

EL ARBITRIO JUDICIAL

Por el licenciado Carlos CORTES FIGUEROA, Profesor Ayudante del Seminario de Derecho Procesal.

1. De manera repetida y continuada durante la rutina profesional escuchamos frases que, a fuerza de ser utilizadas espontáneamente, pierden mucho de su verdadero contenido. Piénsese, por ejemplo, en aquello de “la estimación judicial”, “la valoración judicial”, “el prudente arbitrio del juez”, “la consideración que el juez haga”, etc. Se trata, en lo común, de todas aquellas decisiones, estimaciones o actos del juez que, excepcionalmente, no están enmarcados dentro de los límites rígidos e inflexibles de lo legal, sino dejados de manera intencional por el legislador al funcionario que imparte justicia, con un propósito evidente: que el juez no se fosilice en la automática aplicación e interpretación constante de la ley, sino que tenga un sector de problemas a decidir en los cuales se vea precisado a actuar según sus impulsos y sentimientos personalísimos, sin que nadie le induzca a optar por una decisión determinada.

2. Pero, cuando hablamos de *impulsos* y *sentimientos* no queremos significar que el juez abandone totalmente su investidura de *aplicador del derecho*, para actuar exclusivamente como hombre, puesto que entonces hablaríamos más de amigable componedor, de árbitro o de arbitrador, que de *juez*. Tampoco significa el extremo de que el juez se *deshumanice*, por la sencilla razón de que incurriríamos en un contrasentido al hablar de *impulsos* y de *sentimientos*, con abstracción de lo humano.

De ahí la oportunidad de meditar en lo muy compleja y delicada que es la función del juzgador, cuando se le deja esa franquicia de resolver situaciones procesales según su *arbitrio*, para aclarar dudas según su *conciencia*, para *desentumecer*, en una palabra, *su voluntad decisoria*.

3. La actuación conforme al arbitrio, y la imperiosa necesidad de constreñirse al mismo tiempo al derecho, a efecto de que aquél no degeneren en *arbitrariedad*, en *capricho*, y, por tanto, en *injusticia*, son elementos suficientes para darse cuenta cabal del carácter sutil de esa “oportunidad” que la ley deja al juzgador, y del sigilo escrupuloso con que éste debe proceder en tales momentos.

Es en este aspecto en donde salen a luz las consideraciones de orden técnico que todo juez debe satisfacer. Estas consideraciones, se bifurcan a su vez: 1º en la *capacidad científica* (que lógicamente estará en razón directa de la categoría del juez) y 2º en las calidades *morales*.¹

4. La suficiencia de capacidad jurídica la hemos tocado en casi todos nuestros trabajos como una exigencia, *sine qua non*, del juez, y siempre también estamos pugnando para que sea una realidad que responda a la presunción de que el juez *efectivamente* la tenga, al fin y al cabo, como uno de los principales entes de derecho.

5. Las calidades morales, singularmente sutiles, pertenecen propiamente al campo filosófico-moral del Derecho, el cual nunca pierde de vista los ordenamientos legales positivos. Y no podía ser de otro modo.

a) Así es como un primer elemento, en esto de las calidades morales, lo constituye *la rectitud*, concepto que corresponde a la nota de solvencia moral y social. Se dice que un juez es recto cuando satisface todos y cada uno de los requisitos que aquí examinamos pero, en estricto sentido, *la rectitud* es en la *communis opinio* el resultado de que el juez goce, según fama generalizada, de ser un *buen padre de familia*, honesto, honrado, discreto y ejemplar ciudadano. Como es fácil advertir, deberíamos obligadamente desarrollar cada una de estas notas calificativas, pero ello nos alejaría del tema a la vez que, aunque en diversos grados, son explicativas en sí mismas para su correcta inteligencia.

b) Junto a la anterior calidad, se suele precisar una segunda: *la prudencia*, la que podemos válidamente entender evangélicamente como una actitud no favorable al escándalo —quedo o estruendoso—, con los magistrales ejemplos de “¿quién puede arrojar la primera piedra?” y de “la piedra de molino atada al cuello”, y entenderla también como simple sín-

1 Para una información más amplia de lo que importa a este apunte, y el aspecto de los rasgos fundamentales que influyen en la selección de jueces y funcionarios, tanto para su designación como para sus actividades, confróntese DE LA PLAZA, *Derecho Procesal Civil*, Madrid 1945, T. I, Capítulo III.

nima de *moderación*. De este modo será prudente el juez que sea inafectable por las simples apariencias; que se haya autoneutralizado a la pasión; que medite y mida su más insignificante acto y su más elemental palabra juzgadora.

c) *La austeridad* constituye una tercera calidad moral que integran dos condiciones: *la rigidez*, por cuanto el juez necesita no flexionarse ante las circunstancias, mucho menos cuando ha tomado una decisión; un juez rígido nunca será pisoteado por influencias políticas o pecuniarias; un juez rígido será la personificación de la norma jurídica abstracta y de los principios para alcanzarla. La *severidad* completa a la condición antes apuntada, y es un atributo subjetivo correlativo del sustrato de *imperio* que informa a la facultad jurisdiccional. El juez severo se hace respetar en el foro y, muy en especial, en el órgano jurisdiccional de que forma parte o del que es titular. Sin embargo, la severidad no debe entenderse por acritud hacia los litigantes, tal y como la practican tantos “déspotas desilustrados” con que topamos a cada paso.

d) Una cuarta calidad, séanos permitido designarla como *sentido judicial*; éste es, la cualidad humana —e innata diríamos— sin la que resulta grotesco ponerse a fallar los conflictos ajenos. En mucho tiende a sustituirla la preparación que, a largos y penosos plazos, llega a tenerse cuando se agota la carrera judicial allí donde está establecida y respetada; pero, con validez de máxima que sólo dolorosas experiencias nos permiten así reconocerlo, sostenemos que el *juez nace, no se hace*.

e) Por último, el juez debe ser sagaz, y hablar de sagacidad es hablar de astucia. De este modo será como pueda discernir entre lo verdadero y lo falso en el proceso; entre lo espontáneo y lo obligado; entre lo real y lo ficticio. Repárense las calidades que hemos apuntado en los incisos precedentes y habrá de venir como conclusión segura, que es la nota de *sagacidad* lo que pone en actividad y en dinamismo la figura toda del juez. En ausencia de ella, el juzgador queda relegado a “convidado de piedra” en el juicio.

6. Ahora bien: esto de *capacidad científica* por un lado y *calidades morales* por otro, son las bases que tomamos en esta investigación. Cuando el juez realiza sus atributos decisorios jurisdiccionales conforme a Derecho, está actuando su *capacidad científica*; cuando no acontece así, sino que la norma legal misma le deja un resquicio obligado para que entren en juego sus *calidades morales*, el juez trabaja según su *prudente arbitrio*.

Urge recalcar en este momento que el “arbitrio” es desenvolvimiento de la voluntad, pero jurídicamente, esto es, dentro de los linderos del Derecho; de lo que debe desterrarse toda idea de “arbitrariedad”, la cual es también una faceta de la voluntad, con la característica de que es *formalmente negadora de lo jurídico*. “Un mandato arbitrario es algo que no sólo no constituye Derecho, sino que además representa su radical negación.”²

Nos ayuda a perfilar la consistencia del “prudente arbitrio” que aquí analizamos, la explicación que dan los filósofos de Derecho, de lo que llaman resoluciones y facultades *discrecionales*: “. . . el poder discrecional de muchos órganos del Derecho —jueces, gobernadores, etc.— está sometido a normas tan inviolables como las reglas taxativamente determinadas. Lo que ocurre es que algunas veces las normas jurídicas formuladas —ley, reglamento, costumbre, etc.— en atención a la complejísima variedad de factores que intervienen en determinadas relaciones, en lugar de prever taxativa y minuciosamente la solución que se debe dar a cada tipo de casos, confía a una autoridad la misión de que ante cada situación conjugue con los elementos de ésta unos principios generales, y de esa manera obtenga la solución adecuada.”³

Los principios generales que guían el arbitrio judicial no son exclusivamente los del Derecho, porque:

a) Es cierto que en primer término debe tener como luces directrices los principios del Derecho que, de manera predominante, tienden a la realización de lo justo, pero,

b) Frente a ellos tiene los principios de *equidad*, que corren a la par con los primeros en la tarea de alcanzar lo justo.

c) *Intervienen las exigencias de la gracia*: “El concepto de la *gracia*, como institución jurídica era un postulado de prudencia política, para substituir a veces la severa justicia por la “clemencia” o la “benevolencia”. La gracia, desde el ángulo que aquí examinamos, nos viene a la medida caracterizada como una “válvula de seguridad” del Derecho, “a fin de no estirar demasiado la cuerda.”⁴

d) *Influyen, por último, los dictados de su conciencia* para una ordenación metódica de las cuestiones particulares. Recordemos palabras que en-

2 RECASÉNS SICHES, *Vida Humana, Sociedad y Derecho*, México, 1939, pág. 115 y sigs.

3 V. RECASÉNS, ob. cit., pág. 119.

4 V. STAMMLER, *El Juez*, Trad. Esp. La Habana, 1941, pág. 122.

cuentran acomodo en este tema del arbitrio judicial: "Si hay alguna profesión que pueda servir de modelo a toda la sociedad, es precisamente la profesión del juez. Y esto, no sólo en cuanto a la necesidad de remontarse a las cumbres de una concepción que lo domine todo, sino también en cuanto a la aplicación amorosa y exquisita de esa concepción universal a las cuestiones particulares de la vida diaria." ⁵

Nótese, pues, que los principios normativos del arbitrio judicial son guías para la realización de lo justo, en la inteligencia de que "el juez sólo puede proceder a discurrir y a elegir criterios *fundamentalmente justos* que le sirvan de normas de juicio, cuando el propio Derecho vigente se remita a ellos". Veamos, por tanto, algunos de estos casos.

7. Tomado al azar, un primer ejemplo de derecho positivo lo hallamos en la valorización de las pruebas periciales y testimoniales; frente a ellas, el juez no está constreñido a hacer una aceptación *ope legis*, sino que según su *prudente arbitrio* sacará el mejor provecho de esos medios probatorios —siempre, insisto, conservando su integridad y siempre de acuerdo con sus personales peculiaridades. (Véase artículo 419 C. P. C.)

Un supuesto ligeramente distinto lo establece el artículo 420 del Código citado, al dejar otros medios probatorios a la *prudente calificación* del juez.

Con cierto matiz distintivo, el Código Procesal Común maneja el concepto de *convicción judicial* como alejada de la verdad formal que muestra todo lo actuado, y le permite al juez desentenderse de las pruebas aportadas. El artículo 424, del cual estamos hablando, contiene un importantísimo agregado: en este caso, en el que el juez se revela como director del proceso, "deberá fundar cuidadosamente esta parte de su sentencia".

No se trata, en lo absoluto, de exigir una fundamentación a base de citas de apoyos y preceptos legales, sino de explicar motivos, de relatar hasta donde sea posible los mecanismos psicológicos, en lenguaje jurídico. El juzgador, en todos aquellos casos en que haga entrar en juego su prudencia y su arbitrio, debe explicar en el momento más oportuno —sobre todo en la sentencia—, de qué manera se ha producido su estimación y su convicción, en el supuesto de que ésta se haya formado, pues de no hacerlo así el arbitrio judicial y los sentires del juez se convertirían en un ignorado manantial, inservible para todos e inexplicable como instituto procesal. "¿Cómo se puede considerar fiel una motivación que no reproduzca los

5 STAMMLER, ob. cit., pág. 111.

subterráneos meandros de estas corrientes sentimentales, a cuyo influjo mágico ningún juez, ni el más severo, puede substraerse ”⁶

Las audiencias en justicia (véase artículo 63 C. P. C), corresponden a otro ejemplo en que las calidades del juez se ponen de manifiesto; unas más, otras menos, deberán tender a evitar que el contravalor *injusticia* triunfe y prevalezca. En lo tocante a esa delicada y sutilísima facultad del juez, volvemos a hacer cita de palabras magistrales: “¿Cómo puede dormir tranquilamente el juez, el cual sabe que tiene en su secreto alambique un tóxico sutil que se llama injusticia, del cual una gota escapada por error puede bastar no sólo para quitar la vida, sino lo que es más terrible, para dar a toda una vida un sabor amargo que ninguna dulzura podría nunca hacer que desaparezca?”⁷

Como es obvio suponer, la cita legal que hemos hecho no desvirtúa la posibilidad de que, en audiencias de justicia, se atropelle ésta desconsideradamente; ¿a qué, pues, el desprestigio que esto acarrea y a qué hacer nacer odios y rencores?

Cuando el juez está en la necesidad de designar auxiliares, por razón de especialidad en conocimientos dados, debe manifestarse también su facultad discrecional pero prudente. Por ejemplo, en las hipótesis del artículo 348 del Código Procesal, el juez debe ser cuidadosísimo en nombrar peritos por substitución de las partes; así debe escoger a la persona que él escogería para dictaminar si se tratara de cosa propia, buscar necesariamente entre sus conocidos⁸ a aquel especializado cuya integridad, profesional y moral, le conste; a aquel individuo que, siendo indicado por su preparación, lo sea también porque no habrá de venderse al litigante que en este momento se transforma en mejor postor de claudicantes. Sólo con acuciosidad esmerada, y por virtud de ese mecanismo invisible que se llama prudente arbitrio, bien utilizado, podrá el juez obtener un auxilio eficaz, y a la vez certeza de que no andará su desprestigio de boca en

6 CALAMANDREI, *Elogio de los Jueces*, Madrid 1936, pág. 104.

7 CALAMANDREI, ob. cit., pág. 124.

8 No perdemos de vista la circunstancia de que todos los años el Tribunal Superior de Justicia prepara listas de peritos, tutores, árbitros, etc.; pero precisamente se nos antoja esto como una imposición limitadora de la amplitud de la ley. Sabemos los motivos que determinan la confección de esas listas, y aún así insistimos en lo conveniente, sobre todo procesalmente hablando, que es que los nombramientos recaigan en *conocidos del juez*. Vaya, pues, como apunte a desarrollar, la antijuricidad de la Ley Orgánica de los Tribunales, al limitar lo que el Código Procesal deja libremente.

boca, por favorecer sus compadrazgos en forma de designaciones de peritos. Si esto decimos frente a las omisiones del artículo citado, en materia de nombramientos, qué no habremos de afirmar cuando el auxiliar lo designe el juez para que sea un tercero en discordia (artículo 347 *in fine*); para que verdaderamente le ayude a discernir qué hay de bueno y qué de deleznable, en los explicables partidarismos de los peritos de las partes. Debe tenerse presente que entre los casos de nombramientos reservados al juez, suele haber unos de mayor delicadeza que otros; en el supuesto de peritos valuadores de bienes de menores, no cabe duda que es menester una escrupulosidad especial por parte del juez. (Véase artículo 916, *in fine*, del C. P. C.)

Las calidades morales del juez se requieren, de un modo muy especial, cuando la trascendencia del problema rebasa los límites del proceso, para llegar a ciertas cuestiones familiares. Cuando le está reservado, en los casos de divorcio, depositar a la mujer en casa de persona de buenas costumbres (artículo, 282 frac. II del C. C.), el juez tiene que ser sumamente prudente: la gran mayoría de las veces por cuidado de la mujer misma; en otros, por cuidado de la casa a escoger, esto es, que en ocasiones peligra la mujer, y en ocasiones la casa. Sin embargo, ¿cómo podrá el juez aquilatar la cuestión si carece de perspicacia?, ¿cómo puede escoger una casa moral, distinguir costumbres morales, etc., si carece exactamente de moral?

8. En otros sectores, el arbitrio judicial juega un papel predominante. Nos referimos en este instante a la Justicia de Paz y, muy en especial, al artículo 21 del Título Especial respectivo.

Dispone ese precepto que, en los litigios de esa competencia —llamados en algunas legislaciones de mínima cuantía—, las sentencias se dicten a *verdad sabida* y apreciando los hechos según los jueces lo creyeren *debido en conciencia*. En tal virtud, los jueces de paz, por su intermediación más subrayada que los de las otras competencias, con los hechos y las personas en litigio, están constreñidos a procurar cerciorarse de la verdad histórica de cada uno de los conflictos sujetos a su decisión. De esto se deriva la obligación en que están de actuar, conforme a máxima añeja, como “amigables componedores”, y para ello nada mejor que ejercitar sus facultades legales en armoniosa combinación con su arbitrio prudente, y para ello tienen a mano el magnífico expediente de *la conciliación*, la que pueden intentar en cualquier momento de la audiencia, según facilita la fracción VI del artículo 20 del Título Especial mencionado.

Sólo de esta manera se harán merecedores de su denominación de "jueces de paz", esto es, jueces que procuran, con mayores posibilidades que los otros, evitar esos males sociales que son los litigios. Nótese, pues, cuán lejos se encuentran de su misión, aquéllos que aprovechan de su cometido para obtener las pingües ganancias extras que pueden permitir tan humildes juicios.

Por último, eso de dictar sentencias según lo creyeren *debido en conciencia*, nos patentiza la necesidad de una preparación moral, como base del conocimiento jurídico. Si ensayáramos una fórmula que comprendiera ese dictado de la ley, sería "conciencia primero; después derecho". Pero de nada les serviría a los jueces ser conscientes si les faltara la preparación necesaria a fin de poder apoyar sus estimaciones. "Creo que la angustia más obsesionante para un juez escrupuloso ha de ser precisamente ésta: sentir, sugerida por la conciencia, cual es la decisión justa y no conseguir encontrar los argumentos para demostrarlo según la lógica."

Insistimos, por consiguiente, en que todos los nuestros, son *jueces de Derecho*; no tenemos tribunales de costumbres ni de equidad. Por ello, el extremo opuesto y que consistiría en descartar lo jurídico por completo, no es debido en virtud de que entonces saltaría una acerba crítica, la cual atacaría fundadamente a las resoluciones judiciales como meras sensiblerías, aún cuando el aspecto sentimental perfilara al juez como un buen hombre. Una voz autorizada, señala así el peligro apuntado: "Más que en la virtud cerebral de la dialéctica, los buenos jueces confían en su pura sensibilidad moral; y cuando después se ven obligados a llenar con argumentaciones jurídicas los fundamentos de sus sentencias, consideran esta fatiga como un lujo de intelectuales desocupados, porque están convencidos de que cuando aquella íntima voz ha pronunciado dentro su dictamen, no había necesidad de demostraciones racionales."⁹

9. Terminamos este apunte con una conclusión: el arbitrio judicial es el ejercicio de un poder especial que la ley concede al juzgador, y por el cual, merced a calidades morales y jurídicas, se manifiesta el *sentido de justicia*. Y para ello, exigimos de todo juez aunque sea poca *inteligencia*, pero mucho *sentimiento*, porque, "No digo, como he oído muchas veces, que sea nociva al juez mucha inteligencia; digo que es juez óptimo aquél en quien prevalece sobre las dotes de la inteligencia la rápida intuición humana."¹⁰

9 CALAMANDREI, ob. cit., pág. 106.

10 *ib. id.* pág. 109.