

EL PODER DE LOS JUECES

Clemente VALDÉS S.

Las leyes, las constituciones, los gobiernos, las instituciones, y ese ente ambiguo y misterioso al que llamamos "el Estado", ninguno es un fin por sí mismo. La única razón que justifica la existencia de todas esas cosas son los seres humanos que forman la población.

SUMARIO: I. *Prólogo.* II. *La relación de los dioses con la justicia.* III. *De cómo se transforman las instituciones.* IV. *La cultura de "las teorías" y las clasificaciones en el derecho.* V. *La teoría de la separación de poderes.* VI. *Los inicios.* VII. *¿Quiénes son los jueces?*

I. PRÓLOGO

A lo largo de los tiempos los jueces han sido personas con actividades, funciones y poderes muy diferentes en distintas partes del mundo.

A pesar del gran interés que despierta el tema del poder de los jueces y de las citas y alabanzas que se hacen de las hazañas de algunos de ellos mencionados en las leyendas por su sabiduría, como Salomón, y de otros más reales, como el Justicia Mayor de Aragón, en España, y Sir Edward Coke, en Inglaterra,¹ curiosamente el tema es poco conocido, aun entre algunos profesionales del derecho.

¹ *There is no adequate biography of Coke*, "No existe una biografía adecuada de Coke", con estas palabras empieza la relación bibliográfica de Coke en el tomo III de la

En la historia de distintos países han existido jueces que se enfrentan a los reyes y a los jefes de los gobiernos en aras de la justicia y otros que únicamente lo hacen cuando les conviene hacerlo para asegurar sus propios intereses. Han existido jueces que se han dedicado a servir a la población y otros que unidos oficialmente en gremios hicieron legalmente de su oficio un negocio privado y, juntos, se constituyeron en un poder político frente al rey y su gobierno y frente al pueblo, como sucedió en Francia desde el siglo XVI hasta la Revolución. Hay jueces impecablemente honrados y otros que en contra de la imparcialidad que deben tener y en contra de las reglas que los rigen, se han dedicado a vender sus resoluciones para enriquecerse. Junto con éstos, existen muchos que para ascender convalidan crímenes y arbitrariedades y se someten servilmente a la autoridad de los dueños del poder cuando no es oportuno mostrar ninguna independencia, se adaptan como una manera de vivir al gremio al que pertenecen y emiten las opiniones que son útiles y convenientes para sus intereses personales, según los tiempos, sin preocuparse mucho de que sean contradictorias con otras opiniones expresadas por ellos mismos. Afortunadamente, hay también otros jueces que con honradez y austeridad se casan con la justicia; resisten a la tentación siempre presente de controlar o dominar, usando el derecho, a los otros órganos que desempeñan funciones públicas; mantienen una estricta imparcialidad, e inclusive luchan contra sus propias creencias y prejuicios tratando de ser justos.

Según las épocas y los países, los jueces han conocido de materias muy distintas y cada vez conocen más de nuevas materias y de problemas y conflictos que no existían y de otros que, si bien han existido desde siempre, como los conflictos entre los países en lo que se llama derecho internacional, antiguamente se resolvían sólo por la

Encyclopaedia Británica, que lo describe como "orgullosa, ambiciosa y dominante... decidido en su fe en la supremacía del *common law* hasta el punto de desafiar los poderes judiciales en *equity* del *Chancellor* y humillarse ante el rey aun en el acto de desafiar al monarca". Existen, sin embargo, varios *best sellers* sobre él, dedicados a contar sus glorias, omitiendo sus incoherencias y sus defectos; el más conocido y el más popular, entre otras cosas por su título, es el de Catherine DRINKER BOWEN, *The lion and the throne. The life and times of Sir Edward Coke*, Little Brown and Co., "El león y el trono. La vida y los tiempos de Sir Edward Coke".

fuerza y por la guerra. Al paso del tiempo, los jueces también han ido dejando de conocer y resolver asuntos que han ido quedando fuera de las leyes y de temas que ya no pertenecen al derecho; es decir de asuntos y temas en los cuales no debe tener injerencia ni la sociedad ni el gobierno, pues pertenecen a la vida estrictamente privada de los individuos, aun cuando, de tarde en tarde, algún gobernante y algunos grupos de la sociedad, busquen volver a incluir esas materias en el área de la justicia del gobierno y del derecho.

En la antigüedad, la función de juzgar se reducía, por una parte, a resolver las controversias o los conflictos entre los individuos, sin que, por lo que toca a tales conflictos, se hiciera una distinción entre cuestiones civiles y cuestiones penales. La primera distinción se establece entre los conflictos que únicamente tienen que ver con los intereses personales de los individuos y los conflictos que afectan los intereses del monarca o aquellos que tienen que ver con los mandatos o las prohibiciones impuestas por los dioses. En esta distinción entre lo que es únicamente del interés de los habitantes y lo que es del interés de los sacerdotes, de los jefes o de los reyes, éstos, algunas veces, proporcionan jueces dependientes de ellos para resolver los conflictos entre los particulares a petición de los mismos afectados. Pero los reyes, igual que los señores, condes, barones y pequeños jefes, estaban preocupados primordialmente en "juzgar" los asuntos que tenían que ver con sus propios bienes: sus tierras, sus bosques, sus castillos, sus aguas, sus espacios de caza; y, naturalmente, con sus finanzas.

En el derecho de los pueblos germánicos no existía casi separación entre juicios civiles y juicios penales. El afectado por un hecho violento tenía derecho a la venganza que naturalmente no le proporcionaba ninguna compensación o reparación del daño que el otro le había causado. Si la víctima o sus familiares no optaban por la venganza, podían exigir en juicio el pago del *wergeld*, esto es la compensación del daño. "La vida de todo hombre tenía un precio, ese era el precio del hombre, el *wergeld*", dice Christian Pfister en *The Cambridge Medieval History*.² El *wergeld*, dicen Brunner y von

² *The Cambridge Medieval History*, Cambridge University Press, 1936, vol. I, pp. 300 y ss.

Schwerin, sirve especialmente como reparación de la muerte violenta; en otras hipótesis, la mayor parte de las transgresiones jurídicas se apreciaban por el pago de multas (a favor de la comunidad como precio del restablecimiento de la paz), o bien resultaban de una división del *wergeld*, o hacían referencia a una determinada cifra, variable, según las épocas, según los diferentes derechos de los distintos pueblos y, naturalmente, según la clase social a la que perteneciera la víctima. En la época del Imperio Franco, durante el reinado de Carlomagno, en la zona de lo que ahora es Holanda, por la muerte de un *homines Franci*, descendiente de nobles, se pagaba como *wergeld* la suma más alta; por la muerte de uno de los hombres libres, *liberi, ingenui* (que como los *freemen* de la época de Juan sin Tierra en Inglaterra y en todas partes de Europa, eran pocos) se pagaban 200 sólidos como *wergeld*.³ En el derecho popular de los francos ribuarios, se decía: “si alguien fuera herido, de suerte que de la herida saliese un hueso tal que lanzado contra un escudo colocado a doce pies de distancia le hubiera hecho resonar, el culpable pagará treinta y seis sólidos como multa”.⁴

La compensación de los daños, como forma de castigar o de componer algunos conflictos por actos que en la actualidad son castigados de otra manera, se encuentra también en los cinco libros (Pentateuco) de la Torah adoptados por los cristianos como parte del Viejo Testamento. Así, mientras algunas conductas se castigaban con la muerte, otras sólo traían como consecuencia una reparación del daño. En el libro del Éxodo, entre los mandatos contenidos en el primer decálogo, que incluye por lo menos 23 mandamientos, se establece que “El que maldice a su padre o a su madre, es reo de muer-

³ La existencia de varias clases sociales y la multiplicación de subclases dentro de cada una de aquellas es una de las características de toda esa época. La clase de los hombres libres, *freemen* (muy pequeña en relación con toda la población), estaba dividida en varios grupos: medio libres, libres de origen, imperfectamente libres, etc. Los niveles superiores a los *freemen* y los inferiores también, estaban divididos y la enorme mayoría de los habitantes pertenecían a niveles en los que no tenían ningún derecho de ningún tipo. Ver los estudios del profesor de la Universidad de Oxford, VINOGRADOFF y de Gerhard SEELIGER en los capítulos XX y XXI, del vol. II de *The Cambridge Medieval History*, Cambridge University Press, 1936, pp. 631-684.

⁴ BRUNNER, Heinrich y SCHWERIN, Cl. Von, *Historia del derecho germánico*, Labor, Barcelona, 1936, p. 23.

te” (Éxodo 21, 17) y unos párrafos más adelante ordena matar a las brujas: “No permitirás que las hechiceras queden con vida (Éxodo 22, 18), lo cual sirvió muchos años después, en 1692, a los pobladores de Salem, en la colonia de Massachusetts Bay, para colgar a 19 mujeres acusadas de brujería. En cambio: “Si un hombre hallare a una joven soltera y la violare, el agresor dará al padre de la doncella cincuenta siclos de plata y la tomará por mujer” (Deuteronomio 22, 28).

La idea de la pena en el derecho romano casi no se refiere al castigo del criminal en su persona, sino a la compensación en dinero o en especie, igual que en nuestro derecho actual cuando hablamos de “pena” convencional, de “penalización”, por falta de cumplimiento en tiempo de las obligaciones, o de “pena” pecuniaria. Savigny, en su gran obra sobre el derecho romano, al hablar de las acciones penales en Roma, dice que podían ejercitarse a elección del demandante “contra todos los cómplices; pero desde el momento en que uno de ellos satisface lo que constituye o puede constituir la pena, quedan los demás libres de su obligación. Y, en efecto, limitándose el derecho del demandante (la víctima o sus familiares) a hacerse indemnizar, es obvio que la indemnización no puede ser pagada más de una vez”.⁵

Pero además de la resolución de los conflictos originados por los actos ejecutados por alguno de los miembros de la comunidad contra otro, sea en su cuerpo o en sus bienes, y de los asuntos que afectan los intereses patrimoniales de los jefes o de los reyes, ha habido otro tipo de asuntos que no tienen que ver ni con un daño a otros individuos, ni con un daño a los intereses del monarca. Se trata de una cantidad enorme de situaciones y de actos que se consideraban contrarios a la naturaleza, a las tradiciones, a las virtudes o a las buenas maneras, y, junto con éstas, a las ideas, las opiniones y los actos que, según las diferentes religiones, causaban daño a Dios o a las creencias y los ritos asociados con él. El campo de estos asuntos en los que no existe un individuo que haya sufrido un daño en su persona o en sus bienes ni se han afectado los intereses de los jefes o de los gobernantes, pero que, de acuerdo con las leyes, han sido tema de los juicios y oficio de los jueces, es tan grande, que resulta imposible hacer

⁵ SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Sistema del derecho romano actual*, F. Góngora, Madrid, 1879, t. IV, p. 36.

una enumeración de todos los delitos que se inventaron para reprimir lo que los sacerdotes de las diferentes religiones, las mayorías, y ciertos grupos preocupados por la conservación de las costumbres y los ritos, decían que debía castigarse.

Así como los jueces en general, en los distintos países del mundo, han ido, al paso del tiempo, dejando de conocer de conductas que ya no pertenecen al derecho, por considerar que corresponden al área de la vida privada de los individuos, en la cual no debe inmiscuirse el gobierno ni la sociedad, así también, poco a poco, en la época moderna, empezó a surgir la necesidad de juzgar y resolver las quejas de los individuos contra los errores y los abusos de los órganos del gobierno encargados de la administración.

La posibilidad de que algunos jueces, aplicando su propio criterio y no el criterio y la voluntad de los jefes del gobierno, puedan juzgar y resolver las quejas de los particulares por los actos cometidos por los empleados que están a cargo de los órganos administrativos es, sin duda, uno de los pasos más importantes para proteger a la población contra la tiranía de sus empleados. Pero el derecho de los individuos para reclamar los abusos de estos empleados y el desarrollo del poder de ciertos jueces para conocer, juzgar, y confirmar o nulificar las decisiones y los actos de la administración pública, no nace, cómo podría pensarse, de una rebeldía de la población contra los reyes, los jefes o sus gobiernos, ni tampoco de una exigencia de los jueces.

Esta función de los jueces, en Europa, surge del propio interés de los reyes en manejar y controlar de la mejor manera la administración de sus reinos. En Francia los jueces y la jurisdicción administrativa tienen su antecedente en el *Conseil du Roi*, como órgano consejero del rey en cuestiones legales y como corte administrativa al servicio del rey. En la Constitución del año VIII (13 de diciembre de 1799) Napoleón crea el Consejo de Estado, *Conseil d'État*, el cual, según el artículo 52: "Bajo la dirección de los cónsules está encargado de redactar los proyectos de ley y los reglamentos de administración pública, y de resolver las dificultades que surjan en materia administrativa".⁶ Lo cual, además de hacerlo parte del pro-

⁶ *Constitution du 22 Frimaire an VIII* (13 décembre 1799). Artículo 52. "Sous la direction des consuls, un Conseil d'Etat est chargé de rédiger les projets de lois et les règlements

ceso legislativo, le daba una función administrativa y le encomendaba también la resolución de los conflictos administrativos.

Ese *Conseil d'État*, a la caída de Napoleón, permanece como uno de los órganos del consejo del rey en 1815, es disuelto durante el golpe de Estado de 1851 y rehecho inmediatamente después.⁷ En torno a ese Consejo de Estado se va formando la justicia administrativa francesa, hasta llegar al prestigio que tiene actualmente dentro del sistema político francés, y a la autoridad que tiene en su papel legislativo como órgano de consulta obligatoria de los proyectos de ley. Junto con eso, y al mismo tiempo, como órgano supremo de la justicia administrativa tiene grandes poderes que le permiten, por ejemplo, anular decretos del presidente de la República o del primer ministro o actos reglamentarios de este último, ejecutados o emitidos excediendo sus poderes.⁸

En la actualidad, en todos los países que han logrado al menos un pequeño grado de desarrollo social y político, existen órganos que pueden revisar los actos de los empleados de la administración, incluyendo, muchas veces, los actos de los más altos empleados: presidentes, ministros y directores generales de las grandes entidades públicas. Curiosamente, en muchos casos, los tribunales que conocen de estos asuntos surgen dentro de la estructura de los órganos administrativos, como jurisdicciones separadas de los órganos judiciales ordinarios, pero sus resoluciones pueden ser revisadas por los órganos superiores de la jurisdicción ordinaria, tal es, por ejemplo el caso de México.⁹ Por el contrario en otros países, forman una organización ajena a la estructura judicial ordinaria y sus resoluciones no pueden ser revisadas por las cortes supremas en materia civil y penal. Así sucede en Italia, en donde la justicia administrativa tiene su propia Corte Suprema, llamada *Consiglio di Stato*,¹⁰ separada y dife-

d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative".

⁷ ROBINEAU, Yves y TRUCHET, Didier, *Le Conseil d'Etat*, Presses Universitaires de France, 2a. ed., 2002, pp. 6 y ss.

⁸ RASSAT, Michèle-Laure, *La Justice en France*, Paris, 1994, p. 67.

⁹ En México los tribunales administrativos tienen su origen, de una manera formal, en la Ley de Justicia Fiscal de 27 de agosto de 1936 por la cual se crea el Tribunal Fiscal de la Federación que después se llamará Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

¹⁰ De acuerdo con el artículo 100 de la Constitución Italiana: "Il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'ammi-

rente de la *Corte di cassazione*; así sucede también en Alemania, y naturalmente en Francia, en donde, como ya lo he señalado, el órgano supremo de la justicia administrativa es el *Conseil d'État*, diferente y separado de la *Cour de cassation*.¹¹

En casi todos los países del mundo, los jueces tienen en la actualidad el poder de juzgar y resolver los conflictos entre los particulares, las controversias sobre los delitos y la culpabilidad en materia penal y las reclamaciones por actos de los empleados de los órganos administrativos contra los particulares.

En muchos países, los jueces tienen además el poder de revisar los actos y las decisiones de los altos empleados de la rama ejecutiva del gobierno. En algunos, como sucede en Alemania, sin hablar de un juicio especial de tipo extraordinario, se establece simplemente que: "Toda persona, cuyos derechos sean afectados por cualquier órgano del poder público, puede recurrir a la vía judicial. Si no se ha establecido una jurisdicción específica, las cortes judiciales ordinarias conocerán del recurso".¹² En otros, por ejemplo en México, ciertos jueces pueden conocer no sólo de los actos que violen algunas libertades fundamentales, sino también, de acuerdo con el artículo 103, fracción I, de la Constitución general de la República, de las demandas contra las leyes "que violen las garantías individuales".¹³ Pero en

nistrazione". Y según el artículo 103: "*Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi*".

¹¹ ROBINEAU, Yves y TRUCHET, Didier, *Le Conseil d'Etat*, Presses Universitaires de France, París, 2002.

¹² Artículo 19, fracción 4, Constitución de la República Federal Alemana.

¹³ Aun cuando en México se le rinden constantes homenajes a los distintos procedimientos que se conocen con el nombre genérico de "amparo" y, cuando alguien se atreve a hacer notar la dilación, los enredos, las incongruencias y la multitud de complicaciones a las que dan lugar tales procedimientos, inmediatamente se le ofrecen al "amparo" actos de desagravio; debe reconocerse que tales procedimientos son mucho más limitados de lo que los homenajes y los desagravios quieren aparentar; primero, porque no sirven para remediar las violaciones al texto constitucional en general, sino sólo las violaciones que se cometan por actos o leyes de las llamadas "autoridades" (es decir cierto tipo de empleados públicos) que afecten a personas individualmente determinadas; pero además, dentro de esta limitación, tales procedimientos no sirven ni pueden iniciarse por cualquier violación de los derechos de una persona por parte de alguna de "las autoridades", sino única-

muchos países el poder de algunos jueces llega mucho más lejos, ya que pueden revisar y anular las disposiciones contenidas en las leyes que estimen contrarias a la Constitución, independientemente de que violen o no violen las libertades fundamentales. En los Estados Unidos este poder les corresponde a los altos jueces federales de la organización judicial ordinaria; en otros, como sucede en casi todos los países de la Unión Europea, este poder lo tienen tribunales separados de los órganos judiciales, que se conocen como cortes o tribunales constitucionales. En ambos sistemas, ese poder implica la facultad de establecer el derecho al que debe ajustarse una sociedad en forma general, como si fuesen legisladores. Al llegar a este punto puede decirse que, independientemente de que consideremos que sea conveniente o no que algunos jueces tengan ese poder en una determinada sociedad, los que lo tienen comparten, sin duda, el poder político.

Además de explorar el origen del poder de los jueces en forma general, y de comentar su alcance y su desarrollo en algunos países, especialmente en Inglaterra, en Francia y en los Estados Unidos, mi intención, en este ensayo, es analizar los antecedentes, la manera y las circunstancias como se creó, en 1803, el poder de la Suprema Corte de los Estados Unidos para revisar y anular los actos de los otros órganos de gobierno y, en especial, para anular disposiciones de las leyes votadas por el Congreso federal. Se trata del gran poder que se dieron a sí mismos los jueces de la Suprema Corte de los Estados Unidos en la resolución *Marbury vs. Madison*, sin que existiera ni exista ninguna disposición en la Constitución de ese país que así lo establezca,¹⁴ y del poder que más de cien años después, a partir de 1920, por disposición expresa en las leyes y las constituciones en

mente por los actos de éstas que violen ciertas libertades que la Constitución de acuerdo con su artículo 1o. les "otorga" a los individuos que forman la sociedad y que son precisamente las que tal constitución les llama "garantías".

¹⁴ El desconocimiento del hecho de que no existe una sola palabra en la Constitución de los Estados Unidos que autorice a la Suprema Corte ni a ningún otro tribunal federal a interpretar las leyes, es la consecuencia de la ignorancia notable de algunos profesionales del derecho que simplemente repiten las disposiciones legales que aparecen en las leyes que manejan en sus respectivos trabajos sin ocuparse de saber nada más. Desde los escritos publicados en tres periódicos de la ciudad de Nueva York entre octubre de 1787 y mayo de 1788 para apoyar la aprobación del proyecto de Constitución hecho pocos meses antes en Filadelfia por un grupo formado casi en su totalidad por algunos de los hombres

diversos países de Europa, se les empieza a dar a tribunales especiales, distintos de los órganos judiciales ordinarios, para que hagan lo mismo. Es el poder de hacer la interpretación de las leyes existentes y de anular sus disposiciones, lo cual equivale exactamente a derogarlas, cuando les parezcan contrarias a la Constitución y, lo que es mucho más importante, el poder de interpretar, en forma exclusiva y de manera obligatoria para todas las demás entidades públicas, qué es lo que dice la Constitución.

Junto con esto tengo el propósito de presentar en este ensayo algunos de los argumentos de mayor peso en la discusión sobre el poder de los jueces de anular las leyes, y algunas reflexiones relacionadas con las ventajas y las desventajas de que algunos jueces tengan ese enorme poder, así como la posibilidad de hacer alguna distinción de los temas en los que parece más conveniente la intervención de los jueces y los peligros y los límites que en forma natural tiene ese poder, independientemente de que los jueces que lo ejercen pertenezcan a la estructura judicial establecida o que formen parte de una entidad ajena a los órganos judiciales ordinarios, como se hace en las llamadas "cortes constitucionales" en casi todos los países europeos y en algunos otros países del mundo.

Desde hace mucho tiempo el poder de establecer las reglas generales y el poder de revocarlas se ha visto en muchos países del mundo como una facultad exclusiva de los miembros de las asambleas legislativas, en buena parte como consecuencia de las ideas contenidas en las obras de Locke y de Montesquieu y, naturalmente, por la influencia que tuvo la Constitución de los Estados Unidos, la Revolución francesa y la Constitución francesa de 1791. ¿Es conveniente que los jueces tengan también el poder de anular o derogar las reglas generales; es decir, que compartan con los legisladores ese poder?

más ricos de las antiguas colonias inglesas, artículos que más tarde se recopilaron y se publicaron con el nombre de *El Federalista*, Hamilton, el gran defensor de los intereses financieros en los nuevos Estados, como una manera de buscar la aprobación del proyecto en el que él había participado activamente, decía en el escrito núm. LXXXI que trataba del poder judicial: "En primer lugar, no existe en el plan que estudiamos una sola sílaba que faculte directamente a los tribunales para interpretar las leyes de acuerdo con el espíritu de la Constitución o que les conceda a este respecto mayor libertad de la que pueden pretender los tribunales de cualquier Estado".

Ese es precisamente el título de uno de los ensayos más conocidos de Mauro Cappelletti, que se llama: *¿Jueces legisladores?*¹⁵ Él se pronunciaba por una respuesta afirmativa; yo, en aquel tiempo, cuando hablábamos del tema, sostenía que el poder de dejar sin efecto una regla general y por consecuencia mantener la regla que existiese anteriormente, debía ser facultad exclusiva de los miembros de las asambleas legislativas, electos democráticamente. Ahora pienso que no existe una respuesta ideal para todos los países, ni una respuesta general sobre el asunto de los derechos de las mayorías en las sociedades modernas que se pueda usar para las cuestiones de interés general que no tienen que ver con los derechos estrictamente personales de las minorías y para las cuestiones que, por el contrario, conciernen precisamente a los derechos y las libertades individuales. Pienso también que no es posible dar una respuesta categórica basada en una distinción clara de estos dos tipos de problemas, simplemente porque, a diferencia de las teorías, en la realidad casi nunca existen problemas o materias aisladas, claramente diferenciadas, que no tengan que ver con otras materias y cuestiones. Por último, creo que —como decía Cappelletti—: "Nuestra respuesta debe basarse en el análisis realista de los hechos y los acontecimientos, no en especulaciones abstractas". "La respuesta, una vez más, no puede ser una respuesta absoluta. A diferencia de la lógica formal, la realidad nunca está libre de contradicciones".¹⁶

El tema está abierto y debemos discutirlo abiertamente. Lo peor que podemos hacer es pretender resolver los grandes problemas actuales, para los cuales, igual que para los de épocas anteriores, no existen recetas perfectas, recurriendo a *slogans*, citando dogmas e invocando "principios". En mi opinión, al final de cuentas, los principios —incluyendo el principio de *la separación de poderes*, que tan útil les ha resultado a los empleados que encabezan los distintos "poderes" de la población para crear cotos independientes de poder,

¹⁵ El artículo con ese nombre fue originalmente publicado en Milán: *Giudici legislatori?* Studio dedicato alla memoria di Tulio Ascarelli e di Alessandro Pekelis, Milán, Giuffrè, 1984.

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro, prólogo a *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1989.

en algunos lugares del mundo, e incluyendo también el principio misterioso de *la soberanía*, que siguen invocando algunos gobiernos para mantener como súbditos a los habitantes, suprimiendo sus libertades fundamentales en nombre del dominio que, dicen, se desprende de una soberanía que muchas veces es totalmente ajena a la población y a sus intereses— los principios, repito, como recomendaciones, no valen por su vejez, ni porque nos los hayan enseñado en la escuela o en la universidad, ni tampoco tienen nada en sí mismos por lo que pueda llamárseles “verdaderos”, tal como lo pretendía Jean Dabin.¹⁷ Los principios jurídicos valen cuando sirven para hacer mejor la vida de los seres humanos que forman la población, para proporcionarles a esos seres humanos mayor seguridad, y para asegurar sus libertades fundamentales. Cuando no es así, los llamados principios, son simplemente trampas o son fórmulas vacías.

II. LA RELACIÓN DE LOS DIOS CON LA JUSTICIA

Igual que en la formación de las reglas que rigen en la comunidad, los jueces y los juicios, en sus orígenes, están atados a la magia y a la religión. La “legitimación” de lo que ahora llamamos “las decisiones judiciales” era, en la antigüedad, la manifestación de prácticas establecidas por los dioses, los espíritus y las fuerzas sobrenaturales que rigen la vida de los hombres. Las reglas, tanto las que imponían cuál debía ser la conducta de los hombres comunes en su vida diaria, como las que decían cuáles eran los ritos y los procedimientos judiciales, debían ser interpretadas “correctamente” de acuerdo con la tradición, esto es, de acuerdo con los usos de la comunidad.

Como lo señala Max Weber: “La interpretación de esas reglas corresponde a aquellos que primero las conocieron, es decir, a los ancianos o, a menudo, también a los hechiceros y sacerdotes quienes, por su comercio profesional con los poderes mágicos, no pueden ignorar ciertas reglas técnicas de comunicación entre los hombres y las fuerzas suprasensibles. Las normas jurídicas pueden surgir, sin embargo, como reglas “otorgadas”, derivadas de una creación directa y

¹⁷ DABIN, Jean, prólogo de 1938 a su *Doctrine générale de L'Etat. Eléments de philosophie politique*, traducida y publicada en español por Editorial Jus, México, 1955.

consciente. Pero esto sólo puede ocurrir a través de una nueva revelación carismática. Puede tratarse de la revelación de una decisión individual sobre lo que en determinado caso concreto es justo. Los portadores normales de esta primitiva forma de adaptación del derecho a situaciones nuevas son el mago, el sacerdote de un oráculo divino o el profeta. El principio en que descansa esta actividad judicial primitiva, rigurosamente regulada, es el de que la más pequeña equivocación de las partes al pronunciar las fórmulas solemnes constitutivas de un acto procesal cualquiera, implica la pérdida del recurso jurídico correspondiente y, algunas veces, la de la causa. Ese principio vale tanto para las acciones de la ley, *legis actiones*, romanas, como para el primitivo derecho medieval.¹⁸

El propósito de descubrir la verdad, como objeto de la prueba de confesión y de los juicios de Dios, más que el propósito de lograr un acuerdo entre las partes para el mantenimiento de la paz, está, en sus orígenes, íntimamente ligado a la idea de que la presencia de la divinidad en los procesos asegura la certeza de la resolución, esto explica el juramento ante Dios.

Entre las tribus de los antiguos germanos, “según los principios de derecho rectores de la sentencia sobre la prueba, incumbía por lo regular al demandado la carga probatoria”.¹⁹ Esto es, una vez que el demandante interpone su propuesta de demanda con palabras solemnes y bajo la invocación de los dioses, “el demandado jura la improcedencia de la querella mediante un juramento”.²⁰ Ahora bien, si el demandado estaba autorizado a liberarse de la querella por un juramento, el querellante podía impugnar el juramento, lo cual llevaba a usar como pruebas los juicios de Dios: es decir las ordalías del fuego (*iudicium ignis*), del agua (*examen aquae frigidae*), la ordalía de la suerte (*ad sortem ponatur*) y entre los salios antiguos la ordalía caldaria (*iudicium aquae ferventis, caldariae*). El demandante podía también “interponer la acción de perjurio que llevaba implícitamente al duelo, es decir que sólo podía decidirse en virtud de duelo judi-

¹⁸ WEBER, Max, “Sociología del derecho”, en *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, México, 1964, t. I, pp. 518-519.

¹⁹ BRUNNER, Heinrich, *Historia del derecho germánico*, Labor, Barcelona, 1936, p. 25.

²⁰ *Idem.*

cial”,²¹ en el cual Dios daba el triunfo al demandante o al demandado acusado de perjurio, según cual de los dos fuera el que dijera la verdad.

La relación de la divinidad con los juicios no es únicamente algo del pasado remoto. Dios seguirá estando presente en la labor de los jueces durante toda la Edad Media y aun en la época contemporánea, a fin de asegurar la imparcialidad y, con ella, la justicia. Muchos pueblos convocan a Dios para participar en los procesos públicos en las disputas entre los individuos y en las acusaciones penales. Nadie sino Dios puede ser imparcial y justo. Él, el gran espectador en las pruebas y las luchas para conocer la verdad, no permitirá nunca que triunfe aquel que no tiene la razón o que sea condenado un inocente. En los “juicios de Dios” la derrota o la muerte no prueban la resistencia al dolor, ni la debilidad o el desconocimiento en el manejo de las armas del perdedor, su derrota es simplemente la prueba de su culpabilidad.

Si bien los “juicios de Dios” eran perfectamente coherentes con la concepción judía de un Dios ante cuya mirada ningún hecho se puede ocultar, y este tipo de juicios había florecido a la sombra de las ideas cristianas sobre la omnipotencia y la omnipresencia de Dios en todos los actos de la vida de los hombres, la Iglesia católica, en general, desde el siglo XII no aceptaba ya el duelo judicial como juicio de Dios. Durante el IV Concilio que tuvo lugar en el palacio Laterano en Roma, en 1215, el Papa, Inocencio III, muy atinadamente, prohibió a todos los eclesiásticos participar en esos duelos. Sin embargo, la vinculación de la justicia con la idea de Dios seguirá siendo inevitable tanto en la Iglesia católica como en el judaísmo y en el Islam, a través del eslabón de “la verdad”.

Para quienes opinan que existe un Dios y que este Dios tiene entre sus características conocer en todo momento la verdad sobre cada uno de los actos de los seres humanos y sobre la totalidad de los hechos que ocurren en el mundo, Dios es sinónimo de la verdad. El nuevo catecismo de la Iglesia católica lo expresa diciendo: “Dios es la verdad misma, por ello el hombre se puede entregar con toda confianza a la verdad”.²² Así, dado que la justicia siempre debe apoyarse

²¹ *Ibidem*, p. 26.

²² Catecismo de la Iglesia Católica, capítulo primero, núm. 215.

en la verdad, para quienes opinan que existe un Dios y que éste es omnisapiente, Dios resulta ser el único juez realmente justo.

Hacia el año de 1271 Santo Tomás de Aquino manifestaba que los juicios y los jueces son de Dios. Al resolver en la *Suma Teológica* la difícil cuestión para los católicos de “Si es lícito juzgar”, considerando que según los escritos del nuevo testamento Jesús había dicho “No juzguéis, y no seréis juzgados”,²³ el Doctor Angélico declaraba: “El juez es constituido ministro de Dios; por lo cual dice el Deuteronomio: Juzgad lo que es justo, y después añade, porque el juicio es de Dios”.²⁴

A pesar de la oposición de la Iglesia católica a los duelos judiciales y de la prohibición a los eclesiásticos de tomar parte en ellos desde el Concilio Laterano ya citado, otros tipos de pruebas de Dios continuaron aplicándose. Fue así que desde el establecimiento del cristianismo y hasta el siglo XVIII, por lo menos, la prueba consistente en sumergir a una mujer en el agua se consideró infalible para resolver si se trataba o no de una bruja, basándose en la premisa cristiana de que el agua, como medio del sacramento del bautizo, aceptaría o recibiría sin causarle daño a la mujer inocente de ese delito y por el contrario rechazaría o mantendría flotando a la que fuera culpable. Por su parte, en otras religiones, otras pruebas similares se siguieron practicando todavía mucho tiempo después, así por ejemplo en la India, hasta fechas muy recientes, siguiendo los códigos del hinduismo, se le podía exigir a una mujer pasar a través del fuego para probar la fidelidad a su marido.

En el mundo contemporáneo hay manifestaciones de la vinculación de Dios con el funcionamiento de la justicia. En los Estados Unidos, en donde la primera enmienda de la Constitución ordena al Congreso no hacer ley alguna que establezca una religión o que prohíba su ejercicio, igual que en otros muchos países, antes de recibir una declaración personal en los procedimientos judiciales, se lleva a cabo un juramento poniendo la mano sobre la Biblia (el contenido del texto de la Biblia naturalmente es diferente, según el lugar y el

²³ MATEO, capítulo 7, versículo 1 y LUCAS, capítulo 6, versículo 37.

²⁴ *Suma Teológica, Secunda Secundae*, cuestión 60 a.2 Biblioteca de Autores Cristianos, t. VIII, pp. 320 y ss.

tribunal de que se trate). En Inglaterra, el juramento, de acuerdo con Starki, es “una solemne invocación de la venganza de la Deidad sobre el testigo si él no declara la verdad total, tal como la conoce”,²⁵ y según Leach es “una aseveración religiosa por la cual una persona renuncia a la misericordia y llama a la venganza del cielo si él no dice la verdad”.²⁶ Por su parte en Francia, Toullier, en su *Droit Civil Francais*, decía que el juramento era “un acto religioso por el cual la parte invoca a Dios no sólo para atestiguar la verdad y la sinceridad de su declaración sino también para castigar su impostura o la fe violada, o, en otras palabras, para castigar su perjurio si resultara culpable de haber incurrido en él”.

III. DE CÓMO SE TRANSFORMAN LAS INSTITUCIONES

Los seres humanos tenemos la tendencia a ver, a calificar y a clasificar las instituciones sociales del pasado, usando los modelos de las instituciones del presente y, con frecuencia, nos olvidamos que todas las instituciones y todas las formas sociales, las viejas y las nuevas, cambian, se transforman y, al paso del tiempo, conservando el mismo nombre, se convierten en algo diferente y, algunas veces, en algo totalmente distinto. No existen instituciones que permanezcan iguales, todas son siempre temporales. Ateniéndonos exclusivamente a la realidad, es claro que no existen instituciones eternas.

Salvo algunas excepciones notables, los escritores de cualquier época y de cualquier lugar tienden a buscar en las sociedades anteriores similitudes con las instituciones de las sociedades en las que viven, como si las formas contemporáneas fueran el modelo al que debieran ajustarse las instituciones del pasado. En la época en que Leopold von Ranke, sin duda uno de los más grandes historiadores alemanes, se presentaba como un buscador de la objetividad en la historia y hacía famosa la frase de que la tarea del historiador era “sólo mostrar lo que realmente aconteció” (*wie es eigentlich gewesen*)²⁷ “y

²⁵ Starki on Evidence, citado en el *Black's Law Dictionary*, voz Oath.

²⁶ Citado en el *Black's Law Dictionary*, voz Oath.

²⁷ CARR, E. H., *¿What is History?* Utilizo la traducción al español de Editorial Seix Barral, Barcelona, 1981, *¿Qué es la historia?*, p. 11.

que la divina providencia se encargaría de su significado”,²⁸ en la misma Alemania y en otras partes del mundo se sostenía que “el intento de escribir divorciándose completamente en el estudio del pasado, de cualquier apreciación política nacida del presente, era imposible”.²⁹

Además de que en los asuntos sociales no hay instituciones eternas, sucede que tampoco hay instituciones perfectas, y todas, más tarde o más temprano, muestran sus inconvenientes, se van deformando y pueden usarse en perjuicio de la mayoría de la población y, en ocasiones, precisamente en contra de aquellos a quienes pretendían beneficiar. Así ha sucedido con las uniones de trabajadores que se corrompen; con partidos políticos que se convierten en instrumentos de control sobre los habitantes, fuentes de privilegios para sus afiliados y, algunas veces, en excelentes negocios para sus dirigentes; así ha sucedido también con organizaciones religiosas que se pervierten y con órganos legislativos que se dedican a obtener canonjías y beneficios económicos para sus miembros. Así ocurrió también con la llamada “separación de poderes” entre distintos órganos, que llevó, en muchos lugares, a que los habitantes liberados del despotismo de sus monarcas se convirtieran en súbditos de los empleados que se adueñaron de los poderes de la población, sin rendirle cuentas a quienes se suponía que deberían servir. Lo mismo también ha sucedido con los órganos judiciales de algunos países que, invocando la necesidad de ser independientes, se convierten en gremios y se corrompen, sabiendo sus miembros que mientras no cometan algún acto exageradamente escandaloso o algo en contra del grupo en el que han hecho una carrera y del cual viven, estarán protegidos por su misma organización contra cualquier acusación.

Desgraciadamente para los académicos que buscan la permanencia de las cosas a través de la permanencia de las palabras, sucede que si “la libertad”, “la patria” y “la familia”, han sido cosas bien diferentes en diversas épocas en distintos países, mucho más lo han sido las instituciones públicas. Entre el Senado en la Roma antigua y

²⁸ CARR, E. H., *op. cit.*, p. 26.

²⁹ Prólogo de Juan José CARRERAS a la 2a. ed. en español de la obra de Theodor MOMMSEN, *Historia de Roma*, Aguilar, Madrid.

el Senado en Francia casi no hay ninguna semejanza, excepto tal vez la imagen antidemocrática, que como lo señalaba el primer ministro, L. Jospin³⁰ y como lo hacían notar J. Mastias y J. Grangé, al escribir sobre las segundas cámaras de los parlamentos de Europa occidental: "(independientemente de) que ellas lo hayan cometido o no en los albores de su historia, las segundas cámaras están marcadas por el pecado original antidemocrático".³¹ Pero sucede que en la misma Roma, lo que se llama Senado en el periodo de los reyes es diferente del Senado a partir de la abolición de la monarquía en el 509 a. C. en la época de los cónsules, y éste a su vez es diferente del Senado durante la dictadura de César y diferente también del Senado bajo el poder de Augusto.

El parlamento inglés ha sido varias cosas diferentes en el transcurso de la historia. Durante el reinado de Enrique III (1216-1272) el "Parliamentum" era la reunión para hablar o discutir con los señores feudales los asuntos que tenían que ver con sus respectivos dominios; "el nombre —como lo hacía notar Trevelyan— no tenía relación alguna con la idea de elección o representación, ni tampoco implicaba una asamblea para decretar impuestos o para hacer leyes".³² En la época de Eduardo I (1272-1307) el Parlamento era la fusión de dos instituciones gubernamentales: el *Great Council*, que comprendía a los magnates civiles y eclesiásticos que trataban con el rey los asuntos del reino y la *Curia Regis* (*King's Court*) que era el grupo de los consejeros del rey y tenía, entre otras funciones, arreglar los conflictos que estaban más allá del poder de los tribunales judiciales ordinarios. En el siglo XIV el *Privy Council* del rey se hace cargo de las actividades "judiciales" y el parlamento se dedica primordialmente a la actividad legislativa. Tradicionalmente en el derecho constitucional de Gran Bretaña hay dos ideas claves: a) el parlamento ejerce

³⁰ "El Sénat français constituait une anomalie parmi les démocraties et qu'il le percevait comme une "survivance des chambres hautes aristocratiques", *Le Monde*, 21 de abril de 1998, citado por HAMON, TROPER, BURDEAU, *Manuel droit constitutionnel*, L.G.D.J., París, 2001, p. 595.

³¹ MASTIAS, J. y GRANGÉ, J., *Les secondes chambres du Parlement en Europe Occidentale*, Económica, 1987, p. 51.

³² TREVELYAN, G. M., *A Shortened History of England*, Penguin Books, Londres, 1971, p. 151.

la soberanía y b) el Parlamento está formado por el rey, la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes; sin embargo desde 1885, *Dicey*, refiriéndose a las convenciones en las que está apoyada la Constitución afirmaba: "Las convenciones de la Constitución están formadas por costumbres que (cualquiera que sea su origen histórico) son al día de hoy mantenidas para asegurar la supremacía de la Cámara de los Comunes, y finalmente, a través de la Cámara de los Comunes electa, la supremacía de la nación".³³

El parlamento francés surgido de la *curi regis*, en que los primeros reyes capetos, en los siglos XI y XII se reunían con sus vasallos y eclesiásticos para hablar de asuntos políticos, resolver de manera más o menos amigable los conflictos feudales y decidir los asuntos legales que se le sometían al rey como juez supremo, no tiene nada que ver con los parlamentos en el siglo XVII que eran gremios de jueces, que como cuerpo, tenían la facultad de registrar los edictos del rey, después de examinar si éstos eran acordes con la ley y la justicia y con los intereses del reino, con lo cual podían detener la entrada en vigor de tales edictos y, por consecuencia, podían negociar con el rey cualquier medida que afectara los privilegios de sus miembros.

Generalmente los hombres, y ahora también las mujeres, que ejercían y ejercen los oficios o los trabajos en las instituciones públicas en una época determinada, ven en los órganos a los que pertenecen la forma ideal de lo que debe ser la función que bajo ese nombre practican y sus ideas de mejoramiento sobre esos órganos usualmente están inspiradas en el propósito de tener mayor poder y mayores privilegios. Así, en Inglaterra, desde el siglo XI, los barones y sus vasallos cercanos en quienes aquellos delegaban permanente o temporalmente la función de juzgar a los siervos que trabajaban las tierras, veían su función como el modelo ideal en esa sociedad. Los jueces franceses que desde el siglo XIV empiezan a ser dueños de sus juzgados y podían transmitirlos a sus hijos, cobrándoles a los interesados en re-

³³ DICEY, *Law of the Constitution*: "The conventions of the constitution now consist of customs which (whatever their historical origin) are at the present day maintained for the sake of ensuring the supremacy of the House of Commons, and ultimately, through the elective House of Commons, of the nation". Londres, Macmillan, 1939 (1a. ed., 1885), pp. 430-431.

cibir sus servicios, como en cualquier actividad privada, sin obligación de rendir cuentas de su trabajo a nadie, fuera de sus propios gremios (*parlements*), veían, sin duda, esa manera de ejercer la justicia como el ideal perfecto de la independencia de los jueces.

IV. LA CULTURA DE "LAS TEORÍAS" Y LAS CLASIFICACIONES EN EL DERECHO

Acostumbrados a pensar y discutir abstracciones y teorías, aquellos que estamos dedicados al derecho, muchas veces nos olvidamos de que todas las teorías son creaciones mentales, es decir, son inventadas, y de que las teorías en el derecho son únicamente intentos de aquellos que las inventaron para ayudar a explicarse qué es lo que son ciertas cosas: instituciones, formas y procesos, creadas por ellos o por otros hombres, unas veces con el propósito de mejorar la vida social, otras muchas, con la intención de dominar a los demás y, algunas veces, con ambos propósitos.

Todavía, en muchos países, la enseñanza del derecho está basada en la búsqueda de definiciones de conceptos abstractos usando otros conceptos igualmente abstractos, en el afán de clasificar todo y en la repetición de teorías que buscan ajustar la realidad a concepciones imaginarias.

La preocupación por clasificar empieza por tratar de separar las funciones y facultades que la población les presta a sus gobiernos en tres "poderes" que, se afirma, son distintos, aunque la distinción en muchos puntos no sea nada clara. A continuación se les llama poderes a las mismas ramas, órganos u oficinas, entre las cuales se hace la separación y se les encomiendan esas ramas a personas distintas, aunque cada vez más vemos, por una parte, que las funciones públicas necesarias en las sociedades modernas son muchas más que tres; por otra, que, conforme los países se van desarrollando, necesitan nuevos órganos o entidades además de los establecidos según la doctrina trinitaria y, junto con eso, vemos claramente que una separación estricta de los órganos de gobierno, en cualquier país, paralizaría a dicho gobierno. Después, aunque se sigue diciendo que vivimos en sistemas democráticos, esto es en sistemas gobernados por el pueblo a través de sus representantes, los empleados que encabezan esos órganos: presidentes, ministros, diputados, senadores y jueces, a los

cuales les pagamos para que nos sirvan, empiezan a llamarse a sí mismos "poderes" y, muy pronto, en casi todos los países, los habitantes que forman la población o el pueblo se convierten en súbditos de sus propios empleados.

Para ayudar a las teorías, que casi siempre necesitan de ayuda para resolver sus incoherencias, se inventan las clasificaciones, empezando por las de "las grandes áreas": el derecho público, el derecho privado, el derecho social, y se meten en ellas lo que se llaman las distintas materias, aun cuando muchas veces las materias que se incluyen en tales áreas no tengan otra cosa en común que alguien dictaminó que debían pertenecer a una o a la otra, y a partir de eso se les asignan las "características" necesarias para que pertenezcan a ellas. Después se clasifican las instituciones, los organismos dependientes y los departamentos de cada una de las ramas del gobierno y, naturalmente, buena parte de la enseñanza del derecho se dedica a memorizar estas clasificaciones y a construir "ficciones" para forzar a la realidad social a fin de que encaje en el esquema teórico y en cada una de sus partes imaginarias.

Creo que es conveniente, de vez en cuando, reflexionar si son realmente de utilidad algunas de las clasificaciones en el derecho y, de ser así, cuáles son verdaderamente útiles. Para esto, debemos primero olvidarnos por un momento de los diferentes prejuicios de nuestros catecismos escolares y de los dogmas que hemos aprendido, según el país en el que hayamos sido educados. Una de las maneras de iniciar la reflexión puede comenzar por la famosa distinción entre derecho público y derecho privado, sobre la cual quiero hacer solamente un breve comentario pues no es el tema de este libro, aunque lo toca tangencialmente porque en algunos países los conflictos llamados de derecho público se resuelven por jueces distintos de los que conocen de los conflictos llamados de derecho privado.

"Ya en el derecho romano la distinción entre el *jus publicum* y el *jus privatum*, era demasiado vaga. Designaba originariamente meras diferencias técnico procesales".³⁴ Desde los primeros años del siglo XX, Bunge, en Argentina, hacía notar que la distinción entre derecho

³⁴ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, Libro Primero, capítulo tercero, núm. 17, Ed. Nacional, México, 1948, p. 118.

público y derecho privado sigue la evolución general de la sociedad y “es sólo histórica. No responde a exigencias universales y permanentes, no entraña un criterio acomodable a todas las circunstancias, ni implica una esencial diferenciación con el concepto del derecho”.³⁵ En su obra *Teoría general del Estado*, Kelsen, al tratar el tema del derecho público y privado, empezaba por destacar la imposibilidad de determinar lo que esto significa: “Esta irrupción de la política en la teoría del derecho, hállase favorecida por una funestísima distinción que constituye ya hoy uno de los principios más fundamentales de la moderna ciencia jurídica. Se trata de la distinción entre derecho público y privado. Si bien esta antítesis constituye la médula de toda la sistemática teórico-jurídica, es sencillamente imposible determinar con cierta fijeza lo que quiere decirse en concreto cuando se distingue entre el derecho público y el privado”.³⁶

En Francia la distinción entre el derecho público y el derecho privado se establece, desde 1873, en la famosa resolución conocida como *l'arrêt Blanco*, dictada por el Tribunal de Conflictos, en un asunto de compensación de daños que dio lugar a una cuestión de competencia entre las jurisdicciones administrativas y las jurisdicciones judiciales.³⁷ Después de la resolución en el caso *Blanco*, la consolidación de la clasificación basada en una distinción entre el derecho público y el derecho privado se apoya, en buena medida, en la obra de Maurice Hauriou, director (*doyen*) de la facultad de derecho de Toulouse, a partir de su *Précis de droit administratif et de droit public*, publicado por primera vez en 1892.³⁸ Su importancia se acrecienta por el debate entre Hauriou y Léon Duguit,³⁹ el célebre profesor y después *doyen*

³⁵ BUNGE, Carlos Octavio, *El derecho*, Ed. Valerio Abelardo, Buenos Aires, 1907, p. 339.

³⁶ KELSEN, *op. cit.*, p. 105.

³⁷ TC 8 février 1873, *Blanco*, p. 61 (1 suppl.) concl. David, D 1873.3.17, concl., S 1873.3.153, concl.

³⁸ HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12a. ed., 1933.

³⁹ Es particularmente interesante el artículo de HAURIOU sobre DUGUIT, titulado “Les idées de M. Duguit”, *Rec. Académie de législation de Toulouse*, 1911. Ver también el artículo de Gaston Jèze, “L'influence de Léon Duguit sur le droit administratif français”, *Archives de philosophie du droit*, 1932.

de la facultad de Bordeaux.⁴⁰ En la actualidad la distinción es uno de los puntos fundamentales en el derecho francés.

En México, Fraga, el más famoso autor de derecho administrativo, en su advertencia preliminar a la primera edición de su libro sobre esa materia en 1934, decía que la distinción del derecho en público y privado era fundamental precisamente “para combatir el predominio de las ideas civilistas en la explicación de los fenómenos de la administración”.⁴¹ Pero no aclara por qué se necesitaba combatir tan empeñosamente a las ideas civilistas en la citada explicación. Así, primero se dedica a hacer una crítica al concepto de *servicios públicos* de Duguit y de Jèze, para sustituirlos por el concepto de “*atribución*” que él propone. Después dedica un capítulo completo al tema de la distinción entre el derecho público y el derecho privado, en el cual examina cinco criterios de distinción entre ambos derechos y, dentro de estos criterios, varias tesis tendientes a demostrar la diferencia fundamental entre las dos áreas. Después de desecharlas todas, y de corregir algunas de las opiniones del quinto criterio para hacer “las adaptaciones indispensables a fin de armonizarlas con las ideas” que él “venía profesando desde el principio de su obra”⁴² (igual que se acostumbraba hacer en muchos de los textos escolares en México), finalmente no logra precisar en que consiste tal distinción, como no sea usando el término de “*atribución*”, el cual, con un razonamiento circular, apoya, a su vez, en el mismo concepto de derecho público que buscaba determinar con el concepto de “*atribución*”.⁴³

En Inglaterra, como lo señala Jolowicz, el famoso profesor de la Universidad de Cambridge, “país de derecho no codificado, uno nunca se ocupa de los estudios a profundidad sobre las clasificaciones y las divisiones del derecho, de las cuales tienen necesidad en otras partes los codificadores”.⁴⁴ Así, por la falta de una distinción basada en los

⁴⁰ Sobre la polémica entre Hauriou y Duguit véase: C. Eisenmann, “Deux théoriciens du droit: Duguit et Hauriou”, *Revue philosophique*, 1930, p. 279.

⁴¹ FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, 3a. ed., México, 1944, p. X.

⁴² *Ibidem*, p. 131.

⁴³ *Ibidem*, título primero, capítulo segundo, pp. 20-31.

⁴⁴ JOLOWICZ, J. A., *Derecho inglés*, traducción al español publicada por la Editorial Jurídica Venezolana, 1992, p. 76, que corresponde a la p. 55 de la versión original *Droit anglais*, Dalloz, Paris, 1986.

hechos, se explica que René David dijera que “todos los litigios sometidos a las Cortes Reales inglesas aparecen de una manera, en Inglaterra, como si fueran en cierta forma debates *de derecho público*”,⁴⁵ en tanto que Dicey, uno de los clásicos del derecho constitucional, sostenía que *el derecho público inglés* tenía el carácter de *derecho privado*, e insistía sobre el hecho de que en Inglaterra *un único derecho rige las relaciones jurídicas entre particulares y entre particulares y funcionarios*.⁴⁶ “Durante la historia del derecho inglés, la división entre derecho privado y derecho público, división que en otras partes es fundamental, no ha jugado sino un papel restringido. En lo que concierne a los derechos y a las obligaciones de cualquier persona —particular, persona moral, o funcionario— no es normalmente necesario decidir si se trata de una cuestión de derecho público o de derecho privado. Reconocer que un conjunto de principios y reglas de derecho constituya una rama distinta del derecho no presenta más que un interés académico y pedagógico”. Todo lo cual se manifiesta en la *Crown Proceedings Act* de 1947, “ley que ha abolido el principio de la no responsabilidad de la Corona, al prescribir que, salvo excepciones, la Corona sería tratada como una persona privada mayor de plena capacidad jurídica”.⁴⁷

V. LA TEORÍA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES

Desgraciadamente, las teorías casi siempre son totalmente incapaces de mostrar la desconexión entre la realidad y el derecho, las limitaciones de éste y su utilización como medio para usar y abusar de los demás. Muchas veces, además de su inutilidad para enseñar la operación real de los órganos públicos, las teorías, al paso del tiempo, se convierten en un lastre para las sociedades y sirven para conservar, sin razón alguna, instituciones, formas, procesos y máximas jurídicas que han dejado de ser útiles o convenientes para esas sociedades.

⁴⁵ DAVID, René, *Les grands systèmes de droit contemporains*, núm. 278, citado por Jolowicz, *op. cit.*, p. 77.

⁴⁶ DICEY, *Introduction to the Law of the Constitution*, 10a. ed., 1959, p. 195, citado por JOLOWICZ, p. 78.

⁴⁷ JOLOWICZ, *op. cit.*

Así vemos como algunas de las teorías más veneradas son simplemente un empeño en encajar actividades nuevas en concepciones e instituciones inventadas para realidades sociales del pasado, que han dejado de existir. El mejor ejemplo de esto es la clasificación de las funciones gubernamentales a partir de la imagen inventada por Montesquieu en 1748 después de su viaje a Inglaterra entre finales de 1729 y principios de 1731, de lo que, según él, era la constitución inglesa, en la cual pretendía distinguir de manera categórica entre actividades legislativas, ejecutivas y judiciales.⁴⁸ Todos aquellos que han estudiado lo que era la constitución real de Inglaterra en esos tiempos, puesto que nunca ha tenido una constitución escrita, coinciden en que la famosa teoría de Montesquieu nada tenía que ver con el funcionamiento de la estructura constitucional inglesa. Colin Turpin dice: “En Inglaterra esta teoría en el siglo diez y ocho era opuesta a la doctrina de una constitución mixta o balanceada, en la cual elementos monárquicos, aristocráticos y democráticos estaban juntos y se mantenían en equilibrio. A pesar de la aceptación de Blackstone de una teoría modificada de la separación de poderes, esta teoría no iba a prevalecer como una explicación de la estructura constitucional inglesa”.⁴⁹

La teoría de Montesquieu sobre la imaginaria separación de los poderes en Inglaterra, fue, sin duda, muy útil para cambiar la cultura política en Francia y en otros países, y para disminuir el despotismo ilustrado de los reyes. Pero al paso del tiempo, una vez que la teoría de tres poderes y sólo tres poderes, y sus interpretaciones deformadas en todas partes del mundo, se presentaron como un dogma, la teoría les resultó de una gran utilidad a los empleados gobernantes, pues

⁴⁸ “En realidad en Inglaterra había una estrecha vinculación entre gobierno y parlamento; lo contrario a una “división”, Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Sección tercera, núm. 25. Entre los autores ingleses, LASKI se refiere a la idea de la separación de poderes de MONTESQUIEU, diciendo: “El origen de la idea, como se sabe, yace en la famosa interpretación errónea que MONTESQUIEU hizo de la Constitución británica”. *La libertad en el Estado moderno*, Buenos Aires, 1946, p. 45. En el mismo sentido WADE y BRADLEY, *Constitutional and Administrative Law*, 11a. ed., Bradley y Ewing, 1993, pp. 55-56.

⁴⁹ TURPIN, Colin, *British Government and the Constitution*, Weidenfeld y Nicolson, Londres, 1988, p. 39.

invocando la veneración y el respeto por ella empezaron por apoderarse de los órganos de gobierno para consolidar su poder arbitrario sobre la población y terminaron, como en el misterio de la transustanciación, por convertirse ellos, personalmente, en “los poderes”.

Con frecuencia los altos empleados: presidentes, ministros, legisladores y jueces, a los cuales los habitantes les pagan para que les sirvan, se olvidan de que la separación de poderes está establecida en beneficio de los habitantes para protegerlos precisamente contra la arbitrariedad de ellos, y no para asegurarles a esos altos empleados un coto exclusivo de poder en su propio beneficio. Junto con eso, además, la renombrada teoría, reducida a tres funciones, ha servido para impedir la búsqueda de otras alternativas y la creación de nuevos órganos y de otros medios más efectivos para procurar el bienestar de las mayorías, asegurar las libertades fundamentales de los individuos e impedir el robo de los recursos de la población.

Al hablar de este tema, Kelsen señalaba que la 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, 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 mismo tiempo de creación y de aplicación del derecho”.⁵⁰

A pesar del tiempo transcurrido, de su obsolescencia, de su poca utilidad en la práctica y de las consecuencias desastrosas que ha tenido cuando se ha pretendido aplicarla de manera exacta a la realidad, ya que ésta es siempre mucho más compleja que los modelos teóricos simplistas sobre el comportamiento humano, la teoría sigue repitiéndose como si fuera una verdad indiscutible. Todavía en la actualidad, en algunas escuelas de derecho, casi no existe una preocupación real por buscar los mejores medios para solucionar las

⁵⁰ KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, UNAM, México, 1969, p. 319.

necesidades sociales; pero, en cambio, sigue existiendo una gran preocupación por complacer a Montesquieu, tratando de que las instituciones de los países en donde se encuentran se ajusten a la imagen totalmente equivocada que él daba de la Constitución inglesa, hace más de 250 años. La consagración de la famosa teoría en los países del derecho continental europeo y en sus herederos en América Latina, ayudó a hacer imposible de comprender la función del Lord Chancellor en Inglaterra, como ministro del gobierno, presidente de la Cámara de los Lores, de la Corte de Apelación y de la Chancery División de la High Court (todo lo cual está en un proceso de cambio a partir del proyecto de reforma presentado por el primer ministro Blair, y todo parece indicar que el nuevo Lord Chancellor no será ya presidente de la Corte de Apelación y de la Chancery División de la High Court).⁵¹ Lo que es indudable es que la teoría de Montesquieu ha contribuido a hacer más difícil de entender cualquier cosa que se salga del esquema petrificado de tres grandes órganos separados con funciones diferentes; por ejemplo: la operación de los sistemas parlamentarios, el funcionamiento actual del Consejo de Estado (*Le Conseil d'État*) francés que, además de sus funciones jurisdiccionales, tiene tareas administrativas y junto con ellas sirve de órgano de consulta para examinar los proyectos de ley; y ha dificultado, además, la comprensión de la razón de ser de los modernos tribunales constitucionales en Europa y en otros países del mundo, ajenos a los órganos de la estructura judicial.

VI. LOS INICIOS

En la antigüedad eran los reyes, los jefes de las comunidades⁵² y las asambleas de los habitantes⁵³ quienes ejercían la función de juzgar. Esta función se reducía a resolver las controversias o conflictos entre

⁵¹ JOLOWICZ, “Judicial Reorganisation in England and Wales: Constitutional Change in Prospect”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2004, pp. 289-305.

⁵² En el Deuteronomio, se menciona a los jueces y a los sumos sacerdotes como jueces supremos, pero el jefe nombrado por Dios (Moisés en ese caso) era la cúspide de la justicia. (Dt. Capítulo 16, versículo 20).

⁵³ Véase BRUNNER, H. y SCHWERIN, C. von, *Historia del derecho germánico*, Labor, 1936, pp. 19 y 20.

los particulares y, en lo que ahora llamamos el derecho penal, a decidir sobre la culpabilidad y el castigo a los súbditos por las faltas que éstos pudieran haber cometido contra los intereses del monarca.⁵⁴

En algunos pueblos existían jueces para juzgar de ciertos conflictos entre los particulares y algunos delitos, no así de otros que debía castigar la población directamente; todo esto independientemente de que en muchas sociedades antiguas los sumos sacerdotes fueran los jueces superiores y de que los jefes supremos nombrados por los dioses fueran la cúspide de la justicia.

Entre los judíos, por ejemplo, según el Deuteronomio (capítulo 16, 18) Jehová le ordena a Moisés que constituya “jueces y magistrados... para que juzguen al pueblo con juicio recto” pero casi a continuación (capítulo 16, 20) le dice “administrarás la justicia con rectitud”, lo cual parece significar que es él, Moisés, el jefe supremo, el que finalmente tiene el poder de juzgar. Esto se confirmaría en el capítulo 17, versículos 2 a 5, donde se establece: “En el caso que se hallaren en tu país ... hombre o mujer que cometan la maldad en presencia del Señor Dios tuyo, de quebrantar su pacto, yéndose a servir y adorar a dioses ajenos, al sol y a la luna y a todas las estrellas del cielo, contravinendo al mandamiento mío, y eso te fuere denunciado; si después de haber tenido el aviso, hicieres diligentes pesquisas, y hallares ser cierto que tal abominación se ha cometido en Israel, sacarás al hombre y a la mujer que cometieron tan enorme pecado a la puerta de la ciudad y serán muertos a pedradas”. Resulta aun más difícil definir el poder de los jueces distinguiéndolo del papel del sumo sacerdote y del poder del jefe supremo en los párrafos que siguen: “Si estando pendiente ante ti una causa ... vieres que son varios los pareceres de los jueces que tienes en tu ciudad, marcha y acude al lugar que habrá escogido el Señor Dios tuyo donde recurrirás a los sacerdotes del linaje levítico, y al que como sumo sacerdote fuere en

⁵⁴ En lo que era la división clásica de las infracciones en Inglaterra por su gravedad y por las sanciones, muchos siglos después, se distinguía entre “*treason*” que eran todos los actos contra los intereses del rey, que se castigaban con la tortura pública hasta la muerte; las “*felonies*” que eran los atentados con violencia grave contra las personas o los bienes de los particulares, como el homicidio, la violación y el incendio intencional, que se castigaban con la muerte en la horca, y los “*misdeameanors*”, que eran castigados con prisión, multa o flagelación.

aquel tiempo juez supremo del pueblo, y los consultarás, y te manifestarán cómo has de juzgar según la verdad. Mas quien se ensoberbeciere y no quisiere obedecer la determinación del sacerdote que por aquel tiempo es ministro del Señor Dios tuyo, ni al decreto del juez, ese tal será muerto” (Dt. capítulo 17, versículos 8, 9 y 12).

En Roma, en el periodo de las acciones de la ley, una vez que las cuestiones debatidas quedaban establecidas, las partes acordaban frente a un juez que se juzgara el asunto. La justicia era un asunto privado y el juez era simplemente un hombre prominente en la comunidad; sólo después del siglo III a. C., una vez que se desarrolla el sistema de apelación, la organización pública interviene en la administración de justicia. A partir de la abolición de la monarquía, igual que en otros países antes y después de esa época, los jueces eran funcionarios que, además de juzgar las disputas entre los particulares, tenían actividades administrativas y legislativas.⁵⁵

En el año 98 de nuestra era, Tácito en su obra *Germania (De origine et situ Germanorum)*, señalaba que los condes actuaban regularmente como jueces en sus condados (*pagi*), pero la declaración del derecho —según Brunner— tenía lugar en la asamblea judicial pública (*ding, worf*). Todo habitante libre estaba obligado a participar en la asamblea donde se emitía la sentencia.⁵⁶

Este libro trata del poder de los jueces. A primera vista el tema parece estar bien delimitado: se trata de los jueces y del alcance del poder que han tenido y del que tienen en las sociedades actuales. Pero en cuanto empezamos a reflexionar sobre el tema nos damos cuenta de sus muchas dificultades.

Contrariamente a las simplificaciones que se enseñan en algunas escuelas de derecho en diversos países, la historia de los jueces individuales o colegiados, en muchas partes del mundo, es una historia en la cual sus funciones, con frecuencia, son puramente ocasionales; muchas veces se ejercen al mismo tiempo que sus actividades privadas y, otras muchas, han estado mezcladas y confundidas con otras actividades públicas o simplemente se han ejercido en paralelo con otras funciones en los órganos de gobierno.

⁵⁵ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVII, p. 77.

⁵⁶ BRUNNER, H. y SCHWERIN, C. von, *op. cit.*, p. 20.

Desde la Edad Media, los jueces, según los países, pasan por situaciones muy distintas: por largos periodos en que estaban vinculados a los poblados o a las aldeas en donde vivían, como sucedía en España, y muchas veces eran al mismo tiempo alcaldes de sus municipios; por etapas en que ya vinculados al gobierno principal del reino eran dependientes del rey como en el caso del Justicia Mayor de Castilla, o eran tan independientes como el Justicia Mayor de Aragón, cuyas características se pierden en las leyendas, el cual, según se dice, podía conocer de las quejas por los perjuicios y las injurias que pudiera inferir el monarca a sus vasallos, con base en una disposición contenida en los llamados fueros de Sobrarbe, sobre los cuales —dice la *Enciclopedia Jurídica Omeba*— “no existe realmente certeza”.⁵⁷ Este Justicia Mayor de Aragón parece haber alcanzado su mayor jerarquía cuando Pedro IV, en las Cortes de Zaragoza de 1348, hizo de él una clave de su sistema político, ya que podía conocer de todas las causas de todos los oficiales y jueces delincuentes, sin que nadie, aun el mismo monarca, por vía de gracia, pudiera modificar su sentencia.⁵⁸

La vinculación de la justicia con la sociedad, a través de jueces ciudadanos, no especializados en el conocimiento del derecho, fue una de las cosas que más sorprendió a Tocqueville en su viaje a los Estados Unidos, en 1831. La descripción que hace en su obra *La democracia en América* refleja claramente su asombro y su dificultad para entender lo que eran los jueces más conocidos en esa época en Norteamérica: los jueces de paz:

“Los norteamericanos tomaron de sus padres, los ingleses, la idea de una institución que no tiene ninguna analogía con las que conocemos en el continente europeo; es la de los jueces de paz”.

“El juez de paz ocupa el término medio entre el hombre corriente y el magistrado, el administrador y el juez. El juez de paz es un ciudadano ilustrado pero que no está precisamente versado en el conocimiento de las leyes. Por eso no se le encomienda más que ser policía de la sociedad; cosa que exige más buen sentido y rectitud que ciencia. El juez de paz aporta a la administración, cuando llega a formar parte de ella, cierto gusto por las formas y

⁵⁷ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVII, p. 682.

⁵⁸ *Ibidem*, t. XVII, p. 684.

por la publicidad, que hace de él un instrumento que estorba bastante al despotismo; pero él no se muestra esclavo de esas supersticiones legales que hacen a los magistrados poco capaces para gobernar”.

“Los jueces de paz toman parte individualmente en la administración pública. Unas veces están encargados, concurrentemente con los funcionarios elegidos, de ciertos actos administrativos; otras forman un tribunal ante el cual los magistrados acusan sumariamente al ciudadano que rehúsa obedecer, o el ciudadano denuncia los delitos de los magistrados. Pero en la corte de sesiones es donde los jueces de paz ejercen las más importantes de sus funciones administrativas”.

“Es necesario tener muy en cuenta que en Massachusetts la corte de sesiones es a la vez un cuerpo administrativo propiamente dicho, y un tribunal político”.⁵⁹

Es curioso el asombro de Tocqueville frente a esos “ciudadanos ilustrados” que eran jueces temporales en Norteamérica, especialmente si consideramos que él, sin duda, había estudiado bien a Montesquieu para quien “el poder de juzgar tan terrible entre los hombres”,⁶⁰ debía ser “por así decirlo invisible y nulo”, no debía pertenecer a “un determinado estado o profesión”.⁶¹ Es decir, el poder de juzgar no debía atribuirse en forma permanente a jueces profesionales; debía, por el contrario, ser una función ocasional o temporal “ejercida por personas”, como en Atenas, “sacadas del pueblo”, “para formar un tribunal que sólo dure en tanto que la necesidad lo requiera”.⁶²

Al día de hoy, todavía, en algunos países, por ejemplo en Inglaterra, existen jueces que son simplemente personas respetables en los poblados o en los barrios en que viven, que, además de sus actividades personales en sus oficios o sus negocios, ejercen como jueces en

⁵⁹ TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, México, 1963, p. 89.

⁶⁰ “La puissance de juger, si terrible parmi les hommes”, libro XI, capítulo VI, MONTESQUIEU, *De L'Esprit des Lois*.

⁶¹ “n'étant attachée ni à un certain état, ni à une certaine profession, devient, pour ainsi dire, invisible et nulle”. *Idem*.

⁶² “exercée par des personnes tirées du corps du peuple, dans certains temps de l'année, de la manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert”. *Idem*.

ciertas cuestiones familiares y en cuestiones penales⁶³ de pequeña importancia que se presentan en sus comunidades, las cuales, como bien sabemos, son la gran mayoría de todos los asuntos. Así, mientras los jueces profesionales en Inglaterra son un número bastante reducido para el tamaño de la población, existen en cambio 32,000 personas no profesionales⁶⁴ (comerciantes, pequeños industriales o simples propietarios) que trabajan como jueces eventuales durante un total de 26 días al año en promedio, sin recibir ninguna compensación por su trabajo, fuera del honor que dicha función representa. Estos jueces, conocidos como *magistrates* o jueces de paz, forman parte de una lista de jueces disponibles en cada comunidad⁶⁵ de la cual se selecciona a los jueces integrantes de cada *Magistrates' Court* que funciona siempre con varios jueces, dos como mínimo y siete como máximo.⁶⁶

En sus orígenes, la preocupación de los reyes y los señores en Europa por juzgar en sus territorios las disputas entre los particulares, tiene como finalidad evitar el enfrentamiento violento entre ellos. Pero el ofrecimiento que hacen los gobernantes de una alternativa pacífica para la solución de las controversias entre los miembros de la comunidad, no busca realmente evitar las luchas mortales entre los habitantes en beneficio de éstos; esa función, como actividad del gobierno, tiene como intención, antes que todo, mantener la tranquilidad pública y la paz social como una manera de que los reyes y los señores consoliden en su favor el uso exclusivo de la fuerza, evitando, o reduciendo al menos, las luchas físicas entre los gobernados

⁶³ Además de conocer como jueces del 90% de los asuntos penales, los *Magistrates* o jueces de paz en Inglaterra, según Spencer, tienen otras tareas, como son otorgar las licencias de las cervecerías o bares (public houses) expedir requerimientos a los padres para cumplir con su obligación de mantener a sus hijos menores y ordenar la destrucción de perros peligrosos. J. R. SPENCER, *Jackson's Machinery of Justice*, Cambridge University Press, 1989, IV parte, núm. 19.

⁶⁴ El número de los magistrados (jueces no profesionales) en Inglaterra, va en aumento. SPENCER, en su obra citada, en 1989, hablaba de 24,000 magistrados; Rene DAVID, en su obra *Le droit anglais*, habla de 32,000 magistrados. Presses Universitaires de France, París, 2003, p. 31.

⁶⁵ JOLOWICZ, *Derecho inglés*, traducción al español de su obra *Droit anglais*, publicada originalmente en francés por Dalloz, París.

⁶⁶ *Justices of the Peace Rules*, 1986, SI 86/923.

con la promesa de imparcialidad en la decisión de los conflictos. Esa facultad de juzgar incluye, también desde sus orígenes, la decisión sobre la aplicación de castigos por hechos que vayan en contra de las órdenes de aquel que tiene el poder.

En lo que toca a la justicia penal, la gran transformación se da cuando los reyes y sus cortesanos inventan la maravillosa idea de que ellos, o los hombres de sus gobiernos en nombre de ellos, eran los únicos que podían iniciar no sólo los juicios para castigar a los habitantes por los actos cometidos contra los intereses propios del rey, sino los juicios por los actos cometidos por uno de los habitantes contra otro, los cuales hasta entonces habían sido algo de la iniciativa de los individuos afectados. El argumento con el que se hace esto es un ejemplo típico precioso de la facilidad con la que los hombres de los gobiernos engañan a sus pueblos, aprovechándose de su ignorancia o de su ingenuidad: lo que se dice es que el individuo afectado por un crimen no es en realidad afectado por ese crimen, el afectado por un crimen no es la víctima que lo ha sufrido o sus familiares, sino "el reino", "el pueblo" y, más tarde "el Estado"; por lo tanto, es el rey y sus empleados quienes deben iniciar los juicios, y son también ellos quienes deben resolver sobre la culpabilidad de los acusados y quienes deben además ejecutar el castigo en lo que ahora llamamos el derecho penal. Desde ese momento, los reyes, y después los empleados de los gobiernos republicanos, les quitan a los habitantes, que son la única razón de ser de los gobiernos, de las instituciones y de las leyes, el poder de actuar de manera directa para lograr el castigo de los responsables o la compensación por los crímenes contra ellos.

VII. ¿QUIÉNES SON LOS JUECES?

Según Escriche se entiende por juez "el que está revestido de la potestad de administrar justicia a los particulares, o sea de aplicar las leyes en los juicios civiles o en los criminales o así en unos como en otros".⁶⁷ Esta definición coincide con la idea más generalizada según la cual los jueces son unos individuos que a nombre del gobierno

⁶⁷ ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*.

deciden los conflictos entre los particulares y deciden también sobre la culpabilidad y las penas que deben aplicarse a los individuos que han cometido algún delito. La idea es notoriamente insuficiente pues no comprende a los jueces que resuelven los conflictos de los particulares contra los funcionarios o las dependencias del gobierno en lo que hoy llamamos la justicia administrativa, ni a los que en algunos países resuelven los conflictos electorales, ni a los que resuelven conflictos entre distintos órganos del gobierno. Por otra parte, la idea de que los jueces resuelven a nombre del gobierno es engañosa, pues a partir del siglo XIV los jueces (*prévôts*) en Francia nombrados por el gobierno del rey empiezan a cobrar a los interesados en promover algún proceso y empiezan a tener el derecho de ceder sus cargos y, a partir de 1604, se establece que los jueces deben pagar una cantidad anual (*la paulette*)⁶⁸ al tesoro del rey, como contraprestación para asegurar sus derechos de vender, dar en arrendamiento temporal sus juzgados y transmitirlos a sus herederos. Fue así como los cargos judiciales en Francia se convirtieron en negocios privados, absolutamente independientes del gobierno, durante el antiguo régimen, antes de la Revolución.

Por su parte, en Gran Bretaña los jueces profesionales no resuelven a nombre del gobierno y no forman parte de lo que se llama el gobierno de su majestad, *pues ni son empleados que formen parte del gobierno ni son servidores al servicio del Estado*.⁶⁹

Otra manera igualmente insuficiente de responder a la pregunta es partir de que los jueces son aquellas personas a las que en la ley se les llama jueces. Naturalmente esto dejaría fuera de este tema a todos los 300 miembros del *Conseil d'État*, que es el tribunal supremo de la justicia administrativa en Francia y que además de acuerdo con el artículo 39 de la Constitución actual debe ser consultado respecto de cualquier proyecto de ley antes de que dicho proyecto sea presentado a las cámaras legislativas para su eventual aprobación;⁷⁰ y dejaría

⁶⁸ Así se le llamó a este pago por haber sido inventado por Charles Paulet, ministro de finanzas del rey.

⁶⁹ JOLOWICZ, J. A., "Judicial Re-Organisation in England and Wales: Constitutional Change in Prospect", en el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 8, 2004, en nota en la p. 295.

⁷⁰ ROBINEAU, Yves y TRUCHET, Didier, *Le Conseil D'État*, Presses Universitaires de France, 2002.

también fuera del tema de los jueces a los miembros de las *Federal Commissions* en los Estados Unidos, a los integrantes de los tribunales administrativos en Inglaterra, y a muchos de los miembros de tribunales administrativos y laborales en distintas partes del mundo, a los cuales no se les llama "jueces".

Podemos darle un enfoque distinto al problema y en lugar de preguntarnos ¿quiénes son los jueces? plantearnos en qué consiste la "jurisdicción"; pero de inmediato nos encontramos con aquella concepción del derecho romano según la cual la jurisdicción era "la suma de facultades que ahora se atribuyen al poder legislativo y las que tienen los tribunales".⁷¹ Humberto Cuenca, el profesor de la Universidad Central de Venezuela, al hablar de la jurisdicción en el derecho romano empieza por señalar que la *iurisdictio* del Pretor comprendía cinco facultades, entre ellas "a) *ius edicendi*, o derecho de dictar edictos; b) *ius iudicari*, derecho de otorgar un juez a las partes; c) *ius iudicandi*, derecho a juzgar por sí mismo todo el proceso sin enviar las partes al juez, los romanos consideraban que entre las funciones administrativas estaba implícita la de juzgar".⁷² Todo lo cual en vez de aclararnos algo complica mucho más el asunto.

Tal vez lo que debemos preguntarnos no es ¿quiénes son los jueces? sino ¿qué es juzgar? La respuesta inicial a esta cuestión es la que señala que juzgar es la acción de resolver conflictos de intereses concretos entre dos o más partes; y aquí empezamos a entrar al camino en el cual necesariamente surge la enorme dificultad para distinguir entre juzgar y administrar, la dificultad de establecer una distinción clara entre un acto judicial y un acto administrativo, ya que detrás de casi todas las decisiones de la administración pública hay intereses concretos en conflicto entre diversos individuos o grupos de individuos, y los procedimientos administrativos de las dependencias de la administración pública, conforme se desarrollan, se acercan cada vez más a los procedimientos civiles ante los jueces, a fin de garantizar adecuadamente los derechos en conflicto de los distintos interesados.

⁷¹ PALLARES, E., *Diccionario de derecho procesal civil*, voz "jurisdicción".

⁷² CUENCA, Humberto, *Proceso civil romano*, EJEA, Buenos Aires, 1957, p. 2.

Naturalmente la respuesta a la pregunta: ¿quiénes son los jueces?, no la vamos a encontrar en la historia. Las diferencias entre quiénes eran los jueces, qué hacían, cómo lo hacían y qué otras actividades públicas tenían al mismo tiempo, son tan grandes que más bien debemos preguntarnos si se trata de un mismo oficio o si lo único que tienen en común los jueces de diferentes países y de distintas épocas es nuestro afán de llamarlos por un mismo nombre. En la historia de Roma, entre la actividad de los individuos ante los cuales se llevaba el procedimiento, en lo que se llama periodo de las acciones de la ley y la *iurisdictio* que practicaban los reyes, hay tales diferencias que no tiene sentido llamarlos por el mismo nombre. Entre aquellos ante los cuales se llevaba a cabo el procedimiento y los que dictaban la resolución en el derecho romano más antiguo, las diferencias son más grandes que las semejanzas. El gran historiador Theodor Mommsen en su famosa *Historia de Roma*, hablando de la situación a la caída de Tarquino el Soberbio y refiriéndose a los que llamamos *cónsules* en esa época sostiene que “en lugar del rey vitalicio, se instituyeron dos reyes anuales, que se llamaron generales del ejército (*praetoris, prae-itor*) o jueces (*iudices*), o simplemente colegas (*consules, consuls*), encargándose el uno, por ejemplo, del mando del ejército y el otro de la administración de justicia”.⁷³ Al paso del tiempo, entre la función de los *cónsules*, las tareas de administración y resolución de conflictos de los diversos *praetori*, la labor de los *curules*, lo que hacían distintos tipos de *praefectus*, los *magistrados*, los *iudices* (desaparecidos durante mucho tiempo) y los llamados *recuperatores*,⁷⁴ existían tales diferencias que no es posible hablar de ellos con un nombre genérico. Como lo hace notar Vittorio Scialoja, “Hoy estamos tan habituados a distinguir la autoridad judicial de la autoridad administrativa, con una línea precisa de separación entre los poderes legislativo, judicial y ejecutivo, que difícilmente llegamos a concebir un orden diferente de cosas. No era así en el derecho público

⁷³ MOMMSEN, Theodor, *Historia de Roma*, t. I, de la Fundación a la República (que corresponde a los libros I, II y III de la *Römische Geschichte*, publicada en 1855-1856), Aguilar, Madrid, 8a. ed., 1990, pp. 295 y 296.

⁷⁴ SCIALOJA, Vittorio, *Procedimiento civil romano*, EJEA, Buenos Aires, 1954, pp. 105-121.

romano; por el contrario, la jurisdicción, o sea la función de la autoridad judicial, iba mezclada con la función del poder ejecutivo y administrativo, del cual incluso era consecuencia”.⁷⁵ Dentro de todas estas funciones difícilmente encontramos alguna figura que pueda parecerse a los jueces actuales.

En la historia de Francia los jueces fueron sucesivamente y a veces al mismo tiempo los *prévots*, que principalmente desempeñaban funciones fiscales, de policía y de administración, y secundariamente funciones judiciales a nombre del rey. Junto con ellos desempeñaba funciones judiciales la Corte del rey en el parlamento, *curia regis in parlamento*, y además, el rey mismo, como la cúspide de la justicia. Después, a partir del siglo XIV los *prévots* se especializan y casi dejan totalmente sus funciones administrativas, se independizan del gobierno del rey y se agremian en los diferentes *parlements* (trece en total en todo el reino), que ya para entonces son sindicatos de jueces que ejercen un oficio libre.

En Inglaterra desde finales del siglo XV la Corte judicial del rey, *Court of Chancery*, tenía como juez principal al *Lord Chancellor*, que, como lo señala el profesor Jolowicz, “era al mismo tiempo un juez y un administrador y como alto oficial del Estado era también miembro de la legislatura (*by the late 15 Century, the Chancellor was both a judge and an administrator. As a high officer of State he was also a member of the Legislature*).”⁷⁶

Una de las ideas más repetidas sobre la cuestión de ¿quiénes son los jueces?, es la que señala que aun cuando no pueda hacerse una distinción clara entre la actividad administrativa y la actividad judicial, existe una distinción evidente entre la actividad legislativa y la judicial, es decir, una distinción categórica entre las leyes y las decisiones judiciales. Los actos legislativos, es decir las leyes, son reglas de aplicación general a diferencia de las resoluciones judiciales, que únicamente se ocupan de un caso específico y solamente tienen efectos sobre aquellos que son partes en ese juicio. Esta distinción a par-

⁷⁵ *Ibidem*, p. 105.

⁷⁶ JOLOWICZ, J. A., “Judicial Re-Organization in England and Wales: Constitutional Change in Prospect”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 8, 2004, p. 291.

tir de una función judicial separada y diferente de la creación de reglas de aplicación general, no tiene ningún sentido dentro de la concepción del derecho del *Common Law*, en la cual, a partir de las resoluciones judiciales en los casos concretos se forman las reglas generales en las que se contiene precisamente “el derecho común”; el *Common Law* es así el derecho establecido por los jueces.

En su famosa conferencia sobre “El método en la sociología y el juez como legislador”, recopilada después en su obra *The Judicial Process*,⁷⁷ Benjamín N. Cardozo, juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos de 1932 a 1938, destacaba que frente al derecho establecido por las leyes formales, la función del juez en el proceso judicial se debe apoyar, igual que la función del legislador, en la lógica, la historia, la costumbre, la utilidad y los estándares aceptados de lo que es una conducta correcta: “esas son las fuerzas que solas o combinadas conforman el progreso del derecho”; y que, además, el interés social al cual sirven la simetría y la certeza del derecho hecho por el legislador, debe ser balanceado contra el interés social al cual sirven la equidad, la justicia y otros elementos del bienestar social. El juez y el legislador, “cada uno legisla dentro de los límites de su competencia”. “No hay nada nuevo en esta forma de ver la función judicial; esta es la manera en que las cortes judiciales han hecho su trabajo durante siglos en el desarrollo del *Common Law*”.⁷⁸ Sin duda los límites para el juez son más estrechos, pues, como lo dice citando a Charmont: “el juez no puede intervenir sino para suplir las fuentes formales, pero aun en esa medida no tiene amplitud total para crear reglas de derecho. Así no puede ni acabar con los principios generales de nuestra organización jurídica, explícita o implícitamente consagrados, ni hacer una reglamentación al detalle para el ejercicio de ciertos derechos”.⁷⁹

⁷⁷ El título completo del famoso libro de CARDOZO es *The Nature of the Judicial Process*, publicado por primera vez en 1921 y en él aparecen las cuatro conferencias ofrecidas en la Universidad de Yale.

⁷⁸ “There is in truth nothing revolutionary or even novel in this view of the judicial function. It is the way that courts have gone about their business for centuries in the development of the common law”, *op. cit.*, p. 116.

⁷⁹ CHARMONT, *La renaissance du droit naturel*, p. 181, citado por CARDOZO, p. 114.

La distinción entre la actividad legislativa y la actividad judicial como una separación drástica de funciones, obviamente, no tiene ningún respaldo histórico; en la historia fueron muchas las situaciones en que los grandes personajes que tenían el poder sobre la población ejercían todas las funciones de gobierno y, al decidir un caso particular hacían de su resolución una regla general que, naturalmente, podían cambiar o derogar cuando lo quisieran. El parlamento inglés, que según Trevelyan era al mismo tiempo una asamblea con funciones legislativas, administrativas y judiciales, es también un ejemplo histórico de esto último.⁸⁰ En lo que toca a que en un buen gobierno esas funciones “diferentes” deban estar encomendadas a entidades distintas, es oportuno recordar las intervenciones del parlamento inglés en la actualidad sobre algunas decisiones judiciales en los casos *Rookes vs. Barnard*⁸¹ y en *Burmah Oil Co.*⁸² en que se hicieron dos leyes precisamente para dejar sin efecto esas resoluciones judiciales.

Es en este punto y a propósito de la posibilidad de que los jueces puedan no únicamente declarar el derecho de las partes en el caso que se les presenta sino anular, es decir derogar, disposiciones generales contenidas en las leyes expedidas por las asambleas legislativas en donde, a pesar de sus incoherencias y de su pobreza argumentativa, se ve la gran importancia de la resolución dictada en el caso *Marbury vs. Madison* en los Estados Unidos.

La búsqueda de una definición general absoluta para caracterizar una función de los hombres y mujeres que han desempeñado una actividad pública, válida para todos los casos en todos los países y en todas las épocas, es imposible. Debemos conformarnos con aproximaciones generales y con descripciones de las características específicas que tiene una función; es decir, con la descripción de qué es lo que hacen ciertos jueces o ciertos funcionarios, en un determinado país en la época de la que estemos hablando.

En el estado actual de la discusión sobre la diferencia entre la actividad legislativa y la actividad judicial, la distinción basada en que,

⁸⁰ “It was not more legislative than administrative, not more financial than judicial”. TREVELYAN, G. M., *A Shortened History of England*, Penguin Books, Middlesex, 1971, p. 151.

⁸¹ *Rookes vs. Barnard* (1964), A. C. 1129.

⁸² *Burmah Oil Co. Ltd. vs. Lord Advocate* (1965), A. C. 75.

aun cuando ambas dicen lo que es el derecho, la actividad legislativa lo hace de una manera general emitiendo reglas que valen para todos aquellos que se encuentran en la misma situación o comparten las mismas características; en tanto que, en la actividad judicial, normal o habitualmente, se dice lo que es el derecho sólo con efectos para el caso específico que se está juzgando, puede ser de alguna utilidad, pero de ninguna manera es una distinción absoluta. Las declaraciones de los jueces, generalmente, las más de las veces, en casi todas partes del mundo, sólo tienen efectos en el caso específico que les fue presentado para su resolución. Si suprimimos esta manera de distinguir la actividad del juez de la actividad del legislador, que como muchas otras cosas es sólo una distinción general y aproximada, y aceptamos que ambas pueden consistir en el establecimiento de reglas generales, sucede que en algunos casos es imposible diferenciarlas, lo cual resulta escandaloso para muchas personas dedicadas al estudio del derecho. En mi opinión, el hecho de que los jueces puedan en algunos casos establecer reglas que tengan efectos generales, no afecta el orden jurídico, ni causa por sí mismo un daño social. En cuanto al punto de si esa actividad lesiona el "Estado de Derecho", debo decir que esa es una pregunta imposible de contestar, porque no existe el menor acuerdo entre los estudiosos sobre qué significa tal expresión; los tratadistas, los jueces y los abogados la usan con tantas significaciones distintas, que acaba por ser una expresión claramente inútil para describir cualquier cosa.