas; la separación del derecho de la historia; la identificación del derecho con el derecho nacional y de toda la historia jurídica con la historia jurídica nacional; las falacias de una jurisprudencia exclusivamente política y analítica (“positivismo”), o una jurisprudencia exclusivamente filosófica y moral (“teoría del derecho natural”), o una jurisprudencia exclusivamente histórica y socio-económica (“la escuela histórica”, “la teoría social del derecho”). Necesitamos una jurisprudencia que integre a las tres escuelas tradicionales y vaya más allá de ellas. Tal jurisprudencia integrada enfatizaría que debemos creer en el derecho o éste no va a funcionar; que implica no solamente razón y voluntad sino también emoción, intuición y fe. Implica un compromiso social total.

En este orden de ideas, una vez esbozada la conveniencia y las posibilidades de una jurisprudencia integrada o integral, a continuación consideraremos la coexistencia y convivencia de dos paradigmas: uno dominante y el otro crítico; al analizar la dicotomía formalismo/positivismo y anti-formalismo/anti-positivismo en general, y la polémica Langdell-Holmes en

<sup>2</sup> Berman, Harold J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983, pp. vi-vii: “We need to overcome the reduction of law to a set of technical devices for getting things done; the separation of law from history; the identification of all law with national law and of all our legal history with national legal history; the fallacies of an exclusively political and analytical jurisprudence (“positivism”), or an exclusively philosophical and moral jurisprudence (“natural law theory”), or an exclusively historical and socio-economic jurisprudence (“the historical school”, “the social theory of law”). We need a jurisprudence that integrates the three traditional schools and goes beyond them. Such an integrative jurisprudence would emphasize that law has to be believed in or it will not work; it involves not only reason and will but also emotion, intuition, and faith. It involves a total social commitment” (la traducción es nuestra).

particular. Acto seguido estudiaremos la construcción teórica de Hart, quien se posiciona entre la jurisprudencia analítica de Austin y la jurisprudencia sociológica de Pound, de un lado, y el movimiento del realismo estadounidense de Frank y Llewellyn, del otro; y después examinaremos cómo ésta —la construcción teórica de Hart— en lugar de constituir el término medio virtuoso entre los dos extremos viciosos del *continuum* —el noble sueño de Pound/Dworkin y la pesadilla de Frank-Llewellyn/Kennedy— es uno de los tres vértices de la teoría contemporánea del derecho. Así, exploraremos la viabilidad de conciliar estas posturas y para ello confrontaremos la teoría de la interpretación de Dworkin con los contra argumentos de uno de sus más fieros detractores: Fish. Finalmente, presentaremos algunas conclusiones sobre la objetividad y subjetividad, de un lado, y la determinación e indeterminación, del otro.

## II. FORMALISMO *VERSUS* ANTI-FORMALISMO

De vez en cuando el formalismo/positivismo, el cual abarca desde las escuelas exegética e histórica hasta las jurisprudencias analítica y conceptual, es atacado por una especie de anti-formalismo/anti-positivismo, el que abraza desde las jurisprudencias finalista, de intereses y sociológica hasta los movimientos de la libre investigación científica en Francia, del derecho libre en Alemania y del realismo en los Estados Unidos de América.

La objeción se centra en la excesiva confianza depositada en el pensamiento deductivo, formal, y abstracto, así como en el silogismo, *i. e.* premisa mayor, premisa menor y conclusión, o lo que es lo mismo, en la mecánica subsunción de normas en hechos a partir de los cuales derivan necesariamente ciertas consecuencias jurídicas. De esta forma, denuncian la reducción del papel de los jueces a la de aplicar de manera pasiva un derecho preexistente para todo caso por igual y en cambio sugieren que la función es la de crear —descubrir e inventar— de modo activo el derecho aplicable a cada caso concreto.

### *Langdell vs. Holmes*

En los Estados Unidos de América, John Dewey y Thorsten Veblen encabezaron en la filosofía y en la economía, respectivamente, la “rebelión contra el formalismo”, en tanto que en el derecho sería Oliver Wen-

dell Holmes Jr. el primero en abrir fuego, y su principal objetivo sería el creador del método de casos, Christopher Columbus Langdell, quien había introducido este modelo en la enseñanza del derecho porque estaba convencido de que se debía acudir a las fuentes originales. En un país perteneciente al *common law*, éstas son las decisiones o resoluciones judiciales, pero con este mismo razonamiento si Langdell hubiera sido natural de un país perteneciente al sistema romano-canónico-germánico, sus fuentes originales habrían sido el código o la ley. De tal suerte que el método de enseñanza por casos es independiente del sistema o tradición jurídica y de la concepción del derecho que le dé cabida.<sup>3</sup>

Antes de proseguir, es imperativo recordar un par de referencias que hace el mismísimo H. L. A. Hart acerca del pensamiento de Holmes y de la relación de éste con la “pesadilla” (*nightmare*):<sup>4</sup>

Holmes ciertamente nunca cayó en estos extremos —representados por Llewellyn y Frank—. A pesar de que proclamaba que los jueces legislan y deben legislar en ciertos puntos, él admitía que una vasta área del derecho legislado y muchas de las doctrinas del common law firmemente establecidas... estaban suficientemente determinadas como para hacer absurda la visión del juez como, esencialmente, legislador. Así para Holmes, la función creadora de derecho de los jueces era “intersticial”. La teoría de Holmes no era una filosofía de “a toda máquina y olvidemos los silogismos”.

Y un poco más adelante:<sup>5</sup>

Tal vez la cita más erróneamente utilizada por cualquier jurista norteamericano sea la observación de Holmes de 1884 (*sic*) de que “La historia del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia”. Esto, en su contexto, era una protesta contra la superstición racionalista (como Holmes la concebía)

<sup>3</sup> Flores, Imer B., “La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXX, núm. 90, septiembre-diciembre de 1997, pp. 1001-1036.

<sup>4</sup> Hart, H. L. A., “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, trad. de José Juan Moreso y Pablo Eugenio Navarro, en Casanovas, Pompeu y Moreso, José Juan (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994, p. 332. (Publicado originalmente en 1977 con el título de “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream” y reproducido en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983, pp. 123-144.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 333.

de que el desarrollo histórico del derecho por los tribunales podía ser explicado como la extracción de las consecuencias lógicamente contenidas en el derecho en sus fases primarias...

Si bien Hart trata de minimizar el ataque frontal en contra de la “lógica”, o al menos del “uso excesivo de la lógica”, lo cierto es que todo el mundo conoce que el anti-formalismo/anti-positivismo y el movimiento del realismo estadounidense tienen como antecedente esta celeberrima frase: “La vida del derecho no ha sido la lógica: sino la experiencia.”<sup>6</sup> Sin embargo, no todos saben que el origen de la misma es anterior a la publicación de *The Common Law* en 1881, ya que aparece por vez primera publicada en enero de 1880, en una reseña bibliográfica a la segunda edición de *A Selection of Cases of the Law of Contracts with a Summary of the Topics covered by the Cases de C.C. Langdell*.<sup>7</sup>

El ideal de Langdell en el derecho, el objetivo de toda su determinación, es la elegancia juris, o la integridad lógica del sistema como un sistema. Él es posiblemente el más grande teólogo viviente. Pero como un teólogo él está menos preocupado por sus postulados que por demostrar que las conclusiones se siguen necesariamente... tan enteramente está interesado en las conexiones formales de las cosas, o lógica, como algo diferente de los sentimientos que dan contenido a la lógica, los cuales en realidad dan forma a la sustancia del derecho. La vida del derecho no ha sido la lógica: sino la experiencia... La forma de continuidad ha sido mantenida por razonamientos que pretenden reducir cada cosa a una secuencia lógica; pero

<sup>6</sup> Holmes Jr., Oliver Wendell, *The Common Law*, Nueva York, Dover, 1991, p. 1: “The life of the law has not been logic: it has been experience” (publicado originalmente en 1881) (la traducción es nuestra).

<sup>7</sup> Holmes Jr., Oliver Wendell, “Book Notices”, *American Law Review*, núm. 14, enero de 1880, p. 234: “Mr. Langdell’s ideal in the law, the end of all his striving, is the *elegantia juris*, or *logical* integrity of the system as a system. He is perhaps the greatest living theologian. But as a theologian he is less concerned with his postulates than to show that the conclusions from them hang together... so entirely is he interested in the formal connection of things, or logic, as distinguished from the feelings which make the content of logic, and which actually shaped the substance of the law. The life of the law has not been logic: it has been experience... The form of continuity has been kept up by reasonings purporting to reduce every thing to a logical sequence; but that form is nothing but the evening dress which the new-comer puts on to make itself presentable according to conventional requirements. The important phenomenon is the man underneath it, not the coat; the justice and reasonableness of a decision, not its consistency with previously held views” (la traducción es nuestra).

esta forma no es nada excepto el traje de noche el cual el nuevo-rico se pone para hacerse presentable de acuerdo con los requisitos convencionales. El fenómeno importante es el ser humano debajo, no el abrigo; la justicia y lo razonable de la decisión, no su consistencia con medidas tomadas previamente.

Ciertamente la crítica de Holmes se enfoca en el excesivo logicismo de Langdell pero abarca también al método de casos. De hecho, unos cuantos años antes, en la segunda parte de la reseña bibliográfica a la primera edición, aunque confirmaba los elogios al libro como texto de clase, el cual había recomendado a los alumnos para su compra y su estudio en la primera parte, no dejaba de manifestar: “Sin embargo, no estamos de acuerdo con él, en su creencia aparentemente exclusiva en el estudio de casos.”<sup>8</sup>

Es conveniente matizar los alcances de la multicitada frase, que si bien constituye un ataque frontal a la lógica, de ninguna manera pretende abolir su uso. Baste recordar que, por un lado, en las líneas que la preceden Holmes explica: “El objetivo de este libro es el presentar una visión general del common law. Para alcanzar este propósito, otras herramientas son necesarias además de la lógica. Una cosa es demostrar que la consistencia del sistema requiere de un resultado particular, pero eso no es todo”.<sup>9</sup> Así mismo, en las que le siguen:<sup>10</sup>

Las necesidades de una época, las teorías morales y políticas prevalentes, las intuiciones de política pública, declaradas no inconscientes,

<sup>8</sup> Holmes Jr., Oliver Wendell, “Book Notices”, *American Law Review*, núm. 6, enero de 1872, p. 354: “We do not agree with him, however, in his seemingly exclusive belief in the study of cases” (la traducción es nuestra). Cfr. Holmes Jr., Oliver Wendell, “Book Notices”, *American Law Review*, núm. 5, abril de 1871, p. 540: “At all events we advise every student of the law to buy and study the book”.

<sup>9</sup> Holmes Jr., Oliver Wendell, *The Common Law*, cit. en la nota 6, p. 3: “The object of this book is to present a general view of the Common Law. To accomplish the task, other tools are needed besides logic. It is something to show that the consistency of a system requires a particular result, but it is not all” (la traducción es nuestra).

<sup>10</sup> *Idem*. “The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation’s development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become” (la traducción es nuestra).

incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus compatriotas tienen mucho más que ver que el silogismo a la hora de determinar las reglas bajo las cuales los hombres deben ser gobernados. El derecho personifica la historia del desarrollo de una nación a través de varios siglos, y no puede ser vista como si tuviera solamente los axiomas y los corolarios de un libro de matemáticas. Para saber qué es, debemos saber qué ha sido y a qué tiende a convertirse.

Aunado a lo anterior, en su también clásico artículo “The Path of Law” de 1897, Holmes denuncia “La falacia... de que la única fuerza que trabaja en el desarrollo del derecho es la lógica”.<sup>11</sup> Así, aun cuando reconoce que la lógica tiene un papel central, cínicamente nos dice que no lo es todo:<sup>12</sup>

Esta forma de pensar es natural enteramente. La formación de los abogados es una formación en lógica. Los procesos de analogía, discriminación y deducción son aquellos con los que se siente como en su casa. El lenguaje de la decisión judicial es principalmente el lenguaje de la lógica. Y el método y la forma lógica aumentan el deseo de certeza y reposo que está en toda mente humana. Sin embargo la certeza es generalmente una ilusión, y el reposo no es el destino del hombre. Detrás de la forma lógica descansa un juicio acerca de la relativa valía e importancia de diferentes fundamentos legislativos, con frecuencia un juicio inarticulado e inconsciente, es en verdad, y así la mera raíz y espíritu de todo el procedimiento. Uno puede dar a cualquier conclusión una forma lógica.

En este sentido, podemos caracterizar prima facie al formalismo/positivismo con una fe ciega en la lógica y al anti-formalismo/anti-positivis-

<sup>11</sup> Holmes Jr., Oliver Wendell, “The Path of Law”, *Harvard Law Review*, vol. 110, núm. 5, 1997, p. 997: “The fallacy... that the only force at work in the development of the law is logic” (publicado originalmente en 1897) (la traducción es nuestra).

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 998: “This mode of thinking is entirely natural. The training of lawyers is a training in logic. The processes of analogy, discrimination, and deduction are those in which they are most at home. The language of judicial decision is mainly the language of logic. And the logical method and form flatter that longing for certainty and for repose which is in every human mind. But certainty generally is illusion, and repose is not the destiny of man. Behind the logical form lies a judgment as to the relative worth and importance of competing legislative grounds, often an inarticulate and unconscious judgment, it is true, and yet the very root and nerve of the whole proceeding. You can give any conclusion a logical form” (la traducción es nuestra).



mo con la duda o escepticismo ante ella. Así, el primero está caracterizado por una confianza excesiva en la lógica y en las reglas, en tanto que el segundo por la desconfianza extrema. Al grado tal que ambos extremos pueden ser caricaturizados como la “jurisprudencia mecánica” que contiene una respuesta predeterminada para cada caso y la “jurisprudencia no-mecánica” —o “gastronómica”— donde no hay una respuesta para cada caso ni mucho menos ésta está predeterminada, sino donde hay una infinidad de posibles respuestas: tantas como jueces o estados de ánimo hay.

### III. HART, DWORKIN Y KENNEDY

Antes de proceder a recharacterizar el spectrum que según Hart lo tiene a él en el centro y que va de un extremo vicioso a uno demasiado virtuoso para ser realidad, *i. e.* de la “pesadilla” —personificada por Frank/Llewellyn, en la década de los treinta, y por Kennedy, en la de los ochenta— al “noble sueño” —protagonizado por Pound, primero, y Dworkin, después— cabría recordar algunas generalidades y genialidades de la postura del propio Hart, así como de las de Dworkin y Kennedy.

Aun cuando Hart pertenece a la jurisprudencia analítica, comienza por criticar el modelo de los mandatos de Austin y ante los embates tanto de la jurisprudencia sociológica como del movimiento del realismo estadounidense, se posiciona con gran habilidad en el centro. De hecho su estrategia es auto evidente como se desprende del título que lleva el capítulo VII. “Formalismo y escepticismo ante las reglas” de su *El concepto del derecho*.<sup>13</sup>

Así, a partir de la introducción de la noción de la “textura abierta del derecho” (*open texture of law*), así como de la distinción entre el centro, corazón o núcleo de significado (*core*) y la zona de penumbra (*penumbra*), podemos afirmar que para Hart aquellos casos que caen dentro del núcleo de significado la respuesta es determinada para cada uno; en tanto que cuando entran en la zona de penumbra la respuesta será indeterminada y por ello el juez deberá ejercer su discreción para optar de entre las

<sup>13</sup> Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961 (hay versión en español: *El concepto del derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Abeledo Perrot, 1963; hay una edición con un “Postscript”: 1994; hay versión en español: *Post scriptum a El concepto de derecho*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

posibles respuestas por una, pero de ninguna manera es posible que haya tantas respuestas como jueces ni tampoco que la indeterminación alcance a todos los casos.

Dworkin en su “¿Es el derecho un sistema de reglas?” cuestiona *el modelo de las reglas* de Hart y propone uno alternativo, a la sazón: *el modelo de los principios*.<sup>14</sup> Al insistir que el derecho no se reduce a las reglas sino que abarca además a los derechos/principios, en su “Casos difíciles” critica las tesis tanto de la indeterminación como de la discrecionalidad judicial, al grado tal que para él es posible encontrar respuestas correctas e inclusive una respuesta correcta aún para los casos más difíciles.<sup>15</sup>

Por su parte, para Kennedy la indeterminación no es solamente para unos cuantos casos difíciles sino que en cualquier caso, sea fácil o difícil, está ésta o puede estar presente.<sup>16</sup> Este tipo de indeterminación es descrita como “radical” en contraposición a la de tipo hartiano —o kelseniano— que es detallada como “moderada”. Ahora bien, en su ponencia (recogida en este mismo volumen) aclara que la indeterminación que él tiene en mente no es ni puede ser tan radical: si bien es cierto que el juez tiene libertad para escoger entre una infinidad de posibilidades la sentencia a la que él quiere llegar, al punto de “dar —como dice Holmes— a cualquier conclusión una forma lógica”, también está claro que ante la existencia de toda una gama de restricciones no es absolutamente libre. De hecho, en la medida en que se limita la libertad del juez es más o menos posible hablar de cierta determinación e incluso de respuestas correctas únicas.

<sup>14</sup> Dworkin, Ronald, “The Model of Rules”, *University of Chicago Law Review*, vol. 35, núm. 14, 1967 (hay versión en español: “¿Es el derecho un sistema de reglas?”, trad. de Javier Esquivel y Juan Rebolledo G., *Cuadernos de Crítica*, núm. 5, 1977, pp. 5-54).

<sup>15</sup> Dworkin, Ronald, “Hard Cases”, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, pp. 81-130 (hay versión en español: *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993. Publicado originalmente en: *Harvard Law Review*: 1975. Hay versión en español: “Casos difíciles”, trad. de Javier Esquivel, *Cuadernos de Crítica*, núm. 5, 1981, pp. 5-82).

<sup>16</sup> Kennedy, Duncan, “Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology”, *Journal of Legal Education*, núm. 36, 1986 (hay versión en español: *Libertad y restricción en la decisión judicial*, trad. de Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre editores *et al.*, 1999. *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge-Londres-England, Harvard University Press, 1996).

### 1. Tres jueces: Herbert, Hércules y ¿Heráclito?

En resumidas cuentas, el espectro tiene en un extremo a Dworkin con la tesis de la determinación y en el otro a Kennedy con la tesis de la indeterminación, entre tanto Hart ocupa el centro con la tesis mixta: determinación en unos casos e indeterminación en otros.

Cabe señalar que a cada una de estas posturas le corresponde un tipo de juez:



A) El de Hart se denomina —como él— “Herbert”, cuyo significado es “brillante, excelente guerrero o gobernante” (*ruler*), *i. e.* gobierna conforme a las reglas, e implica que el juez de forma no-arbitraria u objetiva aplica la regla a los casos fáciles y es capaz de ejercer su discreción para elegir una de las posibles respuestas para los casos difíciles sin dejarse llevar necesariamente por sus propios prejuicios;

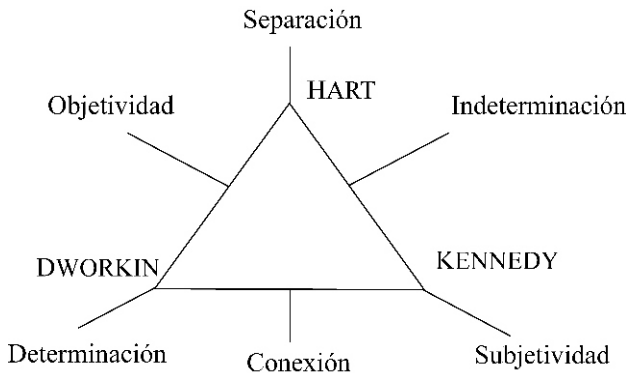
B) El de Dworkin se llama “Hércules”, en alusión al “semidiós romano, hombre fuerte y robusto que tuvo que completar doce tareas para convertirse en un Dios” e indica que el juez tiene capacidades sobrehumanas que le permiten encontrar de manera no-arbitraria u objetiva, a partir de la correlación entre derecho y moral, una respuesta correcta en casos fáciles y difíciles por igual; y

C) El de Kennedy, aun cuando no tiene nombre, bien podría ser bautizado: a) “Heracles”, como el equivalente griego del Hércules romano; b) “Heráclito”, como el filósofo presocrático antidogmático y materialista que aboga por la doctrina del cambio y la unidad de los opuestos; c) “Herder”, como el filósofo crítico e idealista alemán que patrocina la preeminencia de la intuición sobre la razón y que considera que el lenguaje determina el pensamiento; d) “Hermes”, como el dios griego asociado con la velocidad y la buena suerte, quien servía de mensajero de los dioses y es patrón entre otros de viajeros, escritores, atletas, comer-

cientes, ladrones y oradores; e) “Hermokrates”, cuyo significado es literalmente “el poder de Hermes”; y f) en general como algún filósofo crítico, retórico o sofista.<sup>17</sup> En todo caso, involucra la noción de un juez que de modo arbitrario o subjetivo puede escoger entre una infinidad de posibles respuestas la que a él más le gusta incluso en los casos más fáciles.

## 2. Del continuum al triángulo

Como ya lo hemos adelantado, la construcción teórica de Hart en lugar de constituir el término medio virtuoso entre los dos extremos viciosos del *continuum*, a saber el noble sueño de Dworkin y la pesadilla de Kennedy, es uno de los tres vértices de un triángulo equilátero.



<sup>17</sup> Como Kennedy ha sido renuente a ponerle un nombre a su juez, Diego E. López Medina ha sugerido que éste bien podría llamarse simplemente “Duncan”. Nosotros, en cambio, preferimos alguno que comience con el prefijo “Her” para mantener cierto paralelismo con “Herbert” y “Hércules”. Toda vez que Kennedy pertenece al movimiento de *Critical Legal Studies* cuyo slogan es “todo es política” (“it’s all politics”), así como a una tradición filosófica materialista que enfatiza el discurso y el arte de la persuasión, consideramos que “Heráclito” es una excelente alternativa y que tanto “Hermes” como “Hermokrates” son muy buenas opciones. Ahora bien, aunque en principio “Herder” era una buena idea tiene el problema de que su significado literal en inglés es el de ‘pastor’, *i. e.* la persona que cuida o guía a un rebaño, y por ello podría dar lugar al sentido negativo de que las ovejas lo siguen meramente por ser borregos; y, finalmente, ‘Heracles’, tendría la ventaja de evidenciar que se necesita de otro Hércules para poder hacerle frente, pero tiene la desventaja de que no sería posible diferenciar uno del otro más allá de que uno sea griego y el otro romano. En conclusión, optamos por “Heráclito” toda vez que representa mejor, como veremos en el próximo apartado, las tres tesis que caracterizan a Kennedy: indeterminación, conexión derecho y moralidad política, y subjetividad.

Una vez que el espectro se convierte en un triángulo, es posible identificar tres controversias en lugar de nada más una:

A) El debate Dworkin versus Hart-Kennedy, acerca de la determinación o indeterminación del derecho: es plausible o no encontrar una respuesta correcta para todo caso, inclusive los más difíciles;

B) La discusión Hart versus Dworkin-Kennedy, relativa a la separación o conexión entre derecho y moralidad política: es posible establecer que hay o no una relación necesaria entre ambos; y

C) La disputa Kennedy versus Hart-Dworkin, sobre la subjetividad u objetividad en el derecho: es viable o no erradicar los elementos arbitrarios del juez en cualquier decisión judicial.

En este orden de ideas, claro está que para Hart no hay una relación necesaria entre derecho y moral,<sup>18</sup> mientras que tanto para Dworkin como para Kennedy sí la hay. Sin embargo, la diferencia entre ambos es que para el primero a partir de la conexión con la moralidad política el derecho es determinado y objetivo, en tanto que para el segundo por esa misma vinculación el derecho es indeterminado y subjetivo.

El análisis de este nuevo dilema —determinación-objetividad e indeterminación-subjetividad— será objeto del próximo apartado. Cabe adelantar que es posible hablar de objetividad en el derecho y en su interpretación, porque independientemente de cierta indeterminación —en el mundo de lo posible puede haber una infinidad de respuestas— el derecho requiere de determinación —en el mundo de lo deseable debe haber solamente una respuesta correcta— para poder funcionar como tal. Así, aunque el derecho es en principio indeterminado, también es determinado —o mejor dicho determinable— dadas todas las limitaciones y restricciones a la libertad del juez.

#### IV. OBJETIVIDAD E (IN)DETERMINACIÓN

Antes de proseguir cabe recordar que Dworkin critica no sólo a las dos partes de la teoría jurídica dominante, la teoría del positivismo jurídico —descriptiva de qué el derecho es (*is*)— y la teoría del utilitarismo —prescriptiva de qué el derecho debe ser (*ought to be*)—, sino también a

<sup>18</sup> Hart, H. L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, núm. 71, 1958, pp. 593-629, y *Law, Liberty, and Morality*, Stanford, Stanford University Press, 1963.

la pretensión de que ambas son independientes entre sí. De tal guisa, su juicio se centra en tres aspectos: 1) la reducción del derecho a las reglas; 2) la identificación de éstas no por su contenido sino por la forma en que son creadas o aplicadas; y 3) la caracterización de que cuando hay un caso que no está cubierto claramente por una regla, no resta sino permitir que el juez ejerza su discreción.

Para los efectos de este artículo, es menester destacar las razones principales por las que Dworkin está en contra de esta última tesis, *i. e.* la discrecionalidad judicial. En primerísimo lugar, él alega que la discreción judicial violenta principios fundamentales del Estado de derecho (*rule of law*) y presenta el siguiente argumento:<sup>19</sup>

Decir que alguien tiene una ‘obligación jurídica (*legal obligation*)’ equivale a afirmar que su caso se incluye dentro de una “regla jurídica válida” (*valid legal rule*) que le exige hacer o dejar de hacer algo. (Decir que alguien tiene un “derecho jurídico” (*legal right*) implica que otro u otros tienen actual o hipotéticamente una obligación jurídica para actuar o no.) En ausencia de una regla jurídica válida no hay una obligación jurídica —y tampoco un derecho jurídico—. Por consiguiente cuando un juez decide un caso al ejercer su discreción no aplica un derecho jurídico —ni una obligación jurídica— a ese conflicto.

Lo anterior implica que el juez, al ejercer su discreción, no aplica el derecho existente sino que como si fuera un legislador crea derecho y peor aún lo hace *ex post facto*, lo cual es contrario tanto al principio de división y/o separación de poderes como al principio de la irretroactividad de la ley. Al respecto, Dworkin simplemente tendría que alegar —y además convencernos o persuadirnos— que el juez no actúa como legislador ni crea derecho y que mucho menos lo hace *ex post facto* sino que aplica un derecho —o una obligación— preexistente o al menos ya existente.

Por ende, al enfilarse su propuesta teórico-práctica contraponen a la teoría jurídica dominante su teoría liberal del derecho fundada en los derechos y/o principios. De este modo, presenta: 1) la tesis de los derechos y/o principios; 2) la tesis de la conexión y/o vinculación del derecho y la moral; y 3) la tesis de la determinación del derecho. Por supuesto que las tres tesis son muy controvertidas y han sido duramente criticadas por

<sup>19</sup> Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, *cit.* en la nota 15, p. 66.

los representantes del positivismo jurídico porque abiertamente ponen en duda y rechazan algunos de sus aspectos centrales, tales como: la primacía y prioridad de las reglas, la separación del derecho y la moral, y la indeterminación del derecho y la discrecionalidad judicial.

De las réplicas de Dworkin a sus críticos se desprenden tesis reforzadas: 1) la preexistencia y preeminencia de los derechos y/o principios; 2) la objetividad tanto del derecho como de la moral; y 3) la existencia de una respuesta correcta e incluso de una única respuesta correcta para cada caso. Con relación a la primera, cabe recordar que los derechos y/o principios no sólo existen con anterioridad —preexistencia— tal como queda de manifiesto tanto en el caso *Riggs vs. Palmer* como en el juego del ajedrez sino también cuentan con una primacía sobre las reglas —preeminencia— que permite considerarlos como ‘trumps’, *i. e.* la carta o juego que “mata todo”. En lo referente a la segunda y a la tercera solamente nos resta por el momento sentar dos precedentes.

Por un lado, la creación de Hércules en el centro de su *hard cases*, el capítulo central de su *Taking rights seriously*:<sup>20</sup>

[H]e inventado un abogado con habilidades, aprendizaje, paciencia y agudeza intelectual sobrehumanos, al cual llamaré Hércules... un juez en alguna jurisdicción estadounidense representativa... que acepta las principales reglas constitutivas y regulativas en su jurisdicción... esto es, que las leyes tienen el poder general de crear y extinguir derechos jurídicos, y que los jueces tienen el deber general de acatar las decisiones anteriores de su tribunal, o de tribunales superiores, cuando sus justificaciones racionales (*rationale*)... se extienden al caso en cuestión.

Por otro lado, la defensa de la tesis de la respuesta correcta en el corazón del capítulo último “Can rights be controversial?” del citado libro:<sup>21</sup>

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 105 y 106: “[A] lawyer of superhuman skill, learning, patience and acumen, whom I shall call Hercules... a judge in some representative American jurisdiction... [who] accepts the main uncontroversial constitutive and regulative rules of the law in his jurisdiction... that is, that statutes have the general power to create and extinguish legal rights, and that judges have the general duty to follow earlier decisions of their court or higher courts whose rationale... extends to the case at bar”.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 279: “My arguments suppose that there is often a single right answer to complex questions of law and political morality. The objection replies that there is sometimes no single right answer, but only answers”.

[H]e de defender los argumentos de este libro contra una objeción de amplio alcance y que, si no se refuta, puede ser destructiva. Mis argumentos suponen que frecuentemente hay una sola respuesta correcta a complejas cuestiones de derecho y moralidad política. La objeción responde que en ocasiones no hay una sola respuesta, sino solamente respuestas.

En el proceso de defender sus tesis originales y reforzadas, Dworkin ha tenido que reconstruir su teoría liberal del derecho fundada en los derechos y/o principios a la cual le ha dado un giro interpretativo al acercar el análisis del derecho a la literatura y confrontar la interpretación jurídica con la literaria. Antes de proceder con nuestra exposición, cabe aclarar que no se trata de nuevas tesis sino de desarrollos mejores y más profundos de las mismas al poner mayor énfasis en su teoría de la interpretación, la cual esboza en su *A Matter of Principle*: “el derecho como interpretación”<sup>22</sup> y detalla en su *Law’s Empire* “el derecho como integridad”.<sup>23</sup>

A continuación procedemos a abrir un paréntesis, para señalar que hay un acuerdo bastante general de que la interpretación comprende dos elementos principales: 1) un texto —elemento objetivo—; y 2) un intérprete —elemento subjetivo—. Sin embargo, la correlación entre ambos se caracteriza por una serie de preguntas abiertas: ¿Cuánto peso tiene el texto y cuánto el intérprete en el proceso interpretativo? ¿Cuánta restricción (constraint) impone el texto al intérprete y cuánta libertad (*freedom*) tiene el intérprete para alejarse del texto? Ciertamente, hay un desacuerdo significativo entre las diferentes teorías jurídicas formalistas/positivistas y las anti-formalistas/anti-positivistas, acerca del papel más o menos activo-pasivo y deferente-descortés del intérprete jurídico por excelencia: el juez, hacia el texto jurídico y a su creador; el legislador.

Una vez cerrada nuestra digresión, debemos aludir a dos textos de Dworkin: 1) “Is There Really No Right Answer in Hard Cases?”<sup>24</sup> y 2) “Law as Interpretation”.<sup>25</sup> El primero constituye una versión revisada

<sup>22</sup> Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

<sup>23</sup> Dworkin, Ronald, *Law’s Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986 (hay versión en español: *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988).

<sup>24</sup> Dworkin, Ronald, “Is There Really No Right Answer in Hard Cases?” *A Matter of Principle*, cit. en la nota 22, pp. 119-145 (hay versión en español: “¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?”, trad. Maribel Narváez Mora, en Casanovas, Pompeu y Moreso, Jose Juan (eds.), *El ámbito de lo jurídico...*, cit. en la nota 4, pp. 475-512.

<sup>25</sup> Dworkin, Ronald, “Law as Interpretation”, *Texas Law Review*, vol. 60, 1982, pp. 527-550 (también publicado en *Critical Inquiry* vol. 9, núm. 1, septiembre de 1982; re-



del texto que apareció originalmente en el libro en homenaje a H. L. A. Hart, bajo el título de “No Right Answer?”.<sup>26</sup> El segundo constituye la ponencia presentada en un evento sobre Politics of Interpretation y una versión previa del texto incluido en *A Matter of Principle* como capítulo 6 “How Law Is Like Literature”.

De esta forma, ambas tesis —la respuesta correcta y la relación derecho-literatura— han dado lugar a un cálido debate entre el propio Dworkin y el crítico literario Stanley Fish, quien en aquel evento fuera su comentarista. Cabe aclarar que aquél tiene presente el celeberrimo libro de éste —*Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities*—<sup>27</sup> y le reconocía el mérito de “habernos familiarizado con la idea de una política de la interpretación” al “promover una teoría de la interpretación que supone que las contiendas entre escuelas rivales de interpretación literaria son más políticas que argumentativas: profesoras rivales en búsqueda de dominio”.<sup>28</sup>

Desde aquel entonces el debate ha sido caracterizado no sólo por ires y venires sino también por ser cada vez más irrespetuosos. En resumidas cuentas, Fish comentó la ponencia original y su comentario fue publicado como “Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature”.<sup>29</sup> Dworkin respondió a las críticas en “My Reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please Don’t Talk about Objectivity Any More”.<sup>30</sup> Fish, a su vez, profundizó su criticismo en “Wrong Again”,<sup>31</sup> y, Dworkin, por su parte, su defensa en el capítulo 7 “On Interpretation and

producido en Mitchell, W. J. T. (ed.), *The Politics of Interpretation*, Chicago-Londres, Chicago University Press, 1983, pp. 249-270; y revisado como “How Law Is Like Literature”, *A Matter of Principle*, cit. en la nota 22, pp. 146-166.

<sup>26</sup> Dworkin, Ronald, “No Right Answer?” en Hacker, P. M. S., y Raz, J. (eds.), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Londres, Oxford University Press, 1977, pp. 58-84.

<sup>27</sup> Fish, Stanley, *Is There a Text in this Class? The Authority of Interpretive Communities*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

<sup>28</sup> Dworkin, Ronald, “Law as Interpretation”, cit. en la nota 25, p. 549.

<sup>29</sup> Fish, Stanley, “Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature”, *Texas Law Review*, vol. 60, 1982, pp. 551-567 (publicado también en *Critical Inquiry*, vol. 9, núm. 1, septiembre de 1982 y reproducido en Mitchell, W. J. T. (ed.), *The Politics of Interpretation*, cit. en la nota 25, pp. 271-286.

<sup>30</sup> Dworkin, Ronald, “My Reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please Don’t Talk about Objectivity Any More”, en Mitchell, W. J. T. (ed.), *The Politics of Interpretation*, cit. en la nota 25, pp. 283-313.

<sup>31</sup> Fish, Stanley, “Wrong Again”, *Texas Law Review*, vol. 62, 1983, pp. 299-316.

Objectivity” de *A Matter of Principle*, el cual contiene material alterado y abreviado de su réplica previa.<sup>32</sup>

Claramente, Fish representa —como Kennedy— las tesis de la subjetividad e indeterminación: “no hay una sola respuesta, sino respuestas”, mientras que Dworkin simboliza las tesis de la objetividad y determinación: “no solamente hay una respuesta correcta sino que además es posible hablar de la única respuesta correcta”, al grado que en su artículo “No Right Answer?” concluye: “Para todos los efectos prácticos, siempre habrá una respuesta correcta en la trama entretejida de nuestro derecho”.<sup>33</sup> A pesar de que esta conclusión no aparece en la versión revisada, no hay ninguna razón para pensar que Dworkin ha cambiado de opinión. De hecho, cuando reinició la contraofensiva con su “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”, insistió: “Esta tesis de la «no respuesta correcta» no puede ser verdadera por *default* en derecho más que en ética, estética o moral...”.<sup>34</sup>

Por su parte, Fish toma parte con aquellos que están en contra de la adherencia a los principios: “El problema con los principios es, primero, que no existen, y, segundo, que hoy día muchas cosas malas son hechas en su nombre.” Así mismo, “no hay principios neutrales, solamente principios así llamados, los cuales ya están informados por el contenido sustantivo al que están retóricamente opuestos”.<sup>35</sup>

Ciertamente, el desacuerdo entre Dworkin y Fish es un reflejo hasta cierto punto de la idea de “profesorados rivales en búsqueda de dominio”. Sin embargo, no por ello diría que es “más político que argumenta-

<sup>32</sup> Dworkin, Ronald, “On Interpretation and Objectivity”, *A Matter of Principle*, *cit.* en la nota 22, pp. 167-177.

<sup>33</sup> Dworkin, Ronald, “No Right Answer?”, *cit.* en la nota 26, p. 84: “For all practical purposes, there will always be a right answer in the seamless web of our law” (la traducción es nuestra).

<sup>34</sup> Dworkin, Ronald, “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 25, núm. 2, primavera de 1996, p. 38: “This «no right answer» thesis cannot be true by default in law any more than in ethics or aesthetics or morals...” (La traducción es nuestra).

<sup>35</sup> Fish, Stanley, *The Trouble with Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, p. 2: “The trouble with principle is, first, that it does not exist, and, second, that nowadays many bad things are done in its name”. (La traducción es nuestra.) *Ibidem*, p. 4: “there are no neutral principles, only so-called principles that are already informed by the substantive content to which they are rhetorically opposed...” (La traducción es nuestra).

tivo”. Ni mucho menos que no existe la posibilidad de conciliar, hasta cierto punto, las dos posturas.

Cabe recordar que Fish cuestiona: “¿Es el lector —intérprete— o el texto la fuente de su significado?” En su respuesta afirma de manera explícita “el texto no es el único o suficiente repositorio del significado” y de modo implícito el lector —intérprete— tampoco es el único o suficiente depositario del significado. De igual forma, “las actividades del lector —intérprete— no son meramente instrumentales o mecánicas, sino esenciales” pero también el texto es esencial. Así, “el lector —intérprete— es corresponsable por la producción de un significado... que es redefinido como un evento más que como una entidad” pero en ese caso el texto también sería corresponsable. De tal guisa, “el significado no es propiedad del texto”, pero tampoco lo es del lector —intérprete—. Por el contrario, “uno puede observar o seguir su emergencia gradual en la interacción entre el texto y el lector —intérprete—”.

Por lo pronto parece claro que la fuente del significado no es el lector —intérprete— ni el texto sino la interacción entre ambos. De hecho, coinciden en que es posible contraponer dos modelos de interpretación de textos: el *persuasivo* al *demostrativo* (Fish) y el *constructivo-interpretativo* al *descriptivo-evaluativo* (Dworkin). Nuestra razonada es que hasta este punto los dos están de acuerdo. Sin embargo, al final del día, el primero acentúa que la interpretación es *intersubjetiva* y *perspectiva* al grado de que no hay respuestas correctas, solamente respuestas; entre tanto el segundo enfatiza que la interpretación es *objetiva* y *neutral* al punto que hay respuestas correctas e incluso una respuesta correcta.

Para Fish —y al aparecer también para Dworkin— las “estrategias interpretativas” no son puestas en efecto después de leer —interpretar— el texto, sino que le dan forma a la lectura —interpretación— y como le dan a los textos su forma, los hacen más que derivar de ellos. Así, parece como si el texto fuera desplazado del centro de autoridad a favor del lector —intérprete— cuyas estrategias interpretativas le dan un significado, pero tales estrategias no son suyas, sino que proceden de la “comunidad interpretativa” de la cual él es un miembro.

Por consiguiente, son las “comunidades interpretativas” las que producen los significados, al imponer ciertas restricciones a la libertad del lector —intérprete— para interpretar el texto, tales como la necesidad de que la interpretación como sugiere Dworkin no sólo encuadre o enmar-

que sino también de cohesión e integre. Tal y como lo ilustra con la metáfora de “la novela en cadena o en serie” (*chain novel*) a la cual Fish se refiere como “la pandilla en cadena o en serie” (*chain gang*).

Cabe señalar que las “comunidades interpretativas” están conformadas por todos aquellos que comparten las mismas “estrategias interpretativas”. Por supuesto que al interior de una “comunidad interpretativa” puede haber “subcomunidades interpretativas”. Ahora bien, para Fish:<sup>36</sup>

Una comunidad interpretativa no es objetiva porque como un ramillete de intereses, de objetivos y propósitos particulares, su perspectiva es interesada en lugar de neutral; pero con el mismo razonamiento, los significados y los textos producidos por una comunidad interpretativa no son subjetivos porque no proceden de un individuo sino de un punto de vista público y convencional.

Aun cuando tiene razón cuando dice que toda interpretación es intersubjetiva y perspectiva en lugar de objetiva y neutral, no por ello creemos que a partir de la noción de “comunidad interpretativa” y de sus “estrategias interpretativas” sea imposible alcanzar un cierto grado de objetividad, claro está que a partir de la intersubjetividad de dicha comunidad interpretativa y con las limitantes de sus propias estrategias interpretativas. Es preciso aclarar que la objetividad no implica ni tiene por qué implicar neutralidad. Ciertamente el juez tiene que ser imparcial además de objetivo, pero no neutral ya que tiene que darle la razón a alguna de las partes ó lo que es lo mismo, optar por una interpretación sobre las demás. En pocas palabras: no puede permanecer indefinido e indiferente.

#### V. CONCLUSIÓN: OBJETIVIDAD —POR LA VÍA DE LA INTERSUBJETIVIDAD— E (IN)DETERMINACIÓN

Una vez que el continuum —que según Hart lo tiene a él en el centro como el término medio virtuoso entre los dos extremos viciosos de un espectro, a saber el noble sueño de Pound/Dworkin y la pesadilla de Frank-Llewellyn/Kennedy— se convierte en un triángulo equilátero, es posible identificar tres controversias en lugar de nada más una: 1) deter-

<sup>36</sup> Fish, Stanley, *Is There a Text in this Class?*, cit. en la nota 27, p. 5.

minación e indeterminación del derecho; 2) conexión y separación entre derecho-moral; y 3) objetividad y subjetividad en el derecho.

Toda vez que el artículo implica una crítica abierta al formalismo-positivismo jurídico y a una de sus tesis principales, a saber: la separación entre derecho y moral, procedimos a analizar desde la perspectiva de la conexión entre derecho y moralidad política un doble dilema: determinación-indeterminación, de un lado, objetividad-subjetividad, del otro. De esta forma, de las posibles conclusiones que podrían derivar de este artículo es imperativo subrayar dos:

1) La primera parte del dilema es falsa, porque independientemente de cierta indeterminación —en el mundo de lo posible puede haber una infinidad de respuestas— el derecho requiere de determinación —en el mundo de lo deseable debe haber solamente una respuesta correcta— para poder funcionar como tal, si no fuera así privaría la incertidumbre e inseguridad y con ellas la anarquía; y,

2) La segunda parte del dilema también es falsa, puesto que en el derecho y su interpretación hay al menos dos elementos: uno objetivo —el texto— y otro subjetivo —el intérprete—, pero además de estos encontramos a la “comunidad interpretativa” a la que pertenece el intérprete, así como las “estrategias interpretativas” que emplea, mismas que lo limitan pero que le permiten alcanzar cierta objetividad por la vía de la intersubjetividad. A este tipo de objetividad, en contraposición a la tradicional que podemos denominar “objetividad”, la podríamos llamar “objetividad” o bien tendríamos que acuñar un nuevo término: “sobjektividad”.<sup>37</sup>

Así, aunque es cierto que el derecho es en principio indeterminado, también está claro que es determinado o mejor dicho determinable; asimismo es objetivo, pero no en la forma típica —independiente de las valoraciones subjetivas— sino precisamente por la vía de la intersubjetividad, *i. e.*, de confrontar las diferentes interpretaciones, al tener presentes y tomar en consideración todas las limitaciones y restricciones a la libertad del intérprete impuestas no solamente por el texto mismo sino —y

<sup>37</sup> En una plática informal con Robert Alexy, al concluir una de las sesiones sobre *Law and Objectivity* en el Congreso del IVR en Lund, Suecia, el 15 de agosto de 2003, comentábamos sobre la necesidad y conveniencia de estipular dicho vocablo, el cual de pasada ofrece la ventaja de diferenciar dos sentidos de ‘intersubjetividad’: un sentido fuerte, ‘intersubjetividad’<sub>1</sub> como un mero acuerdo o consenso intersubjetivo; y, un sentido débil, ‘intersubjetividad’<sub>2</sub> como la búsqueda de la objetividad por la vía de una deliberación o discusión intersubjetiva.

sobre todo— por la “comunidad interpretativa” a la que pertenece y las estrategias interpretativas propias de ésta.

En resumidas cuentas, es posible la indeterminación al haber una infinidad de respuestas correctas tantas como “comunidades interpretativas” y “estrategias interpretativas”, pero al mismo tiempo es deseable la determinación para poder llegar a una respuesta correcta, al incorporar cierta objetividad en el derecho por la vía de la intersubjetividad —entendida ésta no como un mero acuerdo o consenso sino como la deliberación o discusión— o “objetividad”.