

Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas
Anuario de Historia de América Latina

55 | 2018 | 27-59

Andréa Slemian
Carlos Garriga

Universidade Federal de São Paulo
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko
Unibersitatea

Justicia popular
Sobre la dimensión judicial del primer
constitucionalismo iberoamericano



Except where otherwise noted, this article is licensed under a
Creative Commons Attribution 4.0 International license (CC BY 4.0)

<https://doi.org/10.15460/jbla.55.65>

Justicia popular Sobre la dimensión judicial del primer constitucionalismo iberoamericano

*Andréa Slemian
Carlos Garriga*

Resumen. - Se mantiene en este trabajo que una de las características más significativas de la justicia en el primer constitucionalismo latinoamericano, desarrollado en respuesta a las crisis de las monarquías ibéricas, fue su dimensión popular, que obedecía tanto a las dificultades de organizar una justicia letrada como a la fuerte desconfianza hacia los jueces profesionales. En el marco de la tradición jurídica compartida, muy determinante en este punto, y junto a invocaciones a la centralidad de la ley, se articularon entonces constitucionalmente diversas formas de participación decisoria de los legos en la administración de la justicia, ya sea para determinar judicialmente el derecho, ya sea para elegir o controlar quién determina judicialmente el derecho. Tras reconstruir el discurso normativo sobre la justicia y sus instituciones en este constitucionalismo, se rastrean aquí los trazos de dicha justicia popular.

Palabras clave: instituciones judiciales; siglo XIX; jurados; jueces de paz; justicia electiva.

Abstract. - This article proposes that one of the most significant features of justice in the first Latin American constitutionalism, that developed in response to the crisis of the Iberian monarchies, is its popular dimension. This popular dimension was conditioned both by the difficulties of organizing a learned justice and by a strong distrust of the professional judges. Within the framework of a shared and highly determining legal tradition, and alongside the invocations of the law's centrality, different forms of lay participation were constitutionally articulated in the administration of justice – either to judicially determine the law, either to elect, or to control who judicially determines the law. After rebuilding the normative

discourse about justice and its institutions in this constitutionalism, we will pursue here the traces of such popular justice.

Keywords: Judicial Institutions; Nineteenth Century; Jury; Justices of the Peace; Elected Justice.

“Estamos em tempo de tomar todas as prevenções, para que os juizes não possam impunemente abusar de sua autoridade”.

Justicia y constitución

Con esta frase, José Peixoto Sarmento de Queiroz, a la sazón diputado portugués por la provincia de Minho, defendía incisivamente en sesión de diciembre de 1820 de las Cortes de Lisboa la introducción del juicio por jurados en la organización judicial de Portugal y sus antiguos dominios. Tras la aparente simplicidad de su enunciado, asomaba el principal desafío que enfrentaron las primeras Constituciones escritas en el orbe ibero-americano en lo tocante a la justicia: la necesidad de limitar y controlar la acción de los jueces. No es que el problema fuera nuevo, claro está: en el medio institucional de una justicia que se hacía depender de los jueces y estaba sostenida por una larga cultura de textos de saber, la tradición podía seguramente remontarse hasta el impercedero “Quid custodiat ipsos custodes?” de Juvenal¹. Pero fue planteado en el siglo XVIII sobre nuevas bases, que son las que dan sentido al argumento del diputado Queiroz, inmediatamente motivado por una fuerte desconfianza hacia los jueces profesionales y ampliamente difundido en los círculos ilustrados.

El problema que la crítica ilustrada de la justicia puso sobre la mesa, a vueltas de las insistentes denuncias de corrupciones y carestías, arbitrariedades y dilaciones fue, en último término, a quién pertenece la determinación del derecho, siempre para rechazar que correspondiera a los jueces, como era sin embargo consustancial al orden tradicional². Al lado de las más habituales

¹ Max Rheinstein, “Who Watches the Watchmen?”: Paul Sayre (ed.), *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honour of Roscoe Pound*, New York: Oxford U. P., 1947, pp. 589-610; Carlos Garriga, “Justicia animada. Dispositivos de la justicia en la Monarquía católica”: Marta Lorente (ed.), *De justicia de jueces a justicia de leyes. Hacia la España de 1870*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 59-104.

² Cfr. M. Paz Alonso Romero, *Orden procesal y garantías entre Antiguo Régimen y constitucionalismo gaditano*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

invocaciones a la ley y siempre en contra del arbitrio judicial, por esta vía entra potentemente en consideración el modelo de justicia inglés y muy particularmente el jury, la justicia de jurado, una justicia entre iguales.

El jury era parte sustancial de la solución que ofrecía el constitucionalismo, entendido como la cultura de derechos individuales forjada en Inglaterra, textualizada allí por autores como Blackstone y difundida en el continente por otros como el suizo De Lolme: una solución que pasaba por la combinación de dos instancias de determinación del derecho, ambas popularmente legitimadas, el jurado y el parlamento³. Uno y otro, los dos complementariamente, eran, como ha enfatizado Clavero, las claves de aquella cultura: “Teníamos que modelo constitucional sólo hay de entrada uno y que éste se apoya sobre la doble base ciudadana del jurado y del parlamento, sobre este par de pilares así constitucionales”⁴.

Por constitucional, este fue el referente inequívoco de las dos revoluciones atlánticas en punto a justicia, con resultados, sin embargo, bien distintos a ambos lados del océano. Mientras que en Estados Unidos el jury tuvo desde el principio y mantuvo en su desarrollo la consideración de derecho constitucional subjetivo (*right*), indisponible como tal para cualquier instancia de poder y dotado en cuanto institución de autoridad propia para la determinación del derecho, en Francia, arrastrado por la deriva legalista que apunta ya en la Constitución de 1791, quedó enseguida mediatizado por el Parlamento (esto es, sujeto a ley), circunscrito al campo penal y reducido a la calificación de los hechos, a título de garantía procesal contra las arbitrariedades de los jueces⁵.

Ciertamente, aquí la Revolución hizo al punto tabla rasa del aparato judicial d’ancien régime y se aplicó a organizar otra justicia, una justicia electiva y temporal, enteramente ciudadana, que tenía como palabras clave: conciliación, arbitraje, jueces de paz, tribunales de familia, jury, tribunales de distrito...⁶ Enfatizando estas características, se ha hablado, con términos un tanto equívocos, de un “modelo judicial liberal”, cuya finalidad era proteger las

[CEPC], 2008, pp. 131-184, que debe tenerse presente también para lo que sigue (especialmente, pp.172-184).

³ Bartolomé Clavero, *El Orden de los Poderes. Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*, Madrid: Trotta, 2007.

⁴ Bartolomé Clavero, *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Madrid: Trotta, 1997, pp. 41-180, esp. 128.

⁵ *Ibidem*; Antonio Padoa Schioppa, *La giuria penale in Francia. Dai “philosophes” alla costituente*, Milano: LED, 1994.

⁶ Robert Badinter (ed.), *Une autre justice. Contributions à l’histoire de la justice sous la Révolution française (1789-1799)*, Paris: Fayard, 1989. Para la liquidación del viejo aparato, notablemente, Jacqueline Lucienne Lafon, *La Révolution française face au système judiciaire d’ancien régime*, Genève: Droz, 2001.

libertades individuales de los ciudadanos y no se extendería más allá de diez años⁷. La Constituyente puso la justicia en manos de ciudadanos elegidos: “Le pouvoir judiciaire est délégué à des juges élus à temps par le peuple” (Const. 1791, tit. III, art. 5)⁸. Pero era una justicia que se entendía ya como “dependencia de ley”, presupuesto para el desarrollo de “una especie alternativa de modelo (sedicentemente constitucional)”, el que sustenta su peso ciudadano sobre la institución del parlamento debilitando o incluso cancelando como sostén constitucional la del jurado⁹. Como se ha dicho para el ámbito penal, “les députés élus font la loi, le jury de citoyens constate le fait criminel, les juges élus appliquent la peine prévue à l’encontre des manquements à la loi penale”¹⁰. Sobre esta base cobra pleno sentido el conjunto de expedientes nomofilácticos dispuestos por la Constituyente (motivación, référé y muy singularmente el Tribunal de Cassation, también de elección ciudadana¹¹) para instalar el “Règne de la loi”; esto es, destinados precisamente a garantizar que la determinación del derecho correspondiese exclusivamente al parlamento, la Asamblea Nacional¹².

Al cabo, la solución al problema de la justicia planteado que aquí y así se abre camino consiste en vincular los jueces a la ley, que por parlamentaria se entiende popularmente legitimada, y en reducir su radio de acción mediante distintas formas de intervención ciudadana en la justicia. Por mucho que se ensanche el espacio político del parlamento en detrimento de la justicia, no por ello deja de organizarse y propiciarse en su administración la participación popular.

Cabe hablar, por tanto, y se habla de una justicia popular, que no quedó circunscrita al jurado, tuvo un peso decisivo en estos arranques constitucionales, y a diferencia de aquél distaba mucho de ser ajena a la tradición jurisprudencial del *ius commune*¹³. Es obvio que, en contraste con el

⁷ Emmanuel Berger, *La justice pénale sous la Révolution. Les enjeux d’un modèle judiciaire libéral*, Rennes: P. U. de Rennes, 2008, especialmente pp. 13-31.

⁸ Guillaume Métairie, “L’électivité des magistrats judiciaires en France. Entre Révolution et monarchies (1789-1814)”: Jacques Krynen (ed.), *L’élection des juges. Étude historique française et contemporaine*, Paris: PUF, 1999, pp. 21-65.

⁹ Clavero, *Happy Constitution*, p. 77.

¹⁰ Frédéric Chauvaud / Jacques-Guy Petit / Jean-Jacques Yvovel, *Histoire de la Justice de la Révolution à nos jours*, Rennes: PUR, 2007, p. 33.

¹¹ Jean-Louis Halpérin, *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris: LGDJ, 1987, pp. 91-94 para la elección.

¹² Conserva su utilidad el viejo trabajo de Jean Ray, “La Révolution Française et la pensée juridique. L’idée du règne de la loi”: *Revue Philosophique de la France et de l’Étranger*, 128: 9/12 (1939), pp. 364-393.

¹³ Émilie Delivré / Emmanuel Berger (eds.), *Popular Justice in Europe (18th-19th Centuries)*, Bologna – Berlín: Il Mulino – Duncker & Humblot, 2014; Émilie Delivré /

caso inglés, la historia de la justicia en este ámbito –calificado luego de civil law– puede leerse en clave de desplazamiento de la justicia legada por una justicia profesional, si usamos los términos de Dawson en su pionera y todavía imprescindible reconstrucción¹⁴; pero la historiografía europea viene destacando desde la obra también seminal de Bossy la difusión y alcance de las distintas formas comunitarias de resolución de los conflictos que con sus raíces medievales se desarrollan durante la edad moderna y llegan vivas hasta el umbral de la Revolución¹⁵, para ser adoptadas, renovadas y generalizadas por ésta en clave constitucional (esto es, garantizadora de los derechos). Una clave que por cierto no suele ser considerada por la abundante historiografía socio-institucional que han merecido en los últimos años¹⁶, ni tampoco por la del constitucionalismo al uso, más atenta al desenlace estatalista que, bajo la forma de justicia centralizada y jerarquizada, se impone a partir de la reforma judicial del año VIII y es impuesta por Napoleón a escala continental europea¹⁷.

Con este trasfondo, que siquiera como tal debe tenerse presente, nuestro propósito aquí es indagar hasta qué punto puede hablarse de justicia popular en el primer constitucionalismo ibérico. A estos efectos, bajo esta rúbrica quedarían englobadas, ya iremos precisando por qué, todas las formas de participación decisoria de los legos en la administración de la justicia, ya sea para determinar judicialmente el derecho, ya sea para decidir o controlar quién determina judicialmente el derecho.

El marco de referencia nos viene en buena medida dado por la mejor historiografía que en los últimos años ha venido destacando la entidad y singularidades de este momento constitucional en todo el espacio ibérico¹⁸. Por

Emmanuel Berger / Martin Löhnig (eds.), *Popular Justice in Times of Transition (19th and 20th Century Europe)*, Bologna – Berlín: Il Mulino – Duncker & Humboldt, 2017.

¹⁴ John P. Dawson, *A History of Lay Judges*, Harvard: Harvard U. P., 1960 (reprint 2013). Y de modo también general, James Q. Whitman, *The Origins of Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial*, Yale: Yale U. P., 2008.

¹⁵ Cfr. John Bossy (ed.), *Disputes and Settlements. Law and Human Relations in the West*, Cambridge: Cambridge U. P., 1983; y últimamente, Paolo Broggio / Maria Pia Paoli (eds.), *Stringere la pace. Teorie e pratiche della conciliazione nell'Europa moderna (secoli XV-XVIII)*, Roma: Viella, 2011; Stephen Cummins / Laura Kounine, *Cultures of Conflict Resolution in Early Modern Europe*, Farnham: Ashgate, 2016.

¹⁶ Cfr., Jean-Claude Farcy, *L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours. Trois décennies de recherches*, Paris: PUF, 2001, especialmente pp. 174-196.

¹⁷ Entre otros, Carmen Muñoz de Bustillo, “La fallida recepción en España de la justicia napoleónica (1808-1812)”: Lorente (ed.), *De justicia*, pp. 135-168; Carolina Castellano, *Il mestiere del giudice. Magistrati e sistema giuridico tra i francesi e i Borboni (1799-1848)*, Bologna: Il Mulino, 2004.

¹⁸ Por todos, Marta Lorente / José M^a Portillo (eds.), *El momento gaditano. La Constitución en el orbe hispánico (1808-1826)*, Madrid: Congreso de los Diputados, 2012.

mucho que las experiencias constitucionales disponibles sirvieran de referente, aquí el problema de la reforma de la justicia estuvo fuertemente determinado por las características que revistió la crisis de las Monarquías hispana y portuguesa, que en un sentido amplio considerada y con sus respectivas peculiaridades cubre grosso modo los tercios final del siglo XVIII y primero del XIX, pero tuvo su punto álgido con la intervención napoleónica en la Península Ibérica y se saldó con los resultados bien distintos en España y Portugal de todos conocidos, que repercutieron de manera asimismo diferenciada en sus respectivos dominios americanos¹⁹. Mientras que la dinastía portuguesa sorteó la crisis trasladando la Corte a Brasil y fundando allí un Imperio transoceánico, que sería roto por la parte europea; en España la renuncia al trono de sus reyes abocó a la desintegración de la Monarquía y desencadenó el proceso –abrupto, muy conflictivo, disimultáneo– que terminó llevando a la independencia de las Américas.

Esta vinculación crisis-constitución es clave para comprender los desenvolvimientos constitucionales de estas primeras décadas en un espacio, el espacio ibérico, que se reveló a estos efectos fuertemente transitivo²⁰. Si la producción de textos constitucionales en los otrora dominios españoles y portugueses en América no debe ser contemplada de forma aislada, tampoco parece apropiado adoptar la clave teleológica implícita en la expresión “constitucionalismo latinoamericano”²¹. El encuadramiento de esta problemática en el marco de la crisis que asoló las monarquías ibéricas a partir de 1808 viene posibilitando, en las dos últimas décadas, una mejor comprensión de aquellos procesos y de paso una valoración creciente de su dimensión institucional²².

Decisivo a este respecto ha sido valorar los procesos de independencia en clave de emancipación, poniendo en primer plano que la ruptura política con las metrópolis no supuso una ruptura jurídica con la compleja tradición compartida, una de cuyas principales características era precisamente su proteica adaptación al medio –su localización–, como el complejo proceso de

¹⁹ José M. Portillo Valdés, *Crisis atlántica. Autonomía e independencia en la crisis de la monarquía hispana*, Madrid: Fundación Carolina/Marcial Pons, 2006. Para la situación de partida en nuestro ámbito: Carlos Garriga, “Os límites do reformismo borbónico. A propósito de la administração da justiça na América española”: *Almanack*, 6 (2013), pp. 38-60; Andréa Slemian, “A primeira das virtudes. Justiça e reformismo ilustrado na América portuguesa face à española”: *Revista Complutense de Historia de América*, 40 (2014), pp. 60-92.

²⁰ José M. Portillo Valdés, *Historia mínima del constitucionalismo en América Latina*, Mexico: El Colegio de México, A. C., 2016.

²¹ Como mínimo, Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Argentina: Katz, 2014.

²² Lorente / Portillo (eds.), *El momento gaditano*.

transición entre el viejo orden jurídico-político y los órdenes legales de los nuevos Estados sedicentemente nacionales demostraría²³. Sin desconocer la difusión de idearios constitucionales inequívocamente “modernos”, esta clave pone de relieve el peso decisivo de la tradición en la construcción discursiva e institucional de novedosas soluciones análogas a las circunstancias propias, en el conflictivo contexto a la sazón instalado en todo el mundo ibérico.

Ahora bien, precisamente por esto, debemos cuidarnos de establecer apriorísticamente una relación de continuidad natural entre las soluciones constitucionales a la crisis y la construcción de los Estados nacionales en América, y no sólo porque la ruptura con las metrópolis no siempre fuese ni mucho menos la opción inicial. El proceso de reordenación de los espacios políticos que entonces tiene lugar estuvo fuertemente marcado por los conflictos de todo orden que, siendo evidentemente políticos, se desarrollaron a diferentes escalas e involucraron, muchas veces en guerra abierta, a sujetos políticos territoriales, pueblos indígenas y otros colectivos étnicamente diferenciados que amparados en una larga tradición de autogobierno corporativo defendían opciones alternativas a los Estados nacionales criollos finalmente instalados.

No son estos, pues, nuestro punto de referencia, sino más bien el complejo y plural proceso de estatalización que, teniendo como presupuesto la asunción de un poder constituyente, vino a sustanciarse en una multiforme recomposición propia de la tradición común, desarrollada en el marco de las nuevas, precarias y más o menos cambiantes unidades políticas soberanas que resultaron de las crisis de las Monarquías, a menudo en conflicto con otros sujetos políticos territoriales, étnicamente complejos, abanderados de los derechos de los pueblos. En la América portuguesa, aunque el emperador logró mantener la inviolabilidad de su soberanía y la unidad de sus territorios, se multiplicaron también los focos de tensión y enfrentamiento, sobre todo tras la apertura del proceso constitucional en 1820, cuando el Imperio portugués atravesó vicisitudes no tan distintas de las desencadenadas en el mundo hispánico.

Aunque muchos de los documentos constitucionales entonces proyectados no llegaran a ser efectivamente implementados o vigorasen por corto tiempo, la performance de todo este conjunto normativo resulta por demás expresiva

²³ Carlos Garriga, “Continuidad y cambio del orden jurídico”: Idem (ed.), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, México: Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora et al., 2010, pp. 59-106; Carlos Garriga / Andréa Slemian, “Em trajes brasileiros. Justiça e constituição na América ibérica (c. 1750-1850)”: *Revista de História*, 169 (2013), pp. 181-221. Para la clave indicada, José M. Portillo Valdés, “Emancipación. Entre derecho y rebelión”: *Dimensões*, 39 (2017), pp. 138-168.

de la fuerte movilización que el constitucionalismo bajo cualquiera de sus formas provocaba²⁴. Tratándose de proyectos para organizar la convivencia, la justicia y su dimensión institucional están omnipresentes y ocupan el lugar central que en su condición de garantía de los derechos le corresponde. En esta clave, el debate de fondo es, como no podía ser de otro modo y ha sido ya destacado, el quién y el cómo de su administración, al que grosso modo subyace, de manera abierta o soterrada si se nos permite la simplificación, el contraste entre dos concepciones in extremis alternativas de la justicia, una popular y otra letrada y/o puramente estatal, con toda su gama de posibilidades intermedias²⁵. Más difícil de detectar –por razones obvias– aquella que ésta, nuestro propósito en las páginas que siguen es reconstruir el discurso normativo sobre la justicia y sus aparatos (II), para rastrear después los trazos y las trazas de justicia popular en este primer constitucionalismo latinoamericano (III).

El poder judicial y sus dispositivos

Todas las constituciones elaboradas en este descomunal laboratorio acogen, con unos u otros términos, el principio de división o separación de poderes o potestades y otorgan esta condición al que concentra la facultad pública de administrar justicia. Evocado con distintas expresiones no siempre y sin más intercambiables (poder judicial, potestad judicial, administración de justicia), pasó a ser entonces estándar la afirmación de su independencia de los otros poderes, la circunscripción de su función a la decisión de los contenciosos mediante la aplicación de las leyes, y la atribución de su ejercicio a los jueces y magistrados legalmente determinados, siempre bajo estrictas reglas de responsabilidad.

Pero más allá de las implicaciones que encierra la expresión “poder judicial”, que es con mucho la más difundida, el sentido de nuestro primer constitucionalismo está bien reflejado en las declaraciones que abren el abordaje de la justicia en la Constitución chilena de 1823 –“El Poder judicial

²⁴ Si otra cosa no se indica, citamos las constituciones por las ediciones originales disponibles en: <http://www.modern-constitutions.de>.

²⁵ Así, explícitamente, Víctor Tau Anzoátegui, “La administración de justicia en las Provincias Argentinas (1820-1853). Planteo preliminar para su estudio”: *Revista de Historia del Derecho*, 1 (1976), pp. 205-249, esp. 239-249; Osvaldo Barreneche, “¿Lega o letrada? Discusiones sobre la participación ciudadana en la justicia de la ciudad de Buenos Aires durante las primeras décadas de independencia y experiencia republicana”: Juan Manuel Palacio / Magdalena Candiotti (eds.), *Justicia, política y derechos en América Latina*, Buenos Aires: Prometeo, 2007, pp. 181-202.

protege los derechos individuales”– y lo cierran en la de 1828: “Restricciones del poder judicial”. El zeitgeist radicaba a la sazón en combinar adecuadamente el empoderamiento de los jueces y las garantías frente a sus arbitrariedades²⁶.

Presuponiendo en más o en menos los principios constitucionales del poder judicial, cobijados en términos como independencia e inamovilidad que azotados por los vientos del momento sabemos se ajustaban mal (o peor) a la realidad de las cosas, los abundantes textos normativos revelan cómo estaba entonces muy claro que la justicia era ante todo cuestión de dispositivos institucionales. Cuatro fueron los nudos problemáticos que enfrentó el primer constitucionalismo latinoamericano a la hora de organizar –que fue en verdad re-organizar– estatalmente el aparato judicial, a partir de la tradición común y en atención a sus propias circunstancias.

1) Un punto decisivo fue siempre la determinación de lo que fuera administrar justicia. Entendida constitucionalmente como actividad exclusiva y excluyente de los jueces, arrancaba de la tradicional dicotomía gubernativo-contencioso (que se mantuvo enteramente operativa) y quedaba invariablemente circunscrita a la resolución procesal de los negocios contenciosos, dejando fuera los asuntos gubernativos (o administrativos) que tradicionalmente les competían y siguiendo la secuencia: contencioso-proceso-sentencia, a la cual subyacía que la declaración del derecho exigida por el primero era realizada mediante las debidas garantías para los litigantes por esta última²⁷. Ahora bien, lo contencioso fue por lo común delimitado restrictivamente para acotar y hasta excluir de su ámbito los asuntos menores, tanto civiles como penales, hasta tal punto que puede hablarse de una tendencia a la desjudicialización de los conflictos seguramente más habituales en los pueblos, que apuntaba ya en Cádiz y es muy patente en América.

²⁶ António M. Hespanha, *Guiando a mão invisível. Direitos, Estado e Lei no liberalismo monárquico português*, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 111-112.

²⁷ Valga como ejemplo el caso de Chile, cuya ley de administración de justicia (2.VI.1824) establecía: “No podrá la Corte [de Apelaciones] tomar conocimiento alguno sobre los asuntos gubernativos, o económicos, salvo que se hicieren contenciosos, i vinieren en apelación de los juzgados de primera instancia”. Ricardo Anguita / Valerio Quesney, *Leyes promulgadas en Chile desde 1810 hasta 1901 inclusive*, Santiago de Chile, Imprenta Nacional, 1902, pp. 152-163. Cfr. Javier Barrientos Grandón, “La apelación en materia de gobierno y su aplicación en la Real Audiencia de Chile (Siglos XVII, XVIII, XIX)”: *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 16 (1990), pp. 343-382; Carlos Garriga, “Gobierno y justicia. El gobierno de la justicia”: Marta Lorente (ed.), *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009, pp. 45-113.

La ley de tribunales española (1812) había encomendado a los alcaldes, asociados con dos hombres buenos nombrados uno por cada parte, el conocimiento de los asuntos civiles de pequeña cuantía (que se determinaba) y de los criminales sobre injurias y faltas livianas que no merecieran otra pena que alguna reprehensión o corrección ligera, determinando unas y otros en juicio verbal, mediante providencia que sea justa, sin apelación ni otro recurso alguno²⁸.

Esta expresión, juicio verbal, que no contaba apenas con antecedentes en el derecho patrio y era de contenido incierto, se hallaba muy difundida con igual propósito en América, donde de hecho no fue infrecuente que se tratara de precisar, estableciendo legalmente los trámites –siempre muy sencillos– de tales juicios²⁹. Sin desconocerla, en lugares como México fue más habitual que estos asuntos fuesen directamente considerados gubernativos. Aquí, bajo el régimen federal, según la mayoría de las diecinueve constituciones estatales (1824-1835), tanto los negocios civiles de poca entidad como los delitos ligeros debían ser determinados gubernativamente y resueltos mediante providencias gubernativas, sin otro recurso alguno³⁰.

Tenemos la impresión de que, a pesar de ciertas ambigüedades, sustantivamente el sentido de unas y otras expresiones no es muy diferente, porque excluyendo la “forma de juicio” (ordinario) se trataba en todo caso de configurar un espacio de instancia única y previa a la primera, que quedaba al margen del orden judicial (ahora volvemos sobre esto) y era susceptible de ser poblado por muy diversas autoridades locales. El reglamento chileno de 1824 encomendaba estos asuntos a las autoridades gubernativas locales y territoriales: inspectores, prefectos y subdelegados³¹. No es el único caso ciertamente, pero lo más común fue que correspondiesen a los jueces legos

²⁸ Decreto CCI, de 9 de octubre de 1812 (Reglamento de las Audiencias y Juzgados de primera instancia), cap. III, art. V (Colección de los decretos y órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias [...]. Mandada publicar de orden de las mismas, t. III, Cádiz: Imprenta Nacional, 1813, pp. 98-121). Cfr. Fernando Martínez Pérez, *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, Madrid: CEPC, 1999, pp. 434-436, 484-507.

²⁹ Cfr. Manuel de la Peña y Peña, *Lecciones de práctica forense mejicana, escritas a beneficio de la Academia Nacional de Derecho Público y Privado de Méjico, I*, México, Imprenta a cargo de Juan Ojeda, 1835, cap. III, sec. I, § 40, sobre las diferencias entre conciliación y juicio verbal, pp. 94-95.

³⁰ Carlos Garriga, “El federalismo judicial mexicano, 1824-1835”: Beatriz Rojas (ed.), *Procesos constitucionales mexicanos. La Constitución de 1824 y la antigua constitución*, México, Instituto Mora, 2017, pp. 154-271, pp. 180-186. Para el caso argentino, infra nota 54.

³¹ Reglamento de Administración de Justicia, 2.VI.1824, tít. I (“Juicios de menor cuantía”) (Leyes promulgadas en Chile, pp. 152-263). Aquí, por excepción, se admiten recursos dentro de la escala jerárquica que forman dichas autoridades.

locales (fuesen de paz, como en Perú, o alcaldes) o bien a autoridades subalternas ad hoc de designación municipal, como los “Jueces de Haciendas, Ranchos y Aldeas” establecidos por la ley de arreglo de tribunales de San Luis Potosí (1827)³². En cualquier caso, y en la medida que se prohíbe cualquier recurso judicial, el espacio de estos asuntos quedaba jurisdiccionalmente exento del orden judicial, con el que no había más vía de conexión que la abierta por la responsabilidad de las autoridades que lo ocupaban. En estas circunstancias, no es difícil suponer que, bajo la rúbrica formal de “juicios verbales”, tuvieran cabida, y en todo caso cupiese el desarrollo de, formas tradicionales de justicia comunitaria, unas u otras que fuesen, incluyendo desde luego las indígenas³³.

En esta misma línea, este constitucionalismo es unánime al condicionar el ingreso en el espacio judicial a la conciliación, que se impone obligatoriamente como medio de solución prejudicial de los conflictos.

2) En este marco, que delimitaba el espectro de lo contencioso que las autoridades judiciales estaban llamadas a ocupar, el primer punto de relevancia constitucional se refiere a la concepción misma de la función judicial y determina fuertemente su organización, planteando de inmediato el problema de la vinculación del juez a la ley.

Los tribunales se presentan como aplicadores o meros ejecutores de las leyes, en su función (que es potestad) de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. “La justicia –se lee en la Constitución de Zacatecas (1824)– se administrará aplicando las leyes en las causas civiles y criminales”³⁴. Con unas u otras cláusulas, este es el sentido que tienen todas las constitucionalmente dedicadas a definir qué es la administración de justicia: queda circunscrita a la aplicación de las leyes y se desdobra a su vez en dos vertientes, procedimental y sustantiva.

Las constituciones dotaron al proceso de una serie de garantías que incidían decisivamente en el orden tradicional y a menudo se formularon en términos negativos, esto es, como prohibiciones de prácticas hasta entonces lícitas:

³² Decr. 20.III.1827, sobre “arreglo de Tribunales para la Administración de Justicia en el Estado” de San Luis Potosí, cap. VII, arts. 1-3: (Legislación potosina o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde 21 de abril de 1824. Edición oficial, I, San Luis Potosí: Imprenta de la Escuela Militar Industrial, 1892, p. 140).

³³ Por todos, Bartolomé Clavero, “Multitud de Ayuntamientos. Ciudadanía indígena entre la Nueva España y México”: Miguel León-Portilla / Alicia Mayer (eds.), *Los indígenas en la Independencia y en la Revolución mexicana*, México: UNAM – INAH, 2010, pp. 433-456, esp. 438 (a propósito de la “jurisdicción comunitaria que aplique derecho consuetudinario”), y su bibliografía.

³⁴ Citamos las constituciones mexicanas por la Colección de Constituciones de los Estados Unidos Mexicanos, 3 tomos, México: Imprenta de Galván a cargo de Mariano Arévalo, 1828 (ed. facs.: México: Cámara de Diputados – Miguel Ángel Porrúa, 2004).

prohibición de los juicios por comisión e irretroactividad de la ley, prohibición del tormento bajo cualquier forma, ciertas garantías en favor del detenido, etc. En la generalidad de los casos, además, las garantías constitucionales de la justicia quedaron blindadas mediante una cláusula general que declaraba indisponibles e indispensables las formalidades procesales, remitiéndose para su arreglo a leyes futuras.

De hecho, los congresos intervinieron con distintos alcances en la regulación del proceso, sea mediante leyes específicas o bien, mucho más frecuentemente, con ocasión de organizar la administración de justicia, casi siempre para simplificar los trámites a seguir por unos jueces preferentemente legos. En Brasil, por primera vez, fue promulgado en 1832 un Código do proceso criminal de primeira instancia, y proyectos de este alcance hubo varios por distintas partes de América. Además, el difundido recurso de nulidad, que en la estela de Cádiz prácticamente todas las constituciones hispanas contemplaron y era mutatis mutandis equivalente al de revista brasileño, tenía por objeto precisamente garantizar el cumplimiento de las formalidades procesales y exigir la responsabilidad derivada de su quebrantamiento.

Entendida como juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, la administración de justicia queda en estas constituciones circunscrita a la aplicación de las leyes, excluyente de toda otra operación que las tenga por objeto, ya sea suspender su ejecución o formar reglamentos para desarrollarlas, ya sea –y este es el punto– interpretarlas. Formuladas de uno u otro modo, no son infrecuentes cláusulas como esta: “Los tribunales son unos ejecutores de las leyes, y nunca podrán interpretarlas, ni suspender su ejecución”³⁵. O lo que es igual, la función judicial se define constitucionalmente a partir de la diferencia entre aplicar/ejecutar e interpretar las leyes y queda circunscrita a la primera³⁶.

Por supuesto, sabemos hoy –un hoy que no se remonta más allá de un siglo– que toda aplicación implica interpretación, pero esa distinción, que es típicamente ilustrada, tenía entonces su razón de ser y obedecía a una novedosa concepción legislativa del derecho inconciliable con el papel de la jurisprudencia presupuesto en la comprensión tradicional de la interpretación. Otra cosa es que lograran articularse los dispositivos institucionales adecuados a su realización, y otra más que estos surtieran efecto en el contexto del orden tradicional constitucionalmente revalidado. Es verdad que la obligación de motivar sentencias se recogió en algunas constituciones del área y comenzó en ciertas partes a ser legalmente impuesta, pero, como muestran las experiencias mexicana y brasileña, en un contexto de derecho no codificado podía servir a lo sumo para legitimar discursivamente la decisión del juez, no para hacer

³⁵ Constitución de Jalisco, 1824, art. 189.

³⁶ Para esto y lo que sigue, Garriga, “El federalismo”, pp. 190-202.

efectiva su vinculación a la ley³⁷. Por encendidos que fueran los discursos legalistas, la justicia en el primer constitucionalismo ibérico seguía dependiendo, como no podía ser de otro modo, de los jueces y no de las leyes. 3) Por eso, o también por eso, un problema clave en la arquitectura constitucional de la justicia era la determinación del número de instancias, en la medida que, siendo ineludible, exigía conjugar dos principios opuestos, la celeridad de la justicia y la valencia garantista contra la arbitrariedad de los jueces consustancial a los recursos judiciales. El punto de partida era la regla de tres instancias (primera, apelación y suplicación), que además de ser común respondía en el orden tradicional a la aritmética judicial determinante de la justicia, esto es, a la idea de que la justicia resultaba del consenso de un cierto número de jueces en torno a una misma decisión, sea sucesivamente a través de la escala vertical de los recursos (instancias), sea simultáneamente en el plano horizontal de los colegiados tribunales supremos (votos)³⁸.

La cuestión había suscitado en las Cortes de Cádiz un prolongado debate, que se saldó con la reformulación constitucional de la solución tradicional, reforzada en clave garantista con la novedosa prohibición de que un mismo magistrado pudiera conocer de pleito alguno en más de una instancia³⁹. La regla fue legislativamente desenvuelta en el Reglamento de las Audiencias y Juzgados de 1812 y tuvo un enorme impacto en todo el constitucionalismo hispano, que por lo general se atuvo a este criterio, con algunas excepciones puntuales⁴⁰. No fue el caso de Brasil, donde desde el primer momento, y siguiendo el ejemplo portugués, tan solo se admitieron dos instancias (primera y apelación)⁴¹.

En todo caso, dos o tres instancias que fueran, el primer constitucionalismo latinoamericano optó resueltamente, en este plano judicial, por una solución

³⁷ Marta Lorente / Carlos Garriga, "El juez y la ley. La motivación de las sentencias": Idem / Idem, Cádiz 1812. La Constitución jurisdiccional, Madrid: CEPC, 2007, pp. 261-312; Andréa Slemian, "Las monarquías constitucionales y la justicia. De Cádiz al Nuevo Mundo. El caso de la motivación de las sentencias en el Imperio de Brasil (1822-1850)": M. Teresa Calderón (ed.), Política y Constitución en tiempo de las Independencias, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 305-338.

³⁸ Carlos Garriga, "Aritmética judicial. Las operaciones de la justicia española (siglo XVIII)": José Reinaldo de Lima Lopes / Andréa Slemian (eds.), História das Justiças 1750-1850. Do Reformismo Ilustrado ao Liberalismo Constitucional, São Paulo: Alameda, 2018, pp. 109-202 (ebook).

³⁹ Constitución 1812, arts. 264 y 285. Si la regla de las tres instancias responde a la idea de que la justicia resulta del consenso de un cierto número de jueces en torno a una misma decisión, se trataba obviamente de evitar que quedase desvirtuada por la presumible afición de los jueces a sus propias sentencias. Alonso Romero, Orden procesal, pp. 281-288 y 298.

⁴⁰ Reglamento, 9.X.1812. Martínez, Entre confianza, pp. 380-385.

⁴¹ Constitución de Portugal, 1822, art. 188; Constitución de Brasil, 1824, art. 158.

federal, bien patente incluso en una Constitución tan renuente a toda forma de federalismo como la española de 1812: “todas las causas civiles y criminales se fenecerán dentro del territorio de cada audiencia” (art. 262), y se establecían veintidós (trece de ellas en América). En contra de la visión más habitual, la escala de tres grados jurisdiccionales no se correspondía en parte alguna con los espacios local-territorial-nacional, porque el juego de las instancias, si hablamos de los pleitos ordinarios, se desenvolvía enteramente en el plano territorial⁴². Esto es muy claro en el México federal (1824-1835), donde cada uno de los diecinueve Estados, siguiendo a su modo el esquema gaditano, organizó en su territorio tres instancias⁴³. Pero incluso allí donde se evitó o desechó la solución federal, como ocurrió en Colombia o Perú o Bolivia, esta configuración respondía bien a la distribución efectiva de poderes sobre el territorio, que grosso modo pivotaba sobre los pueblos y las provincias (fueran cuales fuesen sus nombres), dejando muy poco espacio para la construcción de una instancia decisoria “nacional”, que de hecho no se dio. En esta arquitectura constitucional las Cortes supremas estaban llamadas a desempeñar otras funciones, que implicando el enjuiciamiento de las altas magistraturas del Estado y la decisión final de los contenciosos entre los sujetos políticos territoriales (provincias, Estados), explican los procedimientos consensuados ideados para designar a sus magistrados y la extrema conflictividad política que a menudo rodeó su actuación⁴⁴.

Puede hablarse en consecuencia de un federalismo judicial, que no guarda correspondencia necesariamente con el político, llevó en cada unidad política soberana a la multiplicación territorial de instancias judiciales supremas y era además –esto es importante– perfectamente coherente con la configuración tradicional del orden jurídico: si la ley moderna exige uniformidad (o sea, casación), el derecho tradicional requiere de localización (o sea, adaptación al medio).

4) Decisivo a este respecto era la condición de juez y por ello otro nudo problemático sustancial es el modo como se configuran las distintas instancias judiciales. Aunque las soluciones fueron muy variadas, pivotan en general sobre tres dicotomías, que aun involucrando problemáticas diferentes dan

⁴² Sin reparar en ello, Matthew C. Mirow, *Latin American Law. A History of Private Law and Institutions in Spanish America*, Austin: University of Texas Press, 2004, pp. 107-115; Sarah. C. Chambers, “Citizens before the Law. The Role of Courts in Postindependence State Building in Spanish America”: Miguel A. Centeno / Agustín E. Ferraro (eds.), *State and Nation Making in Latin America and Spain. Republics of the Possible*, Cambridge U. P., 2013 (ebook), cap. 17.

⁴³ Garriga, “El federalismo”, Cuadro 5, pp. 206-211.

⁴⁴ Cfr. Linda Arnold, *Política y justicia. La Suprema Corte mexicana (1824-1855)*, México, UNAM, 1996; Carlos A. Ramos Núñez, *Historia de la Corte Suprema de Justicia del Perú*, I, Lima: FEPJ, 2008.

buena cuenta en su conjunto de los deseos que animaban y las realidades que constreñían este primer constitucionalismo. Entre estas últimas se hacen constantemente presentes la escasez de letrados y la falta de recursos económicos para implementar los aparatos judiciales normativamente diseñados.

En primer lugar, y más por su carácter decisivo que por su difusión o efectividad, hay que situar la distinción jueces de hecho–jueces de derecho, que da entrada bajo uno u otro nombre al jurado, previsto con diferentes alcances en muchas constituciones del área, mas siempre con tal condición y casi siempre como proyecto de futuro. Se trata de una novedad de enorme calado constitucional, que estuvo muy presente en el debate público iberoamericano de aquellos años, pero con muy escasos resultados, como más adelante veremos. En segundo lugar, la dicotomía juez lego–juez letrado, que permea hondamente este constitucionalismo. Si con carácter general puede decirse que la justicia de primera instancia es lego y letrada la prevista para las instancias superiores, no son pocas y sí muy notables las excepciones, que además (o aparte) de evidenciar la falta de letrados denunciada casi por doquier, responden también a las fuertes críticas que venía suscitando la justicia debida a los jueces de formación universitaria y al designio de participación popular para sortearlas. Sin por ello desplazar a otras más tradicionales de jueces legos, entró en escena con fuerza durante estos años la figura del juez de paz, que se difundió tan rápida como diversificadamente por buena parte del continente, quizá porque respondía más a la lógica expropiatoria inherente al proceso de estatalización en marcha que al mantenimiento de formas de justicia comunitaria.

Por último, el binomio jueces unipersonales–tribunales colegiados, que responde no solo –y muy evidentemente– a la lógica garantista de la aritmética judicial, sino también al más sustantivo designio de participación popular en la administración de la justicia, allí donde los tribunales se forman con jueces más o menos estables y cojueces de esa condición designados ad hoc. En este sentido, sólo con carácter general podría decirse que la justicia de primera instancia es unipersonal y colegiada la prevista para las instancias superiores, porque tampoco ahora son pocas y sí muy notables las excepciones en ambas direcciones. En el México federal, el Estado de Jalisco organizó tribunales colegiados para las tres instancias, mientras que todas eran en Puebla unipersonales, incluida la suprema.

El cuadro podría completarse todavía atendiendo al modo de designación de los jueces, para contraponer su elección popular (o sea, por el cuerpo electoral) a otros procedimientos cualesquiera, pero lo cierto es que no resulta tan evidente ni parece como las anteriores dicotomías fácilmente generalizable,

quizá porque la participación popular en la administración de la justicia no pasaba necesariamente por este punto, como veremos más adelante. Lo que sí se plantea de modo muy claro por todas partes es el problema de la legitimación constitucional de los jueces, que implicaba su procedimiento de designación y dio con frecuencia entrada a mecanismos electivos de uno u otro modo populares, pero se hacía depender principalmente de dos exigencias: la adhesión política de los jueces –explicitada mediante juramento– a los principios constitucionales y su responsabilidad personal en el ejercicio de la judicatura.⁴⁵ Si a nadie se le escapa la significación que tenía la adhesión política en el contexto de extrema conflictividad que pauta el desenvolvimiento de este primer constitucionalismo, la responsabilidad, que era consustancial a la noción misma de oficio de juez en la cultura jurisdiccional, fue ahora elevada al rango de garantía constitucional de los derechos.

Dimensión popular de la justicia

Si algo se desprende con claridad de los textos normativos que hemos considerado, como ya se apuntó a propósito de la desjudicialización, es la tendencia a utilizar y reforzar los mecanismos disponibles para acotar restrictivamente el espacio judicial, con el claro propósito de evitar los pleitos. Es evidente que los medios no eran ajenos a la cultura jurisdiccional, pero ahora se pusieron al servicio de la justicia en clave constitucional, bajo las formas de conciliación y arbitraje, previstos por igual en prácticamente todos los espacios considerados. Este énfasis era una respuesta recurrente a las extendidas críticas contra la litigiosidad superflua, los perjuicios inherentes a todo pleito y las demoras en la administración de la justicia.

La Constitución de Cádiz marcó en buena medida la pauta al establecer como obligatorio el trámite de la conciliación como requisito para entablar cualquier pleito civil o asimilado⁴⁶. La misma previsión fue replicada, de uno u otro modo, en toda la América, así hispana como portuguesa. Uno de los casos más singulares fue establecido por el Reglamento de Administración de

⁴⁵ Martínez, *Entre confianza*, pp. 47-261; Carlos Garriga / Marta Lorente, “Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la administración (1812-1845). Una propuesta de revisión”: Garriga / Lorente, Cádiz 1812, pp. 313-369.

⁴⁶ Carmen Muñoz de Bustillo, “La justicia no letrada en el primer constitucionalismo español”: Andrea Romano (ed.), *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell’area mediterranea tra la fine del 700 e la prima metà dell’800. Atti del Seminario internazionale di studi in memoria di Francisco Tomás y Valiente*, Milano: Giuffrè, 1998, pp. 285-324.

Justicia aprobado el 6 de septiembre de 1813 para las Provincias Unidas del Río de la Plata: “En ningún juzgado podrá iniciarse causa alguna sin el previo pase del Tribunal de Concordia”. Este Tribunal de tan expresivo nombre debería ser establecido en todas las ciudades, compuesto por el procurador síndico con los “regidores del Ayuntamiento, que en caso de impedimento o recusación habrá de subrogarle un vecino elegido de acuerdo de ambas partes” (art. 42). Su cometido se contraía a “los prudentes arbitrios de un amigable componedor”, pero se extendía si fracasaban a decidir “sobre si resulta o no mérito a un litigio de buena fe por duda mayor o menor de hecho o de derecho” (art. 44)⁴⁷. Inviabilizado, como es sabido, el proyecto político que lo alojaba, la concepción de este tribunal revela el evidente propósito de implicar a los vecinos en la justicia abriendo en su administración un espacio de participación ciudadana no sólo antes y para evitar el proceso, sino también para decidir de su misma oportunidad e incoación, esto es, encomendándole el control del acceso al aparato judicial⁴⁸.

La Constitución chilena de 1823, declarándola como era constante obligatoria, dedicaba un título a los jueces de conciliación, que en la capital serían cada uno de los ministros de la Suprema Corte de Justicia, en las provincias donde hubiere jueces de letras, los alcaldes, y donde no, uno o dos regidores de las municipalidades, todos ellos popularmente elegidos, como veremos después⁴⁹. En fin, por todos lados se impuso, y a lo que sabemos por ejemplo de Brasil y México funcionó, esta forma de arreglo prejudicial de las partes⁵⁰.

La previsión del arbitraje, igualmente difundida a lo largo y ancho de esta primera América constitucional, se configuraba en cambio como una alternativa en toda regla al proceso judicial, hasta el punto de dejar al acuerdo de las partes la decisión sobre su impugnabilidad. Según establecía el primer texto constitucional de Venezuela en 1811, siguiendo una regla tradicional de

⁴⁷ Reglamento de Institución y Administración de Justicia del Gobierno Superior Provisional de las Provincias Unidas del Río de la Plata, dictado el 23.1.1812. Abelardo Levaggi, *Orígenes de la Codificación Argentina. Los reglamentos de administración de justicia*, Buenos Aires: Universidad del Museo Social Argentino, 1995, pp. 45-50 (49 para este punto).

⁴⁸ Levaggi, *Orígenes*, pp. 23-28.

⁴⁹ Constitución de Chile, 1823, art. 174. Cfr. Antonio Dougnac Rodríguez, “La conciliación previa a la entrada en juicio en el Derecho Patrio Chileno (1823-1855)”: *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos*, 18 (1996), pp. 111-168; Verónica Undurraga Schüller, “Prácticas de justicia conciliatoria y sus dimensiones sociales”: *Revista de Indias*, 266: 76 (2016), pp. 137-171.

⁵⁰ Adriana Pereira Campos / Alexandre de Oliveira Bazilio de Souza, “A Conciliação e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Império Brasileiro”: *Dados. Revista de Ciências Sociais*, 59: 1 (2016), pp. 271-298; Garriga, “El federalismo”, pp. 180-186.

derecho que luego se encuentra de uno u otro modo formulada en muchas otras Constituciones:

De las decisiones de estos arbitros, que nombraran las mismas partes, no se admitiran apelaciones, ni recursos de nulidad, ó de una nueva revision, a menos que se hayan reservado expresamente (art. 237).

Que el arbitraje era una alternativa ventajosa al proceso judicial puede apreciarse muy bien en Chile. Según establecían las Constituciones de 1822 y 1823, la Suprema Corte de Justicia “en los negocios contenciosos que puedan ocasionar escandalosas disensiones y ruinas a las familias o al Estado, puede obligar á las partes á compromisos presenciados por un Ministro”; mandato que luego se extendió a los restantes jueces (art. 149, parágrafo 8º). Aquí se contemplaban además unos “juicios prácticos” (definidos por la materia y obligatorios para las partes), conducidos a título de jueces por una o dos personas nombradas por las partes ante un juez conciliador o un tribunal ordinario, que seguían fielmente la lógica recursiva del arbitraje, al margen del aparato judicial:

“Si se nombran como arbitradores, su sentencia es inapelable. Si proceden ordinariamente, se verificará la apelación ante uno o dos Jueces nombrados en la misma forma”. (art. 178)

Con notable amplitud, en fin, el federalismo mexicano favorecía abiertamente el arbitraje o cualesquiera otros medios extrajudiciales convenidos por las partes, que “serán observados religiosamente por los tribunales”⁵¹. De entre ellos, la conciliación no tardó en desvincularse en muchos lugares de las autoridades jurisdiccionales ordinarias para recaer en un juez ad hoc, el juez de paz, que está en la médula de la justicia que llamamos popular.

Si prestamos atención a la figura de los jueces legos, se observa, por un lado, el mantenimiento de los alcaldes electivos, que seguían siendo fundamentales para organizar la primera instancia en el mundo hispánico; y por otro, la concepción y creación de la figura del juez de paz, que aparentemente llegó a la América ibérica procedente de la primera experiencia constitucional francesa. Esta figura, que se remontaba a la tradición secular inglesa del common law, sería recreada en Francia en 1790, como parte de la reforma judicial y en nombre de su regeneración, por más que su significado sea parte de un largo debate en la historiografía⁵². Como sea, el hecho es que no comparece en los primeros textos constitucionales ibéricos, pero estará presente en distintas experiencias americanas que, lejos de ser meros

⁵¹ Constitución de Jalisco, art. 200, a título de ejemplo.

⁵² Jacques-Guy Petit (ed.), *Une justice de proximité. La justice de paix, 1790-1958*, Paris: PUF, 2003; Guillaume Métaire, *Justice et juges de paix de Paris (1789-1838)*, Limoges: PULIM, 2014.

trasplantes de un “modelo”, tuvieron diseños distintos que se movían al ritmo de su implementación, en un territorio minado por las autoridades tradicionales, igualmente electivas, con un amplio espectro de actividades.

No deja de ser significativo que, en uno de los primeros textos que lo mencionan, el Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas de 1813⁵³, su nombre sea evocado para decir que: “Los Alcaldes harán el oficio de Jueces de Paz invitando á las partes, a una composición amigable, o compromiso” (art. 143). Asociando las viejas autoridades a los nuevos cometidos, la mención se explica sin duda por la amplia identificación de su figura con la defensa y garantía de los derechos ciudadanos con la cual aquel texto sintonizaba.

No obstante, siendo en general autoridades electivas y legas, desvinculadas de los tradicionales cabildos, es claro que los jueces de paz significaron, allí donde fueron implantados, una alteración en la cadena de dependencias entre las autoridades judiciales, al tiempo que debido a su amplio espectro de actividades (que implicaba una fuerte dimensión policial) terminaban por responder igualmente ante las autoridades ejecutivas, especialmente en lo tocante al orden público⁵⁴. El caso argentino es paradigmático, sobre todo para apreciar los distintos diseños que recibió esta figura en sus varias provincias. En Buenos Aires, derrotada la opción de un gobierno nacional, cuando se suprimió el cabildo en nombre de la construcción de un gobierno provincial autónomo en 1821, la reforma del aparato judicial fue vista como “muy principal” e incluyó la creación de los jueces de paz. Estos serían instalados en el territorio de la provincia, encargados tanto de hacer cumplir las órdenes del gobierno, como de atender a las causas judiciales en primera instancia con previsión de apelación, teniendo a su servicio un alcalde y sus respectivos tenientes. Sus funciones de policía mudarían a través del tiempo, pero se puede afirmar que al final de la década estos jueces controlaban buena parte de las actividades coercitivas y judiciales en la campaña⁵⁵.

⁵³ Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata. (1813).

⁵⁴ Darío Barrera, “La supresión del cabildo y la creación de los juzgados de paz: dimensión provincial de la justicia de equidad en el litoral rioplatense (Santa Fé, 1833)”: Elisa Caselli (coord.), *Justicias, agentes y jurisdicciones. De la Monarquía Hispánica a los Estados Nacionales (España y América, siglos XVI-XIX)*, Madrid: FCE/Red Columnaria, 2016, pp. 427- 450; María Angélica Corva, “La justicia en la primera década revolucionaria”: *Revista de Historia del Derecho*, 39 (2010); Inés Sanjurjo de Driollet (coord.), “Justicias inferiores y gobierno en espacios rioplatenses (s. XVIII y primera mitad del XIX)”: *Nuevo Mundo Mundos Nuevos (Débats)*: 2015); Darío G. Barrera (dir.), *Justicias situadas. Entre el Virreinato Rioplatense y la República Argentina (1766-1864)*, La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2018.

⁵⁵ Para esto y lo que sigue, Levaggi, *Orígenes*; Jorge Gelman, “Crisis y reconstrucción del orden en la campaña de Buenos Aires. Estado y sociedad en la primera mitad del siglo XIX”: *Boletín del Instituto de Historia Argentina “Dr. Emilio Ravignani”* 3:21 (2000), p. 7-31.

Vale notar que las reformas de 1821 terminarán por establecer aquí una distinción taxativa entre una justicia letrada y otra lega, con procedimientos diferenciados para ambas, visto el fracaso con que se saldaron los intentos de introducir jueces letrados en la campaña bonaerense, donde reinarían los juzgados de paz⁵⁶. Aunque las acciones para la extinción de los cabildos se habían iniciado años antes, en 1819 en la provincia de Entre Ríos, parece claro que se debió a la ley bonaerense de 1821 su vasta resonancia en el interior, iniciándose un lento proceso de extinción de estos cuerpos que llega hasta 1837. No obstante, las soluciones institucionales dadas en las provincias a los jueces de paz terminaban por seguir un diseño distinto al de Buenos Aires, ante la práctica inexistencia de autoridades letradas. En Santa Fe, en 1833, se dispuso que los jueces de paz observasen lo prescrito para la primera instancia, con derecho a sueldo; pero eran nombrados por el gobernador. Y vale notar que al tiempo fue suprimido en la provincia el Tribunal de Alzadas, encomendándose a aquel el conocimiento de las apelaciones. Algo nada común, por cierto, habida cuenta de que algunos reglamentos provinciales no reconocían más que una instancia (como el de Catamarca, 1822).

Varios otros textos constitucionales americanos establecerían también jueces de paz, con sus propios encuadramientos institucionales. La Constitución política del Estado de Venezuela, de 1819, asociándolos a los jurados, los introducía en el título dedicado a las asambleas parroquiales y departamentales, dado que eran electivos, y en el relativo al poder judicial, aquí tratado muy genéricamente. En el México federal, muy apegado en este punto al constitucionalismo gaditano, apenas tuvieron presencia⁵⁷. A salvo una previsión incumplida de la Constitución de Querétaro, tan solo fueron legalmente establecidos en Puebla en 1828 y en Tamaulipas, con ocasión de reformar su Constitución en 1831. Allí para las áreas rurales mediante elección anual de los ayuntamientos; aquí, “nombrados popularmente”, en los pueblos donde los alcaldes fuesen jueces de primera instancia; en ambos, como conciliadores y para la determinación gubernativa de los negocios civiles y criminales ligeros⁵⁸. Con este tipo de atribuciones, que dado su carácter de

⁵⁶ Barrera, “La supresión del cabildo”, p. 442; Raul Fradkin, “¿Misión imposible? La fugaz experiencia de los jueces letrados de Primera Instancia en la campaña de Buenos Aires (1822-1824)”: Darío G. Barrera (ed.), *Justicias y fronteras. Estudios sobre historia de la justicia en el Río de la Plata (Siglos XVI-XIX)*, Murcia: Universidad de Murcia/Red Columnaria, 2009, pp. 143-164.

⁵⁷ Garriga, “El federalismo”, Cuadro 5, pp. 206-211.

⁵⁸ Veáanse, respectivamente, Constitución de Querétaro, art. 190 y “Ley orgánica para la administración de justicia”, 20.I.1834 (Colección de decretos del Congreso del Estado de Querétaro [...]), Querétaro: Imprenta de C. Francisco Frias, 1851, VI, pp. 32-50), tít. II-III; Ley para la organización de los tribunales del Estado de Puebla, 18.V.1828, cap. 1 (Colección de los decretos y órdenes más importantes que espidió el Primer Congreso

jueces legos electivos son las que en aquel entonces les eran más propias, sí se abrieron camino, en cambio, en Chile, Bolivia y Perú, llevados por la ola de constituciones de la segunda mitad de los veinte⁵⁹.

Las variaciones en su diseño demuestran, en cualquier caso, tanto la inexistencia de un modelo único que privilegiase su dimensión popular, como la adaptación de los jueces de paz a un campo minado de prácticas jurídicas consolidadas, que en este ámbito giraban en torno al alcalde, ante las nuevas situaciones promovidas por los procesos de emancipación.

En el Imperio de Brasil los jueces de paz tendrían un papel especialmente significativo. Antes de que fueran establecidos por la Carta constitucional de 1824, su introducción, en uno con el jurado, fue largamente defendida en la Asamblea constituyente que la precedió y fue clausurada por el emperador Pedro I, en un discurso que los presentaba como coronación de los derechos y garantías de los ciudadanos. Electivos en la misma forma que los vereadores de las cámaras, sus amplias atribuciones, que iban desde actividades de policía y de conciliación hasta el enjuiciamiento de pequeñas causas civiles y criminales, serían definidas en una ley aprobada tres años después⁶⁰. Sin embargo, resulta significativa la distinta interpretación que dos diputados dieron, a partir de la ley de 1827, a la autoridad del juez de paz. Para uno de ellos, el clérigo Antonio Feijó, de las decisiones del juez de paz, ajeno al mundo ordinario de la justicia, no cabrían apelaciones. Las claves de su interpretación estaban en el universo jurisdiccional, desde el que valoraba su papel como mantenedores del orden, asemejándolos a los antiguos “arbitri”, dotados de legitimidad moral para determinar la justicia. Para el otro, Bernardo Pereira de Vasconcelos, jurista de formación, cabría encuadrar el juez como

Constitucional del Estado de Puebla en los años de 1826, 1827 y 1828, Puebla: Imprenta del Gobierno, 1828, pp. 188-208); Decr. 17.XI.1831 (Colección de leyes y decretos expedidos por el Honorable Congreso del Estado de Tamaulipas. Años 1831 y 1832, Ciudad-Victoria: Imprenta del Gobierno del Estado, 1834, n° 42).

⁵⁹ En Perú, una ley especial, 22.XII.1829, declaró sus fallos en la mayor parte de los casos inapelables, pero susceptibles de revisión por otro juez de paz y dos adjuntos designados por las partes (Colección de leyes, decretos y órdenes publicadas en el Perú. Desde su independencia en el año de 1821 hasta 31 de diciembre de 1830, Lima: Imprenta de José Macías, 1832, III, pp. 254-258).

⁶⁰ Thomas Flory, *El juez de paz y el jurado en el Brasil, 1808-1817. Control social y estabilidad política en el nuevo Estado*, México: FCE, 1986; Ivan Vellasco, *As seduções da ordem. Violência, criminalidade e administração da justiça. Minas Gerais, século XIX*, Bauru/São Paulo: Edusc/Anpocs, 2004; José Reinaldo de Lima Lopes, “Governo misto e abolição de privilégios. Criando o Judiciário Imperial”: Cecilia H. Oliveira et al. (eds.), *Soberania e conflito. Configurações do Estado nacional no Brasil do século XIX*, São Paulo: Hucitec/Fapesp, 2010, pp. 149-184. Y para lo que sigue en el texto, Adriana Campos / Andréa Slemian / Kátia Motta, *Juízes de Paz. Um projeto de justiça cidadã nos primórdios do Brasil Império*, Curitiba: Juruá, 2017.

una autoridad ordinaria y aplicarle iguales reglas que a los restantes jueces, con posibilidad entonces de recurso. El juez de paz: mera autoridad de conciliación o juez en sentido propio, con todo el formalismo que el cargo envolvía.

Con independencia de las diferencias apreciables en la actuación de los jueces de paz por todo el territorio, prevalecía su comprensión como juez. El Código de Proceso Criminal de 1832 acentuó grandemente su protagonismo judicial en la primera instancia, pero considerando sus sentencias impugnables por vía de recurso (cap. 4), a título de garantía frente a sus excesos. Años después, reformando el Código, fueron claramente recortadas las atribuciones judiciales de estas autoridades electivas en beneficio de jueces letrados nombrados por el emperador. Vale decir que ahí se proyectaba claramente la formación de una unidad política bajo la figura del heredero de la monarquía portuguesa, cuya lógica tendió a ser reforzada a partir de los años cuarenta.

Los casos enunciados, incluso a este nivel meramente normativo, sugieren que carácter electivo y condición popular no iban necesariamente de consuno, si consideramos que el peso de otros elementos constitutivos de las autoridades judiciales y el medio institucional en que se desenvolvían podían ser fuertemente limitadores de formas comunitarias de justicia. Otro tanto puede decirse del jurado.

El jurado fue contemplado por buena parte de las constituciones del área en este periodo. Este es otro de los casos en que el primer constitucionalismo latinoamericano se mostró más abierto y hasta radical en sus planteamientos que el español y portugués que le sirvieron en buena medida de referente. Aun habiéndose reconocido previamente su relevancia constitucional, la Constitución de Cádiz se limitaba a establecer: “si con el tiempo creyeran las Cortes que conviene haya distinción entre los jueces del hecho y del derecho, la establecerán en la forma que juzguen conducente” (art. 307). Una década después, la Constitución portuguesa de 1822 sería algo más enfática y expresiva en su planteamiento: “Haverá Juizes de Facto assim nas causas crimes como nas cíveis, nos casos e pelo modo, que os códigos determinarem” (art. 177); previendo asimismo la co-presencia en los correspondientes distritos de jueces letrados, para juzgar en “direito nas causas em que houver Juizes de facto” (art. 179). En ambos casos no se implementarían bajo estas constituciones otros jurados que los de imprenta⁶¹.

En América el jurado estuvo desde un principio muy presente en el debate público, con posiciones fuertemente encontradas y, al menos en ocasiones, clara conciencia de su relevancia constitucional. En las instrucciones que los

⁶¹ Para España, Martínez Pérez, *Entre confianza*, pp. 508-535; para Portugal, Hespanha, *Guiando*, pp. 112, 346-348.

diputados de Buenos Aires llevaron al Congreso de Tucumán en 1816 podía leerse:

“Que se asegure al pueblo el ejercicio de la soberanía [...], reservándole por consiguiente: 1. El poder judicial, o de juzgar por jurados, de modo que jamás pueda verificarse que un ciudadano, puede ser desterrado ni molestado en su persona, ni en sus bienes, sino por el juicio de sus iguales”⁶².

De México al Río de la Plata, pasando por Colombia y Brasil, si hubo un elemento que polarizó el debate sobre la nueva justicia, fue el jurado⁶³. De ahí que, defendido por unos y temido por otros, entrase con tanta facilidad como cautela en los documentos constitucionales. Puede servir de ejemplo la fórmula de compromiso que, tras las discusiones mantenidas en el Congreso de Cúcuta, llegó a la Constitución colombiana de 1821:

“Una de las primeras atenciones del Congreso, será introducir en cierto género de causas el juicio por jurados; hasta que bien conocidas prácticamente las ventajas de esta institución, se extienda a todos los casos criminales y civiles a que comúnmente se aplica en otras naciones, con todas las formas propias de este procedimiento”⁶⁴.

Previsiones del tipo, normalmente más escuetas y menos explícitas, pueden encontrarse en buena parte de las constituciones y/o leyes de tribunales de este período, casi siempre circunscribiendo el jurado a los hechos y como garantía frente a los jueces en lo criminal, a veces presentando las medidas “modernizadoras” dispuestas como preparatorias o compensatorias para el entretanto:

“Las causas criminales –disponía la Constitución peruana de 1828– se harán por jurados. La institución de estos se detallara por una ley. Entretanto los jueces conocerán haciendo el juzgamiento publico, y motivando sus sentencias”⁶⁵.

⁶² Cit. por Magdalena Candiotti, “Reformar útilmente la justicia. Jueces y leyes en la construcción del Estado en Buenos Aires en la década de 1820”: Marta Irurozqui / Miriam Galante (eds.), *Sangre de Ley. Justicia y violencia en la institucionalización del Estado en América Latina, siglo XIX*, Madrid: Polifemo, 2011, pp. 97-130, esp. 113.

⁶³ Cfr., entre otros, para sus respectivos ámbitos: Flory, *El juez*, pp. 171-199; Aberlardo Levaggi, “El juicio por jurados en la Argentina durante el siglo XIX”: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 7 (1982), pp. 175-218, esp. 193; Antonio Padilla Arroyo, “Los jurados populares en la administración de justicia en México en el siglo XIX”: *Secuencia*, 47 (2000), pp. 137-170, 137-147; Andrés Alejandro Londoño Tamayo, “El Jurado popular en Colombia en el juicio criminal ordinario. Participación ciudadana y justicia penal en Medellín (1821-1866)”: *Revista de Indias*, 266 (2016), pp. 203-232.

⁶⁴ Constitución de Colombia, 1821, art. 175. La previsión se encontraba ya en varias de las Constituciones que la precedieron en el espacio neogranadino.

⁶⁵ Constitución de Perú, 1828, art. 123; siguiendo el camino marcado por las anteriores de 1823, arts. 107-108, y 1826, art. 120. También estaba previsto en la Constitución de Bolivia, 1826, art. 125.

Sin desconocer las posiciones enfrentadas, textos como este apuntan a una realidad que los protagonistas vivían como irrefutable: la dificultad de implementar una institución tan radicalmente nueva en un medio dominado por el mantenimiento de las formas jurídicas heredadas. Esta nos parece la clave de lectura más adecuada para la comprensión en conjunto de la problemática que planteaba el jurado, contribuyendo a explicar tanto el afán de muchos en su proyección, como una serie de adaptaciones, no siempre previstas constitucionalmente, para la implementación de formas similares de juicio.

Las experiencias mexicanas de jurado son bien interesantes a este respecto. Con ese nombre, el inglés/francés jury o simplemente jueces de hecho, estuvo previsto en trece de las diecinueve constituciones estatales, casi siempre con expresa remisión a ley y condicionado a alguna circunstancia –la formación de los códigos, el adelanto de la civilización y la moralidad–, para unos u otros supuestos –normalmente criminales, a veces también civiles⁶⁶. Sin embargo, allí donde se dio, su implementación efectiva se desarrolló en cierta medida al margen de las cláusulas constitucionales. La gran mayoría no llegaron a desarrollarlas, pero el Estado de Puebla elaboró en 1824 una ley de jurados muy completa para el enjuiciamiento de “los homicidas, salteadores de caminos y ladrones” (art. 1), conforme al sistema de doble jurado (acusación y calificación) y amplias garantías de participación y preservación de su decisión sobre los hechos, que se mantuvo en práctica sin respaldo constitucional alguno hasta 1828⁶⁷.

Por lo demás, tan solo sabemos de otros tres Estados que pusieron en marcha los jurados previstos en sus constituciones. Jalisco lo estableció enseguida (1825), en todos los pueblos del Estado con ayuntamiento, para determinar los hechos en las causas por “delitos que merezcan pena corporal” (art. 45), pero al paso que ampliaron su ámbito reformas posteriores fueron imponiendo requisitos de participación restrictivos y trámites más expeditivos, que parece comprometían su valencia constitucional al servicio de una justicia tan rigurosa que seguramente requería de una fuerte complicidad social⁶⁸. Este es claramente el caso, ya muy tardío, de Michoacán: allí se estableció en 1835, solo en ciertas poblaciones, con fuertes requisitos censitarios y evidente

⁶⁶ Cfr., para el detalle de esto y lo que sigue, Garriga, “El federalismo”, pp. 223-234.

⁶⁷ Decr. 40, “Ley que prescribe el modo de proceder contra asesinos y ladrones”, (Colección de los decretos y órdenes más importantes que espidió el Congreso Constituyente del Estado de Puebla en los años de 1824 y 1825, Puebla: Imprenta del Gobierno, 1827, pp. 16-25).

⁶⁸ Reglamento para la administración de justicia, 1825, caps. IV y V, arts. 38-67 (Colección de los decretos, circulares y órdenes de los poderes legislativo y ejecutivo del Estado de Jalisco. [...], I, Guadalajara: Tipografía de M. Pérez Lete, 1874, pp. 438-442).

carácter excepcional, el jurado para juzgar a los “ladrones en gavilla, sus fautores y receptadores”, con facultades para imponer sin intervención de juez ni recurso alguno la pena legalmente prevista⁶⁹. Todo sumado, el jurado parece aquí más bien un tribunal de excepción que legitimaba la autodefensa de los propietarios frente a los ladrones, sin apenas garantías procesales⁷⁰.

El caso de Coahuila y Texas sirve de contraste, porque el “trial by jury” fue un argumento de peso para los texanos en favor de la independencia⁷¹. Según su Constitución de 1827: “Una de las principales atenciones del congreso será establecer en las causas criminales el juicio por jurados, estenderlo gradualmente y aun adoptarlo en las causas civiles, á proporción que se vayan conociendo prácticamente las ventajas de esta preciosa institución” (art. 192). La puesta en práctica fue rápida y, a medida que crecía la desafección de los tejanos, ampliada hasta alcanzar incluso a los asuntos civiles⁷²; pero habida cuenta del difícil equilibrio que ensayaba entre el papel central que se predicaba del jurado y la concepción legal que se postulaba de la justicia, no evitó que los tejanos optasen resueltamente por “the principles of the common law”. En 1836 la cuestión del jurado formó parte de la lista de agravios que sirvió de fundamento a su Declaración de Independencia: “It [the Mexican Government] has failed and refused to secure, on a firm basis, the right of trial by jury, that palladium of civil liberty and only safe guarantee for the life, liberty, and property of the citizen”⁷³.

⁶⁹ Decr. 23, 14.VII.1835, art. 1 (Recopilación de leyes, decretos, reglamentos y circulares expedidas en el Estado de Michoacán, formada y anotada por Amador Coromina [...], t. VII [...], Morelia: Imprenta de los hijos de I. Arango, 1886, pp. 52-67).

⁷⁰ La ley fue dictada para regir por seis meses (art. 73) y se prorrogó al menos durante el año 1836.

⁷¹ Bartolomé Clavero, “Jurisdicciones veteranas y Estados novicios. México y Texas, 1824-1866”: Feliciano Barrios (ed.), *El Gobierno de un Mundo. Virreinos y Audiencias en la América Hispánica*, Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2004, pp. 1093-1130.

⁷² Cfr. decr. 136, 19.IV.1830, que es la ley del jurado (Laws and Decrees of the State of Coahuila and Texas, in Spanish and English. [...] By order of the Secretary of State. [...], Houston: Telegraph Power Press, 1839, pp. 151-153); “Plan para el mejor arreglo de la administración de justicia en Texas – A plan for the better regulation of the administration of justice in Texas”, Monclova, 17.IV.1834 (ibid., pp. 254-270). Disponible en texashistory.unt.edu [04-10-2018].

⁷³ The Declaration of Independence made by the Delegates of the People of Texas, in General Convention at Washington, On March 2nd, 1836 [pfo. 7], disponible en <http://tarlton.law.utexas.edu/c.php?g=819071&p=5845419> [21-11-18].

En suma, del lado hispano en este período el grado de implementación de las recurrentes cláusulas constitucionales fue prácticamente nulo, salvo para los casos de libertad de imprenta, estos sí bastante extendidos⁷⁴.

En cambio, la experiencia brasileña del jurado fue seguramente la que tuvo mayor efectividad. Defendido ya por sus diputados en las Cortes de Lisboa para las causas civiles y criminales, en el debate sobre la justicia a organizar en Brasil el jurado estuvo umbilicalmente unido a los jueces de paz, ambos presentados como garantía de los derechos individuales y remedio ya para la corrupción de los jueces, ya para optimizar el tiempo de los procesos, facilitar la publicidad de las decisiones o dar mayor eficacia al enjuiciamiento de los hechos⁷⁵. Con este trasfondo, la Carta de 1824 dispuso escuetamente: “Os jurados pronunciam sobre o fato, e os Juizes aplicam a lei” (art. 152).

Aunque arrancó antes para los delitos de imprenta, el jurado fue definitivamente instituido con el Código do Processo Criminal de 1832⁷⁶. El jurado debía formarse por elección llevada a cabo en los distritos, a partir de la lista confeccionada por una Junta presidida por el juez de paz, el párroco y el presidente de la Cámara municipal (cap. III, art. 24) e impugnabile ante esta última por los interesados. El mismo Código asignaba a los jueces de derecho la función de presidir los Conselhos de Jurados, además de instruirlos en derecho, sin dejar en ningún caso “entrever sua opinião sobre a prova”, para no contaminar la decisión de los jueces de hecho (art. 46)⁷⁷. Pero se disponía claramente que las sentencias del jury de acusación eran apelables para ante los Tribunais de Relação: “quando não tiverem sido guardadas as fórmulas substanciais do processo, ou quando o Juiz de Direito se não conformar com a decisão dos Juizes de Facto, ou não impuser a pena declarada na Ley” (art. 301).

Puede afirmarse, en suma, que en este período las escasísimas experiencias de jurado ensayaron un difícil equilibrio entre esta nueva figura y las viejas reglas de la justicia ahora constitucionalmente reformuladas, introduciendo por

⁷⁴ Incluso en Chile, que no previó siquiera ningún otro jurado: Gonzalo Píwonka Figueroa, “Los juicios por jurado en Chile”: *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 20 (2008), pp. 133-146.

⁷⁵ José Reinaldo de Lima Lopes, “As primeiras vicissitudes – jurados, Supremo Tribunal e juizes privilegiados”: *Idem, História da justiça e do processo no Brasil do século XIX*, Curitiba: Juruá, 2017, pp.17-50.

⁷⁶ Fue aprobado por ley del 20 de noviembre de 1832 (*Colleção das leis do Imperio do Brasil*, Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1874).

⁷⁷ Adriana Campos, “Juizes de fato. Participação e administração de justiça local”: *Dimensões*, 28 (2012), pp. 103-122; Adriana Campos / Viviani Betzel, “O júri no Brasil Império. Polêmicas e desafios”: Gladys Ribeiro (ed.), *Brasileiros e Cidadãos. Modernidade política 1822-1930*, São Paulo: Alameda, 2008, p. 227-256.

una u otra vía el control de las instancias judiciales superiores sobre el fallo de los jurados.

Si escasísimas fueron las experiencias de jurado, fue muy común, en cambio, otra vía de participación ciudadana en la administración de la justicia: el recurso a cojueces legos designados por las partes o elegidos por cuerpos representativos para la formación de tribunales colegiados en todos los niveles de la jerarquía, pero especialmente en los grados superiores.

La Constitución de Caracas de 1812, homologada tras la toma de la Junta instalada aquí por un grupo radical de defensores de la Independencia, no por casualidad subrayaba resueltamente los trazos de una justicia popular, aun declarando que “se conservar[ía] provisoriamente la organización actual del Poder Judicial” en espera de “las reformas o alteraciones de que sea susceptible este importante objeto”. Aquí los Tribunales Superiores de Departamento se compondrían de “un Jurisconsulto de luces, credito, y probidad, dotado por el Gobierno, y de quatro vecinos mayores de edad, de arraigo y buena nota” (art. 251), nombrados precisamente “entre los de aquellos lugares en que se há de formar el tribunal” (art. 252). En la misma clave, y con la explícita recomendación de establecer los “juicios por jurados en las materias criminales”, se preveía que en los casos “oscuros y complicados” los jueces de las municipalidades, recurriesen al asesoramiento de un “Letrado” elegido por “votacion en las Municipalidades, con acuerdo y consentimiento de las mismas partes si fuera posible” (art. 250). Poco futuro tendrían estas previsiones. Como es sabido, la creciente tensión entre los proyectos en disputa desembocó a partir de 1814 en una cruenta guerra civil. Pero soluciones institucionales similares se encuentran más adelante en otros espacios, como destacaremos luego.

En el Reglamento aprobado en 1812 en las Provincias del Río de la Plata, además del Tribunal de la Concordia ya mencionado, se creaba un tribunal supremo de justicia con el nombre de Cámara de Apelaciones para ocupar la posición de la Real Audiencia (art. 12)⁷⁸. Estaría formada por cinco individuos, tres de ellos letrados y “dos vecinos sin esta calidad, pero con las precisas de buen juicio, costumbres y opinion, y todos cinco empeñados en sostener la libertad de su pátria” (art. 13). El nombramiento de todos ellos correspondería al Gobierno Superior cada dos años (art. 16); pero no faltó quien propusiese integrar el tribunal “con dos o tres letrados elegidos por el pueblo”⁷⁹. Para el caso argentino, la tendencia a la participación popular en los tribunales colegiados rápidamente tendería a desaparecer⁸⁰. Ya en el Reglamento

⁷⁸ Levaggi, Orígenes, p.46.

⁷⁹ Apud Tau Anzoátegui, “La administracion de justicia”, p. 209.

⁸⁰ Candiotti, “Reformar”, pp. 110-115.

Provisorio dictado por el Congreso Nacional en 1817, las Cámaras de Apelaciones se componían de cinco individuos todos ellos letrados. Y esta fue la línea que más y más acentuada prosperó en los años siguientes.

El México federal y complejo de los diecinueve Estados fue campo abonado para estos desarrollos. Allí no fue nada excepcional la configuración de tribunales de primera instancia encabezados por el alcalde con participación vecinal, normalmente a designación del ayuntamiento. En Jalisco, al menos hasta la reforma constitucional de 1830, los tribunales de primera instancia, radicados “en todos los lugares del Estado en que haya ayuntamiento” y tantos como alcaldes, “se compondrán de un alcalde y de dos vecinos nombrados por el ayuntamiento que se renovarán cada tres meses”⁸¹.

En los grados superiores, y principalmente debido a la falta de letrados que casi por doquiera se denuncia, fue aún más habitual la formación de los tribunales con un ministro (letrado) y ciertos colegas o conjuces, designados ad hoc (para cada pleito) con participación de los pleiteantes, a veces previendo, en la lógica tradicional de la cantidad, un aumento del número de conjuces para formar el tribunal a medida que se ascendía de grado. Así, en Yucatán, se establecieron sendos magistrados, “profesor[es] de derecho”, para la segunda y la tercera instancias, en el entendido de que: “para el conocimiento de cualquiera causa se acompañara el magistrado de segunda instancia con dos cólegas”, y con cuatro el de tercera instancia, sacados en ambos casos por suerte de las ternas presentadas por las partes⁸². Previsiones similares se encuentran en otros varios Estados, como Veracruz, Querétaro, Zacatecas o Oaxaca⁸³, y, con una variante, en Nuevo León, donde el Tribunal de 2ª y 3ª instancia se formaría con un solo magistrado y dos asociados, estos electos “popularmente” y “por suerte” entre “veinte y un hombres íntegros y de bien”⁸⁴.

Por supuesto, la falta de letrados e incluso el rechazo a las autoridades peninsulares, sin duda contribuyeron poderosamente a este diseño, pero no hay que olvidar que el medio jurídico e institucional en el que se desenvolvía lo propiciaba, en la medida que respondían a una lógica tradicional de

⁸¹ Constitución de Jalisco, art. 220. Soluciones similares se encuentran en Nuevo León, Tamaulipas, Michoacán, Puebla, San Luis Potosí y Oaxaca.

⁸² Decr. 35, 24-XI-1823, sobre organización de los tribunales del Estado (Colección de leyes, decretos y órdenes del Augusto Congreso del Estado libre de Yucatán, t. I [...], Mérida: Imprenta de Lorenzo Seguí, 1832, pp. 45-51), arts. 1-4, otorgando prevalencia al voto unánime de los colegas frente al magistrado para dar sentencia (arts. 16-18).

⁸³ Cfr. para todo esto, con más destalle, Garriga, “El federalismo”, pp. 203-223.

⁸⁴ Decr. 11.XII.1824 (Colección de leyes, decretos y circulares, expedidos por el Gobierno del Estado, Desde el 1º de Agosto de 1824, hasta el 30 de Diciembre de 1830, Monterrey, Tipografía del Gobierno, 1895, pp. 18-22), arts. 8-9, 25-26, 30-35.

funcionamiento local a la que en absoluto eran extrañas las prácticas extra-judiciales de resolución de conflictos.

Nada de ello sirve para explicar, en cambio, los casos de elección popular de jueces letrados para formar los tribunales superiores que se registran y que seguramente dependen inmediatamente del contexto político e ideológico en que se dan. En las Constituciones chilenas de 1822-1823, las Asambleas electorales nacional y provinciales, compuestas por un número extenso de “ciudadanos sufragantes”, tienen “derecho para elegir y censurar”, respectivamente, a los ministros de la Suprema Corte de Justicia y de la(s) Corte(s) de Apelaciones⁸⁵. En Perú, por los mismos años, el Reglamento de tribunales preveía que hubiera en la capital de los departamentos “un juez de alzadas letrado, elegido por el pueblo, como los individuos de la municipalidad”, para el conocimiento en apelación de los pleitos menores; aunque parece que nunca llegaron a nombrarse⁸⁶. En México, donde tan extendido estuvo el recurso a los cojueces para la formación de los tribunales superiores, tan solo la Constitución de Querétaro encomendó la elección de los individuos del supremo tribunal de justicia al cuerpo electoral⁸⁷.

Una de las muchas quejas de los letrados contra la participación de legos en los tribunales como cojueces era que estos “nunca pueden ser responsables a título de su ignorancia”⁸⁸. Desconocemos si era así, pero es constante que la responsabilidad era, junto con la recusación, garantía básica contra los comportamientos indebidos de los jueces en la cultura jurisdiccional que seguía alimentando este constitucionalismo. De ello se era bien consciente, como se leía en algunas de las constituciones del área, separadas por miles de kilómetros:

“Todo hombre tiene derecho para recusar á los jueces sospechosos: lo tiene para pedir responsabilidad á los que demoren el despacho de sus causas ó no las sustancien con arreglo á las leyes”⁸⁹.

Aquí han de interesar una y otra en la medida que impliquen participación popular en la administración de la justicia. A diferencia de lo ocurrido en Cádiz, que concentró sus esfuerzos normativos en la responsabilidad, los

⁸⁵ Constitución de Chile, 1823, tít. XI, especialmente arts. 99 y 101.

⁸⁶ Reglamento de Tribunales (Perú), 10.IV.1822, arts. 124-129 (Colección de leyes, I, n° 93, pp. 163-176, así como n° 177, p. 246).

⁸⁷ Constitución de Querétaro, art. 156; Constitución reformada de Querétaro (1833), arts. 193, 207.

⁸⁸ Memoria en que el gobierno del Estado libre de los Zacatecas da cuenta de los ramos de su administración al Congreso del mismo Estado, con arreglo a lo dispuesto en el art. 75 de la Constitución, Imprenta del Gobierno a cargo del C. Pedro Piña, 1827.

⁸⁹ Constitución de Zacatecas, art. 153. En igual sentido, p. ej., Constitución de Chile, 1822, art. 201.

congresos americanos dedicaron considerable atención a la recusación. La Constitución chilena de 1823 la presentaba como “una de las garantías más principales” (art. 133), y lo cierto es que por buena parte de América se actuó en consecuencia. Sin entrar en particularidades normativas aquí imprevistas, no hay duda de que el elemento capital fue la introducción de la modalidad más fuerte de recusación, dado que operaba sin expresión de causa y con plenitud de efectos, apartando sin otro requisito al juez del pleito. Esta suerte de recusación perentoria era desconocida en la legislación histórica, tenía su matriz probablemente en el jury anglosajón, había sido cuidadosamente implantada en la Francia de la Revolución y se difundió no poco en la América independiente, donde venía sin duda a funcionar como una suerte de elección negativa del juez, en aras de favorecer la confianza de los pleiteantes en la justicia⁹⁰.

La responsabilidad cerraba el círculo. Salvo error, todas las constituciones sin excepción consagraron ampliamente, a título de garantía, la responsabilidad personal de los jueces en el ejercicio de la judicatura, y la mayoría compartieron unos mismos medios para hacerla efectiva.

Por un lado, para esto fue igualmente constitucionalizada la acción popular contra los jueces en ciertos supuestos, que fueron como mínimo los establecidos en Cádiz: soborno, cohecho y prevaricación; pero solieron ampliarse para dar entrada a otros tan generales que cubrían materialmente toda la actividad del juez. No debía de ser tan irrelevante, si reparamos en que alguna vez se circunscribió constitucionalmente su ejercicio a solo el órgano del cuerpo electoral⁹¹. Lo habitual fue que se mantuviera en su condición de acción propiamente popular, y aún que se echase mano de la tradición para articular medios aptos para facilitar su ejercicio. Esta es sin duda la razón de ser del tardío éxito del juicio de residencia, que tenía justamente esta virtualidad, en las constituciones y derechos americanos⁹².

Por otro lado, el pueblo, de uno u otro modo, se hacía con frecuencia presente a la hora de organizar las instancias llamadas a conocer de la responsabilidad de los jueces supremos, aquellos que por ocupar el vértice jurisdiccional ponían perentoriamente sobre la mesa aquel problema que había planteado de forma imperecedera Juvenal. Varios fueron los modos de resolverlo, casi siempre consistentes en la formación de tribunales ad hoc con

⁹⁰ Boris Bernabé, *La récusation des juges. Étude médiévale, moderne et contemporaine*, Paris: LGDJ, 2009, pp. 299-305; Abelardo Levaggi, “Principios decimonónicos del proceso civil en el extremo sur de Hispanoamérica”: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 18 (1996), pp. 211-231: 214; Garriga / Slemian, “Em trajes brasileiros”, pp. 209-213; Garriga, “El federalismo”, pp. 235-239.

⁹¹ P. ej., *Constituciones de Perú*, 1823, art. 109; 1826, art. 100; 1828, art. 130.

⁹² Por todos, Lorente / Portillo (eds.), *El momento*, pp. 337-357.

intervención de los congresos o directamente dependientes del cuerpo electoral. Es el caso del llamado Tribunal de los Siete, en el Perú de los años veinte, pero hay varios otros ejemplos⁹³.

Mucho más interés tiene, por último, y en conexión con lo anterior, la formación de tribunales especiales popularmente legitimados y participados para controlar y depurar más o menos informalmente la responsabilidad de los jueces (y otros empleados). Es el caso del tribunal de censura, que pueden encontrarse en Chile, como se apuntó arriba, o Nuevo León, donde estaba formado por siete censores, designados por insaculación de entre los veintiún elegidos por el cuerpo electoral, para examinar, a instancia de “cualquiera del pueblo”, la conducta pública y privada de los magistrados mediante “un juicio sumario, brevísimo, llano, económico del estado su poderdante, que se llama censura, cuyo solo y único efecto es la revocación de los poderes públicos” en nombre del pueblo⁹⁴.

Consideración final

A modo de consideración final, vale decir que nuestra intención en estas páginas no ha sido más que destacar, entre otras características estructurales que deben tenerse en cuenta a la hora de abordar el primer constitucionalismo iberoamericano como experiencia común, su dimensión popular. Como hemos visto, esta no se limita, ni mucho menos, a la presencia de autoridades electivas y/o legas en el aparato judicial, sino que engloba distintas formas de participación ciudadana, más o menos inclusivas, en función de las previsiones acerca de cómo elegir a los jueces, evitar los pleitos, componer los tribunales, responsabilizar a los agentes por sus actos, etc. O sea: un conjunto de elementos que, aunque dispersos, tenían matriz popular y fueron puestos especialmente a prueba en el diseño de los nuevos estados americanos. Por supuesto, sería un error –no hará falta insistir– entender popular aquí como democrático, mientras que el término republicano nos parece adecuado, si lo referimos, en su acepción tradicional, a la participación ciudadana en el gobierno, y siempre sin desconocer el anchísimo margen de exclusión social que era común sobre todo en los espacios coloniales. Pero también sería un error imaginar que la base social de este constitucionalismo quedaba circunscrita a las élites locales, habida cuenta de que las tensiones por la ocupación de sus espacios fue permanente, tanto por las posiciones

⁹³ Constitución de Perú, 1828, art. 112. Ramos Núñez, *Historia*, pp. 130-135.

⁹⁴ Constitución de Chile, 1823, arts. 92-115; Constitución de Nuevo León, arts. 72-74 y 184-222: 185; Garriga, “El federalismo”, pp. 239-250.

marcadamente desiguales de los grupos en conflicto, como por el momento de contestación al modelo social basado en el orden natural d'ancien régime. Las soluciones al problema de la justicia, unas u otras que fueran, gravitaban en medio de estas tensiones, susceptibles en cualquier momento de radicalizarse en batallas políticas o desembocar en guerras abiertas, sin consideración a las cuales es imposible entender sus porqués – aunque no haya sido nuestro objetivo aquí explicarlos.

Si esta dimensión es válida, creemos que puede sostenerse para este, y casi solo para este, momento inicial. Como algunos casos aquí evocados apuntan, el trayecto inmediato que siguieron muchas de estas historias tendió fuertemente a la construcción de alternativas constitucionales (o no tanto) más adaptadas a un orden propiamente estatal, con la consiguiente disminución de la participación directa de los ciudadanos en la justicia. En este sentido, nos parecen por demás sugerentes las palabras de Florentino González, profesor de derecho constitucional en Buenos Aires durante la segunda mitad del siglo XIX, a propósito del problema del jurado en Iberoamérica⁹⁵. Tomándolo como la única institución que podría “servir de modelo del gobierno representativo popular”, consideraba un error que su organización judicial se basase en “los principios de la jurisprudencia Romana y Napoleónica de la Europa Continental”, que sobreponían las leyes, y por tanto los legisladores, a la justicia. Frente al esfuerzo realizado por los americanos en el montaje de cámaras legislativas y en la organización del departamento ejecutivo, la justicia habría quedado más a la deriva, sin el soporte necesario para la implementación de un discurso popular. En sus palabras: los americanos “le han tenido miedo al jurado, y apenas en algunos países se ha hecho por la constitución la promesa de que se establecerá algún día” (p. V). Se esté de acuerdo o no con el jurista, lo cierto es que ya él planteó claramente el problema: cómo construir un tribunal de jurados en una sociedad donde los “iguales” terminaban por ser, en muchos contextos, pocos y ni de lejos la mayoría. De ahí que popular tampoco signifique necesariamente constitucional (o sea, garantista): el jurado de propietarios puesto en marcha en Michoacán contra los ladrones de ganado evocaba más bien una justicia de linchamiento.

Sin embargo, la historia de este fracaso, si queremos usar el término, merece contarse con el cuidado de evitar su contaminación por el proceso que vendría después. Desde hace unas décadas hay cierto consenso en que la asimilación de la historia de los derechos a la historia del Estado, como un dato natural y lineal, es una falacia construida por la historiografía, sobre todo jurídica. Así,

⁹⁵ Florentino González, *El juicio por jurados*. [...], Buenos Aires: Imp., Lit. y Fundición de Tipos a Vapor, 1869.

entre las alternativas dibujadas otrora que merecen ser contadas, creemos que está la dimensión popular del primer constitucionalismo ibérico.