



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

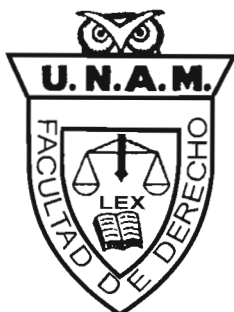
SEMINARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO

**Certeza Jurídica e Interpretación:
Funciones y Límites del Sistema
Jurisprudencial Mexicano como Medio
de Control de la Decisión Jurisdiccional**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ADÁN CID AGUILAR.

ASESOR:

MTRA. MARÍA ELODIA ROBLES SOTOMAYOR



MÉXICO, D. F.

24 DE MAYO DEL 2004



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.





UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

ING. LEOPOLDO SILVA GUTIÉRREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR, UNAM
P R E S E N T E .

El C. CID AGUILAR ADAN, con número de cuenta 93383015, elaboró en este Seminario bajo la dirección de la Mtra. María Elodia Robles Sotomayor, el trabajo de investigación intitulado: "CERTEZA JURÍDICA E INTERPRETACIÓN: FUNCIONES Y LIMITES DEL SISTEMA JURISPRUDENCIAL MEXICANO COMO MEDIO DE CONTROL DE LA DECISIÓN JURISDICCIONAL". La tesis de referencia satisface los requisitos necesarios, por lo que con apoyo en la fracción VII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo mi aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

Sin otro asunto, le reitero mi más amplio agradecimiento y respeto.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Cd. Universitaria, 27 de mayo de 2004

MTRA. MA. ELODIA ROBLES SOTOMAYOR
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO



SEMINARIO DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO

Dedicada a
ALBERTO F. SENIOR

Agradecimientos

A mi familia:

A mis padres, Martha Aguilar y Antonio Cid, por todo el sacrificio incommensurable para hacer de cada uno de sus hijos personas de bien y respetuosos de la dignidad humana. Sólo gracias a ustedes siempre fue posible saber que los diferentes avatares de la vida, se afrontan bien sobre la base de llevar afuera de casa los valores morales que siempre nos infundieron. Gracias madre, por exigirme constantemente humildad de espíritu y generosidad en mis acciones hacia los demás. Gracias papá, por mostrarme con el ejemplo que la verdadera hombría está en trabajar duramente y en cuidar a la familia. Gracias papás, por su lucha incansable de quitarnos del yugo de la ignorancia, que es la peor de las injusticias.

A mis hermanos, María, Pilar, Leticia, Israel y Braulio; por hacer de este, su hermano menor, una persona afortunada que siempre tuvo ya hecho el camino libre de todo obstáculo. Por su ejemplo, por sus enseñanzas, por sus reprimendas; por nunca dejar que me perdiera en la senda equivocada de la corrupción moral y de la estupidez.

Muy en especial quiero agradecer a mi hermana María y a su esposo Víctor, así como a sus hijos Víctor Hugo y Angélica. No sólo por su apoyo en todos los sentidos, gracias a lo cual puede terminar la Universidad y la Tesis; sino sobre todo por tratarme y hacerme sentir como un integrante más de la familia. Gracias padrinos.

A ti, Melyna: por no dejarme caer. Porque siempre estuviste ahí, cuando no me quedó ninguna fuerza. Por seguir creyendo en mí, pese a toda circunstancia en contrario. Por el tiempo; y por siempre estar, indefectiblemente, tras de todas las cosas.

A mis amigos:

A Miguel Cabrera Enríquez, Ricardo Martínez Estrada, Juan Carlos Maltos Mitre y Amilkar Chilian Ruiz. Por su amistad incondicional y por su ayuda; también por las irrepetibles e innumerables juergas. Por hacer de mi paso por la Universidad un camino viable e invaluable.

A Mario Alberto García Rojas, Armando Acosta Galindo, Alejandro Ramírez Cardoso, Juan Manuel Rojas Hernández, José Chirino Figueroa, Jorge Ríos Godínez, María Luisa Rodríguez García, Gabriela Hernández Segura, Luis Rojo Rosalío y Marco A. García Escalante. Amigos y compañeros del Despacho, por sus enseñanzas y por su solidaridad. A Saúl Patiño Lara y Juan Carlos López González, por su amistad. Especialmente agradezco a Héctor Álvarez Chávez, no sólo porque todo lo que bien pude aprender de práctica forense se lo debo a él, sino principalmente por dejarme siempre bien en claro que no hay días de semana ni deshoras de la madrugada, para un amigo inoportuno.

A Don Enrique Fuentes León, por la oportunidad de auxiliar en la labores de su prestigioso Bufete, así como por la inmerecida posibilidad de compartir sus conocimientos en materia jurídica. A Enrique Fuentes Ladrón de Guevara, muy especialmente, porque además de haber sido para mí un Guía, siempre fue mi amigo. Al Magistrado Marco Antonio Ramírez Cardoso, por toda su generosa ayuda para la prestación de mi servicio social.

Agradecimiento Especial.

A la Maestra María Elodia Robles Sotomayor. Por dedicar mucho de su valioso tiempo para la dirección de esta tesis, no obstante sus múltiples ocupaciones como titular del Seminario de Filosofía del Derecho.

Por sus enseñanzas, por compartir sus invaluable conocimientos, por sus sabios consejos. Pero sobre todo por su infinita paciencia, la cual nunca dejó de hacerse presente ante las inquietudes y equívocos de un alumno torpe.

A la Secretaría del Seminario del Filosofía del Derecho, por su eficiencia y por toda la ayuda brindada.

Al profesor Federico Alcalá Méndez, por haberse tomado la molestia de leer el borrador de esta tesis, así como por sus puntuales y útiles observaciones.

Í N D I C E

Pág.

INTRODUCCIÓN.....	I
-------------------	---

CAPÍTULO 1. DECISIÓN JURISDICCIONAL Y DISCRECIONALIDAD.

1.1. La función jurisdiccional.....	2
1.2. Los órganos jurisdiccionales.....	14
1.3. La decisión jurisdiccional.....	18
1.4. Decisión jurisdiccional y discrecionalidad.....	24

CAPÍTULO 2. LA DISCRECIONALIDAD JURISDICCIONAL.

2.1. La discrecionalidad jurisdiccional.....	29
2.2. Fuentes de la discrecionalidad jurisdiccional.	
2.2.1. El lenguaje del derecho.....	35
2.2.2. Las antinomias normativas.....	40
2.2.3. Las lagunas del derecho.....	44
2.3. Áreas de la discrecionalidad jurisdiccional.....	46
2.4. Tipos de control de la discrecionalidad jurisdiccional.	
2.4.1. Control institucional de la decisión jurisdiccional.	
2.4.1.1. Noción de control institucional.....	49
2.4.1.2. La responsabilidad jurídica de los órganos jurisdiccionales.....	51
2.4.1.3. El sistema de impugnaciones de la decisión jurisdiccional.....	52
2.4.2. Control doctrinal de la decisión jurisdiccional.	
2.4.2.1. Noción de control doctrinal.....	55
2.4.2.2. Control de racionalidad lógica.....	57
2.4.2.3. Control de racionalidad práctica.....	61

	Pág.
2.4.2.4. Control de razonabilidad.	64
 CAPÍTULO 3. INTERPRETACIÓN JURISDICCIONAL Y DISCRECIONALIDAD.	
3.1. La interpretación jurisdiccional.	70
3.2. Decisión interpretativa y discrecionalidad.	78
3.3. Los métodos jurídicos de interpretación.	
3.3.1. Control institucional de la decisión interpretativa.....	84
3.3.2. Finalidad de la interpretación jurisdiccional.	94
3.4. Interpretación jurisdiccional y certeza jurídica.	97
 CAPÍTULO 4. EL SISTEMA JURISPRUDENCIAL MEXICANO Y EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD INTERPRETATIVA.	
4.1. La jurisprudencia mexicana.	102
4.2. La jurisprudencia mexicana como medio de control de la decisión interpretativa.	107
4.3. Límites y conflictos del control institucional de la jurisprudencia mexicana.	110
 CONCLUSIONES.	 115
 BIBLIOGRAFÍA.	 121

I N T R O D U C C I Ó N .

Toda persona no sólo tiene derecho de saber qué es lo que manda la ley, sino que además tiene la necesidad de saberlo. La única forma de acatar las diferentes disposiciones jurídicas, es *conociendo* previamente cuál es la conducta debida. Esto también es válido, por cierto, para que pueda reclamar el respeto a sus propios derechos, incluido el mencionado. Sin embargo, no todo es tan sencillo como a primera instancia parece. Y es que, ciertamente, no es un caso que contra toda idea inicial, los ciudadanos vean frustradas sus expectativas sobre lo que suponían decía el Derecho. Y entonces, no sólo ven perder sus bienes, y su prestigio social; sino también su libertad y, en ocasiones, hasta su vida. Y se dice que el Derecho es *injusto*.

Es probable que en todo esto, medie un problema de apreciación: por definición, los ciudadanos son legos en materia jurídica. Pero existen los especialistas, los juristas, ese grupo de iniciados en los entresijos de las leyes. Para el abogado particular, en la mayoría de los casos, siempre es posible *encuadrar* de algún modo el reclamo de su cliente, si bien esto –le advierte– a reserva de lo que diga el juez: éste es la única persona encargada de administrar justicia. Es factible, luego, que el juez dé la razón a la parte contraria e, inclusive, a ninguno de los litigantes. ¿Qué ordena, entonces, el Derecho?

El académico, por su parte, tiene su propia versión. Y así es que, para éste, existe una *teoría* en base a la cual es posible explicar, a partir de unos cuantos postulados generales, el funcionamiento del Derecho en general, y los pormenores de una rama o materia de éste en particular. Para los estudiosos más cautos, empero, no está descartada la posibilidad de que tal teoría no sea corroborada en los hechos. Pero además, existen varias teorías. Ya Flaubert ironizaba esta circunstancia –nos recuerda Manuel Atienza– en su *Diccionario de los lugares comunes*, definiendo “derecho” de la siguiente manera: “no se sabe qué es.”

El conocimiento del Derecho, por tanto, no es un problema privativo del ciudadano común, sino que también alcanza a los propios especialistas que suele disentir al respecto.

Y, sin embargo, vemos que cotidianamente se resuelven juicios, y que para éstos se sostiene como *correcta* una única solución. ¿Acaso los jueces no son ellos también juristas y, por ende, padecen de las mismas inseguridades? ¿Qué cualidades especiales otorga ser juez, que como jurista puede discrepar, pero como funcionario público acertar? Para el perdidoso no sólo el Derecho es injusto, sino que la sentencia impuesta es además un *abuso de autoridad*.

Pero, ¿hasta dónde tiene razón el ciudadano común, y hasta dónde el juez? O, dicho en otras palabras, ¿de qué manera los problemas relativos al conocimiento del Derecho, afectan a las expectativas de los ciudadanos y a la función social de resolver controversias? En realidad, como no podía ser de otra manera, ésta es una de las cuestiones más fundamentales de toda la Ciencia Jurídica, y a grado tal que, en ocasiones, se ha considerado que en ella deben centrarse todos los esfuerzos de los estudiosos, en tanto que científicos.

Con todo, el problema de la Justicia del Derecho, o la relación entre éste con aquélla, no ha sido una cuestión ajena al pensamiento jurídico. Es debatido, en efecto, que en cuestiones valorativas la actividad del teórico del Derecho siga siendo propiamente científica, pero independientemente de lo anterior, es cierto que esto no aplica estrictamente a la actividad del funcionario público que, sobre todo, tiene que resolver un problema práctico. La actividad del legislador, por antonomasia, es una actividad de evidente realce político, pero, ¿puede decirse lo mismo de la actividad del juez? O sea, en este sentido, ¿la actividad del juez se ciñe únicamente a resolver los problemas relativos al conocimiento del derecho, o, además de lo anterior, también despliega una función política al dilucidar cuestiones altamente valorativas como la Justicia? La respuesta que a este último cuestionamiento se dé, es sumamente relevante para el gobernado y para la propia función judicial.

Es dentro del anterior contexto esbozado, que se inscribe la presente investigación. La finalidad básica de este trabajo, transita pues entre los siguientes extremos, a saber: ni las expectativas de certeza jurídica de los destinatarios del Derecho pueden ser absolutas,

por más que eso sea lo deseable; ni tampoco las propias decisiones jurisdiccionales son la única solución jurídica correcta, a pesar de que así suelen sustentarse.

Para tal efecto, fue menester exponer en el Capítulo 1, las diversas consideraciones que implica el rol institucional de resolver controversias. Así pues, aquí se abordan los diferentes conceptos de la función jurisdiccional y de los órganos jurisdiccionales, y se destacan sus respectivos presupuestos ideológicos. Particularmente, el estudio se centró en la decisión jurisdiccional, y se le relacionó con el tema de la certeza jurídica; esto, con el propósito de determinar cuáles son sus principales problemas y de qué manera éstos inciden en lo que atañe a las expectativas de certeza jurídica de los destinatarios del Derecho.

Los resultados a que conllevó el anterior estudio, motivaron a que en el Capítulo 2 fuera abordado el problema de la discrecionalidad jurisdiccional. Aquí se examinaron sus diferentes conceptos y fundamentos ideológicos, y además se pormenorizó sobre las fuentes de la discrecionalidad jurisdiccional, dejando asentado al efecto cuáles son las áreas en que ésta se presenta. Finalmente, en este capítulo se procedió a la exposición de los tipos de control, tanto jurídicos como doctrinales, de la discrecionalidad jurisdiccional, destacando en cada caso sus capacidades efectivas y sus límites.

En particular, esta investigación ahondó sobre la relación entre la interpretación jurisdiccional y la certeza jurídica. Así pues, en el Capítulo 3, se examinaron las concepciones más representativas de la interpretación jurisdiccional, y se destacó qué papel juega en éstas la discrecionalidad interpretativa. De igual forma, se analizó el tipo de control que pueden constituir los métodos jurídicos de interpretación, y se señaló la relación que este tema tiene con la finalidad de la interpretación jurisdiccional.

Con el mismo propósito, en el Capítulo 4 fue estudiado el sistema jurisprudencial mexicano, y la relación que éste tiene con el tema del control de la discrecionalidad interpretativa. Se abordaron los diversos conceptos de la jurisprudencia mexicana, y se puso de relieve el tipo de control que ésta constituye al interior de la actividad interpretativa. Por último, se expusieron las diferentes fallas técnicas que la doctrina jurídica nacional localiza

en el sistema jurisprudencial mexicano, y se subrayaron también algunos otros problemas no tan atendidos que influyen en la aplicación de la jurisprudencia.

La última parte de esta investigación, está compuesta por algunas observaciones que se enuncian a modo de conclusiones. Se trata de conclusiones cuyo carácter está condicionado por el objeto de estudio del presente trabajo, o sea, por las diversas consideraciones de los estudiosos, que contemplamos bajo el rótulo genérico de *doctrina jurídica*. Nuestras observaciones, luego, no son aseveraciones sobre lo que de hecho es la función jurisdiccional, la discrecionalidad jurisdiccional, etc., sino consideraciones conceptuales (de segundo nivel) en relación con lo que de hecho afirman al respecto los juristas.

Esto quiere decir que, al menos en principio, dentro de lo que nos fue posible no emitimos ningún juicio valorativo acerca de la primacía de alguna postura doctrinal sobre otra, pero lo cual tampoco fue óbice para adoptar algunas convenciones terminológicas y conceptuales (por lo demás de curso corriente en la literatura jurídica), y para proceder al análisis exhaustivo de ciertas posiciones más que de otras. Sin embargo, hay que reconocer, somos concientes de que en la base de este trabajo subyacerán siempre opciones valorativas no advertidas o presupuestas, y que en último término sugerirán nuestra preferencia hacia una ideología y no hacia otra. Pensar lo contrario no sería serio, sino hasta ingenuo, de nuestra parte.

En lo personal, somos de la opinión de que el rigor metodológico es sólo un recurso para expresar ideas claras, de modo que en lo que atañe a nuestra investigación podrá decirse que aquel instrumentos funcionó bien (o mal), si es que a su través fue posible decir las cosas más importantes que, por cierto, siempre tienen que ver con los valores de los seres humanos.

La seguridad jurídica es uno de esos valores, propiciado por la constitución misma del Derecho: es un valor esencialmente jurídico. Pero desde el momento en que se le relaciona con la esfera particular de los destinatarios del Derecho, llamada ahora certeza

jurídica, se trata de una cuestión de hecho inmersa en las relaciones sociales más básicas y elementales. En muchas ocasiones, pues, no es que el Derecho sea injusto ni que el juez se base únicamente en su posición de autoridad, pero tampoco lo es que éste, por el sólo hecho de ser autoridad, sepa descubrir la única solución jurídica correcta. En realidad, la función social de resolver controversias, no sólo encuentra su legitimidad en la aplicación de unas cuantas normas jurídicas más o menos claras y preexistentes, sino sobre todo en la virtud de saber llevar al caso particular el reclamo de una solución justa: la historia de la humanidad siempre ha enseñado que en ésta, en la justicia, radica la única base perdurable de la legitimidad del Derecho y de la judicatura. No es tampoco cierto que no se sepa qué es el derecho; lo que sucede es que, el conocimiento de éste, tiene límites inherentes a la propia condición humana, la cual, afortunadamente, también propicia a la ponderación de los valores y a la constante reconsideración de qué es el Derecho y qué queremos que sea.

C A P Í T U L O 1.

Decisión Jurisdiccional y Discrecionalidad.

1.1. La función jurisdiccional.

Sin duda, la resolución de controversias es uno de los principales roles institucionales que instaura el derecho. En la literatura jurídica, su conocimiento suele ser abordado a partir de dos elementos básicos íntimamente relacionados. El estudio del primero de ellos plantea el tema de la función jurisdiccional, mientras que el tratamiento del segundo hace lo propio pero en relación a los órganos jurisdiccionales. En ambos casos, empero, se encuentran inmersas consideraciones varias de diversa índole que es preciso diferenciar.

En efecto, podemos ver que, en ocasiones, lo que los estudiosos tratan es de dilucidar en qué consisten de hecho la función jurisdiccional y los órganos jurisdiccionales, inquiriendo al efecto cuáles son las propiedades o notas características que identifican a cada elemento. Otras veces, en cambio, resulta evidente que el propósito radica en determinar el tipo de normas sobre las cuales aquéllos se erigen. Lo usual, valga decir, es que ambos tipos de estudio formen parte de los objetivos de una misma investigación, de modo tal que frecuentemente el desarrollo de uno presuponga o requiera el desarrollo del otro. En general, pues, se trata de una investigación conceptual, pero mientras que en el primer caso domina un objetivo teórico, o sea, responder a una cuestión de hecho; en el segundo caso, por el contrario, el punto de vista preponderante es normativo y, por ende, lo que se pretende contestar es una cuestión normativa.

Con todo, es cierto que el conocimiento de este rol institucional no suele resolverse en una cuestión puramente conceptual. De hecho, el desarrollo de esta última suele estar presidido y condicionado por ciertas presuposiciones valorativas altamente influyentes en el terreno metodológico, mismas que han de conformar el tratamiento ideológico de esta materia.

Es importante, luego, tener presente la variedad de cuestionamientos que implica el estudio de esta materia, siquiera porque con su deslinde es posible advertir de una manera más clara la problemática particular que cada uno de ellos plantea. En lo sucesivo, pues, y

siguiendo para ello un mismo orden expositivo, se abordarán las diferentes cuestiones conceptuales (teóricas y normativas) e ideológicas más sobresalientes del rol institucional de resolver controversias.

Pues bien, bajo el tenor propuesto, lo primero que cabe decir es que la función jurisdiccional y los órganos jurisdiccionales, suelen ser concebidos teóricamente como dos conceptos diversos. En términos generales, se menciona que la primera es una *función estatal* y que los segundos son ciertos *órganos estatales*. Esta diferenciación, en el fondo, tiene que ver con el principio de división de poderes¹.

Al respecto, se explica que dicho principio implica, en realidad, una doble división, o sea, la de las funciones estatales y la de los órganos del Estado, y ello porque dentro de este contexto el término “poder” se refiere tanto a unas como a otros². En base a lo anterior, pues, es comprensible que en ocasiones la expresión “poder estatal” sea utilizada para aludir tanto a la función jurisdiccional, como a los órganos jurisdiccionales: particularmente, se dice que la primera es *poder jurisdiccional* y que los segundos conforman lo que se conoce como *poder judicial*. Sin embargo, el inconveniente que aquí surge es que estas dos últimas denominaciones frecuentemente son empleadas con diferentes sentidos, cada uno de los cuales plantea una problemática diversa.

Podemos decir que, desde el punto de vista teórico, el sentido más genérico que reciben las expresiones “poder jurisdiccional” y “poder judicial”, dentro del contexto del principio de división de poderes, alude ya a una determinada organización institucional del poder público³. Y es que, fundamentalmente, el referido principio supone un sistema de reparto del poder público, mismo que, empero, ha conocido históricamente dos diferentes técnicas de organización: una que provee a la independencia recíproca de los órganos del

¹ Cfr. GARRIDO FALLA, FERNANDO, voz “funciones del estado”, en *Nueva enciclopedia jurídica*, t. X, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1978, pp. 512 y 513; y MARTÍNEZ MARULANDA, DIEGO, *Fundamentos para una introducción al derecho*, Universidad de Antioquia, Medellín, 2000, pp. 362 y 363.

² Cfr. GUASTINI, RICCARDO, *Estudios de teoría constitucional*, Trad. María Bono López, Fontamara, México, 2001, pp. 59 y 60.

³ Cfr. SAAVEDRA LÓPEZ, MODESTO, “Jurisdicción”, en *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Num. II, Trotta, 2ª edición a cargo de Ernesto Garzón Valdés y otro, Madrid, 2000, p. 223; y GARRONE, JOSÉ ALBERTO, voz “organización judicial”, en *Diccionario jurídico Abeledo-Perrot*, t. II, Abeledo-Perrot, 2ª edición, Buenos Aires, 1993, pp. 645 y 646.

Estado y a la especialización –exclusividad– de las funciones estatales entre cada uno de éstos; y otra que lo hace al control e influencia recíproca de los primeros y a la distribución –no ya especializada– de las funciones entre una pluralidad de órganos⁴.

Así pues, y de conformidad con la última técnica referida, se considera que en la actualidad la función jurisdiccional está encomendada por lo general a los órganos judiciales, y sólo excepcionalmente a los órganos administrativos y a los órganos legislativos, inclusive. Problema a parte, por cierto, es el que se refiere a que los órganos jurisdiccionales puedan realizar, siquiera por excepción, actos que incumben a la función administrativa y a la función legislativa. En este otro caso, en la doctrina jurídica suele aceptarse sin mayores dificultades que los órganos judiciales realizan actos administrativos, *v. gr.* los nombramientos de empleados y funcionales judiciales⁵, pero no puede decirse lo mismo en relación a que tales órganos efectúen actos legislativos, *i. e.* actos creativos de derecho.

En cualquier caso, lo que importa retener por ahora es que estamos ante dos asuntos diferentes. El primero de ellos, nada discutido, se refiere a que una de las características más básicas tanto de la función jurisdiccional como de los órganos jurisdiccionales, consiste en que ambos elementos cuentan con una determinada *organización institucional*; el segundo asunto, éste sí altamente controvertido, es si los órganos jurisdiccionales efectúan o no actos que importan el ejercicio de otras funciones estatales, sobre todo tratándose de la función legislativa. Para conocer los lineamientos de este último cuestionamiento, es menester profundizar en el problema de la diferenciación entre la función jurisdiccional y las otras funciones estatales.

En principio, se considera que la función jurisdiccional es conceptualmente diferente a la función administrativa y a la función legislativa, diciéndose al efecto que la primera es una *función autónoma* que se contrapone y distingue a las otras funciones

⁴ Cfr. CAVERO GÓMEZ, MANUEL, voz “división de poderes”, en *Diccionario espasa jurídico*, Espasa Calpe, Madrid, 2001, p. 606; y FRAGA, GABINO, *Derecho administrativo*, Porrúa, 36ª edición, México, 1997, pp. 28 y 29.

⁵ En este sentido, *Vide*: ECHANDÍA DEVIS, HERNALDO DE, *Teoría general del proceso: aplicable a toda clase de procesos*, t. I, Universidad, Buenos Aires, 1984, p. 74.

públicas, precisamente en base a las notas características que la identifican. La raíz de esta diferenciación, nuevamente, es el principio de división de poderes⁶, y ello por la buena razón de que para éste las funciones que el Estado cumple son precisamente aquellas tres, o sea, la función legislativa, la función administrativa y la función jurisdiccional. El trasfondo teórico de esta tripartición, concretamente, descansa en los postulados de la doctrina clásica de los actos del Estado que el mencionado principio recoge, según la cual todos éstos pueden reagruparse en tres grandes categorías, a saber: actos legislativos, actos administrativos y actos jurisdiccionales⁷.

Pues bien, vista de esta manera, la función jurisdiccional es esencialmente *actividad jurisdiccional*, y partiendo de lo anterior los estudiosos se han afanado primordialmente por dilucidar las propiedades o notas características que en exclusiva la identifican, con total independencia o dejando en un segundo plano de importancia al órgano estatal que la ejerza. Suele llamarse a este método de investigación “criterio material” de la función jurisdiccional, y frente al cual se opone otro método denominado “criterio formal” que atiende, más que a la actividad jurisdiccional misma, al órgano del Estado que la ejerce⁸. Con todo, cabe decir que el examen pormenorizado muestra que en la práctica ambos criterios se traslapan uno a otro, y ello a pesar de cualquier manifestación expresa o intento en contrario. Esto es especialmente cierto, a propósito de una de las principales características materiales que suelen predicarse de la función jurisdiccional.

En efecto, es común mencionar que tal función consiste en la resolución de *controversias*, o sea, casos jurídicos en lo que se plantea la formulación de pretensiones y la correlativa resistencia a éstas; pero basta ya con esta sola mención, para encontrar en la doctrina jurídica serias oposiciones. Se dice que no todos los *casos concretos* de los que habitualmente se hacen cargo los tribunales, revisten estrictamente ese perfil, *v. gr.* la jurisdicción voluntaria, el proceso penal; y es en atención a lo anterior que se hace menester

⁶ Cfr. CARLOS, EDUARDO B., voz “jurisdicción”, en *Enciclopedia jurídica OMEBA*, t. XVII, Bibliográfica O.M.E.B.A., Buenos Aires, 1963, p. 540.

⁷ Cfr. GUASTINI, RICCARDO, *op. cit.*, p. 60.

⁸ Para el conocimiento de ambos criterios, *Vide*: GARRONE, JOSÉ ALBERTO, voz “jurisdicción”, *op. cit.*, t. II, p. 374. Para una opinión a favor del criterio formal, *Vide*: GUASTINI, RICCARDO, *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*, Trad. Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 249.

acudir entonces al *órgano judicial*, para poder diferenciar aquellos casos concretos, de otros que se ventilan en la sede administrativa⁹. Pero lo anterior tiene ya consecuencias relevantes para el concepto teórico de la función jurisdiccional.

Por un lado, podemos advertir que el uso más frecuente de la expresión “función jurisdiccional”, suele reivindicar como elemento definitorio determinante al “órgano judicial”. Lo mismo puede decirse de otras expresiones lingüísticas que son manifiestamente empleadas en el mismo sentido, v. gr. “función judicial”, “administración de justicia” y “jurisdicción”¹⁰. En cualquier caso, el uso de todas ellas presupondría, en rigor, la primera técnica de organización del poder público mencionada, además de que aquí primaría un criterio formal de distinción de la función jurisdiccional. Convendremos denominar a esta postura, pues, *concepción formal de la función jurisdiccional*.

Pero además, por otro lado, es cierto que “función jurisdiccional” también suele ser empleada en un sentido más o menos diverso que el anterior, al igual y como sucede con “jurisdicción”, con “administración de justicia” y con “función judicial”¹¹. Concretamente, el otro sentido de “función jurisdiccional” no reivindica con carácter exclusivo al órgano judicial, sino que, primordialmente, atiende a la “función estatal” en cuanto tal. Según esto, la actividad jurisdiccional es efectuada por los órganos judiciales, pero también por los órganos administrativos y por los órganos legislativos, inclusive¹². Así las cosas, esta otra concepción sería acorde con la segunda técnica de organización del poder público, que en la actualidad la doctrina jurídica atribuye al principio de división de poderes, además de que aquí predominaría un criterio material de distinción de la función jurisdiccional. A esta postura, por tanto, la denominaremos *concepción material de la función jurisdiccional*.

⁹ Cfr. REQUEJO PAGÉS, JUAN LUIS, *Jurisdicción e independencia judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 38–90; y OTTO, IGNACIO DE, *Estudios sobre el poder judicial*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989, pp. 19–24.

¹⁰ En este sentido, Vide: MOTO SALAZAR, EFRAÍN, *Elementos de derecho*, Porrúa, 16ª edición, México, 1972, p. 117; y GARCÍA-ESCUDERO, PIEDAD, voz “tutela judicial efectiva”, en *Diccionario espasa jurídico*, op. cit., p. 1406.

¹¹ Cfr. RAMÍREZ GRONDA, JUAN D, voz “jurisdicción”, en *Diccionario jurídico*, Heliasta, 9ª edición, Buenos Aires, 1986, p. 187; FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, voz “administración de justicia”, en *Diccionario jurídico mexicano*, t. A-CH, Porrúa-UNAM, 9ª edición, México, 1996, pp. 104–106; y ECHANDÍA DEVIS, HERNALDO DE, op. cit., pp. 68 y 74.

¹² En este sentido, Vide: OVALLE FAVELA, JOSÉ, *Teoría general del proceso*, Harla, 3ª edición, México, 1996, pp. 113–117.

Sin embargo, cabe poner de relieve que, aún en la concepción material de la función jurisdiccional, no puede decirse que el órgano judicial no siga jugando un papel relevante. Lo que sucede es que, en realidad, aquí se siguen presuponiendo ciertas cualidades que suelen ser características, sobre todo, de los órganos judiciales, a saber: la independencia y la imparcialidad¹³. Esto pone de manifiesto más claramente la inevitable implicación conceptual entre la función jurisdiccional y los órganos jurisdiccionales, que en último análisis se reclaman recíprocamente. Por lo demás, en la doctrina jurídica no cabe duda que los órganos judiciales son, o deben ser, fundamentalmente independientes e imparciales en el ejercicio de la función jurisdiccional. Por lo tanto, debe tenerse en cuenta que la presencia de tales cualidades, constituye una insoslayable condicionante para aplicar con propiedad el rótulo de “función jurisdiccional” a algunas actividades que se consideran actos jurisdiccionales, a pesar de ser realizadas por órganos diferentes a los judiciales, *i. e.* órganos administrativos y órganos legislativos.

Con las reservas expuestas, pues, en este trabajo hemos optado por utilizar la expresión “función jurisdiccional” en el segundo sentido apuntado, sobre todo porque de esa manera es posible comprender las diversas observaciones acerca de la función jurisdiccional.

Ahora bien, la característica sobre la cual se ha debatido más acuciantemente en el seno teórico, es la siguiente. Tradicionalmente, se ha sostenido que la función jurisdiccional consiste en la *aplicación del derecho*, sin embargo, también es cierto que recientemente se le ha venido reivindicando como un supuesto genuino de *creación de derecho*. De hecho, hay que decir que hoy en día existe una tendencia generalizada a considerar muchos de los productos de la función jurisdiccional, como creación de derecho, *v. gr.* la sentencia judicial¹⁴, la jurisprudencia. (Cfr. *infra*. § 4.1.). Lo mismo puede decirse de varias

¹³ Cfr. ORTEGA MEDINA, CLAUDIA L., “La función jurisdiccional del Estado”, en *Revista de la facultad de derecho*, t. XL, Nos. 172–173–174, julio–diciembre, México, 1990, p. 131; MONTERO AROCA, JUAN, “Potestad, órgano y función jurisdiccionales”, en *Ciencia Jurídica*, Año 5, t. II, No. 9, julio–diciembre, Los Mochis, Sin., México, 1986, p. 132; y REQUEJO PAGÉS, JUAN LUIS, *op. cit.*, pp. 56 y 57.

¹⁴ En este sentido, *Vide*: TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO, *Elementos para una teoría general del derecho: introducción al estudio de la ciencia jurídica*, Themis, reimpresión a la 2ª edición, México, 2001, pp. 153–156; y ASIS ROIG, RAFAEL DE, *Jueces y normas: la decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995, p. 235.

operaciones que tiene que realizar el órgano jurisdiccional para resolver una controversia, v. gr. la interpretación del derecho, la solución de las antinomias normativas, o bien, la integración de las lagunas del derecho. (Cfr. infra. § 2.2.). Por cierto, las anteriores aseveraciones no conllevan a sostener, en la mayoría de los casos, que no haya diferencias dignas de atención entre la función legislativa y la función jurisdiccional tomadas en su conjunto, pero lo cual tampoco niega el carácter creativo de derecho de algunos actos de los órganos jurisdiccionales.

En realidad, respecto a esta cuestión, la doctrina jurídica se encuentra lejos de llegar a un acuerdo, de manera que las disidencias suelen oscilar entre la toma de posturas extremas y excluyentes, a la adhesión de posturas más o menos eclécticas y conciliadoras.

Así pues, de conformidad con el primer tipo de teorías, o se afirma que la función jurisdiccional consiste únicamente en la aplicación del derecho, o bien, se asevera que aquélla consiste únicamente en la creación de derecho¹⁵. Todo parece indicar que, al menos planteada esta misma problemática como una cuestión de hecho, las teorías eclécticas son las que han recibido mayores adeptos.

Por un lado, está aquella teoría según la cual la función jurisdiccional consiste simultáneamente en la aplicación y creación de derecho, pero a pesar de su evidente influencia en el pensamiento jurídico, tampoco se ha visto exenta de algunas observaciones¹⁶.

Para los críticos, por otro lado, la solución está en descubrir la “uniformidad deformante” por la que apuestan uno y otro posicionamiento teórico, a costa de considerar como del mismo tipo todos los casos jurídicos que se presentan a resolución: mientras que

¹⁵ Para la primera postura, *Vide*: PINA, RAFAEL DE, y otro, voz “jurisdicción”, *Diccionario de derecho*, Porrúa, 31ª edición, México, 2003, p. 339. El ejemplo paradigmático de la segunda postura suele atribuirse al teórico estadounidense John Chipman Gray, *Vide*: CARRIÓ, GENARO R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, 4ª edición, Buenos Aires, 1990, p. 112.

¹⁶ Para una postura en este sentido, *Vide*: KELSEN, HANS, *Teoría general del derecho y del estado*, Trad. Eduardo García Máynez, UNAM, 2ª edición, 5ª reimpresión, México, 1995, pp. 157 y 159; *Id.*, *Teoría pura del derecho*, Trad. Roberto J. Vernengo, Porrúa, 9ª edición, México, 1997, pp. 246-248. Para una crítica a esta postura, *Vide*: RUIZ MANERO, JUAN, *Jurisdicción y normas: dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 65, 93 y 94.

para la primera posición todos los casos pueden ser resueltos mediante la aplicación del derecho preestablecido, para la segunda, en cambio, la resolución de todos los casos implica siempre creación de nuevo derecho. Pero ni todos los casos –se dice– son del mismo tipo, ni todos por ende representan los mismos problemas para el órgano jurisdiccional; habrá “casos fáciles” cuya resolución pueda no requerir más que la aplicación de ciertas normas jurídicas, pero también habrá “casos difíciles” cuya solución no esté determinada por tales normas y que, para tal efecto, sea menester acudir a otro tipo de estándares adicionales al derecho¹⁷.

Comoquiera que sea, lo cierto es que la problemática que se suscita a propósito del concepto de función jurisdiccional, no suele resolverse en una mera cuestión de hecho. Al lado de ésta, se encuentra otra cuestión que indaga acerca del tipo de normas sobre la cuales se erige la función jurisdiccional, y que da pauta a los diversos conceptos normativos de ésta.

Desde este otro ámbito, pues, se piensa que tal función consiste sobre todo en un *poder jurisdiccional*, queriendo decir en este caso que aquélla supone una “potestad”, “facultad” o conjunto de “poderes específicos”, para juzgar o enjuiciar¹⁸. Sin embargo, y aún sin negar la veracidad del anterior aserto, en opinión de otros autores la función jurisdiccional implica ciertos *deberes* generalmente impuestos por el propio ordenamiento jurídico, a saber: el deber de aplicar el derecho, el deber de fundamentar las decisiones y el deber general de juzgar¹⁹. Ante esta tesitura, por cierto, en ocasiones se ha optado por dar preferencia a alguno de ambos extremos²⁰, o bien, en concebir de plano la función jurisdiccional como una cualificada “potestad–deber”²¹.

¹⁷ Para esta postura, *Vide*: CARRIÓ, GENARO R., *op. cit.*, pp. 55–72.

¹⁸ En este sentido, *Vide*: SAAVEDRA LÓPEZ, MODESTO, *op. cit.*, p. 223; y MARTÍNEZ MARULANDA, DIEGO, *op. cit.*, p. 362.

¹⁹ En este sentido, *Vide*: ALCHOURRÓN, CARLOS E., y otro, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, 2ª reimpression de la 1ª edición, Buenos Aires, 1993, p. 210.

²⁰ En este sentido, *Vide*: HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Trad. Genaro R. Carrió, Abeledo–Perrot, 2ª edición (reimpression), Buenos Aires, 1995, p. 120.

²¹ En este sentido, *Vide*: FLORES GARCÍA, FERNANDO, voz “jurisdicción”, en *Diccionario jurídico mexicano*, t. I–O, *op. cit.*, p. 1885.

Para otros estudiosos, finalmente, las anteriores posiciones incurren en muchos excesos, y ello porque tan impreciso es concebir dicha función únicamente en base al primer tipo de normas, como hacerlo sólo en base a las segundas. Al respecto, se asevera que una caracterización más precisa de la función jurisdiccional tendría que reivindicar *todas las modalidades jurídicas* que ella implica, *i. e.* “poderes” (potestades o facultades), “deberes”, “limitaciones o incompetencias”, “inmunidades” y “sujeciones”. Así pues, al conjunto de normas y/o modalidades jurídicas que constituyen a aquélla, suele llamarse sistema o status normativo de los jueces²². Por nuestra parte, y siguiendo para ello los presupuestos de nuestra investigación, convendremos denominarlo *sistema normativo de los órganos jurisdiccionales*.

Con todo, cabe decir, el tema de la función jurisdiccional tampoco se agota en su conceptualización normativa, antes bien, nosotros diríamos que a propósito de ésta se abre ya en la literatura jurídica un capítulo que es el que realmente se encuentra en el fondo de toda polémica, a saber: la cuestión ideológica. En efecto, desde este ámbito eminentemente valorativo, de lo que se trata, sobre todo, es de fundamentar ideológicamente el conjunto de deberes institucionales de los órganos jurisdiccionales.

Así tenemos que, por una parte, para lo que podríamos denominar *ideología jurídica tradicional*, los órganos jurisdiccionales “no deben crear derecho”, y ello en base a su particular modo de concebir los siguientes principios jurídico-políticos y/o postulados generales.

En primer lugar, aquí el principio de división de poderes recibe una determinada connotación democrática que apela a la representación popular del cargo, lo cual sirve para explicar la legitimidad de los poderes públicos. Bajo esta tesitura, se sostiene que el único órgano legitimado democráticamente para crear derecho es el legislador, pero no así los órganos jurisdiccionales que en este aspecto son deficitarios. Por lo mismo, se estima que la

²² Cfr. MENDONCA, DANIEL, *Las claves del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2000, pp. 130 y 131; *id.*, “Aplicación del derecho”, en *El derecho y la justicia*, *op. cit.*, p. 267; y CARRIÓ, GENARO R., “Sobre los jueces y su status normativo”, en *Teoría general del derecho. Sus problemas actuales. Estudios en Homenaje a Julio C. Cueto Rúa*, Laclau, Martín y otro (comp.), Heliasta, Buenos Aires, 1986, pp. 39-43.

legitimidad de la judicatura depende de que en el ejercicio de sus funciones, se limite a aplicar únicamente el derecho legislativamente creado.

Lo antedicho tiene que ver, en segundo lugar, con el principio de legalidad, el cual dentro del contexto de esta ideología asume la “versión extrema” del postulado de la vinculación de los órganos jurisdiccionales a la ley, o sea, aquel según el cual los órganos jurisdiccionales tienen el deber de aplicar únicamente la ley.

Pero todo lo anterior, finalmente, lleva consigo una consecuencia todavía más fundamental, a saber: para la ideología jurídica tradicional, en general, *el Poder Judicial no es un poder político*. O sea, dicho más puntualmente, el Poder judicial puede ser considerado en cualquiera de los sentidos que señalamos de la expresión “poder estatal”, *i. e.* como función estatal y/o como órgano estatal, pero no en el mismo sentido político y/o sociológico en que lo son el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo²³.

Por otra parte, sin embargo, en la literatura jurídica reciente se ha venido propugnando por otro tipo de ideología jurídica más o menos diferenciable, que bien podríamos llamar *ideología legal y racional*. Por cierto que aquí, sigue siendo importante que los órganos jurisdiccionales no creen derecho, toda vez que uno de los valores fundamentales que asume esta otra ideología es el valor de la legalidad; esto ha de implicar que se siga manteniendo la diferencia conceptual entre aplicación y creación de derecho, reservando esta última función al legislador. Dentro del contexto de esta ideología, empero, el principio de legalidad reivindica una “versión relajada” del postulado de la vinculación de los órganos jurisdiccionales a la ley, según el cual éstos deben aplicar el derecho, manteniéndose en principio dentro de los límites que proporcionan las normas jurídicas en vigor.

Sin perjuicio de lo anterior, la ideología que estamos tratando reconoce que no siempre tales normas pueden determinar fehacientemente la actuación de los órganos

²³ Para una posición en este sentido, *Vide*: HIERRO, LIBORIO, *Estado de derecho*, Fontamara, 2ª edición, México, 2001, pp. 44, 48-51, y 54.

jurisdiccionales, razón por la cual siempre se abrirán espacios para la valoración. Lo que sucede es que, con independencia de la problemática que puedan suscitar cierto tipo de casos, éstos tienen que recibir una solución jurídica, dado que otro de los deberes de los órganos jurisdiccionales consiste en el deber general de juzgar toda controversia que se les plantee. Con todo, se puntualiza que los órganos jurisdiccionales no son enteramente libres para decidir de cualquier manera, ya que, pese a todo, siguen teniendo el deber de fundamentar sus decisiones. El segundo de los valores fundamentales que asume esta ideología es, pues, el valor de la racionalidad²⁴.

Por todo lo anterior, por último, para la ideología legal y racional la legitimidad de la actuación de los órganos jurisdiccionales ha de ser concebida de una manera más amplia. Dentro de este contexto, el *Poder Judicial sí es un verdadero poder político*, pero la actuación de su legitimidad descansa no tanto ya en la aplicación de las normas jurídicas creadas por el legislador sino, más bien, en la justificación del ejercicio concreto de sus funciones. Para esta otra ideología, particularmente, la democracia ha de reivindicar la posibilidad de controlar socialmente al poder público²⁵.

Pues bien, en última instancia, una y otra ideología jurídica asumen posturas dispares en torno a la axiología del derecho. De hecho, hay que mencionar que tanto los principios de división de poderes y de legalidad, así como la exigencia general de fundamentación de las decisiones, no son sino diferentes concreciones de uno de los valores jurídicos más característicos de las organizaciones estatales actuales, a saber: la *seguridad jurídica*.

En términos generales, puede decirse que la seguridad jurídica es concebida como un “valor”, y particularmente como un “valor adjetivo” que no excluye otros valores jurídicos y/o sociales tales como la libertad y la igualdad, sino que los fomenta y

²⁴ Para una posición en este sentido, *Vide*: WRÓBLEWSKI, JERZY, *Sentido y hecho en el derecho*, Trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y otro, Fontamara, México, 2001, pp. 82–84.

²⁵ En este sentido, *Vide*: ATIENZA, MANUEL, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 255, 264 y 266; AARNIO, AULIS, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, Trad. Pablo Larrañaga, Fontamara, México, 1995, pp. 19, 44, 53 y 69; *Id.*, *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*, Trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 42 y 43; y PECZENIK, ALEKSANDER, *Derecho y razón*, Trad. Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 2000, p. 137.

promueve²⁶. Entendida como valor, pues, la seguridad jurídica comporta un objetivo de política de derecho, pero desde el momento en que se le relaciona con la situación real de los destinatarios del derecho, aquélla es planteada más bien como una “cuestión de hecho”²⁷.

A mayor abundamiento, los estudiosos llaman “seguridad jurídica objetiva” al conjunto de exigencias que se dirigen al derecho considerado en su totalidad, o sea, como ordenamiento jurídico y como aplicación oficial de éste. Correlativamente, a la proyección de este tipo de seguridad jurídica en las situaciones personales de los destinatarios del derecho, se llama “seguridad jurídica subjetiva”, o bien, simplemente *certeza jurídica*.

Bajo este orden de ideas, suele exigirse que el ordenamiento jurídico sea claro, coherente y pleno, o sea, que en último término aquél constituya un “sistema jurídico”. Se piensa que en base a la satisfacción de estos requerimientos, los destinatarios del derecho verían cumplidas sus expectativas de certeza jurídica en relación al conocimiento y previsión de los diferentes contenidos normativos del derecho.

Por otra parte, y en tanto que aplicación jurisdiccional del derecho, lo normal es que se exija que ésta sea jurídicamente previsible, toda vez que los ciudadanos esperan que la actuación jurisdiccional sea acorde con los dictados del derecho²⁸. Al respecto, los estudiosos han estimado que la única manera en que la actuación jurisdiccional puede ser previsible, es sometiéndola a un procedimiento racional de decisión. Las diferencias teóricas en esta materia consisten, básicamente, en cuál deba ser tal procedimiento. Pero en cualquier caso, con este tipo de exigencias lo que se pretende alcanzar es una especie de

²⁶ En este sentido, Vide: ATIENZA, MANUEL, *El sentido del derecho*, op. cit., p. 182; y HIERRO, LIBORIO, op. cit., p. 65.

²⁷ Cfr. EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER, *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 217.

²⁸ Cfr. PÉREZ LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE, “Seguridad jurídica”, en *El derecho y la justicia*, op. cit., pp. 483 y 484; VIGO, RODOLFO L., *Interpretación jurídica: del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, pp. 265-288; ATIENZA, MANUEL, *Introducción al derecho*, Fontamara, 2ª edición, México, 2000, pp. 106 y 107; y GONZÁLEZ OROPEZA, MANUEL, voz “legislación”, en *Diccionario jurídico mexicano*, t. I-O, op. cit., p. 1933 y 1934. Para una obra clásica en esta materia, Vide: LÓPEZ DE OÑATE, FLAVIO, *La certeza del derecho*, Trad. Santiago Sentis Melendo y otro, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953.

“seguridad jurídica formal” que, dicho sea de paso, es por la que apuesta la ideología jurídica tradicional.

Con todo, en opinión de otros autores las expectativas de certeza jurídica de los destinatarios del derecho, no sólo tienen que ver con que la actuación jurisdiccional sea previsible jurídicamente; se piensa que, además de lo anterior, dichos destinatarios esperan que la aplicación jurisdiccional sea también justa²⁹. Por eso es que, para la ideología legal y racional, particularmente, la finalidad de la función jurisdiccional consiste en alcanzar una especie de “seguridad jurídica material”, y lo cual se logra exigiendo a los órganos jurisdiccionales decisiones aceptables jurídica y moralmente³⁰.

1.2. Los órganos jurisdiccionales.

Como ya adelantábamos, teóricamente los órganos jurisdiccionales suelen ser conceptuados como ciertos *órganos estatales* que, de conformidad con la segunda técnica de organización de poder público, atribuida en la actualidad al principio de división de poderes, cuentan además con una determinada *organización institucional*. (Cfr. supra. § 1.1.). Resta conocer, pues, de qué manera se organizan institucionalmente tales órganos, cuestión ésta respecto de la cual juegan un papel relevante las propiedades o notas características que los identifican.

Particularmente, los órganos jurisdiccionales suelen conceptuarse por oposición a los demás órganos estatales, y así es que, bajo este tenor, se mencionan algunas notas distintivas estructurales y funcionales. Al respecto, se dice que los órganos jurisdiccionales reportan una singular *estructura jerárquica*, de acuerdo a la cual se hallan organizados

²⁹ En este sentido, *Vide*: ADAME GODDARD, JORGE, voz “seguridad jurídica”, en *Diccionario jurídico mexicano*, t. P-Z, *op. cit.*, p. 2885

³⁰ En este sentido, *Vide*: AARNIO, AULIS, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, *op. cit.*, pp. 17, 18, 36, 37, 52 y 53; *id.*, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, pp. 27, 29, 58, 241, 247-250, 262 y 287; y PECZENIK, ALEKSANDER, *op. cit.*, pp. 129-137. Para una comparación entre el concepto modernista (positivista) y el postmodernista de la seguridad jurídica, *Vide*: CARRIÓN W., ROQUE, “Indeterminación normativa y pragmática de la seguridad jurídica”, en *Frónesis*, Vol. 9, No. 1, Abril, Valencia (Venezuela), 2002.

escalonadamente. En el mismo sentido, se considera que tales órganos tienen una *estructura orgánica* que determina una particular integración de sus miembros, de modo que hay tanto órganos unipersonales o unitarios, como órganos pluripersonales o colegiados. Pero sobre todo, conjuntamente con lo anterior, se afirma que los órganos estatales de referencia se caracterizan *funcionalmente* por el hecho de efectuar, precisamente, la función jurisdiccional. En última instancia, luego, el concepto teórico de los órganos jurisdiccionales que se adopte, ha de ser correlativo con una determinada concepción de la función jurisdiccional.

A mayor abundamiento, importa destacar que existen dos maneras diferentes de concebir a los órganos jurisdiccionales, en este caso tomando como referencia el lugar que se asigne al órgano judicial como elemento definitorio. Por una parte, en la doctrina jurídica es habitual concebir como órganos jurisdiccionales a los *órganos judiciales*, o sea, aquellos órganos del Estado que conforman el Poder Judicial³¹. La equivalencia semántica entre “órgano jurisdiccional” y “juez”, por tanto, resulta patente. De hecho, las mismas notas características que mencionamos del primero, pueden hallarse en el segundo.

En efecto, cuando lo estudiosos utilizan el término “juez” presuponen una determinada organización jerárquica, en este caso señalando una cierta categoría de funcionario público, a saber: aquel que ocupa el primer escaño de una escala institucional, estando por encima de él otros funcionarios de mayor rango normalmente aludidos con los términos “magistrado” y “ministro”. Bajo esta misma tesitura, un uso lato de dicho término, involucra ya a todo tipo de funcionario público y a toda clase de integración de éstos. Finalmente, el término “juez” sirve para identificar al funcionario público encargado de realizar la función jurisdiccional³².

³¹ En este sentido, *Vide*: GARCÍA-ESCUDERO, PIEDAD, *op. cit.*, p. 1406; y MOTO SALAZAR, EFRAÍN, *op. cit.*, p. 117. Además, *Cfr.* GARRONE, JOSÉ A., voz “poder judicial”, t. III, *op. cit.*, p. 97; CAVERO GÓMEZ, MANUEL, voz “poder judicial”, *op. cit.*, p. 1131; PINA, RAFAEL DE, y otro, voz “poder judicial”, *op. cit.*, p. 409; y CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO, voz “poder judicial”, en *Diccionario jurídico elemental*, Heliasta, 14ª edición, Buenos Aires, 2000, p. 309.

³² *Cfr.* SÁNCHEZ RIVERA, PERDRO, voz “juez”, *Diccionario espasa jurídico*, *op. cit.*, p. 867; PINA, RAFAEL DE, y otro, voces “jueces inferiores” y “jueces superiores”, *op. cit.*, p. 336; OTTO, IGNACIO DE, *op. cit.*, p. 53; y SOBERANES FERNÁNDEZ, JOSÉ L., voz “juez”, en *Diccionario jurídico mexicano*, t. I-O, *op. cit.*, p. 1843.

En rigor, pues, la anterior postura reivindica una concepción formal de la función jurisdiccional, y nosotros la denominaremos *concepción estricta de los órganos jurisdiccionales*.

Pero por otra parte, también los órganos jurisdiccionales suelen ser concebidos de otra manera, en este caso caracterizándolos únicamente por el hecho de realizar la *función jurisdiccional*. En este sentido, además de los órganos judiciales, son también jurisdiccionales los órganos administrativos y los órganos legislativos que efectúen la función jurisdiccional. Evidentemente, aquí se disuelve la absoluta equivalencia semántica entre “órgano jurisdiccional” y “juez”. Podría decirse que, mientras que la primera expresión alude al órgano estatal en cuanto tal, el segundo término se refiere a la persona titular de éste, o bien, a una determinada categoría de funcionario público³³. Por lo demás, esta postura reivindica una concepción material de la función jurisdiccional, y nosotros la llamaremos *concepción amplia de los órganos jurisdiccionales*.

Con todo, esta segunda concepción de los órganos jurisdiccionales, requiere algunas precisiones. En principio, parece no existir ninguna diferencia relevante respecto de la organización estructural de los órganos jurisdiccionales considerados en sentido lato. Dando por descontado a los órganos judiciales, cabe decir que los órganos administrativos encargados de realizar la función jurisdiccional suele contar, a semejanza de los anteriores, con una estructura igual o parecida que se conoce como “justicia administrativa”; lo mismo puede decirse, en cierta medida, en lo que atañe a la sede legislativa, cuya singular configuración para tal efecto se conoce como “juicio político”. Sin embargo, la caracterización de los órganos jurisdiccionales no se agota en una mera cuestión de hecho, sino que aquí también intervienen otro tipo de consideraciones de sumo interés.

En primer lugar, como ya decíamos, los órganos jurisdiccionales se diferencian normativamente en base al tipo de normas que los fundamentan, o sea, de conformidad a lo que anteriormente convenimos denominar “sistema normativo de los órganos

³³ En este sentido, *Vide*: OVALLE FAVELA, JOSÉ, *op. cit.*, p. 117; y GARRONE, JOSÉ A., voz “jurisdicción”, t. III, *op. cit.*, p. 374.

jurisdiccionales”. Concretamente, empero, la caracterización de tales órganos tiene en cuenta también ciertas cualidades especiales, a saber: la independencia y la imparcialidad. Bajo esta tesitura, pues, no cabe duda en la doctrina jurídica que sendas cualidades son predicables, sobre todo, de los órganos judiciales, mismos que, por cierto, son considerados con los órganos jurisdiccionales por antonomasia. Pues bien, esto ha de implicar que además de las características estructurales y funcionales antes mencionadas, la independencia y la imparcialidad aludidas constituyen otras tantas condicionantes que se deben tener en cuenta, si lo que se quiere es aplicar con propiedad la expresión “órganos jurisdiccionales” a órganos distintos de los judiciales, o sea, a los órganos administrativos y a los órganos legislativos.

Con las reservas expuestas, en este trabajo se ha optado por utilizar la expresión “órganos jurisdiccionales” en el segundo sentido apuntado.

Ahora bien, en segundo lugar, la independencia y la imparcialidad de los órganos jurisdiccionales suelen ser objeto, a su vez, de fundamentaciones ideológicas diversas. Para lo que llamamos ideología jurídica tradicional, tales cualidades tienen su fundamento tanto en el principio de división de poderes como en el principio de legalidad o postulado de la vinculación de los órganos jurisdiccionales a la ley.

Bajo ese tenor, se afirma que la *independencia* confiere a los órganos jurisdiccionales un estatus o posición especial, que los mantiene librados en el ejercicio concreto de sus funciones de todo influjo ajeno a éstas. Así, se menciona que la independencia ha de consistir en insubordinación jurídica, en el sentido de que dichos órganos no deben estar sujetos a órdenes o instrucciones provenientes de ningún órgano del Estado, bien sea que éste pertenezca al Poder Ejecutivo, al Poder Legislativo o, inclusive, al propio Poder Judicial en su doble aspecto, a saber: como organización jerárquicamente estructurada (v. gr. magistrados, ministros, etc.), o bien, en el sentido de bloque o unidad actuante (v. gr. órgano superior de gobierno). De igual forma, la independencia también ha de implicar insubordinación fáctica, en este caso dirigida en contra de la influencia que pueda ejercer cualquier particular, o bien, la sociedad considerada en su conjunto.

La *imparcialidad* de los órganos jurisdiccionales, dentro del contexto de la ideología jurídica que estamos tratando, ha de consistir, básicamente, en el deber que tienen tales órganos de resolver toda controversia, tomando como único criterio de resolución al derecho³⁴.

Sin embargo, para la ideología legal y racional, las mencionadas cualidades adquieren otras dimensiones. En relación con la independencia, se considera que ésta no puede estar concentrada únicamente en la posición de autoridad de que gozan los órganos jurisdiccionales, o al menos no puede estarlo en términos absolutos. Se piensa que dicha independencia puede ser oponible a los demás órganos del Estado, pero que ello no significa irresponsabilidad ante la sociedad en su conjunto. De hecho, si el fundamento de tal independencia radica en la legalidad entendida como derecho preexistente, es dudoso al menos que aquélla pueda sostenerse indefectiblemente en relación con cierto tipo de casos (difíciles) cuya solución, en principio, no es evidente por el propio derecho.

Por las mismas razones, para esta otra ideología jurídica, la imparcialidad entendida como criterio de resolución que únicamente reivindica al derecho, tiene que ser concebida de otro modo: frente aquellos mismos casos (difíciles), la incapacidad de respuesta contundente del derecho debe ser subsanada con otro tipo de parámetros más generales, que eviten la arbitrariedad de los órganos jurisdiccionales³⁵.

1.3. La decisión jurisdiccional.

En términos generales, la decisión jurisdiccional suele ser concebida teóricamente desde dos diferentes niveles de profundidad. En principio, se considera que dicha decisión es un acto de autoridad específico que pone fin a una controversia, el cual es conocido

³⁴ En este sentido, *Vide*: OTTO, IGNACIO DE, *op. cit.*, p. 53–68; GARRONE, JOSÉ A., voz “organización judicial”, t. II, *op. cit.*, pp. 645 y 646; PINA, RAFAEL DE, y otro, voz “independencia judicial”, *op. cit.*, p. 317; SÁNCHEZ RIVERA, PEDRO, voz “independencia judicial”, *op. cit.*, p. 824; SÁNCHEZ SÁNCHEZ, RICARDO, voz “imparcialidad judicial”, *Diccionario espasa jurídico, op. cit.*, p. 785; y HIERRO, LIBORIO, *op. cit.*, p. 50.

³⁵ En este sentido, *Vide*: AARNIO, AULIS, *Derecho, racionalidad y comunicación social, op. cit.*, p. 53; *id.*, *Lo racional como razonable, op. cit.*, p. 29.

usualmente como *sentencia*. Sin perjuicio de lo anterior, se puntualiza que la estructura profunda de la decisión jurisdiccional está compuesta por un acto de autoridad complejo que reivindica dos partes, a saber: una parte llamada “considerandos” y otra parte llamada “resolución” o “parte dispositiva”. En este último sentido, en realidad, la decisión jurisdiccional es concebida más bien como un *razonamiento normativo*, cuyas premisas son los considerandos y cuya conclusión es la resolución o parte dispositiva³⁶.

A mayor abundamiento, cualesquiera que sea el sentido que se adopte de la decisión jurisdiccional, la caracterización de ésta puede asumir alguna de las dos siguientes posturas. Dentro del contexto de la primera postura, ciertamente más generalizada, la decisión jurisdiccional es llamada *decisión judicial*. Podríamos decir que, en rigor, esta postura es correlativa tanto con una concepción formal de la función jurisdiccional, como con una concepción estricta de los órganos jurisdiccionales.

Pero por otra parte, la adhesión a una concepción material de la función jurisdiccional y a una concepción amplia de los órganos jurisdiccionales, ha de implicar la tarea de asumir un significado de “decisión jurisdiccional” más extenso que el anterior. Bajo esta última tesis, pues, en este trabajo llamaremos *decisión jurisdiccional* al acto de autoridad específico que pone fin a una controversia y/o al razonamiento normativo respectivo que implica la función jurisdiccional materialmente considerada, emanado por los órganos jurisdiccionales en sentido lato (órganos judiciales, órganos administrativos y órganos legislativos).

Desde luego que en este último caso, igual y como sucede con las expresiones “función jurisdiccional” y “órganos jurisdiccionales”, la aplicación correcta de “decisión jurisdiccional” depende de que pueda predicarse de los órganos administrativos y los órganos legislativos, las mismas cualidades especiales que se atribuyen a los órganos judiciales, a saber: la independencia y la imparcialidad.

³⁶ Cfr. BULYGIN, EUGENIO, “Sentencia judicial y creación de derecho”, en *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 355–357; y MENDONÇA, DANIEL, “Aplicación del derecho”, *op. cit.*, p. 273.

Ahora bien, la concepción normativa de la decisión jurisdiccional tiene que ver con el sistema normativo de los órganos jurisdiccional, y en especial con los diferentes deberes institucionales que de éste se desprenden. Bajo este otro orden de ideas, pues, dicha decisión es objeto de ciertas adscripciones particulares sumamente relevantes.

Así pues, en primer lugar, se dice que de conformidad con el “deber de aplicar el derecho” que tienen los órganos jurisdiccionales, la decisión jurisdiccional debe ser una *decisión legal*, o sea, que ésta debe consistir en la aplicación del derecho³⁷.

Es discutido, ciertamente, qué haya de entenderse por “aplicación jurisdiccional del derecho”, toda vez que éste y el de “creación jurisdiccional del derecho”, son conceptos altamente debatidos en la doctrina jurídica que, en último término, dependen de la construcción teórica a la que se adhiera. (Cfr. supra. § 1.1.). Con todo, es posible advertir que en el fondo de esta polémica, se halla un asunto que nadie discute, a saber: que la aplicación del derecho, en ocasiones, suele exigir del órgano jurisdiccional efectuar algunas valoraciones. En base a la anterior distinción, luego, resulta que lo disputado en la doctrina jurídica es si aquellas valoraciones conducen o no a la creación del derecho por parte del órgano jurisdiccional³⁸, pero no que tales valoraciones existen, ni que éstas juegan un papel esencial en la resolución de cierto tipo de controversias.

Así las cosas, se dice que habrá “casos fáciles” cuya solución no requiera, a cargo del órgano jurisdiccional, una actividad preponderantemente valorativa; pero que también habrá otro tipo de casos que, al contrario de lo anteriores, representen un serio inconveniente para que dicho órgano pueda cumplir cabalmente con su deber de aplicar el derecho. En la doctrina jurídica, particularmente, se considera que la solución de “casos difíciles” no puede desprenderse en forma contundente del ordenamiento jurídico, no obstante lo cual el órgano jurisdiccional tiene que darles una respuesta, dado que otro de sus deberes institucionales consiste en el “deber general de juzgar”, o sea, el deber de dar solución a toda controversia que se le haya planteado.

³⁷ Cfr. WRÓBLEWSKI, JERZY, *op. cit.*, p. 83.

³⁸ Para cada una de estas posturas, respectivamente, *Vide*: ASIS ROIG, RAFAEL DE, *op. cit.*, p. 224; y BULYGIN, EUGENIO, *op. cit.*, pp. 356–362.

Se puntualiza, sin embargo, que la incapacidad de respuesta del derecho en este tipo de casos problemáticos, no autoriza al órgano jurisdiccional para resolver de cualquier manera, y esto porque por lo regular es el propio ordenamiento jurídico el que le señala cuáles son los mecanismos a los que puede recurrir, para remediar las fallas que eventualmente puede presentar el sistema jurídico. La puesta en marcha de tales procedimientos correctivos, empero, suscita con frecuencia la valoración jurisdiccional, misma que puede ir desde una particular apreciación de los contenidos más generales del derecho, a la recurrencia de otras fuentes extrajurídicas³⁹.

De esta guisa, pues, la decisión de casos difíciles requiere una actividad compleja a cargo del órgano jurisdiccional, el cual, pese a todo, todavía tiene el “deber de fundamentar sus decisiones”. De hecho, se destaca que el mismo ordenamiento jurídico suele instaurar, para tal efecto, un instrumento por medio del cual los órganos jurisdiccionales deben expresar las razones de su decisión, instrumento jurídico que es conocido como “motivación”⁴⁰. Empero, que la motivación de la decisión jurisdiccional pueda realizarse únicamente en base al derecho, o que, por el contrario, sea menester acudir a otras fuentes extrajurídicas, depende en una medida importante de las técnicas argumentativas que suelen formar parte del aparato profesional de todo órgano jurisdiccional. Por eso es que, en segundo lugar, resulta fundamental que la decisión jurisdiccional sea, además, una *decisión racional*, o sea, que aquélla esté justificada⁴¹.

Según lo dicho, pues, es pertinente precisar lo siguiente. Por un lado, la doctrina jurídica reconoce al interior del ordenamiento un instrumento jurídico llamado *motivación*, al tenor del cual los órganos jurisdiccionales deben expresar las razones de su decisión. Por otro lado, lo que los estudiosos llaman *justificación* es, técnicamente hablando, un instrumento teórico que muestra que la decisión jurisdiccional se desprende correctamente de las razones aducidas.

³⁹ Cfr. SEGURA ORTEGA, MANUEL, *La racionalidad jurídica*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 94.

⁴⁰ Cfr. PINA, RAFAEL DE, y otro, voz “motivación de la sentencia”, *op. cit.*, p. 374.

⁴¹ Cfr. WRÓBLEWSKI, JERZY, *op. cit.*, p. 83.

Es pues, en relación con este instrumento teórico llamado “justificación”, que en la doctrina jurídica se suscita una problemática del todo interesante: mientras que para algunos teóricos la justificación de una decisión puede y debe realizarse al tenor de las reglas de la lógica clásica, para otros, en cambio, en ocasiones la lógica clásica resulta insuficiente y se debe acudir entonces a las reglas de la razón práctica. Dentro de este contexto, cabe decir, vuelve a tener relevancia la distinción entre “casos fáciles” y “casos difíciles”, pero ésta aquí es redimensionada para los efectos del tema de la justificación de la decisión jurisdiccional.

A mayor abundamiento, en ocasiones se asevera que la justificación de una decisión jurisdiccional puede y debe realizarse a través de procedimientos puramente lógicos, o sea, mostrando que dicha decisión se desprende necesariamente de los considerandos. A este modelo de razonamiento que va de las premisas normativa y fáctica (considerandos) a la conclusión (decisión), se le denomina *silogismo judicial*⁴². (Cfr. infra. § 2.4.2.2.).

En opinión de algunos autores, sin embargo, la justificación lógica de la decisión jurisdiccional tiene un campo de aplicación más bien circunscrito: concretamente, se dice que aquélla resulta especialmente factible respecto de la decisión de casos fáciles, cuyas premisas normativa y fáctica no son discutidas. A este tipo de justificación de la decisión jurisdiccional, se le llamada *justificación interna*.

Y es que, ciertamente, para un sector considerable de la doctrina jurídica, la decisión de casos difíciles no puede justificarse únicamente en base a una justificación interna, ya que, por definición, lo que se controvierte en este tipo de casos es, sobre todo, el propio establecimiento de la premisa normativa y/o la premisa fáctica. Según esto, pues, la justificación de tales premisas requiere por parte del órgano jurisdiccional nuevas argumentaciones, lo que trae como consecuencia que devenga insuficiente un modelo de razonamiento tan elemental como el del silogismo judicial.

⁴² Cfr. COMANDUCCI, PAOLO, *Razonamiento jurídico: elementos para un modelo*, Trad. Pablo Larrañaga, Fontamara, México, 1999, p. 66.

A la justificación interna, por tanto, es menester agregar otra clase de justificación llamada *justificación externa*, según la cual la adopción de las premisas resulte correcta a la luz de ciertos estándares. Los parámetros desde los que se produce la justificación externa, suelen ser ampliamente aceptados en lo que atañe a la fijación de la premisa fáctica (v. gr. la ciencia, el sentido común, la experiencia común), pero altamente discutidos por lo que respecta al establecimiento de la premisa normativa. En relación con estos últimos, cabe decir, mientras que para algunos sólo son cuestión de persuasión⁴³, para otros, en cambio, ellos integran lo que se llama “razón práctica”⁴⁴. (Cfr. infra. § 2.4.2.3.).

Con todo, finalmente, también se destaca la posibilidad de que existan diferentes decisiones jurisdiccionales cuya racionalidad sea igualmente válida, o bien, que la única decisión racional posible resulte inaceptable. Por eso es que, en tercer lugar, otra de las notas normativas que suelen predicarse de la decisión jurisdiccional, se refiere a que ésta sea una *decisión razonable*, o sea, que la decisión sea aceptable. Eventualmente, por tanto, el deber de los órganos jurisdiccionales de fundamentar sus decisiones, puede incluir el “deber de adoptar decisiones aceptables”. Se explica que, mientras que la racionalidad es una cualidad que se predica del propio razonamiento jurisdiccional, en cambio, la razonabilidad es una calificación que se refiere a su producto, o sea, a la decisión jurisdiccional. En relación con este tipo de casos altamente controversiales, pues, el órgano jurisdiccional debe conducirse de conformidad con la axiología del sistema jurídico y/o con la axiología del sistema sociopolítico, de modo que una decisión es razonable si resulta “aceptable jurídicamente” y “aceptable moralmente”⁴⁵. (Cfr. infra. § 2.4.2.4.).

⁴³ En este sentido, Vide: WRÓBLEWSKI, JERZY, *op. cit.*, pp. 52, 61 y 64.

⁴⁴ En este sentido, Vide: ATIENZA, MANUEL, *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, UNAM-III, México, 2003, pp. 22, 25, 26, 210 y 211; *Id.*, *Cuestiones judiciales*, Fontamara, 2001, México, pp. 14, 13 y 18.

⁴⁵ Cfr. AARNIO, AULIS, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, *op. cit.*, pp. 17, 18, 36, 37, 52 y 53; *Id.*, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, pp. 27, 29, 58, 241, 247–250, 262 y 287.

1.4. Decisión jurisdiccional y discrecionalidad: en torno a la certeza jurídica.

De conformidad con el orden expositivo que nos hemos trazado, el último aspecto que resta examinar de la decisión jurisdiccional, se refiere al papel que ésta debe desempeñar según el valor de la seguridad jurídica, y de lo cual ha de depender, en última instancia, el grado de certeza jurídica que puedan esperar los destinatarios del derecho.

Pues bien, según lo mencionado a lo largo de todo este capítulo, resulta que la decisión jurisdiccional debe ser una decisión legal, racional y, eventualmente, razonable, a efecto de que puedan ser cumplidas las dos exigencias básicas que comportaría la consecución de una seguridad jurídica material, a saber: previsibilidad jurídica, y aceptabilidad jurídica y moral. De esta guisa, por consecuencia, se supone que las expectativas de certeza jurídica de los destinatarios del derecho, se verían satisfechas plenamente en ambos sentidos. Sin embargo, cabe decir que el anterior planteamiento se torna un tanto más complejo si tomamos en consideración todos sus elementos integrantes.

Lo que sucede es que, ciertamente, la seguridad jurídica que debe ofrecer la actuación jurisdiccional depende, a su vez, de la seguridad jurídica que debe ofrecer el ordenamiento jurídico. Dicho aún en otras palabras, la previsibilidad jurídica y la aceptabilidad jurídica y moral que se le exigen a la actuación jurisdiccional, en principio, son parasitarias del hecho de que el ordenamiento jurídico sea claro, coherente y pleno. Esto es especialmente cierto si tenemos en cuenta que, en algún sentido relevante, los órganos jurisdiccionales son también ellos mismos destinatarios del derecho, de modo que las virtudes o defectos de éste habrán de repercutir en lo que atañe al rol institucional de resolver controversias.

En efecto, tal y como suele ser concebida por la doctrina jurídica, la resolución de controversias puede desarrollarse bajo dos escenarios distintos. Por una parte, se considera que en ocasiones el ordenamiento jurídico prevé una solución cierta y contundente para una determinada controversia. Partiendo de lo anterior, se dice que el órgano jurisdiccional se encuentra capacitado para cumplir propiamente con su deber de aplicar el derecho, o sea, lo

que en la especie consistiría en aplicar al efecto precisamente aquella solución jurídica prevista de antemano por el derecho. Dentro de este contexto, además, es posible que dicho órgano motive su decisión en base al derecho y que, por ende, pueda limitarse a mostrar la justificación interna de su decisión. En tales supuestos, pues, se habla de la decisión de casos fáciles, y en relación con los cuales, por tanto, las exigencias de seguridad jurídica que se le dirigen a la actuación jurisdiccional, serían plenamente factibles.

Sin embargo, por otra parte, cosa distinta ha de suceder con la decisión de casos difíciles, cuya solución no puede desprenderse fehacientemente del ordenamiento jurídico. Dentro de este otro escenario, particularmente, se considera que el órgano jurisdiccional ha de encontrarse imposibilitado para cumplir cabalmente con su deber de aplicar el derecho; la motivación de su decisión, por lo mismo, se tornará altamente controvertible si para tal efecto argumenta únicamente en base al derecho. Pese a todo, el órgano jurisdiccional sigue teniendo el deber general de juzgar y, además, debe hacerlo de una manera fundada. Es aquí, sobre todo dentro de este contexto, donde la doctrina jurídica no es unánime.

Así pues, mientras que para algunos estudiosos la decisión de casos difíciles siempre ha de implicar la creación de derecho a cargo del órgano jurisdiccional, para otros, en cambio, aún en casos difíciles la decisión jurisdiccional sigue consistiendo en la aplicación del derecho. En realidad, tal y como tuvimos oportunidad de ver, la anterior es una cuestión altamente debatida en el seno teórico, y en la cual frecuentemente se hacen intervenir no sólo consideraciones puramente conceptuales (teóricas y normativas), sino también estimaciones valorativas que, en último término, reivindican una u otra ideología jurídica en torno a la función jurisdiccional.

En cualquier caso, el problema que aquí se destaca es que, la creación jurisdiccional del derecho representaría un serio inconveniente para la seguridad jurídica que debe brindar la actuación jurisdiccional, y ello por la buena razón de que ésta dejaría de ser previsible jurídicamente y, por lo mismo, sería injusta en la medida en que impusiera un derecho creado *ex post facto* por el órgano jurisdiccional. La certeza jurídica de los destinatarios del derecho, correlativamente, se vería entonces afectada en ambos sentidos.

Con todo, pensamos que en muchas ocasiones la anterior problemática es el resultado de asumir una postura en relación una cuestión previa. Los estudiosos, partiendo del hecho ampliamente aceptado de que la decisión jurisdiccional implica ciertas valoraciones, polemizan acerca de si tales valoraciones son aptas para conducir o no a la creación del derecho. Sin embargo, cabe decir, el controvertido tema de la creación jurisdiccional del derecho, no es el desenlace forzoso a que conlleva el tema de la valoración jurisdiccional; este último, también plantea otro tópico conocido en la literatura jurídica bajo el rótulo de “discrecionalidad”. Por lo tanto, equiparar valoración jurisdiccional y creación jurisdiccional del derecho es, al menos, una cuestión que requiere mayor análisis, y a efecto de lo cual se hace menester plantearse antes el tema de la discrecionalidad jurisdiccional de la siguiente manera.

A mayor abundamiento, el hecho de que el ordenamiento jurídico no prevea una solución indiscutible para cierto tipo de casos, generalmente ha sido imputado a la influencia de diversos factores, a saber: el lenguaje en el que se expresa el derecho es impreciso, el ordenamiento jurídico contempla simultáneamente varias soluciones incompatibles, o bien, el derecho de plano no prevé solución jurídica alguna. Todos estos problemas son estudiados bajo los rótulos de “problemas de interpretación del derecho”, “antinomias normativas” y “lagunas del derecho”, respectivamente. Cada uno de sendos problemas, pues, representa un obstáculo para que el ordenamiento jurídico pueda satisfacer las exigencias de seguridad jurídica que se le dirigen, o sea, claridad, coherencia y plenitud. Cada uno de esos factores, correlativamente, han de constituir las diversas *fuentes de la discrecionalidad jurisdiccional*.

Ahora bien, es cierto que el propio ordenamiento jurídico suele proveer a los órganos jurisdiccionales de ciertos mecanismos para remediar las eventuales fallas del sistema, a saber: los métodos jurídicos de interpretación, los criterios de solución de antinomias normativas y los métodos de integración del derecho, respectivamente. Sin embargo, cabe decir, la discrecionalidad del órgano jurisdiccional no sólo tiene que ver con problemas del ordenamiento jurídico, sino con todas y cada una de las etapas y/u

operaciones en que consiste el complejo proceso de resolución de una controversia, y las cuales constituyen las diferentes *áreas de la discrecionalidad jurisdiccional*.

Así pues, la discrecionalidad del órgano jurisdiccional, ha de representar un serio inconveniente para las diferentes exigencias de seguridad jurídica que se le dirigen a la aplicación del derecho; esto explica que, sea el propio ordenamiento jurídico el encargado de consagrar ciertos instrumentos que constituyen diferentes medios de *control institucional de la decisión jurisdiccional*. Entre tales instrumentos de control cabe mencionar, en particular, los siguientes: la responsabilidad jurídica de los órganos jurisdiccionales y el sistema de impugnaciones de la decisión jurisdiccional. Al respecto, también la doctrina jurídica ha contribuido por su parte aportando ciertos modelos normativos de decisión, que conforman diferentes especies de *control doctrinal de la decisión jurisdiccional*, a saber: el control de racionalidad lógica, el control de racionalidad práctica, y el control de razonabilidad.

En suma, la seguridad jurídica que deben brindar las decisiones jurisdiccionales, depende del hecho de que las valoraciones que éstas implican puedan ser efectivamente controladas. Aseverar, sin ulteriores especificaciones, que la decisión de casos difíciles siempre supone la creación del derecho, es en el mejor de los casos una simplificación teórica que requiere mayores precisiones, y en el peor un planteamiento que escamotea la discusión de una cuestión previa que se da por supuesta. Entre la valoración jurisdiccional y la creación jurisdiccional del derecho, podríamos decir, existe una cuestión intermedia que todavía queda por examinar, y de la cual parece depender que la seguridad jurídica sea un valor realizable y, por ende, que los destinatarios del derecho cuente con el mayor grado de certeza jurídica. Esa cuestión toma el nombre de discrecionalidad jurisdiccional.

C A P Í T U L O 2.

La Discrecionalidad Jurisdiccional.

2.1. La discrecionalidad jurisdiccional.

Al igual y como sucede con los temas tratados en el capítulo anterior, la discrecionalidad jurisdiccional también suele ser abordada tanto conceptual como ideológicamente. Así pues, mientras que su concepto teórico se refiere a las propiedades o notas características con las que de hecho aquella cuenta, su concepto normativo, en cambio, tiene que ver con el tipo de normas sobre las cuales se erige. Asimismo, el estudio ideológico de la discrecionalidad jurisdiccional comprende diversas consideraciones valorativas, en este otro caso respecto del papel que juega frente a ciertos principios jurídico-políticos fundamentales.

Pues bien, en términos generales, cabe decir que las diferentes concepciones teóricas de la discrecionalidad jurisdiccional, parten de que ésta se desenvuelve no ya en cualquier tipo de situaciones y/o eventos, sino, más bien, dentro de un contexto en el que se adoptan decisiones oficiales relacionadas con normas establecidas por una autoridad⁴⁶. Dicho más concretamente, la discrecionalidad jurisdiccional se desarrolla en el contexto del rol institucional de resolver controversias, el cual se efectúa dentro del marco de un sistema jurídico.

Con todo, los estudiosos difieren en relación al escenario específico en el que cabe advertir actuaciones discrecionales. Así es que, por una parte, en opinión de algunos autores la discrecionalidad jurisdiccional se ejerce ante la tesitura de resolver *cualquier tipo de controversias*, o sea, con independencia de que se trate de casos fáciles o casos difíciles⁴⁷. Por otra parte, sin embargo, la tendencia más generalizada toma en cuenta la siguiente distinción.

Se afirma que en la decisión de casos fáciles, el órgano jurisdiccional no despliega en realidad ninguna actuación discrecional, y esto porque frente a tal tipo de casos su

⁴⁶ Cfr. DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Trad. Marta Guastavino, Ariel, 4ª reimpresión, Barcelona, 1999, pp. 83 y 84.

⁴⁷ En este sentido, Vide: GUASTINI, RICCARDO, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Trad. Marina Gascón y otro, Porrúa/UNAM-IIIJ, 3ª edición, México, 2001, p. 18.

capacidad de decisión gira en torno a una, y sólo una, solución jurídica posible. Panorama distinto es el que domina la decisión de *casos difíciles*, toda vez que aquí, al no poderse sostener indiscutidamente la existencia de una sola solución contenida en el ordenamiento jurídico, la discrecionalidad jurisdiccional ha de jugar un papel relevante⁴⁸.

Comoquiera que sea, a instancias de la resolución de cualquier tipo de controversias, o bien, sólo a propósito de la decisión de casos difíciles, lo cierto es que los teóricos suelen coincidir acerca de muchas notas características que de hecho identifican a la discrecionalidad jurisdiccional.

Fundamentalmente, se menciona la *posibilidad de elección* que tiene el órgano jurisdiccional para optar por un cierto curso de acción entre diferentes alternativas, y la cual origina para dicho órgano un *margen de libertad* para determinar el resultado de su decisión. Esa posibilidad de elección y/o margen de libertad, correlativamente, son parasitarias de la *existencia de varias alternativas de solución* de una controversia, la cual es otra de las notas distintivas que caracteriza a la discrecionalidad jurisdiccional.

Al respecto, se puntualiza que esa pluralidad de alternativas es generada por la influencia de diversos factores. Por un lado, se señala que su existencia puede ser deliberada en tanto que el propio ordenamiento jurídico así lo dispone, o sea, al articular explícitamente un marco dentro del cual el órgano jurisdiccional es libre para determinar el resultado de su decisión.

Este es el caso, particularmente, de aquellos supuestos en que el derecho indica únicamente la persecución de un fin general, dejando por consecuencia en manos del órgano jurisdiccional la determinación del medio; lo mismo puede decirse cuando el ordenamiento jurídico contempla uno u otro sentido para la resolución de una controversia, cuya adopción final la refiere al criterio del órgano resolutor en función de las circunstancias particulares del caso; o bien, por dar otro ejemplo, cuando la solución

⁴⁸ Cfr. IGLESIAS VILA, MARISA, *El problema de la discreción judicial: una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 31, 32 y 36.

jurídica viene formulada como un máximo y un mínimo, de modo que su concreción específica está a cargo del órgano jurisdiccional.

Sin perjuicio de lo anterior, por otro lado, se considera que en otras ocasiones la existencia de diferentes alternativas de solución, no es deliberada en modo alguno. Esto sucede, especialmente, en aquellos casos en que el lenguaje del derecho es impreciso, o cuando el ordenamiento jurídico contiene simultáneamente diferentes soluciones incompatibles, o bien, finalmente, cuando de plano el derecho no prevé solución jurídica alguna. (Cfr. infra. § 2.2.).

En cualquier caso, se afirma que tanto en aquellos supuestos deliberados como en estos otros no deliberados, no puede sostenerse rotundamente la existencia de una, y sólo una, solución jurídica posible. Desde esta singular perspectiva, los estudiosos consideran que cuando la existencia de diversas alternativas es deliberada, genera un tipo de discrecionalidad llamada “intencional”, “técnico–institucional”, “burocrática” o “explícita”; por el contrario, cuando su existencia no es deliberada, se dice que la discrecionalidad es “no intencional”, “no prevista”, “hermenéutica” o “implícita”⁴⁹.

Ahora bien, en la doctrina jurídica no existe un acuerdo pacífico en relación con las siguientes características íntimamente relacionadas. Para algunos autores, el ejercicio de la discrecionalidad jurisdiccional lleva consigo la *creación de derecho*, y ello porque en casos difíciles el ordenamiento jurídico carece de una solución cierta y contundente. Para esta postura, particularmente, el fundamento de la decisión de casos difíciles no son ya las normas jurídicas que, en este sentido, se encuentran indeterminadas, antes bien, es la propia discrecionalidad del órgano jurisdiccional que, en defecto del orden jurídico, crea la norma aplicable para el caso en cuestión.

⁴⁹ Cfr. RENTERÍA, ADRIÁN, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, Fontamara, México, 2001, pp. 38 y 41; NIETO, ALEJANDRO, *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 207, 219–232, y 255–265; CALVO GARCÍA, MANUEL, *Teoría del derecho*, Tecnos, 2ª edición, Madrid, 2000, pp. 159–164; HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 14, 15, 158 y 159; y KELSEN, HANS, *Teoría pura del derecho*, op. cit., pp. 350 y 351.

Por el contrario, en opinión de otros teóricos la discrecionalidad jurisdiccional, aún en casos difíciles, sigue consistiendo en la *aplicación del derecho*, si bien esto de una manera distinta a lo que sería aplicar normas jurídicas. En efecto, para esta otra postura el derecho está compuesto tanto por normas jurídicas como por principios jurídicos, de modo que la aplicación del derecho lo es tanto de las primeras como de los segundos. Según esto, pues, la discrecionalidad real con la que cuenta el órgano jurisdiccional, sólo apela al discernimiento o juicio de éste para solventar, en base a la consideración de ciertos principios jurídicos, la aplicación de normas jurídicas que por alguna razón no pueden aplicarse mecánicamente.

La discrecionalidad jurisdiccional, pese a todo, es una *actividad controlada*, pero mientras que para la primera postura las decisiones discrecionales pueden fiscalizarse en base a ciertos tipos de *estándares adicionales al derecho* (morales, sociales, económicos, etc.), para la segunda postura, en cambio, son los propios *principios jurídicos* consagrados en el derecho⁵⁰.

Esto aparte, en la literatura jurídica podemos encontrar varios conceptos normativos de la discrecionalidad jurisdiccional. Generalmente, suele decirse que el arbitrio judicial (discrecionalidad jurisdiccional) consiste en una *facultad o potestad limitada* que el derecho otorga al órgano jurisdiccional, a efecto de que éste pueda resolver ciertas controversias cuya solución no se desprende directamente del ordenamiento jurídico, pero sin que ello implique la trasgresión de los principios inspiradores o fundamentales del derecho. La base de esta concepción, por cierto, tiene que ver con el hecho de que “arbitrio judicial” recoge el significado común de la palabra “arbitrio”, de ahí que se hable de una “facultad” o “potestad”⁵¹.

⁵⁰ Para la primera postura, *Vide*: CARRIÓ, GENARO R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, *op. cit.*, pp. 55–57; HART, H. L. A., “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, en *Derecho y moral: contribuciones a su análisis*, Trad. Genaro R. Carrió, Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. 25–27, 38, 39, 60 y 61; *Id.*, *El concepto de derecho*, *op. cit.*, pp. 152, 153, 157–159, 168, 169, 252 y 253; *Id.*, *Post scriptum al concepto de derecho*, Trad. Rolando Tamayo Salmorán, UNAM–IJ, México, 2000, pp. 54–60. Para la segunda postura, *Vide*: DWORKIN, RONALD, *op. cit.*, pp. 84–94, 100, 127, 131–134, y 145.

⁵¹ En este sentido, *Vide*: CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO, voz “Arbitrio judicial”, *op. cit.*, p. 37; GARRONE, JOSÉ A., voz “Arbitrio judicial”, *op. cit.*, t. I, p. 182; GRONDA, JUAN D., voz “Arbitrio judicial”, *op. cit.*, pp. 47 y 48; ARROYO RAMÍREZ, MIGUEL, voz “Arbitrio”, en *Diccionario jurídico mexicano*, t. A–CH, *op. cit.*, p. 205; y PINA, RAFAEL DE, y otro, voz “Arbitrio judicial”, *op. cit.*, p. 100. Para lo mencionado respecto

Así pues, resulta evidente que, una vez que predomina el significado común de la palabra “arbitrio” en la expresión compuesta “arbitrio judicial”, los estudiosos restan importancia al hecho de que la resolución de una controversia bajo circunstancias no ordinarias, se debe sobre todo a los diferentes deberes que el ordenamiento jurídico impone a los órganos jurisdiccionales. Por eso es que, en opinión de otros autores, antes que una facultad o potestad, la discreción judicial (discrecionalidad jurisdiccional) es más bien la *concreción del deber de juzgar*⁵².

A mayor abundamiento, se piensa que la discrecionalidad jurisdiccional debe su existencia, y es correlativa, a los diferentes deberes institucionales de los órganos jurisdiccionales. En los casos difíciles, concretamente, el órgano jurisdiccional no puede cumplir cabalmente con su deber de aplicar el derecho, pero aún sigue teniendo el deber general de juzgar y el deber de fundamentar su decisión. De esta guisa, pues, en base al cumplimiento de estos dos últimos deberes, se considera que puede hallarse la diferencia entre las actuaciones propiamente discrecionales y las actuaciones enteramente arbitrarias.

Según lo anterior, la resolución de un caso difícil no supone ya el ejercicio de ninguna “facultad o potestad discrecional”, antes bien, dicha resolución es producto del “deber general de juzgar” que coloca al órgano jurisdiccional, ante la *necesidad de realizar una elección* entre una pluralidad de alternativas. Pero dicha elección, se asegura, no se encuentra librada del todo al órgano jurisdiccional, ya que éste tiene el correlativo “deber de fundamentar sus decisiones” y, por ende, debe tratarse de una *elección justificada*.

De lo anterior se sigue que, la discrecionalidad del órgano jurisdiccional, únicamente ha de consistir en la capacidad que tiene dicho órgano para *sentar los estándares* que determinan su decisión, o sea, las razones para preferir una de las diferentes alternativas sobre la que debe versar su decisión. Esto quiere decir, dicho aún en otras palabras, que la discrecionalidad depende en último término de la *justificación de la*

del arbitrio, *Vide:* DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, voz “arbitrio”, t. I, Real Academia Española, 22ª edición, Madrid, 2001, p. 194.

⁵² En este sentido, *Vide:* IGLESIAS VILA, MARISA, *op. cit.* p. 32 y 35.

decisión jurisdiccional, y en donde intervienen criterios no sólo puramente jurídicos, sino también criterios más amplios de racionalidad y/o de razonabilidad⁵³. (Cfr. infra. § 2.4.2.).

Finalmente, desde el punto de vista ideológico, la discrecionalidad jurisdiccional es sometida a una serie de consideraciones valorativas que, en último término, tienen que ver con los principios más fundamentales del derecho. Lo que sucede es que, tal y como suele ser concebida por algunos autores, la discrecionalidad jurisdiccional representaría una grave trasgresión a los postulados tradicionales del principio de división de poderes, además de que atentaría contra uno de los valores básicos del derecho, a saber: la seguridad jurídica. Se considera que, desde el momento en que la discrecionalidad supone la creación de derecho, el órgano jurisdiccional invadiría funciones reservadas al único órgano estatal legitimado para tal efecto, o sea, el legislador. De igual manera, la discrecionalidad jurisdiccional supondría imponer retroactivamente un nuevo derecho creado *ex post facto*, como el consecuente desmedro para la seguridad jurídica (certeza jurídica)⁵⁴.

Sin embargo, en opinión de otros autores la creación del derecho llevada a cabo mediante la discrecionalidad jurisdiccional, antes que una trasgresión deliberada de funciones, es un remedio para suplir las insuficiencias del ordenamiento jurídico. Al respecto, se piensa que con ello se evita la inconveniencia de recurrir a otros métodos alternativos de solución (*v. gr.* referir el caso difícil a la legislatura), además de que la creación jurisdiccional del derecho no se traduce en la creación de normas jurídicas generales: normalmente, se dice, ésta atañe únicamente a la formulación de las reglas necesarias para substanciar cuestiones específicas, planteadas por casos particulares. Bajo el mismo tenor, se considera que la creación *ex post facto* de derecho que engendra la discrecionalidad jurisdiccional, en realidad, no frustra ninguna expectativa legítima de certeza jurídica, ya que, por definición, en los casos difíciles no hay ningún derecho establecido claramente que pueda justificar el reclamo de tales expectativas⁵⁵.

⁵³ Cfr. IGLESIAS VILA, MARISA, *op. cit.* pp. 29, 33–36, y 56–59; NIETO, ALEJANDRO, *op. cit.*, pp. 221, 232 y 266; y RENTERÍA, ADRIÁN, *op. cit.*, p. 41.

⁵⁴ En este sentido, *Vide*: DWORKIN, RONALD, *op. cit.*, pp. 146–152.

⁵⁵ En este sentido, *Vide*: HART, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, *op. cit.*, pp. 59 y 60.

2.2. Fuentes de la discrecionalidad jurisdiccional.

2.2.1. El lenguaje del derecho.

Como tuvimos oportunidad de ver, una de las principales exigencias de seguridad jurídica que se le dirigen al legislador, consiste en que *el lenguaje del derecho debe ser claro y preciso*. Por “lenguaje del derecho”, los estudiosos suelen entender el lenguaje en el que se formulan los diferentes contenidos normativos del derecho, y el cual se diferencia conceptualmente de otras especies de lenguaje jurídico que tienen en común versar sobre aquél, a saber: el lenguaje de la aplicación del derecho, el lenguaje de la ciencia jurídica, y el lenguaje jurídico común⁵⁶.

En la literatura jurídica, por cierto, existe un elevado consenso en relación a las finalidades que debe perseguir el lenguaje del derecho. Se dice que éste debe ser comprensible para el mayor número de destinatarios y que, además, debe consistir en indicaciones generales que abarquen el mayor número de casos posibles. Para tal efecto, sin duda, la solución viene impuesta por el uso del lenguaje natural en la configuración del ordenamiento jurídico. Dicho lenguaje, es el lenguaje común de los destinatarios del derecho y, fundamentalmente, consiste en palabras “generales” o de “clase” que sirven para aludir a grupos o familias de objetos (hechos o propiedades), y no ya a objetos (hechos o propiedades) particulares.

Las ventajas aquí, pues, son evidentes, pero también las dificultades que ello conlleva. Lo que sucede es que, el lenguaje natural, padece de cierta imprecisión semántica debida primordialmente a su ambigüedad y a su vaguedad. En este punto, sin embargo, las opiniones empiezan a dividirse.

Para lo que denominaremos *tesis del significado estricto del lenguaje del derecho*, éste siempre manda algo único, claro y preciso. Al respecto, se asevera que la imprecisión

⁵⁶ Cfr. WRÓBLEWSKI, JERZY, “Los lenguajes del discurso jurídico”, en *Cuadernos del instituto de investigaciones jurídicas*, UNAM, Año V, Número 14, Mayo-Agosto, México, 1990, pp. 357-371.

semántica característica del lenguaje natural, se disuelve por el mero hecho de su incorporación en el lenguaje del derecho, y esto porque dicha incorporación es un acto automático de definición, que acota los diversos significados de un término ambiguo y/o cuantifica las propiedades de un concepto vago. Asimismo, esta postura pone de relieve que, también, el lenguaje del derecho suele integrar términos de creación y significación exclusivamente jurídica, o sea, los términos del discurso jurídico, los cuales siempre tienen un sentido inequívoco y exacto. En cualquier caso, según esto, el lenguaje del derecho siempre está compuesto por conceptos que señalan una serie finita de elementos, en base a los cuales el órgano jurisdiccional se encuentra capacitado para solventar con un “sí” o con un “no”, cualquier problema interpretativo⁵⁷.

Sin embargo, frente a la anterior postura, existe otra que denominaremos *tesis del significado flexible del lenguaje del derecho*. En este caso, se considera que la inclusión de términos ordinarios en el lenguaje del derecho, puede originar que éste resulte ambiguo y/o vago, si lo son los primeros. Esta postura niega que, por el simple hecho de su incorporación al lenguaje del derecho, la imprecisión semántica de los términos ordinarios desaparezca, toda vez que, en realidad, tal incorporación muchas veces no acota los diferentes significados de un término ambiguo, ni tampoco cuantifica las propiedades de un término vago. De igual manera, se estima que aunque el discurso jurídico sea un lenguaje menos impreciso que el lenguaje natural, es cierto que aquél no llega a constituir un lenguaje absolutamente formalizado, de modo que también el discurso jurídico puede resultar ambiguo y/o vago⁵⁸.

A mayor abundamiento, el lenguaje del derecho suele incorporar no sólo términos ordinarios y jurídicos, sino también términos científicos o técnicos de algunas ramas del saber que, ciertamente, son más rigurosos y precisos que los primeros. En cualquier caso, se considera que lo normal es que dicha inclusión tenga verificativo por medio de las llamadas definiciones legislativas, a través las cuales se introducen en el lenguaje del derecho términos del discurso jurídico y se redefinen términos científicos, técnicos u ordinarios. No

⁵⁷ En este sentido, *Vide*: SOLER, SEBASTIÁN, *Las palabras de la ley*, Fondo de Cultura Económica, México, 1969, pp. 90, 123, 124, 144, 170–179.

⁵⁸ En este sentido, *Vide*: CARRIÓ, GENARO R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, *op. cit.*, pp. 49–55, y 160–166.

se cuestiona, en efecto, que el objetivo principal de dichas definiciones sea ofrecer una mayor precisión terminológica, pero se piensa que por sí solas no resuelven todos los problemas. Entre otro tipo de inconveniente, se pone de relieve que las definiciones legislativas tienen que recurrir, finalmente, a términos del lenguaje natural para explicar el significado de los términos especializados utilizados (científicos, técnicos, jurídicos)⁵⁹.

Lo anterior, al menos, si lo que se pretende por medio de tales definiciones es llegar a un mayor número de destinatarios, ya que también el legislador puede recurrir, a su vez, a términos definitorios igualmente especializados, con el correlativo riesgo de su inaccesibilidad para muchos. De hecho, en esto consiste el dilema que tiene que sortear el legislador al tiempo de la formulación del lenguaje del derecho, a saber: o lenguaje natural y mayor comprensión de los destinatarios, o lenguaje especializado y tendencialmente menor comprensión de los destinatarios. Pese a todo, se asevera que la ideología legislativa suele inclinarse por la primera opción, aunque en ello haya de ir la insalvable imprecisión del lenguaje del derecho que, en cualquier caso, resulta ambiguo y vago⁶⁰.

Es importante, luego, conocer en qué consiste la ambigüedad y la vaguedad del lenguaje del derecho, y saber de qué manera tales imprecisiones se erigen como una fuente de la discrecionalidad jurisdiccional.

Pues bien, la *ambigüedad* de un término consisten en que éste puede asumir más de un significado. Las formas más comunes de “ambigüedad semántica”, son aquellas en las que un mismo término se refiere a objetos que no tienen nada en común (homonimia), o bien, cuando un mismo término se refiere a objetos que son enlazados en base a algunas características psicológica o metafóricamente conectadas (polisemia). Las fuentes de esta forma de ambigüedad, suelen ser varias, a saber: la ambigüedad de proceso–producto, la ambigüedad de tipo y caso, la ambigüedad debida al uso figurado del lenguaje, etc.

⁵⁹ Cfr. ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *Lenguaje legal y sistema jurídico: cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 44, 45, 50, 57–61; y MORESO, JOSÉ JUAN, “Lenguaje Jurídico”, en *El derecho y la justicia*, *op. cit.*, 2000, p. 111.

⁶⁰ Cfr. WRÓBLEWSKI, JERZY, “Los lenguajes del discurso jurídico”, *op. cit.*, p. 362.

Por otro lado, la “ambigüedad sintáctica” de un término suele deberse a una construcción gramatical imprecisa (anfibología), pero también al empleo de constantes lógicas que no tienen una correspondencia exacta en contextos ajenos a esta materia (v. gr. el uso de la partícula “o”), etc.

Finalmente, se menciona que un término o enunciado puede también padecer de “ambigüedad pragmática”, y lo cual trae como consecuencia que, en este caso, no sea posible determinar cuál es el acto del lenguaje que se pretende cumplir (v. gr. una orden, una permisión, etc.).

Con todo, se puntualiza que cualesquiera sea la forma y/o fuente de ambigüedad, lo normal es que ésta desaparezca situando al término en cuestión dentro de un contexto determinado (ambigüedad extracontextual), pero lo cual no obsta para que también, en otros casos, dicha ambigüedad pueda persistir por el hecho de que ésta se produce ya, precisamente, dentro de un contexto determinado (ambigüedad contextual). Estos últimos son los supuestos de ambigüedad más problemáticos, toda vez que su resolución no puede alcanzarse por medio de mecanismos puramente lingüísticos⁶¹.

Por su parte, la *vaguedad* afecta a los conceptos, y plantea la duda de si cierto caso está incluido o excluido del significado de un término. Esto puede deberse, a que las características que involucra el significado (connotación) no están determinadas convenientemente, o bien, a que el campo de referencia o de aplicación del significado (denotación), se ve afectado por la anterior indeterminación. Suele llamarse “vaguedad intensional” a la primera, y “vaguedad extensional” a la segunda⁶².

En cualquier caso, el problema de la vaguedad suele estar asociado con el uso de términos generales, cuyo significado connotativo se presentan en los objetos como un

⁶¹ Cfr. WARAT, LUIS ALBERTO, *El derecho y su lenguaje: elementos para una teoría de la comunicación jurídica*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976, pp. 123–128; ROSS, ALF, *Sobre el derecho y la justicia*, Trad. Genaro R. Carrió, EUDEBA, 2ª edición, Buenos Aires, 1970, pp. 111, 112, 117–131; NINO, CARLOS SANTIAGO, *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, 10ª edición, Barcelona, 2001, p. 260; MORESO, JOSÉ JUAN, *op. cit.*, p. 110; y GUASTINI, RICCARDO, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, *op. cit.*, p. 67.

⁶² Cfr. ATIENZA, MANUEL, *Introducción al derecho*, *op. cit.*, p. 19.

“continuo” o en forma “graduable” (la altura, la edad, etc.), o bien, también se debe a que la combinación de las características que involucra dicho significado, no permite determinar si todas ellas, o sólo algunas, son condición necesaria y suficiente para su adecuada aplicación a los objetos (¿podemos llamar “vehículo” a un ascensor?). Por cierto, se menciona que habrá casos que indudablemente estén abarcados por el significado central de las palabras (zona de claridad o luminosidad); otros que indefectiblemente queden excluidos de él (zona de oscuridad); pero también habrá otro tipo de casos, que originen dudas respecto de su inclusión o exclusión del ámbito de aplicación de dicho significado (zona de penumbra). En estos últimos casos, se dice, los usos vigentes no suministran una guía segura para resolver el problema, de modo que su inclusión o exclusión del campo de referencia del significado, dependerá de que el intérprete tome al respecto una decisión.

Ahora bien, el anterior tipo de “vaguedad actual o de hecho” que se plantea respecto de casos concretos reales, es diferente de otro tipo de “vaguedad potencial” que se predica, más bien, respecto de casos futuros. Esta última clase de vaguedad suele ser llamada *textura abierta del lenguaje*, e involucra la idea de que siempre cabe la posibilidad de encontrar casos cuya inclusión, dentro de un significado, esté indeterminada. Lo que se quiere poner de relieve aquí es, sobre todo, la imposibilidad de establecer en forma exhaustiva las condiciones necesarias y suficientes para la aplicación de un término a la realidad, toda vez que para ello se requeriría tener en cuenta todas y cada una de sus posibilidades de aplicación pasadas, presentes y futuras, así como las reales y las hipotéticas⁶³.

Así pues, es posible que la ambigüedad y/o vaguedad de un término sea irresoluble lingüísticamente, no obstante lo cual, dentro del contexto del derecho, el órgano jurisdiccional no puede abstenerse de decidir el caso en cuestión, alegando aquella imprecisión semántica del lenguaje del derecho. De hecho, se asevera que una de las características que distinguen al lenguaje del derecho, de cualquier otro lenguaje, radica precisamente en que en el primero no hay cabida para ningún caso de ambigüedad y/o

⁶³ Cfr. HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 5 y 152; CARRIÓ, GENARO R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, op. cit., pp. 34–36, y 131–133; ROSS, ALF, op. cit., pp. 111, 112, 117, 130 y 131; y NIÑO, CARLOS SANTIAGO, op. cit., pp. 264 y 265.

vaguedad que sea del todo indecible. Pese a todo, siempre debe haber una decisión, ya que el órgano jurisdiccional tiene el deber general de juzgar toda controversia, y lo cual supone establecer algún sentido al lenguaje del derecho, aunque para ello haya que acudir a instrumentos no puramente lingüísticos que, por cierto, suele consagrar el propio derecho, a saber: los llamados *métodos jurídicos de interpretación*⁶⁴.

A reserva de que ahondar más en este tema (Cfr. infra. § 3.3.), de momento baste con dejar señalado lo siguiente. Para algunos estudiosos la ambigüedad y/o vaguedad del lenguaje derecho, en cualquier caso, siempre se erige como una fuente de la discrecionalidad jurisdiccional; para otros teóricos, en cambio, esto sólo sucede en el supuesto de que las referidas imprecisiones semánticas, sigan siendo persistentes a pesar de haber empleado, el órgano jurisdiccional, los diferentes métodos jurídicos de interpretación⁶⁵.

Comoquiera que sea, lo cierto es que los aludidos problemas semánticos del lenguaje del derecho, originan la existencia de una pluralidad de soluciones posibles desprendibles del ordenamiento jurídico, y en base a las cuales el órgano jurisdiccional ha de adoptar una con preferencia a otra, para decidir la controversia en cuestión.

2.2.2. Las antinomias normativas.

Otra de las exigencias de seguridad jurídica que suelen dirigirse al legislador, se refiere a que *el ordenamiento jurídico debe ser coherente*. Por “coherencia del ordenamiento jurídico”, empero, los estudiosos no se refieren a la coherencia de éste en su conjunto sino, más bien, a la relación de compatibilidad que deben guardar entre sí sus partes componentes, o sea, las normas jurídicas. En este sentido, dicha coherencia engendra la idea de que en un ordenamiento jurídico, no debe haber cabida para lo que se conoce como “antinomias normativas”. En términos generales, pues, lo anterior se traduce en la exigencia para el legislador de evitar la formulación de normas incompatibles, pero sobre

⁶⁴ Cfr. WRÓBLEWSKI, JERZY, *Sentido y hecho en el derecho*, op. cit., pp. 101, 114, 119 y 120.

⁶⁵ Para cada una de estas posturas, respectivamente, Vide: GUASTINI, RICCARDO, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, op. cit., pp.57-67; e IGLESIAS VILA, MARISA, op. cit. pp. 40-44.

todo en la exigencia para el órgano jurisdiccional de resolver las antinomias normativas, dado el caso⁶⁶.

Lo que sucede es que, de hecho, en cualquier ordenamiento jurídico suelen coexistir normas incompatibles, de ahí que la exigencia de coherencia no se erija como una condición esencial para la validez de las normas. Dicha exigencia, en realidad, no niega el problema de las antinomias normativas, antes bien, lo presupone desde el momento en que el propio ordenamiento jurídico implementa con frecuencia ciertos mecanismos de solución. Las antinomias normativas, por tanto, constituyen un problema que se presenta, sobre todo, en sede de aplicación del derecho, y en relación con el cual el órgano jurisdiccional tiene el deber –o la necesidad– de encontrar un criterio de solución que le permita elegir entre normas incompatibles⁶⁷.

En relación con las antinomias normativas, suelen mencionarse dos conjuntos de reglas. El primero de ellos tiene que ver con el establecimiento de las antinomias normativas, y en virtud del cual se diferencia dos tipos de éstas. Las llamadas *antinomias propias*, son aquellas que presuponen una “incompatibilidad lógica” entre normas que disponen consecuencias jurídicas o calificaciones deóntica irreconciliables, a saber: entre normas que obligan y prohíben, entre normas que obligan y permiten, y entre normas que prohíben y permiten⁶⁸. Asimismo, se considera que las normas en conflicto deben pertenecer al mismo ordenamiento, además de que deben tener el mismo ámbito de validez temporal, espacial, personal y/o material. Así pues, según esto último, la incompatibilidad lógica entre normas lleva consigo una “incompatibilidad de extensión”, misma que puede ser absoluta (total–total), o bien, relativa (total–parcial o parcial–parcial)⁶⁹.

⁶⁶ Cfr. BOBBIO, NORBERTO, *Teoría general del derecho*, Trad. Jorge Guerrero, Temis, 2ª edición (reimpresión), Santa Fe de Bogotá, 1994, pp. 205–207.

⁶⁷ Cfr. BOBBIO, NORBERTO, *Contribuciones a la teoría del derecho*, Trad. y ed. a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, p. 339; y BRETÓN, JERÓNIMO, y otros, *Lecciones de teoría del derecho*, McGraw–Hill, Madrid, pp. 269–271.

⁶⁸ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO, voz “conflicto de normas”, en *Diccionario jurídico mexicano*, t. A–CH, *op. cit.*, p. 617.

⁶⁹ Sobre todo en este punto, *Vide*: ROSS, ALF, *op. cit.*, pp. 124–128.

Por otra parte, las *antinomias impropias* son aquellas que suponen cierta “incompatibilidad axiológica”, la cual puede deberse a la contraposición de valores (antinomia de principios), por la inadecuación del medio respecto del fin (antinomia teleológica), o bien, en virtud de la injusticia que supone la regulación de un cierto caso en relación a otro (antinomia de valoración).

Ahora bien, el segundo conjunto de reglas anunciado se refiere a la solución de las antinomias normativas, y en base al cual se practica una subdivisión de las antinomias propias. Bajo este tenor, se llaman *antinomias solubles* a aquellas que pueden ser solventadas por el órgano jurisdiccional, precisamente mediante la utilización de ciertas reglas conocidas como *criterios de solución de antinomias normativas*, a saber: el criterio cronológico o “lex posterior”, según el cual entre las normas en conflicto debe prevalecer la posterior en el tiempo; el criterio jerárquico o “lex superior”, donde la norma que debe prevalecer es aquella jerárquicamente superior; y, finalmente, el criterio de especialidad o “lex specialis”, de conformidad con el cual la norma especial es la que prevalece sobre la norma general. En cualquier caso, pues, y dada la posibilidad de su solución, se considera que este tipo de antinomias detectadas en principio son, en realidad, “antinomias aparentes”.

En contraposición a las anteriores, los estudiosos llaman *antinomias insolubles* a aquellas cuya solución no depende de la aplicación de los criterios mencionados; de ahí que se considere que estas últimas son, en efecto, “antinomias reales”. Al respecto, se pone de relieve la inaplicabilidad de los criterios tradicionales de solución, en relación con las antinomias que se producen entre dos normas contemporáneas, del mismo nivel jerárquico y ambas generales⁷⁰. Lo mismo puede decirse de las llamadas “antinomias de segundo grado”, cuyo conflicto se da más bien entre los propios criterios de solución, que convergen simultáneamente a propósito de ciertas antinomias, pero que conllevan resultados adversos.

⁷⁰ Bobbio se refiere al criterio de “lex favorabilis” como un posible cuarto criterio de solución entre normas que permiten y prohíben, y según el cual debe prevalecer la primera sobre la segunda. Sin embargo, dicho autor reconoce el carácter limitado de tal criterio, su falta de vinculatoriedad para el intérprete en comparación con los criterios tradicionales y, sobre todo, su innegable apelación a la justicia. *Vide*: BOBBIO, NORBERTO, *Teoría general del derecho, op. cit.*, pp. 196 y 197.

En suma, no cabe duda que la postulación de sendos criterios –inclusive por el propio ordenamiento jurídico–, tiene por finalidad evitar la discrecionalidad del órgano jurisdiccional, sin embargo, lo cierto es que ésta no lograr ser eliminada completamente.

Se ha puesto de relieve que, la aplicación de algunos criterios de solución de antinomias (v. gr. el criterio jerárquico y el criterio de especialidad), presupone la realización de ciertas actividades altamente discrecionales, *i. e.* la interpretación previa del contenido de las normas⁷¹; de modo que, inclusive, es discutible si los criterios de solución de antinomias normativas constituyen, en realidad, un mecanismo diverso a los propios métodos jurídicos de interpretación.

Pero independientemente de lo anterior, para la doctrina jurídica es verdad que la solución de las antinomias insolubles o reales, siempre depende de la discrecionalidad jurisdiccional⁷². En relación con este último tipo de casos, no cabe hablar de una, y sólo una, solución jurídica posible, sino más bien de una pluralidad de alternativas de solución igualmente válidas desde el punto de vista jurídico. La existencia de éstas genera un margen de libertad para el órgano jurisdiccional, que lo posibilita a sentar por sí mismo las razones que guiarán su actuación, razones que no son dictadas por el derecho pero que, sin embargo, son los criterios que le permiten dirimir la contradicción normativa y seleccionar una determinada alternativa.

Según lo dicho, en rigor, el órgano jurisdiccional no podrá cumplir con su deber de aplicar el derecho, pero no ya porque no exista una solución jurídica aplicable, sino más bien porque el ordenamiento jurídico carece de mecanismos jurídicos para indicar, cuál de las diferentes respuestas justifica la decisión jurisdiccional. La elección por una cierta alternativa en defecto de otra, por lo tanto, no puede estar justificada únicamente en base al derecho; la discrecionalidad del órgano jurisdiccional es pues, aquí, determinante⁷³. Y a

⁷¹ Cfr. BOBBIO, NORBERTO, *Contribuciones a la teoría del derecho*, *op. cit.*, pp. 340–344; y NINO, CARLOS SANTIAGO, *op. cit.*, p. 276.

⁷² Cfr. ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *op. cit.*, pp. 132.

⁷³ Cfr. IGLESIAS VILA, MARISA, *op. cit.* pp. 52 y 53.

grado tal que, por cierto, en opinión de algunos autores, esto siempre conlleva a la creación jurisdiccional del derecho⁷⁴.

2.2.3. Las lagunas del derecho.

Finalmente, otra de las exigencias de seguridad jurídica que se le dirigen al legislador, se refiere a que *el ordenamiento jurídico debe ser completo o pleno*. Concretamente, la “completitud o plenitud” del ordenamiento jurídico significa que, en principio, éste debe contener soluciones que posibiliten al órgano jurisdiccional para resolver toda controversia jurídica. Sin embargo, es un hecho ampliamente aceptado que, en ocasiones, el ordenamiento jurídico no prevé solución alguna para determinadas controversias, circunstancia ésta que comúnmente es conocida bajo el rótulo de “lagunas del derecho”.

La referida exigencia, por tanto, no niega el problema de las lagunas del derecho, más bien, lo presupone al tiempo en que el propio ordenamiento jurídico generalmente instaura ciertos mecanismos correctivos. Bajo este orden de ideas, pues, que el ordenamiento jurídico deba ser completo o pleno, implica, en realidad, la idea de que éste puede ser completado. El problema de las lagunas del derecho, por ende, es el problema acerca su existencia y modo de integración, y en cuya resolución interviene activamente el órgano jurisdiccional.

Se llaman *lagunas propias, reales o normativas*, a las lagunas del derecho que surgen de considerar al ordenamiento jurídico tal y como éste es formulado, de modo que no sea posible desprender de él ninguna solución para determinada controversia. Aquí se insertan las llamadas “lagunas técnicas”, cuya aparición se debe al hecho de que el ordenamiento jurídico remite a un precepto inexistente que se supone regularía una materia determinada, o bien, cuando la regulación de cierta materia es insuficiente o incompleta.

⁷⁴ En este sentido, *Vide*: ASIS ROIG, RAFAEL DE, *op. cit.*, pp. 227 y 232.

Por el contrario, las llamadas *lagunas ideológicas o axiológicas* devienen de compara la solución prevista por el ordenamiento jurídico, con otro tipo de estándares (v. gr. la moral), a la luz de los cuales dicha solución aparece como inadecuada o injusta para resolver la controversia en cuestión.

Ahora bien, el problema de las lagunas del derecho, es correlativo a los diferentes deberes institucionales de los órganos jurisdiccionales; éstos tienen el deber de producir una solución, y lo cual da pauta para que procedan a colmar dichas lagunas mediante alguno de los diversos *métodos de integración del ordenamiento jurídico*.

En términos generales, tales métodos suelen subdividirse en “métodos de heterointegración” y “métodos de autointegración”, según se recurra o no a ordenamientos y/o a fuentes del derecho distintos a los predominantes. Lo más usual, valga decir, es que el propio ordenamiento jurídico provea a su propia integración, estableciendo como principales procedimiento de autointegración la analogía y los principios generales del derecho.

La *analogía*, es un procedimiento por el cual el órgano jurisdiccional resuelve una controversia jurídica no regulada por el ordenamiento jurídico, aplicándole la misma solución jurídica prevista para otro caso que es similar a dicha controversia. Igualmente, una controversia jurídica cuya solución no es prevista por el ordenamiento jurídico, puede también ser resuelta por el órgano jurisdiccional acudiendo a los *principios generales del derecho*, bien sean éstos de la materia particular a que se refiere la controversia, o bien, los del derecho considerado como una totalidad⁷⁵.

En cualquier caso, es cierto que a propósito de la integración del ordenamiento jurídico, la discrecionalidad del órgano jurisdiccional es indispensable. En relación con la analogía, se afirma que la aplicación de la solución jurídica de un caso regulado a un caso no regulado, entraña no simplemente una relación de semejanza empíricamente

⁷⁵ Para todo lo expuesto hasta aquí, Cfr. BOBBIO, NORBERTO, *Teoría general del derecho*, op. cit., p. 207–241; TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO, voz “lagunas del derecho”, en *Diccionario jurídico mexicano*, t. 1–O, op. cit., pp. 1921–1924; y CALVO GARCÍA, MANUEL, op. cit., pp. 190–196.

determinada, sino sobre todo un juicio de valor respecto de la “igualdad jurídica” que presentan ambos casos. Además, la misma adopción del procedimiento de la analogía, es fruto de una elección previa por parte del órgano jurisdiccional, toda vez que éste también puede optar por el “procedimiento a contrario”, el cual le conduce a un resultado totalmente opuesto.

Respecto de los principios generales del derecho, la discrecionalidad es todavía más evidente, siquiera porque su existencia y contenido dependen de operaciones que realiza el órgano jurisdiccional, y que no son estrictamente lógicas, o sea, la inducción y la interpretación⁷⁶.

En suma, las lagunas del derecho representan un serio problema para el órgano jurisdiccional. En tales casos, evidentemente, dicho órgano no puede cumplir cabalmente con su deber de aplicar el derecho, por la buena razón de que aquí no existe solución jurídica alguna que aplicar. Su decisión al respecto, no reivindica como criterio fundante al ordenamiento jurídico, sino que más bien apela a los diferentes métodos de autointegración reconocidos por éste. Tales métodos, empero, abren espacios discrecionales insuprimibles que dan cabida a consideraciones extrajurídicas, y lo que en opinión de algunos autores siempre conllevan a la creación jurisdiccional del derecho⁷⁷.

2.3. Áreas de la discrecionalidad jurisdiccional.

Según lo expuesto, la discrecionalidad jurisdiccional es un factor que siempre incide, o que en algunas ocasiones puede incidir, sobre la resolución de controversias. Pero esto, no sólo ya por lo que atañe al fallo final de una controversia. En realidad, tal y como suele aseverarse, éste sólo es el producto de una serie de operaciones previas que, durante el transcurso de resolución, ha ido efectuando el órgano jurisdiccional, y en cada una de las

⁷⁶ Cfr. ITURRALDE SESMA, VICTORIA, *op. cit.*, pp. 191, 199–201; y NINO, CARLOS SANTIAGO, *op. cit.*, p. 285.

⁷⁷ En este sentido, HART, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, *op. cit.*, pp. 54–60; BULYGIN, EUGENIO, *op. cit.*, pp. 361, 363, y 366; y FERNÁNDEZ, ALBERTO VICENTE, *Función creadora del juez*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 96.

cuales también ejerce su discrecionalidad. Convendremos denominar, pues, a cada una de las diferentes etapas en que consiste el proceso de resolución de controversias, *áreas de la discrecionalidad jurisdiccional*, y muy sumariamente las abordaremos en este apartado⁷⁸.

En efecto, una de las operaciones que el órgano jurisdiccional efectúa en torno a la resolución de una controversia, tiene que ver con la determinación de validez de la norma jurídica aplicable. En particular, la *decisión de validez* es fruto de la discrecionalidad de dicho órgano, si el criterio de validez adoptado apela al contenido de las normas. Bajo este tenor, tanto el procedimiento de producción como el contenido mismo de las normas creadas, darían lugar a grandes espacios discrecionales al tiempo en que pasaran bajo el escrutinio del órgano jurisdiccional. El paradigma de este supuesto, es la llamada “laguna ideológica”, o sea, aquella que se origina cuando el órgano jurisdiccional considera que la norma existente es inadecuada –o injusta– para resolver una controversia.

Por otra parte, también la discrecionalidad del órgano jurisdiccional se encuentra presente en torno a la interpretación de las disposiciones normativas. En este caso, la *decisión interpretativa* dirime si su significado es o no lo suficientemente claro y, en especial, cuál es la norma jurídica en cuestión. La existencia de este tipo de discrecionalidad, sobre todo, tiene que ver con las características semánticas del lenguaje del derecho, aunque para algunos autores en esto también han de influir las características del sistema jurídico e, inclusive, las propias valoraciones del órgano jurisdiccional. (Cfr. infra. § 3.2.).

Asimismo, el órgano jurisdiccional tiene que determinar los hechos concretos del caso, lo cual realiza mediante una *decisión de evidencia*. El grado de discrecionalidad jurisdiccional que en esta área se produce, depende del modo en que las normas jurídicas determinen los hechos del caso (utilizando un lenguaje riguroso y preciso, o bien, vago e indeterminado), pero también de la teoría de la prueba que en particular adopte el derecho, a saber: la “libre valoración judicial”, la “prueba tasada”, etc.

⁷⁸ Para todo lo que aquí se menciona, Cfr. WRÓBLEWSKI, JERZY, *Sentido y hecho en el derecho*, pp. 28–32; RENTERÍA, ADRIAN, *op. cit.*, pp. 42–44; y CALVO GARCÍA, MANUEL, *op. cit.*, pp. 163 y 164.

Por último, el órgano jurisdiccional tiene que solucionar la controversia planteada mediante una *decisión final*, en este caso aplicándole las consecuencias jurídicas respectivas. Por cierto que aquí, la discrecionalidad jurisdiccional puede originarse como consecuencia de que el derecho no prevea solución jurídica alguna, o bien, que aún previéndola, ésta requiera de ulterior concreción. La situación típica de este último caso de discrecionalidad, se presenta cuando las disposiciones jurídicas señalan una sanción configurada en un máximo y un mínimo, la cual ha de ser concretada por el órgano jurisdiccional.

En suma, la discrecionalidad jurisdiccional que se verifica en cada una de las anteriores áreas, constituye una de las principales preocupaciones ha resolver. De hecho, el propio ordenamiento jurídico contribuye a esta causa implementando diversos instrumentos, cuya finalidad es eliminar, o circunscribir convenientemente, tal discrecionalidad. Esto es especialmente cierto, en relación con cada de las diferentes fuentes de la discrecionalidad y sus respectivos mecanismos de solución. Pero también lo es respecto de otros instrumentos jurídicos, que el mismo ordenamiento suele consagrar, a saber: la responsabilidad jurídica de los órganos jurisdiccionales y el sistema de impugnaciones de la decisión jurisdiccional.

Aunado a lo anterior, cabe decir, en vía de reflexión teórica la doctrina jurídica ha aportado algunos otros instrumentos que, al igual que los mencionados, también tratan de contrarrestar la discrecionalidad jurisdiccional. A su estudio está dedicado el siguiente y último apartado.

2.4. Tipos de control de la discrecionalidad jurisdiccional.

2.4.1. *Control institucional de la decisión jurisdiccional.*

2.4.1.1. Noción de control institucional.

Al interior del ordenamiento jurídico, suelen identificarse algunas figuras que se considera pueden constituir alguna especie de control sobre la función jurisdiccional, a saber: la responsabilidad jurídica del órgano jurisdiccional y el sistema de impugnaciones de la decisión jurisdiccional. Por el hecho de su *consagración expresa en el ordenamiento jurídico*, suelen llamarse “control institucional”. Esta denominación sirve también para diferenciar tales modalidades de control, de aquellas otras que en vía de reflexión teórica suele proponer la doctrina jurídica y que, por lo mismo, se llaman “control doctrinal”.

Asumiremos, pues, ambas denominaciones en este trabajo, no sin antes mencionar que tanto el primero como el segundo, constituyen diferentes formas de *control jurídico sobre la función jurisdiccional*, y lo cual quiere decir al menos dos cosas. En términos generales, lo anterior significa que ambos tipos de control jurídico, se distinguen frente a otras posibles modalidades de control de naturaleza preponderantemente social, económica, política, etc. Pero también, más concretamente, que los controles jurídicos atañen al ejercicio de la función jurisdiccional, en cuanto rol institucional de resolver controversias, y no tanto ya como actividad política en su relación con los demás poderes del Estado. En esta última faceta, de evidente realce político, la función jurisdiccional suele ser objeto, sobre todo, de otra clase de controles denominados “controles políticos”.

Pese a todo, hay que reconocer que la intensidad de esta última contraposición, tiende a disminuir en aquellos supuestos en que el control jurídico y el control político se aproximan hasta el punto de confundirse. Esto sucede, primordialmente, en algunos supuestos de responsabilidad jurídica del órgano jurisdiccional, a saber: cuando el control

político se traduce en algunas clases de responsabilidad jurídica para aquél, provistas de sanción y de órganos autorizados para su aplicación⁷⁹.

Pues bien, bajo el anterior orden de ideas, el control institucional se ha referido a dos aspectos específicos de la función jurisdiccional, *i. e.* la decisión jurisdiccional y el órgano jurisdiccional. En ambos casos, concretamente, lo que se evalúa es la conformidad con el derecho. En el primer supuesto, el control consiste en un *juicio de juridicidad* de la decisión jurisdiccional, mientras que en el segundo tal juicio se practica respecto de la conducta del órgano jurisdiccional, a propósito de su función de resolver una controversia. Se piensa que, la instauración de las respectivas clases de control, parte del reconocimiento –aunque a veces sólo implícitamente– de la presencia de espacios discrecionales en la actividad jurisdiccional, y que, por lo tanto, lo que tratan dichas modalidades es de eliminarlos o de circunscribirlos convenientemente⁸⁰.

Las anteriores consideraciones justifican ya, de por sí, la pertinencia de su estudio para la presente investigación. Sin embargo, desde ahora es menester mencionar que sendos instrumentos jurídicos, no son las únicas modalidades de control institucional de la decisión jurisdiccional. Ya vimos que, al lado de éstas, también persiguen la misma finalidad los métodos jurídicos de interpretación, los diferentes criterios de solución de antinomias jurídicas, y los métodos de integración del ordenamiento jurídico. Pero además de lo anteriores que, en efecto, suelen ser ampliamente conocidos y estudiados, todavía cabe advertir otro tipo de control institucional que, no obstante su importancia y su valor práctico, no suele acaparar la atención de los estudiosos, a saber: la jurisprudencia. De hecho, demostrar que ésta constituye un medio de control institucional de la discrecionalidad jurisdiccional (discrecionalidad interpretativa), es el objetivo primordial del presente trabajo que se abordará en el último capítulo.

⁷⁹ Cfr. GONZÁLEZ GRANDA, PIEDAD, *Independencia del juez y control de su actividad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 132 y 167; RENTERÍA, ADRIÁN, *op. cit.*, pp. 69 y 192; y NIETO, ALEJANDRO, *op. cit.*, p. 277.

⁸⁰ Cfr. RENTERÍA, ADRIÁN, *op. cit.*, pp. 67, 127 y 185.

Por el momento, bástenos con examinar las modalidades de control institucional mayormente estudiadas en la literatura jurídica.

2.4.1.2. La responsabilidad jurídica de los órganos jurisdiccionales.

En tanto que especie del género “control institucional”, la responsabilidad jurídica del órgano jurisdiccional suele ser objeto de adscripciones características particulares. Entre ellas hay que contar, desde luego, el propio objeto de control, que en este caso es la *conducta del órgano jurisdiccional*. Cabe insistir que, el comportamiento de éste, incumbe en la medida en que se refiere al desempeño de su función de resolver controversias.

En cualquier caso, la responsabilidad jurídica del órgano jurisdiccional se hace exigible con motivo de la *trasgresión al derecho*, de modo que, según sea la rama del derecho violada, esa será la naturaleza jurídica de la responsabilidad. Así es que se habla, básicamente, de una responsabilidad penal, civil y disciplinaria, del órgano jurisdiccional⁸¹.

Creemos que la problemática de este tema es hartamente conocida, razón por la cual no ahondaremos más en ella. Únicamente nos limitaremos a poner en resalto algunos aspectos relevantes para nuestro trabajo.

En primer lugar, el control que puede suponer la responsabilidad jurídica del órgano jurisdiccional, ha sido considerado difícilmente eficaz al menos por lo que atañe directamente a la decisión jurisdiccional. Como parece evidente, dicho control se dirige al aspecto personal del órgano jurisdiccional, aunque bien con motivo del ejercicio de sus funciones. En todo caso, lo que se trata de corregir es la conducta del órgano jurisdiccional, pero no la decisión jurisdiccional misma. Esta circunstancia explica que, por lo general, no suele repercutir la eventual determinación de responsabilidad sobre el resultado de la controversia, la cual por lo demás, dado el caso, se mantiene invariable.

⁸¹ Cfr. GONZÁLEZ GRANDA, PIEDAD, *op. cit.*, pp. 170–230; y RENTERÍA, ADRIÁN, *op. cit.*, pp. 155–184.

Por lo tanto, en segundo lugar, el control de responsabilidad jurídica de los órganos jurisdiccionales, no logra eliminar –ni siquiera circunscribir convenientemente– los márgenes discrecionales con los que éste cuenta en la resolución de una controversia⁸².

2.4.1.3. El sistema de impugnaciones de la decisión jurisdiccional.

También el sistema de impugnaciones de la decisión jurisdiccional, suele ser objeto de una serie de notas distintivas en cuanto especie del género “control institucional”. Sin duda, aquí hay que mencionar que el objeto de control es la *decisión jurisdiccional*. Sobre ésta se practica un juicio de conformidad con el derecho, que ventila no sólo cuestiones de estricta legalidad (la ley), sino también –aunque eventualmente– cuestiones todavía más fundamentales (la constitución)⁸³. Pero en cualquier caso, lo que importa decir es que esta clase de control, entraña al menos dos aspectos íntimamente relacionados.

Por un lado, el sistema de impugnaciones generalmente reivindica una cierta *estructura orgánica piramidal*, a saber: el órgano jurisdiccional decisor se halla jerárquicamente sujeto a la inspección del órgano jurisdiccional revisor. Huelga decir que, tanto dicha organización como la competencia revisora misma, se encuentran establecidas por el derecho; de ahí que este tipo de control, no suela considerarse como un ataque frontal a la independencia del órgano jurisdiccional, y ello porque se supone que el fundamento de dicha independencia es precisamente el derecho.

En todo caso, lo que importa retener es que aquella estructura piramidal, suele ser concebida en atención a un fin: que la decisión jurisdiccional resultante sea la “mejor”, o sea, la “más” acorde al derecho. Esto atañe, por otro lado, a la eventual modificación de la decisión jurisdiccional misma⁸⁴.

⁸² Cfr. RENTERÍA, ADRIÁN, *op. cit.*, pp. 185–188.

⁸³ Cfr. GONZÁLEZ GRANDA, PIEDAD, *op. cit.*, pp. 167, 168, y 174; RENTERÍA, ADRIÁN, *op. cit.*, p. 186; NIETO, ALEJANDRO, *op. cit.*, pp. 294 y 295.

⁸⁴ Cfr. RENTERÍA, ADRIÁN, *op. cit.*, pp. 69, 186 y 187; y GONZÁLEZ GRANDA, PIEDAD, *op. cit.*, p. 168.

Aunado a lo anterior, se piensa que otra nota característica del control del sistema de impugnaciones, consiste en que éste se basa en, y es posible gracias a, la *motivación de la decisión jurisdiccional*. En la doctrina jurídica, es común entender por “motivación” la exposición de las razones de hecho y de derecho, sobre las cuales se fundamenta la decisión jurisdiccional. No cabe duda que, la “finalidad general” de la motivación, es la de proporcionar los elementos justificativos de la decisión jurisdiccional, sin embargo, otra cosa es que efectivamente lo logre.

Resulta conveniente, pues, asumir la diferenciación conceptual entre la motivación, como deber impuesto a los órganos jurisdiccionales por el ordenamiento jurídico, y la figura teórica de la justificación, sobre la cual se hace cargo primordialmente la doctrina jurídica⁸⁵.

Pues bien, bajo esa tesitura, uno de los principales focos de desacuerdo gira en torno a la “naturaleza” de la motivación. A pesar de que en este respecto, no es común ya encontrar autores que reivindicuen la posición de que la motivación, representa el recorrido lógico mediante el cual el órgano jurisdiccional ha llegado a formular la decisión; en cambio, sigue siendo factible hallar teóricos para quienes la motivación, es una racionalización *ex post* que el órgano jurisdiccional elabora, con el fin de demostrar que la decisión se deriva de las premisas fáctica y normativa⁸⁶.

En los últimos tiempos, empero, ha tenido una fuerte pujanza otra posición para la cual, una cosa es el terreno dentro del cual se genera y se desarrolla la decisión jurisdiccional, y otra cosa el ámbito desde el que ésta se justifica. Suele llamarse “contexto de descubrimiento” al primero, y “contexto de justificación” al segundo. Con todo, aunque se considera que en el razonamiento jurídico, los aludidos contextos interactúan y convergen, lo que importa desde el punto de vista del derecho es la justificación de la decisión jurisdiccional. Esto trae como consecuencia que, la génesis de la decisión

⁸⁵ Cfr. GONZÁLEZ GRANDA, PIEDAD, *op. cit.*, p.168; PINA, RAFAEL DE, y otro, voz “motivación de la sentencia”, *op. cit.*, p. 374; BERGHOLTZ, GUNNAR, “Ratio et auctoritas: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, No. 8, España, 1990, p. 80; y RENTERÍA, ADRIÁN, *op. cit.*, pp. 71–95.

⁸⁶ Para una posición en este sentido, *Vide*: ROSS, ALF, *op. cit.*, p. 146.

jurisdiccional, adquiera una relevancia comparativamente menor de la que goza el estudio de su justificación⁸⁷.

Finalmente, en relación a la “función” de la motivación, suelen distinguirse los siguientes aspectos. En primer lugar, se dice que la “función endoprocesal” de la motivación, consistiría en permitir a las partes de una controversia acceder al sistema de impugnaciones de la decisión jurisdiccional, de la misma manera que ella facilitaría también al órgano jurisdiccional revisor el control de la impugnación referida.

En segundo lugar, se estima que la motivación también tiene una “función extraprocesal”, al tenor de la cual sería posible controlar democráticamente al poder jurisdiccional. Según esto, la motivación permitiría hacer posibles principios tales como el de división de poderes y el de legalidad (vinculación de los jueces a la ley), toda vez que a su través, se podría corroborar que los órganos jurisdiccionales no se han excedido en el ejercicio de sus funciones y que, por tanto, se han limitado a aplicar y no a crear el derecho. Bajo esta misma tesitura, para algunos autores la función extraprocesal de la motivación favorecería el análisis y la crítica de la actividad jurisdiccional, ante la propia opinión pública y la sociedad en general⁸⁸.

En suma, se considera que la preponderancia de una función endoprocesal de la motivación, ha favorecido un sistema de impugnaciones de la decisión jurisdiccional, sobre cualquier otro tipo de controles de ésta; y a grado tal que, ha autorizado a creer que aquél, es un medio suficiente para controlar la decisión jurisdiccional y que, por tanto, cualquier otro control resultaría superfluo. Pero independientemente de lo anterior, lo cierto es que la instauración de un sistema tal supone ya la existencia de determinados márgenes de discrecionalidad, que inciden sobre la formación de la decisión jurisdiccional y que, pese a

⁸⁷ Cfr. BERGHOLTZ, GUNNAR, *op. cit.*, pp. 84 y 85; y ATIENZA, MANUEL, *Las razones del derecho*, *op. cit.*, p. 4; *Id. Cuestiones judiciales*, *op. cit.*, pp. 12 y 13.

⁸⁸ Cfr. ATIENZA, MANUEL, *El sentido del derecho*, *op. cit.*, p. 255; CALVO GARCÍA, MANUEL, *op. cit.*, pp. 173 y 174; BERGHOLTZ, GUNNAR, *op. cit.*, pp. 82; y AARNIO, AULIS, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, *op. cit.*, pp. 44, 53 y 69; *id. Lo racional como razonable*, *op. cit.*, pp. 15, 16, 29, 42 y 43.

todo, no logra eliminar por completo: basta con apelar, aunque sea superficialmente, a las operaciones que subyacen al establecimiento de las premisas de la decisión jurisdiccional⁸⁹.

2.4.2. Control doctrinal de la decisión jurisdiccional.

2.4.2.1. Noción de control doctrinal.

La noción de control doctrinal de la decisión jurisdiccional, tiene que ver, como su nombre lo indica, con el conjunto de propuestas que en vía de reflexión teórica formula la *doctrina jurídica*. En base a lo anterior, este tipo de control se diferenciaría de los diversos instrumentos jurídicos que, para el mismo efecto, consagra expresamente el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, las propuestas que nos interesan, son aquellas cuyo fin es implementar ciertas estrategias para determinar un *modelo teórico-normativo del razonamiento jurisdiccional*, o sea, las elaboraciones teóricas que pretenden servir de guía a los órganos jurisdiccionales, en su función de resolver controversias. En este sentido, son “modelos” cuya construcción artificial reproduce, en forma simplificada, el fenómeno del razonamiento jurisdiccional; y son “normativos”, dado que prescriben a los órganos jurisdiccionales cómo deben razonar. El anterior deslinde, excluiría otro tipo de estudios también practicados sobre la decisión jurisdiccional, *v. gr.* aquellos que pretenden mostrar una descripción de la realidad en que se verifica el razonamiento jurisdiccional, o bien, aquellos que pretenden proporcionar un modelo teórico-descriptivo de éste⁹⁰.

Bajo ese orden de ideas, el control doctrinal así configurado, se dirige a la decisión jurisdiccional en el sentido de *razonamiento jurisdiccional*, o sea, implicando tanto a la decisión final (fallo) como a los considerandos que la justifican. (Cfr. *supra*. § 1.3.). De igual manera, dicho control está referido al *contexto de justificación de la decisión*

⁸⁹Cfr. RENTERÍA, ADRIÁN, *op. cit.*, pp. 67, 68, 75, 127, 185 y 186.

⁹⁰Cfr. RENTERÍA, ADRIÁN, *op. cit.*, pp. 69, 75 y 76; y COMANDUCCI, PAOLO, *op. cit.*, pp. 74–80.

jurisdiccional, y no tanto ya al contexto de descubrimiento, ni al estudio de las actividades psicológicas del órgano jurisdiccional⁹¹.

Por último, el control doctrinal de la decisión jurisdiccional, se fundamenta sobre la idea de la *racionalidad de la decisión jurisdiccional*, o sea, la racionalidad de la actividad del órgano jurisdiccional en cuanto agente productor de decisiones. Este último punto, sin embargo, requiere algunas precisiones.

En términos generales, cabe decir que la racionalidad jurídica no es un concepto unívoco y que, por tanto, suele referirse a diferentes aspectos del derecho. Básicamente, se habla de una racionalidad del derecho y de una racionalidad de la decisión jurídica. En lo que atañe a las decisiones jurídicas, se considera que la racionalidad constituye una clase de control sobre la actividad jurisdiccional, el cual es posible gracias a la figura jurídica de la motivación. Con todo, la manera específica de concebir dicha racionalidad, es variable.

Así pues, mientras que para algunos estudiosos la racionalidad jurídica de la decisión, consiste en el uso de los instrumentos de la lógica clásica, para otros, en cambio, ella misma es concebida más bien en términos de la racionalidad práctica. Aunado a lo anterior, los teóricos suelen diferenciar otro tipo de control que cabe todavía practicar sobre la decisión jurisdiccional, y el cual se fundamenta sobre la idea de la razonabilidad.

En cualquier caso, es de destacarse que la finalidad fundamental sigue siendo la misma, a saber: evitar la arbitrariedad de los órganos jurisdiccionales y, por añadidura, reducir los espacios discrecionales con lo que suele contar dicho órgano, en torno a la resolución de una controversia⁹².

⁹¹ Cfr. ATIENZA, MANUEL, *Las razones del derecho*, op. cit., pp. 4–6; y COMANDUCCI, PAOLO, op. cit., pp. 74, 77–79; WRÓBLEWSKI, JERZY, *Sentido y hecho en el derecho*, op. cit., p. 82; y ASIS ROIG, RAFAEL DE, op. cit., p. 109.

⁹² Cfr. RENTERÍA, ADRIÁN, op. cit., pp. 110, 111 y 114; NIETO, ALEJANDRO, op. cit., pp. 326 y 328; y SEGURA ORTEGA, MANUEL, op. cit., pp. 27, 80, 106, 121 y 125.

2.4.2.2. Control de racionalidad lógica.

En concepto de algunos estudiosos, la justificación de una decisión jurisdiccional consiste en su *deducibilidad lógica de los considerandos*, o sea, en que aquélla sea la conclusión necesaria de las premisas fáctica y normativa. Lo anterior, por cierto, no significa que la decisión puede ser efectivamente deducida de las premisas, toda vez que aquélla es un acto de voluntad y, como tal, no está determinada por la lógica: se piensa que, la manera en que el órgano jurisdiccional arriba a su decisión, es un problema psicológico.

En realidad, lo que asevera este tipo de control es que, para que la decisión esté justificada, el órgano jurisdiccional *debe construir una inferencia lógicamente válida*, cuyas premisas sean una norma jurídica general (premisa normativa) y los hechos del caso (premisa fáctica), y la conclusión sea la decisión. Se reconoce, sin embargo, que el único impedimento para la deducción lógica de la decisión jurisdiccional, son las lagunas jurídicas, ya que en tales casos el fundamento normativo de aquélla generalmente es creado por el órgano jurisdiccional, mediante procedimientos que no son lógicamente válidos, v. gr. el razonamiento analógico⁹³.

Pero fuera de tales supuestos, se considera que el razonamiento que va de las premisas a la conclusión, es —o puede ser reconstruido como— una inferencia deductiva, y ello sin perjuicio de las valoraciones que a veces son necesarias para el establecimiento de las premisas. En este sentido, se piensa que aún y cuando tales valoraciones pueden llegar a incidir sobre el resultado de la decisión jurisdiccional, no obstante, en la mayoría de las ocasiones *no se producen genuinas valoraciones en el establecimiento de las premisas*.

En relación con la determinación de la premisa fáctica, se asevera que la clase de valoración aquí producida por el órgano jurisdiccional, es del mismo tipo que la valoración de la prueba en las ciencias empíricas, de modo que no se trata de una valoración ética.

⁹³ Cfr. ALCHOURRÓN, CARLOS E., y otro, “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en *Análisis lógico y derecho*, op. cit., p. 301; *Id.*, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., pp. 212 y 213; y BULYGIN, EUGENIO, op. cit., pp. 356, 360 y 361.

Un tanto igual ha de suceder con la fijación de la premisa normativa, la que, no obstante de que en su formulación generalmente subyacen genuinos juicios de valor (*v. gr.* respecto de las consecuencias de adoptar tal o cual decisión), una vez que el órgano jurisdiccional resuelve lo anterior, la aplicación del enunciado interpretativo resultante nada tiene que ver con valoraciones.

Tampoco cabe hablar de genuinas valoraciones, finalmente, en el caso de que el órgano jurisdiccional tenga que determinar si ciertos términos valorativos, que figuran en normas jurídicas, son o no son aplicables a un caso particular, y esto porque en tales situaciones el órgano jurisdiccional no valora, sino que más bien se limitan a registrar las valoraciones del grupo social al que pertenece.

Por todo lo anterior, pues, este tipo de control doctrinal de la decisión jurisdiccional, considera que el papel desempeñado por las valoraciones, es bastante más modesto de lo que comúnmente se cree⁹⁴.

En cualquier caso, por último, este tipo de control asume que *la lógica deductiva es suficiente* para dar cuenta del razonamiento jurisdiccional justificatorio, y ello a pesar del problema en que consiste aplicar la lógica clásica, al tipo de enunciados como las normas que carecen de valores veritativos. Se asevera que, en muchos casos, no es necesario –ni incluso conveniente– recurrir a otras ramas más sofisticadas de la lógica, toda vez que ésta puede resultar suficiente para dar cuenta de muchos razonamientos jurisdiccionales. Sólo bastaría, se dice, explicitar las premisas necesarias y generalmente ocultas del razonamiento jurisdiccional, para que el argumento se tornara deductivamente válido.

En suma, el control doctrinal de racionalidad lógica de la decisión jurisdiccional, asume que la reconstrucción del razonamiento jurisdiccional justificatorio, puede lograrse perfectamente dentro de los límites de la lógica deductiva⁹⁵.

⁹⁴ *Cfr.* ALCHOURRÓN, CARLOS E., y otro, “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, *op. cit.*, pp. 304, 309, y 314–316; y BULYGIN, EUGENIO, *op. cit.*, p. 359.

⁹⁵ *Cfr.* ALCHOURRÓN, CARLOS E., y otro, “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, *op. cit.*, pp. 304, 309, 323, 325 y 326.

Ahora bien, el control doctrinal de referencia ha sido objeto de muchas críticas, precisamente por la noción de lógica que maneja, o sea, “lógica clásica” en el sentido de conjunto de reglas de inferencia deductiva, a partir de las cuales una determinada conclusión se infiere de algunas premisas.

En términos generales, cabe decir que no parece ser ése el sentido que los juristas suelen presuponer cuando hablan de operaciones lógicas, ya que cuando utilizan la expresión “se sigue lógicamente”, en realidad, lo hacen en el sentido de “se sigue jurídicamente”⁹⁶.

Pero independientemente de lo anterior, la aplicación de la lógica clásica, no sólo resulta problemática en lo que atañe a enunciados normativos carentes de valores veritativos (normas jurídicas); también lo es debido a que la clase de reglas que comporta, dan fundamento a una “justificación formal”, la cual es difícilmente adecuada para dar cuenta del razonamiento jurisdiccional, además de que su utilización depende ciertamente de muchos factores contingentes⁹⁷.

A mayor abundamiento, se puntualiza que, en rigor, la lógica deductiva no enseña cómo construir una inferencia válida, es decir, cómo pasar de las premisas a la conclusión, sino que únicamente da criterios sobre si un determinado paso está o no está autorizado. Tales criterios, concretamente, son criterios formales de corrección que, por lo mismo, se desentienden de las cuestiones materiales o de contenido sumamente importantes en el campo del derecho. Así pues, de un lado, a partir de premisas falsas se puede argumentar correctamente desde el punto de vista lógico, y, por el otro, es posible que un argumento sea incorrecto lógicamente, a pesar de que tanto la conclusión como las premisas sean verdaderas o, a lo menos, altamente plausibles.

⁹⁶ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO, *Razonamiento y argumentación jurídica: el paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, UNAM-III, México, 2003, pp. 156–159.

⁹⁷ Cfr. RENTERÍA, ADRIÁN, *op. cit.*, p. 80; y ATIENZA, MANUEL, *Las razones del derecho*, *op. cit.*, p. 14; *Id. Cuestiones judiciales*, *op. cit.*, pp. 14 y 15. Para Wróblewski, la justificación formal de una decisión jurisdiccional sólo es posible si se cuenta con una lógica formal adecuada que tenga que ver con directivas y con valoraciones, o bien, si es posible transformar con algunas operaciones lógico-semióticas los elementos justificatorios (las premisas) en proposiciones, todo lo cual le parece difícilmente posible, *Vide: WRÓBLEWSKI, JERZY, Sentido y hecho en el derecho*, *op. cit.*, pp. 52, 53, 61–63, y 65.

Lo anterior quiere decir, particularmente, que el control de racionalidad lógica únicamente da cuenta de la actividad consistente en el paso de las premisas a la conclusión, pero se desentiende de las diferentes actividades materiales que subyacen al establecimiento de las propias premisas. Dicho aún en otras palabras, aquel tipo de control se interesa únicamente por la justificación interna de la decisión jurisdiccional, la cual resulta singularmente factible en la decisión de casos fáciles, respecto de los cuales todo puede consistir en una cuestión de lógica deductiva, o sea, en construir un silogismo o una deducción.

Sin embargo, cosa distinta sucede con la decisión de casos difíciles, cuya justificación exige nuevas argumentaciones que pueden o no ser deductivas. Respecto de tales tipos de casos, pues, la justificación interna deviene necesaria pero insuficiente, pues aquí hay necesidad de agregar a la anterior justificación, un tipo de justificación externa de la decisión que requiere ir más allá de la lógica clásica⁹⁸.

En suma, el control de racionalidad lógica de la decisión jurisdiccional, no termina por eliminar los espacios discrecionales con los que cuenta el órgano jurisdiccional. En primer lugar, cabe decir que ese tipo de control no se hace cargo de las valoraciones que subyacen a la adopción de la decisión jurisdiccional concreta: la conclusión del silogismo judicial (v. gr. debo condenar a X a la pena Y), no constituye todavía tal decisión concreta (v. gr. condeno a X a la pena concreta Y), sino más bien un paso previo a ésta. La expresión deductiva de ésta, por tanto, requiere la añadidura o explicitación de las premisas necesarias, las cuales, en realidad, no enuncian ya una norma de derecho vigente, ni tampoco se refieren a la constatación de que se ha producido un hecho. El fundamento de tales premisas, más bien, está constituido por juicios de valor producto de la discrecionalidad jurisdiccional.

Pero sobre todo, en segundo lugar, al centrarse este tipo de control en la justificación interna de la decisión jurisdiccional, resta importancia a las actividades en

⁹⁸ Cfr. ATIENZA, MANUEL, *Las razones del derecho*, op. cit., pp. 7, 14, 25 y 26; *Id. Cuestiones judiciales*, op. cit., pp. 13 y 14; y WRÓBLEWSKI, JERZY, *Sentido y hecho en el derecho*, op. cit., p. 52.

donde la discrecionalidad jurisdiccional juega un papel todavía más relevante, a saber: el establecimiento de las premisas fáctica y normativa; y lo anterior bajo el argumento nada convincente de que tales operaciones, no engendran realmente genuinas valoraciones éticas.

Finalmente, en tercer lugar, no es del todo cierto que las lagunas del derecho constituya la única instancia para la discrecionalidad; además de aquéllas, también los problemas de interpretación del derecho y la solución de antinomias jurídicas, suscitan con frecuencia actividades discrecionales que no pueden ser contestadas mediante instrumentos puramente lógicos⁹⁹.

2.4.2.3. Control de racionalidad práctica.

En base a las insuficiencias de que padece el anterior modelo de decisión, en la doctrina jurídica se ha propuesto otro tipo de control construido ahora sobre los presupuestos de la racionalidad práctica. Para esta concepción, en particular, el razonamiento jurisdiccional es una actividad lingüística llamada “discurso”, y dado que, lo que se pretende con tal actividad, es la corrección o justificación de un enunciado normativo (la decisión jurisdiccional), se le considera como un “discurso práctico”: con la decisión jurisdiccional, se dice, lo que se pretende es resolver un problema práctico, o sea, cuestiones relativas a lo que hay que hacer u omitir, sobre lo que puede ser hecho u omitido¹⁰⁰.

Pues bien, desde esa perspectiva, la justificación de las decisiones jurisdiccionales depende de las *reglas y formas del discurso jurídico*. Bajo esta tesis, se piensa que en los casos jurídicos claros cuya decisión no reporta ninguna duda, la justificación de la decisión depende de las *formas y reglas de la justificación interna*, a partir de la cuales aquélla pueda seguirse lógicamente de las premisas que se aduzca como fundamento. Dentro de tales formas y reglas, cabe decir, se contemplan expresamente los supuestos en que la

⁹⁹ Cfr. RENTERÍA, ADRIÁN, *op. cit.*, pp. 81–85; y ATIENZA, MANUEL, *Las razones del derecho*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁰⁰ Cfr. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Trad. Manuel Atienza y otro, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 34 y 207.

decisión jurisdiccional, aún y cuando su estructura pueda devenir deductiva, requiere una serie de premisas que no pueden ser deducidas de las normas jurídicas preexistentes. Lo anterior tiene el efecto de poner en evidencia, por un lado, el aspecto creativo de la aplicación del derecho, pero también, por el otro, el de mostrar la necesidad de justificación de tales premisas, mediante una justificación externa¹⁰¹.

Ahora bien, este tipo de control reconoce la existencia de *casos jurídicos dudosos*, cuya decisión no puede seguirse lógicamente de las premisas. Se considera que esto puede deberse a la vaguedad del lenguaje jurídico, a las antinomias jurídicas, a las lagunas jurídicas o, inclusive, a la posibilidad de decidir contra el tenor literal de una norma en casos especiales. Todos estos supuestos, pues, ponen de relieve el campo de acción con el que cuenta el órgano jurisdiccional, para determinar el resultado de su decisión entre una pluralidad de soluciones. Se piensa que, en la base de tal acción de preferir, está un enjuiciamiento de la alternativa elegida como mejor, o sea, una valoración. Por lo tanto, la justificación de la decisión jurisdiccional en los casos dudosos, ha de corresponder a las *formas y reglas de la justificación externa*, al tenor de las cuales se fundamentan las premisas utilizadas en la justificación interna¹⁰².

Particularmente, los métodos de justificación son correlativos al tipo de premisas de que se trate. Así se tiene que, si se trata de reglas de derecho, su justificación consistirá en mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico; si son premisas empíricas, por el contrario, su justificación se hará en base a los métodos de las ciencias empíricas, las máximas de presunción racional y las reglas de la carga de la prueba del proceso; y si, finalmente, se trata de premisas que no son ni lo uno ni lo otro, en este caso su justificación se hará desde lo que este tipo de control llama “argumentación jurídica”.

La *argumentación jurídica*, en concreto, responde a las formas y reglas de la justificación externa, las cuales pueden referirse a la interpretación, a la argumentación

¹⁰¹ *Idem.*, pp. 29, 214–220, y 279.

¹⁰² *Idem.*, pp. 23, 27 y 222.

dogmática, al uso del precedente, a la argumentación práctica general, a la argumentación empírica, o bien, finalmente, a las formas especiales de argumentos jurídicos¹⁰³.

Pues bien, finalmente, para el control de racionalidad práctica, el discurso jurídico tiene como fundamento, a su vez, las diferentes *formas y reglas del discurso práctico racional general*; lo cual quiere decir, ciertamente, que participará tanto de sus virtudes como de sus defectos.

En efecto, por un lado, la utilización y seguimiento de las formas y reglas del discurso práctico general, aumentan la probabilidad de llegar a un acuerdo en cuestiones prácticas; sin embargo, por otro lado, tales reglas no garantizan la consecución de un acuerdo para cada cuestión, ni tampoco que cualquier acuerdo alcanzado sea definitivo e irrevocable. Según esto, en la medida en que el discurso jurídico necesite recurrir al discurso práctico general, padecerá de las mismas inseguridades de éste. Y es que, por cierto, las reglas del discurso práctico general no abarcan todos los pasos de la argumentación, o bien, algunas de tales reglas sólo pueden cumplirse de una manera aproximativa. Pero sobre todo, el déficit fundamental que presentan las reglas del discurso práctico general, tiene que ver con el hecho de que no prescriben los valores de que deben partir los participantes en el discurso, y de ahí que siempre quepa la posibilidad de desacuerdos¹⁰⁴.

La anterior aclaración nos muestra ya, por sí misma, las debilidades de que padece este tipo de control, a saber: no asegura la consecución de una única respuesta correcta para cada caso jurídico, sino que, por el contrario, a partir de tales criterios es posible –y frecuente– justificar diversas respuestas que, en consecuencia, habría que considerar como correctas; aquí la discrecionalidad jurisdiccional seguiría jugando un papel fundamental.

¹⁰³ *Idem.*, pp. 222–271.

¹⁰⁴ *Idem.*, pp. 178–201, 273 y 277.

Por otra parte, tampoco este tipo de control asegura que siempre exista, al menos, una respuesta o decisión correcta, toda vez que pueden presentarse cierto tipo de casos jurídicos (casos trágicos), cuya solución no pueda alcanzarse respetando el derecho.

Es importante mencionar, además, que la atención primordial que presta el control de racionalidad práctica, a las cuestiones de interpretación del derecho, tiene la desventaja de dejar fuera de análisis los problemas relativos a la materia de los hechos, siendo que en este último rubro es donde se dan las mayores dificultades y en donde, desde luego, el órgano jurisdiccional cuenta con los mayores márgenes de discrecionalidad.

Con todo, el defecto principal de este tipo de control, consiste en lo siguiente: no suministra criterios ciertos para elegir, de entre diversas soluciones igualmente racionales, la solución más razonable. Esta última constatación, es lo que ha motivado para en la doctrina jurídica se propugne por un tipo de “control de razonabilidad”¹⁰⁵.

2.4.2.4. Control de razonabilidad.

Al igual y como sucede con la racionalidad jurídica, la razonabilidad en el terreno del derecho es una noción de contenido variable, que depende al menos de dos factores generales. Por un lado, obedece a lo que en ciertas circunstancias temporales y espaciales se considere como razonable y, por el otro, depende del campo al que se aplique tal noción¹⁰⁶.

En particular, los objetos a los que se aplica el término “razonable”, suelen ser varios. Respecto de las decisiones jurisdiccionales, en principio, lo razonable suele aludir a ideas tales como “lo justificado”, “lo no arbitrario”, “lo proporcionado”, “lo ajustado”, “lo ordinario”, “lo normal”, “lo esperable”, etc.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Cfr. ATIENZA, MANUEL, *Las razones del derecho*, op. cit., pp. 2, 199, 201, 204, 215, 216 y 219; *Id. Cuestiones judiciales*, op. cit., p. 21.

¹⁰⁶ Cfr. ATIENZA, MANUEL, “Para una razonable definición de «razonable»”, en *Doxa .Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Número 4, España (Alicante), 1987, pp. 189 y 190.

¹⁰⁷ Cfr. BAZÁN, L., JOSÉ LUIS, y otro, “Racionalidad y razonabilidad en el derecho”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 18, Número 2, Mayo-Agosto, Chile, 1991, pp. 181-183.

Una concepción más elaborada de lo razonable, sin embargo, consiste en la configuración de un criterio que pueda servir como base para evaluar las decisiones jurisdiccionales. Bajo este tenor, se ha señalado que en materia de interpretación y aplicación del derecho, “lo razonable” significa que el órgano jurisdiccional debe guiarse por las directivas del “logos de lo humano” o “logos de lo razonable”; ámbito éste que, al igual que el “logos de la lógica”, constituyen los dos sectores del amplio campo de “la razón”¹⁰⁸.

Partiendo de las anteriores ideas, pues, en la doctrina jurídica reciente se ha elaborado una especie de “control de razonabilidad”, mediante el cual se pretenden remediar las insuficiencias de que padece el control de racionalidad práctica.

En términos generales, puede decirse que el control de razonabilidad se practica directamente sobre la decisión jurisdiccional, a diferencia de lo que acontece con el control de racionalidad práctica que se refiere al procedimiento de donde la decisión puede emanar. Bajo esta tesitura, se considera que una decisión jurisdiccional es razonable, si ésta se toma en situaciones en que *no sería posible o no sería aceptable adoptar una decisión estrictamente racional*. Cada uno de estos supuestos, pues, son correlativos con los límites de que padece el control de racionalidad práctica.

En primer lugar, se ha señalado que el control de racionalidad práctica, no asegura siempre la consecución de una única solución para cada caso, lo cual quiere decir al menos dos cosas. O bien, que el seguimiento de un procedimiento al tenor de las formas y reglas del discurso jurídico —que incluye las formas y reglas del discurso práctico general—, puede no conducir a una solución; o también, que un procedimiento tal puede conllevar a más de una solución racional igualmente válida.

Pero además de lo anterior, en segundo lugar, la racionalidad discursiva tampoco asegura por sí sola que la solución obtenida, será aceptable por la comunidad. Esto puede

¹⁰⁸ En ese sentido, *Vide*: RECASENS SICHES, LUIS, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Porrúa, 3ª edición, México, 1980, pp. 23, 32, 131–133, 143, 174–176, 184–186, 189, y 278–289.

sucedier en el caso de que una solución racional, sea contrapuesta a los objetivos o metas que pretende perseguir el propio sistema jurídico, o bien, a que contraste con los valores o fines sociales contemplados o no en el sistema jurídico.

De lo anterior se sigue que, el control de razonabilidad se plantea respecto de ciertos *casos difíciles* que, aún y aplicando los criterios de racionalidad práctica, resulta que el caso no tiene solución, o que tiene más de una solución posible, o bien, finalmente, que la solución racional alcanzada resultaría inaceptable¹⁰⁹.

Así pues, según el tipo de control aquí examinado, todo caso difícil supone una contraposición entre valores o principios, de modo que una decisión razonable es aquella que *logra el mejor equilibrio entre exigencias contrapuestas*. Con todo, puede ser factible que dicho equilibrio sea alcanzado encontrando el término medio de ambos extremos, o bien, configurando al efecto en cada caso tales extremos, a partir de los valores o principios en juego. Si tal fuera el supuesto, se dice, no se estaría en presencia de un genuino caso difícil, puesto que en el fondo hay una única decisión aceptable que no es discutida. En realidad, los supuestos a los que se refiere el control de razonabilidad, son aquellos casos complicados que dan lugar a formas diferentes de encontrar el equilibrio, a soluciones contrapuestas¹¹⁰.

En relación con estos últimos casos, finalmente, se piensa que una decisión razonable —o la más razonable, o la que logra un mejor equilibrio—, es aquella que resultaría *aceptable por la comunidad o la que suscite mayor consenso* si existen dos posturas igualmente razonables. La noción de consenso, sin embargo, tiene su propia problemática, la cual es distinta si se refiere a un consenso fáctico o a un consenso ideal o ficticio.

En efecto, se pone de relieve que aunque la exigencia de un consenso fáctico, pudiera tener la ventaja de constituir algo así como un elemento objetivo, que compensara

¹⁰⁹ Cfr. ATIENZA, MANUEL, "Para una razonable definición de «razonable»", *op. cit.*, pp. 193 y 194; y AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, pp. 247 y 262.

¹¹⁰ Cfr. ATIENZA, MANUEL, "Para una razonable definición de «razonable»", *op. cit.*, pp. 193, 195 y 196; y AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, p. 250.

la carencia de previsibilidad de las decisiones jurisdiccionales; dicho consenso, empero, representaría mayores dificultades. Por principio, se señala que el consenso fáctico tendría que servir como criterio para resolver casos difíciles, respecto de los cuales, precisamente, lo que no hay es acuerdo. La problemática que aquí se destaca, no sería fácilmente librada acudiendo a la regla de la mayoría, ya que esta última estrategia también tiene sus propias dificultades, consistentes en resolver qué haya que entenderse por comunidad.

Lo que sucede es que, en el derecho, operan diversos tipos de comunidades (el tribunal que tomó la decisión, el conjunto de los tribunales de un país, la doctrina jurídica, los afectados por la decisión, la sociedad en su conjunto, etc.); aunado al hecho nada inusual que, ciertamente, las diversas comunidades puedan tomar acuerdos mayoritarios, pero en sentido opuesto.

La dificultad fundamental de este tipo de consenso, con todo, se refiere al hecho de que en la construcción de los acuerdos, juegan siempre un papel principal los prejuicios sociales, el nivel de información de la comunidad, la distinta habilidad argumentativa de los participantes y, en general, una serie de circunstancias y factores que hacen que no pueda identificarse sin más “opinión mayoritaria” y “opinión razonable”. En otras palabras, nada garantiza que un consenso fáctico provenga de un procedimiento racional¹¹¹.

Es por lo anterior que, generalmente, el control de razonabilidad suele adoptar, como criterio de aceptabilidad, un consenso ideal. Bajo esta tesitura, se considera que la exigencia de tal tipo de consenso presupone el seguimiento de las reglas del discurso jurídico —entre ellas incluidas las reglas del discurso práctico general—; pero sobre todo la adopción de valores comunes. De esta guisa, pues, se piensa que sólo en base a tales requerimientos, puede alcanzarse la máxima legitimidad de los poderes públicos en una sociedad, y el grado máximo de satisfacción de las expectativas de certeza jurídica de los ciudadanos¹¹².

¹¹¹ Cfr. ATIENZA, MANUEL, “Para una razonable definición de «razonable»”, *op. cit.*, pp. 193, 106 y 197; y AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, pp. 282 y 283.

¹¹² En este sentido, *Vide*: AARNIO, AULIS, *Lo racional como razonable*, *op. cit.*, pp. 26–29, 42, 43, 58, 84, 247–249, y 282–288; *Id.*, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, *op. cit.*, pp. 17–19, 36, 37 y 52.

Sin embargo, la adopción de un consenso ideal presenta también sus propias dificultades, sobre todo en lo que atañe a lo problemático de su operatividad que, en último término, dependería de personas reales que pueden divergir. Esta dificultad, por cierto insalvable, se agrava aún más si se toma en consideración que, todavía, habría la necesidad de determinar cuáles serían esas condiciones ideales y cuáles los principios abstractos de justicia que dichas condiciones propiciarían.

Pese a todo, tratando de remediar los anteriores inconvenientes, se ha puesto de relieve que, en cuestiones jurídicas, no suele ser necesario remontarse a tales extremos. En todo caso, se dice, la noción de consenso ideal o ficticio en relación con las decisiones razonables, tendría que ser la de *buscar puntos de acuerdo* entre argumentaciones conflictivas que tratan de fundamentar decisiones aceptables. Partiendo de lo anterior, las dificultades sólo aumentarían en la medida en que el acuerdo tuviera que ver con los principios o valores de carácter muy abstracto, lo cual en materia jurídica –incluso en las cuestiones más fundamentales– no suele ser el caso¹¹³.

En suma, pues, tampoco el control de razonabilidad logra eliminar por completo la discrecionalidad jurisdiccional. Afronta, es verdad, en forma más profunda esta problemática, pero sigue presuponiendo actividades discrecionales últimas, a saber: la formulación de las condiciones ideales que regirían la adopción de decisiones aceptables, o bien, la búsqueda de los puntos de acuerdo entre argumentaciones divergentes.

¹¹³ En este sentido, *Vide*: ATIENZA, MANUEL, “Para una razonable definición de «razonable»”, *op. cit.*, pp. 195–200.

C A P Í T U L O 3.

Interpretación Jurisdiccional y Discrecionalidad.

3.1. La interpretación jurisdiccional.

En términos generales, la interpretación jurisdiccional del derecho es un tema que presupone alguna postura entorno a la función jurisdiccional¹¹⁴, pero también en relación al derecho y, sobre todo, respecto de la interpretación jurídica. Desde ahora, es previsible suponer que existan tantas concepciones en esta materia, como combinaciones posibles se den entre los anteriores elementos señalados. Con todo, en la literatura jurídica suelen sobresalir algunas de ellas, mismas que, por sus presupuestos y por su amplitud, bien pueden ser consideradas como representativas de ciertas opiniones aisladas y parciales de muchos estudiosos.

Particularmente, la interpretación jurisdiccional suele ser abordada tanto conceptual como ideológicamente. En el primer sentido, desde el punto de vista teórico, de lo que se trata es de dilucidar cuáles son sus características de hecho y cuáles sus problemas correlativos; desde el punto de vista normativo, en cambio, el objetivo es relacionar la interpretación jurisdiccional con el conjunto de normas que la disciplinan, principalmente con las normas que se refieren a los llamados métodos jurídicos de interpretación. El desarrollo de la anterior investigación conceptual, sin embargo, se encuentra presidido por ciertas presuposiciones valorativas e ideológicas sumamente relevantes. En este otro sentido, pues, se discute acerca de la finalidad que debe perseguir la interpretación jurisdiccional.

Pues bien, bajo el anterior orden de ideas, lo primero que cabe decir es que las diversas consideraciones teóricas acerca de la interpretación jurisdiccional, se hallan ligadas a un concepto específico de la interpretación jurídica. Esto es obvio desde el momento en que, sin excepción, se considera que la primera es una especie de la segunda, que se distingue en razón de la figura del intérprete que, en este caso, es el órgano jurisdiccional. Sin embargo, en la doctrina jurídica suelen sostenerse diversos conceptos de

¹¹⁴ En este sentido, *Vide*: CARMONA TINOCO, JORGE ULISES, *La interpretación judicial constitucional*, UNAM-IIIJ/Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1996, p. 24.

interpretación jurídica, además de que la misma expresión “interpretación jurídica” es ambigua: se refiere tanto a una actividad como al resultado de ésta¹¹⁵.

Con todo, existen tres conceptos principales de interpretación jurídica, mismos que, basados sobre todo en el primer sentido de esta expresión, se diferencian en razón del objeto sobre el que se afirma aquélla recae. Así pues, según un concepto amplísimo, la interpretación jurídica consiste en atribuir significado a las disposiciones del ordenamiento jurídico; pero también en dotar de sentido o calificar jurídicamente ciertos hechos (conductas, acontecimientos, etc.), lo cual es conocido usualmente como “interpretación de los hechos”. En cambio, según un concepto amplio de la interpretación jurídica, ésta versa únicamente sobre cualquier disposición del ordenamiento jurídico, pero no ya en materia de hechos. Finalmente, existe un concepto estricto de la interpretación jurídica, y en este otro caso se sostiene que ésta se practica únicamente sobre disposiciones normativas oscuras o dudosas¹¹⁶.

Por otra parte, en su segundo sentido, la interpretación jurídica suele ser objeto de múltiples denominaciones o calificaciones, entre las cuales destacan las siguientes: como resultado interpretativo, la interpretación jurídica se cataloga como “interpretación literal”, “interpretación sistemática” e “interpretación evolutiva”.

En base a lo antes expuesto, pues, es posible distinguir las siguientes concepciones de la interpretación jurisdiccional.

Para lo que llamaremos *concepción amplísima de la interpretación jurisdiccional*, ésta es una actividad compleja que tiene que ver con la interpretación de la ley, con la construcción de la norma aplicable y con la interpretación de los hechos¹¹⁷.

¹¹⁵ Cfr. VERNENGO, ROBERTO J., “Interpretación del derecho”, en *El derecho y la justicia*, op. cit., p. 240.

¹¹⁶ Para cada uno de los conceptos aludidos, respectivamente, Cfr. TAMAYO SALMORÁN, ROLANDO, voz “interpretación jurídica”, en *Diccionario jurídico mexicano*, t. I-O, op. cit., pp. 1794 y 1795; GARRONE, JOSÉ ALBERTO, voz “interpretación y aplicación del derecho”, t. II, op. cit., p. 338; y GARCÍA MORENO, VÍCTOR CARLOS, voz “interpretación de tratados”, en *Diccionario jurídico mexicano*, t. I-O, op. cit., p. 1792.

¹¹⁷ En este sentido también, Vide: DIEZ PICAZO, LUIS, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, reimpresión (1ª edición), Barcelona, 1975, pp. 217, 218, 221, 224, y 232-235.

En relación con la “interpretación de la ley”, se sostiene que ésta consiste en captar intelectualmente los conceptos unívocos y precisos a que alude claramente la ley, y ello inclusive en los casos en que ésta expresa diferentes alternativas de significado: en este último supuesto, se dice, primero es menester determinar cuál es el marco de alternativas posibles, para posteriormente poder escoger dentro del marco así determinado, alguna alternativa. De esta suerte, la concepción en comento reivindica la “tesis del significado estricto del lenguaje del derecho”, de ahí que considere que la ley siempre dota de un sentido y contenido ciertos a los conceptos que involucra, los cuales por esa vía le son “impuestos” al órgano jurisdiccional y no “puestos” por éste.

En realidad, el problema más relevante que aquí se destaca, se refiere a la “formación de la norma decisoria”. En esta ocasión, el órgano jurisdiccional se aboca a construir la norma que ha de ser aplicada a un caso concreto, y para lo cual, tomando siempre los materiales o preceptos del mismo derecho, únicamente procede a darles una cierta configuración siguiendo para ello ciertos principios rectores que se derivan de las características estructurales del sistema jurídico.

Finalmente, y como consecuencia de lo anterior, la “interpretación de los hechos” solamente ha de consistir en constatar si un caso real concreto, presenta o no las características a que expresamente se refiere la ley aplicable, o sea, la norma decisoria.

De lo anterior se sigue que, para esta concepción, la interpretación jurisdiccional es siempre una actividad de conocimiento. El órgano jurisdiccional, por tanto, no crea el significado de la ley, sino que únicamente se limita a captar el sentido y contenido que aquélla ya tiene. Tampoco dicho órgano crea una norma individual a propósito de la formación de la norma decisoria: ésta es confeccionada precisamente con los materiales del propio derecho, y además nunca pierde su carácter normativo general hipotético. En fin, en la interpretación de los hechos, el órgano jurisdiccional no procede de manera arbitraria,

antes bien, lo hace siempre de conformidad a la selección de datos previamente fijada en la ley¹¹⁸.

Por el contrario, para lo que denominaremos *concepción amplia de la interpretación jurisdiccional*, ésta consiste únicamente en atribuir significado a cualquier texto normativo del ordenamiento jurídico.

Bajo este tenor, la llamada “interpretación de los hechos” es una actividad diversa y ulterior a la interpretación: la calificación jurídica de un hecho concreto, se dice, requiere previamente la atribución de significado al texto normativo utilizado para realizar dicha calificación. Así pues, la interpretación jurisdiccional siempre versa sobre un texto normativo o “disposición”, y su resultado siempre consiste en el significado de dicha disposición, que es lo que constituye la “norma” en sí.

Ahora bien, para esta postura, la interpretación jurisdiccional siempre se resuelve en una decisión, y no únicamente en una descripción, del significado de cualquier disposición: se piensa que, ante la tesitura de resolver una controversia, el órgano jurisdiccional no se limita a describir los posibles significados de una disposición, sino que, sobre todo, elige uno con preferencia a otros, y resuelve en consonancia el caso en cuestión. Esta última aseveración tiene que ver, en efecto, con el hecho de que esta concepción adhiere a la “tesis del significado flexible del lenguaje del derecho”; de ahí que considere que, por más obvio e indiscutido que pueda resultar el significado de una disposición, en cualquier caso, dicho significado es adscrito por el órgano jurisdiccional, o sea, lo cual implica que, en último término, es tal órgano quien siempre determina cuál debe ser la norma de una disposición¹¹⁹.

Con todo, la interpretación jurisdiccional no es una actividad creadora de nuevo derecho, antes bien, ella consiste únicamente en “adscribir” uno de los significados

¹¹⁸ Para esta postura, *Vide*: SOLER, SEBASTIÁN, *La interpretación de la ley*, Ariel, Barcelona, 1962, pp. 42, 72–77, 91, 99–101, 153–156, 158, 161–164, 166 y 167.

¹¹⁹ En este sentido también, *Vide*: TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO, “Interpretación constitucional: la falacia de la interpretación cualitativa”, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, 3ª edición, México, 2002, pp. 98–100.

conocidos o cognoscibles de una disposición, y no, por el contrario, en crear un nuevo significado diferente a éstos: mediante la interpretación jurisdiccional, concretamente, sólo se precisa el significado de una disposición, resolviendo los problemas de ambigüedad y/o vaguedad de ésta.

Y lo anterior siempre acontece, según esta concepción, con independencia de la problemática particular que cada caso concreto pueda plantear, y al margen también de la claridad u oscuridad en que se exprese cualquier disposición. Se agrega que, la claridad u oscuridad, no son cualidades intrínsecas de ninguna disposición, más bien, ellas mismas son producto de la interpretación: luego de haber interpretado una disposición, se afirma, puede saberse si se trata de una disposición clara u oscura, lo cual, a su vez, también puede ser controvertido¹²⁰.

Así pues, la interpretación jurisdiccional, es una actividad mediante la cual se decide el significado de una disposición y, por lo mismo, se encuentra relacionada con otra actividad que consiste, más bien, en justificar la decisión interpretativa adoptada. Lo que sucede es que, finalmente, para esta concepción la interpretación jurisdiccional no es una actividad arbitraria: está sujeta a ciertos “límites normativos” conformados por todas aquellas disposiciones que disciplinan la interpretación jurisdiccional y/o la solución de controversias en torno a cuestiones interpretativas, y también a “límites factuales” derivados del ambiente cultural en donde opera el ordenamiento jurídico que se interpreta, v. gr. los significados que se desprenden de los usos lingüísticos preponderantes, las interpretaciones ya acreditadas y consolidadas, el modelo de racionalidad acogido para argumentar las interpretaciones, etc.¹²¹

¹²⁰ En este mismo sentido, Vide: PINA, RAFAEL DE, y otro, voces “interpretación del derecho” e “interpretación judicial”, *op. cit.*, pp. 329 y 331; y LACLAU, MARTÍN, “El problema filosófico de la interpretación en la actualidad”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Asociación Argentina de Derecho Comparado, Núm. 9, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, (Arg.), 1989, p. 10.

¹²¹ Para esta postura, Vide: GUASTINI, RICCARDO, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, *op. cit.*, pp. 1-3, 6-13, 16, 18, 20, 21, 57, 58 y 113; *Id.*, *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*, *op. cit.*, pp. 100-102, 203-206, y 249; *Id.*, “Enunciados interpretativos”, Trad. Adrián Rentería Díaz, en *Nósis. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, Vol. 9, Núm. 18, Enero-Junio, Ciudad Juárez (Méx.), 1997, pp. 125, y 132-136.

Por último, para lo que llamaremos *concepción estricta de la interpretación jurisdiccional*, ésta consiste en atribuir significado únicamente a textos normativos que resulten dudosos, como consecuencia de las características de cierto tipo de casos concretos, o bien, debido a las propias características constitutivas de los textos normativos. En realidad, como bien puede advertirse, se trata de dos versiones que es preciso diferenciar.

En su primera versión, esta concepción parte de las características del tipo de casos concretos que pueden presentarse en torno al significado de un texto normativo o “regla”. Bajo este tenor, se considera que habrá “casos claros” cuyos hechos constitutivos seguramente estarán comprendidos por el significado central de la regla, o sea, por el significado que tal regla recibe en el lenguaje común y/o en el lenguaje jurídico. Frente a tal tipo de casos, se dice, el órgano jurisdiccional solamente se limita a realizar una “aplicación automática” de la regla así determinada y, por ende, su actividad puede ser considerada como una actividad de conocimiento.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, esta versión asevera que también habrá “casos dudosos” cuyos hechos constitutivos, no estén claramente incluidos ni claramente excluidos por el significado central de la regla; la duda que aquí se presenta, sin embargo, no deriva de la ignorancia de los hechos sino, más bien, de la ignorancia del significado de la regla en relación con esos hechos. En estos otros supuestos, por el contrario, la actividad desarrollada por el órgano jurisdiccional no es ya una actividad de conocimiento, antes bien, es una actividad eminentemente decisoria. Esta postura, por cierto, adhiere también a la “tesis del significado flexible del lenguaje del derecho” y, por tanto, en su opinión sólo los casos dudosos requieren de una labor propiamente interpretativa.

Frente a casos dudosos, pues, se considera que el órgano jurisdiccional “adjudica” a la regla un significado que, en relación con el caso en cuestión, hasta ese momento no tenía, y ello porque sólo en base a dicha decisión será posible practicar la inclusión o exclusión correspondiente. El significado respectivo, no estaba en la regla; claramente ha sido

“puesto” por el órgano jurisdiccional sobre la base de una decisión no controlada por los hábitos lingüísticos establecidos.

Para esta postura, con todo, la interpretación jurisdiccional no es una actividad arbitraria: la decisión de adjudicar un significado a una regla, estará guiada por ciertos estándares (valorativos, sociales, políticos) a la luz de los cuales puedan apreciarse las consecuencias de la inclusión o exclusión practicada. En casos dudosos, pues, son estos “criterios adicionales” los que dan fundamento a la decisión, pero no ya la regla o reglas del ordenamiento jurídico que, simplemente, no se oponen a ella; es en este sentido que, se dice, el órgano jurisdiccional creará derecho.

Es por todo lo anterior que, para esta versión, resulta del todo incorrecto utilizar la palabra “interpretación” para aludir a dos actividades básicamente distintas, ya que en su opinión esta forma de proceder borra una distinción útil y sugiere una homogeneidad inexistente entre casos claros y casos dudosos¹²².

La segunda versión de esta misma concepción, en cambio, parte de las características constitutivas de los textos normativos o “reglas”. En este otro sentido, se considera que habrá “reglas claras” y “reglas oscuras”, cuya determinación depende no ya de cualidades intrínsecas de las reglas consideradas *in abstracto*, sino, más bien, del uso de tales reglas en relación con ciertos casos concretos: una misma regla, se dice, es “clara” o “dudosa” según el contexto concreto en el que se le utilice. Así pues, la claridad y la oscuridad de una regla, son en realidad nociones pragmáticamente enlazadas, en particular, con las características semánticas del lenguaje del derecho y, en general, con el carácter contextual del significado de dicho lenguaje.

Bajo este tenor, por un lado, se considera que en algunas ocasiones el órgano jurisdiccional “comprende directamente la regla”, y ello porque la regla en cuestión es clara

¹²² Para esta postura, *Vide*: HART, H. L. A., “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, *op. cit.*, pp. 25–27, 38, 39, 60 y 61; *Id.*, *El concepto de derecho*, *op. cit.*, pp. 152, 153, 157–159, 168, 169, 252 y 253; *Id.*, *Post scriptum al concepto de derecho*, *op. cit.*, pp. 54–60; CARRIÓ, GENARO R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, *op. cit.*, pp. 56, 57 y 61; y MENDONCA, DANIEL, *Las claves del derecho*, *op. cit.*, pp. 155 y 156.

según los diferentes contextos que influyen en su significado, a saber: el “contexto lingüístico”, conformado por las características semánticas del lenguaje del derecho; el “contextos sistémico”, que se refiere a las características del sistema jurídico; y, por último, el “contexto funcional”, conformado por las diversas valoraciones acerca de la creación, aplicación y funcionamiento del derecho dentro de la sociedad.

Por otro lado, sin embargo, cada uno de los anteriores contextos particulares también pueden originar que una regla sea dudosa, caso en el cual acontece la interpretación jurisdiccional. En efecto, se considera que ésta comienza cuando surgen dudas respecto del significado de una regla, y lo cual puede deberse a la ambigüedad y/o vaguedad de la regla; a su incoherencia y/o inconsistencia con otras reglas o principios del sistema jurídico; o bien, debido al conflicto que se da entre las funciones de una regla en su significado *prima facie* y la *ratio legis* (fines del legislador actual, valoraciones del intérprete).

En este tipo de situaciones conflictivas, pues, el órgano jurisdiccional determina a la regla un significado lo suficientemente preciso en relación al caso en cuestión, y ello porque, pese a las insuficiencias de la regla, no puede abstenerse de juzgar dado su deber de resolver toda controversia. La interpretación jurisdiccional, en virtud de lo anterior, es particularmente una “interpretación operativa”, o sea, una interpretación que tiene verificativo ante una regla dudosa que ha de ser aplicada a un caso concreto, y que, por lo mismo, se halla ligada a la necesidad de dar una solución: es una especie de interpretación obligada.

Para tal efecto, se considera que el órgano jurisdiccional sigue en principio ciertas reglas o “directivas interpretativas”, mismas que, sin embargo, siempre presuponen valoraciones y dan pauta a éstas. Por esta razón, finalmente, para esta versión la interpretación jurisdiccional es una actividad eminentemente valorativa, que depende en última instancia de la ideología particular que en esta materia se asuma¹²³.

¹²³ Para esta postura, Vide: WRÓBLEWSKI, JERZY, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Trad. Arantxa Azurza, Civitas, Madrid, 1985, pp. 24, 28, 35-47, 63, 64, 72-78; *Id.*, *Sentido y hecho en el derecho*, *op. cit.*, pp. 30, 31, 56-58, 70, 100-103, 115-129, 136-142, 152, y 161-171.

3.2. Decisión interpretativa y discrecionalidad.

En general, la interpretación jurisdiccional suele ser concebida como una etapa del complejo proceso de resolución de una controversia, la cual, empero, puede ser más o menos amplia o más o menos estrecha, dependiendo en cada caso de qué es lo que se considere aquella consiste.

Según vimos, para la concepción amplísima de la interpretación jurisdiccional, ésta abarca una serie de operaciones que tienen que ver no sólo con la atribución de significado a la ley, sino que además también versa sobre la determinación de la norma aplicable e, incluso, con la determinación de los hechos del caso. Por el contrario, para las otras dos concepciones, la interpretación jurisdiccional solamente comprende la etapa relativa a la determinación de significado de una disposición o regla, la cual, por cierto, es reducida únicamente a reglas dudosas según la concepción estricta. En cualquier caso, esto es importante debido a que la amplitud o estrechez que en cada supuesto se sostenga, predetermina cuáles han de ser los problemas que plantea la interpretación jurisdiccional.

Ahora bien, cabe decir, el uso de la expresión “decisión interpretativa”, se encuentra conectado directamente con lo que en particular cada postura asevera respecto de la interpretación jurisdiccional. Podemos ver que, por un lado, para la concepción amplísima la interpretación jurisdiccional no implica ninguna decisión y, por tanto, no utiliza dicha expresión. En su lugar, esta postura prefiere emplear expresiones tales como “ley” o “norma decisoria”, sugiriendo de este modo una preconstitución de la solución jurídica, que es captada por el órgano jurisdiccional mediante la interpretación: de una manera figurada puede decirse que, dentro de este contexto, la ley es la que decide.

Por otro lado, en cambio, para la concepción amplia de la interpretación jurisdiccional, ésta se resuelve siempre en una decisión y, por ende, frecuentemente alude a esta actividad como “decisión interpretativa”; esto tiene que ver, también, con que dentro de su terminología se refiere al ordenamiento jurídico como “disposición”, queriendo así

poner de relieve que la norma es producto de la interpretación: el órgano jurisdiccional es quien decide.

Finalmente, para la concepción estricta de la interpretación jurisdiccional, en cualquiera de sus dos versiones, sólo cabe hablar de decisión interpretativa ante casos dudosos o frente a reglas oscuras. Por cierto que, la expresión “regla” para aludir al ordenamiento jurídico, tampoco resulta casual; esto puede explicarse en base a que, para esta concepción, hay situaciones en que el derecho es aplicado directamente sin una labor propiamente dicha de interpretación: se entiende que, en situaciones tales, lo que se aplica es ya una regla constituida y no, por ejemplo, el texto normativo en sí.

Pero también el uso de la expresión “decisión interpretativa”, es revelador en otro respecto: ésta se halla ligada con el tipo de problemas que, según una u otra concepción, se considera plantea la interpretación jurisdiccional. En el fondo de cada problema interpretativo particular, empero, subyace la cuestión de si en esta materia el órgano jurisdiccional cuenta o no con *discrecionalidad interpretativa*, lo cual desde luego depende de cuáles son, y cómo se solucionan, tales problemas. Es menester, pues, conocer cuál es la posición que cada concepción asume.

Para la concepción amplísima de la interpretación jurisdiccional, los problemas interpretativos son fundamentalmente *problemas que derivan del sistema jurídico*, toda vez que dentro de su concepto, la labor interpretativa siempre se efectúa siguiendo ese derrotero. Ciertamente, la interpretación de la ley consiste en captar los conceptos a que ésta se refiere, pero ello precisamente al tenor del sentido y contenido que tales conceptos adquieren, dentro del estado actual del sistema jurídico en su integridad. Para tal efecto, se piensa, el órgano jurisdiccional procede a la formación de la norma decisoria, según los principios lógicos que se derivan de las características estructurales del sistema jurídico, a saber: claridad, coherencia y plenitud. De esta suerte, se supone que la interpretación de los hechos ha de efectuarse como consecuencia de lo anterior: en esta operación el órgano jurisdiccional, requiere contar con la serie de datos consagrados en la ley (norma decisoria), a efecto de poder contrastarlos con el caso real concreto.

Así pues, para esta concepción, ninguna de las anteriores actividades requiere de discrecionalidad jurisdiccional; la univocidad y precisión de los conceptos a que alude la ley, eliminan de antemano cualquier maniobra discrecional en materia de interpretación de la ley; la formación de la norma decisoria, por su parte, es una actividad regida por ciertos principios que se desprenden de las características del sistema jurídico y, en este sentido, imponen al órgano jurisdiccional cuáles son las opciones correctas; por último, no hay ninguna discrecionalidad en la interpretación de los hechos, ya que en esta materia dicho órgano procede de conformidad con la selección de datos previamente consagrados en la ley aplicable, o sea, la norma decisoria construida.

Ninguno, pues, de los problemas interpretativos que esta postura reconoce como tales, son problemas de discrecionalidad interpretativa, pero tampoco su solución depende de ésta: son problemas que se suscitan con motivo del, y su solución depende del conocimiento del, sistema jurídico¹²⁴.

Por el contrario, para la concepción amplia de la interpretación jurisdiccional, los problemas interpretativos son únicamente *problemas del lenguaje del derecho*, o sea, problemas que nacen de los defectos del lenguaje en que son formuladas las disposiciones, a saber: la ambigüedad y/o la vaguedad. En cualquiera de estos casos, el órgano jurisdiccional decide –y no únicamente describe– el significado de una disposición; elige entre los diferentes significados de una disposición y/o marca los confines del significado de ésta.

Así pues, para esta postura, los problemas interpretativos siempre se configuran como problemas de discrecionalidad interpretativa, y lo anterior, por cierto, con independencia del tipo de casos concretos de que se trate (casos claros o casos dudosos) y/o al margen de las características de cualquier disposición (reglas claras o reglas oscuras).

¹²⁴ Cfr. SOLER, SEBASTIÁN, *La interpretación de la ley*, op. cit., pp. 73, 74, 111–115, 125, 153–156, 167 y 168.

Ahora bien, por otro lado, este modo de ver las cosas trae como consecuencia que, los problemas de las antinomias normativas y de lagunas jurídicas, no sean considerados como auténticos problemas interpretativos. Al respecto, se afirma que estas dos últimas cuestiones, son problemas del sistema jurídico entendido no ya como conjunto de disposiciones todavía por interpretar, sino, más bien, como conjunto de normas ya consagradas. Por consiguiente, las antinomias y las lagunas son el resultado de la interpretación, y no su presupuesto: su ausencia o presencia es debida a decisiones interpretativas previas, que tanto pueden evitarlas como también evidenciarlas.

Pero una vez que surgen tales problemas, empero, se considera que su solución no puede alcanzarse por medio de la interpretación propiamente dicha del derecho: mientras que la disolución de una antinomia requiere eliminar alguna de las normas en conflicto, por otro lado, una laguna exige ser colmada mediante la creación de una nueva norma. Para esta concepción, pues, mientras que la solución de los problemas interpretativos requiere la puesta en marcha de genuinos métodos jurídicos de interpretación; en cambio, la solución de los problemas de antinomias y de lagunas, depende de la utilización de otro tipo de mecanismos no interpretativos conocidos como “criterios de solución de antinomias normativas” y “métodos de integración del ordenamiento jurídico”, respectivamente¹²⁵.

Por último, en relación con la concepción estricta de la interpretación jurisdiccional, la determinación de los problemas interpretativos es distinta según se trate de una u otra versión.

Para la primera versión, los problemas interpretativos son *problemas del lenguaje del derecho suscitados por casos dudosos*, o sea, problemas en los que el significado acordado a una regla por los usos lingüísticos preponderantes, resulta insuficiente respecto de un caso concreto atípico o novedoso. La interpretación jurisdiccional, por tanto, siempre consiste en una decisión; es el órgano jurisdiccional quien adjudica (pone o crea) un

¹²⁵ Cfr. GUASTINI, RICCARDO, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, op. cit., pp. 12, 18, 57, 58, 60, 63–65, 67–69, y 71–88; *Id.*, *Distinguiendo*, op. cit., p. 315. En el mismo sentido, *Vide*: NINO, CARLOS SANTIAGO, op. cit., pp. 259–292, 432 y 433; BRETÓN, JERÓNIMO, y otros, op. cit., pp. 362–364; y PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, reimpresión (1ª edición), Madrid, 1993, pp. 90–99.

significado a la regla, sin que su decisión esté controlada por los hábitos lingüísticos ni por las reglas del orden jurídico.

La solución de los problemas interpretativos, según esto, depende no sólo del conocimiento a fondo de las normas jurídicas y sus fuentes, sino sobre todo de que el órgano jurisdiccional cuente con una adecuada información de hecho, sobre aspectos básicos de la vida de la comunidad a la que pertenece; de que reflexione seriamente sobre las consecuencias probables de sus decisiones; y de que posea una inteligencia alerta para clarificar cuestiones valorativas, y para dar buenas razones en apoyo a las pautas no específicamente jurídica, en que encuentra fundamento.

Así pues, los problemas interpretativos que esta versión reconoce como tales, se erigen siempre como problemas de discrecionalidad interpretativa, y su solución también requiere de ésta¹²⁶.

Para la segunda versión, los problemas interpretativos son *problemas semánticos y contextuales del lenguaje del derecho*. En efecto, se considera que mediante la interpretación, el órgano jurisdiccional fija a la regla dudosa un significado lo suficientemente preciso en relación con un caso concreto. La regla en cuestión puede resultar dudosa, debido a la ambigüedad y/o ambigüedad del lenguaje del derecho; en razón de su incompatibilidad (incoherencia y/o inconsistencia) con otras reglas o principios del sistema jurídico; o bien, como consecuencia del conflicto que suscita las funciones del significado *prima facie* de la regla y la *ratio legis* (fines del legislador actual, valoraciones del intérprete).

Cada una de las anteriores cuestiones, pues, son los problemas interpretativos que enfrenta el órgano jurisdiccional, y cuya solución depende tanto de las directivas interpretativas utilizadas para tal efecto, como de las valoraciones que presuponen y a las

¹²⁶ Cfr. HART, H. L. A., "El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral", *op. cit.*, pp. 25–27, 38, 39, 60 y 61; *Id.*, *El concepto de derecho*, *op. cit.*, pp. 157–159, 168, 169, 252 y 253; *Id.*, *Post scriptum al concepto de derecho*, *op. cit.*, pp. 54–60; y CARRIÓ, GENARO R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, *op. cit.*, pp. 56–61.

que conlleva el uso de tales directivas. De esta guisa, para esta segunda versión, los problemas interpretativos se configuran siempre como problemas de discrecionalidad interpretativa, y en última instancia su solución requiere de ésta¹²⁷.

En suma, como bien pudo advertirse, cada concepción sostiene una visión distinta acerca de los problemas interpretativos, y de ella depende si es que tales problemas se configuran o no como problemas de discrecionalidad interpretativa. De igual manera, es posible ver que a propósito de la determinación de tales problemas, cada concepción va delineando cuál es su posición con respecto a los métodos jurídicos de interpretación, lo cual no resulta en modo alguno casual.

Lo que sucede es que, según sea el tipo de problemas interpretativos de que se trate, su solución ha de encontrarse conectada con uno u otro método interpretativo; correlativamente, la eliminación o subsistencia de discrecionalidad interpretativa, ha de depender de las virtudes o defectos que se atribuyan a tales métodos.

Pero sobre todo, por otro lado, lo anterior tiene que ver con el hecho de que, según se afirma, el ordenamiento jurídico contiene ciertas disposiciones que regulan la interpretación jurisdiccional, y lo cual hace precisamente aludiendo a ciertos métodos jurídicos de interpretación. Es en este sentido que, según decíamos, la interpretación jurisdiccional es conceptuada normativamente, y a cuyo examen está destinado el siguiente apartado.

¹²⁷ Cfr. WRÓBLEWSKI, JERZY, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, op. cit., pp. 35–47, 63 y 64; *Id.*, *Sentido y hecho en el derecho*, op. cit., pp. 30, 31, 56–58, 70, 100, 101, 114, 117–127, 136–142, 152, 153, y 161–163. En el mismo sentido respecto a la variedad de problemas interpretativos, *Vide*: GUIBOURG, RICARDO, “La interpretación del derecho desde el punto de vista analítico”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, op. cit., pp.159–161; y RAZ, JOSEPH, “¿Por qué interpretar?”, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, op. cit., pp. 40 y 41. Este último ensayo puede ser encontrado en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, ITAM, Núm. 5, Octubre, México, 1996.

3.3. Los métodos jurídicos de interpretación.

3.3.1. Control institucional de la decisión interpretativa.

Como ya decíamos, se piensa que el ordenamiento jurídico suele contener ciertos lineamientos generales sobre la interpretación del derecho, que indican cómo se debe interpretar éste. Así pues, dicho ordenamiento alude a la letra de la ley, a su interpretación, y a los principios generales del derecho; también señala cuál debe ser el orden de prioridad entre los anteriores, a saber: debe estarse primero a la letra de la ley y, en su defecto, a su interpretación; a falta de esta última, hasta entonces, debe acudirse a los principios generales del derecho. Asimismo, se menciona que el ordenamiento jurídico prevé los valores supremos, que deben de tomarse en cuenta en la interpretación del derecho, *v. gr.* igualdad, libertad, justicia, pluralismo político, etc.

Ahora bien, las anteriores regulaciones dan origen a una serie de observaciones. A propósito del tenor literal de la ley, se polemiza el concepto de interpretación jurisdiccional acogido por el propio ordenamiento jurídico; aquí se trata, en realidad, de criticar la concepción estricta que se supone recoge el ordenamiento jurídico, y de propugnar en su lugar por una concepción amplia de la interpretación jurisdiccional. De igual forma, se pone de relieve que, aunque el ordenamiento jurídico alude expresamente a la interpretación de la ley, no refiere, empero, cuál o cuáles son los métodos jurídicos de interpretación que han de emplearse¹²⁸.

Con todo, cualesquiera que sean tales métodos, lo que no se discute es que a éstos son a lo que se refiere el ordenamiento jurídico, cuando alude a la interpretación de la ley; tampoco se duda que dichos métodos, ejercen alguna influencia sobre la interpretación jurisdiccional y, en grado mayor o menor, controlan la discrecionalidad en esta materia. En este sentido, y dado que aunque en forma genérica se encuentra consagrados por el

¹²⁸ Cfr. ORTIZ MAYAGOITIA, GUILLERMO I., "Interpretación y aplicación de las normas jurídicas", en *La toga y la palabra*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Miguel Ángel Porrúa, México, 1997, pp. 84 y 85; *Id.*, "Interpretación de la ley y las contradicciones de tesis", en *Conferencias magistrales*, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federa, Instituto Federal de Defensoría Pública, México, 2002, pp. 182, 183, 187 y 192.

ordenamiento jurídico, es factible decir que *los métodos jurídicos de interpretación constituyen un medio de control institucional de la decisión interpretativa.*

Es menester mencionar que, por regla general, tales métodos suelen ser concebidos no sólo como instrumentos que indican al intérprete cómo debe determinar el significado de un texto normativo; además de lo anterior, también dichos métodos son utilizados para privilegiar algún resultado interpretativo, sobre otro u otros. Cabe dejar apuntado, finalmente, que los valores superiores de la interpretación, que se supone consagra el ordenamiento jurídico, suelen ser concebidos no ya como métodos interpretativos propiamente dichos, sino más bien como “principios supremos de la interpretación” al cual están subordinados tales métodos¹²⁹.

Pues bien, hechas las anteriores aclaraciones, cabe decir que el problema fundamental en esta materia, es que la determinación de los métodos jurídicos de interpretación y sus correlativas capacidades, no son un asunto pacífico en la doctrina jurídica: ambas cuestiones dependen de la concepción que sobre la interpretación jurisdiccional se asuma. Para cada postura los problemas interpretativos son diferentes y, por tanto, se sostienen diferentes métodos para solucionarlos. De la misma manera, la negación o el reconocimiento de discrecionalidad interpretativa, tienen que ver con las virtudes o defectos que, en cada caso, se atribuyan a los métodos propugnados.

Para profundizar sobre el concepto normativo de la interpretación jurisdiccional, en lo sucesivo variaremos el orden que hasta este momento hemos llevado, con la finalidad de seguir una pauta expositiva según se desprende de los métodos jurídicos de interpretación que se consideran tradicionales, a saber: el método gramatical, el método sistemático y el método evolutivo.

Bajo el tenor propuesto, cabe decir que para la concepción amplia de la interpretación jurisdiccional, ésta se realiza de conformidad a lo que comúnmente se

¹²⁹ En este sentido, *Vide*: KALINOWSKI, GEORGES, *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Trad. Carlos Ignacio Massini, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 115.

conoce como *método gramatical*, o sea, aquel según el cual el significado de un texto normativo, debe ser determinado tomando en consideración las reglas del lenguaje común y/o del lenguaje jurídico¹³⁰.

Particularmente, esta postura considera que mediante dicho método, el órgano jurisdiccional debe determinar el significado ordinario de la disposición que se interprete, y para lo cual debe efectuar un par de operaciones según se trate del tipo de términos que aparezcan en dicha disposición. En relación con los términos comunes, por un lado, el método de referencia requiere que se acuda a los diccionarios oficiales de la lengua, ya que es éste el lugar en donde constan los significados ordinarios de tales términos. Sin embargo, se piensa que tal procedimiento generalmente conduce a la constatación de que un mismo término, empero, cuenta con varios significados ordinarios alternativos.

Por otro lado, el significado ordinario de los términos especializados –científicos, técnicos, jurídicos–, no suele ser aquel que aparece registrado en los diccionarios. En este caso, se asevera que el método gramatical ha de requerir del órgano jurisdiccional, apelar a los usos que a tales términos prestan los especialistas, por ser ésta la única manera en que dicho órgano puede determinar su significado ordinario. Con todo, especialmente los términos jurídicos, no suelen contar con un único significado ordinario, lo cual es la consecuencia de que dichos términos no suelen ser empleados por los juristas en forma unívoca.

De lo anterior se sigue que, el uso del método gramatical puede circunscribir, pero no eliminar por completo, la discrecionalidad interpretativa; por su conducto, el órgano jurisdiccional puede conocer cuáles son los diferentes significados ordinarios de una disposición, pero en último término tal órgano es quien decide sobre alguno de ellos.

¹³⁰ *Grosso modo*, esta es la idea que domina en el pensamiento jurídico acerca del método gramatical, Cfr. BUNSTER, ÁLVARO, voz “interpretación penal”, en *Diccionario jurídico mexicano*, t. I–O, *op. cit.*, p. 1800; CALVO GARCÍA, MANUEL, *Teoría del derecho*, *op. cit.*, p. 180; y GARRONE, JOSÉ ALBERTO, voz “método gramatical o filológico”, t. II, *op. cit.*, p. 532.

Esto explica que, para esta concepción, la interpretación jurisdiccional siempre se resuelva en una decisión: el órgano jurisdiccional, según esto, no se limita a describir los posibles significados de una disposición, sino que, en cualquier caso, elige entre los diversos significados de una disposición, o bien, marca los confines del significado de ésta.

A mayor abundamiento, recordemos que para esta postura los problemas interpretativos son siempre problemas del lenguaje del derecho, o sea, problemas que nacen de la ambigüedad y/o vaguedad de las disposiciones. En este sentido, por tanto, no son auténticos métodos de interpretación, el método sistemático ni el método evolutivo.

El primero de ello, se dice, se emplea más bien como una “técnica preventiva para impedir el surgimiento de antinomias normativas”, pero no ya para determinar el significado ordinario de una disposición o para resolver los problemas de ambigüedad y/o vaguedad de ésta. El método evolutivo, en cambio, es empleado como una “técnica preventiva para impedir el surgimiento de lagunas en el derecho”, creando al efecto un significado nuevo y actual a la disposición que se interpreta.

Ahora bien, a propósito de lo anterior, para esta concepción el método gramatical ha de propender a la obtención de un cierto resultado interpretativo, conocido como “interpretación literal”. Esto le lleva a negar que sean genuinos métodos interpretativos, aquellos que frecuentemente se utilizan para alcanzar una “interpretación extensiva”, a saber: la analogía jurídica o argumento a simili, el argumento a fortiori (a majori ad minus ó a minori ad majus), el argumento a contrario, y los principios generales del derecho. Mediante cada uno de estos métodos y/o técnicas, se dice, el órgano jurisdiccional antes que determinar el significado de una disposición, crea un nuevo significado que no puede ser imputado a la disposición de que partía; se trata en realidad de diversos métodos de integración del ordenamiento jurídico que, por lo mismo, no son acordes con la actividad propiamente interpretativa: mediante ésta, según esta postura, dicho órgano adscribe a la

disposición en cuestión uno de sus significados efectivos (conocidos o cognoscibles), pero no crea un nuevo significado diferente a los anteriores¹³¹.

Por otra parte, para la concepción amplísima de la interpretación jurisdiccional, ésta se efectúa al tenor de lo que usualmente se conoce como *método sistemático*, o sea, aquel según el cual el significado de un texto normativo, debe ser determinado tomando en cuenta la especial ubicación que éste guarda (dentro del instituto jurídico al que pertenece, dentro de la ley, dentro de una rama del derecho, etc.), o bien, tomando en consideración el contenido de otras disposiciones (normas y/o principios) ya consagradas en el sistema jurídico¹³².

En especial, esta postura asegura que mediante dicho método, el órgano jurisdiccional debe determinar cuál es el significado actual que recibe la ley dentro del sistema jurídico, y para lo cual debe determinar cuál es la norma decisoria que resulta aplicable a una controversia, o sea, cuáles son las notas jurídicamente consagradas, que han de ser objeto de constatación en el caso real concreto. En este sentido, pues, cualquier actividad discrecional en esta materia, se encuentra nulificada; la interpretación jurisdiccional es una actividad regida por las directrices del método sistemático, las cuales se derivan de las características objetivas del sistema jurídico, a saber: claridad, coherencia y plenitud.

Ahora bien, por otro lado, para esta concepción el método sistemático, es el único método interpretativo fiel a la naturaleza dinámica del sistema jurídico. En efecto, se considera que la promulgación de toda ley, hace que ésta se independice de los

¹³¹ Sobre lo dicho acerca de esta postura, Cfr. GUASTINI, RICCARDO, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, op. cit., pp. 26–31, 35–39, 43–51, 69, 71–73, 85–88 y 99. Para la consideración de la analogía, de los principios generales del derecho, de los argumentos a fortiori y a contrario, y del método evolutivo, como métodos de integración del ordenamiento jurídico, Vide: EZQUIAGA, FRANCISCO JAVIER, “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, op. cit., pp. 162–176, 184 y 185. Este último ensayo puede ser encontrado en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, ITAM, Núm. 1, Octubre, México, 1994.

¹³² Cfr. BUNSTER, ÁLVARO, op. cit., p. 180; EZQUIAGA, FRANCISCO JAVIER, op. cit., p. 180; GARRONE, JOSÉ ALBERTO, voz “método dogmático o lógico-sistemático”, t. II, op. cit., pp. 530 y 531; GUASTINI, RICCARDO, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, op. cit., pp. 43, y 47–49; CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO, voz “interpretación lógica”, op. cit., p. 210; y VERNENGO, ROBERTO J., *La interpretación jurídica*, UNAM–IIJ, México, 1977, pp. 55 y 56.

pensamiento que realmente le dieron origen; la voluntad de la ley, por tanto, no puede ser hallada en la voluntad del legislador histórico mediante el método exegético. Antes bien, la promulgación de la ley, ocasiona que ésta se incorpore en un sistema preexiste que le impone una serie de restricciones (coherencia y consistencia con otras leyes y principios), y al cual también la nueva ley introduce ciertas modificaciones (abrogaciones, redefiniciones). La variabilidad del significado de una ley, según esto, ha de deberse siempre a la propia dinámica del sistema jurídico, pero no ya a mutaciones artificiosamente impulsada por infidelidades interpretativas y por libertades derogatorias o creadoras de los órganos jurisdiccionales.

El uso del método sistemático, pues, ha de conducir a lo que esta postura llama “interpretación sistemática actual”, o sea, al resultado interpretativo obtenido por la consideración de las características del sistema jurídico y por las transformaciones en éste operadas. Tal interpretación sistemática, por tanto, ha de prevalecer sobre la interpretación literal y sobre la interpretación evolutiva¹³³.

Finalmente, resta conocer cuál es la postura que asume la concepción estricta de la interpretación jurisdiccional, que resulta diferente en cada una de sus dos versiones.

Para la primera versión, recordemos, la interpretación jurisdiccional se suscita con motivo de un caso dudoso, el cual es concebido como un caso atípico y/o novedoso. Ante esta tesitura, se afirma que la única forma en que el órgano jurisdiccional puede afrontar el caso en cuestión, es creando un nuevo significado a la regla, en base al cual sea posible practicar la inclusión o exclusión respectiva. Para tal efecto, no es suficiente con conocer a fondo las normas jurídicas y sus fuentes, ante todo, el órgano jurisdiccional debe poseer cierta sensibilidad respecto a las necesidades de su comunidad, debe reflexionar seriamente

¹³³ Cfr. SOLER, SEBASTIÁN, *La interpretación de la ley*, op. cit., pp. 103, 104, 111–115, 127, 167–172, 174, 175, 181, 186, 187, 193 y 195. Para una postura que también propugna por el uso del método sistemático y por una interpretación sistemática, Vide: FROSINI, VITTORIO, *La letra y el espíritu de la ley*, Trad. Carlos Alarcón Cabrera y otro, Ariel, Barcelona, 1995, pp. 105, 110–112, 125, y 147–150.

sobre las posibles consecuencias de su decisión y, además, debe poseer cierta capacidad intelectual para dilucidar cuestiones valorativas y para fundamentar sus decisiones¹³⁴.

De este modo, no es pertinente el recurso al método gramatical, ya que por definición en casos dudosos, el significado ordinario de una regla no es suficiente para comprender o no el caso en cuestión. Tampoco es pertinente el método sistemático, esto porque el caso novedoso abre, en realidad, una laguna en el derecho, y además porque, según esta postura, el ordenamiento jurídico no constituye un sistema, o sea, no es claro, coherente, ni mucho menos completo¹³⁵.

Pues bien, es por lo anterior que, a pesar de no hallarse mención expresa al respecto, a lo que en realidad apuesta esta concepción, es a lo que usualmente se conoce en la doctrina jurídica como *método evolutivo*. En efecto, por tal método suele entenderse aquel en virtud del cual el intérprete, debe tomar en consideración las necesidades y fines sociales actuales al momento de la interpretación. Dicho método, se basa en la suposición de que la sanción de toda disposición normativa, responde siempre a ciertas necesidades histórico-sociales; de ahí que al ir cambiando éstas, el significado del texto normativo en cuestión, debe adaptarse a tales cambios que no fueron previstos por el legislador.

De esta suerte, pues, para esta versión, la actividad interpretativa ha de conducir a un resultado interpretativo llamado “interpretación evolutiva”¹³⁶, el cual debe prevalecer sobre la interpretación literal y sobre la interpretación sistemática.

Ahora bien, en relación con la segunda versión, ha de puntualizarse lo siguiente. Se piensa que la comprensión inmediata de una regla, ciertamente, presupone la utilización de

¹³⁴ En este sentido también, *Vide*: SCHMILL, ULISES, y otro, “Interpretación del derecho y concepciones del mundo”, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, *op. cit.*, pp. 83–87.

¹³⁵ *Cfr.* HART, H. L. A., “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, *op. cit.*, pp. 25–27, 38, 39, 60 y 61; *Id.*, *El concepto de derecho*, *op. cit.*, pp. 158, 159, 168, 169, 252 y 253; *Id.*, *Post scriptum al concepto de derecho*, *op. cit.*, pp. 54–60; y CARRIÓ, GENARO R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, *op. cit.*, pp. 57 y 60. En un sentido similar respecto a la creación del derecho por medio de la interpretación y el carácter asistemático del ordenamiento jurídico, *Vide*: PALACIO DÍAZ, ALEJANDRO DEL, *Introducción a la teoría del derecho*, UAM, 3ª edición, México, 1999, pp. 175, 201 y 202.

¹³⁶ *Cfr.* PINA, RAFAEL DE, y otro, voz “interpretación evolutiva”, *op. cit.*, p. 331; y GARRONE, JOSÉ ALBERTO, voz “interpretación de la evolución histórica”, t. II, *op. cit.*, p. 527.

ciertos métodos de comprensión generalmente aceptados, que por lo mismo, al hallarse implícitas de ese modo sus reglas o directivas elementales en la comprensión de la materia jurídica, dan la sensación de una comprensión inmediata. Son “reglas generales de sentido” no explícitas, pero el hecho de que se comprendan las disposiciones sin que surjan dudas, constituye la prueba empírica de su existencia: son reglas “inherentes” al modo de pensar de los juristas, en virtud de la educación y tradición jurídicas.

Sin embargo, ante textos normativos dudosos, aquellas reglas no son suficientes para solventar las dudas que aquí se originan. Para tal efecto, se dice, el órgano jurisdiccional recurre al uso explícito de reglas especiales de la interpretación jurídica¹³⁷, llamadas “directivas de interpretación jurídica”, las cuales no son si no lo que corrientemente se conoce como *método gramatical*, *método sistemático* y *método evolutivo*.

Por cierto que, esta postura, hace una diferenciación al interior de tales método y/o directivas. Llama “directivas interpretativas de primer nivel”, a aquellas que indican al órgano jurisdiccional el modo en que debe proceder para fijar el significado de una regla dudosa, resolviendo en cada caso los problemas interpretativos de que se trate, y apelando para ello al contexto particular conflictivo.

Así pues, las denominadas “directivas lingüísticas”, tienen por finalidad resolver los problemas de ambigüedad y/o vaguedad de la regla, tomando como base las características semánticas del lenguaje del derecho. Las “directivas sistémicas”, por su parte, se hacen cargo de los problemas de incoherencia y/o inconsistencia de la regla, con otras reglas y principios del sistema jurídico, precisamente acudiendo a las características de tal sistema (coherencia, consistencia). Finalmente, las “directivas funcionales” solventan el conflicto que se da entre las funciones de un regla en su significado *prima facie* y la *ratio legis*, apelando en este caso a las valoraciones corrientes sobre el papel que juega alguna intención relevante a tal efecto (la intención del legislador histórico, la intención del legislador actual, la intención del intérprete).

¹³⁷ En el mismo sentido, *Vide*: CALVO GARCÍA, MANUEL, *op. cit.*, p. 179, 182 y 183.

Ahora bien, por otro lado, esta concepción puntualiza que el uso de las anteriores directivas interpretativas, presupone la utilización de otro tipo de reglas llamadas “directivas interpretativas de segundo nivel”. En relación con estas últimas, se menciona que las “directivas de procedimiento” indican al órgano jurisdiccional qué tipo de directivas de primer nivel debe utilizar, cuándo deben utilizarse y en qué orden; lo que puede conducir a un resultado coincidente que ponga punto final a la interpretación. En caso contrario, se dice, tal órgano procede a elegir un cierto resultado interpretativo con preferencia a otro u otros, empleando para tal efecto otro tipo de directivas de segundo nivel llamadas “directivas de preferencia”¹³⁸.

Con todo, para esta segunda versión, la interpretación jurisdiccional no deja de ser una actividad eminentemente valorativa. Lo que sucede es que, por una parte, el uso de cualquier directiva interpretativa presupone ciertas valoraciones acerca de las características que componen cada contexto relevante de la regla: el contexto lingüístico asume que el lenguaje del derecho no es ambiguo ni vago; el contexto sistémico presupone que el sistema jurídico es coherente y consistente; y, finalmente, el contexto funcional hace lo propio en relación a la opciones valorativas que se suponen rigen la creación, aplicación y el funcionamiento del derecho, dentro de la sociedad.

Pero sobre todo, por otra parte, el uso de las directivas interpretativas de cualquier nivel, presupone la aceptación de una u otra ideología de la interpretación jurisdiccional, las cuales difieren en sus valores básicos, en su particular concepción sobre el derecho, y en la finalidad que debe perseguir la interpretación jurisdiccional.

Así pues, para lo que esta postura denomina “ideología estática de la interpretación jurisdiccional”, sus valores básicos son la certeza, la estabilidad y la predictibilidad; el derecho es concebido siempre como producto de la voluntad del legislador histórico; y, por tanto, la finalidad de la interpretación jurisdiccional debe consistir en descubrir el

¹³⁸ Para esta misma problemática de resultados interpretativos contradictorios y la necesidad de su elección ulterior, *Vide*: CUETO RÚA, JULIO C., “La axiología jurídica y la selección de métodos de interpretación”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía y Derecho*, Vol. II, Núm. 21, Alicante (España), 1998, pp. 112, 115–117, y 119.

significado de una regla en tal voluntad, sin que ello implique crear nuevo derecho. Esta ideología privilegia el uso de las directivas lingüísticas (y sus resultados) y de las directivas sistémicas (y sus resultados), y rechaza el empleo de las directivas funcionales (y sus resultados).

Por el contrario, para la llamada “ideología dinámica de la interpretación jurisdiccional”, el valor básico es la adaptación del derecho a las necesidades de la vida social; el derecho es concebido como un fenómeno que cambia, al tenor de las valoraciones y normas extrajurídicas que siguen a la evolución social; y, por tanto, la finalidad de interpretación jurisdiccional debe consistir en la mejor adaptación del derecho a las necesidades sociales, siendo indispensable para ello la constante creación del derecho. Esta ideología da primacía al uso de las directivas funcionales (y sus resultados), y dispone que las demás directivas sean configuradas teniendo en cuenta el contexto funcional: las directivas lingüísticas (y sus resultados), deben tener en cuenta la pragmática del lenguaje del derecho; así como las directivas sistémicas (y sus resultados), deben tener en cuenta los continuos cambios y características actuales del sistema jurídico¹³⁹.

En suma, de lo expuesto con anterioridad, se desprende que el concepto normativo de la interpretación jurisdiccional es variable; depende, en principio, del tipo de problemas interpretativos que cada postura reconoce como tales. Sin embargo, lo anterior también tiene ver con el hecho de que, a propósito de la determinación de los métodos jurídicos de interpretación, cada concepción va delineando cuál es en su opinión la finalidad que debe perseguir la interpretación jurisdiccional. Esto es importante para el tema de discrecionalidad interpretativa, ya que, desde este otro ámbito, van quedando al descubierto las diferentes presuposiciones ideológicas desde las que se afirma su inexistencia o su inevitable persistencia.

¹³⁹ Sobre lo dicho acerca de esta postura, Cfr. WRÓBLEWSKI, JERZY, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, op. cit., pp. 35, 36, 47–55, 63–65, y 70–78; *Id.*, *Sentido y hecho en el derecho*, op. cit., pp. 30, 31, 56–58, 70, 100–103, 117, 120–129, 136, 142, 152, 153, y 161–171.

3.3.2. Finalidad de la interpretación jurisdiccional.

A pesar de todas las divergencias tanto teóricas como normativas, respecto de la interpretación jurisdiccional, la doctrina jurídica es coincidente acerca de la finalidad que aquélla debe perseguir, a saber: adaptar el derecho a la realidad imperante. Partiendo de lo anterior, sin embargo, los estudiosos difieren en relación a la manera concreta en que esto puede tener lugar.

En efecto, para la concepción amplísima de la interpretación jurisdiccional, el cometido de ésta debe ser alcanzado única y exclusivamente mediante la utilización del método sistemático. Para tal efecto, por ende, el órgano jurisdiccional no debe hacer uso de su discrecionalidad sino que, por el contrario, debe tomar en consideración al propio sistema jurídico.

Así pues, por una parte, se afirma que la adaptación del derecho a la realidad, ha de depender siempre de un dato objetivo ajeno a la voluntad del órgano jurisdiccional, el cual está constituido por todas las transformaciones efectivamente experimentadas por el sistema jurídico. La promulgación de toda nueva ley, según se decía, trae consigo una serie de modificaciones que afectan al estado actual del sistema jurídico, y a las cuales debe atenderse el órgano jurisdiccional para determinar el significado vigente de la ley aplicable a una controversia.

La realización de esta actividad, por otra parte, no depende tampoco de la discrecionalidad del órgano jurisdiccional, ya que éste debe proceder de conformidad con los diferentes principios lógicos que se derivan de las características del sistema jurídico (claridad, coherencia y plenitud), a saber: el “principio de vigencia”, según el cual la ley siempre expresa algo y en forma clara y precisa; el “principio de unidad sistemática”, según el cual la ley siempre guarda una relación de coherencia y consistencia con otras leyes o principios preexistentes; el principio de que el derecho siempre pone a disposición los materiales con los cuales ha de confeccionarse la norma decisoria, etc.

De esta guisa, para esta concepción, la finalidad de la interpretación jurisdiccional no requiere de ninguna actuación discrecional, y esto porque la actividad del órgano jurisdiccional puede y debe hallarse sujeta a las diferentes reglas que se desprenden del sistema jurídico¹⁴⁰.

Para la concepción amplia de la interpretación jurisdiccional, por el contrario, la finalidad de la interpretación debe lograrse de acuerdo con la consideración de otros parámetros. Bajo este tenor, por una parte, se asegura que la decisión interpretativa debe tener en cuenta ciertos “vínculos normativos”, conformados por todas aquellas disposiciones que regulan o disciplinan la interpretación y/o la solución de controversias en torno a cuestiones interpretativas. Tales vínculos, sin embargo, pueden circunscribir, pero no eliminar por completo, la discrecionalidad en materia interpretativa

Es por lo anterior que, para esta postura, la consecución de la finalidad de la interpretación jurisdiccional, implica también conducirse de conformidad con los “vínculos factuales” que se derivan del ambiente cultural en donde opera el ordenamiento jurídico que se interpreta. Al respecto, se piensa que los usos lingüísticos corrientes admiten una gama, aunque vasta, comúnmente limitada de posibles significados para cada expresión dada, de modo que las interpretaciones que no puedan ser reconducidas a dicha gama, además de poco sostenibles, estarán sujetas a crítica y probablemente destinadas al fracaso. Esto quiere decir, dicho más concretamente, que una decisión interpretativa debe tomar en cuenta los hábitos lingüísticos difundidos, los que incluyen desde luego las interpretaciones ya acreditadas y consolidadas de un cierto texto normativo.

Con todo, la decisión interpretativa sigue implicando alguna decisión discrecional, de ahí que para esta concepción el órgano jurisdiccional tenga el deber de justificarla, argumentado en forma convincente según los estándares de racionalidad asumidos por su ambiente cultural¹⁴¹.

¹⁴⁰ Cfr. SOLER, SEBASTIÁN, *La interpretación de la ley*, op. cit., pp. 167–172, 174, 175, 181, 186, 187, 193 y 195.

¹⁴¹ Cfr. GUASTINI, RICCARDO, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, op. cit., pp. 1, 16 y 18; *Id.*, “Enunciados interpretativos”, op. cit., p. 125.

Ahora bien, para la primera versión de la concepción estricta, la finalidad de la interpretación jurisdiccional debe alcanzarse en base a cierto tipo de estándares adicionales al derecho, y esto por la buena razón de que, según se afirma, en casos dudosos la decisión interpretativa no puede desprenderse de las reglas del orden jurídico.

Para tal efecto, pues, se considera que el órgano jurisdiccional debe crear un nuevo significado a la regla en cuestión, apelando para ello no sólo a las normas jurídicas y sus fuentes, sino sobre todo a las propias necesidades y valores imperantes en la sociedad. Deben ser, pues, estos estándares valorativos, sociales, morales, etc., los que guíen al órgano jurisdiccional para adaptar el derecho a la realidad, y en base a los cuales será posible evaluar, pero no eliminar, la discrecionalidad interpretativa de dicho órgano¹⁴².

Finalmente, para la segunda versión de esta concepción, la finalidad de la interpretación jurisdiccional debe lograrse, en principio, teniendo en cuenta todos los contextos particulares que influyen en la determinación del significado de una regla oscura. Para tal efecto, se dice, el órgano jurisdiccional debe seguir ciertas directivas interpretativas (de primer y segundo nivel) que se refieren al lenguaje del derecho, al sistema jurídico y a la funcionalidad del derecho dentro de la sociedad.

Sin embargo, por otra parte, esta postura puntualiza que el uso de tales directivas, presupone ya alguna valoración acerca de las características que componen cada uno de los contextos aludidos, además de que también dan pauta a ciertas valoraciones respecto de su empleo concreto y, sobre todo, en relación a la preferencia de algunas directivas interpretativas (y sus resultados), sobre otras directivas (y sus resultados).

Esto quiere decir, más concretamente, que la discrecionalidad interpretativa no puede ser nulificada totalmente por las directivas interpretativas, sino que en todo caso

¹⁴² Cfr. HART, H. L. A., "El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral", *op. cit.*, pp. 25–27, 38, 39, 60 y 61; *Id.*, *El concepto de derecho*, *op. cit.*, pp. 158, 159, 168, 169, 252 y 253; *Id.*, *Post scriptum al concepto de derecho*, *op. cit.*, pp. 54–60; y CARRIÓ, GENARO R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, *op. cit.*, pp. 58–61, y 72.

aquella puede ser evaluada según los postulados de la ideología de la interpretación jurisdiccional a la que se adhiera¹⁴³.

3.4. Interpretación jurisdiccional y certeza jurídica.

Pues bien, de conformidad con todo lo expuesto en este capítulo, resulta que la interpretación jurisdiccional es concebida de muy distintas maneras, y en cada caso la discrecionalidad interpretativa depende, en principio, de la concepción teórica a la que se adhiera, y de las virtudes o defectos que se atribuyan a los métodos jurídicos de interpretación sustentados.

Sin embargo, cabe decir, la negación o reconocimiento de actuaciones discrecionales en esta materia, también se basa en ciertas presuposiciones que rebasan el tema de la interpretación jurisdiccional, y que lo conectan con otros tópicos jurídicos, a saber: los relativos a la función jurisdiccional y al derecho u ordenamiento jurídico.

En efecto, podemos ver que, para la concepción amplísima de la interpretación jurisdiccional, el carácter cognoscitivo y no creativo de ésta, es correlativo con su particular modo de concebir la función jurisdiccional y el derecho. Así pues, por una parte, se piensa que la función jurisdiccional consiste únicamente en aplicar, pero no en crear, el derecho; y esto, por considerar que, mientras que el principio de división de poderes reserva la creación del derecho al legislador, el principio de legalidad impone al órgano jurisdiccional el deber de aplicar la ley.

Por otra parte, esta concepción también presupone que el derecho constituye, en realidad, un sistema jurídico, o sea, que el ordenamiento siempre es claro, coherente y pleno¹⁴⁴.

¹⁴³ Cfr. WRÓBLEWSKI, JERZY, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, op. cit., pp. 35, 36, 47–55, 61–67, y 70–78; *Id.*, *Sentido y hecho en el derecho*, op. cit., pp. 30, 31, 56–58, 82–84, 101–103, 118–129, 136, 138–142, 147, 152, 153, 161–163, 170 y 171.

Para la concepción amplia, en cambio, el carácter discrecional de la interpretación jurisdiccional, es correlativo con su particular modo de entender la función jurisdiccional. Al respecto, se considera que el carácter discrecional de la interpretación, se debe al hecho de que el poder judicial, al igual que el legislativo, es un poder político, pero que difieren de éste en base a las siguientes características.

En primer lugar, la creación jurisdiccional del derecho únicamente consiste en la producción de normas jurídicas individuales, o bien, en la creación de nuevas reglas siempre que exista una autorización expresa al respecto (integración del derecho). En segundo lugar, la interpretación jurisdiccional consiste únicamente en adscribir a una disposición preexiste, uno de sus significados efectivos, pero no ya en adjudicar a una disposición un nuevo significado distinto a los anteriores. Pero sobre todo, en tercer lugar, la jurisdicción se distingue de la legislación, en que la primera consiste en decidir motivando, a diferencia de esta última que por lo general es fruto de decisiones no motivadas.

Asimismo, por otro lado, las anteriores consideraciones descansan en un singular punto de vista respecto del derecho: para esta concepción, concretamente, el derecho de ninguna forma constituye un sistema jurídico, lo cual quiere decir que el ordenamiento jurídico no es claro, coherente ni pleno¹⁴⁵.

Finalmente, resta conocer cuáles son los presupuestos que asumen las diferentes versiones de la concepción estricta. Para la primera versión, la función jurisdiccional consiste en aplicar el derecho en casos fáciles y en crear el derecho en casos difíciles. Esto tiene que ver, en última instancia, con el hecho de que para esta postura, el derecho no

¹⁴⁴ Cfr. SOLER, SEBASTIÁN, *La interpretación de la ley*, op. cit., pp. 42, 43, 74–76, 91, 99, 100–104, 107, 108, 111–115, 120, 121, 124, 125, 150, 161–164, 166–172, 174, 175, 181, 186, 187, 193 y 195; *id.*, *Las palabras de la ley*, op. cit., pp. 121, 124, 144, 170–177, y 181–188.

¹⁴⁵ Sobre lo dicho acerca de esta postura, Cfr. GUASTINI, RICCARDO, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, op. cit., pp. 1, 16, 18 y 99; *Id.*, *Distinguiendo*, op. cit., pp. 102–104, 249, 347, 349 y 369; *Id.*, “Enunciados interpretativos”, op. cit., pp. 125 y 132. Para un punto de vista similar al nuestro respecto de Riccardo Guastini, y en general sobre la obra jurídica de éste, *Vide*: GIMENO PRESA, MARÍA CONCEPCIÓN, *Interpretación y derecho: análisis de la obra de Riccardo Guastini*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 147–157.

constituye un sistema jurídico, o sea, el ordenamiento jurídico no es claro, coherente ni pleno¹⁴⁶.

En cambio, para la segunda versión de esta concepción, la función jurisdiccional no consiste en crear normas jurídicas abstractas y generales, sino únicamente normas jurídicas individuales enlazadas con las normas jurídicas y con las diferentes directivas (de la interpretación, de la prueba y de elección de consecuencias) admitidas por la ideología de la aplicación del derecho dominante. De conformidad con lo anterior, por último, esta postura considera que difícilmente el derecho puede llegar a constituir un sistema jurídico, dado que el ordenamiento jurídico no siempre es claro, coherente ni pleno¹⁴⁷.

En suma, para determinar en esta materia cuál es el grado de certeza jurídica que los destinatarios del derecho pueden gozar, es menester colocarse dentro del contexto de cada una de las concepciones analizadas.

Así pues, si se presupone que el derecho constituye efectivamente un sistema jurídico (claro, coherente y pleno), y que la función jurisdiccional sólo consiste en aplicar el derecho previamente establecido; resulta claro que la interpretación jurisdiccional, antes que frustrar las legítimas expectativas de certeza jurídica, las realizaría. Dentro de este contexto, pues, la discrecionalidad interpretativa no existe, y cada acto discrecional del órgano jurisdiccional sería injustificado.

En cambio, si se parte del supuesto contrario, o sea, que el derecho no siempre puede considerarse un sistema jurídico y que en algunas ocasiones la función jurisdiccional no se limita a aplicar el derecho preexistente; luego, la interpretación jurisdiccional ha de suponer necesariamente decisiones discrecionales, con la consecuente incertidumbre respecto de lo que el derecho ha mandado, permitido o autorizado.

¹⁴⁶ Sobre lo dicho de esta postura, Cfr. HART, H. L. A., "El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral", *op. cit.*, pp. 25–27, 38, 39, 60 y 61; *Id.*, *El concepto de derecho*, *op. cit.*, pp. 158, 159, 168, 169, 252 y 253; *Id.*, *Post scriptum al concepto de derecho*, *op. cit.*, pp. 54–60; y CARRIÓ, GENARO R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, *op. cit.*, pp. 58–61, y 72.

¹⁴⁷ Sobre lo dicho acerca de esta postura, Cfr. WRÓBLEWSKI, JERZY, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, *op. cit.*, pp. 35, 36, 47–55, 61–67, y 70–78; *Id.*, *Sentido y hecho en el derecho*, *op. cit.*, pp. 30, 31, 56–58, 82–84, 101–103, 118–129, 136, 138–142, 147, 152, 153, 161–163, 170 y 171.

La realidad del fenómeno jurídico, sin embargo, tiende a desmentir con frecuencia el panorama que ofrece el primer escenario, corroborando por el contrario que, en materia jurídica, siempre habrá un atisbo de incertidumbre.

C A P Í T U L O 4.

El Sistema Jurisprudencial Mexicano y el Control de la Discrecionalidad Interpretativa.

4.1. La jurisprudencia mexicana.

En el capítulo anterior, se examinó de qué manera los métodos jurídicos de interpretación constituyen un medio de control institucional de la decisión interpretativa. Ahora, se procederá al estudio del sistema jurisprudencial mexicano, con el propósito de saber si éste, al igual que los referidos métodos, puede constituir otra especie de control institucional y, de ser así, sobre qué aspecto específico de la función jurisdiccional se ejerce.

En la doctrina jurídica nacional, el tema de la jurisprudencia también suele ser abordado conceptual e ideológicamente. En el primer caso, desde el punto de vista teórico, el objetivo es dilucidar en qué consiste de hecho la jurisprudencia, y a efecto de lo cual los estudiosos toman como base los requisitos legales que concurren en su formación. Esto da pauta a que se inquiera, básicamente, sobre el proceso de creación y la función de la jurisprudencia. El concepto normativo de jurisprudencia, en cambio, tiene que ver con su carácter de fuente del derecho y con especificidad normativa. Finalmente, su estudio ideológico parte de la finalidad que debe perseguir la jurisprudencia, y se conecta en última instancia con la axiología del derecho.

Pues bien, en términos generales, cabe decir que las diferentes consideraciones teóricas acerca de la jurisprudencia mexicana, parten de uno de los diversos sentidos que suele recibir el término “jurisprudencia”, a saber: como conjunto de resoluciones obligatorias emanadas de ciertos órganos judiciales. De esta guisa, la *obligatoriedad* se erige como una de las notas fundamentales que caracterizan a nuestra jurisprudencia, la cual viene impuesta por el propio ordenamiento jurídico, e imprime que la caracterización teórica se efectúe a partir de los requisitos legales que concurren para su formación.

Bajo este tenor, por una parte, los estudiosos destacan las particularidades del proceso de creación de la jurisprudencia. En primer lugar, se menciona que ésta emana únicamente de *ciertos órganos jurisdiccionales de alta jerarquía*, a saber: la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, y los Tribunales Colegiados de Circuito. En

base a lo anterior, pues, se dice que la jurisprudencia producida por tales órganos, es “jurisprudencia obligatoria” para todos los demás órganos jurisdiccionales (federales y locales) jerárquicamente subordinados. Por tanto, no constituyen jurisprudencia propiamente dicha, sino “jurisprudencia no obligatoria” o “jurisprudencia de obligatoriedad restringida”, todos aquellos criterios de política forense producidos por otros órganos jurisdiccionales llamados “tribunales con facultad legal para sentar jurisprudencia”, v. gr. el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, el Tribunal del Justicia Militar, el Tribunal Superior Agrario, el Tribunal Contencioso Administrativo del Distrito Federal, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, etc.

Ahora bien, en segundo lugar, los teóricos llaman “jurisprudencia” a ciertas resoluciones que nacen de alguno de los *procedimientos de creación de jurisprudencia* legalmente previstos, y en los cuales concurre además *un cierto número de votos* necesarios para su establecimiento. Así pues, se llama “jurisprudencia por reiteración” a aquella que surge de cinco sentencias o ejecutorias en el mismo sentido, no interrumpidas por otra contrario, y que cuenta además con el voto de calidad exigido por la ley. La “jurisprudencia por contradicción de tesis”, en cambio, es aquella que emana de la solución de jurisprudencias y/o criterios jurisprudenciales contradictorios, y en donde sólo es menester una votación mayoritaria.

En base a lo dicho, los juristas diferencian dos tipos de resoluciones relacionadas con la jurisprudencia. Por un lado, se distinguen las resoluciones que cuenta con los requisitos legales de votación, las cuales son llamadas “tesis” o “tesis aisladas” cuando aún no constituyen jurisprudencia, o bien, “precedentes” en el caso de que ya formen parte de una jurisprudencia. Por otro lado, están las resoluciones llamadas “criterios jurisprudenciales”, las cuales no reúnen los requisitos legales para ser considerados como tesis o como jurisprudencia, siendo un caso especial de éstas las resoluciones aprobadas en ausencia de los requisitos de votación previstos la ley, también llamadas “jurisprudencia sin quórum o por mayoría no legal”¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Cfr. PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL, *Jurisprudencia*, UNAM-IJ/McGraw-Hill, México, 1997, pp. 8-12; ZERTUCHE GARCÍA, HÉCTOR GERARDO, *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*, Porrúa,

Por otra parte, el concepto teórico de la jurisprudencia también se refiere a la función que ésta cumple. En principio, se asevera que la jurisprudencia mexicana consiste en la *interpretación del derecho*, o sea, dicho más puntualmente, en la interpretación de determinados textos normativos tales como la constitución, las leyes y reglamentos (federales o locales), y los tratados internacionales. Por cierto que, en base a lo anterior, para algunos estudiosos es ése el significado de “jurisprudencia” que predomina en México, o sea, como interpretación obligatoria de tales preceptos normativos¹⁴⁹. Sin embargo, un examen más pormenorizado nos releva que, por el contrario, no existe en la doctrina jurídica un acuerdo pacífico en este respecto.

Lo que sucede es que, para algunos autores, la jurisprudencia consiste únicamente en interpretar, pero no en crear, el derecho formulado legislativamente; la norma jurisprudencial, según esto, no añadiría precepto alguno que no esté establecido ya con anterioridad por el legislador¹⁵⁰. En opinión de otros juristas, la jurisprudencia consiste, además de interpretar, en *integrar el derecho*, o sea, en colmar las lagunas e insuficiencias que eventualmente puedan presentar los documentos normativos aludidos¹⁵¹.

A mayor abundamiento, para algunos autores la jurisprudencia es, al mismo tiempo, interpretativa e integrativa del derecho, y ello porque no existe una línea divisoria entre ambas actividades que, en última instancia, siempre desembocan en la creación del derecho¹⁵². Aún más, otros estudiosos sostienen que no sólo cabe diferenciar entre interpretación e integración del derecho, a propósito de la jurisprudencia mexicana, sino que también cabe advertir otro tipo de modalidades que ésta presenta, y que rebasan por mucho esa simple contraposición.

México, 1990, pp. 84, 93 y 96; y GUERRERO LARA, EZEQUIEL, voz “jurisprudencia judicial”, en *Diccionario jurídico mexicano*, t. I–O, *op. cit.*, pp. 1892 y 1893.

¹⁴⁹ Cfr. ADAME GODDARD, JORGE, voz “jurisprudencia”, en *Diccionario jurídico mexicano*, t. I–O, *op. cit.*, pp. 1891.

¹⁵⁰ En este sentido, *Vide*: PINA, RAFAEL DE, y otro, voz “jurisprudencia”, *op. cit.*, pp. 341–343.

¹⁵¹ En este sentido, *Vide*: GUERRERO LARA, EZEQUIEL, *op. cit.*, p. 1892; y PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL, *op. cit.*, pp. 17 y 19.

¹⁵² Para una postura en este sentido, *Vide*: ZERTUCHE GARCÍA, HÉCTOR GERARDO, *op. cit.*, pp. 8, 41, 165–175, y 373.

En efecto, se menciona que la “jurisprudencia de interpretación” es aquella que únicamente dilucida o explica, mediante cualquier método de interpretación (gramatical, sistemático, evolutivo, etc.), el sentido de normas oscuras (ambiguas), pero sin que ello implique rebasar o modificar la norma escrita que se interpreta. La “jurisprudencia de precisión”, aunque sin rebasar ese mismo derrotero, se diferencia de la anterior en que establece los límites o alcances de una disposición indeterminada o abierta (vaga). La “jurisprudencia de integración”, por el contrario, colma una laguna legal mediante la creación de una nueva norma jurídica, apelando para tal efecto a los principios generales del derecho, a la coherencia del orden jurídico, o bien, a otras leyes ordinarias que regulen casos análogos.

Pero además de las anteriores, se dice, existe también la “jurisprudencia de interrelación”, cuya función no consiste simplemente en interpretar sino, más bien, en armonizar o conciliar los diferentes artículos de una ley o diferentes leyes, de modo que el orden jurídico se mantenga coherente y unitario. En este caso, los métodos de interpretación no son suficientes y, por tanto, es necesario recurrir a una interpretación sistemática.

Finalmente, la jurisprudencia mexicana también puede consistir en una “jurisprudencia constitucional”, la cual a su vez puede ser de dos tipos. La “jurisprudencia constitucional propiamente dicha”, es aquella que interpreta, precisa e interrelaciona las disposiciones constitucionales, pero nunca integra tales disposiciones dado que a los órganos jurisdiccionales les está vedado crear preceptos constitucionales. Para tal cometido, pues, dichos órganos no sólo han de limitarse a las reglas interpretativas tradicionales, sino que también han de apelar a la coherencia del todo el sistema jurídico y, sobre todo, a la conciencia histórica, social, económica, política y jurídica de la nación.

La llamada “jurisprudencia de constitucionalidad”, por su parte, tiene por objeto leyes ordinarias, y en este caso de lo que se trata es de declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de tales leyes, en base a la propia constitución. Este tipo de jurisprudencia tiene una sub-rama llamada “jurisprudencia de legalidad”, la cual está

dirigida directamente a vigilar que los actos judiciales se apeguen a las disposiciones legales, pero también en forma indirecta a tutelar el respeto a la constitución, dado que ésta consagra tal legalidad como garantía constitucional. La jurisprudencia de legalidad, pues, es una jurisprudencia de interpretación (de leyes ordinarias y de preceptos constitucionales) pero nunca una jurisprudencia de integración, y ello porque en ningún supuesto puede consistir en crear nuevas normas jurídicas¹⁵³.

Pues bien, como puede advertirse, las divergencias que aquí se suscitan a propósito de la función de la jurisprudencia, o sea, sobre si ésta consiste en la interpretación y/o en la integración del derecho, son en realidad parasitarias de la problemática propia de la interpretación jurisdiccional. (Cfr. supra. § 3.2.). Esto es especialmente importante, en relación con otra de las características que suele atribuirse a la jurisprudencia mexicana, a saber: su *no retroactividad*.

En este caso, se considera que la jurisprudencia no entraña aplicación retroactiva del derecho, precisamente por el hecho de que, consistiendo únicamente en la interpretación ley, no crea ninguna nueva legislación diferente de la que parte. La vigencia de la jurisprudencia, según esto, siempre es dependiente de la previa vigencia del precepto normativo que interpreta¹⁵⁴. Se agrega que, el problema de la retroactividad de la jurisprudencia, nace de la errónea equiparación entre ésta y la ley, ya que si bien ambas comparten ciertas notas características, el alcance normativo de la jurisprudencia es distinto al de la legislación. Ciertamente, se dice, como consecuencia de los requisitos legales referentes a su formulación, la jurisprudencia mexicana es *general y abstracta*, pero ello no obsta a que ésta se desenvuelva en un plano más restringido que el de la legislación¹⁵⁵.

Las anteriores consideraciones, quizás un tanto paradójicas, adquieren un matiz más claro si se procede al examen del concepto normativo de la jurisprudencia. Desde esta óptica, es indiscutible que para la doctrina jurídica nacional la jurisprudencia mexicana

¹⁵³ Para esta postura, Vide: ACOSTA ROMERO, MIGUEL, y otro, *Derecho jurisprudencial mexicano*, Porrúa, 2ª edición, México, pp. 93–137.

¹⁵⁴ Cfr. PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL, *op. cit.*, pp. 24 y 25.

¹⁵⁵ Cfr. ZERTUCHE GARCÍA, HÉCTOR GERARDO, *op. cit.*, pp. 195, 204, 207, 301 y 303.

constituye una fuente del derecho, y ello por las siguientes razones. En principio, se trata de una fuente formal del derecho, en virtud de su consagración expresa por el ordenamiento jurídico. Pero además, y sobre todo, es una fuente del derecho en razón de su carácter normativo. En relación con esto último, es importante hacer notar que el *carácter normativo* de la jurisprudencia, se hace radicar en la posibilidad de crear derecho, pero se trata de una creación de derecho más circunscrita a, y dependiente de, la legislación. Dicho aún en otras palabras, la creación jurisprudencial del derecho es una modalidad de creación del derecho, la cual, empero, es diferente que la legislación.

Ahora bien, partiendo del anterior presupuesto ampliamente compartido, se suscitan opiniones encontradas que, en última instancia, repercuten sobre el estatus de fuente del derecho de la jurisprudencia. Así pues, por un lado, se afirma que la jurisprudencia mexicana siempre contiene algún ingrediente creativo de derecho y, por tanto, siempre se erige como una fuente del derecho. Esto tiene que ver, en el fondo, con el hecho de que para tales autores la interpretación y la integración del derecho, son actividades del mismo signo creativo¹⁵⁶.

Por otro lado, sin embargo, para otros teóricos no todo tipo de jurisprudencia implica creación del derecho y, por lo mismo, no toda jurisprudencia constituye una fuente del derecho. Concretamente, se sostiene que con excepción de las jurisprudencias de integración, constitucional y de constitucionalidad; no constituyen fuente del derecho las jurisprudencias de interpretación, de precisión, de interrelación y de legalidad¹⁵⁷.

4.2. La jurisprudencia mexicana como medio de control de la decisión interpretativa.

A pesar de las divergencias que se suscitan a propósito del concepto (teórico y normativo) de la jurisprudencia mexicana, en la doctrina jurídica no cabe duda de que ésta persigue una finalidad claramente identificada, a saber: *uniformar la manera de entender el*

¹⁵⁶ *Idem.*, pp. 8, 41, 165–175, y 373.

¹⁵⁷ En este sentido, *Vide*: ACOSTA ROMERO, MIGUEL, y otro, *op. cit.*, pp. 80, 83, 93 y 137.

derecho. En principio, tal cometido ha de manifestarse tanto en los diferentes procedimientos de creación de jurisprudencia, como en las diversas funciones que ésta cumple.

En relación con lo primero, se menciona que la uniformidad de la jurisprudencia impide que ésta se forme mediante el procedimiento de reiteración, si en el ínterin se produce un criterio (sentencia o ejecutoria) en sentido contrario¹⁵⁸. Bajo ese mismo tenor, dicha finalidad ha de posibilitar que se alcance la unificación de criterios conflictivos, a través del procedimiento de contradicción de tesis¹⁵⁹.

Ahora bien, en relación con la función de la jurisprudencia, las opiniones son variables. Para algunos estudiosos, la finalidad de la jurisprudencia debe ser alcanzada precisamente a través de la interpretación del derecho¹⁶⁰, mientras que para otros, en cambio, aquello sólo es posible interpretando e integrando el derecho, o sea, confirmando, ampliando o restringiendo el orden normativo¹⁶¹.

En cualquier caso, con todo, se piensa que la finalidad de la jurisprudencia está igualmente conectada con los valores más fundamentales del derecho, y entre los cuales destaca el valor de la seguridad jurídica. En este sentido, la uniformidad de la jurisprudencia ha de señalar a los diferentes órganos jurisdiccionales cuál es, y cómo debe ser entendido, el derecho aplicable, satisfaciendo de la misma manera las expectativas de certeza jurídica de los destinatarios del derecho¹⁶².

Pues bien, en base a todo lo expuesto con anterioridad, es posible afirmar que el sistema jurisprudencial mexicano, constituye un medio de control de la función jurisdiccional. Resta saber, sin embargo, de qué tipo de control se trata, y sobre qué aspecto concreto de la función jurisdiccional actúa. De hecho, hay que mencionar que ya en otras

¹⁵⁸ Cfr. PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL, *op. cit.*, pp. 13 y 20.

¹⁵⁹ Cfr. ACOSTA ROMERO, MIGUEL, y otro, *op. cit.*, pp. 142–148.

¹⁶⁰ En este sentido, *Vide*: PINA, RAFAEL DE, y otro, voz “jurisprudencia”, *op. cit.*, p. 341.

¹⁶¹ Para esta postura, *Vide*: ZERTUCHE GARCÍA, HÉCTOR GERARDO, *op. cit.*, pp. 5, 183 y 187.

¹⁶² Cfr. GUERRERO LARA, EZEQUIEL, *op. cit.*, p. 1892; ZERTUCHE GARCÍA, HÉCTOR GERARDO, *op. cit.*, pp. 5, 185 y 187; y ACOSTA ROMERO, MIGUEL, y otro, *op. cit.*, pp. 142–148.

latitudes se advertido que el mecanismo uniformador de la jurisprudencia, puede ser considerado como una técnica que garantiza la actuación racional o no arbitraria de los órganos jurisdiccionales¹⁶³. Pensamos que, de conformidad con las ideas corrientes en la literatura jurídica, particularmente *el sistema jurisprudencial mexicano constituye un medio de control institucional de la decisión interpretativa*.

En efecto, la jurisprudencia es una institución jurídica que se encuentra consagrada expresamente en el ordenamiento jurídico, de ahí que, trayendo a colación la noción correlativa, pueda considerársele como un medio de control institucional. (Cfr. supra. § 2.4.1). Asimismo, este tipo de control que constituye la jurisprudencia mexicana, tiene un objeto específico, a saber: la interpretación jurisdiccional del derecho. Es conveniente, con todo, profundizar en este punto.

A mayor abundamiento, según tuvimos oportunidad de ver, la interpretación jurisdiccional del derecho constituye sólo una etapa de la función jurisdiccional, o sea, del complejo proceso de resolución de una controversia. Dicha etapa, por cierto, puede ser más o menos amplia o más o menos estrecha, dependiendo cuál sea la concepción de la interpretación jurisdiccional a la que se adhiera. (Cfr. supra. § 3.2.). Pero en cualquier caso, uno de los problemas más acuciantes que presenta este tema, tiene que ver con la discrecionalidad interpretativa, misma que, en última instancia, representa un inconveniente serio para la seguridad jurídica y, por consecuencia, para la certeza jurídica.

Pues bien, al igual y como sucede con los métodos jurídicos de interpretación, la jurisprudencia mexicana constituye un medio de control institucional de la decisión interpretativa y, podríamos agregar, se trata de un mecanismo de control aún más profundo que el anterior. Lo que sucede es que, a diferencia de los métodos interpretativos aludidos, la jurisprudencia no sólo se limita a señalar cómo debe proceder el órgano jurisdiccional en materia de interpretación del derecho; además, señala cuál es ya el contenido concreto de éste que, dado el caso, es obligatorio que adopte dicho órgano en su decisión respectiva.

¹⁶³ Para esta opinión, *Vide*: BRETÓN, JERÓNIMO, y otros, *op. cit.*, p. 368.

Por de pronto, baste destacar que la cuestión de si la jurisprudencia consiste, a su vez, en la interpretación y/o en la integración del derecho, es un asunto diverso y ulterior a la fase de la interpretación jurisdiccional del derecho, o sea, entendida ésta como una de las etapas en que consiste la función jurisdiccional. Una vez establecido en jurisprudencia cuál es el significado de un cierto precepto normativo, no importa ahora si conseguido mediante la interpretación y/o la integración de tal precepto, es obligatorio que lo adopte el órgano jurisdiccional en su decisión respectiva.

4.3. Límites y conflictos del control institucional de la jurisprudencia mexicana.

Según lo dicho con anterioridad, la jurisprudencia mexicana puede ser considerada como un medio de control institucional de la decisión interpretativa. Sin embargo, cabe decir que no se trata de un mecanismo infalible, que en toda ocasión pueda eliminar la discrecionalidad con la que en materia interpretativa cuenta el órgano jurisdiccional. Los límites y conflictos del sistema jurisprudencial mexicano, correlativamente, abren espacios discrecionales en relación con la interpretación del derecho, o sea, en lo tocante al significado que debe ser acogido por el órgano jurisdiccional en su decisión.

En la doctrina jurídica nacional, de hecho, suelen ponerse de relieve algunas fallas técnicas de la jurisprudencia mexicana, que tienen que ver con su proceso de formación, con su obligatoriedad, con la factibilidad de su conocimiento y con su estructura. Con todo, no es común que se inquiera acerca de otro tipo de problemas que también presenta la jurisprudencia, y que en este caso se refieren a las actividades que tienen que desarrollar los órganos jurisdiccionales, con motivo de su aplicación concreta.

Pues bien, en relación con *el proceso de creación de la jurisprudencia*, se menciona que la pluralidad de órganos jurisdiccionales habilitados legalmente para producir jurisprudencia, es un factor que posibilita el surgimiento de jurisprudencias contradictorias. Se pone de relieve, especialmente, el caso de los Tribunales Colegiados de Circuito, cuyas jurisprudencias no sólo suelen ser frecuentemente contradictorias, sino que además el

propio procedimiento de solución de contradicción de tesis, no garantiza que se adopte alguna de las jurisprudencias (o criterios jurisprudenciales) en conflicto, siendo posible el surgimiento de una nueva jurisprudencia distinta a los anteriores.

De igual forma, la jurisprudencia emitida por tales órganos jurisdiccionales, que dentro de la escala jerárquica se encuentran subordinados a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, puede modificar o interrumpir la jurisprudencia emanada por el más Alto Tribunal del país, fenómeno éste aludido en la doctrina jurídica como “jurisprudencia congelada”¹⁶⁴.

Por otra parte, también se pone de relieve que *la obligatoriedad de la jurisprudencia*, se encuentra supeditada a su previa citación a cargo de las propias partes interesadas y, aún así, no siempre su acatamiento es automático en algunos supuestos. Particularmente, éste es el caso de la jurisprudencia emanada por un Tribunal Colegiado, que no pertenezca al mismo Circuito en donde se pretende hacer valer, ya que para tal efecto el Tribunal de conocimiento, debe previamente verificar su existencia y su aplicabilidad, pero, dado el caso, también puede rechazar la jurisprudencia en cuestión, expresando únicamente las razones por las que considera no debe confirmarse. En este mismo rubro, se destaca que la inobservancia de la jurisprudencia carece de sanción legal, pues en todo caso queda a criterio de la Suprema Corte, la procedencia o no de alguna medida disciplinaria al órgano jurisdiccional contumaz¹⁶⁵.

Aunado a lo anterior, se menciona que las posibilidades del *conocimiento efectivo de la jurisprudencia*, son muy limitadas, y ello porque la instancia encargada de su publicación, que en el caso de México es el Semanario Judicial de la Federación, únicamente publica un cierto número de ejemplares que se estiman insuficientes. La anterior circunstancia, se dice, es un factor que provoca el desconocimiento de la

¹⁶⁴ Cfr. PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL, *op. cit.*, pp. 6, 10, 21, 39, 40 y 82; y PINA, RAFAEL DE, y otro, voz “jurisprudencia”, *op. cit.*, p. 342.

¹⁶⁵ Cfr. PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL, *op. cit.*, p. 83; ZERTUCHE GARCÍA, HÉCTOR GERARDO, *op. cit.*, pp. 258, 265, 266, 360 y 361; PINA, RAFAEL DE, y otro, *op. cit.*, p. 343; y MARTÍNEZ CERDA, NICOLÁS, *Decadencia de la jurisprudencia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ricardo Couto, A. C., Reynosa, Tamps., 1991, p. 51.

jurisprudencia, y que origina además su falta de aplicación práctica, lo que en última instancia limita la posibilidad de tomar decisiones acertadas.

Por otro lado, se critica que la *estructura de la jurisprudencia* no consiste, en realidad, en la sentencia auténtica que le da origen, sino sólo en una síntesis o sumario cuya estructura, a su vez, difícilmente pueden funcionar como orientadores del criterio adoptado. Al respecto, se considera que a pesar de los lineamientos legales referentes a la redacción del rubro y texto de los sumarios, tales como claridad, precisión, congruencia, etc.; de hecho, o no dan una idea clara acerca del sentido de la jurisprudencia, o bien, no explicitan suficientemente el contenido de los conceptos involucrados¹⁶⁶.

Finalmente, pensamos que además de las fallas técnicas expuestas con anterioridad, la jurisprudencia mexicana también presenta otro tipo de problemas que, en este caso, tienen que ver con su aplicación concreta. Lo que sucede es que, de hecho, la aplicación de la jurisprudencia plantea los mismos problemas que presenta el ordenamiento jurídico, y esto porque, tal y como es concebida dentro del sistema jurídico mexicano, la formulación de la jurisprudencia debe consistir en indicaciones generales y abstractas, y, además, su establecimiento debe integrarse dentro de un sistema jurisprudencial preexistente, con el que debe funcionar sin contradicciones.

Así pues, por una parte, es posible que la aplicación de la jurisprudencia requiera de su previa interpretación, a cargo del órgano jurisdiccional que debe adoptarla en su decisión. Esto significa que, dicho órgano, se encuentre ante la tarea de determinar cuáles son, y cómo deben ser resueltos, todos los *problemas de interpretación* a que aludimos antes. (Cfr. Cap. 3.).

Pero además, por otro lado, también la aplicación de la jurisprudencia puede suponer *la coherencia* previa de todo el sistema jurisprudencial preexistente. Es cierto, la ley consagra un procedimiento tendiente a eliminar, precisamente, las contradicciones

¹⁶⁶ Cfr. PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL, *op. cit.*, pp. 75–80; y ZERTUCHE GARCÍA, HÉCTOR GERARDO, *op. cit.*, p. 353.

jurisprudenciales, sin embargo, igualmente cierto es que su puesta en marcha no es automática, sino que requiere de su previa denuncia ante las autoridades competentes, lo cual encierra ya algún enjuiciamiento sobre la incompatibilidad entre jurisprudencias y/o criterios contradictorios.

En suma, el sistema jurisprudencial mexicano constituye, en efecto, un medio de control institucional de la decisión interpretativa, el cual, sin embargo, no logra eliminar por completo la discrecionalidad interpretativa de los órganos jurisdiccionales. Si bien es cierto que, la jurisprudencia mexicana es un instrumento más eficaz que los métodos jurídicos de interpretación, empero, aquélla plantea sus propios problemas que van desde sus fallas técnicas, a otro tipo de inconvenientes que implica su aplicación concreta.

Particularmente, es de destacarse que, como consecuencia de sus requisitos de formulación, o sea, generalidad y abstracción, la jurisprudencia puede presentar los mismos inconvenientes que el ordenamiento jurídico, a saber: ambigüedad y/o vaguedad de los términos que involucra, e incoherencia con otras jurisprudencias previamente establecidas. Esto ha de implicar que, para el efecto de su aplicación en un caso concreto, el órgano jurisdiccional tenga que solventar los problemas de referencia, lo cual quiere decir que, en último término, la jurisprudencia también puede propiciar idéntico problema al que originariamente trata de contrarrestar, a saber: la discrecionalidad interpretativa.

C O N C L U S I O N E S .

CAPÍTULO 1.

1.- Un estudio cabal del rol institucional de resolver controversias, requiere tener en cuenta la complejidad y diversa índole de cuestiones que éste implica. En la literatura jurídica, básicamente, son tres los cuestionamientos que su conocimiento plantea. En primer lugar, los estudiosos inquieran acerca del conjunto de propiedades o notas características que, de hecho, identifican a la función jurisdiccional y a los órganos jurisdiccionales. De igual forma, en segundo lugar, es importante determinar el tipo de normas sobre las cuales una y otros se erigen. En ambos casos, empero, la investigación conceptual tanto teórica como normativa, respectivamente, está basada en ciertas presuposiciones valorativas que expresan una u otra ideología jurídica determinada. En última instancia, luego, el valor de la seguridad jurídica es concebido de diferente manera; el grado de certeza jurídica de los destinatarios del derecho, por tanto, es correlativo con el grado de satisfacción de las diferentes exigencias dirigidas al ordenamiento jurídico y a la actuación jurisdiccional.

2.- Especialmente, la decisión jurisdiccional recoge las anteriores discusiones. Su concepto teórico presupone, en general, alguna concepción de la función jurisdiccional y de los órganos jurisdiccionales, y en particular, alguna postura en torno a la polémica de la aplicación y/o creación jurisdiccional del derecho. Por su parte, el concepto normativo de la decisión jurisdiccional tiene que ver, sobre todo, con el conjunto de deberes institucionales de los órganos jurisdiccionales. Finalmente, las diferentes construcciones conceptuales (teóricas y normativas) de la decisión jurisdiccional, propugnan por una determinada ideología jurídica a la luz de la cual se concibe el valor de la seguridad jurídica y la certeza jurídica.

3.- En cualquier caso, las diversas cuestiones que suscita la decisión jurisdiccional, tienen como piedra angular el problema de la aplicación y/o creación jurisdiccional del derecho. En la doctrina jurídica, sin embargo, no existe aún un acuerdo unánime en esta materia; de ahí que sigan sustentándose teorías contrapuestas, deberes institucionales de contenido diverso y, sobre todo, diferentes alcances del valor de la seguridad jurídica. Con todo, la misma escena de la polémica es reveladora en otro aspecto: generalmente nadie niega que,

en ocasiones, la decisión de ciertas controversias exige del órgano jurisdiccional efectuar algunas valoraciones; lo discutido en todo caso, es si tales valoraciones conducen o no a la creación jurisdiccional del derecho.

4.- Como consecuencia de lo anterior, la decisión jurisdiccional tiene como problema más elemental el tema de la valoración. Este último, en la literatura jurídica, es usualmente conocido como el problema de la discrecionalidad jurisdiccional. Del hecho de que la valoración y/o discrecionalidad jurisdiccional sea controlada, depende de que la seguridad jurídica sea un valor realizable y, correlativamente, cuál es el grado de certeza jurídica de que cabe hablar.

CAPÍTULO 2.

1.- La discrecionalidad jurisdiccional, también es sometida a una serie de consideraciones tanto conceptuales como ideológicas. Se concepto teórico, versa sobre el conjunto de características que, de hecho, la identifican; en cambio, su conceptualización normativa discurre sobre si la discrecionalidad jurisdiccional consiste en una potestad o facultad, o si por el contrario, debe más bien su existencia a los diferentes deberes institucionales de los órganos jurisdiccionales. En cualquier caso, el tratamiento ideológico de este tema, tiene que ver con el papel que juega la discrecionalidad jurisdiccional a la luz de ciertos principios jurídico-políticos fundamentales, y entre los cuales destacar el valor de la seguridad jurídica.

2.- Los anteriores cuestionamientos, nuevamente, giran en torno a la problemática de la aplicación y/o creación jurisdiccional del derecho. Particularmente, los estudiosos discuten sobre si la discrecionalidad jurisdiccional sigue consistiendo en la aplicación del derecho, o si más bien, ella conlleva ya a la creación del derecho. Sin perjuicio de lo anterior, en el fondo de esta polémica cabe advertir un problema todavía más elemental, a saber: de qué manera la discrecionalidad jurisdiccional puede ser controlada.

3.- El examen del control institucional de la decisión jurisdiccional, revela que algunas de sus modalidades pueden circunscribir, pero no eliminar por completo, la discrecionalidad jurisdiccional. Este es el caso, particularmente, del sistema de impugnaciones de la decisión jurisdiccional, el cual facilita la fiscalización de las decisiones mediante el instrumento jurídico de la motivación. Con todo, la problemática principal es de qué manera una decisión jurisdiccional puede estar justificada, lo que da pauta a las diversas especies de control doctrinal, a saber: la racionalidad lógica, la racionalidad práctica y la razonabilidad. En último término, sin embargo, tampoco ninguna de estas propuestas logra erradicar por completo la discrecionalidad jurisdiccional; de ahí que siga siendo factible advertir, como fundamento de las decisiones, algún atisbo de valoración.

4.- La discrecionalidad jurisdiccional, empero, tiene que ver con las diferentes etapas en que consiste el complejo proceso de resolución de una controversia. La interpretación del derecho, en particular, es una de las principales operaciones que, para tal efecto, lleva a cabo el órgano jurisdiccional. Su estudio, por tanto, requiere saber si en esta etapa dicho órgano efectúa actuaciones discrecionales, y de ser así, de qué manera éstas pueden ser controladas.

CAPÍTULO 3.

1.- La interpretación jurisdiccional del derecho, es un tema sumamente complejo que integra otro tipo de tópicos jurídicos. Presupone, en particular, alguna postura en relación a la interpretación jurídica, y en general, una determinada concepción de la función jurisdiccional y del derecho.

2.- El debate central en torno a la interpretación jurisdiccional, vuelve a ser si ésta consiste o no en la creación del derecho. Los problemas interpretativos particulares, sin embargo, revelan que en el fondo de esta polémica, subyace el problema de la discrecionalidad interpretativa. Su reconocimiento y su solución, en principio, dependen de las cualidades o defectos que en cada caso se adscriban a los métodos jurídicos de interpretación, pero en

último término también dependen de la finalidad que se le arroge a la interpretación jurisdiccional, y de la manera concreta de conseguir dicha finalidad.

3.- El grado de certeza jurídica en esta materia es, pues, variable; depende de la concepción particular que se asuma en torno a la interpretación jurisdiccional. Pero además, en última instancia, también depende de otros presupuestos generales sobre los que se erija una determinada concepción de la interpretación jurisdiccional, y que tienen que ver con una singular postura respecto a la función jurisdiccional y al derecho. Con todo, el hecho nada infrecuente de que el ordenamiento jurídico no siempre es claro, coherente ni pleno, aunado a que la función jurisdiccional no en todos los casos consiste lisa y llanamente en la aplicación del derecho; tiende a corroborar la idea de que, en la interpretación jurisdiccional, habrá necesidad de valoraciones últimas y de decisiones discrecionales no enteramente controlables.

CAPÍTULO 4.

1.- El sistema jurisprudencial mexicano, constituye una especie de control institucional de la decisión interpretativa. En particular, supone un control más profundo que los métodos jurídicos de interpretación, y esto porque no se limita a señalar cómo debe proceder el órgano jurisdiccional en materia interpretativa, sino que también le señala cuál es ya el significado de los documentos normativos que se interpretan, el que además es obligatorio que adopte en su decisión.

2.- Con todo, la jurisprudencia mexicana no es un mecanismo infalible. La doctrina jurídica nacional, pone ya de relieve algunas fallas técnicas de que padece el sistema jurisprudencial mexicano, pero deja fuera de examen otros problemas que se derivan de la aplicación de la jurisprudencia. Entre estos últimos, cabe indicar, aquellos que se derivan de la propia formulación de la jurisprudencia, la cual, en nuestro sistema jurídico, debe redactarse en forma general y abstracta. Esto trae como consecuencia que, al igual y como sucede con el ordenamiento jurídico, el órgano jurisdiccional tenga que solventar los problemas interpretativos que pueden desprenderse de la estructura lingüística de la jurisprudencia,

además de los problemas de incompatibilidad entre una jurisprudencia de recién establecimiento y el conjunto de jurisprudencias preexistentes.

B I B L I O G R A F Í A.

I. Diccionarios y enciclopedias.

- DICCIONARIO DE DERECHO, a cargo de Rafael de Pina y otro, Porrúa, 31ª edición, México, 2003.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española, 22ª edición, Madrid, 2001.
- DICCIONARIO ESPASA JURÍDICO, Espasa Calpe, Madrid, 2001.
- DICCIONARIO JURÍDICO, a cargo de Juan D. Ramírez Gronda, Heliasta, 9ª edición, Buenos Aires, 1986.
- DICCIONARIO JURÍDICO ABELEDO-PERROT, a cargo de José Alberto Garrone, Abeledo-Perrot, 2ª edición, Buenos Aires, 1993.
- DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, a cargo de Guillermo Cabanellas de Torres, Heliasta, 14ª edición, Buenos Aires, 2000.
- DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Porrúa-UNAM, 9ª edición, México, 1996.
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Bibliográfica O. M. E. B. A., Buenos Aires, 1963.
- NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1978.

II. Obras y ensayos jurídicos.

- AARNIO, AULIS. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*, Trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

----- *Derecho, racionalidad y comunicación social: ensayo sobre filosofía del derecho*, Trad. Pablo Larrañaga, Fontamara, México, 1995.

- ACOSTA ROMERO, MIGUEL, y otro. *Derecho jurisprudencial mexicano*, Porrúa, 2ª edición, México, 2000.

- ALCHOURRÓN, CARLOS E., y otro., “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

----- *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, 2ª reimpression (1ª edición), Buenos Aires, 1993.

- ALEXY, ROBERT. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Trad. Manuel Atienza y otro, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

- ASIS ROIG, RAFAEL DE. *Jueces y normas: la decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995.

- ATIENZA, MANUEL, “Para una razonable definición de «razonable»”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Número 4, España (Alicante), 1987.

----- *Introducción al derecho*, Fontamara, 2ª edición, México, 2000.

- *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.
- *Cuestiones judiciales*, Fontamara, México, 2001.
- *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, UNAM–IIJ, México, 2003.
- BAZÁN L., JOSÉ LUIS, y otro, “Racionalidad y razonabilidad en el derecho”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 18, Número 2, Mayo–Agosto, Chile, 1991.
- BERGHOLTZ, GUNNAR, “Ratio et auctoritas: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, No. 8, España, 1990.
- BOBBIO, NORBERTO. *Contribuciones a la teoría del derecho*, Trad. y ed. a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990.
- *Teoría general del derecho*, Trad. Jorge Guerrero, Temis, 2ª edición (reimpresión), Santa Fe de Bogotá, 1994.
- BRETÓN, JERÓNIMO, y otros. *Lecciones de teoría del derecho*, McGraw–Hill, Madrid, 1997.
- BULYGIN, EUGENIO, “Sentencia judicial y creación de derecho”, en *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- CALVO GARCÍA, MANUEL. *Teoría del derecho*, Tecnos, 2ª edición, Madrid, 2000.
- CARMONA TINOCO, JORGE ULISES. *La interpretación judicial constitucional*, UNAM–IIJ/Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1996.

- CARRIÓN, GENARO R., “Sobre los jueces y su status normativo”, en *Teoría general del derecho. Sus problemas actuales. Estudios en Homenaje a Julio C. Cueto Rúa*, Laclau, Martín y otro (comp.), Heliasta, Buenos Aires, 1986.

----- *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, 4ª edición, Buenos Aires, 1990.
- CARRIÓN W., ROQUE, “Indeterminación normativa y pragmática de la seguridad jurídica”, en *Frónesis*, Vol. 9, No. 1, Abril, Valencia (Venezuela), 2002.
- COMANDUCCI, PAOLO. *Razonamiento jurídico: elementos para un modelo*, Trad. Pablo Larrañaga, Fontamara, México, 1999.
- CUETO RÚA, JULIO C., “La axiología jurídica y la selección de métodos de interpretación”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía y Derecho*, Vol. II, Núm. 21, Alicante (España), 1998.
- DIEZ PICAZO, LUIS. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, reimpresión (1ª edición), Barcelona, 1975.
- DWORKIN, RONALD. *Los derechos en serio*, Trad. Marta Guastavino, Ariel, 4ª reimpresión (1ª edición), Barcelona, 1999.
- ECHANDÍA DEVIS, HERNALDO DE. *Teoría general del proceso: aplicable a toda clase de procesos*, t. I, Universidad, Buenos Aires, 1984.
- EZQUIAGA GANUZAS, FRANCISCO JAVIER. *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

----- “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, 3ª edición, México, 2002.

(Este ensayo también puede ser encontrado en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, ITAM, Núm. 1, Octubre, México, 1994).

- FERNÁNDEZ, ALBERTO VICENTE. *Función creadora del juez*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980.
- FRAGA, GABINO. *Derecho administrativo*, Porrúa, 36ª edición, México, 1997.
- FROSINI, VITTORIO. *La letra y el espíritu de la ley*, Trad. Carlos Alarcón Cabrera y otro, Ariel, Barcelona, 1995.
- GIMENO PRESA, MARÍA CONCEPCIÓN. *Interpretación y derecho: análisis de la obra de Riccardo Guastini*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- GONZÁLEZ GRANDA, PIEDAD. *Independencia del juez y control de su actividad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- GUASTINI, RICCARDO, “Enunciados interpretativos”, Trad. Adrián Rentería Díaz, en *Nóesis. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, Vol. 9, Núm. 18, Enero–Junio, Ciudad Juárez (Méx.), 1997.
- *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*, Trad. Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999.
- *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Trad. Marina Gascón y otro, Porrúa/UNAM–IIJ, 3ª edición, México, 2001.
- *Estudios de teoría constitucional*, Trad. María Bono López, Fontamara, México, 2001.

- GUIBOURG, RICARDO, “La interpretación del derecho desde el punto de vista analítico”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Asociación Argentina de Derecho Comparado, Núm. 9, Abeledo–Perrot, Buenos Aires, (Arg.), 1989.

- HART, H. L. A., “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, en *Derecho y moral: contribuciones a su análisis*, Trad. Genaro R. Carrió, Depalma, Buenos Aires, 1962,

----- *El concepto de derecho*, Trad. Genaro R. Carrió, Abeledo–Perrot, 2ª edición (reimpresión), Buenos Aires, 1995.

----- *Post scriptum al concepto de derecho*, Trad. Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM–IIJ, México, 2000.

- HIERRO, LIBORIO. *Estado de derecho*, Fontamara, 2ª edición, México, 2001.

- IGLESIAS VILA, MARISA. *El problema de la discreción judicial: una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

- ITURRALDE SESMA, VICTORIA. *Lenguaje legal y sistema jurídico: cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Tecnos, Madrid, 1989.

- KALINOWSKI, GEORGES. *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Trad. Carlos Ignacio Massini, Abeledo–Perrot, Buenos Aires, 1982.

- KELSEN, HANS. *Teoría general del derecho y del estado*, Trad. Eduardo García Máynez, UNAM, 5ª reimpresión (2ª edición), México, 1995.

----- *Teoría pura del derecho*, Trad. Roberto J. Vernengo, Porrúa, 9ª edición, México, 1997.

- LACLAU, MARTÍN, “El problema filosófico de la interpretación en la actualidad”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Asociación Argentina de Derecho Comparado, Núm. 9, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, (Arg.), 1989.
- LÓPEZ DE OÑATE, FLAVIO. *La certeza del derecho*, Trad. Santiago Sentís Melendo y otro, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953.
- MARTÍNEZ CERDA, NICOLÁS. *Decadencia de la jurisprudencia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ricardo Couto, A. C., Reynosa, Tamps., 1991.
- MARTÍNEZ MARULANDA, DIEGO. *Fundamentos para una introducción al derecho*, Universidad de Antioquia, Medellín, 2000.
- MENDONCA, DANIEL. *Las claves del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2000.

----- “Aplicación del derecho”, en *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Num. II, Trotta, 2ª edición a cargo de Ernesto Garzón Valdés y otro, Madrid, 2000.
- MONTERO AROCA, JUAN, “Potestad, órgano y función jurisdiccionales”, en *Ciencia Jurídica*, Año 5, t. II, No. 9, julio-diciembre, Los Mochis, Sin., México, 1986.
- MORESO, JOSÉ JUAN, “Lenguaje Jurídico”, en *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Num. II, Trotta, 2ª edición a cargo de Ernesto Garzón Valdés y otro, Madrid, 2000.
- MOTO SALAZAR, EFRAÍN. *Elementos de derecho*, Porrúa, 16ª edición, México, 1972.
- NIETO, ALEJANDRO. *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000.

- NINO, CARLOS SANTIAGO. *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, 10ª edición, Barcelona, 2001.
- ORTEGA MEDINA, CLAUDIA L., “La función jurisdiccional del Estado”, en *Revista de la facultad de derecho*, t. XL, Nos. 172–173–174, julio–diciembre, México, 1990.
- ORTIZ MAYAGOITIA, GUILLERMO I., “Interpretación y aplicación de las normas jurídicas”, en *La toga y la palabra*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Miguel Ángel Porrúa, México, 1997.

----- “Interpretación de la ley y las contradicciones de tesis”, en *Conferencias magistrales*, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Instituto Federal de Defensoría Pública, México, 2002.
- OTTO, IGNACIO DE. *Estudios sobre el poder judicial*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989.
- OVALLE FAVELA, JOSÉ. *Teoría general del proceso*, Harla, 3ª edición, México, 1996.
- PALACIO DÍAZ, ALEJANDRO DEL. *Introducción a la teoría del derecho*, UAM, Claves Latinoamericanas, 3ª edición, México, 1999.
- PECZENIK, ALEKSANDER. *Derecho y razón*, Trad. Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 2000.
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO–ENRIQUE, “Seguridad jurídica”, en *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Num. II, Trotta, 2ª edición a cargo de Ernesto Garzón Valdés y otro, Madrid, 2000.

- PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL. *Jurisprudencia*, UNAM–IIJ/McGraw–Hill, México, 1997.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS. *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, reimpresión (1ª edición), Madrid, 1993.
- RAZ, JOSEPH, “¿Por qué interpretar?”, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Trad. Rolando Tamayo y Salmorán, Fontamara, 3ª edición, México, 2002. (Este ensayo puede ser encontrado en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, ITAM, Núm. 5, Octubre, México, 1996).
- RECASENS SICHES, LUIS. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Porrúa, 3ª edición, México, 1980.
- RENTERÍA, ADRIÁN. *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, Fontamara, México, 2001.
- REQUEJO PAGÉS, JUAN LUIS. *Jurisdicción e independencia judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- ROSS, ALF. *Sobre el derecho y la justicia*, Trad. Genaro R. Carrió, EUDEBA, 2ª edición, Buenos Aires, 1970.
- RUIZ MANERO, JUAN. *Jurisdicción y normas: dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- SAAVEDRA LÓPEZ, MODESTO, “Jurisdicción”, en *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Num. II, Trotta, 2ª edición a cargo de Ernesto Garzón Valdés y otro, Madrid, 2000.

- SCHMILL, ULISES, y otro, “Interpretación del derecho y concepciones del mundo”, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, 3ª edición, México, 2002.

- SEGURA ORTEGA, MANUEL. *La racionalidad jurídica*, Tecnos, Madrid, 1998.

- SOLER, SEBASTIÁN. *La interpretación de la ley*, Ariel, Barcelona, 1962.

----- *Las palabras de la ley*, Fondo de Cultura Económica, México, 1969.

- TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO. *Elementos para una teoría general del derecho: introducción al estudio de la ciencia jurídica*, Themis, reimpresión (2ª edición), México, 2001.

----- “Interpretación constitucional: la falacia de la interpretación cualitativa”, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, 3ª edición, México, 2002.

----- *Razonamiento y argumentación jurídica: el paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, UNAM–IIJ, México, 2003.

- VERNENGO, ROBERTO J. *La interpretación jurídica*, UNAM–IIJ, México, 1977.

----- “Interpretación del derecho”, en *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Núm. II, Trotta, 2ª edición a cargo de Ernesto Garzón Valdés y otro, Madrid, 2000.

- VIGO, RODOLFO L. *Interpretación jurídica: del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, Rubinzal–Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999.

- WARAT, LUIS ALBERTO. *El derecho y su lenguaje: elementos para una teoría de la comunicación jurídica*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976.

- WRÓBLEWSKI, JERZY. *Constitución y teoría general de la interpretación*, Trad. Arantxa Azurza, Civitas, Madrid, 1985.

- “Los lenguajes del discurso jurídico”, en *Cuadernos del instituto de investigaciones jurídicas*, UNAM, Año V, Número 14, Mayo–Agosto, México, 1990.

- *Sentido y hecho en el derecho*, Trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y otro, Fontamara, México, 2001.

- ZERTUCHE GARCÍA, HÉCTOR GERARDO. *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*, Porrúa, México, 1990.