

LA ENSEÑANZA DE TEXTOS JURÍDICOS EN SEDE INDETERMINISTA

3

Óscar Alexis Agudelo Giraldo

Introducción

El arquetipo formal de los sistemas jurídicos, distinto a la forma de positivismo jurídico arcaico visto en la tradición del formalismo, y que tampoco obedece a la noción estipulativa de la formalidad del derecho, se erigió bajo el ideal o la pretensión de completitud. En este sentido, se aspiraba a que el derecho prestara soluciones jurídicas correctas y definitivas a los problemas jurídicos que se suscitaban; pretensión que requería de una contundente precisión en los conceptos sobre los cuales se estimaban los supuestos jurídicos de la vida cotidiana. Sin embargo, al ser el lenguaje de las normas jurídicas un lenguaje combinatorio, entre tanto requiere el uso de tecnicismos, acompañado del lenguaje natural, el derecho adopta de este sus características definitorias, como son, su ambigüedad y vaguedad, las cuales se presentan como condiciones propias del fenómeno de la indeterminación.

Por otra parte, en la tradición del realismo jurídico norteamericano, se insertó el argumento de la indeterminación legal para demostrar que la aplicación

nomológico-deductiva del derecho no es capaz de determinar respuestas correctas para la totalidad de los casos particulares¹³².

Es así como, el punto de ataque de los Critical Legal Studies, desde el argumento de la indeterminación legal, será el reto para el sistema jurídico y las facultades de Derecho de crear sociedades democráticas e igualitarias; es decir, la apuesta de un argumento indeterminista en pro de una metodología social y política en la enseñanza del derecho.

Sin embargo, los Critical Legal Studies se quedan cortos frente al uso del fenómeno indeterminista, en relación con los procesos de enseñanza-aprendizaje en materia jurídica. Al emplear la tesis del indeterminismo como puente para la enseñanza social y política del derecho, olvidan la naturaleza misma de la indeterminación. Inicialmente, este es un problema lógico que, como mostraba Aristóteles, se predica de todo lenguaje natural. El Estagirita encuentra inicialmente el problema de la indeterminación en la imposibilidad de predicar el principio de bivalencia —verdadero/falso— a las proposiciones formuladas en tiempo futuro.

En atención a lo dicho, la indeterminación legal como especie de la indeterminación semántica, debe ser vista, para efectos prácticos, como un contraformalismo y no como un antiformalismo, de tal manera que, vislumbrando sus causas, formas y características principales, se pueda hacer uso de este contraformalismo en los procesos de enseñanza-aprendizaje. De ahí que, en el presente capítulo, a partir de la teoría jurídica que enriquece al fenómeno de la indeterminación legal, se propondrá al indeterminismo como metodología de enseñanza del derecho.

Borderline cases e indeterminación legal

El fenómeno de la indeterminación del derecho, pese a contar con años de construcción teórica como perspectiva crítica, continúa afectando a los paradigmas jurídicos contemporáneos. Por ejemplo, a la luz de los Estados constitucionales, que apuestan por modelos constitucionales flexibles, se vislumbra un contenido indeterminista en las cláusulas abiertas sobre el contenido de los derechos fundamentales.

.....
132 J. Hasnas, Back to the future: From critical legal studies forward to legal realism, Or how not to miss the point of indeterminacy argument. *Duke Law Journal*, 1995, pp. 84-132, p. 88.

•La enseñanza de textos jurídicos en sede indeterminista •

Este conceptuador jurídico, por regla general, aparece en el contraste de las teorías críticas del derecho con la tradición formalista, añadiendo, entre otras: 1) la tesis de la determinación causal en el marco de la decisión judicial (T1); 2) la tesis de la determinación bajo el examen de los sistemas jurídicos completos o incompletos (T2); 3) la tesis de la indeterminación legal como fenómeno de naturaleza lógica que cuestiona la predicación de bivalencia para el lenguaje de las normas jurídicas (T3); 4) la tesis de indeterminación ligada a los problemas de los lenguajes naturales, por ejemplo, vaguedad y ambigüedad (T4); 5) la tesis de la determinación del contenido del derecho, ceñida a la posibilidad de respuestas jurídicas correctas para los casos (T5)¹³³.

La concepción del derecho como sistema de reglas conlleva una tesis formalista según la cual el derecho es determinado y brinda respuestas a todos los casos. Por un lado, existe indeterminación del texto legal y, por otro, existe indeterminación de una regla cuando esta se aplica a un caso disperso. Por ello, la indeterminación del derecho se relaciona y afecta dos puntos neurálgicos:

1. La interpretación legal.
2. La legitimidad y el concepto del imperio de la ley¹³⁴.

Siendo el derecho comunicado a través de lenguaje, es ostensible que los ordenamientos jurídicos no pueden prescindir del análisis de este, razón por la cual, dedicarse al análisis del derecho como orden jurídico implica el estudio sobre la inevitable indeterminación de la que padecen los textos jurídicos¹³⁵.

Según Del Real Alcalá¹³⁶, históricamente para la teoría jurídica, la teoría de la indeterminación del derecho debe sus raíces a:

1. Hans Kelsen y la dinámica jurídica.
2. Hart y la textura abierta de los lenguajes naturales.
3. Bobbio, y el concepto de los sistemas jurídicos abiertos¹³⁷.

.....
133 C. Redondo, Teorías del derecho e indeterminación normativa. En J. N. Moreso, *Conocimiento jurídico y determinación normativa*. México: Fontamara, 2002, pp. 95-129, p. 104.

134 S. Gurler, The problem of indeterminacy in contemporary legal philosophy and Lawrence Solum's approach to the problem. *Annales Istanbul University Law Faculty*, núm. 57, 2008, pp. 37-64, p. 38.

135 J. A. del Real Alcalá, Sobre la indeterminación del derecho y la ley constitucional. El caso del término "nacionalidades" como concepto jurídico indeterminado. En D. R. Cienfuegos, *Estado, derecho y democracia en su momento actual*. Monterrey: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. 323.

136 *Idem*.

137 *Ibid.*, p. 324.

Al respecto, persisten dos tesis sobre los orígenes de la indeterminación normativa, derivadas de los presupuestos del formalismo jurídico y de la obra de Kelsen. Por un lado, se considera que en Kelsen se evidencian tesis primigenias del fenómeno indeterminista. En sentido opuesto, se ha estimado que en los trabajos del jurista vienés no se afirma la tesis indeterminista, sino la tesis de la completitud normativa; es decir, una tesis determinista. Ello se debe, a juicio de Del Real Alcalá, a la inexistencia de casos marginales (*borderline cases*) en la teoría jurídica de Kelsen¹³⁸.

La presencia de casos marginales, vendrá a ser vislumbrada en las aportaciones de Hart, para quien la aplicación de un término, por vía de interpretación, puede corresponder a una de las siguientes zonas:

- Zona de claridad: referida a hechos denotados con certeza por el término o los términos empleados en la oración.
- Zona de oscuridad: referida a palabras que no se aplican por ocasión de los hechos.
- Zona de penumbra: corresponde a casos donde la aplicación del término es dudosa.

Cuando se presentan circunstancias no previstas, aun las palabras más precisas pueden generar dudas acerca de su aplicabilidad. De esta manera, nunca será suficiente una clasificación de propiedades que se consideren capaces para el uso de una expresión, teniendo en cuenta que pueden aparecer circunstancias insólitas que sugieren la existencia de otras propiedades para la aplicación de la palabra. Lo anterior alude a una genealogía formal en la construcción del lenguaje y específicamente del jurídico.

Por otro lado, Del Real Alcalá presenta una clasificación de los casos provistos por la indeterminación, donde exhibe:

1. Casos marginales que deambulan entre la aplicabilidad e inaplicabilidad del derecho.
2. Casos dudosos, donde no es claro si un caso se encuentra en el núcleo de certeza de la norma jurídica.
3. Casos indeterminados.

138 J. A. Del Real Alcalá, ¿"Paradoja" de H. Kelsen sobre la indeterminación normativa? *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 15, 2007, p. 1.

4. Casos difíciles, que equivalen a aquellos regulados de forma incompleta o no regulados¹³⁹.

En el momento donde sea cuestionado o dudoso un punto de aplicación, es decir, cuando se cuestione la aplicación de una regla del sistema jurídico, se entiende que aquella regla es “indeterminada” y adolece de lo que ha sido denominado “textura abierta”¹⁴⁰, la cual, derivada como característica general del lenguaje humano, opera sobre la ausencia de certeza, presente en la zona marginal como consecuencia del uso de términos generales clasificatorios. La zona marginal equivale a una zona de penumbra donde la oportunidad de determinar la verdad o falsedad de clasificación de un objeto en el concepto, se encuentra imposibilitada; es decir, la vaguedad pone en jaque al principio lógico de bivalencia pues, para una expresión vaga es difícil delimitar sus condiciones de verdad. De ahí que “la vaguedad es la única fuente importante de discrecionalidad judicial, si se excluyen los márgenes de discrecionalidad explícitamente concedidos y las convenciones que atribuyen a los jueces el poder de desarrollar el derecho”¹⁴¹.

Siendo así, cuando el significado de las palabras que hacen parte de la oración es impreciso, la oración expresada puede adolecer de vaguedad. El tipo de palabras que conforman una oración vaga no tiene límite cuantitativo para su aplicación, ya que corresponde a propiedades que en la realidad se pueden dar en diferentes grados, tales como, en virtud de la paradoja del montón, las palabras “alto” o “pesado”, considerando que resulta imposible determinar de manera genérica a partir de cuántos centímetros se es alto y a partir de cuántos kilos más o menos se es pesado.

Partiendo de la zona de oscuridad como un universal, y pasando a los casos marginales como su particular, debe ahora atenderse a la tipología de casos difíciles, como su singular. Según lo dicho, los casos difíciles por regla general obran en las denominadas lagunas normativas. Sin embargo, hay lugar a un caso difícil cuando en la solución aplicable al problema jurídico se encuentran dos principios que colisionan. Al respecto, debe entenderse que la colisión de dos principios como tipo de caso difícil, no reporta las mismas características, ni arroja las

.....
139 *Ibid.*, p. 2.

140 F. V. Waismann, *Verifiabilit. Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. XIX, 1945.

141 G. Tuzet, Jurisdicción, interpretación y sistema jurídico. En *Pragmática de lo indeterminado*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2007, pp. 39-70, p. 12.

mismas consecuencias de la contradicción entre dos normas jurídicas¹⁴². En el procedimiento de ponderación de derechos fundamentales en categoría de principios, se encuentra que entre estos no operan contradicciones, sino colisiones¹⁴³ y, en la determinación del peso concreto de cada uno de los principios, en apoyo de unas cargas argumentativas, se determina simplemente qué derecho, en el problema jurídico planteado, tiene más peso sobre el otro, sin que esto conlleve que el principio derrotado desaparezca del sistema jurídico¹⁴⁴.

Otro tipo de caso difícil sería aquel en donde no existe si quiera una solución jurídica normativa al problema jurídico planteado, dando así lugar a la presencia de una laguna normativa. Este tipo de caso difícil puede darse en virtud de la relativa “indeterminación de propósitos del legislador” pues, en la determinación de propiedades jurídicas relevantes para la elaboración de normas jurídicas, no es factible exigirle al legislador una predicción de lo que hacia un futuro pueda ocurrir y, por tanto, deba legislar.

Hay lugar a un caso difícil, además, cuando a pesar de existir solo una alternativa de solución al caso, su aplicación se constituye como injusta en el criterio del intérprete. Bajo este tipo de caso difícil, subyace toda una teoría de las normas injustas y la hipótesis de no obligación, por parte de los jueces, de aplicación de esta categoría de normas. Este tipo de casos difíciles demuestra la cercanía de las decisiones judiciales con asuntos temáticos y metodológicos de la filosofía. La doctrina de la ley injusta aparece en el mundo del derecho a través de decisiones judiciales históricas frente a problemas jurídicos que constituyeron evidentes casos difíciles por tener que juzgar y decidir sobre hechos del pasado que fueron amparados en una normatividad jurídica injusta pero válida, de acuerdo con los presupuestos temporales de validez de cada nación. Un ejemplo clásico de este tipo de caso difícil se dio en los famosos juicios de Nüremberg, donde los jueces de las naciones vencedoras juzgaron a los soldados alemanes por las atrocidades cometidas durante el holocausto nazi, advirtiendo que los hechos cometidos se

142 J. Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 68.

143 O. Agudelo, *Hermenéutica, indeterminación del derecho y administración de justicia*. Sin fundamento. *Revista Colombiana de Filosofía*, núm. 12, 2012, pp. 89-102.

144 C. Bernal, *La ponderación como procedimiento para interpretar los Derechos Fundamentales*. En N. F. Cáceres, *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

•La enseñanza de textos jurídicos en sede indeterminista •

encontraban amparados por la normatividad alemana vigente en ese momento, declarando así a su favor que sus acciones, a pesar de ser atroces, no fueron contrarias al derecho de su época. Otro caso que demostró la existencia de casos difíciles frente a la existencia de respuestas injustas, en normas jurídicas injustas, se dio en una famosa sentencia del Tribunal Constitucional Alemán denominada *Mauerschutzen*, donde se condenó a varios soldados alemanes que bajo la legislación de la República Democrática Federal Alemana estaban facultados para disparar en contra de quienes intentaban traspasar las fronteras que dividían a Alemania en dos, dando muerte de manera injusta a un sinnúmero de ciudadanos alemanes.

Ley de fronteras de la RDA, año 1982, parágrafo 27, apartado 2, párrafo 1: El uso de armas de fuego está justificado para evitar la perpetración inminente o la continuación de un hecho delictivo que tenga la apariencia de delito según las circunstancias [...] Parágrafo 27, apartado 5: Al hacer uso de las armas de fuego se protegerá en lo posible la vida de las personas¹⁴⁵.

Retomando a Kelsen, en materia de indeterminación normativa, para este, en la interpretación de las normas jurídicas subsiste su ambigüedad, por lo cual, de la múltiple existencia de métodos interpretativos, pueden resultar diferentes significados sobre una misma disposición normativa¹⁴⁶. De ahí, en materia de lenguaje jurídico, para Kelsen, citado por Núñez¹⁴⁷, existen cuatro agentes que interpretan el derecho:

1. El abogado que realiza alegaciones persuasivas en un procedimiento judicial.
2. El legislador, autor de interpretaciones auténticas.
3. El juez, al generar interpretaciones auténticas individuales.
4. El científico del derecho, que describe los posibles significados que se pueden atribuir a una norma.

Atendiendo a la órbita del juez —numeral 3—, en la construcción del razonamiento jurídico, el cual determina un orden consecutivo de premisas donde se relacionan la norma jurídica aplicable y el caso objeto de solución normativa, el

.....
145 O. Pérez, El caso de los tiradores del muro de Berlín. A vueltas con algunos debates clásicos de la filosofía del derecho del siglo XXI. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 2011, p. 464.

146 Núñez, A., Hans Kelsen: Preface. On interpretation. *Eunomia. Revista de cultura de la legalidad*, núm. 01, 2011, p. 175.

147 *Ibid.*, p. 174.

paso de inferencia de uno a otro, depende del uso de conceptos e instituciones jurídicas. Ocurre que, muchas veces, los conceptos jurídicos no determinan supuestos de hecho en concreto, vislumbrando así la naturaleza de la indeterminación del derecho. Por ello, apegado a la semántica de la formulación lingüística de las normas jurídicas, Tuzet determina como tesis central de indeterminación normativa, a aquellos casos que no se encuentran, de forma clara, dentro de la denotación de los conceptos jurídicos¹⁴⁸.

Para efectos del presente, serán relevantes cada una de las tesis delimitadas (T1, T2, T3, T4, T5), en tanto el paso por seguir a partir del enfoque metodológico indeterminista, y la identificación práctica en el proceso de enseñanza-aprendizaje, de la ausencia de completud en los sistemas jurídicos, que da lugar a lagunas normativas, será la sistematización —vía realimentación— del defecto semántico y lingüístico del sistema y su hipótesis de solución. También será relevante la tesis quinta, pues, la presencia y propuesta de casos difíciles como objeto de estudio en la educación legal, supondrá la desmitificación de la única respuesta correcta, obligando al intérprete a acudir a mecanismos alternos y cargas argumentativas en la elección de la solución que parezca más correcta y se constituya como la definitiva¹⁴⁹.

Concepciones y formas de la indeterminación legal

Sercan Gurler señala cinco definiciones posibles para el término indeterminación, así:

1. P es indeterminado, si p no llega a su fin.
2. P es indeterminado si p no es fijo o no tiene propiedades fijas, es vago o indefinido, no tiene un valor fijo.
3. P es indeterminado si p no puede ser resuelto o terminar específicamente una disputa, en cuyo caso p es incierto.
4. P es indeterminado si P no es particularmente designado.
5. P es indeterminado si es imposible determinarlo con antelación¹⁵⁰.

148 G. Tuzet, Jurisdicción, interpretación y sistema jurídico, *op. cit.*, p. 2.

149 A. Aarnio, ¿Una única respuesta correcta? En A. Aarnio, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madrid: Fundación Coloquio Europeo, 2013, pp. 9-46, p. 10.

150 S. Gurler, The problem of indeterminacy in contemporary legal philosophy and Lawrence Solum's approach to the problem, *op. cit.*, p. 39.

De la relación de las cinco definiciones se extrae que “P is indeterminate if P is not particularly designated hence it is impossible to determine P in advance, in which case P is undecided, unsettled, uncertain, is vague or has not fixed value”¹⁵¹.

Las causas que dan lugar a la presencia de síntomas indeterministas en los sistemas legales varían, dependiendo de la concepción determinista que se adopte. En términos generales, obran para la teoría jurídica tres conceptos de indeterminación legal, que no son independientes de los tipos de indeterminación jurídica:

1. Una indeterminación semántica dada en los problemas de vaguedad y ambigüedad de los lenguajes naturales que son empleados por el lenguaje jurídico.
2. Una indeterminación basada en la ausencia de respuestas jurídicas correctas para cada caso en concreto, que posibilita decisiones judiciales discrecionales, propias de las teorías jurídicas norteamericanas.
3. Una indeterminación lógica que, vinculada al lenguaje de las normas jurídicas, abre la pregunta sobre la posibilidad de predicar bivalencia en la formulación lingüística de las normas jurídicas.

Contextualizando las teorías jurídicas propuestas, en el ámbito jurídico norteamericano se ha entendido que el problema de la indeterminación del derecho radica en la inexistencia de respuestas jurídicas concretas. Lo anterior, supondrá una amenaza para la naturaleza del imperio de la ley. Radbruch, en Maxeiner, estipulaba la existencia de antinomia entre la justicia, la política y la determinación del derecho. Por ello, no es posible alcanzar una absoluta determinación legal sin sacrificar la justicia y los intereses dados en las políticas públicas. Paso seguido, eliminar la indeterminación para los sistemas jurídicos es una labor imposible, considerando a su vez que esta puede operar como mecanismo de clausura¹⁵².

Atendiendo a sus causas, la indeterminación legal en el contexto jurídico norteamericano es producto, a juicio de Maxeiner, de dos tópicos:

1. Los métodos legales del sistema (cánones de interpretación).
2. Las estructuras legales (superioridad jerárquica e imperio de la ley)¹⁵³.

.....
151 *Idem*.

152 J. Maxeiner, Legal indeterminacy made in America: U.S. Legal methods and the rule of law. *Valparaíso Law Review*, vol. 41, núm. 2, 2007b, p. 519.

153 *Ibid.*, p. 520.

Es de anotar que los métodos de interpretación legal —*legal methods*— obran en dos sentidos opuestos para las formas más genéricas de sistema jurídico:

- Para el sistema jurídico norteamericano obran como punto central de la existencia de indeterminación legal.
- Para el sistema europeo, ligado a la tradición del *civil law* en su mayoría, operan como mecanismo de certeza jurídica y orientación normativa¹⁵⁴.

De acuerdo con lo dicho, a favor del imperio de la ley obran los métodos legales o de interpretación, los cuales contribuyen bajo dos formas:

- Hacen el derecho más claro.
- Hacen de la aplicación del derecho algo predecible¹⁵⁵.
- En apoyo a estas dos funciones, Maxeiner estima que “In a broad sense, legal methods are devices used to apply abstract legal rules to factual situations in order to decide concrete cases”¹⁵⁶. Siendo así, los métodos de interpretación son útiles para tres momentos jurídicos:
 - En la elaboración del derecho (*Law making*).
 - En la búsqueda de respuestas correctas (*Law finding*).
 - En la aplicación del derecho (*Law applying*)¹⁵⁷.

Ahora, atendiendo a la tradición de la teoría jurídica angloamericana, existen tres debates dedicados al estudio de la indeterminación:

1. El ataque de los realistas norteamericanos al formalismo y razonamiento legal.
2. La apuesta de los estudios críticos del derecho por un sistema jurídico radicalmente indeterminado.
3. La tesis de Dworkin sobre la única respuesta correcta¹⁵⁸.

Por otro lado, atendiendo a la indeterminación lógica propia de las estipulaciones formalistas, el principio de bivalencia es una regla lógica que determina si

154 J. Maxeiner, Legal certainty: A European alternative to American legal indeterminacy? *Tulane Journal of International & Comparative Law*, núm. 2, 2007a.

155 *Ibid.*, p. 526.

156 *Idem*.

157 *Idem*.

158 S. Gurler, The problem of indeterminacy in contemporary legal philosophy and Lawrence Solum’s approach to the problem, *op. cit.*, p. 40.

una sentencia de tipo descriptivo es verdadera o falsa. La pregunta por seguir será si el principio de bivalencia es aplicable al lenguaje de las normas jurídicas¹⁵⁹.

La versión lógica de la indeterminación legal atiende a esta como un problema, no metafísico-causal¹⁶⁰, sino, basado en Peirce, como un problema sobre “las propiedades lógicas de los términos”. Por tanto, en la pragmática de Peirce, ambigüedad y vaguedad serán dos formas, no equivalentes, de indeterminación en general. Ello lleva a distinguir el sentido lógico del sentido ordinario de la indeterminación. Mientras que el sentido ordinario se predica para las expresiones que tienen varios significados, el lógico corresponde a la relación de un término con otro, si y solo si “el segundo término no puede ser universalmente afirmado ni universalmente negado del primero”¹⁶¹. Atendiendo a su sentido lógico, una expresión es vaga “sino admite de suyo una interpretación determinada”; es decir, la interpretación es incierta, mientras que la expresión es ambigua si “admite varias interpretaciones determinadas y alternativas”, encontrando falta de certeza entre varias interpretaciones¹⁶². Siendo así, frente a la pregunta por la bivalencia, en atención a la perspectiva lógica del indeterminismo, para Madry no es aplicable, en tanto la verdad jurídica es trivalente. Para ello, Madry apuesta por tres valores veritativos:

1. La verdad.
2. Una falsedad fuerte.
3. Una falsedad débil¹⁶³.

Una vez se han distinguido los tipos de teorías jurídicas indeterministas consolidadas, y las causas de la indeterminación, deben figurar las formas de indeterminación legal para los sistemas jurídicos. Para Núñez, son dos:

1. Indeterminación intencional, vinculada a la voluntad del legislador.
2. Indeterminación no intencional, basada en:

159 A. Madry, Legal indeterminacy and the bivalence of legal truth. *Marquette Law Review*, vol. 82, núm. 3, 1999, p. 581.

160 A. Núñez, El realismo jurídico de Brian Leiter. *Diritto e questioni pubbliche*, núm. 10, 2010, pp. 439-456.

161 G. Tuzet, Jurisdicción, interpretación y sistema jurídico, *op. cit.*, p. 3.

162 *Ibid.*, p. 4.

163 A. Madry, Legal indeterminacy and the bivalence of legal truth, *op. cit.*, p. 582.

- La ambigüedad de los enunciados normativos.
- La discordancia entre la formulación lingüística de la norma jurídica y la voluntad del legislador.
- Las antinomias normativas¹⁶⁴.
- Los conflictos de reglas.
- La incerteza en la aplicación de reglas.
- Reglas indefinidas¹⁶⁵.

De manera coincidente, Segura delimita que pueden hallarse dos tipos de indeterminación del derecho. Una se atribuye a los eventos de indeterminación lingüística, y otra es aledaña a los defectos de los sistemas jurídicos. Frente a la segunda forma, es necesario aclarar que, aparte de los fenómenos de contradicciones normativas —antinomias—, se encuentran como tipología indeterminista del sistema jurídico las lagunas normativas —incalificación normativa—¹⁶⁶.

De la indeterminación intencional, subyace una pseudoindeterminación adicional, la cual estriba en la posibilidad de permitir al juez tomar varias alternativas de solución frente a la norma indeterminada. Siendo así, según se indiquen los medios de solución que pueda emplear el juez, existe indeterminación:

1. Atendiendo a las normas de fin, donde no se fijan los medios que puede emplear el juez para la solución.
2. Cuando la norma taza el mundo de posibilidades que puede emplear el juez¹⁶⁷.

Causas y soluciones del indeterminismo legal

A partir de las tres acepciones genéricas que, en materia jurídica, obran sobre el fenómeno de la indeterminación, sus causas pueden sintetizarse de la siguiente forma:

1. El uso ilimitado con el que usamos las palabras.

164 A. Núñez, Hans Kelsen: Preface. On interpretation, *op. cit.*, p. 176.

165 J. Maxeiner, Legal indeterminacy made in America: U.S. Legal methods and the rule of law, *op. cit.*, p. 522.

166 M. Segura, Problemas interpretativos e indeterminación del Derecho. *Dereito*, vol. 22, 2013, pp. 673-683, p. 676.

167 *Ibid.*, p. 678.

•La enseñanza de textos jurídicos en sede indeterminista •

2. La distancia en el tiempo, situación que se presenta entre el momento de creación de la disposición legislativa y el momento de ocurrencia de los casos objeto de su aplicación. La anterior es una causa que, sin embargo, propende por mantener el derecho vigente a partir de la casuística, presentándose así una relación entre la indeterminación del lenguaje jurídico y la perdurabilidad del derecho¹⁶⁸.
3. La voluntad del legislador.

Sobre la tercera causa de indeterminación jurídica, puede encontrarse en esta una negociación que pretende hallar el acuerdo entre ideologías diferentes¹⁶⁹. García de Enterría, en Del Real Alcalá, determina que para el legislador la indeterminación obra como “técnica de normación”, por lo que, al momento de tratar de resolverla, se deben tener en cuenta dos condiciones:

1. Fijar un significado jurídico al concepto indeterminado.
2. Aplicar un caso particular de la realidad, a la catalogación jurídica que contiene el concepto jurídico¹⁷⁰.

Cabría una tercera alternativa, la propuesta de Tuzet, para quien la indeterminación ha de poder solucionarse con una “reducción pragmática de la verdad”, ya que el fenómeno de la indeterminación, al no ser claros los casos que obran en la denotación de un concepto jurídico, constituye una amenaza al principio de legalidad¹⁷¹.

Es de notar que, en las dos condiciones de resolución del fenómeno de la indeterminación propuestas por Del Real Alcalá —fijación de significado y aplicación de un caso particular—, es en la función judicial donde obra el rol reconstructor de los conceptos jurídicos indeterminados. De ahí que: “Desde la perspectiva de la praxis judicial, la indeterminación del derecho amplía considerablemente las posibilidades interpretativas de los jueces”¹⁷². Sin embargo, persisten dos alternativas por elegir, que determinarán dos posiciones teóricas en la labor del juez reconstructor:

168 J. A. Del Real Alcalá, Sobre la indeterminación del derecho y la ley constitucional. El caso del término “nacionalidades” como concepto jurídico indeterminado, *op. cit.*, p. 336.

169 M. Segura, Problemas interpretativos e indeterminación del Derecho, *op. cit.*, p. 674.

170 J. A. Del Real Alcalá, Sobre la indeterminación del derecho y la ley constitucional. El caso del término “nacionalidades” como concepto jurídico indeterminado, *op. cit.*, p. 337.

171 G. Tuzet, Jurisdicción, interpretación y sistema jurídico, *op. cit.*, p. 2.

172 M. Segura, Problemas interpretativos e indeterminación del Derecho, *op. cit.*, p. 678.

1. La ideología política como condicionante de la elección de significado en el momento de reconstrucción semántica. Posición, que validaría la crítica y proposición de los Critical Legal Studies.
2. Apelar a la casuística aplicativa, es decir, al universo de casos que se considera se encuentra en el núcleo normativo, a partir de la reconstrucción; labor que implicaría una función de sistematización, propia de las tesis formalistas¹⁷³.

Sistema jurídico e indeterminación normativa. El problema de las respuestas correctas

De acuerdo con la tesis segunda (T2), un sistema jurídico se entenderá como indeterminado cuando alguna de las acciones del universo humano, que por supuesto tenga relevancia jurídica, no se encuentre normativamente determinada; es decir, no cuente con alguno de los estatus deónticos dados a través de normas jurídicas: permitir, prohibir, obligar. Por supuesto, aquel sistema jurídico que omita determinar estatus deóntico para una acción jurídicamente relevante, se entenderá como incompleto. Ciertamente, la consecuencia jurídica directa de la inexistencia de estatus deóntico sobre una acción, será la existencia recíproca de una laguna normativa¹⁷⁴. Asimismo, la tesis segunda de indeterminación legal corresponderá a la noción sistemática del derecho donde las normas jurídicas, que versan sobre acciones humanas, constituirán el conjunto de elementos del sistema jurídico. Sobre este pueden advertirse dos sentidos:

1. La noción ontológica, según la cual el derecho constituye un sistema en tanto, a partir de un conjunto ordenado de normas, las interrelaciona y une como elementos de un sistema normativo.
2. La noción metodológica que atenderá a la reconstrucción de conjuntos del sistema normativo, de acuerdo con criterios conceptuales.

De este modo, las representaciones sistemáticas de conjuntos normativos, esto es, los productos de la actividad de sistematización, consisten en reconstrucciones

173 J. A. Del Real Alcalá, Sobre la indeterminación del derecho y la ley constitucional. El caso del término "nacionalidades" como concepto jurídico indeterminado, *op. cit.*, p. 338.

174 O. Agudelo, La función de establecer correlaciones entre casos y soluciones como modelo indecible. En P. González, *Argumentación, lógica y hermenéutica jurídica contemporánea*. Bogotá: Ediciones Universidad Libre, 2011, pp. 239-256, p. 244.

•La enseñanza de textos jurídicos en sede indeterminista •

teórico-conceptuales de un material identificado previamente como “derecho”, mediante la utilización de otro criterio conceptual¹⁷⁵.

Al respecto, Rodríguez adicionará tres características intrínsecas en la concepción de los sistemas jurídicos:

1. Constituyen un conjunto de normas.
2. Comprenden además como elementos normativos, las consecuencias lógicas que se derivan de los enunciados explícitos por las autoridades reconocidas.
3. El cambio de los sistemas jurídicos en virtud de actos de promulgación, derogación o reforma, no afectan su identidad¹⁷⁶.

En relación con la tesis tercera, frente al problema jurídico de la indeterminación legal, la tradición realista, a la cual se le debe el nacimiento de este fenómeno, transitó por dos visiones del derecho: 1) la pesadilla del derecho como predicción de lo que los jueces harán; 2) el noble sueño de Ronald Dworkin como una teoría integralista que trunca el imperio de la discrecionalidad judicial.

Alejándose de la visión según la cual el derecho es lo que los jueces dicen, Dworkin arguye que el juez es responsable de localizar el principio o la moralidad política que mejor justifique la respuesta o solución jurídica¹⁷⁷. El noble sueño, fue una etiqueta que empleó Hart en contra del modelo de predicción judicial, en tanto con el nuevo modelo se determinan límites a la actividad discrecional del juez. Por ello, persiste un extenso margen de discrecionalidad en la pesadilla y una discrecionalidad limitada en el noble sueño¹⁷⁸.

Sin embargo, se encuentra una doble advertencia en Hart: 1) la no existencia de respuesta correcta en ciertos casos donde los jueces gozan de absoluta discreción para resolver de una manera u otra, 2) la existencia de respuesta correcta, donde los jueces no cuentan con discreción¹⁷⁹.

175 A. Freire, Los sistemas jurídicos y la aplicabilidad de sus normas. *Analisi e diritto*, 2011, pp. 190-210, p. 194.

176 J. Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos, op. cit.*, p. 119.

177 S. Anderson, *Legal indeterminacy in context. Legal indeterminacy in context*. Ohio: Ohio State University, 2006, p. 4.

178 J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 198.

179 S. Anderson, *Legal indeterminacy in context, op. cit.*, p. 5.

De la inexistencia de respuestas correctas para los casos, pueden devenir lagunas cuya denominación es diferente a la laguna normativa, y cuyo proceder puede derivar de circunstancias de carencia de certeza jurídica para un tipo específico de estas. En este punto aparecen entonces, a la luz de la teoría de los sistemas jurídicos, dos denominaciones adicionales que corresponderán a las lagunas de conocimiento y de reconocimiento. Siendo así, sobresalen las denominadas lagunas de reconocimiento que atenderán a aquellas situaciones donde el alto grado de indeterminación lingüística de las expresiones que emplean las normas jurídicas —vaguedad, ambigüedad, carga emotiva—, hace inaplicable en un caso concreto una norma jurídica específica¹⁸⁰. Frente a las normas jurídicas, se estará en alto grado de vaguedad cuando hay casos marginales para su aplicación; es decir, casos que no resultan claramente aplicables al contenido lingüístico de la norma jurídica¹⁸¹.

Entiéndase que se está en presencia de una laguna de conocimiento cuando persiste un considerable desconocimiento en la información acerca de los hechos que se deben erigir como premisa menor del razonamiento judicial, que hace inaplicable una norma, afectando así al ideal de certeza jurídica.

Frente al ideal de alcanzar certeza en el derecho, persiste desde la teoría jurídica un argumento de imposibilidad. Es así como, desde la noción de la textura abierta de Hart, sobresale una crítica a la visión rígida de la certeza jurídica como ideal. Desde luego, la visión rígida como ideal de alcanzar un conocimiento pleno o certeza sobre las normas jurídicas, correspondería a una noción mecanicista de los sistemas jurídicos, donde todo puede ser reconocido y, por tanto, las decisiones judiciales pueden darse de antaño. La anterior posición será desvirtuada cuando el ideal de certeza jurídica venga a ser desintegrado con la existencia de casos y hechos difíciles¹⁸².

La tradición de la teoría jurídica sitúa los casos difíciles en virtud de problemas de interpretación normativa o en problemas de interpretación de hechos, para lo cual acuñamos el término “hechos difíciles”, el cual ya había sido advertido

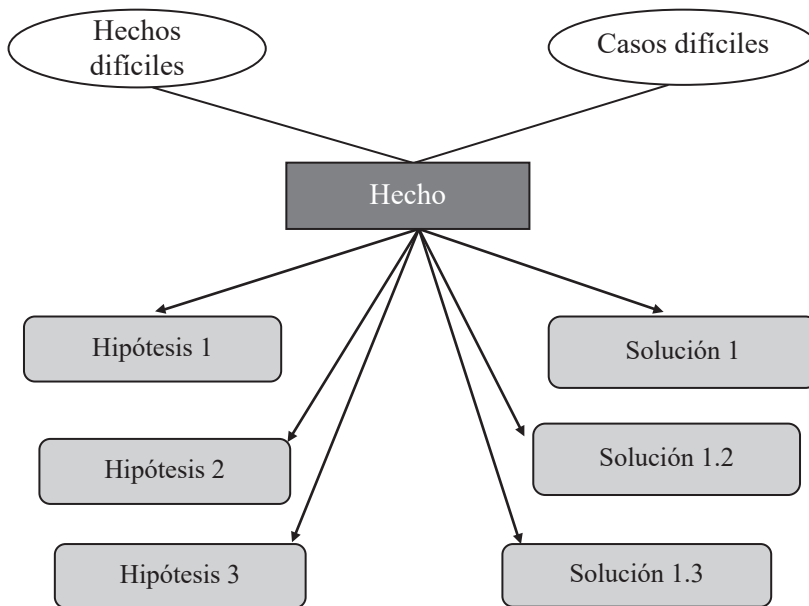
180 P. Navarro, Lagunas de conocimiento y lagunas de reconocimiento. *Análisis Filosófico*, vol. 26, 2006, pp. 180-209, p. 21.

181 T. Endicott, *La vaguedad del derecho*. Madrid: Dykinson, 2006.

182 J. A. Del Real Alcalá, Cuestionamiento contemporáneo del ideal de certeza en el derecho. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 131, 2011, pp. 675-700, p. 678.

por Dworkin al proponer la tesis de la demostrabilidad de los hechos duros (*hard facts*)¹⁸³.

En este sentido, la premisa fáctica de un razonamiento judicial debe estar en conformidad con una teoría de la ciencia, es decir, deben proveerse al menos dos o más hipótesis con respecto a los hechos que tienen relevancia jurídica. El problema frente a la formulación de la hipótesis de los hechos es que dos o más hipótesis pueden ser igualmente verdaderas respecto a un mismo fenómeno y, dos o más hipótesis pueden ser igualmente falsas respecto a un mismo fenómeno. Siendo así, es posible concebir, en el marco de una descripción determinista que, en el derecho, con antelación a la existencia de casos difíciles, pueden operar hechos difíciles en número indeterminado, dados en virtud de las hipótesis presentes con respecto a estos, que vienen a ser correlacionadas con un número finito, mas no unívoco, de respuestas o consecuencias normativas¹⁸⁴.



Deambulando por la órbita de las lagunas y la indeterminación normativa, Anderson resumirá loablemente tres posiciones:

183 J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, op. cit., p. 197.

184 O. Agudelo, *Hermenéutica, indeterminación del derecho y administración de justicia*, op. cit.

1. Para Hart, la indeterminación legal obedece a problemas de imprecisión del lenguaje legal.
2. Para Holmes, la indeterminación legal vendrá dada por la forma en la que está organizado el sistema legal, de tal manera que ante ausencia de respuesta del sistema, es función del juez determinar lo que es derecho en el caso concreto.
3. Para Dworkin, el derecho no contiene ni lagunas derivadas de problemas lingüísticos, ni de problemas sistemáticos, precisando que aquello que parece como indeterminación legal en Holmes y Hart, equivale a una carencia de certeza jurídica —*judicial uncertainty*—.

De esta forma, es posible ubicar a los tres iusteóricos que dieron nacimiento a las tesis de la discrecionalidad y la indeterminación normativa, así:

1. Una indeterminación óptica en Holmes, por tratarse de un defecto propio del sistema.
2. Una indeterminación semántica en Hart, reduciendo los problemas de la normatividad jurídica a problemas de determinación de significado.
3. Una indeterminación o acercamiento epistémico de Dworkin, como negación de la indeterminación normativa y reconocimiento de ausencia de certeza judicial¹⁸⁵.

En escrito póstumo, Hart presentó la discrecionalidad judicial como punto intermedio entre la arbitrariedad y la indeterminación legal frente a la resolución de casos difíciles. Shaw describe cómo en el siglo XIX, los partidarios del formalismo jurídico defendían la posición según la cual las cuestiones legales se resolvían por abogados hábiles con la capacidad de encontrar respuestas jurídicas a través de un número finito de fuentes legales. Posteriormente, con la tradición del realismo jurídico, se pondera a favor de los jueces un supremo poder de elección. Sin embargo, no fue desarrollada una teoría capaz de justificar la elección en la decisión judicial. Es así cómo, a juicio de Shaw, el reto para el realismo jurídico será tratar de explicar la posible reconciliación entre la indeterminación legal y el imperio de la ley¹⁸⁶.

.....
185 S. Anderson, *Legal indeterminacy in context*, op. cit., p. 8.

186 G. Shaw y H. L. A Hart, Lost essay: Discretion and the legal process school. *Harvard Law Review*, vol. 127, 2013, pp. 666-727, p. 668.

Luego, profesores cultivados con posterioridad al *New Deal*, consideraron como solución tentativa aceptar la discreción al interior del sistema legal, siempre que sea controlada y ejercida con responsabilidad. De esta forma, adaptándose a los parámetros del derecho continental europeo, bajo las teorías de la motivación de la decisión judicial, los realistas encuentran la manera de correlacionar hipotéticamente la indeterminación del sistema legal con el sistema mismo y la discrecionalidad; es decir, una manera de constreñirlo. Parafraseando a Shaw, se propuso un proceso teórico donde la discreción y el imperio de la ley puedan coexistir simbióticamente, siempre que los jueces decidan los casos de manera racional, observando su posición institucional con respeto a las otras ramas del gobierno, y, explicando su razonamiento por escrito, donde se refleje la profesionalidad judicial, su arte, racionalidad y sabiduría, las cuales son cosas en las que el público puede confiar.

For process theorists, discretion and the rule of law could exist symbiotically if responsible judges decided cases rationally, observing their institutional position with respect to the other branches of government, and explained their reasoning in writing, reflecting the judiciary's professional craft, rationality, and wisdom —things in which the public could place its trust—¹⁸⁷.

Los casos prácticos

Una vez hecha la presentación —sin ser exhaustiva— de las teorías que soportan el fenómeno de la indeterminación del derecho, es posible demostrar su utilidad práctica en el proceso de enseñanza-aprendizaje para la educación legal.

Para proceder en los ejercicios prácticos, los estudiantes deben, a partir de lecturas preliminares, acompañadas de una metodología dogmática, tener presentes, entre otros, los conceptos de:

- Indeterminación normativa.
- Vaguedad.
- Ambigüedad.
- Textura abierta.
- Casos difíciles.
- Discrecionalidad judicial.

.....
187 *Idem*.

- Interpretación jurídica y cánones.
- Teoría de la verdad como correspondencia.
- Teoría de la referencia causal en el marco de la significación.
- Activismo judicial.
- Casos genéricos y casos particulares.

Paso seguido, basados en una metodología de estudio de caso, deberán proponer un caso cuya solución normativa se encuentre en zona marginal; es decir, un caso que necesariamente deambule entre las lagunas normativas, de conocimiento o de reconocimiento.

Articulando la pedagogía crítica, el tipo de preguntas que deberá elaborar, deberán tener la intención de direccionar al estudiante hacia la hipótesis de solución al caso en concreto, yendo más allá de la respuesta no unívoca que ofrecerá el plexo normativo, debiendo acudir, de acuerdo con lo referenciado, a principios, moralidad política o tópicos del derecho. A su vez, en el marco de la obligación de motivación, deberá plantear para el estudiante la necesidad de determinar el sentido por el cual asigna un significado específico a la norma o normas jurídicas que interpreta, haciendo una delimitación por vía de los cánones de interpretación, del alcance que determina para la norma jurídica.

A continuación, como muestra de la investigación, se presentarán dos talleres desarrollados en el aula de clase, con el empleo del enfoque indeterminista, a fin de sistematizar los elementos del sistema jurídico.

Para el primer taller, se utilizó la lectura del famoso texto del profesor Fuller¹⁸⁸ donde presenta el caso imaginario de los exploradores de las cavernas, con el cual se proyectaron las siguientes preguntas con sus criterios de aprendizaje:

1. ¿Es posible conocer los propósitos de la ley cuando gramaticalmente prohíbe matar sin especificar de qué manera?

El objetivo en la formulación de esta pregunta atiende a que el estudiante tenga la capacidad de, como lo enseña la teoría del indeterminismo, indagar por los propósitos de la ley o voluntad del legislador, cuando aparecen circunstancias excepcionales que al parecer podrían escapar al núcleo de certeza de aplicación de la norma —matar por supervivencia—.

188 L. Fuller, *El caso de los exploradores de cavernas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

2. ¿Encuentra conforme a derecho el convenio celebrado por los exploradores en la caverna?

En relación con las formas jurídicas, las partes pueden celebrar cualquier tipo de declaración de voluntad, cuyas consecuencias den lugar al nacimiento de un contrato. Sin embargo, por no ser negociable la vida, en virtud de la abolición de la esclavitud, podría tacharse de inexistente el convenio donde los exploradores adoptan matar y luego comer a uno de ellos. Adicionalmente, de acuerdo con las reglas de sistematización jurídica, una o más normas no pueden permitir y prohibir una misma acción al mismo tiempo y, consecutivamente, una acción no puede ser celebrada conforme a las reglas formales del derecho, siendo contraria a este al mismo tiempo. Por ello, el propósito de la pregunta es que el estudiante haga uso de las reglas de sistematización del derecho, empleando el principio de contradicción jurídica, a fin de colmar los vacíos que persisten en el ejercicio de los derechos subjetivos.

Para el segundo taller se empleó un caso que corresponde a la tradición de la teoría indeterminista, el cual fue acuñado como el famoso debate Hart-Fuller sobre la circulación de vehículos por los parques. El caso, que de igual forma es hipotético, fue adaptado así:

El honorable Congreso de la República de Colombia expide una norma jurídica X cuya formulación determina: “Se prohíbe la circulación de vehículos por los parques”.

Sobre este, se presentaron las siguientes preguntas con sus propósitos de aprendizaje:

1. ¿Qué clase de vehículos considera se enmarcan dentro de la prohibición?
La formulación de la pregunta sugiere que el estudiante argumente la hipótesis de solución a la penumbra en la que se encuentra la norma jurídica. Por supuesto, es posible que el estudiante, sin recurrir aún a los cánones de interpretación, extraiga el sentido de la norma jurídica, atendiendo a su forma gramatical o a la forma en la que contextualmente se entiende el término vehículo —automotor—.
2. El artículo segundo del Código Nacional de Tránsito colombiano determina, entre algunas de sus definiciones, las siguientes:

Triciclo: vehículo no motorizado de tres ruedas, accionado con el esfuerzo del conductor por medio de pedales.

Vehículo de tracción animal: vehículo no motorizado halado o movido por un animal.

En relación con las definiciones anteriores, ¿la circulación de triciclos por los parques se encontraría prohibida? ¿La circulación de las denominadas “zorras” estaría prohibida?

El objetivo de las preguntas formuladas fue situar al estudiante, de acuerdo con las tesis semántica de la indeterminación normativa, en las dos tesis de la significación de los enunciados que expresan las normas jurídicas, como son: el significado de las normas jurídicas atendiendo a la intención de su emisor, y el significado de las expresiones de las normas jurídicas atendiendo al uso convencional de las expresiones.

Conclusiones

¿Por qué casos imaginarios?

Dado que el primer paso del enfoque indeterminista será identificar la presencia o ausencia de norma o respuesta jurídica aplicable al caso, de cuyo examen puede suponerse la existencia de laguna normativa o la falta de aplicabilidad de norma jurídica por laguna de reconocimiento, o la ausencia de certeza jurídica por laguna de conocimiento, para sistematizar los elementos normativos del régimen jurídico —por relacionar estas acciones humanas con normas—, resulta inexorablemente necesario acudir a la capacidad imaginativa para crear los casos que escapan al núcleo de certeza de la norma pues, lo que ya está dado en la norma ya ha sido imaginado o ya se ha manifestado fenoménicamente. Esta metodología de emplear casos imaginarios ya había sido acuñada en los trabajos del profesor Fuller.

El resultado de crear casos que sobrepasan al núcleo de certeza de la norma, equivale a anteponerse al legislador y proponer la existencia de laguna o vacío jurídico, trayendo a su vez la hipótesis de solución, con el uso de la sistematización; es decir, se acude a todo el material jurídico conexo que pueda responder al caso imaginado y aún no reglado que podría ocurrir. Por tanto, esta es una metodología que enseña al estudiante a anticipar el derecho del futuro y a hacer

•La enseñanza de textos jurídicos en sede indeterminista •

una predicción, no de lo que los jueces harán —como en la vieja tradición del realismo jurídico—, sino de lo que para el derecho vendrá y no ha determinado estatus normativo.

A su vez, en la diatriba por la formación de abogados o juristas sobresalen diferencias dimensionales sobre las cuales se destaca el uso de casos imaginarios. Es así como, en términos genéricos, el abogado se caracteriza por intervenir en casos específicos, es decir, por identificar la respuesta jurídica al caso, sin querer decir con ello que ha identificado la respuesta correcta, cuya función viene dada para el juez. El jurista, entre otras cosas, se caracteriza por: 1) participar en la solución de un caso, 2) inventar casos que escapan al marco de referencia de la norma, 3) cuestionar las normas, 4) proponer soluciones hipotéticas y 5) obrar como un científico del derecho.¹⁸⁹

.....
189 D. Zorrilla, *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 331.