

## CAPÍTULO PRIMERO

### LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

I. Concepto de interpretación . . . . .	19
II. La interpretación jurídica . . . . .	21
III. La evolución de la interpretación judicial del derecho y la función judicial a partir del siglo XVIII en Francia . . .	25
1. De la voluntad del monarca a la voluntad del órgano legislativo . . . . .	25
2. El inicio de las grandes codificaciones y la Escuela de la Exégesis . . . . .	30
3. Las ideas de Francois Geny y el final de la corriente exegetica . . . . .	33
IV. La nueva concepción de la interpretación y la integración en la aplicación judicial del derecho . . . . .	36
1. La interpretación y la integración como momentos inseparables en la aplicación del derecho . . . . .	36
2. Las ideas de Kelsen acerca de la aplicación del derecho . . . . .	37
V. Ley, juez y estimativa judicial . . . . .	38
1. La libertad del juez ante la ley y las corrientes antiformalistas . . . . .	38
2. Los factores lógicos y axiológicos en la decisión judicial . . . . .	39
VI. La naturaleza del razonamiento judicial . . . . .	42
1. Evolución de las ideas acerca del razonamiento judicial . . . . .	42
2. La argumentación judicial y la justificación de las decisiones judiciales . . . . .	44
VII. El razonamiento judicial a la luz de la nueva retórica . . . . .	47

## CAPÍTULO PRIMERO

### LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

#### I. CONCEPTO DE INTERPRETACIÓN

La interpretación es una actividad que no se circunscribe exclusivamente al ámbito jurídico, son susceptibles de interpretarse acontecimientos, actitudes y expresiones de todo tipo. De ahí la necesidad de partir de un concepto genérico de *interpretación*<sup>1</sup> para después entrar al estudio de una de sus formas específicas: la interpretación jurídica.

En el ámbito de la filosofía, el solo concepto de interpretación ha suscitado entre los autores opiniones diversas —incluso contradictorias— y, tal y como sucede en muchos otros problemas planteados en este campo, no se ha llegado aún a conclusiones definitivas.

Presentar aquí los planteamientos expuestos por todos y cada uno de los autores que han abordado el tema de la interpretación del derecho rebasa por mucho el objeto de este apartado inicial que es únicamente intentar establecer un concepto genérico, que sirva como punto de partida al desarrollo de nuestro trabajo. Por ello que nos limitamos a exponer sólo algunos aspectos del controvertido tema de la interpretación.

Eduardo García Máynez<sup>2</sup> señala que toda expresión es un conjunto de signos, por eso tiene significación. Toda expresión que encierre un

1 Gramaticalmente *interpretación* es la acción o efecto de interpretar, este término a su vez proviene de la raíz latina *interpretare* y tiene los siguientes significados: “Explicar o declarar el sentido de una cosa, y principalmente el de textos faltos de claridad.” 2. Traducir de una lengua a otra, sobre todo cuando se hace oralmente.// 3. Explicar, acertadamente o no, acciones, dichos o sucesos que pueden ser entendidos de diferentes modos.// 4. Representar una obra teatral, cinematográfica, etc.// 5. Ejecutar una pieza musical mediante canto o instrumentos.// 6. Ejecutar un baile con propósito coreográfico.// 7. Concebir, ordenar o expresar de un modo personal la realidad.” Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21a. ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1992.

2 *Introducción al estudio del derecho*, 39a. ed., México, Porrúa, 1988, p. 325; véase también “Interpretación en general e interpretación jurídica”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*. México, t. IX, núms. 35-36, julio-diciembre de 1947, pp. 3-6.

sentido es susceptible de interpretarse, de ahí que para este autor interpretar es *desentrañar el sentido de una expresión*.

Encontramos una opinión contraria en los trabajos de Rolando Tamayo y Salmorán,<sup>3</sup> para quien interpretar es, en sentido general, *determinar o asignar el sentido a ciertos hechos, signos, fórmulas o palabras*. Para este autor, mediante la interpretación se incorpora el sentido a los signos, objetos o acontecimientos; estos carecen de un significado *en sí*, por lo tanto, el sentido *ni se busca ni se desentraña*.

Para Emilio Betti,<sup>4</sup> algunos de los usos de la palabra *interpretación*, por ejemplo, en la explicación de los fenómenos naturales o en cualquier explicación subjetiva de la vida y del mundo realizada por cualquier persona, propician una confusión de conceptos que se traducen en un dique para la formulación de una verdadera teoría científica de la interpretación.<sup>5</sup>

Este autor concibe la interpretación como *una actividad cognoscitiva* en la cual se trata siempre de entender la objetivación de una espiritualidad; es decir, su incorporación o fijación en un instrumento material perceptible, ya sea una piedra, mármol, madera, papel o el sonido acústico, que forma parte de la dimensión del mundo físico.

<sup>3</sup> *El derecho y la ciencia del derecho (introducción a la ciencia jurídica)*, México, UNAM, 1986, pp. 151 y 153. Estas consideraciones pueden consultarse en extenso en varios de los trabajos de este autor, entre los que podemos citar: "Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica (Con especial referencia a la interpretación constitucional)", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, Argentina, año XV, núm. 31, julio-diciembre de 1973, pp. 25-27; "Los sistemas de interpretación", *Revista de la Escuela de Derecho*, San Luis Potosí, México, núm. 3, 1982, pp. 25-27; "Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica (con especial referencia a la interpretación constitucional)", *La interpretación constitucional*, México, UNAM, 1975, pp. 125-127.

<sup>4</sup> Este autor ha realizado numerosos y muy profundos estudios dedicados al tema de la interpretación en todas sus modalidades, incluso ha propuesto una "teoría general de la interpretación". Los siguientes son sólo algunos de sus trabajos: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milán, A. Giuffrè-Editore, 1949; de ésta existe la siguiente traducción al castellano: *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1975, trad. de la 2a. ed. italiana de 1971 por José Luis de los Mozos; *Teoria generale della interpretazione*, Milán, A. Giuffrè-Editore, 1955; "Di una teoria generale della interpretazione", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milán año XLII, serie III, fasc. II, abril-junio 1965, pp. 236-262; "Teoria generale della interpretazione e sua ragione di essere", *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, Padua, vol. IX, fasc. 1-4, 1956, pp. 1-3; "Sulla teoria generale dell'interpretazione", en *Jus, Rivista de Scienze Giuridiche*, Milán, año VIII, fasc. II, junio de 1957, pp. 253-258; "En torno a una teoría general de la interpretación", *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, vol. VII, núm. 1, junio de 1966, pp. 87-118.

<sup>5</sup> "En torno a una teoría general de la interpretación", *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, vol. VII, núm. 1, junio de 1966, pp. 88-89.

Afirma que de algún modo la dotación espiritual, que no pertenece a la dimensión del mundo físico, se halla trasvasada, incorporada y fijada en el instrumento material perceptible.<sup>6</sup>

Para que pueda darse la interpretación es necesario contar con un objeto constituido por *formas representativas*, que son *una relación unitaria de elementos* apreciables por los sentidos por cuanto dejan huella en el material en que se plasman, éstas convierten al objeto en algo cognoscible.<sup>7</sup>

En el ámbito de las llamadas ciencias del espíritu, la interpretación surge con diversas orientaciones de acuerdo con el interés primordial de cada una de aquéllas. Así, la interpretación puede ser dirigida a descubrir un sentido ya incorporado dando lugar a la hermenéutica filológica, histórica, técnica o dogmática en función histórica, entre otras; también puede enfocarse a obtener un criterio de decisión o una norma de conducta, como en el caso de la hermenéutica jurídica; por último, la interpretación puede encaminarse a entender y también hacer entender a los demás, tal es el caso de las interpretaciones dramáticas o musicales en las que el intérprete proporciona la forma representativa idónea, para hacer entender el sentido de la obra de arte o del pensamiento al público.<sup>8</sup>

Para los efectos de este trabajo consideramos que *interpretar es la actividad por la cual se determina el sentido de ciertos acontecimientos, signos o expresiones significativas, objetivamente plasmados.*

## II. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Aplicando el concepto genérico de *interpretación* al ámbito específico del derecho, podemos decir que la interpretación jurídica es *la actividad por la cual se determina el sentido de las expresiones del derecho.*

La invención de la escritura permitió plasmar el derecho por escrito; a partir de ese momento, los textos, como una de las formas de expresión de las normas jurídicas, adquirieron una preponderancia hasta ahora insuperable; de acuerdo con García Máynez,<sup>9</sup> *los textos*

6 *Idem*, p. 90.

7 *Idem*, p. 91.

8 *Idem*, p. 95.

9 "Interpretación en general e interpretación jurídica", *cit.*, *supra*, nota 2, p. 7.

*legales no son el derecho, sino una forma de expresión de éste, acaso la más valiosa, pero no la única.*

La Constitución, las leyes, los reglamentos, los contratos, los testamentos e incluso las señales de tránsito no son otra cosa que formas de expresión jurídicas; es decir, el vehículo a través del cual son manifestadas las normas jurídicas.<sup>10</sup> La interpretación permite extraer del texto legal la norma jurídica que tiene incorporada.

Hasta ahora, se han formado un gran número de escuelas y corrientes acerca de la interpretación jurídica; por lo que respecta al derecho continental europeo, se pueden citar entre las principales: la Escuela de la Exégesis o francesa; la Escuela Histórica alemana; la jurisprudencia dogmática; la jurisprudencia de conceptos; la jurisprudencia de intereses; la escuela científica francesa; el sociologismo y la escuela del derecho libre, entre muchas otras más. En el derecho angloamericano, donde los jueces han tenido históricamente una influencia decisiva en la evolución del derecho, han adquirido especial relevancia las corrientes del realismo jurídico y la jurisprudencia sociológica.<sup>11</sup>

Cada una de estas escuelas o corrientes parte generalmente de concepciones propias acerca del derecho y, por consiguiente, discrepan de las ideas que ostentan sobre la interpretación, los métodos interpretativos y lo que constituye el *sentido* de los textos legales. La mayoría de las escuelas de interpretación es designada precisamente por el método interpretativo que ostenta como bandera y, las más de las veces, que propone como el único correcto.

Las distintos métodos de interpretación pueden identificarse a lo largo de un espectro que en uno de sus extremos tiene a la llamada *voluntad* del legislador y en el otro los términos de la ley, por esta razón son generalmente clasificados en dos grandes grupos, *subjetivistas* y *objetivistas*, según sea el extremo al cual se inclinen preponderantemente. Las corrientes denominadas *subjetivistas* declaran que el sentido de la ley se encuentra en la *voluntad* del legislador, por otro lado, las llamadas *objetivistas* se apoyan en el sentido lógico ob-

<sup>10</sup> *Idem*, p. 6.

<sup>11</sup> Los aspectos esenciales de cada una de estas escuelas o corrientes, así como sus principales críticas y los métodos de interpretación del derecho que proponen, pueden ser consultados en la obra de Tamayo y Salmorán, Rolando, "Los sistemas de interpretación", *cit.*, nota 3, pp. 25-68. Por lo que respecta a otras corrientes interpretativas elaboradas hasta ahora, se puede consultar la obra de Recaséns Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Porrúa, 1980, pp. 33-130.

jetivo de la ley como expresión del derecho; es decir, los textos legales tienen una significación propia, implícita en los signos que los constituyen e independiente de la voluntad real o presunta de sus autores, al penetrar la ley en la vida social adquiere matices diversos de aquellos que le fueron asignados en su creación.<sup>12</sup>

No pretendemos exponer aquí los postulados de las diversas escuelas de interpretación, sino únicamente formular algunas observaciones en torno a los métodos interpretativos comúnmente utilizados. Entre los métodos de interpretación considerados como tradicionales se encuentran los siguientes: el de la *exégesis*, que se dirigen a buscar el pensamiento original de los autores de la ley; el *gramatical*, que determina el sentido de la ley con base en el significado de los términos empleados en su redacción; *histórico*, que se ocupa de reconstruir los acontecimientos que determinaron la creación de las disposiciones legislativas; *teleológico*, el cual identifica el sentido de las disposiciones legislativas con el fin al que obedeció la creación de la norma, aquello que se tomó en cuenta para establecerla; *sociológico*, que determina el sentido de las disposiciones legislativas con base en el análisis de la realidad social, tal y como éstas la regulan, sin que sea determinante el fin de la norma o la intención de sus autores.

Si consideramos estos métodos como distintos caminos para desenmarañar el sentido y alcance de un determinado precepto, al utilizarlos deberíamos llegar de cualquier modo a la misma norma jurídica, lo cual generalmente no ocurre así por dos motivos: el primero de ellos es que la redacción de los textos legales, en ocasiones, no es el reflejo fiel de las normas que se pretendió expresar a través de los mismos. El segundo, que la ley se emite para regular determinados aspectos de la vida social, sin embargo, no se sabe a ciencia cierta el impacto que va a producir al entrar en contacto con la misma, en ocasiones, las mutaciones sufridas por la ley al acoplarse a la realidad social constantemente cambiante, imprimen a sus palabras un sentido diverso de aquel que se intentó que expresaran.

12 Acerca de algunas de las críticas respecto a esta noción, *cfr.* Haba, Enrique P., "La voluntad del legislador: ¿ficción o realidad?", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, Universidad de Costa Rica, núm. 32, mayo-agosto de 1977, pp. 75-87. Acerca de algunas de las críticas a esta corriente, *cfr.* Betti, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, *cit.*, *supra*, nota 4, pp. 239 y ss.

El problema no termina con enunciar todos y cada uno de los métodos interpretativos que en la actualidad existen, también queda como interrogante determinar cuándo se debe utilizar uno u otro, pregunta nada sencilla que encierra un juicio valorativo por parte del juez o de aquél que funja como intérprete, y apenas encuentra respuesta si atendemos al fin de la interpretación, que es desentrañar el sentido y alcance de la ley para dar solución justa a un caso concreto.

Estas consideraciones apuntan hacia la conclusión que comparte un sector importante de la doctrina, de que ninguno de los métodos mencionados puede erigirse como el más indicado y que cada uno de ellos forma parte del *arsenal* con que cuenta el juez y, en general, todo intérprete para desentrañar el sentido y alcance de los textos jurídicos y procurar la mejor solución del caso concreto.<sup>13</sup>

Por otra parte, la evolución histórica de las escuelas y corrientes acerca de la interpretación del derecho no es otra que la evolución misma que la función judicial ha experimentado, esto es, el papel que a lo largo de distintas etapas, históricamente determinadas, ha desempeñado la figura del juez al aplicar las disposiciones legislativas a los casos concretos.<sup>14</sup>

La interpretación judicial del derecho, cuya finalidad se extiende más allá del aspecto estrictamente hermenéutico, goza de eficacia normativa, esto es, el juez a través de su decisión vincula las conductas de los destinatarios de las normas jurídicas. La cantidad y diversidad de los casos concretos que generalmente se le presentan al juez hacen de su actividad de aplicación del derecho algo cotidiano y, por este motivo, le otorgan especial relevancia respecto al resto de los órganos aplicadores de las normas jurídicas.

Esto no siempre se ha considerado así —como más adelante veremos— y aún en la actualidad sigue provocando las opiniones más diversas; sin embargo, la realidad se ha encargado de demostrar que

<sup>13</sup> Cfr. Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, *supra*, nota 11, pp. 178-187; Cfr. Aftalión, Enrique R., "Interpretación en la ciencia del derecho", *La Ley*, Buenos Aires, t. 57, enero-febrero-marzo de 1950, pp. 836-837. En este mismo sentido, Villar Palasí habla de una *dosificación de métodos interpretativos*, haciendo un símil con los medicamentos señala que una dosificación mal hecha puede producir la inutilidad del medicamento o de su extremada peligrosidad, e igual sucede con el derecho, *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Madrid, Tecnos, 1975, p. 19.

<sup>14</sup> Luis Recaséns Siches apunta que "...de hecho es muy difícil, prácticamente imposible, analizar el problema de la interpretación jurídica sin estar haciendo referencia casi constante a la esencia de la función judicial", *op. ult. cit.*, pp. 188-190.

la esencia de la función judicial está muy lejos de ser una simple aplicación mecánica de las disposiciones legislativas, como se consideró en los primeros momentos de su evolución iniciada en Francia, paulatinamente se ha reconocido que es eminentemente dinámica, creativa y con gran contenido axiológico, sobre todo tratándose de la aplicación de las normas constitucionales.<sup>15</sup>

### III. LA EVOLUCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO Y LA FUNCIÓN JUDICIAL A PARTIR DEL SIGLO XVIII EN FRANCIA

#### 1. *De la voluntad del monarca a la voluntad del órgano legislativo*

La doctrina coincide en situar en Francia, a partir de la Revolución de 1789, el inicio de la evolución paralela de la concepción tradicional de la interpretación del derecho y la esencia de la función judicial.

Durante el siglo XVIII, existió en la mayor parte de Europa la convicción de que la interpretación de la ley correspondía exclusivamente al legislador.<sup>16</sup> Francia no fue la excepción a tal principio, allí la actividad interpretativa correspondía sólo al rey. Con este fin, se dictaron ordenanzas que prohibían a los jueces interpretar la ley y se les impuso la obligación de remitir el proceso al monarca para tal efecto.<sup>17</sup>

La función jurisdiccional se concentraba en el monarca, que ante la imposibilidad de resolver todos los casos que le presentaban a través del reino, estableció dos clases de órganos subordinados: a) los

15 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Breves reflexiones sobre la interpretación constitucional", *La jurisdicción constitucional*, San José, Juricentro, 1993, pp. 89-90.

16 Cfr. Dualde, Joaquín, *Una revolución en la lógica del derecho (Concepto de la interpretación del derecho privado)*, Barcelona, Librería Bosch, 1933, pp. 27 y 28. "En Austria rigió este principio hasta la publicación del Código Civil de 1811; en Prusia, el *Allgemeine Gerichtsordnung für die Preusstaaen* de 6 de julio de 1793 establecía, en concordancia con el *Allgemeine Landrecht* de 20 de marzo de 1791 (ya bajo la influencia de la Revolución francesa), que cuando los jueces encontraran dudas en la aplicación de la ley, debieran acudir al legislador, representado por una comisión permanente (*Gesetzgebungskommission*). En Italia, en las dos Sicilias una disposición de 1774 prohibía resolver las dudas a los Tribunales, remitiéndolas a la interpretación auténtica; en el Piemonte, otra disposición de 1770, confirmatoria en lo esencial del régimen anterior, otorgaba al rey la facultad de revisar las disposiciones de los jueces inferiores, y lo mismo acontecía en Toscana, en donde el Consejo llamado de Consulta preparaba las decisiones del rey, y en el Estado Romano, con el Tribunal de la Rota, órgano del Sumo Pontífice".

17 Incluso desde el siglo XVII existían disposiciones en este sentido, tal es el caso de la ordenanza dictada en abril de 1667 (tit. I, art. 7º), como señala Dualde, *op. ult. cit.*, p. 27.



*jueces*, que debían atenerse a la letra de la ley y a quienes, como ya señalamos, les estaba vedado interpretar; y b) los *Parlements* o *Tribunales de soberanía*, que representaban al rey, los cuales llevaban a cabo funciones políticas y legislativas llegando a cometer grandes abusos, que de algún modo influyeron en el sentimiento de desconfianza hacia la figura del juez, que se manifestó a partir de la Revolución francesa.<sup>18</sup>

Carlos Luis de Secondant, barón de Montesquieu, estableció los contornos del principio de división de poderes —ya destacado por Locke desde el siglo XVII— en su clásica obra que lo inmortalizó *El espíritu de las leyes*, editada por vez primera en 1748. Las ideas del barón de Montesquieu influyeron enormemente en el pensamiento posterior a la Revolución francesa y se llevaron a la realidad paulatinamente.

Por lo que se refiere al aspecto específico de la interpretación de las leyes y la función judicial, señaló Montesquieu la necesidad de una tajante separación del Poder Judicial respecto de los poderes Legislativo y Ejecutivo, asimismo, estableció los peligros de no contar con esa separación, he aquí su pensamiento: “No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo. Si no está separado del Poder Legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del Poder Ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor”.<sup>19</sup> Sin embargo, el barón de Montesquieu no sólo postuló la separación de los poderes, sino que declaró que el Poder Legislativo se encontraba sobre los Tribunales ordinarios<sup>20</sup> y que de los tres poderes *el de juzgar es casi nulo*.<sup>21</sup>

Para Carlos Luis de Secondant los integrantes del Poder Judicial no debían tener carácter permanente, debían ser cambiados periódicamente, “pero si los tribunales no deben ser fijos, los juicios deben serlo; de tal suerte que no sean nunca otra cosa que un texto preciso

18 *Ibidem*.

19 *Del espíritu de las leyes*, 9a. ed. México, Porrúa, 1992, lib. XI, cap. VI, pp. 104-110.

20 Al comentar que el cuerpo legislativo debe fungir como acusador en los casos de violaciones a los derechos del pueblo, en el terreno político, señala: “El poder legislativo no puede ser más que acusador. ¿Y ante quién ha de acusar? ¿Habrá de rebajarse ante los tribunales ordinarios, inferiores a él, y que por esa misma inferioridad habrían de inclinarse ante la autoridad de tan alto acusador? No...”, lib. XI, cap. VI.

21 Lib. XI, cap. VI.

de la ley. Si fueran nada más que una opinión particular del juez, se viviría en sociedad sin saberse exactamente cuáles son las obligaciones contraídas”.<sup>22</sup> Declaró además que el Poder Legislativo es elegido exclusivamente “...para hacer leyes y para fiscalizar la fiel ejecución de las que existan; esto es lo que le incumbe, lo que hace muy bien; y no hay quien lo haga mejor”,<sup>23</sup> de esta forma revela la actividad que posteriormente realizara el Poder Legislativo, a través del Tribunal de Casación.

La forma en que el barón de Montesquieu concebía la función judicial quedó condensada en su lapidaria frase: “los jueces de la Nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma”.<sup>24</sup>

Posteriormente, en 1762, se publica *El contrato social*, obra de Juan Jacobo Rousseau, otro de los impulsores ideológicos del liberalismo. La noción de *voluntad general*<sup>25</sup> constituye el punto central del pensamiento de Rousseau, quien señala: “cada uno pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro considerado como parte indivisible del todo”.<sup>26</sup> Por este pacto social se da existencia y vida al cuerpo político y por medio de la ley se le dota de movimiento y voluntad.

Para Rousseau la ley es un acto que emana de la *voluntad general*, que no es otra más que la que el pueblo estatuye sobre sí mismo, de este modo, las leyes no pueden ser de ningún modo injustas ya que *nadie lo es consigo mismo*.<sup>27</sup> En este sentido, considera que “el legislador es, bajo todos conceptos, un hombre extraordinario en el Estado...”<sup>28</sup> y, por consiguiente, califica la función de legislar como superior.

22 *Ibidem*.

23 *Ibidem*.

24 *Ibidem*.

25 La voluntad general a que alude Rousseau es distinta de la voluntad de todos, ésta no es otra cosa que la suma de voluntades particulares; en cambio, aquélla es la expresión de un sujeto colectivo, la comunidad, que atiende al interés común y se encuentra sobre cualquier voluntad particular.

26 *El contrato social*, 3a. ed., México, Editores Mexicanos Unidos, 1985, lib. I, cap. VI, p. 48.

27 Lib. II, cap. VI.

28 La del Legislador “es una función particular y superior que nada tiene que ver con el imperio humano...”, lib. II, cap. VII.

Con respecto a la interpretación de la ley, concibe solamente que se lleve a cabo por el legislador, ya que “el autor de la ley sabe mejor que nadie cómo debe ser ejecutada e interpretada”.<sup>29</sup> Este punto coincide con el pensamiento del barón de Montesquieu.

La reacción contra todo lo que de alguna forma representaba el antiguo régimen, resultado de la Revolución francesa, como *escenario histórico y político*; así como las ideas del barón de Montesquieu sobre la división de poderes, aunadas al pensamiento de Juan Jacobo Rousseau sobre la voluntad general, ambos como el *ingrediente ideológico*, propiciaron la gestación del absolutismo de la ley y la omnipotencia del cuerpo legislativo, que suplantaron a la voluntad del monarca.

A partir de entonces, se inició en Francia una constante ofensiva en contra del Poder Judicial a través de diversos decretos, con el objeto de evitar que invadiese la esfera celosamente protegida del legislador. El punto de partida de esta ofensiva fue el decreto orgánico de 16-24 de agosto de 1790 por el que se hizo realidad el principio de división de poderes, tal y como fue concebido por el barón de Montesquieu, buscando obstaculizar las usurpaciones del Poder Judicial en la esfera del Legislativo (título II, artículo 10); entre otras trascendentes cuestiones, reservaba exclusivamente para la Asamblea Legislativa la facultad de interpretar la ley (título II, artículo 12), vedando así la interpretación judicial.<sup>30</sup>

Con fundamento en el citado decreto se instituyó el *référé législatif* en sus dos modalidades, *facultativo* y *obligatorio*. En el primer caso, los jueces podían remitir al legislador las dudas que sobre determinada cuestión jurídica se desprendieran del texto de la ley; es decir, al juez sólo le estaba permitido sondear la necesidad de la interpretación, sin poder en absoluto intervenir en ella. En el segundo caso (*référé obligatorio*), se acudía al legislador obligatoriamente cuando de las sentencias de los jueces resultara un indudable conflicto, que mostrara un evidente vacío en la ley.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Lib. III, cap. IV.

<sup>30</sup> Cfr. Geny, Francisco, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, 2a. ed., Madrid, Reus, 1925, pp. 73 y ss.

<sup>31</sup> *Idem*, p. 74; Véase también Fix-Zamudio, Héctor, “Breves reflexiones...” *cit.*, *supra*, nota 15, pp. 91-92. *Idem*, “El juez ante la norma constitucional”, *Justicia constitucional, ombudsman y Derechos Humanos*, México, CNDH, 1993, p. 2.

La Asamblea Constituyente culminó con la trascendente reforma judicial de 1790, con la creación del Tribunal de Casación<sup>32</sup> (decreto de 27 de noviembre y lo. de diciembre de 1790), que en sus inicios formó parte del Poder Legislativo como una prolongación del mismo, de manera que lo ubicó en un lugar superior al del Poder Judicial. Su función consistía en anular aquellas sentencias que implicaran una violación expresa al texto de la ley, sin intervenir en el fondo del asunto.

Geny sintetiza la manera como funcionaba este sistema:

la ley se impone a los tribunales, y debe bastarles para deducir el derecho, si los jueces que entienden en el fondo la desconocen abiertamente, el Tribunal de Casación está ahí para anular sus decisiones. Si a pesar de esa censura, persiste la resistencia de los tribunales ordinarios hasta el caso de requerirse una segunda casación, hay lugar a presumir que la ley es oscura o insuficiente en la materia litigiosa; el Tribunal de Casación entonces deberá suscitar una interpretación oficial y obligatoria por parte del Poder Legislativo, único competente para resolver todos los problemas jurídicos.<sup>33</sup>

Estos acontecimientos obligaron a los jueces a funcionar como simples aplicadores mecánicos de las disposiciones legislativas, dejando la interpretación de las mismas exclusivamente al cuerpo legislativo; pero al mismo tiempo, con los *référé législatif* y el Tribunal de Casación, se creó un sistema de estricta vigilancia para garantizar que los jueces no rebasaran la estrecha función que tenían encomendada.

Este pensamiento sobre la aplicación mecánica de las disposiciones legislativas por parte del juez tuvo destellos en otras épocas y lugares, comenzando por Roma en donde Justiniano, al declarar la perfección de su obra, prohibió cualquier comentario privado a la misma; en Austria, José II dictó una disposición de similar naturaleza; en Prusia, disposiciones análogas de Federico II limitaron en gran medida la actuación de los jueces, los cuales al encontrar alguna duda en la

<sup>32</sup> El artículo 1o. del citado decreto señalaba: "Se establecerá un Tribunal de Casación cerca del Cuerpo Legislativo"; Geny, Francisco, op. cit., supra, nota 30, p. 76.

<sup>33</sup> *Idem*, p. 79.

aplicación de la ley debían acudir al legislador, representado por una comisión permanente, para su interpretación.<sup>34</sup> La misma prohibición de interpretar la ley se encuentra en las *partidas* (ley 14, título I, partida I) y en la *Novísima Recopilación* (ley 3, título II, libro III), e iguales disposiciones dictaron los reyes Alfonso II y Jaime II, del reino de Aragón.<sup>35</sup>

Joaquín Dualde<sup>36</sup> explica este fenómeno de la siguiente manera:

El legislador a intervalos afirma la tesis de que a él corresponde interpretar, pero los jueces continuamente han interpretado. La actividad creadora de los Tribunales y Jurisconsultos suele ser coronada históricamente por un cuerpo legal, que olvidando su origen y las experiencias pasadas decreta para lo futuro la esterilidad judicial y sujeta los esclarecimientos ulteriores a la interpretación auténtica, esto es, la del órgano legislativo.

## 2. *El inicio de las grandes codificaciones y la Escuela de la Exégesis*

Ésta fue la situación que imperó en Francia hasta comienzos del siglo XIX, a partir de entonces surgieron las grandes codificaciones, de entre las que destaca el llamado Código Napoleón de 1804. Esto suscitó una transformación, lenta y vacilante, por la cual paulatinamente se otorgó al juez la facultad de interpretar las disposiciones legislativas que debía aplicar. Es también el inicio de la llamada Escuela de la Exégesis, resultado necesario de la codificación napoleónica,<sup>37</sup> que dominó la ciencia del derecho civil en Francia durante el siglo XIX, y cuyos postulados esenciales fueron: el culto a la ley, que la equipara con el derecho positivo, la voluntad del legislador como pauta única de interpretación y, por consiguiente, la omnipotencia e infalibilidad del órgano legislativo.

34 Cfr. *idem*, p. 79; Stammler escribe: “El Código nacional general prusiano de 1794 mantuvo esta peregrina institución, que no se suprimió hasta el año de 1798”, *El juez*, México, Editora Nacional, 1980, p. 101, trad. Emilio F. Camus.

35 Cfr. Dualde, Joaquín, *op. cit.*, *supra*, nota 16, p. 27 y ss.

36 *Ibidem*.

37 Con la expedición del Código Civil de 1804, y la subsecuente proliferación legislativa, se pensó que cualquier caso que pudiera presentarse en la realidad estaría necesariamente previsto por la ley, sin embargo, pronto se percatarían que las obras legislativas que consideraban magníficas, no podían prever las muchas situaciones que la realidad ofrecía.

Señala Bonnacase<sup>38</sup> en un profundo estudio que realizó sobre la corriente exegetica que “jamás escuela alguna, en el sentido científico del término, hizo una profesión de fe más rígida, más completa, más dogmática...”.

Esta corriente tuvo sus inicios en 1804 y su esplendor se dio aproximadamente de 1830 a 1880, fecha a partir de la cual se dejó sentir su decadencia, para dar paso a la escuela de la libre investigación científica, expuesta magistralmente por François Geny en su obra *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, aparecida en 1899, con la cual asestó un golpe mortal a la corriente exegetica.<sup>39</sup>

Los seguidores de la corriente exegetica consideraban que la ley era la única fuente del derecho, sólo se habla de la ley pues ésta equivalía al derecho positivo; se creyó ingenuamente que ésta otorgaría la solución a cualquier caso que pudiera presentarse, nada podía escapar a la misma. Por eso el culto al texto de la ley es el rasgo fundamental de esta escuela. De acuerdo con sus postulados, los juristas debían necesariamente partir del texto de la ley y limitarse a este campo de acción.<sup>40</sup>

Un segundo rasgo característico de esta escuela es el predominio de la intención del legislador en la interpretación del texto de la ley; el fin último de la interpretación es descubrir la voluntad del autor de la ley, esto es lo que se considera como *exégesis*. Se decía en ese entonces: “...un texto no vale nada por sí mismo, sino únicamente por la intención del legislador que se considera traducida por aquél”.<sup>41</sup>

Ante la imposibilidad de conocer en ciertos casos la voluntad real del legislador, los seguidores de la corriente exegetica acudieron a otras estrategias como la noción de *voluntad presunta* del legislador y el análisis de los precedentes históricos.

<sup>38</sup> *La Escuela de la Exégesis en derecho civil*, México, José M. Cajica Jr., 1944, p. 29, trad. de José M. Cajica Jr.

<sup>39</sup> *Cfr. idem*, p. 36.

<sup>40</sup> Para ilustrar este aspecto, Bonnacase cita varias de las célebres frases que algunos de los representantes de la escuela de la exégesis expusieron en sus obras y discursos: Bugnet decía “No conozco el derecho civil, sólo enseño el Código de Napoleón”; Laurent por su parte señalaba “Los Códigos, no dejan nada al arbitrio del intérprete, éste no tiene ya por misión hacer el derecho: el derecho está hecho... No es verdad que el papel de los juriconsultos se encuentra reducido; sólo que no deben tener la ambición de hacer el derecho al enseñarlo, o aplicarlo; su única misión consiste en interpretarlo...”; Demolombe expresó “Mi divisa, mi profesión de fe, es la siguiente ¡Los textos ante todo!”, *idem*, p. 140.

<sup>41</sup> *Idem*, p. 144.

Con los postulados de la escuela exegética se da un paso adelante por lo que respecta a la interpretación judicial ya que se acepta, aunque con mucha renuencia, que el juez excepcionalmente interprete la ley, pero únicamente con el fin de desentrañar la intención del legislador. La jurisprudencia, sin embargo, tenía el mismo valor que las opiniones de la doctrina.<sup>42</sup>

Los métodos que esencialmente utilizaron los seguidores de la Escuela de la Exégesis fueron calificados como *método exegético puro o analítico* y como *método sintético*. Ambos se dirigen a desentrañar la voluntad del legislador, pero a través de caminos distintos. El primero de estos métodos se enfocaba al análisis riguroso de los artículos del Código Civil, en el orden mismo en que fueron plasmados por el legislador; es decir, en libros, títulos, capítulos y secciones.<sup>43</sup>

En el *método sintético*, en cambio, se deja de lado el orden riguroso de los preceptos del Código; en vez de esto, se considera que la observación de la realidad social fue efectuada por el legislador al formular el Código, por lo tanto, el jurista no puede ir más allá de las reglas dictadas. Con este criterio de actuación se intenta encontrar, siempre con base en la intención del legislador, la realidad social objeto de la reglamentación del Código.<sup>44</sup>

Estos son los postulados esenciales de la Escuela de la Exégesis. La realidad se encargó de demostrar que la ley, como toda obra humana, se encontraba lejos de la perfección que le atribuyeron los seguidores de la corriente exegética y que el legislador no era infalible.

La intervención del legislador como único y exclusivo intérprete de las leyes fue debilitándose de hecho, hasta perder completamente su vitalidad y eficacia práctica. Paralelamente a estos acontecimientos, se da una notable evolución del Tribunal de Casación, que por decreto de 10. de abril de 1837 se desprende del órgano legislativo, para funcionar en adelante de manera autónoma con el nombre de Corte de Casación, convirtiéndose así en el *vértice* de la organización judicial francesa.<sup>45</sup>

42 *Idem*, p. 153.

43 *Idem*, pp. 191 y ss.

44 *Idem*, pp. 192 y ss.

45 Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, *supra* nota 15, p. 93, *idem*, "El juez ante la norma constitucional", *cit.*, *supra*, nota 31, p. 4.

Aun cuando la facultad de interpretar la ley fue asignada finalmente al juez —únicamente en los casos en que ésta no fuera clara— su función no dejó de ser secundaria en relación con la legislativa. La interpretación en esta etapa fue simplemente la adaptación de un derecho ya creado por el legislador, quien además era el único capaz de conferir obligatoriedad a otras manifestaciones jurídicas distintas de la ley, como la costumbre y los principios generales del derecho;<sup>46</sup> esto convirtió al juzgador en un ser animado, por lo que respecta a la interpretación, pero estéril por cuanto a la creación del derecho.

Los principios de la corriente exegética permanecieron vigentes hasta finales del siglo XIX, a partir de entonces, el edificio que soportaban comenzó a tambalearse, en parte por el enorme peso que sobre él ejercía la realidad y también por la enorme sacudida producida por las nuevas corrientes, entre las que se encontraban: la *Escuela Histórica del Derecho*, surgida en Alemania y encabezada por Federico Carlos de Savigny,<sup>47</sup> la *Escuela de la Jurisprudencia Dogmática* representada por Rudolf von Ihering,<sup>48</sup> y principalmente por la obra de François Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, que terminó por dejar únicamente escombros del monumental edificio exegético y a la cual dedicamos los párrafos siguientes.

### 3. Las ideas de François Geny y el final de la corriente exegética

François Geny realizó una severa crítica a los métodos tradicionales de interpretación jurídica, comenzó por atacar el postulado esencial de la escuela exegética; es decir, el *fetichismo* de la ley escrita y la codificación.<sup>49</sup>

Geny puso en evidencia el error en que incurrieron los seguidores del método tradicional, al tener como válido el principio de que la ley podía proporcionar la solución a cualquier caso que pudiera presentarse; no obstante, aceptó que la interpretación debía ser exclusi-

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, “Los sistemas de interpretación”, *cit.*, *supra*, nota 11, pp. 38-40.

<sup>48</sup> *Idem*, pp. 40-43.

<sup>49</sup> Cfr. Geny, *op. cit.*, *supra*, nota 30, p. 67.



vamente la búsqueda de la voluntad del legislador.<sup>50</sup> En este sentido, expresó: “frecuentemente el legislador no puede sino determinar las líneas generales de un cuadro jurídico dado y debe dejar a la aplicación del derecho el cuidado de llenarlo según los detalles de los casos concretos”.<sup>51</sup>

Al mismo tiempo que declaró la insuficiencia de la ley para prever todos los casos que pudieran presentarse, acertó Geny al declarar la existencia de otras fuentes formales del derecho positivo, tales como la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, con lo cual superó el postulado de la escuela exegética de equiparar a la ley con el derecho positivo.

Para Geny, la interpretación de la ley consistía simplemente en encontrar el contenido de la voluntad legislativa, auxiliado primeramente por la fórmula que la expresaba.<sup>52</sup> Sin embargo, ocurría frecuentemente que el pensamiento del legislador no estaba fielmente traducido en las palabras empleadas por él mismo, la fórmula aparecía oscura, incompleta y, por tanto, insuficiente para ofrecer la solución requerida.<sup>53</sup> En este caso, las fuentes formales de derecho privado positivo constituían la más segura dirección al juez, pero cuando aquéllas eran silenciosas o insuficientes para mostrar la voluntad del legislador, había que acudir a lo que Geny denominó libre investigación científica,<sup>54</sup> que él mismo describe en los siguientes términos: “investigación libre, toda vez que aquí se sustrae a la acción propia de una autoridad positiva; investigación científica, al propio tiempo, porque no puede encontrar bases sólidas más que en los elementos objetivos que sólo la ciencia puede revelar”.<sup>55</sup>

De este modo, en defecto de la ayuda de las fuentes formales, las realidades objetivas que constituyen el derecho positivo (*elementos*

50 De acuerdo con la doctrina de Geny, se debe “llevar hasta el último límite el desarrollo de la interpretación de las fórmulas legales, y de la investigación, por todos los medios, de la voluntad del legislador”, *op. cit., supra*, nota 30, p. 26; en otra parte de su misma obra señala “ateniéndome estrictamente a la realidad de las cosas, no admito como contenido legítimo de la ley, deducido por su interpretación, sino aquello que sus autores han querido y sabido expresar en su precepto”, p. 260.

51 *Idem*, p. 203.

52 *Idem*, p. 257.

53 *Idem*, p. 29.

54 *Idem*, p. 520.

55 *Idem*, p. 524.

*objetivos*) determinaban todas las soluciones que pudieran requerirse.<sup>56</sup> Señaló Geny que no obstante la objetividad a que debe ceñirse el juez al resolver los casos concretos, cuando colma las lagunas de las fuentes formales hace uso de la razón y la conciencia para hallar lo justo, de esta forma, las lagunas de las fuentes positivas llevan al juez a crear el derecho que la ley le rehúsa.<sup>57</sup>

El reconocimiento de la presencia de casos concretos respecto de los cuales tanto la ley, como las demás fuentes formales del derecho positivo no ofrecen una solución, constituye un primer momento en la gestación de la llamada integración jurídica, que en términos generales es la actividad a través de la cual se proporciona la solución de los casos no previstos por el orden jurídico.

No cabe duda sobre la decisiva influencia que el pensamiento de Geny ejerció en la evolución de la interpretación judicial del derecho y particularmente en la función de integración jurídica, que el juez realiza al colmar las llamadas *lagunas de la ley*; de esta forma, asignó al juzgador un lugar activo en la elaboración y el desarrollo del derecho.<sup>58</sup>

Estos aspectos, si bien constituyen un gran adelanto, no son el final de la evolución de la interpretación y de la función judiciales, ya que hasta aquí las actividades de interpretación e integración tienen un carácter meramente excepcional; es decir, que si bien el juez lleva a cabo la actividad interpretativa, sólo está facultado para realizarla cuando las disposiciones a aplicar no son claras y, en lo relativo a la actividad de integración jurídica, ésta se concibe únicamente en presencia de casos no previstos por el orden jurídico.

El siguiente paso en la evolución que hemos descrito lo constituye la corriente, aún controvertida, de que la interpretación es en realidad un acto previo e indispensable que el juez realiza siempre al aplicar el ordenamiento jurídico a todos sus niveles y de que la integración jurídica se da en todos los casos, no únicamente en presencia de aquellos no previstos.

<sup>56</sup> *Idem*, p. 525.

<sup>57</sup> *Idem*, p. 550.

<sup>58</sup> A este respecto Geny señala: "la misión propia del intérprete, en vista de contribuir a la creación y al desarrollo del derecho, no puede aún actualmente ser negada o desconocida... el legislador mismo no estaría autorizado para restringirlo arbitrariamente." *idem*, p. 522.

#### IV. LA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN Y LA INTEGRACIÓN EN LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

##### 1. *La interpretación y la integración como momentos inseparables en la aplicación del derecho*

El panorama que describimos en el apartado I de este capítulo permite percatarnos de que tradicionalmente ha existido una tajante división entre la actividad interpretativa y la aplicación del derecho a los casos concretos. La concentración de la actividad interpretativa por parte del órgano legislativo, el lento proceso que finalmente permitió a los jueces la interpretación de los preceptos que aplicaban y el carácter excepcional de la actividad interpretativa, son algunos de los factores que hicieron parecer totalmente desvinculadas entre sí las actividades de interpretación y aplicación del derecho.

En la actualidad se considera que entre la interpretación y la aplicación del derecho existe un vínculo indisoluble, ya que es imposible aplicar un precepto, sea o no lo suficientemente claro, sin antes determinar la norma jurídica que expresa. Por lo tanto, no es exacto que sólo ha lugar a la interpretación cuando los preceptos no son claros o se prestan a confusión.

Las normas jurídicas, cuando son expresadas a través del lenguaje escrito, admiten la aparente coexistencia de varios sentidos a la vez, consideramos que no hay precepto que escape a esta característica, sin embargo, aun admitiendo la postura de que existen preceptos jurídicos que no aceptan estrictamente más que un sólo sentido, es indispensable la interpretación para determinarlo y así obtener la norma jurídica. Estos aspectos han dejado como una pieza de museo el viejo adagio *in claris not fit interpretatio*.

A este respecto es ilustrativo el pensamiento del jurista vienés Hans Kelsen,<sup>59</sup> para quien a todo proceso de aplicación del derecho antecede necesariamente la interpretación de las normas que se desea aplicar. Mediante la actividad interpretativa se determina el marco que expresa la norma en cuestión y las distintas posibilidades que

<sup>59</sup> Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979, pp. 232 y ss., trad. de Roberto J. Vernengo.

ofrece; de éstas, sólo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto de aplicación por parte del tribunal.<sup>60</sup>

El procedimiento de aplicación o individualización del derecho por parte del juez, no queda totalmente satisfecho con la previa e indispensable interpretación del precepto, es necesario agregar la llamada *integración* como un tercer elemento.

Ya vimos que a partir del pensamiento de François Geny, se vislumbra la función integradora del juez, pero sólo en presencia de aquellos casos cuya solución no era proporcionada por la ley, ni por las demás fuentes del derecho positivo. Así, la integración judicial, señala Fix-Zamudio,<sup>61</sup> “consiste en la facultad atribuida al juzgador para colmar las llamadas lagunas de la ley, es decir, la operación que éste debe efectuar cuando tiene que dictar un fallo no obstante que el legislador no previó o no pudo prever el caso particular sometido al conocimiento judicial”.

## 2. Las ideas de Kelsen acerca de la aplicación del derecho

De acuerdo con las ideas de Kelsen,<sup>62</sup> el orden jurídico es un sistema escalonado de normas de derecho donde la norma (superior) prescribe el procedimiento mediante el cual se produce otra norma (inferior), y hasta cierto grado también el contenido de la norma producida.

En este orden de ideas, la norma superior es aplicada mediante el procedimiento de creación de la inferior. Por ello, la aplicación del derecho implica a su vez creación del derecho;<sup>63</sup> así, la sentencia emitida por el órgano jurisdiccional no sólo es aplicación del derecho, sino también creación del mismo.

Acepta Kelsen la insuficiencia de la ley para predeterminar las particularidades de cada caso concreto y señala que aquélla es *un marco dentro del cual tiene que producirse la norma jurídica individualizada*, ese marco permite siempre en mayor o menor grado la discrecionalidad del juzgador.<sup>64</sup>

60 *Cfr.*, *idem*, p. 349 y ss.

61 “Breves reflexiones sobre la interpretación constitucional”, *cit.*, *supra*, nota 15, pp. 93-94; *Idem*, “El juez ante la...”, *cit.*, *supra*, nota 31, p. 8.

62 *Op. cit.*, *supra*, nota 59, pp. 232 y ss.

63 *Ibidem*.

64 *Idem*, pp. 254 y 350. En el mismo sentido se pronunció con anterioridad Geny, quien señaló: “frecuentemente el legislador no puede sino determinar las líneas generales de un cuadro

Ha quedado establecido aquí que el juez al aplicar el derecho crea una norma jurídica individualizada, sin embargo, la actividad creativa del juez no se reduce a este tipo de normas, ya que también puede crear normas de tipo general. Nos referimos a aquellos supuestos en que la solución de un caso concreto, ya sea por un tribunal ordinario o un tribunal de última instancia, se convierte en norma obligatoria para la resolución de casos similares.<sup>65</sup>

Podemos afirmar entonces que la función judicial de aplicación del derecho consta básicamente de tres momentos inseparables: en primer término, la interpretación del precepto, para determinar la norma jurídica genérica por aplicar; en segundo lugar, la aplicación de dicha norma al caso concreto, y por último, la integración del orden jurídico en virtud de la creación de una norma jurídica individualizada, que en determinados casos puede ser general. Estos aspectos hacen de la función judicial de aplicación del derecho, una actividad dinámica y siempre creativa, además, con gran contenido axiológico.

Hasta aquí hemos analizado a grandes rasgos las actividades de interpretación e integración del derecho, que realiza el juez al resolver los casos concretos que se le presentan, pero aún queda por examinar con detenimiento la manera en que la norma genérica, determinada mediante la interpretación, es aplicada a los hechos del caso concreto creando así una norma jurídica individualizada y la consecuente integración del orden jurídico; es decir, lo relativo al razonamiento judicial.

## V. LEY, JUEZ Y ESTIMATIVA JUDICIAL

### 1. *La libertad del juez ante la ley y las corrientes antiformalistas*

La evolución de la interpretación y la función judicial vista desde otro ángulo es la siempre discutida relación que ha existido entre la ley y el juez.

De las numerosas críticas contra el *formalismo* en la aplicación del derecho, tienen especial importancia aquellas doctrinas o corrientes

jurídico dado y debe dejar a la aplicación del derecho el cuidado de llenarlo según los detalles de los casos concretos", *op. cit., supra*, nota 30, p. 203.

<sup>65</sup> Cfr. Kelsen, Hans, *op. cit., supra*, nota 59, pp. 258 y ss.; véase *infra* el capítulo quinto de nuestro trabajo que dedicamos al estudio de la jurisprudencia obligatoria en México.

que proclaman en mayor medida la libertad del juez respecto de la ley, en aquellos casos en que su sentido de justicia así lo reclame.

Dentro de estas corrientes encontramos el *realismo jurídico*, originada en los Estados Unidos de América, que examina la conducta real y efectiva de los tribunales, la manera en que los jueces aplican el derecho y cómo éste es plasmado realmente en la sentencia.<sup>66</sup> Pertenecen a esta corriente, entre otros, Stone, O. W. Holmes, Llewellyn y Jerome Frank, a quien se ha reconocido como el más convencido defensor de esta escuela.

Para los seguidores del *realismo jurídico* el derecho es lo que los jueces dicen que es —*judge made law*—. De este modo, la creatividad judicial es un rasgo esencial de los tribunales en su actuación cotidiana.

Señala Puig Brutau<sup>67</sup> que la corriente del realismo jurídico pretende “que los jueces tengan reconocida más libertad de la que les está asignada oficialmente, pero que tengan menos de la que ejercitan de una manera real y efectiva”. Para esto, la ciencia del derecho ha de representar un freno para que la función judicial no se convierta en arbitraria.<sup>68</sup> De esta forma, las normas generales constituyen sólo un factor más en la elaboración del derecho por parte de los jueces.

La corriente más radical respecto a la libertad del juez en relación con la ley es la denominada *Escuela del Derecho Libre*, originada en Alemania a principios del siglo XIX, que postuló la absoluta libertad del juzgador al decidir los litigios que se le presenten. Para los seguidores de esta corriente, *la ley sólo formula propuestas, pero si éstas no parecen acertadas el juez se aparta de ella y falla libremente*.<sup>69</sup>

## 2. Los factores lógicos y axiológicos en la decisión judicial

García Máynez<sup>70</sup> señala que para resolver un caso de la mejor manera deben satisfacerse dos exigencias: una de orden lógico y otra

<sup>66</sup> Cfr. Puig Brutau, José, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Barcelona, Casa Editorial Bosch, s. f., pp. 22-28; Véase también Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, *supra*, nota 11, pp. 92-111.

<sup>67</sup> *Idem*, p. 30.

<sup>68</sup> *Idem*, pp. 47-48.

<sup>69</sup> Stammler, Rudolf, *El juez*, *cit.*, *supra*, nota 34, p. 81; Véase también Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, *supra*, nota 11, p. 52-57.

<sup>70</sup> Cfr. García Máynez, Eduardo, “El problema hermenéutico”, *Lógica del raciocinio jurídico*, México, Fontamara, 1994, pp. 34-35; *idem*, “Misión y límites de la hermenéutica jurídica”, *Ensayos filosófico-jurídicos 1934-1979*, 2a. ed., México, UNAM, 1984, pp. 260-261.

axiológica. La primera de ellas deriva del principio de la *interpretación contextual*, el cual establece que los preceptos jurídicos no existen solos, sino que forman parte de un sistema en el que se hallan en conexión con el resto de los preceptos. La exigencia axiológica tiene como pauta el descubrimiento de la solución óptima de cada situación, los principios axiológicos inspiradores del sistema de que forma parte el precepto rector del caso.

Para obtener la solución más razonable o aceptable del caso concreto, el juez toma en consideración los valores imperantes en la sociedad y en el orden jurídico, también acude a su criterio, experiencia y convicciones. En realidad es imposible que el juez, al realizar su función, se desprenda de sus emociones y sentimientos, éstos son algo inherente a su condición humana.

Establecer que el factor humano del juez influye necesariamente en la aplicación del derecho no significa en modo alguno restar importancia a la ley. Si ésta no tuviera relevancia, el juez actuaría en forma similar al *buen juez* Magnaud, quien se hizo célebre en Francia al dictar sus fallos en un sentido humano, desconociendo totalmente la ley si ello constituía un obstáculo a su labor.<sup>71</sup>

El problema aquí planteado, relativo al alcance del raciocinio en la función judicial de aplicación del derecho, ha sido expuesto claramente por Fix-Zamudio<sup>72</sup> en los términos siguientes: “...hasta qué punto el juez debe limitarse a desentrañar el sentido de la norma y conformarla a las exigencias de la realidad, en el plano estrictamente objetivo, y si le es permitido introducir en la sentencia los sentimientos y los juicios de valor imperantes en la época y el ordenamiento al cual pertenece”.

La respuesta a esta interrogante, como lo mencionamos al inicio de este apartado, depende de la situación que guarde el juez en relación con la ley. Para esto consideramos especialmente útil retomar los pensamientos de François Geny y Hans Kelsen,<sup>73</sup> en el sentido de que la ley es un cuadro jurídico cuyo perímetro depende del grado de generalidad y abstracción de la ley misma. El juez llena el espacio interno de dicho

71 Para conocer algunos ejemplos de sus fallos, *cfr.* Stammler, Rudolf, *El juez, cit., supra*, nota 34, p. 79.

72 “Breves reflexiones...”, *cit., supra*, nota 15, p. 96; *Idem*, “El juez ante la norma...”, *cit., supra*, nota 31, p. 8.

73 Respecto al pensamiento de Geny, véase en este mismo trabajo la nota 64.

marco al resolver los casos concretos que se le presentan; mientras se encuentre dentro del esquema establecido, su actividad es libre y no tiene mayor límite que su conciencia y sentido de justicia.

Aceptar los postulados de la *escuela del derecho libre* y la actuación del juez Magnaud como totalmente correcta implicaría llevar la discrecionalidad del juzgador fuera de la frontera que representa el marco legal, lo cual fácilmente deriva en arbitrariedad y aplicación caprichosa de la ley.

Afirma Massini<sup>74</sup> que “el juez ha de realizar prudentemente lo justo con el instrumento de la ley; de lo contrario no merecerá llevar el nombre de juez”. En contra se halla Rudolf Stammler,<sup>75</sup> para quien el juez se halla sometido a la ley y sólo puede acudir a criterios justos cuando el propio orden jurídico remita a ellos, “el juez debe tener el valor de aplicar también un derecho injusto, cuando la ley lo exija”.<sup>76</sup>

El juez no es un siervo sumiso del texto legal, tampoco es absolutamente libre respecto de la ley; Puig Brutau<sup>77</sup> opina que la libertad de que goza el juez se halla *condicionada* a los límites establecidos por la ley.

De esta manera, la función judicial debe realizarse armonizando los aspectos lógicos y axiológicos que la conforman. El predominio de alguno de estos dependerá de las circunstancias del caso concreto, por eso la función judicial exige ser llevada a cabo por sujetos excepcionales, cuya virtud consista en equilibrar correctamente esos dos extremos. Más allá de la histórica contraposición en que se ha colocado al juez y el legislador se encuentra la necesaria complementariedad de sus respectivas funciones.

Esto significa que el legislador al crear leyes se preocupe por que sean suficientemente analizadas y respondan a la realidad social a la que van dirigidas, permitiendo de este modo al juez encontrar la solución más aceptable a los casos que se le presenten, sin que la ley en sí misma sea un obstáculo para ello.

<sup>74</sup> “Reflexiones acerca de la estructura del razonamiento judicial”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, núm. 28, julio-diciembre de 1980, p. 85.

<sup>75</sup> Cfr. Stammler, Rudolf, *El juez*, cit., supra, nota 34, pp. 119 y ss.

<sup>76</sup> Stammler, Rudolf, *op. ult. cit.*, p. 121. Alberto Vicente ataca la postura de Stammler al señalar que cuando el juez se aparta de la ley “... interpreta la valoración de la comunidad respecto de una realidad nueva, y por ello su conducta no es arbitraria”, *Función creadora del juez*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, p. 78.

<sup>77</sup> *La jurisprudencia como fuente del derecho*, cit., supra, nota 66, p. 38.



## VI. LA NATURALEZA DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL

### 1. *Evolución de las ideas acerca del razonamiento judicial*

Hemos visto como la evolución de la función judicial está estrechamente vinculada al desarrollo histórico de las relaciones del juez con el legislador, la ley y su aplicación. De manera simultánea, las diversas corrientes acerca del razonamiento judicial —que Perelman<sup>78</sup> califica como la manifestación del razonamiento jurídico por antonomasia— se han ido transformando.<sup>79</sup>

Durante mucho tiempo se creyó que el razonamiento judicial era exclusivamente de tipo deductivo,<sup>80</sup> es así como la función del juez se redujo a la aplicación de la ley mediante la figura del silogismo de tipo matemático, en donde la norma genérica funcionaba como la premisa mayor, los hechos del caso concreto como premisa menor, y como conclusión, la actualización de las consecuencias jurídicas previstas por aquélla.

La rígida aplicación del derecho por parte del juez, utilizando exclusivamente las estructuras proporcionadas por la lógica formal de tipo matemático, ocasiona resultados que pueden parecer disparatados, inaceptables o injustos. Esto ha provocado desde finales del siglo XIX numerosos esfuerzos para demostrar que la naturaleza del razonamiento judicial es completamente distinta de aquella que posee el razonamiento de tipo matemático.<sup>81</sup>

<sup>78</sup> *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1988, p. 201, trad. de Luis Díez-Picazo.

<sup>79</sup> *Idem*, pp. 37 y ss.

<sup>80</sup> En la base de estas consideraciones se encuentra la trasposición del razonamiento de tipo matemático al ámbito jurídico; para Recaséns Siches “las normas generales contenidas en los artículos del Código (se refiere al Código Civil francés de 1804) fueron tenidas como dogmas definitivos. Consiguientemente, la labor del intérprete y del órgano jurisdiccional habría de consistir única y exclusivamente en subsumir los hechos bajo aquellas fórmulas generales, y en poner en movimiento inexorablemente la mecánica de la lógica deductiva”: *op. cit.*, *supra*, nota 11, pp. 154; Perelman agrega que *la aproximación entre el derecho y las matemáticas debía garantizar el funcionamiento previsible e imparcial de los tribunales*, *op. ult. cit.*, p. 179.

<sup>81</sup> Recaséns Siches elabora un extenso catálogo de los autores y sus principales postulados que en conjunto califica como la ofensiva contra la lógica en el campo de la interpretación jurídica y de la creación de nuevo derecho: *op. cit.*, *supra*, nota 11, pp. 33-130. Carlos Massini afirma que el juez hace uso de silogismos al razonar el derecho, pero estos tienen un carácter instrumental, subordinado y ordenado al fin práctico-jurídico de la mejor solución del caso: “Reflexiones acerca de la estructura del razonamiento judicial”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, núm. 28, julio-diciembre de 1980, p. 72; Villar Palasí

Un primer paso en este sentido es la conformación de la *lógica jurídica*, como una disciplina con matices propios, enfocada al *estudio sistemático de la forma de los juicios, los conceptos y los raciocinios jurídicos*.<sup>82</sup> Paralelamente a estos aspectos, la doctrina ha intentado desde hace algunas décadas ir más allá de la mera explicación formal del razonamiento judicial, se ha preocupado por indagar acerca del contenido de dicho razonamiento y cómo opera éste en la realidad.

Sobre la base de que el razonamiento judicial no es única y simplemente deductivo se han elaborado gran número de doctrinas tales como la *lógica de lo razonable*,<sup>83</sup> la *lógica jurídica como teoría de la argumentación jurídica*<sup>84</sup> o como *nueva retórica*,<sup>85</sup> y en general los trabajos sobre argumentación jurídica que en su mayoría se enfocan especialmente a la argumentación judicial. Estas corrientes

señala que precisamente el problema consiste en determinar si la lógica juega un papel esencial o simplemente subordinado como método de razonamiento; agrega que la lógica formal presta a la ciencia del derecho varios servicios fundamentales: colabora en su elaboración y sistematización, sirve para asegurar la coherencia y seguridad del derecho, y permite la comprensión por el jurista sobre la estructura del sistema jurídico: *La interpretación y los apogemas jurídico-lógicos*, Madrid, Tecnos, 1975, pp. 147 y ss.

<sup>82</sup> García Máynez, Eduardo, *Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1974, p. 17. En relación con la existencia y los alcances de la lógica jurídica existen serias discrepancias entre los autores. De acuerdo con el pensamiento de Ulrich Klug el tipo de premisas empleadas es precisamente lo que otorga características peculiares a cada una de las ciencias. Con base en este argumento es válido hablar de una lógica jurídica, pero sólo como parte de la lógica en general y en específico cuando se emplea en el campo de la aplicación del derecho: *Lógica jurídica*, Bogotá, Themis, 1990, pp. 6 y ss., trad. de J. C. Gardella. Señala este mismo autor que la lógica jurídica se ocupa de la forma del razonamiento jurídico, no de la elección de las premisas, juicios o proposiciones y el contenido de las mismas.

<sup>83</sup> Recaséns Siches evidencia con claros ejemplos el error en que incurrir quienes aplican la lógica de tipo formal a los contenidos de las normas jurídicas, y señala que a éstos les corresponde analizarse a la luz de la *lógica de lo razonable*, impregnada de valoraciones surgidas en virtud de situaciones concretas, que en el caso del juez le permitirá obtener la mejor solución derivada del orden jurídico: *op. cit.*, *supra*, nota 11, pp. 281-289, 135 y ss., 166 y ss.

<sup>84</sup> Cfr. Petzold Pernía, Hermann, "La lógica jurídica y la actividad judicial", *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de Zulia, Maracaibo, núm. 62, julio-diciembre de 1984, pp. 85 y ss.

<sup>85</sup> Con esta denominación se designa la corriente iniciada en la década de los cincuenta por Chaim Perelman que retoma los estudios sobre la tónica, retórica y dialéctica de la antigüedad clásica para explicar la naturaleza del razonamiento judicial y la manera en cómo opera en la realidad: Véase *La lógica jurídica y la nueva retórica*, *cit.*, *supra*, nota 78. A este respecto también puede consultarse el interesante y completo trabajo de Manuel Atienza, que expone desde un punto de vista crítico diversas teorías de la argumentación jurídica, intitulado *Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

coinciden en señalar, en primer lugar, que la lógica jurídica es uno más de los instrumentos a los que el juez acude para justificar sus decisiones o elaborar los argumentos que las sustenten, la argumentación impregna gran parte de la actividad del juez al resolver los casos concretos, y por lo tanto su estudio puede realizarse a partir de la teoría general de la argumentación jurídica, que se dirige al estudio de las argumentaciones que se producen en el ámbito jurídico.

## 2. *La argumentación judicial y la justificación de las decisiones judiciales*

La aplicación de normas jurídicas a casos concretos constituye uno de los contextos en los que se puede argumentar en el ámbito jurídico,<sup>86</sup> esta actividad<sup>87</sup> implica ofrecer argumentos o razones con el fin de justificar una determinada decisión, cuando es el juez quien la lleva a cabo se denomina precisamente *argumentación judicial*.

Para comprender mejor el papel de la argumentación en la decisión judicial decidimos seguir las ideas de Manuel Atienza, quien guiado por Wroblewski distingue la *explicación* de una decisión de su *justificación*. Asimismo, diferencia entre lo que es la *justificación interna* y la *justificación externa*.<sup>88</sup>

<sup>86</sup> Manuel Atienza señala que existen tres contextos de argumentación jurídica que son el de la producción de normas jurídicas; el de la aplicación de tales normas a casos concretos y el de la dogmática jurídica. Sin embargo, como acertadamente comenta, los estudios acerca de la argumentación jurídica por lo regular se refieren sólo al segundo contexto. Cfr. "Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones jurídicas", en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, ITAM, núm. 1, octubre de 1994, pp. 54 y ss.; *idem*, *Las razones del derecho. teorías de la argumentación jurídica*, cit., nota 85, pp. 19-22.

<sup>87</sup> Argumentar significa, en términos generales, expresar razones que apoyen una determinada opinión o también una conclusión. Esta tarea por supuesto no se realiza exclusivamente en el ámbito jurídico, es una actividad que se lleva a cabo cotidianamente, ya que todos en algún momento de nuestro diario acontecer, casi siempre sin estar plenamente conscientes de ello, ofrecemos argumentos para intentar que nuestras opiniones sean aceptadas o compartidas por los demás. Argumentar no es una labor sencilla, requiere claridad, precisión y sencillez en el lenguaje, además de saber identificar los puntos específicos que se pretende apoyar con razonamientos. Cuántas discusiones cotidianas, estériles y sin sentido podrían evitarse si supiéramos siquiera algunas reglas básicas de la argumentación. Como una introducción a los diversos aspectos de la argumentación en general es de gran utilidad la obra de Weston, Antony, *Las claves de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 1994, en la que se explican paso a paso los diversos tipos de argumentos y su utilización.

<sup>88</sup> Atienza, Manuel, *Las razones del derecho sobre la justificación... op. ult. cit.*, pp. 58-59; Wroblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 1985. pp. 57 y ss.; véase también a este respecto el trabajo de Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 213 y ss.

El mismo autor explica su opinión señalando: “una cosa es el procedimiento mediante el que se llega a establecer una determinada premisa o conclusión, y otra cosa el procedimiento consistente en justificar dicha premisa o conclusión.”<sup>89</sup>

La explicación de las decisiones judiciales es tal vez uno de los sectores menos explorados por la doctrina, en parte por los innumerales factores que habría que analizar, entre los que se encuentran aquellos inherentes a la persona del juzgador que pueden ser de tipo psicológico, emocional y ético; los determinados por el entorno que rodea al juez que pueden ser de tipo económico, político, social y cultural. Consideramos que todo esto influye en el ánimo del juez al decidir en un caso concreto y, como se puede observar, la reunión de estos factores hace sumamente compleja la explicación de una determinada decisión. La gran parte de estos aspectos no se reflejan de manera directa en la manifestación de la decisión, aún más, si se requiere a un juez la explicación de su decisión rara vez tendremos mencionados en su respuesta alguna de estas cuestiones.

Al entrar al análisis de la determinación de las premisas, a partir de las cuales el juez va a decidir, se está entrando al sector de la explicación de la decisión más no a su justificación. Para justificar una decisión se acude a la argumentación, en este sector es precisamente donde juega un papel especial el uso de la lógica jurídica, la cual es útil para este fin.

También hay que distinguir la justificación interna de la externa, la primera implica que para quien acepta las premisas o argumentos que el juez ofrece la conclusión está justificada, sin embargo, hay casos en que el juez debe ofrecer razones adicionales que soporten sus argumentos principales. La justificación externa es precisamente la demostración de lo acertado de tales argumentos.<sup>90</sup>

Traducido en forma esquemática y resumida, el proceso de argumentación iniciaría con la fase de identificación del problema por resolver,<sup>91</sup> determinar específicamente el origen del mismo, la formu-

<sup>89</sup> *Ibidem.*

<sup>90</sup> *Idem.*, pp. 60-61.

<sup>91</sup> Sobre este aspecto señala Atienza que existen cuatro tipos de problemas jurídicos que son los problemas de relevancia, cuando hay duda acerca de la norma aplicable al caso; problemas de interpretación, cuando se refieren al sentido y alcance de las normas en cuestión; problemas de prueba, cuando está en duda si un determinado hecho ocurrió o no y; problemas

lación de hipótesis de solución, la justificación de tales hipótesis mediante los argumentos que las apoyen y una vez hecho esto se pasaría a deducir la conclusión.<sup>92</sup>

Es innegable la importancia que tienen los razonamientos judiciales y la manera en que son formulados; por ejemplo, el control de un tribunal superior en relación con la decisión de un juez de primer grado, depende en gran medida de la forma en que éste llevó a cabo y plasmó el proceso argumentativo en su sentencia. Tratándose de la sentencia de un tribunal de último grado, los argumentos que en ella se plasmaron servirán para la solución de futuras controversias sobre aspectos similares.<sup>93</sup>

En relación con la interpretación judicial, señalamos en apartados anteriores que es uno de los momentos de la aplicación del derecho a casos concretos, el resultado de la actividad interpretativa tiene también su expresión en la decisión judicial. De esta manera, la interpretación que el juez realiza de los textos legales forma parte de los argumentos dirigidos a justificar su decisión. Cuando una de las cuestiones debatidas es precisamente la interpretación de algún precepto legal, esto es, el sentido y alcance que el juez determinó que poseía, los argumentos que se produzcan buscarán justificar el sentido que se pretendió dar al precepto y así excluir cualquier otro.

Las ideas que expusimos acerca del razonamiento judicial y de la justificación de las decisiones judiciales comprenden también a la actividad interpretativa. De acuerdo con Wroblewski,<sup>94</sup> la justificación de la decisión interpretativa se realiza mediante la identificación de aquellos factores que fueron relevantes para determinar el sentido y alcance de un precepto legal.

Entre tales factores se encuentran las directivas interpretativas<sup>95</sup> y las valoraciones, estas últimas determinan la elección y los usos de las

de clasificación, en aquellos casos en que la duda consiste en si un determinado hecho corresponde a determinado concepto contenido en la hipótesis normativa. Cfr. "Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones jurídicas", *cit.*, *supra*, nota 86, p. 62.

<sup>92</sup> Cfr. *op. ult. cit.*, pp. 62-63.

<sup>93</sup> Cfr. Ezquiaga, Javier Francisco, "Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional", *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, ITAM, núm. 1, octubre de 1994, p. 74.

<sup>94</sup> *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, *cit.*, *supra*, nota 88, pp. 63 y ss.

<sup>95</sup> Según Wroblewski éstas son formuladas por la doctrina jurídica que o trata sobre ellas como elementos de una ideología o teoría normativa de interpretación legal o las reconstruye

primeras, lo cual confirma la postura de que las valoraciones o estimaciones juegan un papel trascendental en la aplicación judicial del derecho.

La reunión de estos factores hace de la justificación de la interpretación y en general de la decisión judicial una tarea compleja a la cual, al menos en nuestro país, no se le ha dado la debida importancia. Esto es sumamente grave ya que consideramos que el complemento de toda decisión judicial es precisamente su justificación, sin ésta, toda sentencia, por muy justa que intente ser, aparecería como un acto arbitrario y caprichoso al margen del orden jurídico.

En el apartado siguiente analizaremos una de las corrientes acerca del razonamiento judicial más aceptada en la actualidad.

## VII. EL RAZONAMIENTO JUDICIAL A LA LUZ DE LA NUEVA RETÓRICA

A través de la evolución del derecho se ha intentado elaborar las pautas que lleven siempre y en todos los casos a lo que se considera como una decisión *justa*,<sup>96</sup> se ha buscado el origen de las mismas en los designios de un ser divino, en la voluntad del soberano, del órgano legislativo o incluso de la ley en sí misma.<sup>97</sup> Cuando se creía que las decisiones de los jueces estaban respaldadas por la voluntad divina o en las épocas en que las funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial se concentraban en un sólo individuo, era irrelevante tratar de encontrar una justificación elaborada de una determinada decisión, bastaba con invocar que la misma provenía de esas fuentes primige-

a raíz de un análisis de la interpretación operativa. *Cfr. op. ult. cit.*, p. 65; véase también de este mismo autor "Ideología de la aplicación judicial del derecho", *Crítica Jurídica*, UNAM-CONACYT, núm. 10, 1992, pp. 20 y ss.

<sup>96</sup> Al hablar de una *decisión justa* nos referimos no a la justicia absoluta, ideal al que todo orden jurídico debe aspirar, sino a la justicia relativa, aquélla que se busca al resolver los casos concretos y que da la mejor solución al mismo; por esto en la actualidad los autores, al referirse a las decisiones de los jueces que consideran acertadas, prefieren utilizar calificativos como *razonables, equitativas o aceptables* que sí bien no dejan de ser controvertibles, al menos atemperan la divergencia que el término justicia trae consigo.

<sup>97</sup> Para un completo recorrido acerca de la evolución histórica del razonamiento jurídico, en especial el judicial, en el continente europeo a partir de la Revolución francesa y hasta nuestros días, *cfr. Perelman, Ch., La lógica jurídica y la nueva retórica, cit., supra*, nota 78, pp. 36-130.

nias para que se considerara como justa. A partir de la Revolución francesa se exigió expresamente a los jueces motivar sus determinaciones,<sup>98</sup> de tal forma que éstas fueran el reflejo fiel de las leyes existentes, consideradas como justas por emanar del omnipotente cuerpo legislativo, depositario de la voluntad general, y de las cuales estaba vedado al juez separarse.<sup>99</sup> Sin embargo, ante los resultados injustos que la aplicación de las leyes podía producir, los jueces decidían de acuerdo con su criterio de justicia y disimulaban esto por medio de una aparente deducción silogística.<sup>100</sup>

Ante la insuficiencia de la ley para proporcionar las soluciones a todos los casos concretos que la realidad ofrece había que proveer al juez los elementos que le permitieran solucionarlos, es así como se establecieron una serie de recursos a los cuales debía acudir para que sus decisiones aparecieran como justas, sin apartarse del ordenamiento jurídico, entre éstos se encontraban la noción de *voluntad presunta* del legislador, las ficciones jurídicas y ciertos conceptos o nociones de contornos no siempre precisos como son los principios generales del derecho.<sup>101</sup>

Perelman<sup>102</sup> señala que el juez, al tratar de justificar su decisión, sólo se siente seguro cuando la inserta en un conjunto de decisiones que él prolonga y completa, dentro de un orden jurídico formado por los precedentes y, en su caso, por el legislador.

<sup>98</sup> Así ocurrió en virtud del Decreto de 16-24 de agosto de 1790, por el cual se creó el Tribunal de Casación y a su vez se estableció la obligación por parte de los jueces de motivar las sentencias. Por otra parte, esta exigencia obedece también en gran medida al requisito de seguridad jurídica que todo orden jurídico debe satisfacer, la cual se traduce en la posibilidad de prever en gran medida la actuación de los órganos encargados de la aplicación del derecho.

<sup>99</sup> Cfr. Perelman, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., supra, nota 78, pp. 177 y ss.

<sup>100</sup> Cfr. Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, supra, nota 11, pp. 172-173.

<sup>101</sup> Acerca del importante papel que desempeñan los principios generales del derecho y de su aplicación por parte del juez, cfr. Perelman, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., supra, nota 78, pp. 103 y ss.; 116 y ss. Esto se ha manifestado desde otro ángulo como una reacción ante el positivismo jurídico que apunta hacia el resurgimiento del derecho natural, aunque con algunos matices distintos de como se presentó en los siglos XVII y XVIII. Cfr., *idem*, pp. 97 y ss.; Cfr. Villar Palasi, José Luis, *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Madrid, Tecnos, 1975, pp. 129 y ss. A este respecto cabe también recordar el texto del artículo 1o. del Código Civil suizo que señala: "La ley rige todas las materias a las que se refieren la letra o el espíritu de una de sus disposiciones. A falta de una disposición legal aplicable, el juez resuelve según el derecho consuetudinario y a falta de una costumbre, según las reglas que establecería si tuviera que hacer acto de legislador. Se inspirará en las soluciones consagradas en la doctrina y la jurisprudencia".

<sup>102</sup> Perelman, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., supra, nota 78, pp. 17-18.

A partir de estas consideraciones, podemos percatarnos que en toda la historia del derecho ha sido una preocupación constante de los juristas conciliar las técnicas del razonamiento judicial con la justicia o, por lo menos, con la aceptabilidad social de la decisión.<sup>103</sup> La misión del juez va más allá de la realización de inferencias correctas que lleven a conclusiones correctas, no puede cerrar los ojos al análisis de la justicia en la conclusión. Esto precisamente constituye el centro de atención de las nuevas corrientes acerca del razonamiento judicial.

La mayoría de las veces los razonamientos jurídicos van acompañados o producen opiniones controvertidas,<sup>104</sup> por eso son de tipo dialéctico; es decir, como aquellos que se dirigen a guiar deliberaciones y controversias, tienen por objeto los medios de persuadir y de convencer por medio del discurso, de criticar las tesis de los adversarios y de defender y justificar las propias con la ayuda de argumentos más o menos sólidos.<sup>105</sup>

De esta forma, se ha llegado al consenso de que la naturaleza del razonamiento judicial, y en general del razonamiento jurídico, es esencialmente tópica o retórica.<sup>106</sup>

Los tópicos jurídicos o *lugares* específicos del derecho son máximas a las cuales se acude para argumentar y justificar una decisión, representan la experiencia y la tradición condensadas en frases concisas; los siguientes son algunos ejemplos de estos *lugares*: *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*, *in dubio pro*

103 *Idem*, p. 20.

104 Como señala Rodríguez Mourullo “cuando nos adentramos en un proceso judicial, no nos hallamos en el mundo de las premisas incontestables que, a través de una demostración analítica, conducen a una conclusión necesaria, sino en el reino de lo opinable, de lo discutible, en el marco de lo dual, de las dos verdades, la duda y el duelo dialéctico, que abre paso a la decisión final, es decir, a la elección entre una de las varias soluciones posibles...”, *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, p. 21.

105 Aristóteles, al analizar los razonamientos, distinguió aquellos de tipo *analítico* y otros de tipo *dialéctico*. Los primeros parten de premisas necesarias y verdaderas que en virtud de inferencias válidas llevan a conclusiones también necesarias y verdaderas. Los razonamientos dialécticos, en cambio, se dirigen a guiar deliberaciones y controversias. *Cfr.* Perelman, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., *supra*, nota 78, pp. 9-10. *Cfr.* Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964, pp. 33-45, trad. de Luis Díez-Picazo.

106 *Cfr.* Petzold Pernia, Hermann, “La lógica jurídica y la actividad judicial”, cit., *supra*, nota 84, pp. 85 y ss. Sobre la tópica Viehweg señala que “se trata de una técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema... pretende suministrar datos para saber cómo hay que comportarse en una situación semejante a fin de no quedar detenido sin remisión”. *Tópica y jurisprudencia*, cit., *supra*, nota 84, p. 49.



*reo o in dubio pro libertate, iura scripta vigilantibus, las excepciones son de interpretación estricta, lo que no está prohibido está permitido, nadie está obligado a lo imposible.*<sup>107</sup>

La principal objeción a estas máximas es que en el ámbito jurídico no existen principios absolutos que no admitan al menos alguna excepción; sin embargo, la mayor utilidad que los tópicos jurídicos pueden representar en la aplicación del derecho es que acondicionan de tal modo las controversias que permiten al juez decidirlas satisfactoriamente.

La nueva retórica<sup>108</sup> es el arte de buscar los medios de persuasión disponibles, tiene por objeto provocar y acrecentar la adhesión de los espíritus a tesis que presentan para su asentimiento, en sentido amplio engloba los tópicos y la dialéctica como técnicas propias del debate y la controversia.<sup>109</sup>

Tomando en cuenta estas consideraciones cabe ahora explicar brevemente el papel del razonamiento judicial en la solución de controversias.<sup>110</sup> El juez se vale de técnicas argumentativas tópicas y retóricas para encuadrar su decisión en el orden jurídico y a su vez para convencer a las partes, e incluso a la sociedad en general y a sus superiores jerárquicos, acerca de lo acertado de su decisión, esto explica el porqué la motivación de sus determinaciones es en ocasiones una tarea sumamente compleja y delicada.

En otros términos, *todo litigio implica un desacuerdo, una controversia, el papel del juez consiste en hallar una solución que sea*

<sup>107</sup> Acerca de los tópicos jurídicos y algunos ejemplos de los mismos, *cfr.* Perelman, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, *cit.*, *supra*, nota 78, pp. 117-130; algunos casos prácticos de la utilización de tópicos jurídicos extraídos de las decisiones de los tribunales de diversos países, pueden consultarse en Petzold Pernia, Hermann, “La lógica jurídica y la actividad judicial”, *cit.*, *supra*, nota 84, pp. 98-105. Villar Palasi, desarrolla lo relativo a los que denomina apotegmas lógico-jurídicos distinguiéndolos de las máximas jurídicas y los principios generales del derecho. *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, *cit.*, *infra*, nota 108, pp. 129 y ss.

<sup>108</sup> La retórica, elaborada por los antiguos, y a la cual fueron consagradas obras muy conocidas de Aristóteles, Cicerón y Quintiliano, es definida por el primero de éstos como el arte de buscar en cualquier situación los medios de persuasión disponibles. Perelman agrega que la retórica tiene por objeto el estudio de las técnicas discursivas que tratan de provocar y de acrecentar la adhesión de los espíritus a tesis que se presentan para su asentimiento. *La lógica jurídica y la nueva retórica*, *cit.*, *supra*, nota 78, p. 139; *cfr.* Viehweg, Theodor, *op. cit.*, *supra*, nota 105, pp. 33-45, trad. de Luis Diez-Picazo; *cfr.* Villar Palasi, José Luis, *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Madrid, Tecnos, 1975, pp. 152 y ss.

<sup>109</sup> Perelman, Ch., *op. ult. cit.*, p. 140.

<sup>110</sup> Sobre este aspecto, *cfr. idem*, pp. 213 y ss.

*razonable y aceptable; es decir, ni subjetiva, ni arbitraria*,<sup>111</sup> es precisamente en virtud de la *motivación* que el juez justifica su decisión, exhibe sus argumentos que llevan consigo un doble fin, de convencimiento hacia las partes y de congruencia con el orden jurídico vigente.

De esta manera, sin separar de tajo los principios proporcionados por la lógica, se abren nuevos horizontes para la explicación de la función judicial, que ha dejado atrás el carácter mecánico, secundario y estéril en la interpretación, aplicación y creación del derecho.

Perelman finaliza su interesante estudio señalando que no hay nada en contra de que el razonamiento judicial presente la forma de un silogismo, pero esto no garantizará en modo alguno el valor de la conclusión; en todo caso, la aceptabilidad de las premisas que integren el silogismo resulta de la confrontación de los medios de prueba y de los argumentos y de los valores que se contraponen en el litigio, “el juez debe efectuar el arbitraje de uno y otros para tomar una decisión y motivarla”.<sup>112</sup>

111 *Ibidem*.

112 *La lógica jurídica y la nueva retórica, cit., supra*, nota 78, p. 232.