

INSTITUTO TECNOLÓGICO Y DE ESTUDIOS  
SUPERIORES DE MONTERREY  
CAMPUS MONTERREY  
ESCUELA DE GRADUADOS EN ADMINISTRACION  
PUBLICA Y POLITICA PUBLICA



TECNOLÓGICO  
DE MONTERREY

"LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL: ELEMENTOS PARA SU ANALISIS"

TESINA

PRESENTADA COMO REQUISITO PARCIAL PARA  
OBTENER EL GRADO ACADEMICO DE  
MAESTRO EN DERECHO PUBLICO

POR:

AARON A. SEGURA MARTINEZ

MONTERREY, N. L.

MAYO DE 2010

**INSTITUTO TECNOLÓGICO Y DE ESTUDIOS SUPERIORES DE MONTERREY  
CAMPUS MONTERREY**

**ESCUELA DE GRADUADOS EN ADMINISTRACIÓN  
PÚBLICA Y POLÍTICA PÚBLICA**



**TECNOLÓGICO  
DE MONTERREY®**

**"LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL: ELEMENTOS PARA SU ANÁLISIS."**

**TESINA**

**PRESENTADA COMO REQUISITO PARCIAL PARA OBTENER EL GRADO  
ACADÉMICO DE:**

**MAESTRO EN DERECHO PÚBLICO**

**POR:**

**AARÓN A. SEGURA MARTÍNEZ**

**MONTERREY, N.L.**

**MAYO DE 2010**

**INSTITUTO TECNOLÓGICO Y DE ESTUDIOS SUPERIORES DE MONTERREY  
CAMPUS MONTERREY**

**ESCUELA DE GRADUADOS EN ADMINISTRACIÓN  
PÚBLICA Y POLÍTICA PÚBLICA**

Los miembros del comité de tesina recomendamos que el presente proyecto de tesina presentado por el Lic. Aarón A. Segura Martínez sea aceptado como requisito parcial para obtener el grado académico de:

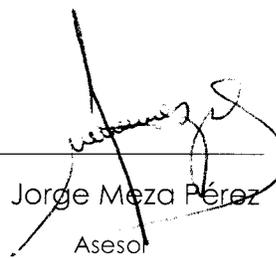
**Maestro en Derecho Público**

Comité de Tesina:



---

Dr. Sergio Elías  
Gutiérrez Salazar  
Sinodal



---

Dr. Jorge Meza Pérez  
Asesor



---

Mtro. Carlos Emilio  
Arenas Bátiz  
Sinodal

## **AGRADECIMIENTOS**

A mi familia, por seguir creyendo en mi sueño.

A mis sinodales, por su amable dedicación en este proyecto.

Al Dr. Sergio Elías Gutiérrez, por invitarme a formar parte de la comunidad EGAP.

A mis profesores en la EGAP, por retarme en cada cátedra.

Al CONACYT, por su apoyo en el financiamiento de mis estudios.

A todas aquellas personas que, aún sin saberlo, me motivaron a seguir adelante.

A Emy, por su infinita paciencia y apoyo.

Al lector, por interesarse en mis ideas.

Al Derecho, aún y por siempre objeto de mi afecto.

*Tal vez parece que me pierdo en el camino  
Pero me guía la intuición  
Nada me importa más que hacer el recorrido  
Más que saber a dónde voy...*

*No trates de persuadirme  
Voy a seguir en esto*

*Sé, nunca falla  
Hoy, el viento sopla a mi favor  
¡Voy a seguir haciéndolo!*

*Todo me sirve, nada se pierde  
Yo lo transformo*

*Sé, nunca falla  
El Universo está a mi favor...  
¡Y es tan Mágico!*

*-Gustavo Cerati*

## ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<u>Introducción</u>	1
<b><u>CAPÍTULO I</u></b>	16
<b><u>SOBRE LA DECISIÓN JUDICIAL</u></b>	
1. El proceso judicial es un proceso interpretativo.	17
2. Las fases del proceso judicial.	21
2.1. La necesidad de resolver un conflicto. Demanda y contestación.	22
2.2. La necesidad de fijar los hechos a juzgar. El periodo probatorio y la verdad fáctica.	24
2.3. La calificación jurídica de la verdad fáctica. Las consideraciones de Derecho.	27
2.4. La necesidad de establecer las consecuencias de Derecho. La resolución del proceso.	30
3. La finalidad del proceso judicial.	32
<b><u>CAPÍTULO II</u></b>	36
<b><u>SOBRE LA DISCRECIONALIDAD</u></b>	
1. La conceptualización de la discrecionalidad.	36
1.1. La necesidad de realizar una elección. La decisión.	38
1.2. La función delimitadora del ámbito de lo discrecional. El criterio de funcionalidad.	40
1.3. La pluralidad de posibles elecciones.	42
2. Los fines de la discrecionalidad.	44
3. Las dimensiones de la discrecionalidad.	50

3.1. La dimensión de lo elegible.	51
3.2. La dimensión de lo elegido.	52
<b><u>CAPÍTULO III</u></b>	55
<b><u>SOBRE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN LOS HECHOS</u></b>	
1. La decisión sobre los hechos es de carácter discrecional.	55
2. La dimensión de lo elegible en los hechos.	59
3. La dimensión de lo elegido en los hechos.	62
4. La finalidad del establecimiento de la verdad fáctica.	66
<b><u>CAPÍTULO IV</u></b>	71
<b><u>SOBRE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN EL DERECHO</u></b>	
1. De la verdad fáctica a la verdad procesal fáctica.	71
2. La calificación jurídica de los hechos mediante la aplicación del Derecho.	75
3. La dimensión de lo elegible en el Derecho.	78
3.1. La técnica jurídica y su formación de la dimensión de lo elegible.	82
3.2. La correspondencia del significado a partir del ordenamiento jurídico.	85
4. La dimensión de lo elegido en el Derecho.	87
<b><u>Conclusiones</u></b>	92
1. Discrecionalidad formal y sustancial.	92
2. Los peligros de la discrecionalidad judicial.	100
2.1. Lo irracional.	101
2.2. Lo arbitrario.	102
2.3. Lo irrazonable.	103
3. De la seguridad jurídica a la tutela judicial efectiva.	105
4. Rumbo a la creación de políticas públicas en materia de discrecionalidad.	109
Bibliografía consultada.	iii

## **INTRODUCCIÓN**

Al análisis de las prácticas jurídicas conviene situarlo dentro del paradigma de conocimiento dominante en la comunidad donde se desarrolla. En este sentido, haciendo alusión a la comunidad jurídica compuesta por la tradición romano germánica, caracterizándola de manera un tanto simplista por el énfasis de la norma escrita como fuente principal de lo jurídico, es que se pretende partir con la explicación del paradigma jurídico dominante para efectos de la presente investigación.

Conviene hacer la aclaración de que el paradigma dominante dentro de las culturas estará compuesto por el consenso sobre las reglas de obtención y producción de los materiales con los que han de operar. En el campo de lo jurídico que se pretende analizar, al paradigma dominante en la actualidad se le puede identificar con el término de paradigma positivista legalista.

Lo anterior da cuenta de los dos rasgos característicos y fundamentales del paradigma: por un lado, la ontología del Derecho alejado de cualquier concepción moral, identificándolo primariamente con el cumplimiento que sobre las reglas previamente identificadas para su creación se establezcan (reglas sobre la vigencia del Derecho); por el otro, la identificación de ley (en su sentido lato) como el concepto jurídico fundamental producto de la creación del Derecho. En suma, el paradigma jurídico positivista legalista predica que el Derecho se identifica con aquellos productos que fueron

creados conforme a sus reglas de producción, siendo la ley la fuente principal de ellos.

Una de los rasgos característicos de esta concepción del Derecho es que prescinde de cualquier nota valorativa crítica que se le pudiera hacer desde el plano deóntico, pretendiendo mantener así una clara separación entre lo legal y lo justo, es decir, entre Derecho y moral. Se concibe al criterio únicamente desde el plano ontológico, al ser el Derecho un producto que ha cumplido con las características de creación previamente acordadas y que se erigen como una justificación bastante y suficiente para identificarle.

Si bien pudiera aceptarse que la crítica que se le pudiere hacer al Derecho a partir de su contraste con cierta concepción de la moral es justificada, esto no implica su desconocimiento o refutación como tal. Esta posibilidad, sin embargo, no implica que la separación entre Derecho y moral sea necesaria para el paradigma; por el contrario, presupone que pudiera haber una identificación de Derecho y moral que, no obstante, es contingente y no por ello forma un rasgo característico necesario para identificar al primero.

Ahora bien, en cuanto al énfasis en la importancia de la ley como producto principal constitutivo del Derecho, esto se explica al apreciarle desde un plano funcional: como el Derecho ha de identificarse con aquellas proposiciones que han sido creadas mediante el procedimiento que para ello se ha establecido, se configura la necesidad de exteriorizarlas de tal manera que su claridad sea apreciable por cualquier persona. Una manera adecuada de lograr lo anterior es a través de la ley, entendida como proposición normativa que consta por escrito y suficientemente detallada en sus elementos como para poder prescindir de cualquier juicio de valor externo a ella que pudiera transformarle.

Si bien es cierto que dentro del paradigma positivista legalista se pueden reconocer otras fuentes del Derecho, éstas no son sino

derivaciones de la ley. Un claro ejemplo de ello es la jurisprudencia, que no es otra cosa sino una aclaración del verdadero sentido del texto normativo, que las más de las veces resulta de la necesidad de establecerlo por encontrarse con explicaciones retóricas que los abogados litigantes pretenden. De esta manera, el órgano de autoridad con las facultades suficientes al respecto termina con la disputa sobre el verdadero contenido de la ley, haciendo simplemente una aclaración de lo que en realidad ya se encontraba ahí.

La concepción de la importancia y dominación del paradigma positivista legalista ha de explicarse a la luz de los hechos históricos que le dieron origen y a la preservación que durante el tiempo se ha hecho de él. Es decir, el paradigma debe ser entendido mediante la comprensión de su momento de creación y la razón que lo ha llevado a mantenerse como la concepción jurídica dominante.

Por una parte, el paradigma en comento responde a la lucha social emprendida en la revolución francesa contra el régimen político absolutista, caracterizado por la aplicación despótica del Derecho, usualmente en contra del gobernado. Fundados en las ideas de la Ilustración, el pueblo francés emprendió la lucha para defender los postulados de la razón, la igualdad y la libertad. Dentro de sus principales resultados concernientes al campo de lo jurídico (y por tanto de repercusión directa en la esfera de lo social) se destaca el reconocimiento y salvaguarda de los derechos humanos en un instrumento jurídico positivo tal y como lo fue la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. En este documento es preciso hacer referencia de manera conjunta a sus artículos 7 y 12<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> Artículo 7. Ningún hombre puede ser acusado, arrestado y mantenido en confinamiento, excepto en los casos determinados por la ley, y de acuerdo con las formas por ésta prescritas. Todo aquél que promueva, solicite, ejecute o haga que sean ejecutadas órdenes arbitrarias, debe ser castigado, y todo ciudadano requerido o aprehendido por virtud de la ley debe obedecer inmediatamente, y se hace culpable si ofrece resistencia.

que proclaman la seguridad jurídica como valor fundamental al hacer a la ley previamente acordada el elemento de justificación único de actuación del poder del Estado en la esfera del particular. En este sentido, se prohíbe la actuación arbitraria de la autoridad por medio de la ley.

En consecuencia, el positivismo legalista pretende el destierro de la actuación arbitraria de las autoridades, exigiendo para ello que las razones para la afectación de la esfera jurídica de los particulares se funden única y exclusivamente en el Derecho previamente obtenido a través de las reglas democráticas –reglas de mayoría– para su formación. Es decir, se identifica al Derecho como un procedimiento democrático y legítimo de actuación del poder. Para lo anterior, y en aras de dotar a la actuación de la autoridad de razón, se recurrió al Derecho positivo manifestado en ley como una solución viable.

Es precisamente la identificación del Derecho como un procedimiento democrático lo que hubo de seguir explicando su dominación. Partiendo de la concepción política de que la soberanía reside en el pueblo y que el Derecho positivo no es más que la expresión de la voluntad de éste, parece ser una idea congruente el hecho de que la ley sea el instrumento normativo indefectible para las decisiones de la autoridad. Considerarlo de otra manera sería tanto como negar la misma idea de democracia y soberanía popular al no contar con un medio efectivo que dé cuenta de la voluntad de la mayoría. De esta manera, la tradición jurídica positivista ha mantenido los embates de su contraparte ideológica clásica, el iusnaturalismo, al considerar que es necesaria para la operatividad del Derecho la seguridad de contar con un marco previamente establecido de

---

Artículo 12. Siendo necesaria una fuerza pública para dar protección a los derechos del hombre y del ciudadano, se constituirá esta fuerza en beneficio de la comunidad, y no para el provecho particular de las personas por quienes está constituida.

referencia en el que se pueda fundar de manera democrática toda decisión de autoridad. Las perversiones del poder fundadas en una concepción individualista, irreflexiva y a final de cuentas despótica del Derecho abren la puerta a un contrasentido del sistema jurídico como medio de protección de las libertades individuales.

En consecuencia, el positivismo legalista consagra como valor fundamental del sistema normativo la llamada seguridad jurídica, concebida como una razón excluyente del poder arbitrario al respaldarse en el principio de legalidad como medio de garantizar el respeto de la voluntad popular soberana.

La anterior concepción del Derecho influye de manera directa en la concepción del Estado y la distribución que del ejercicio del poder se ha de hacer hacia su interior: por una parte, un Legislativo fuertísimo fundado en el principio de representación popular, que únicamente ve constreñida su esfera de actuación en cuanto al respeto de las formas jurídicas para la producción de las leyes; por otra parte, un Ejecutivo y un Judicial supeditados a las reglas de contenido que el Legislativo ha de crear, exteriorizadas con carácter de ley.

Mientras que el órgano parlamentario se encuentra con la tarea de crear el orden jurídico que ha de regir las relaciones jurídicas en sus tres niveles: coordinación, subordinación y supracordinación, el órgano administrativo se encuentra con la tarea de ejecutar los programas previamente dibujados por el legislativo, mientras que al judicial le corresponde dirimir las controversias que a su jurisdicción se sometan y en relación únicamente con las reglas jurídicas. Esto exhibe plena concordancia con la idea de que la autoridad encuentra plena sumisión a la ley para el ejercicio de sus atribuciones, exhibiendo así los tres órganos característicos del Estado moderno el mismo tratamiento.

En el caso del poder judicial, cobra especial relevancia el paradigma positivista legalista, puesto que su actuación, como el de

toda autoridad, debe encontrar plena previsión en la ley. Es decir, se le impide actuar fuera de ella al contemplar su tarea como de aplicación mecánica de lo que ya se encontraba previamente decidido y expresado en ley. No deja espacio alguno para la valoración del juez, puesto que su función es, en célebres palabras de Montesquieu, la de ser boca muerta de la ley.

Lo anterior viene a cuenta con uno de los corolarios que se desprende de las tesis fundamentales del paradigma positivista legalista, a saber: el ordenamiento jurídico es un sistema de previsión completo, lógico, coherente y autosuficiente. Es completo en el sentido de que expresa en su integridad la voluntad, siendo así que lo que no se encuentre en el texto jurídico es debido a que resulta indiferente y prescindible para el orden jurídico, convirtiéndose así en una cláusula de cierre que permea a todo el sistema. Es lógico en el sentido de que su conocimiento puede darse de manera avalorativa a través de un simple ejercicio de subsunción que vaya de la norma a los hechos. Es coherente al no contar con contradicciones en su interior, puesto que cuenta con un mecanismo de autosuficiencia que le permite corregir aquellos aparentes defectos que pudieran observarse: las antinomias se resuelven con el criterio de especialidad o de jerarquía normativa; no existen lagunas en tanto, como ya se dijo, lo que no se encuentra contemplado no es Derecho, y lo que pudiera considerarse que debe ser Derecho y no se encuentra en la ley pertenece al ámbito de la moral, terreno completamente diferenciado del jurídico.

Si bien lo anterior trae importantes consecuencias en el proceso de aplicación de la ley llevado a cabo por los órganos jurisdiccionales del Estado, no lo es tanto así en la persona que ejerce la función de juez. Es decir, se concibe al juez como una mera pieza mecánica del engranaje jurídico, cuya propia percepción y valoración de lo que debiera ser el Derecho es irrelevante, puesto que el principio de

seguridad jurídica dogmatiza que el único criterio relevante para el dictado de la regla de conducta vinculante ha de encontrarse en la ley. Esto es, con independencia del sujeto que desarrolla la potestad jurisdiccional del Estado y su propia personalidad, creencias, valores y convicciones, la respuesta ha de ser una, única e indiscutible, al encontrarse consagrada en el texto jurídico.

La existencia de una única respuesta posible y correcta contemplada por el ordenamiento jurídico permitiría hablar de que es un proceso completamente objetivo e independiente del sujeto al que se le encomienda su aplicación. Con la tesis de la única solución jurídica, el proceso de jurisdicción es de mera constatación del Derecho, puesto que no aporta nada que no estuviera previamente contemplado por él. Es decir, no hay espacio para la discreción del aplicador al momento de decidir fundando en Derecho, puesto que su único y legítimo marco de referencia para juzgar se encuentra previsto de antemano por las reglas jurídicas, y particularmente por la ley. Esto se traduce en un encasillamiento del papel del juez en el Estado, puesto que si bien su función es necesaria e imprescindible, se encuentra supeditada a la ley. Se pretende instaurar así una concepción del Derecho magnánima, con un legislador plenipotenciario capaz de prever cualquier situación y plasmarla en la ley, puesto que su cumplimiento estará asegurado a través del poder judicial encargado de garantizarlo con la capacidad del uso de la coacción.

Sin embargo, la experiencia jurídica acumulada a través de la constante aplicación del paradigma, aunada a la crítica jurídica hecha desde la dogmática, ha venido a evidenciar las flaquezas del sistema jurídico entendido desde esta óptica positivista legalista, particularmente en lo referente al postulado de que el ordenamiento jurídico se encuentra completo. La razón principal para la crítica reside precisamente en la función jurisdiccional: si el juez está obligado

siempre a resolver en Derecho, ¿cómo ha de resolver en aquellos casos en donde las leyes son contradictorias entre sí –antinomias– o donde no existe regulación jurídica alguna –lagunas–? Los artificios de referencia consistentes en los criterios de especialidad y jerarquía parecieran dar cuenta de las antinomias; sin embargo, el problema de las lagunas pareciera ser más grave y requerir algún otro tipo de solución desde el paradigma.

En efecto, los ordenamientos positivos han recurrido a dos soluciones para dar cuenta de una resolución fundada en Derecho en aquellos casos en donde no se encuentre una respuesta explícita y contemplada en las leyes: la aplicación por analogía y el recurso a los principios del Derecho. El primero se entiende cuando se tiene por cierto que las leyes se refieren a situaciones abstractas y, por tanto, categóricas: si la ley no contempla una solución explícita para un caso en concreto, ha de buscarse dentro de la ley que la consecuencia de Derecho que se genere corresponda a aquella prevista para una situación abstracta que comparte las mismas notas esenciales categóricas. Es decir, se identifica la situación en concreto con su género próximo previsto en el Derecho para darle una solución fundada en ley. Por su parte, el recurso a los principios del Derecho presupone que de las reglas jurídicas positivizadas se pueden extraer de manera inductiva una serie de principios que les son comunes a todas ellas, y que a su vez sientan la base para una posible aplicación analógica del Derecho en aquellos casos concretos que no se encuentre previstos de manera explícita en el ordenamiento. De esta manera, los principios del Derecho permean todo el sistema jurídico y son capaces de prever cualquier caso hipotético. Son una válvula de cierre de la imprevisión legislativa.

Si bien en la práctica judicial el recurso a la analogía y a los principios del Derecho supone una solución viable para la resolución de cualquier caso que se presente ante la potestad jurisdiccional, lo

cierto es que se encuentra en contradicción con el carácter cognitivo avalorativo que supone el paradigma positivista legalista, puesto que implica un descubrimiento decisionista de las razones que subyacen al texto positivo por parte del juez. Es decir, el juez tiene que entrar en un juego interpretativo donde esté en posición de poder decidir la teleología de la ley, para poder de esta manera describir de manera más general el caso hipotético que pretende regular y la consecuencia jurídica que pretende ligarle. Inclusive para aquellos casos en donde efectivamente la situación concreta se encuentre prevista por una norma positiva, lo cierto es que para su constatación el juez tuvo que entrar al juego interpretativo para descartar la existencia de antinomias o lagunas en el ordenamiento en relación a los hechos que ante él se prèsentan.

De esta manera, el papel del juez en el proceso jurisdiccional adquiere una dimensión interpretativa en un doble sentido: por una parte, interpretación de los hechos fácticos en relación con el Derecho, y por otra parte, interpretación del Derecho en relación con los hechos fácticos. Es decir, el juez va de los hechos, a la norma, y nuevamente a los hechos, con la intención de identificarlos dentro del ordenamiento jurídico y poder dictar la consecuencia jurídica correspondiente. Por lo tanto, el proceso de decisión judicial es un proceso esencialmente interpretativo, donde el juez da cuenta de su valoración sobre los hechos en el Derecho y sobre el Derecho de los hechos. Es decir, no se encuentra constreñido al imperio de la ley, sino que tiene que echar mano de su propio juego interpretativo para extraer las consecuencias jurídicas desde el ordenamiento.

Por lo tanto, ya no se ha de entender ni reducir el papel del Derecho al de la ley, sino que el paradigma jurídico debe de dar cuenta de los factores que efectivamente entran en juego en el quehacer normativo. En este sentido, en una revisión desde la función

judicial, se implica necesariamente establecer la relación que guarda la ley tanto con el juez como con el Derecho:

"...el gran debate sobre la jurisdicción en la actualidad se debe fundamentalmente a la quiebra del imperio de la ley en su versión positivista, que dio lugar a una interpretación legalista del derecho y que ahora ha alumbrado una concepción de la ley más impregnada de política, de ética y de historia, es decir, una sustitución de la ley por el derecho como fuente de las decisiones jurisdiccionales."<sup>2</sup>

Ante la concepción del proceso judicial como de naturaleza eminentemente interpretativa, es necesario desarrollar un nuevo paradigma que dé cuenta de la posición del juez como intérprete del Derecho, es decir, de los hechos que ante él se proponen y de las consecuencias que con fuerza vinculatoria ha de ofrecer. Implica reconocer las fallas del sistema positivista legalista a la luz de los hechos que acontecen en la realidad y que necesitan de una resolución basada en Derecho. Supone una revaloración del papel del juez como garante de la seguridad jurídica, pero ahora entendida ésta como el control del poder de la autoridad fundado en una nueva concepción interpretativa del Derecho, en oposición a su reducción al ámbito de la legalidad avalorativa.

"...el paradigma renovador sostiene que, de ordinario, la ley ofrece una pluralidad de soluciones correctas, dentro de las cuales el juez, en un acto de voluntad, escoge una en el ejercicio de su arbitrio; sosteniendo igualmente que la decisión judicial, en suma, es un acto en el que intervienen elementos de naturaleza heterogénea y en el que resulta fundamental la personalidad individual del juez."<sup>3</sup>

En efecto, tomando en consideración que los textos normativos erigidos como ley no son sino objetos del proceso de interpretación que de ellos realiza el juez, y que lo anterior se hace a la luz de los hechos concretos de un proceso jurisdiccional, se tiene entonces que la ley no es sino un marco de posibilidades interpretativas de la que el juez ha de dar cuenta caso por caso, significándole siempre a la luz

---

<sup>2</sup> SAAVEDRA, Modesto, "Jurisdicción Constitución y Derecho." Fontamara. México, 2007. Pág. 21.

<sup>3</sup> NIETO, Alejandro, "El Arbitrio Judicial", Ariel. España, 2000. Pág. 28.

de unos hechos determinados. Y dicho marco de posibilidades no se agota únicamente en la ley, sino que ha de dar cuenta de todo el Derecho como conjunto, dando cuenta de la finalidad que éste persigue, de los principios que en él se encuentran y que determinan sus reglas positivas. En suma, se trata de dar cuenta del ámbito de subjetividad que subyace al proceso judicial.

Si bien es cierto que es un punto importante del nuevo paradigma renovador la función del juez como intérprete del Derecho que se va a aplicar, no menos importante resulta la función de asimilación y recepción de los hechos que a su consideración se han de someter para ser juzgados en Derecho. Porque es preciso mencionar que esos hechos han de ser calificados conforme a Derecho a través de un ejercicio interpretativo de identificación de los hechos concretos con la provisión que en abstracto hace de ellos el Derecho. Es decir, en la valoración de los hechos también se puede hablar de una fase interpretativa y provista de la subjetividad del juzgador.

En suma, la decisión jurisdiccional no puede llevarse a cabo de manera mecánica y sin tribulación alguna; al contrario, el razonamiento por parte del juzgador implica un proceso interpretativo tanto de lo plasmado por el Derecho como de las circunstancias de hecho que se le presentan para su valoración. Es decir, de cierta manera, el juzgador ha de advertir los elementos jurídicos y fácticos del caso, para encontrarse posibilitado de decidir de conformidad con lo previsto por el ordenamiento jurídico. Debido a la naturaleza intrínseca del proceso interpretativo, el elemento de subjetividad es irreductible y se encontrará presente –ya sea en mayor o menor medida– en todo ejercicio que aspire a crear el significado de lo dispuesto por una disposición normativa o de lo arrojado por las pruebas tendientes a demostrar los hechos.

De manera concreta, la investigación sobre el peso de la subjetividad encuentra especial relevancia en tanto que dentro de sus posibles consecuencias se encuentra la creación de un posible espacio de incertidumbre e inseguridad jurídica para cualquier parte dentro del proceso. Es a este marco de la subjetividad a la que dentro del presente análisis se hará referencia como discrecionalidad judicial, entendida a grandes rasgos como el área de indeterminación del significado tanto de los hechos a juzgar como del Derecho a aplicar que le permite al juez adecuar su decisión al caso concreto a través de una elección arbitrada.

Por lo tanto, el objetivo general de la investigación será el de establecer con claridad los elementos que conforman el fenómeno de la discrecionalidad judicial, así como la relación que entre ellos guardan, identificando tanto sus causas como sus posibles consecuencias. De ninguna manera se va a pretender evaluar en términos de corrección o incorrección, sino que el esfuerzo intelectual estará dirigido únicamente a dar cuenta de los elementos para que, con ello, se pudiera tener en consideración la existencia del fenómeno a la hora de establecer políticas públicas tanto en materia legislativa como en materia judicial. Para lograr este acometido se propone el siguiente orden de ideas.

Sobre la decisión judicial: en esta parte se familiarizará al lector con lo que ha de entenderse por decisión jurisdiccional, situando dicha acción en el marco de un proceso judicial que necesita el pronunciamiento del derecho aplicable a determinados hechos, siendo la decisión de carácter vinculatorio para las partes. Habida cuenta de ello, se explicará de manera sumaria el desarrollo de un proceso judicial a través de la revisión de las partes que lo conforman, estableciendo con claridad lo que dentro de cada fase del proceso judicial se pretende y de la relación del juez con cada una de ellas.

Sobre la discrecionalidad: parte teórica clave para la investigación del fenómeno de la discrecionalidad en sede judicial, se dará cuenta del concepto genérico de la discrecionalidad, estableciendo sus presupuestos y ámbito de aplicación. Lo anterior con finalidad de poder aplicar la herramienta conceptual al análisis de la decisión judicial, puesto que si ya se ha afirmado que el proceso judicial es meramente interpretativo, esto abre la puerta potencial a la existencia de un marco discrecional de posibilidades de elección.

Sobre la discrecionalidad judicial en los hechos: una vez identificadas las fases del proceso judicial y establecido una herramienta conceptual teórica identificada bajo el nombre de discrecionalidad, se aplicará a la fase de valoración que de los hechos presentados ante el juez se tiene que hacer en aras de poder emitir una decisión jurídica vinculante de ellos. Es decir, se dará cuenta de que incluso en la recepción de los hechos opera el ámbito de subjetividad del juez y de posible ejercicio de la discreción por parte de éste.

Sobre la discrecionalidad judicial en el Derecho: siguiendo la línea conceptual, se pretende demostrar que es precisamente en la fase de aplicación del Derecho a los hechos en donde el juez cuenta con un amplio campo de discrecionalidad. Identificando las causas de la apertura del ámbito de discrecionalidad, se dará cuenta de cómo es que el juez realmente califica normativamente a los hechos ante él presentados y cómo es que extrae la regla jurídica válida para el caso en concreto.

Conclusiones: en este apartado, alejado de la clásica concepción de hacer una recapitulación de las ideas debidamente argumentadas en la totalidad del trabajo, se pretende evaluar los beneficios y riesgos del fenómeno de la discrecionalidad en sede judicial. De esta manera, se estará en posibilidad de calificar la deseabilidad del fenómeno, sentando las bases para posteriormente

elaborar políticas judiciales cuyas finalidades estén dirigidas a la corrección de la aplicación del Derecho, contribuyendo así a la verdadera tutela judicial efectiva.

Por lo tanto, la naturaleza del proyecto de investigación ha de seguir una línea descriptiva en cuanto a los elementos que conforman el fenómeno de la discrecionalidad judicial, y explicativa en cuanto han de relacionarse las causas y las consecuencias con éste. Pretende un enfoque mixto, necesario para poder analizar con precisión el fenómeno y dar cuenta de su valoración como virtud o calamidad. Sin embargo, cabe aclarar que la investigación no acomete proponer una respuesta o alternativa de solución a la cuestión; su pretensión es mucho más modesta al constreñirse únicamente a establecer los elementos necesarios que, una vez estudiados, puedan servir para arrojar luz en una posible solución práctica al fenómeno.

La relevancia de la investigación se justifica si se parte de la idea de que dentro del universo de actos que conforman las operaciones jurídicas del día a día, sin lugar a dudas los que se llevan a cabo a partir de un proceso jurisdiccional adquieren especial preeminencia en tanto que afectan de manera directa y efectiva a la esfera jurídica tanto de los particulares como de los entes públicos. Una cuestión que es sometida a la resolución por parte de un órgano jurisdiccional se reviste de legitimación cuando, seguido el adecuado proceso, se advierte una decisión apegada a Derecho. Es precisamente el dictado de la sentencia el momento cumbre del litigio jurídico, puesto que se decide una cuestión de Derecho a partir de los hechos presentados ante el órgano resolutor. Dicho de otra manera, la decisión jurisdiccional es determinante en sus efectos puesto que su carácter es vinculatoria y ejecutivo, pudiendo incluso hacerse cumplir por la vía de la coerción.

En consecuencia, si el ejercicio intelectual pudiera tener una aplicación práctica dirigida a su eventual asimilación por parte de los

actores jurídicos que a través de su entendimiento del fenómeno jurídico inciden de hecho en la vida de las personas sometidas al imperio del Derecho, se justifican con creces las horas invertidas en su realización y el esfuerzo de comprensión de un fenómeno tan complejo como lo es el proceso judicial. Si bien pudiera considerarse que el tema supone un gran interés para toda la comunidad jurídica en tanto operadores del Derecho, lo cierto es que lo que lo motiva es la pretensión de arrojar elementos que pudieran ser valorados por los juzgadores para el mejor desempeño de su función. Ya sea a través de la refutación o la aceptación de las tesis aquí propuestas, la valoración del éxito de esta modesta tesina se encontrará en su capacidad de lograr la reflexión en el lector.

De esta manera, el trabajo crítico y reflexivo pretende ser un faro que guíe el navío del razonamiento judicial, iluminando las azarosas marejadas que se presentan amenazantes al trayecto de la justicia y así permitiéndole al capitán jurisdiccional una visión más clara del puerto de la decisión.

**CAPÍTULO I**  
**SOBRE LA DECISIÓN JUDICIAL**

Para poder estar en condiciones de analizar el fenómeno de la discrecionalidad judicial, es decir, el ámbito de subjetividad que opera en el proceso de adjudicación del Derecho, resulta necesario primero acudir a desentrañar la naturaleza de dicho proceso en aras de poder identificar la compleja relación que los elementos que lo componen guardan entre sí. Es decir, partiendo de la consideración inicial de que en el proceso judicial conviven elementos tanto subjetivos como objetivos, identificados respectivamente con el juez intérprete, los hechos que ante él se presentan, así como los textos jurídicos y herramientas normativas que a su consideración se permiten, es preciso entonces establecer la relación que guardan unos con otros, en aras de identificar aquellas áreas donde pudiera operar la razón o incluso la mera voluntad. En definitiva, el proceso de descubrimiento de la discrecionalidad judicial debe de dar cuenta de la naturaleza interpretativa del proceso judicial.

En primer lugar, una teoría de la actuación judicial tiene que aclarar lo que el juez hace cuando realiza su función profesional, es decir, el proceso de toma de decisiones bajo la determinación de un orden jurídico vinculante. En este ámbito de problemas, tiene que preguntarse por los elementos que intervienen en ese proceso y que lo explican como una acción humana intencional, tiene que preguntarse por la participación en él del elemento razón y del elemento voluntad, cómo hay que concebir esa razón y cuáles son los factores condicionantes de la inclinación que experimenta la voluntad. Tiene que preguntarse, además, por la capacidad de orientación que puede recibir la labor judicial de ciertas prescripciones de carácter técnico y metodológico, y por los recursos

no técnicos –de carácter más bien moral y político- que puede o que debe utilizar el juez. Tiene que preguntarse, finalmente, por el margen de discrecionalidad que posee, y por las implicaciones éticas y políticas de su actuación.<sup>4</sup>

En esta consideración es que la primera parte del análisis estará dirigida a ver el proceso desde la óptica de la teoría de la interpretación, puesto que es pertinente afirmar que siendo la finalidad de la decisión judicial la de aplicar el Derecho a unos determinados hechos, podemos identificarle con una operación de comprensión en un doble sentido: se comprenden los hechos puestos a su consideración y se comprenden las normas que han de aplicárseles. En definitiva, puede configurarse como un círculo hermenéutico cuya finalidad procesal es la de otorgar una respuesta basada en Derecho.

### **1. El proceso judicial es un proceso interpretativo.**

La interpretación jurídica llevada a cabo en sede judicial se encuentra motivada por la necesidad de aplicar la norma a los hechos que se presentan ante el juzgador; es de la imperiosa obligación de encontrar el Derecho aplicable al caso en particular de donde toma su razón de ser. Se trata de interpretar hechos y normas, aplicando las normas a los hechos y los hechos a las normas.

“Es conveniente considerar que la interpretación jurídica paradigmática es la que lleva a cabo el juez en el marco de la aplicación de las normas jurídicas generales a casos jurídicos concretos, i.e., máximamente determinados. Y esto es así, en razón de que las restantes modalidades de la interpretación jurídica se ordenan, de un modo y otro, a condicionar o conformar la interpretación que habrá de realizar el juez en el marco de su tarea aplicativa.”<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> SAAVEDRA, Modesto, “Interpretación del Derecho y Crítica Jurídica.” Fontamara. México, 1994. Pág. 106.

<sup>5</sup> MASSINI-CORREAS, Carlos I., “La teoría referencial-realista de la interpretación jurídica.” En: CÁCERES, Enrique, “Problemas contemporáneos de la filosofía del Derecho.” UNAM. México, 2005. Pág. 486.

Se tiene así que pudiera hablarse entonces de una interpretación jurídica con fines prácticos en tanto su intención consiste en la resolución de una disputa de derechos. Esta interpretación es magistralmente caracterizada por Kalinowski, si bien hace referencia a la interpretación jurídica en general:

“La interpretación jurídica es la interpretación práctica por excelencia [...] su fin no es la captación del sentido auténtico en vistas a la contemplación intelectual, sino la determinación de la regla de comportamiento, sin la cual la acción, exigida imperiosamente por la vida, no puede ser correctamente consumada.”<sup>6</sup>

Es a partir de esta interpretación jurídica práctica que el juzgador ha de determinar la norma a partir de la disposición normativa arropada desde los hechos. Si se trae a la luz que es realmente una decisión en cuanto al significado del texto normativo lo que ha de ser tomado en consideración para la aplicación al caso concreto, se tiene entonces que la decisión jurisdiccional se antecede por una creación del significado que ha de determinar, en el caso del Derecho, la regla de conducta que éste prescribe. Hallivis Pelayo coincide con esta posición decisionista:

“... no va a explicar lo que dijo el legislador o quien emitió el texto normativo, ni va a descubrir lo que quiso decir, sino que va a decidir, a determinar cuál es el contenido normativo del texto, es decir, va a señalar, va a asignar contenido normativo a un texto. En otras palabras, va a determinar, a fijar, la regla de conducta o prescripción normativa, que el texto contiene.”<sup>7</sup>

En este sentido, la aplicación del Derecho consiste en la interpretación de la disposición normativa, que tiene como resultado de la decisión del significado la norma que ha de ser aplicada. Así, se está no ante un proceso de comprobación, sino realmente ante un proceso de creación normativa en tanto el significado ha de ser determinado en cierta parte por los hechos, que se encuentran en

---

<sup>6</sup> KALINOWSKI, Georges, “Philosophie et logique de l’interprétation en droit.” Archives de Philosophie du Droit. Francia, 1972. Págs. 45 y 46.

<sup>7</sup> HALLIVIS PELAYO, Manuel, “Teoría general de la interpretación.” Porrúa. México, 2007. Pág. 31.

constante tensión con los elementos tanto subjetivos como objetivos de la interpretación jurídica: se construye el significado para encontrar una posible correspondencia con el elemento fáctico en el que ha de ser aplicado. "Siguiendo a Kelsen, podemos decir que en los órdenes jurídicos modernos los procesos de creación normativos se suscitan con motivo de la aplicación o individualización de normas más individuales."<sup>8</sup> Este proceso de significación se entiende entonces dependiente en gran medida por su referencia, es decir, por los hechos a los que aluden las disposiciones normativas.

Lejos de ser una tarea mecánica, la decisión jurisdiccional se dilucida como una tarea interpretativa dinámica en tanto que los hechos a los que finalmente ha de ser aplicada la norma obtenida del proceso interpretativo la condicionan, siendo resultado de la aplicación del Derecho el mismo robustecimiento de éste en tanto se ha generado una norma individualizada para el caso concreto.

"La decisión jurisdiccional no constituye una simple aplicación mecánica del derecho, pues no consiste solamente en la constatación de éste, de tal forma que nada agregue al orden jurídico ni en el campo de las ideas ni en la realidad fáctica."<sup>9</sup>

El significado que se obtenga ha de ser más o menos complicado de decidir en relación con los hechos y su posible adecuación con este resultado. Es decir, una disposición normativa puede y de hecho varía en su significado con relación a los hechos en los que ha de ser aplicada. Esto es, la dinámica decisional implica que las disposiciones normativas se encuentran así como una pluralidad de posibles significados en tanto se encuentran en relación directa a la aplicación a los hechos. La aplicación de las normas solo hace más evidente la teoría sostenida de que no se puede hablar de

---

<sup>8</sup> SCHMILL, Ulises y COSSÍO, José Ramón, "Interpretación del Derecho y concepciones del mundo." En: VÁZQUEZ, Rodolfo, (comp.) "Interpretación jurídica decisión judicial." Fontamara, 3ª edición. México, 2002. Pág. 59

<sup>9</sup> DE SILVA, Carlos, "La jurisprudencia, interpretación y creación del Derecho." En: VÁZQUEZ, Rodolfo, (comp.) "Interpretación jurídica decisión judicial." Fontamara, 3ª edición. México, 2002. Pág. 142.

significados previos, sino que su valoración responde al dinamismo del proceso interpretativo:

"[...] hay que considerar que la claridad u oscuridad, la mayor claridad o la menor oscuridad, no solo van a depender del enunciado normativo sino del caso concreto y del contexto en el momento de la aplicación."<sup>10</sup>

Resulta claro con lo anterior que la decisión judicial implica un proceso interpretativo de constante valoración, donde el ejercicio intelectual consiste en la decisión a través de la adecuación de la norma a los hechos. Esto no quiere decir que se ha de tratar de significar la disposición normativa únicamente de tal manera que obtenga correspondencia con la realidad fáctica sino que, a través de una sinergia, se ha de decidir tomando en consideración que los hechos a los que ha de ser aplicada la disposición forman parte sustancial de la interpretación, en tanto condicionan su aplicación. De esta manera, tanto el elemento subjetivo como objetivo de la interpretación sufren una transformación pues se encuentran, en el marco de la decisión jurisdiccional, con que han de ser aplicados a ciertos hechos concretos, modificando así su posibilidad significativa.

Es así que se abre la puerta de la volición del juzgador: "[...] el proceso de aplicación judicial del derecho es un proceso valorativo; en él, el juez se enfrenta a distintas elecciones en cada una de las cuales tiene que optar por una sola solución."<sup>11</sup> Así, la pluralidad de posiciones interpretativas no se encuentra constreñida en el proceso de decisión jurisdiccional, pero en tanto éste solo admite como válida una sola respuesta en relación a los hechos que se le presenten en cada caso particular, ha de operar una decisión: la del ejercicio de la jurisdicción obtenida a través de la interpretación judicial llevada a la

---

<sup>10</sup> BONIFAZ A., Leticia, "La interpretación en el derecho y en el arte." En: CÁCERES, Enrique (coord.) "Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho." UNAM, 1ª edición. México, 2005. Pág. 109.

<sup>11</sup> EZQUIAGA GANUZAS, Francisco, "La argumentación en la Justicia Constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho." Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 1ª edición. México, 2006. Pág. 528.

luz del caso específico. Conviene ahora repasar las diferentes partes del proceso con la finalidad de demostrar la aplicación de cada una de ellas.

## **2. Las fases del proceso judicial.**

Una vez que se reconoce el carácter valorativo del proceso judicial por su misma naturaleza de ser un proceso de comprensión, conviene repasar cada una de las partes en donde el trabajo interpretativo se ha de desarrollar. El esfuerzo que se hace, vale la pena aclarar para evitar la decepción del lector, es un simple repaso del proceso jurisdiccional moderno que no pretende ser un recorrido crítico. Su intento, mucho más modesto, es el de establecer las fases del proceso con la finalidad de analizar, en sede posterior, cómo es que la discrecionalidad puede operar en dichas fases. En este sentido, las siguientes líneas no son sino una guía para establecer el marco de desarrollo del análisis sobre la discrecionalidad, sin pretender convertirse en un análisis profundo del proceso judicial, puesto que la dogmática jurídica en el área procesal ya se ha encargado con mucho más seriedad de explicar el proceso.<sup>12</sup>

Es pertinente aclarar que el proceso judicial al que se hará referencia ha de ser precisado como el de jurisdicción contenciosa, siendo entendido éste como el proceso que pretende resolver un conflicto suscitado entre una pluralidad de partes, siendo irrelevante las características excepcionales de éstas.<sup>13</sup> Dentro de este proceso se hará referencia de igual manera a aquellos en donde la decisión es cuestión valorativa de un solo juez, si bien algunos de los postulados pudieran aplicarse también a aquellos procesos judiciales en donde el

---

<sup>12</sup> Remitimos así al lector a la más diversa literatura especializada sobre el proceso judicial en general.

<sup>13</sup> En este sentido, no hay diferencia sobre si las partes son particulares o autoridades.

órgano resolutor se encuentra compuesto por una pluralidad de decisores, tales como pudieran ser un jurado o un tribunal colegiado.

### **2.1. La necesidad de resolver un conflicto. Demanda y contestación.**

Una de las funciones principales del Estado, anunciada desde Hobbes, es la de garantizar la seguridad de los individuos mediante la canalización institucional de la fuerza, haciéndola legítima. En este sentido, se destierra la venganza privada como mecanismo de resolución de conflictos para otorgarle al Estado la potestad de juzgar y de decidir lo que a cada uno le pertenece. Administrando la justicia, es Estado pareciera garantizar más que la seguridad individual, la paz social.

“Retomando el análisis del acto de juzgar a partir de la considerable operación en que ha consistido para el Estado arrebatarse a los individuos el ejercicio directo de la justicia, y ante todo de la justicia-venganza, parece que el horizonte del acto de juzgar es algo más que la seguridad, es la paz social.”<sup>14</sup>

De esta manera, los individuos pretenden depositar en el Estado el acceso a la justicia al renunciar a la venganza privada y optar por los medios formales y legítimos para hacer valer el Derecho que pretenden ostentar, inclusive por la vía de la fuerza.

Lógicamente, si los individuos pretenden resolver sus conflictos en el plano de lo jurídico usando para ello la vía institucional, el Estado debe asegurarse de brindarle a los gobernados una vía práctica para hacer de su conocimiento que existe una disputa de intereses que necesita ser resuelta por el Estado, particularmente por su órgano judicial. Con independencia de que en algunos casos que por su relevancia y trascendencia puedan ser puestos en conocimiento del Estado por parte del mismo Estado (como por ejemplo sucede con el proceso penal y su accionamiento por parte del Ejecutivo), lo cierto es

---

<sup>14</sup> RICOEUR, Paul, “Lo Justo.” *Jurídica de las Américas*. México, 1997. Pág. 173.

que es menester que la parte que se siente agraviada en su esfera jurídica debe de acudir a la vía institucional para activar la maquinaria procesal con la finalidad de obtener una respuesta a su pretensión.

Hay que dejar bien en claro que no obstante que la meta final por parte del accionante del proceso judicial es la de obtener una respuesta vinculatoria que resuelva la disputa de Derecho, lo cierto es que desde la perspectiva del órgano judicial lo que se busca es precisamente la obtención de una respuesta, con independencia de su contenido. Si bien es cierto que uno de los efectos directos de la sentencia debiera de ser el de hacer valer los derechos de las partes, desde una óptica estrictamente procesal, la acción del aparato judicial ha de terminar con el dictado de una respuesta, con independencia sobre si ésta efectivamente resuelve el fondo del asunto ante éste planteado o lo posterga por encontrar elementos insuficientes para conocer y pronunciarse al respecto. De esta manera se explica que los órganos judiciales en aquellos casos donde se declaran con competencia distinta a la del asunto ante ellos planteado realmente están cumpliendo con el propósito del proceso, es decir, con el dictado de una respuesta fundada en Derecho, cuando no así resuelven el fondo del problema que el accionante pretendió a través de la vía judicial.

En suma, la necesidad de resolución de un conflicto disputado por las partes procesales se da a conocer al órgano judicial a través de la demanda por parte del actor y de la contestación por parte del demandado. Lo que se demanda, precisamente, es la aplicación del Derecho con respecto a ciertos hechos planteados por las partes en vía contradictoria, siendo así el juez el perito en Derecho encargado de decidir la respuesta correspondiente a ellos. Se demuestra así el primer paso lógico del proceso: el descubrimiento de los hechos

fácticos que necesitan una respuesta desde lo jurídico, es decir, la resolución del conflicto social por medio del Derecho.

## **2.2. La necesidad de fijar los hechos a juzgar. El periodo probatorio y la verdad fáctica.**

Si bien el centro del proceso se basa en la necesidad de obtener una respuesta a la pretensión de justicia que las partes se buscan, es preciso sostener que dicha pretensión necesariamente va de la mano con los hechos que han acontecido en la realidad, puesto que son estos mismos la base de la calificación jurídica que se ha de hacer de ellos. Es decir, para poder aplicar el Derecho sobre unos hechos controvertidos en el proceso, es precisamente la dilucidación de estos hechos el primero paso, necesario para lo jurídico, que el juez ha de llevar a cabo.

En este sentido, la primera controversia a resolver dentro del proceso se encuentra destinada a la averiguación sobre lo que realmente aconteció. Una vez hecho esto es que el juez estará en la posición de poder calificarlos jurídicamente, es decir, de identificarlos desde el discurso jurídico, para poder obtener la respuesta que el mismo Derecho identifica para ello. Se trata de identificar los hechos fácticos para convertirlos en hechos jurídicos. Es decir, tomando en consideración que la normatividad prevé situaciones abstractas y el acontecimiento puesto a resolución ante el juez es una situación concreta, necesariamente se debe de dilucidar qué notas características de ese acto de realidad están contempladas dentro del ordenamiento jurídico con la finalidad de arroparle con la protección judicial.

“La decisión mediante la cual el juez pone fin a una controversia se funda no sólo sobre la norma jurídica aplicable, de la que hay que extraer las consecuencias jurídicas, sino también –y sobre todo- sobre los hechos jurídicos que están en la base de la controversia misma. Se puede decir tal vez que faltando los hechos controvertidos, el

problema de la justificación de la decisión judicial ni siquiera se pondría, pues no existiría decisión alguna que hubiese que justificar."<sup>15</sup>

En esta parte del proceso, con independencia de lo que el Derecho pueda contemplar sobre una situación abstracta de realidad, se trata de resolver el choque de dichos de las partes: por un lado, la versión de la realidad que ellos proporcionen al juez, pudiendo ser contradictorias, necesitan ser demostradas con hechos puestos a disposición del juez; por la otra, dichos hechos necesitan ser valorados por el juez para poder hacer una hilación que conecte los hechos probatorios con los hechos acontecidos.

Se esta así ante el llamado periodo probatorio, fase del proceso en el que las partes presentan hechos probatorios, comúnmente referidos como pruebas, donde pretenden demostrar y justificar el discurso sobre lo que aconteció en el pasado. Si bien formalmente la calificación de los hechos probatorios presentados por las partes y desahogados dentro del proceso habrá de formar parte de la base jurídica sobre la que el juez dictará las consecuencias de Derecho, no menos cierto es que esta parte está destinada a demostrar únicamente la verdad fáctica, con independencia de la calificación jurídica que merezca.

En suma, el periodo probatorio tiene como finalidad establecer una versión de la verdad fáctica, de los hechos que acontecieron en la realidad, siendo una cosa completamente distinta la calificación jurídica que el juez haga de ellos. En este sentido se puede comprender que en ocasiones los hechos presentados por las partes dentro del proceso puedan ser irrelevantes para la decisión jurídica, puesto que el juez pudiere considerar que esos hechos fácticos, a pesar de contarse con la muy alta probabilidad de certeza sobre ellos, no tienen incidencia dentro de la resolución judicial al estar fuera del marco jurídico que prescribe mediante la previsión general de

---

<sup>15</sup> RENTERÍA, Adrián, "Discrecionalidad Judicial y Responsabilidad." Fontamara, 3ª edición. México, 2001. Pág. 57.

determinada conducta las consecuencias jurídicas que para ello habrán de generarse.

De cierta manera, se sigue manteniendo vivo ese viejo aforismo de Derecho que reza *Da nihi factum, dabo tibi ius*. Pues bien, el periodo probatorio entonces habrá de otorgar las pistas necesarias para establecer una versión de la realidad que se crea con pretensión de certeza que ha acontecido, para poder calificarla desde el discurso jurídico, identificándola con una de las previsiones del Derecho y derivando así las consecuencias jurídicas.

Así, durante esta fase se habrá de obtener la *verdad fáctica*, es decir, la versión de la realidad que se considere lo suficientemente demostrada para considerarle como tal. Cabe distinguirla de la *verdad procesal fáctica*, que se refiere a aquella versión de la realidad que ha sido demostrada a través de los canales jurídicos que para el efecto se prevén. En este sentido, si un hecho fáctico pretendió ser demostrado a través de un medio probatorio que no sea admitido por el proceso, no obstante de haber demostrado a plenitud que la realidad aconteció de tal o cual manera, el juzgador no podrá estar en condiciones de formar la verdad procesal fáctica a partir de este hecho, puesto que las reglas de admisión de pruebas serían un obstáculo insuperable para ello. Ahora bien, a pesar de estar demostrado que en la realidad determinado hecho aconteció, el juez, a pesar de estar consciente de ello en su interior, no puede admitir ese hecho dentro de la verdad procesal fáctica, deformándose así la realidad a juzgar.

Sin embargo, como ya se mencionó, dicha calificación jurídica de los hechos fácticos vendrá más adelante en el proceso, siendo menester ahora subrayar el peligro latente que se encuentra en la brecha potencial entre verdad fáctica y verdad procesal fáctica. Si en el desarrollo del periodo probatorio se demostró la verdad fáctica, en la parte dispositiva de la sentencia conocida como "resultandos"

se hará la calificación de dicha verdad fáctica desde lo jurídico, estableciéndose en esa parte de la sentencia la verdad procesal fáctica.

### **2.3. La calificación jurídica de la verdad fáctica. Las consideraciones de Derecho.**

Adentrado ya en el corazón de la decisión judicial, el juez se dispone a centrar su atención en la calificación jurídica de la verdad fáctica que ha percibido en el periodo probatorio del proceso. Es decir, se dispone a adecuar los hechos fácticos como hechos jurídicos a través de su calificación dentro de uno de los supuestos de hechos previstos por el ordenamiento jurídico. Es un proceso intelectual interpretativo, puesto que parte del discurso fáctico hacia el discurso jurídico mediante la interpretación de los hechos como presupuestos jurídicos de las consecuencias normativas dispuestas para ellos en el Derecho. Es decir, consiste ya en la aplicación del Derecho a los hechos:

No obstante la aparente diferencia en el establecimiento del significado, todos estos casos de indeterminación más o menos acentuada de los materiales jurídicos se resuelven (como sucede en la normalidad de los casos) en el acto de aplicación del órgano respectivo (el órgano tiene que aplicar el derecho).<sup>16</sup>

En este sentido, se pretende resolver la aparente indeterminación de la respuesta jurídica prevista en el ordenamiento a través de la aplicación de los materiales fácticos con los que ha de trabajar el juez, calificándolos de manera normativa con miras al ordenamiento jurídico.

Como paso previo para la calificación de la verdad fáctica, se necesita hacer una valoración de lo que va a constituir la verdad procesal fáctica, esto es, la verdad acontecida en la realidad y tenida

---

<sup>16</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, "Interpretación Constitucional" EN: VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), "Interpretación jurídica y decisión judicial." Fontamara. México, 1998. Pág. 124.

como demostrada para fines del proceso. El recurso a las reglas procedimentales relativas a la presentación, desahogo y valoración de los hechos probatorios se hace presente, pues cumplen con la función de precisar qué hechos se han de tener como suficientemente probados para constituir la verdad procesal fáctica y con esto la premisa menor del razonamiento silogístico judicial.

Con esto en consideración, como paso previo para decidir sobre la calificación jurídica correspondiente a determinados hechos, es menester que el juzgador acuda a la valoración de las pruebas para establecer el material jurídico sobre el que va a trabajar para interpretarlo en Derecho. Es precisamente este proceso valorativo de los hechos probatorios lo que va a constituir el espacio de discrecionalidad del juez en cuanto a los hechos, tema que se tratará en el Capítulo III del presente.

Lo importante ahora es resaltar que en esta fase del proceso el juez ya acude al ordenamiento para buscar aquél supuesto abstracto y general previsto para la verdad fáctica procesal que ha determinado, para interpretarle en relación a estos hechos en concreto. Yendo en un círculo interpretativo de comprensión de los hechos a la luz del Derecho y viceversa, se buscará la calificación jurídica de lo fáctico para poder derivar su consecuencia jurídica.

Es precisamente este paso de lo fáctico a lo jurídico la parte medular del proceso, puesto que incluso podría decirse que al estar las consecuencias ligadas de manera más o menos directa y unívoca con el presupuesto jurídico de hecho, el problema del juez consiste en demostrar de manera indubitable que la calificación jurídica que se le está dando a los hechos efectivamente encuentra previsión en el sistema jurídico.

En suma, adecuar los hechos a la norma jurídica resulta parte imprescindible y refleja la verdadera naturaleza del juez como perito en Derecho, puesto que más que poner el acento en su función de

responder desde el Derecho a la consecuencia jurídica de los hechos ante él presentados, su importancia radica en ser decisor sobre la calificación jurídica que de los hechos fácticos se pretenda.

“[...]el supuesto característico de la actividad del Poder Judicial es la resolución del conflicto conectando el hecho concreto con la norma general, algo cuyo alcance va mucho más allá de lo indicado en las variantes anteriores.”<sup>17</sup>

Cabe mencionar que las más de las veces la contienda de las partes dentro del proceso se desarrolla dentro de este plano, puesto que a pesar de compartir la misma convicción en cuanto a los hechos que se ponen en consideración dentro del proceso, la disputa es sobre los derechos que ellos implican, es decir, sobre la normatividad que los ha de regir. Los mayores problemas de interpretación devienen en este sentido, al tener por un lado la pretensión del actor que alega que a los hechos les corresponde la calificación jurídica A y por lo tanto la consecuencia jurídica Y, mientras que la pretensión del demandado se fundamenta en considerar que a esos mismos hechos les corresponde la calificación jurídica B y por tanto la consecuencia jurídica Z.

Sin duda alguna, la tarea interpretativa del juez en este sentido es bastante complicada, puesto que parte de la concepción de una situación general abstracta de hecho prevista –en mayor o menor medida– por el ordenamiento jurídico, que sea correspondiente con una situación concreta y singular que aconteció en la realidad (misma que solo puede ser puesta a su conocimiento de manera inductiva y probabilística, como se demostrará en el Capítulo III). Parfraseando a Bobbio, *la dificultad estriba en ponerse de acuerdo en las premisas*.

A la calificación jurídica de la verdad fáctica en verdad procesal fáctica y posteriormente en su transformación en supuesto jurídico de hecho, habrá que evidenciarle en la sentencia en la parte de “considerandos”, puesto que es precisamente ahí en donde la

---

<sup>17</sup> NIETO, Alejandro, Op. Cit. Pág. 80.

técnica jurídica judicial exige que se exhiban las razones que han llevado a determinar que a tales hechos les corresponde tal calificación de Derecho.

#### **2.4. La necesidad de establecer las consecuencias de Derecho. La resolución del proceso.**

Una vez que a partir de la verdad procesal fáctica se tipificaron los hechos desde la óptica jurídica, es decir, se les calificó conforme a Derecho, corresponde determinar las consecuencias que el ordenamiento haya previsto para una situación de su clase. Porque cabe recordar que todas las previsiones en materia de consecuencias jurídicas se hacen sobre determinada clase de hechos, es decir, mediante la abstracción de una situación a lo general, siendo entonces que la derivación de éstas habrá de responder al vínculo directo que guardan los hechos en concreto con el supuesto jurídico en abstracto. En este sentido, la respuesta a la consecuencia jurídica que le corresponde a determinada situación ya calificada como presupuesto de hecho se mueve exclusivamente en el plano interpretativo jurídico, si bien se tiene en consideración que las consecuencias del fallo se verán reflejadas en el mundo de lo fáctico.

Es opinión común que ésta es la parte medular del proceso judicial, por desplegar la fuerza del aparato jurisdiccional en la liga de una determinada regla de comportamiento con los actores sometidos al proceso. "Aquí se trata del poder de *decir* el derecho."<sup>18</sup> Se trata de otorgar la respuesta con fuerza vinculante para la acción, misma que ha de encontrarse en el Derecho y desde el Derecho. Sin embargo, esa respuesta no tiene que ser necesariamente correcta y/o la única posible, puesto que la fuerza vinculante del fallo reside en la posición institucional de quien la dicta más que en sus méritos intrínsecos.

---

<sup>18</sup> SAAVEDRA, Modesto, "Interpretación del Derecho y Crítica Jurídica." Pág. 107.

“...el valor de esta declaración no depende ni de su corrección –y ni siquiera de su justicia- sino de la autoridad del Estado que ha concedido al juez la facultad de resolver la contienda, cualquiera que sea el contenido de su decisión.”<sup>19</sup>

Es decir, lo más que se podría decir es que es una respuesta que pone fin al proceso, dejando a un lado los razonamientos o la corrección de su sentido. Le pone fin a la incertidumbre sobre el Derecho que corresponde a la situación desahoga en el proceso: “...al suspender el azar del proceso, expresa la fuerza del Derecho; más aún, dice el derecho en una situación singular.”<sup>20</sup>

La respuesta elaborada por el juez que ponga fin al proceso ha de tener correspondencia y coherencia con el *iter* lógico seguido por las actuaciones procesales. En este sentido, es una exigencia procesal y de todo el Derecho el de contar con razones que vinculen el razonamiento que va de la abstracción a lo concreto, del Derecho a los hechos. En consecuencia, la respuesta debe de tener una correspondencia con la petición promovida de las partes, otorgándole la razón jurídica a quien le corresponda y expresando las razones que para ello se tengan.

La decisión ya revestida de carácter jurisdiccional se expresará en la parte de la sentencia relativa a los puntos resolutivos, marcando todas las consecuencias jurídicas derivadas del proceso y que son vinculantes para las partes. Se establecen las directrices para su cumplimiento y lo que el Estado espera de ellos en cuanto a su conducta. Define la línea del Derecho que aparta los derechos de cada unas de las partes y es expresión máxima del poder decisorio del Estado. Es por lo tanto, jurisdicción en su fase determinante de las conductas sociales y amenaza del poder coercitivo del Estado en caso de la falta de acatamiento espontáneo.

---

<sup>19</sup> NIETO, Alejandro, Op. Cit. Pág. 61.

<sup>20</sup> RICOEUR, Paul, Op. Cit. Pág. 171.

### 3. La finalidad del proceso judicial.

Como ya se ha demostrado entretener en las líneas precedentes, la finalidad del proceso judicial es la declarar la consecuencia jurídica que se desprende del ordenamiento y que le corresponde a los hechos expuestos en la secuela procesal. Es decir, la respuesta que se otorgue necesariamente debe de encontrar su fundamentación en el Derecho, puesto que el paradigma de la seguridad jurídica que sigue imperando como garantía misma de los derechos de los gobernados requiere que la actuación de la autoridad se encuentre fundamentada de manera exclusiva en el ámbito jurídico.

La sentencia judicial es un juicio interpretativo y decisivo, puesto que se dedica a comprender la situación fáctica y el Derecho que le corresponde, tomando en cuenta las alegaciones de las partes pero principalmente las previsiones del ordenamiento jurídico. Se trata, pues, de tomar partido con respecto a un hecho del mundo de lo fáctico desde el prisma del Derecho.

“Por último, en un nivel más profundo, al que alude Descartes en su Cuarta Meditación, el juicio procede de la conjunción del entendimiento y de la voluntad: el entendimiento que examina lo verdadero y lo falso, la voluntad que decide. Así hemos llegado al sentido fuerte de la palabra juzgar: no sólo opinar, evaluar, considerar verdadero, sino en última instancia tomar partido. Nos proponemos partir de este sentido habitual para llegar al sentido propiamente judicial del acto de juzgar.”<sup>21</sup>

Esta toma de partido a la que se refiere Descartes se encuentra fundada en el entendimiento de la situación desde el Derecho y de la voluntad de resolver en Derecho. El juez requiere de explicar su decisión en términos estrictamente jurídicos para la legitimación de su actuación procesal y para garantizar la legalidad que la Norma Fundamental le exige. Prescindiendo de las razones personales de índole moral, política, psicológica o de cualquier otra naturaleza análoga, el sistema judicial de garantía de los derechos le exige

---

<sup>21</sup> Idem. Pág. 170.

fundar su razón en el ordenamiento jurídico y motivarla únicamente a partir de este discurso.

“En la actualidad no basta redactar el fallo o parte dispositiva de la decisión, ya que ésta tiene que ir imprescindiblemente precedida de una motivación en la que el juez confiesa las razones que le han movido a tomar la decisión concreta. Razones que han de ser necesariamente jurídicas, ya que la sentencia únicamente puede basarse en Derecho.”<sup>22</sup>

Ahora bien, partiendo de la idea de que el Derecho es en sí mismo un objeto de interpretación, expresado a través de disposiciones normativas redactadas en un cierto lenguaje que por su misma naturaleza da lugar a la ambigüedad y vaguedad de sus términos, aunado al hecho de que el juez antes de su posición institucional resulta un intérprete unido a su propia historicidad, ¿es posible hablar de una respuesta única para cada caso en particular?

La inseparable pluralidad de posibles significados que trae aparejada consigo cada disposición normativa en tanto se configura como elemento objetivo de la interpretación que necesariamente ha de entrar en dinámica con el intérprete y el marco contextual del proceso de significación representado por los hechos, se devela así como una incertidumbre en tanto no hay un criterio *prima facie* que legitime la elección. Lo anterior no es consecuencia de la insuficiencia de la falta de previsión del legislador o de su (in)capacidad para expresar en términos adecuados lo que se pretende prever en Derecho, sino que a final de cuentas “la insuficiencia de la ley no está provocada ocasionalmente por el legislador sino que es una cualidad intrínseca e inevitable de ella misma.”<sup>23</sup>

La figura del juez cobra especial relevancia si se toma en consideración el hecho de que es su idea del Derecho al caso aplicable, y a final de cuentas del Derecho en su conjunto, lo que le hará formar la particular convicción de que el ordenamiento jurídico

---

<sup>22</sup> NIETO, Alejandro, Op. Cit. Pág. 107.

<sup>23</sup> Idem. Pág. 256.

otorga una respuesta en tal o cual sentido al problema que ante él se plantea. Es decir, el Derecho así se dibuja como un marco de posibilidades en su aplicación, que ha de ser resuelto para el caso en particular como si de una univocidad se tratara, decisión que a final de cuentas recae en el juzgador. "Y como hay distintos jueces con distintas convicciones relativas a los problemas de la justicia, así también hay distintas respuestas jurídicas a las cuestiones planteadas al Derecho."<sup>24</sup>

"Kelsen afirmaba, con toda corrección, que es un esfuerzo inútil pretender fundar jurídicamente una de esas posibilidades con exclusión de otras, de ahí que, en realidad, la pregunta de cuál sea la posibilidad correcta en el marco del derecho positivo no es una pregunta teórica-jurídica, sino que es un problema político."<sup>25</sup>

La postura de Kelsen es comprensible si se entiende que este afamado jurista consideraría correcta una respuesta en tanto estuviera dentro de la esfera positivizada del Derecho, siendo así que sería imposible distinguir entre decisiones igualmente válidas en razón de su apego al Derecho positivo y, en consecuencia, circunscribiéndole un carácter meramente político a la decisión jurisdiccional.

En suma, si el requisito exigido por la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva es el de obtener en el proceso una respuesta fundada en Derecho, pareciera ser que se refiere a una característica formal, puesto que sería imposible asegurar una respuesta unívoca, correcta e irreductible, puesto que ni todos los casos concretos son iguales y todas las interpretaciones que de ellos se pudiera hacer tampoco lo son. Se insiste que esta cualidad del proceso es irreductible, si bien pudieran encontrarse mecanismos para su control. Y es precisamente la cualidad del proceso judicial de ser un proceso interpretativo lo que abre espacio a la pluralidad de respuestas fundadas en Derecho, lo

---

<sup>24</sup> SAAVEDRA, Modesto, "Jurisdicción Constitución y Derecho", Pág. 49.

<sup>25</sup> SCHMILL, Ulises y COSSÍO, José Ramón, Op. Cit. Pág. 68.

que en consecuencia permite hablar de un espacio de discrecionalidad.

Así las cosas, la función judicial, al tener una trascendencia real en la esfera jurídica de las partes, requiere de ser llevada a cabo con la mayor inteligencia, cuidado, dedicación y esmero posibles, puesto que los bienes tutelados por ella así lo exigen. Al mecer los hechos cuidadosamente en la cuna del Derecho, las exigencias de justicia descansarán en el vaivén de la interpretación judicial, logrando así la última finalidad y justificación de la coacción: la paz social.

## **CAPÍTULO II**

### **SOBRE LA DISCRECIONALIDAD**

#### **1. La conceptualización de la discrecionalidad.**

Si el tema fundamental de este análisis lo constituye la llamada discrecionalidad judicial, antes de entrar a su estudio en particular conviene echar un vistazo a su género próximo, puesto que si bien el ámbito judicial arroja elementos característicos fundados en los propios materiales jurídicos con los que opera, las bases fundamentales deben de estar justificadas en aras de convertirle en una herramienta conceptual útil y consistente.

En esta tesitura, el género próximo de la discrecionalidad judicial está constituido por la discrecionalidad, a la que pudiera significársele de entrada como un sustantivo que se refiere a la cualidad de discrecional<sup>26</sup>. Es decir, es posible referirse a una cosa como tal, siempre que cumpla con la característica particular de contar con la distinción de hacerse libre y prudencialmente.<sup>27</sup> Por lo tanto, la discrecionalidad se referirá a un proceso, es decir, a un conjunto de fases sucesivas que se habrán de desarrollar de manera libre y razonada.

Es precisamente esta nota de ser un proceso racional lo que le permite al concepto ser aplicado y diferenciado de la arbitrariedad, que es a su vez un proceso contrario a la razón, que responde al capricho más que a la ponderación de argumentos que le

---

<sup>26</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Voz: discrecionalidad.

<sup>27</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Voz: discrecional.

conduzcan precisamente a demostrar que se cumple con el fin del proceso. Porque a su vez, es pertinente aclarar que los procesos discrecionales, si bien dotados de un ámbito de libertad, responden a resultados que se pretenden alcanzar, delimitados como una posibilidad finita que habrá de ser concretada mediante el libre uso de la prudencia.

En este sentido, conviene hacer una aproximación al concepto de discrecionalidad mediante la descripción de la relación que sus elementos significativos guardan, con la finalidad de poder llevar a cabo el análisis del todo a través del análisis de sus componentes, exhibiendo la dinámica que existe entre cada uno de ellos y la configuración práctica que se obtiene a partir de ello. Por lo tanto, se partirá de la idea de que **la discrecionalidad es la cualidad de un proceso de elección sujeto a una pluralidad de soluciones correctas posibles definidas de manera funcional.**

Dicho de otra manera, la discrecionalidad es la nota característica de un conjunto de fases destinadas a obtener una decisión que se formará a partir de un conjunto plural de posibilidades definidas en tanto cumplen con el criterio delimitador racional que para la decisión se exige. En este sentido, la discrecionalidad es un espacio donde conviven respuestas igualmente correctas y en el que una de ellas será elegida de manera libre por el decisor, y donde este espacio estará delimitado de manera racional por todos aquellos conceptos que encajen en el género próximo que define el ámbito de discreción. Rentería parece entenderlo de la misma manera: al entender "...que cuando de alguien decimos que tiene discrecionalidad en sus acciones, ello significa nada más y nada menos que, él (o ella) tiene la posibilidad de escoger entre diferentes alternativas acerca de la estrategia para conseguir un determinado fin."<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> RENTERÍA, Adrián, Op. Cit. Pág. 37.

Con lo anterior en consideración, se pueden identificar tres elementos característicos de la discrecionalidad, que serán adecuados y suficientes para explicarle en su configuración, puesto que abarcan todos los puntos fundamentales de ella. Es decir, se buscará que con la conceptualización de las notas características del término se puedan sentar las bases para un análisis individual de cada una de ellas con el fin de explicar el todo. Expresado de manera más bien coloquial, se trata de separar los gajos de la fruta con el fin de percibirle en su interior. Los tres elementos referidos son la decisión, la razón de ser de la decisión y la pluralidad de posibles decisiones. Como es de notarse, se crea el análisis alrededor de la decisión, puesto que la nota más fundamental de la discrecionalidad es la de ser un proceso de libre elección.

### **1.1. La necesidad de realizar una elección. La decisión.**

Como primer rasgo característico de la discrecionalidad es preciso mencionar el de la necesidad de realizar una elección, es decir, de llevar a cabo un juicio valorativo para tomar una determinación requerida conforme a cierto criterio. El proceso, por lo tanto, es de naturaleza práctica, puesto que se trata de determinar en mayor o menor medida la respuesta a un planteamiento que se pone sobre la mesa y en donde hay una pluralidad de elecciones que pudieran considerarse satisfactorias en cuanto cumplen con el mínimo requerido para ser consideradas como tal.

Al usar el vocablo elección se da cuenta de la facultad de elegir por medio de la selección, es decir, de elegir una entre varias posibilidades. En este caso, más que hablar de elegir se debe de hablar de seleccionar, en tanto si bien esta última forma parte del género de la primera, es más precisa en tanto se refiere a la elección hecha a partir de una pluralidad de posibilidades, sin que la voz de la primera haga distinción en esta manera. Pues bien, si elegir se refiere a

realizar una decisión, seleccionar se refiere a realizar una decisión a partir de una pluralidad de opciones posibles. En consecuencia, si elegir implica hacer una elección, seleccionar implica además de ello una específica manera de llevar a cabo dicha elección, es decir, a partir de una gama de posibilidades.

Con lo anterior en consideración, el proceso discrecional se revela como un proceso electivo en cuanto a su finalidad y selectivo en cuanto a su modo: se trata de realizar una elección mediante la selección de una entre varias posibles. Cabe hacer la aclaración de que la elección a realizar, para entenderse como de un proceso discrecional, debe ser una elección correcta, entendido esto como una elección adecuada y posible conforme a un criterio evaluativo. De igual manera, las posibilidades no elegidas deben considerarse igualmente como correctas, si bien en mayor o menor grado. De otra manera, podríamos caer en la sinrazón de considerar a un proceso como discrecional al sostener que se selecciona una respuesta a partir de una pluralidad infinita de elecciones formada por el conjunto de respuestas tanto correctas como incorrectas. Es precisamente esta pretensión de corrección lo que diferencia a un juicio discrecional de un juicio arbitrario.

En definitiva, el primer rasgo característico de la discrecionalidad es entonces la necesidad de elegir una respuesta posible desde un ámbito de respuestas posibles, teniendo entonces el decisor la libertad de inclinarse por una o por la otra. Si en realidad el margen de apreciación no fuera libre al no contar con otra alternativa de elección, no podría hablarse de la necesidad de seleccionar, siendo entonces que no habría necesidad de elegir, puesto que la elección ya fue determinada por la racionalidad. Es decir, se puede hablar de respuestas correctas y únicas que no solo podrán ser elegidas, sino más bien tendrán que ser elegidas si se quiere cumplir de manera correcta con el parámetro que exige la decisión.

A modo de poner un ejemplo, si se le pregunta a una persona sobre su estado civil desde la óptica de cierto ordenamiento jurídico, y dicho cuerpo normativo únicamente admite la ostentación de un estado civil, en realidad no hay espacio para la discreción en la elección de una respuesta correcta, puesto que las reglas del juego dictan que solo un determinado estado civil le corresponde a una persona. Si bien la persona tiene siempre la facultad de dar una respuesta que no sea concordante con la realidad, no puede considerarse a esa respuesta como posiblemente válida en tanto no cumple con los criterios de racionalidad impuestos, es decir, no cumple con la función de la decisión de arrojar una respuesta correcta. Por lo tanto, en esta cuestión no podría hablarse de discrecionalidad, puesto que no existe la necesidad de elegir una respuesta correcta, sino simplemente de reconocerle como tal a la única que hay. Es decir, el elemento de libertad de decisión no puede desarrollarse en tanto que no puede moverse de una a otra respuesta, sino que se encuentra indefectiblemente atado por la racionalidad que se exige.

### **1.2. La función delimitadora del ámbito de lo discrecional. El criterio de funcionalidad.**

Si se sostiene que el primer elemento que conforma la discrecionalidad es el de la necesidad de elegir, éste va de la mano con la finalidad que persigue el proceso discrecional, puesto que responde a la puerta de posibilidades que este último ha de considerar correctas para su adecuación.

Por criterio de funcionalidad hay que referirse al marco que delimita la corrección de la elección, en tanto se encuentra dotado de un significado en parte determinado por los juegos del lenguaje y en parte determinado por el intérprete. Así, a partir de una interpretación de lo requerido por el criterio de funcionalidad que

hace las veces de significativo, el intérprete valora las posibilidades de significado y escoge una de entre varias.

En consecuencia, es a partir de la interpretación del criterio de funcionalidad que el decisor podrá determinar si el proceso de decisión es discrecional o no, es decir, si ofrece una posibilidad de respuestas correctas o en realidad su valoración selectiva no formará parte del proceso en tanto el criterio de funcionalidad solo admite una única respuesta como correcta.

Retomando el ejemplo anterior, el criterio delimitador de la decisión vendría a ser dado por el término “estado civil de la persona”, definido incluso de manera más detallada al referirse a ciertas reglas del juego que doten de referencia a la respuesta que se espera. Así, a partir de su comprensión, dada en parte por el término mismo expresado conforme a ciertas reglas del lenguaje y en parte por las precomprensiones del intérprete del término, el criterio delimitador arrojará como posible respuesta correcta solo una, siendo así que no será necesario elegirle, sino simplemente reconocerle como tal.

A efectos de ilustrar de manera más simple la existencia del elemento en cuestión, piénsese en el siguiente escenario de discrecionalidad: a Usted se le ha encomendado la decoración de una pared, pidiéndole específicamente que la pinte de verde. A partir de la necesidad práctica de pintarla, llega entonces el momento de escoger en definitiva el color específico que ha de llevar, siendo entonces una gran sorpresa el llegar a la tienda especializada y observar que cuentan con una infinidad de tonalidades del verde: verde loro, verde manzana, verde botella, verde seco, verde marino, verde claro, verde oscuro, verde azulado *et al*, amén de otra cantidad considerable de rojos, amarillos, azules y demás componentes de la paleta de colores. ¿Qué tono se ha de elegir? ¿Cuál será el correcto? Teniendo en consideración que en este caso

en específico el criterio delimitador de la decisión se configura por el término "verde" y éste admite racionalmente la calificación de todas sus tonalidades como correctas en tanto verdes (si bien cada una con distintos matices, pero teniendo en común que todas ellas son, a final de cuentas, un tipo de verde), está claro que se está ante una decisión discrecional en tanto existe una pluralidad de respuestas correctas, teniendo entonces el decisor la libertad de escoger una entre ellas.

En consecuencia, es precisamente el criterio delimitador de la decisión lo que ha de definir si se le puede considerar como discrecional o no, en tanto se erige como el parámetro de la posibilidad de respuestas correctas. Si admite más de una como tal, es entonces una elección discrecional, que necesitará de la selección como medio de darle respuesta a la pretensión interpretativa. En suma, el criterio de funcionalidad se manifiesta como la razón de ser de la decisión, en tanto necesita una valoración por parte del intérprete que defina si se encuentra ante una gama de posibles respuestas o en realidad la corrección del criterio se encuentra limitada a una posible.

### **1.3. La pluralidad de posibles elecciones.**

El tercer elemento de la discrecionalidad lo conforma la pluralidad de posibles elecciones que se adecuan al criterio de funcionalidad de la decisión. Es únicamente a partir del reconocimiento de una pluralidad de posibilidades que se puede hablar de la discrecionalidad, en tanto la existencia de una única respuesta correcta habría de eliminar la libertad de elección del decisor, rasgo característico y definitorio de la discrecionalidad.

Si se estableció que el marco de posibilidades de corrección se encuentra dado en razón del criterio de funcionalidad, los elementos que se encuentran dentro de ese marco se caracterizan por cumplir

con la proposición enunciada, es decir, comparten el rasgo común de ser posibles respuestas correctas, disponibles para el decisor dentro de ese espacio de libertad de elección con el que cuenta. Entendida así, la pluralidad de decisiones hace posible la selección de una de ellas, con la finalidad de dotar de contenido al criterio de funcionalidad propuesto.

Es solo a partir del reconocimiento de esta existencia de posibilidades que se puede hablar de una decisión como discrecional, puesto que la elección de una respuesta implicaría la exclusión de las demás, a pesar de que ellas en potencia también podrían haber sido elegidas. Es decir, se trata del ejercicio de la libertad del decisor, constreñido a partir del marco de posibilidades, pero con la capacidad de seleccionar la que considere apropiada.

Si las posibilidades que conforman esta gama de lo posible se pueden caracterizar todas ellas por cumplir con el nivel de corrección que el criterio de funcionalidad requiere, a su vez su diferenciación responde a un criterio delimitador diverso del que se pretende, pudiendo entonces hablar que todas ellas son iguales en razón del criterio delimitador de la decisión discrecional, pero a la vez pueden ser diferentes en razón a cualquier otro criterio irrelevante para la decisión. Es decir, esta pluralidad electiva se compone de posibilidades que son tanto iguales como diferentes.

Retomando el ejemplo de la pared verde, se entiende así que todos los distintos tonos de verde son iguales en tanto verdes, pero diferentes en tanto que cada uno de ellos cuenta con una intensidad más o menos clara, por mencionar otro criterio de evaluación. Es decir, son iguales en tanto todos ellos cumplen con el criterio de funcionalidad de ser verdes, pero son diferentes en tanto no son idénticos en su composición.

Ahora bien, el tamaño de la pluralidad de elecciones bien podría ser evaluado en términos cuantitativos, abriendo así la

posibilidad de hablar de una decisión más discrecional que otra en tanto que el número de respuestas que la primera admite como correctas es mayor en comparación con la segunda.

Ejemplificando lo anterior, podría hablar que la respuesta sobre cuál es el mes favorito del año del calendario gregoriano de una persona es más discrecional que la respuesta sobre cuál es su día favorito de la semana, en tanto que el universo de posibles respuestas correctas a la primera decisión estaría limitado a 12 mientras que sobre la segunda decisión se tendrá un ámbito de elección compuesto por 7 respuestas correctas.

En consecuencia, el criterio delimitador de la decisión que arrojará la gama de posibles respuestas puede identificarse como parámetro para hablar de una decisión más o menos discrecional. Esto tiene importantes repercusiones en la importancia que debe de dársele al segundo de los elementos de la discrecionalidad, puesto que es a partir de su interpretación y de la conciencia de las posibilidades de significados que guarda que ha de llevarse a cabo la decisión.

## **2. Los fines de la discrecionalidad.**

Una vez que se han observado a detalle los elementos característicos de la discrecionalidad, es preciso atender al contexto teleológico del uso de este tipo de decisiones, en aras de comprender lo que en verdad se está buscando cuando se acude a la discrecionalidad como un proceso de distinción. En esta tesitura, cabe definir de entrada a la discrecionalidad como un proceso de significación más o menos libre que tiene por finalidad el de elegir una opción a partir de un número finito de ellas. Como se aprecia, a partir de la teoría de la interpretación se puede entender a la discrecionalidad como la elección de un significado que se encuentra en función de un significante, mismo que se constituye como el

material interpretativo del decisor a partir del cual habrá de llegar a la respuesta correcta interpretativa. Es decir, la discrecionalidad es una especie de traducción de una proposición a la realidad: a partir de un parámetro definido (criterio de funcionalidad) se le presenta al intérprete un conjunto de posibles significados, todos ellos válidos en tanto acordes con el criterio de racionalidad, de donde habrá de seleccionar uno de ellos.

En este sentido, puede concluirse que la corrección de la elección se encuentra definida de manera mínima y suficiente, puesto que a través del criterio de funcionalidad se eleva a rango normativo una de tantas características que las posibles proposiciones de significación pudiera tener, dejando las otras cualidades de lado por considerarlas irrelevantes en términos de la racionalidad que se pretende. Es decir, la pluralidad de posibles soluciones al dilema discrecional vienen definidas de manera mínima, siendo que con el solo cumplimiento de este mínimo de requisito es posible considerarse una respuesta correcta, siendo irrelevante cualquier otra característica que no forme parte del criterio de funcionalidad.

En suma, la finalidad de la discrecionalidad a partir de su análisis de ser un proceso interpretativo es precisamente el de dotar de significado a la proposición que servirá de criterio de funcionalidad. Es una suerte de traducción libre de lo requerido de manera ambigua a través de una respuesta concreta y correcta en tanto se adecua al criterio genérico propuesto. Una vez que esto se comprende, puede llegar a afirmarse que toda las elecciones comprendidas dentro de la clase requerida por el criterio de funcionalidad son igualmente correctas en tanto cumplen con el mínimo de racionalidad. Entonces, realmente no cabría hacer distinción entre las respuestas en cuanto a esta finalidad de la discrecionalidad, puesto que la respuesta elegida sería suficiente en cuanto al parámetro de evaluación de la corrección definido a partir del criterio de funcionalidad.

Pudiera identificársele al anterior como el fin inmediato de la discrecionalidad, es decir, el de dotar de significado al concepto ambiguo que requiere de ser decidido por su intérprete. Podría decirse que este fin responde a la pregunta ¿qué es lo que podría significar el criterio de funcionalidad?, y se podría responder a partir de la lógica borrosa que delimita el espacio de la discrecionalidad, es decir, ese ámbito de respuestas posibles que efectivamente cumplen con el requisito de ser respuestas correctas en tanto son una especie del término discrecional que las define de manera genérica.

Sin embargo, a partir de un nivel de análisis más funcional, cabría preguntarse cuáles son los propósitos utilitarios que persigue la utilización de términos discretionales para generar una elección. En este sentido, podría hablarse de motivos ulteriores que si bien no condicionarán de entrada la pluralidad de respuestas posibles, sí servirá como un criterio evaluador para de hecho elegir una de ellas. Es decir, no delimita la libre decisión, pero sí establece pautas para guiarle en una u otra dirección. Por lo tanto, el fin mediato de la discrecionalidad puede ser definido como un metacriterio de la decisión, que funciona sobre el criterio de funcionalidad pero que no le acota. Simplemente establece pautas para la decisión, y no límites a ella.

En consecuencia, pudiera hablarse de un fin mediato de la discrecionalidad tendiente a dotar de significado una proposición que está en juego con un criterio adicional, y que define pautas para la selección sin condicionarle en cuanto a su racionalidad. De esta manera se puede hablar de que si bien el criterio de funcionalidad define el ámbito discrecional y con este el número de respuestas posibles, todas ellas correctas, el metacriterio de evaluación puede arrojar pautas que definan la clase de razones que el decisor debe de tomar en cuenta para decidirse por una u otra respuesta, sin afectar la racionalidad de ellas, pero otorgándole además un nivel de

razonabilidad a la elección. Es de tal suerte que el metacriterio viene a constituirse como el fin mediato de la necesaria elección que se ha de realizar en el ámbito de la discrecionalidad, puesto que dicha decisión habrá de cumplir con un fin específico definido por el contexto de uso de la disposición discrecional. Es decir, el fin mediato de la discrecionalidad puede ser visto como el de obtener una respuesta correcta en tanto definida de manera mínima por el criterio de funcionalidad que además se adecue a determinada función de la decisión discrecional.

Para ilustrar este fin mediato piénsese en el ejemplo de la decisión discrecional sobre cuál es el mes favorito de una persona, agregándosele el criterio extradiscrecional sobre cuál es su mes favorito para visitar la alberca municipal de su ciudad. Tomando los elementos anteriores, puede definirse que el fin inmediato de la decisión discrecional es el de traducir la proposición significativa "mes favorito para visitar la alberca municipal", lo que arrojará un universo de posibles respuestas definido a partir de todos aquellos elementos que efectivamente pudieran considerarse como meses, es decir, como respuestas mínimamente correctas. Es decir, se sigue manteniendo el mínimo de racionalidad en tanto cualquier mes puede ser una respuesta correcta al no contrariar los límites inherentes a la decisión que se ha de tomar. Sin embargo, se le está guiando al decisor discrecional en tanto a que se establece un metacriterio sobre la decisión, es decir, a hacer su elección a partir de las razones que lo lleven a determinar el mes en tanto es su favorito para visitar la alberca municipal. Es decir, no se le limita su universo de respuestas posiblemente racionales, pero se le dan pautas para la elección que habrá de valorar de igual manera y a partir de ellas definir una respuesta.

Si el criterio de funcionalidad define la racionalidad de la decisión al establecer el parámetro de lo mínimo y con ello define

cuáles son las respuestas correctas y cuáles las incorrectas, el metacriterio de la discrecionalidad viene a dictar el sentido de las razones que habrán de tomarse en el ejercicio de la libertad de decisión, guiando la respuesta hacia un fin específico pero sin menguar la corrección. En este sentido es que puede hablarse de razonabilidad de la discrecionalidad, entendida ésta como la adecuación al metacriterio discrecional que la decisión exige. Por lo tanto, retomando el ejemplo de la alberca municipal, la respuesta correcta podrá ser tanto junio como diciembre, mientras que la razonabilidad de la elección será la medida de la coherencia entre el metacriterio de la funcionalidad y la elección que efectivamente se hace. De tal suerte, la elección del mes de junio será racional tomando en cuenta que es un mes de entre tantos otros, pero además será razonable si el decisor opta por esta respuesta tomando en consideración que su criterio de favoritismo se define a partir de la alta temperatura que impera en el ambiente, siendo el mes de junio el de mayor temperatura de entre todos los demás. Si en cambio, con este mismo criterio para definir su mes favorito se encuentra que la respuesta discrecional por la que opta es la de decir enero, definitivamente se puede hablar que su respuesta es correcta en tanto enero es un mes y cumple así con el criterio mínimo de racionalidad definido por el criterio de funcionalidad, pero la respuesta no puede considerarse razonable en tanto es incoherente con las razones que llevan a definir el metacriterio otorgado por el contexto de la discrecionalidad, toda vez que enero es el mes más frío del año.

Este fin mediato de la discrecionalidad pone el acento en el decisor y en las razones que ha de tomar para guiar su decisión, sin embargo, esto no implica que el nivel de racionalidad de la respuesta se modifique. Lo que se define con el metacriterio de funcionalidad en realidad es el nivel de razonabilidad de la decisión, definido éste

como la adecuación entre las razones que se otorguen para justificar la decisión que no solo respondan al criterio de funcionalidad, sino que además respondan al metacriterio de funcionalidad definido por el contexto de la decisión.

Solo comprendiendo lo anterior es que se puede hablar de que una respuesta es más correcta que otra, calificativo que en realidad implicará que una respuesta es más razonable que otra, pero no así más racional. En este sentido, la característica general de las posibles respuestas dentro del marco de posibilidades vendrá definida por la racionalidad del criterio de funcionalidad (es decir, la característica relevante para considerarles como respuestas correctas al cumplir con el mínimo exigido), mientras que la diferenciación entre unas y otras vendrá dada a partir de la razonabilidad de un metacriterio de funcionalidad que se encaja dentro del contexto de la decisión discrecional, otorgando pautas al intérprete para decidirse en tal o cual sentido, es decir, criterios de razón para la decisión. En consecuencia, una respuesta será más razonable que otra en tanto que se las razones que llevaron a su elección son coherentes con el metacriterio de funcionalidad de la discrecionalidad.

Sin embargo, es importante recalcar que el metacriterio de funcionalidad apelará a las razones que el decisor discrecional debe de tomar en consideración para ejercer su libertad de elección, otorgándole así criterios para definir la selección de las posibles respuestas, es decir, para diferenciarles en tal o cual sentido. Si la racionalidad dada por el criterio de funcionalidad establece el mínimo de corrección, la razonabilidad dada por el metacriterio de funcionalidad establecerá el máximo de corrección.

*Es decir, a partir de estos dos límites se puede definir al ámbito de la discrecionalidad como un espacio gradual en donde las razones son definidas de manera mínima por un criterio de funcionalidad y evaluadas a partir de un metacriterio de funcionalidad, en donde se*

especifican razones adicionales para considerar a una respuesta como más adecuada que otra. El criterio de razonabilidad apela a la voluntad del intérprete, que para la adecuación de la respuesta correcta habrá de tomar en consideración dichas pautas para la elección, sin que ello implique la modificación de la corrección racional de la decisión. En este mismo sentido parece apuntar Gillian al afirmar que "indefectiblemente, el arbitrio es una cuestión de grado."<sup>29</sup> Estas ideas hacen eco con lo que ya se expuso en líneas arriba al argumentar que la decisión discrecional hace referencia a un proceso para llegar a ella, es decir, es "una racionalidad de procedimiento, no de resultado."<sup>30</sup> Si bien el respeto a la regla de la toma de decisión definida por el criterio delimitador arrojará como resultado una respuesta coherente y racional en esos términos, la discrecionalidad no asegura la corrección de una respuesta entendida como la única correcta, sino que establece los parámetros para asegurar que dicha respuesta es coherente con la proposición interpretativa de la cual se genera.

### **3. Las dimensiones de la discrecionalidad.**

Ahora bien, a partir de los fines ya esbozados en los que se mueve la discrecionalidad, cabe resaltar dos dimensiones de análisis que precisamente atienden a los fines inmediatos y mediatos de la discrecionalidad, es decir, a su racionalidad y a su razonabilidad. De esta manera se configuran los elementos que han de dar cuenta de la valoración de la corrección de una respuesta en tanto forma parte del ámbito de lo discrecional definido por el criterio de funcionalidad y atiende al metacriterio de funcionalidad exigido para guiar las razones del intérprete.

---

<sup>29</sup> Citado por NIETO, Alejandro, Op. Cit. Pág. 222.

<sup>30</sup> Idem. Pág. 332.

Se considera prudente establecer las dimensiones de análisis por razones de conveniencia con el presente proyecto, puesto que a partir de la definición de las dimensiones de la discrecionalidad se podrán traspasar los conceptos en el estudio de la discrecionalidad judicial, identificando de manera clara los elementos en juego en una y otra dimensión. Valga pues el aporte teórico en aras de convertirlo en una herramienta práctica de análisis.

### **3.1. La dimensión de lo elegible.**

En este nivel de análisis, se dará cuenta del criterio de funcionalidad de la discrecionalidad, haciendo referencia a la existencia de una pluralidad de posibles soluciones que corresponden a la característica mínima exigida por la decisión. Es decir, la dimensión de lo elegible engloba a todas aquellas opciones plausibles para la decisión, siendo repercusión la exclusión de todas aquellas otras opciones que no cumplen con el nivel de racionalidad exigido por la decisión. En consecuencia, dentro de este nivel de análisis se apela a los límites de la decisión, exigiendo su adecuación con los criterios que resultan de la interpretación de la proposición discrecional que habrá de ser decidida a partir de su percepción como una categoría que admite una pluralidad de elementos correctos al formar parte de ella en el nivel lógico.

En suma, la dimensión de lo elegible da cuenta de la racionalidad que se crea a partir del proceso interpretativo del criterio de funcionalidad. Ahora bien, cabe recalcar que la racionalidad de la que se habla se configura así como el mínimo exigible a la decisión, pudiendo variar la decisión discrecional en atención a los metacriterios que para ella se den y la interacción que el decisor guarde con ellos. "En definitiva, la racionalidad es dialógica y consiste en la posibilidad objetiva de que los argumentos sean aceptados por

todo el mundo,"<sup>31</sup> puesto que el criterio de funcionalidad ha de marcar el núcleo duro de la dimensión de lo elegible, es decir, englobará a todas las respuestas correctas con pretensión de corrección objetiva, es decir, independiente del decisor.

En este sentido, se comprende que "la racionalidad exige la adecuación de las decisiones a determinadas reglas o principios, entre los que se encuentran la lógica deductiva, la eficiencia, la coherencia y la consistencia."<sup>32</sup> Al ser el criterio de funcionalidad una periferia dura, resultado del proceso interpretativo por parte del decisor, se erige como la regla determinante de la racionalidad, a la que la razonabilidad de la decisión ha de respetar, amén de incluir otros criterios evaluativos que sirvan para determinar la decisión en concreto.

En resumen, la dimensión de lo elegible dará cuenta de la pregunta ¿Qué es lo que se puede elegir?

### **3.2. La dimensión de lo elegido.**

En este nivel de análisis se dará cuenta de los metacriterios que guían a la decisión, que si bien es cierto que no la imponen como tal, ofrecen pautas para que el decisor funde las razones para justificar su voluntad en tal o cual sentido. Es decir, reconociendo la libertad que el proceso discrecional ofrece, sitúa al decisor en el marco de posibilidades y ofrece criterios adicionales para de hecho elegir una de las posibles respuestas correctas. Y es precisamente esta característica de guiar a las razones que el decisor ha de tomar en cuenta a la hora de hacer su decisión que se puede hablar de razonabilidad, puesto que los metacriterios de la funcionalidad precisamente atañen a las razones que deben de considerarse como pautas para la acción.

---

<sup>31</sup> SAAVEDRA, Modesto, "Interpretación del Derecho y Crítica Jurídica". Pág. 119.

<sup>32</sup> NIETO, Alejandro, Op. Cit. Pág. 339.

A partir de este nivel de análisis de la discrecionalidad es que se responde a la pregunta ¿Cómo es que de hecho se elige una de las posibles elecciones? Es decir, es un criterio sobre el criterio, por lo que efectivamente se le puede referir como metacriterios de la funcionalidad de la discreción.

Estos criterios de razonabilidad han de ir dirigidos hacia el fin que se persigue con la interpretación del concepto discrecional, por lo que de cierta manera obligan al decisor a fundar sus razones con base en ellos. Si bien es cierto que el decisor a final de cuentas está obligado a ejercer su libertad dentro del marco de posibilidades dibujado por el criterio de funcionalidad, no menos cierto es que el proceso discrecional necesita de justificaciones que válidamente demuestren que la opción elegida es plausible por fundarse en la racionalidad, es decir, en la dimensión de lo elegible. Si la exigencia del proceso discrecional además es tal que le impone al decisor la razón de justificar por qué es que se ha elegido una de entre tantas posibles a partir de pautas extradiscrecionales, es entonces que entra en juego la razonabilidad de la elección. De tal suerte, los argumentos que se exteriorizarán para dar cuenta de la razón de la decisión en concreto con exclusión de las demás posibles se encontrarán fundadas en dichos metacriterios de razonabilidad, por ser éstos los guías de la decisión concreta.

En consecuencia, la existencia de metacriterios de funcionalidad en el proceso discrecional dan cuenta de la razonabilidad de la decisión, siendo así posible evaluar que una decisión es más o menos adecuada conforme a dichos criterios que otra, si bien ambas pudieran ser posiblemente elegidas: “La razonabilidad adquiere importancia como criterio de evaluación de la decisión adoptada, cuando esta decisión es conforme con los criterios

de la racionalidad práctica. Por ello la razonabilidad es un criterio más penetrante de evaluación de las decisiones..."<sup>33</sup>

Entendido de esta manera, una decisión será razonable en la medida en que se adecue al metacriterio que rige a la decisión, con independencia de que dicho metacriterio sea exigido por el ámbito discrecional mismo, puesto que es a partir de las razones justificantes de la decisión en concreto en que se podrá apreciar el metacriterio que sirvió de guía para el ejercicio de la libertad de decisión. De tal suerte, la pregunta sobre cómo es que se ha llevado a cabo la elección en concreto estará fundada en un porqué, capaz de dar razones que demuestren el metacriterio del decisor. En este sentido, siempre que existan razones que justifiquen la decisión se estará en condiciones de evaluar la razonabilidad de ella, al poder comparar la coherencia entre las razones que se den y el metacriterio elegido.

A manera de ejemplo, si a alguna persona se le pide que mencione cuál es su día favorito de la semana, la esfera de lo elegible dará cuenta del ámbito de posibles respuestas a elegir (cualquiera de los 7 días de la semana), mientras que la esfera de lo elegido dará cuenta de las razones por las que la persona ha elegido el lunes, mismas que se compondrán de argumentos tendientes a demostrar que efectivamente dicho día le resulta placentero o especialmente agradable. Apelando así al criterio de la racionalidad "día de la semana" compuesto además por el metacriterio de la elección, que en este caso será el del calificativo "favorito", se puede apreciar como la decisión en realidad es discrecional al existir un cúmulo de posibles respuestas de las que se ha de elegir una a partir de un rasgo característico extra de una de ellas.

---

<sup>33</sup> Loc. Cit.

**CAPÍTULO III**  
**SOBRE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN LOS HECHOS**

**1. La decisión sobre los hechos es de carácter discrecional.**

Una vez que se ha analizado el género próximo de la discrecionalidad judicial, esto es, la discrecionalidad en general, es tiempo de entrar al análisis del proceso interpretativo judicial con el fin de argumentar sobre la hipótesis de trabajo del presente: el proceso judicial es de índole valorativa al encontrarse afectado de discrecionalidad durante su desarrollo, siendo así que el juez, lejos de la aplicación mecánica que supone el paradigma positivista legalista, se encuentra en el ejercicio de la libertad de decisión que el sistema procesal judicial le permite.

Con el fin de analizar el proceso judicial en su conjunto como un proceso discrecional, se pretende estudiarlo en dos secciones: la primera relativa a la decisión sobre los hechos y la segunda relativa a la decisión sobre el derecho aplicable a esos hechos. Porque es pertinente recordar que el proceso judicial se puede definir a partir de su concepción como la aplicación que del Derecho hace el juez a un caso en concreto presentado ante él. Es decir, la jurisdicción es la potestad para dictar el Derecho aplicable, percibido como una norma general y abstracta, sobre unos hechos particulares y concretos. Partiendo de esta idea, la primera tarea judicial consistirá en recabar la premisa de hecho que servirá para identificarle con su

previsión en el Derecho a través de un supuesto de hecho jurídico, que tendrá determinadas consecuencias jurídicas.

Así las cosas, hay que partir de la idea tradicional imperante en el proceso judicial de que precisamente la función del juez responde al impulso procesal de las partes, particularmente de la demandante, que reclama el dictado del Derecho sobre unos hechos. Esta demanda de la aplicación del Derecho con su correlativa contestación tiene como objetivo darle a conocer al juez los hechos sobre los que versará la cuestión jurídica a dilucidar. Lo anterior, como ya se hizo mención en el Capítulo I, encuentra su expresión en el aforismo *Da nihi factum, dabo tibi ius*, que precisamente se refiere a la obligación del juez de dictar el Derecho a partir de una particularidad fáctica.

En suma, esta *quaestio facti* se refiere a la necesaria dilucidación de los hechos puramente fácticos, libres de calificación jurídica, con la intención precisamente de que el juez, perito en Derecho, reconozca su configuración en el ordenamiento jurídico a partir de su encuadre dentro de una de las categorías jurídicas expresadas en los presupuestos jurídicos de hecho y a los que el mismo ordenamiento les reconoce sus correspondientes consecuencias jurídicas.

Ahora bien, ¿cómo es que el juez habrá de determinar la realidad fáctica a la que se le pretende arropar con el disfraz de lo jurídico? Si se parte del supuesto lógico de que los hechos acontecieron en el pasado, es imposible la apreciación directa por parte del juez de la realidad a la que las partes ahora reclaman la aplicación del Derecho. Es decir, los mecanismos de percepción directa de la realidad por parte del juez son ajenos a las posibilidades fácticas dentro del proceso. Necesariamente se tendrá que recurrir a otros métodos que le permitan al juez hacerse del conocimiento de los hechos que han pasado y que requieren su calificación jurídica. El

mecanismo propuesto por el proceso jurídico se constituye así por los hechos probatorios, que no son sino los hechos que pretenden demostrar a través de su vínculo con el pasado la realidad que de hecho aconteció, permitiéndole así al juez partir de una idea fáctica para encontrar su correspondencia en lo jurídico. Reconocidas en la jerga de la dogmática procesal como pruebas, estos hechos probatorios tienen la finalidad de hacer de la percepción del juez una idea convincente y plausible de los hechos, permitiéndole así el correcto dictado del Derecho. Tal y como afirma Daniel Mendonca, los hechos probatorios son hechos tendientes a ser apreciados por el juzgador:

"En la determinación de la *quaestio facti*, el juzgador depende de las pruebas, elementos emanados directa o indirectamente de la realidad a investigar y que, apreciados por aquél, lo conducen a aceptar que dicha realidad ha tenido determinadas propiedades."<sup>34</sup>

En el desahogo de esta *quaestio facti*, los ordenamientos procesales modernos le reconocen al juez la facultad de mejor proveer dentro de la investigación de los hechos fácticos con la finalidad de arrojar en proceso tantos hechos probatorios como sean suficientes para formar la convicción del juez de que los hechos así pasaron en la realidad, es decir, para poder establecer una correspondencia con lo demostrado en sede procesal y lo acontecido en el pasado.<sup>35</sup>

Sin embargo, el proceso de reconstrucción de la realidad guarda límites epistemológicos que evidencian que la realidad fáctica que aconteció en el pasado solo podrá ser conocida por el juez a manera de inducción, es decir, mediante la apreciación de hechos particulares que reflejen una realidad general. Es decir, a lo más que

---

<sup>34</sup> MENDONCA, Daniel, "Aplicación de Normas y Resolución de Casos" EN: VÁZQUEZ, Rodolfo, FIX-FIERRO, Héctor, CARBONELL, Miguel (Compiladores), "Jueces y Derecho" Editorial Porrúa, UNAM. México, 2004. Pág. 278.

<sup>35</sup> Por mencionar algunos ejemplos: Artículos 49 y 387 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Nuevo León. Artículos 181, 220 y 359 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León.

puede aspirar un hecho probatorio A es a inducir en el juez una racional probabilidad de lo que está demostrando realmente aconteció, pero esto no significa que no pueda presentarse otro hecho probatorio B que contraríe con mayor fuerza lo demostrado, es decir, que ofrezca razones que formen una mayor convicción en el juez de que lo que realmente aconteció es lo demostrado por B y no por A. Es decir, a través de los hechos probatorios en el mejor de los casos se puede hablar de una presunción de probabilidad, con contingencia de certeza:

“La determinación de los hechos es el resultado de una operación mental inductiva y probabilística... De las mismas pruebas y de los mismos hechos se puede llegar a resultados distintos, varios de ellos fiables con un grado de probabilidad que no siempre es fácil de establecer con precisión. Las narraciones que ofrecen las partes suelen ser plausibles, tiene un cierto grado de probabilidad de ser correctas. Y aunque el juez nunca puede estar seguro, tiene que inclinarse necesariamente por una de ellas (o por la que él construye por su cuenta) sin otra razón que la de considerar que es la más fiable.”<sup>36</sup>

Ahora bien, partiendo de esta idea se dibuja el primer argumento que demuestra que la apreciación de la realidad fáctica con miras a arroparle de lo jurídico es de hecho una decisión discrecional, puesto que la verdad fáctica habrá de ser demostrada, si bien por vía inductiva, a través de estas pruebas que tendrán por finalidad formar la convicción en el juzgador de que los hechos que se declaren como verdaderos para efectos del proceso encuentran su correspondencia en el pasado con lo que efectivamente aconteció.

Conviene ahora repasar el análisis de la decisión de los hechos como un proceso discrecional a través de la bidimensionalidad a la que se hizo alusión en el Capítulo II.

---

<sup>36</sup> NIETO, Alejandro, Op. Cit. Págs. 183-184.

## 2. La dimensión de lo elegible en los hechos.

Al hablar de la racionalidad en los hechos se hace referencia a todo ese cúmulo de probabilidades que son fijadas por el criterio de funcionalidad de la decisión discrecional que determina cuál es la característica mínima que habrá de corresponder a todas y cada una de ellas. De esta manera, la dimensión de lo elegible dará cuenta sobre los criterios mínimos exigidos a la decisión que haga finalmente el juez y que vaya a considerar como la verdad fáctica de lo acontecido. Es preciso recalcar que esta verdad fáctica aún no encuentra su encuadre en lo jurídico, es decir, se refiere puramente a hechos tal y como acontecieron en la realidad con independencia del tratamiento jurídico que les vaya a corresponder.

En este sentido, la dimensión de lo elegible estará conformada por todas aquellas realidades que se pueden desprender a partir de la inducción de los hechos probatorios. Es una esfera con pretensión de objetividad en tanto la racionalidad ha de estar regida por las reglas de la lógica que permea el razonamiento inductivo. Si se parte de la idea de que los hechos probatorios serán apreciados en cuanto a su *iter* con la realidad en razón de la inducción que acarrearán, se refuerza la idea de que ellos generan la probabilidad de que una realidad en específico ha acontecido. Sin embargo, el carácter potencialmente infinito del número de hechos probatorios que el juez habrá de tomar en consideración a la hora de acertar en la decisión final sobre los hechos específicos, dibuja una esfera de lo elegible compuesta por la racionalidad de los hechos probatorios en relación con lo expuesto por las partes.

Valorar una prueba supone saltar de unos hechos indubitadamente conocidos (la narración de un testigo) a otros hechos desconocidos (si el actor había estado poseyendo pacíficamente el inmueble tal como ha declarado el testigo) cuya realidad se infiere en términos probabilísticos (es más o menos probable la narración de los testigos) y de ellos se puede inducir judicialmente la posesión. La racionalidad

estriba cabalmente en la aceptabilidad de ese salto, de ese cálculo de probabilidades.<sup>37</sup>

Ahora bien, si los hechos probatorios pretenden demostrar la realidad, y esto solo puede hacerse a través de la inducción, existe una serie de requisitos mínimos que ellos han de sostener para poder tenerles como racionalmente conducentes a la verdad. Es decir, son reglas básicas que se constituyen como presupuestos de la demostración que pretenden hacer, puesto que cabe afirmar que los hechos probatorios deben de guardar una relación directa con la realidad sostenida. Es de tal suerte que se pueden afirmar las siguientes características de los hechos probatorios para constituirse como válidos a efecto de formar la dimensión de lo elegible:

1. Que la demostración que se pretenda realizar pueda acontecer en la realidad. En efecto, los hechos probatorios deben de tender a inducir para evidenciar hechos que puedan acontecer en la realidad por ser físicamente posible. En este sentido, cualquier afirmación que se pretenda realizar a partir de hechos probatorios que no pudiera haber acontecido por ser un hecho de realización imposible en el plano físico, queda descartado como formador de la esfera de lo elegible. Por ejemplo, una prueba documental fotográfica consistente en la imagen de un hombre flotando por los aires no podrá arrojar elementos que constituyan la esfera de lo elegible porque obviamente el evento no pudo pasar en la realidad, por lo que la valoración de la realidad fáctica que haga el juez tendrá que prescindir de ese elemento como justificación.

2. Que la demostración que se pretenda realizar guarde relación de coherencia con lo expuesto por las partes. Este es un punto clave para evaluar la pertinencia de un hecho probatorio, puesto que a través de la apreciación que haga el juzgador del hecho probatorio en relación con lo expuesto por las partes como

---

<sup>37</sup> Ibid. Pág. 254.

efectivamente acontecido en la realidad es que se podrá constituir como un elemento formador de la esfera de lo elegible. Por ejemplo, si las partes afirman que celebraron un contrato de compraventa sobre un inmueble y una de las pruebas que se presenta es la documental fotográfica consistente en la imagen de un coche en posesión del actor, definitivamente el hecho probatorio no va a arrojar elementos sobre la esfera de lo elegible porque no estará demostrando de manera lógica y/o inductiva la pretensión de posesión sobre el inmueble objeto de la *quaestio factis*.

3. Que la demostración que se pretenda realizar guarde una relación lógica y directa con los hechos probatorios. No obstante que la valoración de la realidad fáctica se hará a través de un proceso inductivo, para que el hecho probatorio pueda ser considerado como formante de la esfera de lo elegible tendrá que demostrar de manera directa una proposición de la realidad tal que pueda ser considerada como posible. Es decir, a través de un proceso de valoración lógico en el que haya coherencia entre lo que se presenta como prueba y lo que se pretende demostrar como probado, se puede concluir que efectivamente el hecho probatorio cumple con su propósito de arrojar un elemento de posibilidad de la realidad, tendiente a crear en el juez cierta convicción de la realidad. Por ejemplo, para el caso donde se disputa el derecho de propiedad sobre un automóvil, se presenta como hecho probatorio una imagen fotográfica en la que se aprecia a tres personas abordo del automóvil en cuestión. A partir de ahí se puede conformar una esfera de lo elegible que contenga como posibles realidades que alguna de las personas en la imagen pudiera ser el propietario del mueble, pero a partir de ese hecho probatorio no se puede afirmar que alguna otra persona lo sea (sin perjuicio de que diverso hecho probatorio lo demuestre). En suma, se necesita una relación lógica y directa entre el hecho probatorio y la realidad que pretende inducir.

En suma, la esfera de lo elegible estará compuesta por todas aquellas realidad que lógica y posiblemente se desprendan de todos los hechos probatorios presentados ante el juez. Aunque cabe afirmar que de facto estos hechos probatorios no demuestran nada por sí solos, sino es la apreciación lógica del juez de todos y cada uno de ellos que habrá de fijar el ámbito de lo posible. La esfera de lo elegible se dibuja así como un conjunto de posibilidades desde la que el juez habrá de escoger una para efectos de considerarle como la verdad fáctica y sobre ella aplicar el Derecho. Sobre este particular, Marina Gascón Abellán afirma en el mismo sentido:

"En los planteamientos más reflexivos de la actualidad se aprecia una tendencia a concebir el juicio de hecho como la elección de la hipótesis racionalmente más atendible entre las distintas reconstrucciones posibles de los hechos de la causa; en consecuencia, la verdad de los hechos nunca es absoluta sino que viene dada por la hipótesis más probable o sostenida por los mayores elementos de confirmación,"<sup>38</sup>

### **3. La dimensión de lo elegido en los hechos.**

Si como ya se vio en el apartado precedente, la dimensión de lo elegible da cuenta de todas las posibilidades de elección sobre la verdad fáctica que ha de servir para calificarla jurídicamente y establecer las consecuencias de Derecho atribuibles a ella, la dimensión de lo elegido precisamente da cuenta de cómo es que se va a elegir una de todas las realidades posibles. En este sentido, se va a tratar del porqué se ha elegido una de entre tantas realidades posibles, es decir, de las razones justificantes de la elección. Evidentemente, esto reconduce a la valoración de los hechos probatorios como demostrables de los hechos pasados, es decir, de la tarea de hacer una reconstrucción a partir de los hechos probatorios con la finalidad de fijar la verdad fáctica a juzgar, toda vez que "la verdad procesal factual, al igual que la verdad histórica, es el

---

<sup>38</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Los hechos en el Derecho." Marcial Pons. España, 1999. Pág. 46.

resultado de una hilación de los hechos probados del pasado a partir de los hechos probatorios del presente, más que una aserción con referencia directa al hecho juzgado."<sup>39</sup>

Como se instruyó en líneas anteriores, la dimensión de lo elegido va a especificar los metacriterios sobre la decisión, que precisamente van a guiar al decisor en la elección que se haga de entre todas las posibles. En sede judicial, la materialización de la elección se va a llevar a cabo a partir de la valoración de los hechos probatorios, asignándoles el juez un mayor o menor grado de determinación probabilística de la realidad que va a servir como base para la calificación jurídica. En este sentido, la dimensión de lo elegido responderá al peso que el juez le dé a la totalidad de hechos probatorios en su conjunto, para fijar la realidad a juzgar en uno u otro término.

Al hablar de metacriterio se hace referencia a la cualidad de las razones que servirán para reforzar una hipótesis de realidad que se pretenda sostener. Y precisamente estas razones son justificantes de alguna de las realidades posibles que se encuentren dentro de la dimensión de lo elegible. Por lo tanto, los argumentos podrán ser más o menos fuertes en tanto sirvan para inducir la respuesta que se habrá de tener por elegida, en atención a la su fuerza para demostrarla alta probabilidad de que una hipótesis de trabajo en efecto haya acontecido en la realidad. En este sentido, Mendonca sostiene que:

"Consiguientemente, los argumentos inductivos no pueden ser calificados como "válidos" o "inválidos", en el sentido en que estos términos se aplican a los argumentos deductivos; los argumentos inductivos pueden ser evaluados como "fuertes" o "débiles", de acuerdo con el grado de apoyo que proporcionan sus premisas a sus conclusiones."<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal." Trotta, 7ª edición. España, 2005. Pág. 27.

<sup>40</sup> MENDONCA, Daniel, Op. Cit. Pág. 281.

En efecto, la cualidad de los argumentos tendientes a determinar una realidad de entre tantas posibles responde a la capacidad de presunción que éstos generen en la conciencia del juez, puesto que a final de cuentas el decisor es él. Sin embargo, esto no implica que el juez pueda valorar sin más los hechos probatorios, sino que esta valoración tiene que ser consistente con la naturaleza del hecho y lógica en cuanto a las consecuencias que se pretendan imputarle. En consecuencia, cuando se hace referencia a la elección final que hace el juez a partir de los hechos probatorios se tendrá que hablar de que ésta es una fuerte convicción y no así una certeza. Es decir, mientras el proceso cognitivo se base en presunciones, a lo único que se podrá aspirar es a decir que la verdad fáctica elegida de manera discrecional es la más plausible de entre las demás. Esto es, la más razonable en atención a la valoración que de los hechos probatorios haya realizado el juez. En palabras de Muñoz Sabaté,

“la convicción descansa en todo caso sobre presunciones, (ya que) se presume aquello que no consigue alcanzarse con una evidencia absoluta y puesto que ninguna prueba es capaz de proporcionárnosla, decimos que en definitiva toda prueba se basa en meras presunciones.”<sup>41</sup>

En definitiva, el punto de la valoración de los hechos probatorios es el de obtener una versión de la realidad lo más cercana posible a la que de hecho aconteció. En el orden de ideas de Nieto,

“el proceso histórico descrito en el antecedente fáctico de la sentencia es el producto de un proceso valorativo en el que se opta por aquella versión de los hechos que el órgano de instancia considera más cercana a la realidad.”<sup>42</sup>

Es esta brecha entre la realidad tal cual fue y la realidad que se pretende erigir en el proceso como tal la que el juzgador ha de reconocer y disminuir, en aras de poder fijar las premisas fácticas de tal suerte que se cumpla el postulado de la justicia procesal efectiva. En suma, el problema sobre la fijación de los hechos a juzgar es la

---

<sup>41</sup> Citado por NIETO, Alejandro, Op. Cit. Pág. 244.

<sup>42</sup> NIETO, Alejandro, Op. Cit. Pág. 91.

clave del proceso, puesto que cualquier respuesta que se otorgue sobre la base de unos hechos que en realidad no acontecieron será necesariamente incorrecta.

El carácter inductivo del proceso de valoración de los hechos probatorios no se ve menguado por la existencia de mecanismos de prueba tasada, puesto que éstos nunca serán incuestionables en tanto simplemente ofrecen una presunción de correspondencia con la realidad, que a su vez puede ser desvirtuada con la valoración de los demás hechos probatorios. Esto es, a pesar de que las reglas procesales le otorguen a cierto hecho probatorio un carácter argumentativo fuerte en cuanto a la configuración de la realidad que se pretende fijar, la inducción de la valoración de las pruebas le remite a ser una mera probabilidad, fuerte si se quiere decir, pero susceptible de ser contradicha por la valoración de algún otro hecho que demuestre una realidad alternativa.

La valoración de los hechos probatorios, al ser considerado el metacriterio de decisión de la verdad fáctica, desnuda aún de calificación jurídica, habrá de responder así a otros metacriterios extrajurídicos que el juez ha de sostener en conciencia para decidir cuál versión de la realidad probable es la más plausible. En este sentido, la lógica de su razonamiento, la experiencia, el sentimiento de veracidad que le arrojen aquellos hechos probatorios que percibe de manera directa tales como las testimoniales o las inspecciones oculares, así como la determinación de la realidad social que opera como marco del proceso judicial en donde se encajan las condiciones económicas de las partes, su educación, su historia y su fama, todos ellos se configuran como factores que habrán de guiar la decisión del juez en uno u otro sentido. Es decir, son todas ellas razones que el juez de hecho aplica para seleccionar la realidad que posteriormente servirá para calificarse jurídicamente. A final de

cuentas, de lo que se habla es de la sapiencia y capacidad del juez para asimilar la realidad a partir de puras probabilidades. En suma,

“la apreciación de la prueba es, así, una actividad compleja sujeta a ciertos criterios, no siempre únicos ni explícitos ni claros ni jerarquizados: la apreciación de la prueba se halla librada a la experiencia del juzgador, que la ejerce dentro de ciertos parámetros generalmente dotados de consenso, aunque no exentos de controversias en los casos individuales.”<sup>43</sup>

#### **4. La finalidad del establecimiento de la verdad fáctica.**

Una vez aceptado que la finalidad del proceso judicial es la de establecer las consecuencias jurídicas relativas a unos determinados hechos a partir de la pretensión de las partes que demandan la aplicación del Derecho a ellos, se tiene entonces que el objeto de determinar la realidad que aconteció responde precisamente a la necesidad de calificarle jurídicamente, esto es, de vincularla con el ordenamiento jurídico y en consecuencia con las previsiones que para esa clase de hechos se detentan. Es decir, es necesario el establecimiento de la verdad fáctica para poder trasladarle al discurso jurídico. Son estos hechos controvertidos en sede judicial lo que funda y justifica todo el proceso:

“La decisión mediante la cual el juez pone fin a una controversia se funda no sólo sobre la norma jurídica aplicable, de la que hay que extraer las consecuencias jurídicas, sino también –y sobre todo- sobre los hechos jurídicos que están en la base de la controversia misma. Se puede decir tal vez que faltando los hechos controvertidos, el problema de la justificación de la decisión judicial ni siquiera se pondría, pues no existiría decisión alguna que hubiese que justificar.”<sup>44</sup>

Ahora bien, es preciso señalar que para efectos del proceso la realidad que el juez ha de asimilar y justificar como relevante se ligue necesariamente a las pretensiones de las partes, y esto se funde a su vez en las calificaciones jurídicas que determinan las características relevantes que para efectos del Derecho se han de considerar, con

---

<sup>43</sup> MENDONCA, Daniel, Op. Cit. Pág. 279.

<sup>44</sup> RENTERÍA, Adrián, Op. Cit. Pág. 57.

independencia de cualquier otra característica fáctica de los hechos que sea percibida por el juez. Esto es, la gran cuestión estriba en saber cuáles son los hechos jurídicamente relevantes y por qué el juez se fija en unos hechos y en otros no.

Sin embargo, en la discrecionalidad procesal sobre los hechos, la cuestión jurídica queda un tanto de lado, si bien luego será importante, porque de lo que se trata en esta sede es de establecer la realidad fáctica a juzgar, con independencia de los criterios de relevancia adoptados por el ordenamiento jurídico. A manera de ejemplo, si lo que se disputa es la propiedad de un bien mueble, en la fijación de la realidad fáctica por parte del juez se dará cuenta sobre el color del coche como una de las características de la realidad arrojada por los hechos probatorios, con independencia de que en la calificación jurídica ese hecho resulte irrelevante, ya que en sede jurídica "al juez no le interesa la historia completa sino solamente una parte de ella; la relevante jurídicamente"<sup>45</sup>. Es decir, lo que se busca con el establecimiento de la verdad fáctica es fijar con la mayor fidelidad posible lo que aconteció en el pasado, con miras a calificarlo posteriormente. Sin embargo, aquí el juez no puede estar en posición de desechar de antemano ciertas porciones de la realidad que no serán relevantes en sede jurídica, puesto que la calificación jurídica posteriormente dará cuenta de ello.

Con esto en consideración, el término verdad fáctica será utilizado como una reconstrucción de la realidad que efectivamente aconteció, con independencia de la calificación jurídica que le corresponda. Por lo tanto, es posible afirmar que a través de la valoración de los hechos probatorios el juzgador pretende investigar el pasado desde el presente, con la finalidad de tener la imagen completa a la que le ha de aplicar el Derecho. En consecuencia, es posible desde este punto establecer la distinción entre *verdad fáctica*

---

<sup>45</sup> NIETO, Alejandro, Op. Cit. Pág. 85.

y *verdad procesal fáctica*, al corresponder la primera con la elección de la realidad que el juez crea en conciencia a partir de los hechos probatorios, mientras que la segunda corresponde con la depuración de la verdad fáctica que se genera una vez que se le aplican a los hechos probatorios las reglas procesales sobre la admisión de pruebas.

En este sentido, es posible hablar de dos distintas realidades sobre las que el juez ha de operar: la que el juez considera veraz en tanto su valoración de la totalidad de los hechos probatorios (verdad fáctica) y la que el juez ha de considerar veraz para efectos del proceso en tanto se desprende de las reglas procesales sobre admisión de la verdad (verdad procesal fáctica). Esta idea es importante porque presupone un aumento en la brecha de la realidad tal y como aconteció y la realidad que para efectos del proceso ha de considerarse como tal, es decir, "no es una verdad de correspondencia con la realidad sino una verdad construida a efectos del razonamiento judicial, una verdad finalista."<sup>46</sup> La distinción entre verdad fáctica y verdad procesal fáctica resulta fácil de apreciar en el ejemplo de una prueba que haya sido ofrecida en contra de las reglas del proceso, como por ejemplo una documental bastante fuerte respecto de un determinado hecho que fue ofrecida mediante una promoción que adolece de firma; en este caso, sin duda alguna el hecho probatorio tendrá fuerza en la convicción del juez sobre la realidad que realmente aconteció, es decir, en su idea de la verdad fáctica, sin embargo, una vez aplicado el tamiz jurídico sobre la pertinencia de los hechos probatorios tendrá que descartarse para efectos de establecer la verdad procesal fáctica sobre la que ha de juzgar. En suma, "hay que distinguir entre los antecedentes de hecho en sentido formal donde se recogen las actuaciones producidas en el proceso y se refieren los hechos tal como las partes los han contado y

---

<sup>46</sup> Ibid. Pág. 248.

los hechos seleccionados, depurados y declarados probados por el juez tal como resulta de los trámites de la fase probatoria."<sup>47</sup>

En consecuencia, las reglas sobre admisión, valoración y desahogo de hechos probatorios pretenden ser un filtro que le ayude al juez a establecer la verdad fáctica en el proceso, es decir, la verdad procesal fáctica, que sin embargo corren el riesgo de ser barreras a la verdadera apreciación de la realidad. Sin embargo, este análisis se hará en el estudio de la discrecionalidad judicial en el Derecho en el siguiente capítulo. Estas reglas fijan la verdadera naturaleza de la realidad a juzgar, puesto que la verdad procesal fáctica se constituye como el parámetro de validez de los hechos a juzgar, siendo la verdad fáctica, carente del filtro jurídico, más bien un parámetro de contraste.

En suma, puede hablarse de una fenomenología que adolece aún del disfraz jurídico, puesto que no le han sido aplicadas las reglas sobre la aceptación de la verdad que el proceso distingue para ello. Sin embargo, esta carencia de calificación normativa no exime al juez de ser intérprete de una realidad que considera como correspondiente con el pasado, y sobre la que su juicio indefectiblemente ha de estar volcado, con independencia de las barreras que el proceso le pueda arrojar. Si bien la calificación jurídica sobre la prueba inadmisibile le exige que no le tome en cuenta a efectos de establecer la verdad procesal fáctica, esto no es impedimento alguno para valorarle en su *psique* y tomarle en cuenta para el dictado final de la sentencia, que a final de cuentas tendrá una pretensión de Justicia arropada desde el Derecho.

Es precisamente tarea del juez la de basarse en el Derecho de tal suerte que la brecha existente entre verdad fáctica y verdad procesal fáctica sea mínima, en aras de buscar una real y justa protección de los derechos, tarea fundamental y justificativa de todo

---

<sup>47</sup> Ibid. Pág. 82.

el proceso. De esta manera, la tarea investigadora del juez no debe de reducirse a la mera asimilación del impulso procesal de las partes, puesto que su función en el Estado es precisamente la de juzgar en Derecho, y esto presupone que sus esfuerzos estarán dirigidos a decidir en conciencia sobre lo que en realidad ocurrió. Así, las reglas procesales han de cumplir la función de facilitarle tanto al juez como a las partes la presentación de hechos probatorios tendientes a demostrar la verdad de lo acontecido para poder lograr una verdadera justicia de calidad.

**CAPÍTULO IV**  
**SOBRE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN EL DERECHO**

**1. De la verdad fáctica a la verdad procesal fáctica.**

Como se pudo apreciar en el capítulo anterior, el propósito principal de la búsqueda de la verdad fáctica es el de establecer con ella la verdad procesal fáctica, que es la que propiamente se calificará de lo jurídico. En este sentido, la verdad procesal fáctica funciona como la realidad del juez a la que debe de aplicar el Derecho.

La función de la aplicación del Derecho bien puede apreciarse en forma de silogismo, donde la premisa mayor la constituye el Derecho enunciado de manera genérica, la premisa menor la constituyen los hechos que corresponden al género de hechos anticipado por la norma, y la conclusión es precisamente la consecuencia de Derecho enunciada por la norma. Sin embargo, para poder llegar a esta operación de silogismo es preciso establecer las premisas operativas que servirán para extraer la conclusión en el caso concreto. En este sentido se pronuncia Saavedra:

"La aplicación del derecho es un silogismo, pero la formulación de las premisas exige un compromiso personal del juez, quien en multitud de casos habrá de optar por unos u otros supuestos normativos de entre los permitidos por la complejidad del ordenamiento jurídico."<sup>48</sup>

Por lo tanto, en sede interpretativa jurídica de la verdad fáctica, el juez primeramente ha de proceder a manera de vaivén buscando

---

<sup>48</sup> SAAVEDRA, Modesto, "Jurisdicción Constitución y Derecho". Pág. 22.

el Derecho posiblemente aplicable a ella, desnuda aún del ropaje jurídico, para así identificarle con su previsión en el Derecho y derivar así las consecuencias jurídicas.

En esta línea de pensamiento, la primera aplicación del Derecho que el juez ha de hacer corresponde a las reglas procesales de admisión fáctica, es decir, a las reglas sobre los hechos probatorios. Partiendo del paradigma que dentro del proceso solo son aceptados como hechos probatorios aquellos que el ordenamiento jurídico expresamente admite, sujetos a reglas sobre su admisión, deshogo e incluso valoración, el juez primeramente debe de aplicar dichas reglas que van a servir como una especie de filtro de aquellos datos que no fueron presentados conforme a los procedimientos establecidos para ello, reduciendo así la verdad fáctica a una verdad procesal fáctica. Es decir, se hace una transformación ya de los hechos brutos al aceptar como correctos solo aquellos que fueron inducidos respetando las normas procesales. Es de tal suerte que el espacio de lo elegible dentro de lo jurídico en materia de hechos se reduce al expulsar a todos aquellos hechos que no fueron probados conforme a Derecho. Bien lo expresa Nieto al afirmar que:

"Hoy como ayer, el Ordenamiento jurídico sigue imponiendo restricciones formales que de una manera u otra impiden a los jueces resolver un conflicto de acuerdo con reglas de comportamiento que les son perfectamente conocidas pero que no se pueden hacer valer."<sup>49</sup>

De lo anterior se colige que incluso puede haber hechos notorios para el juez por haber sido percibidos de primera mano, pero que el ordenamiento les expulsa por no haber sido dados a percibir mediante la forma jurídica necesaria. De esta manera, opera una discrepancia entre lo que muy posiblemente aconteció y la verdad que para efectos del proceso se va a tomar como cierta. Para lo anterior imagínese el caso en el cual un hecho probatorio, consistente

---

<sup>49</sup> NIETO, Alejandro, Op. Cit. Pág. 44.

en una clara confesión, es generado mediante la violación del derecho a la intimidad del indiciado, y que la regla procesal especifica que las pruebas que se generen mediante la violación de derechos fundamentales no serán admisibles. En este caso, aún y cuando el juez tenga la convicción de que el indiciado de hecho cometió el delito que se le imputa por haberle confesado de manera espontánea y sin coacción alguna, ese hecho probatorio en particular no va a poder ofrecerle esa realidad específica y concreta en el mundo de lo jurídico, si bien en la verdad fáctica está más que seguro de que así aconteció. Por lo tanto, la verdad procesal fáctica no podrá tener esa posibilidad de realidad racional en tanto se encuentra fuera de los límites de su dimensión de lo elegible, que encuentra su frontera precisamente en las reglas procesales sobre las pruebas.

En este sentido, la función de las reglas procesales es la de ser un control de la racionalidad de la decisión sobre los hechos a juzgar. Al excluir determinados hechos probatorios de la dimensión de lo elegible (pero no así de la conciencia del juez), se busca controlar el proceso y la búsqueda de la verdad que ha de ser juzgada. Si bien en principio estas directrices fácticas pueden funcionar como un control de la racionalidad de los hechos, lo cierto es que las más de las veces perjudican la facultad investigadora del juez al no permitirle echar cuenta de todos los elementos de convicción que de hecho forman su particular visión de la realidad. Es de tal suerte que las reglas procesales funcionan así como el criterio delimitador de la verdad procesal fáctica.

“Para el Derecho –dicho sea con mayor propiedad- no importan los hechos existentes sino los hechos válidamente probados, porque los no probados no existen o, al menos y en todo caso, la sentencia ha de dictarse como si no existiesen, trasladando así a las partes las consecuencias, ventajosas o desventajosas, de haber o no haber probado.”<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> Ibid. Pág. 250.

Una vez reducida esta verdad fáctica a verdad procesal fáctica corresponde buscar su calificación en lo jurídico a través de la búsqueda e interpretación del Derecho aplicable. Es decir, se trata de llevar los hechos del discurso de lo fáctico al discurso jurídico. De tal suerte, el resultado serán los hechos jurídicos, esto es, el presupuesto normativo de Derecho al que el ordenamiento le atribuye determinadas consecuencias. En suma, se trata de interpretar jurídicamente los hechos. En este sentido, Tamayo y Salmorán argumenta dos tipos de interpretación jurídica:

"Si la interpretación consiste en dotar de significado ciertas cosas, signos o acontecimientos, entonces la interpretación jurídica – siguiendo este orden de ideas– puede corresponder a cualquiera de estos dos casos:

- a) Asignación de un significado jurídico a ciertos hechos (comportamientos humanos, *inter alia*), los cuales se constituyen en "hechos jurídicos", en la medida en que son jurídicamente considerados, i.e., jurídicamente interpretados.
- b) Asignación de un significado jurídico (técnico) a objetos conocidos ya como jurídicos, i.e., los "materiales" pertenecientes a un orden jurídico positivo."<sup>51</sup>

Sin duda alguna, la interpretación de la verdad procesal fáctica se llevará a cabo con la finalidad de convertirle en un presupuesto jurídico de hecho, esto es, encajarle en la previsión que sobre determinados acontecimientos hace el ordenamiento jurídico de manera genérica por formar parte de dicha clase.

Ahora bien, ¿qué calificación jurídica le corresponde a determinados hechos? ¿Cómo decidir sobre cuál va a ser el Derecho aplicable? ¿Cómo determinar las consecuencias jurídicas de las acciones fácticas? Estas preguntas habrán de ser contestadas una vez que se haya determinado precisamente la verdad procesal fáctica, puesto que para efectos del proceso ésta será la realidad válida y juzgable. Pretendiendo que siempre haya una correspondencia con la realidad, la prudencia y sapiencia del juzgador sabrán dirigir el

---

<sup>51</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, Op. Cit. Págs. 94-95.

proceso de tal manera que pueda alcanzarse de manera efectiva esa correspondencia, disminuyendo o incluso desapareciendo esa maligna brecha que puede existir entre la verdad fáctica y la verdad ficticia del proceso.

## **2. La calificación jurídica de los hechos mediante la aplicación del Derecho.**

Una vez que se parte de la base de contar con la verdad procesal fáctica, esto es, con los hechos aún desprovistos de calificación jurídica (si bien ya pasados por el tamiz de las reglas procesales probatorias), resulta procedente analizar cómo es que se va a convertir esta verdad procesal fáctica en la verdad jurídica, es decir, en la traducción de los hechos en Derecho.

Lo anterior presupone una interpretación de la realidad desde el Derecho, es decir, su comprensión a partir del discurso jurídico. Partiendo de un hecho ya válido desde el discurso jurídico por haber cumplido con las reglas de introducción a este, se trata de hacer una suerte de traducción del hecho concreto como especie perteneciente a un género jurídico determinado como supuesto de hecho. Es decir, a partir de las propiedades generales enunciadas en el ordenamiento jurídico de cierto tipo de conducta, se contempla dentro de esta clase semántica a todas aquellas proposiciones que sostengan dichas propiedades generales. Esto es:

"La justificación de los fallos judiciales en procesos declarativos supone, básicamente, resolución de problemas semánticos, dado que la principal dificultad consiste en identificar las propiedades designadas por las expresiones que figuran en los textos legales."<sup>52</sup>

Es precisamente a partir de esta correspondencia entre la verdad procesal fáctica y el supuesto de hecho contenido en el ordenamiento jurídico que se derivarán de manera silogística las consecuencias jurídicas previstas en el Derecho:

---

<sup>52</sup> MENDONCA, Daniel, Op. Cit. Pág. 290.

“Consiguientemente, entre el fundamento y la decisión existe una relación lógica, no causal, de modo que una decisión fundada es aquella que se deduce lógicamente de una norma general (o un conjunto de normas generales), en conjunción con proposiciones fácticas (descriptivas de los hechos relevantes).”<sup>53</sup>

No obstante lo anterior, si bien es correcto afirmar que se interpreta la verdad procesal fáctica desde el Derecho, no menos cierto es que el Derecho, al menos entendido éste como texto normativo aún desprovisto de significado para el caso concreto, se interpreta a su vez desde esta realidad fáctica. En palabras de Nieto, “El texto carece, por sí mismo, de contenido normativo, ya que su función es meramente indicativa o significante y sirve para que a través de él pueda llegar el operador a la norma, que es lo que verdaderamente interesa.”<sup>54</sup> Es decir, la interpretación del Derecho es una tarea discrecional en la medida que es una tarea interpretativa y se encuentra al arbitrio del juez-intérprete el decidir sobre su significado para el caso concreto. El Derecho, entendido de esta manera, es el resultado de un proceso interpretativo discrecional que ha de encontrar su criterio de funcionalidad a partir de los hechos que ha de regir.

Si resulta claro que el Derecho es un producto interpretativo y por tanto discrecional en tanto se sujeta a un intérprete específico – que en el caso del proceso judicial resulta ser el juez,– un contexto específico pues va a regir sobre unos hechos ya determinados a través del establecimiento de la verdad procesal fáctica, y un objeto en particular que se identifica con la proposición normativa a encontrarse en el ordenamiento jurídico, el problema entonces reside en saber cuál texto, de entre todos los disponibles para el intérprete por estar positivizados en el ordenamiento jurídico, es el aplicable.

---

<sup>53</sup> Ibid. Pág. 292.

<sup>54</sup> NIETO, Alejandro, Op. Cit. Pág. 94.

Lo anterior se resuelve a través de la experiencia y la pericia del juzgador, puesto que a partir de su caracterización como perito en Derecho, sabrá moverse mediante el uso de esa intuición jurídica que le permitirá identificar, con mayor o menor facilidad, dónde de entre todos los textos normativos se puede encontrar la categoría semántica de los hechos a juzgar. Es decir, mediante un vaivén hermenéutico entre la verdad procesal fáctica y el ordenamiento jurídico se buscará la calificación jurídica que le corresponde a la realidad en análisis. Permita el lector esta larga y pertinente cita de Recaséns Siches:

“Ante todo es necesario que el órgano jurisdiccional determine cuál es la norma aplicable al caso concreto planteado. Pero este punto, que, a primera vista y equivocadamente parece ser el primero, no es algo independiente del punto que en apariencia –errónea- podríamos creer que es el segundo: la constatación del hecho y su calificación jurídica. Hay una recíproca interrelación, simultánea e indisoluble, entre estos dos puntos: entre la constatación del hecho incluyendo su calificación jurídica y el hallazgo o la determinación de la norma aplicable. No se puede determinar primero la norma aplicable a unos hechos, si antes no se ha calificado en alguna medida esos hechos desde el punto de vista jurídico. Y no se pueden calificar jurídicamente esos hechos, si al mismo tiempo no tenemos a la vista el enfoque (que) de los mismos se sigue de acuerdo con lo establecido en la norma general. La determinación de la norma y la constatación del hecho o de los hechos, con su calificación jurídica, no son dos momentos diferentes y sucesivos en el proceso jurisdiccional, sino que son algo así como el anverso y reverso de una misma operación. Esa operación no se halla realizada de antemano en la norma general vigente.”<sup>55</sup>

Sin embargo, el proceso no es tan fácil como parece. Para la calificación jurídica el juez ha de interpretar el Derecho para extraer de él su contenido, compararlo con la verdad procesal fáctica y concluir a manera de silogismo que efectivamente el primero es previsión de la segunda. Es decir, el problema no es tanto de búsqueda de la norma jurídica aplicable (que se resuelve mediante la pericia y experiencia del juez, que bien sabrá en dónde buscar el texto que tenga relevancia), sino que el problema realmente es de la

---

<sup>55</sup> RECASÉNS SICHES, Luis, “Filosofía del Derecho.” Porrúa, 2ª edición. México, 1962. Pág. 314.

determinación del contenido del Derecho. Es decir, es un problema de interpretación que se traduce en un problema de discrecionalidad en tanto el Derecho aplicable –condición mínima de racionalidad para poder servir de fundamento a la decisión vinculante que a final de cuentas se vaya a tomar dentro del proceso–, ofrece diversas posibilidades significativas a los hechos. Como claramente lo afirma Desdentado:

“Los tribunales están obligados a buscar la solución en el ordenamiento jurídico y a construirla mediante argumentos jurídicos. La discrecionalidad que aparece en el ejercicio de la función jurisdiccional no es, pues, más que una consecuencia inevitable de la dificultad de la tarea interpretativa y de límites de la racionalidad práctica.”<sup>56</sup>

Lo anterior se sustenta sin entrar aún al problema de las lagunas y antinomias del ordenamiento jurídico, que van a representar una mayor dificultad, aunque realmente aparente y a final de cuentas irrelevante, para la operación judicial. En suma, para poder calificar normativamente la verdad procesal fáctica es necesario extraer el contenido del Derecho, y esa decisión será discrecional, por lo que su análisis se puede ver desde las dos dimensiones que se han venido sosteniendo como operativas para su disección.

### **3. La dimensión de lo elegible en el Derecho.**

Como ya se dejó entrever en el Capítulo I, el paradigma dominante positivista legalista ha quedado reducido a una trivialidad en tanto se entiende que el Derecho en sí dice nada, puesto que su carácter lingüístico le reconduce a ser una pauta para la interpretación, y en sede judicial se acentúa más este carácter en tanto ha de ser una pauta para la acción. A partir de esta idea, si bien el paradigma judicial imperante en el sistema fundado en el principio de la seguridad jurídica le exige al juez que sus resoluciones se

---

<sup>56</sup> DESDENTADO DAROCA, Eva, “Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica” (Un estudio crítico de la jurisprudencia), Civitas, España, 1997. Pág. 23.

encuentres fundadas en Derecho, lo cierto es que este Derecho aplicable resulta ser un producto de la interpretación de los materiales normativos al alcance del juez: la ley, los principios generales del Derecho, la costumbre, la prudencia y a final de cuentas la justicia.

Es decir, el Derecho aplicable estará constituido por la interpretación de los materiales normativos que haga el juez, fundando así las premisas del silogismo judicial que habrá de resolver la cuestión sometida a su arbitrio. En este sentido, más que hablar de la búsqueda de la consecuencia jurídica en el ordenamiento, la función principal del juzgador es la de atinar a fijar de manera racional y razonable las premisas de las cuales va a partir su razonamiento y de las cuales se van a desprender las consecuencias jurídicas a su alcance:

"No es que se rechace el modelo de la subsunción, sino que ésta, en cuanto operación concreta, queda reducida a una trivialidad frente al proceso de constitución de las premisas que han de formarla, es decir, frente a la fijación definitiva de los hechos y la correspondiente selección de la hipótesis normativa. Y en esa operación u operaciones el sujeto participa decisivamente orientando el proceso de búsqueda, elaborando categorías, escogiendo entre las diversas opciones que le ofrecen tanto el conjunto del sistema como los criterios metodológicos sancionados por la práctica y por el derecho positivo. Decir que su conocimiento de la norma está –relativamente– determinado por el contexto o que su conocimiento determina –relativamente– a la norma, es indicar el papel constitutivo y no meramente, explorador que le corresponde en la interpretación del derecho para el caso."<sup>57</sup>

Ahora bien, si se parte de que el criterio de funcionalidad en sede de aplicación del Derecho estará constituido precisamente por el Derecho aplicable, y se acepta que este concepto no es más que aludir al resultado de la sede interpretativa, se tiene entonces que la dimensión de lo elegible en el Derecho abarcará todas aquellas interpretaciones del Derecho positivo que pudieran considerarse como racionales en tanto cumplen con el requisito de arrojar una

---

<sup>57</sup> SAAVEDRA, Modesto, "Interpretación del Derecho y Crítica Jurídica." Pág. 23.

norma que a su vez cumpla con los subcriterios de racionalidad de validez y vigencia de la norma.

Sin ánimos de entrar en detalle sobre la racionalidad de cierta significación semiótica jurídica a la luz de la teoría de la interpretación, lo cierto es que el significado de las palabras, siguiendo a Wittgenstein y a Gadamer, será creado a partir de los usos que del texto normativo se hagan. Es decir, el significado encontrará correspondencia en tanto es aceptado por la comunidad lingüística jurídica como válido. Es decir, en lo referente al uso de las palabras, "una semántica criteriológica sostiene que los criterios explícitos que se comparten dentro de una comunidad lingüística determinan el uso correcto de las palabras."<sup>58</sup> Es decir, se hace la referencia al criterio de Aulus Aarnio, que básicamente refiere que la validez de una significación se determinará a partir de su aceptación por el auditorio específico al que vaya dirigido el discurso:

"La dogmática jurídica debe intentar lograr aquellas interpretaciones jurídicas que pudieran contar con el apoyo de la mayoría en una comunidad jurídica que razona racionalmente, (y, en consecuencia) la aceptabilidad racional juega el mismo papel que la verdad en las ciencias empíricas."<sup>59</sup>

En este sentido, por eso es posible calificar una interpretación jurídica como válida en tanto pueda ser aceptada intersubjetivamente por el auditorio jurídico compuesto por personas familiarizadas con la conceptualización técnica del Derecho.

"¿Cómo confiere la sociedad racionalidad a las decisiones, u objetividad al sentido que el intérprete extrae de un texto cualquiera? A través del diálogo y de la comunicación intersubjetiva. En el diálogo que se establece entre las partes en torno al sentido de cualquier realidad o a la orientación de la conducta, se debe presuponer la intención de llegar a un acuerdo libre y sincero sobre la cuestión debatida. Este presupuesto es el que permite hablar de diálogo. Sin él,

---

<sup>58</sup> IGLESIAS VILA, Marisa, "Discreción Judicial y Positivismo Jurídico. Los Criterios Sustantivos de Validez" EN: VÁZQUEZ, Rodolfo, FIX-FIERRO, Héctor, CARBONELL, Miguel (Compiladores), "Jueces y Derecho" Editorial Porrúa, UNAM. México, 2004. Pág. 240.

<sup>59</sup> AARNIO, Aulus, "Lo racional como razonable." Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España, 1991. Pág. 286.

el diálogo sería sencillamente imposible. Dicho presupuesto es el que confiere, además el carácter de la racionalidad de los argumentos empleados con él."<sup>60</sup>

En suma, cualquier interpretación jurídica del texto aplicable, tendiente a calificar jurídicamente la verdad procesal fáctica, que encuentre correspondencia con los criterios de validez y vigencia normativa, podrá ser aceptada como válida en tanto cumple con el criterio de funcionalidad de la decisión discrecional, consistente en que ésta se encuentre fundada en Derecho positivo. Esto responde a que "el intérprete crea porque no hay reglas unívocas para interpretar, porque siempre se encuentra frente a diversas opciones, porque el lenguaje normativo, como todo lenguaje, es forzosamente ambiguo, flexible y contradictorio."<sup>61</sup>

Cabe hacer alguna referencia, si bien fuera breve, a estos dos conceptos de validez y vigencia en tanto se van a erigir como parámetros de lo posible en cuanto al criterio de funcionalidad. Es decir, la interpretación del Derecho podrá considerarse como correcta y formante del ámbito de lo elegible en tanto su resultado sea una norma tanto vigente como válida. La vigencia de una norma responde a la adecuación que existe entre ella y las reglas para su incorporación en el sistema jurídico, es decir, las reglas sobre quién y cómo se decide. En este sentido, una interpretación normativa cumplirá con el requisito de vigencia en tanto se funde en un material jurídico que efectivamente cumple con las reglas que para su creación e incorporación al ordenamiento jurídico se tengan. Por otra parte, el requisito de la validez exige que el contenido de la disposición normativa sea concordante con los parámetros de validez del ordenamiento jurídico, expresados en los derechos fundamentales y los principios de Derecho. En este sentido, se puede decir que cierta interpretación cumple con el test de validez en tanto su significado

---

<sup>60</sup> SAAVEDRA, Modesto, Op. Cit. Pág. 118.

<sup>61</sup> Ibid. Pág. 24.

encuentre correspondencia y concordancia con el respeto de los derechos fundamentales. Ferrajoli entiende los principios jurídicos como criterios de razonamiento inherentes al derecho positivo: "estos criterios no son otra cosa que los principios generales del ordenamiento, esto es, principios políticos expresamente enunciados en las constituciones y en las leyes, o bien implicados en ellas y extraíbles mediante elaboración doctrinal."<sup>62</sup>

En suma, cualquier interpretación que se haga de un texto normativo vigente y que corresponda con los parámetros de validez consagrados en los derechos fundamentales puede considerarse como correcta para el caso concreto, en tanto su elección es volición discrecional del juez al haber cumplido con el requisito mínimo de racionalidad de la decisión jurídica consistente en que ésta se encuentre fundada en Derecho.

Conviene repasar, aunque sea de manera breve, cómo es que la técnica interpretativa de hecho juega un papel fundamental en la racionalidad de la decisión al fijar los parámetros de significación a partir de los cuales se habrá de analizar la validez y vigencia del significado, y por tanto, de la corrección de la posibilidad.

### **3.1. La técnica jurídica y su formación de la dimensión de lo elegible.**

Recalcando que la interpretación del Derecho es un proceso valorativo en manos del intérprete, el papel de la técnica jurídica consiste precisamente en brindar razones que justifiquen la racionalidad de una interpretación normativa en tal o cual sentido. Es decir, se ha de entender la técnica jurídica en sede interpretativa como la habilidad del operador jurídico para brindar razones justificantes del significado que se obtenga a partir de los materiales

---

<sup>62</sup> FERRAJOLI, Luigi, Op. Cit. Pág. 173.

jurídicos vigentes disponibles, sea ya la ley o el principio de derecho positivizado.<sup>63</sup>

La técnica jurídica puede entenderse en dos sentidos aparentemente contradictorios, pero que matizados y comprendidos en su conjunto, ofrecen dos aspectos del proceso de decisión y de la justificación que de éste se pretende. En primer lugar, la técnica jurídica puede entenderse como un método de justificación de una decisión que ya está previamente tomada, y que en consecuencia únicamente será explicada de manera retórica a partir de una de tantas interpretaciones jurídicas. "De esta manera, el llamado método de interpretación no sirve para obtener un resultado sino para justificar un resultado ya decidido de antemano."<sup>64</sup> Por otra parte, la técnica jurídica puede entenderse como un método de obtención de significado, en tanto a través de su utilización se va a justificar un fin derivado de los medios en cuestión. En este sentido parece apuntar la filosofía hartiana:

"Hart sostiene que debido a que la vaguedad es una característica inherente al lenguaje jurídico y a que en la decisión de los casos difíciles existe más de una interpretación razonable, cuando estos casos llegan a los estrados judiciales los jueces tienen discrecionalidad para escoger la interpretación que consideren más apropiada. (...) En estas circunstancias excepcionales, el juez no está aplicando el derecho –porque las reglas no le indican una u otra dirección–, sino creándola para el caso concreto."<sup>65</sup>

Pues bien, la técnica jurídica precisamente puede ser utilizada y entendida en ambos sentidos, porque a final de cuentas de lo que trata es de crear razones justificantes de una decisión. Es decir, se trata de articular un discurso justificativo de tal manera que ofrezca motivos suficientes para demostrar el resultado. La decisión del significado a

---

<sup>63</sup> Si bien es cierto que los principios del Derecho se obtienen de manera inductiva a partir del material normativo positivado, esto puede entenderse a su vez como positivización de los principios, en tanto se desprenden de las reglas jurídicas que cumplen con los parámetros de validez y vigencia normativa.

<sup>64</sup> NIETO, Alejandro, Op. Cit. Pág. 35.

<sup>65</sup> RODRÍGUEZ, César, "La Decisión Judicial" El Debate Hart-Dworkin, Siglo del Hombre Editores. Colombia, 1997. Pág. 34.

*priori* y con esto el uso de determinada técnica jurídica para su justificación no mengua la posibilidad lógica de que a partir de cierta técnica jurídica se obtenga el resultado a posteriori. Lo que sí hay que recalcar es que precisamente la técnica jurídica ha de ser conceptualizada como el método justificativo de la decisión, sea que esta sea obtenida antes o después de las razones.

Lo anterior permite demostrar la maleabilidad de los materiales jurídicos con los que opera el intérprete, puesto que se podrán obtener tantos resultados como su habilidad le permita. Por lo tanto, en sede judicial, se puede afirmar que "la justificación de la sentencia no depende ya de la bondad intrínseca del fallo sino de la habilidad técnica del juez dispuesto a justificar su decisión independientemente de su contenido."<sup>66</sup>

Sin embargo, el hecho de que la técnica jurídica sea un método justificativo de la interpretación no exime al resultado interpretativo de acogerse a los cánones de validez y vigencia, siendo este último el más importante puesto que trata sobre el contenido del Derecho. Ferrajoli sostiene así la obligación de los jueces de usar la técnica jurídica de tal modo que la dimensión de lo elegible se conforme únicamente por aquellas posibilidades que cumplan con este estándar:

"...la interpretación judicial de la ley es siempre también un juicio sobre la ley misma, correspondiendo al juez elegir sólo sus significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por ellas."<sup>67</sup>

A partir de lo anterior es evidente la posible volición del juzgador al tener un libre ámbito de elección conformado a partir de su concepción del Derecho como un resultado del proceso interpretativo.

---

<sup>66</sup> NIETO, Alejandro, Op. Cit. Pág. 302.

<sup>67</sup> FERRAJOLI, Luigi, "Democracia y Garantismo." Editorial Trotta España, 2008. Pág. 211.

### **3.2. La correspondencia del significado a partir del ordenamiento jurídico.**

Si bien se ha argumentado que la dimensión de lo elegible en el Derecho estará formada por todas aquellas interpretaciones posibles que del ordenamiento jurídico en relación al caso en concreto pudiera hacer el juez, en tanto el significado va a estar justificado por los parámetros de vigencia y validez del Derecho así como de la aceptación de la comunidad jurídica al identificar significado con posible uso, dichas interpretaciones no pueden apartarse del ordenamiento jurídico positivo.

Esto es, los materiales que habrán de operar como objetos a interpretar deberán ser extraídos de los cuerpos normativos que al efecto se dispongan, sosteniendo así la divergencia del paradigma positivista entre Derecho y moral. Por lo tanto, los materiales jurídicos a disposición del operador formarán la barrera interpretativa desde la cual el decisor habrá de justificar su decisión en uno u otro sentido. Es decir:

"...hay una vinculación entre ley y fallo, pero este vínculo no es ninguna relación argumentativa, deductiva o no, sino la relación semántica de referencia. El fallo (correcto) está ligado a la ley que él mismo aplica por esa relación. Por esa razón, el fallo no puede salirse de la referencia de la ley."<sup>68</sup>

En suma, la obligación del juzgador para decidir, si bien es de carácter discrecional en tanto existe la posibilidad de extraer diversas interpretaciones y con esto diversos significados a partir de la misma porción de texto normativo, no le exime de fundar dicha decisión en Derecho. Es decir, con independencia de la interpretación en uno u otro sentido que decida, lo cierto es que ésta ha de partir del material jurídico disponible para su manejo. La habilidad técnica del juez no lo puede reconducir a apartarse del ordenamiento jurídico y de la finalidad que éste pretende.

---

<sup>68</sup> NIETO, Alejandro, Op. Cit. Pág. 37.

Esta necesaria relación con el ordenamiento jurídico no le obliga al juez a escoger el significado literal de las palabras, puesto que su contexto de aplicación conformado por los hechos a los que habrá de calificar jurídicamente le condiciona en cuanto al significado. En suma, existe una multitud de factores los que pueden arrojar una pluralidad de interpretaciones como correctas para el caso concreto:

“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente el espíritu y finalidad de aquéllas.”<sup>69</sup>

En consecuencia, la dimensión de lo elegible en la aplicación del Derecho habrá de corresponder a todas aquellas interpretaciones derivadas del ordenamiento jurídico que sean correctas en términos de validez de significado al cumplir éste con los mínimos exigidos: que la ley sea vigente y sea válida en los términos ya descritos. Por lo tanto, la dimensión de lo elegible será tan amplia como corresponda a la habilidad técnica del operador jurídico, puesto que la técnica jurídica ofrece las pautas necesarias para ofrecer razones coherentes que justifiquen la posible significación en una pluralidad de sentidos posibles. Es decir, se pone el acento en el intérprete jurídico, puesto que a partir de él la dimensión de lo elegible tomará forma:

“...la interpretación del derecho tiene lugar de una manera circular, es decir, de que en ella se produce una mutua referencia entre el texto y el intérprete (además de la que se produce entre la norma y los hechos). Como en el caso de la interpretación de cualquier texto, también la interpretación de un texto legal responde a unas necesidades y expectativas actuales del intérprete, que condicionan el proceso seguido para la determinación del sentido y el resultado obtenido.”<sup>70</sup>

En esta línea de pensamiento, la dimensión de lo elegible se conforma por la pluralidad de posibles respuestas ofrecidas desde el ordenamiento jurídico, puesto que el límite interpretativo precisamente

---

<sup>69</sup> SAAVEDRA, Modesto, Op. Cit. Págs. 23-24.

<sup>70</sup> Ibid. Pág. 114.

se fija en la necesidad de tener que usar los materiales jurídicos previstos de manera positiva por el cuerpo normativo como objetos a interpretar.

#### **4. La dimensión de lo elegido en el Derecho.**

En este nivel de análisis se tratará de demostrar que la discrecionalidad en el Derecho ya en su dimensión de lo elegido dará cuenta sobre el test de razonabilidad a la luz de la concepción del Derecho que sostenga el juez. Es decir, tratará sobre la correspondencia que vincula una determinada interpretación del Derecho a la luz del caso concreto con las razones que para ello se den. Es decir, es un análisis de la motivación jurídica.

Teniendo en cuenta el requisito indisoluble de que la resolución en sede jurisdiccional se encuentre fundada en Derecho, ya se argumentó que en realidad esta fundamentación responde a un proceso interpretativo que puede tener como resultado distintas respuestas, todas ellas válidas mientras cumplan con los requisitos mínimos de racionalidad del Derecho (norma válida y vigente), por lo que la razonabilidad únicamente será un análisis que demuestre que la técnica jurídica empleada se justifica mediante argumentos válidos y no contradictorios. Dicho de otra manera, la razonabilidad tratará sobre la efectiva correspondencia entre razones y decisión:

“Dentro del “marco de la regularidad” el órgano aplicador tiene un sinnúmero de posibilidades de aplicación; de entre las cuales escogerá una que convertirá en derecho. El derecho se crea por actos de voluntad.”<sup>71</sup>

Ahora bien, esta decisión jurisdiccional, que a final de cuentas es voluntarista en razón de ser ejercida de manera libre (característica esencial de la discrecionalidad) tendrá que estar respaldada por razones justificantes de su dicho, es decir, por el contenido de razonamiento de la técnica jurídica.

---

<sup>71</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, Op. Cit. Pág. 117.

"...el juez aparenta, mediante una técnica de argumentación bastante elaborada, que su decisión puede ser deducida o fundada en la ley o en la constitución, en su caso (vid. *ibid.*, p. 135) (...) las máximas de interpretación... son implementos de una técnica que habilita el juez para alcanzar la conclusión que considera deseable en las circunstancias, y al mismo tiempo preserva la ficción de que sólo está obedeciendo la ley y los principios objetivos de interpretación"<sup>72</sup>

Dejando atrás el dilema sobre si los métodos de interpretación resultan ser justificantes *a priori* o *a posteriori* de la decisión, lo cierto es que ésta, para considerarse fundada en Derecho, deberá de expresar las razones vinculantes entre el fallo y una determinada concepción del Derecho, de entre tantas posibles, que tenga el juez. Con independencia del contenido final de la decisión, lo cierto es que el paradigma positivista en el dictado de la resolución le conmina a motivar el iter justificativo de resolución y concepción del Derecho. En este sentido, los métodos de interpretación en realidad se revelan como un método de justificación de las determinaciones en sede judicial.

La exhibición de las razones que el juez pretende para soportar tal o cual decisión se da en el marco de la verdad procesal fáctica como un método de demostración de inferencia, en donde se evoca en razonar sobre la correspondencia que de hecho existe entre el ordenamiento jurídico y los hechos concretos. Es decir, se trata de una calificación deóntica de la conducta a partir del Derecho, de donde se infiere la obligación, prohibición o permisión de la conducta a juzgar. A final de cuentas, la esfera de lo elegido otorga razones para la legitimación de la acción judicial.

De tal suerte, el ordenamiento jurídico se revela como un conjunto de razones para la acción, de las que el juzgador ha de extraer la calificación deóntica de las conductas que ante él se propongan. Sin embargo, dicho conducto no es perfecto y se encuentra únicamente como un marco de posibilidades, moldeable

---

<sup>72</sup> ROSS, Alf, "Sobre el Derecho y la Justicia." Traducción de Genaro Carrió. Eudeba. Argentina, 1970. Pág. 147.

en sede interpretativa. ¿Hacia cuál versión de todas las racionales del Derecho positivo se ha de inclinar el juez? Pareciera ser que la respuesta consiste en buscar un criterio unificador del sistema con tal de perseguir la tan añorada coherencia jurídica. Es decir, se trata de la búsqueda de un metacriterio que responda a la razonabilidad y permita guiar a la razón hacia la respuesta más correcta, entendida como la más razonable.

“Así como la existencia de múltiples teorías normativas exige contar con un criterio para decidir cuál de ellas es la correcta, también la existencia de diversas propuestas metaéticas exige algún parámetro que permita determinar cuál es la metaética correcta.”<sup>73</sup>

Con independencia de lo anterior, lo importante sobre la esfera de lo elegido es dar cuenta de que la decisión del juez indefectiblemente deberá de ir acompañada de razones que justifiquen que efectivamente existe una correspondencia entre el orden jurídico y la calificación normativa que se le otorga a la verdad procesal fáctica en juicio.

Es decir, se trata de justificar, a final de cuentas, que los hechos en concreto pueden ser subsumidos en la previsión genérica contenida en el ordenamiento jurídico, puesto que es a partir de dichas razones que se legitimará la tarea judicial. En la libertad de movimiento que el Derecho otorga a la decisión, deberá de haber plena correspondencia entre lo genéricamente previsto y lo concretamente dictado.

En suma, se puede caracterizar la razonabilidad en la discrecionalidad de la decisión sobre qué Derecho se va a dictar como la correspondencia entre las razones justificativas de la decisión y la decisión misma. Por medio de la técnica jurídica se demuestra que en efecto cierta interpretación del ordenamiento jurídico es

---

<sup>73</sup> REDONDO, María Cristina, “La Justificación de Decisiones Judiciales” EN: VÁZQUEZ, Rodolfo, FIX-FIERRO, Héctor, CARBONELL, Miguel (Compiladores), “Jueces y Derecho.” Editorial Porrúa, UNAM. México, 2004. Pág. 269.

plausible, y por tanto se encuentra resguardando el valor de la seguridad jurídica que debe regir a las sentencias.

La decisión por una u otra interpretación posible constituye así el ámbito de libertad del juzgador, en donde el metacriterio de la decisión estará conformado por su impresión de los valores que rigen el sistema jurídico. En esta tesitura, la discrecionalidad que guarda el ordenamiento al otorgarle al juez la libertad de decidirse por una interpretación literal y restrictiva de cierto texto normativo, o en vez de ello optar por una interpretación teleológica y más amplia constituye en sí misma el carácter dinámico del Derecho, que gracias a esta flexibilidad le ofrece al juzgador las herramientas de seguir sosteniendo el paradigma de que a final de cuentas la decisión ha de estar fundada en Derecho. Las razones que justifiquen la decisión se constituyen así como el parámetro de la razonabilidad de discrecionalidad en el Derecho, en tanto que a partir de su evaluación las partes podrán valorar la corrección de la consecuencias prevista.

En suma, la calificación jurídica que el juez le otorgue a la verdad procesal fáctica se compondrá a su vez por una determinada consecuencia ya prevista en el ordenamiento jurídico, y que esta sí podrá ser expresada mediante la subsunción. Hay que recalcar el punto de que la discrecionalidad judicial se encuentra precisamente en la relación de los hechos fácticos con el Derecho, es decir, con la calificación jurídica que le corresponde. Las consecuencias de Derecho que de ello se desprendan serán parte formante e integral de la norma jurídica, que no es más que la calificación deóntica que sobre una determinada conducta prevé el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, se puede hablar de una decisión más o menos razonable en la medida en que las razones que exprese para soportar determinada interpretación del Derecho sean concordantes con la idea que del Derecho sostenga el juez. A final de cuentas, este

metacriterio sobre cuál es la verdadera impresión del Derecho se encuentra en la arena de lo político, puesto que carece de una fundamentación desde el Derecho.

Lo que no puede quedar sin mencionarse es que la decisión a final de cuentas estará regida por la concepción que del Derecho como sistema y como herramienta de ciertos valores tenga el juez. Si se parte de la idea de que el Derecho no es más que un sistema mecánico de previsión cuyo máximo valor es la seguridad jurídica, se corre con la posibilidad de tener un sistema estático que no se adecue a las condiciones siempre dinámicas de la vida social. Si en cambio se tiene una concepción del Derecho como un sistema dinámico destinado a otorgar justicia más que seguridad jurídica, es entonces que el juez a final de cuentas precisamente decidirá en justicia, después encontrando la manera de justificar en Derecho. Valga esta anécdota para ilustrar el punto:

"El famoso magistrado de la Suprema Corte de Estados Unidos, el célebre jurista Benjamín Cardozo –cuenta Recaséns Siches– comentaba, con la mayor sinceridad, en su libro *The Nature of The Judicial Process*, cómo resolvía los litigios sometidos a su conocimiento. En términos generales, él no seguía ningún método de interpretación específico. A decir verdad lo que hacía primero era buscar la solución que le parecía justa; después se preocupaba de ver cuál de los métodos de interpretación podía servir para justificar la decisión que ya de antemano había tomado."<sup>74</sup>

La dimensión de lo elegido se constituye así como el pilar de la impartición de justicia a través de la potestad discrecional que el juez tiene para decidir cuál Derecho es el aplicable. Si bien es cierto que encuentra su límite en la exigencia de decidir a partir del ordenamiento jurídico, no menos cierto es que su pericia y su conciencia sobre la justicia expresada en el Derecho a final de cuentas serán los metacriterios que, en líneas generales, decidirán lo justo revestido de legal.

---

<sup>74</sup> RECASÉNS SICHES, Luis, Op. Cit. Pág. 550.

## **CONCLUSIONES**

### **1. Discrecionalidad formal y sustancial.**

Vistos los argumentos presentados a lo largo del escrito, y analizando detenidamente la discrecionalidad operativa que impera tanto en la decisión sobre la *quaestio facti* como en la decisión sobre el Derecho aplicable, resulta claro que la decisión judicial a final de cuentas encuentra su naturaleza en la de ser de carácter interpretativo. Lejos de ser un proceso cognitivo en donde la información únicamente es asimilada por parte del operador jurídico, lo cierto es que dentro del proceso jurisdiccional el juzgador se enfrenta a dos decisiones trascendentales que habrán de marcar el rumbo del silogismo final: la caracterización de la verdad fáctica y su transformación en presupuesto de hecho normativo.

Siendo que en el caso de la verdad fáctica ésta se logra a partir de la valoración de los hechos probatorios presentados ante el juez en aras de discernir una realidad que servirá para efectos del proceso, con independencia de su plena correspondencia con el mundo de lo fáctico en tanto funcionará como premisa fáctica necesaria para dictar el Derecho correspondiente, lo cierto es que se trata de un ejercicio de interpretación en tanto se le asigna de manera subjetiva determinado peso a cada uno de los elementos que conforman la inducción de la realidad a demostrar. Es decir, a partir de la interpretación de determinados hechos probatorios se establece la fuerza demostrativa que ellos hacen de un pasado incierto que

pretenden esclarecer, siendo entonces tarea del juez el decidir sobre su peso y plausibilidad. Dicho de otro modo, se significan los hechos del presente con la finalidad de concordarlos con una posible acepción del pasado.

Por otra parte, siendo los textos normativos enunciados genéricos que no adquieren su verdadero significado sino hasta que son contrastados con los hechos fácticos que a su arreglo se proponen, resulta igualmente contundente afirmar que el Derecho es en realidad el producto interpretativo de los enunciados normativos en relación con los hechos que para ello se proponen. Es decir, al hablar de calificaciones deónticas en abstracto únicamente se está determinando un marco de posibilidades de proposiciones normativas, que no adquieren verdadera certeza sino hasta que determinan la suerte de una conducta que ante ellos se propone. Y esto es así ya que cualquier intento por parte del intérprete de caracterizarle, aún de manera abstracta, se encuentra sujeto a la subjetividad inherente a él. No es sino hasta que un caso en concreto se presenta ante la regla jurídica y se decide lo consecuente, que se está ante el verdadero Derecho, concebido como la finalización de la creación normativa que comienza con el legislador y termina con el juzgador-intérprete. Es decir, de lo que se trata a final de cuentas es de hacer una traducción de la verdad fáctica en un presupuesto de hecho, para poder asignarle la consecuencia jurídica correspondiente.

Con lo anterior se trata de evidenciar que al ser el Derecho, concebido como la regla deóntica aplicable a determinados hechos, un producto interpretativo tanto en la valoración de los hechos como en la del Derecho aplicable, existe la posibilidad de que la decisión se haga a partir de una pluralidad de posibilidades, todas ellas igualmente plausibles en tanto cumplen con el mínimo de racionalidad exigido para considerarse como elecciones válidas. Es

decir, la corrección de la decisión en cuanto a qué hechos se van a considerar como válidos o a qué regla deóntica es la posiblemente aplicable puede ser configurada a partir de una pluralidad de posibilidades, sin que por esto varíe su grado de validez.

En el caso de los hechos, toda vez que el mínimo de racionalidad que conforma la dimensión de lo elegible atiende a criterios de posibilidad consistentes en la plausibilidad de una u otra versión de la realidad a juzgar que de hecho pudiera haber ocurrido en relación con los hechos probatorios presentados ante el juzgador, se infiere que en función de que el razonamiento llevado a cabo por el decisor es práctico, es decir, que es utilizado por la necesidad de tomar una decisión racional a la luz de determinados hechos probatorios singularizados, se abre la ventana para la posibilidad de que exista más de una versión *creíble* de las consecuencias demostrativas de dichos hechos. Es decir, toda vez que el juez dilucida hechos probatorios, cabe la posibilidad que la interpretación de que de ellos haga arroje más de una respuesta que cumpla con los criterios de racionalidad exigidos por el estándar de la lógica.

En el mismo sentido, siendo los textos normativos un objeto de interpretación a la luz de determinados hechos que previamente se decidieron, se abre la posibilidad a que se puedan significar en más de una manera, todas ellas igualmente válidas, en tanto la forma en la que están expresados es necesariamente abstracta en razón de estar formulados por medio del lenguaje. Nieto parece seguir este razonamiento cuando afirma que “la discrecionalidad es omnipresente, puesto que no depende de que haya ley o no; sino del grado de concreción –que siempre ha de existir, poco a mucho- de la ley.”<sup>75</sup> Es decir, la posibilidad de la existencia de una pluralidad de significados estará fundada en razón de la discrepancia en el resultado de todas aquellas interpretaciones jurídicas posibles del texto

---

<sup>75</sup> NIETO, Alejandro, Op. Cit. Pág. 258.

normativo, siempre y cuando cumplan con los criterios de ser calificaciones deónticas válidas y vigentes, como ya se tuvo oportunidad de señalar previamente.

Con el anterior razonamiento se trata de evidenciar que en razón de que la decisión judicial es naturalmente práctica, existe cuando menos la posibilidad de que por la forma en que opera el razonamiento judicial, la dimensión de lo elegible tanto en los hechos como en el Derecho se encuentre conformada por más de una alternativa plausible, todas ellas igualmente válidas por cumplir con el mínimo de racionalidad exigido en cada uno de sus ámbitos.

Dicho de otra manera, por la forma en que se encuentra diseñado el proceso judicial y por la naturaleza del razonamiento práctico llevado a cabo en sede judicial por los juzgadores en el ejercicio de su facultad jurisdiccional, es válido afirmar que existe la posibilidad que la decisión judicial sea llevada a cabo de manera discrecional, esto es, ejerciendo la libertad de elección a partir de una pluralidad de posibilidades.

Con lo anterior de ninguna manera se quiere afirmar que toda decisión judicial es discrecional en el fondo; al contrario, existen algunos casos en que la racionalidad de la decisión relativa tanto a los hechos como al Derecho constriñe a una única respuesta posible, puesto que únicamente ella cumple con el mínimo de racionalidad exigido por el proceso de toma de decisión. Entendiendo que en determinadas ocasiones la dimensión de lo elegible se conformará únicamente por un elemento, es que se puede hablar de respuestas únicas, sin que la volición del juzgador juegue un factor relevante en la decisión puesto que el proceso de racionalidad arrojará únicamente un resultado posible.

Entendido lo precedente, es posible hablar de una dimensión sustancial de la decisión judicial, identificándole con la dimensión de lo elegible, en la que se dará cuenta del número de posibles

respuestas correctas a un problema jurídico. Si la racionalidad de la elección permite hablar únicamente de una respuesta unívoca por encontrarse ésta como la única capaz de superar el test de racionalidad exigido por la operatividad de la decisión jurisdiccional, se puede hablar sin lugar a dudas de una única respuesta correcta. En este sentido, no habría espacio para la discrecionalidad en su dimensión de lo elegible, puesto que no podría ejercerse el arbitrio del juzgador al no tener una pluralidad de respuestas posibles de las cuales pudiera seleccionar alguna como correcta.

Lo anterior es posible evidenciarlo en el caso de los hechos, suponiendo que exista una serie de hechos probatorios que en su conjunto pudieran arrojar como posible solo una realidad, en tanto que de su interpretación y la racionalidad de la lógica imperante en ella solo se derivará como posible una y solo una realidad. En este sentido, el juzgador no estaría en posición de elegir una realidad posible puesto que no habría una pluralidad de posibilidades sobre la cuál pudiera ejercer su arbitrio. Piénsese en el caso de contarse con los hechos probatorios A, B y C, y que ellos únicamente pudieran ser interpretados de manera lógica y racional como demostrativos de la verdad fáctica Q, ya sea de manera individual o en su conjunto, y que no existiera posibilidad de que una verdad fáctica alternativa pudiera ser demostrada en virtud de la fuerza de los hechos probatorios en cuestión. En este caso en particular, es posible afirmar que no habría lugar para la discrecionalidad en la dimensión de lo elegible, porque a final de cuentas dicha dimensión estaría conformada únicamente por una sola respuesta.

De igual manera, en el caso del Derecho, pudiera darse el caso de que a través de todas las posibles interpretaciones jurídicas que de un texto normativo pudieran realizarse, se obtiene el mismo resultado, sin que haya discrepancia alguna en los contenidos normativos obtenidos por vía de la valoración jurídica. En este sentido, no podría

hablarse de que el juez tuviera a su disposición más de un significado de la proposición normativa en tanto la técnica jurídica le constreñiría a un solo resultado. En este caso, no podría hablarse de la libertad de elegir el resultado que más le parezca o que se acomode más a los valores personales del juez, puesto que la decisión racional es solo una. Es de tal suerte que no operaría la discrecionalidad en su dimensión de lo elegible, puesto que no habría la pluralidad de posibilidades, característica necesaria para conformarle. Piénsese que a partir de la interpretación del texto normativo A en su sentido literal, teleológico, sistemático, histórico, pragmático, económico, o cualquier otra clase de interpretación disponible en virtud de la técnica jurídica, se llegara al mismo contenido normativo; no podría hablarse de una pluralidad de posibles significados en tanto que mediante el uso de cualquiera de las posibilidades interpretativas se arrojaría el mismo resultado. En este sentido, no podría hablarse de una discrecionalidad en la dimensión de lo elegible, puesto que dicha dimensión solo estaría conformada por un único elemento, siendo así que la volición del juzgador no tendría espacio para operar.

Sin embargo, si bien es cierto que en la dimensión de lo elegible cabe hablar de una única respuesta correcta y por tanto de la desaparición de la discrecionalidad judicial en sentido sustancial, en tanto que la dimensión de lo elegido dará cuenta de las razones que se esgriman para justificar la decisión como racional, es posible afirmar que en toda decisión judicial puede operar la discrecionalidad en su sentido formal, puesto que las razones que justifiquen la decisión pueden variar, no obstante que el resultado sea el mismo. En consecuencia, es posible hablar de la siempre imperante discrecionalidad de la decisión judicial al menos en su dimensión de lo elegido.

En aras de evidenciar la anterior afirmación, cabe retomar el ejemplo de la respuesta unívoca en la dimensión de lo elegible en el

caso de los ya mencionados hechos probatorios A, B y C que solo posibilitan de hablar de una verdad fáctica Q. Si bien es cierto que el resultado sustancial será siempre el mismo (la verdad fáctica Q), no menos cierto es que la manera en que se pretenda justificar dicho resultado de hecho puede variar. Es decir, el juzgador puede otorgarle plena convicción demostrativa al hecho probatorio A, sin siquiera tomar en cuenta los hechos B y C, o incluso tomar en consideración B y C sin reparar en A. Cualquier combinación interpretativa de los hechos probatorios llevada a cabo por el juzgador pudiera arrojar exactamente el mismo resultado (la verdad fáctica Q), sin embargo, cuenta con plena libertad para esgrimir las razones que a su juicio considere convenientes para respaldar su decisión y que dicha decisión sea correcta en términos de su racionalidad. Es decir, se habla de una libertad en la dimensión de lo elegido en tanto esta dará cuenta de las razones que llevaron a considerar una respuesta racional como tal.

Por su parte, en el caso de la interpretación de los enunciados normativos, si bien tanto la interpretación literal, como la sistemática, la teleológica o cualquier otra necesariamente arrojaran el mismo resultado X, el juzgador aún así estaría en libertad de escoger solo una de ellas como razón justificativa de su decisión, o inclusive una combinación de ellas. En este sentido, el intérprete jurisdiccional cuenta con la potestad de justificar la decisión que lleva a cabo mediante la técnica jurídica de su preferencia. Si bien el resultado interpretativo de hecho podría no variar, las razones que clarifiquen su decisión pudieran ser de lo más diversas.

En consecuencia, pudiera hablarse que a partir del análisis de la dimensión de lo elegido, entendido éste como el análisis de las razones que justifican la decisión racional contenida en la dimensión de lo elegible, toda decisión jurisdiccional es discrecional en tanto no se le puede constreñir al decisor en sede jurisdiccional sobre la forma

de las razones que otorgue para arribar a la decisión. Es decir, si bien pudiera afirmarse que el fondo de la decisión está dado y constreñido por los parámetros de la racionalidad, la razonabilidad, al ser una cuestión personalísima que solo se puede generar a partir de la habilidad interpretativa y la volición del juzgador, se erige como la forma de la decisión, que necesariamente va a gozar del elemento de libertad propio del juez para justificar su decisión.

Únicamente entendiendo de esta manera que la discrecionalidad judicial opera en todos los casos de manera formal y solo en algunos casos de manera sustancial, es que se puede explicar el razonamiento en sede judicial, dando cuenta de la pluralidad de razones esgrimidas por los diversos jueces respecto de una misma cuestión que convergen en el resultado.

En este sentido, podría hablarse que existen tantas decisiones como jueces en tanto cada uno de ellos podría justificar una misma decisión desde diferentes perspectivas y dando cuenta de la más amplia variedad de razones prácticas para respaldarla, siendo que la similitud de razones entre ellos es contingente y no necesaria para hablar de la racionalidad de la decisión. Con ello de igual manera se da cuenta de la subjetividad epistemológica que existe en el proceso de la decisión judicial, puesto que al ser éste dirigido por un juez que, ante todo, es una persona individualísima, se puede justificar que exista una pluralidad de razones justificantes de una misma decisión en tanto ésta sea tomada por el sujeto A o el B o el C, y todas ellas lleguen al mismo resultado.

En consecuencia, se pretende evidenciar que si bien es cierto que en algunos casos la racionalidad de la decisión constriñe a una única respuesta que pudiera considerarse correcta, las razones justificantes de ella pudieran ser de lo más variadas, todas ellas válidas en tanto razonables al evidenciar la relación causal entre la determinación y las razones que para ello se tuvieron.

Evidenciando lo anterior de manera bastante sintética, es preciso señalar que la decisión en sede jurisdiccional se conforma por dos elementos: por la determinación de la regla deóntica y las razones que justifiquen dicha determinación. Si bien en cuanto a la determinación pudiera haber casos de respuesta única y por tanto que no se encuentra sujeta a la discrecionalidad del decisor, la forma en que se justifique dicha decisión siempre se encontrará abierta a una pluralidad de justificaciones coherentes y plausibles que le otorguen el soporte causal necesario para tenerle como racional y razonablemente demostrada. Es decir, puede haber decisiones que no sean discrecionales en cuanto a su fondo, pero que sí lo serán en cuanto a su forma. A final de cuentas, la subjetividad que impera al concebir al Derecho como un proceso interpretativo justifica plenamente la anterior consideración.

## **2. Los peligros de la discrecionalidad judicial.**

Una vez hecha la aclaración anterior que permite hablar de la discrecionalidad –al menos en su sentido formal– de todas las decisiones judiciales, conviene hacer un repaso de los posibles vicios que una decisión en sede judicial pudiera tener a la luz de las herramientas conceptuales que se han venido desarrollando a lo largo del presente escrito. Es pertinente mencionar que las siguientes consideraciones son aplicables tanto a aquellas decisiones que son discrecionales en sentido fuerte, es decir, que se encuentran al arbitrio judicial tanto en su fondo como en su forma, como a aquellas decisiones discrecionales en sentido débil, es decir, que solo lo son en cuanto a su forma. Cabe mencionar de igual manera que el desarrollo que se hará será un tanto puntual en tanto se configura como necesario para el análisis final del paradigma renovador que se está tratando desde el inicio del presente, aclarando al lector que en

realidad el tema es mucho más profundo y bien valdría la pena estudiarlo de manera autónoma por la amplitud de su contenido.

### **2.1. Lo irracional.**

En primer lugar, si se tiene presente que una decisión deberá cumplir primeramente con un test de racionalidad consistente en que ésta se adecue a la dimensión de lo elegible en tanto se encuentre fundada en una posible determinación válida y vigente del Derecho, lo cierto es que con independencia de cuál de todas las posibles interpretaciones del Derecho aplicable es la que se elija, la decisión deberá de corresponder efectivamente con una de ellas para considerarse racional. En este sentido, la dimensión de lo elegible funciona como una capa excluyente de todas aquellas decisiones que no se acomoden en su interior. Entonces, para hablar de una decisión correcta, ésta necesariamente se tendría que adecuar a alguna de las posibilidades que la interpretación del Derecho en relación con la verdad fáctica ofrezca. En este mismo sentido, el profesor de Harvard, Frederick Schauer, afirma que:

"...la esencia de la toma de decisiones basada en reglas se apoyaría en el concepto de jurisdicción, ya que las reglas restringirían el espectro de factores que han de considerar los decisores y establecerían así limitaciones sobre su jurisdicción."<sup>76</sup>

Pudiera caracterizarse entonces la falta de adecuación entre la decisión y la dimensión de lo elegible como irracionalidad de la decisión, puesto que no estaría cumpliendo con el mínimo de racionalidad establecido por el criterio delimitador de la decisión jurisdiccional. Entonces se hablaría de que una decisión es irracional en tanto no corresponde a ninguna de las posibles interpretaciones del Derecho que se tengan para el caso en concreto. Es decir, se declararía la ilicitud de la decisión judicial en tanto ésta no puede ser

---

<sup>76</sup> SCHAUER, Frederick, "Las Reglas en Juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana." Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. España, 2004. Pág. 35.

imputada a la interpretación de algún texto normativo aplicable al caso. En suma, se estaría ante la presencia de una indebida o inexacta fundamentación jurídica de la decisión, por adolecer de la porción jurídica normativa necesaria y aplicable para la resolución jurisdiccional.

A manera de ejemplo, una decisión sería irracional cuando no se funde en una de las posibles interpretaciones del Derecho que cumplan con los subcriterios de validez y vigencia de éste, alejándose así de la dimensión de lo elegible.

## **2.2. Lo arbitrario.**

Tomando en cuenta el contenido de la dimensión de lo elegible, la decisión discrecional deberá de dar cuenta de la elección que se haga por medio de razones que evidencien que efectivamente existe una correspondencia entre la decisión tomada y su localización dentro de la dimensión de lo elegible. Es decir, para la completitud de una decisión discrecional en sede jurisdiccional no basta en que ésta se encuentre dentro del ámbito de posibilidades ofrecidas al decisor, sino que además se le exige que ofrezca las razones que clarifique de qué manera existe una correspondencia entre la decisión que se toma y la posibilidad existente para ello.

En consecuencia, existirá arbitrariedad cuando las razones que traten de evidenciar la elección realizada y su correspondencia con la dimensión de lo elegible sean nulas o erróneas, es decir, que fallen en justificar el *iter* lógico entre lo posible y lo elegido. En este sentido, la arbitrariedad es una ilegitimidad en la decisión judicial en cuanto corresponde a la motivación que de ésta se haga, pudiendo haber total ausencia de motivación en los casos más extremos o indebida motivación en los casos de error en la coherencia y congruencia de las razones.

Si se habla de que la dimensión de lo elegible corresponde a un marco de posibilidades de decisión, "el objetivo de la motivación es permitir la comprobación de que la sentencia, en efecto no se ha salido del margen de actuación concedido al juez por la ley."<sup>77</sup>

A manera de ejemplo, pudiera hablarse de una decisión que es efectivamente racional por encontrarse fundada en una interpretación del Derecho posible, pero que, sin embargo, no especifica las razones y motivos que lleven a demostrar que existe una correspondencia entre la decisión y la dimensión de lo elegible. En este caso, se estaría ante la presencia de una decisión racional pero arbitraria, y por tanto, ilícita, por carecer de motivación.

### **2.3. Lo irrazonable.**

Si se toma en consideración que el análisis de la decisión discrecional en la dimensión de lo elegido dará cuenta de las razones para elegir una de tantas posibles respuestas con independencia de que todas ellas sean igualmente válidas en tanto cumplen con el mínimo delimitado por la racionalidad de la decisión, es decir, que se encuentre fundada en una posible interpretación del Derecho, se tiene entonces que una decisión será irrazonable en tanto no exista correspondencia entre la efectiva determinación de la decisión y el cúmulo de razones que se esgriman en atención al metacriterio utilizado para llevar a cabo dicha decisión.

Retomando lo argumentado con anterioridad en el sentido de que si bien la dimensión de lo elegible alberga distintas posibilidades de decisión que todas ellas son igualmente válidas en tanto racionales y adecuadas al criterio delimitador de ésta, la razonabilidad de la decisión entonces daría cuenta de un metacriterio para decidir, que en el caso del Derecho estaría conformado por la misma idea que del Derecho tenga el juez. Es decir, la razonabilidad de la decisión sería

---

<sup>77</sup> NIETO, Alejandro, Op. Cit. Pág. 139.

una cuestión meramente política, construida a partir del metacriterio conformado por la idea que el juez tenga de lo que es en realidad el Derecho a aplicar. Ya sea que a éste se le caracterice como el Derecho más justo, el más equitativo, el positivo o incluso el literal, lo cierto es que la razonabilidad de la decisión deberá de dar cuenta de la correspondencia existente entre éste y la decisión que efectivamente se toma.

Con el análisis de la dimensión de lo elegido se deberá evidenciar cualquier vicio de irrazonabilidad que se genere en la toma de la decisión discrecional, puesto que al tratar de la correspondencia entre la motivación y la decisión, deberá exponer las causas por las que se pretende justificar el uso de las razones que para hacer la elección se den, incluso en aquellos casos de discrecionalidad débil. Es decir, la razonabilidad de la decisión da cuenta de la correspondencia entre las razones que otorgue el decisor para elegir cierta manera de llegar a un resultado racional y no otra, incluso si éste no se encuentra inserto en una pluralidad de posibilidades.

En este sentido, el vicio de una decisión irrazonable se pudiera caracterizar a manera de ejemplo en aquella decisión jurisdiccional discrecional que se encuentra fundada en una interpretación teleológica del texto normativo, misma que es válida por ser racional y no es arbitraria por discernir que efectivamente corresponde a una interpretación teleológica, pero que, sin embargo, no será razonable si adolece de justificar el porqué se escogió esa interpretación sobre una literal que pudiera conducir al resultado contrario, aunque igualmente racional por corresponde a una de las posibles interpretaciones del Derecho. Es decir, no se exhiben las razones para hacer evidente el metacriterio de la decisión discrecional. En este sentido, la decisión sería racional al encontrarse debidamente fundada, no arbitraria al encontrarse debidamente motivada, pero

irrazonable por no especificar las razones de su elección sobre cualquier otra.

### **3. De la seguridad jurídica a la tutela judicial efectiva.**

El paradigma positivista dominante en la actualidad sostiene que una decisión encuentra plena validez en tanto no sea irracional ni arbitraria. Esto es, le exige al juzgador al momento de tomar la decisión que ésta se encuentre fundada en Derecho válido y vigente y que a su vez explique las razones para considerar que es aplicable al caso en concreto. De cierta manera, pudiera decirse que el paradigma de la seguridad jurídica en la arena jurisdiccional le exige al decisor dar cuenta de que efectivamente su decisión se encuentra debidamente fundada y motivada, sin reparar en que a partir de la concepción del Derecho como interpretación, la fundamentación pudiera ser más de una, y la motivación, como consecuencia de ello, también.

En suma, la seguridad jurídica le exige al juzgador dar cuenta de la configuración de que la decisión encuentra correspondencia en la dimensión de lo elegible, exigiéndole inclusive los motivos para determinar que esta decisión se encuentra ahí. Sin embargo, el paradigma de la seguridad jurídica no da cuenta de la dimensión de lo elegido, puesto que no le exige al juzgador evidenciar las razones que le llevaron a preferir la interpretación literal por encima de la teleológica, aún en aquellos casos en los que el resultado pudiera ser el mismo.

Obviamente el problema se agrava cuando a partir de diversas interpretaciones de la misma porción normativa se llegan a consecuencias jurídicas contradictorias, siendo así que, en consecuencia, el criterio de la seguridad jurídica únicamente exige que la decisión judicial sea racional, pero no exige criterios para

evidenciar que a su vez es razonable en tanto corresponde a una visión particular que del Derecho tenga el juez.

Por lo tanto, bajo el paradigma de la seguridad jurídica únicamente se le exige al juez que su decisión se encuentre fundada en alguna de tantas posibles interpretaciones válidas del Derecho, sin que argumente las razones del porqué se eligió esa determinada concepción del Derecho en detrimento de otras igualmente racionales, pero que seguramente atienden a otros valores.

En este sentido, y como respuesta al fenómeno de la discrecionalidad judicial, se propone la transición hacia la tutela judicial efectiva, entendida ésta como la toma de la decisión judicial basada no solo en la elección de una posible interpretación del Derecho racional, sino que además sea razonable al evidenciar las razones del porqué se ha elegido esa interpretación y no alguna de las otras igualmente racionales.

Se trata de caracterizar a la tutela judicial efectiva como una decisión judicial transparente, que efectivamente dé cuenta del carácter valorativo del Derecho en manos del juez, que como intérprete desarrollará su volición por una particular visión del Derecho que pudiera ser contradictoria con alguna otra que, a pesar de cumplir con el estándar de encontrarse dentro de la dimensión de lo elegible, no cumplió con su expectativa particular para ser una respuesta a la necesidad de administración de justicia en un caso particular.

Es decir, se trata de una transición de la exhibición de las razones para tomar una decisión judicial a justificar esas razones como fundantes de la mejor decisión posible, misma que será decidida en atención a los valores que el juez considere supremos y más adecuados para el criterio de administración de justicia.

Con esto no se pretende establecer criterios para afirmar a priori que una decisión racional es mejor que otra, no obstante que ambas

podieran ser igualmente válidas en atención a ser igualmente racionales por cumplir con el mínimo exigido por la seguridad jurídica; de lo que se trata es de transparentar las razones que efectivamente llevan al decisor a considerar que determinada concepción del Derecho aplicable para el caso concreto es mejor y más plausible que alguna otra posible.

Si se afirma que en aquellos casos de discrecionalidad fuerte el juzgador tiene la volición y libertad de escoger cualquier opción de Derecho aplicable siempre y cuando cumpla con el mínimo criterio exigido por la racionalidad, la tutela judicial efectiva le exige, además, que justifique por qué se ha tomado dicha decisión en detrimento de las otras, exhibiendo las razones que conforman la dimensión de lo elegido en su potestad discrecional. Se trata de exigir al juez un nuevo mínimo en su motivación, en donde evidencie no solo que su decisión es posible por ser racional, sino que además su decisión es la mejor atendiendo a la concepción de justicia que del caso en particular tenga.

De igual manera, en aquellos casos de discrecionalidad débil, se trata de exigirle al juez que justifique por qué la elección que está haciendo se configura como la única posible en relación a la racionalidad de ésta, disipando cualquier duda que pudiera surgirle al justiciable sobre la posibilidad de alcanzar algún otro resultado del contenido jurídico del Derecho a partir de una diversa interpretación.

En suma, la tutela judicial efectiva como nuevo paradigma de la decisión judicial exige que se dé cuenta de ambas dimensiones de la discrecionalidad judicial: de la dimensión de lo elegible en tanto ha de justificar que su decisión se encuentra fundada en Derecho, y de la dimensión de lo elegido, en tanto ha de justificar que su decisión es la mejor posible en atención a su particular y valorativo punto de vista sobre lo que el Derecho dicta para el caso en concreto.

De esta manera, el análisis de la decisión judicial a partir de su concepción como un proceso discrecional –ya sea en sentido fuerte o débil– arroja los elementos conceptuales necesarios para dibujar un nuevo paradigma que permita al justiciable conocer con mayor amplitud las razones que efectivamente tuvo el juzgador para dictar la resolución, tanto las razones que apoyan una determinada concepción del Derecho como las razones que justifican que dicha concepción es mejor que cualquier otra. Se trata de crear un paradigma renovador del proceso jurisdiccional que permita la transparencia en la decisión y remueva la siempre temible opacidad y el aberrante secretismo.

Si se considera que en toda decisión judicial existe un metacriterio que va a dictar la preferencia por determinada concepción del Derecho o por determinado método para llegar a una respuesta unívoca y dudosa, lo cierto es que la tutela judicial efectiva entendida como la transparencia en las razones de la decisión resulta una cuestión legitimadora de la función judicial.

Al resolver los litigios de cara al justiciable exhibiendo las razones que en realidad dictaron la decisión final, se reconoce el carácter valorativo del paradigma positivista del Derecho, sin incurrir de ninguna manera en la arbitrariedad de la decisión, puesto que lejos de ello, se da cuenta del carácter dinámico impreso al Derecho al ser objeto de interpretación, dibujado como un marco de posibilidades en donde la creación normativa va a encontrar su punto final en la decisión judicial a la luz del caso concreto.

El paradigma renovador de la decisión judicial fundado en la tutela judicial efectiva no pretende exigir a los juzgadores la generación de nuevas razones, sino simplemente les conmina a evidenciar las que de hecho ya operan en cada una de sus decisiones. De esta manera, la transición de la seguridad jurídica a la tutela judicial efectiva brinda una función judicial más legítima, puesto

que al poner de cara a la sociedad las razones efectivas de la jurisdicción, se derrumba toda aquella desconfianza de la ciudadanía en el poder investido en los jueces, siendo así que de esta manera ellos tendrán que dar cuenta de las decisiones que explícitamente se encontrarán en cada una de sus actuaciones.

#### **4. Rumbo a la creación de políticas públicas en materia de discrecionalidad.**

Con todos los argumentos esbozados a lo largo del presente escrito se pretende poner en evidencia la notoriedad con la que la discrecionalidad opera en el ámbito jurisdiccional. Ya sea en la configuración inductiva de la verdad fáctica o de la interpretación voluntarista de los textos normativos, lo cierto es que la discrecionalidad es un fenómeno presente en la actividad judicial en razón de su naturaleza eminentemente interpretativa.

Se interpretan los hechos probatorios y se interpretan los textos normativos con la finalidad de conocer la realidad de lo que aconteció y la realidad de la calificación jurídica correspondiente para ello. Como se ha visto, tanto la existencia de reglas procesales tan estrictas que terminan por crear una gran brecha entre realidad y verdad procesal fáctica como la falta de pericia en la caracterización del supuesto genérico de hecho contenido en la norma, pueden traer como consecuencia que aquello que en realidad debiera de estar destinado al servicio de la justicia se convierta en un obstáculo de la función judicial.

El escrito de mérito tiene como finalidad primordial el evidenciar sobre la existencia de este fenómeno, analizando sus componentes y la relación que existe entre ellos, con la intención de que sean tomados en cuenta a la hora de crear políticas públicas tanto de carácter legislativo como judicial, ya sean tendientes a disminuir o a acrecentar el poder discrecional de los jueces.

Si bien no es objetivo del presente trabajo el defender una postura en particular que resalte las virtudes de que los jueces cuenten con mayor poder discrecional, ni tampoco los beneficios que podría traer un cuerpo normativo que adolezca de ambigüedades por su generalidad, se reconoce que existen argumentos y razones de peso considerable para cada uno de los lados de la balanza.

Lo que sí pretende el estudio es evidenciar la urgencia y necesidad de considerar al fenómeno de la discrecionalidad judicial como un elemento más a tomar en cuenta en la creación de las políticas públicas, puesto que tomando en consideración que la creación normativa termina únicamente cuando la decisión irreprochable del juez de última instancia es tomada, el desarrollo del proceso judicial se configura como un elemento invaluable para definir el estatus jurídico de los sujetos de derecho y los bienes que a ellos se encuentran ligados.

En este sentido, el estudio de la discrecionalidad judicial encuentra considerables repercusiones en la vida jurídica del Estado y de sus miembros, puesto que la decisión sobre los derechos y obligaciones correspondientes a ellos al final del día recae únicamente en los jueces.

Por lo tanto, se espera que el presente estudio, al configurarse como la evidencia de los elementos que componen al fenómeno de la discrecionalidad judicial, sirva para un análisis más completo y reflexivo de éste, con la finalidad de lograr su cabal comprensión y poder diseñarle de tal suerte que cumpla con la principal función de cualquier institución jurídica y de todo el Derecho en sí: la plena garantía de la realización del individuo a través de la protección y salvaguarda de sus derechos.

**BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA**

1. AARNIO, Aulis, "Lo racional como razonable." Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España, 1991.
2. BONIFAZ A., Leticia, "La interpretación en el derecho y en el arte." En: CÁCERES, Enrique (coord.) "Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho." UNAM, 1ª edición. México, 2005.
3. DE SILVA, Carlos, "La jurisprudencia, interpretación y creación del Derecho." En: VÁZQUEZ, Rodolfo, (comp.) "Interpretación jurídica decisión judicial." Fontamara, 3ª edición. México, 2002.
4. DESDENTADO DAROCA, Eva, "Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica" (Un estudio crítico de la jurisprudencia), Civitas. España, 1997.
5. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco, "La argumentación en la Justicia Constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho." Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 1ª edición. México, 2006. Pág. 528.
6. FERRAJOLI, Luigi, "Democracia y Garantismo." Editorial Trotta España, 2008. Pág. 211.
7. FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal." Trotta, 7ª edición. España, 2005.
8. GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Los hechos en el Derecho." Marcial Pons. España, 1999.

## BIBLIOGRAFÍA

9. HALLIVIS PELAYO, Manuel, "Teoría general de la interpretación." Porrúa. México, 2007.
10. IGLESIAS VILA, Marisa, "Discreción Judicial y Positivismo Jurídico. Los Criterios Sustantivos de Validez" EN: VÁZQUEZ, Rodolfo, FIX-FIERRO, Héctor, CARBONELL, Miguel (Compiladores), "Jueces y Derecho" Editorial Porrúa, UNAM. México, 2004. Pág.
11. KALINOWSKI, Georges, "Philosophie et logique de l'interprétation en droit." Archives de Philosophie du Droit. Francia, 1972.
12. MASSINI-CORREAS, Carlos I., "La teoría referencial-realista de la interpretación jurídica." En: CÁCERES, Enrique, "Problemas contemporáneos de la filosofía del Derecho." UNAM. México, 2005.
13. MENDONCA, Daniel, "Aplicación de Normas y Resolución de Casos" EN: VÁZQUEZ, Rodolfo, FIX-FIERRO, Héctor, CARBONELL, Miguel (Compiladores), "Jueces y Derecho" Editorial Porrúa, UNAM. México, 2004.
14. NIETO, Alejandro, "El Arbitrio Judicial", Ariel. España, 2000.
15. RENTERÍA, Adrián, "Discrecionalidad Judicial y Responsabilidad." Fontamara, 3ª edición. México, 2001.
16. RICOEUR, Paul, "Lo Justo." Jurídica de las Américas. México, 1997.
17. SAAVEDRA, Modesto, "Interpretación del Derecho y Crítica Jurídica." Fontamara. México, 1994.
18. SAAVEDRA, Modesto, "Jurisdicción Constitución y Derecho." Fontamara. México, 2007.
19. SCHAUER, Frederick, "Las Reglas en Juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana." Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. España, 2004.
20. SCHMILL, Ulises y COSSÍO, José Ramón, "Interpretación del Derecho y concepciones del mundo." En: VÁZQUEZ, Rodolfo,

- (comp.) "Interpretación jurídica decisión judicial." Fontamara, 3ª edición. México, 2002.
21. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, "Interpretación Constitucional" EN: VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), "Interpretación jurídica y decisión judicial." Fontamara. México, 1998.
22. RECASÉNS SICHES, Luis, "Filosofía del Derecho." Porrúa, 2ª edición. México, 1962.
23. REDONDO, María Cristina, "La Justificación de Decisiones Judiciales" EN: VÁZQUEZ, Rodolfo, FIX-FIERRO, Héctor, CARBONELL, Miguel (Compiladores), "Jueces y Derecho." Editorial Porrúa, UNAM. México, 2004.
24. RODRÍGUEZ, César, "La Decisión Judicial" El Debate Hart-Dworkin, Siglo del Hombre Editores. Colombia, 1997.
25. ROSS, Alf, "Sobre el Derecho y la Justicia." Traducción de Genaro Carrió. Eudeba. Argentina, 1970.

Universidad de Monterrey, Campus Monterrey



30002007291206

<http://biblioteca.mty.itesm.mx>