Universidad Regional del Sureste
"Formación, en la Libertad, para Servir"
URSE Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Cuando los Jueces Constitucionales niegan su discrecionalidad. La derrotabilidad de la norma

Enrique Puente Gallangos

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Regional del Sureste, Oaxaca, México

email: puge680107@profesores.urse.edu.mx

Resumen

El presente trabajo, busca llevar al lector por esos intrincados caminos de norma, principios, lagunas, vaguedades que se le presentan al Juez Constitucional, a la hora de resolver un caso fácil, difícil o un caso más que difícil. La materia prima del derecho es la norma y como tal es parte integrante de un Sistema Jurídico. La norma desde su nacimiento se le presenta al interprete con un rostro anamórfico; por un lado, un rostro legible, claro, interpretable y por el otro, un rostro indeterminado, oscuro y con vaguedades. El papel del intérprete, en este caso el Juez Constitucional, es examinar la norma, posteriormente determinar su constitucionalidad o inconstitucionalidad a la luz de la norma suprema. Una Constitución que se presenta no solo como un conjunto de disposiciones, sino además como un conjunto de principios, que en el mejor de los casos son expresos o tácitos y en el peor simplemente construidos por el intérprete.

Palabras clave: Ius positivismo, ius naturalismo, interpretar, discrecionalidad, arbitrariedad.

Abstract

This work seeks to take the reader through those intricate paths of norms, principles, gaps, vagueness that are presented to the Constitutional Judge, when resolving an easy, difficult or a more than difficult case. The raw material of law is the norm and as such it is an integral part of a legal system. The norm, from birth, is presented to the performer with an anamorphic face; on the one hand, a legible, clear, interpretable face and on the other, an indeterminate, dark and vague face. The role of the interpreter, in this case the Constitutional Judge, is to examine the norm, then determine its constitutionality or unconstitutionality in the light of the supreme norm. A Constitution that is presented not only as a set of provisions, but also as a set of principles, which in the best of cases are express or tacit and, in the worst, simply constructed by the interpreter.

Keywords: Legal positivism, iusnaturalism, interpreting, discretion, arbitrariness.

Introducción

El Poder Judicial Federal (PJF) se ha mantenido en una zona de penumbras, durante los últimos dos siglos, ajeno y distante al “pueblo”, comparada con la visibilidad de los otros dos poderes constituidos, como son el legislativo y ejecutivo. El grave problema del PJF es que no transmite al “pueblo” una idea transparente y exacta de lo que realmente hace como intérprete de la Constitución.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) como “Tribunal Constitucional” (según ellos) se presenta majestuoso ante el “pueblo” y omnipotente ante los otros poderes constituidos, el legislativo y ejecutivo, inaplicando las leyes del primero, anulando los actos del segundo, pero no solo eso, sino creando nuevas

normas, más allá de lo que un legislador negativo puede hacer.

Hans Kelsen formuló como exigencia, que tanto la Teoría del Derecho, como en Control de la Constitucionalidad, deben de limitarse a describir el derecho sin participar en su producción; absteniéndose de prescribir y de formular juicios de valor. Sentencio también que el Control Constitucional es parte fundante del principio de Supremacía Constitucional; y que sin estos principios la Constitución no es más que un programa político, un compendio de buenos consejos para uso del legislador, que podía tomar en cuenta o no.

En el siglo XXI las prácticas interpretativas de los jueces constitucionales, van más allá de la Teoría del legislador negativo que propuso Hans Kelsen. La Teoría del legislador negativo consiste en afirmar que, existe una profunda diferencia entre hacer normas y anularlas. La señalada teoría permite que el Juez Constitucional anule una norma, pero impide que el Juez Constitucional haga una nueva norma.

Preámbulo

Imaginemos un ideal Kantiano: que algunos deseos del pueblo (voluntad individual) son transmitidos al parlamento, donde los legisladores después de estudiarlos y discutirlos hacen suyos estos deseos, convirtiéndolos en la voluntad general (voluntad concreta de la ley). Este cuasi deseo que ahora es publicado por el jefe de gobierno (presidente o primer ministro), ahora este ideal Kantiano, se ha convertido en una "norma".

Una norma, que tiene que ser cumplida sí o sí; una norma, que se convierte en derecho, en un derecho positivo; una norma, que se integra al ordenamiento jurídico que regula la conducta presente, futura de una sociedad. Disposición legal, de cumplimiento obligatorio, no solo para quienes la plantearon como deseos, sino para los que no la plantearon como deseo suyo.

Una norma, no solo legal sino legítima, que se presenta con altas probabilidades de cumplimiento por el sujeto obligado y donde difícilmente se puede aplicar la coacción, acción implícita de la intervención de la autoridad por el incumplimiento de la norma.

Pero esta norma, deseo humano hoy convertida en una ficción jurídica, por el simple hecho de ser elaborada por humanos, no nace con problemas de legalidad y legitimidad, sino con problemas de ambigüedad, antinomias, vaguedad, indeterminación, lagunas, etc.

Ante tal escenario, el órgano ejecutivo y judicial (ordinario) tendrá que cumplir sí o sí las normas [n1, n2, n3……]; pero que acción le queda al órgano judicial (extraordinario) ¿aplicar las normas sí o sí? Debería hacerlo, pero como ahora el juez constitucional en la praxis se unge como un legislador "cuasi-positivo", con la complicidad teórica, haciendo uso y abuso de su facultad hermenéutica, ante los problemas de ambigüedad, antinomias, indeterminación, vaguedad, lagunas, etc.; el juez invadirá la esfera del legislador, derrotara a las normas con principios y con su discrecionalidad interpretativa, diseñará la verdad y solución única en forma de sentencia o precedente.

Para el Maestro García Amado "La interpretación, por tanto, es la actividad que explica, aclara o precisa el contenido de ese mensaje que se contiene en la materia prima del derecho. La interpretación del derecho es la actividad consistente en establecer el concreto y preciso *sentido* de ese «algo» de que el derecho se compone. El resultado de tal actividad es ese «algo» en cuanto precisado y aclarado (García Amado, 2006, p. 99)

Quien realiza esta actividad interpretativa, precisa el mensaje expreso e implícito en la norma, no desvirtúa el mensaje de la norma. Precisa, aclara límites, alcances,

contornos de ese algo que el legislador prescribe.

Omisión de la discrecionalidad de los Jueces Constitucionales

Si no dudamos de que en la vida ordinaria haya cuestionamientos, no podemos dudar de que en la práctica del derecho las haya. Así que, negar la discrecionalidad judicial de los Jueces Constitucionales, es al mismo tiempo negar que en los Sistemas Jurídicos y sus normas no contengan problemas de antinomias, vaguedad, indeterminación y lagunas, de las cuales hay que discernir.

Por lo que el derecho es lo que es, la tesis ius positivista confirma la discrecionalidad judicial y, por otro lado, por lo que el derecho es lo que dicen los jueces ante los casos difíciles, la otra tesis ius moralista niega la existencia de la discrecionalidad judicial.

Tesis Ius moralistas.

-Casos difíciles.

-Constitución como principios y valores.

-Norma derrotable.

-Norma no es límite.

-Olvidémonos la norma, ponderemos, armonicemos.

-Se llega la decisión por lo justo.

Tesis Ius Positivistas.

-Casos más difíciles.

-Constitución como normas.

-Norma interpretable.

-Norma como límite.

-Interpretación semántica de la norma, teleológicamente posible.

-Se llega a la resolución por el razonamiento.

García Amado (2006) plantea lo siguiente:

¿Qué significa aquí discrecionalidad? Con este término aludimos a la libertad de que el juez disfruta a la hora de dar contenido a su decisión de casos sin vulnerar el Derecho. Por tanto, cuando afirmamos, que tal discrecionalidad existe en algún grado, queremos decir que el propio Derecho le deja al juez márgenes para que éste elija entre distintas soluciones o entre diferentes alcances de una solución del caso. Así pues, si hay discrecionalidad significa que al juez las soluciones de los asuntos que decide no le vienen dadas y predeterminadas enteramente, al cien por ciento, por el sistema jurídico, sino que éste, en medida mayor o menor, le deja espacios para escoja entre alternativas diversas, pero compatibles todas ellas con el sistema jurídico. (pp.151-152)

Libertar: Libertad del juez en este caso de interpretar la norma, libertad para precisar el mensaje, ese mensaje que el legislador enuncio en la norma. Libertad sin vulnerar el derecho, sin cambiarlo, sin darle un sentido opuesto al original. Libertad digamos discrecional para que el juez emita soluciones a los casos, pero soluciones razonables y compatibles con el sistema jurídico, no con el sistema moral del juez.

Como bien sabemos las normas, están diseñadas con materiales lingüísticos y como tales son en alguna medida porosos, abiertos, indeterminados. Ante tal escenario, pueden presentarse casos difíciles o más difíciles, donde la solución propuesta por las normas resulte dudosa o equívoca, teniendo el juez que marcar o completar las normas por la vía de la interpretación o integración. Lo que puede conducir al juez a la discrecionalidad o la arbitrariedad.

Por un lado, discrecionalidad, inevitable por la naturaleza de las normas; por

otro lado, arbitrariedad, cuando el juez decide libremente "contra legem". Es necesario aclarar que ninguna norma ofrece al cien por ciento la solución de todos los casos "prima facie" que se le presenten.

Para Masciota (2016, como se citó en Flores, 2020) señala que

> La discrecionalidad judicial resulta de la indeterminación del Derecho, implica libertad de elección y de selección, integra los poderes-deberes del juez que les confiere y les impone el ordenamiento jurídico. Consiste en la capacidad de discernir la solución justa entre diferentes parámetros, en definitiva, es el poder de decidir libre y prudencialmente en el marco de la ley y conlleva inexorablemente a la independencia del magistrado.

La discrecionalidad judicial, no necesariamente es mala, pero como algunos percibimos es inevitable. Al contrario, la arbitrariedad tiene que señalarse y perseguirse siempre, por ser el antivalor judicial por excelencia.

Para Masciota (2016) las ventajas y desventajas de la discrecionalidad son:

Desventajas:

1. Subjetividad: Es injusto que dependa del temperamento del juez;

2. Incoherencia: Es inadmisible que se apliquen criterios disímiles para casos iguales, pues se deteriora la seguridad jurídica y

3. Vergüenza judicial: No pueden atentarse contra el criterio de la comunidad, los pronunciamientos deben asentarse en el sentido común (como la lógica y la experiencia) habida cuenta de que el juez no puede incurrir en el absurdo, es decir, dictar pronunciamientos ilógicos o disparatados. La discrecionalidad irrestricta e ilimitada puede configurar la "tiranía judicial".

Ventajas:

1. Impedir que el tribunal se encuentre limitado a ritos formales;

2. Implica que la ley sea interpretada;

3. Simplifica los procedimientos al reducir la complejidad de las normas.

4. Entraña el ejercicio de la soberanía. (p.52)

Consciente de esto, podemos decir que el ius positivismo admite y critica la discrecionalidad y las teorías ius moralistas simplemente niegan dicha discrecionalidad de los jueces. Por un lado, el movimiento *Critical Legal Studies*, positivismo jurídico del siglo XX de Hart y, por otro lado, la Escuela de la Exégesis, en Francia, y de la Jurisprudencia de Conceptos, en Alemania el formalismo de fines del siglo XX y el neoconstitucionalismo.

Llega al escenario García Amado (2006) y pregunta:

> ¿Y quién puede conocer esa solución única e indubitada que en el fondo del Derecho yace para cada caso, esperando ser descubierta? Pues podría conocerlas todas y con total seguridad un juez perfecto. Hasta nombre le pone Dworkin a ese juez ideal: se llama Hércules. El juez Hércules es aquel juez absolutamente sabio y experto, que sabe todo de todo, al menos todo lo necesario para dar con esas soluciones que el común de los mortales difícilmente pueden conocer con seguridad. Como ninguno somos verdaderamente Hércules, más bien vulgares mortales, tampoco podemos saber exactamente qué es eso que idealmente deberíamos saber para estar en condiciones de saber lo que hay que saber. (p. 160)

Ante el planteamiento se nos presentan dos jueces: el juez Hércules y el juez de carne y hueso, tengo las sospechas que, en la

práctica el juez de carne y hueso derrotaría al juez ideal de Dworkin, al juez Hércules. Es decir, en cuanto el juez de carne y hueso más sepa de eso que hay que saber pero que no se sabe que es.

La ausencia del legislador

La interpretación constitucional surgió en el siglo XVII, distinta de la interpretación ordinaria, ante la aparente falta de normatividad de los principios que rigen esta práctica, los intérpretes constitucionales, sí los Jueces, andan sueltos por los tribunales haciendo de las suyas.

Tal omisión complica no solo la tarea de la doctrina científica, sino la práctica jurisprudencial de los tribunales. Pero es la misma jurisprudencia quien intenta diseñar los principios de la interpretación, pero sin mucho éxito.

Pero ¿dónde está el legislador? Que hace el legislador con los miles de sentencias de los jueces constitucionales, sentencias que se normativizan en jurisprudencia, que se convierten en criterios, que se regularizan en precedentes. Porque no hace suyos esos precedentes, esas interpretaciones de normas derrotadas y les devuelve su dignidad reformándolas, adicionándolas y definitivamente derogándolas o abrogándolas.

Un argumento contundente sobre el estatus del legislador, lo plantea García Amado de la siguiente forma:

> Cualquiera que examine la legislación actual en nuestros países encuentra que al legislador suele estar condicionado por tres deficiencias: a) *no sabe lo que dice* b) *No sabe lo que quiere*. c) *No sabe cómo regular eficientemente lo que pretende regular*. Cuando no sabe lo que dice es por su extrema incultura. Eso se arregla si los partidos tienen asesores que no sean unos analfabetos y unos sectarios sin luces. También conviene que los líderes de los partidos

y los gobiernos no sean psicópatas sin formación; ni vergüenza. Cuando el legislador no sabe lo que quiere es porque en verdad no concibe su función como de creación de normas eficientes y apropiadas, sino de modo puramente político, en el sentido de que nada más que se dictan normas para que el electorado piense que sus representantes se preocupan en serio por los problemas que mencionan. Nos aqueja una epidemia de *legislación simbólica*. Se sabe cuándo todo el esfuerzo se pone en las exposiciones de motivos y tales textos son muy monos y cursis, como para ciudadanos noños y mentalmente muy infantiles. Cuando el legislador no sabe cómo regular lo que quiere regular es por falta de capacidad técnica, generalmente porque los asesores del partido y de las cámaras apenas saben Derecho, aunque tengan habilidad para muchas bobaditas muy posmodernas y dominen el lenguaje de la idiotez bienpensante. Con un legislador inculto, que entiende la ley nada más que como propaganda y que carece del más mínimo dominio de las técnicas del Derecho, el sistema constitucional se desmorona. El grado en que un sistema constitucional se ha hundido es proporcional a la frecuencia con que los legisladores y los profesores de las universidades más caras de cada país hablan como si fueran obispos de una religión de bobos y manosean principios y valores como papagayos borrachos. (García Amado, 2023)

Ante contundente argumento de García Amado, plateamos tres escenarios:

En el primero, un juez que aplique la norma legitima democráticamente, legal procesalmente y lógica estructuralmente, ante los problemas ya señalados de la norma, la interprete con cierto grado de

discrecionalidad, pero no asumiendo el juez una posición de verdad y solución única.

En el segundo, un juez más que Hércules, un juez que inaplica la norma legitima democráticamente, legal procesalmente y lógica estructuralmente. Un juez que no admite la discrecionalidad y que tratándose de casos especiales debe ponderar la norma. Pesar la norma objetiva con los principios morales contrarios a la norma positiva para no acatarla y aplicarla. Pero con la idea de que no la derrota él, sino su razón, en cuanto representativa de la razón colectiva rectamente entendida o imaginada.

Y en el tercer escenario, legisladores sin ninguna formación lingüística, lógica o parlamentaria. Un legislador inoperante, que no sabe lo que quiere, que no sabe lo que dice y que no sabe cómo regular eficientemente lo que pretende regular. Ante tales hechos, se nos presenta una obra del legislador desimbolizada por su ineficacia y por la presión de la jurisprudencia de derrotar la norma con los principios morales.

Del análisis que acabamos de hacer en relación de los tres escenarios sobre el control judicial de la norma y de su constitucionalidad, podemos inferir la consecuencia de que, en el segundo caso, el riesgo de que la justicia se contamine de política estriba en la facultad judicial de paralizar la obra del legislador. Que equivale derrotar la norma objetiva, ponderándola contra los principios, contra los valores morales que pueden o no estar en la Constitución.

Discusión

La paradoja que se presenta es entre una norma que se tiene que cumplir sí o sí, “vs” un Control de la Constitucionalidad que debe de limitarse a describir el derecho sin participar en su producción, “vs” el Juez Constitucional, que en ciertos casos no aplicará la norma sí o sí y que inventará derechos en donde no los hay.

La cuestión es no aplicar una norma, que como Juez previamente has declarado contraria a la Constitución, por que viola derechos constitucionalmente establecidos, derechos que no están en la norma suprema, pero que los jueces pueden argumentar que ahí deberían estar, porque la Constitución es una fuente de derechos y de los otros derechos que aparecen en cuanto hechas una moneda a la fuente y ponderas que aparezcan como un deseo del Juez y no del pueblo.

Conclusiones

Al Juez Constitucional se le pueden pedir cuentas, cuando su nivel de responsabilidad pasa del campo jurídico, al campo personal. Más si este Juez niega su discrecionalidad, ni respeta su independencia convirtiendo la actividad interpretativa constitucional en tiránica.

Pero como responsabilizar a un juez que respeta el Sistema Jurídico, que realiza su facultad hermenéutica al tenor de las normas, que no invoca valores constitucionales y los instituye en el texto.

La interpretación Constitucional, por tanto, es la actividad que explica, aclara o precisa el contenido de ese mensaje que se contiene en la materia prima del derecho, no una actividad ponderativa del Juez para anular el mensaje y crear un mensaje nuevo.

La interpretación del derecho es la actividad consistente en establecer el concreto y preciso *sentido* de ese «algo» de que el derecho se compone, no una actividad consistente en desestabilizar el sentido de lo que compone al derecho.

Negar la discrecionalidad de los Jueces Constitucionales, es al mismo tiempo negar que en los sistemas jurídicos y sus normas no contengan problemas de antinomias, vaguedad, indeterminación y lagunas.

La pugna entre los que afirman la discrecionalidad, los que dicen que el derecho

es lo que es, los ius positivistas, contra los que niegan la discrecionalidad, los que dicen que el derecho es lo que dicen los Jueces, los ius naturalistas, no solo es una pugna teórica, sino real.

Una luz contra esa discrecionalidad ha llegado a la SCJN México este 4 de enero de 2024, asumió el cargo de ministra de la SCJN por los próximos 10 años Lenia Batres Guadarrama.

Referencias

Flórez Aristizábal, E. (2020). Discrecionalidad judicial. Desarrollo de una categoría en continua construcción. *Utopía y praxis latinoamericana. Revista Internacional de filosofía y teoría social*, *25*(3), 50-60.

García Amado, J. A. (2006). ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? *Isegoría*, (35), 151–172.

García Amado, J.A. [@JuanAGAmado]. (22 de octubre de 2023). *Cualquiera que examine la legislación actual en nuestros países encuentra que al legislador suele estar condicionado por tres deficiencias: a) no sabe lo que dice b) No sabe lo que quiere. c) No sabe cómo regular eficientemente lo que pretende regular. Cuando no sabe lo que dice*…[Tweet]. Twitter. https://twitter.com/JuanAGAmado/status/1716179406626972135

Masciotra, M. (2016). El poder discrecional de los jueces. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, *41*(41).