



La función judicial es una función política

Eduardo Durán Alvarado

En todos nosotros anida un cierto grado de agresividad y nuestras necesidades y deseos no tienen límite. Por lo tanto, está bastante claro que, si las instituciones del poder político se esfumasen milagrosamente, el resultado no sería la hermandad universal sino la universal carnicería.

Leszek Kolakowski

La aseveración que encabeza este texto resultará muy discutible para algunas interpretaciones de la función judicial. Es precisamente una discusión, con algunas opiniones vertidas por José Eduardo Faría, José Juan Toharia y Antoine Garapon en el libro *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*.

El texto de Faría se intitula *El Poder Judicial frente a los conflictos colectivos*, y trata de un alegato sobre la importancia de los fallos judiciales en la dinámica social y la necesidad que tienen los jueces de considerar las premisas de un “derecho alternativo” o un uso “alternativo” del derecho vigente para un *justo* cumplimiento de su función jurisdiccional.

Diversos cambios económicos, políticos y sociales de las democracias en América Latina han llevado a que instituciones del Estado, como el Poder Judicial, se vean revestidas de un poder que la burguesía liberal, tradicionalmente, no ha reconocido a los jueces. Los jueces son actores

políticos emergentes que vienen a redefinir las relaciones entre la sociedad y el Estado.

La misma dinámica de transformación social ha conducido a que exista una quiebra epistemológica entre la dogmática jurídica positivista-normativista con su tradicional hermenéutica de un derecho formal y el creciente uso “alternativo” del derecho en servicios de asesoría a organizaciones populares y de otra índole.

El problema al que se refiere el autor como un problema de adecuación del derecho —en general— y del Poder Judicial —en particular— a las novedades de la nueva dinámica de las relaciones Estado-sociedad, lo podemos presentar en sus propios términos:

Se dice que: a) en la redefinición de las relaciones del Estado con la sociedad, ésta aparece construida en el interior de una nueva representación de lo social y de lo político, por medio de la cual adquiere sentido en cuanto espacio de experiencias originales y en cuanto a espacio de construcción de nuevos sujetos; b) las redefiniciones de estas relaciones entre el Estado y la sociedad en el ámbito del capitalismo son siempre contradictorias, en la medida en que generan continuamente condiciones para nuevas luchas por transformaciones alternativas de las estructuras socio-económicas, y c) los nuevos conflictos colectivos exigen nuevos instrumentos jurídicos y nuevos procedimientos judiciales para poder ser canalizados, filtrados y decididos en el ámbito de las instituciones formales del Estado, lo que transforma la rama jurisdiccional en un *locus* político privilegiado como arena de lucha, confrontación y negociación de intereses (*vid. Carbonell et. al., 2004: 326*).

Es este último rasgo señalado por el autor lo que nos hace considerar que urge una transformación en los actores judiciales para que las exigencias y las divergencias en los cambios que enfrentan las nuevas sociedades puedan ser arbitradas por funcionarios judiciales que atienden la *realidad* social y no la *formalidad* jurídica. El *locus* que representa el Poder Judicial como espacio de confrontación política tiene, en México, una oportunidad histórica e inédita para colaborar en la construcción de una democracia sustantiva que efectivamente haga realidad los valores y las virtudes republicanas que están insitas en la Constitución y en el pensamiento de la democracia igualitaria, libertaria y solidaria.

En la interpretación *formal* del derecho, la justicia se ve como un remedio para resolver las manifestaciones de la injusticia estructural (social, económica y política), de esta manera no se atiende a las verdaderas causas de la injusticia; es decir, se resuelven sus manifestaciones pero no aquello que las ha hecho aparecer. Es como cuando tenemos un piso mojado al cual queremos secar sin llegar a conseguirlo del todo, pues no suprimimos la fuente de donde brota el agua que nos hace tener un piso mojado. Así, nuestro trabajo tiene una cierta utilidad momentánea, pero, si no llegamos a suprimir completamente la causa primera del piso mojado, siempre tendremos, más tarde o más temprano, un piso mojado al que alguien tiene que secar.

El uso “alternativo” del derecho haría de él un instrumento sumamente eficaz para que la función judicial no sea vista como un mero remedio de las manifestaciones de la injusticia estructural, sino el medio institucional para que el Estado atienda los problemas colectivos que dan lugar a la estructura de injusticia.

Siguiendo a Faría, diremos que el espacio que ofrece el Poder Judicial se convierte en un campo propicio para el avance significativo de las luchas populares en términos de desafío a la coherencia de las decisiones judiciales, de reformulación de las concepciones y procedimientos individualistas del proceso civil, de la exigencia de interpretaciones *praeter legem* capaces de volver exigibles nuevos derechos colectivos, de presiones a favor de sentencias fundadas en argumentos de justicia sustantiva más que en argumentos de carácter lógico-formal, de reivindicaciones para la descentralización, desburocratización e informalización de la justicia, de peticiones para el reconocimiento de los intereses que son tenidos como “difusos” y hasta de tentativas de recuperación de antiguas prácticas jurídicas de naturaleza clasista (*loc. cit.*: 331).

En definitiva, se trata de un conflicto entre tradición y novedad, entre clases dominantes y clases oprimidas, pues el derecho puede convalidar un sistema social y político de opresión, y, por otra parte, servir de instrumento de transformación para construir un Estado de derecho cuyo imperio esté constituido por la defensa y promoción de los derechos fundamentales. Es claro que se trata de elegir entre tomar el derecho como fin (formalismo jurídico) o como medio (uso “alternativo” del derecho) en la función jurisdiccional.

Es indudable que, dentro del uso “alternativo” del derecho en la función jurisdiccional, el compromiso político del juez es una responsabilidad que está implicada en su gran responsabilidad ético-jurídica frente al Estado y frente a la sociedad. No se trata, por supuesto, de que el juez sea un militante partidista o de que sea lo que llamamos un político profesional, se trata de que el juez sea político en el sentido en que, atinadamente, dice Shelma Lombardi de Kato:

El juez se coloca dentro de la realidad social e identifica las fuerzas que producen el derecho, para establecer la relación entre ese derecho y la sociedad. En esa postura, el juez puede y debe cuestionar la propia legitimidad de la norma, para adecuarla a la realidad social. Asumiéndola, puede llegar a decisiones más justas y renovadoras, utilizando los procesos tradicionales de hermenéutica (*cit. en Carbonell et. al., 2004: 332*).

Así, pues, el derecho no es neutro y el juez deberá asumir una postura frente a la realidad social y esa postura tendrá una connotación política que hará del juez un personaje de la sociedad que busca desatar las fuerzas de la liberación o, por el contrario, asumirá el deber de consolidar el aparato de opresión que se yergue frente a ella.

La convicción de lo que debe ser la impartición de justicia en un Estado, depende en gran medida de la formación que los jueces han recibido como cultura jurídica. La pregunta clave que plantea Faría es la decisión sobre el dilema que presenta la naturaleza epistemológica del derecho. El derecho ¿es arte o es ciencia? El derecho... ¿es una tecnología de control, organización o “dirección social” o es una “actividad verdaderamente científica”?

Veamos las características de cada una de estas concepciones del derecho según Faría y en sus propias palabras:

En el primer caso, en tanto “tecnología del control social”, el derecho es visto como un orden coactivo emanado de la autoridad estatal y constituido por normas de diferentes niveles, que reglamentan el empleo de la fuerza en las relaciones sociales y, a la vez, determinan los límites de los comportamientos y sancionan las conductas no deseadas según el orden que debe ser mantenido. En cuanto que técnica destinada a organizar y orientar las interacciones sociales, el derecho no es considerado un fin en

sí mismo, sino un simple instrumento. Esta concepción se caracteriza por el énfasis en el carácter abstracto y aparentemente impersonal de sus elaboraciones, énfasis que pretende depurar las determinaciones subjetivas y objetivas del derecho, proponiéndose como modelo válido por el efecto de la propia fuerza lógica de la abstracción y de la impersonalidad. Las normas, al establecer una relación de imputación entre actos ilícitos y sanciones, dan origen a una sucesión de deberes jurídicos, elemento primario de todo ordenamiento normativo. Esos deberes, simultáneamente, no tendrían significado moral, dado que las ideas morales están por encima de toda experiencia y su contenido varía *ad infinitum*. Al derecho positivo solamente le interesa el establecimiento de las sanciones como consecuencia del incumplimiento de las normas. El hecho ilícito no es en sí necesariamente inmoral o éticamente condenable: es sólo una conducta contraria a aquellas fijadas por la norma. El derecho es, así, reducido a un simple sistema de normas, que se limita a dar sentido jurídico a los hechos sociales en la medida en que éstos son encuadrados en el esquema normativo vigente. Por eso, al determinar el uso de las normas y los instrumentos jurídicos exclusivamente en función de las categorías y de los conceptos legales, esta concepción vuelve innecesario el cuestionamiento del contenido de sus dogmas. Es decir: la discusión relativa a la función social de las leyes y a la identificación de los nexos ocultos que vinculan el derecho a las estructuras (y viceversa). En este sentido, una de las características de los sistemas jurídicos es la de regular su propia creación y aplicación mediante presupuestos, postulados y principios unificadores que sirven como elementos básicos tanto para la formulación de un determinado orden jurídico como la propia conceptualización de la dogmática jurídica. Tal concepción, privilegiando las argumentaciones lógicas fundadas en el principio de no contradicción, deja de lado los aspectos políticos e históricos del fenómeno jurídico, por considerarlos empíricamente contingentes, destacando por un lado lo jurídico-racional como universal y necesario, y reduciendo, por otro, las conductas a estructuras normativas en una continua destrucción y reconstrucción de las propias estructuras formales del derecho.

En esa concepción, lo que realmente importa es la determinación de un conjunto articulado de conceptos relacionados en un discurso único y sin contradicciones internas, de modo que la organización “científica” del saber jurídico extrae todos sus criterios de “orden” a partir, básicamente,

de la racionalidad formal del sistema normativo. Las relaciones jurídicas facultadas, impuestas y prohibidas por los códigos y las leyes, expresadas en normas generales e impersonales, establecen tanto los parámetros de coercibilidad —las reglas que determinan cómo puede ser operacionalizada la sanción— como el control racional de los ciudadanos “libres” —es decir, los individuos autónomos y atomizados, concebidos como personas privadas y como miembros participantes de la comunidad política, mediante una separación explícita entre el espacio público y la vida privada— (*ibíd.*: 334-35).

En el segundo caso, el del derecho visto, pensado y practicado a partir de una perspectiva crítica y especulativa y, por tanto, sensible a la cuestión del uso “alternativo”, la cultura jurídica es asumida como un conjunto de diferentes manifestaciones parciales y una experiencia vivida y, como tal, incorporada a la propia percepción de la realidad por parte de los actores jurídicos. Esa concepción de derecho se funda en la conciencia de que en el ámbito de un mismo ordenamiento jurídico hay instancias axiológicas antagónicas que constituyen puntos de referencia alternativos para la actividad concreta del intérprete. Este puede, simultáneamente, en la aplicación del derecho a casos concretos y dentro de ciertos límites, optar por la modificación o por la conservación del orden vigente. Esto porque, según esta concepción, es imposible reducir la interpretación y la aplicación del derecho a una operación puramente lógica. Por el contrario, de acuerdo con ella, en todas las etapas de la elaboración legislativa y de la interpretación y aplicación del derecho, los actores jurídicos son influidos de manera decisiva por principios metajurídicos, filosóficos y sociales.

Por eso, la propuesta de una ciencia del derecho reflexiva y asumidamente política, consciente de las contradicciones del derecho positivo y de sus dimensiones políticas, se niega tanto a limitar el análisis de las leyes y de los códigos a sus aspectos lógico-formales, como a atribuir un carácter pretendidamente “neutro” a su aplicación a los casos concretos. Esta concepción va mucho más allá, considerando, por un lado al ordenamiento jurídico como algo incompleto, abierto y con lagunas que expresan y reproducen las contradicciones sociales, económicas, políticas y culturales, y denunciando, por otro lado, los reduccionismos que aprehenden o perciben el derecho como un sistema completo y autosuficiente.

Al enfrentar los postulados positivistas y las premisas normativas de la dogmática jurídica, este tipo de propuesta rechaza la noción kantiana que postula al hombre como una personalidad moral libre, capaz de distinguir entre el bien y el mal. Por el contrario, afirma que la imagen de un “sujeto abstracto” y atomizado debe ser sustituida por la de “ser socializado”, es decir, como producto de fuerzas que están fuera de su control directo e inmediato. Tanto sus juicios morales como su propia conciencia dependen, así, del modo de su inserción en una formación social dada. En ese sentido, la “libertad interior” de cada ciudadano no sería más que la otra cara de la moneda de la “libertad exterior”, pues son factores externos los que condicionan y determinan el conocimiento de los hombres. De esta manera, la tan invocada “voz de la conciencia”, celebrada hasta el hartazgo desde la moral liberal, no pertenecería a cada ciudadano: por el contrario, ella le sería impuesta por la educación, por la tradición, por la religión y por los principios generales de la cultura jurídica de carácter dogmático, que privilegian el estatismo de las fuentes, cultivan la seguridad del derecho, santifican la certeza y canonizan el orden.

En pocas palabras, la preocupación central de este tipo de propuesta de ciencia del derecho es:

- a) Explicar cómo las formas jurídicas influyen y al mismo tiempo son influidas en la organización de un determinado tipo de relaciones de producción económicas y políticas.
- b) Identificar el derecho positivo como un sistema abierto, integrado por conceptos, fórmulas y categorías tópicos susceptibles de una progresiva determinación por medio de la práctica creadora del intérprete.
- c) Demostrar cómo a partir de la pretensión de objetividad y neutralidad de la dogmática se acostumbra a enmascarar los conflictos socioeconómicos y políticos (*ibíd.*: 338-339).

Nótese las diferencias entre ambas concepciones y piénsese qué tipo de formación jurídica es deseable para que los funcionarios judiciales realicen la tarea jurisdiccional tomando en consideración los cambios sociales y las coyunturas socio-históricas en que les ha tocado vivir. Me parece que es totalmente insoslayable e impostergable la tarea

democratizadora que puede realizar el Poder Judicial en nuestro Estado de derecho para que este Estado se entienda y, sobre todo, se realice, como el imperio de la paz y la justicia a partir del respeto de la dignidad humana y no como el imperio de la Ley a partir del respeto irrestricto al cuerpo jurídico en menoscabo de la dignidad de las personas.

En la compilación a que hemos hecho referencia al comienzo de este trabajo se introduce un texto de Toharia titulado “La opinión pública como instrumento en la evaluación de la justicia”. Su preocupación al elaborar este trabajo está centrada en descubrir si la existencia de la opinión pública sobre la justicia es relevante social y políticamente y, por otra parte, analizar la relación entre administración de justicia y la opinión pública que se construye a través de los medios de comunicación.

La administración de justicia es una tarea que requiere de cierta especialización por lo cual la opinión pública, que no tiene esa especialización, poco puede decir de manera relevante sobre la condición de esa administración. Sin embargo, la opinión pública es relevante para la imagen de la administración de justicia y de sus administradores (jueces y magistrados).

La vida en sociedad está entretejida por los hechos y por las imágenes que de estos hechos se proyectan en ella. Así se mueve el mundo social. Y cuando se trata de valorar el comportamiento de las personas en la sociedad, cuentan para ello las opiniones vertidas por el grueso de la población, pues la realidad social es un constructo a partir de las representaciones colectivas de los hechos. No hay hechos objetivos ni una realidad estática que nos haga acceder a todos de la misma manera y nos lleve a concluir del mismo modo. Así, pues, nuestra sociedad es un estado de opinión y ésta siempre cuenta para la valoración de aquellas fuerzas que la mueven y la transforman.

En una democracia lo que piensa y opina el pueblo es lo que debe hacerse. Cuando esta opinión se institucionaliza entonces se legitima la vida social, sea cual ésta fuere. La opinión social no siempre es acertada, pero siempre lo es dentro del propio sistema que ella misma confecciona. La errancia de la opinión pública estriba en que ésta no es conocimiento, sino simple creencia, por ello sabios como Platón y Aristóteles repudiaron a la democracia como la forma de gobierno más deseable y se pronunciaron en favor de algún tipo de oligarquía o del gobierno mixto. Pero a nosotros, ciudadanos de la era de la posrevolución

francesa e hijos del orden a que dio lugar la Segunda Guerra Mundial, nos ha parecido que en una democracia las demandas ciudadanas más fundamentales hallan respuesta. Es así como se ha creado la democracia representativa de los intereses individuales que, a esta hora de la historia, enfrenta la más grande crisis de identidad en todo el mundo a causa de los fenómenos típicos del proceso de globalización económica.

Pero ¿cómo se forma la persona una opinión de aquello en lo que no es especialista? ¿cuáles son los canales por los que la sociedad se hace de una opinión o percepción generalizada sobre la justicia? Sin duda, las fuentes que forman opinión casi sobre cualquier tema —hoy más que nunca—son los *mass media*, los medios de comunicación masiva.

Los medios de comunicación, principalmente los diarios y los noticieros televisivos, tienen un enorme poder de penetración en la conciencia y en el conocimiento de los hombres y mujeres de nuestras sociedades tecnocientíficas e informatizadas. La era de la industrialización ha dejado el lugar a la era de la comunicación de masas y de la Internet. Nunca como ahora ha sido más fácil y rápido acceder a la información más relevante sobre lo que sucede en cualquier parte del mundo casi en tiempo real.

En su texto, Toharia da una muestra numérica de este poder de los medios de comunicación para crear opinión en la sociedad; él habla de la sociedad española y la pregunta es por el medio por el cual los españoles obtienen información sobre el funcionamiento de la justicia que sirve de soporte a sus opiniones al respecto. He aquí sus respuestas documentadas:

En efecto, entre la ciudadanía, el 24% indica que su información sobre la justicia procede de una experiencia personal (bien propia o de familiares o amigos cercanos). Un mismo porcentaje (24%) dice informarse a través de “lo que oye en la calle”. Los comentarios, tanto de amigos o conocidos, como de comentaristas o tertulias televisivas o radiofónicas sirven como fuente de noticia para un tercio de los entrevistados. Y tan sólo el 10% otorga carácter informativo a las series de ficción televisivas sobre abogados, jueces y policías. Pero en cambio, ni más ni menos que el 84% señala a los informativos televisivos como su fuente de noticias e informaciones sobre el funcionamiento de la justicia, y el 50% menciona

a las noticias que dan los periódicos. El predominio de los medios de comunicación es, pues, incuestionable (*loc. cit.*: 362).

Si esto se llega a decir de España, que es un país que ocupa la posición 17 en una lista de 108 países respecto de una investigación de los países donde más se lee, según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), ¿qué podremos decir de México que ocupa la penúltima posición dentro de la misma lista?¹

En México, los medios de comunicación, principalmente los electrónicos, son el canal por el que la ciudadanía percibe el *status* de la impartición de justicia. Por supuesto, la opinión de la ciudadanía no aporta conocimientos para hacer una reforma judicial; sin embargo, es valiosa cuando se desea realizar una investigación sobre el estado que guarda la impartición de justicia en la opinión pública, pues de ahí derivan la confianza o la desconfianza de los ciudadanos en los órganos jurisdiccionales. La opinión pública expresa el estado de satisfacción o insatisfacción de la sociedad hacia el trabajo del Poder Judicial y ello debe ser tomado en cuenta si es que el Poder Judicial está comprometido en la construcción de un Estado democrático, pues el *demos* legítima o no a sus instituciones.

Garapon, en “El poder inédito de los jueces”, sostiene que:

El juez puede interferir en la vida política de dos maneras: bien directamente por una decisión, o bien indirectamente mediante la intermediación del cuerpo al que pertenece” (*op. cit.*: 370).

La relación entre justicia y política será aquello que interesa analizar a este autor. No es extraño este interés cuando vemos el protagonismo político que está obteniendo el Poder Judicial en muchas partes del mundo contemporáneo, pues desde esta instancia de gobierno se dirimen los conflictos sociales, políticos y económicos más importantes para una nación. Me parece que este es uno de los fenómenos más valiosos de las democracias actuales.

Según Garapon, las relaciones entre justicia y política pueden organizarse a partir de dos modelos: el burocrático y el aristocrático.

¹ Vid: *La Jornada*, sábado 26 de junio de 2004, p. 2a.

En el modelo burocrático, los jueces se eligen por oposición entre los estudiantes. La organización está jerarquizada. La promoción se da a partir de la antigüedad y el mérito en la carrera judicial. En el modelo aristocrático, que se encuentra en los países de la *common law*, los jueces se reclutan a mitad de la carrera entre la pequeña corporación de abogados para ocupar directamente un puesto elevado que, en la mayoría de los casos, no abandonarían. En este modelo caso no hay jerarquía interna y no existe promoción al cargo.

Lo importante de este tipo de análisis es descubrir cómo se da el activismo político de los jueces y, por otro lado, cómo se da la independencia judicial dentro de ese activismo. Ambas cuestiones se zanján de diversa manera según sea el tipo de estructura judicial a la que se refiera.

Tradicionalmente se distinguen la independencia externa, que es la libertad de la que disfruta globalmente la magistratura en relación con los demás órganos políticos, y la independencia interna, que es la que disfrutan sus miembros en el interior del cuerpo. En las magistraturas del *common law*, como la inglesa, la independencia externa queda bien asegurada, pero la independencia interna es muy pequeña. La independencia de la magistratura es muy grande [...] en detrimento de la del juez. [...] El juez continental es mucho más libre, y si en ciertos aspectos goza de menos prestigio, tiene más poder (*ibid.*: 374).

El caso de México es particular, pues el Poder Judicial de la Federación tiene muy poco tiempo como poder autónomo e independiente del Poder Ejecutivo, por esta razón su activismo político es muy reciente, sin embargo, ha sido muy valioso para solucionar conflictos sociales o entre la sociedad y el Estado o entre estados de la federación, y su papel ha sido una actuación que se podía calificar como ejemplar. En México la función judicial no es aristocrática y la independencia interna y externa de los juzgadores depende más bien de la carrera profesional que en el ámbito judicial éstos van desarrollando. Ciertamente, los jueces mexicanos están adquiriendo una gran relevancia en la arena política y deciden muchas cosas de capital importancia para la endeble democracia mexicana, pero ello puede verse seriamente afectado si, quienes tienen la alta responsabilidad de administrar la justicia federal,

ceden a intereses personales o externos, provengan de donde provengan, los cuales medren en su independencia y con ello vengan a dar cumplimiento a la ley, sí, pero no a la justicia.

La soberanía, dice la Constitución Mexicana, reside en el pueblo. Los jueces no deben apropiarse de la soberanía, sino están puestos como vigilantes de la soberanía que reside en el pueblo. En efecto, los jueces en México no son electos directamente por el pueblo, esto hace parecer que su designación no es democrática; sin embargo, pienso que quienes eligen a los jueces a su vez son elegidos por los representantes del pueblo, representantes que, se supone, fueron elegidos por el pueblo de manera mayoritaria aunque no absoluta. Otro problema aquí es la crisis de la representatividad de los intereses del pueblo que actualmente se da en muchas esferas de la política mexicana, pero no podemos discurrir sobre ello ahora.

Cuando hablamos de la soberanía del pueblo y de los jueces como garantes de esa soberanía, es preciso mencionar lo que Garapon llama “la tentación populista”. La tentación populista consiste en que los jueces pretendan, por instinto o por experiencia, encarnar el sentimiento profundo y real del pueblo. Ello, véase bien, sería estar a merced del “soberano” aunque éste sea el pueblo, por eso se trata de una tentación subrepticia. Entonces, ¿es posible o no la independencia judicial? Si lo es, ¿hasta dónde es posible? ¿puede el juzgador sustraerse a todo compromiso político *so pena* de mermar su independencia judicial? ¿escindirse de la actividad política es cumplir el juzgador con su función de manera comprometida e ímpolita? En la democracia ¿cuál es el papel de un juez y el lugar de su función jurisdiccional? Pienso que interrogantes de esta índole deben ser resueltos por los propios juzgadores y, en cada caso, tomar su porción de compromiso y de responsabilidad y ponerse a construir el pequeño trecho que a cada uno nos ha sido dado como miembros de una ciudadanía que se construye poco a poco en el tiempo, en este tiempo que es la historia de nuestra nación.

REFERENCIA

Carbonell, Miguel, Héctor Fix-Fierro y Rodolfo Vázquez (comps.) (2004), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, Porrúa/UNAM.