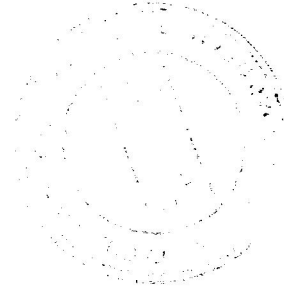


MIRJAN R. DAMASKA

347.013
D15578 E
2000
C1

LAS CARAS DE LA JUSTICIA Y EL PODER DEL ESTADO

Análisis comparado del proceso legal



EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

Santiago • Buenos Aires • México D.F. • Santiago de Chile

angloamericanos: esta paradoja —respecto a la teoría convencional— a su vez puede ser explicada como una interacción del poder judicial con ciertos objetivos del proceso judicial.

Aunque la ruta que recorreremos en este volumen ya está marcada, el lector ha de oír una voz que invita a la cautela. Ajustado a la amplia escala comparativa, mi esquema siempre sugerirá la apariencia de las cosas para un forastero de otro mundo²¹ antes que para alguien con raíces firmemente implantadas en un país en particular. Puntos de vista discrepantes pueden llevar a malos entendidos serios: lo que desde adentro parece ser una burocratización pronunciada de la autoridad, desde una escala mayor puede aparecer como una divergencia insignificante de las disposiciones prebucrocráticas; un Estado percibido internamente como dirigista (activista), desde una perspectiva más amplia puede parecer de tipo *laissez-faire*. Desde luego estas diversas evaluaciones se han de reflejar en caracterizaciones variadas de formas de justicia en su relación con la estructura y función de un Estado en particular. Inevitablemente, por lo tanto, la perspectiva que abre mi esquema parecerá iconoclasta y extraña, incluso ofensiva para algunas sensibilidades legales parroquiales. También desde esta perspectiva es inevitable un desapego de los compromisos domésticos, la depreciación de los desacuerdos internos y —más en general— una actitud desapasionada de neutralidad, violentamente sospechosa en algunos medios. Como resultado, las aclaraciones que ofreceré, en el mejor de los casos serán como un sol de invierno: darán luz, pero poco calor. Antes de embarcarse en esta aventura intelectual pongo al lector que tome consciencia de los costos inevitables de observar las cosas desde el exterior: cuesta sentirse cómodo en todas partes y que todo resulte familiar. *Quisquis ubi-que habitat nusquam habitat*.²²

²¹ La alusión es para todos los habitantes de la *cittas peregrina*, quienes no son más que extranjeros de paso en estados existentes. Ver P. Brown, *Augustine of Hippo*, c. 27, 522-25 (1967).

²² "Quem vive em todas partes, no vive em nenhuma parte" (Marcial, VII, 75).

1 ORGANIZACION DEL PODER: LOS MODELOS JERARQUICOS Y PARITARIOS

I. DOS MODELOS DE ORGANIZACION DEL ESTADO

El estudio sistemático de los rasgos impresos en el proceso legal por la estructura del Estado requiere un esquema para identificar y describir los modos diferentes de organizar el poder judicial. Pese a existir mucha literatura —en rápido crecimiento— sobre las estructuras de la autoridad en general, la peculiaridad del papel del derecho no permite el lujo de poder apoyarse en las teorías establecidas sólo con modificaciones menores. Por ello comenzaré por el desarrollo de un marco analítico específico.

Los elementos conceptuales necesarios para este marco corresponden a tres preguntas planteadas a menudo al confrontar la organización del poder; el primero se refiere a los atributos de los funcionarios, el segundo a sus relaciones, y el tercero a la manera en que toman decisiones. Separados, aspectos del poder influyen en la forma del proceso legal, y los usaré como parámetros para definir nuestras categorías. En cuanto al primer parámetro, el foco habitual es la distinción entre funcionarios profesionales y permanentes, y los

que no son profesionales y son transitorios. En el segundo parámetro, dos configuraciones menores merecen consideración especial: en la primera los funcionarios están encerrados en una red estricta de sub/supraordenación; en la segunda son aproximadamente iguales, organizados en un escalón único del poder. En el tercer parámetro, la diferenciación fundamental está entre la toma de decisiones de acuerdo a normas "técnicas" o especiales, y la toma de decisiones informada por normas generales de la comunidad indiferenciadas o generales.

Es fácil ver que estos tres aspectos más notables del poder son independientes desde el punto de vista analítico, de modo que las variables menores de cada parámetro se puedan combinar de modos diversos. Por ejemplo, no hay una conexión necesaria entre los atributos de los responsables y sus interrelaciones. La burocracia clásica se ha definido en términos de un cuerpo profesionalizado de funcionarios, organizados en una pirámide de poder; sin embargo se puede imaginar una burocracia "no jerárquica" en la que los profesionales siguen una secuencia ordenada de actividad, cada cual realizando una parte de la tarea común, sin revisión superior de ninguna decisión previa: cada decisión en este proceso acumulativo y lineal es definitiva.¹ Tampoco hay una conexión necesaria entre el ordenamiento jerárquico y la profesionalización: los funcionarios y también los legos encuentran lugar en esta red de subordinación.

Se pueden reunir variables de cada dimensión en buen número de parámetros, y sus implicaciones con las formas de procedimiento pueden ser examinadas en un esquema clasificatorio complejo. Pero no se requieren ejercicios taxonómicos tan vastos: nuestro tema sólo permite seleccionar dos estructuras compuestas de poder, entre un número

¹ Ver S. Ackerman, *Corruption: A Study in Political Economy*, 168-69 (1978). Dado lo avanzado de la tecnología de la información, es probable que las organizaciones del futuro encuentren que son innecesarios muchos importantes niveles actuales de supervisión y los reemplazarán con estas estructuras secuenciales.

mayor de posibilidades. La primera estructura corresponde en esencia a conceptos de burocracia clásica. Se caracteriza por un cuerpo profesional de funcionarios, organizados en una jerarquía que toma decisiones de acuerdo con normas técnicas. La otra estructura no tiene una analogía inmediatamente reconocible en la teoría establecida. La define un cuerpo de personas no profesionales organizadas en un nivel único de poder que toma decisiones aplicando normas comunes no diferenciadas de los estándares de la comunidad. Llamaré a la primera estructura o visión, ideal *jerárquico* de la organización estatal, y a la segunda daré el nombre de ideal *paritario*.

Se ha sugerido la razón para hacer una selección tan ajustada: los dos ideales de aparato estatal pueden utilizarse para organizar nuevas configuraciones con muchas observaciones dispersas, pero muy compartidas, acerca de las diferencias notables entre dos importantes organizaciones judiciales desarrolladas en Occidente y diseminadas a todo el mundo: el aparato judicial tradicional en el continente europeo, y la maquinaria de justicia tradicional en Inglaterra. En la medida en que la organización del poder judicial tenga influencia en el diseño de los procesos legales, los ideales jerárquicos y paritarios ofrecen una perspectiva adecuada del contraste siempre enigmático y elusivo entre los estilos continentales y anglosajones de administración de justicia.

Casi sobra decir que los rasgos que distinguen las organizaciones jurídicas británicas y continentales no se captarán íntegramente en estas dos construcciones. Esto se debe a que las tendencias observadas en las organizaciones reales —por ejemplo la tendencia hacia las decisiones profesionales por una parte, y por la otra, la tendencia a las decisiones legales— se vuelven elementos constitutivos de estos dos ideales, incluso si estas tendencias nunca fueron realizadas en el continente, ni en Gran Bretaña. Es precisamente esta relación entre realidad y estas dos construcciones la que permite la utilización de los ideales jerárquicos y coordinados para iluminar las reciprocidades entre el poder judicial y la forma del proceso legal a una escala más amplia que la oposición convencional entre

los sistemas de *common-law* y *civil law*. Por ejemplo, en la mayoría de los países comunistas la organización judicial tiende a ser una atribución de poder jerarquizada más marcada que en los sistemas continentales, de modo que el ideal del aparato jerárquico también puede ayudar a analizar algunas características del proceso legal socialista.

Aquí el énfasis especial en las organizaciones tradicionales de poder puede surgir por sorpresa. A menudo se dice que circunstancias similares en los Estados contemporáneos han acercado a las organizaciones judiciales de varios países más de lo que estuvieron en el pasado. En todas partes se encuentran tendencias pronunciadas hacia la profesionalización, la centralización, y la especialización, de modo que algunos incluso han llegado a predecir que las burocracias centralizadas heredarán la tierra. ¿Es entonces anacrónico insistir en el contraste recesivo entre el poder burocrático y no burocrático antes que en las variaciones internas de las burocracias modernas? La respuesta concisa es que las presiones modernas hacia la burocratización de la maquinaria de la justicia interactúan con las estructuras heredadas de modos complejos, y producen híbridos que difícilmente pueden analizarse sin considerar sus antecedentes históricos. Tampoco las estructuras tradicionales están totalmente obsoletas, ni se han sometido a las tendencias modernas en igual medida. Por ejemplo, mientras durante este siglo la maquinaria de justicia norteamericana se ha profesionalizado y centralizado, sigue más empapada de rasgos contenidos en el ideal paritario que las administraciones de justicia de cualquier Estado industrial occidental. Estos rasgos perdurables no sólo explican algunas tensiones que causan perplejidad en la administración de justicia norteamericana moderna, sino también pueden iluminar, en parte, el creciente vacío entre las sensibilidades legales británicas y norteamericanas.

Observemos ahora más de cerca los ideales jerárquicos y paritarios de la organización del Estado, concentrándonos en aquellos aspectos más importantes para el estudio de la forma procesal jurídica.

ii. EL IDEAL JERARQUICO

En primer lugar, ¿cuáles son las implicaciones principales de la profesionalización, la ordenación vertical de funcionarios y el apego a la forma de toma de decisiones técnica que caracteriza la visión jerárquica del poder? La mayor parte de estas implicaciones ha sido bastante reconocida y no inspira controversias. Sin embargo, al analizar surgen perfiles de un ambiente institucional que el órgano tradicional angloamericano que toma decisiones² rechazará profundamente, en tanto que sus contrapartes continentales lo encontrarán mucho más amable, incluso si resulta una caricatura del medio en el cual está acostumbrado a operar.

Profesionalización de los funcionarios responsables

Los funcionarios permanentes construyen una esfera de su práctica que consideran su competencia. Con el tiempo también desarrollan un sentido de identidad con otros individuos situados en posiciones similares, haciendo rígida la demarcación entre los "de adentro" y los "de afuera". Si a dichos funcionarios se impone la participación de afuera en la toma de decisiones, en el mejor de los casos será considerada como una intrusión que ha de hacerse inocua. Será un tema recurrente en este estudio la manera en que esta exclusividad oficial afecta las formas de procedimiento.

Los trabajos de larga duración dan lugar a la rutina y la especialización de las tareas. Esta rutina en las actividades implica que los temas que se presentan al funcionario no sean entendidos como una constelación única de circunstancias que pide "justicia individualizada". También las elecciones son más estrechas: en tanto que puede haber muchas

² Más adelante en este capítulo se discutirá quién debe considerarse el decisor paradigmático. En la visión de un comparativista, esta pregunta tiene una respuesta mucho menos obvia que la que supone la visión doméstica.

formas de enfocar la resolución de un problema, sólo una emerge como habitual. Se hace posible, asimismo, un grado considerable de descompromiso emocional. La especialización implica, por supuesto, que sólo ciertos factores —los que están en un campo estrecho— desempeñen un papel en la toma de decisiones. Como consecuencia del hábito y la especialización se produce la separación entre las reacciones profesionales y personales: el profesional adquiere la capacidad de anestesiar su corazón, si es necesario, y de tomar decisiones —en su rol de funcionario— que nunca tomaría como individuo.

Este cisma entre el cargo y el que lo ocupa favorece el pensamiento institucional: los impulsos por dejar de lado los intereses institucionales y consultar con la conciencia son demasiado “protestantes” para ser tolerados. Los juicios se transforman en pronunciamientos de una entidad impersonal (una curia) incluso cuando un solo individuo tiene la misión de administrarla. Y porque la institución ha de ser unívoca para no resultar equívoca, el anuncio de un juicio hecho por varios funcionarios anula la disidencia interna previa: los que están en desacuerdo han de reprimir sus emociones. La visión de aparato estatal que analizamos, el amplio fracaso de la justicia continental para publicar opiniones disidentes —o en ciertos casos mencionar los nombres de los jueces que votaron por una decisión— lejos de ser indeseable, puede adoptar una especie de dignidad melancólica. Como los zánganos que mueren tras fertilizar a la abeja reina, las voces disidentes y concurrentes, instrumentales en la formación de una decisión institucional, no sobrevivirán a su anuncio.

Ordenamiento estrictamente jerárquico

Los funcionarios están organizados en varios niveles: el poder viene de arriba y se derrama a los niveles inferiores. Son características las grandes desigualdades entre los funcionarios en las diferentes posiciones jerárquicas. En el nivel más bajo están los funcionarios menores —*parvuli* en los textos

legales continentales medievales— con la limitada responsabilidad de hacer de jornaleros de la organización. Sin embargo se defienden de los forasteros con gran celo, sin importar la modestia de las cualificaciones necesarias para el cargo (el manejo de documentos y tareas menores de papeleo son un ejemplo). Cada escalón sucesivo conlleva más prestigio y responsabilidades considerablemente mayores. Los funcionarios dedicados a la misma tarea son iguales, pero cuando surge un conflicto entre ellos, estos “homólogos” no están autorizados a resolverlos por sí mismos mediante acuerdos y consenso. Los temas conflictivos y que necesitan resolución han de ser referidos al superior común. Sólo en la cúspide de la pirámide de poder (suponiendo que no sea monocrática) las diferencias de opinión se resuelven por consenso.

Cementando los componentes del poder hay un fuerte sentido de orden y un deseo de uniformidad: idealmente todos marchan siguiendo el ritmo de un solo tambor. En organizaciones mayores, por supuesto, la autoridad suprema no puede guardar todas las decisiones para sí, encargando a los niveles inferiores su preparación y ejecución. Por necesidad los subordinados han de tener la facultad de tomar decisiones de primer orden o bien, usando un término continental típico, decidir “en primera instancia”. Pero la lógica de una jerarquización estricta requiere que esas decisiones estén sujetas a una revisión superior sobre una base regular y amplia: una gran distribución de poder sin revisar los niveles más bajos pondrá en tensión los supuestos que animan el todo de la estructura de poder. Entendida en este sentido, la discrecionalidad oficial es anatema.

Es importante observar la tensión entre la toma de decisiones individualizada y una revisión a nivel superior. Se ha de evitar la incapacidad administrativa en el escalón más alto, donde hay menos decisores que en la base, y las auditorías superiores deben restringirse a un número de puntos limitado, preferiblemente a aquellos que se prestan fácilmente a la verificación. En otras palabras, el poder superior espera que los niveles más bajos esquematicen la complejidad de temas que deberán decidir. Desde luego la esquema-

tización se facilita en jerarquías que también insisten en que los funcionarios sean profesionales: la rutinización de la actividad aumenta la propia capacidad de "tipificar" situaciones. No obstante esta capacidad no se distribuye de modo igual en el aparato jerárquico. Los decisores iniciales están más cerca de los confusos detalles de la vida, incluido el drama humano, y por tanto será más difícil su inmunización a los aspectos individuales de los casos. Mientras tanto los altos cargos enfrentan realidades prepreparadas o editadas por sus subordinados; los destinos individuales son menos visibles. Debido a esta mediación los de más arriba tendrán más facilidad para no tomar en cuenta la "equidad" de los casos que deben juzgar. La ventaja de su insensibilidad hacia las circunstancias individuales es que tienen libertad para corregir las incoherencias de las decisiones de bajo nivel y cultivar modos más amplios de ordenamiento del proceso de decisión. Como en la jerarquía de los ángeles, la superioridad de los funcionarios aumenta en proporción con la mayor amplitud de sus conocimientos. Es en este sentido que, como algunos estudiosos de la burocracia han sostenido, "los de más arriba entienden lo universal; los escalones inferiores entienden lo particular".³

³ Ver K. Marx, *Critique of Hegel's Philosophy of Right*, 46 (1970). La referencia a una jerarquización celestial no es remota. El aparato judicial continental fue desarrollado en la Iglesia de Roma, de cuyas ideas sobre la apropiada organización de la autoridad terrenal se creía que reflejaban el orden celestial. Basándose en la jerarquización de los ángeles, ver M. J. Adler, *The Angels and Us*, 49-51 (1982). No hay fácil solución respecto a dónde la preocupación jerárquica por la unidad y la consistencia debe dar curso a una mayor sensibilidad de los funcionarios de nivel bajo por las circunstancias individuales. Pero como sea que la jerarquía elija definir el foco de los cargos menores, la organización judicial jerárquica desarrolla mecanismos para estrechar la brecha entre la toma de decisiones más individualizada en el inicio y subsecuentemente más generalizada. Algunos mecanismos se originan desde arriba: por ejemplo, la formación de los funcionarios puede detectar a las personas demasiado sensibles a los casos particulares. Otros mecanismos vienen desde abajo: quienes estén familiarizados con la práctica judicial continental pueden testificar sobre la capacidad de los jueces para escribir opiniones que enmascaren su caracterización de los eventos para conformarse a los modelos de toma de decisión de las autoridades que las revisen.

Porque implica la diferenciación de las funciones entre especialistas, la profesionalización —el primer parámetro del ideal jerárquico— puede propiciar la discordia. Cuando los profesionales están estratificados en una cadena de subordinación (el segundo parámetro del ideal) y por lo tanto son presionados hacia la unidad y la obediencia, se mitiga la posesiva psicología territorial de los especialistas. El espectro de las auditorías superiores propicia una ética de cooperación y la dinámica de la promoción jerárquica contribuye a crear un espíritu de "juego en equipo". Aquellos funcionarios que desean hacer notar su impacto, obstruyen el funcionamiento armónico y están en peligro de ser dejados de lado de cara a los ascensos.

Normas técnicas para tomar decisiones

En cuanto a la toma de decisiones, en las organizaciones judiciales hay que distinguir dos enfoques básicos que a menudo se combinan. Por una parte los funcionarios evalúan las consecuencias de decisiones alternativas y luego eligen la alternativa que parezca más atractiva en términos del postulado del objetivo organizativo: la decisión se justifica en referencia a las consecuencias deseables que se cree emanarán de ella. Se han desarrollado técnicas formales consistentes de sí mismas para ayudar al decisor a llevar a cabo unos cálculos consecuenciales (instrumentales) y la influencia de dichas técnicas está creciendo. Este primer enfoque, sin embargo, que llamaré de orientación tecnocrática, se mantendrá en la periferia. Consideraré esta orientación sólo para discutir aspectos del proceso legal en algunos Estados intensamente activistas, donde los temas que llegan a los tribunales requieren cada vez más conocimientos técnicos de tipo consecuencialista.

El segundo enfoque es dominante en los aparatos de justicia tradicionales. Bajo este enfoque, que llamaré legalista, se espera que los funcionarios tomen una decisión particular cuando se encuentran hechos especificados en un marco

normativo. En contraste con la orientación tecnocrática, la consecución de objetivos deseables no es un terreno justificatorio independiente. La propiedad de la decisión queda evaluada en términos de fidelidad a la norma aplicable. Esto no quiere implicar que el enfoque legalista sea indiferente a las consecuencias que resultan de la acción oficial. Se espera que quienes hacen las normas hagan los cálculos instrumentales necesarios y fijen pautas capaces de favorecer los objetivos de organización. Además, para lograr resultados deseables, incluso las reglas específicas contienen necesariamente un elemento de indeterminación y pueden interpretarse bajo la luz de los objetivos subyacentes.⁴

Si el lenguaje de las normas fuese infinitamente flexible, existiría espacio para que los enfoques consecuencialista y legalista se encuentren con armonía. Pero las burocracias jerárquicas fijan límites a la arbitraria actitud de Humpty Dumpty hacia el lenguaje usado en las normas: se establecen convenciones que cierran de antemano muchos caminos de interpretación teóricamente posibles que una imaginación jurídica sin restricciones institucionales podría concebir fácilmente. Entonces se puede llegar a un punto en que la adhesión a una norma puede frustrar la consecución de un objetivo deseable. En este punto, se hace presente la naturaleza distintiva de la orientación legalista: la norma debe aplicarse, incluso si los resultados son negativos.⁵

⁴ La distinción entre la toma de decisiones por cálculos instrumentales (medios-fin) y por adhesión a estándares ha aparecido prominentemente en el análisis sobre la burocracia de Max Weber. Ver M. Rheinstein, ed., *Max Weber on Law in Economy and Society*, 355 (1967). Los sociólogos jurídicos todavía la usan a menudo. Ver, p. ej., N. Luhmann, *Legitimation durch Verfabren*, 2ª ed., 130-210 (Darmstadt, 1975); T. Eckhoff y K. Jacobsen, *Rationality and Responsibility*, 9, 17 (Copenhague, 1960). En una diferenciación similar puede encontrarse la división interna en filosofía utilitarista entre "acto" y "norma". Ver *infra*, n. 6.

⁵ Por supuesto, ninguna organización del mundo real está preparada para insistir en la absoluta fidelidad a las normas bajo cualquier circunstancia, no importan cuán desastrosas sean las consecuencias de la decisión resultante. *Fiat justitia, ruat caelum* (dejar hacer a la justicia aunque se caiga el cielo) es un lema que hace demandas irreales a la orientación legalista. Sin embar-

Aquí es necesario distinguir dos variantes modales del legalismo. Una variante ve la vida social como tan compleja y fluida que las normas para tomar decisiones están dirigidas a áreas estrechas, y se refieren a conjuntos de hechos concretos. Estos paradigmas de la toma de decisiones están, de preferencia, en forma de ejemplos que dicen cuán concretamente habrían de tratarse las situaciones de la vida. Confrontados con un caso —una situación de la vida real— el órgano decisorio lo compara con el ejemplo estándar y mientras más estrecha sea la similitud entre los dos, mayor será la fuerza directriz de la norma. Sencillamente dichas normas no pueden separarse del pragmatismo de la aplicación a casos específicos. De hecho están tan imbricadas en detalles que un cambio relativamente menor de las circunstancias haría que las normas fuesen sólo parcialmente aplicables. El carácter técnico de esta variante del legalismo —que llamaré pragmática— reside fundamentalmente en la habilidad para hacer distinciones sutiles.

La otra variante apoya los esquemas de ordenamiento totales, y se apeg a normas más libres de contexto y por lo tanto más generales: se tiende a crear una red de principios y normas interconectadas. Inevitablemente las decisiones tomadas bajo esta segunda rama del legalismo que llamaré lógica, no pueden considerar muchos aspectos concretos de casos a los cuales la orientación pragmática se acomoda fácilmente. No obstante esto no parece inquietante: la "justicia individualizada" se cambia de buena gana por una mayor consistencia de las decisiones en casos muy diversos. Tanto la formulación como la aplicación de las normas se hacen más separables de los detalles de la vida de lo que el

go, las organizaciones judiciales varían de acuerdo al grado en que están preparadas para insistir sobre la adhesión a normas predeterminadas, incluso con el costo de precipitar resultados negativos. Aquellos que niegan estas diferencias de grado olvidan importantes contrastes entre las organizaciones judiciales reales. Por ejemplo, ponen en el mismo grupo la "legalidad revolucionaria" y el ideal clásico liberal del "rule of law" (imperio de la ley). Para observaciones llamativas sobre este tema hechas por un lego, ver C. Milosz, *The Captive Mind*, 30-31 (1953). Ver también *infra*, c. 3, n. 17.

pragmatismo está dispuesto a conceder.⁶ En otras palabras, se enfatiza la función ordenadora de las normas de toma de decisiones. Lo que ordenan con precisión parece menos importante que el hecho de que un tema queda clara y coherentemente regulado por ellas.⁷

Debería resultar evidente que el legalismo pragmático choca con el ordenamiento jerárquico; donde las decisiones originales abundan en detalles, se hace imposible una auditoría superior regular y amplia. Debería de ser igualmente evidente que las pirámides de poder altas encuentran atractivo el legalismo lógico. Cuando se observa la realidad desde una distancia, desde una jerárquica altura (*hauteur*) jerárquico, la visión se vuelve selectiva: la complejidad de los problemas puede ser absorbida mucho mejor que si se mira de cerca. La información transmitida hacia arriba a los responsables superiores —cuyas decisiones son las últimas— se conforma con las restricciones impuestas a la visión más inclusiva de los intermediarios: los hechos del caso se recorran y arreglan ordenadamente de acuerdo con los criterios sobre importancia (criterios de ordenación) impuestos desde arriba. La imagen de la toma de decisiones como un proceso

⁶ Distinciones similares entre legalismo pragmático y legalismo lógico aparecen en una variedad de contextos comparativos. Para una oposición relativa entre la "ciencia de lo concreto" y la "ciencia canónica", ver C. Geertz, *The Interpretation of Cultures*, 352 (1973). Max Weber intenta expresar las variaciones internas del pensamiento legal occidental bajo los términos de una dicotomía entre pensamiento que se apoya en "la caracterización externa de los hechos" opuesto a un pensamiento que implica "la interpretación lógica del significado". Ver M. Weber, *Economy and Society*, vol. 2, pp. 655-57 (1968). Para una distinción diferente, ver C. Schmitt, *Ueber die Drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (Hamburgo, 1934).

⁷ Para una mente imbuída en valores jerárquicos, el componente ordenador del derecho no es sólo una concesión lamentable a la fragilidad y maldad humanas, innecesaria entre los virtuosos o en el cielo "en donde el león descansa junto a la oveja". Contrastan las visiones sobre la necesidad de ley entre los virtuosos de G. Gilmore en *Ages of American Law*, 111 (1977) con las de Marcilio Ficino en K. von Montfort, *Briefe der Medicenkreise*, 103 (Berlín, 1926). Ver también G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 6ª ed., 172 (Stuttgart, 1963).

en cierto modo mecánico de relacionar los hechos con las normas adquiere, de este modo, plausibilidad.⁸

Es normal en las organizaciones ordenadas jerárquicamente que el tono sea marcado por la estructura lógica legalista del poder superior: las visiones dominantes se forman arriba y se filtran hacia los funcionarios inferiores, de otro modo más vulnerables a la solicitud de la persona legada de una justicia más individualizada.⁹ En suma, se obtiene una versión del ideal jerárquico más fiel a sus premisas cuando se combina el ordenamiento vertical de los funcionarios profesionales con un legalismo lógico, antes que pragmático. Desde este momento me centraré en esta versión más "pura" del ideal jerárquico y en el siguiente capítulo la tendré presente al comenzar a desarrollar las implicaciones de este ideal vertical del proceso legal. No obstante no ignoraré el legalismo pragmático, y lo invocaré cuando me refiera a las organizaciones judiciales estructuradas horizontalmente.¹⁰

iii. EL IDEAL PARITARIO

El ideal que analizaré a continuación imagina una maquinaria de justicia amorfa. Existen pocas líneas precisas y evidentes que separen a sus funcionarios y sus actitudes hacia la toma de decisiones, del resto de la sociedad. Sin embargo, mirado de cerca, este ideal revela un marco institucio-

⁸ En consecuencia, las variadas ideas sobre la naturaleza del "proceso judicial" no se relacionan con las diferentes perspectivas institucionales, y no deben ser usadas acriticamente entre las culturas legales.

⁹ Se han discutido algunos mecanismos generados por organizaciones jerárquicas para reducir las perspectivas discrepantes de decisores originales y de los revisores (*supra*, n. 3). Enfrentados con incertidumbres acerca de cómo evaluar "equidades", los funcionarios menores apropiadamente adocinados deben agradecer la resolución de sus dudas aplicando una norma clara, aunque sea algo procrustea. Pueden incluso llegar a aceptar una jerarquía del conocimiento, por la cual la mayor autoridad también posee visiones más válidas.

¹⁰ Siempre que la toma de decisiones requiera, por lo menos en cierto grado, la aplicación de normas técnicas.

nal diferenciado respecto a la realidad, que examinaré antes de acabar este capítulo. Como anticipación quisiera sugerir que el carácter de poder que invoca este ideal contiene pocas cosas que impresionarían o sorprenderían a los ciudadanos de Atica o a los romanos del período clásico o —si el lector refrena su incredulidad— a los que estén acostumbrados al funcionamiento de la maquinaria legal angloamericana tradicional.

Funcionarios legos

Idealmente se da poder a legos que son llamados para realizar funciones de autoridad ad hoc durante un tiempo limitado. Cuando el aparato de poder está en manos de estos funcionarios temporales, hay pocas oportunidades para que se desarrolle un espíritu de exclusividad. En relación al aparato judicial, los de adentro y los de afuera no se distinguen con precisión, y las diferencias probablemente no sean muy importantes. Existen pocos obstáculos serios que impidan a los funcionarios delegar algunas acciones a personas sin funciones de poder. Después de todo, los propios funcionarios no tienen una iniciación y formación, y han sido reclutados por la administración de justicia con un propósito limitado. En el siguiente capítulo se verá que en esta disposición para delegar o “ceder” acciones está la clave de muchas disposiciones de procedimiento.

En este caso brillan por su ausencia las características que acabo de asociar con la profesionalización. Dadas las breves permanencias en los puestos de trabajo, tiene pocas posibilidades de desarrollarse una rutina: los funcionarios neófitos, por su corta permanencia en el cargo, tienen mucho espacio para la espontaneidad y la improvisación, para reaccionar de modo emocional y actuar *ex abundantia cordis*. Los temas difícilmente se desvincularán de las personalidades. Cuando los períodos en el cargo son más largos, puede apreciarse algún endurecimiento de las formas, pero las actitudes personales y oficiales todavía no se separan tan

marcadamente como ocurre con los funcionarios de carrera. Tampoco queda tiempo para una diferenciación a largo plazo de las funciones, ni para que evolucionen las especializaciones. De hecho es probable que este devenir sea resistido por los legos en posiciones de poder que impregnan sus funciones con actitudes comunes y “generalistas”. Que la fusión de funciones resultante afectará las formas de procedimiento parece, desde luego, claro.

Sin una discontinuidad aguda entre las esferas personales y oficiales, el pensamiento institucional es muy rudimentario. Los veredictos, sentencias, o cualquier determinación de poder, individual o colectiva, no son concebidos como pronunciamientos de un órgano independiente de los individuos que la conforman, y siguen siendo altamente personales. De hecho la demanda de que se repriman o anulen las opiniones individuales en beneficio de una visión general única, parece invitar a actitudes abúlicas y equivale a una afrenta de la dignidad personal de los funcionarios legos. Cuando se unifican en paneles, conservan sus voces individuales, incluso si el resultado implica —como en las obras de Pirandello— que no exista una historia oficial única del grupo. Tampoco un disidente solitario de la opinión mayoritaria —un protestante— estará encadenado por esta opinión en el futuro: se sentirá libre de repetir su disensión una y otra vez.

Una dificultad importante de esta organización de funcionarios temporales es la capacidad de desarrollar una memoria fiable, manejar problemas complejos y funcionar con continuidad, antes que esporádicamente. Estas dificultades ofrecen suelo fértil a la aparición de una casta de profesionales que se hacen cargo de interactuar con los funcionarios legos. Estos profesionales asisten al órgano decisor “sin experiencia”, le dan información y mantienen la continuidad tenue dentro del aparato de poder. La especialización, en tanto que ausente del aparato de poder, se puede encontrar en un punto medio. En suma, de este modo se desarrolla una relación simbiótica entre la casta de los profesionales no autoritarios y los no profesionales en posiciones de poder.

Distribución horizontal del poder

El ideal que analizamos concibe una amplia distribución del poder entre funcionarios legos que, en líneas generales, son iguales: sin que uno sea claramente superior al otro, en esencia sólo existe un estrato de poder. Inmediatamente se plantea si tal arreglo es compatible con un aparato unitario del poder, en especial cuando los decisores tienen un sentido débil de la lealtad institucional, o una fuerte *libido domi-nandi*. Se ha dicho que donde no hay un poder último, las cosas se desgranar y se desencadena la anarquía. Por un instante, sin embargo, sigamos contemplando una configuración puramente horizontal del poder, una telaraña sin la araña en el medio.

¿Cómo podría protegerse la unidad de esta estructura de las diversas fuerzas centrífugas? Factores externos, un propósito común, por ejemplo, pueden proporcionar la cohesión necesaria, como en la metáfora de David Hume del grupo de personas que reman en un bote. Pero yo busco la posibilidad de una fuerza de cohesión generada *dentro* de un nivel único de poder. Para comprender su origen, consideremos qué funcionarios legos paralelos tenderán a tener jurisdicciones que se solapen e incluso se dupliquen en una organización lega que no sea una burocracia secuencial bien ordenada. De igual modo los decisores situados en paralelo fácilmente frustrarán o anularán los frutos de los esfuerzos de unos y otros: un funcionario puede proteger una parte del vigor del juicio de otro funcionario (por ejemplo el canceller tradicional inglés) o puede rehusar, a discreción, a extender la asistencia. De modo alternativo un funcionario puede decidir iniciar procedimientos en una materia que ya está pendiente ante un poder paralelo, causando toda clase de problemas dentro de una estructura coordinada. Estas y otras posibilidades similares de frustración de los esfuerzos de unos y otros puede provocar temor a la represalia y llevar a ajustes y cooperación mutuos. En otras palabras, de modo semejante a la situación en la arena internacional, el temor de la reciprocidad se vuelve una fuerza de cohesión, reemplazando el

deber a someterse a lo impuesto y lo ordenado que impera en las organizaciones jerárquicas.

Uno podría preguntarse cómo puede conservarse la coherencia y predictibilidad de las decisiones dentro de un nivel de poder único. Nuevamente los instrumentos característicos son los ajustes voluntarios y la armonización de las actividades que, de otro modo, serían independientes: funcionarios del ideal paritario pueden llegar a acuerdos y adoptar directivas comunes o normas en ciertas esferas de sus jurisdicciones. También es cierto que los reglamentos impuestos desde fuera del aparato oficial (por ejemplo la legislación) pueden contribuir a la uniformidad de la toma de decisiones, aunque el impacto de ese reglamento no se debe exagerar. Los decisores libres de un control superior conservan la "posibilidad de desobedecer"¹¹ o anular el mandato del reglamento.

Sin duda al creyente en el ordenamiento jerárquico todos estos instrumentos para asegurar la unidad le parecerán débiles e ineficaces. Para comenzar, el proceso de adoptar posiciones coherentes no es exactamente paralelo, de modo que la *posibilidad* misma de la coherencia de la decisión se evalúa de modo diferente en los dos marcos. Consideremos que en contraste con el aparato jerárquico, todos los decisores de una configuración horizontal del poder permanecen cerca de las situaciones concretas de la vida. Al abrirse camino a través de la maraña de detalles, son impulsados a hacer diferenciaciones finas. Raras veces los dos casos son parecidos; la identidad es elusiva, y las posiciones divergentes pueden justificarse con facilidad. Lo que falta es la distancia jerárquica, capaz de generar una visión desde arriba que absorba tantos detalles de la situación que haga posible la creación de esquemas sencillos de ordenamiento, además de identificar fácilmente y a grandes rasgos las semejanzas y diferencias. Pero hay más. Para tolerar las incoherencias —y un grado alto de incertidumbre— ha de prepararse un marco

¹¹ Ver S. Kadish y R. Kadish, "On Justified Rule Departures by Officials", 59 *Calif. L. Rev.* 905, 925 (1971).

mental que aspire al ideal de coordinación, antes que otro apegado a la visión jerárquica del poder. Cierta cantidad de desorden ha de ser aceptada como precio del compromiso fundamental con una distribución más amplia del poder.¹²

Ahora me apartaré del ideal de un aparato de justicia extremadamente paritario e introduciré un modicum de subordinación para acercarme a las organizaciones judiciales existentes. En este entorno modificado, el primer nivel de poder sigue marcando el tono: el ordenamiento vertical, por transferencia voluntaria o de otro modo, sólo se ejerce débil y esporádicamente. Los órganos decisorios originales son como dioses del Olimpo —libres y poderosos, pero de algún modo subordinados a Zeus: sus posiciones de sub/superordenación no están nítidamente delineadas; los funcionarios superiores e inferiores son esencialmente homólogos con prestigio y poder similar. De hecho pueden ser las mismas personas que cambian roles. La ausencia de un rango distintivo quita presión al sometimiento generado por la perspectiva de la promoción y degradamiento jerárquicos: nadie sube o baja la escalera. Las auditorías superiores son excepcionales, y bajo un poder lego, también son una empresa no sistemática. En consecuencia todo el aparato de justicia está impregnado de las actitudes características de los decisores originales. Hay pocas presiones para simplificar la toma de decisiones y para no considerar detalles que faciliten la tarea de auditoría y revisión. Más adelante examinaré no sólo las implicaciones de procedimientos de las estructuras coordinadas puras, sino también las marcas que deja esta jerarquización olímpica y relajada de los responsables en las disposiciones jurídicas.

Antes de enfocar el último aspecto de la idea coordinada de poder, observaré el impacto que causa la conjunción

¹² Observar también que los funcionarios legos ad hoc no tienen tiempo para adquirir el sentido de continuidad del burócrata de carrera, tan importante para la capacidad de detectar inconsistencias. Asumir que las nociones de orden y tolerancia al desorden son constantes en los aparatos judiciales, es un pecado mortal para un comparativista. Advertir contra estos supuestos, que oscurecen tanto el discurso comparativo, será uno de los leitmotifs de este estudio, y lo repetiremos en la conclusión.

de sus dos primeras características. Cuando los funcionarios legos están en un orden horizontal, emerge un contraste notable con el aparato jerárquico del poder. En tanto que este último se caracteriza por la separación de funciones (debidas a la profesionalización) y también por la fusión del poder en la cima (debido al orden estrictamente vertical) el aparato paritario se caracteriza por la fusión de funciones (debido a la *ausencia* de profesionalización) y también por una amplia dispersión del poder (debido a la distribución horizontal del poder). Además, buena parte de la fragmentación del poder dentro de una organización judicial puede llevar a superposiciones y redundancias jurisdiccionales, de modo que la fusión de funciones podría resultar en la mezcla de actividades administrativas, legislativas y estrictamente judiciales.

Justicia substantiva

El ideal paritario rechaza cualquier enfoque de la toma de decisiones que requiera la aplicación de normas divergentes de las normas éticas, políticas o religiosas imperantes por parte de los responsables, o los impulsen a alcanzar resultados que no se apoyen en el sentido común. En otras palabras, los enfoques "técnicos" de la toma de decisiones parecen poco deseables, una desviación de la situación ideal. Pero la mezcla de normas comunes no diferenciadas que aplican los funcionarios paritarios, no siempre debería identificarse con los *nomos* que imperan generalmente en la sociedad. En tanto que una identificación así es posible, especialmente en comunidades organizadas en torno a valores de existencia immemorial, una posibilidad alternativa es que los funcionarios sean guiados por los valores y políticas de un grupo o elite dominante. En este último caso, las normas de toma de decisiones no necesitan hacer de espejo de las convicciones y expectativas sociales ampliamente extendidas, sino más bien han de reflejar preceptos de la "buena vida" que sólo esta pequeña capa dominante comparte. Antes que sancionar

prácticas heredadas, las decisiones pueden inspirarse en la visión de la elite de una sociedad mejor, o por su *societas sonada*, a la cual se atribuye la capacidad de transformar las relaciones sociales.¹³ A partir de este momento, cuando yo comience a combinar una visión activista de la justicia con el aparato judicial paritario, no hay que olvidar esta última posibilidad.

Puede ser conveniente usar un término unificador de las características de la mezcla de normas para la toma de decisiones de los funcionarios paritarios, en el cual el sentido común práctico y la prudencia se mezclen con normas éticas, políticas o religiosas. Me referiré a esta mezcla compleja poniéndola bajo el término colectivo de *justicia substantiva* donde los adjetivos indiquen hostilidad hacia los modos más formales de toma de decisiones. Es evidente que esta mezcla lleva una carga considerable de valores y objetivos de grupo contradictorios. Las normas de la justicia substantiva son abiertas y las normas fijadas textualmente sólo las expresarán de modo imperfecto. Como la poesía popular o la música de jazz, cuando se las enmarca en una pauta rígida sufren una cierta traición. Muy naturalmente estas provisiones que implican la codificación de preceptos de la justicia substantiva emplean términos vagos como "razonable" o "justo", términos que aluden a viejas normas comunitarias no escritas y amorfas. No obstante la expresión imperfecta en términos de reglas no significa que el aparato judicial paritario esté siempre a media luz: no es necesario que las decisiones sean impredecibles, o no se puedan justificar en términos de un discurso racional. En cambio su transparencia depende de la

¹³ Una ilustración histórica de esta posibilidad es la reacción de los territorios alemanes ante el transformador espíritu de "racionalización" que comenzó a irradiar desde la Iglesia de Roma a fines del siglo once, socavando antiguas formas medievales de justicia. Los juicios ya no se basarán en tradiciones surgidas de las comunidades germánicas: los nuevos "óráculos del derecho" se convirtieron en miembros de una elite (*scabini*) cuyos puntos de vista "racionalizados" se integraban en la administración de justicia. Ver F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª ed., 112 (Göttingen, 1967).

claridad del consenso en la comunidad o en el grupo dominante. Para tomar un ejemplo elemental, una norma que se refiere a la "obscuridad", o la "conducción irresponsable" es textualmente vaga, pero puede tener un significado claro en una comunidad homogénea, o en sus autopistas. En general, no obstante, una organización estatal orientada a la justicia substantiva no puede aspirar a ser tan predecible como cuando se adoptan los modelos de toma de decisiones tecnocráticos o legalistas. Tampoco sería deseable una forma predecible en los aparatos compuestos por funcionarios legos ordenados de modo horizontal.

No existe una necesidad inherente para que las normas comunitarias sean aplicadas por funcionarios legos: de hecho los burócratas de carrera también pueden ser instruidos para tomar decisiones de acuerdo con las normas imperantes en una comunidad. Pero cuando esto ocurre, el aparato de justicia puede verse desgarrado por las tensiones. Un cuerpo de conocimientos desarrollado por profesionales puede entrar en conflicto con la justicia substantiva. Tampoco existe una conexión necesaria entre aparato estatal lego y la aplicación de las normas imperantes en la comunidad; órganos decisivos pueden dar instrucciones ad hoc en aquellos aspectos especiales de una disciplina técnica. Pero nuevamente surge una tensión: a los legos no les gusta verse limitados por criterios técnicos, no sólo porque no siempre los comprenden, sino asimismo porque esos criterios pueden dictar resultados que no se ajusten bien a sus ideas acerca de la solución apropiada de un caso: ideas que podrían generarse de sentimientos acerca de la justicia substantiva. Si aún así las prestaciones externas imponen algún grado de legalismo a las estructuras paritarias, el parentesco de estas estructuras con el legalismo pragmático está mucho más cerca que el parentesco con el legalismo lógico. Esto se debe a que el legalismo de la persuasión pragmática y el lego vinculado a la justicia substantiva exigen una atención estrecha a los aspectos concretos. Para ambos *le bon Dieu est dans le détail*. Por otra parte, las normas que apelan al legalismo lógico son ajenas a los legos. Provocan una insensibilidad hacia las

singularidades del drama humano, y su capacidad para asegurar decisiones basadas en principios no impresionan a los legos. Es probable que prefieran una confusión cordial a la coherencia insensible.

Una visión más armoniosa del poder paritario aparece al imaginar una organización de funcionarios legos que apliquen normas de justicia substantiva antes que una organización de estos funcionarios que usen normas técnicas. Y en esta visión del poder, las normas vagas de la justicia substantiva se combinan con la ausencia de supervisión jerárquica para asegurar que la discrecionalidad del órgano estatal sea el acompañamiento esencial de la organización judicial paritaria.

IV. LOS IDEALES JERARQUICOS Y PARITARIOS EN EL CONTEXTO HISTORICO

Habiendo definido las categorías requeridas y habiendo delineado los dos ideales de organización del Estado, ahora podría comenzar a desarrollar sus implicaciones respecto a la forma del proceso judicial. Sin embargo, hay que interrumpir el análisis abstracto para dar una explicación, necesaria en este punto. Centrarse en dos estructuras particulares del poder se ha justificado, en parte, alegando que estos dos modelos captan —aunque de modo exagerado— las diferencias más impactantes entre las organizaciones judiciales tradicionales en el continente europeo y en tierras angloamericanas. La descripción anterior de las dos estructuras de poder ha estado impregnada de alusiones más o menos veladas a la jurisdicción continental o del *common-law*. Ha llegado el momento de apoyar estas afirmaciones implícitas, que tal vez hayan abusado de la credulidad del lector: *bic Rhodus bic salta*. Con este fin intentaré un rápido retroceso a varios siglos del desarrollo histórico. Desde luego la selectividad requerida por un excursus tan comprimido ha de ser drástica, pero voy a intentar centrarme en temas que los comparativistas consideran importantes para el desarrollo de las administraciones

de justicia continentales y angloamericanas. En este sentido, entonces, mi selección de datos, aunque puede parecer arbitraria para algunos, no será inesperada para los expertos. Sin embargo la siguiente reordenación de datos conocidos en las formas nuevas que sugieren mis categorías analíticas, será inusual. Cada vez que sea posible intentaré imaginar cómo parecería un desarrollo en un medio dado ante los ojos de uno u otro. Esto se hará para evitar la evaluación convencional de elementos conocidos, evaluaciones aprisionadas por puntos de vista angloamericanos o continentales, estrechos y provincianos.

El mecanismo de justicia continental

Para buscar la génesis del aparato de justicia continental¹⁴ no se requiere considerar la burocratización judicial en la antigüedad romano-bizantina. Bastará con comenzar por la aparición de la burocratización a fines del siglo once, cuando el movimiento hacia la unidad dentro de la iglesia católica llegó a un momento álgido. ¿Cuál fue entonces la visión dominante sobre el orden adecuado dentro de la iglesia? Como lo expresara otro producto de ese siglo —el surgimiento hacia el ciclo de la catedral gótica—, el ordenamiento sería piramidal y jerárquico. El propio término *hierarchia*, desconocido para los griegos clásicos¹⁵ fue acuñado por un monje sirio para expresar la perfecta estructura del gobierno celestial y también la organización ideal del poder eclesiástico. Por lo tanto, no ha de sorprender que el impulso de la iglesia hacia una unidad mayor lograra una estructura jerárquica del clero con el Papa a la cabeza de la pirámide de poder.

¹⁴ Hablo con imprecisión del continente europeo; la región escandinava y partes del Este de Europa se vieron afectadas sólo marginalmente, o muy recientemente, por los desarrollos que discuto en esta sección.

¹⁵ Ver W. Ullmann, *Law and Politics in the Middle Ages*, 230 (1975). Categorías de súper y subordinación fueron discutidas en diferentes términos por Aristóteles y otros filósofos griegos.

En la literatura jurídica de ese período apenas si hay un tema más fascinante —y ninguno de tanta importancia para la administración de justicia— que el del *officium iudicis*, el oficio del juez. Bajo esta rúbrica se encuentran los primeros indicios claros de la separación entre el cargo y la persona que ejerce sus poderes. La opinión imperante era que el conocimiento privado y oficial no tenían que mezclarse, y que la toma de decisiones sólo tendría que basarse en la información adquirida oficialmente. Se esperaba que el juez mantuviera separado lo que supiese como persona (*ut homo*) y lo que hubiese llegado a conocer durante el ejercicio de su cargo (*ut iudex*).¹⁶ Bajo la influencia de esta teoría, en los tribunales eclesiásticos se separaban las funciones adjudicativas y testimoniales ya en el siglo XII, un dato impresionante en comparación con el jurado inglés, que funcionó hasta bien entrado el siglo dieciséis.

En esta época temprana también imperaba la noción de que la administración judicial requería conocimientos especializados no sólo para resolver temas jurídicos, sino también para realizar actividades de búsqueda de pruebas. El debate con lo desconocido, implícito en la búsqueda de pruebas, no se dejaba a la imaginación de los aficionados: se crearon reglas complicadas, por ejemplo, para sopesar las pruebas (prueba legal). Muy naturalmente la participación de legos en la adjudicación parecía muy poco deseable. Cada vez que fuese posible, estos *iudices idiotae* (en la jerga de la época) fueron reemplazados por profesionales formados, o se les pidió que pidieran consejo a los eruditos. Dentro del cuerpo de eclesiásticos permanentes, había signos inequívocos de diferenciación funcional: los investigadores especiales estaban próximos a los tribuna-

¹⁶ Sobre la separación del conocimiento privado y oficial en la administración de justicia del período, ver K. W. Nörr, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit*, 43, 71 (München, 1967). Para ver la incidencia directa del efecto de la teoría oficial de *officium* en la teoría política secular, ver E. H. Kantorowicz, *The King's Two Bodies: A Study on Medieval Political Theology*, 5, 13 (1957).

les, y aparecieron los precusores de los fiscales (*promotores fidei*).¹⁷

El orden jerárquico del poder implicaba apoyarse en un sistema amplio y regular de revisión de apelaciones, casi enteramente desconocido para la sociedad medieval, y de hecho hasta fines del siglo diecinueve en Inglaterra.¹⁸ La revisión superior fue tan importante que a menudo se dudaba de si las ordenanzas de las ciudades o las costumbres locales podían abrogar válidamente el derecho a apelación. Los funcionarios que frustraban la transferencia de casos a los poderes superiores en algunas situaciones podían sufrir severos castigos.¹⁹

¿Qué conocimientos especiales se requerían para guiar las normas de decisión se encontraban en textos diseminados de derecho canónico, como decretos conciliares o pronunciamientos papales, y en algún grado, también en la recopilación del siglo sexto de derecho romano por el emperador bizantino Justiniano. Más importante para nuestros propósitos es el enfoque desarrollado hacia estos textos. Desde luego estos textos datados en períodos y marcos sociales diferentes e inspirados por visiones del mundo y políticas sociales diversas, con bastante frecuencia eran discordantes. Pero la filosofía imperante era que tales discrepancias e incoherencias aparentes eran a menudo superficia-

¹⁷ Sobre formas prístinas del proceso eclesial con la participación del *promotor fidei*, ver C. Lefèvre, *Juges et Savants en Europe*, 22 *Ephemerides Juris Canonici*, 76, 96 (1966). Sobre el ascenso de otros cargos especializados (auditors, investigadores, etc.), ver id., 102. Ver también *infra*, c. 5, n. 15.

¹⁸ Es justo decir que las apelaciones se *reinventaron* en Europa en el siglo doce. Aplicamos el término "reinventado" porque en Europa el origen de las revisiones por superiores proviene de la idea romano-bizantina de que la autoridad se ejerce por delegación del emperador. Ver T. Mommsen, *Römische Strafrecht*, 980 (Leipzig, 1899). La continuidad de desarrollo interrumpió en la Edad Media cuando el principal remedio contra un juicio adverso era una demanda ante su señor, en un procedimiento diferente. Sobre la ausencia de revisiones regulares en Inglaterra, ver *infra*, c. 2, n. 22.

¹⁹ Ver H. de Marsiliis, *Consilia et Singularia Omnia*, vol. 2, Consilium 80, 11 (Londres, 1537).

les y que, bajo la superficie, el orden racional esperaba ser descubierto. La actitud desarrollada de este modo implicaba que la búsqueda de la solución correcta significaba apoyarse en el análisis textual y en la penetración lógica de su significado. Cada vez más se consideró el derecho como un sistema cerrado autosuficiente, "una ciencia".

El origen de este enfoque del derecho —lo he llamado legalismo lógico— se atribuye habitualmente al surgimiento de las universidades italianas hacia fines del siglo once. Proporcionaban el ambiente en que los estudiantes, aislados de los mequinos detalles y responsabilidades de la práctica legal, podían darse el lujo de tratar los textos de la antigüedad clásica con una erudición desapasionada y como objetos de indagación intelectual. Pero no se debe olvidar que los estudiantes de derecho canónico también se habían dedicado a la actividad de buscar "concordancias" entre "cánones discordantes" mediante un método esencialmente similar de análisis lógico. Su actividad fue motivada no por el deseo de confeccionar teorías o dar conferencias coherentes, sino por el propósito eminentemente práctico de asistir a los altos poderes eclesiásticos en la gestión del aparato emergente.²⁰ Por lo tanto se podría conjeturar que —aunque no hubiese destilado de las uvas de la ley romano-bizantina— dentro de la iglesia hubiese surgido una variedad de legalismo lógico,

²⁰ Un excelente recuento sobre la emergencia de este enfoque se puede encontrar en H. Erman, *Law and Revolution*, 120-85 (1983). La ordenación académica del derecho fue especialmente influyente en la esfera del procedimiento, donde la imaginación jurídica se ve mucho menos constreñida por textos venerados de la antigüedad que en el derecho substantivo. Los *summae* aprendidos y los tratados sobre variados problemas procesales que comenzaron a aparecer en el siglo doce (sobre todo por abogados canónicos) eran verdaderamente inigualables en la historia jurídica anterior, y no iban a tener contrapartidas reales en Inglaterra. Ver M. Damaška, "¿How Did It All Begin?" 94 *Yale L. J.* 1807, 1816 (1985). Desde el punto de vista de las concepciones modernas, no deben exagerarse los esfuerzos "sistemáticos" de los académicos jurídicos. Mientras ordenan el derecho desarrollando conceptos abstractos, rara vez usan estos conceptos como ladrillos para construir un cuerpo de derecho sistemáticamente interrelacionado bajo el patrón de los abogados continentales del siglo diecisiete. Ver H. Coing, *Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft* (Frankfurt, 1956).

incluso en ausencia de la innegable contribución de los juristas académicos (*legistae*). De este modo el nacimiento del enfoque típicamente continental respecto al derecho, puede haber estado determinado por la confluencia tanto de la estructura académica como jerárquica de las complejidades inmediatas de la toma de decisiones. Este enfoque del derecho conjura no sólo la lámpara del estudioso, sino el silencioso manejo de los documentos por parte de funcionarios atados en lo alto de la pirámide de poder.

Antes de abandonar el período en el cual comienzan a aparecer contornos distintivos de la maquinaria continental de justicia, cabría subrayar que muchos rasgos que he incorporado en el ideal jerárquico no estaban del todo desahollados en la organización eclesiástica judicial de aquel momento. Sería anacrónico e inexacto atribuir un pensamiento institucional rígido o un legalismo inflexible al poder judicial del final de la Edad Media. Como corresponde a un sistema de derecho sacro, se esperaba que los jueces de la iglesia temperasen el rigor de las reglas con consideraciones dictadas por la conciencia (*aequitas, arbitrium*). Pero la dispensa resultante de la rigidez no debe ser interpretada como una desviación apóstata del poder eclesiástico: una discrecionalidad no estructurada y no revisable; las reparaciones de la norma tenían que ser ejercidas "en conformidad con la razón" y estaban sujetas a la revisión de los superiores.²¹

El siguiente paso en el desarrollo de la organización judicial continental fue el que dieron los reyes de Francia. Comenzando en el siglo trece, los Capetos iniciaron la construcción de un cuerpo estratificado de funcionarios dedicados a dilatar y extender el poder real. En vez de otorgar a los potentados locales un poder independiente, prefirieron

²¹ Ver N. Horn, *Aequitas in den Lehren des Baldus*, 153 (1968). En el trabajo del siglo catorce del famoso jurista Bartolus, se hace evidente una permanente hostilidad hacia la discrecionalidad sin posibilidad de revisión y sus relaciones con la tiranía. Ver Bartolus, *Opera Omnia*, vol. 11, 326 (Brescia, 1588).

despachar a sus propios agentes para realizar una variedad de funciones locales. A menudo de origen plebeyo y dependientes del rey para ganarse la vida, estos funcionarios reales eran leales al cetro y estaban relativamente inmunes a las presiones locales. Divididos en rangos, estaban interconectados por un sistema de revista: las revisiones de los *prévôts* iban a los alguaciles y de los alguaciles al poder real central. El aparato administrativo resultante se hizo muy popular como modelo para los príncipes de otras comarcas continentales.

También hubo desarrollos significativos en el tribunal principal de la nación, el Parlamento de París, en donde los abogados de profesión desplazaron gradualmente a los magnates en la toma de decisiones.²² Siguiendo a las organizaciones judiciales eclesiásticas, la tarea principal de este alto tribunal fue la revisión de las decisiones tomadas por los poderes judiciales inferiores, incluido un mosaico de cortes señoriales.²³ Pero incluso cuando el Parlamento ejercía jurisdicción de primera instancia, los jueces fueron apartados de algunas actividades asociadas con los juicios (como toma de pruebas, por ejemplo) y eran desposeídos de la posibilidad de realizar un escrutinio directo, característico de la toma de decisiones de primera instancia. El material necesario para decidir era recogido en forma documental y ordenado prolijamente para los encargados de impartir justicia por una variedad de funcionarios judiciales especializados.²⁴ Uno de ellos, encargado de salvaguardar el interés real, se convirtió en última instancia en acusador público (del Estado), función

²² La historia de este desplazamiento es relatada por el duque de Saint-Simon en sus memorias, con muchos detalles y poca simpatía hacia los abogados. Ver *Historical Memoir of the Duc de Saint-Simon*, ed. y trad. L. Norton, vol. 2, 367-71 (1968).

²³ Ver M. Fournier, *Histoire du Droit d'Appel*, 231-32 (París, 1881).

²⁴ En contraste con Inglaterra donde los tribunales centrales formulaban los temas dejando que las zonas rurales dieran su veredicto, el Parlamento tenía investigadores oficiales para llevar a cabo sus *enquêtes* en las localidades, reservándose el poder de decisión. Ver también J. P. Dawson, *A History of Lay Judges*, 53-60 (1960).

muy copiada en otros países.²⁵ La diferenciación funcional tendieron a afectó el panel de toma de decisiones: se asignaba un juez para filtrar documentos e informar a sus colegas sobre el caso. Una vez comunicada la decisión, basada de modo importante en su informe, se solicitaba al *rapporteur* que redactara la sentencia del tribunal (incidentalmente el título del juicio se hizo cada vez más formal, requiriendo una tuncion y formación especiales). Durante el siglo catorce un cuerpo dentro del Parlamento un rango de funcionarios altamente definido, y con ellos la posibilidad de apelación, internas. En suma, los procesos emergentes de burocratización jerárquica fueron inconfundibles.

Pero no fue hasta el fortalecimiento del absolutismo de los príncipes durante los siglos dieciséis y diecisiete que las burocracias centralizadas comenzaron a dominar el aparato del Estado en los principales países del continente. Hasta el lenguaje se vio afectado por las presiones que tendían a su regimentación. El discurso oficial tenía que realizarse en forma verbalmente rígidamente estructuradas, ser seco, en latín y "abstracto" en comparación con el lenguaje privado coloquial. La idea de un cargo impersonal se extendió hasta el corazón mismo del poder. Pese al famoso dictum de Luis XIV: *l'état c'est moi*, es durante este período que la idea del Estado se hace separable del status personal del gobernante y se convierte en un locus de sometimiento al poder institucionalizado (impersonal).²⁷

A menudo se ha dicho que el antepasado del acusador público moderno fue el *procureur du roi* francés, que entonces influyó en el *promotor* o *procurator* holandés de la Iglesia. Ver p. ej., P. Hinschius, *System des Katholischen Kirchenrechts*, vol. 1, 2, 11-2 (Graz, 1959). De hecho en los procesos eclesiásticos aparece un *procureur* por lo menos en tiempos de Tancredo, en el siglo doce. Ver Lefebvre, *op. cit.*, 10. El *procureur général* francés desarrolló su propia organización judicial, conocida metonímicamente como el *parquet*.

²⁵ Sobre la regimentación del idioma francés del siglo diecisiete, ver G. Guizot, *Alfred Dubel*, 365 (1975).

²⁶ Sobre la contribución del pensamiento burocrático impersonal acerca del surgimiento del concepto moderno de Estado, ver P. Frölich, 1789, *die bürokratische Entwicklung von der Bürokratie des Absolutismus zum Parlament der Weimarer Republik* (Frankfurt, 1957).

En la gran mayoría de los países continentales los funcionarios judiciales se hicieron profesionales de carrera. La participación lega en los procesos judiciales, allí donde llegó a sobrevivir, se redujo a la insignificancia o a un ritual. Los funcionarios judiciales, ahora organizados en una jerarquía, dejaron de ser percibidos como independientes del centro del poder del Estado. Y a diferencia de los jueces de la iglesia, los adjudicatores seculares dejaron de estar autorizados a adaptar las ordenanzas y otras fuentes legales para que se conformaran con su conciencia. Se pensaba que la integridad de una autoridad central poderosa requería un gobierno mediante reglas. Los jueces de niveles superiores consideraron muy aceptable la disminución del espacio para la discrecionalidad: Se acostumbraron a decidir sobre la base de documentos ordenados que eliminaban matices personales o de situación que pareciesen confusos, y que pudiesen ejercer presión hacia la libertad de acción a la hora de tomar decisiones. Como decía una máxima burocrática del período *quod non est in actis non est in mundo* (lo que no está en un expediente no existe).

El apego a las reglas también afectó las actitudes hacia los precedentes judiciales. Las decisiones de las cortes superiores, vinculantes o no, no fueron tratadas como ejemplos de cómo una situación real se había resuelto en el pasado, para poder comparar el caso sub judice con esos ejemplos de decisiones anteriores.²⁸ Más bien, lo que el magistrado

²⁸ Cuando el papel de los precedentes se analiza comparativamente, el tema de si son formalmente vinculantes o no surge con tal rapidez que se pierde perspectiva de las diversas concepciones del significado de "precedentes". Las culturas jurídicas angloamericana y continental probablemente difieren más en cuanto a cómo conciben los "precedentes" que en la fuerza vinculante real de la adjudicación previa. La actitud hacia la decisión que busca simetría en situaciones de la vida (un enfoque legalista pragmático en términos de nuestras categorías) es más característica de los tribunales angloamericanos que de los continentales. A menudo se ignora que los tribunales continentales de última instancia fueron una autoridad influyente en varios sistemas jurídicos del antiguo régimen. Ver G. Gorla, "*La communis opinio totius orbis*" en M. Cappelletti, ed., *New Perspectives for a common law of Europe*, 45 (1978).

trabaja en los "precedentes" era un pronunciamiento del poder superior según una regla, y los hechos del caso quedaban en penumbras. De este modo lo que la doctrina *common-law* convencional devaluaba como un simple dictamen, fue bienvenido precisamente por su independencia de la constelación concreta de los hechos del caso. Montesquieu expresó perfectamente esta actitud continental "lógico-jurista" respecto a los precedentes, afirmando que los juicios previos son meramente "un texto de la ley más preciso".²⁹ En suma, mucho antes de la Revolución Francesa, el aparato judicial continental incorporó rasgos que he asociado con la jerarquía. La administración de justicia fue permeada por actitudes derivadas de órganos decisorios profesionalizados, saturadas por ramificaciones de un poder de muchos niveles, y redolente con el legalismo lógico.

Esta caracterización puede ser discutida sobre la base de que el sistema legal en los países del antiguo régimen era intelectualmente centralizado. Es bien sabido que incluso en la Francia absolutista, el tribunal más importante —el Parlamento de París— compartía el máximo poder judicial con parlamentos provinciales. El hiperbólico lamento de Voltaire, dirigido a esta característica del panorama legal, se hizo famoso: "Il y a tant d'interprétations de la ley como ciudadanos" (*il y a tant des jurisprudences que de villes*). Remanentes de privilegios feudales y prácticas como la venta de cargos, en el aparato judicial, debilitaron la dependencia de los funcionarios del centro del poder estatal: los jueces no eran todavía *les employés*. Tampoco se había unificado aún la ley substantiva: un caleidoscopio de costumbres locales obtuvo siendo una fuente importante de poder legal.

Dicho lo cual, no obstante, no puede negarse un fuerte apego del aparato judicial a la burocratización jerárquica. En este punto una visión del otro lado del Canal será reveladora, pero como sólo en la siguiente sección tocaré la

²⁹ "*Les jugemens ne soient jamais qu'un texte plus précis de la loi*". De *l'esprit des lois*, liv. 11, c. 6.

maquinaria de justicia inglesa, que baste por el momento registrar la impresión de un inglés del siglo XVI muy viajado, Thomas Starkey. Aunque se dice que los ingleses ya habían centralizado su sistema legal durante el mandato angevino, Starkey seguía considerando que su propia ley no tenía "orden ni final", comparándola desfavorablemente con el ordenado "*civil law*" del continente.³⁰ Incluso en ausencia de una perspectiva comparativa, esta curiosa impresión puede explicarse en parte: se puede demostrar que la centralización incompleta de la administración judicial en tierras continentales restaba poco al fuerte compromiso con el ordenamiento del derecho ley y la jerarquización del poder judicial.

La existencia de un único foro central en un país no presupone una jerarquización judicial rígida, ni la existencia de varios tribunales independientes la excluye. Los Tribunales Supremos continentales en primer término y antes que nada ejercían una jurisdicción de apelación. Estaban en la cima de una pequeña jerarquía jurídica, ejerciendo una fuerte dirección general sobre los tribunales inferiores. Además sería errado imaginar *coutumes* locales como una aglomeración desordenada y amorfa de normas poco articuladas. A partir del siglo quince, los príncipes continentales —y en primer lugar los reyes de Francia— insistieron en que se redactaran las costumbres por escrito, y algunas veces llegaron a proporcionar procedimientos formales elaborados para la promulgación de *coutumiers*.³¹ La erudición legal continental (ciencia legal) proporcionó un esquema categórico para simplificar y organizar las reglas consuetudinarias, de modo que las disposiciones internas de los *coutumiers* no variaran grandemente y los abogados pudiesen seguirlos con

³⁰ Ver T. Starkey, *A Dialogue between Reginald Pole and Thomas Lupset*, Burton, ed., 173 (Londres, 1948).

³¹ Ver A. Esmain, *Cours élémentaire du droit français*, 2ª ed., 750 (París, 1895). También es cierto que a veces los reyes determinaban qué costumbres se aplicaban en qué áreas (F. Olivier-Martin, *Histoire du droit français des origines à la révolution*, 114 [París, 1948]).

relativa facilidad.³² De hecho en esa tendencia a los textos escritos se pueden discernir más que incipientes heraldos del movimiento de codificación que más adelante se propagaría por los países continentales. Ya en Francia en el siglo XVII parecía adecuado buscar "principios" comunes a varias costumbres locales, de modo que en última instancia el rey promulgase *une seule coutume*.³³ Y hay sólo un corto paso desde esta búsqueda de principios unificadores a las actitudes que generaron las codificaciones continentales clásicas, aquellos logros del legalismo lógico continental. Lo que resultaba común a ambos movimientos era la creencia de que la sociedad está gobernada por unos pocos principios inalterables de los cuales se pueden deducir reglas claras para poder hacer un adecuado seguimiento de la ley. Ambos movimientos compartían la creencia de que las decisiones lógicas se pueden organizar como un proceso que relacione reglas vacías de contenido con hechos claros. En esta conexión es notable que las primeras codificaciones en el continente fueron anteriores al *nouveau régime*: fueron puestas en vigor por gobernantes absolutistas que querían guías claras para las burocracias judiciales en Alemania.

Al evaluar la falta de unidad de la ley durante el antiguo régimen hay otra consideración que merece mención: a partir del siglo dieciséis, con la declinación de la *denunciatio canonica*, no existió una contrapartida cierta en los sistemas legales continentales para la separación entre "derecho y

³² Un plano frecuente fue una parte de la codificación de Justiniano que contenía un trato sistemático del derecho romano para fines educativos. Ver A. Watson, *The Making of Civil law*, 66 (1981). La fuerte influencia del enfoque "romano" erudito en el análisis de los problemas jurídicos fue depuesta por quienes creían en la tradición jurídica francesa nativa. Se muestra, por ejemplo, en los lamentos de Montaigne contra la invasión del "derecho romano", y encontró su expresión clásica en el *Antiriboniano* de Hotman.

³³ La codificación como acto del gobernante soberano fue expresada claramente por primera vez por Jean Bodin. Ver Q. Skinner, *Foundations of Modern Political Thought*, vol. 2, 289 (1978). Sobre la búsqueda de "una costumbre única", ver P. Viollet, *Précis des Institutions Politiques et Administratives de la France*, vol. 1, 173 (París, 1980).

equidad" (en adelante "*law and equity*") que seguía caracterizando el panorama legal inglés. Parecería que un aparato de justicia apegado al orden se ve menos alterado por la pluralidad de fuentes entre las cuales elegir la norma para una decisión estable, que por la posibilidad de que un tribunal de última instancia desestablece las decisiones de otro. El derecho durante el *ancien régime* no carecía de "una base sólida de apoyo" como un inglés que conocía bien el derecho continental (civil) diagnosticara respecto a la situación en su propio país.³⁴

El crecimiento de la centralización gubernamental después de la Revolución Francesa es demasiado conocido como para que necesite revisión aquí. Después de un breve prelude, fue abolida la pluralidad de ordenamientos jurídicos y los tribunales se hicieron demasiado unificados. Los rasgos jerárquicos del aparato judicial heredado permanecieron esencialmente intactos, aunque algunos aspectos de esta jerarquización, como el papel del magistrado jefe, elude ahora una visión continental limitada, un ojo que se examina a sí mismo.³⁵ Pero algunas reformas iniciadas en el aire electrificado de aquellos días turbulentos tenían la potencialidad de minar o debilitar seriamente la estructura jerárquica burocrática del poder judicial. Aunque los jueces se convirtieron en *les employés*, se les dio un status especial entre los funcionarios, status que implicaba una relajación de la cadena de mando jerárquico. Se proclamó que las opiniones legales de cortes

³⁴ Starkey, *supra*, n. 30. Al evaluar el diagnóstico del autor del derecho continental como muy ordenado, hay que recordar que aunque Starkey estudió en una escuela de derecho continental, no tenía experiencia práctica. Incluso aceptando una distorsión que emanara de la familiaridad con el derecho académico solamente, sigue habiendo cierta medida de verdad en sus observaciones comparativas, sobre las cuales volveré en la sección siguiente.

³⁵ Los "poderes de supervisión" del magistrado jefe en algunos sistemas continentales (p. ej., en Alemania Occidental) pueden incluir críticas a sus jueces por una insuficiente preparación de los casos para juicio, o la descalificación de jueces por ser parciales. Siendo perfectamente normal en la tradición jurídica continental, tales poderes fácilmente parecen excesivos en el marco angloamericano.

superiores no eran vinculantes para los jueces subordinados, incluso cuando se devolvían al juzgado inferior para reconsideración. Más notable fue la inyección de un componente lego en la adjudicación: en tanto que la justicia civil permanecía —como antes— provincia exclusiva de los jueces profesionales, su monopolio se rompió cuando se juzgaron delitos más serios. Un jurado lego, trasplantado desde Inglaterra, compartía la decisión con tres jueces profesionales.

No importa cuán significativas pueden haber sido estas reformas en algunos aspectos, su potencialidad para desestabilizar la jerarquía judicial, o mitigar la potencia de los profesionales nunca se ha cumplido. Las fuerzas burocráticas nativas no tardaron en reaccionar contra el órgano trasplantado, proponiéndose expulsar o por lo menos neutralizar el cuerpo extraño. Se mantuvo la creencia de que la administración de justicia es una esfera de prácticas especializadas en la cual las afirmaciones vigorosas de visiones no supervisadas equivalen a arrogancia. La forma principal de participación lego en causas penales se convirtió en un tribunal mixto en el cual los elementos legos y profesionales se sentaban y decidían conjuntamente, y en la cual el componente profesional ejercía influencia decisiva.³⁶

Las reformas que intentaron hacer menos rígida la cadena de rango jerárquico no tuvieron mejor destino. En tanto mantuvieron la libertad formal de pasar por alto las opiniones legales de sus superiores, los jueces seguían buscando la guisa de los tribunales superiores. Pese a que muchos factores conspiraron para conservar esta deferencia, se puede explicar esta actitud como causada y nutrida por las políticas de reclutamiento, formación y promoción, todas afines a las

³⁶ Estos problemas de control de un panel lego independiente que decide en solitario, están ausentes de la administración de justicia continental. Algunos estudios empíricos que confirman las impresiones generales acerca de la influencia limitada de los asesores legos en las decisiones de paneles mixtos, ver M. Damaska, "*Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure*", 84 *Yale L.J.*, 480, 498 (1975).

organizaciones jerárquicas. Típicamente, el comienzo de una carrera en los tribunales era también el comienzo de la carrera profesional de un joven abogado, fresco tras un período como interno en el aparato judicial. Raramente el juez estaba iniciando una segunda carrera. El primer cargo (o elección) era en los tribunales inferiores, puesto de poco prestigio, cuyas posibilidades de promoción dependían, por lo menos en parte, de la aprobación de quienes hacían el seguimiento regular de estos tribunales y sus decisiones. En esta situación apenas puede sorprender que las afirmaciones de independencia por parte de los tribunales inferiores, incluso siendo formalmente posibles, fuesen bastante aberrantes. Firmemente sujetos al mástil del servicio civil, los jueces inferiores podían oír la música seductora de la libertad, tal como Ulises oyera el canto de las sirenas.³⁷

De manera general y de modo latente, la verdadera doctrina de la libertad judicial desde las más altas opiniones legales, ha encontrado su hogar espiritual en el entorno de los funcionarios del legalismo lógico: requiere la exaltación de las normas libres de contexto y la creencia en que la creación y la aplicación de estas normas pueden ser tajantemente separadas. Sugeriré brevemente la conexión. Incluso antes de la revolución, las poderes judiciales continentales

³⁷ Merece la pena anotar que una doctrina de precedentes formalmente vinculantes sería mucho más rígida en el marco institucional continental que en el del *common law*. La razón primaria no es tanto un mayor espíritu de obediencia a los superiores en los primeros que en los últimos, sino la diferente comprensión del precedente. Ver *supra*, nn. 28-29 y el texto que acompaña. El juez continental no pondera la simetría de las situaciones de hecho que, rígidas por *stare decisis*, permiten distinciones finas asegurando por tanto el crecimiento flexible del derecho. En cambio cada vez busca reglas más concretas en las decisiones anteriores, pasando por alto el contexto fáctico que las envuelve. Asumiendo la naturaleza vinculante de la concreción de esta norma progresiva, las normas de decisión en su momento se volverán intolerablemente rígidas, cada decisión nueva como una gota en la formación de una estalactita de normas cada vez más grande. En suma, mientras una organización judicial compuesta por jueces relajadamente jerárquicos puede requerir una doctrina de precedente vinculante como estabilizador ideológico interno, un funcionario de carrera jerárquico bien podría estar mejor sin él.

creían que las normas podían ser desarrolladas con tal claridad y precisión que su aplicación a casos individuales requería una mera "subsunción" de hechos a normas sin posterior colaboración (interpretación) por parte del juez. No obstante, mientras que el antiguo régimen no se oponía a la desenfrenada creación de normas por parte de las cabezas de las pirámides judiciales (*arrêts de règlement*), la doctrina revolucionaria de separación de poderes exigió el cambio. La rama judicial debería limitarse a la aplicación de normas con total prohibición de introducirse en la función de hacer políticas de la legislatura. En teoría, a los tribunales se les prohibía incluso la creatividad intersticial como la requerida para la interpretación de las leyes: el juez es sólo *la bouche* (la boca), no *le cerveau* (el cerebro), de la ley.³⁸ Ahora, si la creación del derecho excede la función del poder judicial, ¿qué significa que en esta materia no puede haber jerarquías de jueces: todos están únicamente y por igual subordinados al legislador.³⁹ Y mientras el tribunal superior puede estar en

³⁸ En 1790, mientras todavía actuaba la toxina de la revolución, dos decretos de la Asamblea prohibieron a los tribunales cualquier interpretación de la ley: cuando hubiera incertidumbres acerca de la legislación, se esperaba que los jueces refirieran el asunto a los legisladores. Los gobernantes absolutos, de Justiniano a Federico II de Prusia, a José II de Austria, impusieron otras prohibiciones similares y poco realistas sobre la interpretación judicial. Comentarios lúcidos sobre esto, en F. Neumann, *The Democratic and the Authoritarian State*, 38, 141 (1957). Casi no hace falta decir que tales prohibiciones tuvieron corta vida.

³⁹ La doctrina de que los jueces nunca están vinculados por interpretaciones (judiciales) internas del derecho no tardó en ser abandonada respecto a los tribunales superiores. Tradicionalmente estos tribunales tenían un abundante número de jueces divididos en secciones especializadas, y cada sección estaba subdividida en numerosos paneles. De modo que siempre existía el peligro de que paneles separados emitieran opiniones en conflicto sobre el mismo punto del derecho. Para evitar esto, se desarrollaron diversos mecanismos que aseguran la consistencia interna, uno de los cuales se desviaba de la doctrina ya mencionada: si un panel del juzgado de última instancia (a menudo también un panel de un tribunal de apelaciones intermedio) quería desviarse de una opinión ya anunciada por un panel de la corte suprema, el tema tenía que pasar a un superpanel para una decisión vinculante para todos los jueces de la corte suprema. Irónicamente, la doctrina de sometimiento "único" a la ley siguió aplicándose solamente a los jueces de primera instancia.

desacuerdo con un tribunal inferior en la interpretación de una ley, no precisa adherencia a sus opiniones; la fuerza de sus pronunciamientos legales deriva únicamente de los argumentos en que se apoya, cuyo valor dependerá de lo que puedan probar por la razón (*tantum valet quantum ratio probat*). Como se puede predecir, esta ideología revolucionaria no sólo falló por la destrucción del respeto hacia las opiniones jurídicas de las autoridades judiciales superiores, sino falló asimismo al desalentar a los jueces continentales a implicarse conscientemente en la actividad de crear normas. Sin embargo, manteniendo la estructura jerárquica de poder, tal conspicua actividad judicial de generar normas queda en el área de los tribunales superiores.

El cambio de siglo trajo un debilitamiento del legalismo lógico, con los correspondientes cambios en el tono de la burocracia judicial.⁴⁰ A pesar de todos estos cambios, el aparato judicial continental ha mantenido un pronunciado sabor burocrático y jerárquico, especialmente cuando es observado desde la perspectiva del *common-law*.

El mecanismo de justicia angloamericana

La relación entre el aparato de justicia angloamericano tradicional y el ideal paritario parece ser mucho más problemática que la relación entre el ideal jerárquico y la organización judicial continental. Pero bastará cambiar levemente los focos de atención usuales para darse cuenta de que los aspectos que caracterizan a la organización judicial angloamericana, cuando son observados desde la perspectiva continental, pueden ser expresados como una fuerte afinidad hacia los valores y actitudes que he conceptualizado en el ideal de poder paritario.

⁴⁰ Para un análisis perceptivo de estos cambios, ver N. Lühmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 11-14 (1974); G. Schmid y H. Treiber, *Bürokratie und Politik*, 204-24 (München, 1975). La infusión de consideraciones políticas amplias, necesaria por la revisión judicial en expansión de la constitucionalidad de la ley, fue muy dañina para la "proximidad" del universo lógicamente legalista.

Comencemos con la preferencia ideal por órganos decisorios legos. La forma de gobierno inglesa siempre ha demostrado que mantiene una estrecha colaboración entre el poder y las clases adineradas.⁴¹ Los reyes normandos que comenzaron a construir (con fundamentos anglosajones) una administración relativamente sofisticada en el siglo XII, dejaron importantes funciones gubernamentales en manos de la nobleza local; así estos potentados locales, a pesar de actuar bajo comisión real, dispensaban justicia con entera libertad de cualquier supervisión o interferencia real. No evolucionaron los mecanismos de revisiones regulares por parte de superiores, tan importantes para el poder eclesiástico. En las cortes reales centrales, los jueces actuaban en conjunto con jurados locales compuestos por miembros de las clases terratenientes. El funcionamiento del centauro judicial inglés, en parte profesional y en parte lego, se expresa normalmente diciendo que la función judicial está en manos del juez, quien toma los hechos del jurado.⁴² Pero es ésta la manera en que puede aparecer el reparto de funciones a través de las lentes de los expertos legales del continente? En el siglo XIII, la esencia de la actividad judicial estaba identificada con el proceso de relacionar el derecho con hechos comprobables, y precisar la determinación de hechos (*ventilatio veritatis*) se convirtió en parte indispensable del trabajo judicial (*officium iudicis*).⁴³ Desde la perspectiva continental, entonces

⁴¹ Hay mucha literatura sobre este punto. Ver, p. ej., P. Anderson, *Lineages of the Absolutist State*, 115-16 (1974); M. Bloch, *Feudal Society*, vol. 2, 331, 424 (1961); J. R. Strayer, *On the Medieval Origins of the Modern State*, 36-37, 47 (1968).

⁴² Ver p. ej., R. Pound, *The Spirit of the Common Law*, 170-71 (1921). El análisis convencional se refiere al jurado tras su transformación del siglo dieciséis, pero también mutatis mutandis se aplica al jurado más antiguo no informado que menciona el texto.

⁴³ Ver, p. ej., la opinión del famoso jurista Baldus de Ubaldis, recogida en un compendio de planteamientos relevantes dispersos en N. Horn, *supra*, p. 21, 140. Incluso se podría sostener que en el período temprano era más importante para el juez asegurar los hechos ciertos que ser el depositario del conocimiento jurídico; se esperaba que en casos complejos consultara con los académicos jurídicos (*iuris periti*). Pero en la Iglesia Católica el énfasis en el conocimiento jurídico emergió muy temprano. En cuanto a la segunda mitad

ces, el juez real inglés podría aparecer más como el moderador de una conferencia judicial, o quizás el supervisor de procesos justos, el anunciador del resultado y el que hace cumplir una sentencia, más que el órgano decisorio quitaesencial. Esta interpretación se mantendría igual incluso si al observador continental se le informara que los jueces reales podrían presionar a los jurados para decidir un caso de una particular manera. Había precedentes de esto en el continente: los barones carolingios también podían manipular un tribunal, pero siempre "el tribunal juzga, no el Señor". Sir Thomas Smith, al intentar explicar en el siglo dieciséis el sistema procesal inglés a los franceses, era muy consciente de esta persistente divergencia de perspectivas en los responsables judiciales. "*Judex* es lo que nosotros llamamos el juez", recordaba, "pero nuestro sistema es tan distinto que aquellos que condenan o absuelven a un hombre culpable o inocente no son llamados jueces, sino doce hombres".⁴⁴

Desde la perspectiva continental, entonces, los auténticos órganos decisorios del aparato de justicia inglés tradicional son legos, tanto jueces de paz como jurados. Habiendo colocado tan significativos poderes en manos de caballeros legos, el aparato de justicia inglés no desarrolló muchas características de lo que antes he asociado con estructuras burocráticas. Un ejemplo es la comparativamente escasa diferenciación de funciones,

del siglo doce, los obispos (*judices ordinarii*) pondrían como sus "vicarios" a personas de su entorno con conocimientos de derecho. Ver Lefèvre, *supra*, n. 17, 101. La visión de que los "atributos esenciales" de los poderes judiciales no incluyen la búsqueda de hechos sigue siendo proclamada a menudo en los tribunales norteamericanos. Para un ejemplo reciente, ver *Northern Pipeline Co. v. Marathon Pipeline Co.*, 458 U.S. 50 (1981).

⁴⁴ Ver T. Smith, *De Republica Anglorum, Lib. II. Cap. 8*, ed. L. Alston, p. 66 (1960). El análisis moderno suscribe la opinión de que los jurados son más que meros buscadores de pruebas, por lo menos en un caso típico, cuando dan un veredicto general. Para dar ese veredicto los hechos y el derecho deben estar relacionados, esto es, deben hacerse operaciones mentales que a la vez no sean mecánicas, y sean esencialmente adjudicativas.

incluyendo aspectos tan fundamentales como la separación de las tareas testimoniales de las adjudicativas. Tardíamente, en el siglo quince, Fortescue todavía celebraba al jurado angevino autoinformado cuyos miembros podían decidir un caso basándose en sus conocimientos "privados" de hechos relevantes, o en sus investigaciones personales.⁴⁵ No es exageración decir que el jurado inglés se convirtió en un cuerpo puramente adjudicativo sólo después de su transformación en el siglo dieciséis, cuando pasó de ser un grupo de vecinos y testigos a ser un conjunto de personas desinteresadas para quienes los hechos deben ser probados en el tribunal.

Otro ejemplo de burocratización retardada es la escasa e imperfecta separación entre el cargo y su titular. Actuando en el desarrollo de sus juicios, los responsables ingleses continuaron siendo tratados como gente común hasta mucho después de que sus equivalentes continentales hubiesen adquirido un status especial. Por lo tanto, mientras las quejas se dirigen contra los cargos continentales (no contra quienes los detentan), los funcionarios ingleses siguieron recibiendo órdenes y prohibiciones en calidad personal. Por cierto, también ejercían su poder de un modo muy "personalizado", de lo cual hasta hoy sobreviven huellas en los aparatos judiciales de los países angloamericanos.⁴⁶ La incierta línea entre la aplicación del derecho privado o público también se relaciona al entorno inglés preburocrático. Individuos privados pueden demandar de inmediato en su calidad privada y en el

⁴⁵ J. Fortescue, *De Laudibus Legum Anglie, Cap. 26*, ed. S. Chimes, p. 62 (Cambridge, 1949). Mucho después, Sir Matthew Hale seguía defendiendo la mezcla de funciones testimoniales (conocimiento privado) con responsabilidades adjudicativas. Ver M. Hale, *The History of the Common Law of England*, Runnington, 6ª ed., 348, 353 (Londres, 1820).

⁴⁶ El concepto de que los jueces deben una responsabilidad institucional a los tribunales no está en absoluto tan fuertemente desarrollada como entre los funcionarios judiciales continentales. Tampoco en todos los países angloamericanos se ha arraigado la idea de que el tribunal, como unidad, ha hablado cuando un juez que pertenece a él ha dado a conocer su decisión. Por ejemplo, la negación de fianza o de prórroga por un juez norteamericano no impide que su colega del mismo tribunal conceda esa gracia.

interés público (acciones *qui tam*), o sólo por el interés público (proceso criminal en nombre del rey), incluso cuando las burocracias judiciales continentales establecían un monopolio virtual de la acción en interés público.⁴⁷ Otro ejemplo de la imbricación de las esferas oficiales y privadas es que los miembros de la abogacía inglesa podían aparecer en listas *ad hoc* para servir de jueces de los tribunales centrales.⁴⁸

La distribución del poder en el aparato tradicional inglés también nos ofrece una mirada fresca: aspectos sobresalientes del ideal paritario pudieron ser oscurecidos por un excesivo énfasis en la centralización iniciada por los angevinos. Lo que tiende a perderse de vista es que la disposición de muchas causas penales quedaba en manos de jueces de paz locales, que actuaban solos o acompañados de un jurado local, con una mínima interferencia del poder real central. Por consiguiente, un importante sector de la administración de justicia era un notable "ensayo de descentralización".⁴⁹ Sólo cuando se fija la atención en casos civiles los tribunales reales centrales se vuelven de hecho tan prominentes como lo son en la literatura convencional. Pero a diferencia de la situación en el continente, estos tribunales estaban ejerciendo, o mejor dicho, participando, en el ejercicio de jurisdicción *original*. No había rangos claros entre ellos: los mismos individuos entraban y salían de diferentes posiciones, sirviendo a distintos cuerpos judiciales. Mientras el recurso de apelación era posible, la apelación podía ir entre tribunales

⁴⁷ Sobre las acciones *qui tam*, ver W. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. 4, 355 (1924). Hay que señalar que el sistema inglés de iniciativa penal privada no se limitaba a la víctima del delito: un ciudadano podía iniciar un proceso penal en representación de la Corona. Todos los contemporáneos eran conscientes de las diferencias entre Inglaterra y el continente en el grado en el cual toleraban la aplicación privada del derecho penal. Ver W. Fulbecke, *A Parallelle or Conference of the Civil law, the Canon Law and the Common Law of this Realme of England*, 64-65 (Londres, 1618).

⁴⁸ Este alistamiento que continuó hasta este siglo, se facilitó por el hecho de que los jueces reales eran elegidos entre los miembros de la abogacía.

⁴⁹ Ver T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, 5ª ed., 169 (1956).

del mismo nivel (alegado común, *common pleas*, y tribunal real, *king's bench*) más que desde un tribunal inferior a uno superior. Algunos tribunales, tal como el *Court of Exchequer Chamber*, eran más bien comités de jueces paralelos, que un tribunal superior.

Si bien es verdad que los reyes normandos pusieron en marcha un proceso de centralización antes de que lo hicieran los legisladores continentales seculares, esta precoz centralización, limitada principalmente a casos civiles, no fue lograda por la vía del ordenamiento jerárquico del poder judicial. En resumen, se puede decir que los reyes angevinos establecieron un nivel único de tribunales centrales para asuntos de gran interés para las clases terratenientes, dejando el resto a la nobleza local que nunca desarrolló tribunales de varios niveles. De este modo, la administración de justicia se organizaba en torno a un único plano de poder. Florecieron actitudes que he identificado como características de este patrón de organización judicial; actitudes que he asociado con el ordenamiento vertical de lo judicial que no encuentran terreno fértil para crecer.

¿Cómo puede ser mantenida la unidad necesaria en este marco institucional? Gracias a la comparativamente pequeña escala de operaciones, los jueces reales formaban un grupo pequeño y cerrado, regularmente ocupado en consultas formales e intercambios de puntos de vista.⁵⁰ Las ocasionales discordias entre los tribunales centrales paralelos eran resueltas en un estilo típicamente paritario: las decisiones indeseables no se invalidaban directamente (como hubiera hecho un tribunal superior), pero su aplicación se frustraba indirectamente de varios modos (p. ej., en órdenes inhibitorias dirigidas de un tribunal a otro). Irónicamente, mientras las nociones de soberanía unitaria acababan de emerger en el siglo dieciséis, el centro de la justicia inglesa continúa abarcando dos siste-

⁵⁰ Sobre las diversas técnicas utilizadas para desarrollar la unidad del derecho entre los tribunales reales, ver M. Hale, *The History of the Common Law of England*, 251-52 (1820).

mas normativos (*common-law* y *equity*), que son dos voces que necesitan armonizarse y ajustarse.

Hay pocas dudas de que las decisiones tomadas por los jueces de paz locales estaban más influidas por las normas comunitarias prevalentes que por reglas técnicamente legales, pero separadas de su matriz social. Si bien numerosos manuales para la justicia lega son tomados como una variedad de literatura técnica, es difícil imaginar que las pocas normas substantivas para la toma de decisiones expuestas en ellos ejercieran mucha influencia en los potentados legos cuando tales normas se desviaban de las nociones prevalentes de imparcialidad, sentido común, o consideraciones similares. La informalidad de los procesamiento y la ausencia de abogados y de canales de revisión daban amplio lugar a un uso "discrecional" de las instrucciones contenidas en los manuales. Cuando se vuelve la vista a los tribunales reales centrales, sin embargo, la afinidad entre la toma de decisiones con los preceptos de justicia substantiva parece altamente problemática. Es cierto, las cortes de *equity* insisten en los valores éticos, y su atmósfera personal, casi confesional, tanto como la flexibilidad de sus recursos, indican decisiones no técnicas.⁵¹ Pero qué se puede decir del funcionamiento de los celebrados tribunales del *common-law* y los muchos detalles técnicos con que se asocia dicho funcionamiento?

La búsqueda de una respuesta exige que examinemos la función de los tecnicismos generados por los abogados del *common-law*. En el período temprano del jurado autoinformado, la principal ocupación de los abogados era formular por medio del mecanismo de alegatos las preguntas más apropiadas a los órganos decisorios, el jurado lego. En el origen, entonces, los tecnicismos de los abogados del *com-*

⁵¹ Pese a que se ha hablado mucho acerca de las indiscutibles influencias eclesiásticas en la cancellería, la operación del tribunal de *equity* fácilmente hubiese provocado más perplejidad a los abogados continentales que las complejidades del *common law*, por lo menos después del siglo dieciséis. Explicar la relación entre *law* y *equity* a los europeos sigue siendo una de las tareas más difíciles para los comparativistas.

mon-law concernían a la formulación de asuntos más que a su resolución.⁵² Cuando los miembros del jurado dejaron de ser autoinformados y los hechos debían ser probados ante el jurado en el tribunal, surgió un trabajo adicional para los abogados, en la medida que se les permitiese participar en el proceso judicial.⁵³ Comenzaron a controlar el flujo de información al jurado, y a asegurar que las pruebas fuesen suficientes para garantizar que se les plantease un tema. Es claro que las reglas que regulaban esta actividad una vez más se dirigían a asuntos que *precedían* a la adjudicación real, más que directamente a la adjudicación. Moviéndose desde el vestibulo hasta el centro de la toma de decisiones, la pregunta adecuada es qué normas guían a los miembros del *jurado* para dar su veredicto, más que preguntar qué normas controlan el comportamiento de los *abogados*. Cuando se enfoca la pregunta de este modo, se vuelve aparente que incluso la justicia administrada por tribunales reales del *common-law* estaba fuertemente influida por las normas comunitarias prevalentes. A menudo hechos y normas estaban entrelazados, como en los casos de negligencia, y tratados como asuntos a decidir por legos; instrucciones al jurado que regularmente abarcaban términos vagos que le permitían inyectar en el veredicto sus propias nociones de conveniencia, imparcialidad, y normas comunitarias similares e indiferenciadas.

Es por esta razón que la ley del *common-law* se puede comparar con el lento proceso de acumulación gradual de experiencia y con la costumbre que crece espontáneamente desde las circunstancias sociales más que con la obediencia

⁵² Ver S. Milsom, *Historical Foundations of the Common Law*, 37, 75 (1960). Fulbecke, un comparativista inglés temprano, relacionó el *common law* al nivel de súplicas de los procesos civiles continentales, descuidando totalmente el contraste entre los juicios con jurado británicos y las etapas ulteriores del proceso ante la burocracia jerárquica continental. Ver Fulbecke, *supra*, n. 47, 77.

⁵³ La regla que prohibía la asistencia de un abogado a los acusados en casos criminales (*felony*), comenzó a desintegrarse sólo en el siglo dieciocho. Ver J. Langbein, "The Criminal Trial Before the Lawyers", 45 *U. Chicago L. Rev.* 404-407 (1978).

a reglas técnicas rígidas. Y es esta apertura a los juicios ordinarios de la comunidad que puede estar más profundamente engranada o ser más canónica en la cultura legal angloamericana, que los arabescos más visibles de los alejados, o los exquitos refinamientos de las reglas de las pruebas.⁵⁴ No es mi deseo exagerar la proximidad de las normas de decisión tradicionales a los requerimientos del ideal paritario: no se puede negar un componente técnico en estas normas. Pero es importante notar el carácter peculiar de este componente técnico, ya que presenta un contraste chocante con el aparato judicial continental. Como corresponde a una organización sin altas pirámides de poder, hubo aspectos técnicos de la ley del *common-law* profundamente inmersos en el pragmatismo del proceso y que respondían a particularidades concretas de casos. En otras palabras, el sabor del componente técnico estaba más próximo al pragmatismo que al legalismo lógico.

Para continuar la historia no necesito especular sobre qué peculiares formas de burocratización podría haber generado el absolutismo inglés, si la guerra civil del siglo diecisiete hubiera abortado las nacientes instituciones del poder central real. El hecho es que la profesionalización y centralización del aparato normativo se detuvieron: los líderes de la aristocracia local se mantuvieron como pilares del gobierno. Y mientras el tono burocrático de aparato estatal continental seguía creciendo en intensidad, el estilo oficial inglés estaba permeado de las nociones deportivas propias del ocio de los señores a quienes les gustaba convertir la vida en algo parecido a un juego. Las instituciones centrales inglesas también continuaron abrazando formas de tiempos anteriores.

⁵⁴ La asociación del *common law* con las costumbres y el lento crecimiento orgánico es un tema desarrollado con maestría por J. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law*, 36 y *passim* (1967). Para una visión en cierto modo semejante a la presentada en este texto, ver R. David, "Les caractères originaux de la pensée juridique anglaise et américaine", 15 *Archives de la Philosophie du Droit*, 6 (1970).

El período feliz de este aparato estatal continuó durante el siglo dieciocho y los comienzos del diecinueve.⁵⁵ Paradójicamente, incluso cuando el Imperio Británico se aproximaba a su apogeo, Inglaterra difícilmente se podía calificar de estado "moderno" por aquellos que asociaban el Estado moderno con la organización burocrática jerarquizada. Y para aquellos que entendían que la ley moderna debía poseer una legislación sistemática, el sistema legal inglés era un anacronismo, una jungla caótica con los precedentes judiciales como fauna más destacada.⁵⁶

Algunas divergencias importantes de los patrones de poder heredados sólo comenzaron a implementarse en la segunda parte del siglo diecinueve con el aumento del servicio civil profesional. El aparato de justicia no era insensible al cambio: la competencia de los magistrados legos quedó muy circunscrita, y el jurado lego comenzó un declive general, especialmente en casos civiles. A la vuelta del siglo se establecieron tribunales de apelación regulares, y así se creó un espacio que permitía un desarrollo más rígido de las relaciones jerárquicas. Una serie de reformas, la mayoría del presente siglo, racionalizaron y simplificaron el sistema de tribunales, acercándose al modelo continental. Las vías informales para asegurar la unidad de la toma de decisiones fueron reemplazadas en el siglo diecinueve por la doctrina

⁵⁵ Sobre características de la administración local británica, ver L. Namier, *England in the Age of the American Revolution*, 2ª ed., 3-41 (1961). Los visitantes continentales se asombraban de que Inglaterra consiguiese mantener el orden sin una policía centralizada y profesional hasta bien avanzado el siglo diecinueve. Ver F. de la Rochefoucauld, *A Frenchman in England 1784*, 125 (Londres, 1935); C. Cottu, *The Administration of Criminal Justice in England* (Londres, 1822). También vale la pena señalar que la Cámara de los Lores ha continuado hasta nuestros días tanto como organismo legislativo y tribunal supremo, y los pares formados en derecho se sientan junto a sus colegas legos en este importante tribunal.

⁵⁶ Hegel describió el *common law* como un "establo augeano", desesperadamente necesitado de aseo, o como una "jungla" que necesitaba ser reemplazada por una legislación "enmarcada predominantemente en principios generales" (*Political Writings*, 300, 310 [Oxford, 1964]).

normativista de *stare decisis*,⁵⁷ y se abolió la dualidad entre *law* y *equity*. En resumen, ocurrió un cambio dramático en la dirección de la burocratización jerárquica.

Pero, a pesar de los importantes cambios que ocurrieron durante un siglo y medio de desarrollo dinámico, la organización judicial existente continúa siendo un palimpsesto del que sólo se ha borrado parcialmente el pasado. Para comprender mejor las huellas supervivientes de las disposiciones tradicionales, una vez más es útil mirar desde la perspectiva continental: para conocer las cosas hay que observarlas desde fuera. Incluso hoy los visitantes de más allá del canal de la Mancha se sorprenden al encontrar algunos aspectos de la organización judicial inglesa atribuibles al ideal de estructura paritaria del Estado. Por ejemplo, mientras la jurisdicción continental de menor cuantía tiene jóvenes jueces profesionales en el primer nivel de los estratos jerárquicos, el sistema inglés de jurisdicción menor todavía está constituido por magistrados legos. Incluso los jueces profesionales ingleses no se pueden identificar con una organización gubernamental separada en el sentido continental: son personas en su segunda profesión, abogados de extensa carrera, formados dentro de un gremio independiente cuyo ethos comparten. Es verdad también que la relativa informalidad de los procedimientos internos de los máximos tribunales ingleses continúa desconcertando a los abogados continentales, familiarizados con las rutinas burocráticas de la judicatura continental.⁵⁸ Mientras se multiplican fácilmente los ejemplos, bastaría con sugerir simplemente el sabor a hibridación contemporánea de elementos tradicionales preburocráticos y burocráticos modernos en el aparato judicial inglés, dado que este capítulo

⁵⁷ Sobre el surgimiento relativamente reciente de la doctrina del *stare decisis*, ver A. Simpson, "The Common Law and Legal Theory" en *Oxford Essays in Jurisprudence* (II ser.) 77 (1973).

⁵⁸ Algunas de las diferencias residuales entre los procesos internos en los tribunales ingleses y de Alemania Occidental están analizados en J. Henkel, England, *Rechtsstaat ohne gesetzlichten Richter* (Frankfurt y Berlín, 1971).

conciernen a las raíces históricas sobre las que se han injertado formas modernas.

En Estados Unidos, las circunstancias fueron propicias desde el principio para un modo paritario de organización. Los colonos estaban íntimamente familiarizados con la administración local inglesa; poseían poca experiencia y nada de su situación recomendaba una burocracia judicial jerárquicamente estructurada. El Estado mismo era visto como un mal necesario: no fue sólo la Era de Jackson la que impulsó a hacer todas las funciones oficiales sencillas y simples, de modo que cualquier persona de inteligencia normal pudiese servir temporalmente o en "rotación" para un cargo. Identificar derecho con proclamaciones de instituciones autoritarias, que empleaban expertos, era ajeno a la gente que estaba condicionada a descubrir la ley en las normas comunitarias ordinarias. De hecho, se puede decir que si alguna vez hubo un consenso político, éste fue, y quizás lo es todavía, la antipatía ante la burocracia, el orden jerárquico, y la concepción del derecho como disciplina técnica, que significa antipatía hacia todos los aspectos esenciales del ideal jerárquico.⁵⁹

Una breve observación de algunas características sobresalientes de las estructuras paritarias en el aparato tradicional de justicia estadounidense: Desde el principio, el sistema descansaba en los jurados locales que, al menos por un tiempo, eran mucho más independientes de la influencia judicial que en Inglaterra. El papel central del jurado estaba recogido en la Constitución y, por tanto, era inmune a ser desmantelado por una simple reforma legislativa. Los jueces habían ser no profesionales, como aún ocurre esporádicamente en los pueblos y ciudades pequeñas. Pero incluso cuando los jueces comenzaron a ser elegidos más a menudo de las listas de abogados, el servicio político demostró ser un

⁵⁹ Ver S. P. Huntington "Paradigms of American Politics", 89 *Pol. Sci. Quarterly* 1, 20-22 (1974). Irónicamente, esta antipatía sobrevive en la actualidad cuando—cada vez más—se busca el apoyo del Estado para que solucione una multitud de problemas sociales.

prerrequisito más importante para ingresar en la judicatura que los conocimientos legales profesionales o la experiencia profesional.⁶⁰ En este contexto se consideraba normal que se supliese la experiencia legal desde el exterior, y que personas externas se alistaran para realizar una serie de trabajos que hubiesen sido abarcados por el monopolio judicial en el continente. Otro contraste es que la especialización en la judicatura continúa siendo vista como un vicio más que como una virtud.⁶¹ Finalmente, el estilo personal vigoroso de ejercer el poder continúa siendo el sello de la judicatura estadounidense, incluso observada desde Inglaterra.⁶²

Ya que los tribunales de apelación aparecieron mucho antes en Estados Unidos que en Inglaterra, quizás se puede inferir que la jerarquización de la judicatura progresó más que en otros países con *common-law*. La verdad es, no obstante, que los instrumentos jerárquicos y el espíritu jerárquico se mantuvieron embrionarios. Incluso ahora hay pocas jurisdicciones estadounidenses en las que los tribunales forman una jerarquía pronunciada y compacta. Esto no debe

⁶⁰ Esto contrasta abiertamente con el sistema jurídico francés, por ejemplo, donde los egresados de las escuelas de derecho que aspiran a una carrera en la judicatura deben asistir a una escuela especial (Ecole Nationale de Magistrature). En Inglaterra, todos los jueces superiores deben haber sido abogados ante los tribunales superiores por lo menos durante diez años. Ver la Ley de la Corte Suprema, 1981, c. 54, par. 10.

⁶¹ Contratar la situación en los EE.UU. con un país continental típico, donde los jueces de las cortes supremas de jurisdicción general (sin hablar de las jerarquías de los tribunales especializados) están en divisiones especializadas, algunas veces incluso en paneles especializados dentro de una división igualmente especializada. Por otra parte, la estrecha especialización de la judicatura en los EE.UU. (no sólo sobre áreas judiciales, sino también respecto a la posición del acusado o demandante) no tiene análogo cercano, incluso en aquellos sistemas continentales que llevan la especialización de la judicatura relativamente lejos.

⁶² Esto es aparente, por ejemplo, en la mayor frecuencia de las opiniones divergentes en los tribunales de los EE.UU. que en los ingleses. Ver P. S. Atiyah, "Lawyers and Rules: Some Anglo-American Comparisons", 37 *Southwest L. J.* 545, 549-52 (1983). Como se anotara previamente, la mayoría de los sistemas continentales ni siquiera permiten la publicación de las opiniones disidentes.

causar sorpresa. Los jueces son a menudo figuras políticas, más inclinadas a hacer caso a su electorado que a los tribunales superiores, incluso si estas opiniones son técnicamente vinculantes. La posibilidad de pasar a un tribunal superior no es un recurso potente para inculcar disciplina jerárquica, como lo es en los sistemas judiciales continentales, ya que incluso el nivel más bajo del tribunal es una ocupación muy prestigiosa.⁶³ Más aún, la revisión de apelaciones no es tan amplia como lo es en el continente, de modo que los jueces inferiores mantienen una vasta "discrecionalidad" o poderes virtualmente no sometidos a revisión. Es inevitable que las peticiones de unidad en la toma de decisiones sean comparativamente débiles.⁶⁴

La sostenida importancia del jurado lego asegura que la orientación estadounidense hacia la justicia substantiva se mantenga fuerte y vital. Tampoco los jueces que se ven a sí mismos como figuras políticas se comprometerían con una concepción de la ley en la que las consideraciones políticas, éticas y técnico-jurídicas estuviesen rotundamente separadas. Es cierto que el hecho de que los jueces estadounidenses sean vistos como guardianes de la Constitución, el documento legal central, a menudo da la impresión de inyectar actitudes legalistas en la vida social estadounidense. Muchos han observado que los estadounidenses tienden a convertir todo tipo de problemas en asuntos jurídicos: incluso materias que en otros lugares se consideran como no "jurídicas" acaban en los tribunales. En este sentido tocquevillista la cultura legal estadounidense se es innegablemente "legalista". Pero en un sentido más próximo a asuntos comparativos, es la propia centralidad de la

⁶³ Sobre los factores que debilitan las relaciones jerárquicas en la rama judicial de los EE.UU., ver P. S. Atiyah, *supra*, n. 62, 554.

⁶⁴ Incluso en el sistema federal, las diferencias existentes entre la jurisprudencia de diversos distritos judiciales son tan frecuentes como duraderas. Mas importante, incluso *dentro* del territorio jurisdiccional de un circuito, las discrepancias de la jurisprudencia no son una causa mayor de desánimo, y de ese modo los mecanismos internos de los tribunales de circuito diseñados para anular los desacuerdos entre su panel son bastante débiles. Ver *infra*, c. 6, n. 113.

Constitución estadounidense la que refuerza la general antipatía a concepciones de la ley no comunitaria, y técnicamente especializada. Es precisamente la Constitución, un documento salpicado con amplias normas de significación ética y política, la que marca una fuerte separación entre los terrenos éticos, políticos y técnico-jurídicos, tan poco naturales como impracticables. Incluso hoy, concepciones fundamentalmente no técnicas del derecho consiguen mantener un lugar en la lucha con las tendencias fuertemente tecnocráticas de un Estado cada vez más intervencionista.

Las transformaciones contemporáneas del aparato judicial estadounidense serán tratadas en el último capítulo y no es necesario considerarlas aquí. Basta decir que a pesar de la tendencia hacia una centralización burocrática, los aspectos paritarios se mantienen mucho más viables en Estados Unidos que en Inglaterra. De hecho, si se quieren establecer las amplias diferencias de punto de vista entre ambos aparatos judiciales, se pueden expresar en términos de oposición entre estructuras jerárquicas y paritarias: el poder judicial inglés está mucho más profesionalizado, ordenado jerárquicamente y dedicado a una concepción técnica del derecho.⁶⁵ Sólo cuando se expanden los horizontes, las conspicuas diferencias internas entre ambos poderes judiciales comienzan a retroceder y emergen los parecidos de familia.

Mi cometido en la sección precedente ha sido mostrar cómo el marco conceptual que se establece al comienzo del capítulo puede ser utilizado para arrojar nuevas luces sobre los aspectos que diferencian los aparatos de la justicia angloamericana y continental. Habiendo definido tanto las categorías relevantes y estableciendo un *pied-à-terre* para su realidad histórica, se han puesto los cimientos para el estudio de mi tema central: la influencia del aparato judicial en la forma del proceso jurídico. Ahora exploraremos las reciprocidades entre poder jurídico y la forma judicial de un modo más sistemático.

⁶⁵ Ver P. S. Atiyah, *supra*, n. 62, 552-55.

2 EL PROCESO JUDICIAL ANTE LA ORGANIZACION DEL ESTADO. FORMAS PROCESALES PARA SISTEMAS JUDICIALES JERARQUICOS Y COORDINADOS

En este capítulo nos preguntaremos en primer lugar por las disposiciones procesales indicadas para un aparato judicial jerárquico, y en segundo lugar, las formas convenientes para un aparato conforme al ideal paritario. ¿Qué aspectos del proceso jurídico, o elementos de su diseño, pueden ser atribuidos a características específicas de organizaciones jerárquicas y paritarias? ¿Qué relación tienen las actitudes prevalentes en uno u otro marco de la forma procesal? ¿Qué son las preguntas principales. En la búsqueda de respuestas para éstas y otras preguntas similares, los contornos de dos estilos procesales distintos surgen gradualmente a la vista. Llamaré a uno de ellos proceso *jerárquico*, y al otro proceso *paritario*, pues sus elementos constitutivos se describirán del respectivo tipo de poder.

Los dos estilos, aplicables a lo largo de las líneas que separan los procedimientos de tipo criminal, civil y administrativo, no se refieren a la distinción entre un proceso diseñado como una investigación y un proceso diseñado como una competición entre dos partes ante un órgano decisorio. Si bien a lo largo de este capítulo incidiré a un nivel de teoría ideal, haré múltiples referencias a procesos de la vida real para ilustrar cómo el estilo jerárquico refleja características sobresalientes del