

LA RECUSACIÓN JUDICIAL: DEL DERECHO INDIANO AL DERECHO MEXICANO

Carlos GARRIGA

1. A quien por vez primera se aproxima, como es mi caso, a la historia del derecho mexicano sorprende la extraordinaria atención prestada, desde un primer momento, a la recusación judicial en la legislación relativa a la administración de justicia anterior a la codificación procesal.¹

En los cincuenta años que median entre la Independencia y el primer Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, la recusación judicial fue objeto preferente de atención —a menudo detallada, pero nunca aisladamente— por la legislación orgánica y procesal dictada en la capital para organizar con carácter perentorio la justicia del nuevo Estado.² Y esto es doblemente significativo, porque revela —al menos, en apariencia— que la modificación del régimen vigente de la recusación se consideraba urgente, inaplazable para que la naciente organización judicial pudiese funcionar adecuadamente.

Quizá contribuya a resaltar, por contraste, la significación de este hecho su comparación con lo acaecido en España: aquí, salvo error por mi parte, hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 ni uno solo de los preceptos de la legislación relativa a la administración de justicia, que además ejerció, como es sabido, un poderoso influjo en la equivalente normativa mexicana antes aludida, alteró de modo apreciable el régimen

1 Tengo por una buena y, en cualquier caso, muy útil introducción a la legislación y la doctrina jurídica mexicana a la obra de Clagett, Helen L. y David M. Valderrama, *A revised Guide to the Law and Legal Literature of Mexico*, Washington (Library of Congress), 1973.

2 Las principales disposiciones han sido recogidas en la muy útil recopilación de Fairén Guillén, Víctor y José Luis Soberanes Fernández, *La administración de justicia en México en el siglo XIX*, México, 1993, que cuenta con un “Estudio preliminar” y una “Introducción” respectivamente debidos a los profesores citados. Sobre las legislaciones estatales durante las etapas federales, véase *infra*, apartado II.

tradicional de la recusación.³ Como quiera que la base institucional española y mexicana fue en gran medida común hasta el momento de la independencia, hay que concluir que, mientras en España la recusación pudo mantenerse incólume, la organización de la administración de justicia exigió en México modificar su regulación tradicional; y además, permítaseme repetirlo, dada la insistencia de los ensayos llevados a cabo, debe pensarse que lo exigía perentoriamente.

Convengamos, pues, como punto de partida, en que la recusación era considerada como una condición necesaria para implantar una administración de justicia mexicana. ¿Por qué?

A lo largo de las páginas siguientes trataré de responder a esta pregunta, para lo cual comenzaré por recordar brevemente cuál era el régimen tradicional de la recusación y qué papel jugaba en el modelo judicial castellano/indiano (I); me detendré después a analizar cómo se configuró la recusación en la legislación mexicana durante la etapa llamada de transición y cuáles fueron las alternativas que pugnarón entonces por imponerse (II); y trataré, por último, de proporcionar una respuesta a la cuestión que acabo de plantear (III), con el propósito de contribuir así, muy modestamente, a dar cuenta de ciertos problemas que tuvo que afrontar la construcción del derecho mexicano.

I

2. Quizá sea conveniente empezar por recordar que la recusación es el contrapunto garantístico del proceso como instrumento del poder, es decir, del llamado proceso público.⁴ Si es verdad que el génesis de una institución revela su sentido último, no hay ninguna duda de cuál tenga la recusación, que aparece históricamente vinculada no al proceso, sino al

3 Basta para comprobarlo con la lectura de las obras de los institutistas en alguna de las versiones adicionadas: así, p. ej., Romero y Guinzo, Joaquín, *Sala novísimo, ó nueva ilustración del Derecho real de España. Reducida á mejor método, corregida en muchas de sus partes, considerablemente aumentada y adicionada con un tratado nuevo de adición y partición de herencia, y con los decretos publicados desde la Novísima Recopilación hasta el día, á que se han arreglado todos los tratados*. Segunda edición aumentada con la parte de derecho penal y de procedimientos de que se hallaba falta la primera. Por un profesor de jurisprudencia, 2 vols., Madrid (Librería de García), 1843, II, pp. 413 y 414. Para el influjo señalado en el texto, véase el “Estudio preliminar” del profesor Fairén Guillén citado en la nota anterior.

4 Véase, simplemente, el clásico trabajo de Pugliese, Giovanni, “Processo privato e processo pubblico. Contributo all’individuazione dei loro caratteri nella storia del diritto romano”, *Rivista di Diritto Processuale*, III-1 (1948), pp. 63-109, especialmente en su tramo final.

proceso como formidable instrumento de afirmación del poder político.⁵ Frente a otras formas posibles de resolución de conflictos, el proceso público presupone la asunción de la justicia como cometido del poder político y tiene como nota distintiva el deferir la solución del conflicto a un tercero imparcial investido de autoridad pública, en cuya designación no intervienen las partes. Esta última nota es decisiva: la legitimidad del juez no deriva del consentimiento de las partes, sino del nombramiento del titular del poder político (con independencia de quién sea éste y cuál el procedimiento de designación, a estos efectos perfectamente irrelevante). La imparcialidad del juez corre así por cuenta de la autoridad pública, que no sólo deberá organizarla, disciplinando la conducta de los jueces, sino también garantizarla a cada uno de los pleiteantes. En la medida en que la voluntad de las partes deja de ser determinante de la elección del juez, pasa a serlo de su rechazo, o lo que es igual: el consentimiento de las partes sólo es relevante cuando no existe. Bien podría decirse, así pues, que la relación de confianza sustentadora del proceso privado, sólo es relevante en el proceso público bajo la forma de relación de desconfianza, es decir, de sospecha.

Toda la problemática de la recusación deriva de esta circunstancia: confianza y sospecha son condiciones del *animus*, y como tales sólo hasta cierto punto objetivables: ¿cuándo deben reconocerse entonces efectos jurídicos a la sospecha del litigante? A esta pregunta caben, en principio, dos posibles respuestas, según la consideración mayor o menor que se dé a la desconfianza manifestada por la parte: la sospecha puede prevalecer (es decir, causar efectos jurídicos) aun sin necesidad de expresar la causa que la motiva o bien sólo prevalece si se manifiesta y prueba una causa suficiente. El primer modelo otorga sin más, primacía a la voluntad de los particulares, mientras que el segundo presupone la objetivación de las causas de sospecha y —se expresen o no— exige relegar al arbitrio de otra instancia la decisión sobre su admisión.

Esta disyuntiva encierra *grosso modo* todas las formas históricamente posibles de recusación, que obviamente dependen de las circunstancias históricas de la experiencia jurídica que sea y se concretan de modo diverso en cada una de ellas. Por una parte, no hace falta decir que la alternativa no es, a ningún efecto, irrelevante y depende en buena medida de

5 Éste había sido, en definitiva, su origen en el derecho romano del bajo Imperio, vinculado a la extensión del procedimiento *extra ordinem*, tal como ha recordado Linda Fowler, “*Recusatio iudicis* in civilian and canonist thought”, *Studia Gratiana*, XV (Roma, 1972) pp. 717-785, *in princ.*

la finalidad que persiga y las formas que adopte la administración de justicia y particularmente el proceso. Por otro lado, cada uno de los modelos de recusación puede adoptar, y ha adoptado históricamente, formas diversas que afectan particularmente a los efectos jurídicos reconocidos a la sospecha manifestada por la parte.

Así lo pone de manifiesto la historia de la recusación desde sus mismos orígenes en aquellas experiencias jurídicas relevantes para nuestro objeto. Un modelo y otro corresponden, en efecto, a los dos regímenes primigenios de recusación, que son el romano justiniano (recusación sin causa) y el canónico (recusación con causa), con la particularidad de que en éste determina la inhibición del juez recusado, mientras que en el primero tan sólo su acompañamiento con persona imparcial (que, por así decir, vigile la actuación del juez sospechoso de parcialidad).⁶

Un régimen y otro coexistieron desde un primer momento en el seno del *ius commune*: el civil o romano justiniano, que era sumamente abierto en sus requisitos, pues no exigía alegación de causa alguna de sospecha, pero también muy limitado en sus efectos, reducidos al acompañamiento del juez sospechoso por persona imparcial en todas las actuaciones procesales del caso; y el canónico, mucho más exigente en sus requisitos, al precisar alegación y prueba de la justa causa de sospecha, pero también más generosos en sus consecuencias, es a saber, la completa e inmediata inhibición del juez recusado.

3. El régimen castellano de la recusación, que se extendió a las Indias cuando llegó el momento, resultó al fin de una peculiar combinación de ambos, y estuvo íntimamente ligado en todos sus avatares al proceso de afirmación bajomedieval del poder real, particularmente visible en los reinados de Alfonso X (con su epígono, Alfonso XI) y de los Reyes Católicos.⁷

Al tiempo de la recepción, en las Partidas, la recusación se configuró en Castilla al modo civil (recusación sin causa que motiva el acompañamiento del juez), solución que resultó consolidada en el derecho propio castellano a lo largo de los dos siglos siguientes y como tal fue confirmada por los Reyes Católicos. Estos monarcas introdujeron al mismo tiempo, sin embargo, un cambio decisivo. Movidos por la extraordinaria im-

6 Véase, por todos, Fowler, *Recusatio iudicis*, *cit.*, *passim*.

7 Para esto y lo que sigue, remito a Coronas González, Santos M., "La recusación judicial en el derecho histórico español", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 52, 1982, pp. 511-615, esp. 555 y ss., donde se hallará referencia a las fuentes pertinentes, que no me parece necesario pormenorizar aquí.

portancia que tenía en las instancias judiciales supremas, en 1480-1489 configuraron la recusación de los magistrados al modo canónico (recusación con causa que motiva la inhibición del juez), que de esta suerte quedó asociado a la jurisdicción superior, justamente en el momento en que ésta recibía su forma definitiva. A partir de entonces, el régimen castellano de la recusación se bifurca, en función del grado jurisdiccional del juez sospechoso de imparcialidad.

Así configurada, con tal duplicidad de regímenes, la recusación era un elemento capital del modelo judicial castellano, que estaba construido sobre la base de la confianza de los pleiteantes en la justicia oficial y, en consecuencia, no podía funcionar sino al precio de proyectar constantemente una imagen de imparcialidad ante las gentes. No es muy difícil explicar por qué, y sí necesario para comprender la relevancia que tenía la recusación en el modelo judicial castellano. Lo haré muy brevemente, de forma esquemática y apodíctica, aprovechando algunos trabajos anteriores.⁸

El modelo judicial castellano no puede comprenderse sin tomar en consideración la incerteza jurídica, que no por nada es característica principal del derecho del Antiguo Régimen, dominado por el *ius commune* como derecho jurisprudencial. El orden jurídico no era entonces producto de la ley, sino fruto del consenso de los juristas, en su doble papel de magistrados y de tratadistas.⁹ La certeza legal no podía tener cabida en este derecho jurisprudencial. Por esta razón, fundamentalmente, la opinión común de los juristas sostenía como regla general la inconveniencia de motivar las sentencias (*exprimere causam in sententia*), con un argumento construido sobre cierta decretal de Inocencio III (1199):

“Notissima est in iure conclusio, quod in sententia non est causa inserenda, alias enim fatuus esse iudex, qui id faceret, utpote, uia aperit viam suae ipsius impugnandae sententiae...” (X 2, 27, 16).

Como la justicia no aparecía objetivada en el fallo, sino que permanecía encerrada en la conciencia del juzgador, la única garantía de certeza posible era una garantía moral, que se exteriorizaba en el comportamiento

8 Básicamente, mi libro *La Audiencia y las Chancillerías castellanas (1371-1525). Historia política, régimen jurídico y práctica institucional* (Madrid, 1994); y el trabajo que hice conjuntamente con Marta Lorente, “El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1 (1997), pp. 97-142. En ellos podrán encontrarse los argumentos aquí esquematizados y el detalle de las fuentes en que se apoyan.

9 Para este argumento es fundamental la obra de Luigi Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1975, pp. 79-199 (esp. 164 y ss.).

justo del juez o los jueces del pleito, cuando buscaba asegurarse el consenso entre cierto número de ellos. El ideal de juez del Antiguo Régimen es el *iudex perfectus*, ajeno a cualquier pasión humana y animado tan sólo por la verdad y el derecho, tal como es concebido en las obras *de iudice perfecto*, por lo común desarrollando unos mismos tópicos, presentes en toda la literatura jurídica europea bajomedieval y moderna.¹⁰

Éste es, en último término, el fundamento del modelo judicial castellano y la razón de ser de todas sus particularidades, tanto 1) organizativas, como 2) “garantísticas”, que decantó aquí la tradición bajomedieval; fueron consolidadas por los Reyes Católicos y resultaron desarrolladas en el curso de los siglos posteriores sin apenas variaciones sustantivas. Basta para el propósito de estas páginas con destacar sus dos características principales.

1) Ante todo, una estricta disciplina de la imparcialidad y el consenso determinantes de la justicia, que se articula mediante la ajenidad social de los jueces y el secreto de las causas o motivos de sus decisiones. Los jueces deben permanecer por completo aislados de su entorno social, como embutidos en la espesa red de prohibiciones que la monarquía teje en torno suyo. Imparcialidad y aislamiento social son sinónimos en el lenguaje judicial castellano, y éste, por tanto, condición necesaria de la buena administración de justicia, pero no suficiente.

La ajenidad social del juez se proyecta también en el ejercicio de su función principal, que es la resolución imperativa de controversias, cubriendo de secreto los motivos de su decisión, que —como acabo de decir— deben permanecer ocultos en el secreto de la conciencia para preservar incólume su imagen imparcial. Sólo así, en fin, ocultando las discrepancias que propicia la incerteza del derecho, el consenso determinante de la justicia podía causar su efecto a la vista de las gentes. Por su parte, el consenso, entendido como garantía de justicia, exigía la coincidencia de un cierto número de jueces en una misma decisión, y que se alcanzaba mediante la acumulación vertical de instancias y/o la concurrencia horizontal de jueces en los grados jurisdiccionales supremos: el tres fue, en ambos casos, el número elegido.

He aquí lo fundamental: si, y sólo si, los jueces viven ajenos al entorno social y mantienen oculto en el secreto de la conciencia los motivos de

¹⁰ Cfr., simplemente, Ajello, R., *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli, 1976, pp. 338 y ss.; Garriga-Lorente, *El juez y la ley*, p. 111.

sus decisiones, entonces las sentencias aparecerán como imparciales a la vista de los pleiteantes y la justicia suscitará la confianza de las gentes. Por eso podía decirse con verdad que la buena administración de justicia consistía en que las ordenanzas (es decir, la disciplina de los oficios judiciales) se cumplieran. El empeño de la monarquía en arbitrar procedimientos de control, como la visita que los Reyes Católicos pusieron en práctica y la pesquisa secreta que asociaron al juicio de residencia, encuentra aquí su razón de ser.¹¹

2) En el reverso del control se aloja la garantía, que naturalmente —dadas las circunstancias— aparece concentrada en la persona y no en la decisión del juez. Dos eran los instrumentos arbitrados para garantizar la imparcialidad y el consenso determinantes de la justicia a saber: la recusación y la apelación (a su vez, íntimamente vinculada a la responsabilidad común —o sea, civil y penal— del juez), que por esto aparecen hermanadas como garantías en el universo conceptual del *ius commune*. No otra cosa quieren decir los juristas cuando afirman: “*Duo sunt contra iudicij improbitatem remedia. Ante sententiam recusatio. Post sententiam appellatio: Iudex enim ob gravamina jam illata non recusatur, sed ab eo appellandum est*”.¹²

Una y otra no son compartimentos estancos, y desde luego se encuentran íntimamente vinculadas a la responsabilidad judicial, que sin duda es la garantía última y más extrema de justicia que podía ofrecerse. Pido al lector que lo tenga presente, siquiera como trasfondo para valorar en sus justos términos la importancia de la recusación, que era mucha.

En las condiciones que acabo de esbozar, obviamente, la recusación judicial de necesidad había de jugar un papel muy destacado en el equilibrio institucional, que se reflejaba bien en la consideración que merecía y contribuye a explicar el régimen jurídico que tenía en las instancias superiores. Veamos por qué.

Donde hay pasión no hay justicia: la recusación era necesaria porque la imparcialidad de los jueces era imprescindible. Nadie podía venir obligado a litigar ante juez sospechoso, sencillamente porque *nemo potest esse iudex in propria causa*. Y como esta garantía afectaba directamente

11 Cfr. Garriga, Carlos, “Control y disciplina de los oficiales públicos en Castilla: la visita del Ordenamiento de Toledo”, *AHDE*, 61 (1991), pp. 215-390.

12 Crespi de Valdaura, Cristóbal, *Observationes illustratae decisionibus Sacri Supremi Regii Aragonum Consilii, Supremi Consilii S. Cruciatæ. et Regiæ Audientiae Valentinae*, Lugduni, 1677, p. Y, observatio X (pp. 147-156), epígr. II, núm. 33 (p. 155).

al derecho de defensa de los particulares, la recusación formaba parte del selecto grupo de instituciones pertenecientes al *ius naturale*, como tal esencialmente indisponible para el príncipe, que no podía suprimirla, aunque desde luego debía reglamentarla.¹³

Y lo había hecho, como vimos, para satisfacer las exigencias de una política del derecho bien definida, que hacía de los jueces supremos encuadrados en las Cancillerías la encarnación por excelencia de la justicia real, como la representación que eran del rey *in iudicando*.¹⁴

Como tal, éste era un ámbito por principio ajeno a los recursos judiciales ordinarios y, por esto mismo, prácticamente inmune a la responsabilidad común de los jueces.¹⁵ De ahí que la recusación hubiera de redoblar su virtualidad en las instancias supremas (patente en los efectos que causaba: la inhibición y no el mero acompañamiento del juez recusado), configurándose en este ámbito como la principal garantía de imparcialidad judicial arbitrada en favor de los pleiteantes.

El aspecto decisivo era sin duda la indeterminación legal de las causas de sospecha, lo cual significaba que cualquiera de las imaginables podía ser, en principio, justa causa de recusación.¹⁶ La doctrina tradicional señaló cinco fuentes de sospecha: amor, odio, dinero, temor e ignorancia, que por pertenecer al campo de las pasiones son por principio ajenas a la justicia; sobreponen, por así decir, la persona privada a la persona pública del juez e inclinan su ánimo hacia una de las partes en detrimento de la

13 Como expresamente se reconoce, por cierto, en la consulta del Consejo de Indias de 8 de julio de 1766: “por ser medio correspondiente al derecho natural, para ser oídas y juzgadas [las partes] con plena libertad, y legal satisfacción” (*apud* Ayala, Manuel Josef de, *Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias*, edición y estudios de M. Milagros del Vas Mingo, Madrid, 1995, t. XII, s. v. “Recusaciones”, núm. 19, p. 170). *Cfr.*, sobre este particular, Gorla, G., “*Iura naturalia sunt immutabilia*. I limiti del potere del principe nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII”, *Diritto e potere nella storia europea*. Atti in onore di B. Paradisi (=Quarto Congresso internazionale della Società italiana di Storia del Diritto), 2 vols. (Firenze, 1982), II, pp. 629-684, esp. 639 y 640; así como, en una perspectiva procesal más amplia, que aquí interesa, Picardi, N., “Processo civile (diritto moderno)”, *Enciclopedia del Diritto*, pp. 101-118, esp. 115.

14 *Cfr.* *La Audiencia*, pp. 224-232.

15 *Cfr.* Castillo de Bovadilla, Jerónimo, *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempo de paz, y de guerra* (ed. facs., con estudio preliminar de Benjamín González Alonso, Madrid, 1978), Amberes, 1704, lib. V, cap. 3, núm. 55-65, donde resuelve negativamente, conforme al derecho y la práctica, la cuestión: “Si contra Presidentes y Oidores de las Audiencias Reales, se admitiran demandas de mal juzgado por impericia, ó por ignorancia” (II, pp. 548-550).

16 “*Causa recusationes unica est tantum, scilicet suspicio. Hoc tamen surgit ex multis & uariis causis ex quibus potest [...iudex] recusari*”: tal como había escrito G. Durante en su *Speculum iudiciale*, que cito por la edición *Specvli Carissimi viri Gvlielmi Durandi...* (Basiliae, 1563), lib. I, part. 1, “De recusatione”, bajo el epígrafe *Recusatio ex quibus causis fieri possit* (p. 148).

otra, rompiendo imparcialidad (*i. e.*, la igualdad) que exige la realización de la justicia. Pero el alma es en sí misma inescrutable y sus pasiones, por tanto, muy difícilmente objetivables, condición *sine qua non* para producir efectos jurídicos. Es preciso determinar sus manifestaciones externas, objetivar las causas que denotan su presencia turbadora, identificar las situaciones, relaciones o comportamientos que levantan sospechas porque apartan o pueden apartar al juez de la justicia. Animada por este propósito, la doctrina concretó las fuentes de sospecha en una interminable casuística, que en los autores clásicos del *ius commune* formaba un elenco de 40 o 50 causas, y aun se multiplicó espectacularmente en la obra de los juristas modernos, atentos por principio a recoger las que, en función de sus particulares circunstancias, tenían mayor relevancia práctica en la experiencia jurídica propia.¹⁷

Todas ellas giran en torno a dos polos: aislamiento social (que busca evitar las relaciones de familia y amistad o enemistad del juez con los pleiteantes) y secreto (actuando como un dispositivo de protección procesal de los votos). Y no es casual: la recusación era un mecanismo hecho a la medida tanto de la sociedad corporativa y clientelar del Antiguo Régimen como del modelo judicial castellano.

No hay, así pues, ninguna exageración en decir que, globalmente considerada, la doctrina de las *causae recusationis* forma la contraimagen del *iudex perfectus*, o lo que es igual: formulan en términos de garantía el conjunto de obligaciones y prohibiciones que integran el régimen jurídico de los jueces, tal como figura preceptuado en las ordenanzas de los tribunales reguladoras de su comportamiento.

En estas condiciones, es perfectamente explicable la extraordinaria susceptibilidad de la recusación en el universo judicial del Antiguo Régimen: cualquier gesto social del juez, por nimio que fuera, podía causar sospecha y servía para activar el mecanismo de la recusación. Tan es así, que desde los Reyes Católicos la recusación quedó sometida a restricciones formales de diversa índole, la primera y más importante de las cuales era que exigía de los magistrados colegas un doble juicio favorable —sobre la justicia (o suficiencia) y sobre la veracidad (mediante prueba) de la causa—, en ambos casos con previsión de penalidad para el recusante si desfallecía su intento. A ésta fueron sumándose algunas otras, todas ellas

17 Véase para todo esto, simplemente, las excelentes páginas que dedica a la recusación P. L. Rovito, *Respublica dei togati. Giuristi e società nella Napoli dei Seicento. I. Le garanzie giuridiche* (Napoli, 1981), pp. 289-367.

animadas por el propósito de frenar la avalancha de las recusaciones que se intentaban, con más o menos frivolidad, aprovechando su extraordinaria flexibilidad sustantiva.

Si la justicia depende de la confianza y ésta de la imparcialidad aparente de los jueces, se comprenderá que la recusación fuera un componente esencial del modelo judicial castellano, que si puede calificarse así, como modelo, es porque sus diversos elementos figuran trabados de tal modo que cada uno requiere de todos los demás para cumplir la función que le corresponde en el equilibrio institucional definido. La recusación —está claro— cumplía la función de reparar la ruptura de confianza de los pleiteantes en el aparato de justicia.

4. Y así, como un todo, el modelo judicial castellano fue trasladado a las Indias, a medida que el avance de la conquista aconsejó sustituir allí el poder militar de los conquistadores por el poder civil de los letrados, en lo que se ha dado en llamar la “ruptura del pacto colonial”.¹⁸ Aunque limitado a la justicia superior, dado el carácter basilar que a la misma se reconoce, el traslado puede seguirse muy bien a través de las sucesivas ordenanzas de las audiencias indianas, que reproducen con fidelidad las disposiciones de sus homólogas castellanas, a las que además globalmente se remiten, justamente porque buscan implantar allí el modelo judicial vigente aquí (y no al revés, como a veces parece pensarse).¹⁹ Como es sabido, sus elementos principales fueron progresivamente reforzados por las disposiciones dictadas con posterioridad para dificultar o evitar su quebrantamiento, en una labor de adaptación que era necesaria para satisfacer las peculiaridades indianas. A este respecto, como es sabido, las diferencias entre el régimen vigente en Castilla y el configurado para las Indias radican en la mayor severidad de este último, a cada nueva vuelta de tuerca justificada — ora por el rey, en sus disposiciones, ora por los juristas, tanto en su condición de magistrados como de tratadistas— en la diversidad, la

18 Cfr. Malamud, C. D., “Acerca del concepto de Estado colonial en la América hispana”, *Revista de Occidente*, 116 (1991), pp. 114-127; H. Pietschmann, “Los principios rectores de la Organización Estatal en las Indias” en A. Annino, L. Castro Leiva y F. X. Guerra, *De los imperios a las naciones: Iberoamérica*, pp. 75-103.

19 Basta con remitir a Sánchez-Arcilla Bernal, J., *Las Ordenanzas de las Audiencias de Indias (1511-1821)*, Madrid, 1992, pp. 15-64, que recoge la bibliografía anterior sobre el particular. Para una visión general del proceso, sigue pareciéndome útil el trabajo de García-Gallo, A., “Las Audiencias de Indias. Su origen y caracteres”, en *Memoria del II Congreso Venezolano de Historia*, Caracas, 1975, I, pp. 359-432, esp. 377-392 y 418-432; ahora recogido en *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de derecho indiano*, Madrid, 1987, pp. 889-951.

mutabilidad y la distancia, en lo que constituye un lugar común constantemente invocado para justificar la formación desde Castilla de un derecho propio de las Indias, que obviamente tuvo como componente esencial, además, las disposiciones dictadas y las prácticas desarrolladas en aquellas tierras, de modo que aparecía fragmentado en una variedad de derechos provinciales.²⁰

Descender a mayores detalles y analizar cuáles fueron las peculiaridades indianas en el ámbito judicial que nos ocupa, nos alejaría en exceso del objetivo de estas páginas, aunque no sean en absoluto irrelevantes para comprender la recusación.²¹ Bastará con decir que consistieron en una acentuación de los rasgos más sobresalientes del modelo judicial, justamente precisa para alcanzar la misma finalidad que con éste se perseguía en un medio en parte distinto. Este propósito llevó a introducir algunas modificaciones sustantivas, la más importante de las cuales —y no por casualidad— fue sin duda la intensificación de las garantías, que se alcanzó sometiendo a los magistrados superiores a juicio de residencia, para facilitar así la exigencia de la responsabilidad común (*id est*, civil y penal) que les cupiere.²²

La recusación, en cambio, se mantuvo incólume: su regulación en el derecho indiano, presupone por entero y simplemente adapta a las nuevas circunstancias el régimen castellano, conservando la duplicidad de soluciones en función del grado jurisdiccional del juez sospechoso de imparcialidad.²³ Hasta donde se sabe no hubo otras modificaciones que la introducción de ciertas restricciones procedimentales para evitar las recusaciones frívolas o maliciosas, y la adopción de algunas medidas, motivadas por el reducido número de jueces existentes, para facilitar el conocimiento y la

20 Los tres citados son los términos que emplea Tau Anzoátegui, V., *Casuismo y sistema. Una investigación sobre el espíritu del derecho indiano*, Buenos Aires, 1992, p. 97; a quien sigue en este punto González, M. R., *El derecho indiano y el derecho provincial novohispano. Marco historiográfico y conceptual*, México, *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, 17, 1995, pp. 58 y 59, aunque interesa mucho para esto todo su cap. III.

21 Me he ocupado de esto con cierto detalle en *La visita y el gobierno de la justicia en Indias (siglos XVI-XVII)* (en prensa).

22 Algo que era, sin más, inconcebible en Castilla: *cfr.* mi trabajo “La expansión de la visita castellana a Indias: presupuestos, alcance y significado”, *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y estudios*, Buenos Aires, 1997, III, pp. 51-79.

23 *Cfr.* Encinas, Diego de, *Cedulario Indiano*. Reproducción facsímil de la edición única de 1596. Estudio e índices de Alfonso García Gallo, Madrid, 1945, II, pp. 58-62; *RI*, lib. V, tit. 11; Ayala, *Diccionario*, s. v. “Recusaciones” (XII, pp. 166-171). Son poco aprovechables las páginas de Zarazaga, R. L., “Recusación y excusación en el derecho indiano”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 13 (1987), pp. 117-128.

pronta resolución de las que se presentaren.²⁴ Nada más, o lo que es igual: una mera adaptación, para que, en circunstancias distintas, la recusación pudiera cumplir la misma función que le correspondía en el modelo judicial castellano.

Ahora bien, que pudiera no significa de suyo que efectivamente lo hiciera. Las principales modificaciones de la recusación judicial indiana no deben buscarse en el plano del régimen jurídico, sino en el terreno de la práctica institucional, que naturalmente habría que indagar para saber hasta qué punto la potencialidad garantística del instituto cumplía efectivamente su función, tarea que naturalmente escapa a mis posibilidades ahora. Y no me refiero sólo a los problemas que de modo más directo podían embargar la recusación, dificultando su uso en la práctica: las resistencias de los ministros a jurar las posiciones de los recusantes,²⁵ la temerosa renuencia de los abogados a firmar los escritos de interposición “por no les desgustar a los jueces...”,²⁶ u otras que traduzcan el poder

24 Las Ordenanzas de 1530 hicieron expresamente extensivo el régimen castellano a las Indias, mandando guardar allí las leyes de Madrid de 1502, para refrenar la *malicia* de los pleiteantes en alegar “causas de su recusacion que no son verdaeras, de lo cual se sigue grande impedimento en el proceder y en la determinacion de los pleytos” (Encinas, *Cedulario*, II, p. 58; refundida con otras del siglo XVII en *RI* 5.11.1). En el mismo sentido, p. ej.: RC Madrid, 4 de agosto de 1561, duplicando la pena correspondiente a quienes recusan a los oidores y no prueban las causas alegadas, pues “por liuianas causas, muchas personas viendo que la pena es poca, recusan a los nuestros oydores..., lo qual es causa de dilatarse los negocios, y redundan otros inconuinientes en deserucio de Dios nuestro Señor y nuestro” (*idem.*, pp. 58 y 59; sobre esto, véase también, la RC Bosque de Segovia, 25 de julio de 1565, para resolver los problemas que ello planteó en las Audiencias cuyos jueces eran al mismo tiempo oidores y alcaldes mayores: *idem*, p. 61); RC Bosque de Segovia, 25 de julio de 1565, que pretende resolver los problemas que en la Audiencia de Lima causa el que “en algunos de los pleytos que en ella se han tratado y tratan son recusados dos o tres Oydores, y para determinar si son bastantes las causas de las dichas recusaciones, no queda mas de vn Oydor, o dos por recusar” (*idem*, pp. 61 y 62; sobre esto, véanse también la RC 19 de diciembre de 1550 que noticia Prudencio Antonio de Palacios, *Notas a la Recopilación de las Leyes de Indias*. Estudio, edición e índices de Beatriz Bernal, México, 1979, p. 349 (l. 4), así como la RC 31 de mayo de 1600 (=RI 5.11.4) y la RC 25 de enero de 1648, ésta para que, si todos los oidores fueren recusados y no hubiere en la ciudad de México personas capaces para la determinación de la recusación, “huviesen de ir los artículos a la Audiencia de Goathemala sin embargo de no ser de su jurisdizion, pero siempre con la condicion de aver de concurrir para ello los motivos, y causas de la ley”, *apud* Ayala, *Diccionario*, s. v. “Recusaciones”, núms. 4 y 9, respectivamente, pp. 166-168). Según la RC 27.II.1591, que cito luego, en la provincia de Tierra Firme, “con libianas y poco ymportantes ocasiones se requassan... los juezes o por dilatar los pleitos o no ser desposeídos o por molestar a los contrarios y forçarlos a conçierto, con que muchas veçes acaçe pereçer las justicias de las partes desposeídas...” (Biblioteca Nacional [Madrid], ms. 2932, ff. 140-141r).

25 RC Madrid, 26 de mayo de 1573 (=RI 5.11.3), para la Audiencia de México (Encinas, *Cedulario*, II, p. 60).

26 RC San Lorenzo, 4 de julio de 1584 (=RI 5.11.2), a instancias de la ciudad de Panamá, para que en aquella Audiencia se guarde con efecto la ley que manda a los abogados firmar las recusaciones

social que éstos tenían. A fin de cuentas, la recusación era un mero instrumento procesal, que sólo bajo ciertas condiciones digamos de “normalidad” institucional podía cumplir la función generadora de confianza que le correspondía.

No obstante, con carácter general, hay algunos testimonios demostrativos de su virtualidad. Quizá el más significativo de todos ellos sea el tratamiento dado a las *causae recusationis*, que justamente por carecer de determinación legal dependían en todo del arbitrio judicial y venían a ser como un recipiente vacío de contenido que en buena medida debía rellenarse con las relaciones sociales predominantes en cada experiencia jurídica, adaptando así la recusación a las circunstancias de lugar y tiempo.

Eso fue lo que pretendió Francisco Carrasco del Saz, oidor de la Audiencia de Panamá desde 1616, que en trance de enumerar, razonándolas, las causas de recusación que estimaba admisibles (o sea, justas) y que en su concepto ascendían a 91, prestó una especial atención a la práctica indiana.²⁷ La mayor parte de ellas giran en torno al binomio amor-odio, bajo las formas de amistad/familia-enemistad, por ser éstos los ámbitos donde se anudan lazos que pueden llegar a ser más vinculantes incluso que las obligaciones jurídicas. Esto no era nada nuevo. Como antes dije, a las alturas en que estamos la doctrina llevaba varios siglos escrutando cuáles eran las causas justas de recusación, en el curso de los cuales los juristas habían decantado un conjunto muy considerable de ellas. A nuestros efectos, cobran por ello especial significado aquéllas que Carrasco extrae de su experiencia como oidor en Indias, ilustrándolas a veces con casos acaecidos en la práctica de Lima, por revelar el conjunto de vincu-

que se interpusieron contra los oidores (Encinas, *Cedulario*, II, pp. 59-60). RC Madrid, 27 de febrero de 1591, para que el presidente y los oidores de la Audiencia de Panamá envíen al Consejo relación de la causa por la cual estaba detenido desde hacía tres años el pleito entre los herederos de Baltasar de Jaén y el alguacil de la Inquisición Alonso Maldonado, por valor de más de 60.000 ducados, en que había sido recusado el ldo. Salazar, oidor: “y que con haberse entendido que había reussado el letrado de firmar la petición por no ser bastantes las causas de recusación y que lo había hecho por temor de la pena que le pusísteis, se había quedado la causa parada” (BN, ms. 2932, ff. 140r-141r).

27 Carrasco del Saz, F., *Interpretatio ad aliquas leges recopilaciones regni Castellae; explicataeque quaestiones plures, ante non ita discussae, in praxi frequentes iudicibus quibuscumque nec non causidicis, & in scholis vtilis, etiam Theologiae Sacrae professoribus, & confesoribus* (Hispali, 1620), cap. IX, ff. 111r-150v (que es un verdadero “*Tractatus de recusationibus*”). Sobre este jurista y sus obras, véase los datos que aporta Barrientos Grandón, Javier, *La cultura jurídica de la Nueva España. (Sobre la recepción de la tradición jurídica europea en el virreinato)*, México, 1993, subíndice. Fue nombrado por RP Madrid, 7 de junio de 1616 en lugar del dr. Jorge Manrique de Lara, condenado a dos años de suspensión de oficio como consecuencia de una visita (BN, ms. 2932, ff. 53r-55v).

laciones sociales que tenían precisamente allí, y no en otras partes, una especial trascendencia.

Es el caso, por poner un buen ejemplo, de las relaciones derivadas del parentesco de afinidad: de acuerdo con la opinión común, Carrasco considera causa justa de recusación la *propria & vera affinitate intra quartum gradum*, que por esto mismo excluye, en principio, la *affinitas affinitatis, vulgo deudos de deudos, ò cuñados de cuñados: quia à iure non attenditur*; pero sí le parece justa, en cambio, esta causa si el pleiteante está “casado con hermana de la muger del Oydor, a quien se recusa, que comunmente se llaman cuñados, sin serlo: porque es tan conjunto el trato y comunicacion en este caso, que quando, no por parentesco, o cuñadazgo, por familiaridad, e intimo, y estrecho trato, à lugar”. Y por la misma razón, la causa se extiende también al pleito

de que está aquel, ò estuvo casado con prima hermana, ó prima segunda de la muger del Oydor justamente puede ser recusado, mayormente en las Indias, à donde se considera mucho esta amistad, y comunicacion, que se sigue, ya que no de afinidad, ni afinidad de afinidad, que no la ay, resulta de pendencia, de casamiento, que es arbitraria, y considerable, para poder ser recusado el Oydor.²⁸

El testimonio de Carrasco no es ni mucho menos único, pero sí muy valioso, porque revela de forma directa la eficaz utilización de este recurso procesal en la práctica indiana, elaborado en buena medida como está justamente para dar a conocer el conjunto de causas que la experiencia había ido formando en las Indias.

Aunque la historiografía reciente muy a menudo da por supuesto que el modelo judicial castellano era enteramente ineficaz en las Indias, los testimonios conocidos aconsejan proceder con más cautela, aunque sólo sea porque deban tomarse en consideración aquellos de sus mecanismos arbitrados para garantizar un funcionamiento eficaz, es decir, los procedimientos de control y las instituciones de garantía. Por poner un ejemplo: nada concluyente demuestra que los oidores quebrantaran la prohibición de contraer matrimonio en sus distritos, si al mismo tiempo no se comprueba que su conducta no era debidamente sancionada y los pleiteantes carecían de la posibilidad de recusar por esto a los jueces que considera-

28 Carrasco, *Interpretatio*, cap. IX, núm. 101-102 (f. 127v). Para más detalles remito a mi trabajo “La visita y el gobierno de la justicia en Indias (siglos XVI-XVII)” (en prensa), ya cit.

sen sospechosos de parcialidad. Tengo para mí que si fuese ésta la perspectiva adoptada serían otras las conclusiones alcanzadas.

Es incuestionable, en cambio, que desde las décadas centrales del siglo XVII un conjunto diverso de circunstancias dieron paso a lo que se ha dado en llamar una edad de la impotencia, que debe ser entendida como una crisis del modelo judicial, difícil de evaluar, pero indudablemente caracterizada por la abierta ruptura, en diversos frentes y por obra de la misma monarquía que debía mantenerlo, del aislamiento social como patrón de conducta de los jueces superiores.²⁹ En buena lógica, esto debería haber llevado a una mayor utilización de la recusación, que algunos datos normativos efectivamente sugieren, pero elevarlos a categoría exigiría saber en qué medida su eficacia fue suficiente para mantener el grado de confianza imprescindible para que el aparato de justicia pudiera funcionar.³⁰ No parece muy aventurado suponer que ésta sea, no ciertamente la causa eficiente, pero sí una de las razones que explican la disminución de la ya de por sí menguada presencia de la justicia oficial en la vida de los territorios indios.³¹

5. No podrían explicarse bien de otro modo las reformas ensayadas en el siglo XVIII, que si por un lado buscan restaurar en su integridad el modelo judicial, por otro parecen encaminar otras vías para redoblar el peso de la justicia oficial en la práctica.

A partir de mediados de siglo, en efecto, son evidentes los intentos de construir una organización paralela de carácter comisarial, que sirviera para sustraer al viejo aparato judicial corporativo, porciones de jurisdicción y, por tanto (así suele ser interpretado), cuotas de poder a sus magistrados. Ahora bien, me pregunto si esta operación de política del derecho no buscaría además potenciar ciertas jurisdicciones especiales que, por ser fueros privilegiados, habrían de contribuir a favorecer la presencia en

29 Véase, por todos, Burkholder, Mark A., y D. S. Chandler, *De la impotencia a la autoridad. La Corona española y las Audiencias en América, 1687-1808* (trad. de R. Gómez Ciriza), México, 1984, pp. 29-118, a quienes se debe la expresión citada en el texto.

30 Todavía la RC 28 de junio de 1641 se ordenaba a las Audiencias que pusiesen toda atención en esta materia, para que “la verdad no quedase indefensa por los falsos testigos, multitud de megnos, mulatos, mestizos, interés, codicia, fines particulares, pasiones, y negociaciones de personas poderosas para salir con sus pleitos trastornando el buen orden” (*apud* Ayala, *Diccionario*, s. v. “Recusaciones”, núm. 5, p. 167).

31 Es fundamental para esto el trabajo de González, María del Refugio, y Teresa Lozano, “La administración de justicia” en W. Borah (coord.), *El gobierno provincial de la Nueva España, 1570-1787*, México, 1985, pp. 75-105.

sus ámbitos respectivos de una justicia oficial cuya íntima configuración permanece inalterada;³² la importancia que entonces parece adquirir la recusación de los asesores letrados así lo sugiere.³³

Las reformas borbónicas del aparato judicial americano no fueron más que un intento de restaurar en su integridad el modelo judicial tradicional. Al margen de ciertas modificaciones orgánicas que buscaban acrecentar la eficacia de los tribunales, se limitaron a reforzar el aislamiento social de los jueces, eliminando todas aquellas prácticas desarrolladas a lo largo de la época precedente y que era manifiesto que lo dificultaban: no en vano ha podido hablarse, frente a la anterior, de una nueva edad del poder para caracterizar las relaciones entre la monarquía y su aparato de justicia en las Indias desde mediados del siglo XVIII.³⁴

¿Y bien? Si el fin perseguido era, como siempre fue, la buena administración de justicia, no está muy claro que lo consiguieran. Así lo entendía, al menos, el mexicano Hipólito Villarroel, que hacia 1785 escribía:

Después de la religión, el segundo objeto del gobierno es la buena administración de justicia; pero con qué temor y con que temblor (¡oh, divina Astrea!) tomo la pluma para escribir las penetrantes heridas de que está impunemente traspasada por los mismos a quienes se ha encargado tu salud y tu conservación. [...]. La justicia se ve abandonada en ambas salas [civil y criminal de la Audiencia]: sería hacer injuria a los ministros que las componen decir que eran ellos los únicos instrumentos de su violación. Lo cierto es que siendo una constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo que le toca, se ve que se quita a cada uno lo que tiene. De dónde provenga no es tan fácil averiguarlo. Los efectos se palpan diariamente; pero las causas se niegan a la más lince especulación. Todos claman que no se administra justicia como corresponde; que es un verdadero pirronismo el que se usa; que cada oidor es una deidad, a quien tiene que tributar incienso, más el temor porque no perjudique, que el amor porque lo merezca. Que los pleitos de lo

32 Véase, en este sentido, la sugerencia de Brading, David A., *Mineros y comerciantes en el México borbónico (1763-1810)* (1971). Trad. de R. Gómez Ciriza (México, 1993), pp. 69-71.

33 Véanse las disposiciones que refiere, p. ej., Pérez y López, Antonio X., *Teatro de la legislación universal de España é Indias, por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas, y alfabético de sus títulos y principales materias*, III (Madrid, 1792), s. v. "Asesores", pp. 327-330.

34 Cfr. Burkholder-Chandler, *De la impotencia a la autoridad*, pp. 119-191. Sobre las reformas aludidas, véanse, además, López, Alf Enrique, "Las reformas de Carlos III en las Audiencias americanas", *Boletín de la Academia Nacional de la Historia*, LXVI: 262 (1983), pp. 319-342; Soberanes Fernández, José Luis, *El Poder Judicial federal en el siglo XIX. (Notas para su estudio)*, 2ª ed., México, 1992, pp. 29 y ss.

civil aunque sean de corta entidad, o no se quieren entender, o se eternizan contra el espíritu de las leyes.³⁵

No es caso de multiplicar las citas: tal como lo pinta Villarroel, el panorama es desolador, pero no puedo ir más allá de constatar que testimonios como éste cuadran bien con la esquiva presencia de la recusación en el tramo final del siglo XVIII.³⁶

Como quiera que sea, creo no equivocarme si digo que las reformas ilustradas revelan que la política judicial borbónica no sobrepasó el umbral de una cierta homogeneización del aparato judicial en el contexto de una contundente restauración del modelo judicial tradicional, que además fue extendido a aquellos territorios de la monarquía que tenían una tradición judicial propia.³⁷ No podía ser de otro modo. La monarquía borbónica no tenía un modelo de justicia alternativo, que obviamente existía en la mente y en los libros de los pensadores ilustrados y ya desde finales de siglo había tomado cuerpo en la Francia de la revolución. Al cabo, quizá por esto, en contra de las apariencias, tampoco lo tuvo Cádiz.

6. La obra de las Cortes de Cádiz debe ser entendida como un intento de aprovechar el viejo aparato institucional de la monarquía católica para un fin político nuevo, que era la construcción del Estado liberal.³⁸ Este designio se nos aparece con especial claridad si atendemos precisamente a la justicia, cuyo aparato institucional no sufrió alteraciones sutantivas de ninguna especie. Como se cuidó de advertir la Comisión redactora del proyecto de Constitución en su discurso preliminar, en todo momento se abstuvo “de introducir una alteración sustancial en el modo de administrar justicia, convencida de que reformas de esta trascendencia” exigen

35 Y añadía: “Jamás declararé yo indemes a estos ministros; porque sino cumplen como deben por no arreglarse a las leyes, son reos que están sujetos a la pena más grave, por cuanto es mayor la dignidad y carácter que obtienen”. Cfr. Villarroel, Hipólito, *Enfermedades políticas que padece la capital de esta Nueva España, en casi todos los cuerpos de que se compone y remedios que se le deben aplicar para su curación si se requiere que sea útil al rey y al público*. Estudio introductorio de Beatriz Ruiz Gaytán, México, 1994, pp. 91 y 92 (y, en general, toda su segunda parte).

36 Cfr., para España, Conde de la Cañada, *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios, en todos sus trámites, según que se empiezan, continúan, y acaban en los tribunales reales*, 2a. ed., 2 ts., Madrid, 1794: I, pp. 538-558, que propugna extender el régimen de las recusaciones de los jueces superiores a los jueces ordinarios.

37 Permitásemme remitir a mi trabajo “Las Ordenanzas de la Real Audiencia de Cataluña (1741). (Una contribución al estudio del régimen de la Nueva Planta)”, *Estat, Dret i Societat al segle XVIII. Homenatge al Prof. Josep M. Gay i Escoda*, Barcelona, 1996 (= *Initium. Revista Catalana d'Història del Dret*, 1), pp. 371-396, con cita de la bibliografía fundamental.

38 Marta Lorente y yo hemos desarrollado este argumento en nuestro trabajo “El modelo constitucional gaditano” (en prensa).

“preparar la opinión pública para que reciba sin violencia las grandes innovaciones”.³⁹ Así pues, la tradición judicial fue conscientemente asumida, como queda de manifiesto en la resistencia que los constituyentes gaditanos mostraron a discutir siquiera un asunto tan capital como la motivación de las sentencias.⁴⁰ Sin ella, como puso en claro la Revolución francesa, había de resultar vano todo intento de alterar la configuración de justicia e instaurar un régimen de legalidad que sustituyese al orden jurídico precedente.

Aceptado éste a beneficio de inventario, los constituyentes gaditanos optaron por introducir las reformas imprescindibles para uniformar la estructura y racionalizar un tanto el funcionamiento del aparato de justicia heredado, al tiempo que aprovechaban viejos instrumentos para ponerlo al servicio del orden constitucional. No hay duda acerca de cuáles fueron los textos normativos principales que, además y a partir de la Constitución, articularon este proyecto: el primer empeño cuajó en el decreto del 9 de octubre de 1812, que contiene el Reglamento de las Audiencias y Juzgados de primera instancia; y el segundo en el decreto del 24 de marzo de 1813, dictando las Reglas para que se haga efectiva la responsabilidad de los empleados públicos. Este último, que venía a ser una suerte de reformulación del viejo derecho común de la responsabilidad del juez, fue el motivo central de la reforma, concebida la responsabilidad ni más ni menos que como garantía de los derechos y las obligaciones de todos los españoles, es decir, como un instrumento esencial del orden constitucional.

Como hemos argumentado en otra ocasión, el modelo constitucional gaditano es incomprensible sin atender a la responsabilidad de los empleados públicos. La mayor y mejor parte de los esfuerzos de las Cortes se concentraron así, para lo que aquí importa, en la configuración de la responsabilidad judicial, hasta el punto de justificar por sí solo la creación de un Supremo Tribunal de Justicia precisamente como centro de autoridad, cuyo “principal atributo debe ser el de la inspección suprema sobre todos los jueces y tribunales encargados de la administración de justicia”.⁴¹

39 Argüelles, Agustín de, *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, introducción de Luis Sánchez Agesta, Madrid, 1981, p. 97 y, en general, 95-113, donde aparece claramente trazado el programa de reformas judiciales y sus límites.

40 Cfr. Garriga-Lorente, *El juez y la ley*, pp. 114-122, que debe tenerse presente para todo lo que sigue.

41 *Discurso preliminar*, p. 102. Cfr. Lorente, Marta, “División de poderes e interpretación de la ley”, *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Madrid, 1989, pp. 401-421.

A su lado, la recusación judicial permaneció intacta de derecho, pero es de suponer que muy oscurecida *de facto* en su papel de instrumento de garantía, ante la potencia y extraordinaria amplitud que cobró la responsabilidad. Es verdad que no hay para sorprenderse: hasta donde sé, el debate ilustrado acerca de la justicia y el derecho, tan rico en otras cuestiones, no alumbró apenas ningún punto de vista definido acerca de la recusación. De hecho, si miramos a Francia, ésta fue una de esas instituciones que pasó por debajo de la Revolución sin variaciones sustanciales y mantuvo en el código el *status* y prácticamente el mismo régimen que tenía con anterioridad, aunque ahora *sub specie codici*. Aquí, sin Código procesal, ni tan siquiera eso: los legisladores doceañistas simplemente la ignoraron, así que conservó incólume su régimen tradicional tal y como figuraba en los textos normativos precedentes. Que estaban, en su mayor parte, obviamente vigentes.

El viejo modelo judicial español, tras ser reformado, quedó incrustado en la nueva organización política, si bien, puesto ahora al servicio, básicamente por obra de la responsabilidad, del nuevo orden constitucional.⁴² Todo parece indicar que la recusación judicial no se entendía aprovechable para este fin.

Uno y otro, el viejo modelo judicial y el ya reformulado para el nuevo fin constitucional, llegaron a los territorios americanos de la única nación española constituida en 1812, envueltos en el texto de la ley fundamental y de los decretos dictados para desarrollarla. Y allí se quedaron, cuando la imposible nación española proyectada por los hombres de Cádiz quedó rota y dio paso a la independencia de los territorios americanos.

II

7. México, 1821: la independencia política de España no supuso una ruptura jurídica con el derecho español. Antes al contrario, el derecho vigente en el virreinato de Nueva España, luego provincia de México, todo él, pasó, tras la constitución del Estado independiente, a ser el derecho mexicano, por la sencilla razón de que no había, allí y entonces, ningún otro que pudiera sustituirlo globalmente y sí sólo un conjunto de disposiciones, al principio muy reducido y cada vez más abultado, encaminadas

⁴² Permítaseme remitir para esto al trabajo que he realizado conjuntamente con Marta Lorente, “Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la administración (1812-1845). Una propuesta de revisión” (en prensa).

a resolver los problemas perentorios, en su mayoría de carácter político.⁴³ De ahí que los juristas mexicanos dedicasen sus esfuerzos ora a adaptar, adicionándolas, aquellas obras que, por ofrecer una visión general del derecho español (institutistas) o por la atención que prestaban a la práctica jurídica (prácticos), podían ser más útiles en aquella situación,⁴⁴ ora a elaborar visiones compuestas del derecho previo y posterior a la independencia, para ofrecer un panorama —general o relativo a alguna materia concreta— del derecho mexicano vigente.⁴⁵ Estas obras, integrantes

43 Basta para comprobarlo con remitir a la obra de Juan N. Rodríguez de San Miguel, *Pandectas Hispano-Mexicanas ó sea código general comprensivo de las leyes generales, utiles y vivas de las Siete Partidas, Recopilacion novisima, la de Indias, Autos y Providencias conocidas por de Montemayor y Beleña, y Cédulas posteriores hasta el año de 1820. Con exclusion de las totalmente inútiles, de las repetidas, y de las expresamente derogadas*, 3 ts., nueva edición, Méjico (Librería de J. F. Rosa), 1852; ed. facsímil, con estudio introductorio de María del Refugio González, México, 1994 (la primera edición es de 1839-40). Es muy ilustrativa, además, la obra de Florentino Mercado, ministro del supremo tribunal del Distrito, *Libro de los Códigos, ó prenuncios sintéticos de codificacion romana, canónica, española y mexicana* [...], México (Imprenta de Vicente G. Torres), 1857, que resulta hoy utilísima, como debió de serlo entonces, para orientarse en el laberinto jurídico del derecho mexicano en este periodo.

44 He podido consultar las siguientes: José María Álvarez, *Instituciones del derecho real de Castilla y de Indias* (1826), ed. facs., 2a. ed., Nueva York, Casa de Lanuza, Mendia y C., 1827; 4 ts., con estudio preliminar de Jorge Mario García Laguardia y María del Refugio González, México, 1982; Juan Rodríguez de San Miguel, *Diccionario razonado de legislacion civil, penal comercial y forense, o sea resumen de las leyes, usos, prácticas y costumbres, como asimismo de las doctrinas de los jurisconsultos, dispuestas por órden alfabético de materias, con la explicacion de los términos del derecho*. Obra... por Don Joaquín Escriche, y con citas del derecho, notas y adiciones por el Lido, Méjico (Impreso en la oficina de Galván), 1837; *Nuevo Febrero Mexicano. Obra completa de jurisprudencia teórico-práctica, dividida en cuatro tomos: en el primero y segundo se trata de la parte teórica; en el tercero de las sustanciaciones de todos los juicios y de todos los tribunales establecidos en la República; y en el cuarto del derecho administrativo*. Publicado por Mariano Galván Rivera, México, Impreso por Santiago Pérez, 1850-1852; *Curia Filípica Mejicana. Obra completa de práctica forense, conteniendo además un tratado íntegro de la jurisprudencia mercantil*, México, 1858; ed. facs., con prólogo de José Luis Soberanes Fernández, México, 1991. Y no era éste un empeño sólo mexicano, como demuestra el *Sala hispano-mejicano, ó Ilustracion del derecho español por Don Juan Sala, añadidas las variaciones que ha recibido hasta el dia, tanto en España como en la República mejicana, por dos jurisconsultos peninsulares, bajo la dirección de Don Vicente Salvá*, París, Librería de D. V. Salvá, 1844, 2 ts., en su concepto, tras la independencia, México se había ocupado fundamentalmente de su conservación y afianzamiento, de modo que “no han sido sino muy someras y parciales las reformas introducidas en el Derecho constituido, y aun algunas de ellas han seguido la alternativa de los varios sistemas que se han disputado el imperio” (I, pp. 3-9). Véase también, Peset, M., “Novísimo Sala Mexicano o el final del viejo derecho hispano”, *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano* (1986), II, México, 1988, pp. 895-913.

45 Aparte del ya citado libro de Mercado, he utilizado: Peña y Peña, Manuel, *Lecciones de práctica forense mejicana, escritas a beneficio de la Academia Nacional de Derecho Público y Privado de Mejico por —, ministro mas antiguo de la Corte Suprema de Justicia* [...], Méjico Imprenta a cargo de Juan Ojeda, 1835-1839, 3 ts., Romero Gil, José Hilarión, *Código de procedimientos civiles y criminales de Mexico*. Lo publica Simón Blanquel, México, Imprenta de Tomás S. Gardida, 1854: como afirma en el prólogo, tomando como modelo el *Código Civil de España* de J. P. Gorozábel,

de lo que se ha llamado, respectivamente, la doctrina mexicanizada y la doctrina mexicana, dominan el panorama jurídico durante los primeros cincuenta años de vida independiente.⁴⁶

Todo esto es muy sabido, así que no es necesario insistir en ello. Más interesa destacar ahora que la independencia política actuó como un capital factor de discontinuidad jurídica, desde el momento que planteó el problema histórico de la construcción del derecho mexicano. Poco importa ahora cuáles fueron los materiales empleados en esta tarea a lo largo del siglo XIX: no se trata de evaluar las influencias que registró el derecho mexicano, sino de atender al problema como tal. Un problema que, obviamente, no es exclusivo de México, sino propio del proceso de ruptura con el pasado, advenga por vía de la independencia o bien de la revolución política contra el Antiguo Régimen. Para el objeto de estas páginas, centradas en el ámbito judicial, este problema puede resumirse, con palabras de Tomás y Valiente, en el tránsito de la administración de justicia al Poder Judicial, entendido como manifestación de la soberanía que, como tal, debe hacerse presente en la sociedad mediante la organización de un aparato judicial, capacitado para administrar justicia en todo el territorio.⁴⁷

Las condiciones en que hubo de desarrollarse esta tarea, tal como han sido fijadas por María del Refugio González en su libro citado, fueron sumamente adversas: el arraigo de formas de justicia privada, que al menos en las zonas rurales debían ser las dominantes y todo parece indicar tenían también, bajo la forma de arbitrajes, una presencia importante en las

compone un “resúmen de las leyes vigentes” (que una simple ojeada basta para comprobar son las castellanas) y de las últimas disposiciones mexicanas, que cita, “redactado bajo el método de los códigos modernos”; en los “puntos cuestionables, y en los que el silencio de las leyes han dejado indecisos, se han puesto las decisiones de las obras mas conocidas en el foro y mas consultadas” (Conde de la Cañada, Curia Filípica, Escriche), “siguiendo las que me han parecido más juiciosas y fundadas”; [Manuel Roa Barcena], *Manual razonado de práctica civil forense mejicana. Obra escrita por un abogado de los tribunales de Méjico, y dedicada a los estudiantes de derecho*, Méjico, Imprenta de J. M. Aguilar y C^a, 1859; la segunda edición, “revisada, corregida y aumentada por el mismo autor”, se subtitulaba *Obra escrita con arreglo a las leyes antiguas y modernas vigentes, a las doctrinas de los mejores autores, y a la práctica de los tribunales, bajo un plan nuevo y al alcance de todos*, ed. facs., con estudio preliminar de José Luis Soberanes Fernández, y fue impresa en México, Imprenta Literaria, 1862; México, 1991.

46 Para esto y todo lo que sigue es fundamental el libro de María del Refugio González, *El derecho civil en México, 1821-1871. (Apuntes para su estudio)*, México, 1988.

47 Cfr. Tomás y Valiente, Francisco, “De la administración de justicia al Poder Judicial”, *El Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución francesa*, Madrid, 1990, pp. 11-31.

ciudades;⁴⁸ la previa inexistencia de un aparato de justicia estructurado que se extendiese por todo el territorio y las enormes dificultades que había que vencer para construirlo, tanto por la escasez de recursos económicos como por la insuficiencia de letrados, que obligaba a mantener porciones considerables de la administración de justicia en manos de jueces legos;⁴⁹ y el mismo orden jurídico precedente, que era visto cada vez más como un caos inarmónico, agravado día a día por la superposición de disposiciones nuevas, a menudo contradictorias, por responder a signos políticos distintos. Éste fue, a muy gruesos trazos dibujado, el panorama que presidió la construcción del derecho mexicano, que siquiera como trasfondo debe tenerse presente para lo que sigue.

Es verdad que para resolver el problema jurídico se vislumbró muy pronto la solución de la codificación, pero la elaboración de códigos fue, a su vez, más un problema que una solución durante varias décadas, aunque sólo fuese porque exigía determinar previamente qué derecho codificar.⁵⁰ Así que, desde la independencia hasta la promulgación de los primeros Códigos, se extiende una prolongada etapa, que ya entonces fue significativamente llamada la etapa del derecho de transición, vista como una suerte de larga marcha hacia la codificación y caracterizada por el ensayo de reformas de urgencia, para responder a los apremios del tiempo histórico.⁵¹ Como no había un modelo jurídico alternativo que permitiese la abrogación *in totum* del derecho precedente (esto es, vigente), fue preciso elaborar diversas leyes de reforma, que naturalmente estuvieron en dependencia de la agitadísima vida política, marcada por cambios al menos aparentemente tan sustantivos como los que resultaron de las sucesivas y nada pacíficas alternativas entre federalismo y centralismo.⁵²

48 Rodríguez de San Miguel incluyó como apéndice a sus *Pandectas* “un opusculito sumamente apreciable sobre *árbritos* y *transacciones* del jurisconsulto americano Dr. D. José María Álvarez, en cuya publicación creo hacer —dijo— un particular servicio a los juristas acerca de materias de tan frecuente uso en la sociedad” (III, pp. 853-860).

49 Véase el desolador panorama que dibuja Peña y Peña, *Lecciones*, II, pp. 109 y ss., lamentando que la judicatura, en lugar de ser premio y honor de “los más beneméritos y de mayor confianza para los pueblos”, sea *socorro miserable de letrados desgraciados* (núm. 93). Para la enemiga contra la justicia lega, véase, p. ej., el Nuevo Febrero Mexicano, III, pp. 42-44, anhelando que “la justicia se administre tanto al pobre como al rico por hombres científicos”.

50 Véase, no obstante, el interesantísimo “Dictamen de la Comisión de reglamento sobre formación de Códigos”, presentado a la Cámara de Diputados en 1845, publicado en la *Tercera Guía judicial* que cito luego, con el núm. 132 (pp. 336-348).

51 Cfr. González, *El derecho civil*, pp. 115-137.

52 Pueden seguirse bien a través de las recopilaciones de textos normativos elaboradas y anotadas por Juan Rodríguez de San Miguel, “Guía judicial ó coleccion de las leyes de mas frecuente uso en la

El resultado de todo este complejo de circunstancias, en un proceso que se prolongó hasta los años setenta, no es muy difícil de vislumbrar: la desordenada política legislativa dio lugar a un incremento exponencial de la incerteza del derecho, unánimemente denunciada por los juristas del periodo,⁵³ y desde luego percibida por las diversas autoridades que a lo largo del mismo ejercieron de un modo u otro potestades normativas.⁵⁴ En estas condiciones, ningún cambio de importancia podía determinar, si es que tuvo alguna eficacia, la obligación de motivar las sentencias introducida ya en 1841, para que todos los jueces y tribunales civiles, militares y eclesiásticos expresen la “*Ley, Cánón ó Doctrina en que funden sus sentencias definitivas é interlocutorias que tengan fuerza definitiva ó causen gravámen irreparable*”.⁵⁵ Creo que tiene razón María del Refugio

administración de justicia, por el Lic. — Parte segunda del Directorio general de los Supremos Poderes, y de las principales autoridades, corporaciones y oficinas de la Nación, titulado, la República mexicana en 1846, México (Imprenta de J. M. Lara)”, 1846; “Segunda guía judicial ó [...]”, México, 1847; “Tercera guía judicial ó sea colección de las leyes de mas frecuente uso en la administración de justicia. Seguida de varias leyes generales tambien de frecuente uso sobre diversos ramos, y de un apéndice que contiene varios documentos y piezas sobre objetos interesantes”. Por el ldo. — “Al fin se pone un índice cronológico de las leyes y disposiciones contenidas en las tres guías judiciales”, México, 1850.

53 Sirva de ejemplo el arranque de Roa Bárcena, en su *Manual*: “Y en verdad que pocas naciones han de tener una legislación tan complicada como la mejicana. Planteadas aquí las leyes españolas despues de la conquista, formada luego una legislación española para las Indias, por la misma nación conquistadora de este suelo; dadas por las Cortes españolas algunas leyes a Méjico; hecha luego nuestra independencia, que elevó este país al rango de nación, dándola libertad para legislar con entera libertad, como lo hizo; formadas y decretadas multitud de leyes por los congresos, no solo generales, sino tambien por los de los Estados, en diversas épocas, y bajo diversas circunstancias é influjos políticos: todas estas variaciones, todas estas leyes y decretos, sancionados primero, y á poco andar derogados en todo ó en parte, no podían menos de acarrear una grandísima confusion en nuestros códigos” (p. 2, considerando imperiosa la necesidad de formar unos códigos propios).

54 Me parece muy significativo, en este sentido, que, en virtud de cierto de dictamen de 20.IX.1838, durante el periodo centralista de las Siete Leyes, bajo Santa Anna, fueran respetados los decretos vigentes en cada uno de los estados durante la precedente etapa federal (Mercado, *Libro de los Códigos*, pp. 608 y 609). Véanse las interesantísimas noticias sobre la práctica judicial que proporciona González, *El derecho civil*, pp. 126 y 127.

55 Decreto del 18 de octubre de 1841, que ordena además que la parte resolutive de las sentencias se exprese *por medio de proposiciones claras, precisas y terminantes, de modo que no quede duda sobre cual ha sido la disposición del juez acerca de cada uno de los puntos controvertidos*; siempre bajo responsabilidad de los contraventores. Posteriormente se declaró, a instancia de los alcaldes del ayuntamiento de México (5 de noviembre de 1841), “que ni las conciliaciones, ni los juicios verbales están comprendidos en el artículo 1º del decreto..., pues que en unas y otros debe terminarse á verdad sabida y buena fé guardada, sin los trámites de los juicios en que se pronuncian las sentencias de que habla el artículo citado”. Según Rodríguez de San Miguel, esta disposición fue ratificada en la Cámara de Diputados, “y aun se aprobaron importantes adiciones para su perfeccion y mejora. En el Senado sufrió fuerte debate en la parte que autoriza las doctrinas de los autores, y entiendo que por esta razon quedó pendiente el proyecto” (*Guía judicial*, núm. 10, pp. 49 y 50). No obstante,

González cuando afirma que el derecho de esta etapa era, como el precedente y (cuando menos sobre el papel) a diferencia del que siguió a la codificación, un derecho jurisprudencial.⁵⁶ Por esto se entienden bien los intentos de disciplinar —por así decir— la definición del derecho, fijando las condiciones en que debía desarrollarse la administración de justicia.

¿En qué sentido? ¿Pueden vislumbrarse también cuáles fueron las soluciones ensayadas? ¿Cómo se intentó conciliar el propósito, sentido como necesidad, de construir un aparato de justicia con las inconvenientes circunstancias señaladas?

A caballo entre la continuidad y la discontinuidad características de este periodo, pueden apreciarse, según creo, algunas tendencias más o menos constantes, en la legislación judicial. Prescindiré de las disposiciones propiamente relativas a la organización del aparato de justicia, casi siempre dictadas para ordenar la designación gubernativa de los jueces, determinar el papel que corresponde al legos y sus asesores en la administración de justicia y configurar un sistema de retribución por arancel.⁵⁷ A nuestros fines interesa sobre todo destacar aquellas otras disposiciones orientadas a afianzar y reforzar —a estatalizar, en suma— los elementos del modelo judicial español (por castellano e indiano, o sea, el derecho vigente) que mejor se adaptaban a las nuevas circunstancias creadas por la independencia. A mi juicio, sobresalen aquí dos tendencias:

1) La prioridad en todo caso otorgada a la resolución no procesal de los conflictos, evidente no sólo en la concedida a las formas privadas de resolución,⁵⁸ sino también en la marcada tendencia a incrustar formas de justi-

algunos juristas parecen considerar vigente el decreto: así, Roa, *Manual*, pp. 277 y 278; *Curia Filipica Mejicana*, p. 243, que justifica, como no podía ser menos, con argumentos digamos antiguos (cfr. Garriga-Lorente, *El juez y la ley, passim*). Nada dice, en cambio, Romero Gil en su *Código*, p. 120. Más tarde, un decreto de 28 de febrero de 1861 dispuso que los tribunales y juzgados federales fundaran sus sentencias definitivas precisamente en ley expresa. Cfr. González, *El derecho civil*, pp. 127-130.

56 *El derecho civil*, pp. 150-153, calificándolo como “derecho de juristas”. Es constante entre los mexicanos del periodo: Roa, p. ej., preocupado por enseñar “la práctica de los juicios en el foro”, dice elaborar su *Manual* sobre “leyes terminantes y vigentes”, acudiendo, en su defecto, a “opiniones de las mejores autoridades” (con cita de Peña, el Febrero y el Sala) (pp. i-ii).

57 A lo que veo, la exposición más completa sobre la organización judicial y sus constantes cambios, que doy aquí por supuesta, se debe al Nuevo Febrero Mexicano, lib. III, sec. 1ª, tít. IV: “De las diferentes clases de jueces que deben administrar justicia” (III, pp. 40 y ss.). Para una visión general, véase José Luis Soberanes Fernández, *El Poder Judicial federal en el siglo XIX. (Notas para su estudio)* (1987), 2a. ed., México, 1992; Arnold, Linda, *Política y justicia. La Suprema Corte mexicana (1824-1855)*, trad. de José Luis Soberanes Fernández y Julián Bunster, México, 1996.

58 Cfr. Sala hispano-mejicano, II, p. 17; Nuevo Febrero Mexicano, III, pp. 34-39; Romero Gil, *Código*, pp. 187-191. Todos ellos citan las disposiciones principales.

cia por así decir privada en la justicia pública u oficial (no se me ocurre mejor forma de decirlo), patente en el relevante papel otorgado tanto a la conciliación⁵⁹ como a la avenencia o transacción llevada a cabo por los jueces.⁶⁰

2) Las medidas adoptadas para organizar el consenso determinante del derecho, es decir, dedicadas a fijar el régimen y el procedimiento para la definición de la justicia, conforme a un derecho incierto, por jurisprudencial y no legal. El derecho nuevo no difiere en esto del derecho viejo: a falta de códigos, la justicia del caso resultaba del consenso de los jueces, obtenido mediante la combinación del número de instancias, fijado en tres (para asegurar siempre dos decisiones concordantes), y la cantidad de votos, en las que decidían colegiadamente, que eran las supremas.⁶¹ No parece exagerado afirmar que, ante la incerteza del derecho, con motivación de sentencias o sin ellas, era la concurrencia de pareceres, y no la ley, la que determinaba la justicia de la decisión en cada caso (o pleito).

En estas condiciones, al menos a título de hipótesis puede afirmarse que la confianza de los pleiteantes en la persona de los jueces (en su mayor parte, no se olvide, de designación gubernativa) era requisito *sine qua non* para el funcionamiento del aparato de justicia y, por tanto, de capital importancia para la efectiva implantación de la justicia pública u oficial.

3) De ahí que fuera necesario disciplinar y garantizar la imparcialidad de los jueces, también, en un caso y otro conforme a la tradición consolidada por el modelo judicial español, tamizada por la obra de las Cortes de Cádiz.⁶² La disciplina es patente en la legislación y la doctrina de los impedimentos que afectan a los jueces, en la cual tiene cabida la tupida reglamentación de su conducta heredada por México del pasado e inicialmente mantenida, para ser luego progresivamente reformada.⁶³

59 Cfr. Peña, *Lecciones*, I, pp. 75 y ss.; Sala hispano-mejicano, II, pp. 22-24; Roa, *Manual*, p. 20. Todos ellos remiten a las disposiciones pertinentes.

60 Peña, *Lecciones*, I, pp. 95 y ss., tratando de las juntas o comparecencias verbales, determinadas por los jueces para avenir a las partes, incluso tras el juicio conciliatorio. El arancel establecido el 12 de febrero de 1840, en virtud del artículo 55 de la ley de 23 de mayo de 1837, señala los derechos que corresponden a los jueces de primera instancia por las juntas o concurrencias que se celebren ante ellos (artículo 18) y también por los negocios que transigieren, con o sin junta (artículo 9) (Nuevo Febrero Mejicano, III, pp. 117-133).

61 Basta aquí con remitir al trabajo publicado en este mismo volumen por Marta Lorente.

62 Cfr. Garriga-Lorente, *El juez y la ley*, ya cit.

63 En la doctrina, véase, ampliamente, Peña, *Lecciones*, II, pp. 95-109, a propósito de los impedimentos de los jueces (aunque en general interesan para esto sus pp. 70-127).

Éste es, en fin, el contexto que explica la extraordinaria relevancia que de necesidad habían de tener los instrumentos arbitrados por el derecho para garantizar la imparcialidad del juez tanto antes como después de la decisión, es decir, la recusación y la responsabilidad judiciales. Prescindiré aquí de esta última, aun sin desconocer en absoluto la centralidad que le corresponde en el modelo constitucional mexicano, donde en buena medida justifica, a fin de cuentas (como en el español), la institución de la Corte Suprema de Justicia.⁶⁴ Interesados como estamos en la recusación judicial, el panorama rápidamente bosquejado aporta, a mi juicio, las razones que explican la avalancha normativa dedicada a regular esta figura en la llamada etapa del derecho de transición.⁶⁵ Una normativa que, además, no es en absoluto homogénea: diríase que estaba claro que había que regular la recusación, pero no había acuerdo sobre cómo hacerlo.

8. En la legislación mexicana de esta etapa, sobre la recusación judicial, se observan dos tendencias, claramente diferenciadas y respectivamente impulsadas por los federalistas y por los centralistas (si se admiten estas expresiones, en aras de la brevedad). Analizaremos, pues, separadamente, la configuración legal que recibió la recusación en las etapas federalistas 1) y en las etapas centralistas 2).

1) Al poco de la independencia, llegó la primera innovación, que advino por la cúspide y se fue extendiendo paulatinamente a los grados o escalones jurisdiccionales inferiores, hasta configurar un régimen sumamente innovador del tradicional para la recusación. Muy pronto, en efecto, aun antes de que se instituyera la Suprema Corte de Justicia, el decreto del 16 de agosto de 1823 estableció diversas reglas para las recusaciones

64 En México (como en España: *cfr.* Garriga-Lorente, *El juez y la ley*, pp. 136-141; *idem*, “Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la administración (1812-1845). Una propuesta de revisión”, en prensa), lo más probable es que la norma básica fuese, al menos inicialmente, el decreto de las Cortes de Cádiz de 24 de marzo de 1813, que, p. ej., el Congreso Constituyente del Estado de Michoacán ordenó, por decreto de 27 de agosto de 1824, que fuese publicado y circulado para su observancia, en lo que se opusiere a los suyos (*Decretos del Congreso Constituyente del Estado de Michoacan, desde su instalacion en 6 de abril de 1824, hasta el 21 de julio de 1825 en que cesó*, México, 1828). *Cfr.* Peña, *Lecciones*, I, pp. 27 y ss., y, a propósito de la llamada sobrevisgilancia (o facultad de inspección de los superiores sobre los inferiores), II, pp. 287 y ss. (véase también, pp. 297-307).

65 Además de las recopilaciones ya citadas, utilizo para esto: Navarro, Juan R., *Legislacion mexicana, o coleccion completa de las leyes, decretos y circulares que se han expedido desde la consumacion de la independencia*, México, 5 vols., 1850-1855; y la compilación publicada por Saturnino Agüero Aguirre, *Leyes y reglamentos sobre la administracion de justicia del Distrito Federal*, México, 1992.

de individuos del tribunal del Congreso,⁶⁶ cuya sustancia fue recogida y determinó el régimen de la recusación en las disposiciones que se dictaron para organizar los tribunales y jueces federales, que fueron fundamentalmente la Ley del 14 de febrero de 1826, que fijó las bases para la formación del reglamento de la Suprema Corte de Justicia;⁶⁷ y la Ley del 26 de mayo de 1826, refundida en la del 22 de mayo de 1834, para la organización provisional de los Tribunales de circuito y jueces de distrito.⁶⁸ La solución alumbrada por estas leyes en el ámbito de la justicia federal, fue acogida también para regular la recusación de los jueces y tribunales del Distrito y de los territorios que no constituían estados, como se observa en el decreto del 30 de noviembre de 1846, relativo a los juzgados de primera instancia del Distrito Federal y territorios,⁶⁹ y en la Ley del 4 de mayo de 1857, que arregló los procedimientos judiciales en los negocios de los tribunales y juzgados del Distrito y territorios.⁷⁰

Todas estas disposiciones, que son las de mayor importancia relativas a la justicia que se dictaron en los periodos federales, configuran la recusación, detalles aparte, de un modo uniforme.

66 “El soberano congreso mexicano, habiendo tomado en consideración la consulta de su tribunal, ha tenido á bien decretar: 1º) Para recusar á uno ó mas jueces del tribunal del congreso, no se necesita expresion de causa, pero sí el juramento de la ley. 2º) Los jueces recusados, serán removidos del conocimiento y reemplazados con individuos de los insaculados. 3º) Para este efecto, recusado uno ó mas jueces, el presidente del tribunal oficiará al del congreso á fin de que por suerte se saquen los que les han de reemplazar, que serán iguales en numero á los recusados. 4º) Si los reemplazados fueren legalmente recusados, ántes o después de haber comenzado á actuar, serán removidos del conocimiento, y se les reemplazará como se previene en los artículos anteriores. 5º) Los segundos reemplazados podrán también ser recusados del mismo modo que los primeros, y se reemplazarán en la forma prevenida. 6º) Las partes no pueden recusar más de tres veces en cada instancia, ni más de tres individuos en la primera y segunda vez, y dos en la tercera” (*apud* Isidro Montiel y Duarte, *Derecho público mexicano*. Compilación que contiene: “importantes documentos relativos á la independencia, la Constitución de Apatzingan, el Plan de Iguala, Tratados de Córdoba, la Acta de Independencia, cuestiones de Derecho Público resueltas por la soberana Junta gubernativa, cuestiones constitucionales tratadas en el primer Congreso constituyente, la Acta Constitutiva de los Estados Unidos Mexicanos, la Constitución de 1824, las Leyes constitucionales de 1836, las Bases Orgánicas, la Acta de reforma, la Constitución de 1857 y la discusión de todas estas Constituciones, México” [Imprenta del Gobierno, en Palacio], 1871, p. 248).

67 Artículos 12-15 (*Tercera guía judicial*, núm. 83, p. 15 y ss.; *Leyes y reglamentos*, pp. 11-14).

68 Artículos 15-19, 28-31, 36 (*apud* Nuevo Febrero Mexicano, III, p. 169).

69 Decreto para la separación de los juzgados de lo civil y de lo criminal, arreglo de los escribanos de uno y otro ramo, y procedimientos sobre recusaciones en el Distrito Federal y territorios (con referencia a la ley de 23 de mayo de 1837), artículos 15-23 (*Segunda guía judicial*, núm. 48, pp. 33-38; Nuevo Febrero Mexicano, III, p. 168).

70 Artículos 135-163, bajo la rúbrica “De las recusaciones y excusas de los magistrados superiores y jueces de primera instancia y sus respectivos secretarios” (*La administración de justicia*, pp. 272-274).

a) Ante todo, todas ellas dan cabida a la recusación perentoria del juez, así llamada en la Francia de la revolución, que hasta donde sé, es el más claro —si no único— precedente similar que puede hallarse en el derecho continental europeo.⁷¹ En cualquier pleito, las partes podían recusar a uno o dos jueces, según los casos, en cada instancia, con el único requisito de prestar juramento de malicia y el efecto de la inhibición *ipso iure* del juez o los jueces así recusados del proceso.⁷²

b) La legislación anterior a 1846 no contempla otra recusación que las perentorias ya señaladas, así que debe ser entendida como una corrección del derecho tradicional en este punto, que por lo demás se mantuvo tácitamente vigente, con su duplicidad de regímenes en función del grado jurisdiccional del juez recusado.⁷³ Así se dispuso, en definitiva, desde 1846: una vez que la parte que fuese agotaba las recusaciones perentorias legalmente permitidas, las que intentara con posterioridad exigían la invocación y prueba de causa legal suficiente (que nunca llegaron a determinarse).⁷⁴ Se acogía así, para las recusaciones siguientes, el régimen tra-

71 Al parecer, no así en la América hispana: *cfr.* Levaggi, Abelardo, “Principios decimonónicos del proceso civil en el extremo sur de Hispanoamérica”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XVIII, 1996, pp. 211-231, esp. 214.

72 Ley del 14 de febrero de 1826, artículo 14: “Cada parte podrá recusar, sin expresion de causa, un individuo de la Suprema Corte, en las salas que se componen de tres, y dos en la de cinco”; a partir de la ley del 26 de mayo de 1826/22 de mayo de 1834, en los tribunales de circuito cada parte podía recusar a un juez letrado y dos asociados, mientras que los jueces de distrito podían ser recusados una vez por cada parte. Según el *Nuevo Febrero Mexicano*, “sobre si se requiere expresar causa en las recusaciones de estos jueces nada dice la ley; pero es de presumirse que no, en razon á que en las de los ministros de la Suprema Córte de Justicia no se exige ese requisito, sino cuando se excede el número que la ley permite. Por lo mismo creemos que será bastante el juramento de calumnia, á no ser que se quiera recusar un número mayor de los que permite la ley” (III, p. 169). Más comprensivamente, el decreto del 30 de noviembre de 1846 estableció que en los juzgados de primera instancia del Distrito Federal y territorios cada parte podía recusar a un juez, un asesor y un escribano “con solo el juramento de no proceder de malicia, á efecto de que el recusado se inhiba absolutamente del conocimiento de la causa ó negocio de que se trata” (artículo 15). Por último, la ley del 4 de mayo de 1857, estableció: “Pueden las partes recusar sin expresion de causa, con el juramento de no proceder de malicia, á un solo juez, bien sea funcionando como tal ó como asesor del tribunal militar”, exigiendo escrito firmado de letrado (artículo 148); que es el mismo régimen establecido para los magistrados del Tribunal Superior (uno por cada instancia), con los mismos requisitos (artículos 135 y 141).

73 Así, p. ej., Sala hispano-mejicano, II: Apéndice (pp. 1-54), núm. 12.

74 Según el decreto del 30 de noviembre de 1846, artículo 15: tras la que puede hacerse sin causa, “no se admitirá otra recusación en el mismo juicio y sus incidentes, sino por escrito, con firma de letrado, y por causa legal que se justificará plenamente, quedando por tanto derogadas las leyes que establecían el nombramiento de acompañados” (según el *Nuevo Febrero Mexicano*, III, p. 809, la recusación que produce el efecto de acompañado se mantiene en “aquellos lugares y jueces en que no se halle vigente” este decreto de 1846, expedido para el Distrito y territorios). Ha de interponerse ante el propio juez inferior, que remitirá los autos, con su informe “á la primera sala de la Suprema Corte

dicional de las que afectaban a los jueces superiores, que de este modo terminó por ser extendida a todos los grados jurisdiccionales. Como éste, las leyes federales citadas conforman para tales recusaciones un régimen procedimentalmente restrictivo y, al mismo tiempo, sustantivamente indeterminado;⁷⁵ desde el momento que, en este periodo, nunca llegaron a ser legalmente precisadas cuáles eran las causas de recusación justas o admisibles.⁷⁶

c) Por último, el modelo de recusación que estas leyes impusieron hubo de llevar al establecimiento de un régimen de suplencias de los jueces y magistrados, que fue determinado con tal minuciosidad que sería de otro modo difícilmente explicable. A juzgar por la intrincada avalancha normativa que exigió su establecimiento y a la vista de las frecuentes reformas que sufrió, éste era el verdadero problema a resolver. Fueron varios los procedimientos arbitrados para este efecto, según cuál fuera el grado jurisdiccional de los jueces recusados: unas veces, estableciendo turnos de suplencia en el seno de los mismos tribunales;⁷⁷ otras, recu-

de Justicia” (artículo 17), que “hará de plano la calificación de si es ó no legal la causa alegada para inhibir al juez”, recibiendo en su caso el artículo a prueba (artículo 18). Por su parte, la ley del 4 de mayo de 1857, estableció: “no se podrá interponer segunda recusacion, sino por causa justa y legalmente probada”, en el caso de magistrados del Tribunal Superior, ante la misma sala que conoce del negocio, “pero se probará precisamente ante la primera, y ésta hará la calificación respectiva” (artículos 138-140); en el caso de los jueces de primera instancia la calificación corresponde por turno a las salas unitarias del Tribunal Superior (artículos 149 y 150).

75 El decreto del 30 de noviembre de 1846 sanciona al recusante y su abogado si la causa alegada no se califica de legal por la sala, y sólo al primero si no se prueba (artículo 18). En cambio, la ley del 14 de mayo de 1857 determina que, si la declaración es contraria al recusante, “bien porque desde el principio se califique de insuficiente la causa que se alega, bien porque no se pruebe debidamente”, se impondrá al abogado de la parte una multa (artículos 143 y 152). *Cfr.* Roa, *Manual*, pp. 127, 133, 135, 138, 140. La calificación de la sala no admite recurso (artículo 155).

76 Véase el tratamiento que otorga a la cuestión una obra del momento, el Nuevo Febrero Mexicano, III, p. 167: en su opinión, “las causas de las recusaciones son todas aquellas que constituyen para poder actuar en el negocio”, se muestra restrictivo con algunas enumeradas por los autores, como el paisanaje o el demasiado favor o gravamen a una parte, si no determina el motivo y concluye: “en nuestro concepto, la calificación de las causas en la recusación, debe dejarse al prudente arbitrio del juez, mayormente debiéndose ventilar ante los tribunales superiores”.

77 Así, p. ej., la ley del 14 de febrero de 1826, artículo 12: “En el caso de recusación de alguno de los ministros para un solo negocio, si él no hubiere de tener en la Suprema Corte mas que una instancia, se suplirá la falta de esta manera: si fuere de la tercera sala el recusado, con el ministro menos antiguo de la segunda, y si de ésta con el más moderno de aquella. Si el asunto diere lugar á dos instancias en la Suprema Corte, se llamará al último ministro de la primera sala, y si la recusación fuere de uno de los de ésta, y el negocio diere lugar á tres instancias, se citará al fiscal, no siendo parte”. Pero esta materia de las suplencias en la Suprema Corte de Justicia fue muy inestable, según revela Rodríguez de San Miguel, *Tercera guía judicial*, p. 15, que cita como posteriores una ley del 15 de abril de 1830, sustituida por otra del 25 de mayo de 1832, a su vez sustituida por la ley del 18 de marzo de 1834 (que incluye en su *Segunda guía judicial*, pp. 12-13); en 1851 el Nuevo Febrero Mexicana-

riendo a la designación previa de jueces supernumerarios o suplentes;⁷⁸ y todavía otras, en fin, estableciendo un procedimiento de designación *ad hoc* entre las personas que cumpliesen ciertos requisitos previamente fijados.⁷⁹ En cualquier caso, la razón de ser de todos estos regímenes, a menudo muy inestables, era —parece claro— no sólo proporcionar jueces que llegado el caso sustituyeran a los recusados, sino también (o al mismo tiempo) controlar políticamente la calidad de las personas que entrasen a desempeñar funciones judiciales por esta vía. Se buscaba, en definitiva, de no perder el control sobre la designación de los jueces.

Me dirán que no basta con esto para conocer la concepción que acerca de la recusación judicial tenían los federalistas mexicanos, porque además habría que saber cómo fue configurada por la legislación de los distintos estados. Y es verdad, pero ampliar de tal modo la indagación exigiría la consulta de fuentes que no están a mi alcance en estos momentos. No obstante, algunas noticias que he podido acopiar sugieren que la legislación estatal —es el caso de Michoacán—⁸⁰ reproducía el modelo

no afirmaba que se hallaba “en la actualidad pendiente una ley en las Cámaras para reglamentar este punto” (III, p. 170). Podemos incluir aquí también la previsión del decreto del 30 de noviembre de 1846, según el cual, en el caso de recusación de juez de primera instancia, se remitirán los autos para su secuela “al juez que designe el actor”; solución asimismo acogida por la ley del 14 de mayo de 1857, artículo 151, para tales jueces. El Nuevo Febrero Mexicano afirma que el auto en que se da al juez por recusado se notifica a la parte actora, “para que elija el que haya de conocer este negocio” (III, p. 809); en el mismo sentido, Roa, *Manual*, pp. 127, 133, 135.

78 Ley del 14 de mayo de 1857, artículos 137 y 142.

79 He aquí como resume el Nuevo Febrero Mexicano el procedimiento establecido por la ley del 26 de mayo de 1822, refundida en la del 22 de mayo de 1834: cuando es recusado el juez letrado o alguno de los asociados de los tribunales de distrito “son reemplazados con los que están insaculados para tal objeto, por sorteo que se hace á presencia del juez, del promotor fiscal, del escribano y de la parte interesada [...]. El juez letrado se reemplaza por otro de igual clase que resida en el lugar del tribunal, nombrado por los asociados”. La discordia en el nombramiento se decide por uno de los insaculados, designado por suertes; si no hay letrado a quien nombrar se reemplaza igual que los asociados, y no siendo ninguno de ellos abogado, consulta el tribunal con asesor nombrado a pluralidad de votos o por suerte. En los juzgados de distrito, el juez recusado es reemplazado por un suplente de los tres que con este objeto nombra el gobierno, que entran por el orden de nombramiento; si no fuese letrado, consultará con asesor (III, p. 169).

80 Véanse los decretos dictados por su Congreso el 9 de enero y 5 de abril de 1827 (recogidos en la colección de *Decretos del Primer Congreso Constitucional del Estado de Michoacán* [...], México, 1828, que incluye los dictados entre el 15 de agosto de 1825 y el 3 de agosto de 1827), el 10 de diciembre de 1827, el 24 de marzo de 1828 (*Colección de decretos del Segundo Congreso Constitucional del Estado de Michoacán*, Méjico, 1831), y el 26 de marzo de 1832 (*Decretos del Cuarto Congreso Constitucional del Estado de Michoacán*, Morelia, 1835, que incluye los dictados entre el 19 de agosto de 1831 y el 3 de enero de 1833). Para Zacatecas proporciona algunos datos Juan Manuel Rodríguez Valadez, “Organización y funcionamiento del Poder Judicial en Zacatecas de 1824 a 1862”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, VIII (1996), pp. 391-429.

establecido por la legislación federal y, la relativa al Distrito y territorios, que habría tenido así, en este ámbito judicial, un cierto valor ejemplar.

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que la legislación federal o, cuando fuese el caso, estatal fue sustituyendo el régimen tradicional de la recusación, ya fuera el contenido en el derecho indiano (que el español de Cádiz había dejado intacto), ya el establecido para esto por las disposiciones dictadas en las etapas centralistas, que no era más que una consolidación del tradicional, como seguidamente veremos.

2) *Ad initium*, en la Ley del 23 de mayo de 1837, dictada para el arreglo provisional de la administración de justicia en los tribunales y juzgados del fuero común, se mantuvo intocado el régimen tradicional de la recusación,⁸¹ tal como revela la doctrina de esos años, que reproduce las disposiciones que sobre el particular estaban vigentes con anterioridad a la independencia.⁸² Después, a partir de comienzos de 1853,⁸³ y acaso motivada por las reformas introducidas por la legislación del periodo federal especialmente desde 1846, las leyes orgánicas y procesales de 1853 y 1858 extendieron el régimen tradicional de la recusación de los jueces superiores a toda la escala jurisdiccional; y lo hicieron, además, mediante una reglamentación extraordinariamente minuciosa.

La Ley del 13 de diciembre de 1853, para el Arreglo Provisional de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común,⁸⁴ estableció como requisitos para recusar a cualquier juez el juramento de malicia y la expresión de causa justa, especial y determinada,⁸⁵ encomendando a los jueces de la recusación un doble juicio, primero sobre la calificación (o suficiencia) de la(s) causa(s) alegada(s) y después

81 Puede consultarse en *La administración de justicia*, pp. 165-184; o en *Leyes y reglamentos*, pp. 27-39.

82 *Cfr. Diccionario*, s. v. "Recusación", donde Rodríguez de San Miguel únicamente se da entrada en las notas a las disposiciones que ya conocemos del siglo XVIII y a la ley citada en la nota anterior por lo que hace al régimen de suplencias establecido para los jueces de la Suprema Corte de Justicia (artículos 14 y 25). Véanse también sus *Pandectas Hispano-Megicanas*, III, pp. 37-51 ("De las recusaciones").

83 "Reglas que deben observarse en la administración de justicia", de 30 de mayo de 1853: *Leyes y reglamentos*, pp. 47-52.

84 Tit. V, "De las recusaciones, excusas o impedimentos", dividido en seis caps., artículos 207-243. Puede consultarse en *La administración de justicia*, pp. 189-244. Sobre esta ley construye Romero Gil su *Código* en punto a las recusaciones (pp. 61-70).

85 Artículo 207: "Las recusaciones de los magistrados, jueces de partido y locales, no pueden hacerse sino con juramento de (no) proceder de malicia, por escrito, si el juicio no es verbal, con firma de letrado, si lo hubiere en el lugar, depositando previamente las multas que en esta ley se señalan, y con expresión de causa justa, especial y determinada, la cual se ha de probar a su tiempo legalmente. Los apoderados necesitan poder especial para apoderar".

acerca de su prueba. Este modelo fue sustancialmente reproducido por la Ley del 29 de noviembre de 1858, intitulada de igual forma que la anterior y debida a Zuloaga,⁸⁶ con la importante salvedad de dar entrada, mediante un simple inciso, a la recusación perentoria en el ámbito de la justicia de primera instancia.⁸⁷ Luego volveré sobre esto.

¿Cuáles eran las justas causas de recusación? Aunque inicialmente nada se determinó, enseguida las leyes citadas enumeraron un amplísimo elenco de causas, desde luego más amplio del que por entonces solía recoger la legislación de otros países (como España),⁸⁸ de modo que puede decirse que en el mismo figuraban casuísticamente recogidas la mayor parte, si no todas cuantas habían sido decantadas por la tradición doctrinal del *ius commune*: prácticamente cualquier relación del juez con el objeto del litigio o con alguna de las partes —fuese por razón de parentesco o en virtud de alguna otra relación jurídica (procesal o no), fuese por mor de casi cualquier relación extrajurídica— bastaba, si era probada, para justificar la recusación; incluso se incluyó como causa justa que el juez “descubriera su parecer antes de dar su fallo”, que, sobre ser una de las más tradicionales, se ajustaba perfectamente al modelo judicial tradicional...⁸⁹ Y aun así, una cláusula general autorizaba a los jueces y tribunales a “admitir como legítima toda recusación que se funde en causas análogas y de igual ó mayor entidad” que las explícitamente referidas.

En suma, en la legislación judicial de las etapas centralistas actuó, en un principio, una consolidación *stricto sensu* del derecho tradicional (castellano/indiano y luego español) de la recusación en las instancias judiciales supremas, sin otra variación sustantiva que su extensión a todos los

86 Tít. VII, “De las recusaciones” (dividido en nueve caps.), artículos 202-269. Puede consultarse en *La administración de justicia*, pp. 295-399; y en *Leyes y reglamentos*, pp. 75-146.

87 Artículo 202: “Las recusaciones de los magistrados, jueces de primera instancia y locales, no pueden hacerse sino con juramento de no proceder de malicia, por escrito si el juicio no es verbal, con firma de letrado si lo hubiere en el lugar, y con causa justa, especial y determinada, la cual se ha de probar a su tiempo legalmente. *Solo se permitirá a cada parte recusar sin causa una sola vez, á los jueces locales y á los de primera instancia.* Los apoderados necesitan poder especial para recusar” (el subrayado es mío.)

88 Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, artículo 121. Cfr. Manresa y Navarro, José María, Ignacio Miquel y José Reus, *Ley de Enjuiciamiento Civil, comentada y esplicada para su mejor inteligencia y fácil aplicacion; con los formularios correspondientes á todos los juicios, y un repertorio alfabético de las voces comprendidas en la misma*, Madrid Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1856, I, pp. 389-394 (y, en general, pp. 383-418). Cfr. Gómez de la Serna, Pedro, *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1857, pp. 46-53.

89 Cfr. Roa, *Manual*, pp. 129-131.

grados jurisdiccionales (como se recordará que se demandaba en España ya desde el siglo XVIII).

Sin embargo, la Ley de 1858 abrió una vía de transacción, por limitada que fuere, que diferenciaba nuevamente el régimen de la recusación en función del grado jurisdiccional, pero ahora con un criterio distinto. La recusación sin causa y con el efecto de la inhibición del juez quedó alojada en el ámbito de la justicia ordinaria (o inferior) y circunscrita a la primera que se intentase, mientras que en la superior (y suprema) la recusación siempre exigía alegación y prueba de causa justa, que ahora figuraban legalmente señaladas en términos muy amplios.

III

9. La legislación judicial mexicana del periodo de transición perfiló dos regímenes diferentes y muy bien definidos (aunque seguramente no incontaminados), que además fueron sostenidos con verdadero ahínco por sus partidarios respectivos, como demuestra la sucesión, al ritmo de los vertiginosos cambios políticos, de las leyes de 1853, 1855-1857 y, mucho más matizadamente, 1858. Por supuesto, creación y cumplimiento del derecho no tienen por qué ir juntos, y mucho menos en la agitada situación política mexicana de esas décadas, así que para completar el cuadro aquí esbozado sería necesario plantear y resolver el problema de la efectiva vigencia e implantación de la normativa que nos ha ocupado (sobre la cual no es preciso hacerse muchas ilusiones), un problema en cuya consideración no puedo entrar.⁹⁰ Y tampoco quiero, porque no es necesario para la finalidad que persigo en estas páginas. Como dije desde el comienzo, mi propósito es explicar por qué se consideró necesario dedicar tanta atención a un instrumento de apariencia tan técnica o aséptica como la recusación judicial. A estas alturas, en trance de terminar, no creo exagerado concluir que la recusación judicial se convirtió en un auténtico campo de batalla político, al menos en el terreno normativo. El rápido repaso que hemos efectuado de la legislación judicial de transición permite extraer, creo yo, dos conclusiones claras:

90 Aunque algunos esfuerzos se hicieron, al menos en ciertos periodos: pueden seguirse los de Teodosio Lares, bajo la última dictadura de Santa Anna, en la colección *Ordenes y resoluciones expedidas por el Ministro de Justicia, negocios eclesiásticos é instrucción pública, desde el 1º de junio de 1853*, México, 1855.

Por una parte, está fuera de dudas la gran importancia concedida por todos a la recusación, y esto demuestra que la confianza es un elemento capital, yo diría que la clave de bóveda, del modelo judicial que unos y otros (aunque unos más y otros menos, como ahora diré) diseñan y es de suponer que buscan implantar. Algunos datos conocidos de la práctica judicial apuntan en la misma dirección: la importancia por momentos concedida a la opinión pública en la designación de los jueces;⁹¹ la trascendencia que todo parece indicar tenía la llamada jurisdicción prorrogada, que implica el libre consentimiento de las partes;⁹² y, más en general, la amplísima capacidad reconocida al actor para elegir —entre los legalmente competentes— al juez de su pleito. Peña y Peña presta a esto último una especial atención, por ser materia —dice— “no poco ventilada en nuestra práctica”, que él demuestra conocer muy bien.⁹³

El principio general es muy claro, a saber: el actor tiene el derecho de escoger la persona del juez que más fuere de su confianza para que conozca de su demanda y la decida, sin otras limitaciones que el orden legal de los fueros y el fuero natural del demandado. Y esto es así hasta el punto de que si el juez elegido faltare por motivos ajenos a la voluntad del actor (muerte, destitución, renuncia, jubilación, ascenso), éste pueda repetir la elección para litigar ante quien “mas le acomode entre los demas que fueren competentes”, sin que pueda ser obligado a pleitear ante su sucesor en el juzgado: “cuando la elección se dirige puramente a la persona, la confianza que por ella se hace no es transmisible á otra diversa contra la voluntad del elector”; ésta es, según dice, la práctica universal en casos de sucesión en el juzgado.⁹⁴ Así pues, la elección del juez se

91 El Nuevo Febrero Mexicano, a propósito de la organización de los juzgados de primera instancia y comentando el artículo 75 de la ley de 23 de mayo de 1837 (III, pp. 46 y ss.), cita un decreto del 1 de noviembre de 1841, sobre el modo de proveer las judicaturas, con la circular aclaratoria del 10 de noviembre de 1841, según la cual, para que el gobierno conociera el mérito y opinión pública de los letrados propuestos, debían remitírsele listas informativas de sus calidades, expresando si habían sido procesados, suspensos o multados y por qué motivos. Por su parte, Peña y Peña, entendía, a propósito de los requisitos de los jueces, que “una de las cosas que mas se requieren en un juez [...] es la popularidad, esto es, la confianza ó el buen concepto público” (*Lecciones*, II, p. 127).

92 *Diccionario*, s. v.: “la que por consentimiento expreso o tácito de las partes se estiende á personas ó casos que estaban fuera de su alcance” (pp. 368 y 369). *Cfr.* Nuevo Febrero Mexicano, III, pp. 31-34; *Curia*, pp. 3-5.

93 Al tratar de las “reglas para el establecimiento de una demandada” (*Lecciones*, II, pp. 127 y ss.).

94 No eran, en efecto, consideraciones puramente académicas: él mismo señala que eran frecuentes y noticia cierto expediente sobre un caso como éste tramitado ante la Corte Suprema de Justicia, cuyo pedimento fiscal es concluyente: cuando los litigantes eligen juez, buscan “la integridad, luces ó actividad del sugeto”; por esto, en casos de sucesión en el juzgado, no es precisa la recusación para cambiar de juez (*idem*, pp. 129-144).

hace “en contemplación á la persona”, para litigar ante aquella que merece su confianza.

Y lo que es más, Peña y Peña interpreta el régimen retributivo de los jueces de letras como una suerte de “premio a la confianza” (la expresión es mía, pero la idea suya): además del sueldo anual, igual para todos y procedente del erario, su dotación incluye también cierto

monto de derechos que cada uno cobra por su trabajo en los negocios que despacha; [...] mayor ó menor segun lo fuere el número de los negocios que los litigantes pusieren á su cargo por la confianza que les hubiere merecido, y todo esto depende notoriamente de la persona misma del juez

si ésta cambia, no puede subsistir la misma confianza (ni, por tanto, los negocios y consiguientes emolumentos que de ella traen causa).⁹⁵

Confianza es, pues, la palabra clave. Claro que la parte no puede mudar de juez siempre que quiera: “si en el progreso del juicio tuviere algún *motivo de desconfianza*, bien puede usar del medio legal de la recusación”.⁹⁶ A fin de cuentas, si el derecho era de tal modo incierto que la justicia del caso dependía casi por entero de la persona del juez, entonces era necesario estimular la confianza de los pleiteantes, y esto exigía, antes que nada, reforzar las garantías de la imparcialidad de los jueces (para favorecer la implantación del aparato judicial). Las discrepancias aparecían cuando se trataba de determinar cómo hacerlo.

Sobre este presupuesto, que todos parecen compartir, en efecto, la coherencia interna de los unos (federalistas) y de los otros (centralistas) son tan evidentes como claras las discrepancias que les separan: uno y otro no son regímenes intercambiables, pero en sustancia (al menos, claramente, hasta 1858) las diferencias quedan centradas en la recusación que hemos llamado perentoria.

La legislación de los periodos federales hace de la recusación una auténtica elección negativa del juez, que seguramente estaba muy de acuerdo con el entorno social del aparato judicial: era coherente con la necesi-

95 Y argumenta contra el inconveniente que podría suponer P 3.4.12, concluyendo, una vez más, que los litigantes ponen sus pleitos en manos del juez “que mas merezca su confianza, cuando hay varios en que escoger”; interpretación ésta de la ley citada que se halla “confirmada con la práctica reciente de nuestros tribunales”, y refiere cierto auto de la Corte Suprema de Justicia, que resolvió un caso de competencia suscitado por este motivo en favor de la libre elección de la parte actora.

96 *Idem*, II, p. 127 (el subrayado es mío). Según Roa, las recusaciones con causa en los juicios verbales se califican por uno de los jueces de primera instancia: “y en donde hubiere más de uno, por el que elija la parte que recusó” (*Manual*, p. 127; véase también 128).

dad de implantar una justicia oficial probablemente devaluada frente a los procedimientos privados de resolución de conflictos.

Frente a esta opción, la legislación de los periodos centralistas consolida el régimen tradicional de la recusación, empeño que se vio escoltado, al menos aparentemente, por un reforzamiento de la disciplina de la imparcialidad y, por tanto, también de la responsabilidad judicial. Éste fue el objetivo del ministro Lares y es, me parece, un punto clave: al mismo tiempo (en realidad, 11 días después) que la vieja recusación castellana/indiana entraba en la legislación propiamente mexicana, la Ley del 27 de diciembre de 1853 organizaba muy severamente el control y la responsabilidad de los jueces, indudablemente para complementar las reformas orgánicas y procesales simultáneamente articuladas.⁹⁷ Al parecer, “la frase predilecta de Lares a lo largo de toda su legislación era: *castigo por incumplimiento del deber*”. Probablemente esta opción respondiera a un proyecto ideológico muy distinto del que animaba a los federalistas, tal como sugiere la airada reacción que suscitó, provocando una campaña de la prensa liberal con invocaciones al honor de la magistratura mexicana y en contra de una tal “compilación indigesta de diversas épocas de las leyes españolas”, que llevó a su derogación en septiembre de 1855.⁹⁸ Pero responder a este por qué exigiría —una vez más— la consulta de fuentes (digamos políticas) que no están a mi alcance ahora.

10. Como quiera que sea, me parece fuera de dudas que la recusación judicial es un buen observatorio para contemplar y comprender la etapa del derecho de transición, que si no me equivoco tiene menos que ver con influencias o supervivencias que con lo que hemos llamado el problema de la construcción del derecho mexicano.

Si se adopta aquel punto de vista, el periodo tiende quizá a perder sustantividad, convertido en una suerte de larga marcha hacia la codificación, y desplaza a un terreno periférico los temas que ocuparon la posición central del escenario público durante esas décadas: la recusación y la responsabilidad son, sin duda, dos de ellos, ambos englobados por el problema más general que suscita la construcción de nuevas realidades polí-

97 Ley para hacer efectiva la responsabilidad de los jueces, del 27 de diciembre de 1853, que puede consultarse en *Leyes y reglamentos*, pp. 53-61.

98 Cfr. Vázquez Mantecón, Carmen, *Santa Anna y la encrucijada del Estado (1853-1855)*, México, 1986, pp. 70 y ss., de donde proceden la información y las citas del texto. Sobre la obra de Teodosio Lares, véase Soberanes Fernández, José Luis, “Teodosio Lares y los orígenes de la codificación en México (1853-1855)”, *Estudios de derecho procesal en honor de Víctor Fairén Guillén*, Valencia, 1990, pp. 513-532, esp. 526-529.

ticas con viejos materiales jurídicos, que eran los únicos inicialmente disponibles. Cabe pensar que sólo planteado en estos términos puede darse cuenta del por qué de algunas soluciones institucionales que en ocasiones distaron de ser transitorias, desde el momento que llegaron a ser consolidadas en la etapa de la codificación.

Si devolvemos ahora la recusación a su contexto originario, podríamos decir que las modificaciones de su régimen jurídico, evidentemente orientadas a favorecer la confianza de los pleiteantes en el aparato de justicia, fueron exigidas por el mantenimiento en sus líneas maestras del modelo judicial español, en lo que tenía de más apropiado para la realización de la justicia con o desde un derecho jurisprudencial. A fin de cuentas, todo parece indicar que el problema de la construcción del derecho mexicano se intentó resolver, al menos en parte y si así puede decirse, mediante una suerte de estatalización del viejo modelo judicial castellano.

De ser efectivamente así, no sólo el problema sino también la solución sería en buena medida común a México y a España, aunque fueran divergentes las formas que en el uno y en la otra revistió.