Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO ELECTORAL

Carlos Emilio ARENAS BÁTIZ*

I

Esta ponencia la desarrollaré en torno a la siguiente pregunta:

¿En que casos y hasta dónde los juzgadores electorales, deben intervenir con facultades de discrecionalidad instrumental o arbitrio judicial en la producción del derecho electoral que ellos mismos aplican?

Esta pregunta, como se advierte, interroga sobre el derecho objetivo y no sobre el derecho subjetivo[1]. Esto es, ciertamente que los jueces crean derecho subjetivo, a través de las resoluciones que dictan; pero teniendo esto por descontado, la pregunta lo que interroga es si los jueces deben o no intervenir en la producción de las normas de derecho que directamente fundan sus resoluciones.

En la pregunta me refiero al término "facultades de discrecionalidad instrumental o arbitrio judicial", lo cual a continuación aclaro.

Facultades discrecionales en general, son aquellas que se caracterizan por los siguientes rasgos: 1) autorizan a la autoridad para adoptar una decisión dentro de un determinado margen de libre apreciación, 2) implican un acto de elección que la autoridad realiza sobre la base de argumentos

* Magistrado y Coordinador Académico de la Unidad Regional Monterrey del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

[1] "El derecho subjetivo es una función del objetivo. Éste es la norma que permite o prohibe; aquél, el permiso derivado de la norma... Valiéndose de una ingeniosa imagen, Georges Gurvitch ha comparado la relación que media entre ambos a la existente entre las superficies convexa y cóncava de un cono hueco; la última encuéntrase determinada por la otra, que le imprime su forma peculiar, mas no se confunde con ella." (GARCIA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 31ª ed., México, Edit. Porrúa, 1980, p. 256).

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

valorativos que son extrajurídicos y acerca de los cuales personas razonables pueden diferir.[2]

Ahora bien, dentro del concepto general de facultad discrecional, podemos distinguir a la discrecionalidad fuerte y a la discrecionalidad instrumental.[3] La "discrecionalidad fuerte" sería aquella en la que la decisión de la autoridad es en todo caso una potestad que ésta puede actualizar o no según lo elija. Y por otra parte, la "discrecionalidad instrumental", que cuando se le confiere a los jueces se le puede llamar también "margen de arbitrio judicial"[4], sería aquella que faculta a la autoridad para determinar el contenido de una norma o concepto jurídico indeterminado, o para calificar la medida o intensidad con la que un cierto atributo se da en un hecho. A esta última discrecionalidad se le denomina instrumental, ya que cuando la autoridad está obligada a aplicar una determinada norma jurídica, pero ésta aún no tiene un contenido determinado, entonces instrumentalmente se requiere que la autoridad primero dé contenido a la norma, para luego poder proceder a su aplicación.

Para ilustrar lo anterior, quisiera poner un par de ejemplos de discrecionalidad fuerte y de discrecionalidad instrumental.

Ejemplo de discrecionalidad fuerte, sería la atribución que tiene la Sala Superior del TEPJF (art. 211 de la Ley Orgánica del PJF) para crear, a través del Reglamento Interno del Tribunal, los órganos auxiliares de la Comisión de Administración que estime necesarios; la cual es una atribu-

[2] Desdentado apunta que la discrecionalidad, en términos generales, "consiste en la realización de elecciones entre diferentes alternativas con la finalidad de ejercer una potestad conferida por el ordenamiento jurídico y que éste, sin embargo, no ha regulado plenamente... Esto es, la discrecionalidad se caracteriza por los siguientes rasgos: 1) supone la adopción de decisiones dentro de un margen de libre apreciación dejado por el ordenamiento jurídico, 2) implica un acto de elección sobre la base de argumentos valorativos acerca de los cuales personas razonables pueden diferir, y 3) la elección se adopta siempre conforme a criterios valorativos extrajurídicos". (DESDENTADO DAROCA, Eva. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*, Edit. Civitas, Madrid, 1997, p. 22)

[3] "La discrecionalidad fuerte hace referencia a aquellos supuestos en los que el titular de una potestad realiza elecciones dentro de un ámbito jurídico de decisión propio conferido por el ordenamiento jurídico. Y la discrecionalidad instrumental comprende aquellos supuestos en los que el titular de una potestad realiza igualmente elecciones como algo necesario para el ejercicio de su potestad, pero sin disponer de un ámbito de decisión propio" (DESDENTADO Ibidem, p. 23.). Pressuti apunta que la discrecionalidad técnica se da en "aquellos supuestos en los que la aplicación de la norma imprecisa requiere un juicio acerca de la medida y la intensidad con la que un determinado atributo se da en un hecho" (PRESSUTI, E. *Discrezionalita pura e discrezionalita tecnica*, Torino, 1919; citado por DESDENTADO, *Ibidem* , p. 33).

[4] Brewer-Carías denomina arbitrio del órgano jurisdiccional electoral, a la atribución de éste para realizar una "apreciación circunstancial dentro del parámetro legal" (BREWER-CARIAS, Allan R., "La nulidad de los actos electorales: Una perspectiva constitucional comparada", en *Transición democrática en América Latina; reflexiones sobre el debate actual, Memoria del III Curso Anual Interamericano de Elecciones*, San José, Costa Rica, IIDH/CAPEL, 1990, pp. 92-106).

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

ción de discrecionalidad fuerte ya que el orden jurídico no le impone a la Sala Superior, la obligación de crear órganos auxiliares, sino que más bien le faculta para decidir libremente entre crearlos o no crearlos.

Ejemplos de casos de facultades discrecionales instrumentales o de márgenes de arbitrio judicial, en cambio, serían los siguientes: El artículo 177, fracción II, del Estatuto del Servicio Profesional Electoral del IFE, faculta al IFE para destituir a cualquier miembro del servicio que incurra en un incumplimiento "grave" de sus obligaciones; y de manera semejante el TEPJF, con fundamento en el artículo 75 de la LGSMIME, deberá anular la votación recibida en una casilla federal, cuando en ésta hubieren ocurrido irregularidades que resulten "determinantes" para el resultado de la votación. Ahora bien, esto de ningún modo significa que las referidas autoridades puedan libremente elegir si destituyen a un servidor público o si anulan una votación, sino que lo que significa es que tales autoridades están obligadas a destituir y a anular, siempre y en todos los casos en que, respectivamente, se de un incumplimiento "grave" o una irregularidad "determinante", teniendo las autoridades, sin embargo, facultades discrecionales o arbitrio judicial para determinar cuándo un incumplimiento será "grave" o cuando una irregularidad será "determinante"; esto es, tendrán las autoridades facultades para calificar la medida o intensidad con la que un cierto concepto incluido en la norma jurídica, se da en un hecho, o bien para determinar genéricamente lo que deberá entenderse en determinados casos como contenido del concepto indeterminado que la norma incluye. En este último sentido puede verse el acuerdo JGE/84/99[5], en el que la Junta General Ejecutiva del IFE establece una lista de supuestos generales que sirven de referencia para calificar la "gravedad" o "no gravedad" de un incumplimiento, del mismo modo que en la jurisprudencia del TEPJF, se pueden ver tesis que expresan supuestos genéricos que sirven de referencia para establecer cuando una irregularidad es o no "determinante".

Así pues, a través de las facultades discrecionales instrumentales, la autoridad determina el contenido de la norma jurídica que posteriormente ella misma deberá obedecer o hacer obedecer. Además, la fijación del referido contenido normativo, lo hará la autoridad a partir de criterios extra-jurídicos. Y todo esto, sin embargo, no debe implicar la posibilidad de que la autoridad pueda optar libremente entre cumplir o no cumplir la norma en cuya producción interviene. Debe cumplirla puntualmente y su intervención en la producción de su contenido debe ser dentro de un margen de razonabilidad.

[5] Publicado en el Diario Oficial de la Federación, del día 27 de diciembre de 1999.

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

La discrecionalidad instrumental también la encontramos entre las facultades del poder legislativo. Por ejemplo, La Constitución, en su artículo 116, fracción IV, le ordena a las legislaturas de los Estados que legislen reglas para que el financiamiento público se distribuya entre los partidos políticos "en forma equitativa". Cumplir o no cumplir con esta norma constitucional, no es algo que los congresos locales puedan libremente decidir. Estos imperativamente deben cumplir el mandato constitucional, sin embargo, para hacerlo deben, los propios congresos, determinar el contenido de la expresión "en forma equitativa", incluida en la norma constitucional. Esto es, los congresos locales intervienen en la producción del contenido de la norma que imperativamente deben cumplir[6], aunque esta intervención deben hacerla dentro de un margen de razonabilidad. No omito mencionar, sobre este particular, que el grado de razonabilidad del contenido normativo determinado por el legislador ordinario, habrá de ser evaluado en última instancia por el Poder Judicial Federal, en razón de que la norma cuyo contenido debe determinarse, es de rango constitucional.

Así pues, que una autoridad esté facultada para intervenir en la producción del derecho que ella misma está obligada a cumplir o a hacer cumplir, no es algo extraño para las autoridades administrativas, judiciales o legislativas, ni en el derecho en general, ni en el derecho electoral mexicano en particular.

II

Bien, una vez precisado el alcance que aquí le doy al concepto de discrecionalidad instrumental o márgenes de arbitrio judicial, de nuevo me ubico frente a la pregunta: ¿En qué casos y hasta dónde los juzgadores electorales, deben intervenir con facultades de discrecionalidad instrumental o arbitrio judicial en la producción del derecho electoral que ellos mismos aplican? ; y lo que a final de cuentas encuentro es que esta pregunta puede tener por lo menos tres diferentes respuestas, todas ellas correctas, dependiendo del sentido que se le dé a la pregunta, porque ésta puede tener también por lo menos tres connotaciones diversas y correctas.

Cuando pregunto si actuar con discrecionalidad instrumental o arbitrio judicial es algo que los jueces "deben" hacer en ciertos casos, este concepto de "deber" puede entenderse que refiere: a) a un imperativo fáctico o instrumen-

[6] La Sala Superior del TEPJF ha confirmado que "el constituyente dejó a la soberanía de los Estados la facultad de señalar las bases de distribución del financiamiento público a los partidos" (jurisprudencia S3ELJ 08/2000)

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

tal; b) a un imperativo moral, o c) a un imperativo jurídico. Y el sentido en el que entienda la pregunta, determinará obviamente, el sentido de la respuesta.

La pregunta en torno a la cual se estructura esta ponencia, incide en uno de los grandes temas cuya resolución clara y accesible, estoy convencido que debe lograrse como requisito para terminar de consolidar a la jurisdicción constitucional en general, y a las jurisdicciones electorales en particular. Me refiero al tema de los límites que a los tribunales electorales les deben corresponder, lo mismo que a cualquiera otra autoridad republicana.

Desde luego que en esta ponencia no pretendo ni remotamente, llegar a una respuesta definitiva a la interrogante planteada, sino sólo participar con algunas ideas en la compleja discusión que el tema implica.

Básicamente en esta ponencia lo que haré será puntualizar que el debate sobre los límites de la jurisdicción electoral, y más específicamente sobre los límites de la discrecionalidad instrumental de los juzgadores, puede darse en por lo menos los tres sentidos que he referido, y que representan tres ámbitos o niveles discursivos que son totalmente diferentes y además completamente autónomos entre sí. Lo cual me parece a mí que resulta de la mayor importancia tenerlo siempre presente, para evitar caer en el defecto de utilizar las argumentaciones de uno de tales ámbitos para fundamentar conclusiones de otro de los citados ámbitos, como por ejemplo, fundar afirmaciones morales en consideraciones de hecho, o fundar afirmaciones jurídicas en consideraciones de moral. Además, desde luego, que también referiré en términos generales, la respuesta que para la pregunta inicial de esta ponencia, encontramos en cada uno de los referidos ámbitos o niveles discursivos diversos.

Empezaré por referirme al filósofo inglés David Hume, quien en el siglo XVIII, provocó toda una revolución en los campos de la lógica y la ética, básicamente a partir de que en su famoso argumento conocido como "la guillotina de Hume"[7] denunció que en las obras sobre moral, se solían presentar como conclusiones de

[7] Hume afirma, en su argumento conocido como la Guillotina, lo siguiente: "En todo sistema de moralidad que he conocido, siempre he notado que el respectivo autor empieza desarrollando la forma ordinaria de razonamiento y así establece la existencia de un bien, o hace observaciones respecto de los asuntos humanos, cuando de repente sorpresivamente me encuentro con que, en lugar de silogismos con premisas de "ser" o "no ser", me topo con proposiciones que están conectadas con un "deber ser" o "no deber ser". Este cambio es imperceptible, pero es, sin embargo, de profundas consecuencias. Para que un "deber ser", o "no deber ser", exprese una nueva relación o afirmación, es necesario que haya sido explicado y al propio tiempo que alguna razón se hubiera dado, pero lo que me parece de cualquier forma inconcebible es cómo esta nueva relación puede ser deducida de otras que son enteramente diferentes a ella. Ahora bien, como los autores comúnmente no advierten este detalle, yo debo entonces advertírselo a los lectores; y estoy convencido de que este pequeño llamado de atención podría destruir todo el sistema vulgar de moralidad." (HUME, David. *Treatise of Human Nature*. Inglaterra, Edit. Fontana, 1972, p.293. -traducción propia-)

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

"deber ser" moral, a afirmaciones que derivaban de premisas de "es" o "no es" que sólo afirmaban la existencia o no existencia de hechos o realidades. Fue así Hume quien puntualizó que una conclusión de "deber ser" moral, sólo puede derivarse de silogismos que incluyan por lo menos una premisa de "deber ser" de naturaleza moral, y nunca a partir de silogismos que sólo expresen realidades.

Así, atendiendo a Hume, sería incorrecto el siguiente silogismo que, al partir sólo de premisas descriptivas de "es", pretende llegar a conclusiones prescriptivas de "deber ser":

Premisa 1.	Juan suele conducir ebrio
Premisa 2.	Conducir ebrio es causa de accidentes
Conclusión	Juan "debe" dejar de conducir ebrio

En cambio, sería un silogismo correcto, el siguiente:

Premisa 1.	Juan suele conducir ebrio
Premisa 2.	Conducir ebrio es causa de accidentes
Premisa 3.	"Debe" preservarse la vida propia y la de otros
Conclusión	Juan "debe" dejar de conducir ebrio

Y es correcto el anterior silogismo porque llega a una conclusión prescriptiva de "deber ser", pero después de incluir una premisa también de naturaleza moral.

A partir de las ideas de Hume, la lógica moderna acepta que las premisas indicativas o descriptivas como las de las ciencias naturales, por una parte, y las premisas prescriptivas como las de la ética y la política, por otra parte, son deductivamente independientes entre sí.

Hume provocó un terremoto en el terreno universal de la filosofía, y separó y dió autonomía a la lógica moral, respecto de la lógica asertórica o del mundo de los hechos. Y luego, en el territorio de la filosofía jurídica, como réplica de aquel terremoto, Kelsen habría de separar y dar autonomía a la lógica jurídica.

Kelsen, quien consideraba a Hume como "el más grande de los filósofos"[8], según mi percepción recibió de éste una innegable influencia que resultó

[8] Hart contaba que Kelsen se refería a Hume como "el más grande de los filósofos", según refiere Tamayo. *Vid*. TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, "H.L.A. Hart y la teoría jurídica analítica (estudio preliminar)", en HART, H.L.A. *Post Scríptum al concepto de derecho*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2000, p. XXI

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

determinante en la formulación de la Teoría Pura del derecho. Lo que Kelsen afirma es que cualquier hecho o acontecimiento de la naturaleza, no es de por sí objeto de conocimiento jurídico, sino en la medida en que una norma jurídica se refiera a él con su contenido, e igualmente escribe Kelsen que "al 'deber ser' jurídico se le debe despojar de su carácter axiológico-metafísico-absoluto, para reducir al 'deber ser jurídico' a una expresión del enlace de condición y consecuencia en la proposición jurídica"[9]. Esto es, Kelsen confirma la separación que hizo Hume entre el "ser" del "deber ser", y además distinguió entre el "deber ser" axiológico y el "deber ser" lógico jurídico que quedaría reducido a una relación imputativa, de tal modo que una conducta "deberá ser" jurídicamente, sólo en la medida en que sea imputación o derivación de una norma jurídica válida, que a su vez derive o encuentre su fundamento en otra norma jurídica válida, y así hasta llegar a la norma jurídica suprema.

Y con apoyo en las ideas anteriores, hoy reconocemos como ámbitos discursivos diferentes y autónomos, a la "teoría general del derecho" que trata de establecer el derecho que "es"; la "axiología jurídica" que busca establecer las esencias del derecho que "debe ser" como imperativo de valor; y la "lógica jurídica" que estudia la estructura y validez de los razonamientos jurídicos, a través de los cuales se deduce el "deber ser" jurídico. Sin dejar de mencionar que estas perspectivas de análisis tendrán un alcance filosófico cuando buscan trascender los datos singulares para acceder a las esencias universales, y tendrán un alcance de doctrina cuando se enfocan al análisis específico del Derecho de un determinado país o comunidad.[10]

En suma, la pregunta que en esta ponencia me planteo, puede tener un sentido fáctico, un sentido normativo moral o un sentido normativo jurídico, y por lo tanto puede recibir una respuesta desde la perspectiva de la teoría general del derecho, la axiología jurídica o la lógica jurídica. Aunque la respuesta sólo podrá ser verdadera, válida o correcta, en la medida en que tenga un sentido idéntico al sentido de la pregunta, y sea una conclusión fundada en premisas de su misma naturaleza.

Ilustro lo anterior con algunos ejemplos.

[9] KELSEN, Hans. *La teoría pura del derecho*, México, Edit. Nacional, 1981, p.30

[10] Sobre los conceptos de teoría general del derecho, axiología jurídica, lógica jurídica y doctrina jurídica, *vid*. ROJAS AMANDI, Victor Manuel, *Filosofía del derecho*, 2ª ed., México, Oxford University Press, p. 48 y 62 a 75.

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

Los siguientes silogismos desembocan en una conclusión de "deber ser" instrumental que es formalmente válida porque deriva de al menos una premisa descriptiva válida:

Premisa 1.	El agua hierve al calentarla a 100 grados
Premisa 2.	Carlos hervirá agua
Conclusión.	Carlos "debe" (instrumentalmente) calentar el agua hasta 100 grados
Premisa 1.	La interpretación de las normas en la comunidad "X", se hace expresando "Y" (puede ser "Y", la voluntad del legislador, la coherencia de la norma dentro de un sistema objetivo de reglas, o dentro de un sistema moral, etc.)
Premisa 2.	Carlos interpretará una norma en la comunidad "X"
Conclusión.	Carlos "debe" (instrumentalmente) expresar "Y" de la norma

Las premisas instrumentales nos muestran el camino que hay que seguir para lograr algo, sin embargo, exactamente tal y como ocurre con los mapas de carreteras, el hecho de conocer las rutas no significa que tales caminos "deban ser" obligatoriamente recorridos como imperativo de valor o como un imperativo jurídico. Las conclusiones de los dos silogismos anteriores serían incorrectas, si se le diera una connotación de "deber ser" moral o jurídico.

En cambio, expresan una conclusión válida de "deber ser" moral, el siguiente silogismo:

Premisa 1.	La libertad de todo individuo "debe" (moralmente) favorecerse
Premisa 2.	La interpretación "A" favorece más la libertad individual, que la interpretación "B" que favorece más la eficacia y la cohesión de los partidos políticos
Conclusión.	La interpretación "A" "debe ser" (moralmente) favorecida

Las premisas o conclusiones de "deber ser" moral, expresan un imperativo que obliga al hombre a orientar sus actos hacia fines de valor, y generalmente hacia lo bueno o correcto moralmente. Algunos autores sólo consideran como destinos valiosos a los que derivan de la moral individual, otros

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

en cambio, también consideran a los valores que puedan derivar de una moral utilitarista o una suerte de moral social.

Finalmente son silogismos con conclusiones válidas de "deber ser" jurídico, los siguientes:

Premisa 1.	Los artículos 14, 16, 41, 99 y 116 constitucionales, disponen la norma de que cualquier autoridad sólo podrá realizar actos electorales debidamente fundados y motivados
Premisa 2.	El tribunal electoral "A" es una autoridad pública
Conclusión.	Los actos electorales del Tribunal Electoral "A", "deben" (jurídicamente) estar debidamente fundados y motivados
Premisa 1.	El artículo 2° de la LGSMIME dispone que para la resolución de los medios de impugnación que regula, sus normas se interpretarán conforme a los criterios gramatical, sistemático y funcional
Premisa 2.	El Tribunal federal resolverá un medio de impugnación electoral
Conclusión.	El Tribunal federal "debe" (jurídicamente) interpretar las normas de la LGSMIME conforme a los criterios gramatical, sistemático y funcional

Las premisas de "deber ser" jurídico derivan de una mera imputación lógico-jurídica. Esto es, una determinada conducta "debe ser" jurídicamente, cuando esté autorizada en el contenido de una norma jurídica válida. Siendo norma jurídica válida la que hubiere sido producida con la autorización de otra norma jurídica válida de superior jerarquía.

Como se advierte de lo anterior, y quiero aquí enfatizarlo: No se puede deducir una conclusión de "deber ser" jurídico, a partir exclusivamente de premisas de "deber ser" instrumental o moral; del mismo modo que tampoco puede válidamente derivarse una premisa de "deber ser" axiológico a partir sólo de afirmaciones de "deber ser" jurídico o instrumental. Y por lo tanto es muy importante el diferenciar entre los "deber ser" instrumental, moral y jurídico, ya que *cada uno de ellos pertenece a un ámbito diverso y autónomo del saber*, teniendo cada uno sus respectivas reglas de argumentación y validez.

En este punto quisiera aclarar que con todo lo anterior, no pretendo de ningún modo, excluir del campo del Derecho a las premisas y argumentaciones morales. Es enorme y clásico el debate entre los que consideran que

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

el derecho se integra básicamente por prescripciones morales y sólo por prescripciones jurídicas en la medida en que éstas coincidan con aquéllas. Mientras que para otros el Derecho es básicamente prescripciones jurídicas y sólo prescripciones, principios o valores morales en la medida en que éstos sean contenido de aquéllas. Y por supuesto que este debate no pretenderé resolverlo, sino acaso ordenarlo, a partir de lo que he dicho antes.

Y tan no pretendo aquí resolver el debate entre ius-naturalistas y ius-positivas, que lo que a continuación intentaré hacer, será el dar a la pregunta original de esta ponencia, una respuesta de "deber ser" axiológico que correspondería a una perspectiva ius-naturalista, y separadamente una respuesta de "deber ser" jurídico, que correspondería a una visión ius-positivista. Además, también abordaré lo relativo al "deber ser" instrumental que o bien resulta aplicable a los problemas instrumentales de las dos ideologías anteriores, o incluso puede llegar a ser visto como una postura autónoma que es la de los "argumentadores".

Cabe advertir desde ahora, lo siguiente: "Ius-naturalistas", "ius-positivistas" y "argumentadores", con frecuencia buscan superar o matizar los límites discursivos de su respectiva ideología, lo cual incrementa la complejidad de sus respectivas exposiciones. Los ius-positivistas post-kelsenianos, por ejemplo, ahora suelen admitir que para la expedición de normas jurídicas válidas, se requiere no sólo de una autoridad competente, sino además de que ésta actúe en correspondencia con ciertos "principios" a efecto de que los mandatos de ésta se conviertan en imperativos jurídicos. Los "ius-naturalistas", por su parte, buscan evitar que su discurso legitime como instancia preclara y omnipotente, a la autoridad judicial, ya que esto supondría la fractura del principio republicano de división de poderes. Los "argumentadores" son escépticos respecto de que las normas jurídicas puedan tener un contenido "objetivo", pero a pesar de lo anterior admiten que la interpretación no puede exceder un referente mínimo de "razonabilidad" o "plausibilidad". En esta breve ponencia, las posturas de ius-naturalistas, ius-positivistas y argumentadores, serán apenas dibujadas, por lo que su complejidad -y riqueza- no quedará íntegramente reflejada.

III

Empecemos por ubicarnos en una perspectiva ius-naturalista, desde la cual al derecho electoral hay que entenderlo integrado por prescripciones o principios de valor moral (y aquí uso el concepto moral en sentido amplio,

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

pudiendo llegar a incluir hasta consideraciones utilitaristas y de conveniencia política), que existen con independencia de que las autoridades los incorporen en el derecho positivo, y que son de carácter universal, objetivo, y cognoscibles a través de la razón humana. Y precisamente considerando esto, podría inicialmente pensarse que, dentro de esta perspectiva, la discrecionalidad judicial no tiene cabida como medio de producción del derecho electoral, toda vez que éste ya se encuentra producido o determinado por el orden natural, y en todo caso al juzgador sólo corresponden atribuciones para identificarlo y declararlo, no para producirlo. Sin embargo, esto no es así.

Para empezar habría que decir que los principios o valores morales, aunque objetivos para la razón y absolutos y universalmente válidos; sin embargo, no son susceptibles de aplicarse como fundamento directo de la mayoría de las resoluciones judiciales. Esto debido a que en la realidad judicial, la mayoría de los casos concretos no se resuelven aplicando el juzgador de manera exclusiva, exacta y absoluta, alguno de tales valores o principios, sino aplicando el juzgador una solución a través de la cual busca, no que la realidad actualice plenamente los valores morales (esto sería idealismo), sino que en todo caso se aproxime a ellos lo más posible, y no a uno u otro valor específicos, sino a una combinación armónica y justa de ellos.

Los valores o principios son irrealizables en su integridad, porque prescriben lo bueno absoluto, con independencia de su factibilidad. Y en el caso de la resolución judicial de conflictos, la imposibilidad de lograr actualizar plenamente a los diversos valores o principios del derecho, se hace más evidente, habida cuenta de que los litigios presentan en la mayoría de los casos, no un conflicto simple que deba resolverse mediante la entrega del bien y el castigo del mal, sino un conflicto complejo suscitado entre dos o más bienes que en determinada realidad resultan excluyentes entre sí. Conflictos entre bueno y bueno, que se resuelven eligiendo el bien de mayor peso, o más frecuentemente, armonizando los valores o principios en conflicto, de tal modo que se actualice de cada uno de ellos una proporción o grado razonable que sumados en conjunto integren la solución justa de mayor valor. Los valores o principios del Derecho, se revelan como orientes que dan sentido y justificación a todas y cada una de las demás partes del Derecho.

Coincidiendo con lo anterior, Dworkin señala que los principios jurídicos no necesariamente son el fundamento directo de una decisión judicial, aun-

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

que sí son necesariamente el punto de referencia que orienta y justifica moralmente la decisión judicial.[11] También Dworkin apunta que un principio jurídico puede entrar en conflicto con otro principio jurídico, y entonces prevalecer el de mayor peso sobre el de menor peso, pero sin que esto signifique la abrogación de este último, ya que los principios no responden a la lógica del "todo o nada".

¿Pero si desde la óptica del ius-naturalismo, los principios del derecho son guías, pero no normas que resulten exactamente aplicables a la resolución de casos concretos, entonces los jueces con qué fundamento resuelven los litigios sometidos a su conocimiento?. Pues ciertamente que con fundamento en reglas, pues para los ius-naturalistas el Derecho no se integra de manera incompleta exclusivamente por principios, sin reglas; de la misma manera que para los ius-positivistas el Derecho tampoco se integra sólo por reglas sin principios.

Las reglas que aplicará un ius-naturalista, serán aquellas que tengan como contenido el que permita, en una particular realidad, la mayor y más armónica aproximación entre esa realidad particular y los valores que orientan al Derecho. Las reglas, por lo tanto, no tienen que ser exactamente iguales en todas las comunidades humanas, ya que en cada una de ellas las reglas deben guardar una correspondencia con su particular y diversa realidad; aunque claro, una vez determinada una regla válida para una determinada realidad, la regla tampoco deberá tener por qué variar a menos que la realidad varíe.

Dworkin, al considerar al derecho como integridad, considera que las reglas jurídicas formalmente producidas por las instituciones políticas de una determinada comunidad, serán válidas o verdaderas, siempre y cuando cumplan con un principio de coherencia, lo cual significa "Que sean hechas y vistas, hasta donde sea posible, como que expresan un solo esquema coherente de justicia y equidad en la proporción correcta" y que también (y consecuentemente) guarden una coherencia con la práctica legal de la comunidad en el pasado.[12]

Pero sobre todo, para los efectos de esta ponencia, lo que nos interesa destacar es que para un ius-naturalista, las reglas, a diferencia de los principios o valores que las inspiran, no son universales y tampoco existen objetivamente en el orden natural, sino que deben ser "construidas" por el juez

[11] Vid. DWORKIN, Ronald M. *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989.
[12] DWORKIN, Ronald M. *El imperio de la Justicia*, 2ª ed., Barcelona, Gedisa, 1992, p. 160.

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

justo, de cara a una realidad determinada. Por lo tanto las reglas son "determinables", a diferencia de los principios que existen "determinados".

Un juez ius-naturalista podrá considerar como válidas determinadas las reglas jurídico-positivas expedidas por el legislador, pero después de evaluar que las citadas reglas coinciden razonablemente con las reglas que el juez justo, por sí mismo, derive de los principios o valores del Derecho. Esto es, aun cuando el juzgador ius-naturalista suele adoptar las reglas jurídico positivas del régimen, esto no significa que el juzgador deje de producir él mismo su propio régimen de reglas justas, que constituye su parámetro para evaluar la validez y aplicabilidad de las reglas jurídico positivas. Y acaso lo que ocurre es que cuando el juez ius-naturalista aplica una regla jurídico-positiva (que tienen la ventaja de poder imponerse incluso con el respaldo de la fuerza pública del Estado), en realidad esta aplicando su propia y coincidente regla de Derecho orientada por el valor moral.

Así pues, para el ius-naturalismo, las reglas son siempre "determinables" por el juez justo, quien a través de su prudente arbitrio o discrecionalidad instrumental, produce la regla justa aplicable con un contenido que permita la mayor y más armónica aproximación entre la realidad particular y los valores que orientan al Derecho. Lo anterior, sin olvidar el juzgador ius-naturalista que para poder contar con el respaldo de la fuerza del Estado en la aplicación de la norma justa, conviene que ésta se aplique a través de la regla jurídico positiva con la que más coincidencia tenga.

Hasta aquí esta muy genérica referencia, desde luego con muchas omisiones, sobre la perspectiva iusnaturalista desde la cual los juzgadores estarían autorizados para producir el contenido justo de todas las reglas del Derecho, salvo en aquellos casos de excepción en que la resolución de un asunto pudiera fundarse directamente en un Principio.

IV

Ahora ubiquémonos en una perspectiva ius-positivista, y tratemos de resolver ¿en qué casos un juzgador electoral debería intervenir con facultades discrecionales en la producción del derecho electoral?

Para empezar habría que decir que para esta perspectiva, las normas jurídicas serán formalmente válidas en la medida en que hayan sido creadas conforme al respectivo procedimiento de creación jurídica que el propio derecho establezca, y serán materialmente válidas cuando tengan un conte-

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

nido sustancial o material, que sea compatible o coherente con el de las demás normas de superior jerarquía del propio orden jurídico.[13] Consecuentemente debe entenderse que sólo el Derecho fundamenta la validez jurídica del Derecho, y no así las realidades o consideraciones morales, sociales o políticas, que aunque respectivamente puedan ser fundamento de validez moral, social o política del derecho, no podrán ser consideradas, por sí mismas, como fuentes de validez jurídica de una norma de derecho, excepto cuando estén incorporadas al régimen jurídico del que la correspondiente norma deba derivar su validez jurídica; y en este último caso, inclusive, la fuente de validez jurídica será, no la realidad o consideración moral, política o social, sino precisamente la norma jurídica que las incorpora.

Ahora bien, por cuanto hace al tema de en qué medida el Derecho está "determinado" o es "determinable" y susceptible de ser creado por los jueces, habría que decir que para la perspectiva ius-positivista, las reglas jurídicas válidamente expedidas por la autoridad competente, por regla general existen plena y objetivamente "determinadas" y con un sentido preciso. Lo anterior sin perjuicio de las normas en las que el legislador incluye intencionalmente "conceptos jurídicos indeterminados", con el propósito precisamente de delegarle a la autoridad aplicadora de la norma, que sea ella la que con discrecionalidad técnica le dé contenido a la norma. Y salvo los casos de excepción en los que no existe regla predeterminada que resulte exactamente aplicable al caso, por lo que sea necesario producirla.

Ahora bien, considerando que para el ius-positivista, la regla existe con un sentido preciso, con independencia de que éste sea o no captado con fidelidad por el receptor judicial; resulta entonces que la interpretación jurídica entonces fundamentalmente "descubre" o "desentraña" el sentido o significado que las normas tienen, por lo que la interpretación sólo condiciona la "identificación" fiel de la norma de derecho objetivo, pero no su existencia.

Como se advierte de lo anterior, para mí lo determinado o determinable del derecho, no tiene que ver con su grado de cognoscibilidad, o sea la facilidad o dificultad con la que pueda hacerse la "identificación" del derecho. Considero como "determinado" al derecho que asumimos que de por sí tenía un contenido preciso desde antes de haber sido aplicado por primera vez, mientras que derecho "determinable" sería aquel que asumimos que adquiere o adquirió un

[13] Para la validez jurídica de una norma jurídica, se requiere que el contenido de la misma, sea acorde, en primer término, con los contenidos de las normas constitucionales y con los principios derivados de éstas.

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

contenido preciso, sólo frente al primer caso concreto en relación con el cual es o fue aplicado. Por supuesto que en muchos casos, el contenido "determinado" de una norma, no lo conocemos sino hasta que lo aplicamos por primera vez, pero esto no significa que el contenido lo hayamos construido nosotros, pues más bien significa que el contenido existía desde antes de que nosotros lo conociéramos, y que en todo caso nuestro conocimiento lo descubre y no lo construye. Por esto, una cosa es identificar el derecho determinado, lo que se hace a través de la que podríamos considerar como "interpretación en sentido escrito", y otra cosa es producir o construir el derecho determinable, cosa que los jueces hacen a través de la que podríamos considerar como "interpretación en sentido amplio", dentro de la cual quedaría incluida la integración y/o la interpretación por analogía.

Así pues, para el ius-positivista la interpretación deberá quedar ordinariamente acotada a su sentido restringido, y sólo excepcionalmente podrá hacerse en su sentido amplio, esto es, incluyendo producción de contenidos normativos. Esto último, sólo estará autorizado en el caso de los denominados "conceptos jurídicos indeterminados" o "conceptos jurídicos genéricos", cuyo contenido deba ser determinado discrecionalmente por las autoridades administrativas o judiciales o por un órgano legislativo de inferior jerarquía, y en el caso de las lagunas de la ley, frente a las cuales habría que aplicar los principios generales del Derecho, que se obtendrían mediante generalizaciones sucesivas de las normas jurídicas.[14]

En relación con admitir o no que el Derecho tenga lagunas o más bien sea un orden con plenitud hermética, creo que un positivista moderno podría afirmar que el derecho tiene una plenitud formal, pero no material. Lo anterior en el sentido de que el derecho no siempre tendrá una norma jurídica preestablecida cuyo contenido material resulte exactamente aplicable a cualquier caso concreto. Aunque sí incluirá las reglas necesarias para no dejar ningún caso concreto sin una correspondiente regulación jurídica aplicable. En el derecho mexicano se establece como norma jurídica, que a falta de disposición expresa se aplicarán los principios generales del derecho[15]; norma de producción ésta, conforme a la cual se creará a su vez, la norma que regulará (post-facto) el caso concreto.

[14] Desde la perspectiva ius-positivista, los principios generales del derecho, no proviene de fuera del sistema jurídico, sino que están contenidos en el sistema jurídico o se derivan directamente de él, ya que a ellos se llega "por generalizaciones sucesivas a partir de los preceptos del sistema en vigor" (*Vid*. GARCIA MAYNEZ, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, 5ª ed., México, Edit. Porrúa, p. 314).

[15] Artículos 14 Constitucional, último párrafo; 3° del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, y 2° de la Ley General del Sistema de medios de Impugnación en Materia Electoral.

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

Habría que decir también que desde esta perspectiva, la simple ausencia de regla expresa aplicable, no es suficiente para activar las atribuciones de discrecionalidad instrumental que autorizan al juzgador a producir el contenido de una norma dentro de ciertos márgenes de razonabilidad. Es necesario determinar, si la ausencia de norma es una ausencia intencional, o si es una ausencia que sea producto de la imprevisión del legislador. En el primer caso, habría que considerar que la voluntad del legislador es que ante la ausencia intencional de regla expresa, se aplique el principio permisivo según el cual todo gobernado queda jurídicamente autorizado para hacer todo aquello que no le está prohibido, y a la autoridad se le aplique el principio prohibitivo de no poder hacer sino aquello que expresamente le esté autorizado en el Derecho.

Hasta aquí este repaso resumido, y por lo mismo simplista, del ius-positivismo.

V

Pasemos por último al ámbito de las verdades descriptivas o instrumentales.

Ya referí antes en esta ponencia que el ius-naturalismo discursivamente sostiene que hay valores o principios del Derecho, que son objetivos y están plenamente determinados por el orden natural. Asimismo, ya mencioné que el ius-positivismo, por su parte, afirma que lo objetivo y plenamente determinado son las normas jurídicas que las autoridades competentes del Estado producen dentro del marco de sus respectivas competencias jurídicas. Sin embargo, en el terreno de la realidad lo que encontramos es que los ius-naturalistas no coinciden entre sí al identificar cuáles son y cuál es el contenido de los valores o principios del Derecho, del mismo modo que los ius-positivista tampoco coinciden siempre al identificar cuáles son y cuál es el contenido y sentido de las normas jurídico positivas; y a partir de esto, la afirmada "objetividad" que sostienen ambas corrientes ideológicas, con frecuencia es cuestionada.

Frente a lo anterior, hay dos caminos.

El primero ("teoría cognoscitiva") sería el de considerar que los problemas de identificación del derecho objetivo, no afectan en nada su calidad de ser derecho determinado y objetivo, sino que en todo caso son precisamente problemas de identificación que no condicionan la existencia objetiva del

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

derecho, ni implican construcción del derecho, ya que esta última opción, lo convertiría en derecho determinable subjetivamente.

El segundo camino ("teoría escéptica") sería el de afirmar que la existencia de un derecho objetivo y plenamente determinado no es sino una creencia mítica que comparten ius-naturalistas y ius-positivistas, pero que no corresponde a la realidad, pues en ésta toda norma jurídica no es otra cosa sino lo que cada quien cree que es, correspondiéndole al juzgador la competencia para imponer su propia y subjetiva creencia, por sobre las de los otros.

Ahora bien, en la primera postura, que asume la existencia de un derecho válido determinado (y no determinable) que existe con independencia de su interprete; el tema instrumental queda circunscrito a determinar cuál es el mejor método para llegar a la norma jurídica cuyo sentido o significado está ahí en espera de ser descubierto o desentrañado, ¿el método o criterio de interpretación gramatical, sistemático o funcional,[16] o todos ellos en alguna forma particular[17]?. Por lo tanto, este enfoque, en la medida en que presupone un derecho plenamente determinado con anterioridad al acto de su primera aplicación, entonces no autoriza al interprete para elegir o asignar discrecionalmente el sentido del derecho, sino que sólo lo autoriza para descubrir o desentrañar el sentido específico de cada norma jurídica; a toda norma jurídica le corresponde "ex – ante", un único y correcto significado, con independencia de que éste sea fácil o difícilmente accesible para el interprete, ya que en todo caso acceder al significado no es un problema de "producción" o de "existencia" del derecho, sino un problema de "identificación" o de "cognoscibilidad" del derecho.

En cambio, si nos ubicamos en la teoría escéptica, tendríamos que aceptar que la interpretación no es descubrimiento, sino asignación de significa-

[16] El Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, en su artículo 3º, así como la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, en su artículo 2°, disponen que las normas jurídicas en materia electoral deberán ser interpretadas "conforme a los criterios gramatical, sistemático y funcional". La interpretación gramatical es la que consiste en establecer como significado de la norma jurídica, el mismo y exacto sentido de las palabras en las que aquélla se expresa. Interpretación sistemática es aquella que establece, para una determinada norma, el significado que mejor encuadra en la coherencia sistémica del ordenamiento al que pertenece o del orden jurídico en general. La interpretación del derecho que busca establecer el significado de éste por referencia a sus fines (propósitos, principios o valores tutelados), será la funcional o teleológica.

[17] Tal vez aquí podamos ubicar a la jurisprudencia analítica, cuyo más relevante expositor es Hart, que expresa una forma de positivismo, y que en términos generales sostiene que el derecho es esencialmente un fenómeno lingüístico y que para entender los conceptos y los enunciados jurídicos, hay que entender las diversas condiciones y contextos bajo los cuales fueron dichos.

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

do. Punto de vista éste, desde el cual cobra gran importancia el tema de la argumentación jurídica, pues en la medida en que se admite que para cada norma puede haber, no uno, sino varios significados posibles, entonces se vuelve muy relevante la técnica argumentativa para justificar o defender la elección subjetiva que cada interprete hace dentro de un marco de discrecionalidad técnica. Así, desde una perspectiva escéptica, a toda norma jurídica podrá asignársele cualquier significado, siempre y cuando pueda construirse en torno a él una argumentación que lo justifique o legitime.

Cabe puntualizar que la importancia que la argumentación jurídica actualmente tiene para los jueces, no necesariamente deriva de asumir que estos sean ahora fundamentalmente escépticos que primero deciden y luego racionalizan su decisión, sino que en todo caso obedece -como apunta Aguiló- a que los "los jueces tienen el deber de justificar sus decisiones -mostrarlas como correctas- pero no el de explicarlas".[18]

VI

Concluyo. En relación con el tema de la discrecionalidad de los jueces, como hemos visto hay por lo menos tres ámbitos de respuesta.

Uno que nos ubica en el plano del "deber ser" moral, que corresponde básicamente a la postura "ius-naturalista", y que autoriza a los jueces para que sean ellos los que discrecionalmente construyan la regla justa que habrá de aplicarse a cada caso concreto. En esta perspectiva, la discrecionalidad no tiene más limite que la sabiduría y moralidad del juez.

Otro ámbito que corresponde al "deber ser" jurídico, propio de los "ius-positivistas", y desde el cual la intervención discrecional del juez en la construcción del derecho que él mismo aplica, no está permitido, sino por excepción en los siguientes casos: tratándose de conceptos jurídicos indeterminados, y cuando no haya una norma jurídica cuyo contenido sea exactamente aplicable al caso.

Y un último campo, correspondiente al "deber ser" instrumental, y en el que encontramos dos opciones: Una que ve a lo instrumental como subordinado a las ideologías ius-positivista o ius-naturalista, esto es, como camino o método para acceder a las verdades que cada una de estas ideologías plantea como dato jurídico "objetivo" y "determinado" (no determinable).

[18] AGUILO, Josep. "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica", en*Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, No. 6, México, ITAM-Fontamara, abril de 1997, p.73.

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/qso4xsx

Y otra opción que ve a lo instrumental como técnica argumentativa suficiente para fundar, por sí misma, cualquier significado normativo que el juzgador discrecionalmente elija, aunque sin incurrir en arbitrariedad, ya que el juzgador sólo estará autorizado para optar por un significado normativo que pueda ser susceptible de una explicación racional.

Pero acaso el punto que más quisiera yo enfatizar, es el de la autonomía discursiva entre los ámbitos prescriptivo-moral, prescriptivo-jurídico y descriptivo o instrumental. Siguiendo las ideas de Hume y de Kelsen antes expuestas, podríamos decir que estos tres ámbitos constituyen compartimentos estancos de racionalidad. Siendo la consecuencia más importante de esto la siguiente: las premisas y argumentaciones propias de cada uno de estos ámbitos discursivos, no sirven ni para fundamentar, ni para criticar o destruir, las premisas propias de los otros ámbitos, de tal manera que cuando en alguno de los tres referidos ámbitos obtengamos conclusiones que no guarden concordancia con las conclusiones de los otros ámbitos, pues no habrá argumento lógico suficiente para preferir a una de las alternativas por sobre las otras, y no obstante lo cual el juez tendrá que resolver la disyuntiva aunque con fundamento, no en una posición racional, sino en una posición vital. Lo cual por cierto no es un problema exclusivo de los jueces, ya que todos de cuando en cuando tenemos que optar, por ejemplo, entre una conducta de gran valor moral pero de difícil realización, o una conducta cómoda o útil aunque de escasa moralidad, y en cada caso la opción que tomemos se fundará en nuestro perfil vital, al propio tiempo que le agregará un trazo más.

DR © 2002.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-http://portal.te.gob.mx/