

Las otras visiones del arbitrio judicial (Una visita a la obra de Alejandro Nieto)

David CIENFUEGOS SALGADO

La labor de los jueces sigue preocupando a los estudiosos del derecho, sobre todo cuando el tema central es la explicación de sus juicios o fallos. Una obra que se ocupa de analizar a conciencia, *in extenso*, tal fenómeno, aportando nuevas y viejas visiones, pero sobre todo sistematizando la información relacionada, es la de Alejandro Nieto García: *El arbitrio judicial*.¹

Ante la ausencia en nuestro país de obras de la naturaleza y contundencia argumentativa como la de Nieto, resulta necesario tratar de resumir en breves páginas los puntos centrales de la exposición del autor, a efecto de animar a posibles lectores a la consulta directa de la obra. No es pues otro el sentido de este remedio de reseña, a la que al final no he podido evitar el añadir algunos datos del sistema jurídico mexicano y mi opinión personal.

Alejandro Nieto es catedrático de derecho administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, donde tuve la oportunidad de oírlo hace algunos años al pronunciar aquel su lección jubilar.² Es autor de numerosas obras³ y ha ostentado la cátedra en las Universidades de La Laguna, Autónoma de Barcelona, Alcalá de Henares y Complutense de Madrid, en esta última también es Profesor Emérito.

La obra en comento, *El arbitrio judicial*, sintetiza el choque de paradigmas jurídicos, especialmente en la labor jurisdiccional. El autor estructura su obra a partir de dos modelos en confrontación, los cuales giran en torno a la facultad decisoria del juez, o, si se quiere precisar, al arbitrio judicial. El primero, el paradigma jurídico tradicional, parte de dos ideas: a) el ordenamiento jurídico positivo siempre tiene una solución —y sólo una— para cada litigio, y b) la

¹ Este trabajo pretende reseñar el contenido de tal obra, que considero un excelente aporte para acercarnos y entender la labor de los jueces. La ficha bibliográfica es la siguiente: NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Barcelona, España: Ariel, 2000, 444 pp.

² *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, pronunciada el 12 de marzo de 2001.

³ Baste citar: *Bienes comunales* (1964), *La organización del desgobierno* (1984), *Derecho administrativo sancionador* (1993-1994), *Los primeros pasos del Estado constitucional* (1996), así como numerosos artículos en revistas especializadas. En 1997 le otorgaron el Premio Nacional de Literatura en su modalidad de ensayo, por el último de los libros citados.

ESTUDIOS SOBRE INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICAS

actividad judicial tiene por objeto encontrar dicha solución. Aquí, la corrección o incorrección de la sentencia depende del éxito o fracaso en el hallazgo; algo que cualquier observador puede verificar y, tratándose de un órgano superior, puede y debe corregir.

El segundo modelo, el paradigma renovador, sostiene que 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 que la decisión judicial es un acto en el que intervienen elementos de naturaleza heterogénea y en el que resulta fundamental la personalidad individual del juez.

¿Cómo justificar esta nueva forma de concebir la labor de los jueces? Nieto sostiene que a lo largo del siglo pasado, sobre todo en las últimas décadas, la sociedad cambió radicalmente su actitud hacia diversos fenómenos: la religión, la política, el ejército, la universidad y la historia. Pero... también le llegó el turno al derecho, y en tal perspectiva, la peor librada fue la administración de justicia. Dejo a Nieto: “Los ciudadanos ya no se dejan impresionar por la magnificencia de los Palacios de Justicia ni por la solemnidad de los oficios que allí se celebran. Saben que en los Juzgados los dorados son falsos, los terciopelos están apolillados y algunas sentencias salen a subasta. Se ha despojado a los jueces de su toga y debajo de ellas han aparecido hombres de carne y hueso que no valen siempre de modelos sociales individuales y que resultan vulnerables a todo tipo de presiones: políticas, económicas, de corporación y de casta”.

A partir de esta afirmación, para el autor la revisión y análisis de la labor judicial no puede partir sino del estudio del juez, ya que siendo él el centro de aquél, resulta imprescindible ver cómo se representa y cómo es en la realidad, qué piensa que hace y qué es lo que en realidad hace. Cedo la palabra a Nieto: “Ya no se ve al juez como un sacerdote de la ley sino como un personaje de reacciones sorprendentes, dotado de desmesurados poderes públicos que, por causas rigurosamente personales y de ordinario incomprensibles, hace y deshace destinos individuales y ataca o defiende al Poder. En su consecuencia, hay que acercarse a él y estudiarlo *sine ira ac studio* como un fenómeno más de los muchos que nos afectan. Hay que abrir mucho los ojos para verle bien, tal cual es: sin doseles, sin escudos barrocos, sin toga, sin imputarle, en fin, representaciones falsas y fabulosas. Un funcionario público, en suma, que, agobiado por el trabajo y las presiones, intenta hacer lo que puede y con frecuencia incurre en lo que no debe o, mejor todavía, por lo que a este libro se refiere, un ser humano obligado profesionalmente a tomar decisiones sobre conflictos ajenos, con frecuencia sin conocer bien los datos reales del litigio y de ordinario sin disponer del tiempo y de los instrumentos jurídicos imprescindibles para sentenciar responsablemente”.

El autor se ocupa en el primer capítulo de explicitar las falacias del paradigma jurídico tradicional: a) la falacia de los cánones hermenéuticos; b) de la lógica jurídica; c) del

LAS OTRAS VISIONES DEL ARBITRIO JUDICIAL
David Cienfuegos Salgado

determinismo legal; d) de la invalidez de las sentencias ilegales; y, e) de la única solución correcta. Al análisis de cada una de ellas, arriba a la consideración de que este paradigma no alcanza a explicar coherentemente lo que ocurre en el mundo del derecho, por lo cual resulta necesario un nuevo modelo que si pueda explicarlo.

De la falacia de los cánones interpretativos, Nieto se sirve para cuestionar ¿Por qué en un asunto determinado se utiliza precisamente un método y no otro que hubiera conducido a un resultado distinto? Y él mismo contesta: “el llamado método de interpretación no sirve para obtener un resultado sino para justificar un resultado ya decidido de antemano”.

Aquí vale la pena digredir y recordar que Atienza,⁴ cuando se ocupa de explicitar los contextos de descubrimiento y justificación en el ámbito judicial, alude ya a esta circunstancia presente en la labor de los juzgadores. Nieto cita a Haft quien sostiene que los cánones hermenéuticos “ofrecen muchas ventajas, puesto que dan la sensación de que se está procediendo de una manera rigurosa, lógica y racional y, sobre todo, neutral y, sobre ello, se justifica el objetivo deseado; pero no ayudan realmente, puesto que sólo valen para cuando ya se tiene un resultado. En otras palabras: sólo ayudan a quien no lo necesita”.

La segunda falacia denunciada es la de la lógica jurídica. A partir de un breve esbozo de historia el autor apunta que el derecho no nace como una sustancia racional y lógica, sino con visos de magia, como voz de la divinidad, y que las decisiones judiciales no tuvieron, ni aspiran a tener, una racionalidad normativa. Pero ello no implica que el autor afirme que las decisiones de los tribunales sean tomadas al margen de la lógica, “sino que pueden serlo y que algunas efectivamente son alógicas”. La lógica es pues una nota accidental de la decisión judicial, no tiene el carácter de esencial.

De esta falacia, el autor se pregunta sobre si los jueces nos estarán engañando o se estarán engañando a sí mismos, cuando afirman que dictan sus fallos a partir del examen hecho al ordenamiento jurídico y de las subsunciones realizadas. Para Nieto se trata de un “engaño institucionalizado”: “El Estado no puede admitir, por razones ideológicas, que sus órganos judiciales decidan por causas distintas de la racionalidad legal, que es la única que les legitima”. Pero además, considera, los jueces se sentirían lastimados en su dignidad personal si se atribuyeran causas no jurídicas a sus resoluciones.

La tercera falacia es la del determinismo legal, la cual predica que la solución del conflicto singular se encuentra en la ley –y en su caso en el ordenamiento jurídico completo-, de lo que resulta que al juez le corresponde *buscarla* y luego justificar la corrección de la que se ha hallado.

Para Nieto tal concepción es errónea, pues considera que la función y alcance de la ley son en

⁴ ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, Barcelona, España: Ariel, 1991.

ESTUDIOS SOBRE INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICAS

realidad otros, y no el de contener el derecho. Baste señalar que de la ley aparecen las normas jurídicas como reglas generales de comportamiento y/o como pautas para la solución de conflictos individuales. Sea que ambas funciones coincidan o no, lo importante para el autor es determinar la operatividad real de la norma jurídica, y, a ese efecto se habla de la ley como oferta y directriz. En tal visión la ley es sólo una mera previsión de las conductas que el legislador espera ver cumplidas. Siguiendo a Recasens: “la norma general suministra las directrices para que el órgano jurisdiccional elabore la norma jurídica individualizada”, y entonces también se constituye en límite dentro del cual el juez tiene libertad de movimiento. Es decir, la ley no contiene la decisión, sino únicamente ofrece pautas para resolver un conflicto.

La cuarta falacia es la de la invalidez de las sentencias ilegales. Esta falacia parte de concebir a la invalidez como una discordancia entre el acto y la norma; hay que distinguir entre ilegalidad e invalidez, pues en no pocas ocasiones se habla de invalidez pero se hace referencia a la ilegalidad. Para el autor en comento la legalidad es el resultado de una constatación: “el operador jurídico contrasta acto y norma y a su vista constata o una concordancia (legalidad) o una discordancia (ilegalidad)”; en cambio la validez es “el resultado de una valoración realizada oficialmente por un órgano legalmente idóneo” sobre la ilegalidad.

A partir de estas ideas afirma Nieto que “los actos (ilegales) no son inválidos por sí mismos, sino porque así lo declara un órgano judicial que tiene competencia para ello. Y mientras no tenga lugar esta declaración son válidos y eficaces, por muy graves que sean sus vicios”.

Relacionando lo dicho con las decisiones judiciales se llega a concebir la posibilidad de la existencia válida, es decir con capacidad de producir efectos jurídicos plenos, de dos tipos de sentencias que infringen la ley: las contradictorias y los contraleyes. Esta posibilidad contraviene el principio que exige que las decisiones jurídicas deban estar sujetas a la ley, ya que si la decisión ilegal no ha sido declarada inválida prevalece sobre la ley que ha infringido.

A las decisiones contradictorias, el paradigma jurídico tradicional encuentra tres salidas: a) dado que sólo existe una solución, si hay dos contradictorias, una de ellas tiene que ser incorrecta; b) las disparidades que puedan aparecer son ocasionales, pequeñas anomalías del sistema, fácilmente remediables desde el momento en que existen mecanismos suficientes de rectificación; c) cabe admitir la posibilidad de contradicción, pero únicamente cuando hayan cambiado las circunstancias.

En cita del Tribunal Supremo israelí, encontramos la aceptación de las decisiones contradictorias cuando hay cambio de criterio: “El juez Jackson escribió que no nos pronunciamos los últimos porque somos infalibles sino que somos infalibles simplemente porque nos pronunciamos al final; creemos, no obstante, que el honorable juez se ha equivocado... la finalidad de nuestras decisiones está basada en la posibilidad de admitir nuestros desaciertos”.

LAS OTRAS VISIONES DEL ARBITRIO JUDICIAL
David Cienfuegos Salgado

Asimismo el Tribunal Supremo español ha aceptado el cambio de criterios y por ende la existencia de decisiones contradictorias: “un mismo juez o tribunal no puede modificar el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente idénticos a no ser que se aparte conscientemente de él, ofreciendo una fundamentación suficiente y razonable que motive el cambio de criterio, o en ausencia de tal notificación expresa, resulte patente que la diferencia de trato tiene su justificación en un efectivo cambio de criterio por desprenderse así de la propia resolución judicial o por existir otros elementos de juicio externo que así lo indiquen”.⁵

El mismo Tribunal Constitucional español ha consentido en que “a los órganos del Poder Judicial... sujetos sólo a la ley e independientes en el ejercicio de su función, no le es exigible el resolver siempre igual en los supuestos que se pretenden iguales”.

Ante tal panorama, el autor en comento señala que el problema puede superarse con dos consideraciones: por la posibilidad de existencia de sentencias ilegales perfectamente válidas, y, por la posibilidad de la existencia de sentencias diversas, todas ellas perfectamente legales.

Por cuanto hace a las decisiones contraleyes, el paradigma jurídico tradicional señala que no pueden existir puesto que el ordenamiento jurídico tiene mecanismos suficientes para evitar su producción y, en su caso, para eliminarlas. En tal visión, la actuación judicial *contra leges* resulta una aberración del sistema jurídico y hasta un imposible, ya que para que tal sucediese, no sólo tenía que haber obrado mal el juez de instancia sino, además, haber dejado de actuar el mecanismo de control.

En el ámbito ibérico, el Tribunal Constitucional ha admitido que pueden darse “las circunstancias fácticas que harían necesario *fórzar* la letra de los preceptos legales para hacer de ellos una interpretación finalista”.

Nieto cita a Reichel para exponer los supuestos en que el juez puede sentenciar contraleyes: “a) cuando una ley no se vea apoyada por la conciencia popular –porque no haya sido así nunca o porque la haya perdido– el juez está obligado a seguir la conciencia popular y no la ley. b) El juez no aplicará la ley cuando hayan cambiado tanto las circunstancias que no puedan cumplirse los objetivos con ella perseguidos: *cessante ratione legis, cessan lex ipsa*. c) El juez está obligado a apartarse deliberadamente de la ley cuando el seguirla suponga una mayor pérdida de la autoridad de la propia ley”.

Nieto cierra el asunto relativo a las sentencia contraleyes al afirmar que son fruto de criterios de equidad, concepto de que se ocupa más adelante.

⁵ Sobre el tema de la vinculación del propio precedente, véase en esta obra el trabajo de Roberto Martínez Espinosa, “Sobre la vinculación de los tribunales a sus propios criterios de decisión”.

ESTUDIOS SOBRE INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICAS

La quinta falacia es la de la única solución correcta. La tesis que predica está característica es implantada como una conquista de los principios de legalidad y de seguridad jurídica. Ante tal situación el autor refuta que la solución correcta única esté acompañada inseparablemente de la seguridad jurídica. Es decir, puede hablarse de la existencia de diversas soluciones correctas, en el ejercicio de la legalidad.

¿Cuáles son las causas de pluralidad de soluciones concretas? Nieto considera tres: confusión legislativa, confusión doctrinal y confusión jurisprudencial. Precisa además la naturaleza jurídica de tales soluciones entre varias posibilidades: “que sólo una sea correcta, que haya varias correctas y que la corrección (entendida aquí como conformidad con el ordenamiento jurídico, es decir, legalidad) sea un dato menor, poco menos que irrelevante, ya que lo trascendente es la validez y puede haber varias soluciones distintas válidas”.

Ahora bien, frente al modelo tradicional que cierra las puertas a la pluralidad de decisiones, Nieto oferta como opción alternativa la tesis de la decisión libre, en la que se pone de relieve tanto el protagonismo creador del juez como la influencia en la decisión de otros factores además de la ley. Esto es lo que predica la tesis de la decisión legal y racional. Igartúa describe tal doctrina en los siguientes términos: “Al acentuar por encima de todo el valor de la legalidad se asume que pertenece al legislador la función de estatuir el derecho. Cuando la ley es precisa se impone al juez su observancia estricta. Y cuando no, el juez debe moverse dentro de las posibles opciones que le oferte la ley en vigor. Eso en primer lugar. Después, la solución seleccionada de entre el manojo de posibilidades debe ser justificada tomando como referencia el sistema de valores que encarna el derecho vigente cuando éste se base como fuente de estimaciones y, si no, se recurrirá a otra axiología, pero nunca contrario a la del derecho”.

Nieto cita en apoyo de tal concepción una sentencia del Tribunal Supremo español que en lo sustancial señala: “El juez... sólo puede deducir de las leyes las consecuencias que algún medio o método jurídico de interpretación le permita. Puede recurrir, según su parecer, al método gramatical, al teleológico, al histórico o subjetivo, al sistemático, etc., pero su decisión debe provenir de la rigurosa aplicación de los criterios racionales que cada uno de los cánones interpretativos establece. Lo que el juez no puede es erigir su voluntad o su convicción en ley”.

El análisis de las cinco falacias comentadas permite advertir a Nieto la insuficiencia del paradigma jurídico tradicional, a la vez que perfila las explicaciones a partir del paradigma renovador. Aquí vale recordar que el autor entiende que el paradigma jurídico (*in genere*) no pretende reformar el sistema en que opera, sino simplemente ayudar a comprenderlo y a hacerlo más manejable y útil.

El segundo capítulo, denominado *El método judicial* es utilizado por el autor para desarrollar teóricamente los mecanismos utilizados en el paradigma tradicional para “decir el derecho” y

LAS OTRAS VISIONES DEL ARBITRIO JUDICIAL
David Cienfuegos Salgado

desvirtuar su trascendencia en la labor cotidiana de los órganos judiciales. Parte de la idea, generalmente enseñada en los cursos universitarios, de que el Estado otorga a los jueces la potestad pública de resolver los conflictos jurídicos, pero a condición de seguir “unas normas generales que les indican cómo tienen que proceder, qué criterios de fondo han de utilizar a la hora de adoptar la decisión y de qué forma han de redactar la sentencia”. Y en tal concepción quedan fuera los mecanismos psicológicos (intelectuales y volitivos) utilizados por el juez en la decisión”.

La preocupación que atrae al autor, y que es excusa para desenmascarar el paradigma tradicional es: ¿se resuelve neutralmente cada dilema sin pensar en la decisión final o, por el contrario, es una decisión final previamente adoptada la que condiciona la solución de los dilemas previos?

Para dilucidar tal cuestión, se ocupa de explicitar los pasos iniciales del encuadramiento del discurso decisor, mismo que atendiendo la normativa constitucional (art. 120.3) y orgánica (art. 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) comienza con la relación de las pretensiones y argumentaciones de las partes, para después centrarse en el planteamiento de la cuestión litigiosa. Aquí cabe advertir que en el primer paso hay una forma narrativa que tiende a informar y, en el planteamiento del problema hay una forma analítica que va a condicionar de manera determinante la decisión.

Después de planteadla la cuestión se hace una narración selectiva de los hechos. Se trata ya no de los hechos tal como los han planteado las partes, sino sólo aquellos hechos jurídicamente relevantes, aquellos que han sido, además, probados o constatados por el juez. Y al actuar el juez en esta selección de hechos, se señala que actúa con un prejuicio normativo, por lo que “únicamente se fija en los aspectos que para él son congruentes o relevantes con tal prejuicio”. De este prejuicio normativo podemos valernos para explicar por qué la noción de relevancia jurídica de los hechos no encuentra una respuesta satisfactoria de índole general. La consecuencia de esto ha sido la atribución por la doctrina de un *sense of relevance* o de un *instinto jurídico* a los jueces.

Es en este complejo entramado legal donde cabe también confundir y por tanto tratar procesalmente como hecho algo que sin duda alguna es un derecho. Así, la selección de hechos relevantes encuentra otros problemas que redundan en la decisión. Nieto conviene en que “las mayores distorsiones que padece la prueba no son debidas a sutilezas jurídicas, sino a la *insensibilidad* del juez, entendida como la incapacidad biológica que todos tenemos –incluidos los juzgadores– para percibir, comprender e interpretar determinados fenómenos y sus correspondientes matices”. Al lado de este factor se ubica la *hipersensibilidad* basada en las reacciones que hacia los testigos tenga un juez.

Rebasada esta labor, corresponde al juez determinar la ley aplicable, lo cual supone una elección entre varias. Luego sigue la determinación de su vigencia, precisar su alcance temporal y espacial,

ESTUDIOS SOBRE INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICAS

y, finalmente, determinar su validez. La elección de la ley no implica que el juez tenga ya resuelto su problema, pues la norma que debe aplicarse no es algo preexistente sino que el juez debe elaborarla, con los materiales proporcionados en el texto legal, en el ordenamiento o fuera de él.

Este último paso conduce a la visión de la creación judicial del derecho, en la que “la ley no dice lo que aparece en su texto literal sino lo que los tribunales dicen que dice”, pero ello sin avanzar o significar intromisión en la función legislativa, reservada de suyo a otros órganos.

El producto final, el fallo, surge cuando el juez tiene tanto los hechos como las normas; sólo de ellos precisa; son los elementos *necesarios, exclusivos y suficientes*, y no le es lícito acudir a otros. Ese fallo, la decisión, la respuesta, tiene que ser congruente con las peticiones de las partes y con lo realizado en el proceso, y debe ir precedido de una motivación en la que el juez confiesa las razones que le han movido a tomar la decisión concreta. Esto obliga al juez a blindar sus fallos con una sólida cadena argumentativa, pues “la sentencia, en definitiva, no se legitima *ex auctoritate*, por la posición institucional del juez, sino *ex ratione*, por el peso y solidez de sus argumentos... hoy sólo tiene el juez que rendir cuentas al derecho y a la lógica, no a la justicia. Una sentencia injusta pero correctamente elaborada ha de aceptarse y el eventual reproche no ha de dirigirse al juez sino a la ley, que es la que ha impuesto tal decisión injusta”. Es el modelo tradicional en el cual los mecanismos que se reconocen para la adopción del fallo son la subsunción y la concreción (la determinación de la regla del caso es considerada por Nieto como una tercera vía, aplicable en el modelo renovador).

En la obra en comento se afirma que el modelo tradicional está debilitándose, lo cual se atribuye a la alteración de la posición de sus protagonistas: “el juez, que está tomando conciencia de su fuerza y no duda en <<rebelarse>> contra la ley y esta misma, que ha perdido el aura ideológica que la rodeaba hasta hace poco”. Al lado de los jueces coloca a la jurisprudencia de principios y a la de valores, pues considera que son fenómenos que han contribuido al deterioro de la ley.

Este hilo conductor sirve para afirmar un método alternativo, ya publicitado en el primer capítulo, en el que el juez empieza por el fallo y luego posteriormente lo motiva.

¿Qué está implícito en el argumento de un modelo judicial basado en las falacias descritas? Nieto afirma: “El juez sin estar inclinado por ninguna de las dos partes, a quien cree es a los testigos de una de ellas sin saber exactamente por qué... Esto es así inevitablemente y tampoco hay que tener mala conciencia, dado que no cabe otra solución y la decisión es cosa del juez, no de la ley... ¿Por qué se inclina entonces por una o por otra? El juez cree que su elección es consecuencia que se deduce de la técnica jurídica empleada sin percatarse de que así está tachando de ignorantes a quienes –abogados, jueces, autores– están sosteniendo la tesis contraria. El autor zanja tal cuestión señalando que alguna razón tiene que existir cuando hay dos opciones igualmente plausibles, y más cuando el juez pretende *saber* cuál de esas opciones es la más plausible, dando

LAS OTRAS VISIONES DEL ARBITRIO JUDICIAL
David Cienfuegos Salgado

por hecho entonces que hay una nota objetiva (plausibilidad) que el operador (juez) debe indagar y descubrir, lo cual es negado en esta obra.

El tercer capítulo está dedicado a la motivación. En la visión de Nieto, la motivación cumple funciones distintas en el modelo tradicional y en el renovador. Así, en el primero, describe el camino legal que ha seguido desde la norma al fallo; en el segundo busca permitir la comprobación de que la sentencia no se ha salido del margen de actuación concedido al juez por la ley.

La exigencia de motivar o fundamentar las sentencias es ya una obligación constitucional. De ello pueden dar prueba la mayoría de los textos constitucionales del mundo, sin embargo, aparece también una duda, pues en estricto sentido no sabemos qué significa la motivación o la fundamentación: ¿narrar, explicar, razonar, argumentar? Y en tal tesisura, en el derecho comunitario europeo se atribuye a la motivación la finalidad de “proporcionar al interesado las indicaciones necesarias para saber si la decisión está, o no, bien fundada y, de otra parte, permitir al juez comunitario ejercer su control sobre la legalidad de la decisión”.

En un meritorio apartado, Nieto revisa las instituciones forenses europeas para afirmar que el supuesto normal ha sido siempre, hasta hace poco tiempo, la no motivación de las decisiones judiciales, bien sea porque estaba prohibida o, al menos, por que no era exigible y ni siquiera aconsejable; durante doce siglos no se han motivado las sentencias en buena parte de Europa. Es hasta el siglo XVIII cuando el pensamiento ilustrado cuestiona tal situación, y convierte la motivación en “un arma utilísima, incluso imprescindible contra el despotismo”. Para Isay, las raíces más profundas de este fenómeno están en las condiciones económicas del capitalismo: “La economía burguesa no puede contentarse con las evocaciones mágicas o religiosas de las viejas sentencias autoritarias sino que necesita una precisión y una certeza que sólo pueden facilitarle las sentencias motivadas. El mercado capitalista, para poder funcionar, tiene que saber a qué atenerse, por lo que *a falta de instrumentos mejores* necesita contar con leyes detalladas y con jueces capaces de objetivar en lo posible sus decisiones. El tiempo ha venido luego a frustrar tales expectativas y el capitalismo moderno ya no se da por satisfecho con unas leyes que en su volumen y casuismo terminan siendo confusas, y mucho menos con unos jueces que han aprendido a justificar en Derecho decisiones voluntaristas, más o menos politizadas; de aquí su tendencia a abandonar las jurisdicciones públicas para refugiarse en órganos de arbitraje tendencialmente corporativos; pero no puede desconocerse lo que durante siglo y medio significaron las sentencias motivadas para la economía capitalista”.

En atención al análisis del término motivación, se señala que ésta es una nota característica de las ciencias sociales, y que opera como un “sucedáneo intelectual para las verificaciones empíricas y las demostraciones científicas que no pueden ser utilizadas en el pensamiento jurídico”.

ESTUDIOS SOBRE INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICAS

Para Perelman motivar es “justificar una decisión tomada proporcionando una argumentación convincente e indicando lo bien fundado de las opciones que el juez efectúa”. Nieto señala que la motivación se desenvuelve en dos campos específicos: la explicación y la justificación. La explicación, también llamada motivación psicológica, consiste en la descripción de las causas que han provocado la aparición del fallo. La justificación, o motivación jurídica, se refiere a las bases jurídicas en que se apoya la sentencia. Aquí cabe mencionar que el juez ni debe ni puede *explicar* los motivos psicológicos de su decisión, la ley no se lo exige ni tendría utilidad alguna para las partes. Lo que importa, y que es legalmente exigible, es la motivación en el contexto de la justificación, es decir, el razonamiento que justifica que la decisión es admisible dentro de los conocimientos y reglas del Derecho.

Nieto recalca lo anterior al afirmar que “la motivación o fundamentación que las sentencias exigen la Constitución y las leyes es la motivación jurídica o justificación” y que, además, “esta fundamentación, elaborada con posterioridad al fallo, puede ser independiente de la explicación psicológica del mismo, aunque también puede operar como causa del fallo en los supuestos en los que el juez toma su decisión única y exclusivamente porque *cree* que la fundamentación jurídica, y sólo ella, es la causa que le ha llevado a adoptar el fallo”.

No puede negarse que a pesar de todas las medidas que para ello tome el juez, es casi imposible evitar que en la sentencia queden plasmadas “expresiones que reflejen su ideología, su cultura, su conciencia institucional o corporativa, sus prejuicios, de tal suerte que un lector experimentado –sin necesidad de ser un psicólogo profesional- puede acceder a rincones ocultos de la personalidad del juez que éste no ha pretendido desvelar pero que ilumina indirectamente”. Siempre ha sido negada esta parte, e incluso en el paradigma tradicional la existencia de este factor es incompatible con la figura del juez ideal, que carece de sentimientos y de imaginación y se limita a pronunciar las palabras de la ley sin interferencia personal.

Atendiendo a la motivación jurídica hay que advertir cuáles son las funciones procesales y políticas que tiene. Nieto señala que “el objetivo de la justificación de la decisión judicial consiste en poner de manifiesto que es coherente con el ordenamiento jurídico que donde procede y en el que se inserta”. Desglosa así las funciones de la motivación jurídica: a) presta racionalidad a la decisión, en el sentido de la plausibilidad, verosimilitud; b) tiene una función legitimadora, pues el juez ha de justificar la decisión que tomó para legitimar su posición institucional; c) tiene un alcance jurídico-político muy amplio, constituyéndose en un control generalizado y difuso: todos los ciudadanos pueden darse por enterados de ellas y manifestarse sobre el particular; finalmente, y en forma atípica, d) la motivación jurídica puede servir en ocasiones para precisar el contenido enunciativo del fallo, en los supuestos raros, aunque posibles, en que éste resulte ambiguo.

Para el Tribunal Constitucional español, la motivación jurídica que corresponde a los jueces

LAS OTRAS VISIONES DEL ARBITRIO JUDICIAL
David Cienfuegos Salgado

tiene dos finalidades: a) garantizar la posibilidad de control de la sentencia por los tribunales superiores, incluido el Constitucional a través del recurso de amparo, y b) lograr la convicción de las partes en el proceso sobre la justificación de la decisión judicial y el constatar el esfuerzo realizado por el tribunal para garantizar una resolución carente de arbitrariedad.

Esta discusión sobre la motivación no puede quedar concluida, al menos en el análisis de su finalidad, si no se cita a Perelman cuando afirma que en los países anglosajones la motivación, más que justificación legal es una forma de “relaciones públicas de la justicia”, toda vez que el juzgador debe dar algún tipo de explicación al litigante que pierde, porque al litigante que gana ya se le ha dado la victoria y no tiene que dársele más.

Respecto del contenido de la motivación jurídica, Nieto distingue dos vertientes: el de la congruencia y el de la relevancia. La doctrina, al ocuparse de la teoría de la congruencia, parte del principio de que hay que responder a las peticiones: el juez está obligado a dar una respuesta a las pretensiones de las partes; pero si concede más o menos o algo distinto a lo pedido será incongruente su decisión o fallo. Yendo más lejos, encontramos que la congruencia no sólo atiende, hoy día, a las pretensiones, pues las mismas van apoyadas por alegatos; se amplía pues el régimen de respuesta: hay que motivar el rechazo o aceptación de tales alegaciones. Ante tal fenómeno no han faltado mecanismos que se ocupan de reducir tal exigencia de motivación jurídica.

Un mecanismo reductor es el de la relevancia, que parte de la idea de que sólo debe motivarse aquello trascendente para el fallo o que afecte las pretensiones de las partes. Destacan así las consecuencias poco razonables que la aplicación del principio de congruencia tiene: “muchos abogados acostumbran a acumular cautelarmente hasta diez o veinte argumentos en apoyo de su pretensión, ello obliga al juez a contestar todos; lo que supondría un malgasto de tiempo y de paciencia, sobre todo cuando se trata de cuestiones y argumentos poco sensatos”.

Junto a tal mecanismo aparece el de los votos particulares, los que ponen de manifiesto algunas contradicciones internas en las decisiones judiciales, y que incluso llegan a plantear al autor la cuestión ¿qué garantía hay de que la sentencia definitiva sea la correcta y no la revocada o la sostenida por algún voto particular? También revisa los casos de progresismo judicial en tanto mecanismos de ruptura con lo que denomina *statu quo*.

La parte final del capítulo tercero está dedicada a la argumentación judicial. Aquí, retomando la definición de Redondo, “un argumento es una secuencia de proposiciones o enunciados, entre los cuales uno de ellos se deriva de los restantes en vista de la aplicación de ciertas reglas de inferencia. Afirmar que un argumento es correcto significa sostener que la verdad de las premisas garantiza la verdad de la conclusión”.

La argumentación jurídica se dirige a la razón, aunque en ocasiones se apela a la ética o a la

ESTUDIOS SOBRE INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICAS

pasión, y en este punto el autor recuerda que “el estrépito de los intereses ahoga la voz de la razón”. Así, “nadie escucha a razones”: el vencedor porque no las necesita y el vencido porque nunca podrá ser convencido. La argumentación jurídica, enfatiza Nieto, se convierte en un rito de cortesía que a nadie importa y ninguno atiende, o ¿qué abogado se confiesa vencido por los razonamientos de la parte contraria o por los del juez que ha desestimado su pretensión? Menciona por otra parte que tratándose de decisiones finales, “el Tribunal Supremos tiene fuerza para obligarme a aceptar sus decisiones, pero en modo alguno para convencerme de su corrección”. Esto es así porque la decisión judicial parte de una argumentación retórica, de carácter no analítico. Es decir, “quien decide no demuestra la verdad del resultado sino que se limita a argumentar su plausibilidad, a hacer creíble que se encuentra en ese abanico de soluciones posibles”.

Sobre este tópico de las múltiples soluciones, Holmes señaló: “Es imposible argumentar sobre preferencias profundamente arraigadas -es imposible convencer a nadie con argumentos para que le guste la cerveza-, y cuando las divergencias son lo suficientemente grandes solemos preferir matar al otro a dejarle a su voluntad. Pero todo esto es perfectamente compatible con la confesión de que los argumentos del otro son, según toda apariencia, tan buenos como los nuestros”.

El objetivo de la argumentación es convencer, y este objetivo se logra a partir de tres elementos: la solidez de las razones esgrimidas, la habilidad del exponente y la receptividad del auditorio. El arte de la argumentación y la destreza de exponente consiste en hacer plausible una tesis o incluso más plausible que la contraria; al destinatario le corresponde elegir una. Esto es apreciable a auditorios imparciales, sin prejuicios, ya que si éstos existen, es inútil cualquier intento de convencer.

Por cuanto hace a la práctica forense, en relación con la argumentación, señala Nieto que se utiliza mayormente el precedente; sin embargo, cuestiona este uso, pues revela “que los jueces, para facilitar su trabajo, acuden a la ficción de que lo ya afirmado antes es correcto”. Es decir, podemos cuestionar razonablemente la corrección de las sentencias o decisiones anteriores, y buscar que los juzgadores adopten una posición sin recurrir a las dictadas en el pasado. Este propósito se ve matizado por el hecho de que los decisores comúnmente tienen bastante trabajo, y que lejos de dictar una solución conforme a cánones académicos que a ellos gustaría, la dictan a sabiendas de que lo que se espera de ellos es “justicia casuística y congruencia”. Espeta Nieto que “la lectura de Habermas, Luhman, Kriele y Alexy habría de ser utilísima para los jueces y cambiaría el estilo de las sentencias, pero -salvo alguna eventual y rarísima excepción- ningún magistrado puede leerlos, ya que para entenderlos hace falta una formación filosófica que cuesta

LAS OTRAS VISIONES DEL ARBITRIO JUDICIAL
David Cienfuegos Salgado

una vida entera y el oficio de los jueces es estudiar autos y dictar sentencias, no cursar filosofía.⁶

Ante este obstáculo, la argumentación tiene en la utilización de bases de datos informatizados el mejor apoyo, pues en ellas siempre se encontrarán razones para fundar sus argumentos.

El cuarto capítulo está dedicado a analizar el arbitrio judicial, y lo hace dando un voto a favor del mismo, al relacionarlo con la legalidad: “la legalidad necesita del arbitrio para ser efectiva tanto como el arbitrio necesita de la legalidad para ser lícito”. Y ya entrado en términos advierte que uno de los presupuestos a considerar es que arbitrio y arbitrario son antónimos, y que ideas distintas son el arbitrio judicial y la discrecionalidad administrativa.

El arbitrio es un elemento conformador del juzgador y Nieto destaca tal circunstancia: “lo que distingue a un juez de un ordenador es su facultad de arbitrio, es decir, su capacidad de elegir entre varias opciones: una calidad reservada a los seres vivos, cuyo programa genético permite operar con variables que hasta ahora no tienen cabida en los programas mecánicos o cibernéticos”. Aún cuando puede ser negado por los mismos jueces, pocos podrán dejar de coincidir en que esta característica es de quienes están encargados de decidir, y es también inherente a la función judicial. Pensar en erradicar el arbitrio es “probablemente imposible y, desde luego, poco recomendable, dado que deshumanizaría la Administración de Justicia”.

Luego de un apartado histórico sobre el arbitrio, el autor se ocupa de explicitarlo conceptualmente y a tal efecto señala: “El arbitrio es un criterio de la toma de decisión. El juez adopta sus resoluciones siguiendo o bien un criterio de legalidad o bien un criterio de su propio arbitrio o bien –como es lo más frecuente- combinando ambos de tal manera que la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que le ofrece la legalidad”, y además considera que, el arbitrio es el factor humano que se añade a los datos aportados por el ordenamiento jurídico. Luego de las reflexiones que merece, el autor pasa a ocuparse del ámbito de ejercicio y de la precisión de su grado de intensidad. En el primer caso señala las cinco tesis en que puede centrarse el debate: a) ilicitud absoluta del arbitrio judicial; b) arbitrio judicial en todos los casos menos en los fáciles; c) arbitrio sólo en los casos difíciles; d) arbitrio en los casos difíciles y, además, en los “intermedios”; y, e) arbitrio en todos los casos.

En cuanto al grado de intensidad de aplicación del arbitrio, el autor se encarga de revisar los supuestos establecidos en la ley: a) en algunos casos se deja en libertad completa al arbitrio del juez; b) en otros supuestos se deja también al juez, pero se le exige, al menos, que lo justifique; c) en otros casos, el arbitrio del juez se orienta con un criterio legalmente impuesto; d) los valores

⁶ Probablemente son contadísimos los casos en que podríamos encontrar, en jueces o magistrados, una formación tanto en derecho como en filosofía. Al menos en mi escasa experiencia profesional, sólo podría dar fe de uno: el magistrado Julio César Vázquez-Mellado García, con quien tuve la suerte y el gusto de colaborar.

ESTUDIOS SOBRE INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICAS

son probablemente los que abren los huecos más amplios del ordenamiento; e) existe la potestad de arbitrio del juez para determinar la cuantía de las indemnizaciones; y, f) la legislación que abre mayores y más frecuentes huecos al arbitrio es la procesal y particularmente a la hora de regular la apreciación de las pruebas. Hay que considerar también que, como afirma Nieto, siempre hay margen para el arbitrio y no sólo en los huecos abiertos de forma expresa por el legislador, sino también por “poros, fisuras e intersticios genéricos”, filtrándose entre las mallas de la ley, que nunca pueden ser tan densas como para impedir la actuación personal y voluntarista del juez.

Por cuanto hace a la apreciación de las pruebas se analiza el arbitrio en tal labor, para lo cual se establece: “se entiende que un hecho está procesalmente probado cuando su grado de probabilidad es lo suficientemente elevado como para permitir afirmarlo racionalmente. La valoración de la prueba termina siendo, entonces, no una declaración empírica sino una operación racional de elección de la hipótesis más probable”. En el caso español señala tres variantes: legalmente tasada, absolutamente libre y libre aunque con arreglo a la sana crítica. También se ocupa de la valoración conjunta de la prueba y de la prueba de indicio. De esta última señala: “la llamada prueba de indicios no es excepcional, antes al contrario, la más habitual de las pruebas, dado que sólo muy raramente pueden considerarse probados los hechos de forma directa. El raciocinio del juez ha de intervenir siempre”. Y aquí se cita la opinión del Tribunal Supremo español en relación a los indicios para descubrir algunos datos personales, a través de la *corrección lógica de las deducciones*: “como resulta que ninguna persona puede penetrar en el alma de otra lo que debe hacerse es, a través de hechos inequivocadamente probados, deducir, inferir esa intencionalidad. Y en esta función de inferir, de obtener determinadas conclusiones, especialmente delicadas cuando se trata de pruebas indirectas, no cabe otra opción que la de comprobar si tales decisiones entran dentro de lo que se denominan reglas de la lógica o normas de la experiencia y de la ciencia”. Es la expresión certera de que el resultado de la actividad probatoria procesal no es el descubrimiento de la verdad, sino que simplemente expresa la declaración de una verdad procesal. ¿Cuál es la diferencia? Se predica un enunciado como verdadero cuando es adecuado a los hechos a los que se refiere, es decir, cuando expresa fielmente lo acontecido. Sin embargo, en la verdad procesal no importan los hechos existentes, sino los hechos válidamente probados. Esta circunstancia está reflejada en el viejo aforismo *quod non est in acta non est in mundo*.

Para explicar la aparición del arbitrio judicial en el campo de las pruebas, Nieto reconoce cuatro causas: a) la insuficiencia de los textos normativos, b) los mecanismos de concreción de normas abstractas, c) la realidad borrosa y d) el valor normativo de lo fáctico como necesidad del sistema.

En el primer caso estamos ante un legislador que ha olvidado cerrar los mimbres de la ley y ha

LAS OTRAS VISIONES DEL ARBITRIO JUDICIAL
David Cienfuegos Salgado

dejado abundantes espacios que el juez debe colmar. En el segundo caso la ley tiene un cierto grado de inconcreción que obliga al juez a adaptarla a las circunstancias específicas del caso sometido a su conocimiento. En la realidad borrosa el juez debe fijar un presupuesto para la decisión a partir del dilema que se le plantea y en el que tiene que inclinarse por uno de los extremos. Finalmente, al explicitar el valor normativo de lo fáctico recalca el hecho de que el arbitrio se practica habitualmente; está ya establecido en la labor de los jueces, y su simple existencia en tales condiciones, adquiere un rango normativo por encima de cualquier opinión en contrario.

Ahora bien, ¿cómo aparecen este arbitrio judicial, cuáles son los criterios que se utilizan para su ejercicio? Aunque señala Nieto que resulta imposible elaborar una lista completa de tales causas de justificación, al menos pueden advertirse las siguientes, que desarrolla *in extenso*: a) por experiencia; b) a través de una hipótesis explicativa; c) con criterios de equidad y justicia; d) invocando prácticas sociales; e) utilizando criterios estadísticos; f) con criterios específicos para sectores materiales y procesales concretos; g) por razones de oportunidad política o utilidad económica y social; y, h) por cuestiones de la conciencia y de los instintos.⁷

El quinto capítulo de la obra, denominado *Enjuiciamiento de la sentencia*, está dedicado a responder a la cuestión, ¿hasta qué punto es posible determinar su una decisión judicial es correcta?

Amén de que debe determinarse el tipo de corrección de que se habla, el autor expone que hay tres problemas que se plantean previo el análisis: el ontológico (no se sabe en qué consiste tal corrección), el epistemológico (no se sabe si puede hacerse la determinación de la eventual corrección) y metodológico (el cómo llegar a hacerlo). También señala que al lado de su corrección intrínseca puede advertirse una corrección procesal formal, derivada de principios de seguridad jurídica, y que en cita de Ahumada se expresa así: “El Estado de Derecho requiere para su correcto funcionamiento, depositar en algún lugar la responsabilidad de definir definitivamente un litigio. La decisión del tribunal que tienen la última palabra es definitiva: incluso cuando es errada”.

Ahora bien, el enjuiciamiento que enfrenta la sentencia es necesariamente jurídico. Éste es el que interesa. Se dejan de lado otros tipos de enjuiciamiento: gramatical, estilístico, político,

⁷ Si quisieramos agregar otros criterios a los que ha manejado Nieto no pueden olvidarse la presión social, los argumentos humanitarios, los argumentos que se escudan en la pretendida seguridad nacional o del Estado, y aunque sean excepcionales las razones de educación o situación familiar, que en no pocas ocasiones resultan falaces. En nuestro país bastaría analizar la labor de los tribunales federales para encontrar efectivamente tales mecanismos de utilización del arbitrio judicial, sin que ello constituya demérito de la labor jurisdiccional.

ESTUDIOS SOBRE INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICAS

económico, social o de justicia. Se trata de lo jurídico, una corrección técnico jurídica.

El enjuiciamiento técnico jurídico tiene para Nieto dos vertientes: una positiva y otra negativa. La positiva constata la presencia o ausencia de los requisitos exigidos a una resolución judicial para que pueda ser calificada de correcta. La negativa constata que ni los presupuestos, ni el discurso, ni el resultado de la sentencia contradigan el ordenamiento jurídico, tanto en sus aspectos procesales como materiales.

El análisis en este momento se cierra sobre la motivación jurídica. De forma tal, que si adolece de algún vicio de forma o de fondo, entonces es incorrecta e incluso puede ser inválida. Nieto señala los vicios relevantes de la justificación o motivación jurídica: ausencia total o parcialmente grave de motivación, la insuficiencia, la incoherencia interna, la irracionalidad, la irrazonabilidad y la arbitrariedad. Señala que son éstos principalmente, los reproches que hacen los tribunales superiores a las motivaciones de las sentencias que revisan de los inferiores.

Para ilustrar sobre el particular, recoge sentencias de diversos órganos jurisdiccionales españoles en los que se constata que tales vicios son reprochados. Así, cita ejemplos: (sentencia 5/86) “cuando se omite todo razonamiento respecto a algunas de las pretensiones... no puede decirse que se ha dictado una resolución fundada en Derecho”, y (sentencia 122/91) “debe descartarse la validez de aquellas sentencias en las que no se contenga el más mínimo razonamiento que ponga en relación el hecho concreto con la norma que al mismo se aplica, impidiendo toda posibilidad de conocer cuál ha sido el criterio que ha conducido al órgano judicial a adoptar la decisión en el sentido que lo ha hecho”. Otro tanto sucede con la insuficiencia de la motivación, ello sin descuidar que la suficiencia no implica de por sí la corrección de la sentencia.

De los vicios que Nieto considera como no relevantes aparece: a) la motivación por remisión, que se da cuando la sentencia no aporta un razonamiento, sino que remite a otra resolución anterior; b) la motivación *estandarizada en formularios*⁸; c) la brevedad y falta de precisión, y a tal respecto alude a la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de enero de 1974, en la que se lee: “no es posible confundir la brevedad y la concesión de una resolución con su falta de motivación”; d) la innecesidad de la cita y trascripción de textos legales; y finalmente, d) la subsanación hecha por los órganos revisores, en los supuestos en los que “en vía casacional [el Tribunal Supremo] encuentra medios bastantes para completar el insuficiente razonamiento fundamentador”.

Por cuanto hace a los juicios objetivos, Nieto señala que se trata de dos tipos: los internos, relacionados con la coherencia lógico deductiva y el respeto a las reglas de la argumentación cuando no se trata de un discurso sometido a la lógica formal, y los externos, simplificados en los juicios de legalidad.

⁸ O como llamaríamos en México: la utilización de “machotes” para las resoluciones.

LAS OTRAS VISIONES DEL ARBITRIO JUDICIAL
David Cienfuegos Salgado

En el caso de la coherencia lógico deductiva, señala el autor que la causa de incorrección lógica más frecuente aparece cuando la resolución se ha deducido incoherentemente. Para detectar tal incorrección se recurre al análisis lógico formal. Por cuanto hace al respecto a las reglas de argumentación señala: “las proposiciones jurídicas pueden analizarse, ya que no (o ya que no siempre) con arreglo a técnicas lógicas formales, al menos y en todo caso con argumentos que, sin aspirar a probar nada, puedan ciertamente convencer”.

El siguiente tipo de juicio objetivo está dado por la calificación de legalidad. Y se convierte en un juicio externo dado que “la sentencia ha de dar cuenta a la ley y al derecho”. Aquí encontramos que el objetivo fundamental del juicio es revisar si se han establecido adecuadamente las premisas del silogismo judicial. Se entra así al terreno de la argumentación técnico jurídica. Y aquí Nieto destaca el hecho de que hasta el siglo XIX el prototipo de juez era el juez justo, y ahora el prototipo lo es el juez técnico. La técnica jurídica deviene imprescindible desde el momento en que los textos legales no son lo suficientemente precisos como para resolver el conflicto por sí mismos.

En esta operación Nieto recalca para asegurar la prevalencia del paradigma renovador: “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”. Aquí, la técnica jurídica “es una *maniobra de distracción* que desvía la atención de lo esencial a lo marginal”. Para explicitar tal aserto se recurre a la existencia de criterios más o menos definidos, con lo cual el juez renuncia al suyo para ponerse en manos de lo que denomina la comunidad, y de la cual pueden advertirse tres tipos: la política, la social y la jurídica.

Un último juicio que puede pretenderse de la sentencia es el de verdad. Sin embargo, las resoluciones judiciales no son ni verdaderas ni falsas, ya que tales “calidades sólo pueden predicarse de proposiciones de ser, no de deber ser”.

El autor cierra este quinto capítulo señalando que la corrección jurídica es tan sólo un criterio subjetivo que con frecuencia depende del arbitrio del juzgador. Y afirma, “el jurista debe abandonar la arrogancia de la técnica jurídica, que termina argumentando todo de tal manera que cuanto mejor domina la técnica un juez, más capacitado estará para justificar el fallo que haya dictado”.

El sexto capítulo está titulado *Más allá de la ley: irracionalidad, irrazonabilidad y arbitrariedad*. Aquí señala Nieto que “en los últimos años, se están generalizando subrepticiamente unos principios y unas técnicas que permiten a los jueces utilizar criterios metalegales de control inequívocamente ajenos al derecho <>puro</>>, como son la arbitrariedad, la racionalidad y la razonabilidad, todas ellas de indiscutible naturaleza lógica, psicológica e incluso social, mas no jurídicas en sentido estricto”. Esto se trata de explicar, como afirma Perelman, en el hecho de que

ESTUDIOS SOBRE INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICAS

“ningún derecho puede ejercerse de manera irrazonable, puesto que *lo irrazonable no es derecho*”. Por otra parte, Nieto considera que una explicación más es la influencia de lo anglosajón: “hoy vale lo que está escrito en inglés como antes la autoridad científica era la que se expresaba en latín, de tal manera que lo que dicen los lores-jueces del Reino Unido o los magistrados de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica –y lo mismo sus comentadores- goza de un plus de credibilidad y hasta de una presunción de acierto”. Esta referencia se entiende cabalmente cuando explicita las doctrinas sostenidas por lord Green, en 1948, y lord Diplock, en 1985.

Cierra estas reflexiones con una opinión singular: “yo, al menos, tengo la sensación, una vez más de encontrarme ante el alguacil alguacilado porque sucede que los inquisidores de la irracionalidad, irrazonabilidad y arbitrariedad están actuando bajo sospecha de ser ellos mismo irracionales, irrazonables y arbitrarios y sometidos al reproche de haber importado todos estos conceptos y técnicas sin pasarlos por la aduana del sentido jurídico común y, sobre todo, de la reflexión crítica”.

Al ocuparse de la legitimación de la decisión judicial señala que el moderno Estado de Derecho “no sólo se ha autovinculado a la ley sino también a las decisiones judiciales e incluso con más intensidad que a aquélla, dado que puede modificar o derogar la ley, pero no puede ignorar una sentencia”. Los ámbitos de legitimación que refiere el autor son: a) legitimación estatal o constitucional; b) del procedimiento; c) por el derecho material que les inspira; d) la legitimación por motivación; y, e) la legitimación de justicia. Más allá de tales legitimaciones el autor encuentra que se exige una más: la racionabilidad.

En tal orden de ideas, señala que irracionalidad “no es en algunos casos sino una nueva rotulación del viejo y bien conocido *error*”. Aquí, lo irracional es “decidir al margen de la razón y, tratándose de una decisión jurídica, decidir por causas no jurídicas”. Pero, y a esta conclusión ha de llevarnos, “la irracionalidad sólo es jurídicamente trascendente si es relevante para el fallo”, dado que “un procedimientos irracional es sencillamente un procedimientos manchado por una irregularidad genético procesal (se actúa por razones que no son estrictamente jurídicas), que no constituyen por sí mismas un vicio de ilegalidad. En su consecuencia, no provoca necesariamente la invalidez de la decisión, aunque puede provocarla si está conectada con un vicio de ilegalidad”.

Por cuanto hace a la razonabilidad Nieto considera necesario remontarse a los conceptos *racional* y *razonable*, en los que encuentra una acepción común: “conforme a la razón”, y sin embargo la doctrina los considera con un valor distinto. Aunque conviene advertir que tales conceptos son totalmente convencionales y pueden aludir a cualquier cosas y sin embargo aquí se utilizan para decidir litigios y para revocar o estimar decisiones judiciales.

LAS OTRAS VISIONES DEL ARBITRIO JUDICIAL
David Cienfuegos Salgado

Llama la atención a tal hecho: “si no sabemos, ni aún aproximadamente, lo que son la razonabilidad y la razonabilidad, ¿cómo pretender utilizarlas como técnicas de control de la decisión judicial?”. Dedica tres apartados a distintas visiones de este fenómeno: a) lo razonable como alternativa a los racionales; b) lo razonable como complemento de lo razonable; y c) el carácter subsidiario de la razonabilidad.

La distinción que apunta el autor es que, a diferencia de la irracionabilidad que se predica de un procedimiento, la irrazonabilidad se refiere a un resultado: el fallo es razonable si lo son sus consecuencias. Así, una decisión irrazonable sería la que “produce resultados absurdos, desigualitarios o desproporcionados” (también caben aquí las sentencias de ejecución imposible; las decisiones que causan más problemas de los que resuelve; las sentencias que pretenden quitar eficacia a la ley, entre otras). Aunque también es preciso acotar que no hay necesariamente conexión: bien puede darse un juicio irracional con un fallo razonable.

Para Nieto la admisión de un juicio de razonabilidad superpuesto al juicio común de legalidad tiene una enorme *trascendencia práctica*, dado que permite al juez: a) escoger la más adecuada (en su opinión) de entre todas las soluciones legalmente posibles; b) revocar las sentencias inferiores que no respondan (en su opinión) a este criterio; y, c) apartarse de la letra de la ley, o sea sacrificar la legalidad en aras de la razonabilidad. Pero también advierte una *relevancia teórica* que anuncia con satisfacción: supone la confirmación o respaldo terminante al nuevo paradigma, desde el momento en que supone la admisión de un factor decisivo metalógico y metalegal. Sin embargo, debe entenderse que lo que importa no es la razonabilidad o razonabilidad, sino la legalidad.

Por cuanto hace a la arbitrariedad y luego de explicar su génesis e incorporación al derecho español, analiza el concepto de arbitrariedad para llegar a afirmar que “la arbitrariedad es el antónimo del arbitrio”. “El arbitrio tiene un contenido determinado que, cuando se excede, se convierte en arbitrario. La arbitrariedad es ejercicio excesivo (o inadecuado y, en todo caso, ilícito) del arbitrio”. Y al igual que la irracionabilidad “la arbitrariedad no afecta al resultado de la decisión, a su contenido, sino al procedimiento, al camino que se ha seguido para llegar a ella”.

El control de la arbitrariedad se da precisamente en la exigencia de una motivación suficiente; pero, y debe atenderse lo que dice Nieto, “la ausencia de motivación (o, más precisamente todavía, la inexistencia de fundamentos) no delata la arbitrariedad del juez, aunque levante sospechas al no mediar una justificación expresa que disipe la duda. Por otro lado, una sentencia arbitrariamente dictada no es siempre ilegal o injusta y tampoco ha de ser necesariamente inválida”.

Señala el autor que en la actualidad se confunde arbitrariedad con ilegalidad, a partir de técnicas

ESTUDIOS SOBRE INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICAS

de invocación a la irracionalidad o irrazonabilidad, y esto ocurre tanto en el control del fallo como en materia de hechos.

Para cerrar el capítulo de reflexiones en torno al control del fallo Nieto resume su posición en un decálogo de proposiciones:

Primer: Todo control judicial ha de ser en Derecho.

Segunda: La actividad judicial inferior se desarrolla en dos planos –interpenetrados ciertamente pero inequívocamente distintos: el de la legalidad y el del arbitrio.

Tercera: El elemento de la legalidad es controlado por el juez superior con técnicas bien conocidas.

Cuarta: El elemento arbitrado es controlado por el juez superior con arreglo a técnicas específicas que, a diferencia de las anteriores, no se encuentran todavía depuradas ni en la teoría ni en la práctica.

Quinta: La teoría y la práctica del control judicial actual adolecen del gran defecto de confundir estos dos tipos de control y sus correspondientes técnicas, de tal manera que en ocasiones se pretende controlar el arbitrio con ayuda de técnicas de control de legalidad, y a la inversa. La última causa del error está en la ceguera ideológica de negarse a reconocer la existencia normal lícita del arbitrio judicial: lo que impide afinar las técnicas de la reducción de la arbitrariedad.

Sexta: La denunciada confusión se potencia –y parcialmente se explica- por la circunstancia de que algunas técnicas cabalmente las que se refieren al discurso y no al contenido del mismo- son comunes tanto al control de la legalidad como al del arbitrio.

Séptima: Cuando un tribunal se enfrenta a irregularidades –que percibe claramente, a veces de forma intuitiva- que no son de legalidad estricta, se desconcierta al no contar con fórmulas canonizadas de control, y en consecuencia, acude a técnicas más o menos improvisadas que toma de otros ámbitos (del constitucional o del extranjero).

Octava: Al actuar así tanteando han aparecido conceptos y técnicas –irracionalidad, irrazonabilidad, arbitrariedad- inicialmente sin contenido preciso y que, por ende, se utilizan indiferenciadamente.

Novena: A esta lista inicial se han ido añadiendo posteriormente otros conceptos ocasionales (como el error, simple o patente, la quiebra lógica) sin llegar a ordenar un sistema.

LAS OTRAS VISIONES DEL ARBITRIO JUDICIAL
David Cienfuegos Salgado

Décima: La consecuencia final es una perturbadora –en cuanto que teóricamente confusa y prácticamente inútil- superposición de conceptos y técnicas de control.

Y para concluir el capítulo sexto advierte: “dos milenios largos de experiencia nos han enseñado que no existen fórmulas milagrosas y que ejercer el Derecho *no es resolver sino ensayar soluciones* para hoy distintas de las de ayer y que probablemente no valgan mañana. Mientras la decisión judicial sea una actividad humana, ha de ser sustancial (ya que no estadísticamente) irrepetible: una solución de equilibrio inestable –y, en el fondo imposible- entre la norma general y abstracta y el caso concreto siempre distinto”. “Vivimos en un gobierno de hombres, no de leyes (sueño del pasado) ni de máquinas (sueño del futuro). A todos corresponde entonces intentar que este gobierno de hombres sea tendencialmente justo y no azaroso o despótico. Un esfuerzo que hay que recomenzar de nuevo cada día: oficio propio de juristas”.

En el capítulo final denominado *La conciencia positiva de la inevitable subjetividad*, se vuelve a ocupar de las ideas precedentes, al afirmar que dada la característica humana de la justicia, una justicia de hombre, “hay que tomar conciencia resignada de la inevitable subjetividad de las decisiones judiciales”. Pero, advierte, se trata de una resignación que de ninguna forma debe implicar pasividad. Por ello ofrece algunas precauciones que eviten “el autoengaño de la ficción y la desesperanza de la realidad”:

- a) colocar el ordenamiento jurídico como parámetro de referencia de las decisiones judiciales, de tal manera que el juez, cualquiera que sea su decisión, ha de justificar expresamente que está de acuerdo con aquél. Con la justificación –en contra de lo que viene afirmándose-, la sentencia no se hace objetiva, pero introduce cierta objetivación que la hace socialmente soportable.
- b) contrastar cada decisión con la “*communis opinio*”, cuya indeterminación excluye la certeza propia de la objetividad pero que constituye, al menos, un índice de objetivación (para Nieto muy reducido pero que comprende que otros lo aplaudan con entusiasmo).
- c) para mayor seguridad, posibilitar el contraste de las decisiones de los jueces inferiores con la “*communis opinio*” de los tribunales superiores: que tampoco es segura pero que proporciona un índice aún más intenso de objetivación que, pese a su innegable utilidad, tiende desgraciadamente a absolutizarse y, consecuentemente, a caer en la inercia reflexiva.

Frente a la labor de los jueces señala que al existir una desconfianza hacia tal figura se han tomado variadas precauciones, entre las que destaca: a) centrar la selección y destino de una capacidad técnica, singularmente jurídica, y en sus condiciones de neutralidad y política social; b) vigilar su comportamiento funcional, aunque no desde una perspectiva corporativista como hoy es el caso, y con exigencia de responsabilidades; c) perfilar en cada una de sus actuaciones concretas o que es aplicación de la ley y lo que corresponde a su arbitrio; y, d) precisar el ámbito del arbitrio lícito y el de la arbitrariedad ilícita.

ESTUDIOS SOBRE INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICAS

Señala que la moraleja que puede extraerse de su libro es modesta y clara: hay que aceptar la existencia del ordenamiento jurídico aún a sabiendas de su imperfección y de que las normas generales y abstractas no pueden resolver los conflictos individuales concretos; y hay que aceptar al tiempo la intervención personal del juez a la hora de resolver tales conflictos, aún a sabiendas de los riesgos provocados por sus deficiencias técnicas en el momento de interpretar las normas y, sobre todo, por el inevitable *subjetivismo* que acompaña al ejercicio de su arbitrio.

El apéndice de la obra, denominado *Parábola del portal de Belén*, sirve para ilustrar como el juez al dictar sentencia silencia las causas reales de la decisión. Estas causas o intereses pueden ser: a) intereses propios; b) intereses ajenos; c) cálculos estratégicos; y, d) factores mediáticos. Un punto que el autor recalca es el referido a los componentes básicos que intervienen en la decisión judicial: uno de naturaleza irracional (intuiciones, sentimientos, pasiones) y otro de naturaleza jurídico racional (expresado en la técnica jurídica).

Respecto de los impulsos personales señala que el juez tiende a ocultar la motivación real de su comportamiento, hasta tal punto que esos motivos, impulsos y objetivos primarios se niegan en buena conciencia y se rechazan con indignación. Para Nieto, “los jueces llevan en la frente marcado su destino, sus preferencias, sus manías y, cabalmente por llevarlas en la frente, son los únicos que no las ven, mas los abogados y los políticos saben de antemano quién va a estar temperamentalmente a favor o en contra de sus intereses”.

Dentro de las consideraciones que merecen las intuiciones se comprenden el sentimiento jurídico, el sentimiento de injusticia y la conciencia. El sentimiento jurídico personal se entiende como una percepción individual y directa de las obligaciones y derechos que a cada uno corresponden. Von Kirchman señaló sobre este sentimiento que “no es en absoluto un criterio de verdad sino el producto de la educación, de la costumbre y del temperamento, o sea y en definitiva, del azar”. Ihering negaría rotundamente tal sentimiento por considerar que es un simple reflejo de las leyes imprecisamente conocidas.

El sentimiento de injusticia, en opinión de Recasens, consiste en el hecho, dado de manera inmediata en nuestra conciencia, de reaccionar frente a una situación injusta. Este sentimiento parece ser se anida “en el fondo de nuestro corazón” y no sólo se dirige contra las conductas de las demás sino contra nosotros mismos.

En el concepto de conciencia, la cuestión a determinar es: ¿hasta qué punto se encuentra el juez vinculado a su conciencia? El juez se encuentra solo ante su conciencia y, en los supuestos extremos, ha de decidir si quiere vivir en paz con ella a costa de la ley o en paz con la ley a costa de la conciencia. En cualquier caso la conciencia sólo adquiere valor jurídico allí donde ha sido reconocida por las leyes o la Constitución.

LAS OTRAS VISIONES DEL ARBITRIO JUDICIAL
David Cienfuegos Salgado

La parte final de la obra se dedica a analizar la personalidad del juez, orientando su estudio al caso español, señalando algunas tipologías funcionales que pueden encontrarse, y los factores psicológicos y sociales o extralegales que aparecen en los estudios que se han hecho sobre el tema. Concluye su obra, coincidiendo con Miguel Ángel Soria en que los factores extralegales son más importantes (que los legales), por cuanto implican el fundamento o sustrato a la aplicación de los factores legales". Y, recalca, "los juristas debieran aprender esta lección de los psicólogos y de tener la sinceridad de reconocer también esta situación y de obrar en consecuencia".

En un apretado resumen, estos son los lineamientos que expone Alejandro Nieto en su magnífica obra, cuya lectura reputamos recomendable para todos los estudiosos del derecho y en especial quienes están vinculados a la judicatura.

Considero que los lineamientos reseñados no merecen mayor abundamiento, aunque si merecen un apartado que se ocupará de la motivación en el sistema jurídico mexicano y una opinión personal contra la velada intención de eliminar de la labor judicial la controvertida tarea de motivar las decisiones judiciales.

Sobre la motivación en el sistema jurídico mexicano

La motivación en el sistema jurídico mexicano se entiende en sentido amplio, acompañada del concepto de fundamentación, ambas exigidas constitucionalmente. Y aunque el texto constitucional se desenvuelve en los dos conceptos: fundamentación y motivación, es difícil a simple vista advertir la dicotomía.

Han sido los tribunales federales, quienes han dilucidado en clave del artículo 16 constitucional, el significado de tales términos. Así, se ha señalado que se entiende por fundamentación la expresión del precepto legal aplicable al caso y, por motivación el señalamiento con precisión, de las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión de acto; siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas.

El IUS 2000, editado por el Poder Judicial de la Federación, contiene casi cuatrocientas tesis que citan al rubro las voces "fundamentación" y "motivación": 145 para las quinta, sexta y séptima época y 249 para las octava y novena épocas. Puede advertirse que en tal materia los órganos de justicia federal han ido delineando una abundante doctrina en la materia, de lo que sólo habremos de tomar una cita:

En junio de 1961, la Segunda Sala de la Suprema Corte, en ponencia presentada por Felipe Tena Ramírez, señaló cuáles eran los contenidos de la exigencia de fundamentación y motivación:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. El artículo 16 de la Carta Magna es

ESTUDIOS SOBRE INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICAS

terminante al exigir, para la validez de todo acto autoritario de molestia, que el mismo esté fundado y motivado, debiendo entenderse por fundamentación la cita del precepto que le sirva de apoyo, y por motivación la manifestación de los razonamientos que llevaron a la autoridad a la conclusión de que el acto concreto de que se trate, encuadra en la hipótesis prevista en dicho precepto. No basta, por consiguiente, con que exista en el derecho positivo un precepto que pueda sustentar el acto de la autoridad, ni un motivo para que ésta actúe en consecuencia, sino que es indispensable que se hagan saber al afectado los fundamentos y motivos del procedimiento respectivo, ya que sólo así estará en aptitud de defenderse como estime pertinente. Por otra parte, la circunstancia de que el acto reclamado satisfaga las garantías del mandamiento escrito y de autoridad competente, no le libera del vicio de inconstitucionalidad consistente en la ya apuntada falta de fundamentación, pues todas estas garantías son concurrentes y deben, por lo mismo, ser respetadas por la autoridad en el mismo acto que de ella emane.⁹

Como advertimos hay gran cantidad de tesis que se ocupan de la considerada garantía de legalidad, señalando los criterios en que deben entenderse la fundamentación y motivación en cada caso concreto.

La fundamentación y motivación se derivan del artículo 16 constitucional, el cual, a pesar de su aparentemente clara redacción, que viene de la Constitución de 1857, ha movido no pocas interpretaciones. En 1876, José María Lozano en su *Estudio de Derecho Constitucional Patrio* señaló:

Pocos artículos de nuestra Constitución parecen tan sencillos y fáciles de comprender como el presente; y sin embargo, pocos necesitan un estudio tan concienzudo para determinar su buena inteligencia y los casos de su recta aplicación. En nuestro juicio, se ha extraviado la jurisprudencia respecto de la sana y genuina interpretación del artículo que nos ocupa, y ninguno otro de la Constitución ha recibido ensanches tan extensos, en términos que no es aventurado asegurar, que la elasticidad que se le ha dado, lo hace aplicable a todos los casos posibles, que de seguro no estuvieron en la previsión del legislador constituyente.

Felipe Tena Ramírez, en su *Ensayo sobre el Amparo mexicano y los Derechos Humanos* al ocuparse de la garantía de fundamentación y motivación declara que la práctica del juicio de

⁹ *Semanario Judicial de la Federación*, t. XLVIII, tercera parte, p. 36. Amparo en revisión 887/61. José Horacio Septién. 21 de junio de 1961. 5 votos. Ponente: Felipe Tena Ramírez.

LAS OTRAS VISIONES DEL ARBITRIO JUDICIAL
David Cienfuegos Salgado

amparo acogió las precedentes interpretaciones que favorecían una mayor amplitud de la institución (con el consiguiente rezago) y en nuestros días es usual que baste con invocar los artículos 14 y 16 para que a través de ellos se haga valer cualquiera infracción a la ley suprema que se resuelva en perjuicio del quejoso.

No es intención dedicar mayor espacio a estas cuestiones, de las que hay abundantes estudios doctrinarios. Sólo recalcar el ámbito de aplicación de esta figura, sin extenderlos en los pro y contra, ventajas y desventajas, que pudieran aducirse en el caso mexicano y de las que, repito, hay mejores voces y plumas para ocuparse de ello.

Sobre la racionalidad, razonabilidad y arbitriariedad en el caso mexicano

A manera de reflexión hemos de señalar que la “moda” que supone Nieto está cobrando auge en España, relacionada con la utilización de parámetros metalógicos y metalegales para el enjuiciamiento de la decisión judicial, también tiene su equivalente en el caso mexicano.

Una rápida búsqueda en el IUS 2000 nos muestra que las voces a que se refiere Nieto para referirse a parámetros metalógicos y metalegales aparecen ya en tesis jurisprudenciales de los tribunales federales mexicanos. Así, por ejemplo, las voces racionalidad y racional aparecen en las siguientes tesis:

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XI, febrero de 2000, p. 15. Tesis 1a./J. 2/2000, “...el ejercicio de esa potestad debe implementarse con estricto apego a las normas de orden legal establecidas, así como a los parámetros de la lógica y *racionalidad* a efecto de concluir en forma razonada, lógica y congruente la necesidad de fincar competencia a un Juzgado de Distrito distinto al del lugar de comisión del delito...”.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. VII, junio de 1998, p. 555. Tesis I.2o.P. J/5, “...por ende, deben complementarse mutuamente, criterio que es acorde a una interpretación científica y *racional* del derecho, pues el fin social de la ley penal en la materia de la reparación del daño es la protección del ofendido por el delito”...

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. VII, enero de 1998, p. 1185. Tesis III.1o.C.59 C, “...una interpretación armónica y *racional* de los artículos 374, segunda parte y 411, fracción V, del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco...”.¹⁰

Semanario Judicial de la Federación, t. XV-II, febrero de 1995, p. 391. Tesis I.6o.T.166 L, “...debe entenderse que lo dispuesto por el artículo 784 de la ley laboral son presunciones legales,

¹⁰ La utilización de la voz *racional* aparece repetida en gran cantidad de tesis con la misma redacción: “una interpretación armónica y *racional*...”. No se consideraron tampoco aquellas frases en que lo *racional* no está referido a la facultad decisoria.

ESTUDIOS SOBRE INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICAS

sujetas al *racional*/ejercicio por parte de las Juntas de su facultad de apreciación en conciencia de los hechos aducidos y de las pruebas rendidas al momento de dictar su resolución...”.

Semanario Judicial de la Federación, t. IX, enero de 1992, p. 208, “...el juzgador individualizará la pena cuidando que no sea el resultado de un simple análisis de las circunstancias en que el delito se ejecuta y de un enunciado más o menos *razonado* de las características ostensibles del reo, sino la conclusión *racional* resultante del estudio de su personalidad en los diversos aspectos sobre los móviles...”.

Semanario Judicial de la Federación, t. VIII, julio de 1991, p. 181, “...debe invocar las circunstancias y las razones por las que se considera aplicable la sanción al caso concreto; circunstancias, que se obtendrán del análisis lógico y *racional* de los datos objetivos del expediente...”.

Semanario Judicial de la Federación, t. VII, febrero de 1991, p. 205, “su ejercicio *discrecional* depende de la apreciación justa y *racional* de las circunstancias que convengan en cada caso...”.

Apéndice de 1995, t. VI, parte SCJN, p. 227. Tesis 339, “...la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe considerar las circunstancias del caso concreto, mediante un análisis lógico y *racional*/basado en los datos objetivos del expediente, pues la facultad *discrecional* concedida al más alto Tribunal por la norma de que se trata, no implica el ejercicio de una conducta *arbitraria*”.

Semanario Judicial de la Federación, t. VIII, octubre de 1991, p. 181. “...sujetarse en sus actos autoritarios a determinados principios o límites como son, la *razonabilidad* que sólo puede estar basada en una adecuada fundamentación del derecho que la sustenta, así como en una motivación, aún mayor que en el acto reglado, que tiene por objeto poner de manifiesto su juridicidad...”.

Por cuanto hace a la voz *arbitrio*, relacionada con la facultad decisoria, encontramos que en la octava y novena época existen más de seiscientas tesis que incorporan tal voz. Y por cuanto hace a los casos en que se cita a la *arbitrariedad*, casi siempre se refiere a la facultad de la autoridad hacendaria para la imposición de multas e impuestos. Sin embargo, encontramos dos excepciones a esta generalidad. La primera excepción se refieren a la discrecionalidad administrativa:

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. VIII, septiembre de 1998, p. 56. Tesis P. LXII/98, “...la libertad de apreciación que la ley otorga a las autoridades para actuar o abstenerse, con el propósito de lograr la finalidad que la propia ley les señala, por lo que su ejercicio implica, necesariamente, la posibilidad de optar, de elegir, entre dos o más decisiones, sin que ello signifique o permita la *arbitrariedad*, ya que esa actuación de la autoridad sigue sujeta a los requisitos de fundamentación y motivación exigidos por el artículo 16 de la

LAS OTRAS VISIONES DEL ARBITRIO JUDICIAL
David Cienfuegos Salgado

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos...”.

Un segundo supuesto se refiere a la justicia de paz:

Semanario Judicial de la Federación, t. VI, segunda parte-2, julio a diciembre de 1990, p. 559, “La libertad conferida a los jueces de paz por la norma en cita, de dictar sentencia a verdad sabida y sin necesidad de sujetarse a las reglas sobre la estimación de las pruebas apreciando los hechos en conciencia, no los faculta para omitir el examen de valoración de las pruebas aportadas. El precepto en cuestión les deja a su libre albedrío, no a su arbitrariedad el examen de los hechos y la apreciación de cada una de las pruebas allegadas a los autos”.

Seguramente la búsqueda de otros indicadores: congruencia, coherencia, discrecionalidad arrojarán reveladores resultados, que permitirán una nueva visión de la labor decisoria de los tribunales federales.

Opinión personal

La visión que expone Nieto en su obra merece un gran elogio, porque desvela los intrincados senderos de la decisión judicial, los arcanos de la labor de los operadores jurídicos. Sería demasiado aventurado tratar de refutar siquiera uno de los muchos puntos de su obra. Y lo sería por la dificultad que entraña el ingresar a los laberintos de la psicología y sociología jurídicas en que se mueve el autor. Me limitaré pues a ocuparme brevemente de los requisitos de fundamentación y motivación exigidos para las resoluciones judiciales.

A pesar de que le asiste gran razón, e incluso pudiera pensarse en estos momentos que la eliminación de los requisitos de fundamentación y motivación coadyuvarían en la eliminación del rezago judicial, hay algunos puntos que merecen ser puntualizados, en clave de nuestro ordenamiento constitucional y de la realidad del cuerpo judicial mexicano.

Primero, debemos estar conscientes que le asiste al juez una legitimidad. A la cuestión: de dónde le viene el poder a un señor que no ha sido elegido por el pueblo, y que sin embargo decide sobre un litigio o, incluso, corrige o anula los actos de alguien que si fue electo, la respuesta es simple: del derecho (que lo hemos reducido al concepto de la ley). E igual respuesta merecerán las cuestiones de saber dónde encuentra límites la actuación de este señor, el juez, y dónde encuentra soluciones a los litigios y controversias que conoce. Es el derecho, la ley la que le fija límites y le impone soluciones.

En este orden de ideas, la ley es un elemento circunstancial imprescindible para entender los mecanismos de decisión del juez. Véase entonces dos circunstancias más:

- 1) El juez admite una solución, de las múltiples que presenta la ley, por arbitrio (no por arbitrariedad), y esa admisión va a estar condicionada por el modelo de formación previo. Es

ESTUDIOS SOBRE INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICAS

decir, la formación de los abogados, futuros jueces en algunos casos, es también un punto que juega en la admisión de una solución u otra. Quizá a eso se refería Ihering cuando afirmaba que el derecho sólo es tal cuando pasa por el filtro de cabezas bien hechas. Habría que ver qué pensaría el filósofo si tuviera oportunidad de ver la educación tan disímil que reciben los más de 300 mil alumnos inscritos en las carreras jurídicas en México, los 200 mil alumnos españoles o los 40,000 alumnos alemanes.

Sin embargo, no debe perderse de vista que la motivación es un derecho del ciudadano, no se lo otorga el Estado, y el Estado no lo satisface más o menos porque un juez o tribunal esté más o menos preparado o educado. La motivación, no depende del que motiva, sino del derecho que tiene el ciudadano a ver motivada una decisión que le incumbe (sea que le afecte o reconozca algún otro derecho).

Aquí valdría la pena mencionar algunas ideas respecto del derecho que he escuchado a Luis Martín Rebollo¹¹: el derecho tiene un papel pedagógico hoy día, pues incorpora el control de la actividad administrativa a los fines de la ley. Y para tal control se exigen determinadas formas, y lo que preserva de la arbitrariedad es la realización de las formas. Si no se cumplen las formas no hay seguridad jurídica ni hay libertad. La motivación es forma y si no se cumple se abren puertas a la corrupción y a la arbitrariedad. Así, al menos en esta parte podemos coincidir en que el derecho es cuestión de fe: “o se cree o no se cree”.

Dicho de otra manera, al incorporar el control de la actividad administrativa dentro de los objetivos de la ley está imponiendo valores, que deben guiar la actuación de los órganos encargados del control.

2) La ley, al menos una buena ley, evita muchos pleitos (al igual que una buena administración). ¿Cómo se evitan los pleitos, cómo se evita que los ciudadanos vayan a los juzgados y tribunales? La respuesta es simple: dando al ciudadano cierta certeza, cierta predictibilidad.

Un ordenamiento da certeza cuando es claro y preciso, cuando sus conceptos y normas en general no dan lugar a confusión o ambigüedad; esto redunda también en un cierto grado de predictibilidad. ¡Es claro que la impredictibilidad del poder público atenta contra la libertad!

No se garantiza la libertad cuando no se sabe cómo reaccionará el poder público ante una determinada conducta, es decir, el ciudadano carece de seguridad jurídica. Se atenta también contra la igualdad jurídica que exigiría que un tribunal no tome un criterio diferente al de otros casos similares (a menos que justifique la evolución de la doctrina, que argumente el cambio). Se está a la idea de que cuando hay distintos resultados o decisiones, los ciudadanos se sienten

¹¹ Conferencia “Justicia y Poder: el control de la actividad pública”, 22 de febrero de 2001, en las *Jornadas Constitución, justicia y comunidades autónomas*, en Santander, España.

LAS OTRAS VISIONES DEL ARBITRIO JUDICIAL
David Cienfuegos Salgado

discriminados, pues si están sometidos a la misma ley, deben ser castigados o reconocidos sus derechos en la misma medida.

Estas dos circunstancias, deben ser matizadas por tres observaciones más:

- a) Entendido el mecanismo psicológico (es decir, admitida la causa real de la decisión), no debe olvidarse que el origen en sí no es justificante para obviar la motivación, puesto que la decisión para ser legal debe coincidir con una de las soluciones ofrecidas por la ley. Así, no importa de dónde venga la solución si la motivación la hace aparecer como consecuencia de un precepto legal.
- b) El que no convenza a nadie, o el que no sea necesaria para las partes, tampoco justifica su omisión. Se trata de un derecho constitucional, no algo que otorgue el juez o el Estado. Y yendo más allá, es un principio fundamental del Estado de derecho: es la expresión del principio de legalidad que exige la adecuación de la conducta de los órganos públicos a la ley, la “conformidad a la ley” de que habla Guastini.¹²
- c) Avanzar a un estadio cultural en el que los jueces no motiven sus decisiones, es también llegar a límites casi lindantes con la arbitrariedad, pues nadie garantiza que el proceso de decisión lleve imbíbito una reflexión como la que actualmente tiene lugar para ajustar la decisión al marco normativo aplicable.

Dicho lo cual, podemos recalcar en dos cuestiones que merecen ser respondidas, sea para coincidir con Nieto o para disentir de su visión:

1. ¿Tenemos un cuerpo judicial que pueda estar en condiciones de resolver con cierta uniformidad de criterios? La respuesta personal que doy a esta cuestión es: no.

¿Por qué resulta importante esta cuestión adecuada a la judicatura mexicana? Si fuera así, que se resolviera uniformemente, no habría necesidad ni de tribunales revisores, ni de escuelas judiciales, ni de cursos de especialización. Aunque justo es reconocer que tampoco tales instituciones las garantizan y que incluso el resolver con uniformidad no implica necesariamente resolver la cuestión “de conformidad a la ley”, o, más aún “con justicia” o “justamente”.

Si existieran ciertos criterios uniformes, la contradicción de tesis sería una broma de mal gusto en el sistema jurídico nacional, lo cual hoy día no es así, deviniendo en una institución reguladora del establecimiento de criterios que deben presumirse coherentes con el ordenamiento jurídico.

2. ¿Tenemos un ordenamiento claro y preciso? De nueva cuenta la respuesta personal que doy es: no.

¹² Guastini, Riccardo, “El principio de legalidad”, en *Concordancias. Estudios jurídicos y Sociales*, no. 10, enero-mayo 2001, Chilpancingo, Gro., pp. 117-126.

ESTUDIOS SOBRE INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICAS

Muchos preceptos de la ley e incluso de la Constitución, son oscuros e imprecisos. Y lo más lamentable, es muy probable que tales características no cambien en un futuro inmediato.

Así, hoy por hoy, y en tanto no tengamos mecanismos de control y concreción del arbitrio judicial, al menos en la visión que propone el paradigma renovador, sostenido magistralmente por Nieto, debemos coincidir en que la motivación es necesaria. En lo personal creo que la motivación no es política, ni temporalmente conveniente, simplemente es constitucionalmente imprescindible.

Para concluir, y reiterando lo señalado en líneas anteriores digo: lo que preserva de la arbitrariedad es la realización de las formas, o dicho de manera más directa: lo que preserva de la arbitrariedad es la motivación.