





**SUMARIO: 1. Resumen/Abstract. 2. Introducción. 3. Los tribunales; operadores jurídicos. 3.1 resolución de litigios o conflictos. 3.2 los jueces aplican (y crean) normas jurídicas. 3.3 los jueces ejercen control social. 3.4 Los jueces legitiman el régimen político del que forman parte.. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía**

**1. RESUMEN:** Definir la función del derecho es el propósito del presente artículo, la pregunta que abre el dialogo es ¿qué se hace con el derecho? Y sobre ésta se presenta una respuesta que abarca elementos profundos y complejos de su función. Uno de ellos conlleva a las funciones de los operadores jurídicos denominados Tribunales, ya que desde éstos es que se desempeñan las funciones básicas del derecho. Es así que este texto ahonda en la explicación de estas labores de los tribunales como son: la resolución de conflictos, el control social, la legitimación del poder que gozan e incluso la creación del derecho, todas ellas entendidas como mecanismos de legitimación del propio sistema dentro del que funcionan los tribunales.

**Palabras clave:** normas jurídicas, poder político, legitimidad, juzgador, litigio, control social, solución de conflictos.

**ABSTRACT:** Define the role of law is the purpose of this article, the question that opens the dialogue is what is done with the law? And on it has an answer that encompasses elements of deep and complex function. One leads to the functions of legal operators called Courts, since from these is that they perform the basic functions of law. Thus, this text delves into the explanation of this work of courts including: conflict resolution, social control, the legitimacy of power and even enjoyed lawmaking, all understood as mechanisms of legitimating of the system itself operating within the courts

**Keywords:** legal rules, political power, legitimacy, judge, litigation, social control, conflict resolution.

## 2. INTRODUCCIÓN

El tema de las funciones del derecho es de capital importancia para la filosofía, pero sobre todo para la sociología jurídica. La pregunta puede plantearse así: ¿qué hace el derecho? o, quizá mejor planteado, ¿qué se hace con el derecho? Éste es un conjunto de normas específicas: jurídicas. Éstas, como cualquier otro tipo de norma, son prescripciones, por lo que su característica esencial estriba en ser la expresión lingüística de la voluntad de un sujeto que pretende influir o incidir en la conducta de otro sujeto. Las normas jurídicas son una manera prescriptiva de utilizar el lenguaje. Así, de entrada, la respuesta a la pregunta parece sencilla: el derecho prescribe, es decir, mediante el derecho se prescribe, se ordena la realización de determinadas conductas. Dicha orden consiste, básicamente, en la especificación de las conductas que se prohíben, en oposición a las que se permiten. La norma jurídica, como cualquier otra norma, es un canon o regla que se utiliza para calificar las conductas: éstas se apegan al canon o no lo hacen.

La determinación de lo que está prohibido y permitido (dos de los operadores deónticos más básicos) corre a cargo de quien tiene poder para fijar límites a la voluntad de otros; eso significa que además de contar con capacidad para discriminar entre lo prohibido y lo permitido, también se cuenta con capacidad para hacerse obedecer e, incluso, sancionar o castigar a quien viole los límites impuestos. Es decir, sólo quien monopoliza el uso de la fuerza, de la violencia, es quien puede (no es que esté autorizado, sino que puede) decidir en torno a las conductas prohibidas y permitidas. Pareciera que la única función desempeñada por el derecho es la de control social. Sin embargo, y en relación muy íntima con ésta, el derecho desempeña también la función de legitimación del poder político. La relación entre control social y legitimación es, al igual que la existente entre derecho y poder, una calle de dos sentidos, porque si bien a través de las normas jurídicas el poderoso ejerce un control, dirección u orientación sobre los destinatarios de las normas, éstas, a su vez, tienden

a racionalizar el uso de la fuerza. De la misma forma que el derecho requiere del poder para tornarse efectivo, éste, al tornarse regulado, adquiere legitimidad (Bobbio, 1985:23; Habermas, 1998:201. En el tramo que media entre la fuerza regulada y la norma efectiva se ubica, precisamente, la solución de conflictos, como una función que el poder y el derecho, o mejor dicho, que el poder lleva a cabo mediante el derecho, y en la cual se verifican tanto el control social como la legitimación.

A partir de una perspectiva aparentemente relacionada con las teorías del conflicto, al establecer las premisas de la noción del proceso, Carnelutti señala que

Si el interés significa una situación favorable a la satisfacción de una necesidad, si las necesidades del hombre son ilimitadas, y si, por el contrario, son limitados los bienes, es decir la porción del mundo exterior apta a satisfacerlas, como correlativa a la noción de interés y a la de bien aparece la del conflicto de intereses. Surge conflicto entre dos intereses cuando la situación favorable a la satisfacción de una necesidad excluye la situación favorable a la satisfacción de una necesidad distinta (Carnelutti, 1944 t. I:16).

Los conflictos de intereses pueden ser solucionados en forma autónoma o heterónoma, sea que las partes en conflicto lo resuelvan por sí o sea que lo resuelvan mediante la intervención de un tercero. Éste interviene, sea por acuerdo de las partes o porque les es impuesto a las mismas, en virtud de que goza de cierto poder: económico (es el más rico), social (es el más respetable, sea por sabio o por viejo) o político (es el más fuerte, por imposición o por consenso). El tercero que resuelve la disputa o desacuerdo lo hace a partir de la fijación del parámetro de lo que se considera permitido y lo que se considera prohibido. Es decir, quien resuelve el conflicto ejerce control u orientación social. Pero al hacerlo, y en virtud del presupuesto de su independencia e imparcialidad, el poderoso no sólo dicta pautas de conducta futura, sino que regenera la fuente del deber de obediencia de quienes a él están sometidos.

Al hablar de las funciones del derecho se presenta una situación similar a la que se presentaría si se indagara en torno a las funciones de un martillo,

un serrucho o una llave; así como el martillo tiene como función la de golpear los clavos, el martillo sólo funciona de esta forma si es empleado por un sujeto. El derecho sólo funciona cuando es utilizado por alguien. Es por ello que las funciones del derecho han sido definidas como los

objetivos primarios asignados al Derecho por los actores sociales o bien, en otros términos, como finalidad respecto a la que se ordena el uso de aquella modalidad de acción social que hemos definido como jurídica, que consiste en la persuasión de los interlocutores a través de la influencia de mensajes normativos hipotéticos, institucionales "justiciables" (Ferrari, 1989:107, las cursivas son mías).

La pregunta en torno a la función del derecho conlleva la de las funciones de los operadores jurídicos y, en particular, las funciones de esos operadores jurídicos que se denominan tribunales. Éstos, más que cualesquiera otros, desempeñan las tres funciones básicas que corresponden al derecho: los tribunales resuelven conflictos, y al hacerlo ejercen control social pero también legitiman el poder del que gozan. A continuación se abordará cada una de estas funciones, y se incluye, además, la función de creación del derecho, que si bien puede ser reconducida al control social, me parece importante destacar en virtud de las sospechas que, aún hoy, despierta.

## 3. LOS TRIBUNALES; OPERADORES JURÍDICOS.

Al resolver conflictos o litigios, los tribunales aplican normas jurídicas, tanto para determinar su competencia, desarrollar el proceso, valorar las pruebas, como para justificar sus decisiones. La aplicación judicial de las normas jurídicas no es una actividad mecánica, exenta de complicaciones serias, como la tradición ha querido ver. Por el contrario, la aplicación judicial de normas jurídicas implica una serie de problemas que el juzgador ha de resolver al momento de tomar sus decisiones, como sería una sentencia.

Además, al resolver litigios mediante la aplicación de normas jurídicas, los tribunales llevan a cabo una función de control u orientación social, consistente en determinar o especificar los patrones de conducta que se consideran correctos





en una cierta comunidad. La fijación de patrones de conducta conlleva la generación de información necesaria para que los individuos sepan cómo comportarse en el futuro. El establecimiento de parámetros de comportamiento no se aleja demasiado de la función que desempeña el órgano legislativo. En otras palabras, al componer litigios, mediante la aplicación de normas jurídicas y precisar parámetros de comportamiento futuro de los individuos (o sea, al prescribir o generar directivas), los tribunales también crean normas jurídicas.

Según Jacob, (Heydebrand, 1977:761-762), los tribunales tienen al menos dos funciones potencialmente conflictivas, la de aplicación de las normas jurídicas y la de policy-making, que se puede traducir como formulación de políticas, donde "políticas" se entendería como pautas de acción del Estado. La aplicación del derecho es una función que incluye el descubrimiento de las normas aplicables para solucionar un litigio, así como los principios de la racionalidad legal formal y el debido proceso. Tal función se materializa mediante la sentencia.

Es evidente que la aplicación del derecho implica un proceso decisorio, el cual puede engendrar la segunda función desempeñada por los tribunales, ya mencionada: la formulación de políticas, en ocasiones muy cercana a una función cuasi legislativa de creación del derecho. En contraste con las características formales de la legalidad procesal propia de la función de aplicación judicial del derecho, la formulación de políticas conlleva el uso de una "racionalidad sustantiva" (no tanto formal o procesal), que bien puede estar guiada, por ejemplo, por principios ideológicos (Heydebrand, 1977:762).

En un análisis detenido, pareciera que la función de aplicación del derecho corresponde a los tribunales de menor jerarquía dentro de la estructura judicial (juzgados de primera instancia en el Distrito Federal, por ejemplo), en tanto que la formulación de políticas correspondería a los tribunales de apelación o revisión (como pudieran

ser los tribunales colegiados de circuito en México, o más específicamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación); sin embargo es innegable que ambas funciones son desempeñadas por cada uno de los órganos que ejercen la jurisdicción, puesto que son inherentes a las organizaciones que resuelven disputas (Heydebrand, 1977:762). Finalmente, las funciones descritas en los párrafos anteriores se convierten en mecanismos de legitimación del propio sistema dentro del que funcionan los tribunales, al permitir, dentro de causas institucionales, la discusión y solución de conflictos entre individuos, y su resolución racional genera un incremento en la adhesión de los individuos al sistema que les permite solucionar sus diferencias de manera imparcial y efectiva. A continuación se analizarán estas funciones.

### 3.1 Resolución de litigios o conflictos.

Cuando se dice que los jueces aplican normas para satisfacer la pretensión de realizar, de manera irrevocable, un acto coactivo, implícitamente se está haciendo referencia al conflicto o litigio que, por lo regular, subyace al proceso. Sin embargo, la función de componer litigios no necesariamente es la que recibe mayor atención, debido a que se considera "normal", incuestionable, que los jueces o tribunales resuelvan conflictos (Shapiro, 1986:17). De hecho, para eso están.

El proceso es la operación mediante la que se obtiene la composición del litigio (Carnelutti, 1944:49). Éste se define como un conflicto de intereses caracterizado por la pretensión de un sujeto y por la resistencia de otro. La pretensión es la exigencia de la subordinación del interés ajeno al interés propio (Carnelutti, 1944, t. II:7). Así, el litigio puede ser definido como el conflicto que se genera entre quien exige la subordinación de un interés ajeno al suyo propio y quien se resiste a ello.

La composición del litigio consiste en la resolución del conflicto de intereses y la resolución no puede ser otra que la declaración del predominio de uno u otro interés, ya sea el de la pretensión o el de la resistencia. El predominio de uno u otro interés implica la observancia de determinada conducta.

El litigio mismo presupone la resistencia que una o ambas partes oponen a observar una determinada conducta. De forma tal que, la solución al litigio implica que una de las partes tiene que conducirse de cierta manera, aún en contra de su propia voluntad. Así, la conducta que alguna de las partes deberá observar al cabo del proceso no se aconseja o recomienda, no es una simple directiva, sino que le es impuesta, es una prescripción.

Para hacer efectiva la prescripción se utiliza la fuerza, ya sea en potencia o en acto. La diferencia entre el árbitro y el juez radica, precisamente, en este punto: el primero no puede hacer cumplir, de manera directa, su fallo, pues lo que lo respalda es el consenso, la confianza que las partes manifestaron al momento de acudir a él para resolver sus diferencias. El juez, por su parte, no obstante que goce de la misma confianza o consenso de las partes, cuenta con el respaldo de la violencia legítima, la fuerza del Estado, para hacer cumplir sus decisiones.

Si el proceso es la operación mediante la cual se compone un litigio, y si éste se compone mediante la indicación de una cierta conducta a observar, respaldada por el empleo de la fuerza, el proceso tiende a la utilización de la fuerza, de forma tal que la solución jurídica del conflicto utiliza el mismo medio que sirve para su solución violenta, y es únicamente el fin lo que distingue el empleo de la fuerza en ambos casos (Carnelutti, 1944:20). Si bien el componente básico del proceso es el litigio y aunque la mayoría de las funciones que ejercen los jueces tiene que ver con el proceso, no todas las actividades que lleva a cabo un juzgador se encaminan a la realización o preparación procesal del acto coactivo.

Por una parte, es preciso poner atención a aquellos casos en los cuales se ejerce jurisdicción sin que medie un litigio, por ejemplo tratándose de un divorcio por mutuo consentimiento, un reconocimiento de paternidad, un procedimiento de apeo y deslinde, tratándose de la justicia local; o bien, en el ámbito federal, el planteamiento de una contradicción entre una norma de carácter general y una norma constitucional, mediante el ejercicio de una acción abstracta de inconstitucionalidad.

Por otra parte, es pertinente tener presente el hecho de que el juzgador, al cabo del proceso, no necesariamente resuelve el conflicto de voluntades que éste supone. Es decir, es factible que el juez decida el caso sin resolver el problema o litigio (Cfr. Rubio, 1994:63 ss.; Magaloni 2003).

Ello sin mencionar el hecho, resaltado por Ferrari (1989:114), de que es preferible utilizar el término tratamiento para referirse a los conflictos, en razón de que detrás de las palabras "resolución" o "arreglo" se esconde la idea de la existencia de un equilibrio o una armonía perturbada por conductas desviadas o incorrectas, de forma tal que el derecho, y los tribunales, adquieren un papel restaurador o reintegrador de un orden violado o roto.

El hecho de que los tribunales resuelvan o compongan litigios debe hacernos volver la vista al hecho de que tales órganos no son los únicos mecanismos que sirven para tal fin. De hecho los tribunales o jueces son sólo el extremo de una serie continuada de mecanismos que, bajo la figura de la triada, pretenden componer los litigios (Shapiro, 1986:8). La triada, a la que la dogmática procesal denomina heterocomposición, consiste, precisamente, en la existencia de un tercero imparcial que decide en torno al litigio, mediante el señalamiento de las conductas que deben observar las partes del conflicto.

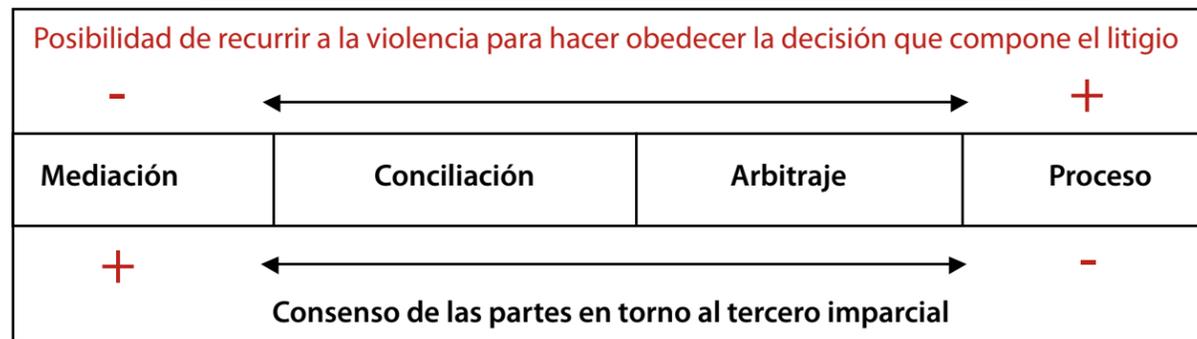
El hecho de que las partes puedan escoger o no al tercero imparcial conlleva la necesidad de que éste cuente, en mayor o menor medida, con un respaldo de fuerza para hacer valer sus decisiones. De forma tal que a menor fuerza para imponer la decisión del conflicto a las partes, se requiere mayor consenso de éstas, de forma tal que la obediencia o acatamiento de la decisión descansa no en la probabilidad de recurrir a la fuerza, sino en el convencimiento de que el tercero decidió de manera imparcial. Así, a mayor fuerza para hacer obedecer la decisión que compone el litigio, se requiere menor consenso de las partes en torno al tercero imparcial.

La existencia de otras formas de composición heterónoma de los conflictos, además del proceso,





### Heterocomposición y consenso en torno al tercero imparcial



es un elemento importante al momento de analizar la manera en que son seleccionados los conflictos que son resueltos a través de los tribunales.

3.2 Los jueces aplican (y crean) normas jurídicas. Las operaciones fundamentales que se llevan a cabo dentro de un sistema normativo son dos, la creación y la aplicación; sin embargo, en razón de las relaciones de supra y subordinación que se establecen entre las diversas normas jurídicas, no es posible encontrar actos puros de creación o de aplicación sino en los extremos de la cadena normativa, de forma tal que entre un acto puro de creación, como lo es la redacción de una nueva constitución, y un acto puro de aplicación, como resulta ser la ejecución de una sentencia judicial, media una serie de actos que son, cada uno y a la vez, aplicación y creación de normas.

De esta forma, los operadores jurídicos se convierten no sólo en aplicadores de normas de derecho, sino que, al concretarlas o aplicarlas a casos específicos, son también creadores de normas jurídicas cada vez más concretas o específicas. ¿En qué sentido puede ser la jurisdicción (entendida como realización del acto coactivo) aplicación y creación normativa al mismo tiempo? La individualización o concreción de una norma, mediante la verificación de la existencia de un "hecho calificado como acto antijurídico" supone la aplicación de una norma, puesto que se utiliza la hipótesis contenida en ésta para calificar de antijurídico el hecho del que se conoce; al cabo de esta primera operación (propriadamente aplicativa) se genera otra: quien decide, en este caso el juez, crea una norma individualizada.

Se pasa del tipo de norma Si A entonces B a este otro: X cometió el delito de robo, por lo tanto X deber ser y es condenado a 5 años de prisión, sanción que debe cumplir a partir de mañana en el establecimiento que le sea indicado por la autoridad correspondiente. Es decir, se transita de la existencia de una norma abstracta y general a la existencia de una norma concreta e individualizada; en ese tránsito se aplica la primera para crear la segunda. Los jueces, que resuelven conflictos mediante la aplicación de normas jurídicas, resultan ser, por tanto, no sólo aplicadores, sino también creadores. En este apartado se analizarán ambas actividades judiciales.

En la tradición del derecho civil, la resolución judicial de conflictos ha implicado, invariablemente, la aplicación de normas jurídicas preexistentes al caso concreto. Una norma jurídica tiene, por lo regular, una estructura simple: se compone de una hipótesis o supuesto y de una disposición o indicación de las consecuencias generadas en caso de la verificación del supuesto (García Máynez, 1990:172; Wróblewski, 1992:1). La aplicación de la norma consiste en verificar que un determinado hecho realiza la hipótesis o encaja en el supuesto y, posteriormente, atribuir las consecuencias jurídicas respectivas a determinados sujetos (García Máynez, 1990:319). El razonamiento que justifica, así vista, la aplicación de las normas jurídicas es de tipo silogístico, donde la premisa mayor es la hipótesis normativa, la premisa menor está compuesta por los hechos tal como quedaron probados y la conclusión consiste en atribuir las consecuencias normativas a determinados sujetos.

Bajo este esquema, la resolución judicial de litigios, mediante la aplicación de normas jurídicas preexistentes, consistía en encontrar la norma exactamente aplicable al caso concreto y justificar, de manera, silogística, la decisión correspondiente. Lo anterior presupone lo que se ha denominado "determinismo legal", que consiste en sostener que la ley es determinante, o sea causa suficiente y necesaria, de la decisión judicial, de forma tal que el juez está subordinado a la ley, a la cual debe atenderse estrictamente (Nieto, 2000:40).

Conforme a este paradigma jurídico, la aplicación de normas jurídicas preexistentes consistía en la verificación de un procedimiento mecánico de reproducción de la pauta general que era la ley, era copiar la disposición normativa en una situación particular, una especie de llenado de los espacios en blanco que había dejado el legislador para que las normas generales pudieran ser particularizadas.

Si se acepta que la función jurisdiccional consiste, fundamentalmente, en aplicar normas jurídicas para resolver un conflicto, entonces, como arriba se indicó, la función jurisdiccional consiste en la realización de los siguientes actos (Kelsen, 1988: 324): a) el establecimiento, por parte del juez, de la existencia de un hecho o acto antijurídico, así calificado por una norma general aplicable al propio caso; y b) la orden, dada por el juez, de realizar, en lo particular o específico, un acto coactivo estipulado en forma general y abstracta por la norma que ha de aplicarse.

La aplicación silogística de las normas jurídicas que llevan a cabo los jueces no es, sin embargo, tan sencilla como en apariencia resulta al pensar que un juzgador es una mera boca que repite las palabras pronunciadas por el legislador. Si bien la subsunción de los hechos en la hipótesis normativa y la declaración de consecuencias normativas es un aspecto relevante de lo que los jueces hacen cuando aplican normas jurídicas para resolver conflictos, dicha subsunción resulta ser sólo la parte final de una labor mucho más compleja.

Digo que la verificación del silogismo judicial, es decir, la subsunción de la premisa fáctica en

la premisa normativa y el consecuente paso a la conclusión es la parte final de esa tarea que se denomina "aplicación judicial del derecho", en razón de que lo complicado estriba en la construcción de las premisas del silogismo; es decir, que el paradigma del determinismo legal es una falacia, en virtud de que la ley no es causa suficiente para que los jueces compongan litigios.

El proceso de aplicación que [se ha] descrito supone la previa determinación de la norma que va a aplicarse. Declarar que hay una aplicable a un caso concreto significa que éste se encontraba previsto ya en aquélla. Pero tal cosa no siempre sucede. De aquí que, cuando se pretende establecer si un cierto hecho tiene o no consecuencias normativas, lo primero que debe hacerse es buscar la norma aplicable al mismo. La operación intelectual que en este caso suele efectuarse consiste en generalizar el hecho en cuestión o, lo que es igual, concebirlo abstractamente, para investigar después si dentro de un ordenamiento jurídico determinado existe alguna norma que lo prevea (García Máynez, 1990:321; las cursivas son mías).

De lo anterior se puede inferir que: a) puede no haber norma aplicable a un caso concreto, o b) puede haber más de una norma aplicable al caso concreto; es decir, para resolver un litigio, el juez puede enfrentarse tanto a un déficit normativo (lagunas del sistema) como a un superávit (variedad de normas aplicables). En el segundo caso, el del superávit, puede resultar, además, que las normas que prevén una misma hipótesis normativa establezcan consecuencias o disposiciones jurídicas excluyentes entre sí, de forma tal que se está en presencia de un conflicto normativo. De lo anterior se sigue que, cuando los jueces aplican el derecho para resolver litigios, lo primero que hacen es seleccionar la norma aplicable el caso, para lo cual tienen que resolver el problema de las lagunas jurídicas o el de conflicto de normas.

De manera concomitante con lo anterior, el juez se enfrenta a otros problemas, que sólo en el nivel teórico es posible aislar, puesto que en la cotidianidad se presentan por lo regular de golpe y todos juntos; entre tales dificultades destacan el de la validez de las normas aplicables, el del sentido o significado de los textos normativos escogidos, el de la evidencia de los hechos reportados, el de





la calificación en torno a los hechos a partir de la hipótesis normativa y el de las consecuencias jurídicas (Wróblewski, 1992:11; Igartua Salaverría, 1998:225).

Los problemas señalados se relacionan con la fijación o construcción de las premisas del silogismo final que respalda o justifica la decisión judicial; la resolución de tales problemas reclaman del juez, antes que una actitud reactiva o de mero repetidor de las palabras del legislador, una actitud proactiva, puesto que forzosamente ha de solucionar las dificultades que se le presenten en virtud de que está obligado a emitir una sentencia al cabo del proceso. El paradigma jurídico tradicional se ve claramente rebasado desde el instante en que para el juzgador las normas jurídicas se convierten en un dato más, en una herramienta o insumo más, para la composición del litigio. Y ello es así porque resulta que los conflictos reales no siempre encuentran una solución clara, única o justa en la ley.

En no pocas ocasiones la vaguedad del lenguaje común o natural se manifiesta con evidencia; por ejemplo, cuando se conversa con algún amigo o cuando leemos algún libro pueden aparecer palabras que no se entiendan del todo, cuyo sentido o significado resulta confuso, o al menos poco claro. En el primer caso, es posible preguntar al amigo sobre el significado de la palabra utilizada o la frase que empleada; pero cuando estamos frente a un texto, resulta complicado cuestionar al autor. Si en el lenguaje común se presentan problemas de sentido de las palabras o frases empleadas, con igual razón se presentarán en el lenguaje "jurídico", el lenguaje en el que están expresadas las normas.

Cuando se tienen dudas en torno al sentido o significado de un texto normativo se está en presencia de un problema de interpretación (MacCormick, 1994:66), como, por ejemplo, sería el caso en el que hay incertidumbre sobre el sentido que debiera corresponder en una situación concreta al texto de un artículo de un código penal que estableciera que se impondría una determinada

sanción al que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con consentimiento de esta última, ejecute en ella un acto erótico sexual, sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, a lo que genéricamente se denomina "acto libidinoso"; ¿el intento o pretensión de abrazar a una persona podría ser calificado de acto libidinoso para efectos de la aplicación de la mencionada norma jurídica?<sup>2</sup>

Se puede presentar también la situación en la cual no existe plena seguridad en torno a la norma jurídica aplicable al caso en particular, es decir, se duda en torno a la norma que corresponde aplicar, es decir, se presenta un conflicto normativo, que a su vez se origina por la existencia de diferentes normas jurídicas vigentes que pueden ser aplicadas a una misma situación. Por lo regular la propia legislación prevé medidas de solución para este conflicto de normas: el principio de la ley superior, el principio de la ley posterior, el principio de especialidad, el principio de subsidiariedad o el principio de territorialidad, por ejemplo. Este tipo de problemas puede ser resultado de la actividad interpretativa del juzgador, es decir, del sentido o significado que se le atribuya a alguno de los textos normativos en aparente conflicto (Guastini, 2000:71).

Piénsese, a manera de ejemplo, en un caso en el cual un sujeto compra, en una entidad federativa, objetos robados en una entidad federativa distinta con pleno conocimiento de su procedencia ilícita y que es acusado de encubrimiento, ¿qué legislación penal es aplicable? Un tribunal federal resolvió en el sentido de que el acusado debe ser procesado conforme a las leyes vigentes en el territorio donde adquirió los bienes, en virtud de que la ley penal no puede ser aplicada extraterritorialmente, máxime si los códigos penales de ambos territorios contienen disposiciones relativas a su aplicabilidad, entre otras hipótesis, cuando la conducta delictiva sea perpetrada dentro de sus respectivas jurisdicciones.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Cfr. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VII, abril de 1998, p. 718.

<sup>3</sup> Cfr. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo IV, diciembre de 1996, p. 398.

Por su parte, las lagunas jurídicas se pueden evitar, pero también crear, mediante la interpretación que un operador jurídico concreto lleve a cabo en una situación particular, específica (Guastini, 2000:84). La ausencia de una norma jurídica preexistente dentro del sistema que sirva de base para solucionar un caso concreto no puede ser obstáculo para que un juzgador decida en torno al conflicto del que conoce, por lo que, en este caso se pone de manifiesto, de manera clara, la estrecha vinculación que existe entre la aplicación judicial del derecho y la creación normativa.

Por ejemplo, si bien en términos del artículo 178 de la Ley de Amparo, un tribunal colegiado de circuito está facultado para examinar las demandas de amparo y prevenir o requerir para que se llenen los requisitos omitidos, con el objetivo de no dejar en estado de indefensión al promovente, lo cierto es que no existe disposición expresa que faculte a dicho tipo de órgano para examinar el escrito de expresión de agravios y prevenir o requerir al recurrente para que subsane alguna omisión. Sin embargo, y en virtud de que operaría la misma ratio legis que en el caso exactamente previsto, se crea, mediante un argumento por analogía, esa nueva norma del sistema.<sup>4</sup>

Otro caso en el que la resolución de conflictos mediante la aplicación de normas jurídicas conlleva una creación normativa es el que se presenta ante la posibilidad de resolver en contra de la letra expresa del texto normativo; en tales ocasiones se está en presencia de aquellas situaciones en las cuales la aplicación estricta de una disposición jurídica a un caso particular y concreto puede dar lugar a soluciones que pragmáticamente resulten insostenibles, ya sea porque se crea un absurdo o bien se genera una situación repugnante al sentido de justicia, o de lo que se puede entender por justicia (Recaséns, 1973:237).

Además de los problemas citados, relacionada sobre todo con la fijación de la hipótesis normativa del silogismo judicial, no hay que olvidar la

<sup>4</sup> Cfr. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, Tomo III, mayo de 2001, p. 1225.

problemática de la prueba (los motivos invocados deben ser reales y ciertos, según la jurisprudencia) y la calificación.

Como queda demostrado, la aplicación judicial del derecho no es una labor sencilla o mecánica que requiera un ejercicio simple de subsunción de los hechos en la hipótesis normativa. El paradigma del determinismo legal ha sido superado. Es claro que el juez, al componer litigios, utiliza los textos normativos (legislativos) como un insumo más, necesario quizá, pero no suficiente, para construir su decisión. En el proceso de la construcción de la decisión judicial el juez no sólo aplica las normas jurídicas preexistentes, sino que incluso crea las mismas normas que aplicará en el caso concreto. Al hablar de creación judicial del derecho no sólo me refiero a lo que muchos han reconocido: que el juez, al individualizar o concretizar una norma general y abstracta crea una nueva norma jurídica, individual, específica y concreta. La sentencia judicial es una norma jurídica individualizada; sin embargo, la función judicial no sólo genera normas jurídicas individualizadas, sino que, en virtud del ejercicio de abstracción que lleva a cabo el juzgador (García Máynez, 1990:321), también crea normas jurídicas generales, abstractas, impersonales. Cuando el juez asigna un sentido o significado concreto al texto de una ley, y a partir de tal interpretación el juzgador genera consecuencias jurídicas que, en caso de no haberse presentado la interpretación judicial, no se hubieran siquiera sospechado, el juez está creando una norma que no existía en el sistema antes de su intervención. En el caso anterior se pueden considerar tanto las ocasiones en las que se encuentra el juez ante una laguna jurídica, como aquellas en las que el propio juzgador crea dicha laguna; incluso se puede pensar en los casos en los cuales el juez atribuye a la norma un sentido novedoso en razón de consideraciones en torno a lo que se considera justo o "políticamente correcto". La creación judicial del derecho, incluso en los sistemas jurídicos de tradición civilista, es un hecho reconocido tanto por los juristas (Cappelletti, 1989:7), como por los politólogos (Shapiro, 1986:30). De hecho, Nieto le reconoce a la función creadora del derecho que





realizan los jueces dos matices: a) el desarrollo complementario de las normas legislativas, y b) el desarrollo creativo, propiamente, de las mismas (Nieto, 2000:100).

El reconocimiento o aceptación de que los tribunales crean normas jurídicas es un elemento importante al momento de hablar de los arreglos institucionales que promueven la independencia judicial, en virtud de que, dentro de la racionalidad política, un órgano independiente que no sólo decide controversias sino que también crea normas es un órgano demasiado poderoso. Para disminuir el poder de un judicial "creativo", los Estados modernos han seguido, según Shapiro, una de cuatro fórmulas para combinar independencia judicial y creación judicial del derecho. Cada una de tales fórmulas, cuya existencia el autor comprueba históricamente, constituye el esfuerzo por hacer compatible el hecho de que los jueces crean derecho y un mayor o menor grado de independencia.

Que las variaciones se presenten en el campo de la independencia de los jueces, sugiere que la creación judicial del derecho es un hecho indiscutible y, hasta cierto punto, inalterable, puesto que lo que se ha intentado modificar han sido los arreglos institucionales de la independencia. En otras palabras, el régimen político puede incidir en el grado de autonomía de los jueces, pero no puede evitar que creen derecho.

El tercero de los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura adoptados por las Naciones Unidas prescribe que la judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley, lo cual, sin duda, busca evitar, precisamente, que los casos que revistan interés político sean retirados del conocimiento de los jueces, o, peor aún, que determinadas cuestiones sean consideradas como "no judiciales".

Finalmente, es importante destacar que el hecho de que los jueces creen normas jurídicas, precisamente dentro del proceso que tiende a componer litigios, rompe con el paradigma que comúnmente se ha construido en torno a lo que hacen los tribunales: que resuelven conflictos mediante la aplicación de normas jurídicas preexistentes. Al momento de solucionar los litigios que se le plantean, el juez no necesariamente aplica normas jurídicas vigentes con anterioridad a los hechos de los que conoce, sino que, en muchas ocasiones el juez aplica normas que él mismo ha creado a lo largo de la construcción de su decisión.

El reconocimiento de estos hechos, aunados a otros, conducen a Nieto a hablar de las falacias del

paradigma jurídico tradicional, ante cuyo cambio se torna necesario replantearse el significado de lo que llamamos "derecho", pues el conjunto de normas a las que le damos tal nombre dejan de ser percibidas como "prescripciones" para ser vistas como "directivas", es decir, las normas no son órdenes del legislador en torno a cómo es que deben comportarse los individuos o como es que los jueces deben resolver conflictos, sino que comienzan a ser consideradas como meras indicaciones de las posibles conductas que las personas, en general, pueden asumir:

La ley es, en definitiva, una fecha que indica el rumbo a seguir. El rumbo, es decir, la dirección que conduce al destino deseado por el legislador. Por lo tanto, aunque el particular admita esta indicación, no está obligado a seguir un camino preciso (al estilo de una autopista) y, mucho menos, rígido (al estilo de las vías del ferrocarril) sino que ha de caminar senderos que con frecuencia son borrosos o está mal señalizados y no siempre conducen a donde el caminante quiere (Nieto, 2000:47; en un sentido similar Cappelletti, 1989:9 ss. y Shapiro, 1986:36).

### 2.3 Los jueces ejercen control social.

Existe consenso en torno al hecho de que el control social es una de las funciones básicas del derecho (Ferrari, 1989:111; aunque le denomina "orientación" social; Atienza, 2004:148; Cotterrell, 1991:72; Friedman, 1977:11; Robles, 1997:163 y Cohen, 1988:15); si se entiende por función el objeto o finalidad que los actores sociales le atribuyen a una determinada modalidad de la acción social (Ferrari, 1989:107), entonces las funciones del derecho son aquellos fines u objetos perseguidos a través o mediante el conjunto de normas jurídicas. La finalidad primaria de quien dirige o prescribe es la de ser obedecido, esto es, su objeto inmediato es influir en la conducta de quienes son destinatarios de las directivas o prescripciones. Tal intención de influir en la conducta de otros tiene como base la existencia o creación de criterios que determinan lo que es correcto y lo que no lo es, es decir lo que se permite y lo que se prohíbe.

El derecho cumple con su función de control social en dos momentos diversos, tanto al prescribir de manera general, abstracta e impersonal las conductas prohibidas (o permitidas), como

al momento de determinar, en concreto, que una conducta específica, atribuida a un sujeto particular, está prohibida o permitida. En el primer caso, los sujetos que materialmente realizan la función de control social valiéndose de las normas jurídicas son los legisladores; en el segundo son los jueces quienes ejercen la función de control social. Control social es una expresión nacida a principios del siglo XX y utilizada por la sociología (principalmente norteamericana) y, posteriormente, por la criminología (crítica sobre todo) para hacer referencia a los procesos sociales y métodos que en una sociedad son utilizados para asegurar que los miembros de la misma se conormen a las expectativas (Cohen, 1988:18), es decir que los individuos se conduzcan por sí mismos de acuerdo a las normas aceptadas por (o impuestas a la) sociedad en la que viven.

La definición de Cohen es bastante amplia, en el sentido de que incluye tanto a las situaciones de "conducta desviada" como a las que no lo son. Esto es relevante por el hecho de que una perspectiva más reducida del control social atiende sólo a las conductas que se consideran desviadas, problemáticas, preocupantes, amenazantes, molestas o indeseables en virtud de que se apartan del canon o parámetro de "lo correcto" (Cohen, 1988:15; Friedman, 1977:11, y Atienza, 2004: 151 y 152). La amplitud de la definición de Cohen nos permitirá apreciar que lo que el juez hace es ejercer control social, no sólo cuando aplica normas penales e impone sanciones penales, sino en cualquier materia y acto jurisdiccional.

De la misma forma, la definición propuesta permite atender al hecho de que el control social no es una función exclusiva del derecho, sino que a través o mediante el derecho también se ejerce control social. Dicha función no es propia ni privativa de las normas jurídicas, sino que éstas son una herramienta más con que se puede llevar a cabo dicho control. Sin embargo, y en virtud de que el subsistema jurídico es un sistema que atraviesa el resto de subsistemas de la sociedad, el control que se lleva a cabo mediante las normas jurídicas resulta más evidente.

Ello es así porque, a diferencia de otros mecanismos de control social, las normas jurídicas

Creación judicial del derecho	Se crea un sistema un sistema de reclutamiento, entrenamiento, promoción y organización judicial que asegure jueces relativamente neutrales.	↑ -
	Los casos que revisten interés político son retirados del conocimiento de los jueces.	
	Los jueces no tienen competencia para conocer de cierto tipo de conflictos de interés político.	↓ +
	El poder político se descentraliza.	Independencia Judicial



son coercibles. Es decir, cuando se habla de control social se hace referencia a la capacidad del grupo social para lograr que sus miembros sigan determinados comportamientos (Robles, 1997:165); para que alguien se comporte de un modo determinado sólo existen dos mecanismos posibles: la recompensa o el castigo. En el primer caso, el sujeto hace lo esperado en razón del beneficio que ello le puede reportar; en el segundo el sujeto actúa impulsado por el temor a que se ejerza algún tipo de violencia sobre él. Si bien el derecho puede echar mano de ambas técnicas, hasta el momento ha predominado la del castigo. En este punto es necesario distinguir entre coercibilidad y sancionabilidad; las normas jurídicas son coercibles porque su cumplimiento es obligatorio, es decir, que el sujeto destinatario realizará la conducta esperada, aún en contra de su voluntad; ello no necesariamente implica una sanción, sino un cumplimiento forzado. La sanción implica la privación de un bien (vida, libertad, patrimonio) a un sujeto. En muchas ocasiones, al cumplimiento forzado de la norma le sigue la aplicación de una sanción, pero son dos situaciones y momentos diversos. El control social llevado a cabo a través del derecho tendrá, entonces, las características propias de sus normas: coercibilidad y sancionabilidad. Es por ello que este tipo de control social resulta más eficaz que el llevado a cabo mediante otros mecanismos.

Si por control social se entiende la tarea de orientar o dirigir la conducta de los individuos de un grupo social determinado, y un instrumento eficaz para ello resulta ser el derecho, y las funciones del derecho son reputadas a los operadores de las normas, quien opere las normas jurídicas lleva a cabo control social. Por tanto, resulta evidente que los jueces, al aplicar normas jurídicas para resolver (o tratar) conflictos o litigios, ejercen control social. Los jueces ejercen control social no sólo cuando aplican normas jurídicas de carácter penal, como ya se dijo, sino en general, cuando ejercen la función jurisdiccional; ello es así en virtud de lo siguiente.

La jurisdiccional es la función que consiste en la aplicación de normas jurídicas mediante una sucesión de actos que tienden a realizar un acto

coactivo con la intención de resolver de manera irrevocable un litigio. El litigio, quedó anotado también, es el conflicto de intereses calificado por la pretensión de una parte y la resistencia de la otra; los litigios se componen mediante el hallazgo o fijación de una regla conforme a la cual se califique la corrección de la pretensión o la corrección de la resistencia. Dicha regla puede estar contenida, en forma general, abstracta e impersonal, en una norma jurídica que exista antes del conflicto; si, no obstante esta existencia previa, el litigio no se compone, se recurre al juez para que mande a alguna de las partes observar determinada conducta.

Pero puede suceder que la regla que califique la corrección de la pretensión o de la resistencia no esté expresamente contenida en alguna norma jurídica preexistente, y, no obstante ello, al serle planteado el litigio al juzgador, éste tiene la obligación de resolverlo; ante tal necesidad, el juez creará la regla de corrección ex profeso.

En cualquiera de los dos supuestos, el juez determina la corrección de las conductas, pudiendo calificar una de ellas de antijurídica, es decir, contraria a alguna norma jurídica (preexistente o creada ex profeso) y, por tanto, acreedora a una sanción. La sanción, conforme a la doctrina kelseniana, puede consistir tanto en el acatamiento forzoso de un determinado mandato, o en la privación de un bien (multa, prisión, pago de daños y perjuicios). Así, el juez ejerce control social al llevar a cabo actos jurisdiccionales en la medida en que determina, a partir de ciertos parámetros, cuáles son las conductas de los individuos que se consideran deseables o correctas en una sociedad determinada.

Cuando se espera del juez que aplique normas jurídicas generales y preexistentes para resolver disputas, es que el juzgador se convierte en un elemento de control social, fundamentalmente porque dichas normas tienen su origen, necesariamente, en un criterio de lo que es "deseable", "justo" o "correcto", según el creador de la propia norma. En este sentido es que Shapiro sostiene que, al momento de aplicar normas jurídicas generales y preexistentes, el juez lleva al litigio un interés diverso al de cada una de las

partes, un "tercer" interés: el contenido en las normas que aplicará (Shapiro, 1986:26).

Desde la perspectiva que considera (o consideraba) que el juez es sólo una "boca que pronuncia las palabras de la ley", el juzgador es un mero instrumento en manos del legislador, quien sería el único que ejerciera control social, puesto que el juzgador, al no tener ninguna posibilidad de creatividad, no hace sino determinar qué conductas se consideran correctas, deseables o justas a partir de los parámetros fijados por el legislador.

Aún si, dentro del modelo del juez "funcionario", se reconoce que en situaciones excepcionales, tales como las lagunas jurídicas o la oscuridad del texto normativo (si acaso se pueden llamar a éstas situaciones excepcionales), le está permitido al juez interpretar la norma, lo cual implica, en el primer caso, la creación de una norma que no existía dentro del sistema, y en el segundo, la dotación de sentido o significado operativo a un texto preexistente, aún en tales casos la herramienta hermenéutica tradicional consistía en la intención, voluntad o finalidad perseguida, de manera declarada o supuesta, por el legislador. La búsqueda de lo que el creador de la ley habría querido decir en el texto normativo, o la finalidad que persiguió con el mismo, o la intención que habría tenido al momento de redactarlo, era el canon interpretativo por antonomasia. Ello, sin duda, no sólo pone de manifiesto el hecho de que el juzgador se concebía como un instrumento mediante el cual el legislador ejercía el control social, sino también el hecho de que, al carecer de márgenes de creatividad normativa, el juez carecía de independencia entendida en sentido positivo: libertad para....

Es evidente que toda norma jurídica, como la ley por ejemplo, persigue una determinada finalidad u objetivo, o bien su creación obedece a motivaciones muy específicas. Sólo desde un punto de vista estrictamente normativo es posible hablar de un derecho "puro"; sociológicamente, toda prescripción es dictada en atención a un fin determinado o determinable, al menos para quien la emitió. Por tanto, aún en el caso de que se sostenga que los jueces no son meros aplicadores

irreflexivos de las normas jurídicas, es innegable que son instrumentos del control social.

Es decir, si en el modelo tradicional que percibe a los jueces como bocas que repiten las palabras pronunciadas por el legislador los juzgadores ejercen control social, con mayor razón lo hacen cuando gozan y ejercen un grado considerable de creatividad normativa. En otras palabras, si se acepta que los jueces no sólo aplican, sino que también crean derecho, es evidente que los jueces no sólo aplican parámetros establecidos a priori para determinar las conductas deseables y las indeseables, sino que también fijan, por sí mismos, tales parámetros. A ello se aúna el hecho de que el canon hermenéutico tradicional ha sido puesto en entredicho, no sólo en el sentido de que el contexto funcional de la interpretación no es el único ni el más relevante, sino también en el sentido de que, incluso, la existencia misma de un canon hermenéutico se cuestiona (Niето, 2000:34). En resumen, si el juez ejerce control social al aplicar una norma creada por otro con anterioridad al caso en el que se aplicará, con mayor razón es posible sostener que el juez ejerce control social al momento de crear, mediante la interpretación o la integración, una norma jurídica aplicable al caso concreto del que conoce. Así, la resolución de conflictos, el control social y la creación de normas jurídicas son funciones de los jueces que deben ser vistas como mutuamente interdependientes (Shapiro, 1986:17).

3.4 Los jueces legitiman el régimen político del que forman parte.

En este apartado es necesario tener muy presente la relación estrecha que existe entre el poder y el derecho. Toda relación de poder implica la existencia de dos sujetos: el que manda y el que obedece. Es un hecho dado que las relaciones de poder se presentan a cada instante entre los individuos de un grupo social. El fundamento de la relación de poder sólo puede ser uno de los siguientes: el temor o el acuerdo. En el primer caso, el que manda lo hace en virtud de que la fuerza y la posibilidad de utilizarla genera miedo en quien, por tal causa, obedece. En la segunda hipótesis, el que manda lo hace en virtud de que quien obedece le reconoce el derecho a hacerlo, acepta



el mandato como algo propio, algo con lo que está de acuerdo y cuyo fundamento no cuestiona.

Las relaciones de poder fundadas en el temor resultan transitorias, pues son estables en tanto es estable la fuerza del que manda, y al desaparecer o menguar ésta, el temor lo hace también y la necesidad de obedecer termina. En tanto que las relaciones de poder fundadas en el acuerdo trascienden, resultan más estables en virtud de que lo que está en la base de la relación mando-obediencia es un principio de razón que no se cuestiona. Tal principio de razón, que no es otro que el acuerdo o consenso, es la fuente del derecho a mandar y del deber de obedecer. En virtud de ello, el recurso a la fuerza se torna sólo en una mera posibilidad, cuya probabilidad variará de caso particular en caso particular.

La legitimidad es el atributo del poder político que consiste en la "existencia en una parte relevante de la población de un grado de consenso tal que asegure la obediencia sin que sea necesario, salvo en casos marginales, recurrir a la fuerza" (Pasquino, 1988:866).

Se puede sostener que la legitimidad es un principio de razón práctica que hace de una relación mando-obediencia una relación de derecho, debido a que se sustenta en un acuerdo o convención entre el que manda y el que obedece. Por tanto, el fundamento de la legitimidad es el acuerdo o consenso. El acuerdo o consenso racional, es decir moderno, se genera en torno a la legalidad: "La legitimidad racional la encuentra Max Weber en la legalidad de los órdenes positivos y en el derecho de mandar de quienes están autorizados por ellos" (Kriele, 1980:36).

Es necesario distinguir entre legitimidad y legalidad; la primera se refiere al título del poder, la segunda a su ejercicio. Se ha sostenido que cuando de la legitimidad del poder se trata, se habla de que quien lo detenta tenga derecho a tenerlo; en tanto que, cuando se hace referencia a la legalidad del poder, se trata de que quien lo detenta lo ejerza conforme con reglas establecidas (Bobbio, 1984:45).

Sin embargo, cuando se sostiene que la legitimidad racional del poder descansa en la legalidad de su ejercicio, no se hace referencia sólo al hecho de que quien ejerza el poder lo haga conforme a reglas establecidas, sino que el acento hay que ponerlo en la racionalidad: "[u]na acción es racional cuando puede ser justificada con razones que pueden ser discutidas" (Kriele, 1980:37); por tanto, lo esencial de la legitimidad racional no radica en la legalidad, sino en la justificabilidad de las acciones del poder.

El problema de la legitimidad es, por tanto, hoy el problema de la justificación (material-) racional del poder estatal (Kriele, 1980:39).

De entrada, lo que pareciera un desacuerdo entre la legitimidad mediante la legalidad del ejercicio del poder y la legitimidad mediante la justificación del ejercicio del poder no lo es, debido a que el ejercicio del poder se justifica en razón de que se lleva a cabo mediante un sistema normativo, un conjunto sistematizado de normas jurídicas que se consideran legítimas. En otras palabras, no cualquier legalidad produce legitimidad, sino sólo la legalidad legítima:

Sólo puede tenerse por legítimo el derecho que pudiese ser racionalmente aceptado por todos los miembros de la comunidad jurídica en una formación discursiva de la opinión y la voluntad comunes (Habermas, 1998:202).

Lo legítimo del derecho descansa no en la autoridad de su creador, sea el legislador o el juzgador, sino en la forma en que se produce: mediante un discurso en el cual pueden participar todos aquellos que tiene interés. El proceso legislativo es visto, entonces, como un discurso (regido por determinadas reglas) en el cual pueden participar, con ciertas garantías, todos aquellos que tengan interés en la formación de las normas jurídicas. El discurso tiene las ventajas de que reduce las probabilidades de tomar decisiones erróneas o equivocadas (Nino, 1997:174) y de que genera adhesión a las decisiones adoptadas por parte de quienes intervinieron en el mismo, lo cual las justifica moralmente.

Entonces, cuando se habla de la legitimidad mediante la legalidad, se hace referencia a la

justificación del título y del ejercicio del poder a través de una generación discursiva de las opiniones y las voluntades de comunes. El poder es legítimo porque se adjudica y ejerce a través de un proceso discursivo.

#### 4. CONCLUSIONES.

Los jueces son servidores públicos, empleados del Estado que, al ejercer la función jurisdiccional, ejercen poder político; éste, se señaló, es legítimo en cuanto está justificado a los ojos de los individuos; la legitimidad tiene su origen en un proceso discursivo en el que participan, o pueden participar, todos los interesados. Los jueces, al aplicar normas jurídicas, tanto procesales como sustantivas, aplican, se supone, derecho legítimo, en virtud de que ha sido creado a través del proceso legislativo, una variante del proceso discursivo.

Si embargo, hay que recordar que 1) los jueces no sólo aplican, sino que también crean normas jurídicas, y 2) las decisiones jurídicas no son evidentes ni autoritarias. Por ambas razones, los jueces están obligados a justificar sus decisiones jurisdiccionales. Y se ha visto que la justificación es lo que caracteriza a la legitimidad racional. Al justificar sus decisiones, los jueces las legitiman, y al ser tales decisiones parte de una cadena normativa la legitimidad de las decisiones judiciales no sólo recae, en parte, en la misma, sino que regenera la legitimidad de toda la cadena normativa.

La justificación de las decisiones del poder político, en particular de las decisiones de los jueces, apela a las razones esgrimidas para sostener una determinada actuación, con el objeto de persuadir o convencer a los afectados por la toma de la decisión, y en general a cualquier interesado en la misma, de que la decisión tomada es "justa" o "correcta". Es decir, no obstante que la decisión judicial tiene como respaldo el uso potencial de la fuerza para hacerse obedecer, aún en contra de la voluntad del obligado (acto coactivo), la justificación de la decisión intenta evitar el uso de dicha fuerza, apelando a las razones que la sostengan. En términos de costo-beneficio, es posible sostener que la legitimidad "reduce los

costos de obediencia de las decisiones jurídicas" (Fix-Fierro, 1995:41).

Si bien la motivación de las decisiones de los jueces es tanto un imperativo lógico (puesto que no hay soluciones únicas para cada concreto) como una exigencia constitucional (conforme al principio de legalidad, pilar del Estado de Derecho, toda actuación de la autoridad debe estar debidamente fundada y motivada), la legitimidad producida en sede judicial se genera no sólo al final del proceso, al plasmarse en el documento que llamamos sentencia, sino que se va construyendo poco a poco a lo largo del proceso jurisdiccional mismo.

Esto es así porque en dicho proceso se presentan las reglas básicas del discurso práctico racional, en razón de las cuales pueden intervenir en la discusión todos aquellos que tengan un interés en la decisión que se tomará al cabo de la misma. De esta forma, es posible sostener que, a través del proceso, los jueces desempeñan la importante tarea de reforzar la legitimidad del poder político que ejercen, lo cual redundará en el reforzamiento del régimen político del que forman parte.

Para resumir esta parte se puede afirmar que las diferentes funciones aquí atribuidas a los juzgadores (sea en un tribunal o un juez individual) se llevan a cabo, sobre todo, durante el desempeño de su actividad jurisdiccional. Si el objeto de ésta es realizar o preparar coactivamente un acto coactivo, tal realización o preparación se encamina a la composición de un litigio. Al componer litigios, los juzgadores no necesariamente aplican normas preexistentes, sino que de hecho en muchas ocasiones las crean. Ello, y otras razones ya esgrimidas, destruye el mito de que el juez es sólo una boca que repite las palabras pronunciadas por el legislador. Pero así como aplica y crea normas de derecho, al hacerlo el juez ejerce control social, pues determina las conductas consideradas correctas o deseables y sanciona las incorrectas o indeseables. Y todo ello lo hace el juez en atención a normas jurídicas procesales que justifican, de alguna manera, su actuación, pero que dan lugar a un proceso discursivo que legitima la decisión



judicial y a toda la cadena normativa de la que forma parte, así como al régimen político que salvaguarda un cierto orden jurídico.

## 5. BIBLIOGRAFÍA.

- ATIENZA, Manuel (2004), El sentido del Derecho, Barcelona, Ariel.
- BOBBIO, Norberto y Michelangelo Bovero (1985), Origen y fundamentos del poder político, México, Grijalbo.
- CAPPELLETTI, Mauro (1989), The Judicial Process in Comparative Perspective, London, Clarendon Press Oxford.
- CARNELUTTI, Francisco (1944), Sistema de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, UTHEA.
- COTTERRELL, Roger (1991), Introducción a la sociología del derecho, Barcelona, Ariel.
- COHEN, Stanley (1988), Visiones de control social, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias.
- FERRARI, Vincenzo (1989), Funciones del Derecho, Madrid, Editorial Debate.
- Friedman, Lawrence M. (1977), Law and Society. An Introduction, Englewood Cliffs, Prentice-Hall.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo (1990), Introducción al estudio del derecho, México, Porrúa.
- GUASTINI, Ricardo (2000), Estudios sobre la interpretación jurídica, México, Porrúa.
- HABERMAS, Jürgen (1998), Facticidad y validez, Madrid, Trotta.
- HEYDEBRAND, Wolf V. (1977), "The context of public bureaucracies: an organizational análisis of federal district courts", en Law and Society Review, vol. 11, num. 5, summer.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan (1998), "Aplicación judicial del derecho", en María Ángeles Barrére Unzueta et. al. Lecciones de Teoría del Derecho, Valencia, Tirant lo Blanch.
- KELSEN, Hans (1988), Teoría general del derecho y del estado, México, UNAM.
- KRIELE, Martin (1980), Introducción a la Teoría del Estado, Buenos Aires, Depalma.
- MACCORMICK, Neil (1994), Legal Reasoning and Legal Theory, New York, Oxford University Press.
- MAGALONI, Ana Laura (2003), "La política judicial de decidir sin resolver", en Cuéllar Vázquez Angélica y Arturo Chávez López (2003), Visiones transdisciplinarias y observaciones empíricas del derecho, México, Ediciones Coyoacán-UNAM.
- NIETO, Alejandro (2000), El arbitrio judicial, Barcelona, Ariel.
- NINO, Carlos Santiago (1997), La constitución de la democracia deliberativa, Barcelona, Gedisa.
- PASQUINO, Gianfranco, et al (1988), Diccionario de Ciencia Política, México, Siglo XXI Editores.
- RECASÉNS, Luis (1973), Nueva filosofía de la interpretación del derecho, México, Porrúa.
- ROBLES, Gregorio (1997), Sociología del Derecho, Madrid, Civitas.
- RUBIO, Luis, Beatriz Magaloni y Edna Jaime (coords.) (1994), A la puerta de la ley. El Estado de Derecho en México, México, Cal y Arena.
- SHAPIRO, Martin (1986), Courts. A comparative and political

- analysis, Chicago, The Chicago University Press.
- WEBER, Max (1992), Economía y sociedad, México, Fondo de Cultura Económica.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy (1992), The Judicial Application of Law, The Netherlands, Kluwer Academic Publishers.

## Las recomendaciones de la comisión nacional de derechos humanos y su eficacia

- Lic. Julia Elizabeth Librado Basilio / Dr. Jose Francisco Báez Corona

*Derechos humanos y su eficacia*  
*Derechos humanos y su eficacia*

Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI-CONACYT), Académico de la Universidad Veracruzana y la Universidad de Xalapa, Doctor en Derecho Público, Maestro en Docencia Universitaria, Licenciado en Derecho y Licenciado en Pedagogía.

Licenciada en Derecho, egresada de la Universidad de Xalapa.