

Enrique P. Haba

**«PRECOMPRESIONES,
RACIONALIDAD Y MÉTODOS,
EN LAS RESOLUCIONES
JUDICIALES»**

DOXA 22 (1999)

PRECOMPRESIONES, RACIONALIDAD Y MÉTODOS, EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES*

Enrique P. Haba

Universidad de Costa Rica

En ninguna parte nuestros problemas constructivos son solucionados por una respuesta conceptual que meramente se nos «presente» como tal; nunca el finamente concebido instrumento dogmático constituye per se la garantía de una aplicación «correcta»...

J. Esser

Como se sabe, o mejor dicho, debiera saberse, quienes no conocen la Historia están condenados a revivirla. Sentencia recordada a menudo, casi siempre con escaso éxito. Una y otra vez tropiezan con la misma piedra (poco más o menos) las sucesivas generaciones de hombres, o hasta una misma persona, en los más variados órdenes de cosas. Esto, que siempre vuelve a ser cierto en cuanto a modalidades básicas de la conducta social, lo es también, en buena medida, respecto al pensamiento filosófico y en general para las teorías sobre aspectos de lo societal. Parece que estamos irremisiblemente destinados a sufrir algo así como un Sino-de-Disco-Rayado, condenados a ser eternamente mordidos por «el mismo perro aunque con distinto collar»... No pocos le hallarán a su saliva, la de precisamente este, un gusto original; hasta llegan a enamorarse de ella, siempre y cuando, eso sí, el pichicho en cuestión sea suficientemente mencionado en la última exposición canina internacional de su raza.

Poco ha de extrañar que cosas por el estilo se presenten igualmente en la Teoría del Derecho. En cuanto a ella, el más flagrante caso de tales tropezones (mejor dicho: re-re- re...tropezones), aunque sólo llamativo por su inusitada difusión, es uno que en la actualidad puebla congresos y revistas de esa materia. La piedra en cuestión se denomina, esta vez, Ronald Dwor-

* Este artículo contiene la traducción al castellano, con leves cambios, de: E.P. HABA, «Pré-compréhension et rationalité dans le travail du juge. A propos de “Vorverständnis und Methodenwahl”», de Josef Esser», en *Archives de Philosophie du Droit* t. 20 (1975), p. 385-400. En el # 1, aquí, se incluye una reseña, también de E.P.H., aparecida en el t. XIX (1974) de la misma revista, p. 515-516; los apartados # 2 a 9, aquí, corresponden respectivamente a los numerales 1 a 8 de la parte I de la publicación original y el # 10 a su parte II. Las notas a pie de página (abrev.: n.), las *Notas* (abrev.: N.) insertadas con letra más pequeña en el seno del texto principal mismo de algunos numerales (# 1, 3 y 8), algunos complementos introducidos en el # 10 y también ciertas modificaciones de detalle en otros sitios, se agregan para la presente publicación.

kin. A decir verdad, no conozco, en la historia de dicha Teoría, otro ejemplo tan paradigmático por *eso* mismo: vale decir, cuyo «éxito» académico se deba justamente al hecho de alzar como bandera un abrupto nivel de desconocimiento respecto a estudios, de no poca difusión, efectuados desde tiempo atrás aun en ese mismo campo. Por más asombroso que ello resulte para lectores no tan desinformados (o, en todo caso, menos olvidadizos) en cuanto a los principales desarrollos que durante muchos años han tenido lugar en la Filosofía Jurídica y la Metajurisprudencia¹, hoy ha pasado a estar de moda tomarse «en serio» unas discusiones que recaen en niveles de candidez juricista que podrían dar envidia hasta a la propia *Begriffsjurisprudenz* de principios de siglo. Análogamente a como en la Filosofía del Derecho se produce cada tanto lo que alguien llamó un «eterno retorno» del Derecho Natural, en la Metajurisprudencia de nuestros días asistimos a otro «eterno retorno», el de aquello que uno de los más penetrantes comentaristas de todos los tiempos respecto al pensamiento jurídico llamó, hace muchísimos años, el MITO BÁSICO del derecho (*basic legal myth*):

«Es necesario abandonar la fabricación de mitos y mentiras paternas: esa historia de Santa Claus de la completa certidumbre jurídica; el cuento de hadas de una marmita de áureo derecho que ya está ahí, y que el buen jurista puede encontrar con sólo ser lo bastante diligente; la fantasía de un sistema estéticamente satisfactorio y armonioso, consistente y uniforme, que brotará cuando halleemos la varita mágica de un principio racionalizador» (Frank)².

Hoy tal mito retorna especialmente en el *boom* de lo que alguien ha sabido llamar, con perspicacia poco usual para nuestros días, el «bluff»-Dworkin³.

¹ «...la reflexión crítica sobre la jurisprudencia a la que llamaremos ahora *metajurisprudencia* ha concebido a menudo su propia función como estudio, propuesta y aplicación a la obra del jurista de modelos de otras disciplinas más evolucionadas. La historia de la reflexión crítica [énfasis mío, E.P.H.] sobre la jurisprudencia...» [Norberto Bobbio, *Contribución a la Teoría del Derecho* (Edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel), Fernando Torres-Editor, Valencia, 1980, p. 204-205]. Respecto a la discusión acerca de tales «críticas», téngase en cuenta lo señalado en la nota siguiente.

² Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, Peter Smith, Gloucester (Mass.), 1970 (reed. de la ed. 1963 publ. por Anchor Books; ed. or. 1930, ed. ampl. 1949), p. 260. Cf. *in toto* dicho libro, una obra absolutamente fuera de lo común, cuya perspicacia (¡y franqueza!) está años luz por encima de la inmensa mayoría de los estudios que actualmente se producen en la Teoría del Derecho.

³ Desde luego, siempre puede quedar abierta la discusión acerca de lo justificado que sea, o no, recurrir a unos u otros «modelos» de análisis (*supra* n.1). Pero una cosa es estar, o no, de acuerdo con cualquiera de ellos, y otra, muy distinta, pasar por alto –ese es el caso de Dworkin– los términos *básicos* mismos en que se plantea la discusión al respecto: hablar de temas como los que él trata, desconociendo cosas tan fundamentales como lo que al respecto han señalado Ross, Radbruch, Esser, Coing, Bobbio, Scarpelli, etc.. etc. [Que lo de Dworkin constituye ni más ni menos que un «bluff», es algo que vi mencionado en algún sitio; lamentablemente, no puedo recordar dónde lo leí, pero tampoco aparecía indicado allí quién empleó tal calificación, que no puede ser más acertada.]

Ya en otras ocasiones me he referido de paso⁴ a dicho fenómeno, propio de cierto mundillo profesoral donde es bienvenida *cualquier* «novedad» si da pretexto para publicaciones. Por más que lo de Dworkin no es ubicable como cosa que responda a alguna originalidad de fondo en el plano de lo teórico-científico mismo, su difusión se explica, no sólo por aquella constante del pensamiento humano que mencioné al principio («mismo perro, pero...»), sino también por sensibles factores de psicología social que mueven al *marketing* académico. Esto último merecería, ciertamente, unos estudios para la sociología del pensamiento de los profesores de Teoría del Derecho. Tales investigaciones resultarían no poco ilustrativas, estoy seguro, pero carezco de la capacidad para emprenderlas, no soy sociólogo. Ahora bien, tampoco voy a perder tiempo, ni hacérselo perder al lector, en desmenuzar ese *bluff* tomándolo como si ahí se tratara de unos puntos de vista verdaderamente novedosos, y de fondo, en el plano *teorético*⁵; entiendo que basta y sobra, para apreciar qué «seriedad» tienen unos planteamientos como los de dicho autor, con las breves (¡pero más que suficientes!) páginas de Guastini a ese respecto⁶. En cambio, tal vez no esté de más, así sea como advertencia para no caer tan fácilmente en tales re(-re-re-re...) tropiezos, traer aquí a la memoria una obra aparecida ya hace un cuarto de siglo, donde los temas centrales hacia los que tantea Dworkin fueron examinados en un nivel de agudeza y de matizaciones infinitamente superior. Me refiero al libro de J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, del cual no hay publicada traducción al castellano.

⁴ Cf. esp. dos trabajos míos aparecidos en números anteriores de esta misma Revista: «Kirchmann sabía menos... pero vio mejor», *DOXA-14* (1993), p. 269-317; y «Una discusión: ¿Quiénes son los “irracionalistas” en la Teoría del Derecho», *DOXA-19* (1996). En un estudio mío reciente para el *Sonderheft* de *Rechtstheorie* sobre Habermas, efectúo algunos comentarios sobre ese anzuelo que tantos paladean en la actualidad: «Zum astronautischen Standort der heutigen Rechtstheorie. Über Rawls, Habermas, Alexy und andere: Gegenwärtige Arten des akademischen Wunschdenkens in einer modernen “heiligen (Rede-)Familie”»; véase allí el # IV. «Nichtwissen als Trumpfkarte (zum Lob der Ignoranz, überhaupt wenn man sie auf Englisch verkündet)».

⁵ Si en los desarrollos de Dworkin (tan poco concisos como desordenados) prescindimos de unos matices terminológicos, muy secundarios, y no le damos más importancia de la que tienen a algunas observaciones suyas que, aun siendo aceptables, al fin de cuentas son bastante triviales o inclusive secundarias, entonces resulta que todo, o casi todo, lo que él nos dice había sido advertido ya mucho antes, sólo que en estudios muchísimo más penetrantes y multilaterales: cf. p. ej. los autores señalados en la n. 3, *supra*. En cambio, a un planteamiento como p. ej. el de J. Rawls (*Teoría de la Justicia*), por más estratosférico que sea, al menos no puede negársele que pone sobre el tapete cierto ingenio teorético que es novedoso, sin duda, pues ha conseguido pergeñar toda una iusescolástica propia.

⁶ Riccardo Guastini, «Théorie et ontologie du droit chez Dworkin», en *Droit et Société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, N° 2, p. 15-22; Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1986.

La edición original de dicha obra es de 1970⁷. El libro fue muy comentado en la Teoría del Derecho de habla alemana, pero no llegó a trascender mayormente en otras áreas lingüísticas (sí se conoció un tanto en España e Italia); que yo sepa, solo existe una traducción al italiano. Ese estudio conserva plena validez como descripción de la variedad de elementos que conforman el razonamiento de los intérpretes autorizados en el derecho. Por cierto, es mucho más ilustrativo y como caracterización general más pertinente además de ser, desde luego, muchísimo menos pedante que la generalidad de los modernos exámenes «constructivistas» respecto al pensamiento jurídico. Por eso me parece oportuno recoger aquí el comentario que al respecto escribí en su oportunidad. Daré sintéticamente cuenta, en relación con dicha obra, de los siguientes puntos principales:

1. Visión general
2. Complejidad del pensamiento dirigido a «encontrar» el derecho (la «Rechtsfindung»)
3. Una racionalidad extra-sistemática: «pre-comprensiones», «consenso razonable»
4. Papel del jurista; la evidencia de la solución «justa» (el resultado «satisfactorio»)
5. La dogmática
6. Relaciones entre sistema (dogmática) y justicia material
7. La norma jurídica como un «modelo de regulación»
8. Carácter «material» de la lógica jurídica (tópica, el «círculo hermenéutico»)
9. Conclusión: carácter «productivo» de lo que hace el juez
10. Comentario

* * *

⁷ Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien richterlicher Entscheidungspraxis* (Precomprensión y elección del método en la labor de encontrar el derecho. Garantías de racionalidad en la práctica de la decisión judicial). La versión original fue publicada por el Athenäum Verlag, en la colección Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts, vol. 7, Francfort, 1970, 218 p. Dos años después se reeditó el mismo texto como libro de bolsillo, apenas introduciéndole un pequeño cambio en el subtítulo (el término «Rationalitätsgarantien» aparece sustituido por *Rationalitätsgrundlagen*, vale decir: *Bases*, o *Fundamentos*, de *racionalidad*), hay dos páginas más en la Introducción y unas líneas agregadas al final en la última página: Fisher Taschenbuch Verlag, Francfort, 1972, 224 págs. Citaré por la Iª. ed., señalando aquí las páginas respectivas de dicha publicación entre corchetes []; para la edición de bolsillo, las págs. correspondientes se obtienen sumándole tres al número que tiene cada una de aquellas.

1. Visión general

El autor retoma, en ese libro, ideas cuyas bases había adelantado en su obra principal, *Grundsatz und Norm* (1956)⁸. Aquí las desarrolla en forma más abstracta y sistemática, tratando de dar cuenta de la complejidad de factores que se presentan en el tipo de pensamiento que caracteriza a la *Rechtsfindung*: los procedimientos para «encontrar» el derecho, especialmente en la esfera judicial⁹. Con esa finalidad, pone el acento en el papel decisivo que en la elección y manejo de los métodos interpretativos juega la necesidad de obtener un *Konsens* (consenso, asentimiento general) sobre la legitimidad de la sentencia, al cual se arriba en función de una *Vorverständnis* (pre-comprensión) respecto a la plausibilidad social del resultado de la decisión judicial.

Ubicándose en esta perspectiva, inspirada en el pensamiento de Gadamer¹⁰, Esser trata de mostrar que existe una racionalidad específica del pensamiento jurídico: un carácter «razonable» (*Vernünftigkeit*) que se pone en obra por medio de la «tópica». El autor persigue la determinación de los rasgos propios de esa racionalidad a través de la pluralidad de aspectos de la *Rechtsfindung* estudiados en ese libro. Racionalidad que no se agota en las mallas de la sistemática (dogmática) jurídica, pero de la cual, a su juicio, tampoco dan debida cuenta ciertas orientaciones actuales del examen sociológico (cf. la crítica a la teoría sistémica de Luhmann: esp. p. 25 s., 113 s., 141 ss. y cap. IX). El estudio encara desde múltiples ángulos la labor del juez: pone de relieve el grado de racionalidad de las valoraciones mismas presupuestas en la manera de comprender el derecho, la función que tiene la dogmática jurídica y sus relaciones con las exigencias de justicia, la noción de norma jurídica y qué papel discursivo cumplen estas normas, la naturaleza peculiar de la «lógica» de los juristas, etcétera.

El resultado es un libro singularmente rico en observaciones penetrantes sobre el razonamiento judicial, aunque la exposición no está libre de ciertas imperfecciones en cuanto al orden, y también a déficits de precisión

⁸ Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrecht. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1956, xx + 394 p. [tr. E. Valenti Fiol: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Bosch, Barcelona, 1961.]

⁹ *Rechts*(del derecho)-*findung* (labor de hallar, encontrar, o más bien *desentrañar*): tal vez la menos engorrosa traducción al castellano de esta expresión alemana sea «obtención del derecho», y teniendo presente que se refiere sobre todo a las resoluciones de los jueces. Así señalado, más o menos, el alcance de dicho término, arriba se seguirá vertiéndolo en alemán, con la esperanza de que el contexto de la exposición permita aclarar mejor su significado pleno.

¹⁰ Cf. Hans-Georg Gadamer, *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica* (tr. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito), Sígueme, Salamanca, 1977 [ed. or. al. 1960, 3ª ed. ampl. 1972], 691 p.; v. esp. el cap. 10.3.

en la presentación de las ideas, lo cual hace a veces no muy sencillo de seguir el pensamiento de su autor y deja ciertas dudas sobre su exacto alcance. Señalaré algunas de esas ideas [*infra* # 2 a 9] y al final agregaré unas observaciones por mi cuenta [*infra* # 10].

Nota.

Considero oportuno recoger, a modo de introducción, unos pasajes de otro autor (muy anteriores a la obra comentada) donde se expone en un lenguaje más llano lo que a mi juicio constituye, por lo menos en parte, el núcleo básico de lo enfatizado por Esser (si bien por parte de este aparecen desarrolladas con mayor amplitud y riqueza de matices). Me refiero al conocido libro de Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia* (tr. Genaro R. Carrió), Eudeba, Buenos Aires, 1963 [or. ingl. 1958], xiv + 375 p.; véase esp. sus # XXVIII y XXIX in limine, de donde provienen los pasajes que recojo aquí. Por lo demás, estos sirven para mostrar, y el propio Esser, seguramente, no vacilaría en reconocerlo, que tales ideas, aunque en *Vorverständnis und Methodenwahl* se presentan recurriendo a un fondo filosófico y una terminología muy distintos de los que maneja Ross, están conectados, en cierto modo, a una tradición que no ha dejado de estar presente, aunque siempre minoritaria, en la Teoría del Derecho: escuela del derecho libre, realismo escandinavo (a este pertenece Ross) y usamericano (Frank, Llewellyn, etc.), jurisprudencia sociológica (Pound, Cardozo, etc.), etc. He aquí esos pasajes:

«El juez no es un autómatas que en forma mecánica transforma reglas y hechos en decisiones. Es un ser humano que presta cuidadosa atención a su tarea social tomando decisiones que siente como “correctas”, de acuerdo con el espíritu de la tradición jurídica y cultural. Su respeto por la ley no es absoluto. La obediencia a ésta no es su único motivo. A sus ojos la ley no es una fórmula mágica, sino una manifestación de los ideales, actitudes, standards o valoraciones que hemos denominado tradición cultural» [p. 133].

«Sólo el contexto y el deseo de hallar un significado “bueno” o “razonable” en relación con una situación dada, determinan el significado de las palabras individuales» [p. 114].

«Si en la mayoría de los casos el juez decide dentro del campo de la interpretación cognoscitiva, ello es signo de que su conciencia jurídica ha considerado posible aprobar la decisión, o en todo caso, no la ha hallado incompatible con lo “justo” o lo socialmente deseable, en un grado tal que hiciera necesario recurrir a algún expediente para liberarse de las ataduras legales» [p. 134].

«... es imposible para el propio juez, así como para los demás, distinguir entre las valoraciones en las que se manifiestan las preferencias personales del juez y las valoraciones atribuidas al legislador... [...] Del mismo modo, toda interpretación jurídica en sentido propio incluye presunciones respecto de los criterios y valores sociales que motivaron al legislador. Si el juez, errónea o acertadamente, identifica sus propias valoraciones con las de aquél, los dos tipos de interpretación se fusionan en su espíritu. [...] La comprensión de la ley por parte del juez dependerá siempre de su comprensión de los motivos y propósitos sociales de aquélla» [p. 135 y 137].

«En consecuencia, tenemos que afirmar claramente que la interpretación no tiene punto de partida lingüístico independiente, sino que desde el comienzo está determinada por consideraciones pragmáticas en la forma de “sentido común”. [...] Esta (la interpretación) puede considerarse no solo los efectos sociales previsibles, sino también la finura técnica de la interpretación y su concordancia con el sistema jurídico y las ideas culturales sobre las que dicho sistema reposa» [p. 140-141].

2. Complejidad del pensamiento dirigido a «encontrar» el derecho (la «*Rechtsfindung*»)

Según nuestro autor, no es mediante la presentación de un adoctrinado programa de los métodos ortodoxos como se podrá llegar a una mejor com-

prensión de la labor judicial. La tarea realmente importante a que una doctrina del método se halla enfrentada, es lograr una nueva ordenación de conjunto para aspectos conocidos, junto a otros que solo en parte son reconocidos, o que son desechados. [19]

El examen debe partir de una visión suficientemente amplia del proceso de aplicación del derecho. Suele pensarse que este último es «extraído» de la ley. Pero bien se ve, ante los casos concretos, que los meros textos de las leyes son esencialmente ambiguos, resultan insuficientes. Esta idea la había adelantado el autor en *Grundsatz und Norm* (1956), en los términos siguientes (que él mismo transcribe también ahora):

«Toda interpretación consiste en una combinación entre *lex scripta e ius non scriptum*, y solo así resultará creada la norma positiva misma» [132, n. 57].

La comprensión de la ley opera a través de una gradación de planos que conduce mucho más allá del texto. Esser subraya la existencia de tres planos. 1) La norma jurídica no se encuentra en el texto mismo, sino que está, de alguna manera, «detrás» de él; y la «razón fundamental», la *ratio* en función de la cual corresponde interpretar esa norma, a su vez se halla «detrás» de esta. 2) De influencia decisiva para la determinación del contenido normativo son todas las *infraestructuras dogmáticas* y las *pre-comprensiones* [*infra* # 3] en general; unas y otras sirven originariamente como punto de referencia para el legislador, por un lado; y luego, por el otro, en el momento de la interpretación judicial, determinan asimismo la precomprensión de la finalidad de la norma y su armonización con fines de otras normas. 3) Y aun, «detrás» de todo lo apuntado, está el conjunto de los postulados implícitos de *justicia*, de los cuales no puede hacerse abstracción sin que la aplicación de la norma se torne injusta; e inclusive, como planeando por encima de todo ello, se encuentra la representación de un *sistema* en el que estos postulados aparecen unificados en una armonía temporal o supratemporal con todos aquellos otros elementos que determinan la comprensión de la norma. [72]

De ahí que el objeto de la comprensión jurídica sea, según los casos, muy variado: puede tratarse de un texto legal, o de un principio que está «detrás» de ese texto, o de un grupo de precedentes judiciales que hacen obligatorio un modelo de reglamentación para casos del mismo tipo. [30]// Además, importa no olvidar, en modo alguno, que para aplicar el derecho es indispensable también un acto de *voluntad* por parte del juez; acto que no se identifica ni con la existencia misma de la norma, ni con el acto de la comprensión propiamente dicha ante esa norma. [73]

En definitiva la labor de obtención de las soluciones jurídicas (*Rechtsfindungsarbeit*) se orienta en función de cuatro categorías, de manejo combinado: los precedentes jurisprudenciales (*Präjudizien*) que logran estable-

cer una tradición suficientemente acreditada (la *bewährte Lehre und Überlieferung*); la dogmática o «lógica jurídica»; el recurso a medios interpretativos correctamente manejados; el carácter de razonable (*Vernünftigkeit*) o materialmente justo que la sentencia debe poder mostrar –justicia anclada a la «vida» (*Lebensgerechtigkeit*), eso sí–. [184]

Frente a esta enmarañada complejidad de los procesos dirigidos a desentrañar el derecho, a «encontrarlo» (*Rechtsfindung*), cabe preguntarse si será aún posible decir que ahí existe «racionalidad». La respuesta de Esser es decididamente afirmativa. Y el objetivo de su libro es ante todo ese: hacer ver la presencia de una racionalidad semejante, describir su funcionamiento y mostrar el lugar que le cabe en la *Rechtsfindung*.

3. Una racionalidad extra-sistemática: «pre-comprensiones», «consenso razonable»

El campo de fuerzas donde por excelencia se plantea la discusión sobre las posibilidades y vías de una racionalización de la *Rechtsfindung*, para que esta no resulte la mera expresión de voluntades y opiniones subjetivas, es la interpretación jurídica. La ley resulta, en muchos respectos, poco clara e incompleta como programación, por lo cual está sujeta a recibir nueva información mediante los procedimientos de aplicación del derecho. Es en la interpretación, como camino hacia la comprensión de normas dadas de antemano pero no mecánicamente aplicables, en donde están puestas las esperanzas de alcanzar clarificación y racionalidad para dicha labor de aplicación. [113]

Nuestro autor se da muy bien cuenta de que el eje de la cuestión reside en la presencia de unos *juicios de valor* que intervienen desde el propio seno de los métodos jurídicos. Para justificar la racionalidad de estos se hace necesario, pues, comenzar por explicar que existe ni más ni menos que una racionalidad en esas valoraciones mismas, las cuales se imponen, desde el comienzo, en un plano pre-dogmático: interviene allí como *pre-comprensiones*.

El razonamiento jurídico, puesto que necesariamente se apoya en un singular complejo de decisiones prejurídicas, no podría constituir un modelo de racionalidad si nos viésemos constreñidos a encarar su propia *ratio* como algo irracional. [159]// Ahora bien, la *ratio* no es algo que corresponda solamente a la sistemática jurídica misma. Esser considera que la argumentación jurídica contiene, de hecho, una racionalidad que es externa con respecto a la que puedan ofrecer los sistemas de la dogmática. Esa racionalidad, *extra-sistemática*, se halla ligada a la existencia de unos valores sociales que están en la base del derecho. El jurista se hace cierta idea de lo que

es «justo» en función de esos valores, ya *antes* de abordar el examen de los textos jurídicos y los casos concretos. En efecto, sobre su pensamiento obra de antemano una base de conocimiento del derecho, cierta *precomprensión* a partir de la cual el jurista encara la comprensión propiamente dicha de las soluciones jurídicas que corresponden a los textos oficiales. Como ha sido puesto en evidencia por Gadamer, la presencia de una *precomprensión* es, por lo demás, algo completamente normal, general en los procesos hermenéuticos (no es cosa que sea propia únicamente de la interpretación jurídica). Así, las operaciones intelectuales para la aplicación del derecho constituyen medios para «extraer» del sistema jurídico-positivo determinadas *prevaloraciones* (*Vorbewertungen*), unas valoraciones previas cuyo contenido es de política jurídica. [79]

Nota.-

La idea de *Vorverständnis*, tomada por Esser del libro de Gadamer [*supra* n.10], es clave no sólo para entender esta obra, sino que reviste alcance decisivo hasta dentro del conocimiento científico en general (y más que más, desde luego, en cuanto al no científico). No se trata, pues, de algo que aparezca sólo en el razonamiento jurídico, pero a nosotros nos interesa en especial para tratar de advertir cómo ella interviene justamente ahí. Dicha noción puede ser caracterizada, en rasgos muy generales, más o menos así (para una primera aproximación): «... como “comprensión elemental de la vida” y, después, precisamente como el dominio de las “opiniones imperantes”» [Otto F. Bollnow, *Introducción a la filosofía del conocimiento. La comprensión previa y la experiencia de lo nuevo* (tr. Willy Kemp); Amorrortu, Buenos Aires, 1976 (or. al. 1970), p. 116]. En última instancia se trata, más o menos, de lo que Francis Bacon (*Novum Organum*, I) y luego Durkheim denominaron *prenociones*. He aquí unos pasajes tomados de este último:

“El hombre no puede vivir en medio de las cosas sin forjarse ideas acerca de las mismas, regulando su conducta con arreglo a estas últimas. Sólo que, como estas ideas están más próximas a nosotros y más a nuestro alcance que las realidades a las cuales corresponden, tendemos naturalmente a ponerlas en lugar de estas últimas, y a convertirlas en la sustancia misma de nuestras especulaciones. En lugar de observar las cosas, de describirlas, de compararlas, nos contentamos con cobrar conciencia de nuestras [propias] ideas, analizándolas y combinándolas. [...] En su carácter de productos de la experiencia vulgar, su objeto (el de dichas ideas) es ante todo armonizar nuestros actos con el mundo que nos rodea; están elaborados mediante la práctica y para ella. Ahora bien, una representación puede desempeñar útilmente este papel al mismo tiempo que es teóricamente falsa... Los hombres no han esperado el advenimiento de la ciencia social para forjarse ideas acerca del derecho, la moral, la familia, el Estado y la sociedad misma; pues no podían prescindir de ellas para vivir. [...] La organización de la familia, del contrato, de la represión [sanciones penales], del Estado y de la sociedad aparece así como un mero desarrollo de las ideas que tenemos acerca de la sociedad, el Estado, la justicia, etc.» [Emile Durkheim, *Las reglas del método sociológico* (tr. Aníbal Leal); La Pléyade, Buenos Aires, 1984 (ed. or. fr. 1895), cap. II. p. 40 ss.].

Las *precomprensiones* llámeseles como se les llame se hallan insertadas, en virtud de los procesos de socialización que cada quien recibe en su medio, y en general por la cultura allí dominante, en la conciencia de cada persona. De tal manera, constituyen precisamente la *base* en función de la cual se *entiende*, espontáneamente, el mundo donde uno vive, sobre todo el de lo social. En el seno de este último, o sea, de unas u otras formas (las aprendidas) de «verlo», está inmersa asimismo la comprensión de textos, sin excluir las formas como procede la

«técnica» jurídica. Aunque esta última se ciñe también, desde luego, a tales o cuales particularidades profesionales, ello no quita que los juristas compartan, en general, las precomprensiones dominantes en su medio. Con base en ellas precisamente, es como entienden los textos del derecho, pues estos se refieren esencialmente a cuestiones de la vida social.

Algo de eso se encuentra ya adelantado, pero sólo hasta cierto punto, en estas palabras de Radbruch: «Con los conceptos jurídicamente relevantes, la conceptualización jurídica se apoya en conceptos precientíficos. Pues materia de la ciencia del derecho no es lo dado informemente, amorfo, sino una realidad preformada mediante conceptos precientíficos o hasta extracientíficos. La ciencia del derecho es en gran parte labor conceptual de segundo grado, que agradece sus nociones a una labor previa que es extra-científicojurídica» [Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie* (7ª ed., Ed. Erik Wolf y con una Intr. biográfica por este), E.F. Koehler, Stuttgart, 1970 (ed. reelaborada por el autor: 1932), p. 219; hay trad. de José Medina Echavarría de la ed. de 1932, *Filosofía del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid.]

Por su parte, Esser explicita lo de la *Vorverständnis* en los siguientes pasajes principalmente: # 1 y 4 del cap. III y # 5 del cap. V. Y véase también *infra* # 8.

* * *

De tales precomprensiones (prevaloraciones, etc.) está impregnada por doquier la experiencia jurídica. Los principios mismos de un ordenamiento jurídico no pueden ser aplicados, dada la pluralidad de contenidos valorativos que presentan, si no se recurre como guía a una precomprensión social y a un control en función de exigencias de *política jurídica*. [97]// Mas todo esto no impide, según Esser, que esas prevaloraciones de política jurídica se encuentren sometidas, en definitiva, a vínculos específicos de racionalidad: el hecho de presuponerlos no implica, de ninguna manera, que los métodos jurídicos dejen que la respuesta efectiva del derecho quede simplemente librada al arbitrio del juez.

Ahora bien, lo que nos interesa saber es: ¿dónde está localizado, verdaderamente, tal meollo «racional» de estos procedimientos, el de dichos métodos? Para Esser, las respuestas jurídicas alcanzan racionalidad propia en la medida en que, dentro del marco de las alternativas legalmente dadas, aquellas requieren ser fundamentadas mediante el empleo de medios de convicción dirigidos a lograr un *consenso* (acuerdo general) que versa precisamente sobre lo *razonable* de la solución así presentada. [9] [Téngase presente que Esser emplea en forma más o menos indistinta los términos «racionalidad» (*Rationalität*) y «razonabilidad» (*Vernünftigkeit*).] Esa racionalidad de los motivos de decisión *extra*-sistemáticos se refiere a lo plausible, a la justicia (material) de la solución jurídica hallada; precisamente sobre *esto* se forma el consenso acerca de la «corrección» de tal solución, en contacto permanente con el medio social. [12]// La necesidad de semejante contacto con el medio, hace que los criterios prepositivos de justicia y de racionalidad del derecho carezcan de otro modo de existencia que el que en cada caso les cabe precisamente así, esto es, según los respectivos contextos histórica y socialmente dados. [12, 20-23]

4. Papel del jurista; la evidencia de la solución «justa» (el resultado «satisfactorio»)

Al jurista no le está vedado ¡todo lo contrario! ocuparse de cuestiones de política jurídica. Se halla habilitado, por tanto, a echar una mirada «detrás de los bastidores» de las decisiones que en la materia toma el legislador, para así contribuir al control de ellas en función de postulados de justicia. Empero, que semejante concepto amplio de la interpretación sea realmente utilizable, depende de que se consiga mostrar que la precomprensión por parte del juez está ligada, por vínculos de racionalidad, a postulados de justicia no manipulables¹¹. [114]

Sin embargo, esto no quiere decir que el jurista se apodere de lo que es dominio del legislador. Por lo demás, si bien es cierto que «el jurista como tal» no es siempre el legislador competente (Windscheid), tal afirmación tiene sólo sentido en cuanto se refiere a la programación en cuestiones materiales (*Sachfragen*) que deban ser coordinadas de modo planificado más allá de un plano casuístico. [174]// Eso sí, al acto de decisión judicial (corriente) no le compete, sin quedar desnaturalizado, suministrar proyectos para la ordenación de conjunto de los fines y los medios (esto puede competirle a la judicatura constitucional). [198]

De lo que se trata, como se ve, es de no subestimar el papel, racional, que la evidencia de la solución justa cumple al hacerse presente como experiencia de los juristas (*Richtigkeitsevidenz, Richtigkeiterlebnis*). Por eso, a Esser le importa tomar sus distancias frente a quienes enfocan ese tipo de evidencia como un simple fenómeno psicológico, de pensamiento decisorio, en el sentido de la Escuela del Derecho Libre¹². Según nuestro autor, no correspondería decir que ahí estamos en el dominio del pensamiento

¹¹ En sentido similar, dice Gadamer: «En la idea de un ordenamiento jurídico está contenido el que la sentencia del juez no obedezca a arbitrariedades imprevisibles sino a una ponderación justa del conjunto. *Todo el que* [¡¡ !!] haya profundizado en toda la concreción de la situación estará en condiciones de realizar esta ponderación» [*op. cit. (supra n.10)*, p.402 cursiva puesta por mí, E.P.H.]. «Esser sostiene la racionalidad de una precomprensión que se orienta en búsqueda de un consenso general» [Luis Prieto Sanchís, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, p. 65]. La tesis de que esos postulados de justicia resulten «no manipulables», puede decirse que «supone la creencia y la defensa de un conocimiento supraindividual que se forma con el tiempo en el seno de los grupos sociales, un conocimiento que es asumido por el juez y que impide, o al menos cercena, el subjetivismo de la decisión (En opinión de Rescigno ésta es la idea central que preside el libro de J. Esser...)» [Prieto S., *op. cit.*, p. 48]. Empero dicha tesis no es, en realidad, algo que pueda darse por descontado, ni mucho menos [*infra n.20*]. Por el contrario, más bien es *eso* lo que está en discusión: saber *en qué medida*, o en qué tipos de casos sí y en cuáles no, las prevaloraciones que su conciencia le dicta al juez sean suficientemente *intersubjetivas* como para fundar unos verdaderos *métodos*. Véase también *infra n.14*.

¹² Esta es una corriente doctrinaria que tuvo su auge, sobre todo en Alemania y Austria, en los tres primeros decenios de nuestro siglo: Hernann Kantorowicz, Eugen Ehrlich, Ernst

«emocional» o «volitivo», términos que hacen pensar en un irracionalismo de orientación psicologista [18-19]// Cabe entender, más bien, que las «instituciones» y el «espíritu objetivo» supraindividual que se considera encarnado en estas, como asimismo los «valores» en cuanto fenómenos no menos objetivos y supraindividuales, todo ello brinda pautas que permiten superar el subjetivismo. Son pautas que colocan a quienes actúan en la *Rechtsfindung* como agentes encargados simplemente de *reconocer* aquellos datos objetivos. De tal manera es dable alcanzar, también en la esfera judicial, decisiones políticamente responsables. [85]

Planteadas así las cosas, resulta que la racionalidad extrasistemática viene medida en función de que una solución jurídica sea vista como suficientemente «justa» desde el punto de vista social. Para esto, el único indicio verificable es la existencia de un *consenso*. Y la sola premisa indispensable, para tales efectos, consiste en la capacidad de diálogo del interlocutor: que este sea capaz de ser convencido por medio de *razones*, y no (principalmente) por vía de autoridad o sugestión. [25]

Meta de la *Rechtsfindung* es, pues, la obtención de un resultado satisfactorio, *plausible*. Así, la anticipación hipotética a título de ensayo de resultados posibles sirve de guía para el trabajo del jurista. [29, 132]// Es en función de la previsión del resultado (justo) cómo el juez, frente a un caso dado, interpreta la ley y los hechos mismos. En efecto, los conceptos que forman la hipótesis legalmente prevista (*Tatbestand*) requieren de una interpretación que sea «satisfactoria» (*befriedigend*) con vistas al resultado previsto por la ley [38]// Y también la situación de hecho (*Sachverhalt*) es comprobada en función de valoraciones, en mérito a las cuales se juzga que los hechos del caso son verdaderamente «merecedores» de las consecuencias normativas que les serán atribuidas. [19, 41, 50]// Resulta, de tal manera, que la selección misma del método interpretativo se opera sobre la ba-

Fuchs, Hermann Isay, etc. Pregonaban que la decisión judicial no depende esencialmente del texto mismo de las leyes, sino que el juez la toma en virtud de otros factores, en lo fundamental. Por otra parte, cabe aclarar que arriba el término «evidencia» se usa de acuerdo con su sentido propio en lengua castellana, no en la derivación que ha recibido en los últimos tiempos al ser corrompido mediante la traducción literal de la palabra «evidence» del inglés, que se usa predominantemente para significar unas pruebas judiciales en materia penal. Lo *evidente*, en sentido propio, es más bien lo que en inglés se llama «self-evident», que a menudo encontramos (mal) traducido por una expresión redundante: «autoevidente». La evidencia de que habla Esser corresponde al sentido original de dicha palabra: «Como es sabido, “evidencia” significa lo convincente, lo inteligible en forma inmediata... Un juicio evidente es un juicio claro sin más, que no requiere mayor fundamentación. Si dejamos de lado la posibilidad de una evidencia sensible, es decir, una percepción sensorial evidente, tenemos la evidencia racional, o sea, la intelección inmediata de principios últimos» [Bollnow, *op. cit.* (*supra* # 3.N), p. 19]. La «evidencia de la solución justa» consiste, precisamente, en remitirse a unos «principios últimos» dados por ciertas precomprensiones, en virtud de las cuales se presenta como «evidente» a los ojos de quien parte de ellas que eso es «justo».

se de prever lo aceptable (socialmente) del resultado que ese método esté en condiciones de proporcionar¹³ [123, 132, 137, 172]

5. La dogmática

Sin embargo, aun admitiendo toda la importancia que reviste, para elaborar la sentencia, que el juez tenga en vista una justicia material, no quiere decir que sea ese el único factor tomado en cuenta. Pues Esser no niega que a la dogmática jurídica y a la idea de sistema les corresponde una función importante en la *Rechtsfindung*. Por el contrario, entiende que la juridicidad de una conducta y la justicia de una sentencia no emanan de «valores» obtenidos a partir de un acuerdo desarticulado de las opiniones, lo cual no podría aparecer sino como algo simplemente casual desde el punto de vista jurídico. Los puntos de vista del acuerdo deben, antes bien, ser pasibles de un examen racional y hallarse sustentados por el reconocimiento general de la obligatoriedad de unos modelos jurídicos de reglamentación que están dados previamente. [165]// En efecto, el juez no puede «extraer» la solución basándose al mismo tiempo en tipos diferentes de ordenación jurídica, ha de decidirse por alguna de ellas en especial. Por ejemplo: determinada solución no puede fundarla en parte sobre una acción de enriquecimiento ilícito, en parte sobre disposiciones penales, etc.; tiene que decidirse

¹³ Algo similar ha sido anotado asimismo por otros autores. Así, dice Perelman: «las técnicas de interpretación, justificadas por el recurso a la lógica jurídica, serán para él (juez) una ayuda esencial, en la medida en que le permitan conceptualizar, mediante una argumentación apropiada, lo que le dicta su sentido de la equidad y su sentido del derecho» [Chaim Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica* (tr. Luis Díez-Picazo), Monografías Civitas, Madrid, 1979 (or. fr. 1976), p.37]. También Kriele entiende que es el carácter más o menos «satisfactorio» del resultado jurídico que se alcance lo que determina si un texto es considerado claro o si, por el contrario, debe ser «interpretado»; dicho autor hace notar que «la interpretación tiene siempre que tomar en consideración la pregunta: “¿adónde nos lleva esto?”; en otras palabras, que la “univocidad” o lo “incompleto” de una letra es algo que primero debe ser decidido» [Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation* (Teoría de la obtención del Derecho, desarrollada en relación con el problema de la interpretación constitucional); Duncker & Humblot, Berlín, 1967, p. 214-215). Y véase estas dos citas, clásicas:

«... la *construcción jurídica*... no consiste sino en la demostración de que sólo la aplicación de determinados conceptos jurídicos nos proporciona las consecuencias jurídicas deseadas, de modo que la construcción es la consecuencia de sus propias consecuencias”

[Germán (Hermann) Kantorowicz, «La lucha por la ciencia del derecho» (tr. Werner Goldschmidt), 1949 (or. al. 1906: publ. bajo el seudónimo: Gnaeus Flavius), en Savigny/Kirchmann/Zitelmann/Kantorowicz, *La Ciencia del Derecho* (p. 323-373), Losada, Buenos Aires, 1949, p. 344].

«La interpretación es, pues, el resultado... de su resultado» (*Die Auslegung ist also das Ergebnis - ihres Ergebnisses*)

[Gustav Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft* (Introducción a la ciencia jurídica), ed. reelaborada por Konrad Zweigert, K.F. Koehler, Stuttgart, 1969 (12ª ed.), p. 169].

por aquel sector de disposiciones que le parezca el globalmente más adecuado al caso, inclusive si ciertos aspectos (secundarios) de este puedan acaso encontrar una solución mejor en el marco de otro instituto jurídico. [43]

Lo cierto es que el derecho, en cuanto sistema de organización destinado a poner orden en los conflictos sociales, no puede dejar de trabajar con una dogmática. Por «dogmática», en el sentido más general de la palabra, se entiende el adoptar como punto de partida ciertas autoridades de tipo permanente: ya sean textos o la respectiva manera de entenderlos, ya sean sentencias fundamentales a las cuales se reconoce autoridad propia. Sin fijarse en precomprensiones de concretas situaciones conflictivas, la dogmática establece determinadas concepciones básicas, para dejar a cargo del intérprete la tarea de armonizar luego dichas concepciones con lo que surge de la precomprensión de las situaciones concretas a medida que estas se vayan produciendo. La posibilidad de adoptar una decisión de acuerdo con puntos de vista dogmatizados, y no según puntos de vista de política jurídica a replantear nuevamente ante cada caso, constituye en gran medida la base del sistema jurídico todo. [88-89]

Toda «construcción» jurídica surge, en realidad, a partir de determinada valoración, se presupone la *justicia* de la solución así «construida». [110]// Una dogmática no puede funcionar, al fin de cuentas, sino en mérito a lo «razonable» (*Vernünftigkeit*) de sus contenidos originarios. Esos contenidos no fueron obtenidos simplemente por especulación, sino que se adoptaron porque en el tiempo consiguieron acreditar (empíricamente) su valía, y entonces fueron transformados en un sistema de conceptos. Pero esto no quita que el sistema deba en lo sucesivo ser rellenado y rejuvenecido en función de la experiencia, al ser constantemente sometido a nuevas verificaciones en la labor judicial misma. [88-90]

Esser se remite expresamente, en la Introducción de la edición de bolsillo de *Vorverständnis...* (p. 12, n.4), a un estudio suyo donde subraya todavía más el hecho de que, en realidad, es la apreciación de los intereses que sean merecedores (si así se considera) de protección y no los conceptos fijados por la técnica jurídica –vale decir, la justicia y no la dogmática–, lo que suministra al juez el verdadero hilo conductor para dictar la sentencia:

«Lo reitero: No es de los conceptos o de institutos jurídicamente fijados, sino del juicio respecto a si los intereses merecen ser protegidos, de donde resulta la decisión sobre qué es aún posible de acuerdo con nuestro derecho, o bien [en cambio] qué cosas sean, como tan a menudo se dice, ajenas a él [p. 110]. [...] En ninguna parte nuestros problemas constructivos son solucionados por una respuesta conceptual que meramente se nos “presente” como tal; nunca el finalmente concebido instrumento dogmático constituye *per se* la garantía de una aplicación “correcta”; no es él quien inaugura su propia aplicación correcta, su mejoramiento o sustitución, sino que lo es la presión ejercida sobre la labor de

encontrar el derecho (Rechtsfindung) por aquello que se reconozca como una así llamada “necesidad”, para que ahí no llegue a brindársele “piedras en vez de pan” a las partes» [Josef Esser, «Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht» (Posibilidades y límites del pensamiento dogmático en el Derecho Civil moderno), en Archiv für die civilistische Praxis, t. 172 (vol. 52 de la Nueva Serie), p. 97-130, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1972; el pasaje citado es de la p. 110].

La actividad legislativa misma no le proporciona al ordenamiento jurídico su carácter de «sistemático». Es la dogmática quien se ocupa de eso, de fijar las relaciones jurídicas entre valoraciones. [97]// El derecho comprende una estructuración de tipo no legislativo, dada a través de conceptos generales y reglas, que toman autoridad de tradición mediante la doctrina y la *praxis* más recibidas [81]//, eso que en alemán se llama *bewährte Lehre und Überlieferung*. [184 ss.]// Sea como sea, también todas estas instancias constituyen unas «autoridades», por cuanto el intérprete se encuentra sometido a las soluciones que ellas le imponen. De ahí, la necesidad de distinguir entre interpretación *dogmática* e interpretación *libre* del derecho. La primera está sometida a autoridades; la segunda no, esta responde a un interés meramente científico. [120]

La interpretación dogmática remite a factores positivizantes del derecho que acuñan determinado modelo de regulación (*Regelungsmuster*); hay ahí una finalidad normativa que ha sido históricamente objeto de un trabajo de concreción (*Konkretisierung*) positiva. Claro que tal finalidad puede aún admitir, por medios dogmáticos, una generalización mayor, o bien, en cambio, reducciones o alteraciones. De ese proceso de actualización, llevado adelante en la doctrina y en la práctica, se encargan justamente la dogmática y la casuística, por cuanto también estas intervienen como fuerzas constitutivas de lo que es derecho «vigente» («*geltendes*» *Recht*). [120]// Los criterios de una judicatura llegan a hacerse partes sustanciales de «las leyes», del mismo modo que los conceptos aportados por la doctrina reconocida; pero su «rectitud» (*Richtigkeit*) actual puede impugnarse de nuevo en cada proceso, ella debe ser objeto de renovada verificación a partir del nuevo caso. [191]

6. Relaciones entre sistema (dogmática) y justicia material

De todas maneras, aunque la dogmática misma se inspira en criterios de valor (social), puede darse cierta tensión entre la fundamentación de una solución desde el punto de vista de aquella y lo que sería la solución más adecuada desde el punto de vista de la justicia material¹⁴. La tarea del jurista es

¹⁴ Esser menciona, una y otra vez, la «justicia» (material), como si, en general, no pudieran caber dudas sobre *cuáles* sean los contenidos mismos de esta. Tal idea estaría de acuerdo, por lo demás, con la tesis señalada más atrás, en la n. 5. Sin embargo, ha sido hartamente demostra-

tratar de armonizar ambos tipos de exigencias. [190]// El sistema permite sólo un control de tipo interno, es decir, con base en juicios de valor inmanentes a él mismo: lleva a juzgar si una solución es admisible a título de inferencia *intra*-sistemática, permite saber si es legítima como actualización de las valoraciones implícitas en la construcción e inteligibilidad del propio sistema. Empero, para controlar la rectitud de una solución, puede ser necesario acudir además a unas consideraciones *extra*-sistemáticas: a criterios de justicia, los cuales pueden llegar a poner en tela de juicio conclusiones que desde un punto de vista meramente sistemático serían legítimas. [96]

El sistema, por su dogmática, sólo es «autónomo» provisoria y heurísticamente, en cuanto presenta un modelo de ordenación que opera una reducción selectiva de la complejidad (real) de las situaciones por juzgar. Sin embargo, como vimos [*supra* # 4], el jurista está habilitado para remontarse a consideraciones (racionales) de justicia que pueden estar más allá de los límites de dicho modelo. [114]

El hecho de que, llegado el caso, sean relegadas las autoridades dogmáticas, en favor de argumentaciones de «política «jurídica» sobre la justicia material (*Sachgerechtigkeit*), no quiere decir que los postulados de esta última no queden sometidos, también ellos, a control. Dicho «control» se da ante todo en función de la necesidad de presentar argumentos *convincentes* en lo material («tópica»), para establecer la posibilidad de un consenso general. Pero junto a este control desde el punto de vista de la justicia (*Rightigkeitskontrolle*), hay lugar asimismo para un «control de concordancia» (*Stimmigkeitskontrolle*) de la solución con el sistema jurídico positivo, es decir, respecto a la compatibilidad con otras soluciones legislativas y con elementos de la dogmática. [16]

En efecto, la situación conflictiva ha de ser encarada, incluso si se busca una sentencia «justa», como un caso *típico*: el tratamiento normativo de que se haga objeto a aquella tiene que dar lugar a una solución que pueda entenderse como satisfactoria también más allá de lo que significa la decisión singular hallada para ese caso concreto. No se trata, pues, de que el

do, en numerosos estudios, que las ideas y las aplicaciones de qué sea lo «justo» son extremadamente variadas y antinómicas, fuera de que ese término, por lo demás, se usa esencialmente en funciones persuasivas del lenguaje: véase el clásico estudio de Chaïm Perelman, *De la justicia* (tr. Ricardo Guerra), Universidad Nacional Autónoma de México/Centro de Estudios Filosóficos (Cuaderno 14), México, 1964 [or. fr. 1945]. Mas esta observación no invalida, por cierto, lo que Esser señala en cuanto al *hecho* mismo de que, efectivamente, el juez se guía también, o sobre todo (en muchos casos), por unas consideraciones acerca de lo que *él* estime «justo». Si se quiere, lo que Esser dice al respecto puede reformularse y no creo que él mismo estuviera en desacuerdo también así: se trata de *una* justicia material, aquella en la que el juez *Cree*, y habitualmente esta se halla de acuerdo con ideas ampliamente recibidas en su medio social (prevaloraciones): v. *supra* las líneas finales del # 3.

juez pueda decidir a su arbitrio como en una jurisdicción casuística de equidad voluntarista (*kasuistische Billigkeitswillkür*). La sentencia ha de contener todas las notas esenciales que permitan hacer que ella sea regularmente repetida en casos similares. En síntesis, la sentencia ofrecerá: por un lado, una solución que sea «materialmente justa» inclusive desde un punto de vista *general*; por el otro, debe hallarse también en *armonía* con el conjunto del sistema positivo de las ordenaciones jurídicas. [136, 141]

7. La norma jurídica como un «modelo de regulación»

En mérito de lo señalado, es fácil comprender por qué Esser se ve conducido a manejar una noción muy elástica y multifacética de «norma jurídica». Según él, esta constituye esencialmente una «idea de ordenación», que ahí se presenta en forma de proposición jurídica (*Rechtssatz*) a través de la expresión lingüística dada por un texto. [30]// Las normas suministran un «esquema general de interpretación». Ese esquema ha de ser entendido a la luz de su propio contexto y no como un acto histórico de mandato. Las normas no son proposiciones jurídicas aisladas y arbitrariamente colocadas unas al lado de otras, sino expresión de principios racionales que van inclusive más allá de la medida en que estos sean recogidos en elementos de las formulaciones legales. De ahí que el derecho se presente, en la vida social, como un modelo de regulación o reglamentación (*Regelungsmuster*) cuya naturaleza no es especialmente imperativa. [34-35]

Al intérprete le compete hallar el derecho a través de unos modelos de ordenación, los cuales se hacen comprensibles no como mandatos (*Befehle*) sino como encargo de actualización de una finalidad normativa; finalidad que, aún más, puede encontrarse íntimamente ligada a un sinnúmero de otras relaciones de regulación (*Regelungsbezüge*) actuales. [114]// De ahí que el lenguaje en que se encuentre expresado el modelo de ordenación debe descifrarse en atención a la finalidad de este; la norma no encarna una ordenación «concreta», sino un *fin* de ordenación. [31]// Eso explica por qué, en función del fin y del contexto normativo respectivos, la misma palabra puede requerir, según los casos, diferentes interpretaciones. [46]// Sin embargo, puede también darse la circunstancia de que mediante una definición legal sean fijados los criterios normativos para las notas conceptuales (*Tatbestandsmerkmale*) que componen la fórmula de la ley, en vez de dejar eso librado al discernimiento del intérprete guiado por la finalidad de la norma. [47]

De cualquier manera, es siempre la representación que el intérprete se hace de la finalidad de ordenación lo que le sirve de guía esencial en su búsqueda de las soluciones jurídicas, en persecución de una «completud» (*Vollständigkeit*) que, indudablemente, el texto legal no puede tener. Siem-

pre es a partir de comprender un plan normativo, o sea, porque ello despierta *expectativas* de una regulación jurídica (más integral) fundadas en ese plan, cómo se diagnostican y luego son colmadas las «lagunas»: esto es, por una toma de conciencia de que el «material» de la reglamentación no debería «terminar» aquí, donde parece terminar. [176]

La norma se funda en juicios de valor. Pero como ella no es más que un *modelo* de reglamentación, en su texto no puede quedar fijada de antemano, de una vez por todas, la totalidad de los juicios de valor necesarios para la aplicación del derecho. Por eso se hace necesario recurrir asimismo a conceptos aportados por la doctrina, para alcanzar realmente el fin de la norma jurídica. [56]// La norma sirve para que por medio de su programa sean independizados solo *algunos* elementos axiológicos. De este modo, al ser establecidos esos valores como fines jurídicos, son colocados por encima (*herausgehoben*) tanto de la discusión política como del plano de las apreciaciones personales. Pero esto no quiere decir que únicamente lo establecido en tal programación sea de orden racional, que para todo lo que esté más allá –lo no previsto por ella misma– se abra un campo de libre subjetivismo y criterios arbitrarios acerca de lo «razonable». No es así, porque también estos otros criterios [podríamos llamarlos: extra-programáticos] se encuentran comprendidos en las mallas del *consenso social* (precomprensiones) que brinda legitimidad a la manera como se entiende un ordenamiento de derecho positivo. [129]

En definitiva, la norma no puede ser comprendida si no es en función de aspectos constructivos que la remiten a una infraestructura y a una superestructura. Por un lado, cada norma se integra en un todo ordenativo legal *superestructura*; por el otro, su sentido viene asimismo determinado por elementos lingüísticos y conceptuales preestablecidos, de modo que el intérprete se encuentra, así, con un contenido axiológico acuñado previamente *infraestructura*. [36]

8. Carácter «material» de la lógica jurídica (tópica, el «círculo hermenéutico»)

En virtud de todo lo dicho, resulta claro que el jurista trabaja con un tipo de razonamientos peculiar. En efecto, la lógica jurídica es esencialmente una «lógica material» (*Sachlogik*). Claro que también la lógica clásica desempeña un papel en el derecho, por cuanto ella permite controlar la compatibilidad de enunciados, aun si se trata de predicados de valor (*Wertaussage*). Pero lo que la lógica aristotélica no puede controlar, es si las premisas del silogismo judicial –la menor (calificación individualizada de la situación de hecho) y la mayor (calificación normativa)– han sido correctamente establecidas (*Richtigkeitskontrolle*). Por lo demás, esa lógica tam-

co permite apreciar si se da la correspondencia analógica entre los conceptos jurídicos de ambas premisas, expresados en el mismo lenguaje-objeto, si no se recurre a un juicio intermedio de valor; y no es sino la comprobación de dicha correspondencia, precisamente así, lo que legitima que se proceda a llevar a cabo la subsunción. [103-104; cf. también cap. III.3, sobre «El silogismo», esp. p. 46 s.>// Lo realmente efectivo es la precomprensión y los actos valorativos [*supra* # 5]; frente a ello, los procedimientos lógico-conceptuales no son más que un vehículo del que aquellos factores, los realmente decisivos, se sirven para volcar su resultado en ciertas formas lingüísticas, de donde este pueda ser luego nuevamente extraído. [77]

Como lo han sabido reconocer la Escuela del Derecho Libre y la Jurisprudencia Sociológica, la lógica jurídica es de naturaleza «material»; porque los juicios que esta maneja resultan *consecuentes* en razón, justamente, de su consistencia *axiológica* (*Wertungsfolgerichtigkeit*). Aunque «material», eso no deja de ser una «lógica», por cuanto sirve del modo más general para establecer una relación razonable entre fines de la ordenación y medios en función de esta. Mas en este dominio no existen, por supuesto, inferencias propiamente «constrictivas» (*zwingende*). [103-107]

El razonamiento jurídico corresponde más bien al tipo de la, así llamada, *tópica*: una argumentación que trabaja con puntos de vista que son simplemente «razonables» (*vernünftig*), se vale de fundamentaciones teleológicas, tiene en cuenta la plausibilidad de los resultados. La enunciación de lo que es correcto (*Richtigkeitsauskunft*) se encuentra ahí referida al consenso: o sea, como señala Aristóteles, a «aquello que parece verdadero a todos o a la mayoría o a los más sabios». [151-154]

En eso afina la importancia que tiene la «pre-comprensión» en la interpretación jurídica. El meollo de lo llamado así [*supra* # 3. N], tratándose del derecho, reside en la capa formada por aquellos que se encuentran en común concernidos por las normas: capa que ofrece con todos los prejuicios de la época respuestas sobre la verdad de ciertas cuestiones, mediante un tipo de pensamiento que es de naturaleza axiológica (históricamente condicionado), valiéndose de máximas reconocidas como razonables¹⁵. [115]// La presencia ineludible de semejante precomprensión hace que la comprensión (misma) de la norma jurídica se desarrolle en un *círculo hermenéutico*, dado en la relación entre lo que se le pregunta a la norma y la contestación que de ella se espera. En el derecho, el «círculo hermenéutico» consiste en lo siguiente. La comprensión de un precepto jurídico se desenvuelve en un «círculo» constituido por una relación de influencias recíprocas: un ir-y-venir del pensamiento, entre la interrogación (sobre el caso) que

¹⁵ Téngase presente lo señalado *supra*: n.11 y n. 14.

le es planteada a la norma y la respuesta (solución) que se espera de esa norma. Quiere decir que sin un «pre-juicio» (*Vorurteil*), esto es, una pre-comprensión en cuanto a que hay ahí una necesidad de reglamentación jurídica y la posibilidad de hallar una solución adecuada, el lenguaje de la norma no sería capaz de ofrecer contestación sobre aquello que se le pregunta, cuál es la solución justa. [134]

Nota.-

Se puede decir que toda interpretación se lleva a cabo en una especie de *círculo*. El entendimiento de cualquier parte de una obra se efectúa teniendo de antemano alguna idea, por más vaga que sea, sobre aquello de que esa obra pueda hablarnos. A su vez tal sentido, de conjunto, no existe si no es por y en esas mismas partes. El «círculo» consiste, pues, en que así como las partes no son independientes de, sino que remiten a, el todo; tampoco el todo es independiente de, sino que remite a, sus propias partes.

El todo consiste en las partes, y estas no son lo que son sino en él justamente. Pensar en las partes es presuponer, de alguna manera, un todo que va más allá de cada una de ellas considerada aisladamente; y pensar en el todo es pensar al mismo tiempo, de alguna manera, en unas partes de él. Claro que nada de esto es estático. La idea inicial que yo tengo acerca del todo, al comenzar una lectura, se irá modificando en función de las partes que voy conociendo; y también la comprensión de estas varía de acuerdo con la manera como yo vaya entendiendo más ampliamente, mejor, el todo. De ahí la diferencia, en profundidad de comprensión, entre la primera y la segunda lectura de una obra.

Por lo demás, la referencia a un *todo* es de lo más relativa y también variable. El «todo» que yo maneje puede ser este o aquel. Por ejemplo, si de lo que se trata es de comprender un capítulo: puedo tomar en cuenta el libro entero, o también otros libros de quien lo escribió, o en general el tipo de obras de que se trate, o la época en que fue escrito, o los antecedentes literarios, o la biografía del autor, etcétera.

En síntesis, la noción de *círculo hermenéutico* trata de llamar la atención (fuera de engarzar con ciertas bases filosóficas de las que podemos prescindir aquí) respecto a dos cosas que son fundamentales en todo proceso de comprensión. **a)** La interconexión, dinámica, entre lo que se entiende de cada elemento de un discurso y la idea que uno se hace de este globalmente, o incluso acerca de la relación de dicho discurso con otros discursos o en general con cierto universo de significados. Eso se procesa, en la mente del intérprete, de modo tal que cada parte y el todo considerado constituyen un «círculo», donde aquella lo presupone a este y viceversa. **b)** El hecho de que toda comprensión es encarada mediante ciertas «pre-comprensiones» (prenociones) provenientes de una tradición histórica: conocimientos, prejuicios, etc. Cuando abordamos la comprensión de algo no lo hacemos con la mente como en blanco, sino que hay cosas en que creemos de antemano –saberes que pueden ser auténticos o ficticios, o hasta cierto punto lo uno y en cierta medida lo otro–, y esas cosas [*supra* # 3] las proyectamos automáticamente sobre lo que vamos a interpretar, mientras lo estamos interpretando; con base en tales ideas precisamente, es como tratamos de entenderlo. Pero también es posible –a veces sucede, otras no– que estos puntos de partida sean revisados, en alguna medida, en el curso de este proceso de comprensión, en función de nuevos elementos de juicio que extraemos justamente de la lectura llevada a cabo.

Sobre la recepción de la «hermenéutica» en la Teoría del Derecho contemporánea, a partir de los años sesentas, cf. las acertadas observaciones de Dieter Simon, *La independencia del juez* (tr. Carlos Ximénez-Carrillo; Intr. Miguel A. Aparicio Pérez), Ariel Barcelona, 1985 [or. al. 1975], p. p. 78-80. Este autor señala que se trata, al fin de cuentas, de una manera de retomar aquella «constatación de Radbruch, según la cual la interpretación produce “el resultado de su resultado” [*supra* n.13], [idea que ahora] fue redescubierta por los hermeneutas y consolidada con la ayuda del [concepto de] “círculo hermenéutico” de la hermenéutica filosófica.

[...] En fin, la investigación hermenéutica [a pesar del buen grado de vaguedad que exhiben sus conceptos teóricos claves y, en general, sus notorias insuficiencias, principalmente el tender a omitir en su perspectiva las dimensiones específicas de orden político-social] ha arrollado a la metodología interpretativa convencional y acto seguido ha preparado el terreno para el planteamiento de la cuestión sobre el origen y significado de los juicios de valor emitidos por el juez». Precisamente de esto último se ocupa el libro de Esser.

Por todo lo que hemos ido viendo, los conceptos jurídicos no tienen valor simplemente declarativo sino sobre todo regulativo, el cual depende en primera línea de la multiplicidad de factores de precomprensión. Y así, puesto que se trata de conceptos fundados -teleológicamente- en criterios axiológicos de variado tipo, aquellos no son hábiles para ser utilizados en un mero lenguaje-objeto¹⁶. [102]

9. Conclusión: carácter «productivo» de lo que hace el juez

La conclusión más general del libro comentado es, como una y otra vez se desprende de lo que se ha ido señalando, subrayar el papel extraordinariamente activo y amplio que tiene la labor de determinación del derecho a cargo del juez. Por eso, puede decirse que los conceptos jurídicos indeterminados, así como las facultades que en el juez delegan ciertas leyes por medio de cláusulas generales (*generalklauselartige Ermächtigungen*), no ofrecen otra particularidad que la de constituir formas-límites de lo que habitualmente se le encarga a los tribunales de justicia, a saber: que sean *estos mismos* quienes determinen el modo de aplicación de las formulas legales (*Tatbestände*), de una manera que esté de acuerdo con la norma (*normgemäße Regelung*), pero interpretando esta según reconocidos criterios de conducta social –criterios que no son de carácter dogmático, sino ajustados a la vida social misma (*lebensgemäßig*)–. [59]// Cuando se presentan «lagunas» [*supra* # 7], la actividad judicial de colmarlas no constituye, al fin de cuentas, más que la «macrocósmica situación límite» de lo que es la tarea interpretativa en general. [175]

En fin, el juez puede llegar hasta a otorgar sanción jurídica a consensos sobre valores que no están legislados, lo que solo son unos criterios habituales de conducta. En qué medida cabrá esto último, es algo que depende en mucho del propio control de la judicatura. La teoría del método carece de criterios racionales para demostrar la obligatoriedad de estructuras axiológicas preestablecidas que estén más allá de los principios sistemáticos y fundantes del derecho, ya que dicha teoría no puede desconocer la diferen-

¹⁶ Quiere decir que, por ejemplo, las leyes no pueden entenderse ni ser manejadas en función de su propio texto simplemente, sino que se hace necesario referirlas como *objeto* (lenguaje-objeto) a otros elementos discursivos *metalenguaje*: precomprensiones, criterios valorativos, etc. para aclarar sus alcances.

cia que hay entre las normas dadas en función de principios positivizados y los consensos prejurídicos. [162]

A tal punto resulta «productiva» no simplemente *re-* productiva la labor del juez, en opinión de Esser, que este anota que la sentencia obra no solo en el terreno de la jurisprudencia y la doctrina, sino también mucho *más allá*. En efecto, la decisión judicial llega a repercutir en primera línea también sobre lo que es la materia de ordenación misma (*Ordnungsstoff*), el medio fundamental –por no decir único– en donde la idea «Derecho» se realiza y reproduce de modo renovado: las sentencias no dejan de influir sobre la *conciencia* que, en un medio determinado, haya respecto a lo que allí se considere como solución de derecho (*Rechtsbewußtsein*). [73-74]

10. Comentario crítico

Sumario:

Apreciación global. ¿Del «es» al «debe»? ¿«Racionalidad» de las precomprensiones? Continuación: lo racional y lo no-racional en el derecho. Valor de esa obra como una base, y también como un ejemplo (hoy ignorado), para estudios actuales.

Luego de haber echado nuestra ojeada, hasta aquí, a algunas de las principales ideas del libro considerado, paso a añadir unas observaciones por mi cuenta.

Indudablemente, se logra brindar en él una visión altamente dinámica del complejo tejido de elementos que se dan cita en la interpretación del derecho. Tipo de presentación que, por su multilateral riqueza, no es dable hallar corrientemente en los estudios sobre la materia. Compárese, por ejemplo, con la simplista propaganda gremial que ha hecho circular, en los últimos tiempos, un autor como Dworkin. Las pocas cosas interesantes que, en el plano metodológico, llega a rozar este último, fueron señaladas mucho antes por Esser y en lo sustancial, esto es, sin presentar unos análisis tan detallados como los de este último, hasta habían sido advertidas ya en la primera mitad del siglo por distintos autores. Solo que en estudios como el de Esser y otros, esas cuestiones fueron tratadas con otra «seriedad» que en los sobrevuelos de Dworkin. (Este se contenta con rebautizar una o dos de esas viejas puntualizaciones, y recurrir a unos recorridos de superficie por algunas sentencias, a título de apoyo para beatificar la dogmática jurídica.)

Esser nos ofrece un examen lleno de matices, siempre atento a la superación de respuestas unilaterales o rígidas. Da cuenta de los límites del logicismo, como así también de los que son propios a determinadas formas del tecnicismo jurídico (dogmática). Toma ampliamente en consideración la dimensión social y política de las soluciones de derecho, pero se opone a que la experiencia jurídica sea reducida a unas fórmulas de cierto cientificismo sociologista (cf. la crítica a Luhmann). Pone el acento en la impor-

tancia de las valoraciones, el hecho de que las normas jurídicas no pueden aprehenderse si no es en función de unos valores en que ellas se basan, mas ello no le impide admitir un relativismo social de los fines que el ordenamiento jurídico se fija en cada caso. Subraya, en todo instante, el papel decisivamente activo del pensamiento judicial; pero se esfuerza al máximo por mostrar, igualmente, que este trabajo se encuentra sometido a unos criterios que permitan superar el irracionalismo y lo arbitrario. Etcétera. En todos esos respectos, los análisis presentados son, sin duda, de valía poco común. Mas considero que también caben algunos reparos frente a ellos.

Los esfuerzos de Esser apuntan sobre todo a mostrar que los jueces, aunque se guían por criterios de valoración y cumplen una tarea verdaderamente creadora, no actúan de modo arbitrario. El considera que se hallan sometidos, de todas maneras, a determinados *límites* que tienen su *racionalidad* propia. Y esta, precisamente, es capaz –piensa él– de proporcionar las bases para utilizar debidamente los métodos jurídicos.

Esa afanosa búsqueda en pos de un eje firme de racionalidad que sustente los razonamientos jurídicos, sea ella de uno u otro tipo, caracteriza a la enorme mayoría de los estudios de Teoría del Derecho presentados en los últimos decenios. Aunque hoy todo el mundo está de acuerdo en rechazar la imagen del juez-«autómata», la ilusión de que sea posible someterlo a un «silogismo jurídico» de tipo cuasimatemático, y ni siquiera, en general, a métodos tan estrictos como los usados normalmente en las ciencias de la naturaleza, eso no obsta a que se señalen tales o cuales *modelos* del razonamiento jurídico capaces de no dejarle simplemente las manos libres a los operadores autorizados del derecho. Esos modelos se suelen calificar de «racionales», o «razonables», por cuanto, según se entiende, intervendrían en el pensamiento del juez en forma tal que, al fin y al cabo, resulta que a ellos quedaría *sujeto* –no sería, pues, propiamente libre también el trabajo «creador» que cumplen los tribunales–. Me parece que también el examen de Esser apunta en tal dirección, aunque la sigue con reservas y con matices que autores menos cuidadosos (ya nombré el ejemplo paradigmático de nuestros días) se saltean alegremente. Sin embargo, tampoco él consigue evitar del todo que en su descripción de la labor judicial se deslicen ciertos defectos de conceptualización, o cuando menos se trata de ambigüedades, capaces de llamar a engaño acerca de cómo se da *en la realidad* el pensamiento jurídico profesional. Me explicaré.

* * *

Ante todo, cabe apuntar que a menudo en ese estudio no hallamos clara distinción entre lo que corresponde a una *descripción* propiamente de prácticas judiciales y lo que pueda proponerse como cierto modelo *ideal* para ellas, no se diferencia bien entre el «es» y el «debe». Esser, quien más de

una vez subraya que no pretende ir más allá de un plano relativista en su análisis de los valores jurídicos (pone entre paréntesis la cuestión metafísica del sentido último que ellos puedan tener), parece querer justificar su concepción de la *Rechtsfindung* con argumentos estrictamente realistas. Sin embargo, en otros pasajes no se puede evitar la impresión de que, en el fondo, él está de acuerdo con, y hasta recomienda, las formas judiciales de pensar que nos está describiendo. Se diría que acepta, de buen grado, las cosas del modo como éstas se desenvuelven habitualmente en la práctica jurídica. Las muestra de una manera tal que parece tratarse, ahí, de hacernos tomar conciencia no simplemente de lo que *es* así y da la impresión de que, a su juicio, tampoco puede llegar a ser de otra manera, sino que quiere también decirnos cómo *es deseable* (juicio de valor: debe) que ello tenga lugar.

Si bien él se habría propuesto simplemente librarnos de ciertas maneras engañosas, unilaterales, de comprender los fenómenos de la interpretación jurídica, empero parece dar por supuesto, asimismo, que la forma como ellos se producen en la realidad no merece mayor crítica. En tal sentido, su análisis entra en contradicción, quiéralo o no, con enfoques como, por ejemplo, el de Kirchmann y, en general, con lo que han sido llamadas las teorías *críticas* del derecho¹⁷. Sin embargo, esto no aparece claro en los planteamientos de Esser, porque en ellos no se discrimina suficientemente entre tres planos de la reflexión que es aconsejable no confundir entre sí: a) descripción de lo que *es* (prácticas actuales de los jueces), b) pronóstico en cuanto a lo que *puede* o no pueda llegar a presentarse de otras maneras (posibilidades de cambios en esas prácticas), c) *valoraciones* (aprobación o desaprobación de tales prácticas, o de otras que se propongan como alternativa correctivamente).

En su otro libro fundamental, *Principio y norma* [*supra* n. 8], nuestro autor le había reconocido una dimensión esencialmente productiva a la teoría del derecho. Y tampoco en el trabajo aquí comentado faltan alusiones a que las ideas sobre el método jurídico pueden jugar un papel importante. Ahora bien, si las formas de *concebir* el método interpretativo –las cuales, por lo demás, son tan variadas– tienen influencia sobre la realidad misma del derecho, determinando que ésta se produzca de ciertas maneras o de otras, entonces una simple descripción de determinado tipo de prácticas jurídicas no permite concluir que *este* tipo, solamente él, constituye la única

¹⁷ Respecto a esa otra clase de enfoques, véase la sintética presentación que de ellos efectúa: Carlos María Cárcova, *Derecho, política y magistratura*, Biblos, Buenos Aires, 1996 (*vid. esp.* el primer ensayo) y la literatura allí mencionada. Cf. también mi estudio: «Kirchmann sabía menos... ¡pero vio mejor!». Vigencia de un antiguo diagnóstico, más algunas observaciones (que no son simpáticas) sobre la actual Teoría del Derecho», en *Doxa-14* (1993), p. 269-317, Universidad de Alicante.

manera correcta de enfocar el derecho. Aunque las precomprensiones y el consenso tienen en muchos casos el papel que el autor les reconoce, de ahí no se sigue que eso tenga que ser («sein») *en todos los casos* y siempre así, y mucho menos es forzoso admitir que tal cosa esté *bien* («sollen»). En una palabra: ¿qué nos asegura que la descripción presentada corresponda a unas maneras *necesarias*, y no simplemente a algunas de las formas posibles, de producirse el razonamiento jurídico? Más importante aún: ¿debemos estar satisfechos con tales formas por el simple hecho de que ocurran, o valdría más bien la pena tratar de cambiarlas (y en caso afirmativo, por qué y cómo)?

* * *

Pero podríamos dejar a un lado las observaciones recién apuntadas. Más importante me parece examinar si Esser logra verdaderamente proporcionar unos criterios firmes para hallar *racionalidad* en los procedimientos interpretativos. El ha puesto ciertamente de relieve, con agudeza, la existencia de unas relaciones dialécticas entre exigencias de la dogmática y requerimientos que pertenecen a aspectos de justicia, así como las radiaciones del «círculo hermenéutico» sobre la técnica jurídica. Sin embargo, la pregunta clave es: ¿hasta qué punto las relaciones entre todos esos elementos se encontrarán guiadas aún por lazos de «racionalidad» justamente?

No se trata, claro está, de saber simplemente si el *calificativo* de «racional», o «razonable», pueda ser lingüísticamente aplicable a fenómenos como son las precomprensiones y a la tópica. El verdadero punto consiste en determinar qué quieren decir exactamente, en tal caso, esos dos términos. Son palabras que han tomado un sentido tan amplio y hasta indiscriminado, que es necesario precisar, cuando son empleadas, a qué clase de realidad se entiende hacer específicamente referencia con ellas. Dichas expresiones disfrutaban, como se sabe, de un prestigio considerable: hacen pensar en inferencias firmes, vínculos no arbitrarios. Son términos que aluden, pues, a la presencia de conclusiones *necesarias*, o a lo menos *altamente previsibles*, una vez que se encuentran tales o cuales premisas como punto de partida. Por eso los juristas, también ellos, exhiben la tendencia a sostener que las conclusiones jurídicas válidas tienen que ser, por su propia naturaleza, de carácter «racional».

Ahora bien, salvo que se asimile la calidad de «racional» con las valoraciones de tal o cual persona o grupos, o con una idea metafísica, la racionalidad necesita depender de algo más objetivo, más concretamente verificable. De hecho, en eso existen unos y otros *grados*. Puede decirse que el grado de racionalidad de una conclusión resulta del *carácter previsible o de la fuerza de ilación lógica que esa conclusión presente ante los ojos de un círculo de conocedores*. Racionalidad en la interpretación del derecho no

existe, pues, sino bajo la condición de que, frente a un mismo tipo de casos, la generalidad de los juristas estén en condiciones de arribar, por medio del *razonamiento* (no de unos simples hábitos, o de emociones, etc.), a conclusiones similares¹⁸. La cuestión que se plantea, por tanto, es saber hasta qué punto hay efectivamente unas precomprensiones capaces de asegurar tal racionalidad.

Sin duda, las precomprensiones pueden revestir influencia decisiva en las decisiones judiciales. Es un mérito histórico de ese libro haber llamado la atención sobre la importancia que tiene tomar conciencia de tal elemento para alcanzar un mejor entendimiento sobre cómo se producen, en la práctica, las interpretaciones del derecho. No obstante, en determinada precomprensión pueden fundarse grados muy diversos de racionalidad. Igualmente, hay una amplia variedad de relaciones posibles, de subordinación o de coordinación, entre la sistemática y la justificación por los resultados. Por tanto, no se puede decir (ni, desde luego, cree Esser) que todos los jueces, en todas las materias y en todos los casos, aplican los mismos criterios interpretativos. Dada la existencia de tipos de casos ante los cuales las opiniones de los juristas están divididas, esto testimonia, más bien, una manifiesta *falta* de racionalidad en las discusiones entre ellos. O será que, tal vez, hay clases *diferentes*, y hasta contradictorias, de «racionalidad» jurídica: distintos «juegos de lenguaje» (p. ej. escuelas distintas en la dogmática), a todos los cuales se les adjudica empero ese mismo rótulo, por unos u otros intérpretes.

Sea como sea: ¿qué conclusiones sacar del hecho, indudable, de que topamos con «racionalidades» tan distintas? Podría pensarse que una doctrina del método ha de estar en condiciones de suministrar caminos precisos para solucionar los casos dudosos. Es ahí donde se debería poder poner a prueba los criterios de racionalidad postulados, ver si ellos sirven verdaderamente para arribar a resultados que no dependan de la discrecionalidad del juez. Sin embargo, lo que Esser nos explica no basta para enseñarnos, justamente, a saber cómo seleccionar tales criterios. ¿Cuáles, entre ellos, habría que aceptar o rechazar, y por qué? ¿Qué hacer cuando estamos en presencia de más de un consenso o más de una precomprensión posibles?

¹⁸ Sobre la idea de «racionalidad», se puede cf. dos de mis estudios: voz «Rationalité», en *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et Sociologie du Droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence/Story-Scientia, París-Bruselas, 1988, p. 337-340; y «Racionalidad y método para el derecho: ¿es eso posible?», en *DOXA* N.ºs. 7 y 8 (1990), respectivamente p. 169-247 y 241-270, Universidad de Alicante; una versión corregida y algo ampliada apareció en *Revista de Ciencias Jurídicas* N.ºs. 66 (mayo-agosto 1990) y 67 (setiembre-diciembre 1990), respectivamente p. 67-134 y 169-244, Universidad de Costa Rica [de esta versión hay también un pequeño tiraje independiente en forma de libro].

¿Cuál sería la ventaja de decir que hay ahí una conclusión «racional», siendo que, llegado el caso, tanto el resultado *A* como *no-A* pueden ser admitidos como «razonables»?

Por otra parte, Esser nos dice que el consenso al que el juez tiende, es «una proyección de su (del juez) propia racionalidad sobre una racionalidad social que no existe pero que debería existir, justamente de la manera en que él [el juez mismo] la entiende de acuerdo con su rol y en virtud de su propia [personal] socialización» [22]. Y agrega, también, que la consideración anticipada del resultado, de acuerdo con la cual se interpreta el texto, no es algo que se produce por medio de un «método» sino en la precomprensión [136]; la cual, a pesar de no ser «metódica» ella misma, constituye un presupuesto para determinar la elección del método interpretativo. En consecuencia, no sería ahí el *método* lo que se encarga de asegurar la racionalidad del conocimiento y de los procedimientos (como se admite habitualmente para las ciencias), sino que esta racionalidad –la de los resultados y la del propio método jurídico– dependería esencialmente de la precomprensión. Pero nuestro autor no nos ofrece pruebas del carácter «razonable» de esta precomprensión, fundada sobre un asentimiento general «que no existe pero debería existir»¹⁹. Por ende, estamos ante una «racionalidad» que nos es presentada más bien a título de postulado, como un artículo de fe jurídica, simplemente basado en lo que la propia conciencia le susurre a cada juez.

De tal manera, a pesar de los esfuerzos de Esser para no caer en el psicologismo o en posiciones análogas a la Escuela del Derecho Libre, las diferencias no son sensibles, en la práctica. Para esas tendencias, igual que para él, el contenido de la sentencia emerge, en última instancia, de lo que el juez estime como «justo» (materialmente), o sea, de *sus* propias valoraciones; las cuales, naturalmente, coincidirán más o menos con intereses, y en general con valores aceptados en su medio social, ya sea mayoritariamente o en especial con los de tales o cuales sectores en ella, y no con los de otros sectores [*supra* n. 11]. Es verdad que él nos dice que esas decisiones del juez deben, de todas maneras, permanecer encuadradas dentro de los límites establecidos por la dogmática y especialmente por las leyes. Pero no nos ofrece ningún criterio preciso para conocer estos límites, para fijar las líneas y el papel respectivos de la dogmática y de las consideraciones de justicia. Más aún, también el conocimiento de tales límites dependería de una precomprensión, sobre lo que es «justo». En consecuencia, mal

¹⁹ En una conversación personal, cuando le presenté el borrador del artículo de los *Archives* [*supra* n.*], Esser me dijo que él no había pretendido presentar tales «pruebas» en su libro, ni creía que pudieran proporcionarse.

se ve por qué medios estaríamos en condiciones de reconocer los límites (rationales) *concretos* a los que se supone esté sometido el trabajo del juez; y Esser llega a señalar, como vimos [# 9] que aquel puede incluso imponer sanciones sin base legal. Nuestro autor, cuyo subtítulo es «Bases de racionalidad en la práctica de la decisión judicial» (en la 2ª ed.), viene a desembocar así, de hecho, más bien en cierto irracionalismo; cosa que no puede extrañar, si recordamos que su punto de partida se asienta en ideas como las de Gadamer.

Tiene razón Prieto Sanchís cuando señala que la posición de Esser, no menos que la de las distintas variantes que apuestan al pensamiento «razonable» de los juristas, procuran, en definitiva, tenderle una cuerda de salvación al juez para que este pueda, a pesar de todo, seguir *diciendo* que está «atado», de alguna manera, a una normatividad *objetiva* que él se limita(ría) simplemente a seguir²⁰. Esto es, ellas permiten legitimar una ideología profesional: la de que no ha sido el propio juez el *responsable de decidir* la interpretación que él sustenta; mientras que, en verdad, ahí es justamente *él* quien elige (prefiere), *opta* (políticamente) por cierta interpretación en vez de otra u otras.

* * *

Lo que pasa, en el fondo, es que tampoco Esser, como tantos otros autores (la inmensa mayoría de quienes escriben estudios sobre la materia), ha podido librarse de caer en un error clave en cuanto al «blanco» de su investigación. Parece haberse embarcado, también él, en la búsqueda de un fundamento *global* para la «Rechtsfindung», orientarse hacia la persecución de un *quid* básico en torno del cual estaría centrada la *totalidad* de los elementos que se presentan en la interpretación jurídica. Hemos visto que ese *quid* se halla constituido, para él, por unas precomprensiones «rationales» (o que, en todo caso, serían aptas para que en ellas se basen métodos racionales). Por esa vía, se ve conducido a postular una racionalidad allí donde esta no existe, o donde justamente es más débil: en las *pre*-comprensiones [*supra* # 3.N]. Y entonces, como contrapartida, tiende a degradar el papel de aquellas fuentes donde la racionalidad puede reivindicar un papel relativamente más firme, aunque no sea todopoderoso: los medios de la dogmática (u otros a los que sería bueno recurrir: ¡interdisciplinarietà!).

De hecho, la interpretación puede consistir en una embrollada mezcla de elementos racionales y no-rationales, cuyas respectivas proporciones cambian en lo que va de un sector a otro del derecho, o hasta de caso a caso. Los resultados jurídicos pueden ser, a menudo, nada más que *parcialmente* ra-

²⁰ Cf. también las observaciones que trae Prieto S., *op. cit.* [*supra* n.11], p. 64-66.

cionales²¹. El flanco racional resulta, así, a veces más y a veces menos determinante en el pensamiento de los juristas.

Ahora bien, la racionalidad del derecho, en la medida en que ella se dé, resulta del *método* empleado, por más que los factores que influyan en la elección de este sean o no racionales ellos mismos. Y aun la precomprensión no cabe calificarla de «racional», en algún sentido, sino en la medida en que también aquella pudiera ser aunque fuera *a posteriori* objeto de examen por medio de algún método preciso: es decir, un camino preestablecido para conseguir que sea verificada o rechazada la *legitimidad* que, desde el punto de vista de ese método, el pre-juicio en cuestión esté en condiciones de ofrecer. Por tanto, si la precomprensión no es metódica, pero resulta que queremos fundar el método interpretativo nada menos que en ella, caemos en un contrasentido: significa renunciar, de un solo golpe, tanto a una eventual racionalidad de la precomprensión como asimismo a la de cualquier método fundado de esa manera²².

Se ganaría mucho si, en los estudios sobre interpretación del derecho, se distinguiera cuidadosamente entre dos aspectos del pensamiento jurídico: lo racional y lo no-racional. Sin desconocer, desde luego, la existencia de relaciones, tan íntimas como multilaterales, entre esos dos órdenes de cosas, sería aclarador señalar *diferenciadamente* sus respectivos papeles propios. Es bueno acostumbrarse a describirlos cada uno por su lado, por lo menos en un primer momento; y no perder de vista que sus esferas pueden, a su turno, tener cada una de ellas alcances más o menos amplios, según las ramas y los casos. La presentación de tipologías «regionales» acerca de unas maneras racionales, y aun de las irracionales, en que tiene lugar el conocimiento del derecho, constituiría tal vez la aproximación más realista en este dominio.

La Metodología del Derecho, por su parte, está llamada a ofrecer unas visiones más generales al respecto; pero también estas pueden ¡debieran! ser realistas, solo que lo son en un nivel más globalmente abarcante que el de cada una de dichas tipologías. Es en ese nivel donde se ubica el libro co-

²¹ Nunca me cansaré de hacer recordar la insuperable caracterización proporcionada por Radbruch: «una mezcolanza indisoluble de elementos teóricos y prácticos, cognitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos» [*op. cit.* (# 3.N *in fine*), cap. 15 *in limine*, p. 211].

²² Esta conclusión debería, empero, ser algo más matizada, si se tiene en cuenta que la llamada racionalidad *instrumental*, esto es, la de los medios con arreglo a unos fines (Max Weber), se caracteriza precisamente porque ahí lo «racional» no son sino los *medios*, por su coherencia y empiricidad, pudiendo ellos estar al servicio de *cualesquiera* fines. Desde ese punto de vista, la falta de racionalidad de las precomprensiones, si estas se toman simplemente como fines, no impediría que, acaso, sean racionales unos medios destinados a realizar lo que ellas pidan. Mas lo dudoso es, justamente, que los métodos jurídicos sean racionales ni siquiera en tal sentido.

mentado. Y por cierto que, más allá de los reparos (al fin de cuentas, no son sino secundarios) señalados por mí, se trata de un análisis inusitadamente iluminador sobre esta temática.

Cuando escribí la reseña cuya traducción he presentado aquí, la cerré con estas palabras: «... uno de los estudios más esclarecedores sobre el tema. Nuevas investigaciones se harán, seguramente, eco de él». Hoy, veinticinco años después, veo que mi pronóstico resultó errado. Si bien el trabajo de Esser fue muy comentado en el área de los estudios en lengua alemana, ha quedado prácticamente sin continuadores. Lo que es peor, las líneas de estudio que predominan en la actual Teoría del Derecho prefieren plantearse otras cuestiones respecto al razonamiento jurídico, tanto más pedantes –variadas especies de «constructivismos»– cuanto menos realistas. Por eso pienso que el examen efectuado ahí por Esser, a pesar de ciertas insuficiencias en que ciertamente incurre, está muy lejos de haber perdido interés. ¡Al contrario, debería ser leído y releído, hoy más que nunca!

Por desdicha, obras como esas son poco tenidas en cuenta actualmente, ni siquiera «corren» entre los especialistas en Teoría del Derecho. Claro, no estamos ante un escritor de aquellos que, mediante alguna reformulación de trivialidades bienvenida para la propaganda gremial (Dworkin), o por las infinitas discusiones en que permiten solazarse los fuegos de artificio que desprende el más huerdo ensamblaje de pedanterías (Rawls), son aptos para gozar de las bendiciones que brinda el comercio académico dedicado a trotar al compás del Adónde-vas-Vicente de tranco anglosajón. Caminatas bendecidas por aquellos que, y no son pocos, también en otros idiomas les encanta hacer olas con cualquier «novedad» agitada en aquel mercado. He ahí una de las razones –no digo que sea la única– de por qué hoy pueden alcanzar celebridad teorizaciones tan superficiales como la presentada por el primero de esos dos autores: alguien que, en el mejor de los casos, podría pasar como alumno poco aventajado de quienes, como Esser, habían hecho conocer la pólvora (pero sin adulteraciones) hace ya tantos años. Pensadores acerca del derecho que ostenten no menos el sentido realista que la agudeza de un Esser, difícilmente hallarán mucho eco en nuestros días, si es que pueda quedar aún lugar para la supervivencia de tal especie. Hace tiempo que enfoques de esa naturaleza han sido desplazados del centro de atención en las discusiones de la moderna Teoría del Derecho. Pero razón de más para que les sigan prestando cuidado, hoy más que nunca, quienes no sientan la obligación de prenderse (y prendarse) del último autor que llegue a estar de moda.

