

EL PODER Y LA JUDICATURA (BREVE COMENTARIO SOBRE LA JURISDICCIÓN DE AMPARO Y LA FUNCIÓN JUDICIAL)*

SUMARIO: I. *Introducción*. 1. *Razón de orden*. 2. *Los tribunales de amparo y nuestra tradición judicial*. II. *Observaciones críticas*. 1. *Soluciones y perplejidades*. 2. *¿Corte constitucional o tribunal de derecho?* 3. *El estereotipo estadounidense. Una falsa impresión*. III. *Reforzamiento: mito y desmistificación*. 1. *Ius dicere y conducción política*. 2. *Imparcialidad y respaldo popular*. 3. *División de poderes y judicatura*. 4. *La función judicial y el derecho*. 5. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

1. *Razón de orden*

El 6 de abril de 1987 el Ejecutivo de la Unión envió al Senado de la República una iniciativa de revisión constitucional (aprobada por éste el 24 de abril del mismo año) tendente a adicionar y reformar *inter alia* los artículos 94, 104 y 107 de la Constitución, con el propósito de “perfeccionar para la Suprema Corte de Justicia de la Nación la función de supremo intérprete de la Constitución (*sic*)... pues con ello se avanza en el fortalecimiento y vigencia del principio de división de poderes (*sic*)...”. Esta iniciativa, la idea del “reforzamiento” del Poder Judicial y la alusión de la doctrina de la división de poderes, nos obliga a recordar algunas características de la justicia constitucional, en especial de nuestra jurisdicción de amparo, así como de la función judicial en general. Todo ello con la idea de disponer de un marco apropiado para apreciar los méritos o defectos de la iniciativa y de sus propósitos.

En este breve comentario dedicado a la función de la judicatura, abordo ciertos aspectos sobre el papel que juegan los tribunales de amparo en el sistema jurídico mexicano tomando fundamentalmente en cuenta la tradición (doctrinas, dogmas) y prácticas jurídicas que han

* El presente artículo es una versión revisada de mi comunicación: “La reforma de la Suprema Corte. Un extraño trasplante”, discutida en el Coloquio sobre las Reformas Constitucionales del Actual Régimen, Segunda Sesión: Reforma Judicial, Administración y Procuración de Justicia, celebrado en el Palacio de Minería, México, D. F., los días 7 y 8 de mayo de 1987.

conformado nuestras instituciones de amparo. Aspectos que explican la permanencia, prestigio, relativa eficiencia y estima general de la que goza aún nuestra jurisdicción de amparo.

2. *Los tribunales de amparo y nuestra tradición judicial*

Sin duda el aspecto más relevante —y, ciertamente, la institución más fascinante— del orden jurídico mexicano es el juicio de amparo. La disponibilidad del juicio de amparo constituye, por mucho, el instrumento jurídico más efectivo que un particular puede tener. La importancia de la jurisdicción de amparo sólo puede ser comparada con su complejidad.

Para tener un claro entendimiento del juicio de amparo y de sus funciones es muy importante tener en mente dos cosas: Primero que nada, que el amparo es una institución procesal perteneciente a la tradición jurídica neorromanista. El amparo ha evolucionado dentro del marco y por el ímpetu de esta tradición: sus rasgos característicos sólo pueden ser explicados de conformidad con las nociones y doctrinas de esta concepción jurídica.¹ La segunda cosa que debemos tener en mente es que el tribunal de amparo es fundamentalmente un *tribunal de derechos* y, como tal, reparador de agravios. De esto se sigue que una clara comprensión de las funciones del amparo sólo puede darse teniendo en cuenta las doctrinas y dogmas que gobiernan a una jurisdicción de este tipo.²

¹ El amparo mexicano es resultado de una lenta evolución que combina influencias nacionales y extranjeras. La más manifiesta de sus influencias es la herencia judicial española. Su nombre, sus características, su funcionamiento, revelan su ascendencia hispánica. No obstante la presencia de persistentes influencias (francesa, estadounidense) y de su indiscutible origen español, no es una exageración sostener que el juicio de amparo es una institución conformada en nuestro país y cuya estructura y función debe mucho a la práctica de los tribunales de amparo. Sobre este particular, véase: Fix-Zamudio, Héctor, "Breve introducción al juicio de amparo mexicano", *Memoria de El Colegio Nacional*, México, vol. VIII, núm. 3; *id.*, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964; *id.*, "Síntesis del derecho de amparo", *Panorama del derecho mexicano*, México, UNAM, Instituto de Derecho Comparado (ahora de Investigaciones Jurídicas), 1965. Sobre el origen español del amparo puede verse: Fix-Zamudio, Héctor, *obras citadas*; Fairén Guillén, Víctor, *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1971; Barragán Barragán, José, *Algunos documentos para el estudio del origen del juicio de amparo 1812-1861*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980; *id.*, *El juicio de responsabilidad en la Constitución de 1824*.

² Sobre el papel de la doctrina en el funcionamiento de las instituciones puede consultarse mi artículo: "El 'derecho comparado', técnica jurídica dogmática o historia jurídica comparada", *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, México, UNAM, Instituto

II. OBSERVACIONES CRÍTICAS

1. *Soluciones y perplejidades*

Haciendo a un lado la más que encomiable decisión de “reforzar” el Poder Judicial, existen en la iniciativa otros aspectos positivos.³ A estos no voy a referirme; aludiré a aquellos que requieren de mayor reflexión.

Varias cosas podrían comentarse; por ejemplo, la “estructura” que adopta el control de la legalidad (originada desde la reforma de 1951). Quizás fuera conveniente recordar que la “exacta aplicación de la ley”, por errores *in procedendo* y fundamentalmente *in judicando*, requiere de una instancia unitaria que garantice la unificación de criterios de la interpretación judicial. De ahí la existencia de una sola corte de casación en los sistemas judiciales en que la casación existe. Sabemos bien que la casación se hizo innecesaria con la consolidación del amparo judicial; antes era local (civil, mercantil); sus fallos eran pronunciados por una instancia unitaria (única) colocada en la cúspide de un sistema jurídico parcial: el orden normativo constituido por una entidad federativa. Ahora la casación se “descentraliza” (porque el amparo judicial es una casación y, como tal, funciona como un recurso extraordinario),⁴ sustanciada por una pléyade de órganos federales. Y habrá tantas “cortes de casación” como tribunales de circuito existan en el país y tantos criterios sobre la aplicación exacta de la ley como fallos pronuncien. Extraño sistema de control de la legalidad donde ésta se manifiesta *múltiple* en una rapsodia de pronunciamientos.

El remedio, dirán algunos (con un dejo de incredulidad), se encuentra en el mecanismo previsto en el artículo 195 *bis* de la Ley de Amparo; probado altamente deficiente, entre otras cosas por falta de interés de las partes en denunciar criterios contradictorios. A nadie interesa iniciar un procedimiento que no afecta las situaciones jurídicas concretas derivadas de los fallos contradictorios. Otros más intrépidos pensarán que el remedio se encuentra en la nueva facultad de atra-

de Investigaciones Jurídicas, t. II, pp. 1355-1371; véase también, “Doctrina”, *Diccionario jurídico Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987.

³ Pienso, por ejemplo, en la adición de la fracción XXIX-G al artículo 73 para introducir en este articulado la facultad del Congreso para establecer tribunales de lo contencioso administrativo; en la reforma del párrafo cuarto del artículo 94 que faculta a la Suprema Corte a determinar el número, división de circuitos y competencia territorial de los tribunales federales; en la modificación del artículo 101 para permitir que los miembros del Poder Judicial realicen actividades docentes.

⁴ Véase Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo*, cit., pp. 258 y ss.; *id.*, “Síntesis del derecho de amparo”, cit., pp. 21 y ss.

ción que introduce la iniciativa, procedimiento que más adelante comentaré.

Existe una cuestión que no puedo dejar de mencionar, a saber: el fantasma o mito del rezago. Se ha sostenido desde la reforma de 1950 que el verdadero problema (prácticamente único) del Poder Judicial reside en el rezago. En la iniciativa que comentamos expresamente se dice en su exposición de motivos que "el sistema propuesto... elimina, en definitiva, el problema del rezago...".

No puedo detenerme a comentar este problema en detalle, pero cabe señalar que el rezago no se resuelve cambiando los expedientes de tribunal. Por otro lado, 'economía procesal' no significa 'mutación de competencia' sino 'sustanciación rápida y no repetitiva'. Cuando los tribunales de amparo tienen que tramitar el *mismo amparo* una y mil veces (correr traslado o la *misma* autoridad responsable, recibir el *mismo* informe justificatorio, transcribir los mismos considerandos para, en definitiva, dictar la *misma* sentencia) se usa tiempo del tribunal. El rezago se produce porque los tribunales de amparo se vuelven una simple etapa de un trámite administrativo (aquel extranjero que requiere cédula profesional tiene que tramitar un amparo y, el colmo, esperar el auto que desecha la revisión porque la autoridad la sigue interponiendo).

La solución no es disminuir la competencia de la Suprema Corte sino introducir una reforma procesal adecuada. La Suprema Corte no se "refuerza" ni aumenta su prestigio disminuyendo su competencia, sino dejando de ser un mero trámite administrativo. Una solución a este problema se encuentra, por ejemplo, en los procedimientos clase que he comentado en otro lugar.⁵

Por último, cabe recordar que los judiciales no ven con los mismos ojos a una Suprema Corte, instancia de otra dimensión política, situada en la ciudad de México, que a un tribunal colegiado ubicado dentro de la esfera de influencia del poder político local.

2. ¿Corte constitucional o tribunal de derecho?⁶

Es importante recordar que el juez de amparo es fundamentalmente un juez de agravios. La jurisdicción de amparo nace como instrumento

⁵ "Class Action. Una solución al problema del acceso a la justicia", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XX, núm. 58.

⁶ No es posible explicar en este reducido espacio, cómo surge, en qué consiste y cuáles son los propósitos de una corte o tribunal constitucional. No puedo más que reenviar a la literatura más importante. El trabajo clásico se debe al genio del

procesal destinado especialmente a proteger el *status de homo libero*. La suprema corte es un tribunal de amparo y sólo *indirectamente* un tribunal constitucional. De esta forma, la doctrina aplicable al derecho de amparo no es la doctrina aplicable a una corte constitucional. La doctrina aplicable al derecho de amparo es **judicialista** y procesal, y puede ser enunciada como "la protección judicial de derechos" (incluyendo: acceso a la justicia, igualdad de las partes, sustanciación en contradictorio, *res, judicata*, etcétera).

Como instituto procesal (proceso de agravios o recurso) el amparo es instado por parte agraviada. Esta es la regla fundamental del principio dispositivo que gobierna el derecho aplicable al proceso jurisdiccional. Este principio presupone que el impulso procesal "devuelto a los particulares" resulta de la posesión de ciertos derechos, de los fueros del hombre libre. La doctrina aplicable al amparo es, por tanto, parte de una teoría general de derechos.

jurista austriaco Hans Kelsen: "La garantie jurisdictionnelle de la constitution. (La justice constitutionnelle)", *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, vol. XXXV, pp. 197-257. Existe versión en español mía: "La garantía jurisdiccional de la constitución. (La justicia constitucional)", *Anuario Jurídico*, México, vol. I, 1974, pp. 471-515. La versión alemana de este célebre ensayo: "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit" (más articulada) apareció en *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* (Heft 5., 1929, Berlín/Leipzig, pp. 31-88). Este trabajo dio origen a una importante discusión, la cual aparece publicada en el *Annuaire de l'Institut du Droit Public* con el título: "Discussion du rapport de H. Kelsen sur 'La garantie jurisdictionnelle de la constitution' (La justice constitutionnelle)". Entre lo destacado (para comprender las funciones de una corte constitucional) está el trabajo de R. Carré de Malberg: "La sanction jurisdictionnelle des principes constitutionnels". Existen otros trabajos de Kelsen que explican el alcance de una corte constitucional en un Estado federal: "Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates..." (en *Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag*, Verlag von J. C. Mohr [Paul Siebeck], Tubinga, 1927, pp. 127-187) en donde el tribunal constitucional funciona como un tribunal de conflictos. Otro trabajo de Kelsen, particularmente importante para los propósitos de este ensayo, es "Wer soll de Hüter der Verfassung Sein?" (*Justiz*, Band VI, Hefte 11-12). Para una comparación entre la corte constitucional austriaca y la corte suprema de Estados Unidos, véase, del mismo Kelsen, "The Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution" (*The Journal of Politics*, vol. IV, 1942, pp. 183-200). Varios trabajos de Kelsen fueron reunidos en el volumen *La giustizia costituzionale* (ed. por Carmelo Geraci), Milán, Giuffrè Editore, 1981. Existen otros trabajos entre los cuales pueden verse: Schmitt, Carl, *Die Hüter der Verfassung*, Tubinga, Mohr, 1931 (*Beiträge zum öffentlichen Recht der Gegenwart* 1); existe traducción al español debida a Manuel Sánchez Sarto: *La defensa de la constitución*, Madrid, Labor, 1931; Calamandrei, Piero, *Corte Costituzionale e autorità giudiziaria*, Roma, Consiglio dell'ordine degli avvocati e procuratori, 1956.

Sobre el ulterior desarrollo de la justicia constitucional pueden verse los trabajos de Mauro Cappelletti, *inter alia*: *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, Giuffrè, 1979. Existe versión en español de Cipria-

El que un proceso se sustancie en contradictorio y por instancia de parte, garantiza, entre otras cosas, que el tribunal no "adelante" "terceras soluciones" sino que reconozca, proteja o haga efectivos el reclamo o exigencia de los justiciables.

3. *El estereotipo estadounidense. Una falsa impresión*

La magnificencia de la Corte Suprema de Estados Unidos se debe, como muchos productos de la industria estadounidense, a la mercadotecnia y a la publicidad. El impacto entre nosotros resulta, además, de la idea más o menos difundida de que la Corte Suprema de Estados Unidos (magnífica, eficiente, proba... , etcétera) es el paradigma cierto e indiscutible de nuestra instancia judicial suprema, de su competencia y funciones; de ahí el visionario anhelo de que nuestro más alto tribunal se asemeje a su estereotipo estadounidense (aunque fuera poco).

Esta falsa imagen reposa en dos equívocos: 1) la influencia que ciertos autores conceden a la *judicial review* en la conformación de nuestro juicio de amparo; 2) ignorar que cuando la Corte Suprema de Estados Unidos interviene para establecer *políticas judiciales* no funciona como tribunal, sino como órgano político conductor de la magistratura (e incluso como legislador).

no Gómez Lara y Héctor Fix-Zamudio: *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, México, UNAM, 1977; *La jurisdicción constitucional de la libertad* (trad. de Héctor Fix-Zamudio), México, UNAM, 1961; "Judicial Review of Legislation. European Antecedents and Adaptations", *Harvard Law Review*, abril de 1966, pp. 1213-1224; "Judicial Review of Legislation: the Organs of Control. A Comparative Analysis" (*The Festschrift for Prof. J. Nakata*, Kyoto, 1968, pp. 4-18); *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis/Nueva York, Bobbs-Merrill, 1971; "Necessité et légitimité de la justice constitutionnelle" (*Revue Internationale du Droit Comparé*, vol. XXXIII, núm. 2, 1981, pp. 265-657), etcétera.

Particularmente importantes son los trabajos de Héctor Fix-Zamudio: *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964; *id.*, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980; *id.*, "La Constitución y su defensa"; *id.*, "El juez ante la norma constitucional", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 57, enero-marzo de 1965, pp. 25-79; *id.*, "La defensa de la Constitución", *Revista de la Facultad de Derecho*, Culiacán, Sinaloa, 1967, pp. 139-178; *id.*, "Introducción al estudio de la defensa de la Constitución", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año I, núm. 1, 1968, pp. 89-118; *id.*, "La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 111, septiembre-diciembre de 1978, pp. 641-649. Véase, en especial, de este mismo autor: *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, Civitas, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982.

Véase, también: Brunori, Ernesto, *La Corte Costituzionale*, Florencia, Dot, Carlo Cya, 1952. Un atractivo estudio comparativo entre los sistemas inglés e italiano es el trabajo de Galeotti, Serio, *The Judicial Control on Public Authorities in England*

La Corte Suprema de Estados Unidos, en ese aspecto, no se aleja de los viejos *assises* (o *assizes*) ingleses: comisiones o reuniones en las cuales se dictan políticas judiciales, estableciendo acciones y procedimientos.⁷

Algunos juristas dedicados al estudio del amparo han avanzado la idea de que el juicio de amparo surge, de alguna manera, bajo la decisiva influencia de la *judicial review*. Sin embargo, por un lado esta tesis carece de evidencia histórica seria. Por otro lado, una comparación detallada de las instituciones (doctrinas, nociones, tradiciones, procedimientos, efectos, etcétera) indica que el amparo evoluciona lejos de la influencia del derecho estadounidense. Esto no quiere decir que otros aspectos del derecho mexicano no hayan recibido una influencia decisiva del derecho público de los Estados Unidos (constitución rígida, sistema federal, etcétera).

Ciertamente no me opongo a la tesis tenaz que sostiene que copiamos los nombres de nuestros tribunales. A esto no puedo objetar nada, salvo decir, quizás, que traducimos mal. Pero ni aun esta vestimenta (o si se quiere, estructura, aceptando que la copia haya sido más amplia) impidió que nuestro tribunal sustanciara litigios de agravios siguiendo nuestra tradición judicial (neorromanista) ignorando las doctrinas del *case law*, del *stare decisis*, y otras doctrinas y prácticas que subyacen detrás de los sistemas del *Common Law*. ¿Se han preguntado cuántas doctrinas del derecho estadounidense han adoptado nuestros tribunales federales al resolver un problema de amparo?

and Italy. A Comparative Study, Londres, Stevens and Sons Ltd., 1954, pp. 159-259. Sobre los diferentes mecanismos de control judicial de la constitucionalidad véase Mosler, Herman, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte un Rechtsvergleichung*, Colonia, Carl Heymanns Verlag K. G., 1962. Para una visión reciente de estos problemas véase la obra colectiva: *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984.

⁷ En este sentido, *Assise of Northampton* (ordenanza aprobada en la reunión de Northampton por la cual se divide Inglaterra en seis circuitos judiciales y se designa a los jueces itinerantes —de circuito o de *assises*—). El término que literalmente significa "sesión" comienza a usarse para nombrar ciertos actos legislativos (ordenanzas), e.g. *Assise of Clarendon*, *Assise of the Forest*. Después se aplicó a aquellas reuniones que establecían cierta jurisdicción o un procedimiento, e.g. *Assise of mort d'ancestor*, *Assise of novel disseisin* o a los miembros de un jurado, e.g. *Gran Assise* (establecido en 1179) o de cualquier jurado o tribunal colegiado, como los previstos en *Petty Assizes*. (Véase Walker, David M., *Oxford Companion to Law*, Oxford, Oxford University Press, 1980.)

III. REFORZAMIENTO: MITO Y DESMISTIFICACIÓN

De toda la iniciativa lo que más me perturba, toda vez que es realmente preocupante, es la idea de que la competencia de la Suprema Corte debe fundamentarse en la dimensión política de sus fallos. De esta manera se cree reforzar a un tribunal. A esta idea de las funciones, alcance, trascendencia o dimensión política de los fallos de la Suprema Corte van dirigidos los siguientes comentarios:

1. *Ius dicere y conducción política*

... *The judges... are the depositaries of the laws, the living oracles, who must decide... according to the law of the land.*

W. BLACKSTONE

En años recientes algunos constitucionalistas han criticado al "Poder" Judicial (particularmente entre nosotros) por no ser un poder fuerte y por no incrementar su fuerza y mantener el supuesto equilibrio de origen que sugiere la doctrina de la separación de poderes. A este respecto cabe preguntar ¿cómo se refuerza un Poder Judicial?, ¿deben los jueces establecer políticas?, ¿deben aumentar su actividad política para compensar la fuerza de otras instancias del poder o simplemente deben ser mejores jueces?, ¿debe un tribunal supremo actuar políticamente para ser mejor tribunal? Estas preguntas parecen chocar inmediatamente con la idea de que una buena judicatura es la mejor garantía de un estado de derecho.

Ignorando las funciones esenciales que realiza la judicatura, los reformadores sociales reclaman un Poder Judicial activo, fuerte, que contrarreste (detenga) y, si es preciso, desafíe al Ejecutivo. Detrás de esta idea se maneja un supuesto que es aceptado con facilidad: que juzgar y gobernar son más o menos lo mismo. Un buen juez (en especial el juez de un tribunal supremo) debe ser un buen gobernante, un hombre *políticamente activo*. Esta presunción es completamente infundada.

La conducción política, presupone negociación, creación de *consensus*. Así, por ejemplo, las nuevas políticas tienen que ser robustecidas antes de "forzar" su implantación. Las instancias de conducción política tienen que "producir" *consensus*, tienen que crear condiciones para que sus estrategias sean admitidas y absorbidas. La introducción de una nueva política que comienza con el apoyo de una minoría activa y, de ahí, la adquisición de un *consensus* mayoritario, presupone una la-

bor comprometida de los agentes interesados; presupone actos de convencimiento, compromisos y negociación por parte de las instancias de conducción involucradas. Para superar la *vis inertiae* y las reacciones contrarias, las instancias del poder tienen que considerar razones prudenciales, calcular riesgos, planear, etcétera. La habilidad para realizar estos juicios comprometidos pertenece al arte de la política.⁸

¿Corresponde al juez realizar este tipo de funciones?, ¿debe reforzarse la judicatura para que establezca políticas y mejore su funcionamiento? Nada más erróneo que eso. Las doctrinas e ideologías que explican y justifican la existencia de los tribunales reclaman de ellos otra tarea precisa y por demás prestigiosa (asociada estrictamente con el mérito moral): la función de aplicar desinteresadamente —de forma no comprometida— el derecho.⁹ No obstante lo “limitada” que pudiera ser esta labor (comparada con lo espectacular y aparatoso del debate parlamentario —donde hay— y de la maniobra gubernamental del Ejecutivo), la actividad de la judicatura, durante milenios ha sido precisamente esa, y la *excelencia de la actividad judicial es realizarla bien y de forma exclusiva*. El tribunal dedicado únicamente a su oficio, es la mejor garantía del justiciable.

La función social que los jueces llevan a cabo (con todas las consecuencias políticas que ello acarrea) es la de desterrar el sentimiento de injusticia. Para llevar a cabo esta función, la cualidad esencial que necesita es la imparcialidad (una actitud no comprometida, no interesada).¹⁰

El objeto del proceso jurisdiccional no estriba en forzar o convencer al contendiente a aceptar o someterse a una idea o razonamiento por apropiados que parezcan. El proceso jurisdiccional es un método para resolver controversias aplicando desinteresadamente el derecho de la comunidad. Esta es la idea procesal de justicia, expectativa de los justiciables (la que anhelan, en particular las minorías o los desheredados).

Si un tribunal se aleja del derecho y de su interpretación jurídica y actúa sobre la base de sus propias convicciones —aun cuando, *ex hypothesis*, fueran sustancialmente justas— pierde el respaldo del derecho, *único elemento que lo legitima*; sacrifica así, la imparcialidad que el derecho —sus normas y doctrinas— le proporciona.

La implantación política requiere de un importante despliegue; a veces necesita de complicados aparatos, plataformas, movilizaciones. Una

⁸ Cfr. Devlin, Patrick, *The Judge*, Oxford, Oxford University Press, 1977.

⁹ Cfr. *English and American Judges as Lawmakers*, Oxford, Oxford University Press, 1977.

¹⁰ Cfr. Devlin, Patrick, *The Judge*, cit.

política, en ese sentido, exige no sólo de entusiasmo sino interés partidista. Pues bien, el entusiasmo y el interés partidista no son, y no pueden ser, virtudes judiciales. Un activismo político, en cualquier sentido, compromete al tribunal y rompe con el sistema contradictorio, con la igualdad de las partes y, sobre todo, ignora la aplicación no comprometida del derecho. Si un tribunal toma partido, pierde imparcialidad y autonomía y con ello, la función judicial, propiamente dicha, desaparece.

Existe, desde su origen, una clara distinción entre el *gubernaculum* (el poder, influencia y arbitrio del gobernante) y la *jurisdictio* (cuadro en donde se escenifica la administración de justicia), un órgano político toma una idea (una política) y la convierte en derecho. Los jueces toman el derecho y hacen justicia. Las instancias políticas establecen fines. Los jueces aplican reglas.

Un tribunal alejado de su función, debido a un mayor activismo político, traiciona las doctrinas y los idearios que explican y justifican la función judicial: la protección del derecho, la resolución imparcial, administración de justicia; en suma: el imperio del derecho.

2. *Imparcialidad y respaldo popular*

¿Por qué se piensa en que el Poder Judicial debe reforzarse para lograr el equilibrio del poder? Esto se debe, *inter alia* a los siguientes factores: 1) a una incorrecta interpretación de la doctrina de la separación de poderes, 2) a la ignorancia de las doctrinas que justifican la función judicial.

Uno de los principales efectos sociales de la existencia de los tribunales es su contribución a la paz (aceptada) y la integración social mediante la resolución de controversias a través del proceso. ¿Qué tanto contribuyen los tribunales a estos objetivos? Depende de la disposición de los litigantes para someter sus diferencias al tribunal. Una primera condición para que esto ocurra es que los justiciables *tengan la convicción de que el tribunal funciona como tribunal*. Lo que cuenta es, independientemente de la capacidad técnica, qué tanta confianza tiene el justiciable en la imparcialidad judicial. Es importante que los justiciables sientan que un juez no se dejará influir por sus concepciones, ideales e intereses personales (ante las pretensiones encontradas de las partes, el juez no media ni sugiere alternativas) ni por las actitudes

positivas o negativas (reconocimiento, presión) provenientes de grupos o clases de personas o centros del poder político.¹¹

Muchos son los significados que se le han dado a la noción de "imparcialidad". La noción jurídica, propiamente judicial, se encuentra íntimamente asociada con la tarea de aplicar normas y resolver conflictos "conforme a derechos". Piénsese simplemente en el significado originario de *ius dicere*.¹²

Estamos conscientes de que la eficacia de los tribunales depende de muchos otros factores. Sin embargo, la existencia de ellos no convierte a las creencias que la gente tiene de los tribunales en un elemento insignificante. Por el contrario, no siendo los tribunales un centro de poder político, su prestigio, legitimación, capacidad, etcétera, dependerá de la fuerza, confianza y respaldo que los justiciables tengan en los tribunales. Sobre el particular no podemos ignorar el papel de la profesión jurídica. Esta puede crear condiciones favorables para una mejor judicatura, pero, también, puede deteriorar grandemente su prestigio. Su imagen, así como una organizada y prestigiosa barra, mantienen un alto nivel de eficiencia judicial. Sin embargo, y lamentablemente es frecuente entre nosotros, un pobre foro conduce de forma casi irremediable a una pobre judicatura sin respaldo de la población, cuya confianza fue aniquilada por la abogacía.

¿Cómo pueden la imparcialidad y la independencia ser ostensiblemente establecidas?, ¿qué elementos aseguran al justiciable que las decisiones judiciales serán "conforme a derecho"? Entre muchos instrumentos arreglos institucionales, un aspecto decisivo está en los mitos y creencias que las personas tienen de la función judicial (función por la cual el derecho es dicho).

3. División de poderes y judicatura

En otro lugar he cuestionado la concepción tradicional que considera que la doctrina de la separación de poderes es el fundamento o justificación de la actividad judicial y el instrumento apropiado para apreciar o evaluar la excelencia o deficiencia del "Poder" Judicial.¹³ Mi propósito, desde entonces, es abordar la problemática de los tribunales,

¹¹ Cfr. Torstein, Eckhoff, "Impartiality, Separation of Powers, Judicial Independence", *cit.*, p. 12.

¹² Para una breve explicación de la relación entre *ius* y *dicere*, véase mi voz "Derecho" (etimología y significado originario), *Diccionario Jurídico Mexicano*, *cit.*

¹³ "La división de poderes y los tribunales. Una desmistificación. (Ensayo)", *Memoria del III Congreso Nacional de Derecho Constitucional (1983)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, pp. 235-244.

ignorando doctrinas e ideologías ajenas, las cuales perturban la adecuada descripción y apreciación de la función judicial. La descripción de la función judicial a la luz de doctrinas que le son extrañas, acarrea mucha confusión y genera no pocos pseudoproblemas.

Los constitucionalistas incluyen a la judicatura en la tríada de la división de poderes. Normalmente se le asigna una porción del poder. ¿Qué proporción?, ¿similar a la del Ejecutivo?, ¿equivalente?, ¿qué tanto poder requieren los tribunales?, ¿si decrece o desaparece en qué medida se benefician los otros? Pareciera que este tipo de cuestiones deberían tener solución dentro de alguna de las versiones de la doctrina. La verdad es que cuando este género de respuestas se ha intentado sólo han revelado lo equívoco o inapropiado del planteamiento.

En realidad, poco tiene que ver la doctrina de la división de poderes con la judicatura. La función judicial responde a necesidades jurídicas que, en gran medida, son ignoradas por la doctrina de la separación de poderes, e.g. identidad del derecho aplicable, integración del derecho, resolución de "conflictos" de normas, etcétera, tareas que caracterizan a la función judicial. Resulta pues pertinente señalar, brevemente, los presupuestos (doctrinas, ideologías, mitos, etcétera), que subyacen detrás de la judicatura. Presupuestos que, si no incompatibles, poco tienen que ver con las ideas que animan la doctrina de la división de poderes.¹⁴

Antes que nada permítaseme subrayar algunos aspectos de la doctrina de la separación de poderes que hacen manifiesto qué tan ajena a ella se encuentra la función judicial. La doctrina de la separación de poderes tal y como la describe Polibio —la idea republicana—,¹⁵ como la entiende Montesquieu,¹⁶ o como es evocada en la *Glorious Revolution*,¹⁷ es considerada instrumento para limitar el poder político. La doctrina se basa en el supuesto de que el poder lleva en él una tendencia insita a su abuso. Enfrentar el poder con el poder es una manera de controlarlo.

La insistencia en una división de poder político no necesariamente implica que alguna de las porciones de este poder deba ser conferida

¹⁴ Sobre los presupuestos, historia, doctrina y mitos del proceso jurisdiccional, véase mi artículo: "El proceso jurisdiccional y la formación del Estado. El origen del proceso entre los griegos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XV, núm. 45, septiembre-diciembre de 1982, pp. 1063-1090.

¹⁵ Cfr. *Historia universal VI*, en *Polybii Historiae*, Cambridge, Harvard University Press, 1968 (The Loeb Classical Library 159).

¹⁶ *De l'esprit des lois*, XI, 6 (*Oeuvres complètes*, París, Editions du Seuil, 1964).

¹⁷ Sobre la influencia de la *Glorious Revolution* en los dogmas del constitucionalismo moderno, véase mi libro *Introducción al estudio de la constitución*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986, pp. 77-87 y 197-218.

a los tribunales. En la versión de Montesquieu existen tres centros de poder político: el rey, la nobleza y el pueblo. Los tribunales no significaban un centro de poder político.¹⁸ La misma impresión tenía de ellos el Constituyente francés.¹⁹

La función jurisdiccional y el enorme e importantísimo papel que juega la judicatura en la administración del derecho del Estado no deriva ni depende de la doctrina de la división de poderes ni de ninguna teoría del poder. Las ideas que subyacen detrás de la actividad de los tribunales, dependen de idearios, tradiciones y doctrinas ya milenarias, los cuales a través del tiempo han explicado y justificado la existencia y función de la judicatura. Me atrevo a sostener que ni siquiera la idea de la independencia judicial encuentra su fundamento ideológico en la doctrina de la separación de poderes. A las doctrinas y tradiciones que se encuentran detrás de la función judicial las he agrupado bajo la noción general de 'estado de derecho judicial',²⁰ idea que más adelante describo.

¿Si la excelencia o deficiencia de la judicatura no depende de la porción de poder (político) que la doctrina de la división del poder atribuye a los tribunales, por qué, entonces, se asocia a los tribunales con la separación de poderes? La respuesta es sencilla e históricamente verificable. La doctrina de la separación de poderes es un reclamo (un ideal político) del constitucionalismo y éste siempre evoca la idea del estado de derecho. En cierto sentido el constitucionalismo no es sino una de las manifestaciones del viejo ideario del imperio del derecho. Cuando la doctrina de la separación se hizo dogma, la aparición de la constitución escrita adoptó un modelo de separación del poder en donde, aparentemente, a los tribunales se les otorga un lugar prominente como guardianes del estado de derecho y protectores de los derechos de los individuos; funciones que, sin embargo, desde siempre, han sido propias de los tribunales.²¹

Por todo lo anterior, pienso que abordar el problema de los tribunales dentro del marco de la doctrina de la separación de poderes es técnica

¹⁸ *"Mais le judges... ne sont... que des etres inanimés qui n'en peuvent modérer ni lo force ni la rigueur (de la loi)" (De l'esprit des lois, XI, 6).*

¹⁹ Véase Sesión de la Asamblea Nacional del 31 de septiembre de 1789.

²⁰ Véase mi artículo "La división de poderes y los tribunales. Una desmistificación (Ensayo)", *cit.*, p. 237.

²¹ Estas funciones son claramente perceptibles en las doctrinas judiciales del *Common Law*. Sobre el particular, véase mi artículo: "Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional y la tradición judicial del *Common Law*", *Anuario Jurídico*, México UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. VI, 1979, pp. 335-373, o bien el capítulo "La supremacía de la constitución" de mi libro *Introducción al estudio de la Constitución*, *cit.*, esp. pp. 272-275.

y doctrinalmente un equívoco. Aún más erróneo es establecer comparaciones con las otras ramas del poder, en términos de influencia, conducción o liderazgo políticos. Los tribunales no están diseñados ni concebidos para gobernar, ni para decidir políticamente. La comparación de la judicatura con las otras ramas del poder es, en este aspecto, falseada. Nada más inexacto que la pretendida relación mecánica que supone que mientras más fuerza y poder adquiere el Ejecutivo, decrece, en la misma proporción, la fuerza y el poder de la judicatura (de ahí la idea de su reforzamiento). La función gubernamental y la función judicial son, en mucho, funciones incontrastables.

Con lo anterior no quiero decir que las funciones de los tribunales no sean de relevancia política. Varias son de las funciones que cumplen los tribunales (*e.g.* la determinación del derecho aplicable, la integración de lagunas, la resolución de controversias) que son de relevancia política. Basta con señalar que ahí donde un sistema judicial existe y funciona, los súbditos o administrados se vuelven justiciables. (Esta idea recuerda la vieja distinción que los griegos hacían entre los persas, meros súbditos de satrapías, y los ciudadanos atenienses.) Ahí donde existe una judicatura eficiente se satisface mayormente las exigencias del estado de derecho. Un buen Ejecutivo podría ser tan sólo un buen amo. Pero, el objetivo de la doctrina del estado de derecho no consiste en buscar un buen amo, sino precisamente, en no tenerlo.

4. *La función judicial y el derecho*

El origen del derecho no data... sino de la época de la creación de las funciones judiciales: el orden jurídico y la administración de justicia... son nociones sinónimas.

Rudolf von IHERING

Una característica distintiva del derecho es la disponibilidad de un proceso jurisdiccional, cuya función consiste en resolver disputas entre los miembros de la comunidad. (La forma en la que el proceso jurisdiccional termina una controversia es emitiendo una decisión dotada de autoridad).²²

Los teóricos del derecho convienen que uno de los rasgos definitorios de derecho reside en que éste constituye un sistema normativo institucionalizado: es creado y aplicado por instituciones (rasgo que lo dis-

²² Véase mi artículo citado en la nota 14, p. 1063.

tingue de otros sistemas normativos). Aunque las instituciones creadoras de normas constituyen un rasgo que normalmente acompaña a los sistemas jurídico modernos, su existencia no es una característica necesaria del orden jurídico (las normas pueden ser introducidas mediante prácticas y costumbres). Por el contrario, la existencia de tribunales constituye una condición necesaria para que un orden social sea un orden jurídico.²³ Existen muchos estudios sobre comunidades primitivas que describen en detalle la vida de sociedades en donde los únicos medios de control social lo constituyen las órdenes de ciertos líderes y la actitud general del grupo hacia sus propias pautas de comportamiento. Tales estructuras sociales, constituidas por "normas primarias de obligación" —para usar expresión de H. L. A. Hart—,²⁴ respaldadas por la presión social de los miembros del grupo, no constituyen un orden jurídico.

Esta simple forma de control social padece de serios defectos. Si en estas sociedades surge la necesidad de saber cuáles son las reglas del grupo o el alcance que tienen, no existe procedimiento para resolver tales problemas. Además de la incertidumbre, existe otro defecto grave: la deficiencia de la presión social mediante la cual son mantenidas las normas del grupo. La presión social se encuentra difusa, no está centralizada. De ahí que disputas sobre si una norma admitida ha sido o no violada se mantendrán indefinidamente, toda vez que no existe una instancia social hecha para determinar, de manera concluyente y con autoridad, tales hechos.

La historia del derecho contundentemente sugiere que la ausencia de instancias que determinen, de manera indiscutible, las normas del grupo y resuelvan (clausurando) una controversia, constituye un defecto grave. Seguramente esto es así toda vez que las comunidades dieron remedio a este problema mucho antes que se pensara en solucionar cualquier otro. El remedio consistió en la instalación de tribunales.²⁵

Los tribunales en la simple operación de identificación de una norma como norma de la comunidad (al satisfacer ciertos requerimientos esta-

²³ Cfr. Raz, Joseph, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979, p. 105 (existe traducción al español mía: *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México, UNAM, 1982, pp. 135-155); Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Viena, Franz Deutike, 1960, p. 19 (existe traducción al español de Vernengo, Roberto J., *Teoría pura del derecho*, México, 1985, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986).

²⁴ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, p. 89 (existe traducción al español de Carrió, Genaro, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963, reimpresa en México, Editora Nacional, 1978).

²⁵ Cfr. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., p. 84 (cfr. *El concepto de derecho*, cit.).

blecidos en la práctica judicial) introducen la idea de un orden o sistema jurídico. Las normas no son una yuxtaposición inconexa. Una norma forma parte del derecho de la comunidad si es el derecho aplicable según la práctica de los tribunales. La función judicial constituye una función jurídica primaria y a los tribunales instituciones primarias del sistema.²⁶

5. Conclusión

No es necesario referirse a las demás consecuencias que la existencia de un proceso jurisdiccional acarrea. En otro lugar he descrito detalladamente estas cuestiones.²⁷ Baste simplemente indicar que, desde su formación, los tribunales fueron diseñados, y progresivamente perfeccionados, para cumplir con sus funciones, *i.e.*, determinar el derecho aplicable que resuelve, en definitiva, la controversia. Los tribunales no fueron concebidos para la conducción política. Por el contrario, desde muy temprano su actividad se diferencia (y orgánicamente se separa) de la función gubernamental, como puede apreciarse desde tiempos remotos.²⁸ Esta separación —y distinta organización funcional— puede observarse, con toda claridad, en la distinción romana entre la fase *in jure* y *apud iudicem* del procedimiento de solución de controversias.²⁹

No puedo hacer un recorrido histórico, pero puedo sostener que la organización en forma de tribunal (conocimiento en contradictorio, impulso dispositivo, etapas del procedimiento, formas canónicas de argumentación, etcétera) *no hace a la judicatura la institución mejor dotada para establecer políticas*. Por el contrario —y quizá esto contrarie una imagen muy compartida—, una mayor injerencia gubernamental (conducción política y establecimiento de políticas) constituye, en realidad, una atrofia de la judicatura (aún más grave que un funcionamiento deficiente).

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN

²⁶ Cfr. Raz, Joseph, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, cit., pp. 106 y ss. (cfr. *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, cit.).

²⁷ Véase mi artículo citado en la nota 14, pp. 1063-1090.

²⁸ Cfr. *Iliada*, XVIII, 497-508.

²⁹ Véase mi artículo citado en la nota 14, pp. 1068-1074.