

Entre el rigor y la dispensa. La responsabilidad de juzgar	193
I. El juez: ¿boca o creador de la ley?	193
II. La labor interpretativa	196
III. La interpretación y aplicación de las leyes en México. El artículo 14 constitucional como límite a la facultad discrecional de los órganos jurisdiccionales	205
IV. A modo de conclusión	212

ENTRE EL RIGOR Y LA DISPENSA.
LA RESPONSABILIDAD DE JUZGAR
Algunas reflexiones en torno a los límites
en la discrecionalidad del juzgador¹⁴⁴

Ius est media inter rigorem et dispensationem. (El derecho es lo que media entre el rigor y la dispensa).

San Raimundo de PEÑAFORT

I. EL JUEZ: ¿BOCA O CREADOR DE LA LEY?

1. *La importancia actual de la judicatura*

La cultura jurídica universal se encuentra hoy frente a uno de sus retos más importantes: redefinir el papel del árbitro judicial y su actuación. Esta redefinición comprende por supuesto muchos tópicos, entre ellos, la discrecionalidad administrativa y la arbitrariedad legislativa, pero particularmente la discrecionalidad judicial. La vieja disputa sobre si el juez es “boca” o “creador” de la ley, se encuentra revitalizada en muchos sistemas jurídicos y en la teoría del derecho ocupa hoy un lugar privilegiado de estudio.

Ello es así porque los ciudadanos en el mundo están manifestando, cada vez con más fuerza, su opinión respecto al tratamiento institucional que merecen los problemas que los afectan.¹⁴⁵ Esos problemas, como la defensa de nuestra libertad, la condena a las desigualdades, la defensa de nuestro medio ambiente, nuestras propiedades, etcétera, amplían el re-

¹⁴⁴ Trabajo presentado en el ciclo de conferencias “Problemas ético-jurídicos contemporáneos”, organizado por la División de Educación Continua de la Facultad de Derecho y el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM, el 27 de marzo de 2001.

¹⁴⁵ Iglesias Vila, Marisa, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 1999.

pertorio de las decisiones judiciales de manera insólita.¹⁴⁶ La importancia social y política de la justicia va ganando día con día un espacio en la vida democrática antes inconcebible¹⁴⁷ y nadie niega ya que el equilibrio de poderes en México comience a adquirir nuevos matices. La importancia que han adquirido la magistratura y el congreso, contrastada con la que tenía en otros tiempos el Ejecutivo, es hoy fundamental en la construcción de esta nueva forma de entender los equilibrios entre los poderes públicos.

La expansión del Poder Judicial es un fenómeno global y la importancia que ha adquirido en las democracias modernas no se limita a los países tradicionalmente identificados con la democracia, sino que se ha expandido hacia todas las regiones del mundo.¹⁴⁸ El papel del juez es hoy, quizá, más importante que nunca. Hoy los jueces deciden asuntos de importancia incluso supranacional y dirimen conflictos que tradicionalmente escaparían al ámbito de su jurisdicción, generando con ello nuevas expectativas de efectividad de los derechos de los ciudadanos, particularmente, de los derechos fundamentales.

En aras de una mejor impartición y acceso a la justicia, se han realizado experimentos muy interesantes en materia procesal que han llevado, a países como España o el Reino Unido, a darles a los jueces un papel que no se les otorgaba. Tradicionalmente, las partes eran quienes proveían el impulso procesal, sus promociones, alegatos y pruebas determinaban el ritmo y la celeridad que un proceso pudiera tener.

2. *El Informe Woolf*

Lord Woolf de Barnes, destacado abogado y juez inglés, publicó en 1996 un informe acerca del problema de justicia que aquejaba a Inglaterra y Gales, aduciendo que el sistema de justicia civil en aquellos países era inequitativo, caro, incierto, complicado e incluso fragmentado.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Guarnieri, Carlo, *op. cit.*, nota 57, p. 7.

¹⁴⁷ Fix-Fierro, Héctor, *op. cit.*, nota 4, pp. 170 y 171.

¹⁴⁸ Algunos ejemplos se pueden observar en *El nuevo diario*, Nicaragua, 18 de enero de 2005; *India Daily*, 12 de enero de 2005; *Today News on Afganistán*, 12 enero de 2005, entre otros.

¹⁴⁹ "Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales", nota 59.

Estas razones motivaron a Lord Woolf a realizar un reporte sobre el acceso a la justicia en el que planteó, esencialmente, dos propuestas: el sistema de *gestión de los casos* y dentro de este concepto el de la denominada *canalización diferenciada*.

La expresión *gestión de los casos*, alude a la responsabilidad del tribunal para hacer avanzar el litigio a lo largo de una vía previamente elegida, es decir, el tribunal asume la responsabilidad de impulsar el procedimiento, lo que antes, según el llamado “*principio procesal dispositivo*”, correspondía exclusivamente a los litigantes.

El concepto de *gestión de casos* puede incluir varios aspectos, entre los que pueden destacarse, por su importancia, los siguientes:¹⁵⁰

- a) El tribunal determina las cuestiones pertinentes a cada caso concreto.
- b) El tribunal establece plazos apropiados para resolver las cuestiones de cada caso.
- c) El tribunal emite órdenes de programación aplicables a cada caso.
- d) Se obliga a las partes a reunirse entre sí y, en ocasiones, con el tribunal.
- e) Se establecen límites a la información que puede ser intercambiada entre las partes.

En síntesis, esta *gestión de los casos* permite a los tribunales *dirigir el proceso*, lo que a su vez implica que dichos órganos puedan centrar sus esfuerzos en los casos de mayor relevancia o dificultad.

Woolf propuso dentro de la *gestión de casos*, la denominada *canalización diferenciada*, que consiste en que cada caso debe tratarse en forma diferente o diferenciada, es decir, utilizando procedimientos sencillos para resolver casos simples, y procedimientos más elaborados para resolver casos más difíciles.

Esta *canalización diferenciada* contribuye a los arreglos entre las partes y tiene como objetivo llevar los casos a una más pronta resolución, a través de una sentencia pronunciada por el tribunal o de un acuerdo extrajudicial.

En 1999 se realizó la reforma que habría de introducir las propuestas fundamentales del informe Woolf, pretendiendo con ello mejorar la administración de justicia civil en aquellos países.

¹⁵⁰ Hernández, César E., “El informe Woolf y los nuevos procedimientos civiles de Inglaterra y Gales”, artículo inédito.

Dicha reforma, además, introdujo un nuevo *corpus* de normas procesales civiles, dando fin a un sistema en el que innecesariamente subsistían distinciones entre las prácticas y procedimientos vigentes de un lugar a otro.

Los resultados de estas reformas han sido muy positivos. Diversos son los sectores que se han pronunciado en el sentido de que la solución de los juicios es ahora más rápida y que, poco a poco, se ha ido erradicando la nociva práctica de retrasar los procesos injustificadamente.

II. LA LABOR INTERPRETATIVA

Pero, ¿qué es interpretar? ¿Cuál es el objeto, la materia prima de la labor jurisdiccional?¹⁵¹ Antes de definirlo, veamos primero algunos conceptos que nos serán útiles para entenderlo:

1. *Lenguaje jurídico, interpretación y decisión judicial*

La palabra es el principal instrumento de trabajo de un juez. Ya sea en sus sentencias, en las discusiones con sus colegas (si pertenece a un órgano colegiado) o en las discusiones académicas, los jueces imponen o dicen el derecho mediante las palabras, mediante el lenguaje.

El lenguaje es también el medio por el cual recibimos y transmitimos información acerca del mundo; pero no son esas las únicas funciones del lenguaje, el lenguaje sirve, entre otras muchas cosas, para prescribir, para dirigir.

Este uso directivo del lenguaje, materializado en acciones lingüísticas conocidas como directivas o prescripciones, se distingue por estar formulado con la intención de influir en el comportamiento de otro;¹⁵² pero de entre todos los tipos de directivas, las que tienen mayor fuerza son las que tienen que ver con las normas jurídicas.

Son normas, precisamente, la materia prima de la cual el juez dispone para llevar a cabo su trabajo.

¹⁵¹ Dice Farina, Juan M., *op. cit.*, nota 67, p. 41 que “El Poder Judicial ... tiene pues la inminente misión de garantizar la independencia y vigencia plena de las instituciones republicanas, comenzando por su propio funcionamiento, cuya autonomía esencial es definitiva del éxito o fracaso del sistema”.

¹⁵² Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 62, p. 64.

Es con el lenguaje jurídico que el juez lleva a cabo su labor interpretativa, es con la ley,¹⁵³ con preceptivas, con lo que el juez toma decisiones.

Pero si el lenguaje común da lugar a problemas en cuanto a la determinación de su significado y, en consecuencia, a equívocos, sucede más con el lenguaje jurídico que intenta ser un sistema de expresión de enunciados con determinadas características particulares. Los enunciados mediante los cuales se formulan las normas jurídicas también suscitan problemas de interpretación.¹⁵⁴

El vocablo “interpretación”, dice Ricardo Guastini, puede denotar bien una actividad o bien el resultado de esa actividad.¹⁵⁵

En particular, en el ámbito del discurso jurídico, interpretar tiene dos acepciones generales:¹⁵⁶ en sentido estricto, interpretación “se emplea para referirse a la atribución de significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación”. También significa “decisión en torno al significado no de un texto cualquiera en cualquier circunstancia, sino (sólo) de un texto oscuro en una situación dudosa”. Por otra parte en un sentido amplio interpretación “se emplea para referirse a cualquier atribución de significado a una formulación normativa, independientemente de dudas y controversias”.

¹⁵³ Una excelente síntesis de la evolución que el término *ley* ha sufrido a lo largo de la historia y del papel que ésta y la Constitución deben jugar en “un mundo de leyes desbocadas”, se encuentra en García de Enterría, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, 2000.

¹⁵⁴ “La interpretación es una actividad muy compleja que puede ser concebida de dos formas diferentes. Gira en torno a la relación entre dos términos, el signo y el significado del signo mismo, y, por tanto, adquiere matices diferentes según se pone el acento sobre uno u otro polo: la interpretación puede estar más vinculada al signo en cuanto tal, de tal forma que tenderá a que prevalezca éste sobre la cosa significada; o bien, puede prestarse mayor atención a la cosa significada, y por ello tenderá a hacer prevalecer el significado sobre el puro signo”. Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1998, p. 216.

¹⁵⁵ Guastini, Ricardo, *op. cit.*, nota 99, p. 10.

¹⁵⁶ Sobre los objetos de la interpretación, técnicas interpretativas y particularidades de la interpretación constitucional véase Ricardo Guastini. Sobre este último tema en particular, véase Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de Interpretación Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998. Una exposición completa y articulada de otro modelo teórico sobre la interpretación es Wróblewsky, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.

Bajo este enfoque, cualquier decisión en torno al significado de un texto, no importando si es o no claro, constituye interpretación.¹⁵⁷

La interpretación constituye, como se apuntó anteriormente, una actividad mental, un proceso intelectual, una actividad del “espíritu”, como suele decirse; pero, así considerada, la interpretación no sería susceptible de análisis lógico. Por ello, si se quiere someterla a ese tipo de análisis conviene concebirla “no ya como una actividad mental, sino más bien como una actividad discursiva; o si se quiere, conviene examinar no la actividad interpretativa en cuanto tal, sino su producto literario”. Desde esta perspectiva, “la interpretación toma relieve en cuanto expresión discursiva de una actividad intelectual: la interpretación es el discurso del intérprete”.

Interpretar es discurrir y argumentar. Es por ello que los estudios relativos a la argumentación jurídica,¹⁵⁸ y singularmente judicial, así como a la posición y funciones que ocupan los tribunales en los sistemas normativos, han ido adquiriendo una importancia singular.

Marina Gascón¹⁵⁹ lo atribuye a que, “de entre todos los operadores jurídicos, son los jueces los únicos que verdaderamente argumentan sus decisiones o, cuando menos, los que han ido produciendo un estilo más depurado y persuasivo”.¹⁶⁰

La argumentación judicial, junto con la dogmática,¹⁶¹ constituyen hoy el prototipo de la argumentación jurídica.

¹⁵⁷ “Desde este punto de vista, se produce interpretación no ya en presencia de casos *difíciles*, sino en presencia de cualquier caso; la interpretación es el presupuesto necesario de la aplicación”. Guastini, Ricardo, *op. cit.*, nota 99, pp 3-5.

¹⁵⁸ Excedería los límites de este trabajo hacer un análisis exhaustivo de la argumentación, pero citaré la que a nuestro juicio es la más completa obra respecto al tema: Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

¹⁵⁹ *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 9.

¹⁶⁰ “...ni las exposiciones legales de motivos ni las motivaciones administrativas presentan estos perfiles, tal vez porque tanto el poder ejecutivo como el legislativo cifran su legitimidad en la justificación de su origen más que en la racionalidad de sus decisiones”. *Idem*.

¹⁶¹ El positivismo jurídico concibe a la ciencia jurídica como constructiva y deductiva. “Esta ciencia constructiva y deductiva del derecho ha sido denominada generalmente dogmática del derecho: consiste en la elaboración de conceptos jurídicos fundamentales que se extraen del propio ordenamiento jurídico y que, por ese motivo, no pueden ser

La creciente atención que se ha dado a la argumentación es un síntoma de las transformaciones que vienen sufriendo distintos paradigmas que tiene que ver con la justicia, pero, sobre todo, es un signo del cambio de percepción que nuestra cultura tiene respecto de los jueces y sus decisiones.

Si tuviera que buscarse *un culpable* de esta preocupación, seguramente podríamos encontrar muchos; pero si hubiera que señalar un responsable principal “creo que habría un candidato indiscutible: la crisis de aquella imagen técnica de un juez ecuaníme y sin pasiones que encontraba o, al menos, que siempre podía encontrar la respuesta adecuada al caso enjuiciado. Desde aquella perspectiva, era el legislador y no el juez, la ley y no la sentencia, quien pronunciaba el fallo, con el auxilio, si se quiere, de la lógica o de algún otro método de interpretación considerado no menos seguro”.

La argumentación es la base de la decisión del juez que se plasma en la sentencia, y la sentencia es la expresión del lenguaje jurídico, del idioma del juez, su medio de comunicarse. Las sentencias son, en principio,

puestos en discusión ni revisados. Apoyándose en dichos conceptos el jurista debe obtener, mediante una operación de deducción lógica, las normas que sirven para resolver la totalidad de los casos posibles”. Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 154, p. 223. Cabe hacer notar la idea contraria de Jacques Derrida, quien concibe al derecho como esencialmente *deconstruible*, y la concepción de justicia como derecho “Para ser justa, la decisión de un juez, por ejemplo, no debe solo seguir una regla de derecho o una ley general, sino que debe asumirla, aprobarla, confirmar su valor, por un acto de interpretación re-inaugurador, como si la ley no existiera con anterioridad, como si el juez la inventara él mismo en cada caso. Cada ejercicio de la justicia como derecho sólo puede ser justo si se trata —si se permite traducir así la expresión inglesa *fresh judgement* que tomo prestada del artículo de Stanley Fish, “Force” en *Doing What Comes Naturally*— de una sentencia de nuevo fresca”. El nuevo frescor, la inicialidad de esta sentencia inaugural puede perfectamente repetir alguna cosa, mejor dicho, debe conformarse a una ley preexistente, pero la interpretación re-inauguradora, re-inventiva y libremente decisoria del juez responsable requiere que su “justicia” no consista solamente en la conformidad, en la actividad conservadora y reproductora de la sentencia. Dicho brevemente: para que una decisión sea justa y responsable es necesario que en su momento propio, si es que existe, sea a la vez regulada y sin regla, conservadora de la ley y lo suficientemente destructiva o suspensiva de la ley como para deber re-inventarla, re-justificarla en cada caso, al menos en la reafirmación y en la confirmación nueva y libre de su principio. Cada caso es otro, cada decisión es diferente, y requiere de una interpretación absolutamente única que ninguna regla existente y codificada podría ni debería garantizar absolutamente. *Fuerza de ley. El “fundamento místico de la autoridad”*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 35.

el medio a través del cual un simple enunciado normativo se convierte en una verdadera y auténtica norma de derecho positivo.¹⁶²

Es en este asunto —el de la determinación de la naturaleza cognoscitiva¹⁶³ de la jurisprudencia— en el que comienzan las diferencias entre las principales corrientes de la filosofía del derecho, iuspositivismo y anti iuspositivismo (término en el que pueden englobarse todas las tendencias contrarias al positivismo, como la del realismo jurídico de Dworkin,¹⁶⁴ Rawls y Hart).

Para el primero, “consiste en una actividad estrictamente *declarativa o reproductiva* de un derecho preexistente, es decir, en el conocimiento puramente *pasivo y contemplativo* de un objeto dado previamente; para los otros, consistiría en una actividad que es además *creativa o productiva* de un derecho nuevo, o sea, el conocimiento *activo* que el mismo sujeto que conoce contribuye a producir”.¹⁶⁵

En el porqué y el cómo se dio el paso de la concepción iusnaturalista originaria al positivismo jurídico, podremos observar la posición del juez en relación con la creación del derecho antes y después del nacimiento del Estado moderno y podremos comprender en qué lugar se encuentra ahora.

¹⁶² Guarnieri, Carlo, *op. cit.*, nota 57, p. 18. “La interpretación de la Constitución que contienen prácticamente todas las sentencias de la Corte tiene el mismo rango que ésta. Dicho de otro modo, una vez que la Corte en sus funciones de intérprete de la Constitución realiza la interpretación de algún precepto de la Constitución, éste ya no sólo consiste en las palabras del texto constitucional, sino que hay que agregar a ese texto la interpretación que realiza el intérprete de la Constitución”. Sánchez Cordero de García Villegas, Olga, *op. cit.*, nota 79, p. 722

¹⁶³ “En las actividades que conciernen al derecho podemos diferenciar dos momentos: el activo o creativo y el teórico o cognoscitivo; la manifestación típica del primer momento es la legislación, la del segundo la ciencia jurídica o (si queremos usar un término menos problemático) la jurisprudencia. Esta última puede ser definida como la actividad cognoscitiva del derecho para su aplicación”. Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 154, p. 215.

¹⁶⁴ A quien, entre otros, Albert Calsamiglia ha llamado *neoiusnaturalista*. Véase el prólogo a *Los derechos en serio*, México, Planeta, 1993.

¹⁶⁵ “...el positivismo jurídico concibe la actividad de la jurisprudencia no como algo destinado a *producir*, sino a *reproducir* el derecho...considera que la tarea de la jurisprudencia no es la *creación*, sino la *interpretación* del derecho...La interpretación que, según el positivismo jurídico, es la actividad propia de la jurisprudencia, consiste en obtener, a partir de los signos contenidos en los textos legislativos, la voluntad que el legislador expresa por medio de tales signos”. *Idem*.

Antes de la formación del Estado moderno, la sociedad estaba formada por una pluralidad de grupos sociales, cada uno de los cuales tenía su propio derecho. El derecho era un producto no del Estado, sino de la sociedad civil. El Estado primitivo no se ocupaba de producir normas, sino que dejaba su formación al desarrollo de la sociedad y, eventualmente, a quien debía decidir la norma aplicable a cada caso y resolver los conflictos existentes: el juez.

Con la aparición del Estado moderno, el Estado concentra todos los poderes, entre los que se encuentra, primeramente, el de crear derecho, monopolizando así la actividad de producción jurídica.

Este cambio del derecho no normativo al derecho normativo, y de la concepción dualista del derecho (derecho positivo y derecho natural) a la concepción monista, nos lleva, en consecuencia, a la sujeción del juez a un solo ordenamiento (el derecho positivo). Antes de ello, el juez, en la resolución de las controversias, “no estaba obligado a escoger exclusivamente normas emanadas del órgano legislativo del Estado, sino que tenía una cierta libertad de elección en la determinación de la norma a aplicar;”¹⁶⁶ podía echar mano de la costumbre, de las normas elaboradas por los juristas, o bien de la equidad, obteniendo la regla a aplicar a partir de la razón natural. Todas las anteriores eran para él *fuerza del derecho*.

Pero con la formación del Estado moderno, el juez de órgano libre pasa a ser un órgano del Estado, lo que lo transforma en titular de uno de los poderes estatales: el judicial, y le impone al mismo juez la resolución de las controversias aplicando sólo el derecho que surge del órgano legislativo o que puedan ser reconocidas de alguna manera como emanadas del Estado. El derecho positivo es considerado el único aplicable por parte de los tribunales.

A pesar de todo ello, la concepción ius positivista de la ciencia jurídica ha sufrido ya desde el siglo pasado una fuerte erosión. Hoy en día, el realismo jurídico tiende a atribuir a la jurisprudencia la tarea de elaborar, a partir de una realidad (el derecho como dato sociológico), unas proposiciones empíricamente demostrables que permitan hacer previsiones sobre comportamientos humanos futuros (en especial las decisiones que tomarán los jueces en los casos que se les presenten).

Aquí radica la esencia del problema que nos planteamos hoy.

¹⁶⁶ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 154, p. 46.

La “inflación legislativa”¹⁶⁷ incrementa la labor jurisprudencial y genera nuevas lagunas y contradicciones entre normas dictadas con anterioridad bajo distintos enfoques políticos. Se modifica con ello el planteamiento de la ley y la función del derecho. “Junto a las normas prohibitivas clásicas, que se limitan a fijar derechos y deberes, dejando al juez márgenes de discrecionalidad relativamente modestos” aparecen normas que presentan una estructura distinta.

La ley se convierte en orientadora del desarrollo social y económico y el derecho adquiere una función instrumental y promocional, implicando a los tribunales en las tareas de cambio social y gestión de las políticas públicas. Los vínculos establecidos por el legislador son cada día menos fuertes, delegando con ello un mayor poder de decisión en los jueces.¹⁶⁸

Consecuencia de ello es la modificación del razonamiento jurídico y la lógica de las decisiones. Mientras que el juez estaba llamado a decidir con la mirada vuelta al pasado, hoy se le exige la responsabilidad de considerar soluciones alternativas, imaginar sus consecuencias y tomar una decisión con la mirada puesta en el futuro.¹⁶⁹

Y voy al punto central: el juez que dice el derecho a través de una sentencia constitutiva de un precedente para casos sucesivos ¿tiene límites en su discrecionalidad al juzgar?

2. Límites en la discrecionalidad del juzgador

Discrecionalidad, es un término que, aunque es muy común entre los juristas, resulta complicado de definir, debido a que se trata de un término equívoco y a que no existe un consenso doctrinal en torno a su utilización.

No obstante, abstrayendo sus notas distintivas, es posible intentar un concepto general de discrecionalidad, de acuerdo con el cual “consiste en la realización de elecciones entre diferentes alternativas con la finali-

¹⁶⁷ El término se toma de Guarnieri, Carlo, *op. cit.*, nota 57, p. 19.

¹⁶⁸ *Idem.*

¹⁶⁹ Véanse otras transformaciones en el papel de los jueces en Guarnieri, *ibidem*, pp. 20 y ss., “...queda pues claro que las fronteras entre jurisdicción, legislación y administración tienden a borrarse... El hecho de que el juez sea también legislador se considera como una ‘obvia banalidad’... Desde este punto de vista, la versión tradicional de la doctrina de la separación de poderes ya sufre una erosión visible”.

dad de ejercer una potestad conferida por el ordenamiento jurídico y que éste, sin embargo, no ha regulado plenamente”.¹⁷⁰

Eva Desdentado Daroca señala que pueden distinguirse dos tipos de discrecionalidad: instrumental y fuerte. Este último hace referencia a aquellos supuestos en los que el titular de una potestad elige dentro de un ámbito de decisión propio que le confiere el ordenamiento jurídico; y la discrecionalidad instrumental comprende aquellos supuestos en los que el titular de una potestad realiza elecciones como algo necesario al ejercicio de su potestad, pero sin disponer de un ámbito de decisión propio.

En el ámbito de la discrecionalidad fuerte podríamos ubicar la del juzgador. En ese sentido, la discrecionalidad de éste vendría a ser un subtipo de discrecionalidad a la que podríamos llamar “jurídica” y que consistiría en la interpretación y aplicación de las normas a los casos concretos.¹⁷¹

Ahora bien es importante señalar que la discrecionalidad debe tener límites establecidos. Cito a Bobbio:¹⁷²

Cuando un órgano superior atribuye un poder normativo a un órgano inferior, no le atribuye un poder ilimitado, puesto que al hacerlo establece también los límites dentro de los cuales puede ser ejercido dicho poder normativo. Tanto el ejercicio del poder negocial [Ejecutivo] como el ejercicio del poder jurisdiccional están limitados por el Poder Legislativo, y este, a su vez, está limitado por el poder constitucional”.

De tal manera que, aun cuando cada poder tiene funciones específicas establecidas, el círculo de equilibrios se cierra en el poder constitucional que regula a todos y establece los límites del Legislativo.

¹⁷⁰ Desdentado Daroca, Eva, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Madrid, Civitas, 1997, p. 22.

¹⁷¹ Desdentado atribuye a la administración una facultad similar a la de los tribunales “...la administración en ejercicio de la función de administración directa realiza una actividad muy semejante a la que llevan a cabo los tribunales: interpretar las normas y aplicarlas a un caso concreto”. Aunque matiza diciendo que en la aplicación de estos conceptos “la administración no dispone, por lo general, de una discrecionalidad fuerte. Normalmente la administración no realiza, en estos casos, más que una función de administración indirecta en cuyo ejercicio surge una discrecionalidad jurídica, de carácter puramente instrumental que es plenamente revisable y sustituible por los tribunales. Pero, lo cierto es que, dentro de los denominados genéricamente conceptos jurídicos indeterminados, hay elementos de naturaleza muy diversa. En algunos de ellos, la indeterminación se supera mediante el recurso a criterios de coherencia con la regulación jurídica o a máximas de la experiencia común”. *Ibidem*, p. 25.

¹⁷² *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1998, p. 176.

Los límites con los cuales el poder superior restringe y regula al poder inferior son de dos tipos diferentes:¹⁷³

- a) Relativos al contenido
- b) Relativos a la forma

Por ello se habla de límites materiales y formales. Los primeros tienen que ver con el contenido de la norma que el inferior está autorizado a dictar, mientras que el segundo se refiere a la forma, es decir, al procedimiento por el cual puede dictar la norma. El inferior recibe un poder limitado respecto de aquello que puede mandar o prohibir, o respecto a cómo puede mandar o prohibir.

Los límites de contenido pueden ser positivos o negativos, según si la Constitución le impone al legislador ordinario dictar normas en una materia determinada (mandato de ordenar), o bien le prohíbe dictar normas en una determinada materia (prohibición de ordenar o mandato de permitir).

Los límites formales están constituidos por todas aquellas normas de la Constitución que regulan el funcionamiento de los órganos legislativos, y que representan una parte importante de una Constitución.

En las relaciones entre Constitución y ley ordinaria los límites formales generalmente nunca faltan, pero pueden faltar los límites materiales; esto se comprueba en los ordenamientos en los que no hay una diferencia de grado entre las leyes constitucionales y las ordinarias (Constituciones flexibles). En este tipo de ordenamientos el legislador ordinario puede legislar en cualquier materia y en cualquier dirección. Se ha dicho incluso que en una Constitución flexible (como la inglesa) el Parlamento puede hacerlo todo, excepto transformar a un hombre en mujer.

Vayamos ahora al paso de la ley ordinaria a la decisión judicial. En la mayor parte de las legislaciones encontramos los dos tipos de límites. Vuelvo a citar a Bobbio:¹⁷⁴

Las leyes relativas al *derecho sustancial* pueden ser consideradas... como límites de contenido al poder normativo del juez; en otras palabras la existencia de las leyes de derecho sustancial hacen que el juez, al decidir una controversia deba buscar y encontrar la solución prevista en las leyes ordinarias. Cuando se dice que el juez debe aplicar la ley, se dice, en otras pa-

¹⁷³ La clasificación es de Norberto Bobbio, *ibidem*, p. 177.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 178.

labras, que la actividad del juez está limitada por la ley... Las leyes relativas al procedimiento constituyen, en cambio, los límites formales de la actividad del juez. Esto quiere decir que el juez está autorizado para dictar normas jurídicas en cada caso concreto, pero siguiendo un rito preestablecido en gran parte por la ley.

Como se ve, los límites materiales pueden estar ausentes en el paso de la Constitución a la ley ordinaria; pero en el paso de la ley ordinaria a la decisión judicial es difícil que en la realidad se presente esa ausencia.

Bobbio lo ejemplifica poniendo el caso de que una Constitución ordenara a los jueces resolver todos los casos de acuerdo con juicios de equidad.¹⁷⁵ “El juicio de equidad puede definirse como la autorización que tiene el juez para producir derecho más allá de todo límite material impuesto por las normas superiores”.

En nuestros ordenamientos este tipo de autorización es muy rara. Sin embargo, contrario a lo que pudiera pensarse, en los ordenamientos en los que el poder creador del juez es más amplio, los juicios de equidad son excepcionales. “En estos casos los límites materiales al poder normativo del juez no derivan de la ley escrita; pero sí de otras fuentes superiores, como pueden ser la costumbre o bien el precedente judicial”.¹⁷⁶

Vayamos entonces al análisis de algunos de estos conceptos en el campo del derecho positivo mexicano, haciendo especial énfasis en los límites que podemos desprender del ordenamiento que marca al juez.

III. LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS LEYES EN MÉXICO. EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL COMO LÍMITE A LA FACULTAD DISCRECIONAL DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

Hemos señalado que la interpretación jurídica radica en descubrir el sentido que encierra una disposición legal. Como es obvio, resulta imposible que el legislador pueda prever la totalidad de los conflictos que se presentan en la vida diaria y la forma en que los mismos deban ser resueltos. Además, el intento que de ello se hiciera resultaría del todo im-

¹⁷⁵ “...se llaman “juicios de equidad” aquellos en los cuales el juez está autorizado para resolver una controversia sin recurrir a una norma legal preestablecida”, *ibidem*, p. 178.

¹⁷⁶ *Idem*.

práctico, pues nos encontraríamos con leyes y códigos compuestos de una infinidad de disposiciones.

Debe decirse que esta labor interpretativa no es exclusiva de los jueces pues bien puede realizarse por cualquier persona que desee inquirir el sentido de una disposición legal. La diferencia entre una y otra tarea interpretativa radica, entre otras cosas, en que la primera tiene carácter obligatorio para las partes en un litigio y, en ocasiones, para diversas autoridades como sucede, verbigracia, con la jurisprudencia.

Ahora bien, debemos preguntarnos ahora cuáles son los límites que sobre la aplicación e interpretación del derecho tienen los órganos jurisdiccionales en nuestro país.

En otras palabras, siendo la labor de los órganos jurisdiccionales la interpretación y aplicación de la ley para resolver las controversias jurídicas que se les plantean, debemos reflexionar acerca de la discrecionalidad que tienen los jueces para ello.

En principio, resulta necesario hacer mención a lo dispuesto por el tercer y cuarto párrafo del artículo 14 constitucional. Dicho precepto, en la parte conducente, dice:

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

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 de derecho.

El primero de los párrafos mencionados establece lo que se conoce como *garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal*, mientras que el segundo dispone lo relativo a la *garantía de legalidad en materia jurisdiccional civil*.

Analicemos primero la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal como límite a las facultades discrecionales del juzgador.

Esta garantía envuelve el tradicional principio de legalidad que se enuncia de la siguiente manera: *nulla poena, nullum delictum sine lege*. Ello significa que sólo podrá ser considerado como delito aquella conducta que previamente haya sido descrita por el legislador (garantía criminal), y que no podrá imponerse la aplicación de una sanción penal si no existe disposición legal que expresamente la establezca (garantía penal).

Para preservar esta garantía, el legislador prohibió al órgano jurisdiccional la aplicación de penas por simple analogía, y aun por mayoría de razón. Es decir, la intención del legislador fue que la ley penal se aplicara exacta o estrictamente.

Pero ello no quiere decir que la ley penal no pueda ser interpretada. En efecto, como bien lo sostuvo el maestro Eduardo García Maynez “la ley es siempre una forma de expresión del derecho, lo cual demuestra que, en todo caso, exige ser interpretada”.¹⁷⁷

Esto es, previo al acto de aplicación, el juzgador debe razonar, ineludiblemente, si la norma resulta ajustable al caso concreto y, con base en ello, imponer la pena establecida en la ley, lo que no es otra cosa sino su interpretación.¹⁷⁸

Por otra parte, los códigos penales establecen el llamado “arbitrio judicial” para decidir, de acuerdo con ciertos criterios que la ley fija, dentro de un límite superior y otro inferior, la pena que ha de aplicarse a cada caso concreto. Por lo que sobre este punto se reconoce en el juzgador la facultad discrecional para individualizar las sanciones penales.

Sobre el alcance de la mencionada garantía es oportuno señalar que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia ha establecido que la misma no se circunscribe a los meros actos de aplicación que realiza el juzgador, sino que abarca también a la propia ley que se aplica.

Ello implica que la autoridad legislativa no puede sustraerse al deber de consignar en las leyes penales que expida, expresiones y conceptos claros, precisos y exactos, al prever las penas y describir las conductas que señalen como típicas, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, cuando ello sea necesario para evitar confusiones en su aplicación o demérito en la defensa del procesado.¹⁷⁹

Una vez analizados los aspectos más importantes de esta garantía, así como los impedimentos que tiene el juzgador para aplicarla de manera distinta a la descrita por el Poder Legislativo, pasemos ahora al análisis de la garantía de legalidad en materia jurisdiccional civil como otro de los límites constitucionales a la facultad discrecional de los órganos encargados de impartir la justicia en México.

¹⁷⁷ García Maynez, Eduardo, *op. cit.*, nota 133, p. 380.

¹⁷⁸ “Interpretar las leyes es, por ende, buscar el derecho aplicable a los casos concretos, a través de una fórmula oficial”, *ibidem*, p. 359.

¹⁷⁹ Novena época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. I, mayo de 1995, tesis P. IX/95, p. 82.

Cabe precisar en primer término que la frase empleada por el legislador al establecer textualmente que: “*En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra*” se ha hecho extensiva no sólo a las resoluciones definitivas, sino también a las sentencias interlocutorias, autos y demás proveídos emitidos por el juzgador.

De igual forma, debemos entender que esta garantía rige no sólo a la materia estrictamente civil, sino que se ha hecho extensiva a toda materia jurisdiccional, con excepción exclusivamente de la materia penal.

Pues bien, la referida garantía constitucional radica en que al resolver la contienda jurídica, el juzgador se debe ceñir a la letra de la ley aplicable al caso con base en la interpretación jurídica que haga de la misma, y sólo cuando no basten los elementos anteriores para decidir el conflicto, el juez resolverá haciendo uso de los principios generales de derecho.

Dicho de otra forma, el juez debe atender en primer lugar a los términos gramaticales en que el texto de la norma está concebida (interpretación gramatical) y, sólo en el caso en que la ley sea equívoca o pueda conducir a conclusiones contradictorias o confusas, entonces deberá fundarse en otro método de interpretación jurídica.

Pero existen casos en que ni el texto de la ley ni la interpretación que de ella hace el juzgador son suficientes para poder fundar una resolución. Previendo esta posibilidad, el constituyente otorgó facultades al órgano jurisdiccional para acudir a los llamados *principios generales del derecho*, y con ello evitar la inseguridad jurídica y la violación constitucional que se produciría al dejar de resolver un litigio.

Sobre la forma en que debe ser entendido este precepto, coincidimos nuevamente con la opinión del maestro Eduardo García Maynez al señalar que: “el juez civil ha de resolver, de acuerdo con la ley, las controversias de que conoce, cuando aquélla prevé la situación jurídica controvertida. Expresado en otro giro: el juez está ligado a los textos legales, si éstos le brindan la solución que busca. Cuando el sentido de la ley es dudoso, debe el intérprete echar mano de todos los recursos que el arte de la interpretación le ofrece”.¹⁸⁰

Los métodos de interpretación con que cuenta el juzgador son de la más variada índole, existen, por ejemplo, los llamados métodos de

¹⁸⁰ García Maynez, Eduardo, *op cit.*, nota 133, p. 381.

interpretación lógica, que radican en buscar el sentido de la ley conforme a la recta razón, prescindiendo o no de la acepción de los vocablos empleados en su texto; los métodos interpretación causal-teleológico, que estriban, como su nombre lo indica, en la información sobre las causas y fines sociales, políticos, económicos, culturales, etcétera, de una ley y conforme a cuyos elementos se puede determinar su sentido y los métodos de interpretación sistemática, que conducen, no a la interpretación aislada de una sola disposición legal, sino a la ubicación de su sentido dentro del conjunto preceptivo a que pertenece.¹⁸¹

Ahora bien, como señalamos con antelación, existen casos en que el juez debe, para poder resolver la contienda que se le presenta, hacer uso de los principios generales del derecho.

La definición de estos principios generales del derecho ha dado lugar a una de las discusiones más prolifas en el área de la filosofía del derecho.¹⁸² Por el momento nos limitaremos a señalar lo que sobre estos principios ha sustentado la Suprema Corte de Justicia.

Así, en diversos precedentes se ha dicho que los principios generales del derecho

son verdades jurídicas notorias, indiscutiblemente de carácter general, como su nombre mismo lo indica, elaboradas o sancionadas por la ciencia del derecho, de tal manera que el juez pueda dar la solución que el mismo legislador hubiera previsto en el caso, siendo condición que no desarmonicen o estén en contradicción con el conjunto de normas legales cuyas lagunas debe llenar.¹⁸³

¹⁸¹ Burgoa Orihuela Ignacio, *Las garantías individuales*, México, Porrúa, 1991, pp. 575 y 576.

¹⁸² Dávalos, José, “Los principios generales del derecho en la interpretación del derecho del trabajo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XIII, núm. 38, mayo-agosto de 1980; Legaz y Lacambra, Luis, “Los principios generales del derecho”, *Revista del Instituto Mexicano de Derecho Comparado*, Barcelona, núm. 19, julio-diciembre de 1962; Preciado Hernández, Rafael. “El artículo 14 constitucional y los principios generales del derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XIX, núms. 75 y 76, julio-diciembre de 1969; Azúa Reyes, Sergio, *Los principios generales del Derecho*, México, Porrúa, 1986; Soberanes Fernández, José Luis, *Los principios generales del Derecho en México: un ensayo histórico*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1999.

¹⁸³ *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. LV, 1983, p. 2641.

De igual forma se ha sostenido que “por principios generales de derecho se entienden aquéllos que pueden desprenderse de otros argumentos legales para casos análogos, y el único caso autorizado por el artículo 14 constitucional en que la controversia respectiva no puede resolverse por la ley”.¹⁸⁴

La utilización de los principios generales del derecho es, por excepción, el caso en que los jueces pueden integrar el derecho, es decir, colmar las lagunas que éste presenta, pues en este caso el juez no interpreta la norma, sino que a partir de la utilización de los principios generales del derecho crea una nueva norma aplicable al caso concreto. Lo anterior con la limitante de que esta integración no contraría una ley preestablecida, pues en esta hipótesis debe aplicarse, en primer lugar, la norma en su sentido literal o conforme a su interpretación jurídica.

Una vez expuestos los elementos anteriores estamos en posibilidad de formular algunas conclusiones en torno a la existencia de los límites a las facultades discrecionales de los órganos jurisdiccionales.

Así, podemos decir que por lo que hace a la interpretación de las normas jurídicas no existe limitación alguna para que los tribunales la lleven cabo en cualquier asunto, pues, como se ha dicho, la aplicación de una norma, requiere, necesariamente, que el juzgado interprete si ésta es ajustable al caso concreto,¹⁸⁵ aunque esta interpretación sea puramente gramatical.

En cambio, por lo que hace a la aplicación de las normas en nuestro país, encontramos que sí existen limitantes para el órgano jurisdiccional. Esto es así porque el propio artículo 14 constitucional proporciona las reglas a las que habrá de ajustarse el tribunal para decidir la controversia jurídica.

Ello no significa que la tarea del juzgador se convierta en la simple aplicación mecánica del derecho, pues ésta requerirá inexorablemente de la ponderación y raciocinio que éste haga de la norma al ser imposible, en la mayoría de los casos, que aquélla reglamente en todos sus pormenores la situación concreta planteada ante el juzgador.

¹⁸⁴ *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, Tercera Sala, t. CXIX, p. 418.

¹⁸⁵ “Mas no hay que olvidar que la afirmación de que una ley prevé una situación jurídica, supone la previa exégesis del texto. Desde este punto de vista, la interpretación es tarea anterior al acto por el cual el derecho objetivo es aplicado. El que tal cosa suela desconocerse obedece a la falsa creencia de que hay leyes que no es necesario interpretar”. García Maynez, Eduardo, *op cit.*, nota 133, p. 357.

En efecto, “en todo acto de aplicación o de delegación hay que admitir un margen de libertad, en cuya ausencia ningún precepto normativo podría cumplirse”.¹⁸⁶

Hemos dicho que entre las garantías establecidas en el artículo 14 constitucional se encuentra la de que las sentencias en los juicios civiles deberán ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley; ahora bien, debemos preguntarnos porqué es necesario que el juez aplique la norma, tal y como se encuentra descrita en el ordenamiento jurídico, cuando ésta prevea el caso concreto.

Podemos contestar esta interrogante siguiendo los términos de Hans Reichel¹⁸⁷ al afirmar que:

- a) La misión de los jueces y tribunales consiste en la aplicación del derecho objetivo a casos singulares. Ahora bien, si la formulación y determinación de este último se hace fundamentalmente en los Estados modernos a través de la ley, resulta obvio que, cuando la ley existe, los órganos jurisdiccionales deban sujetarse a ella.
- b) Como el fin próximo del derecho es el orden, y el mejor modo de asegurarlo consiste en dar a los preceptos jurídicos la claridad, firmeza y permanencia de las leyes escritas, tales leyes deberán ser fielmente respetadas por los tribunales.
- c) A la idea de orden se encuentra íntimamente enlazado el principio de la publicidad del derecho. En la medida de lo posible, éste debe ser conocido por todo el mundo, y el mejor modo de darlo a conocer es escribirlo. Pero sería inútil escribir el derecho si su formulación oficial (contenida en la ley) no fuese respetada por los órganos encargados de aplicarlo.
- d) El derecho ha de ser igual para todos. Este postulado es de realización más fácil cuando el derecho se formula por medio de preceptos escritos, que todo el mundo puede conocer y que a todos se aplican sin distinción de personas.
- e) Otro postulado del derecho es la unidad. Pero el consuetudinario tiende a cambiar en cada región. La existencia de leyes generales, a las que el juez se halla sujeto, favorece, en cambio, la unidad del ordenamiento jurídico. La exigencia de unidad es otra de las razo-

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 352.

¹⁸⁷ Reichel Hans, *La ley y la sentencia*, trad. de Miñana Villagrasa, Madrid, 1921, p. 60. Citado por García Maynez, *op. cit.*, nota 133, p. 356.

nes que justifican el sometimiento del juez a las leyes debidamente promulgadas.

- f) El respeto a la ley, por parte de los jueces, es la mejor garantía de la libertad verdadera. El ciudadano no debe quedar expuesto al capricho y la arbitrariedad, sino sometido a una justicia firme, que se administre de acuerdo con principios oficialmente establecidos y claramente identificables. Tal desiderátum no podría lograrse si se concediese al juez la facultad de apartarse de la ley, cuando ésta prevé el caso sometido a su conocimiento y decisión.¹⁸⁸

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La superación del positivismo no lleva a la libre creación judicial del derecho, a la interpretación ilimitada de la norma, al uso alternativo del derecho.

La ley es insustituible por ser expresión del principio democrático. Las democracias no admiten otro sistema de regulación, ni por poderes absolutos, ni por jueces pretendidamente redentores.

La interpretación uniforme exige igualdad ante la ley, objetividad y certeza del derecho, predictibilidad y seguridad de las normas, como exigencia de una sociedad libre. El juez no es ni órgano ciego, ni señor del derecho.¹⁸⁹

La justicia debe ser signo manifiesto de seguridad y confianza ciudadana. La interpretación de jueces y tribunales hecha con racionalidad argumentativa y con justicia, debe comenzar a ser una realidad cotidiana y común de la que puedan beneficiarse un mayor número de mexicanos que así lo anhelan y demandan.

¹⁸⁸ “Los jueces son tan moralmente responsables como todos nosotros y el mero hecho de fundar sus decisiones en normas jurídicas positivas no los exime de su responsabilidad moral por tales decisiones”. Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 62, p. 297.

¹⁸⁹ García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 76, pp. 49 y ss.