

LA DIVISIÓN DE PODERES Y LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Jorge Ulises CARMONA TINOCO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El principio de división de poderes*. III. *La función jurisdiccional*. IV. *La aplicación del derecho y la naturaleza de la función judicial*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El principio de división de poderes ha sido uno de los bastiones del constitucionalismo contemporáneo, desde entonces también se ha luchado de manera constante para que el mismo prevalezca.

En ninguna parte del mundo el principio se observa de manera tajante e inflexible, tal vez por que lo más importante del mismo es la limitación del poder y no que la función legislativa, ejecutiva y judicial quede asignada estricta y exclusivamente al órgano al cual le otorgan su denominación.

Cabe recordar la función inicial que los impulsores del principio le asignaron y que no era otra que evitar la concentración de poder en perjuicio de los individuos a favor de los cuales debía operar. A este respecto, al órgano jurisdiccional le corresponde desempeñar un papel de enorme trascendencia, ya que en la mayoría de los países se le asigna la función de proteger y vigilar el *principio*, con base en las facultades de intérprete último de la Constitución y garante del orden constitucional.

En tal sentido, decidimos como primer punto analizar el principio de división de poderes en su formulación original, cómo se proyectó en el mundo, con especial referencia a México, la crisis por la que actualmen-

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; pertenece al Sistema Nacional de Investigadores.

te atraviesa el *principio* y la enorme complejidad que ha adquirido en nuestros días.

Este análisis quedaría incompleto si no inquiriéramos sobre la naturaleza de la función jurisdiccional, que involucra el aspecto final al cual nos referiremos: la creatividad judicial y la posición del juez ante la ley.

II. EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES

1. *Análisis y proyección del principio*

Las funciones del Estado tradicionalmente se han distinguido entre sí de acuerdo con la concepción clásica de la división de poderes (con mayor precisión división de funciones), según la cual los órganos legislativo, ejecutivo y judicial realizan las funciones de producción de normas jurídicas, de ejecución de tales normas y de solución de controversias, respectivamente; ésta es una idea que tuvo destellos en el pensamiento de Aristóteles, fue esbozada por John Locke y finalmente delineada con contornos precisos por Carlos Luis de Secondant, Barón de Montesquieu.

No obstante que los tres personajes se refirieron en su momento a la misma idea, es posible diferenciar su pensamiento de acuerdo con la finalidad o la razón que apoyaba dicha división; Felipe Tena Ramírez¹ opina que en el caso de Aristóteles la distinción entre la asamblea deliberante, el grupo de magistrados y el cuerpo judicial, obedecía principalmente a una cuestión de especialización de las funciones o un tipo de división del trabajo, en cambio, para Locke y Montesquieu la separación pretendía contener el posible exceso de poder en algún órgano en detrimento de la libertad de los individuos.

Carlos Luis de Secondant a la vez que señaló la necesidad de una tajante separación de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial, estableció los peligros de no contar con la misma, he aquí su pensamiento:

Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad, falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente.

¹ Tena Ramírez, Felipe, "La crisis del principio de división de poderes", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, t. IX, núms. 35 y 36, julio-diciembre de 1947, pp. 135 y 136. Agrega también entre los precursores del principio a Polibio en la antigua Roma, Bodino en Francia y Puffendor en Alemania.

No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo. Si no está separado del Poder Legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del Poder Ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.

Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares.²

Respecto al Poder Judicial el Barón de Montesquieu no sólo postuló su separación del resto de los poderes, sino que declaró que el Legislativo se encontraba sobre los tribunales ordinarios³ y que de los tres poderes *el de juzgar es casi nulo*.⁴

La forma en que el Barón de Montesquieu concebía la función judicial quedó condensada en su lapidaria frase: “los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma”.⁵

Al principio de división de funciones se le dio cauce normativo al establecerse en las Constituciones de Estados Unidos de América de 1787 y de la Francia revolucionaria, las cuales ejercieron una marcada influencia, en especial la primera de ellas, en la difusión y consagración constitucionales del principio a partir del siglo XVIII y hasta nuestros días.

Fix-Zamudio señala que el principio de división de poderes ha jugado un papel importante como parte de los instrumentos protectores de la Constitución, que son aquéllos encaminados a la propia limitación del poder y al sometimiento de quienes lo detentan, al conjunto normativo de la Constitución y que junto con los instrumentos económicos, sociales y de técnica jurídica integran uno de los grandes sectores de la defensa constitucional.⁶

2 Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, libro XI, capítulo VI, 9a. ed. México, Porrúa. 1992, pp. 104-110.

3 Al comentar que el cuerpo legislativo debe fungir como acusador en los casos de violaciones a los derechos del pueblo, en el terreno político, señala: “El poder legislativo no puede ser más que acusador. ¿Y ante quién ha de acusar? ¿Habrá de rebajarse ante los tribunales ordinarios, inferiores a él, y que por esa misma inferioridad habrían de inclinarse ante la autoridad de tan alto acusador? No...”. Libro XI, capítulo VI.

4 Montesquieu, *op. cit.*, nota 2, libro XI, capítulo VI.

5 *Idem*.

6 Fix-Zamudio, Héctor, “La Constitución y su defensa”, en su obra *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humana-

Por su parte, Tena Ramírez⁷ señala que *la división de poderes comparte con las garantías individuales el lugar de honor en la defensa de la construcción política que levantó el siglo XIX*.

De acuerdo con la opinión de Héctor Fix-Zamudio⁸ tanto México, como el resto de los países de América Latina, tomaron como modelo el sistema político-constitucional establecido en la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787; sin embargo, resalta el mismo autor que la consagración por primera vez del principio de división de poderes en nuestro país, se debe a la influencia de las Constituciones revolucionarias francesas, apoyadas ideológicamente en el pensamiento de John Locke, Montesquieu y Rousseau, este último por cuanto su idea de que la ley es producto de la *voluntad general*.⁹

El principio de división de poderes ha estado presente en todos los documentos constitucionales de que ha dado cuenta la historia de nuestro país, hayan o no estado en vigor, de manera enunciativa podemos mencionar: la Constitución de Cádiz de 1812 (artículos 15, 16 y 17), la Constitución de Apatzingán de 1814 (artículos 11 y 12), la Constitución de 1824 (artículos 6o. y 74), las Siete Leyes Constitucionales con la modalidad del Supremo Poder Conservador de influencia francesa (artículo 45, fracción VI, de la Tercera de las Leyes), las Bases Orgánicas de 1843 (artículo 5o.), la Constitución de 1857 (artículo 50) y la vigente de 1917 (artículo 49).¹⁰

El artículo 49 citado señala textualmente:

El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

nos, 1993, p. 259. El otro gran sector está formado por las garantías constitucionales, esto es, los instrumentos que tienen como finalidad reparar la normativa constitucional cuando los instrumentos preventivos han sido insuficientes para respeto y observancia. Véase también sobre este tema en México, su reciente obra *Estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa, 2005, pp. 13 y ss.

7 Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, nota 1, p. 146.

8 Fix-Zamudio, Héctor, "El principio de la división de poderes", *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 1987, t. II, pp. 624 y 625.

9 La voluntad general a que alude Rousseau es distinta de la voluntad de todos, ésta no es otra cosa que la suma de voluntades particulares; en cambio, aquélla es la expresión de un sujeto colectivo, la comunidad, que atiende al interés común y se encuentra sobre cualquier voluntad particular.

10 Congreso de la Unión, *Los Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*, 2a. ed., México, Manuel Porrúa, 1978, t. V, pp. 669-675; y más recientemente la 4a. edición de dicha obra publicada por la LV Legislatura de la Cámara de Diputados, con la participación del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y editada por Miguel Ángel Porrúa en 1994, pp. 956-963.

No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión conforme a los dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.¹¹

Este precepto señala claramente la unidad del poder y la división de las funciones en orden a su ejercicio, y prohíbe expresamente la concentración del poder, con las únicas excepciones de los casos de estado de emergencia y la imposición de contribuciones a las exportaciones e importaciones, en que el Ejecutivo está facultado a legislar expresamente, sin que esto signifique que su actividad está libre de todo control.

La doctrina ha señalado de manera insistente el abuso de estas facultades extraordinarias por parte del Ejecutivo, sobretudo en las primeras décadas después de promulgada la Constitución, lo que provocó modificaciones a la ley suprema a fin de limitar definitivamente dicha actividad a los casos ya señalados únicamente.

En nuestro país, el principio de división de poderes también se encuentra consagrado en las Constituciones locales; así lo confirma la siguiente tesis jurisprudencial que señala: *división de los poderes*. Tanto la Constitución federal, como las locales, consagran el principio relativo a ella.¹²

2. La crítica del criterio tradicional de división y una primera aproximación a la distinción entre la función de los órganos ejecutivo, legislativo y judicial

La división tradicional de poderes, de carácter tripartito horizontal, atiende a un criterio formal, a partir del cual lo que otorga el carácter legislativo, administrativo o jurisdiccional a determinado acto estatal es precisamente el órgano que lo emite o del cual emana; en efecto, desde

¹¹ La Suprema Corte ha señalado al respecto: "*División de los poderes*. La Constitución divide al Supremo Poder de la Federación, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial; y en la segunda parte de su artículo 49, dispone que no podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación ni depositarse el Poder Legislativo en un sólo individuo, con excepción allí expresadas", Tomo VIII, p. 253. Ambríz Carlos y coags, 31 de enero de 1921, nueve votos, Quinta Época, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo: VIII, Página: 253.

¹² Amparo administrativo, en revisión. Lira Salvador, 15 de marzo de 1918, Unanimidad de 8 votos, La publicación no menciona el Ponente, Quinta Época, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo: II, Página: 842.

este ángulo son claras las facultades constitucionales asignadas a los órganos legislativo, ejecutivo y judicial; si las reducimos al esquema clásico observamos que al órgano legislativo le corresponde crear las leyes, al órgano Ejecutivo toca aplicarlas o ejecutarlas y al órgano judicial dirimir las controversias jurídicas que se le planteen con base en dichas leyes.

Desde un punto de vista material, considerando el contenido del acto estatal, su esencia, su sustancia, nos encontramos que los órganos legislativos, administrativos y jurisdiccionales llevan a cabo cada uno, en cierta medida, actos materialmente legislativos, administrativos y jurisdiccionales.¹³ Ejemplificando lo anterior con el orden jurídico mexicano, la multiplicidad de funciones es clara tratándose de la facultad del Poder Ejecutivo para expedir reglamentos, o el caso de las facultades jurisdiccionales de las Cámaras de Diputados y Senadores en materia de juicio político. Sin embargo, hay veces en que estas facultades apenas son perceptibles, como por ejemplo, las atribuciones legislativas del Pleno de la Suprema Corte, o las actividades administrativas que realiza el Congreso de la Unión; esto confirma la tesis de que no existe una tajante y rígida división de Poderes, sino una armónica coordinación entre éstos para realizar óptimamente los fines del Estado entre los que ocupan un lugar preponderante: la justicia y la libertad de los individuos.

Un punto que no debemos soslayar lo constituyen los criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que se refieren específicamente a la división de poderes, los cuales trataremos en el apartado siguiente.

Tomando en cuenta lo anterior, se llega fácilmente a la conclusión de que lo que determina el calificativo que se asigna a cada uno de los órganos del Estado es el tipo de actos que realiza preponderantemente;

¹³ Con relación a nuestro país, respecto al análisis, desde del punto de vista material, de las facultades del Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial en la Constitución mexicana pueden consultarse: Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 30a. ed., México, Porrúa, 1991, pp. 66 y ss. Acerca de las distintas funciones del Poder Ejecutivo en México y sus facultades legislativas y jurisdiccionales. Véase Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, 14a. ed., México, Siglo XXI, 1998, pp. 99-109, 170-189. Respecto a estas últimas véase Fix-Zamudio, Héctor, "El Ejecutivo Federal y el Poder Judicial", *El sistema presidencial mexicano (algunas reflexiones)*, México, UNAM, 1988, pp. 308-318. Sobre las facultades administrativas y legislativas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación véase Cossío Díaz, José Ramón, *Las atribuciones no jurisdiccionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Porrúa, 1992, pp. 43 y ss.; 91 y ss.; y 126 y ss. Respecto a las facultades administrativas y jurisdiccionales del Poder Legislativo en México. Véase Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 29a. ed., México, Porrúa, 1995, pp. 297-301; véase también los artículos 73 y 110 constitucionales y su respectivo comentario en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comentada y Concordada*, 18a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2004, ts. III y IV.

así, el órgano legislativo si bien lleva a cabo actos administrativos y, de manera excepcional, jurisdiccionales, su principal actividad se centra en los actos legislativos, de similar manera ocurre con el órgano ejecutivo y el jurisdiccional. A la par de este criterio de distinción que se refiere al aspecto material de los actos de los órganos estatales, Hans Kelsen estudia la cuestión desde el punto de vista de la teoría general del derecho, con base en la cual en el orden jurídico sólo existen actos de aplicación y de creación normativa, sin embargo, este interesante aspecto lo abordaremos más adelante al hablar propiamente de la naturaleza de la función jurisdiccional, donde intentaremos nuevamente distinguirla de las funciones ejecutiva y legislativa.

Por otra parte, no obstante la presencia indiscutible del principio de división de poderes en los documentos constitucionales contemporáneos, la doctrina señala que el mismo se encuentra actualmente en crisis¹⁴ debido entre otros factores a la preeminencia del Poder Ejecutivo sobre los Poderes Legislativo y Judicial en muchos países, lo que ha desarrollado la figura del *presidencialismo*,¹⁵ recientemente atemperado en nuestro país a partir de las elecciones realizadas en julio de 1997.

Más allá de la crisis del principio, hay autores que señalan que la división tradicional se ha diversificado y se ha convertido en algo sumamente complejo que implica no sólo una separación de tipo tripartito u horizontal, sino que también se han detectado otras entre las que se encuentran las denominadas *temporal*, *vertical*, *división decisoria* y *social de poderes* entre los grupos de la sociedad.¹⁶ Todas estas especies o modalidades se dirigen en cierto sentido a la limitación del poder cuyo beneficiario último es el individuo en su esfera de libertades.

La división de carácter *temporal* se refiere a la duración limitada y la rotación en el ejercicio del poder, esto es, que los cargos públicos de superior nivel estén sujetos a una temporalidad precisa, como por ejemplo la duración del cargo de presidente de la República en México es de seis años, sin posibilidad de reelección, la de los diputados es de tres años, la de los senadores de seis y, finalmente, la de los ministros de la

14 Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 8, pp. 641-650; Tena Ramírez señala que “el fracaso práctico que se atribuye a la división de poderes, consiste en su incapacidad para evitar radicalmente la ruptura del equilibrio”. Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, nota 1, p. 143. Más adelante señala que la crisis de la división de poderes, no es en verdad sino la crisis de la libertad, p. 146.

15 Véase al respecto, Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, *cit.*, nota 13.

16 Esta clasificación es ampliamente desarrollada por Fix-Zamudio, de acuerdo con las categorías propuestas por W. Steffani, véase “La Constitución y su defensa”, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, *cit.*, nota 6, p. 263-268; y *Estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*, *cit.*, nota 6, pp. 14 y 15.

Suprema Corte de Justicia de la Nación es de 15 años (artículos 51, 56, 83 y 94).

La división *vertical* o *federativa* alude a la descentralización de las facultades y decisiones entre las instancias federal y locales, con una tendencia a fortalecer las entidades federativas y dentro de éstas a los municipios. Un ejemplo claro de esta corriente es el cambio que ha operado en los últimos años en el régimen de gobierno del Distrito Federal, al que se ha dotado de órganos legislativos propios y a partir de diciembre de 1997, con un jefe de gobierno electo popularmente por voto directo.

La división *decisoria* y *social* del poder, que refiere de manera específica a los instrumentos canalizados a través de normas constitucionales que garantizan el papel de la oposición en la toma de decisiones; en nuestro país podemos mencionar el requisito de mayoría calificada para la aprobación de las reformas a la Constitución como un claro ejemplo de esta división.

De lo expuesto hasta ahora resalta la enorme complejidad que en nuestros tiempos ha adquirido la división de poderes, y la dificultad de contar con ella de una manera precisa, esto, por otra parte, ha abierto nuevos caminos al estudio de nuevas propuestas de limitación y equilibrio del poder, buscando en todo momento la finalidad última que los precursores del principio le adjudicaron: proteger y garantizar la libertad del individuo.

3. Los criterios jurisprudenciales en torno a la división de poderes

La interpretación judicial constitucional relacionada con la División de Poderes ha sido congruente con la idea que hemos intentado demostrar en los párrafos anteriores y sobre la cual insistiremos más adelante, esto es, que no existe una división tajante y rígida que permita distinguir de una manera precisa la labor de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial, ya que desde el punto de vista de la naturaleza de sus actos todos llevan a cabo en cierto grado funciones que competirían, al menos teóricamente, a alguno de los otros dos órganos.

Las siguientes ejecutorias que sirven de apoyo a nuestra opinión, se refieren además a la razón de ser del principio, así como los requisitos que deben satisfacerse para que un determinado órgano pueda llevar a cabo atribuciones inherentes a cualquiera de los otros dos (el énfasis es nuestro):

DIVISIÓN DE PODERES. LA FUNCIÓN JUDICIAL ATRIBUIDA A AUTORIDADES EJECUTIVAS NO VIOLA EL ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL

(ARTÍCULO 48 DE LA LEY DE APARCERÍA DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). No se transgrede el artículo 49 de la Constitución federal con la expedición y aplicación del artículo 48 de la Ley de Aparcería del estado de Nuevo León, en tanto previene competencia para resolver controversias suscitadas con motivo de la aplicación de la misma ley a la autoridad municipal que tenga jurisdicción sobre el predio objeto del contrato y que la autoriza para que se allegue elementos de prueba para normar su criterio y dictar resolución, y que también previene un recurso ante el gobernador del estado en caso de inconformidad. *En efecto, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no estatuye un sistema rígido de división de poderes, de tal manera que el judicial sólo pudiese realizar actos materialmente jurisdiccionales, el ejecutivo sólo actos administrativos y el legislativo exclusivamente actos de creación de normas jurídicas generales. En la misma Constitución Federal se advierte que cada uno de los poderes está facultado para desarrollar funciones distintas a las que les corresponderían en un sistema rígido de división de poderes; así, el legislativo desempeña funciones administrativas, como por ejemplo conceder licencia al Presidente de la República (artículo 73, fracción XXVI, 85 y 88) y funciones jurisdiccionales, cuando se erige en gran jurado para conocer de delitos oficiales cometidos por funcionarios de la Federación (artículo 111 de la Constitución Federal). El Poder Judicial está facultado para realizar actos materialmente legislativos, como por ejemplo, cuando se le otorga a la Suprema Corte de Justicia, en Pleno, la facultad de expedir los reglamentos interiores de la misma Corte, de los tribunales colegiados de circuito y de los juzgados de Distrito; también le corresponden atribuciones materialmente administrativas, como nombrar magistrados y jueces de Distrito. Los órganos del Poder Ejecutivo tienen atribuciones legislativas, como la de expedir reglamentos (artículo 89, fracción I constitucional). Prohíbe, pues, la Constitución, la unificación de dos o más poderes en uno, más no que en un poder, por ejemplo, el legislativo, desempeñe alguna función ejecutiva o jurisdiccional. La idea básica en el artículo 49 constitucional, es evitar la posibilidad de una dictadura constitucional que se daría en aquel caso en que en un poder reuniera dos o más, pero no cuando la misma Constitución previene una flexibilidad en la división de poderes y relaciones entre los mismos, lo que se traduce en la autorización de que un poder realice funciones que en una estricta división de poderes y funciones, no podría desempeñar¹⁷ (énfasis agregado).*

17 Amparo en revisión 1541/67, Teodoro Ibarra Hernández y coags, 6 de marzo de 1973, Unanimidad de 17 votos, Ponente: Rafael Rojina Villegas, Séptima Época, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo: 51 Primera Parte, Página: 18.

DIVISIÓN DE PODERES. SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CARACTER FLEXIBLE. *La división de poderes que consagra la Constitución Federal no constituye un sistema rígido e inflexible, sino que admite excepciones expresamente consignadas en la propia Carta Magna, mediante las cuales permite que el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo o el Poder Judicial ejerzan funciones que, en términos generales, corresponden a la esfera de las atribuciones de otro poder. Así, el artículo 109 constitucional otorga el ejercicio de facultades jurisdiccionales, que son propias del Poder Judicial, a las Cámaras que integran el Congreso de la Unión, en los casos de delitos oficiales cometidos por altos funcionarios de la Federación, y los artículos 29 y 131 de la propia Constitución consagran la posibilidad de que el Poder Ejecutivo ejerza funciones legislativas en los casos y bajo las condiciones previstas en dichos numerales. Aunque el sistema de división de poderes que consagra la Constitución General de la República es de carácter flexible, ello no significa que los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial puedan, *motu proprio*, arrogarse facultades que corresponden a otro poder, ni que las leyes ordinarias puedan atribuir, en cualquier caso, a uno de los poderes en quienes se deposita el ejercicio del Supremo Poder de la Federación, facultades que incumben a otro poder. Para que sea válido, desde el punto de vista constitucional, que uno de los poderes de la Unión ejerza funciones propias de otro poder, es necesario, en primer lugar, que así lo consigne expresamente la carta magna o que la función respectiva sea estrictamente necesaria para hacer efectivas las facultades que le son exclusivas, y, en segundo lugar, que la función se ejerza únicamente en los casos expresamente autorizados o indispensables para hacer efectiva una facultad propia, puesto que es de explorado derecho que las reglas de excepción son de aplicación estricta¹⁸ (énfasis agregado).*

DIVISIÓN DE PODERES. La Organización política, basada en la división de los poderes es, conforme a la Constitución vigente la esencia de nuestro sistema de gobierno; pero *tal división no es absoluta y el principio tiene numerosas excepciones, pues cada uno de esos poderes ejecuta, autorizado por la Constitución, actos que corresponden a cualquiera de los otros; y así, las autoridades agrarias y obreras tienen facultades para decidir controversias entre particulares, y al sustraer la Constitución, los asuntos que*

¹⁸ Amparo en revisión 2606/81, Sucesión de Carlos Manuel Huarte Osorio y otro, 22 de octubre de 1981, Unanimidad de 4 votos, Ponente: Jorge Iñárritu, Volúmenes 115-120, pág. 65, Amparo en revisión 4277/77, Héctor Mestre Martínez y coagraviados (acumulados), 30 de noviembre de 1978, 5 votos, Ponente: Carlos del Río Rodríguez, Séptima Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo: 151-156 Tercera Parte, Página: 117.

pueden ser resueltos por estas autoridades, de la jurisdicción de los tribunales, estableció nuevas excepciones a la división de poderes y dió caracteres judiciales innegables, al procedimiento administrativo agrario y al procedimiento administrativo obrero, sin que pueda afirmarse, por ello, que en materia agraria se trate de un procedimiento contencioso administrativo, puesto que el carácter distintivo de éste, está en que se aplica a controversias entre particulares y el Estado¹⁹ (énfasis agregado).

DIVISIÓN DE PODERES. *El principio de división de poderes no es absoluto y tiene numerosas excepciones, pues no siempre el Legislativo legisla, ni el Ejecutivo ejecuta, ni el Judicial juzga, sino que, cada uno de ellos, en su carácter de poderes emanados de la voluntad popular, ejecuta, autorizado por la Constitución, actos que corresponden a los otros; así, las autoridades agrarias y obreras tienen facultades para decidir controversias entre los particulares, y, al atribuírselas la Constitución, estableció nuevas excepciones al principio de la división de poderes y dio caracteres judiciales innegables a los procedimientos administrativos agrario y obrero; consecuentemente, sus resoluciones tienen el carácter de irrevocables, pues de lo contrario, carecerían de la respetabilidad necesaria; y la más sana teoría del derecho administrativo, extiende tal carácter de irrevocabilidad, hasta las resoluciones administrativas no de carácter judicial, cuando por la revocación de ellas se afecten intereses de tercero²⁰ (énfasis agregado).*

DIVISIÓN DE LOS PODERES. La división de los poderes no es absoluta, pues la misma Constitución señala casos en que los unos ejercen funciones que pertenecer a los otros, pero estas funciones tienen el carácter netamente político.²¹

DIVISIÓN DE PODERES. Aunque exista el principio de la división de poderes, por virtud del cual, en términos generales, a cada una de las tres grandes ramas de la autoridad pública se le atribuye una de las tres funciones del estado legislativa, administrativa y jurisdiccional, ese principio no se aplica en forma absoluta, sino que *la misma Constitución federal, si bien otorga al presidente de la república facultades en su mayor parte de índole adminis-*

19 Tomo XVI, Pág. 937. Ortiz de la Huerta Rafael, 22 de abril de 1925, Quinta Época, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo: XVI, Página: 937.

20 Tomo XIX, Pág. 96, Amparo en revisión, Gómez Jesús C., 17 de julio de 1926, Mayo-ría de 7 votos, Quinta Época, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federa-ción*, Tomo: XIX, Página: 96.

21 Tomo VII, Pág. 1305, Amparo en revisión, Collado Miguel, 25 de octubre de 1920, Quinta Época, Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo: VII, Página: 1305.

*trativa, también le concede, dentro de ciertos límites, facultades relacionadas con la función legislativa y le da competencia para ejercitar, respecto de determinada materia, una actividad jurisdiccional*²² (énfasis agregado).

Estas ejecutorias son ilustrativas respecto al punto que nos ocupa, pues enuncian la imposibilidad de una tajante división de funciones pero sólo de manera superficial, ya que no profundizan en la naturaleza de cada una de las funciones que se reducen a la aplicación y creación normativa.

Por otra parte, aunque pareciera que sobre el tema de la división de poderes ya están colmados judicialmente los principios que lo sustentan, durante la novena época de la jurisprudencia iniciada con motivo de las trascendentes reformas constitucionales de diciembre de 1995 a la Constitución mexicana, se han seguido formando criterios, pero ahora dan cuenta de nuevas perspectivas que ilustran la complejidad del principio. Una muestra de este aspecto es el siguiente par de tesis:

DIVISIÓN DE PODERES. PARA EVITAR LA VULNERACIÓN A ESTE PRINCIPIO EXISTEN PROHIBICIONES IMPLÍCITAS REFERIDAS A LA NO INTROMISIÓN, A LA NO DEPENDENCIA Y A LA NO SUBORDINACIÓN ENTRE LOS PODERES PÚBLICOS DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS. El artículo 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prescribe implícitamente tres mandatos prohibitivos dirigidos a los poderes públicos de las entidades federativas, para que respeten el principio de división de poderes, a saber: a) a la no intromisión, b) a la no dependencia y c) a la no subordinación de cualquiera de los poderes con respecto a los otros. *La intromisión es el grado más leve de violación al principio de división de poderes, pues se actualiza cuando uno de los poderes se inmiscuye o interfiere en una cuestión propia de otro, sin que de ello resulte una afectación determinante en la toma de decisiones o que genere sumisión. La dependencia conforma el siguiente nivel de violación al citado principio, y representa un grado mayor de vulneración, puesto que implica que un poder impida a otro, de forma antijurídica, que tome decisiones o actúe de manera autónoma. La subordinación se traduce en el más grave nivel de violación al principio de división de poderes, ya que no sólo implica que un poder no pueda tomar autónomamente sus decisiones, sino que además debe someterse a la voluntad del poder subordinante; la diferencia con la dependencia es que mientras en ésta el poder dependiente puede optar por evitar la imposición*

²² Landero de Arozarena Luz Y Coag., Pág. 366 Tomo CXXII, 19 de Octubre de 1954, 4 Votos, Sala Auxiliar, Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo: CXXII, Página: 366.

por parte de otro poder, en la subordinación el poder subordinante no permite al subordinado un curso de acción distinto al que le prescribe. En ese sentido, estos conceptos son grados de la misma violación, por lo que la más grave lleva implícita la anterior²³ (énfasis agregado).

PODERES JUDICIALES LOCALES. LA LIMITACIÓN DE SU AUTONOMÍA EN LA GESTIÓN PRESUPUESTAL IMPLICA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES. La autonomía de la gestión presupuestal constituye una condición necesaria para que los Poderes Judiciales Locales ejerzan sus funciones con plena independencia, pues sin ella se dificultaría el logro de la inmutabilidad salarial (entendida como remuneración adecuada y no disminuable), el adecuado funcionamiento de la carrera judicial y la inamovilidad de los juzgadores, además, dicho principio tiene su fundamento en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que estatuye la garantía de expeditéz en la administración de justicia, su gratuidad y la obligación del legislador federal y local de garantizar la independencia de los tribunales, cuestiones que difícilmente pueden cumplirse sin la referida autonomía presupuestal. Así, *si se tiene en cuenta que la mencionada autonomía tiene el carácter de principio fundamental de independencia de los Poderes Judiciales locales, es evidente que no puede quedar sujeta a las limitaciones de otros poderes, pues ello implicaría violación al principio de división de poderes que establece el artículo 116 constitucional*²⁴ (énfasis agregado).

III. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

1. Características distintivas de la jurisdicción como función del Estado

Niceto Alcalá-Zamora y Castillo señaló con agudeza la dificultad del estudio de la jurisdicción, al menos en cuatro diversas direcciones: la primera de ellas por cuanto a sus múltiples significados, ya que se ha

²³ Novena Época; Instancia: Pleno; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Tomo: XX, Septiembre de 2004; Tesis: P./J. 80/2004; Página: 1122. Controversia constitucional 35/2000. Poder Judicial del Estado de Aguascalientes, 22 de junio de 2004, Unanimidad de nueve votos, Ausente: Mariano Azuela Güitrón, Ponente: José Ramón Cosío Díaz, Secretarios: Pedro Alberto Nava Malagón y Roberto Lara Chagoyán.

²⁴ Novena Época; Instancia: Pleno; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Tomo: XX, Septiembre de 2004; Tesis: P./J. 83/2004; Página: 1187. Controversia constitucional 35/2000. Poder Judicial del Estado de Aguascalientes, 22 de junio de 2004, Unanimidad de nueve votos, Ausente: Mariano Azuela Güitrón, Ponente: José Ramón Cosío Díaz, Secretarios: Pedro Alberto Nava Malagón y Roberto Lara Chagoyán.

utilizado la palabra jurisdicción para designar la actividad de determinados órganos del Estado, el conjunto de sus atribuciones e incluso la demarcación en las que se desarrollan éstas; la segunda, respecto a la rama del derecho a la cual se atribuye su examen, entre las que se hallan el derecho constitucional, el derecho procesal o el derecho político; la tercera, por cuanto a los rasgos que la distinguen de la legislación y lo que ha causado mayor dificultad, de la administración; y la cuarta dificultad se presenta en el ámbito procesal donde hay que distinguir los elementos constitutivos de la jurisdicción, sus alcances y su relación con la noción de competencia.²⁵ En este trabajo nos enfocaremos preponderantemente a la tercera de las direcciones, esto es, intentaremos delimitar los rasgos característicos de la función jurisdiccional respecto a la función legislativa y administrativa.

La doctrina aborda por lo regular el tema de la función jurisdiccional, considerando esta actividad dentro del contexto del Estado, o como parte de las actividades desempeñadas por él mismo.²⁶ La Suprema Corte ha intentado delimitar la naturaleza de la función jurisdiccional en algunas de sus ejecutorias, delimitándola de las funciones de los órganos ejecutivo y legislativo, así como las excepciones a este respecto, a manera de ejemplo podemos citar la siguiente tesis:

FUNCIÓN JURISDICCIONAL, SISTEMA CONSTITUCIONAL RELATIVO AL EJERCICIO DE LA. El artículo 104 constitucional establece, en términos generales, que son los tribunales de la Federación los únicos facultados para dirimir las controversias que surjan con motivo de la aplicación de leyes federales, salvo que dichas controversias sólo afecten intereses particulares; evento en el cual los jueces y tribunales del orden común de los estados y del Distrito Federal pueden conocer de los juicios respectivos, a elección del actor. La exclusividad de la facultad de los tribunales de la Federación para resolver las controversias a que se refiere el precepto citado —función jurisdiccional— y específicamente la de dirimir las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales y de tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, se confirma plenamente si se tiene en cuenta que el artículo 14 de la propia Constitución General de la República consigna como garantía indivi-

²⁵ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Notas relativas al concepto de jurisdicción", en su obra *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México, UNAM, 1992, t. I, pp. 29-31.

²⁶ Comparten la idea de la explicación de la jurisdicción a partir del Estado, así sea considerado éste en una forma primaria, entre otros, Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *op. cit.*, nota 25, pp. 32 y 33. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho (introducción al estudio de la ciencia jurídica)*, México, Themis, 1996, pp. 401 y ss.

dual la de que nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el cual se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. Corroborando que la facultad de dirimir controversias que se den con motivo de la aplicación de leyes federales es propia del Poder Judicial de la Federación, el artículo 27 de la carta magna somete, inclusive, a la resolución del propio Poder Judicial, el resultado del ejercicio de las acciones que corresponden a la Nación por virtud de las disposiciones contenidas en dicho numeral, al establecer que el ejercicio de dichas acciones se hará efectivo por el procedimiento judicial. Sin embargo, la Constitución federal también consigna casos de excepción en que atribuye funciones jurisdiccionales a los Poderes Legislativo y Ejecutivo, como se comprueba si se tiene presente que el artículo 109 constitucional faculta a las Cámaras que integran el Congreso de la Unión para conocer de los delitos oficiales cometidos por los altos funcionarios de la Federación,... Empero, como las facultades que la Constitución General de la República otorga a los poderes legislativo y ejecutivo para ejercer la función jurisdiccional, constituyen excepciones a la regla general de que el único facultado para dirimir controversias que se susciten con motivo de la aplicación de leyes federales es el Poder Judicial de la Federación, no puede sino concluirse que el ejercicio de dichas facultades por parte de los referidos poderes legislativo y ejecutivo es de carácter estricto y limitado.²⁷

El hecho de considerar como producto del Estado la función jurisdiccional, esto es, la existencia de determinados órganos (generalmente denominados jueces, tribunales o cortes) encargados de la solución de controversias jurídicamente relevantes, no significa que desconozcamos, con anterioridad a la existencia del propio Estado, la presencia de procedimientos de solución de controversias. Lo que caracteriza precisamente a la función jurisdiccional, respecto a los estadios anteriores a la existencia del Estado, es que la solución de controversias se realiza institucionalmente, es decir, existe un tercero imparcial al frente de un órgano específico, que se encuentra sobre las partes en conflicto y

²⁷ Amparo en revisión 2606/81, Sucesión de Carlos Huarte Osorio y otro, 22 de octubre de 1981, Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Iñárritu, Volúmenes 115-120, pág. 68. Amparo en revisión 4277/77, Héctor Mestre Martínez y coags. (acumulados), 30 de noviembre de 1978, 5 votos, Ponente: Carlos del Río Rodríguez, Séptima Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo: 151-156 Tercera Parte, Página: 121. Esta tesis aparece en: Apéndice 1917-1985, Tercera Parte, Segunda Sala, tercera tesis relacionada con la jurisprudencia 381, pág. 651.

decide la controversia, con base en las normas provistas o reconocidas por el ente estatal.

Existe un interesante conflicto doctrinal por el cual se intenta determinar si la función jurisdiccional fue producto de la evolución de formas de solución de controversias como la venganza privada, la ley del talión, el arbitraje privado o si esto no tuvo influencia determinante en el nacimiento de la función jurisdiccional;²⁸ otras posturas señalan como etapas evolutivas la *autocomposición*, *autodefensa* y, finalmente, la *heterocomposición*, que corresponde a la función jurisdiccional.²⁹ En nuestros días existen mecanismos de solución de controversias alternos al proceso jurisdiccional, tales como el arbitraje y la amigable composición, que han adquirido una notable importancia ante la imposibilidad de llevar toda clase de conflictos al conocimiento de los órganos jurisdiccionales.

2. Las ideas de Kelsen sobre la división de poderes

Desde el punto de vista kelseniano, el Estado es identificado con el orden jurídico, y éste es un sistema de normas jurídicas unidas por relaciones de *supra* y *subordinación*, que integran distintos escaños, en cuyo vértice se encuentra la norma hipotética fundamental y cuya base la forman los actos últimos de aplicación de normas jurídicas.³⁰

Kelsen divide las funciones del Estado en dos únicamente: la creación³¹ de normas jurídicas y la aplicación de las mismas, de esta manera, el órgano legislativo sería el creador de normas generales por excelencia, y las funciones ejecutivas y jurisdiccionales serían preponde-

28 Véase Tamayo y Salmorán, Rolando. *op. cit.*, nota 26, pp. 401 y ss.

29 Véase Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. *op. cit.*, nota 25, p. 33.

30 Kelsen señala a este respecto: "El orden jurídico es un sistema de normas generales e individuales enlazadas entre sí de acuerdo con el principio de que el derecho regula su propia creación. Cada norma de este orden es creada de acuerdo con las prescripciones de otra y, en última instancia, de acuerdo con lo que establece la fundamental que constituye la unidad del sistema". Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez. México, UNAM, 1988, p. 156.

31 Para Kelsen, las normas jurídicas son creadas de muy diversas maneras, las generales a través de la legislación y la costumbre; las individuales, a través de actos judiciales y administrativos o de transacciones jurídicas. *Ibidem*, p. 134. Más adelante explica: "Los órganos aplicadores del derecho deben ser instituidos de acuerdo con el orden jurídico, el cual ha de determinar asimismo el procedimiento que tales órganos están obligados a observar cuando aplican las normas jurídicas. Así, pues, las normas generales del derecho legislado o consuetudinario tienen una función doble: 1) determinar quiénes son los órganos encargados de la aplicación del derecho y cuál es el procedimiento a que deben someterse, y 2) determinar los actos judiciales y administrativos de tales órganos. Por medio de sus actos, los últimos crean normas individuales, al aplicar a casos concretos las normas generales", *ibidem*, pp. 151 y 152.

rantemente de aplicación o ejecución normativa;³² sin embargo, este criterio no da una respuesta definitiva a la distinción de las funciones de los órganos del Estado, toda vez que, desde esta perspectiva, todo acto de aplicación de normas jurídicas es un acto de creación de las mismas,³³ esto evidencia la dificultad de establecer una división fija, única y definitiva a las funciones estatales.

Kelsen opina que el denominado *principio de separación de poderes* presupone que los tres llamados poderes pueden ser determinados como tres distintas funciones coordinadas del Estado, y que es posible definir las líneas que separan entre sí a cada una de esas funciones. Pero esta suposición no es corroborada por los hechos. Según hemos visto, las funciones fundamentales del Estado no son tres, sino dos: creación y aplicación (ejecución) de la ley, y estas funciones no se encuentran coordinadas, sino *sub* y *supraordinadas*. Además, no es posible definir las líneas que separan estas funciones entre sí, puesto que la distinción entre creación y aplicación del derecho —que sirve de base al dualismo: Poder Legislativo y Poder Ejecutivo (en el sentido más lato)— tiene sólo un carácter relativo, ya que en su mayoría los actos del Estado son al propio tiempo de creación y de aplicación del derecho. Es imposible asignar en forma tan exclusiva la creación del derecho a un órgano y la aplicación (ejecución) del mismo a otro, que ninguno de los dos pueda cumplir simultáneamente ambas funciones. Difícilmente es posible, y en todo caso nunca es deseable, reservar incluso la legislación —que es sólo una cierta especie de creación jurídica— a un “cuerpo separado de servidores públicos”, excluyendo de tal función a los otros órganos.³⁴

En efecto, el propio órgano legislativo al crear normas generales aplica normas constitucionales, el judicial al aplicar la ley crea normas individualizadas, el órgano administrativo al crear un reglamento aplica una ley y crea una norma con menor grado de generalidad que esta última.³⁵

³² *Ibidem*, p. 319.

³³ Véase el texto de la nota anterior. Para Kelsen “la norma jurídica que regula la creación de otra es «aplicada» en el acto de creación. La creación del derecho es siempre aplicación del mismo... Por regla general, la creación de una norma jurídica es aplicación de un precepto de grado más alto, que regula su creación; y la aplicación de una norma superior, normalmente es creación de otra inferior determinada por aquélla. Una decisión judicial, por ejemplo, es un acto por el cual una norma general, una ley, es aplicada; pero al mismo tiempo, es norma individual que impone obligaciones a una de las partes o a las dos en conflicto”. *Ibidem*, p. 157.

³⁴ *Ibidem*, p. 319.

³⁵ Kelsen señala: “...El problema que consiste en determinar si un acto es de creación o de aplicación, es en realidad completamente independiente del que se refiere a la medida en que el órgano se encuentra ligado por el orden jurídico. Solamente los actos a través de

Los órganos del Estado son creados por normas jurídicas que determinan los alcances de su función y, en cierto sentido, también el contenido de las normas que crean al aplicar el derecho.

Tomando el criterio de que el órgano creador de normas generales por excelencia es el legislativo falta distinguir, si esto es posible, las funciones del órgano ejecutivo y del judicial,³⁶ considerados con algunas reservas³⁷ como órganos preponderantemente aplicadores, y en este sentido creadores, de normas jurídicas en escaños inferiores a las producidas por el legislativo.

De esta forma, tanto la función jurisdiccional, como la ejecutiva o administrativa, son de aplicación de normas generales; los órganos jurisdiccionales y los órganos del ejecutivo crean excepcionalmente normas generales (por lo regular los órganos judiciales superiores) ¿Cómo distinguir entre ambas funciones?,³⁸ para esto se han esgrimido numerosos

los cuales no se establece ninguna norma pueden ser de simple aplicación. De esta índole es la ejecución de una sanción en un caso concreto. Esta es una de las dos situaciones de frontera anteriormente mencionadas. La otra es la norma básica. Tal norma determina la creación de la primera Constitución...". *Ibidem*, p. 158.

36 Para Kelsen es sumamente difícil distinguir entre estas dos funciones ya que ambas son de ejecución de normas generales y en este sentido apunta que "...Las normas jurídicas generales son ejecutadas tanto por el poder ejecutivo como por el judicial; la diferencia estriba solamente en que, en un caso, la ejecución de las normas generales es confiada a los tribunales, y en el otro a los llamados órganos «ejecutivos» o administrativos. La tricotomía usual es pues, en el fondo, una dicotomía, es decir la distinción fundamental entre *legislatio* y *legis executio*. La última es subdividida en las funciones judicial y ejecutiva en este sentido estricto". *Ibidem*, p. 303. Para algunos intentos por deslindar las funciones del ejecutivo y jurisdiccionales véase Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *op. cit.*, nota 25, pp. 36 y ss.; véase también la multitudinaria obra de Kelsen, *op. cit.*, nota 30, pp. 323-335; y Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, México, UNAM, 1987, pp. 151-155.

37 Los órganos de los poderes ejecutivo y judicial crean normas generales solamente por vía de excepción, ya que su tarea típica es la de creación de normas individualizadas al aplicar las normas generales creadas por la legislación y la costumbre, esta es la manera en como el orden jurídico se recrea a sí mismo de manera permanente. Véase Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 30, pp. 305 y 306.

38 Kelsen señala a este respecto: "La separación del Poder Judicial y el Poder Ejecutivo sólo es posible en una medida relativamente limitada. La separación estricta de los dos es impracticable, puesto que los dos tipos de actividades usualmente designadas por esos términos, no implican funciones esencialmente distintas. La judicial es de hecho ejecutiva, exactamente en el mismo sentido que la función que ordinariamente designase con tal palabra. La ejecutiva, a su vez, consiste en la ejecución de normas generales. ¿Qué especie particular de ejecución de las normas generales es llamada «judicial»? La cuestión solamente puede ser respondida por medio de una descripción de las actividades típicas de los tribunales civiles y penales. La función judicial consiste esencialmente en dos actos. En cada caso concreto: 1) el tribunal establece la existencia de un hecho calificado como acto antijurídico civil o penal por una norma general aplicable al propio caso, y 2) el tribunal ordena una sanción civil o penal estipulada en forma general por la norma que ha de aplicarse". *Ibidem*, pp. 323 y 324.

argumentos desde el punto de vista procesal, constitucional y de la teoría general del derecho.

Para ilustrar este aspecto podemos decir que Kelsen³⁹ acepta la imposibilidad de una separación tajante de las dos funciones, pero de alguna forma acentúa el aspecto de que el procedimiento judicial tiene la forma de una controversia y que los jueces poseen independencia, por parte de la función administrativa señala los actos de administración directa, como distintivos en un momento dado, de dicha función.

Niceto Alcalá-Zamora⁴⁰ expone y critica, en un extenso y completo artículo sobre el tema, más de quince criterios de distinción, entre los que se encuentran las teorías *subjetivistas* u *organicistas* y, por otro lado, las *objetivas*. Las primeras centran la distinción en el agente que realiza la función; las segundas son las más numerosas, y ello ha hecho que se subdividan a su vez en aquellas que se fijan en el *desenvolvimiento*, las cuales enarbolan criterios como el de legalidad, independencia, la prioridad de la decisión sobre la ejecución, entre otras, y, por otra parte, aquellas que atienden a la *finalidad* de la jurisdicción, como la comprobación de una situación jurídica con fuerza de verdad legal, o la resolución de controversias, la restauración del orden jurídico perturbado o la tutela del derecho subjetivo, entre otras.

Para el eminente procesalista mencionado, el hecho de que los criterios de distinción pretendan delimitar la función ejecutiva de la jurisdicción, con base en un sólo aspecto, es lo que lleva a todos ellos a un inminente fracaso, toda vez que el *enfoque pluralista* es lo que puede arrojar mayor luz sobre el punto en cuestión.⁴¹ Niceto Alcalá propone, como un mero esbozo, que por jurisdicción puede entenderse la “función desenvuelta por el Estado para (a) conocer, (b) en su día decidir y (c), en su caso, ejecutar la sentencia firme emitida con carácter imperativo por un tercero imparcial, instituido por áquel y situado “supra partes”, acerca de una o más pretensiones litigiosas deducidas por los contendientes y canalizadas por el juzgador a través del correspondiente proceso, en el que podrían haber mediado también actuaciones preliminares o asegurativas”.⁴²

Como ha quedado de manifiesto, no se ha establecido un criterio tajante y único para diferenciar las actividades de los órganos ejecutivo, legislativo y judicial, por lo que puede tomarse múltiples criterios y conjuntarlos para determinar la naturaleza de la función jurisdiccional que

39 *Ibidem*, p. 326.

40 Véase Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *op. cit.*, nota 25, pp. 36-60.

41 *Ibidem*, pp. 52-57.

42 *Ibidem* p. 57.

incluye las actividades de aplicación, interpretación y creación, en este caso de normas individualizadas y, excepcionalmente, de normas generales.⁴³

Como corolario de lo anterior podemos decir que el juez al aplicar el derecho también lo crea,⁴⁴ pero cabe puntualizar que la norma que crea se encuentra en un escaño inferior a la ley que aplicó, esto es, dicha norma tiene menor grado de generalidad y abstracción que aquella de la cual es aplicación.⁴⁵

En este sentido, la norma creada es individualizada esto es, se dirige a determinado sujeto al cual se aplica una sanción. Cabe ahora preguntarse en qué casos dicha norma tiene carácter general, la respuesta sería: cuando existe una norma que determina a su vez que una determinada decisión o el concurso de varias decisiones similares se tornan en pautas obligatorias de decisión para determinados órganos jurisdiccionales, en este caso la norma general creada judicialmente cumple dentro del sistema de normas jurídicas la misma función que las normas generales creadas por el órgano legislativo, ya que determinan a su vez la creación y el contenido de subsecuentes normas por parte de los jueces inferiores.

3. La competencia

Se ha dicho en numerosas ocasiones que la competencia es la medida de la jurisdicción, que algún órgano judicial en un caso concreto posee jurisdicción más no competencia, circunstancia que le impide conocer del mismo.⁴⁶

⁴³ A este respecto, Kelsen concluye tajantemente: “Así pues, no existe una separación tajante de los poderes judicial y ejecutivo como separación orgánica de dos diferentes funciones. Una función idéntica es distribuida entre máquinas burocráticas diferentes, siendo la existencia de sus diversas denominaciones algo que sólo puede explicarse por razones históricas. Las diferencias en la respectiva posición de los órganos y en los procedimientos, tampoco derivan de una diferencia de función, y sólo pueden explicarse históricamente”. Kelsen, *op. cit.*, nota 30, p. 326.

⁴⁴ Siguiendo el pensamiento de Kelsen que ha servido como columna vertebral a nuestra investigación, el juez “al resolver una controversia entre dos particulares o condenar a un acusado a sufrir determinado castigo, el tribunal aplica, es verdad, una norma general de derecho consuetudinario o legislado. Pero, al mismo tiempo, crea una norma individual que establece determinada sanción que habrá de imponerse a cierto individuo... Así pues, la función judicial, lo mismo que la legislativa, es, al propio tiempo, creación y aplicación del derecho”. *Ibidem*, p. 159.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ Véase la voz “competencia”, *Enciclopedia jurídica mexicana*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, t. II.

Podemos considerar a la jurisdicción como la facultad genérica de los jueces para resolver controversias jurídicamente relevantes, mediante la aplicación de normas previamente establecidas. Si todos los jueces, con base en esta idea, pudieran conocer de toda clase de controversias y decidir sobre ellas, se provocaría un enorme caos, especialmente por la complejidad que la vida social impone a los conflictos que en ella ocurren.

Es precisamente esta complejidad la que impone la necesidad de contar con una especialización de los órganos jurisdiccionales; además, es necesario, en beneficio de aquellos que se ven en la necesidad de acudir a los propios jueces a plantear un litigio, contar con jueces a su alcance en cuenta a la distancia, esto en concordancia con la norma constitucional que proclama la justicia pronta y expedita.

Estas situaciones han dado lugar al establecimiento de criterios prácticos, canalizados a través de normas jurídicas, que permitan estructurar un verdadero sistema judicial y que éste realice su labor con eficiencia y prontitud, nos referimos a la competencia por materia, que atiende al objeto de una controversia; territorio, que se refiere al ámbito espacial en que se ejerce la jurisdicción; grado que alude al conocimiento de los asuntos entre tribunales superiores y de primer grado o instancia; y cuantía, que es el criterio más criticado ya que divide el conocimiento de las causas judiciales de acuerdo con un criterio económico del monto del litigio.

La distinción entre jurisdicción y competencia es de grado, ya que la primera es una facultad genérica de todo juez, y la segunda es una facultad específica que obedece sobre todo a criterios prácticos.

A partir de este panorama acerca de la jurisdicción y sus características distintivas de los órganos legislativo y ejecutivo, nos ocuparemos de la aplicación del derecho desde la perspectiva de la función judicial, que si bien pareciera una actividad simple y sin complicaciones en realidad no lo es, sobretodo por que implica otras dos actividades que son la interpretación y la integración del orden jurídico.

IV. LA APLICACIÓN DEL DERECHO Y LA NATURALEZA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

Rolando Tamayo señala que la “aplicación es la operación por la cual se actualiza algo previsto”; de esta forma, expresa que la aplicación del derecho nombra “la operación por la cual cierta instancia (en particular un tribunal) determina los hechos que el derecho define in abstracto en

normas generales e individualiza las consecuencias previstas (ordenando su ejecución)".⁴⁷

El acto de aplicación del derecho por excelencia, es la sentencia, y así ha sido considerado por mucho tiempo. Los autores se refieren a la actividad y resoluciones judiciales como los actos en donde se manifiesta más claramente la aplicación del derecho.

Desde esta perspectiva, si bien los órganos del Estado en general aplican el derecho al realizar sus correspondientes actividades, cuando hablemos de aplicación del derecho estaremos haciendo alusión a la actividad judicial preponderantemente.

En este sentido, para Kelsen⁴⁸ son dos los elementos esenciales de la función judicial, ambos tienen lugar cuando una determinada norma general tiene que ser individualizada y concretada a fin de entrar en contacto con la vida social y aplicarse a la realidad: para este efecto, señala Kelsen, es necesario determinar en cada caso si las condiciones señaladas *in abstracto* por la norma general, se encuentran presentes *in concreto*, a fin de que la sanción determinada abstractamente por la norma genérica, pueda ser ordenada y ejecutada *in concreto*.

Desde otro punto de vista, en el acto de aplicación judicial de la norma pueden distinguirse tres momentos: el primero de ellos es la determinación del derecho aplicable a la controversia; el segundo, la determinación de los hechos que condicionan la aplicación del derecho y, el tercero, los actos de decisión por los cuales se ordena la ejecución de las consecuencias.⁴⁹ Tras estos tres momentos inseparables de la aplicación judicial del derecho se manifiestan la interpretación e integración del orden jurídico, así como la creatividad y valoración judiciales, siempre presentes, en mayor o menor grado, en la actividad de los jueces.⁵⁰

Estos son criterios modernos acerca de la aplicación del derecho, especialmente de carácter judicial, pero durante los siglos XVIII y gran parte del XIX, debido a diversos factores ideológicos y sociales, imperaron ideas que influyeron de manera determinante para que la actividad de

47 Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, nota 26, p. 171. Señala además este autor que "la aplicación del derecho es una función regular del orden jurídico; a través de ella los órganos aplicadores (tribunales, autoridades administrativas, etcétera), en ejercicio de sus facultades, determinan que un cierto caso concreto del tipo definido en la norma general se ha presentado y como consecuencia de ello, efectúan un acto por el cual actualizan las consecuencias previstas".

48 Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 30, p. 160.

49 Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, nota 26, p. 172.

50 Véase Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *La interpretación judicial constitucional*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 36 y 37.

los jueces fuera asimilada al papel de simples aplicadores mecánicos de las disposiciones legislativas, estériles por cuanto a la creación del derecho y sumisos en relación con el órgano legislativo.⁵¹

Retomando las ideas de Hans Kelsen, todo acto de aplicación del derecho es a su vez creación del mismo, en este sentido, la creatividad judicial es evidente y no representa mayor problema, así, “la creación de la norma jurídica individual por el órgano de aplicación del derecho, especialmente por el tribunal, tiene que hallarse determinada siempre por una o más normas generales ya existentes”.⁵² Esto no significa en modo alguno que dichas normas generales, ya existentes, sean simplemente reproducidas por la norma individual constitutiva de la decisión, ésta siempre agrega un elemento nuevo a aquélla.⁵³

La creación judicial no se agota en la existencia de una norma jurídica individualizada, la actividad judicial puede dar lugar a la creación de normas de carácter general, en aquellos casos en que la *resolución del juez puede tener fuerza obligatoria no sólo para el caso sometido a su conocimiento, sino para otros análogos que los tribunales pueden estar obligados a resolver*, éstos son los denominados precedentes o, como se denominan en nuestro medio, jurisprudencia obligatoria.⁵⁴

La decisión judicial, de acuerdo con Kelsen, tiene el carácter de un precedente sólo cuando no representa la aplicación de una norma preexistente del derecho sustantivo, o sea en los casos que el tribunal ha procedido como legislador.⁵⁵ En nuestro medio, los precedentes son el establecimiento de un determinado criterio que de reiterarse sin interrupción en cinco casos crean jurisprudencia obligatoria, siempre y cuando provengan de la Suprema Corte o de los tribunales colegiados de Circuito.⁵⁶

En palabras del propio Kelsen:⁵⁷

La función creadora de derecho de los tribunales se manifiesta especialmente cuando la decisión judicial tiene el carácter de un precedente, es

⁵¹ *Ibidem*, pp. 25 y ss.

⁵² Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 30, p. 171.

⁵³ *Ibidem*, p. 173.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 177.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ Respecto a los antecedentes, nacimiento y evolución de la jurisprudencia obligatoria, véase Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *La interpretación judicial constitucional*, *op. cit.*, nota 50, pp. 130-205; “La Jurisprudencia de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXVIII, núm. 83, mayo-agosto de 1995, pp. 523-562.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 178.

decir, cuando da origen a una norma general. Cuando los tribunales están facultados no solamente para aplicar el derecho sustantivo anterior, sino para crear nuevo derecho al resolver situaciones concretas, existe la tendencia muy explicable de dar a tales decisiones el carácter de precedentes. Dentro de un sistema jurídico de este tipo, los tribunales son órganos legislativos exactamente en el mismo sentido que el órgano que llamamos legislador en la acepción estricta y ordinaria de la palabra. Los tribunales son creadores de normas jurídicas generales.

Existe otro tipo de manifestación de la creación judicial tratándose de normas generales, esta es la que tiene como base la práctica permanente de los tribunales, es decir, la costumbre que podemos denominar judicial.⁵⁸

En tal sentido, la actividad judicial es siempre creativa en un doble aspecto, por cuanto a la creación de normas individualizadas y también normas generales, las cuales pueden surgir de los precedentes o de las costumbres judiciales. Ante esto no hay una objeción relevante, pero sí podemos criticar que el hecho de afirmar la existencia de la creatividad judicial obliga a determinar el alcance de la misma, lo cual constituye un problema más serio y complejo.

Rolando Tamayo⁵⁹ también se inclina por la presencia de la creatividad en los diversos momentos de la aplicación judicial del derecho, y señala que no obstante lo anterior, “la tendencia es siempre a mantener el dogma (de donde, se cree, deriva la autoridad de su función) de que el tribunal únicamente aplica el derecho existente”.

Más adelante señala el autor mencionado que “la creación jurisdiccional no es abiertamente presentada como tal, ciertos dogmas sobre la función jurisdiccional y la aplicación del derecho, lo impiden. La creación jurisdiccional es ocultada, es «vestida con ropa modesta»”.⁶⁰

Para Otto Bachof, fue considerado un credo jurídico el que el juez debía limitarse a la aplicación de la ley mediante procesos mentales estrictamente lógicos y que debía abstenerse de propias decisiones arbitrarias; que el juez se encontraba vinculado solamente al poder secular de la justicia reflejado en la ley, sin tener que representar ni practicar un poder social propio.⁶¹ Pero una vez desmitificada la inexistencia de lagunas, se hizo evidente que en verdad el juez no ha correspondido nunca

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, nota 26, p. 173.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, trad. de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Civitas, 1987, p. 23.

a la concepción de Montesquieu de un mecanismo de pura subsunción, se ha reconocido que el juez ha tenido siempre, incluso bajo el imperio del positivismo jurídico rígido, una parte importante en la creación del derecho, se ha señalado que la idea de que el juez está sometido sólo a la ley es una ficción que no concuerda con la realidad social, porque además de la zona que abarca la ley, existen otras zonas cubiertas por máximas judiciales, vinculatorias para el juez, pero que él también participa en su creación.⁶²

Alberto Vicente señala que hay función creadora cuando el juez incorpora un nuevo concepto a la ley, manipula su contenido dándole un nuevo sentido, o ante una laguna del derecho, una norma oscura o injusta, decide, llenando la laguna o hace justicia en contra de la ley; en estos casos sin duda una nueva norma aparece, que influirá en la sociedad, la cual aceptará como justa una sentencia que dio respuesta a los requerimientos sociales, insistentes ante los vacíos de la legislación.⁶³

Vega Benayas opina que

...reconocer la contribución del juez a la creación del derecho no es convertirlo en legislador, sino admitir una cosa más simple, menos complicada y nada perturbadora para el orden jurídico: es comprobar, al lado de otras, la existencia de una fuente de derecho particular —o general, en el supuesto de la jurisprudencia continental—, cual es la sentencia del juez.⁶⁴

Los autores citados son muestras de la corriente cada vez más aceptada de siempre presente creación judicial; para quienes esto asusta o temen un llamado “gobierno de los jueces” hay que explicar los alcances de dicha creatividad y matizarla, pues no se trata de menospreciar la función de la codificación o de otras fuentes de creación jurídica.⁶⁵

⁶² *Ibidem*, p. 24.

⁶³ Vicente, Alberto, *Función creadora del juez*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, pp. 77 y 78. Un profundo análisis de la interpretación judicial y su estrecha vinculación con la creación del derecho por parte del juez puede consultarse en esta misma obra, pp. 69-92.

⁶⁴ Vega Benayas, Carlos de la, *Introducción al derecho judicial*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1970, p. 82. En este mismo sentido Benjamín Cardozo señaló: “Yo doy por sentado que el Derecho que emana de los jueces es una realidad”, *La función judicial*, México, Perea Editores, 1996, p. 2.

⁶⁵ Vega Benayas señala a este respecto que: “El hecho de admitir la colaboración creadora del juez en la formulación del derecho vivo, sea con eficacia particular, sea por obra de un Tribunal Supremo, con efectos generales, no implica derogar —ni ninguna escuela ha pretendido eso— la vinculación a las demás fuentes: leyes, principios, costumbres; ni convertir al juez o al Tribunal Supremo en legislador, sino reconocer una fuente de derecho más al lado de aquéllas o después de aquéllas, lo que no implica criterio valorativo, sino admisión de una necesidad”, *Introducción al derecho judicial*, cit., nota 64, p. 114.

La relación entre el juez y la ley

La reacción contra todo lo que de alguna forma representaba el antiguo régimen, resultado de la Revolución francesa, como *escenario histórico y político*, así como las ideas del Barón de Montesquieu sobre la división de poderes, aunado al pensamiento de Juan Jacobo Rousseau sobre la voluntad general, ambos como el *ingrediente ideológico*, propiciaron la gestación del absolutismo de la ley y la omnipotencia del cuerpo legislativo, que suplantaron a la voluntad del monarca.⁶⁶

Estos acontecimientos obligaron a los jueces a funcionar como simples aplicadores mecánicos de las disposiciones legislativas. Este pensamiento sobre la aplicación mecánica de las disposiciones legislativas por parte del juez, tuvo destellos en otras épocas y lugares, comenzando por Roma en donde Justiniano al declarar la perfección de su obra, prohibió cualquier comentario privado a la misma; en Austria, José II dictó una disposición de similar naturaleza; en Prusia, disposiciones análogas de Federico II limitaron en gran medida la actuación de los jueces, los cuales al encontrar alguna duda en la aplicación de la ley debían acudir al legislador, representado por una comisión permanente, para su interpretación.⁶⁷ La misma prohibición de interpretar la ley se encuentra en las Partidas (ley 14, título I, Partida I) y en la Novísima Recopilación (ley 3, título II, libro III), e iguales disposiciones dictaron los reyes Alfonso II y Jaime II, del reino aragonés-catalán-valenciano.⁶⁸

Esta fue la situación que imperó en Francia hasta comienzos del siglo XIX que coincidió con el nacimiento de la escuela de la exégesis, cuyos postulados esenciales fueron: el culto a la ley, que equipara con el derecho positivo, la voluntad del legislador como pauta única de interpretación y, por consiguiente, la omnipotencia e infalibilidad del órgano legislativo.

La realidad se encargó de demostrar que la ley, como toda obra humana, se encontraba lejos de la perfección que le atribuyeron los seguidores de la corriente exegética y que el legislador no era infalible.

La escuela de la exégesis es el paradigma del formalismo jurídico. Desde finales del siglo pasado sus postulados han sido atacados desde

⁶⁶ Véase Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *La interpretación judicial constitucional*, cit., nota 56, pp. 25-38.

⁶⁷ Stammerl escribe: "El Código nacional general prusiano de 1794 mantuvo esta peregrina institución, que no se suprimió hasta el año de 1798". *El juez*, trad. de Emilio F. Camus, México, Editora Nacional, 1980, p. 101.

⁶⁸ Véase Dualde, Joaquín, *Una revolución en la lógica del derecho (concepto de la interpretación del derecho privado)*, Barcelona, Librería Bosch, 1933, pp. 27 y ss.

diversos ángulos,⁶⁹ pero aún quedan resquicios de esta corriente que se dejan sentir en la actualidad.

La corriente más radical respecto a la libertad del juez en relación con la ley es la denominada *Escuela del Derecho Libre*, originada en Alemania a principios del siglo XIX, que postuló la absoluta libertad del juzgador al decidir los litigios que se le presenten. Para los seguidores de esta corriente, “la ley sólo formula propuestas, pero si éstas no parecen acertadas el juez se aparta de ella y falla libremente”.⁷⁰

Las corrientes y opiniones que hasta ahora hemos expuesto, muestran una determinada relación del juez con respecto a la ley, lo cual es directamente proporcional al alcance de la creatividad judicial. Los extremos son los siguientes: por una parte están las corrientes que otorgan preeminencia a la ley, como fuente del derecho, lo cual significa que el juez debe buscar la solución al caso planteado primero y sobre todo en la ley, la cual debe aplicar sin inquirir sobre el efecto justo o no de su decisión, y, por otra parte están quienes otorgan el lugar privilegiado a la función judicial, de tal forma que el juez puede apartarse de las leyes si éstas no proporcionan la solución satisfactoria al caso en cuestión, la ley constituye tan sólo parte del arsenal del juez al resolver.

En el primer caso la creatividad judicial es casi nula y excepcional; en el segundo caso, se manifiesta de manera cotidiana y juega un papel importante en la evolución jurídica.

Winfried Hassemer⁷¹ señala que la “existencia de las codificaciones afecta de manera central a la actividad judicial y, consecuentemente, a la teoría sobre dicha actividad”.

En los países donde la codificación es la fuente principal del derecho, se tratará que el juez se sujete a las normas establecidas y que su interpretación, en todo caso, sea una extensión o prolongación de tales normas pero no creación; ante la insuficiencia de la ley para determinar todos los casos que la realidad puede presentar, se remite al juez a la

69 Vega Benayas, Carlos señala: “Mentes realistas advirtieron el fenómeno. Sonó otra vez el grito de alarma: «mon Code est perdu». Pero nuevas fuerzas, nuevas tendencias aportaron nuevos datos al problema. Otras escuelas jurídicas, más o menos radicales, lanzaron la proclama de la libre creación del derecho, algún Código como el suizo autorizó al juez para que obrara como legislador en defecto de ley y costumbre, y otros volvieron de nuevo sus ojos al Derecho anglosajón para exaltar la figura del juez creador (*judge made law*) o para obtener de la técnica comparatista una realización más ajustada del derecho, con la divulgación de la escuela analítica, la sociológica, o bien la del «legal realism» americano, donde la técnica y la práctica del derecho judicial y la posición del juez es preponderante”. *Introducción al derecho Judicial, cit.*, nota 64, pp. 70-71 y 75.

70 Stammer, Rudolf, *El juez, cit.*, nota 67, p. 81.

71 Kaufmann, Arthur et al., *El pensamiento jurídico contemporáneo*, México, Ed. Debate, 1992, p. 201.

equidad o a los principios generales del derecho, de contornos no siempre precisos, a los precedentes de los tribunales de mayor jerarquía, pero siempre se buscará que cualquiera que sea la sentencia del juez sea un reflejo del orden jurídico.⁷² En este tipo de países uno de los argumentos para que las cosas se presenten de esa manera es la búsqueda de seguridad jurídica.⁷³

Por otra parte, en los países en los que la Codificación no tiene el papel principal, los jueces crean el derecho con base en los precedentes, que en cierto sentido juegan un papel similar al de la ley, de tal forma que no se debe pensar en una actividad judicial arbitraria o caprichosa; además deben en todo caso fundamentar su decisión exponiendo los argumentos que la sustentan.

En uno u otro caso la libertad del juez no es absoluta y libre como propugnaba la corriente del derecho con este nombre, la vinculación del juez es notable, ya sea en relación con la elección de alternativas de la decisión y con relación a la elección de los argumentos con los que ha de fundamentarse la alternativa de decisión elegida.⁷⁴

En este sentido, el juez se halla vinculado o mejor dicho, su actividad totalmente libre encuentra un dique en la ley, los precedentes y prácticas judiciales, la dogmática jurídica, entre otros factores.⁷⁵

Para Hassemer, las metas que se persiguen con la *vinculación* del juez son la predicción o pronóstico más exacto sobre el resultado de su decisión, elevar el efecto social esperado de las normas jurídicas y posibilitar la revisión de la decisión judicial, así, “la vinculación del juez cons-

⁷² Para Vega Benayas, el principio de obediencia del juez a la ley no se opone a la creación judicial del derecho, antes bien lo confirma, puesto que es la propia norma legal la que le otorga permisión para ello, concretamente en el campo de los principios generales del derecho, no formulados por la ley, sólo aludidos por ella, y cuyo catálogo de los ya admitidos o existentes no excluye el *descubrimiento* de otros, realizado por la función judicial al socaire del caso que los haga surgir. *Introducción al derecho Judicial, cit.*, nota 64, p. 82.

⁷³ Hassemer señala: “...La seguridad jurídica alcanzada por medio de la codificación no sólo significó que la actuación judicial fuera más predecible, sino, que el individuo pudiera situarse mejor ante la futura jurisprudencia que pudiera afectarle, y que se pudiera consultar en libros accesibles a todo el mundo qué derechos y obligaciones tenía; significaba también que existía la posibilidad de comprobar con mayor exactitud la corrección de las actuaciones judiciales -bajo el supuesto, ya explicado, de que el mencionado carácter correcto consistía en la concordancia entre la actuación judicial y lo exigido por la ley...” en *El pensamiento jurídico contemporáneo, cit.*, nota 71, p. 204.

⁷⁴ Sobre las razones y argumentos en pro de la creación judicial del derecho; véase Vega Benayas, Carlos de la, *Introducción al derecho judicial, cit.*, nota 64, pp. 72 y ss.

⁷⁵ Véase Kaufmann, Arthur, *El pensamiento jurídico contemporáneo, cit.*, nota 71, pp. 211-216. Sobre la creación judicial del derecho y el sometimiento del juez a la ley; véase Spota, Alberto G., *El juez, el abogado y la formación del derecho a través de la jurisprudencia*, Buenos Aires, Depalma, 1989, pp. 22 y ss.

tituye un elemento necesario de toda administración de justicia que tenga carácter consistente. El sistema jurídico codificado agudizará tal vinculación y hará de la ley un elemento de la misma".⁷⁶

La vinculación del juez a la ley no significa cercarlo a los límites literales de las disposiciones legislativas, esto sería imposible, y quien lo afirmara estaría desconociendo la vaguedad y generalidad que las leyes poseen. Consideramos especialmente útil retomar el pensamiento de François Géný y de Hans Kelsen, en el sentido de que la ley es un cuadro jurídico cuyo perímetro depende del grado de generalidad y abstracción de la ley misma. El juez llena el espacio interno de dicho marco al resolver los casos concretos que se le presentan; mientras se encuentre dentro del esquema establecido, su actividad es libre y no tiene mayor límite que su conciencia y sentido de justicia.

Aunque parezca un contrasentido, quien determina el grado de vinculación del juez respecto de la ley, son los propios jueces. La ley, al entrar en contacto con la realidad a la cual pretende regular, adquiere en muchas ocasiones un matiz distinto al que pretendieron otorgarle sus creadores, de esta forma el alcance y sentido de la ley entran en los dominios de los jueces, quienes de acuerdo con los casos que les sean sometidos determinará el destino de la ley.

Afirma Massini⁷⁷ que "el juez ha de realizar prudentemente lo justo con el instrumento de la ley; de lo contrario no merecerá llevar el nombre de juez". En contra se halla Rudolf Stammler,⁷⁸ para quien el juez se halla sometido a la ley y sólo puede acudir a criterios justos cuando el propio orden jurídico remita a ellos, "el juez debe tener el valor de aplicar también un derecho injusto, cuando la ley lo exija".⁷⁹

El juez no es un siervo sumiso del texto legal, tampoco es absolutamente libre respecto de la ley; Puig Brutau⁸⁰ opina que la libertad de que goza el juez se halla *condicionada* a los límites establecidos por la ley.

⁷⁶ Véase Kaufmann, Arthur, *El pensamiento jurídico contemporáneo*, cit., nota 71, pp. 208 y 209.

⁷⁷ "Reflexiones acerca de la estructura del razonamiento judicial", *Revista de Derecho Público*, Chile, núm. 28, julio-diciembre de 1980, p. 85.

⁷⁸ Véase Stammler, Rudolf, *El juez*, cit., nota 67, pp. 119 y ss.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 121. Alberto Vicente ataca la postura de Stammler al señalar que cuando el juez se aparta de la Ley "...interpreta la valoración de la comunidad respecto de una realidad nueva, y por ello su conducta no es arbitraria". *Función creadora del juez*, cit., nota 63, p. 78.

⁸⁰ Puig Brutau, José, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Barcelona, Ed. Casa Editorial Bosch, p. 38.

Para Alberto G. Spota⁸¹ el juez debe, si no quiere merecer la calificación de mero autómatas en la subsunción de la ley al caso o especie judicial, “interrogar a la vida social y económica cuál es la solución que compone los graves conflictos que le atañe resolver; allí la respuesta no tardará en sobrevenir y la ley no será el obstáculo insuperable para que reine la justicia”.

Si el derecho debe ser considerado como algo vivo, fluyente, flexible, o sea, que no se cristaliza y no se separa de la auténtica vida jurídica, entonces deberá aceptarse que la jurisprudencia constituye aquel medio por el cual se evita que cabe una profunda fosa entre ese derecho y la ley.⁸²

Para concluir este panorama acerca de la función judicial, citamos a Vega Benayas quien señala: “Reconocer y admitir la creación judicial del derecho es, simplemente, constatar la verdadera, intrínseca y práctica función de la obra y efectos de la sentencia judicial, es decir, la realización o cumplimiento del mandato orgánico de la función judicial: administrar recta, cumplida e imparcial justicia”.⁸³

V. CONCLUSIONES

Primera. La doctrina coincide en situar el estudio de la jurisdicción en el contexto del Estado, como una de las funciones concomitantes al nacimiento del mismo, la cual se caracteriza por la solución de controversias por parte de un tercero imparcial que se encuentra sobre las partes en conflicto, elementos que distinguen dicha función respecto a otros estados en los que imperaba la venganza privada o la autodefensa.

Segunda. De acuerdo con la concepción tradicional de la división de poderes, son tres las funciones del Estado, a saber, legislación, administración y jurisdicción, sin embargo, desde el punto de vista de la teoría general del derecho las funciones estatales se resumen en la creación y aplicación (ejecución) de normas jurídicas únicamente, y todo acto de aplicación de una norma da como resultado la creación de otra sujeta en un escaño inferior.

Tercera. Desde este punto de vista, si bien existen elementos que permiten distinguir las funciones del órgano legislativo, como creador de normas jurídicas generales, de los órganos ejecutivo y jurisdiccional,

⁸¹ Spota, Alberto G., *El juez, el abogado y la formación del derecho a través de la jurisprudencia*, cit., nota 75, p. 30.

⁸² *Ibidem*, p. 34.

⁸³ Vega Benayas, *Introducción al derecho judicial*, cit., nota 64, p. 115.

como aplicadores de las mismas, no es posible determinar de manera tajante la frontera entre las funciones de estos últimos, si bien se han hecho numerosos esfuerzos a este respecto, se debe atender, de acuerdo con Niceto Alcalá-Zamora, a un enfoque pluralista que conjunte múltiples factores para delinear la distinción.

Cuarta. Desde la perspectiva de la teoría general del derecho, todo acto de aplicación de una norma es a su vez creación normativa, así, desde este ángulo, no cabe duda que la función judicial de aplicación del derecho es una actividad creativa, por cuanto consiste en la aplicación de normas generales a casos concretos, dando como resultado una norma jurídica individualizada. Pero la creatividad judicial no se agota en este tipo de normas, también puede crear normas generales, cuando las decisiones de un determinado juez o tribunal se convierten en pautas obligatorias de decisión para el resto de los jueces en presencia de casos similares.

Quinta. Los problemas relacionados con la creatividad judicial no se centran únicamente en saber si ésta existe o no, hay otras cuestiones capitales como por ejemplo el alcance de dicha creatividad, lo cual conlleva al análisis de la relación entre el juez y la ley, pues la creatividad judicial es directamente proporcional a la mayor o menor libertad del juez para apartarse de la ley cuando su sentido de justicia así lo exija.

Sexta. Tradicionalmente, sobre todo a partir de la Revolución francesa, se considero que el juez era un siervo sumiso de la ley y que su función se resumía en la formulación de silogismos a imitación de un lógico matemático, esto intentó reducir la función judicial a una mera operación mecánica, estéril por cuanto hace a la creación jurídica; los jueces eran, de acuerdo con la lapidaria frase del Barón de Montesquieu, sólo *la boca que pronuncia las palabras de la ley*; esta noción afortunadamente a cambiado, así sea de manera lenta, para dar paso a la verdadera naturaleza de la función judicial como una actividad siempre creativa y dinámica, con un alto contenido axiológico, que otorga a los jueces un papel decisivo en la creación y aplicación del derecho.

Séptima. Cuando se considera a la ley como la fuente primordial del derecho, la vinculación del juez a la misma es estrecha y se intenta dejar poco margen a la creatividad judicial; en cambio, cuando la legislación es considerada una fuente más, no la única ni la primordial, la creatividad judicial se acentúa, dándole al juez un papel sumamente activo en la creación del derecho. Sin embargo, esto último no significa que se pugne por la libertad absoluta del juzgador, a la manera en que la concebían los partidarios de la corriente del derecho libre, el juez está vinculado por múltiples factores que deben verse reflejados en la funda-

mentación de su decisión para que ésta no aparezca como arbitraria o caprichosa, asimismo, toca al juez, en su actuación cotidiana, fijar los alcances de su vinculatoriedad con respecto a la ley.

Octava. Reconocer la creatividad judicial no debe dar pie al menoscabo de la importancia de la ley como fuente del derecho, por el contrario, se debe considerar a la función judicial como complementaria de la que lleva a cabo el legislador, pues ambos deben servir a la justicia y la libertad del individuo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, "Notas relativas al concepto de jurisdicción", *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México, UNAM, 1992, t. I.
- BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, trad. de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Civitas, 1987.
- CARDOZO NATHAN, Benjamín, *La función judicial*, México, Pereznieto Editores, 1996.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, "La jurisprudencia de los tribunales del Poder Judicial de la Federación", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXVIII, núm. 83, mayo-agosto de 1995.
- , *La interpretación judicial constitucional*, México, UNAM-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1996.
- CARPIZO, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, 14a. ed., México, Siglo XXI, 1998.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada y concordada*, 18a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, ts. III y IV.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Las atribuciones no jurisdiccionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Porrúa, 1992.
- DUALDE, Joaquín, *Una revolución en la lógica del derecho (concepto de la interpretación del derecho privado)*, Barcelona, Librería Bosch, 1933.
- Enciclopedia jurídica mexicana*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, t. II.

- FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La Constitución y su defensa", *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1993.
- , "El Ejecutivo Federal y el Poder Judicial", *El sistema presidencial mexicano (algunas reflexiones)*, México, UNAM, 1988.
- , "El principio de la división de poderes", *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 1987, t. II.
- , *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa, 2005.
- FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, 30a. ed., México, Porrúa, 1991.
- GÉNY, Francisco, *Métodos de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, 2a. ed., Madrid, Reus, 1925.
- GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría general del proceso*, México, UNAM, 1987.
- KAUFMANN, Arthur *et al.*, *El pensamiento jurídico contemporáneo*, México, Ed. Debate, 1992.
- KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1988.
- LV LEGISLATURA DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS, *Los Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*, 4a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 1994.
- MASSINI, Carlos, "Reflexiones acerca de la estructura del razonamiento judicial", *Revista de Derecho Público*, núm. 28, julio-diciembre de 1980.
- PUIG BRUTAU, José, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Barcelona, Ed. Casa Editorial Bosch, s.f.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Porrúa, 1980.
- SECONDANT, Carlos Luis de, *Del espíritu de las leyes*, libro XI, capítulo VI. 9a. ed., México, Porrúa. 1992.
- SPOTA, Alberto G., *El juez, el abogado y la formación del derecho a través de la jurisprudencia*, Buenos Aires, Depalma, 1989.
- STAMMLER, Rudolf, *El juez*, trad. de Emilio F. Camus, México, Editora Nacional, 1980.

- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho (introducción al estudio de la ciencia jurídica)*, México, Themis, 1996.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 29a. ed., México, Ed. Porrúa. 1995.
- , “La crisis del principio de división de poderes”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, t. IX, núms. 35 y 36, julio-diciembre de 1947.
- VEGA BENAYAS, Carlos de la, *Introducción al derecho judicial*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1970.
- VICENTE, Alberto, *Función creadora del juez*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980.