

# APUNTES PARA UNA TEORÍA —Y PRÁCTICA— DEL DERECHO JUDICIAL: ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE TÉCNICA JURÍDICA

Imer B. FLORES\*

Es utópico y hasta desagradable representarse al juez como un simple aparato registrador, como un verdadero autómatas jurídico, como un mero instrumento del derecho, a quien no se le deja el menor margen para apreciar o valorar, a quien se le niega la posibilidad de manejar la justicia, y la equidad y que, por consiguiente, debe considerarse más como un esclavo de la seguridad jurídica que como servidor de la justicia.

Gustav RADBRUCH\*\*

SUMARIO: I. *Introducción: hacia una teoría —y práctica— del derecho judicial.* II. *Concepto de “técnica” y de “técnica jurídica”.* III. *Técnica jurídica: técnica legislativa vis-à-vis técnica judicial.* IV. *Técnica judicial: interpretación, integración y argumentación.* V. *Conclusión.*

## I. INTRODUCCIÓN: HACIA UNA TEORÍA —Y PRÁCTICA— DEL DERECHO JUDICIAL

Reformar al Poder Judicial implica revisar —y en su caso reformular— los fundamentos sobre los cuales se cimienta en general la función judicial y en especial la técnica judicial que comprende entre otras las técni-

\* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

\*\* Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1951, pp. 123 y 124.

cas jurídicas propias de interpretación, integración y argumentación, a partir de las cuales desarrollar una teoría —y práctica— del derecho judicial. Así, primero analizamos los conceptos de “técnica” y de “técnica jurídica”; después, criticamos la caracterización dominante de la técnica legislativa y de la técnica judicial, y ofrecemos una concepción alternativa; luego, estudiamos las clases o tipos y métodos de interpretación, integración y argumentación, donde realizamos algunos comentarios críticos; y, por último, recopilamos algunas conclusiones.

## II. CONCEPTO DE “TÉCNICA” Y DE “TÉCNICA JURÍDICA”

La palabra “técnica” deriva etimológicamente del griego *téchne*, término utilizado originalmente para denotar “arte” y que actualmente se usa para designar “el conjunto de métodos, procedimientos o recursos de los cuales se sirve un arte, ciencia, industria, oficio o profesión para obtener un resultado deseado o solucionar un problema determinado”. Así, es posible hablar no sólo de la técnica de un artista —compositor, escritor, escultor o pintor—; de un científico —desde el biólogo hasta el sociólogo—; de un deportista —desde el boxeador o el luchador hasta el futbolista o el tenista—; de un alfarero o herrero, de un ebanista o electricista; y, de un abogado, ingeniero o médico; sino también del mayor o menor dominio de una técnica.

De esta forma, la “técnica jurídica” es “el conjunto de métodos, procedimientos o recursos de los cuales se sirve el derecho para obtener un resultado deseado o solucionar un problema determinado”. De tal guisa, los juristas —incluido cualquier operador jurídico desde el abogado hasta el juez y el legislador— tienen tanto una técnica jurídica como un mejor o peor manejo de la misma.

En este orden de ideas, la importancia de la técnica jurídica es más que evidente. Baste recordar que al cumplirse el primer centenario del Código Civil de Napoleón, el ilustre François Géný en su contribución al libro colectivo *Le Code Civil, 1804-1904: livre du centenaire* reflexionaba —como lo haría a lo largo y ancho de toda su obra— sobre la necesidad de la técnica jurídica, en general, y de la técnica legislativa, en particular. Observaba en todos los códigos civiles modernos la existencia e influencia de una cierta técnica especial, la cual está siempre presente independientemente de las diferencias y semejanzas, así como de las ventajas y desventajas, tanto del Código Civil francés de 1804 como del aquel entonces flamante Código Civil alemán de 1896. Al respecto afirma:<sup>1</sup>

1 Géný, François, “The Legislative Technic of Modern Civil Codes”, trad. Ernest Bruncken, *Science of Legal Method. Select Essays by Various Authors*, Boston, The Boston Book

[E]n cada intento de Codificación, inclusive en forma fragmentaria, hay un elemento claramente distinguible que puede llamarse la técnica, y la cual se refiere al plan y arreglo de una tarea. El jurista, cuya función es enseñar una apreciación de todas las relaciones del derecho con la vida social, debe necesariamente estar interesado en este elemento.

Es indudable que —a poco más de doscientos años de la codificación napoleónica y de cien años de aquellas palabras— los juristas estamos cada vez más interesados por el dominio de la técnica jurídica y por su manejo adecuado o correcto. No obstante, antes de continuar habría que distinguir entre técnicas jurídicas propias e impropias: las primeras son aquellas técnicas congénitas y consustanciales al derecho (*necesarias*) y las segundas son aquellas técnicas no ingénitas ni inherentes al derecho (*contingentes*) que pueden ser aplicadas al mismo, o mejor dicho ser adaptadas o adoptadas en la creación y transmisión de conocimiento jurídico como lo son las técnicas tanto de investigación como de enseñanza del derecho.<sup>2</sup>

Es ya común reducir las técnicas jurídicas propias a la creación y a la aplicación del derecho. Sin embargo, éstas no se pueden reducir nada más a crear y aplicar el derecho ni mucho menos restringir —de acuerdo con una versión anacrónica de la teoría de la separación de poderes— la “técnica legislativa” a la creación del derecho y la “técnica judicial” a su aplicación.

### III. TÉCNICA JURÍDICA: TÉCNICA LEGISLATIVA VIS-À-VIS TÉCNICA JUDICIAL

En México —como en casi todos los países de Europa continental y de América Latina que pertenecen a la familia jurídica romano-canónica-germánica y en donde predomina el iusformalismo y/o iuspositivismo— con base en la teoría de la separación de poderes, se considera que a un poder le compete la función legislativa, es decir, la creación del

Company, 1917, p. 500 (título y publicación original: *Le Code Civil, 1804-1904: livre du centenaire*, París, Société d'Études Législatives, 1904.) Cfr. Géný, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, París, 1899; y *Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, vol. I, París, 1914, y vol. II, París, 1915.

<sup>2</sup> Cfr. Flores, Imer B., “La técnica jurídica en la aplicación del derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XLV, núms. 201-202, pp. 18 y 19. “Prometeo (des)encadenado: la enseñanza del derecho y los estudios de posgrado”, *Derecho y Cultura*, núms. 14-15, mayo-diciembre de 2004, p. 105.

derecho, en tanto que a otro le concierne la judicial, esto es su aplicación. En términos generales, como lo advierte Norberto Bobbio, la primera es caracterizada por ser activa o creativa del derecho, mientras la segunda por ser pasiva o recreativa del derecho ya existente —o preexistente—.<sup>3</sup>

Esta caracterización parte de la célebre —aunque infausta— caricaturización de los jueces como la *bouche de la loi* de Charles Louis de Secondat, Barón de la Brède y de Montesquieu: “los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”.<sup>4</sup> Asimismo, llega a la también famosa —además nefasta— conclusión de que la norma jurídica constituye un supuesto o hipótesis que el juez se limita a aplicar como regla general y abstracta a un caso concreto y particular, a través de una mecánica subsunción de hechos particulares en normas generales para llegar a una sentencia que no es otra cosa más que una norma individualizada.

Por lo anterior, hay que proceder a reexaminar esta funesta caracterización para reformarla o de plano abolirla, y en su caso reemplazarla por alguna de estas dos alternativas: 1) para algunos —los más— bastaría con reconocer que, por regla general, en la gran mayoría de los casos la actividad judicial es pasiva-recreativa y que solamente, por excepción, en unos cuantos la función judicial es activa-creativa (*tesis débil*), y 2) para otros —los menos— no basta con ello porque siempre, en todos los casos, es activa y creativa, puesto que no es una mera recreación o reproducción del derecho existente sino que además coadyuva siempre, día a día, en la creación o producción del derecho, y no nada más intersticialmente, de cuando en cuando, o de vez en vez (*tesis fuerte*).

Para probar este punto recurrimos al mismísimo Hans Kelsen,<sup>5</sup> quien en su polémico *Wer soll der Hüter der Verfassung Sein?* clasifica a los actos jurídicos en dos tipos: 1) *actos de creación o producción* de derecho, es decir, de normas jurídicas nuevas, y 2) *actos de aplicación o eje-*

<sup>3</sup> Cfr. Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico*, trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi, Madrid, Debate, 1993, pp. 215 y 216.

<sup>4</sup> Charles Louis de Secondat, Barón de la Brède y de Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, trad. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Barcelona, Altaya, 1993, segunda parte, libro XI, capítulo 6, p. 120.

<sup>5</sup> Cfr. Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001 (aparecido con anterioridad en *Anuario Jurídico*, vol. 1, México, 1974, pp. 471-515. Hay también una versión italiana: “Chi dev'essere il custode della costituzione”, *La giustizia costituzionale*, trad. Carmelo Geraci, Milán, Giuffrè, 1981. Publicación original: *Wer soll der Hüter der Verfassung Sein?*, *Die Justiz*, Cuadernos 11 y 12, 1930-1931, pp. 576-628).

cución de derecho, esto es de normas jurídicas existentes; e identifica a los primeros con los *actos de legislación* y a los segundos con sendos tipos de actos: a) *actos de administración*, y b) *actos de jurisdicción*.<sup>6</sup>

En esta obra, el propio jefe de la *Wienschulle* aclara que la oposición entre las funciones tanto legislativas, de un lado, como administrativas y jurisdiccionales, del otro, no es absoluta sino relativa pues “cada una... se presenta a la vez como un acto de creación y de aplicación del derecho” pues clarifica que las dos son etapas jerarquizadas e intermedias del proceso de creación-aplicación del derecho.<sup>7</sup>

De esta forma, clarifica “Si la Constitución regula en lo esencial la confección de las leyes, entonces la legislación es, frente a la Constitución, aplicación del derecho”. De hecho, declara a pesar de que la libertad del legislador —al estar subordinado a la Constitución— es limitada, su poder de creación es relativamente grande, pero “a cada grupo en que se desciende, la relación entre libertad y limitación se modifica en favor del segundo término: la parte de aplicación aumenta, la de libre creación disminuye”. Agrega más adelante: “Cada grado del orden jurídico constituye a la vez una producción de derecho, frente al grado inferior, y una reproducción del derecho, ante el grado superior”.<sup>8</sup>

Por consiguiente, los actos tanto de legislación como de jurisdicción (y de administración) son a la vez actos de creación y de aplicación. Ciertamente los primeros son más creativos que los segundos y éstos más aplicativos que aquéllos, pero no por eso ambos dejan de ser creativos-aplicativos. Al respecto, habría que aclarar en qué sentido unos y otros son actos de creación y de aplicación del derecho.

Ya Kelsen había adelantado que, por un lado, la Constitución es la ley suprema y como tal es la norma de grado superior a la cual todos los actos, en general, y los inmediatamente inferiores, en especial, deben quedar subordinados; y, por otro lado, la jerarquía normativa en los “órdenes jurídicos nacionales” comienza con la Constitución para pasar a través de las etapas sucesivas de la ley, del reglamento, de la sentencia y del acto administrativo hasta los actos de ejecución material.

A partir de los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa, podemos afirmar: 1) los actos tanto de legislación como de jurisdicción están y deben estar subordinados a la Constitución, y 2) los ac-

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 10 y 11.

<sup>7</sup> Cabe recordar que para Kelsen —a partir de la primacía del derecho internacional sobre el nacional— la jerarquía normativa comienza en la esfera del orden jurídico internacional superior a todos los órdenes jurídicos estatales, sigue con la Constitución para llegar, a través de las etapas sucesivas de la ley, del reglamento, de la sentencia y del acto administrativo, a los actos de ejecución material.

<sup>8</sup> *Ibidem*, pp. 12-14.

tos de legislación son jerárquicamente superiores a los de jurisdicción. Si bien ambos actos son aplicativos al estar subordinados a la Constitución y los de jurisdicción —al ser jerárquicamente inferiores— lo están además a la legislación, pero todavía hace falta precisar la diferencia creativa entre ambos: la función legislativa es creadora de normas generales y abstractas en tanto que la judicial también lo es pero de normas particulares y concretas, mejor conocidas como normas individualizadas, las cuales dan lugar a criterios de interpretación —e integración— que sirven de precedentes más o menos obligatorios para la solución futura de todos los casos análogos, tanto semejantes como diferentes.<sup>9</sup>

Sin duda alguna el hecho de dar mayor fuerza a las decisiones judiciales puede contrariar la supremacía legal o al menos ponerla en jaque. Sin embargo, debemos recordar que sobre ésta está —y debe estar— la supremacía constitucional. En este sentido, tanto el Poder Legislativo como el Judicial están y deben estar subordinados a la Constitución y como tales deben coadyuvar en una empresa común: la creación-aplicación del derecho. Aunque ciertamente una y otra deben hacer cosas diferentes: al crear o producir normas generales y abstractas, de un lado, y normas particulares y concretas, así como a partir de éstas establecer los criterios de interpretación —e integración— que servirán de precedentes en casos futuros, del otro.

En resumen, la técnica jurídica consiste en la aplicación de los conocimientos a la solución de los problemas prácticos de nuestra disciplina. Al respecto podemos identificar al menos dos grandes momentos: uno correspondiente a la creación de normas jurídicas generales y abstractas —técnica legislativa— y otro a la producción de normas jurídicas particulares y concretas, así como a partir de éstas los criterios de interpretación —e integración— que serán precedentes en el futuro inmediato —técnica judicial—.

A ambas les atañe la adecuada, correcta u oportuna (re)aplicación y (re)creación de normas jurídicas, ya sea a través del ejercicio de la legislación o de la jurisdicción, para regular la siempre cambiante realidad social. Por ello, insistimos en que es indispensable abandonar la concepción tradicional que reduce la técnica legislativa a la actividad creativa y la técnica judicial a una mera pasividad aplicativa, *i.e.* la mera o pura subsunción de la norma general y abstracta al caso concreto y par-

<sup>9</sup> Aunque comúnmente se considera a los precedentes como normas generales creadas por actos judiciales, *cf.* Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1958, pp. 177 y 178, la generalidad no es la misma que en las normas generales (y abstractas) creadas por actos legislativos.

ticular, en lugar de un complejo y complicado acto dual tanto aplicativo como creativo.

Con relación a la otra reducción —*i.e.* la de reducir las técnicas jurídicas propias a la creación y aplicación del derecho— hemos de decir que éstas se desdoblan en una infinidad de técnicas, ya sea: para crear o promulgar normas generales y abstractas, desde la presentación de una iniciativa, la realización de un dictamen, su discusión, aprobación, sanción y promulgación hasta su publicación e iniciación de su vigencia (*legislación*); para cambiar o reformar dichas normas (*adición y modificación*); para abolir o anular estas normas (*abrogación y derogación*); o bien, para atribuir un sentido o significado a las normas jurídicas generales y abstractas que han de ser aplicadas a los casos concretos y particulares (*interpretación*); para colmar las lagunas a partir de analogías entre los casos sí previstos y los no regulados por las normas (*integración*); y para descubrir las premisas y justificar las conclusiones de sus razonamientos (*argumentación*), entre otras.

#### IV. TÉCNICA JUDICIAL: INTERPRETACIÓN, INTEGRACIÓN, Y ARGUMENTACIÓN

La técnica judicial —también conocida como “jurisprudencia técnica” o “técnica jurídica en *strictu sensu*”— se refiere principalmente a la solución, por parte de los organismos judiciales u órganos jurisdiccionales, de los problemas relacionados no sólo con la aplicación de normas generales y abstractas a casos particulares y concretos sino también con la creación de normas individualizadas, así como de los criterios de interpretación —e integración— que servirán de precedentes en los casos próximos.

Como se puede advertir, la técnica judicial se ha referido principalmente a la interpretación y subsidiariamente a la integración, *i.e.* a falta de norma qué interpretar hay que integrar una, sin que la argumentación figurara dentro de las técnicas propias del juzgador, quien se debía limitar a aplicar la norma, como regla general, y a crear solamente en casos extremos una, como excepción. Parecería que la argumentación se debía limitar a los argumentos y contraargumentos ofrecidos por los abogados de las partes en el proceso para convencer o persuadir al juzgador para que le diera la razón a su cliente. No obstante, en los últimos años la argumentación ha recuperado mucho terreno, al grado de ser

considerada como esencial para el derecho y como tal no solamente para los jueces sino para todo operador jurídico.<sup>10</sup>

De hecho, el fundamento de la interpretación y de la integración, así como la relación subsidiaria de ésta con aquélla, es explícito al encontrarse en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y estar recogido íntegramente en el artículo 19 del Código Civil: “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”. En cambio, el de la argumentación se mantiene implícito al derivarse, en el mejor de los casos, de los requisitos de fundamentación y motivación establecidos en el numeral 16 de la propia carta magna: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente que *funde* y *motive* la causa legal del procedimiento”.<sup>11</sup>

Cuando un acto de autoridad, incluida la decisión —interpretación e integración— de un juzgador, está bien fundado y motivado podemos afirmar que está bien argumentado, al convencer o persuadir de la corrección tanto de las premisas como de las conclusiones. El problema es que por una deficiente técnica parecería que basta con fundar en ley y motivar a partir de la adecuación de los hechos al supuesto normativo, sin que sea necesario ofrecer razones adicionales acerca de la corrección de la interpretación y, en su caso, de la integración.<sup>12</sup>

En pocas palabras, la técnica judicial comprende como veremos a continuación al menos tres grandes rubros: principalmente, la interpretación; subsidiariamente, la integración; y complementariamente, la argumentación.

## 1. Interpretación

Cabe aclarar que la palabra “interpretación” está afectada por la ambigüedad proceso-resultado. Así, algunas veces es usada para referirse a la actividad interpretativa y en otras ocasiones al producto de dicha ac-

<sup>10</sup> Cfr. Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

<sup>11</sup> El énfasis es nuestro.

<sup>12</sup> Véase, Flores, Imer B., “Ensueño, pesadilla y/o realidad: objetividad e (in)determinación en la interpretación del derecho”, en Cáceres, Enrique *et al.* (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 173-194.

tividad,<sup>13</sup> y adelantar que la interpretación jurídica —como acción o efecto de interpretar normas jurídicas— con frecuencia ha sido equiparada equívocamente como “desentrañar *el* sentido o significado de la norma jurídica que se va a aplicar” como si eso fuera una actividad esotérica o misteriosa, *i.e.* sacar de las entrañas, y peor aún como si el producto de interpretar una norma tuviera —o debiera tener— de entrada un único sentido o significado.<sup>14</sup>

Puesto que la interpretación jurídica no puede ser reducida a una mera declaración —pasiva y recreativa— de un sentido único sino más bien reconocida como la atribución —activa y creativa— de un significado plausible dentro de una infinidad de éstos, ésta —la interpretación jurídica— consiste en atribuir, *i.e.* descubrir o inventar, *un* sentido o significado a la norma jurídica que se va a aplicar.

Una vez que la concepción tradicional de la interpretación jurídica, como desentrañar *el* sentido de la norma jurídica, es desplazada por un concepto alterno, como atribuir *un* significado a la misma, cobran mayor importancia o relieve tanto el análisis en general de la técnica jurídica como el estudio en especial de las clases o tipos y los métodos de interpretación e integración, de un lado, y de argumentación, del otro. La interpretación y la integración proporcionan distintos sentidos o significados, y la argumentación provee mecanismos para optar por uno de ellos, al presentar argumentos tanto a favor como en contra de cada uno.

En los siguientes apartados, continuaremos con los métodos y clases o tipos de interpretación; más adelante, proseguiremos con los de integración; y, por último, concluiremos con los de argumentación.

### A. *Métodos de interpretación*

Con relación a los métodos de interpretación, cabe comenzar por señalar que tal como no hay *el* sentido o significado único de la norma tampoco puede haber un solo método, sino varios métodos. De hecho, hay una gran variedad de métodos que descansan en el soporte doctrinal de un mosaico variopinto de corrientes, escuelas, o movimientos jurídicos.<sup>15</sup> Para hacer corta una larga historia, basta —para los efectos de

<sup>13</sup> Cfr. Guastini, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p. 1.

<sup>14</sup> Cfr. Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 543: “determinar el sentido de la norma que se aplica”.

<sup>15</sup> Cfr. Flores, Imer B., *op. cit.*, nota 2, pp. 17-55; y Márquez Piñero, Rafael, “La interpretación del derecho”, en *loc. cit.* en la nota 2, pp. 119-157.

este artículo— con clasificar a los métodos en: a) *formalistas*, y b) *anti-formalistas*.

Por un lado, despuntan: el *exegético* —alegórico a la Escuela Exegética francesa— el cual parte de la *ley*, o lo que es lo mismo de su *letra* o *texto*, y por ello es en gran medida un método no sólo literal, gramatical o filológico, sino también rígido e inflexible porque como dirían los exegetas: *Dura lex, sed lex*; el *histórico* —congénito a la Escuela Histórica alemana, representada principalmente por Friedrich Karl von Savigny— que tiene como punto de partida ya no a la ley sino al *legislador*, o mejor dicho su *voluntad* como representante de la *volkgeist* o espíritu del pueblo; el *lógico-sistemático* —ingénito de la jurisprudencia conceptual alemana desarrollada por los discípulos del propio Savigny, entre ellos Rudolf von Jhering, al menos en su primera etapa— que insiste en ir más allá de la letra de la ley o de la voluntad del legislador para llegar hasta el *contexto* en el que se inserta el concepto jurídico y la relación jurídica a la cual es aplicada; y el *analítico* —característico de la jurisprudencia analítica inglesa, cuyo principal exponente es John Austin— que insta a emplear herramientas analíticas no sólo en las clasificaciones y distinciones sino también en las concepciones, definiciones y estipulaciones.

Por otro lado, destacan: el *teleológico* —distintivo de la jurisprudencia finalista de Jhering en su segunda etapa, y hasta cierto punto de la jurisprudencia de intereses de Philipp Heck— que comienza por criticar el conceptualismo y la creencia de que hay un sólo concepto o que éste puede tener una forma pura completamente independiente de los *finés* —e *intereses*— que le dan sustento; el *sociológico* —emblemático de la jurisprudencia sociológica de Roscoe Pound y Benjamín N. Cardozo, así como del sociologismo jurídico de Eugene Ehrlich— que empieza por cuestionar todo formalismo y/o positivismo y el sentimiento de que basta con hacer referencia a cuestiones normativas y de forma, en lugar de entrar al análisis de cuestiones sociológicas y de fondo al examinar la jerarquía de fines, intereses y valores de la sociedad; el *científico-libre* o *crítico* —representativo de los movimientos de la libre investigación científica de François Geny, del derecho libre de Hermann Kantorowicz, y del realismo estadounidense, cuyo precursor es Oliver Wendell Holmes Jr. y sus sucesores Jerome Frank y Karl N. Llewellyn— que parte de la necesidad de consagrar o reconocer el más amplio margen de libertad para que el juzgador pueda resolver el caso al hacer frente, de manera crítica, a la rigidez de la ley escrita e inflexibilidad de la norma general y abstracta.

Cabe recordar que Julius Hermann von Kirchmann fue el primero en abrir fuego contra el formalismo y/o positivismo y en anticipar dos consi-

deraciones antiformalistas y/o antipositivistas: una referente a la mutabilidad del derecho y otra relativa a la rigidez de la ley positiva; y una conclusión: “la ley positiva es rígida; el derecho, progresivo. Por eso, la verdad misma de aquélla se convierte con el tiempo en falsedad”.<sup>16</sup> De igual forma, consideramos más que oportuno traer a colación dos de las frases célebres de Holmes, sobre las cuales se ha edificado el realismo estadounidense: “La vida del derecho no ha sido la lógica: ésta ha sido la experiencia”<sup>17</sup> y “Las profecías de lo que los tribunales harán en realidad, y nada más pretencioso, es lo que entiendo por derecho”.<sup>18</sup>

Aunado a lo anterior, es menester resaltar que la crítica que formulan las corrientes antiformalistas y/o antipositivistas a las formalistas y/o positivistas se enfoca principalmente a la excesiva confianza en la lógica racional y en el silogismo deductivo, así como en su mecánica aplicación como una mera y pura subsunción de los hechos particulares y concretos —premisa menor— en normas generales y abstractas —premisa mayor— de los que se deduce o se sigue automáticamente una resolución —conclusión— por al menos dos razones diferentes. Por un lado, la premisa mayor, es decir, el sentido o significado de la norma jurídica, no está dada sino que es atribuida por el juzgador, quien opta por uno de entre sus significados posibles. Y, por el otro, la conclusión, esto es la resolución, en muchos casos no es el fin sino tan sólo el comienzo, a partir del cual el juzgador (re)construye el silogismo, pero de forma in-

16 Von Kirchmann, Julius Hermann, *La jurisprudencia no es ciencia*, trad. Antonio Truylol y Serra, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949, p. 51 (hay otra versión: “El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho”, trad. Werner Goldschmidt, en Savigny, Friedrich Karl von *et al.*, *La ciencia del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949, pp. 247-286). Kirchmann es igualmente famoso por dos citas conocidísimas: “la ciencia jurídica se opone gustosa al progreso del derecho. Es mucho más cómodo seguir viviendo en la vieja casa, bien instalada y conocida, que año tras año tener que dejarla e instalarse y orientarse de nuevo” y “tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura”. *Ibidem*, pp. 41 y 54.

17 Wendell Holmes Jr., Oliver, *The Common Law*, Nueva York, Dover, 1991, p. 1: “The life of the law has not been logic: it has been experience” (la traducción es nuestra.) Aunque la cita es celeberrima no todos saben que el origen de la misma es anterior, a la publicación de *The Common Law* en 1881, ya que aparece por vez primera, publicada en enero de 1880, en una reseña bibliográfica a la segunda edición de *A Selection of Cases of the Law of Contracts with a Summary of the Topics covered by the Cases* de C.C. Langdell: Wendell Holmes Jr., Oliver, “Book Notices”, *American Law Review*, núm. 14, enero de 1880, p. 234.

18 Wendell Holmes Jr., Oliver, “The Path of Law”, *Harvard Law Review*, vol. 10, 1897: “The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law”. Reproducido en *Harvard Law Review*, vol. 110, núm. 5, marzo de 1997, p. 994 (la traducción es nuestra) (hay versión en español: *La senda del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975).

versa, de la conclusión hacia las premisas, en lugar de que de las premisas se siga la conclusión.

### B. Clases o tipos de interpretación

Aun cuando la interpretación es, en principio, una labor realizada por el juez, cualquier persona puede realizarla y de hecho la efectúa. En este sentido, Eduardo García Máynez clasifica a la interpretación a partir del sujeto que la lleva a cabo: *auténtica* o *legislativa*, cuando es el propio legislador el que establece en qué sentido debe ser interpretada una norma al proporcionar una definición legal; *judicial* o *jurisprudencial*, cuando es el juzgador quien estipula cuál es su significado para poder aplicarla al caso concreto; y *doctrinal* o *privada*, cuando es un jurista o tratadista e incluso el abogado de una parte o cualquier persona quien hace la interpretación.<sup>19</sup>

Estamos de acuerdo que la interpretación jurídica no la realiza nada más el juzgador, pero en desacuerdo en reducir la interpretación auténtica a la legislativa. Al respecto ofrecemos dos comentarios: primero, lo que se entiende común y corrientemente por “interpretación legislativa” no es otra cosa que una metonimia o transnominación de la norma o, lo que es lo mismo, una definición legal, la cual también es materia de interpretación;<sup>20</sup> y segundo, lo anterior no cancela la posibilidad de una interpretación legislativa, al estar el legislador facultado para pronunciarse sobre cuál debe ser el sentido o significado que se le debe atribuir a una norma. Al respecto, el inciso f del artículo 72 de la Constitución mexicana contempla: “En la *interpretación*, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación”.<sup>21</sup>

Así que preferimos hablar —al estilo de Kelsen— de dos clases de interpretación: a) *auténtica*; y b) *no auténtica*. La primera abarca toda interpretación con carácter de obligatoria o vinculante al ser pública, ya sea legal o legislativa, judicial, u oficial, o lo que es lo mismo realizada por el legislador, el juzgador o cualquier otra autoridad o funcionario, mientras que la segunda implica que aquélla no cuenta con tal cali-

19 Cfr. García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1988, pp. 329 y 330.

20 Cfr. Kalinowski, Georges, “Filosofía y lógica de la interpretación en derecho”, trad. Carlos Ignacio Massini, *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, p. 110.

21 El énfasis es nuestro.

dad, no es obligatoria ni vinculante al ser privada, por ser meramente doctrinal, de un lado, profesional o personal, del otro.<sup>22</sup>

En razón de su alcance la tipificación de la interpretación puede ser: a) *declarativa*; b) *restrictiva*; y c) *extensiva*. Si la interpretación consiste en atribuirle un sentido o significado a la norma que se va a aplicar, sucede que por lo general el sentido de la norma coincide cabalmente con el texto, *i.e.* la letra de la ley, al grado que la interpretación se reduce a una declaración e incluso repetición —*interpretación declarativa*— de lo que dice la letra de la ley.

No obstante, hay ocasiones en las cuales el significado de la norma no coincide con el texto, en estos casos la interpretación trata de subsanar los excesos o defectos del mismo. Ya sea: en unos casos a partir de una restricción o disminución —*interpretación restrictiva*— de los alcances del texto: *potius dixit quam voluit*; y en otros a través de una extensión o ampliación —*interpretación extensiva*— del mismo: *minus dixit quam voluit*.

## 2. Integración

Cabe admitir que la integración jurídica como parte subsidiaria de la interpretación jurídica consiste en atribuir, *i.e.* encontrar al descubrir o inventar, un sentido o significado a la norma jurídica que se va aplicar, pero a diferencia de la interpretación donde hay una norma jurídica aplicable al caso concreto en la integración de plano hay que encontrar una, ya sea porque: 1) no hay norma jurídica aplicable —caracterizada como “laguna normativa”—; o 2) aunque hay una norma no es aplicable al caso concreto por sus particularidades —considerada como “laguna axiológica”—.<sup>23</sup>

Habría que decir que, por lo general, los formalistas y/o positivistas únicamente aceptan el primer tipo de lagunas, en tanto que los anti-for-

<sup>22</sup> Cfr. Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, 2a. ed., trad. Roberto Vernengo, México, UNAM, 1979, p. 349.

<sup>23</sup> Sobre las lagunas “normativas” y “axiológicas”, cfr. Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975, pp. 41, 49 y 101, y 146, 157-165, respectivamente (publicado originalmente como: *Normative Systems*, Wien, Springer-Verlag, 1971). Así, para Alchourrón y Bulygin hay una “laguna axiológica” cuando “si bien hay una solución —por lo cual esas situaciones no son lagunas normativas— la solución existente es axiológicamente inadecuada. Pero no toda solución injusta o mala supone una laguna; los juristas hablan de laguna —en el sentido que tratamos de caracterizar— cuando la solución es inadecuada *porque* el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debía haber tomado en cuenta”. *Ibidem*, pp. 157 y 158.

malistas y/o anti-positivistas admiten también el segundo tipo. A final de cuentas, si hay una laguna axiológica es porque hay una norma aplicable pero que resulta inadecuada o incorrecta para el caso concreto. Entonces cabría preguntarse si no estamos en realidad ante una laguna normativa cuando no hay una norma exactamente aplicable.

Aunado a lo dispuesto por los ya referidos artículos 14 de la Constitución y 19 del Código Civil, el numeral 18 del mismo Código ofrece un fundamento adicional de la integración: “El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autoriza a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia”. De igual forma, en la doctrina su justificación radica en el principio de la integridad del sistema jurídico y reside en el postulado de la *plenitud hermética* del derecho, a partir de lo que podemos afirmar que el derecho es un todo integral y que el juzgador no puede dejar sin solución caso alguno por no estar previsto o plasmado exactamente en la ley o en las normas jurídicas aplicables. Cabe enfatizar no solamente que a estos casos se les conoce metafóricamente como “lagunas” sino además que si bien la ley tiene y puede tener lagunas, el derecho no las tiene ni puede tener.

Para poder proseguir, es imperativo precisar la distinción entre la interpretación y la integración jurídicas. Al respecto, cabe recordar que para tal efecto José Antonio Niño distingue entre 1) *interpretatio legis* y 2) *interpretatio iuris*. En la primera —equiparada con la interpretación— basta con indagar el sentido de la ley o de la norma jurídica aplicable al caso concreto, mientras que la segunda —identificada con la integración— requiere investigar el sentido no de la ley o de la norma jurídica sino del principio jurídico que se debe utilizar a falta de éstas. De esta manera, al interpretar la ley se trata de delimitar su *ratio legis*, en cambio al integrar el derecho, a falta de ley, se trata de demarcar su *ratio iuris*.<sup>24</sup>

#### A. Método analógico

Si el procedimiento que se sigue para colmar las lagunas de la ley se le conoce como integración, la existencia de aquéllas es el presupuesto necesario de ésta. Al respecto, es preciso señalar que a diferencia de lo que sucede en la interpretación donde podemos hablar de una infinidad de métodos, en la integración hay básicamente un solo método para col-

<sup>24</sup> Cfr. Niño, José Antonio, *La interpretación de las leyes*, México, Porrúa, 1979, pp. 47-49.

mar dichas lagunas: el analógico.<sup>25</sup> La integración *per analogiam* implica como regla general la comparación de cuando menos dos elementos, un caso sí previsto y uno no previsto, con el fin de establecer una relación entre sus semejanzas y diferencias. Así, el método analógico consiste en aplicar a partir de analogías lo dispuesto —o no— para un caso a otro. En pocas palabras, la analogía se basa en la idea de que en todos aquellos casos en que existe la misma razón, debe existir la misma disposición jurídica: *ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*.

Sin embargo, no basta con la simple semejanza de dos situaciones de hecho, sino que la razón existente debe ser exactamente la misma que en el caso imprevisto. Sólo cuando hay identidad jurídica sustancial entre ambos casos, es posible aplicar la consecuencia del caso sí previsto al no previsto, porque una pequeña diferencia fáctica o accidental puede implicar grandes diferencias en el plano jurídico: *minima differentia facti maximas inducit consequentias iuris*.

De igual forma, cabe recordar que en algunas ramas de la sistemática jurídica el papel de la integración es muy limitado, como en el caso del derecho penal donde de plano se prohíbe la analogía, a partir de los celeberrimos aforismos latinos: *nullum crime sine legem* (no hay crimen sin ley) y *nullum poena sine lege* (no hay pena sin ley); y del conocidísimo tercer párrafo del artículo 14 constitucional: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

### B. Clases o tipos de integración

Rolando Tamayo y Salmorán sostiene que todo sistema jurídico cuenta con los mecanismos para resolver cualquier *casus omissus* que el legislador no previó y por ende es viable proceder a colmar las lagunas que se presentan.<sup>26</sup> Al respecto, hay dos clases diferentes de integración: 1) la autointegración; y 2) la heterointegración. La primera se realiza a partir de analogías con los casos previstos en el mismo sistema jurídico, en tanto que la segunda a falta de casos previstos en el propio sistema jurídico requiere ir todavía más lejos.

<sup>25</sup> Cfr. Atienza, Manuel, *Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, Civitas, 1988.

<sup>26</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, *Diccionario jurídico mexicano*, t.: I-O, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, p. 1923.

Así, la semejanza entre la autointegración y la heterointegración radica en que es plausible aplicar una norma jurídica establecida para un caso sí previsto a uno imprevisto porque ambos son análogos y la diferencia entre ambas reside en que es posible encontrar la norma jurídica aplicable dentro de las reglas de un sistema jurídico —autointegración— o de plano fuera de éste al acudir a los principios (generales) del derecho —heterointegración—.

En consecuencia, el proceso de integración se caracteriza como regla general por la realización de analogías entre un caso previsto y otro no previsto. Sin embargo, como excepción hay ocasiones en que no es posible encontrar una norma jurídica que sea análoga —o suficientemente análoga— para poder ser aplicable, ya sea dentro del sistema jurídico propio o en algún otro sistema jurídico vigente, ya sea para otro espacio e inclusive para otro tiempo, con lo cual se abre una puerta más amplia: la de los principios (generales) del derecho.

En este sentido, Miguel Reale distingue entre *analogia legis* y *analogia iuris*.<sup>27</sup> La primera se agota en las analogías legales entre la norma jurídica aplicable para el caso sí previsto y la norma jurídica integrada para el imprevisto; en cambio, la segunda, a falta de norma jurídica aplicable para un caso sí previsto a partir de la cual realizar la analogía legal, prevé la posibilidad de realizar analogías jurídicas y recurrir al derecho mismo, *i.e.* a sus principios, al extraer las razones de los principios comunes a (todas) las normas e instituciones jurídicas.

Toda vez que los autores no se han puesto de acuerdo sobre qué y cuáles son los principios generales del derecho y como tal encomienda rebasaría los objetivos del presente artículo, basta con aclarar que con relación a la integración son los presupuestos lógicos —sentido común— y criterios axiológicos —justicia y equidad— a los que el juez apela en el proceso de encontrar —descubrir o inventar— la norma aplicable al caso concreto cuando no hay una norma ya prevista para algún caso que sea aplicable.

Como toda integración emplea el método analógico, la comparación, entre el caso sí previsto y el no previsto, puede hacerse a partir no sólo de las semejanzas —*simil ad simile*— sino también de sus diferencias —*contrario sensu*—. De hecho, este último tipo ha sido muy recurrido y para ello baste citar el primer párrafo del artículo 14 constitucional: “A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”. A partir de una integración *contrario sensu* resulta que sí se puede dar

<sup>27</sup> Cfr. Reale, Miguel, *Introducción al derecho*, trad. Jaime Brufau Prats, Madrid, Pirámide, 1989, p. 231.

efecto retroactivo a una ley si es en beneficio de la persona a la cual se aplicará.

Si bien la integración a partir de las diferencias se identifica solamente con la integración *contrario sensu*, la integración a partir de las semejanzas comprende tres tipos, entre los cuales hay una diferencia de grado, equivalente a la de los tres tipos diferentes de interpretación, a saber declarativa, restrictiva y extensiva. Así, la integración puede ser *a la par* cuando hay una completa identidad entre la norma aplicable al caso sí previsto y la del no previsto; *de más a menos* cuando el caso sí previsto abarca o comprende al no previsto, es decir si se permite lo más —por minoría de razón— se permite lo menos; *de menos a más* cuando el caso sí previsto alcanza o contiene al no previsto, esto es si se prohíbe lo menos —por mayoría de razón— se prohíbe lo más; y si *en sentido contrario* cuando el caso sí previsto es por completo el opuesto al no previsto deben tener consecuencias contrarias tal como lo consagra el principio *inclusio unius exclusio alterius, quod lex dicit de uno, negat de altero*.

En resumen, la tipología de la integración comprende cuatro clases: a) a la par o *a pari*, b) de más a menos o *a maiori ad minus*, c) de menos a más o *a minori ad maius*, y d) en sentido contrario o *a contrario sensu*.

### 3. Argumentación

Como parte complementaria de la interpretación y de la integración, la argumentación consiste en aportar razonamientos para apoyar la corrección tanto formal como material de las premisas y de las conclusiones en que se funda la interpretación y, en su caso, la integración. Así, mientras la interpretación y la integración proporcionan distintos sentidos o significados, la argumentación provee mecanismos para optar por uno de ellos, en principio, el correcto.

#### A. Método lógico-analítico y lógico-dialéctico

Aristóteles en sus *Tratados de lógica*, también conocidos como *El organon*,<sup>28</sup> distingue entre *razonamientos analíticos* o *apodícticos*, es decir, ciertos, de un lado, y *razonamientos dialécticos* o *epagógicos*, esto es probables, del otro. Ambos razonamientos se fundan en el silogismo, i.e. “una enunciación en la que, una vez sentadas ciertas proposiciones,

28 Aristóteles, *Tratados de lógica (El organon)*, México, Porrúa, 1969.



- Todos los poetas son imbéciles;
- El ministro es un poeta; y
- El ministro es un imbécil.

Sin embargo, este razonamiento —a diferencia del anterior— parte de una premisa falsa, a saber: “Todos los poetas son imbéciles”. Resulta evidente que del hecho de que una persona sea “poeta” no se sigue que sea “imbécil” ni viceversa. Esto sería un ejemplo de lo que el mismo Aristóteles ha caracterizado como un “silogismo aparente”, denominado “silogismo contencioso o erístico”, al sacar conclusiones de proposiciones que parecen probadas o probables, pero que no lo son; al punto de que parecen concluir algo y realmente no concluyen nada, y que como tales son estudiados en las *Refutaciones sofísticas* como la teoría de las falacias.

Entre las proposiciones verdaderas que derivan válidamente de un razonamiento analítico o apodíctico y las falsas que constituyen un razonamiento contencioso o erístico se encuentran las proposiciones simplemente probables que dan lugar a un razonamiento dialéctico o epagógico, *i.e.* un razonamiento sobre lo probable, y como tal pretende convencer o persuadir sobre la corrección material tanto de las premisas como de la conclusión.

Como se puede advertir la argumentación jurídica se apoya tanto de los razonamientos probados de la lógica analítica como de los razonamientos probables de la lógica dialéctica sin olvidar que en algunos casos estamos ante razonamientos o silogismos aparentes, mejor conocidos como paralogismos. Así, está clarísimo que la lógica tanto analítica como dialéctica son centrales en el derecho, en general, y en la argumentación jurídica, en particular.

Por todo lo anterior, no es para sorprenderse que la “lógica jurídica”, o más propiamente la lógica general aplicada al derecho,<sup>31</sup> haya tenido un gran auge en el pasado, sobre todo a mediados del siglo XX. Por una parte, la lógica formal o tradicional apareció desde que Eduardo García Máynez incursionó en la materia en 1950 al impartir un cursillo que daría lugar, primero, a un artículo y, luego, a su *Introducción a la lógica jurídica*.<sup>32</sup> Esta obra fue publicada en 1951, el mismo año en que Georg Hen-

31 Cfr. Kelsen, Hans, “Manuscrito «derecho y lógica»”, en Kelsen, Hans y Klug, Ulrich, *Normas jurídicas y análisis lógico*, trad. Juan Carlos Gardella, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 92-120.

32 Véase García Máynez, Eduardo, “El principio jurídico de razón suficiente”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, t. XII, núm. 46, abril-junio de 1950, pp. 21-30 (publicado también en *Criminalia*, año XVI, núm. 4, abril de 1950, pp. 139-146). Véase García

rik von Wright y Ulrich Klug publicaron sus primeros ensayos sobre lógica deóntica o modal y lógica jurídica,<sup>33</sup> e incluso con anterioridad a los de otros autores como Georges Kalinowski.<sup>34</sup>

Por su parte, la lógica dialéctica aparece cuando Chaïm Perelman —junto con Lucie Olbrecht-Tyteca— publica primero, en 1950, un artículo sobre lógica y retórica, y después, en 1958, un libro,<sup>35</sup> en los cuales adelantarían lo que sería su nueva retórica y que se anticiparían a la lógica prudencial del propio Kalinowski, a la lógica de lo razonable de Luis Recaséns Siches, y a la tópica de Theodor Viehweg, entre otras.<sup>36</sup>

### B. Clases o tipos

En el caso de la argumentación jurídica resulta que las razones a favor y en contra no son exclusivamente formales sino que además son

Máynez, Eduardo, "El principio jurídico de razón suficiente", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, t. XII, núm. 46, abril-junio de 1950, pp. 21-30 (publicado también en *Criminalia*, año XVI, núm. 4, abril de 1950, pp. 139-146). *Introducción a la lógica jurídica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951 (hay tercera edición: México, Colofón, 1993).

<sup>33</sup> Véase Von Wright, George Henrik, "Deontic Logic", *Mind*, núm. 60, 1951 (hay versión en español: *Lógica deóntica*, trad. Jesús Rodríguez Marín, *Cuadernos Teorema*, Valencia, 1979). *An Essay in Modal Logic*, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, 1951 (hay versión en español: *Ensayo de lógica modal*, Buenos Aires, Santiago Rueda, 1970). Ulrich Klug, *Juristische Logik*, Berlín, Springer Verlag, 1951 (hay versión en español: *Lógica jurídica*, trad. Juan David García Bacca, Venezuela, Universidad Central de Caracas, 1961). Véase también García Máynez, Eduardo, "La lógica deóntica de G.H. von Wright y la ontología formal del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. III, núm. 9, enero-marzo de 1953, pp. 9-37 (publicado también en: *Ensayos filosófico-jurídicos (1934-1959)*, Jalapa, Universidad Veracruzana, 1959, pp. 185-219.)

<sup>34</sup> Cfr. Kalinowski, Georges, *Introducción a la lógica jurídica*. *Elementos de semántica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica*, trad. J.L. Casaubón, Buenos Aires, EUDEBA, 1973 (publicación original: 1965). *Lógica de las normas y lógica deóntica*, trad. Roque Carrión Wam, Valencia, Venezuela, Universidad de Carabobo, 1978 (hay otra edición: México, Fontamara, 1993). *Lógica del discurso normativo*, trad. Juan Ramón Capella, Madrid, Tecnos, 1975.

<sup>35</sup> Perelman, Chaïm y Olbrecht-Tyteca, Lucie, "Loquique et rhetorique", *Revue Philosophique de la France et de L'Étranger*, 1950; y *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, París, PUF, 1958 (hay versión en español: *Tratado de la argumentación jurídica. La nueva retórica*, trad. Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 1989).

<sup>36</sup> Cfr. Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. Luis Díez Picazo, Madrid, Civitas, 1979 (título y publicación original: *Logique juridique-Nouvele rhétorique*, París, Dalloz, 1976). Kalinowski, Georges, "Filosofía y lógica de la interpretación en derecho", *op. cit.*, nota 20, pp. 109-122, y "Aplicación del derecho y prudencia", trad. Catalina Elsa Arias de Ronchetto, en *loc. cit.* en la nota 20, pp. 123-141. Recaséns Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1956 (hay segunda edición: México, Porrúa, 1973). Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, trad. Luis Díez Picazo, Madrid, Taurus, 1964 (publicación original: 1963). *Tópica y filosofía del derecho*, trad. Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1991.

sustanciales. En este sentido, es ya un lugar común ubicar a la argumentación jurídica dentro de la argumentación práctica general,<sup>37</sup> la cual incluye argumentos axiológicos, deontológicos y teleológicos sobre la corrección o validez material del argumento en sí.

No obstante, la argumentación jurídica al desarrollarse en un contexto institucional concreto comprende también el uso de argumentos institucionales, *i.e.* dependientes de dicho contexto, conocidos también como “razones de autoridad”. Como serían, por ejemplo, que los jueces inferiores están obligados por los criterios de los superiores; que una misma corte o tribunal está obligado por sus criterios o decisiones pasadas; y, que, como ya vimos, los jueces deben actuar sobre las bases sentadas en los criterios o decisiones legislativas previas.

Si bien es cierto que los argumentos institucionales o razones de autoridad ocupan un lugar especial en el derecho, éste no es un sitio exclusivo ni excluyente. Como adelantamos, la argumentación es complementaria de la interpretación y de la integración. De hecho, tanto las razones de autoridad como la interpretación e integración requieren de argumentos que justifiquen su aplicación o no a un caso concreto.

De tal suerte, los argumentos interpretativos —e integrativos— comprenden una gran variedad de clases o tipos de argumentos: a) *lingüísticos*, apelan al lenguaje —ya sea natural, ordinario, o técnico— para favorecer una u otra interpretación para resolver los problemas de ambigüedad y vaguedad que se presentan en el derecho; b) *lógico-sistemáticos*, afirman que el derecho como un todo unitario y coherente, *i.e.* como un sistema, no puede admitir antinomias (principio lógico de no-contradicción) ni contener lagunas (principio lógico de completitud), al grado de no poder dejar sin resolver caso alguno; y c) *lógico-dinámicos*, alegan que el derecho al estar en constante movimiento se ocupa —y debe ocuparse— de la adecuación de medios a fines, de la resolución de conflictos entre reglas y colisión de principios, e incluso de la justificación ética de la decisión.

Ahora bien, los argumentos lógico-sistemáticos implican: razones de autoridad, como sería el argumento de los precedentes o *stare decisis*; razones históricas, ya sean evolucionistas u originalistas;<sup>38</sup> razones lógi-

37 Cfr. MacCormick, Neil, “La argumentación y la interpretación en el derecho”, trad. Joxerramon Bengoetxea, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 36, mayo-agosto de 1993, pp. 201-217.

38 Cfr. Von Savigny, Friedrich Kart, “Sobre el fin de la *Revista* de la Escuela Histórica”, trad. R. Atard, en Pompeu Casanovas y José Juan Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas del pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 22-31. *Metodología jurídica*, trad. J. J. Santa-Pinter, Buenos Aires, Depalma, 1994. Antonin Scalia, A

co-conceptuales y lógico-contextuales, a partir de lo explícito o expreso se deduce lo implícito o tácito, *verbi gratia* de las “normas formuladas” las “normas derivadas”;<sup>39</sup> razones analógicas e inclusive de principios para colmar lagunas legales y para resolver las contradicciones, mediante la aplicación de criterios ya establecidos como serían: la irretroactividad, la territorialidad, y la especialidad, así como la (mayor) jerarquía.

En cuanto a los argumentos lógico-dinámicos incluyen: razones axiológicas, deontológicas y teleológicas no sólo para medir la eficacia pragmática entre medios-fines, incluida su efectividad sociológica y eficiencia económica sino también para justificar éticamente una decisión como la adecuada, correcta o justa. Asimismo, ofrecen razones adicionales no sólo para maximizar una regla y minimizar otra en caso de conflicto o bien para optimizar los principios en colisión sino también para justificar la derrotabilidad normativa de la regla general en un caso concreto donde se admite como excepción la retroactividad o ultraactividad, la extra-territorialidad, la generalidad, así como la menor jerarquía, siempre y cuando sean más benéficas al ser *pro homine* —o *pro reo*—.

## V. CONCLUSIÓN

En primera instancia, al analizar los conceptos de “técnica” y de “técnica jurídica”, recordamos que la técnica es propia de cualquier arte, industria, oficio o profesión, incluido el derecho, y distinguimos entre técnicas jurídicas propias e impropias; entre las primeras la técnica legislativa y la técnica judicial, y entre las segundas las técnicas aplicadas a la investigación y a la enseñanza del derecho.

En segundo lugar, al criticar la caracterización dominante de la técnica legislativa y de la técnica judicial cuestionamos que una fuera creativa y la otra aplicativa, y ofrecimos una concepción alternativa, donde ambas son creativas-aplicativas, y además como regla general en todo momento y no nada más como excepción de vez en cuando o intersticialmente. Asimismo, una creadora de normas generales y abstractas, y la otra tanto de normas individualizadas como de criterios que servirán de precedentes en los casos futuros.

*Matter of Interpretation. Federal Courts ad the Law*, Princeton, Princeton University Press, 1997.

<sup>39</sup> Cfr. Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *op. cit.*, nota 23, p. 83; y Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia, Venezuela, Universidad de Carabobo, 1979, pp. 65-69.

En tercer término, al estudiar las clases o tipos y métodos de interpretación, integración y argumentación, realizamos algunos comentarios críticos, entre los cuales destacamos que interpretar consiste no en desentrañar *el* sentido o significado de la norma sino más bien en atribuir *uno* dentro de una infinidad de posibilidades; que integrar procede a falta de norma pero también cuando hay una norma que no es exactamente aplicable al caso de que se trata; y, que argumentar echa mano no sólo de razonamientos analíticos propios de la lógica formal o racional sino también de razonamientos dialécticos propios de la lógica material o razonable.