

## MODELOS DE DISCRECIÓN JUDICIAL: VERSIÓN DE HART Y CRÍTICAS DE KENNEDY

*MODELS OF JUDICIAL DISCRETION: HART'S VERSION AND KENNEDY'S CRITIQUES*

*Por Sofía Pezzano \**

**Resumen:** El presente trabajo se centra en el concepto de discreción judicial. Se realiza una breve presentación de las distintas formas de entender la discreción de los/as jueces/zas desde el punto de vista descriptivo, en las diferentes teorías. El principal interés es analizar lo que entiende Herbert Hart por discreción judicial y poner a dialogar su modelo con la teoría crítica del derecho en su versión norteamericana (Critical Legal Studies), y particularmente con la posición del autor Duncan Kennedy, quien plantea una crítica novedosa a las teorías jurídicas tradicionales y a la forma de entender el rol de los/as jueces/zas y las decisiones judiciales, que no ha tenido gran impacto en la teoría del derecho contemporánea. Se busca determinar si es posible sostener la posición de Kennedy como modelo alternativo de discreción judicial o si ya es abarcada por otros modelos existentes en la teoría jurídica.

**Palabras clave:** Discreción judicial, decisión judicial, interpretación jurídica, H.L.A. Hart, Duncan Kennedy.

**Abstract:** This paper focuses on the concept of judicial discretion. A brief presentation is made of the different ways of understanding the discretion of judges from the descriptive point of view, in the different theories. The main interest is to analyze what Herbert Hart understands by judicial discretion and to dialogue his model with the critical theory of law in its North American version (Critical Legal Studies), and particularly with the position of author Duncan Kennedy, who poses a novel critique of traditional legal theories and the way of understanding the role of judges and judicial decisions, which has not had a great impact on the theory of contemporary law. It seeks to determine whether Kennedy's position can be upheld as an alternative model of judicial discretion or whether it is already covered by other existing models in legal theory.

**Key words:** Judicial discretion, judicial decision, legal interpretation, H.L.A. Hart, Duncan Kennedy.

---

\* Abogada (UNC).

Trabajo recibido: Mayo 2019; aceptado: septiembre 2019.

*Nomen Iuris, Revista de la Maestría en Derecho y Argumentación*

ISSN 2618-3641

Nº 2, 2019

## Introducción

El debate acerca de qué debe entenderse por discreción judicial, si existe y en qué medida, está aún abierto en la filosofía del derecho, y se vincula a las distintas teorías acerca de la interpretación jurídica y de la determinación/indeterminación del lenguaje.

Un autor clave dentro del positivismo jurídico, que elaboró la teoría conocida como teoría “intermedia” o teoría de la “vigilia” es Herbert L. A. Hart, quien en su libro “El concepto de derecho” (1961), en lo que aquí interesa, realiza una distinción entre los casos que se presentan ante los tribunales para su solución: casos fáciles y casos difíciles. Considera que en los primeros los/as jueces/zas se limitan a *aplicar* el derecho, y no tienen discreción interpretativa alguna<sup>1</sup>, simplemente aplican la norma al caso concreto de forma automática. En cambio, en los casos difíciles “la interpretación elegida será el resultado de una decisión discrecional acerca de la extensión o referencia de los conceptos expresados por los términos generales” (Guastini, 2012:44). Eso se debe, afirma Hart, a que el derecho es lenguaje, y éste es parcialmente (in)determinado, ya que existe una zona de penumbra en la que, debido a limitaciones estructurales del lenguaje, la indeterminación no puede eliminarse<sup>2</sup>.

Frente a esta teoría, considerada una postura *moderada* o *intermedia*, existen dos teorías que se enfrentan a la misma, pero en extremos totalmente opuestos. Por un lado, las teorías formalistas o teorías del “noble sueño”, que consideran que el derecho (y el lenguaje) *siempre* está determinado, es decir, que cada texto se encuentra provisto de un único significado objetivo. En este sentido, la interpretación se reduce a descubrir ese significado preexistente, y, en lo que hace a la actividad judicial, “*no existe espacio alguno para la genuina discreción interpretativa, en el sentido que las decisiones judiciales que se adhieren al significado objetivo del texto son correctas mientras que cualquier otra decisión no lo es*” (Guastini, 2012:43).

Por otro lado, las teorías escépticas o teorías de la “pesadilla” que consideran, en su versión más radical, que el derecho (y el lenguaje) *nunca* está determinado y que, por lo tanto, los textos carecen de significado alguno previo a la interpretación, la que se convierte en un acto de voluntad, en lugar de uno de conocimiento. Aquí, la discreción interpretativa deviene inevitable, y distinguir entre respuestas correctas e incorrectas carecería completamente de sentido (Guastini, 2012:43). Las versiones más extremas del escepticismo suelen identificarse con la afirmación “*el derecho es lo que los jueces dicen que es*”.

Duncan Kennedy, filósofo norteamericano, adscribe a la llamada “Teoría Crítica del Derecho” en su versión norteamericana, conocida como “Critical Legal Studies” (en adelante CLS), y esboza una teoría de la interpretación y de la discreción judicial que suele ser identificada como una variante del escepticismo, aunque no toma la vía del

<sup>1</sup> En este trabajo, se utilizará “interpretación” para hacer referencia a la interpretación en abstracto, es decir, la atribución de un significado a un texto (T significa S). Se reservará la palabra “aplicación” para la interpretación en concreto, es decir, para hacer referencia a la inclusión de un caso particular a una clase de casos regulados por una norma (el hecho H es un caso de homicidio). Para profundizar en esta clasificación véase Guastini, R. (2012) El escepticismo ante las reglas replanteado. *Revista Discusiones*, 11, pp. 27-57. Recuperado de: [http://revistadiscusiones.com/wp-content/uploads/2016/12/Discusiones\\_XI\\_El\\_escepticismo\\_en\\_la\\_int.pdf](http://revistadiscusiones.com/wp-content/uploads/2016/12/Discusiones_XI_El_escepticismo_en_la_int.pdf), pp. 27-31.

<sup>2</sup> Para ampliar sobre este tema véase el Capítulo VII en Hart, H.L.A (1961). *El concepto de derecho*, (Genaro Carrió, trad.), Abeledo Perrot, Buenos Aires.

relativismo escéptico y, en realidad, se diferencia en cuestiones que resultan centrales (Moro, 2013:9).

Los CLS nacen como corriente jusfilosófica a fines de los años setenta en Estados Unidos, nutridos del realismo jurídico americano, el neomarxismo y el posmodernismo. Se basan en la negación de cualquier noción objetiva, neutral, racional y apolítica del derecho, de la actividad judicial y, en general, del discurso jurídico (Mesa, 2002:10).

El objetivo de Kennedy es realizar una crítica desde la izquierda a los pilares básicos de las teorías jurídicas tradicionales, a la enseñanza del derecho, y a la forma de comprender la tarea judicial. Aquí solo se desarrollará el último punto.

El presente trabajo se centra en la teoría de la interpretación jurídica de Herbert L.A. Hart, particularmente en lo que el autor entiende por discreción judicial, y en las críticas que le realiza Duncan Kennedy desde su particular forma de entender la actividad de decisión judicial, con la finalidad de determinar si es posible sostener la posición de Kennedy como modelo alternativo de discreción judicial o si ya es abarcada por otros modelos existentes en la teoría jurídica. Antes de entrar en el análisis las teorías señaladas, se presentan brevemente las distintas formas en que se habla de discreción en la teoría del derecho.

### **Discreción: modelos de decisión judicial**

No se pretende exhaustividad en la enumeración y análisis de todas las formas de entender la discreción judicial dentro de la teoría jurídica, pero puede resultar útil para ilustrar la gran variedad de formas existentes, un trabajo de Ricardo Caracciolo denominado “Paradigmas de decisión judicial” (2012), donde identifica, a partir del análisis de los principales autores, diversas formas, algunas compatibles entre sí y otras contradictorias, de las que se habla de discreción judicial en la literatura jurídico-filosófica.

Antes de avanzar en el mencionado análisis, resulta pertinente señalar una ambigüedad de la palabra *decisión*. En determinadas ocasiones se utiliza para hacer referencia al *acto* de decidir de los/as jueces/zas que dan una solución a un caso concreto planteado, y otras veces se utiliza para hacer referencia a la *norma*, resultado del acto, que expresa la solución normativa (Caracciolo, 2012:66).

Ahora bien, ¿cómo se llega desde el concepto de decisión judicial al concepto de discreción? Según el *paradigma clásico* de decisión judicial, la tarea de los/as jueces/zas consiste en tornar operativas normas objetivas de carácter condicional, que vinculan clases de circunstancias a consecuencias normativas. Es decir, aplican normas generales y abstractas al caso concreto. El paradigma nos ofrece dos criterios de corrección o justificación de las decisiones de los/as jueces/zas: un criterio de *legalidad material* (decisión-norma), que depende de su contenido, es decir, sirve para determinar si las decisiones judiciales se corresponden con normas generales y abstractas que pertenecen al sistema jurídico; y un criterio de *legalidad formal* (decisión-acto), que depende del comportamiento de los/as jueces/zas, es decir, del cumplimiento de las normas de competencia de ese sistema jurídico. Para satisfacer ambos criterios de corrección, pareciera que es necesario suponer que el derecho es determinado y objetivo, es decir, que existen normas generales que dan solución a todos los casos y que es posible

identificarlas sin recurrir a criterios personales de quienes deciden. Los/as jueces/zas se limitan a identificar la norma general aplicable al caso y a tornarla operativa en la dimensión empírica, su contenido no depende de ellos/as (Caracciolo, 2012:67). En otras palabras, no ejercen discreción interpretativa cuando deciden un caso, se limitan a descubrir un significado preexistente y a aplicarlo al caso concreto de manera automática. Sin embargo, otras teorías sostienen que sí hay discreción en el proceso decisional de los/as jueces/zas.

Las críticas que se le pueden realizar al modelo planteado por el paradigma clásico dependen de la función que se le atribuya al mismo: descriptiva, conceptual o normativa (Caracciolo, 2012:68). Este trabajo se limita al análisis de la dimensión descriptiva, es decir, se asume que lo que el paradigma clásico hace cuando estructura su modelo de decisión judicial es describir lo que *de hecho* hacen los/as jueces/zas cuando deciden los casos concretos que se le presentan. De este modelo descriptivo existen dos versiones: la versión *moderada*, que no pretende afirmar que en todos los casos los/as jueces/zas actúan de esa manera; y la versión *fuerte*, que sostiene que siempre se comportan así. Aquí se analiza la primera de ellas.

En contraposición a este modelo del paradigma clásico, existen otros que afirman que las decisiones judiciales son, de hecho, discrecionales. Aquí se impone analizar en qué sentido son discrecionales. Caracciolo (2012) identifica, en lo que aquí interesa<sup>3</sup>, cinco maneras de entender la discreción desde una perspectiva descriptiva.

Una primera forma, es considerar que consiste en la *posibilidad empírica* de decidir entre alternativas. Dentro de este abanico de alternativas puede encontrarse la opción correcta según el criterio de legalidad material mencionado anteriormente, por lo cual este tipo de discreción (D1) siempre existe, en tanto que los/as jueces/zas siempre tienen esa posibilidad fáctica. Este modelo de discreción no otorga un criterio de corrección normativo. La amplitud de este modelo, como se verá más adelante, permite compatibilizarlo con una diversidad de teorías de la discreción que pueden resultar hasta incompatibles entre sí. Sería entonces compatible con el modelo clásico descriptivo en su versión moderada, en la medida que este último, como se señaló anteriormente, no pretenda afirmar que *siempre* las juezas actúan conforme a su modelo (Caracciolo; 2012:75).

En segundo lugar, la discreción puede entenderse como la *posibilidad normativa* (es decir, facultad o autorización conferida por una norma) de elegir entre un conjunto previamente determinado de alternativas posibles. Este sentido de discreción (D2) es también compatible con el modelo clásico, en tanto las alternativas se encuentran determinadas de manera previa y general en las normas aplicables al caso (Caracciolo, 2012:79). Sin embargo, se trata de algo *contingente*, puesto que depende de que en un sistema jurídico determinado exista una norma que autorice a decidir de esta manera. Decidir sobre cualquiera de las alternativas sería correcto, pero que están determinadas en la norma.

En tercer lugar, otro sentido de discreción es el que deriva de la existencia de una norma que faculta a los/as jueces/zas a decidir el contenido de sus sentencias, pero *sin restricción*

<sup>3</sup> Caracciolo menciona distintas formas de entender estos sentidos de discreción si nos paramos desde las tres perspectivas, no se limita simplemente a la dimensión fáctica-descriptiva, sino que incluye también a la normativa y la conceptual. Considera que las consecuencias de las críticas a las distintas concepciones son completamente diferentes según la dimensión considerada. Véase Caracciolo, R. (2012). Paradigmas de decisión judicial. *Revista Brasileira de Filosofia*, 61 (238), p. 69.

*alguna*. A diferencia del anterior, no hay acá un marco de alternativas posibles. Este sentido (D3) no es compatible con el paradigma clásico en cuanto no cumple con el criterio de legalidad material, aunque sí cumple con el de legalidad formal, en tanto existe una norma de competencia que autoriza a los/as jueces/zas a actuar discrecionalmente (Caracciolo, 2012:80). Igual que el caso anterior, es *contingente*.

En cuarto lugar, puede sostenerse que el derecho es indeterminado debido a la textura abierta del lenguaje y que para algunos casos *no existe ninguna solución* que pueda extraerse del contenido general del mismo, y que esta indeterminación, por ser intrínseca a la naturaleza del lenguaje, no puede eliminarse totalmente. Cuando esto sucede, se sostiene que los/as jueces/zas tienen discreción en un sentido *fuerte* (D4). Tal como afirma Caracciolo,

*vale la pena aclarar que ‘discreción’ en este sentido significa que los jueces no pueden, de hecho, decidir conforme al derecho. Esto es, se ubica en la misma dimensión empírica que la discreción D1 en el sentido de que su existencia no depende de una facultad, autorización o delegación concedida por normas (Caracciolo, 2012:83).*

Lo que se quiere decir con el calificativo “fuerte” para esta forma de entender la discreción judicial, es que los/as jueces/zas no pueden, de hecho, aplicar el derecho, porque no existe una solución para ese caso particular, se trata de una imposibilidad fáctica. La discreción aquí no depende de una facultad otorgada por una norma, ni depende de que exista, de hecho, un sistema jurídico que para determinados casos no provea una solución, ya que afirma que la indeterminación, aunque sea potencial, es intrínseca, inherente al lenguaje. Si ese es el caso, el paradigma clásico es imposible de sostener. Esto implica que, si lo/as jueces/zas tienen discreción en este sentido, el paradigma clásico debe descartarse, al menos parcialmente, como forma de describir la actividad judicial ya que es fácticamente imposible que se comporten tal como tal paradigma señala (Caracciolo, 2012:83).

El último sentido de discreción (D5) es el que desarrolla Ronald Dworkin en su teoría del derecho. El autor considera que es posible eliminar la indeterminación generada por el lenguaje a través de la utilización de los estándares normativos llamados “principios”, que permiten arribar a respuestas jurídicamente correctas. Siguiendo el razonamiento del autor,

*el derecho así entendido, no vendría a depender del lenguaje si es que semejantes razones son datos de alguna realidad que hay que capturar mediante las proposiciones correctas del derecho... Actuar discrecionalmente significa aquí – dice Dworkin– deliberar a la hora de usar un principio para arribar a la solución determinada por el derecho (Caracciolo, 2012:85).*

La relevancia de este sentido de discreción surge de distinguir entre normas y principios. Los principios, según Dworkin, funcionan como directivas *prima facie*, lo que significa que no suministran una respuesta única al caso concreto. Hay dos maneras de entender qué significa esto, que llevan a dos formas distintas de entender la discreción en este sentido: 1. Los principios sirven para determinar las reglas implícitas aplicables al caso: los “principios” funcionan como solución provisoria, son solo el punto de partida inicial para determinar la solución al caso concreto que se presenta ante los/as jueces/zas, quienes, aplicándolos, deben determinar cuál es la regla que se encuentra implícita y que otorga una solución al caso. Una vez logrado esto, corresponde generalizarla a todos

aquellos casos similares. La discreción en este sentido tendría el objetivo de indicar cuáles son las pautas generales incorporadas implícitamente en las normas. Esta primera versión es compatible con el paradigma clásico, puesto que se trata, al fin y al cabo, de la aplicación de reglas generales. 2. Los principios tienen un determinado peso en cada caso concreto: muchos principios pueden aplicarse al mismo caso y llevar a soluciones *prima facie* distintas entre sí. Los/as jueces/zas deben resolver cuál debe prevalecer en función de su *peso* en el caso concreto, a través de un *balance de razones*. La discreción en este sentido consiste en determinar el peso de los principios en el caso concreto. La solución puede<sup>4</sup> ser distinta para cada caso, lo que hace que esta forma de entender la discreción en el sentido “D5” sea incompatible con el ideal de legalidad material asociado al paradigma clásico (Caracciolo, 2012:87). La razón de esta incompatibilidad es que se elimina la posibilidad de determinar de antemano la solución jurídicamente correcta porque cada balance que realizan los/as jueces/zas lleva a una respuesta particularista, que no puede generalizarse a todos los casos.

Presentados estos cinco sentidos de discreción desde el punto de vista descriptivo, a continuación, se analizará qué dice Hart acerca del proceso de decisión judicial, qué entiende por discreción, y si se identifica con alguno de los sentidos presentados en este punto. Luego, se contrastará con la posición de Duncan Kennedy, se presentarán y se analizarán las críticas que le realiza.

### Posición de Hart

Es sabido que la empresa de Hart en “El concepto de derecho” (1961) es descriptiva. Se desarrollan brevemente algunas nociones del capítulo VII de la obra mencionada (Hart, 1961:155 y ss.), donde el autor explica la relación entre derecho y lenguaje.

Hart considera que hay dos formas de comunicar pautas de conducta por medio del lenguaje. Una es a través del *ejemplo*, o el precedente, y otra es a través de *normas generales*, o la legislación. El primer caso puede dar lugar a mayores problemas de indeterminación, ya que puede generar dudas acerca de qué es lo que se tuvo en cuenta al expresar la pauta de conducta, lo que lleva a que queden abiertos campos de posibilidades. Esto se ilustra fácilmente con el ejemplo que utiliza el mismo autor sobre el padre que le enseña a su hijo que hay que sacarse el sombrero al ingresar a la iglesia, y se lo enseña realizando la acción. El hijo, observando el accionar del padre, puede no saber si lo importante es solamente sacarse el sombrero, o si también es relevante hacerlo con la mano izquierda, hacerlo en la esquina de la iglesia, o en la puerta, etc. Este tipo de indeterminación se eliminaría comunicando la pauta de conducta a través de la formulación de una regla general: “al ingresar a la iglesia hay que sacarse el sombrero”.

El segundo caso, es decir, la comunicación de pautas a través de normas generales, parece ofrecer mayor certidumbre. Sin embargo, Hart sostiene que en todos los casos “*hay un límite, inherente a la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar*” (Hart, 1961:157). Con esto, se refiere a que el lenguaje es relativamente indeterminado, y que esa indeterminación puede reducirse, pero no eliminarse, puesto que es una característica estructural (no contingente) del mismo.

<sup>4</sup> Puede suceder que se llegue casualmente a la misma solución.

El autor distingue, entonces, entre casos fáciles y casos difíciles. Estos últimos son aquellos en que no resulta claro si las expresiones generales del lenguaje se aplican o no, ya que solo exhiben algunas características del caso obvio, pero no todas. La actividad interpretativa puede disminuir, pero nunca eliminar, estas incertidumbres.

Los/as encargados/as de resolver estos casos, los/as jueces/zas, deben decidir si

*el caso se asemeja ‘en grado suficiente’ al caso típico, en aspectos ‘relevantes’. El ámbito discrecional que le deja el lenguaje puede ser muy amplio; de modo que, si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección (Hart, 1961:159).*

En la gran mayoría de los casos la aplicación de la regla será automática, pero en algún punto de su aplicación puede ser indeterminada, tendrá *textura abierta*, lo que implica una falta de certeza sobre el significado en la zona marginal. La actividad judicial que se da dentro del área de textura abierta es, a entender del autor, *creadora* (Hart, 1961:167).

Resulta importante aclarar en este punto que Hart afirmó, luego de críticas<sup>5</sup> que le realizaron a su noción de discreción *fuerte*, que de ninguna manera la actividad creadora de derecho que deben realizar los/as jueces/zas cuando no hay ninguna solución prevista en las reglas se asemeja a la función de una legislatura. Se trata, afirma el autor, “de poderes intersticiales y sujetos a muchas limitaciones sustantivas” (Hart, 2000:56). Estas limitaciones a las que están sujetos/as surgen, principalmente, del hecho de que el poder jurídico creador solo pueden ejercerlo en el caso concreto, por lo que no podrían establecer grandes reformas al derecho. Con respecto a las críticas que consideran que su modelo lleva a la arbitrariedad de los/as jueces/zas en su actividad productora de derecho, el autor afirma que quien decide “*siempre debe tener una razón general que justifique su resolución y debe actuar como un legislador consciente lo haría al resolver de conformidad con sus propias creencias y valores*” (Hart, 2000:56). Sin embargo, inmediatamente después añade que, si se satisfacen estos requisitos, aún es posible que se llegue a soluciones diferentes a las que llegaría otro/a juez/a que se enfrenta a la resolución de casos difíciles similares. Es decir, que un mismo caso podría ser resuelto en diferentes sentidos.

Por último, resulta pertinente hacer una mención del artículo “Discrecionalidad”, de Hart. Si bien se trata de notas del autor publicadas luego de su muerte, por su claridad y su simpleza resultan adecuadas para ilustrar lo que Hart entiende por discreción. En primer lugar, sostiene que el ejercicio de la discrecionalidad requiere de discernimiento, y se distingue de una mera elección. Elegir discrecionalmente implica asumir algún principio como justificación de tal elección, implica la posibilidad de dar razones de tal elección (Hart, 2014:90). En este sentido, sostiene que

*parece que la discrecionalidad ocupa un lugar intermedio entre las elecciones dictadas por el puro capricho personal o momentáneo y aquellas realizadas en aplicación de métodos claros para alcanzar objetivos definidos o para adecuarse a reglas cuya aplicación al caso concreto resulta evidente (Hart, 2014:92).*

<sup>5</sup> Hart en el “Post scriptum al concepto del derecho” (2000), en el punto que trata específicamente la discreción judicial, responde a las críticas de Dworkin, quien considera que siempre existe una respuesta jurídicamente correcta y que, cuando no surge explícitamente de las normas, debe acudir a los estándares implícitos que él llama principios para obtenerla. Por lo tanto, los/as jueces/zas nunca crean derecho. Además, Dworkin le reprocha a Hart que su descripción de la actividad judicial respalda un régimen antidemocrático. Para ahondar en estas críticas véase Dworkin, R. (1989). El modelo de las normas I. En Dworkin, R. (1989) *Los Derechos en Serio*, cap. 2, Barcelona: Ed. Ariel.

En segundo lugar, sostiene que cuando hay discrecionalidad, la elección no está determinada por principios que puedan formularse *ex ante*. Es decir, si los principios son claros y determinan de manera muy concreta lo que debo hacer, no podríamos decir que en esa elección se ejerce la discrecionalidad.

El autor señala, a partir de un ejemplo de la vida cotidiana, una serie de características que comparten todas las decisiones discrecionales. Entre ellas, menciona: (i) ante las diferentes alternativas, no hay una que sea correcta o equivocada; (ii) no hay un objetivo claro definido de antemano; (iii) pueden preverse las consecuencias probables de la decisión adoptada, pero no tendremos certeza de las consecuencias; (iv) pese a que hay determinados valores en juego, no existen principios o reglas claras que determinen la importancia relativa de esos valores; (v) la decisión no puede ser calificada como correcta o incorrecta; (vi) si la decisión fuese cuestionada, quien la tomó puede defenderse justificando la misma (señalando cómo la adoptó y las razones para hacerlo) y/o reivindicando los resultados (Hart, 2014:92 y ss.).

Finalmente, Hart sostiene que aceptamos en nuestros ordenamientos jurídicos este tipo de decisiones debido a que nos encontramos con dos limitaciones objetivas: por un lado, la ignorancia relativa de los hechos (no podemos saber por adelantado todas las circunstancias posibles en las que puede originarse un problema de aplicación de una regla) y, por otro lado, la indeterminación relativa de los objetivos (frente a determinados casos, tendremos que ponderar entre intereses en conflictos y concretar el objetivo de las reglas) (Hart, 2014:94).

10

Entonces, Hart considera que, cuando el derecho no ofrece ninguna solución a determinados casos, quien debe decidir *crea* derecho, limitado/a por el caso concreto y por lo que “haría un legislador consciente”, acudiendo a sus creencias personales y a lo que razonablemente considera que es la mejor solución (Hart, 1961:59). Reconoce que el sistema jurídico en su totalidad le sirve como guía, pero éste no plantea ninguna solución concreta al caso, sino no sería necesaria la actividad creadora.

Para concluir, es posible afirmar que la posición de Hart acerca de la decisión judicial es compatible parcialmente con el paradigma clásico: *algunas* decisiones de los/as jueces/zas se corresponden con la descrita por el modelo clásico (las que se dan en los casos fáciles o en el núcleo claro de significado). En el resto de los casos, los que se encuentran en la zona de penumbra, las decisiones judiciales son discrecionales. La existencia de estos casos difíciles lleva a que sea imposible para los/as jueces/zas cumplir con el ideal del paradigma clásico. A esta forma híbrida de discreción, la define Caracciolo bajo el sentido D4, desarrollado en el punto anterior.

### **Algunas consideraciones generales sobre los CLS**

Suele ubicarse a Kennedy, y en general al movimiento CLS, dentro de las teorías escépticas o relacionárselo con afirmaciones simplistas tales como “el derecho es política”<sup>6</sup> (Tushnet, 1991:1539). Sin embargo, aunque el rol de la ideología<sup>7</sup> en la

<sup>6</sup> El mismo Kennedy manifiesta estar en desacuerdo con estas posiciones, y sostiene que le parecen ingenuas y que involucran el mismo tipo de negación que las posiciones que sostienen que el derecho es *Nomen Iuris*, *Revista de la Maestría en Derecho y Argumentación* ISSN 2618-3641 N° 2, 2019



actividad de decisión judicial resulta central en sus desarrollos, esta forma de describirla es una caricaturización de la teoría crítica norteamericana.

En primer lugar, cabe señalar que las teorías críticas en general, y los CLS en particular, son corrientes heterogéneas, cuyos autores y autoras utilizan soportes teóricos y metodológicos diversos, y se ocupan de una serie de problemas muy variados pertenecientes a distintos campos de estudio (Pérez Lledó, 1996:4). Esta diversidad es un punto central en los CLS, ya que en las bases del movimiento se ubica la crítica a la idea de una teoría totalizante y de una metodología única, sin aspirar al desarrollo de un método correcto. Sin embargo, pueden mencionarse algunos supuestos comunes:

- (i) El derecho es indeterminado: las reglas contienen lagunas, redundancias, contradicciones y ambigüedades sustanciales, que no son excepcionales, sino todo lo contrario. Los/as operadores/as jurídicos/as inevitablemente se enfrentan a decisiones.
- (ii) El derecho contribuye a la desigualdad social: a pesar de la indeterminación, los críticos consideran que las decisiones de los/as jueces/zas son predecibles ya que, a través de un análisis histórico, socioeconómico y psicológico, es posible determinar que existen patrones de decisión vinculados al poder y los privilegios. El derecho resguarda el *statu quo*.
- (iii) Naturalización y legitimación del derecho: el derecho aparece frente a los ojos de los observadores externos, e incluso de los internos, como un sistema de reglas objetivo y justo, lo que lleva a sostener la *necesidad jurídica* de las decisiones judiciales (“los/as jueces/zas deciden así porque lo dice la ley”), despojándolas de aspectos políticos e ideológicos.

Algunos de los autores que conformaron inicialmente el movimiento son Duncan Kennedy, Robert M. Unger, Morton Horwitz, Karl Klare, Mark Tushnet, Mark Kelman, entre otros. Dentro del mismo movimiento, se incluyen corrientes feministas críticas, teóricos preocupados por el rol de la raza en el derecho, autores preocupados por el rol de las estructuras económicas en el derecho, teóricos de influencia posmodernista, corrientes del radicalismo cultural, etc. (Tushnet, 1991:1517), lo que demuestra su heterogeneidad.

Duncan Kennedy es uno de sus precursores y considerado autor representante del movimiento CLS. Sus trabajos de teoría general, minoritarios dentro de su obra, se centran en realizar una crítica a la forma tradicional de entender al derecho y, principalmente, a la actividad judicial. Así, problematiza la dicotomía entre la aplicación y la creación del derecho (Kennedy, 2013:105), estableciendo que siempre es plausible para un/a juez/a trabajar en pos de la obtención de un resultado determinado, sin estar violando el “deber de fidelidad al derecho”. El resultado de ese trabajo, por lo general, se encuentra motivado por preferencias ideológicas, utilizadas estratégicamente, aunque no necesariamente de forma consciente. Más bien, introduce la idea de que los/as jueces/zas son *semiconscientes*, es decir, que actúan con *mala fe*, a través de la negación, lo que implica que niegan el carácter ideológico y problemático de su rol, manteniendo el

---

totalmente determinado y que la ideología es ajena al mismo. Véase Kennedy, D. (2013), Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, p. 65.

<sup>7</sup> Kennedy toma la definición de ideología de Habermas. Sostiene que es “un proyecto de universalización, es decir, la aserción de una concepción controversial de la justicia... que sus adeptos defienden como provechosa para el interés general.” (Kennedy, 2010:95).

componente político en una suerte de secreto, que todos conocen pero que nadie está dispuesto a admitir (Kennedy, 2013:53). En este mismo sentido, realiza una crítica de los derechos, sosteniendo que la idea de derechos en sí misma no conlleva una connotación intrínsecamente progresista ni conservadora, y que considerar a los derechos como algo universal también es parte de la negación que mencionaba anteriormente (Kennedy, 2002:83).

Por otro lado, Kennedy utiliza la fenomenología para poner el centro de atención en las vivencias de los/as operadores/as jurídicos/as, más que en preguntas ontológicas acerca de qué es el derecho. En este sentido, realiza críticas a las teorías de Hart y Kelsen sobre la distinción entre casos fáciles y difíciles, y sobre el modo que tienen estos autores de entender a la discreción judicial. Kennedy sostiene que es el/la mismo/a juez/a quien trabaja para crear la indeterminación de los casos, que no es algo dado o intrínseco tal como lo entienden los autores mencionados. Es decir, su trabajo se encuentra centrado en el análisis de la actividad del intérprete (Kennedy, 2013:92).

### Posición de Kennedy respecto a la discreción judicial y críticas al modelo hartiano

Kennedy (2013) considera que la actividad de decisión judicial es emprendida *estratégicamente*<sup>8</sup>: el/la intérprete tiene frente a sí un caso concreto, una controversia que debe resolver, y un conjunto de materiales jurídicos<sup>9</sup>, que funcionan como límite<sup>10</sup>. Allí comienza el *trabajo jurídico*.

En primer lugar, realiza una *aprehensión inicial* de los materiales, de lo que el sistema normativo exige, según el caso que se le presenta, y luego realiza un trabajo tendiente a que una nueva aprehensión de ese conjunto normativo se corresponda con las preferencias personales, ideológicas o extrajurídicas que el/la juez/a pueda tener. Sostiene que “las elecciones estratégicas consisten en decidir cómo desplegar el trabajo de investigación y razonamiento jurídicos” (Kennedy, 2013:31). A través de este trabajo, el/la intérprete buscará argumentos que producirán el efecto de *necesidad jurídica*, y hará que parezca ante los ojos del público que esa era la solución exigida por las normas que se aplican al caso y que el/ella se limitó a aplicarlas automáticamente al caso concreto.

El autor sostiene que el éxito (o fracaso) que tenga en ese trabajo es independiente de la actividad decisoria en sí. El trabajo jurídico estratégico existe, y está orientado por el resultado al cual quiere llegar el/la juez/a, pero no es condición necesaria que ese

<sup>8</sup> No pretende sostener que *todos/as* los/as operadores/as jurídicos/as se comportan de la misma manera, sino que siempre *es posible* para el/la juez/a adoptar una actitud estratégica, aunque nunca *es necesario*. Véase Kennedy, D. (2013), Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, pp. 30-32.

<sup>9</sup> Con “materiales jurídicos”, Kennedy se refiere al conjunto de materiales (fuentes) que son considerados relevantes para establecer el significado de la norma aplicable a los hechos. Esto incluye el diccionario, el diccionario jurídico, la doctrina y todo el cuerpo de normas jurídica válidas, principios, debates legislativos, jurisprudencia, etc. Alude a lo que se conoce tradicionalmente como *fuentes del derecho*. Véase Kennedy, D. (2013), Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, p. 30.

<sup>10</sup> Funcionan como límite, pero de ninguna manera determinan con exclusividad el resultado, sino que éste es determinado por los materiales en interacción con las estrategias argumentativas de los/as juristas, que persiguen determinados objetivos. Pero no se puede prescindir de los materiales jurídicos, son una parte de la determinación. Véase Kennedy, D. (2013), Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, p. 30.

resultado sea logrado. Puede fracasar, y si esto sucede, el comportamiento estratégico seguirá siendo central en el proceso decisorio de quien interpreta.

Otra característica no menor del modelo planteado por Kennedy, es que ese comportamiento estratégico de los/as jueces/zas no es ni necesariamente consciente, ni explícitamente ideológico. Con respecto a lo primero, Kennedy introduce la categoría de comportamiento *semiconsciente*, es decir, que el/la intérprete se niega<sup>11</sup> a sí mismo/a el actuar de este modo, funciona como un *sesgo*. En relación con el segundo punto, el autor considera que es posible sostener que el/la juez/a tiene una preferencia o motivación determinada, sin decir con esto que adscribe a determinada ideología como proyecto, se trata más bien de una predisposición a elegir de determinada manera, no de ser necesariamente activista respecto a determinada ideología política, aunque pueden existir estos casos (Kennedy, 2013:37).

Concretamente, las críticas que realiza el autor al modelo planteado por Hart pueden clasificarse en tres categorías: (i) Ausencia de criterio para distinguir entre casos claros y casos dudosos, (ii) La discreción no implica necesariamente legislación judicial, (iii) Cognición y discreción no son las únicas alternativas.

En el primer punto, Kennedy (2013), con respecto a la distinción de Hart entre casos claros y casos difíciles (al igual que Kelsen en su “teoría del marco”), sostiene que la afirmación del autor de que las normas tienen un núcleo de significado claro -donde el derecho está determinado y quien decide simplemente realiza una operación de cognición del significado preexistente, aplicándolo al caso concreto a través de una operación sencilla y automática en la que hay una sola respuesta correcta- y una zona de penumbra -donde se debe decidir discrecionalmente- omite explicar cuál es el criterio, si es que lo hay, para saber si un caso es *fácil* o *difícil*, o lo que es lo mismo, si forma parte del núcleo de significado claro o si, por el contrario, se encuentra dentro de la zona de penumbra.

Hart considera que es inevitable la existencia de un área de indeterminación, y que todos los casos están siempre ubicados en alguna de las dos áreas (en el núcleo claro o en la zona de penumbra), y que esto el/la juez/a sencillamente lo aprehende al momento de decidir. Por el contrario, Kennedy sostiene que el/la intérprete cuando decide un caso discrecionalmente, previamente “explícita o implícitamente encuadra la situación como una en la cual hay un conflicto o una laguna que lo exime de su deber elemental de aplicar una norma clara cuando los hechos encajan claramente dentro de sus definiciones” (Kennedy, 2013:89). Esto quiere decir que, según el autor, esta determinación o indeterminación del significado de los enunciados normativos es resultado de un trabajo realizado por el/la juez/a, no es intrínseca al lenguaje, no se da objetivamente, sino que “en todos los casos, el intérprete trabaja para crear o deshacer la determinación, más que simplemente para registrarla o vivirla como algo dado por la situación” (Kennedy, 2013:92).

<sup>11</sup> Sostiene que lo/as jueces/zas se niegan a sí mismos y al público el rol de la ideología. Lo que entiende por negación lo toma de la teoría psicoanalítica desarrollada por Freud y reformulada por Anna Freud. Se trata de un mecanismo psicológico en virtud del cual el intérprete rechaza la cosa negada, pero sin ser esto una actitud convencional, consciente, ni un error, sino una representación equivocada de los deseos o necesidades, que, si fuesen reconocidos explícitamente, harían experimentar a esa persona la sensación de angustia. Véase Kennedy, D. (2013), Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, p. 53 y ss.

En segundo lugar, Kennedy (2013) considera que Hart se equivoca al afirmar que todo lo que no es mera aplicación automática del derecho, es legislación judicial. Por un lado, considera que existen muchos casos intermedios, en que la jueza modifica algún punto de la normativa, sin necesidad de crear una nueva. Por otro lado, porque los contextos institucionales en que se desarrolla la actividad judicial y la actividad legislativa son muy diferentes, y no pueden simplemente asimilarse (Kennedy, 2013:116).

Por último, Kennedy (2013) señala que existe una tercera vía entre conocer un significado preexistente y crearlo discrecionalmente. Se trata de lo que el autor denomina *trabajo jurídico*, desarrollado anteriormente.

Resta analizar si el modelo de discreción judicial (la tercera vía) planteado por Kennedy se ajusta a alguno de los modelos de discreción judicial desarrollados por Caracciolo, y en caso afirmativo, a cuál de ellos.

El único de los modelos en el cual podría encajar de alguna manera la visión de Kennedy sobre la discreción es en el “D1”, es decir, la *posibilidad empírica* de decidir entre alternativas. Esto es, los/as jueces/zas, a través del trabajo jurídico estratégico pueden adaptar sus decisiones a lo que ellos/as deseen obtener con las mismas, y decidir entre distintas alternativas.

Cabe resaltar que el modelo “D1” no establece ningún criterio de corrección normativa. Por este motivo, pueden incluirse dentro de este modelo teorías muy variadas. Un formalista, por ejemplo, no podría negar que existe una posibilidad fáctica de decidir entre diversas alternativas, aunque considere que una de ellas será la correcta, y el resto equivocadas. Un escéptico tampoco negaría esto, y aceptaría que cualquier decisión puede ser tomada puesto que no hay criterio de corrección. Kennedy sostiene que las elecciones estratégicas, “consisten en decidir cómo desplegar el trabajo de investigación y razonamiento jurídicos...Cualquier operador jurídico, abogado o juez, puede influir en lo que el derecho ‘es’ realizando trabajo jurídico” (Kennedy, 2013:31). La teoría de Kennedy, como se afirmó anteriormente, al intentar responder cómo el/la juez/a vivencia el derecho, parte de la meta de identificar las estrategias a través de las cuales quienes aplican el derecho *pueden* mantener sus creencias de que “están cumpliendo con su deber de fidelidad interpretativa, a pesar de que sus acciones ‘moldean’ o ‘mueven’ el derecho en una dirección ideológica o en otra” (Kennedy, 2013:30). En otras palabras, el cuerpo de materiales jurídicos es el conjunto de fuentes con el que el/la juez/a se encuentra cuando tiene que resolver un caso, y a partir de allí, el/la intérprete puede (posibilidad de hecho) orientar sus decisiones a través del trabajo jurídico y moldear esos materiales según sus preferencias, incluso aunque no sea totalmente consciente de tales acciones.

Con respecto al sentido “D2”, es decir, la *posibilidad normativa* de decidir entre alternativas autorizadas por la norma, Kennedy no podría estar menos de acuerdo: él considera que, si bien las normas (o, mejor dicho, los materiales jurídicos en general) imponen algún tipo de límite a la decisión de los/as jueces/zas, no es en virtud de las mismas que ellos/as tienen la posibilidad de actuar estratégicamente, sino que es *a partir* de ellas. Recordemos, hay una aprehensión inicial de los materiales jurídicos existentes, y una nueva aprehensión que se logra a partir del *trabajo jurídico*. En otras palabras, las normas (y demás materiales jurídicos) son el punto de partida para la actividad judicial,

son en cierta medida un límite, pero no uno normativo (entendido como autorización o prohibición de actuar de determinada manera), sino un límite material (delimitan el campo sobre el cual recae la decisión, de la misma manera que lo hacen los hechos, es decir, el campo de lo fácticamente posible).

Con respecto al sentido “D3” caben las mismas conclusiones, la posibilidad no deriva de una autorización normativa. Asimismo, el sentido “D4” queda descartado ya que es justamente el sentido que sostiene Hart, que Kennedy se ocupa de cuestionar.

Por último, el sentido “D5” tampoco podría adaptarse al modelo de Kennedy, puesto que los principios, como directrices, tal como los entiende Dworkin, vendrían a funcionar como guías que orientan al juez hacia la única respuesta correcta. Kennedy no acepta la idea de una única respuesta correcta para cada caso. Asimismo, el autor sostiene que los/as jueces/zas tiene discreción en sentido fuerte en todos los casos, por oposición a la discreción en sentido débil que sostiene Dworkin.

En conclusión, el modelo de discreción “D1” es el único que permite sostener la teoría de Duncan Kennedy, ya que es el único lo suficientemente amplio para ser adaptado a su concepción de la actividad judicial. Sin embargo, ninguno de los modelos presentados por Caracciolo capta la idea de “trabajo jurídico”.

### Evaluación de las críticas de Kennedy

Se presentaron tres puntos centrales en los que Kennedy ataca a la teoría hartiana de la discreción judicial. Ahora se analizarán cada una de estas críticas para ver si es posible sostenerlas.

En lo que respecta a la crítica (i), Kennedy sostiene que Hart no brinda un criterio para distinguir entre los casos fáciles y los difíciles. No obstante, Kennedy sostiene que el problema de la indeterminación jurídica no es un problema de corte semántico, sino que la actividad decisora de los/as jueces/zas es independiente de las características del lenguaje. Esto puede significar que, *aunque* el lenguaje sea claro, los/as jueces/zas pueden, a través del *trabajo jurídico*, hacer que parezca que no lo era, y decidir de otra manera. Esto no niega la tesis sobre el lenguaje de Hart, ni la existencia de discreción fuerte sostenida por él, solo identifica otras causas de esa indeterminación. También puede significar que *nunca* es claro el lenguaje, lo que permite que decidan de cualquier manera. Esto sí se opone a la concepción del lenguaje que defiende Hart. Sin embargo, pareciera que Kennedy se inclina por no pronunciarse sobre las características del lenguaje.

Lo relevante en este punto es que, aunque Kennedy sostiene en la crítica que Hart no da un criterio para determinar cuándo un caso es fácil y cuándo es difícil, en realidad lo que está haciendo es afirmar que la determinación o indeterminación del lenguaje no puede ser el criterio para determinar si un caso es fácil o difícil, ya que esto puede ser modificado con el trabajo jurídico. Es decir, niega que el problema sea semántico, pero esto no puede llevar a desconocer que Hart sí otorga un criterio para la distinción.

Con respecto a la crítica (ii), se señaló anteriormente que Hart no identifica a la actividad creadora de los/as jueces/zas con la actividad legislativa. De hecho, se ocupó específicamente de aclarar esto, luego de las críticas que Dworkin le realizó al *Concepto de Derecho*. Entonces, no es una crítica que pueda mantenerse ya que Hart estaría de

acuerdo con las afirmaciones de Kennedy vinculadas a la diferencia entre la actividad judicial y la legislativa.

Con respecto a la crítica (iii), considero que Kennedy no logra claridad en la explicación de cómo esa tercera vía se podría aplicar. No queda claro a qué se refiere el autor con *trabajo jurídico* como una vía intermedia entre cognición y discreción interpretativa. Si esto significa que los/as jueces/zas deciden el significado de los términos de las normas, no implica una novedad, ni una vía diferente a la que plantean las teorías escépticas. Si significa que usan técnicas interpretativas diferentes y que su uso no está reglado por lo que al aplicarlas se puede llegar a distintas interpretaciones, simplemente estaría explicando una de las posibles causas de la imposibilidad de determinar de antemano la respuesta correcta. Es posible que la novedad de la teoría de Kennedy con respecto a la actividad interpretativa radique allí: en las causas que llevan a los/as jueces/zas a interpretar los textos normativos de diferentes maneras. Pero esto no puede llevar a afirmar la existencia de una tercera vía.

En realidad, Kennedy no hace más que tirar agua al molino de los escépticos: el autor afirma que quienes interpretan pueden crear, a través del trabajo jurídico, la determinación o indeterminación semántica de los textos, pero esto no es otra cosa, en la práctica, que sostener que el significado es *siempre* indeterminado, solo que *algunas veces* quienes interpretan lo hacen pasar como único y determinado, como *necesario*, pero no deja de ser una opción dentro de todos los significados posibles. Lo que podría diferenciar su propuesta de las teorías escépticas es la explicación del autor de por qué los/as jueces/zas hacen esto, más que describir su forma de decidir, se trata de dar cuenta de las razones psicológico-causales (Orunesu, 2012) de por qué deciden así y no de otra manera.

## Conclusiones

Las empresas de los autores desarrollados en el presente trabajo, son, pese a que ambos pretenden en algún punto describir la actividad judicial, muy diferentes, por ello resulta tan difícil compararlos. Los CLS buscan dar una explicación de los *motivos* por los cuales los jueces deciden como deciden, es decir, una explicación psicológica-causal, y Hart busca *identificar* por qué, en virtud de las características del lenguaje, los jueces tienen discreción, es decir, de las razones fácticas que los llevan a la misma. Los planos de análisis son distintos, pero podría decirse que, como punto en común, ambos parten desde la perspectiva de quienes vivencian el derecho.

Hart, por un lado, busca definir qué es el derecho e intenta abarcar todos los aspectos de lo que él considera una práctica social, y dentro de este objetivo, desarrolla el proceso decisorio de los/as jueces/zas. La empresa de Kennedy es, podría decirse, mucho menos ambiciosa, ya que se centra en un aspecto de la práctica jurídica: en la actividad judicial. Lo que busca es simplemente dejar en evidencia que las teorías jurídicas son ingenuas al negar o simplemente dejar de lado el rol de la ideología. En ningún momento pretende afirmar que todos/as los/as operadores/as jurídicos/as se comportan de la manera que él señala, sino que es una posibilidad que está presente, y que no puede dejar de tenerse en cuenta.

Lo diferente de sus objetivos tiene una explicación, y es que tanto Kennedy como los CLS en general no creen en la idea de una teoría totalizante, y parte de sus críticas a las teorías tradicionales tienen como punto central ese postulado.

Uno de los supuestos básicos del modelo hartiano, que Kennedy no comparte, es que el derecho, conformado por lenguaje, es intrínseca, estructural o naturalmente indeterminado, y que esto no puede eliminarse a través de la actividad interpretativa de los/as jueces/zas, aunque sí reducirse. En cambio, Kennedy sostiene que esa indeterminación o determinación no depende del lenguaje en sí, sino de la actividad de quien interpreta, que trabaja estratégicamente para crearla o deshacerla, según sus intereses o preferencias personales. Propone considerar a ese “trabajo jurídico” una tercera vía interpretativa, más allá de las dos que se utilizan en la teoría jurídica, que son la asignación discrecional de un determinado significado a un texto, por un lado, y la identificación o descubrimiento de ese significado que preexiste a la interpretación, por otro lado. Este punto, considero, es el que lleva a los autores a conclusiones tan disímiles, y ninguno de los dos estaría dispuesto a ceder y modificar ese supuesto, ya que toda su teoría se vería socavada.

Asimismo, se observó que ninguno de los modelos de discreción judicial desarrollados por el Profesor Caracciolo, abarca la idea de trabajo jurídico que desarrolla Kennedy. Esto es relevante, porque Caracciolo pretendía identificar todas las formas de discreción que se utilizan en la teoría jurídica actual, y no tuvo en cuenta esta. Sin embargo, hemos visto que la teoría desarrollada por Kennedy no alcanza para ser un modelo independiente del resto, ya que, por un lado, analiza la actividad judicial desde una perspectiva psicológica-causal, distinta a las teorías descriptivas que se desarrollaron, y por otro, si se la quisiera asimilar a una teoría descriptiva no se alejaría mucho de las teorías escépticas.

A pesar de ello, sí hay algo que reconocerle a Kennedy, y en general al movimiento CLS: la introducción de la ideología como categoría explicativa de las decisiones judiciales, aunque esto no sea suficiente para considerar que existe una tercera vía interpretativa.

## Bibliografía

- CARACCIOLO, R. (2012). Paradigmas de decisión judicial. *Revista Brasileira de Filosofia*, 61 (238), pp. 65-90.
- DWORKIN, R. (1989). El modelo de las normas I. En Dworkin, R. (1989) *Los Derechos en Serio*, cap. 2, Barcelona: Ed. Ariel.
- GUASTINI, R. (2012). El escepticismo ante las reglas replanteado. *Revista Discusiones*, 11, pp. 27-57. Recuperado de: [http://revistadiscusiones.com/wp-content/uploads/2016/12/Discusiones\\_XI\\_El\\_escepticismo\\_en\\_la\\_int.pdf](http://revistadiscusiones.com/wp-content/uploads/2016/12/Discusiones_XI_El_escepticismo_en_la_int.pdf), consultado el 10/04/2019.
- HART, H.L.A (1961). *El concepto de derecho*, (Genaro Carrió, trad.), Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- (2000). *Post scriptum al concepto de derecho*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- (2014). Discrecionalidad, (Juan Ramón de Páramo, trad.), *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37, pp. 85-98.
- KENNEDY, D (2002). “La crítica de los derechos en los Critical Legal Studies”, en Brown, W. y Halley, J. (ed.), *Left legalism/ Left Critique*, Duke University Press, NC, EE.UU. Recuperado de: <http://duncankennedy.net/documents/La%20critica%20de%20los%20derechos%20en%20cls.pdf>, consultado el 21/02/2019.
- (2013). *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires.
- MORO, G. (2013). “Introducción”, en *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires.
- MESA, D.A. (2002) Fisuras en el pensamiento jurídico contemporáneo: el movimiento Critical Legal Studies. *Revista Criterio Jurídico*, 2, pp. 129-159, Recuperado de: <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/viewFile/202/912>, consultado el 12/02/2019.
- ORUNESU, CLAUDINA (2012). *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Marcial Pons, Buenos Aires.
- PÉREZ LLEDÓ, J.A. (1993). *El movimiento “Critical Legal Studies”*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, España.
- TUSHNET, M. (1991) Critical Legal Studies: A Political History, *Yale Law Journal*, 100, pp. 1515-1544.

\*\*\*



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons  
Atribución – No Comercial – Sin Obra Derivada 4.0 Internacional