

“DIALOGO ENTRE UN JUEZ Y UN LETRADO”

René Ortiz Caballero
Instituto Riva-Agüero

En el clima de libertad que se respiraba al comenzar el tercer lustro del ochocientos, la Lima de Abascal vio discurrir numerosos periódicos editados al amparo de la “libertad de imprenta”, decretada por las Cortes de Cádiz. El dispositivo legal, publicado en Lima el 18 de abril de 1811, autorizaba la impresión y difusión de escritos sin licencia previa pero sometidos, *post facto*, a las Juntas de Censura reguladas por el mismo texto legal.

“El Peruano” fue uno de aquéllos, dedicado a las inquietudes del momento:

“Los derechos esenciales del hombre, el origen y los fundamentos de la autoridad, las limitaciones del gobierno monárquico, la división de poderes, la representación popular, la degeneración de las instituciones primitivas fueron sus temas predilectos”¹.

Inmerso en ese ambiente confuso y crítico del *statu quo*, sale a la luz el ejemplar Nº XX del tomo II, correspondiente al martes 10 de marzo de 1812². Dos textos llenan sus nueve carillas: una misiva dirigida a los editores por un “originario de Africa” y un anónimo “diálogo entre un juez y un letrado”. Aprovechando la expresión literaria dramática, el autor del anónimo nos transporta vívidamente al despacho de un imaginario juez, quizá intendente o subdelegado o, incluso, oidor; quien haciendo un alto en sus labores recibe la visita de un joven abogado litigante, conocido suyo.

Si bien a través del diálogo se muestran con sarcasmo los defectos de la administración de justicia de la época —los cuales, por cierto, no difieren notablemente de los actuales—, nuestra atención la centramos en el testimonio que esta pieza

-
1. Carmen Villanueva, Prólogo a “El Peruano”. En: Colección Documental de la Independencia del Perú. Periódicos (Lima, Artes Gráficas de Edit. Jurídica, 1972), tomo XXIII, vol. 2º, pp. XIV y XV.
 2. Reproducido en: Colección Documental de la Independencia del Perú, Periódicos (Lima, Artes Gráficas de Edit. Jurídica, 1973), tomo XXIII, vol. 3º, pp. 217 y ss.

nos proporciona del Derecho en aquel entonces; de entre las miserias humanas, allí reflejadas, rescataremos el valor jurídico velado por ellas y relegado, luego, por inútil o, peor aún, por inexistente a juicio de los que dicen saber.

El texto nos dirá qué contenido darle a la palabra *Derecho* en el Perú de 1812 no totalmente ni de un modo certero, mas es sostenible argüir que se trata de un testimonio rico en detalles que el texto doctrinal suele omitir, constituyéndose así en fuente indirecta y punto de comparación para las fuentes directas, usuales en la historiografía jurídica. Sin más preámbulos, remitimos al lector a la pieza, en su versión original, para luego proponer algunas reflexiones sobre el ser del Derecho..

190

DIALOGO ENTRE UN JUEZ Y UN LETRADO.

- L. Malas nuevas, Sr. D. Cándido.
- J. ¿Pues qué tenemos? ¿Se ha dispersado algun ejército?
- L. Peor.
- J. ¿Ha derrotado Messena al Lord Wellington?
- L. Mucho peor.
- J. Vamos, explíquese V.
- L. Se trata de reformar los tribunales.
- J. ¿Cómo es eso? ¿Pues qué reforma necesitan? ¿No están como en tiempo del Sr. Carlos IV? ¿No fallámos los jueces segun reales órdenes, pragmáticas sanciones, novísima recopilacion &c. &c.? ¿Qué mas quieren esas gentes?
- L. Cosas nuevas. Dicen por ahí que está muy embrollada nuestra legislacion, y poco expedita la administracion de justicia con el régimen actual; que al abrigo de los tribunales se mantiene un crecido número de buyres, prontos à devorar la substancia del desvalido pueblo.
- J. Jesus; qué de calumnias! ¿qué falta de respeto! ¿Pero qué ha de suceder si no se castiga, si no se envia à un presidio à los que hablan y escriben tan libremente? ¿Oh! si hubiera un Cantero...
- L. No faltan, señor, no faltan; pero nadie quiere malquistarse con el pueblo, que dice se ha revestido de su primitiva dignidad y soberanía: entrete V.
- J. ¿Soberano el pueblo! Otro delirio.
- ¿Qué diría Justiniano si levantara la cabeza?
- L. ¿Y el docto Gomez, y el erudito Parladorio?
- J. ¿Oh! esos sí que eran hombres juiciosos y profirados, ocupados siempre en comentar las leyes; explicando las dudas, dando mayor luz à las claras, y apurando el espíritu y la mente de todas ellas. Pero estos modernos; qué saben de glosas, lucubraciones, escolios y comentarios?
- L. Sin embargo, dicen cosas de Barrabás, y al parecer muy fundadas. Por exemplo, (ahora que nadie nos oye) tachan de inhumana la costumbre de sacar à un hombre la confesion de un delito por las coyunturas de los dedos.
- J. Sí: los perrillos eran algo duros; pero qué remedio? ¿Como se ha de averiguar la verdad no habiéndolo testigos? Preciso es en tal caso recurrir à los apremios.
- L. ¿Y si por temor de ellos confiesa un inocente el crimen que no ha cometido?
- J. Tenga paciencia.

191

L. No sabemos si se conformará con tan santa resignación: ántes parece mas probable que al sufrir la pena maldiga al gobierno que no le ampara, al fiscal que le acusa y al magistrado que le condena. Yo he visto á algunos de estos miserables y aun me estremeca su memoria) enagenados de furor, retando para ante el tribunal de Dios á los jueces, y maldiciendo la tierra en que nacióron para ser tratados como cafres. ¿Pues qué, quando se descubre el verdadero reo despues de haber padecido el inocente? ¿Podrá entónces el juez reposar con sosiego por muy duro é inflexible que sea? Si por acaso se ofrecen á su vista la desamparada viuda y el desvalido huérfano, mendigando el sustento que les arrebató una sentencia cruel é injusta, ¿no se conmoverá? ¿Osrá llamarse amparador del pueblo, ministro y dispensador de la justicia? Ah señor D. Cándido ¿qué de remordimientos, exilaciones y sinsabores tendrá el que ha condenado á un inocente!

J. Vaya, vaya; dexemos eso, que siempre incomoda. Lo que yo quiero es, si hecho ese nuevo arreglo que V. ha indicado, entraremos á ocupar las plazas todos los jueces antiguos con aumento de sueldos; porque, amigo, se ha puesto todo tan caro.

L. ¿Aumento de sueldos! Pues si no hay para pagar la corriente ¿cómo quiere V. que el gobierno se eche encima una nueva carga? En quanto á lo demas, no se sabe todavia quantos tribunales quedarán, ni ménos de qué individuos han de componerse.

J. Regularmente echarán mano de los que sepan bien las leyes.

L. Parece natural.

J. Pues de ese modo no seré de los últimos. Ya sabe V. que tengo escrito un tomo en folio sobre las leyes de Toro.

L. El caso es que tal vez no podrá lucir el trabajo de V. si como dicen, llega á formarse un nuevo código de leyes terminantes, no sujetas á dudas ni interpretaciones.

J. Bobería: no llegará jamas ese caso, ni aun quando se intente, corresponderá la execucion al pensamiento.

L. Lo primero podrá ó no suceder, segun la aplicacion y el esmero que en ello se ponga: pero en quanto á lo segundo hay muchos de contrario dictamen; y á la verdad no parece imposible hacer un cuerpo de leyes breves y claras.

J. Eso es: ¿quiere V. que todos entren en el santuario de la justicia? ¿que hasta los mas rudos entiendan lo que la ley dispone? ¿que todos en fin sean letrados?

L. No señor, eso no me conviene.

J. Pues bien; dexa V. que nosotros solos entendamos el

192

oficio: que el pueblo nos mire como oráculos, y consulte con la debida sumision á los jurisconsultos.

L. Se va ya perdiendo mucho de la antigua veneracion. No son tan sencillas las gentes como en otros tiempos, y revelan que no siempre se les dice la verdad, ni se anda por el camino de la justicia. Ya se ve: ¡han visto tantos jueces venales en tiempo de Godoy!... Por otra parte suele acontecer que un litigante consulta con quatro abogados á un tiempo, y cada uno le da su parecer: el uno le dice: *la justicia de V. es clara: un pedimento luego, luego.* El otro: *lo pierde V. con costas.* El tercero: *en el tribunal inferior se ganó porque tenemos el juez de nuestra parte; pero si apela la contraria al tribunal supremo, desconfío mucho, pues allí se hilá mas delgado.* El quarto: *veremos..... la ley es dudosa: este juez la entiende de un modo, aquel de otro, y de aquí procede que en esta clase de pleitos hoy se gana lo que ayer se perdió; pero con buenos empeños y alguna demostracion..... no cosa de soborno, sino así una oferta por via de gratitud, ¿entiende V? se puede contar con una sentencia favorable.* Ya tiene V. aquí al pobre litigante confuso sin saber qué partido tomar, ni á qual de los jurisconsultos dar credito. No es esto para aburrirse y enviarnos al diablo? ¿Pues, y quando un abogado hambreon defiende á un tiempo á las dos partes? ¿Qué nociones tendrá el pájaro de la justicia? Viniendo ahora á los magistrados.....

J. Chiton, amigo mio: las paredes oyen. Los defectos ajenos tachense enhorabuena; pero los nuestros deben callarse eternamente.

L. Es verdad: así comeremos unos y otros.

J. De eso se trata.

L. Eh! pues que descansen en paz la justicia.

Lo jurídico en 1812 y hoy: la ley

Una de las manifestaciones más importantes de lo jurídico ante la conciencia social es la ley, o norma dictada por la autoridad, y su aplicación a un caso concreto a través de la interpretación legal. Desentrañando la naturaleza de la legislación (y percibiendo su vigencia social) podremos forjar una idea primera y fundamental del Derecho, porque en su configuración formal se refleja la concepción política subyacente a todo el ordenamiento jurídico. Nótese que nuestro propósito no incluye los contenidos de las normas, esto es, las decisiones de política social, ni se dirige a juzgar la razonabilidad o la conveniencia de las mismas. Esto toca a la esfera de lo político, de lo mudable; lo jurídico reside más bien en aquellas formas y contenidos que si bien han adquirido permanencia por iniciativa de la autoridad o por la voluntad popular —políticas ambas, por cierto—, con el correr de los años han configurado ese espíritu jurídico que ya no requiere de confirmación coercitiva ni de uso ininterrumpido para que se estimen socialmente vigentes, esto es, válidas.

Nos interesa, pues, la legislación en sí, no las decisiones políticas viabilizadas mediante el imperio de la ley. Importan los caracteres de la legislación, sea cual fuere el sentido de lo prescrito o sancionado, porque ellos nos darán noticia del mayor o menor apego a una doctrina política, a un tipo de economía, en definitiva, nos informará de los fines y valores consagrados en esa sociedad.

Nuestro autor, evidentemente ilustrado en leyes, nos transmite una primera imagen de desazón y repulsa ante el cambio —sentimientos usualmente compartidos por los abogados, mas no con exclusividad—. “Se trata de reformar los tribunales”, dice el letrado al juez, y, sin embargo, no se cuestiona a las instituciones ni a los órganos que conforman el aparato judicial sino a las personas que lo integran, pues “al abrigo de los tribunales se mantiene un crecido número de buytres...”. Pretendiendo atacar la irracionalidad o inconveniencia de la entonces vigente estructura judicial se critica, en realidad, la legislación, “que está muy embrollada”. Ante ella opone el abogado joven la imagen de un derecho constituido por “un nuevo código de leyes terminantes, no sujetas á dudas ni interpretaciones”, con el cual se solucionarían los problemas.

Advierta el lector que el texto nos remite a dos tipos notoriamente distintos de legislación cuyas expresiones contemporáneas fueron la Novísima Recopilación de las Leyes de España, de 1805, y el Código Civil francés, de 1804 —*Code Napoléon*—.

El primero, vigente en el Perú hasta la dación de los primeros códigos republicanos, durante la segunda mitad del ochocientos, es una obra tardía si consideramos el influjo de las corrientes racionalistas sobre el Derecho a lo largo del siglo dieciocho. Su técnica legislativa se desarrolló al calor de los denuedos escolásticos iniciados en la Bolonia medieval de los glosadores. La acumulación de normas legales pretéritas tenía por objeto reiterar su vigencia sin que la omisión de un

dispositivo importe necesariamente su derogación; en este sentido, el *orden de prelación* establecido en la recopilación favorecía a la ley incluida con una imperatividad formalmente inexcusable, y perjudicaba a la no considerada otorgándole carácter supletorio.

La presencia de normas procedentes de épocas tan distantes vuelve difícil el respeto por la coherencia que una obra de síntesis anticipa. Sobre una misma materia se involucran recíprocamente leyes del siglo séptimo, tomadas del Fuero Juzgo, con reales órdenes de fines del s. XVIII. La recopilación no rechaza las normas del pasado; por lo contrario, las refunde, las aclara añadiendo o quitando palabras, las armoniza y las distribuye por materias ³. Sin embargo, el resultado defectuoso obligaba a recurrir a las fuentes castellanas originales o al prestigioso texto de las Partidas de Alfonso X, el Sabio.

Pero la tarea interpretativa no se agotaba allí; junto a las leyes castellanas irradiaba su juridicidad el Derecho Romano, considerado "ratio scripta" por aquellos tiempos debido a que la justedad lógica de sus normas movía los intelectos en su pro, estimándosele como expresión del derecho natural.

Leyes y costumbres castellanas, derecho romano y derecho natural formaban un ordenamiento normativo enrevesado para la mentalidad liberal. Ausente un desarrollo cabal de la generalización en la formulación de las normas y en su aplicación a una universalidad de personas, el casuismo dominaba la creación legislativa y la excepción su aplicación. La expresión "se acata, pero no se cumple" se inserta justamente como un criterio de interpretación de antigua raigambre jurídica peninsular, admisible en razón de las circunstancias particulares.

Un complejo normativo de orígenes dispersos, que se estudiaba escolásticamente, distinguiendo casos sucesivamente a lo largo de "glosas, lucubraciones, escolios y comentarios", estaba pensado para una sociedad jerarquizada y disgregada en centros de relaciones sociales dispersos y no para una sociedad homogénea e integrada a un mercado. El derecho recopilado se reconoce a sí mismo como perteneciendo a la unidad del derecho romano, labrado desde los tiempos justinianeos (s. VI) y cristalizado con los valores del cristianismo de modo necesario.

Como un derecho racional-sustantivo lo calificaría Max Weber ⁴, reconociéndolo por su observancia a un patrón valorativo diferenciable de los inherentes a lo

3. Sobre la técnica recopiladora, véase: Antonio de Leon Pinelo, Discurso sobre la importancia, forma y disposición de la Recopilación de Leyes de las Indias Occidentales [1623]. En: José Toribio Medina, *Estudios Bibliográficos sobre Antonio de León Pinelo* (Santiago de Chile, Imp. Universo, 1957), p. 137 y ss.

4. Max Weber, *Economía y Sociedad* (México D.F., F. C. E., 1984, 7a. reimp. de 2a. ed. española), p. 603 y ss.

jurídico. Esta correspondencia resta certeza y predictibilidad al sistema de normas, pues se debe atender a criterios extrajurídicos que no son definidos por la ciencia legal y, a veces, no son claros en general. Frente a esta imagen, Weber nos propone un sistema racional-formal como medio para proveer de certeza a una sociedad que ya no se organizará, o por lo menos pretenderá no organizarse, en referencia a los *status*, sino que se definirá según se vayan celebrando *contratos* entre los ciudadanos.

Ante la amalgama legal, en la que se ubica a "las leyes de Toro" —aprobadas en 1505 por las cortes reunidas en la ciudad de Toro—, surgiría espléndido "un nuevo código de leyes terminantes, no sujetas á dudas ni interpretaciones"; un derecho racionalizado y formalizado, al decir de Max Weber. Una expresión legislativa nueva, o nuevamente redactada, que pone término al derecho antiguo e inaugura el futuro de manera "oficial". Eso es el código. Un texto como el descrito por el joven letrado es reflejo del naciente positivismo; bajo dicha corriente, las leyes debían ser tan claras como para ser entendidas por cualquiera. Bastaría leer el texto legal para saber de los derechos y obligaciones en cada caso; el juez y el abogado tendrían que circunscribir su acción a la así llamada "interpretación dogmática o exegética", que implicaba la aplicación de la ley al extremo de no dar cabida al examen sobre lo justo ni a su cotejo con los principios generales del Derecho.

El derecho positivo, encerrado en sí mismo, sin lagunas, coherente y completo había sido logrado... pero sólo en las mentes de los juristas de un modo definitivo. Dicha imagen, sin embargo, dominó y decayó durante el siglo pasado pero aún no nos desembarazamos de ella. Proféticamente, nuestro juez había exclamado: "Bobería: no llegará jamás ese caso, ni aun quando se intente, corresponderá la execucion al pensamiento"⁵.

La racionalidad formal satisfizo parcialmente las expectativas de predictibilidad puestas por los estados burocráticos que se consolidaban en Europa continental; y por la burguesía dedicada a incrementar su poder económico. Mas el Perú de 1800 estaba lejos estructural e ideológicamente de constituir un estado-europeo-moderno⁶. El derecho codificado, propio en un desarrollo capitalista, llegará a un Perú tradicional, heterogéneo y aristocrático, durante los cien años siguientes a 1852.

Matiz final, sobre lo tradicional, que Weber denominaría "irracional-sustantivo" o "irracional-formal", según el caso, lo advertimos en la voz del juez: "dexe

5. Una síntesis sobre el tema y punto de partida para su estudio, en: Jorge Basadre, *Fundamentos de la Historia del Derecho* (Lima, Edigraf., 198...), p. 362.

6. Cfr.: Fernando de Trazegnies, *La Idea de Derecho en el Perú Republicano del s. XIX* (Lima, Fondo Editorial de la PUC, 1980).

V. que nosotros solos entendamos el oficio: que el pueblo nos mire como oráculos, y consulte con la debida sumisión á los jurisconsultos”.

La incapacidad de las personas comunes en materias legales y la sabiduría que se presumía adornaba a jueces y abogados, derivaba en aquel tiempo en una relación hilvanada por la subordinación y descolorida por la incertidumbre. La imposibilidad de predecir el sentido de las normas en su aplicación desmerece un tanto el Derecho y sustrae el juicio sobre su legitimidad de las formas y expresiones palpables, para que recaiga sobre el autor de las mismas, la autoridad, cuya entereza moral, real o virtual, será el soporte del tinglado jurídico. Sólo la medida de su competencia para realizar los valores que el medio social ha incorporado en su “visión del mundo”, será la de su legitimidad y la del orden que por él se sostiene.

El derecho deviene en irracional en este sentido porque dependerá del arbitrio del gobernante, susceptible en su actuar a lo pasional, emocional y afectivo, presentes siempre que se ejerce el poder en situaciones de coyuntura. La ausencia de reflexión obliga a poner toda la estabilidad del sistema en los fines incuestionables, pero también imprecisos, cuyo respeto garantizaría el orden—*irracionalidad sustantiva*—o en formas procedimentales consagradas por la tradición, a través de las cuales se obtiene mecánicamente el saber, la solución, el mandato, sea cual fuere su sentido—*irracionalidad formal*—.

Una mixtura de ambos tipos percibimos en las palabras de nuestros legistas: “que el pueblo nos mire como oráculos”, refleja la última especie de irracionalidad de manera inmediata pero también nos refiere la primera—la sustantiva— porque el “oráculo” no es una entidad ajena al hombre sino que es el propio juez—y también el abogado— el que detenta tal condición reconocida. El será la fuente creadora del Derecho.

Las glosas precedentes nos muestran, pues, la imagen que se tenía del derecho y de sus actores más conspicuos; nos trae el texto el retrato ausente en los libros de derecho, gracias al cual podemos detectar no sólo la crisis estructural—crisis en los hombres, al fin— del sistema judicial, sino la grieta en el ordenamiento jurídico, relativa a su validez práctica—*i.e.*, su eficacia—, debilitante de la legitimidad de las instituciones por, y en, él construidas. Dicha fisura consiste en operar, creando y aplicando, el Derecho de modo irracional cuando la conciencia colectiva lo asumía racional, si bien no en un sentido absoluto. El Derecho es un espacio formalizado y regulado de interacción social en el que pueden confluír los anhelos y los temores, los deseos y los rechazos sin degenerar en un estado de naturaleza hobbesiano. Supone una racionalidad, de naturaleza varia, tanto en el siglo pasado como en el presente, por exigencia del “pensamiento de la época” que compartimos. Ese mismo pensamiento—convicciones personales, al decir de Ortega y Gasset—nos exige actuar, espetando al juez de nuestro relato “que [no] descanse en paz la justicia”.