

INTERPRETAR EL DERECHO PARA NARRAR LA JUSTICIA

José RAMÓN NARVÁEZ H.

I. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL AL BORDE DE UN ATAQUE DE NERVIOS

Al leer una ejecutoria (sentencia) dictada por un órgano colectivo, a veces encontramos que su estructura es bastante sencilla, puesto que el consenso del tribunal fue rápido y con una argumentación aceptada por la mayoría, aun más, tal vez fue aceptada por unanimidad. Sin embargo, otras veces, la discusión se complica y el resultado se condiciona a un debate en el que se vierten diferentes *argumentos*, y al final pareciera quedar en entredicho si lo que se decidió era *realmente* lo justo; podrán esgrimirse otros nuevos *argumentos* judiciales o académicos en contra o a favor, lo cierto es que al final jamás estaremos seguros de tener la certeza plena de la justeza de una decisión judicial; lo que sí podremos lograr es una cierta convicción, muy probablemente, de que lo decidido podría ser lo más justo pero ¿de qué depende esta convicción? De la calidad y de la cantidad (a veces una, a veces otra) de los argumentos. De hecho, convencerse significa auto abdicar a nuestra lucha contra la duda, puesto que es parte del ser humano el dudar, pero no puede dudarse de todo, en términos de lógica, la misma duda es un principio, permanece al menos el que duda, como lo afirmaba Descartes, pues por más que dudara nunca podría dudar de que él mismo estaba dudando. Esto hace ya, dudar de la duda sistemática.

La justicia entonces, como ejercicio humano, requiere convencer y por eso le es necesario presentarse “del mejor modo posible”, de ahí que Aristóteles haya ideado un completo plan de presentación de los universales (como la justicia) al que llamó retórica.

La revolución democrática del año 485 a C, suscitó algunos procesos judiciales que buscaban la reparación de los daños que las últimas tiranías sicilianas; los propietarios de la Isla de Siracusa, despojados por los lugartenientes de los tiranos, acudieron al juez a plantearle sus demandas y se hizo necesario que ante el Areópago¹ se presentaran buenos argumentadores; Aristóteles escribe su *Retórica* en este contexto histórico, por eso no es de extrañar que el libro primero inicie atrayendo al lector con la definición de retórica en el ámbito judicial:

Ahora bien, quienes componen las artes de los discursos...en máxima parte se ocupan de lo que está fuera del asunto; pues desavenencia y compasión e ira y las afecciones tales del ánimo, no están en torno del asunto, sino en relación al juez. De manera que, si respecto a todos los juicios fuera como en verdad es ahora en algunas de las ciudades, sobre todo en las bien legisladas, nada tendrían que decir. Pues todos piensan, unos que las leyes deben así proclamar y otros tienen en uso y también prohíben hablar fuera del asunto, como también en el Areópago, rectamente considerando esto. Es necesario, pues, que no trastornen al juez incitando a ira o a envidia o compasión...Y es evidente además que nada es propio del que litiga, fuera de mostrar que el asunto es o no es, o que sucedió o no sucedió. Pero si grande o pequeño, justo o injusto, cuantas cosas no delimitó el legislador, es necesario ciertamente que el juez mismo las conozca y que no las aprenda de los litigantes.²

Y hay, en número, tres especies de retórica; pues tantos resultan ser también los oyentes de discursos. En efecto, a partir de tres cosas se compone el discurso: del que hace el discurso, y el fin está también en relación a éste, y me refiero al oyente. Y es necesidad que el oyente sea o espectador o juzgador; y juzgador o de lo que ha sucedido o de lo que va a suceder, y quien juzga acerca de lo que va a suceder es el de la asamblea (legislador); y quien acerca de

¹ En griego antiguo *Ἀρειος πάγος* (*Areios pagos*) o “colina de Ares”, era un monte situado al oeste de la Acrópolis de Atenas, sede del Consejo que allí se reunía. Se componía por *arcontes* (magistrados) cuyos cargos eran inamovibles. Tenía funciones políticas pero cuando funcionaba como tribunal interpretaba las leyes y juzgaba a los homicidas (Constitución de Solón). Con las reformas de Clístenes perdió funciones políticas pero seguía pensándose que eran los custodios de la Constitución (*politeia*). Efiltes, en el 462 a. C. les retiró la custodia de la Constitución con lo que su competencia disminuyó, pero conservaron, su función de *tribunal para juzgar* los asuntos criminales.

² Aristóteles, *La retórica*, Libro I, 1, p. 1354a, Utilizamos la edición de la *Biblioteca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana*, México, UNAM, 2002, versión de Arturo E. Ramírez Trejo, pp. 1 y 2 (A propósito de la retórica forense o judicial Libro I, 1358b, pp. 13-14).

lo sucedido el juez...de manera que por necesidad tres serían los géneros de los discursos retóricos: deliberativo, forense, epidíctico.³

Y que lo justo, no lo parece, es verdadero y también útil de manera que no lo es la ley escrita; pues no realiza la obra propia de la ley. Y que el juzgador es como el conocedor de plata, de modo que discierne lo justo falsificado, y lo verdadero. Y que es propio del varón mejor, valerse de y permanecer en las leyes no escritas que en las escritas; tanto si es contraria a una ley apreciada o también ella a sí misma, cual a veces una manda que sean válidas las cosas que se hubieren convenido y otra prohíbe que se convengan al margen de la ley; como, si es ambigua, en forma que se vuelve y mira a una y a otra dirección o compagina lo justo o lo útil, valerse entonces de aquella. Y si los hechos para los que se estableció ya no pertenecen, sí, en cambio, la ley, tratar de mostrar estoy luchar ahí contra la ley. Y si acaso la escrita estuviera por el hecho, debe ciertamente decirse que el (juez) “con la mejor opinión” no es a fin de juzgar al margen de la ley, sino para que, si acaso ignorara qué dice la ley, no perjure.

En este pasaje Aristóteles desarrolla de manera precursora la idea de la función retórica de la ley en un orden jurídico, que inicia en su enunciación pero que requiere necesariamente de la aplicación judicial para existir, y esta aplicación judicial hace que viva la ley, pero además, nos introduce en la cuestión de la calidad discursiva tanto de la ley escrita como de su aplicación judicial, en cuya elaboración (ley o sentencia) hay siempre posibilidad de mejorar el mensaje normativo que se busca transmitir, “¿qué quiere decir ‘retoricidad’ del lenguaje? Quiere decir, sencillamente, que el lenguaje, para lo que sirve ante todo es para hacer cosas en el ámbito de lo político-social a base de influir en los conciudadanos”.⁴ Desde los griegos parece que el problema para la ciencia jurídica no es sólo el *descubrir* el *iustum* sino también cómo presentarlo a los demás de modo que ellos también lo crean, en fin, que el problema parece estar en generar convicción a partir de la narración de lo justo.

Claro está que un planteamiento simplista como el del legalismo ingenuo, descartaría esta problemática diciendo que la decisión está fundada en un precepto legal que no es otra cosa que un argumento, a veces muy

³ (Acerca del contenido del discurso forense I, 1375b, pp. 62-63). Discurso que sirve para encomiar o vituperar hechos pasados buscando la acusación o la exculpación.

⁴ López Eire, Antonio, *Sobre el carácter retórico del lenguaje y de cómo los antiguos griegos lo descubrieron*, UNAM, México, 2005, p. 7.

deficiente, pero finalmente oficial y por tanto, obligatorio,⁵ aquí no importa como narra el precepto la justicia sino el hecho mismo de que el precepto sea considerado justo por ser precepto; sin embargo, esto no satisface a ninguno, a menos que se genere una convicción basada en otros estándares tales como: ese precepto se desprende a su vez de otro u otros que narran mejor la justicia, al final hay siempre un superprecepto que es el fundamento de todo, este superprecepto tiene algo de mítico porque debemos *creer* que es justo sin mayores cuestionamientos, pues la cadena no puede ser infinita ya que eso implicaría *creer* que hay algo más.

Otros mitos ayudan a apuntalar esta convicción: el precepto primigenio (tal vez la Constitución) es la voz del pueblo, dicho de otro modo: es lo que idealmente todos hubiéramos querido de haber logrado algún día, reunir en un mismo lugar a todos los ciudadanos y hacerles manifestar su voluntad respecto de todos los temas contenidos en la legislación; desgraciadamente siempre hay alguien que no queda convencido o que considera que eso no es lo más conveniente para él; en algunas épocas históricas esta persona o personas podrían haber sido condenadas de mil formas, expulsadas de la comunidad o simplemente obligadas a realizar lo que oficialmente está acordado; esto último plantea una paradoja: y si esos que no están de acuerdo tuvieran razón ¿qué mecanismos tendrían para hacerle ver a la mayoría su error? De ningún modo podemos afirmar que la mayoría siempre tiene la razón y que lo que ella aprueba es siempre justo, pues estaríamos negando el propio principio sobre el que se basa aquel diseño: la convicción.

En este tenor, la justicia como demanda social es un problema de dialéctica, es la posibilidad de que cualquiera de dos pretensiones pueda subsistir, el negar de entrada la contienda a una de ellas implicaría negarle todo acceso a la justicia. Por eso el derecho no puede ser simplemente un precepto fijo, una Constitución dada y escrita, debe ser un proceso.⁶

⁵ Roque Carrión consideraba que el tema del lenguaje del derecho o semiótica jurídica, pertenecía a un sector meta-jurídico del derecho positivo, en el que el teórico del derecho buscaba observar la construcción de lo jurídico en la práctica (incluido lo judicial), *vease* Carrión Wam, Roque, *Semiótica jurídica*, México, UNAM, 1989; este cuaderno de la Dirección General de Extensión Académica, con el número 50, recoge la conferencia pronunciada el 25 de agosto de 1988 dentro del ciclo de conferencias *Las fronteras del conocimiento jurídico* en Ciudad Universitaria en México.

⁶ Seguimos la idea de Estevez Araujo de concebir a la Constitución como un proceso dialéctico que surge entre la afirmación/negación del Estado, o en la ya clásica enunciación de Agamben sobre el "Estado de excepción" como Estado constante. Agamben, G., *Estado de excepción*, traducción de Antonio Gimeno Cuspinera, Valencia, Pre-Textos, 2004 (a su vez Agamben se basa en las tesis de la historia de Walter Benjamin), y Estévez Araujo, J.C., *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994.

II. LA NARRACIÓN JURISPRUDENCIAL: CIRCULARIDAD E INCOMPLETITUD

El profesor José Calvo ha manifestado que es posible evaluar narrativa-mente el trabajo jurisprudencial a pesar de su circularidad narrativa. Ciertamente es que un precedente no hace jurisprudencia, pero la jurisprudencia misma supone una serie de argumentos que son válidos en tanto que se sustentan en otros argumentos que son válidos por que aquellos también lo son, algo así, dice Calvo, como la transposición de dos espejos, o el relato de las *Mil y una noche* que existe en la medida en que la protagonista va narrando otros relatos que la alejan de la muerte la cual supondría el final del relato base.⁷

La necesidad de esta circularidad en el derecho aparece cuando éste debe sistematizarse. Las convicciones deben ir más allá de lo sensible y alcanzar un nivel de estabilidad y permanencia, tales que lo hagan sustentable por sí mismo; esto supone un desafío al tiempo, porque implica romper la continuidad natural del mismo en el afán de someterlo a un ciclo que aspira a la infinitud. Lo anterior es asequible en conceptos como “la supervivencia del derecho romano” que se materializan en nociones como el de jurisprudencia (el resultado de la experiencia jurídica acumulada en el tiempo), o el de codificación.

Por lo antes dicho la jurisprudencia incluso la judicial contiene en sus diversas derivaciones conceptuales, un “afán circular”, la ciencia jurídica en sí ha anhelado esta circularidad que podría ponerse a prueba por ejemplo a través del teorema de Gödel: “Ningún sistema consistente se puede usar para demostrarse a sí mismo”. Y es que en el fondo nuestra querida ciencia jurídica tiene algo de acientífico.

Ya lo decía Portalis en la presentación del proyecto de *Code Civil* la ciencia del derecho como otras ciencias necesitan de la autoreferencialidad para construir su estatuto epistemológico:

A quienes profesan La Jurisprudencia se hace el reproche de haber multiplicado las sutilezas, las compilaciones y los comentarios. Este reproche puede ser fundado pero ¿en qué arte, en qué ciencia no se está expuesto a merecerlo? ¿Debe acusarse a una clase particular de hombres, de lo que no es más que una enfermedad general del espíritu? Hay tiempos en que se está conde-

⁷ Calvo, José, *Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 15 y 16.

nado a la ignorancia por falta de libros, y otros en que resulta difícil instruirse porque abundan demasiado.

Si en algún ámbito puede perdonarse la intemperancia de comentar, discutir y de escribir, es, sobre todo en la Jurisprudencia. No se vacilará en creerlo, si se reflexiona sobre los innumerables hilos que ligan a los ciudadanos, sobre el desarrollo y la progresión sucesiva de las materias de que el magistrado y el jurisconsulto están obligados a ocuparse, sobre el curso de los acontecimientos y circunstancias que de tantas maneras modifican las relaciones sociales, sobre la acción y la reacción continua, en fin, de todas las pasiones y de todos los diversos intereses. Quien vitupera las sutilezas y los comentarios, se convierte, en una causa propia, en el comentador más sutil y fastidioso.⁸

Efectivamente, observaciones sobre la circularidad del derecho se tornan fastidiosas, podría tachársele de traidor al que las hiciera.

El pensamiento de Portalis parece muy cercano a la descripción que hace su paisano Michel Foucault casi un siglo después, parece que la ciencia jurídica, con su complejo de inferioridad frente a las otras ciencias, persiguió con ahínco, durante el siglo XIX, constituirse en un saber autónomo; así que una especie de arqueología o genealogía del saber jurídico (incluido el judicial) vamos a encontrar lo de siempre: comunidades de intérpretes, lenguajes formales, en general, la sistematización del saber, para dejar fuera todo aquello que no entrara en los parámetros, y esto genera poder, en sus diferentes gamas y por obvias razones represión⁹. Deberíamos apelar por un derecho a la ignorancia o mejor aún a una insurrección de los saberes sometidos.¹⁰

Diríamos entonces que esa seguridad que dan las formas y su reiteración es deseable, pero también en ello puede haber exceso de confianza, ronda el fantasma del logicismo, pero lo peor es que la ciencia jurídica y los jueces terminan discutiendo cuestiones que parecen deshumanizadas, poco importantes para el hombre de a pie, y en cambio terminan resolviendo conflictos muy importantes a nivel social, con excusas formales.

⁸ Portalis, Jean-Etienne-Marie, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil présente le Roi Pluviose an IX par la Commission nommée par le Gouvernement Consulaire*, París, 1808, edición castellana de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Edeval, *Discurso preliminar del proyecto de Código Civil*, Valparaíso, 1978, pp. 37 y ss.

⁹ Cfr. Foucault, Michel, *Las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas*, México, Siglo XXI, 1999, 29a. ed.

¹⁰ Ávila-fuenmayor, Francisco, "El concepto de poder en Michel Foucault", *A pare Rei. Revista de Filosofía*, núm 53, septiembre de 2007, p. 4 <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/avila53.pdf>, de 24 de marzo de 2010.

A finales del siglo XIX, Bülow, considerado el precursor de la jurisprudencia de intereses, (escuela iusfilosófica), que reaccionó contra la jurisprudencia conceptual que consideraba el sistema jurídico como completo y resolvía el problema de las lagunas a través de la lógica formal (los conceptos jurídicos deben buscarse en el propio sistema normativo). Bülow intentó poner en evidencia lo incompleto del sistema legal y desde entonces resaltó la importancia de la labor judicial. Quien fuera rector de la Universidad de Tubinga realizó una labor de síntesis en la que estudió “la eficacia del juicio del juez”. La preocupación de Bülow era la de desentrañar la naturaleza de la jurisprudencia como “creación de una norma judicial” que no siempre era conforme a la norma legislada, lo que lleva al jurista alemán a indagar sobre “el oficio del juez”; es más, dedica su libro a los jueces respecto de los cuales pretende “vivificar en su vocación”.

La legislación tiene el poder de crear el orden jurídico, pero sufre por todos lados insuperables limitaciones. Para lograr su tarea, depende constantemente de la cooperación del oficio del juez. La ley y el oficio del juez se reparten la vocación del poder estatal para producir y determinar el derecho. El que nuestra ciencia jurídica no haya querido hasta hoy admitir esta verdad, se explica sólo por la existencia de un prejuicio profundamente arraigado, pasivamente acogido y mantenido ya desde los tiempos del más exasperado culto a la ley [...] el juez ciertamente no puede generar normas exactamente iguales a la ley, la facultad del juez de crear normas y construir el orden jurídico, no se limita a la relación jurídica específica sometida a su juicio. La suposición –desmentida por los testimonios más evidentes de la historia del derecho– según la cual un orden jurídico puede ser tal, únicamente mediante imperativos jurídicos abstractos, generales y coercitivos fue provocada exclusivamente por un deseo de analogía con el derecho legislado; es una suposición que permitió afirmar que no se puede identificar a las normas concretas elaboradas por el juez, con actos del poder estatal capaces de producir el orden jurídico[...]mucho antes que las normas concretas del juez terminen bajo la guía y reglamentación de normas generales y abstractas; la bien arraigada y feliz inclinación del hombre a la adaptación social, así como la fuerza de la costumbre, habían logrado que el derecho jurisprudencial de los jueces recibiera un elevado grado de estabilidad. Esta estabilidad se amplía por el hecho de que los jueces, que aún no se han sometido a la autoridad protectora de la ley, se puedan sentir de cierto modo, vivamente llamados a suministrar un sólido apoyo al derecho, que ellos deben crear libremente en primera persona, y a otorgarlo gracias a la cuidadosa consideración de las costumbres y al cuidadoso ejercicio de su función. Y esto lo hicieron, tal vez con la sola esperanza de procurarse, de ese modo, la aprobación de sus conciudadanos a las sentencias que dictaban[...] La madurez y la

capacidad necesarias para la producción del derecho se consiguen con la pedagogía de la ciencia jurídica. Los justos principios morales son el resultado de una educación ética del carácter. Feliz la nación en la cual los jueces hayan sido capaces de poseer enteramente la ciencia y los principios. Un pueblo, que no pueda contar sobre la madurez jurídica y sobre el sentido de la justicia de sus jueces, está arruinado y perdido, aun si posee las mejores leyes.¹¹

La idea de circularidad y completitud del sistema jurídico, y sobre todo del sistema de resolución de conflictos, parece hoy de algún modo insostenible por sí sola. Es evidente como el mismo Portalis lo reconocía, otros elementos que permitan al juez interpretar dejemos ya justamente, sino con mayor sentido común.

III. OTRAS TAREAS NECESARIAS DE LA JURISPRUDENCIA: HACIA UNA NARRATIVA CULTURAL O SOCIAL

Más allá del lenguaje ciudadano que es en principio de cuentas lo mínimo que se podría pedir al operador jurídico, lo cierto es que a veces el problema de la inconmensurabilidad entre operadores y destinatarios del sistema jurídico y su interpretación, es semántico. A veces la ciencia jurídica y los jueces, no logran traducir el lenguaje tan complejo de la sociedad, transliteraciones, doble sentido, lenguaje connotativo. Pero sigue aun faltando una interpretación más sociológica, muchos sistemas funcionan con reglas no escritas, con usos judiciales paralelos, y en muchos casos se dice: la forma se vuelve fondo.

En un asunto judicial que tuvimos oportunidad de vivir en el estado de Tlaxcala, había la convicción de litigantes y jueces de que el argumento normativo era lo más importante, siempre y cuando no hubiera alguna forma de abordar al juez extrajudicialmente, y al parecer había muchos mecanismos, un abogado comentaba que incluso la formación en la universidad era en ese sentido, el derecho como una negociación que luego culminaba con un pretexto normativo. En estos sistemas, podría decirse que los jueces interpretan conforme a la norma, pero en un esfuerzo un poco más realista, veríamos que los jueces atienden a otras razones para decidir. Claro está que la corrupción y la deficiencia de la administración de justicia mexicana no puede ser considerada como un parámetro científico, e incluso es un caso

¹¹ Bülow, Oskar, "Ley y oficio del juez", *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, Verlag von Dunker & Humblot, 1885, pp. VII-XII. Tomado de la versión en italiano que apareció publicada en *Quaderni Fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, num. 30, Giuffrè, 2001, t. I, pp. 199-254.

particular. Pero apelando a la insurrección de los saberes sometidos ¿no será que falta este análisis para tener un mapa más completo de la interpretación judicial? Seguramente en otros sistemas encontraremos *obras razones* políticas, sociales, de cultura jurídica, etcétera. La interpretación jurisprudencial no puede quedarse con el análisis academicista y formal, al final, la sociedad tiene un anhelo de justicia muy concreto y las formulismo e intrincadas razones sólo contribuyen a demostrar la irracionalidad del sistema jurídico, lo que origina o una doble moral o un alejamiento, en cualquier caso una desjuridización de la sociedad, que a este punto, parece deseable para los operadores que siguen viviendo en su mundo paralelo.

Algo de lo anterior fue intuido por Emilio Betti cuya propuesta considera que el derecho no se produce de la lectura directa de la norma sino que existe una “mediación”, en principio, del lenguaje, entendido éste en un contexto histórico; de aquí que la jurisprudencia se convierta en un elemento importantísimo de una teoría completa del derecho, por cuanto sirve de elemento vinculante por antonomasia entre la tradición y la norma, lo que da continuidad al derecho que, de esa manera, cumple una función social; el mismo Betti lo describe así:

Que en el ambiente social moderno la jurisprudencia, teórica y práctica se deba considerar como el órgano competente de la conciencia social del tiempo para identificar los criterios de valoración que se manifiestan en los principios generales del derecho, es negado por quien se limita a atribuirle la modesta tarea de “iluminar la razón individual o la conciencia colectiva” y extraer la máxima de las decisiones de la “naturaleza de las cosas”¹²

El juzgador, a través de la jurisprudencia, está ligado de algún modo a la historia y a la dogmática, esto es, la labor jurisprudencial mezcla la naturaleza y la técnica para dar lugar al derecho:

Pero, es equivocado[...] al considerar a cada juzgador como átomos desarraigados del todo del cual son parte, pierde de vista el nexo espiritual que en toda sociedad organizada intercede entre conciencia social y jurisprudencia,

¹² Betti, Emilio, “De la tarea de la jurisprudencia como órgano de la conciencia social”, en Vergara Blanco, Alejandro (comp.), *La interpretación jurídica*, §9, IV, prólogo de Giuliano Crifó, Santiago, Lexis Nexis, 2006, pp. 150-156; esta obra reúne textos selectos del autor escritos entre 1948 y 1968.

siempre que los juristas sean concientes de la visión y de la responsabilidad que a ellos les incumbe como representantes de la sociedad.¹³

Por lo anterior, los criterios de interpretación y las reglas a las que estos se ajustan, son parámetros que dan coherencia y unidad al sistema jurídico. Los criterios judiciales que integran la jurisprudencia son descritos por Betti de la siguiente manera:

Por lo tanto, ellos tienen para los juristas sólo una función heurística y hermenéutica en la indagación de aquella que es la justa máxima de decisión del caso dudoso: indagación, que se mueve no ya de una comparación entre casos y materia, como en la *analogía legis*, sino de encuadrar el mismo orden jurídico a una más amplia concatenación, de encuadrarlo, es decir, en el *ethos* de la sociedad en la cual vive, en su ambiente histórico y sociológico. A este *humus* productivo, que el perenne fluir de la vida social conserva y renueva sin pausa, la jurisprudencia extrae motivos, incitaciones, directivas: opera en este caso como un filtro depurador gracias a la consideración *sub specie iuris*, extrae exigencias de políticas legislativas, recava [*sic*] con perseverante elaboración crítica doctrinas, enseñanzas, principios generales, destinados a servirle de orientación como instrumento de la *analogía iuris*.¹⁴

En este sentido, la jurisprudencia como proceso hermenéutico comporta un proceso de toma de decisiones trascendentalísimo. Finalmente, Betti explica la justa dimensión de la jurisprudencia en nuestras sociedades actuales:

Ahora, para comprender bien la tarea que corresponde a la jurisprudencia como órgano de la conciencia social, es necesario cuidarse igualmente de dos opuestos modos de considerarla. Es necesario evitar la visión estática, que lleva a desconocerla del todo, considerando sólo “aparentes” las lagunas, sólo porque está preparado el modo de remediarlo con la interpretación que reencuentra la máxima de la decisión con la guía de los principios generales: como la presencia de una norma instrumental (que regula la interpretación) anulase la ausencia de una regulación sustancial de los casos dudosos. Pero es necesario del mismo modo evitar caer en la perspectiva opuesta, que, perdiendo de vista la esencial diferencia entre máximas de decisiones y norma

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Idem.*

jurídica, lleva a calificar como ‘fuente del derecho’ la actividad interpretativa de la moderna jurisprudencia y a desconocer la fundamental diferencia de estructura que media entre el ambiente social moderno y aquel de la del derecho romano clásico.¹⁵

Podríamos ir cerrando corchetes, parece que es necesario un acercamiento entre la ciencia jurídica y la realidad social, dicho así podría pensarse en una obviedad, pero no lo es tanto, por ello hoy se proponen observatorios, estudios sobre cultura jurídica, etcétera, que buscan afanosamente y no necesariamente con buenos resultados, una razón del alejamiento, que deslegitima a operadores del derecho y los obliga a endurecer y dogmatizar sus discursos. Así que el primer beneficiado de este proceso de acercamiento sería el propio operador, porque lo llevaría a actuar profesionalmente con mayor coherencia, lo que obviamente beneficiaría a todo el sistema. Ciertamente las malas intenciones y los dobles efectos no se pueden evitar y caerían en otro campo de estudio como el de la ética, pero desde la perspectiva propuesta (la cultural) ciertamente hay posibilidades de mayor transparencia y por tanto de desnudar a los manipuladores del sistema.

IV. ¿POR QUÉ LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL HA LLEGADO A CONVERTIRSE EN UNA METANARRACIÓN?

Creemos que deberíamos recorrer el pensamiento de los clásicos para descubrirlo, intentado hacer utilizar un argumento de antiautoridad.

A Savigny se le ha achacado — entre otras cosas — ser el introductor de la escuela historicista alemana que se opuso a la codificación francesa argumentando que era necesario tener en cuenta el espíritu del pueblo (*volksgeist*), por lo cual el Código Civil resultaba un atentado contra el dinamismo y vivacidad del derecho. Sin embargo, muchos colegas ven también en Savigny el creador de un sistema de interpretación que nos ha obligado a llegar a los fracasos que todos conocemos, aunque la ciencia jurídica lo siga negando en términos generales. Se dice que Savigny es quien propone un innovador enfoque científico basado en la búsqueda de un sistema racional que cada sociedad va elaborando con el paso del tiempo, en el caso de la alemana, actualizando el derecho romano que es más que un derecho histórico y representa un método que podría adaptar cualquier sistema contemporáneo. Este autor

¹⁵ *Idem.*

se preocupa no sólo por las fuentes del derecho alemán, sino también por las formas de interpretación del mismo; de aquí el siguiente párrafo:

Bajo el nombre de práctica, comprendo el estudio que tiene por objeto, no sólo el contenido de los orígenes, sino también sus relaciones con la realidad del derecho, es decir, todo lo que toca a su aplicación inmediata y a las necesidades del tiempo. La forma bajo la cual se manifiesta este estudio, la enseñanza oral, un libro o una decisión judicial, es asunto del todo indiferente o al menos secundario. Esta forma es órgano del derecho consuetudinario y parte del derecho científico, pues las decisiones dadas por jueces ilustrados, y sobre todo, por los tribunales colegiados, tiene siempre un carácter científico. Aquí se reproduce la identidad del derecho consuetudinario y del derecho científico; identidad que se ha presentado como signo característico de los tiempos modernos. Comprendo en la misma clase las obras dogmáticas que tratan especialmente de la práctica y las colecciones de consultas y juicios, ya sea que emanen de un jurisconsulto, ya de un colegio de jueces, ya de magistrados superiores. Al distinguir dos clases de obras dogmáticas, una teóricas y otras prácticas, no pretendo que hayan de estar necesariamente separadas; se las puede encontrar en la misma obra, igual o desigualmente repartidas.

Si se somete un proceso a un hombre que no haya estudiado derecho, decidirá conforme a un concepto confuso del negocio en su conjunto, y es posible que, si junta su buen sentido un carácter resuelto, se crea muy seguro y satisfecho de su fallo. Y, sin embargo, sería casualidad muy grande que otra persona colocada en las mismas condiciones pronunciasse un fallo semejante o diametralmente opuesto. Toca a la ciencia particularizar la relación de derecho, discernir las reglas que lo dominan, apartando así las incertidumbres que oscurecen los elementos de la decisión.¹⁶

En la transcripción anterior podemos observar que la jurisprudencia en un sentido amplio, como ciencia del derecho, persigue tanto en una obra doctrinal como a través de las decisiones de los jueces, establecer un método, un sistema, para hacer más certero su contenido.

Lo cierto es que la culpabilidad de Savigny fue prontamente denunciada por sus propios discípulos y por los discípulos de sus discípulos que entre más lejanos fueron, más se alejaron del supuesto formalismo del maestro, o más bien lo adaptaron.

¹⁶ Savigny, Friedrich Karl, *Sistema del derecho romano actual*, Madrid, F. Góngora y Compañía editores, 1878, utilizamos la edición facsimilar realizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 2004, t. I, pp. 74 y ss.

Pero para el mismo Savigny hubo un demonio que se debía exorcizar, nos referimos a la exégesis otro formalismo distinto al suyo.

Aquí nos ha llamado poderosamente la atención el planteamiento de Pasquier quien tuvo una difusión más o menos considerable en América Latina; en su teoría general del derecho, Pasquier describe y explica el sistema jurídico, pero su obra ha tenido mucho impacto por lo que respecta a la parte de fuentes del derecho; un asiduo lector mexicano fue el destacado iusfilósofo Eduardo García Máynez. Pasquier escribió respecto de la interpretación jurisprudencial:

Cómo se forma la jurisprudencia. Teniendo que enfrentar las normas jurídicas con casos concretos, los tribunales se encuentran a menudo colocados de frente a problemas de interpretación los cuales les obligan a precisar los sentidos de la ley; encuentran también casos donde ni la ley ni la costumbre proporcionan la solución. Entonces recurren a los principios generales, a la analogía, etc. En todo caso, naturalmente, un tribunal busca correlacionar sus juicios, y los ensambla a través de una armonía lógica. La aportación de los tribunales a la construcción del edificio jurídico y el ensamble de sus decisiones forman la jurisprudencia. Debemos reconocer que la obra de los tribunales proporciona a la elaboración del derecho un fuerte complemento.

Alcance de los juicios y recursos. Seguramente, un juicio sólo tiene fuerza ejecutoria respecto de las personas en cuestión en el pleito; la autoridad de la cosa juzgada carece de validez hacia cualquier otro que no sean las partes. Al mismo tiempo para terminar con un pleito y regular los casos idénticos en el futuro, un juicio sólo vincula con la opinión que adopta el propio tribunal. Pero en realidad, un tribunal se siente siempre más o menos obligado moralmente por sus decisiones previas; sabe bien que la continuidad es una condición de la justicia. Solamente si se considera que hizo una falsa apreciación y que conviene admitir una diferente solución que modifique su opinión, indica entonces los motivos; se da de este modo una revocación de jurisprudencia. Un tribunal superior al cual, por vía de recurso en apelación, reforma o casación, puede someterse un juicio de una instancia inferior, se impone a la instancia inferior, por fuerza de su jurisprudencia.¹⁷

¹⁷ Du Pasquier, Claude, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, Libraire Du Recueil Sirey, Paris Éditions Delchaux & Niestlé, 1937, § 15, p. 51 y ss., existe una versión en castellano: *Introducción a la teoría general del derecho y a la filosofía jurídica*. Lima, Librería e Imprenta Gil, 1944, que posteriormente ha tenido otras ediciones en este mismo país.

Más adelante Pasquier reconoce que la jurisprudencia muchas veces va “*avant-garde de la législation*” (más allá de la legislación) y al analizar el “valor de la jurisprudencia en el sistema codificado” nos dice que se reconoce “un rol creador en relación con el juez, a diferencia de la disposición legal o de una costumbre, el juez se pronuncia [según las reglas que se deberían establecer en un acto legislativo]. Nada mal para un formalista.

Otro exégeta como Macarel, publicista francés de los más leídos en México durante el siglo XIX, etapa fundamental en la que se construyó un derecho público mexicano; juristas como Lares y Lafragua se inspiraron en él para proponer un derecho administrativo y político nacionales; discuriendo Macarel acerca de la importancia de la publicidad en la administración de justicia en Francia, habla de “la obligación de motivar las sentencias” otra forma de circularidad:

Hay otra publicidad que no es menos indispensable que la admisión del público a las audiencias de los jueces, y es la enunciación de los motivos que han determinado al juez a dar aquel fallo, y del texto de la ley que ha creído aplicable a la causa.

Con esta publicidad particular que puede llamarse interior cada individuo puede examinar si el juez es consecuente en sus raciocinios y si la ley ha sido escrupulosamente observada, lo cual es también una preciosa garantía para el interés individual.

El juez que quisiera favorecer a una de las partes con perjuicio de la otra, encuentra en la necesidad de motivar sus sentencias, un freno que en caso de que no pueda prevenir enteramente esta parcialidad la hace mucho más difícil.

Por otra parte verificando la cita de la ley que quiere aplicar y alegando las palabras mismas del legislador, se halla el juez en la necesidad de examinar por sí mismo su sentido, y frecuentemente hallará ocasión de observar que la ley dispone de un modo enteramente distinto a lo que él creía encontrar. [...]

Las mismas razones que bajo otros aspectos hacen desear la publicidad de las audiencias, militan a favor de la necesidad de motivar los juicios.

Efectivamente la nación aprende mejor a conocer y apreciar las leyes cuando en todas las ocasiones de aplicar las que ocurren, da cuenta el juez de los motivos de esta aplicación. Se respetan mucho más las sentencias que demuestran evidentemente que se examinó la causa de fondo, y que se ejecutó con imparcialidad la ley.

El juez que hace su deber, que no excede los límites de su autoridad, que no admite otra regla que la ley, que no se aparta nunca de sus disposiciones, se complace en dar cuenta de sus motivos, seguro de obtener la aprobación de aquellos que examinen con imparcialidad, convencer a los que pueden dudar de su capacidad o rectitud, y confundir a los que se atreven a inculparle. El

juez cuando presenta las razones que ha tenido para dar su sentencia encuentra una recompensa honorífica, y una satisfacción o justificación completa.

Hay más, y es que la necesidad de alegar el texto de la ley y motivar sus sentencias, impone a los jueces la necesidad de estudiar y explicar este texto, lo cual es una consideración muy poderosa a favor de esta institución.

No solamente sirven estas explicaciones para aclarar lo que puede parecer oscuro, suplir lo que puede parecer oscuro, suplir lo que esté defectuoso, o conciliar lo que parece o es en la realidad contradictorio, completando de este modo el sistema de la legislación y jurisprudencia, sino que también tienen la ventaja de ilustrar al legislador sobre estas oposiciones, estos defectos, estas lagunas de la ley, y ponerle en estado de hacerlas desaparecer, llenando estos vacíos.

En fin, los mismos litigantes tienen gran interés en conocer los motivos del juicio que se establece sobre sus pleitos. Si no queda recurso alguno contra esta sentencia el particular que sucumbe experimenta una cierta satisfacción al ver que sus intereses no han sido desatendidos, o sacrificados a alguna consideración particular. Si por el contrario la ley deja a las partes la facultad de hacer examinar de nuevo la cuestión, estos motivos pueden servir para convencer a aquel que ha sido condenado, y desviarle de una apelación que no le presenten ninguna variación favorable, y aun cuando la obligación de motivar los juicios, diese a los litigantes cabalosos o testarudos un medio de renovar o prolongar sus pleitos, este inconveniente no debía anteponerse a las ventajas que acabamos de señalar, porque el interés general de los súbditos, el de los magistrados del orden judicial, y el de la misma legislación, deben prevalecer contra algunas consideraciones individuales que parecen contrarias a esta institución.¹⁸

Otro que podría ser considerado corruptor de jóvenes es Vico. Como es bien conocido Vico representa parte de lo que se conoce como la ilustración jurídica. Este autor italiano analiza de manera profunda la ciencia del derecho antigua y propone una nueva ciencia, basada en una renovada hermenéutica que trataba por un lado armonizar las propuestas codificadoras que comienzan a aparecer y la labor jurisdiccional. En este pasaje Vico habla de este cambio trascendente en el que se intenta armonizar legalidad (equiparada a justicia) y equidad como administración de justicia:

Ante todo el mérito de la antigua jurisprudencia que, valiéndose de ciertos expedientes, supo presentar como justos, frente a la ley, hechos que sólo la equi-

¹⁸ Macarel, Louis Antoine, *Elementos de derecho político*, traducción de Félix Enciso Castañón, Madrid, Imprenta de Yenes, Madrid, 1838, ejemplar perteneciente a la Universidad Complutense de Madrid, digitalizado por Google en 2007, t. I, pp. 59- 63. Edición francesa: *Éléments de droit politique*, París, 1833.

dad hubiera podido amparar. Hoy, en cambio, su labor consiste en convertir en equitativas las leyes, inspiradas en el derecho estricto, mediante una interpretación flexible de las mismas, adecuando su texto a los hechos. Antes los jurisconsultos, conforme les exigía su profesión, eran sostenedores de la letra de la ley; hoy defienden su espíritu... Siendo así que las leyes consideran casos determinados, mientras que los casos son infinitos, y puesto que el derecho estricto no considera sino la ley, en tanto que de la consideración de los hechos se preocupa la equidad, ha ocurrido que los libros sobre el derecho antes escasos, hoy son más numerosos... el método con que la estudiamos nosotros es mejor que el utilizado por los griegos y por los romanos tanto porque la estimación de qué derecho es el adecuado y pertinente a causa judicial resulta más fácil a los expertos en tónica legal que a quienes, como los pragmáticos griegos, no dominaban sino la historia o práctica de la ley, cuanto porque las circunstancias de los hechos útiles para convencer las descubren, con mayor agudeza que los meros retóricos, quienes saben plantear mejor una causa, porque son conocedores de la jurisprudencia¹⁹.

Una visión completamente distinta de la que se ha analizado, parece que aquí los malos son los antiguos. Pero al final lo que es visible antes y hoy, es la narración maniquea de la ciencia jurídica, no es raro que el estudiante de derecho o algunos colegas en diversos foros intenten etiquetarlo a uno, pues bajo el estereotipo es más fácil prever el resultado, otra forma de buscar certeza en la ciencia: dime con quién andas es y te diré quién eres, algunos lo intentan hacer igual con los jueces ¿será un parámetro útil?

V. LA NARRACIÓN CONTEMPORÁNEA DE LA JUSTICIA A TRAVÉS DE UNA CIENCIA JURÍDICA DESCAPITALIZADA

Tal vez la denuncia más conocida en los términos propuestos arriba sea la de Kirchmann:

La ley positiva es rígida; el derecho, progresivo. Por eso la verdad misma de aquélla se convierte con el tiempo en falsedad. Su sustitución por una ley nueva no es nunca realizada sin violencia [...] La ley positiva es abstracta; su necesaria sencillez destruye la riqueza de las formas individuales [...] En su determinación última, la ley positiva es mero arbitrio. Que la mayoría de edad deba comenzar a los veinticuatro o a los veinticinco años; que el plazo de la pres-

¹⁹ Giambattista, Vico, “Il metodo degli studi del tempo nostro”, *Opere* XI, Milán-Nápoles, Riccardo Ricciardi editor, 1953, pp. 220 y ss.

cripción deba ser de treinta o de treinta y un años [...] Finalmente, la ley positiva es el arma sin voluntad, igualmente sumisa a la sabiduría del legislador y a la pasión del déspota [...] De ser sacerdotisa de la verdad, la ley positiva se convierte en sierva del azar, del error, de la pasión, de la sinrazón...¿Cuál es el contenido de tanto comentario y tanta exégesis? ¿Cuál el de tantas monografías, cuestiones y meditaciones, de tantas disertaciones y colecciones de casos prácticos? [...] Su objeto es la ignorancia, la desidia y la pasión del legislador. Ni siquiera el genio se niega a ser instrumento de la sinrazón, ofreciendo para justificarla toda su ironía, toda su erudición. Por obra de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; desviándose de la sana, establecen su nido en la enferma. En cuanto la ciencia hace de lo contingente su objeto, ella misma se hace contingencia; tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura.²⁰

Estas últimas líneas se han convertido en una célebre referencia contra el legalismo que suele perder de vista la contingencia de fuente legal tornando el derecho en algunos casos, algo tan efímero y endeble que bastaría una firma para destruir, lo que curiosamente nos lleva a una contradicción *in terminis*: la legalidad se presentaba como una solución que aportaría seguridad jurídica pero es tan contingente su naturaleza que el derecho estaría sujeto a la voluntad del legislador, sea cual sea esta.

Continuando por esa senda, de la crítica sociológica tendríamos que citar a Kantorowicz, considerado el máximo exponente de la escuela del derecho libre, el profesor escribió de manera provocativa este texto que forma parte de un proyecto inconcluso para una historia de la ciencia jurídica:

La doctrina del derecho libre enseña que las fuentes tradicionales del derecho, el derecho 'formal', los estatutos y los precedentes, tienen lagunas que deben ser llenadas según el Derecho, si la decisión ha de ser de carácter judicial, y este Derecho debe tener un carácter general, si se ha de mantener la igualdad ante la ley; el ingrediente para llenar estas lagunas deberá por consiguiente consistir en normas, normas jurídicas. Estas normas constituyen el derecho 'libre' en cuanto no son derecho formal. No han sido formalizadas, si no que se hallan todavía en un estado de transición, como los proyectos de leyes, los principios de la política, los usos mercantiles, las convicciones inarticuladas y las preferencias emocionales. Muchas de ellas son formuladas para una decisión judicial concreta por los tribunales, que actúan dentro de

²⁰ Kirchmann, Julius Hermann, *La Jurisprudencia no es ciencia*, 3a. ed., traducción de Antonio Truyol Sierra, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 26-29.

sus facultades discrecionales a través de actos de voluntad y juicios de valor, constituyendo, por tanto, creación judicial del Derecho. Su validez es muy inferior a la del derecho formal y a veces es nula, pero su importancia práctica es incluso mayor, ya que allí donde el derecho formal es claro y completo no es probable que se produzca litigio. Esta tesis del derecho libre ha sido exagerada por aquellos realistas que enseñan que el derecho está integrado sólo por decisiones judiciales y, por consiguiente, por hechos.²¹

Kantorowicz, profesor de Friburgo y de la Universidad de Kiel, tuvo que salir de Alemania por oponerse al nacionalsocialismo; emigró a Estados Unidos, y en Yale comenzó expresarse en modo crítico hacia el realismo, lo que suscitó un debate importante. En este sentido, muchos realistas que se consideraban herederos del derecho libre llegaron a concluir que los jueces creaban el derecho y malinterpretando al profesor alemán le hacen decir que el juez goza de total libertad para decidir según sus convicciones, cuestión que rechazó tajantemente Kantorowicz pues el hecho de que existan lagunas no implica que no haya normas generales que dirijan la labor del juzgador.

Otro contemporáneo sin duda sobresaliente es Radbruch para quien la interpretación jurídica debe hacerse a través de la jurisprudencia, lo que significa la “elaboración del derecho positivo en forma de ciencia jurídica”, pero este proceso debe acompañarse de otras dos fases consecuentes: la construcción jurídica que implica “la reestructuración de toda una institución jurídica” que se realiza cuando se encuentran antinomias por parte de los aplicadores de la norma; y la sistemática jurídica, la cual lleva a considerar el contexto general, es decir, el conjunto de normas e instituciones; las tres fases: interpretación, construcción y sistemática conforman lo que se denomina ciencia del derecho o jurisprudencia en una de sus acepciones, finalmente vinculada al ejercicio judicial a través de la decisión que es razón práctica, veamos la cita directa:

La *interpretación* jurídica busca el sentido objetivo del derecho positivo, es decir, el sentido incorporado a la norma jurídica misma, y no el sentido subjetivo, o sea el pensamiento de las personas que intervinieron en su creación. Eso es lo que distingue a la interpretación jurídica de la interpretación filológica.

²¹ Kantorowicz, Hermann, *La definición del derecho*, Londres, The Syndics of the Cambridge University Press, 1958, utilizamos la traducción de *The Definition of Law* hecha por *Revista de Occidente*, Madrid, 1964.

La interpretación filológica es siempre un repensar de algo anteriormente pensado (el “conocimiento de lo ya conocido”, dice August Boeck). La interpretación jurídica, por el contrario consiste en llevar lo pensado hasta el final consecuente del proceso del pensamiento. La jurisprudencia es una ciencia práctica, llamada a dar una respuesta inmediata a toda pregunta jurídica, sin que pueda negarse a contestar por razón de las lagunas, las contradicciones o las ambigüedades de que la ley pueda adolecer. Ello la obliga a conocer y entender las leyes mejor que las mismas personas que intervinieron en su redacción, a sacar de la ley más de lo que estas personas pusieron conscientemente en ella, al redactarla o aprobarla.²²

Nótese que lo que parecía obvio como que el derecho tiene que ver con la realidad, va comenzar a ser el caballito de batalla de los teóricos del derecho, sobre todo después de los totalitarismos, no por nada se comenzará a hablar de rehumanizar el derecho, de buscar válvulas de escape, de flexibilizar el sistema, en fin de resocializarlo. Como un ejemplo emblemático de lo anterior, Philipp Heck planteó críticas muy interesantes a la jurisprudencia de conceptos, nuevamente atacando su formalismo. Básicamente la jurisprudencia de conceptos concibe el ordenamiento jurídico como un sistema completo, sin lagunas o vacíos, pues estos se suplen a través de la lógica formal, o con una interpretación sistemática del ordenamiento. En cambio la jurisprudencia de intereses, propuesta por Heck, partía de la aceptación de los vacíos, concediendo mayor beligerancia a la labor del juez quien atendiendo a los intereses que subyacen en el ordenamiento, haría una labor de integración; así, la sentencia judicial no sería la simple subsunción, sino una labor de análisis judicial:

El problema de la creación del derecho mediante la sentencia judicial se encuentra en el centro de la metodología jurídica. La ciencia jurídica por su desarrollo histórico y por su conformación, es una ciencia normativa y práctica, como la medicina. Su finalidad común a esas ciencias no es la satisfacción del deseo de saber; lo que queremos es hallar caminos para satisfacer la biológica necesidad de derecho y para hallar el derecho exigido por la vida. El derecho realmente importante para la vida es aquel que se realiza en la sentencia judicial. El derecho legal no consigue el poder de autoridad que da al derecho su valor sino por medio de la sentencia del juez. La ley, hoy día, obra sin duda

²² Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, traducción de Wenceslaoroces; México, pp. 9-10, FCE, 2005, traducción de Wenceslao Roces; el título original de la obra es *Vorschule der Rechtsphilosophie*, publicada en Heidelberg, por Verlag Scherer, en 1947.

también directamente; pero ello se deba a que todo el mundo espera que la sentencia la seguirá. La importancia de la judicatura es la acertada idea básica [...] una ley de la que todo mundo supiera que los tribunales no la aplican perdería toda su importancia para la vida. Los principios de la decisión judicial son objeto de la ciencia jurídica, pero influyen también a su vez en todo el trabajo científico. La ciencia del derecho válido aspira a preparar la actividad del juez investigando los principios generales y nomológicos del juicio y exponiéndolos ordenada y sistemáticamente [...] en la medida en que se conserva la conexión total, la idea de que el juez es quien valora finalmente el trabajo resulta decisiva.²³

La idea es la siguiente: no es que antes los jueces no fueran activistas, es que el legislador no los dejaba. Tuvimos que sufrir el desencanto legislativo, el desencanto presidencial para voltear al juez, y ahora estamos ya en los prolegómenos del desencanto por el derecho en general, pero de su idea como sistema.

Edward Levi es otro peculiar ejemplo, este autor es poco conocido en el mundo del *civil law*, tal vez porque su producción literaria no ha sido tan abundante; sin embargo, podemos decir que su teoría es bastante interesante. Levi se desarrolló como académico, llegando al decanato de algunas prestigiadas universidades norteamericanas, y también como funcionario judicial, por lo que su trabajo refleja una preocupación constante por recrear una razón práctica judicial. Claro está que la lectura de su obra debe realizarse en el entendido de que se trata del sistema del *common law*, donde la consideración de la jurisprudencia judicial como fuente del derecho es distinta a la del *civil law*, aunque la situación entre el derecho y su contexto no cambia demasiado:

Se pretende que el derecho es un sistema de reglas conocidas que los jueces aplican. En un sentido importante las reglas jurídicas no son nunca claras, y si una regla tuviese que ser clara antes de que pudiera aplicársela, no podría haber sociedad. El mecanismo del razonamiento jurídico acepta las diferencias de criterio y las ambigüedades de las palabras. Admite la participación de la comunidad en la eliminación de esas ambigüedades, al proporcionar un foro para el

²³ Heck, Philipp, *El problema de la creación del derecho*, traducción de Manuel Entenza, México, Colofón, 1994. pp. 34 y ss, utilizamos la edición hecha por; el título original de la obra es *Das problem der rechtsgewinnung*, publicado en 1912 en Tübingen, por la editorial J.C.B. Mohr de Paul Siebeck. En realidad se trata de una conferencia que Heck ofreció en su Universidad aunque el tema lo siguió desarrollando en otras publicaciones.

examen y discusión de las cuestiones valorativas dentro del ámbito que aquellas dejan abierto. En cuestiones controvertidas serias, posibilita dar el primer paso en dirección a lo que, de otra manera, serían metas vedadas. El mecanismo del razonamiento jurídico es indispensable para la paz de una comunidad.

Su esquema básico es el del razonamiento mediante ejemplos. Esto es, de caso a caso; es un proceso que consta de tres pasos, caracterizados por la doctrina del precedente, en el curso del cual una proposición descriptiva del primer caso es convertida en una regla de derecho y aplicada luego a otra situación similar. Los pasos son los siguientes: primero se descubren semejanzas entre los casos; luego la regla de derecho, pero que posee características que en otras circunstancias podrían ser consideradas como imperfecciones.

Estas características se hacen evidentes si contemplamos el proceso jurídico como si fuese un método para aplicar reglas generales de derecho a hechos diversos; en otros términos, como si la doctrina del precedente significara que las reglas generales, una vez que han sido determinadas en forma adecuada, permanecieran inmutables y se aplicaran luego, si bien imperfectamente, a casos posteriores. Si este fuese el significado de la doctrina, sería perturbador ver que las reglas cambian de un caso a otro y son reformuladas en cada uno de ellos. Sin embargo, este cambio constituye la indispensable cualidad dinámica del derecho. Tiene lugar porque el alcance de una regla, y por tanto su sentido, depende de la determinación de los hechos que serán considerados similares a aquellos que se dieron cuando la regla fue enunciada por vez primera. El hallazgo de semejanzas o de diferencias es la etapa clave del proceso jurídico.²⁴

Por último queremos citar a Ehrlich, jurista y abogado ucraniano que enseñó y litigó en Austria-Hungría; es conocido como parte de la escuela sociologista germana y famoso por su concepto de “derecho vivo”, a través del cual realizó una crítica al derecho jurisprudencial de la época, por estar demasiado apartado de su naturaleza ontológica y su origen social. Por esta razón Ehrlich se sumaba también a los adeptos de la escuela del derecho libre y también a la llamada de la libre investigación del derecho; ambas escuelas propugnaban por que el juez, después de someterse a la ley (si el texto era claro), debía hacer una investigación libre basándose en otras fuentes (François Geny), pero finalmente debía llegar a la sociedad, pues es ésta la fuente real del derecho. El texto es de bastante trascendencia en cuanto que la discusión central era sobre el papel del juzgador en relación a la interpretación de la ley y el valor que ésta debía tener; en este punto Ehrlich sostuvo

²⁴ Levi, Edward Hirsch, *Introducción al razonamiento jurídico*, traducción de Genaro R. Carrió, México, Ediciones Coyoacán, 2005, pp. 11 y ss. ; el título original de su obra es *An Introduction to Legal Reasoning*, publicado en 1948 en Chicago por University Chicago Press.

un importante debate con Hans Kelsen respecto de la tarea creativa del juez a través de la jurisprudencia, sobre todo a raíz de la publicación del libro que aquí citamos. Parte de su pensamiento se refleja en el siguiente párrafo:

La exigencia, hoy tan habitual para nosotros, de que toda decisión judicial de un litigio, haya de deducirse de determinados principios del Derecho vigente, posiblemente sea característica exclusiva de aquellos pueblos que han recepcionado el Derecho romano. A otros pueblos parece serles enteramente ajena; (...) los mismos romanos cuya jurisprudencia, por cierto, tenemos noticias más por los dictámenes que los juristas romanos nos han transmitido que por los conocimientos de tipo judicial. Aquí no se reclama en modo alguno que toda sentencia conlleve aparejada, a modo de marca de fábrica, alguna disposición legislativa sobre la cual se funde, ya sea de hecho, ya presuntamente, se considera que la tarea del juez no es sino la de hallar una decisión equitativa, acorde con las circunstancias del caso concreto. El juez, en efecto, está vinculado al Derecho legal y al consuetudinario, a la tradición y a los principios expresados en decisiones anteriores, pero todo esto no es considerado como fundamento de la decisión, sino más bien como límite hasta el cual se extiende la libertad del juez. Al respecto, sólo le sirve como pauta el principio de que la decisión ha de hallarse conforme a las reglas del arte jurídico: con otras palabras, dicha decisión no puede echar por tierra, sin más ni más, las reglas que hasta ahora han estado vigentes de forma general. Así, ciertamente, se impide el paso a innovaciones repentinas y demasiado atrevidas, pero de ningún modo se impide su desarrollo orgánico. Más de una vez ha ocurrido que, con el transcurso del tiempo, principios jurídicos reconocidos se han transformado justamente en sus opuestos debido a una serie de decisiones que se han ido apartando gradualmente de ellos.²⁵

Bajo las prácticas académicas tradicionales, a estas alturas del trabajo algunos colegas intentarán etiquetar el mismo “dime con quién andas y te diré quién eres” mientras que nuestro afán, quizá a propósito, fue del todo asistemático, con la intención de mostrar que el argumento de autoridad, incluso en la jurisprudencia judicial, como un elemento de circularidad y por tanto de mayor certeza científica, puede carecer de toda racionalidad cuando se convierte en argumento válido por sí mismo. Ciertamente una

²⁵ Ehrlich, Eugen, “Libre investigación del derecho y ciencia del derecho libre” (1903) en: *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 58 y ss. (“Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft” en: *Soziologie und Jurisprudenz*, Aalen, 1987, ahora en castellano en Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 58 y ss.)

historia o mejor aún, una genealogía de la interpretación jurídica (que al final es siempre judicial) puede mostrarnos tendencias útiles para entender los derroteros por los que se ha buscado mayor racionalidad en el derecho, pero es muy difícil que de ahí se pueda deducir una narración que satisfaga los deseos de justicia de una sociedad que sigue siendo kafkiana, pues sigue esperando que el derecho sea eficaz.²⁶

²⁶ Al terminar de escribir esto, tenemos presente la última condena que la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo a México, que buscando defender su postura, presentó no sólo la protección legal sino incluso judicial de los derechos alegados. Sin embargo después de 36 años hay un fallo favorable para el justiciable y aun así no habrá satisfacción plena porque no existe la ley que faculte al Estado para resarcir ¿de qué sirven todos los esfuerzos por lograr una interpretación adecuada cuando falta la voluntad política? Seguimos en la modernidad jurídica, donde el derecho sigue reducido a una aspiración. (caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009)