

MIGUEL GIUSTI / PEPI PATRÓN (editores)

# EL FUTURO DE LAS HUMANIDADES

Las humanidades del futuro

## Capítulo 12



FONDO  
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

*El futuro de las humanidades, las humanidades del futuro*  
Miguel Giusti y Pepi Patrón (editores)

© Miguel Giusti y Pepi Patrón, 2010

De esta edición:

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Diseño, diagramación, corrección de estilo  
y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: agosto de 2010

Tiraje: 500 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2010-10828

ISBN: 978-9972-42-936-1

Registro del Proyecto Editorial: 31501361000410

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa  
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

## ¿UN JUEZ MÁS HUMANISTA?

### REFLEXIONES SOBRE EL JUEZ Y LA JUSTICIA EN EL MUNDO MODERNO

José de la Puente Brunke  
Pontificia Universidad Católica del Perú

#### Introducción

Con el advenimiento de la modernidad se produjo un fundamental proceso de cambio en cuanto a la concepción del Derecho y del juez. Un fenómeno central en ese proceso fue el de la codificación, simbolizado sobre todo en la promulgación del *Code Civil* napoleónico. De acuerdo con los postulados del racionalismo jurídico, la codificación supuso la regulación sistemática de las diversas ramas del Derecho, en libros organizados en capítulos y artículos —los códigos—, relacionados entre sí e interdependientes. El racionalismo jurídico, al igual que el espíritu ordenador de la sociedad propio de la Ilustración, se propuso vertebrar el Derecho tras la caída del Antiguo Régimen. Así, los códigos se elaboraron a partir de la planificación de lo exigido por la razón natural y de lo conveniente para la sociedad. Se trataba de construir un orden nuevo, justo e igual para todos<sup>1</sup>.

La concepción del juez antes de la codificación era radicalmente distinta: la cultura jurídica se basaba en la afirmación de la existencia de un orden de las cosas dispuesto por Dios, anterior a la voluntad humana y al cual esta no podía cambiar. Por su parte, la codificación se fundamentó en la consideración del Derecho como un producto de la voluntad, bien fuera del legislador o de los propios sujetos de Derecho, no siendo frecuente la creencia en un orden original, ligado a la naturaleza de las cosas y constitutivo de derechos. Así, para esta concepción son muy pocas las consecuencias jurídicas no voluntarias, por ejemplo: el nacimiento, la muerte, o los efectos del paso del tiempo<sup>2</sup>. Cabría formular una pregunta central: ¿supuso el triunfo de la codificación la aparición de un juez más humanista? Se trata en cierto modo de una pregunta retórica, pero intentaré ofrecer algunas pistas para aproximarnos a una posible respuesta.

---

<sup>1</sup> Cf. Escudero, José Antonio, *Curso de historia del Derecho. Fuentes e instituciones político-administrativas*. Madrid, 1995, pp. 877-878.

<sup>2</sup> Cf. Hespanha, Antonio M., «Las categorías de lo político y de lo jurídico en la época moderna», en *Ius Fugit. Revista Interdisciplinar de Estudios Histórico-Jurídicos*, III-IV (1996), p. 69.

## El juez antes de la codificación

En nuestros días lo común es identificar el orden jurídico con la ley escrita, ya que desde hace más de dos siglos esta ha triunfado como la más importante fuente del Derecho. Sobre esto, y en relación con el papel del juez, el historiador y jurista chileno Bernardino Bravo Lira afirma lo siguiente:

Tal vez nada refleja más claramente la verdadera naturaleza de un derecho que el papel que en él desempeña el juez; [...] bajo el signo del Derecho común [predominante durante la Edad Media], el juez se elevó a una altura incomparable. Llegó a ser el eje de todo el derecho vigente. La codificación lo destronó. Lo arrancó de este sitio e hizo posible su subordinación a la legalidad. Lo que equivale a maniatarlo, a reducir la función judicial a la mínima expresión, a una mera aplicación de los dictados de gobernantes y legisladores<sup>3</sup>.

Para entender el gran poder que tenía el juez antes de la codificación, debe recordarse que la tarea de impartir justicia fue en principio la más importante atribución del gobernante. La misión esencial del príncipe era la de *gubernare et regere cum aequitate et iustitia*, y precisamente la imagen más negativa que de él podía ofrecerse era la del *rex iniquus*<sup>4</sup>. En efecto, un elemento central de la teoría política medieval fue la afirmación de que el primero y más importante objetivo de la autoridad era el mantenimiento de la justicia<sup>5</sup>. Al juzgar, el príncipe medieval —considerado como imagen viva de la justicia— era él mismo ley (*rex est animata lex*), y sus palabras eran un reflejo del orden objetivo de lo justo<sup>6</sup>. El príncipe era un lector «de la realidad natural en la que está inscrito el Derecho; [...] no aparece como un creador del Derecho, sino como quien lo dice: *ius dicit*; [...] [el príncipe es] el intérprete de una dimensión preexistente y sobreordenada, determinando que su potestad en el plano jurídico es preferentemente interpretativa». Así, el Derecho era más ordenamiento que autoridad<sup>7</sup>. Un ámbito en el que se mostró de modo claro la identificación del príncipe con la ley fue el de los procesos criminales en la tradición jurídica europea continental: esos procesos, en todas sus fases, solían ser secretos, tanto para el público en general como para los propios acusados. Foucault ha puesto de relieve esta circunstancia para

<sup>3</sup> Bravo Lira, Bernardino, «Judex, Minister Aequitatis. La integración del derecho antes y después de la codificación», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXI (1991), p. 111.

<sup>4</sup> Cf. Grossi, Paolo, *El orden jurídico medieval*, Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 107.

<sup>5</sup> Cf. Cassirer, Ernst, *El mito del Estado*, México: FCE, 1988, p. 116.

<sup>6</sup> Cf. Kantorowicz, Ernst H., *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval*, Madrid: Alianza Universidad, 1985, p. 142; Maravall, José Antonio, *Estado moderno y mentalidad social (siglos XV a XVII)*, Madrid: Alianza Editorial, 1986, tomo II, p. 405.

<sup>7</sup> Cf. Grossi, *o. c.*, p. 108.

el caso específico de Francia, donde una ordenanza de fines del siglo XVII confirmó y reforzó esa tradición: el acusado no podía acceder a los documentos de su caso; no podía conocer la identidad de sus acusadores; tampoco podía saber cuáles eran las evidencias en las que aquellos se fundamentaban. El secreto del proceso reflejaba el principio de que el establecimiento de la verdad era atribución exclusiva del soberano, y de aquellos que por delegación suya administraban justicia<sup>8</sup>.

El panorama jurídico en el mundo medieval se caracterizó por la vigencia del denominado Derecho común (*ius commune*), creado en buena medida por los glosadores y los comentaristas, quienes dieron forma a un gran conjunto de nociones que interpretaban el Derecho romano y el Derecho canónico. Ambos constituían el *utrumque ius*. Ese Derecho común no estuvo basado tanto en leyes escritas cuanto en opiniones de juristas. No fue un Derecho legal, sino un Derecho de juristas; y como tal fue un Derecho de controversias, que se fue formando a partir del contraste de las opiniones jurídicas<sup>9</sup>. Eran los juristas —los autores de la doctrina jurídica— los que fijaban las posiciones de los jueces<sup>10</sup>. Sin embargo, en la Europa medieval —en la Europa del Derecho común— las opiniones de los juristas sobre los temas más variados fueron numerosísimas, al punto de que se ha llegado a decir que por entonces el Derecho era «naturalmente incierto»<sup>11</sup>. Pero en ese tiempo —al igual que hoy— se requería de soluciones ciertas, precisas y definitivas a los conflictos que se planteaban. Así, se creó el mecanismo de la *communis opinio doctorum*, que permitió que la pluralidad y la heterogeneidad de las soluciones brindadas por los juristas fuera reconducida a cierta unidad, con lo cual el juez podía hallar una solución uniforme<sup>12</sup>. Sin embargo, esa unidad fue relativa, y ya veremos cómo fueron los humanistas del Renacimiento los que criticaron con dureza la confusión existente. Es más, la proliferación de opiniones de tantos autores fue considerada como causante de nocivas confusiones en el mundo jurídico. Por ejemplo, en el siglo XVII el célebre tratadista Diego de Saavedra Fajardo llegó a proponer que se prohibiera el ingreso a España

<sup>8</sup> Cf. Foucault, Michel, *Discipline and Punish. The Birth of the Prison*, 2da edición, Nueva York: Vintage Books, 1995, pp. 35-36.

<sup>9</sup> Cf. Guzmán, Alejandro, «Decisión de controversias jurisprudenciales y codificación del Derecho en la época moderna», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, L (1980), p. 853. Al haber surgido en Italia, ese Derecho de juristas fue conocido como *mos italicus*, ver Escudero, o. c., p. 414.

<sup>10</sup> Cf. Bravo Lira, o. c., p. 113.

<sup>11</sup> Cf. Guzmán, o. c., p. 854.

<sup>12</sup> Cf. Guzmán, o. c., pp. 854 y 872. En Castilla los reyes intentaron, a lo largo del siglo XV, disminuir la importancia de la doctrina como fuente del Derecho, justamente con el propósito de fortalecer la vigencia de la legislación real. No tuvieron éxito, pero sí establecieron a qué juristas se podía citar y el valor de cada referencia. Y aunque en 1505 las Leyes de Toro afirmaron que las opiniones de los juristas no tenían carácter vinculante, el problema persistió en los siglos posteriores, por el prestigio del que aquellos gozaban; ver Escudero, o. c., p. 415.

de «tantos libros de jurisprudencia como entran», ya que consideraba que «con ellos se confunden los ingenios, y queda embarazado y dudoso el juicio». Resultaba, por tanto, perjudicial buscar la justicia en «la confusa noche de las opiniones de los Doctores»<sup>13</sup>.

Puede decirse, en líneas generales, que hasta el siglo XVIII el arbitrio —es decir, la facultad que tenían los jueces y los tribunales de crear Derecho sin tener en cuenta la ley escrita—<sup>14</sup> tuvo la supremacía en cuanto a la solución de los conflictos en sede judicial. El juez era el *Minister aequitatis*. Pero con los avances del pensamiento ilustrado —apoyado en la crítica humanista previa, de la que hablaremos a continuación—, empezó a predominar una creciente desconfianza frente a las arbitrariedades de los jueces, y finalmente se consideró que el mejor remedio sería la codificación: «se busca en la ley el remedio contra la arbitrariedad judicial, [...] y se intenta enjaular al juez dentro del derecho legislado»<sup>15</sup>.

Antes de la codificación tuvo gran vigencia el denominado casuismo jurídico, en virtud del cual el juez declaraba el derecho —*iuris dictio*— caso por caso. La labor del juez era el *ars boni et aequi*: el arte de «descubrir» el derecho en cada caso, a partir de la «equidad natural» y de las aptitudes que todo juez debía reunir, como la ciencia, la experiencia, el entendimiento agudo, la rectitud de conciencia y la prudencia<sup>16</sup>. En efecto, los más notables representantes de la literatura jurídica indiana señalaron, de uno u otro modo, la importancia de esas cualidades en el juez. Así, Francisco de Alfaro y Juan de Solórzano Pereira coincidieron en que eran condiciones fundamentales la aptitud física, la aptitud moral, la ciencia y la experiencia<sup>17</sup>.

En ese contexto casuista la ley escrita no era, por tanto, la primera fuente del Derecho, existiendo otras de igual o mayor importancia, como la costumbre, la doctrina de los autores o la jurisprudencia. El entendimiento agudo y la rectitud de conciencia en los jueces eran especialmente valorados, ya que ellos debían «[...] organizar el consenso entre perspectivas diferentes y alcanzar soluciones o adoptar decisiones justificadas: que vencen o se imponen porque convencen en el marco de

<sup>13</sup> De Saavedra Fajardo, Diego, *Idea de un príncipe político-cristiano representada en cien empresas*, Murcia: Academia Alfonso X El Sabio, 1985 [1642], p. 141.

<sup>14</sup> Cf. Luque Talaván, Miguel, *Un universo de opiniones. La literatura jurídica indiana*, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2003, p. 95.

<sup>15</sup> Bravo Lira, *o. c.*, p. 112.

<sup>16</sup> Cf. Tau Anzoátegui, Víctor, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992, p. 488.

<sup>17</sup> Cf. Barrientos Grandon, Javier, «La selección de ministros togados para Indias», en *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Buenos Aires, 4 al 9 de septiembre de 1995. Actas y Estudios*, Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997, vol. III, pp. 298-299.

una cultura compartida (y no porque sean expresión de una certeza jurídica previamente definida: entiéndase, preceptuada)»<sup>18</sup>.

En el siglo XVII un juez de la Audiencia de Charcas —Luis José Merlo de la Fuente, oidor decano de ese tribunal—, en un texto bastante peculiar, en el que defendía la corrección de sus acciones, destacaba la importancia del «tribunal de su conciencia», al explicar cómo decidía: «Y como para que el juicio sea perfecto, es el fundamento principal saber el hecho [...] Para que la justicia quede llana, y el derecho al hecho corresponda [...] Fiando solamente en la justicia que le asiste, confirmada en el tribunal de su conciencia, donde ella misma es testigo, y juez, que con integridad acusa, condena y nos absuelve, como lo sintió San Ambrosio»<sup>19</sup>.

Junto con ello, se buscaba una suerte de aislamiento de los magistrados, con el fin de que fueran imparciales en sus resoluciones. Por ejemplo, en el Perú virreinal fueron muy precisas las normas que pretendieron regir ese aislamiento, disponiendo —entre otras cosas— que los ministros de la Audiencia —al igual que sus hijos— no podían contraer nupcias en la jurisdicción del tribunal en el que prestaban sus servicios; no podían ser padrinos de matrimonios ni de bautizos; estaban prohibidos de hacer visitas y de acudir a desposorios o entierros; no podían ser propietarios de bienes inmuebles, ni tener tratos mercantiles<sup>20</sup>. Así, pues, se ha afirmado que la persona y la conducta del magistrado constituían la base fundamental sobre la que reposaba toda la estructura de la administración de justicia. El magistrado debía convertirse en un *iudex perfectus*, lo cual equivalía a pretender que fuera un hombre perfecto. En el caso de la América hispana, la distancia de la metrópoli y las muchas funciones adicionales —no jurisdiccionales— que cumplían los magistrados, llevaron a la Corona a reiterar las prohibiciones que buscaban su aislamiento, para garantizar su imparcialidad<sup>21</sup>.

Me parece relevante la circunstancia en virtud de la cual los jueces no estaban obligados a publicar los fundamentos de sus resoluciones<sup>22</sup>. Este fue un fenómeno que se dio no solo en la tradición jurídica hispana, sino también en otros lugares de Europa.

<sup>18</sup> Garriga, Carlos, «Sobre el gobierno de la justicia en Indias (siglos XVI-XVII)», en *Revista de Historia del Derecho*, N° 34 (2006), pp. 74-75.

<sup>19</sup> Merlo de la Fuente, Luis José, *Defensa legal en exclusión de los cargos que le sacaron siendo Oidor de la Real Audiencia de La Plata*, Madrid: 1677, f. 3v.

<sup>20</sup> En el título XVI del libro II de la *Recopilación de leyes de los reinos de las Indias* (Madrid, 1681), aparecen las mencionadas disposiciones, y muchas otras relativas al desenvolvimiento de los ministros de las Audiencias en las ciudades en las que residían. Véase también de la Puente Brunke, José, «Los oidores en la sociedad limeña: notas para su estudio (Siglo XVII)», en *Temas Americanistas*, VII (1990), pp. 11-13.

<sup>21</sup> Cf. Martiré, Eduardo, *Las Audiencias y la Administración de Justicia en las Indias*, Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 2005, p. 61.

<sup>22</sup> Cf. Levaggi, Abelardo, «La fundamentación de las sentencias en el Derecho indiano», en *Revista de Historia del Derecho*, VI (1978), pp. 45-73; Tau Anzoátegui, Víctor, «Los comienzos de la fundamentación de las sentencias en la Argentina», en *Revista de Historia del Derecho*, X (1982), p. 268.

Había un motivo práctico para ello: a medida que la ya mencionada tradición del *ius commune* fue afirmándose, se multiplicaron las interpretaciones concernientes a las diversas instituciones jurídicas. Así, los abogados citaban a un creciente número de autores en respaldo de sus respectivas posiciones, lo cual era natural, ya que el *ius commune* era esencialmente —como ya se ha indicado— un Derecho de juristas. La no publicación de los fundamentos de las resoluciones de los jueces evitaba polémicas jurídicas que podían ser interminables, y a la vez permitía el mantenimiento del prestigio de los jueces, al no ponerse en evidencia posibles razonamientos erróneos en los que hubieran incurrido<sup>23</sup>. Además, las sentencias debían ser, ante todo, justas; esto era más importante que el que estuvieran ajustadas a la ley. Y para ser justas, debían ser pronunciadas por un hombre justo —el *iudex perfectus*—, cuyo arbitrio era muy amplio, al punto de que en función de los casos podía alterar el Derecho escrito. De acuerdo con la doctrina entonces vigente, la no publicación de los fundamentos de las sentencias no significaba que el justiciable careciera de la garantía de un juicio justo, ya que se consideraba que la mayor garantía venía dada por el hecho de estar ante un «juez perfecto»<sup>24</sup>.

El prestigio del juez era fundamental, considerando que era tenido por representante del rey, e incluso por ministro de Dios, al decir de Castillo de Bobadilla: «No solamente los Reyes y grandes Monarcas, sino también los jueces son ministros de Dios, y por Dios exercen sus oficios y disciernen las cosas justas los quales no solo representan al Principe terreno, que los puso y constituyo en los juzgados y corregimientos, pero son imagen y simulacro del Principe eterno, del qual procede todo poderio y señorío»<sup>25</sup>.

Por tanto, el juez desarrollaba su labor en ese contexto casuista, y con una gran libertad para resolver. Un oidor de la Audiencia de Lima, Pedro García de Ovalle, que además fue asesor del virrey Conde de Lemos, publicó un interesante texto defendiéndose de quienes lo acusaban de no administrar justicia adecuadamente. Cito un párrafo en particular, en el que está implícita la vital importancia del entendimiento agudo del juez, al igual que la trascendencia de las doctrinas en el marco de ese «Derecho de juristas», y el ya aludido carácter «incierto» del Derecho en el tiempo del *ius commune*:

<sup>23</sup> Cf. Honores Gonzales, Renzo, *La fundamentación de las sentencias en el mundo hispánico: una visión histórica*, trabajo inédito.

<sup>24</sup> Cf. Martiré, o. c., p. 59.

<sup>25</sup> Castillo de Bobadilla, Jerónimo, Política para corregidores, y señores de Vassallos, en tiempo de paz, y de guerra. Y para Juezes Eclesiasticos y Seglares, y de Sacas, Aduanas, y de Residencias, y sus Oficiales: y para Regidores, y Abogados, y del valor de los Corregimientos, y Gobiernos Realengos, y de las Ordenes, Amberes: 1704, vol. II, lib. III, cap. I, N° 5.

[...] los juicios de los hombres vivos, que en los Tribunales juzgan las causas, son como los de los autores muertos que escribieron dándonos reglas. Los autores en un punto o cuestión suelen estar divididos en varias opiniones. Los jueces al votar hacen lo mismo, y sucede cada día, que dos están por una sentencia, tres por otra, y muchas veces hacen paridad, remitiéndose en discordia. ¿Quién dirá cuál de estas opiniones es la más justa? Si lo dicen otros hombres, daremos en el mismo inconveniente, o duda, de donde se infiere que solo Dios sabe lo más justo. Y no por esto habrá quien pueda decir que la mejor parte de votos, o en el caso de la paridad [*sic*], los que después quedaron superados votaron injustamente, o no votaron legalmente, ni por ello, o por revocarse la sentencia, sean sindicados, querrellados o molestados<sup>26</sup>.

En efecto, una de las principales características del Derecho durante el Antiguo Régimen fue su falta de certeza: el juez, ante cada caso sobre el que tenía que decidir, llegaba a la solución que consideraba justa, pudiendo incluso alterar —como ya hemos indicado— el Derecho vigente por medio de su arbitrio<sup>27</sup>.

### La crítica humanista al arbitrio del juez

El panorama antes referido, que tenía al arbitrio del juez como elemento central, entró en crisis a partir de la crítica humanista. En efecto, ya en el propio siglo XV los humanistas manifestaban su disconformidad frente a la que consideraban excesiva fe en los textos de autoridad —es decir, no veían con buenos ojos el «Derecho de juristas»—, con lo cual empezó a cuestionarse el sistema de la *communis opinio*. Los humanistas pusieron en evidencia la inseguridad y la incerteza jurídicas que se podían derivar de la proliferación y diversidad de opiniones sobre cada tema en conflicto. Por ejemplo, Tomás Moro consideraba que las doctrinas tan complejas y numerosas de los juristas eran innecesarias y perniciosas para el logro de la justicia.

---

<sup>26</sup> «Estatera jurídica, balanza en que se pesan los fundamentos legales. Crisol, y piedra de toque en que se afinan, y reconocen los quilates del zelo del servicio del Rey. Con que el Conde de Lemos, Virrey del Perú, y el Licenciado D. Pedro García de Ovalle, su Asesor, Alcalde del Crimen, que era entonces de la Real Audiencia de Lima, y oy es Oydor de la Real Chancillería de Valladolid: Hizieron causa, y pronunciaron sentencia de muerte, y confiscación de todos sus bienes, sin embargo de apelación, ni suplicación contra el Maestre de Campo Joseph de Salcedo, que se executó en su persona, y bienes por principal pertrador [*sic*] de los delitos de motor, auxiliador, y fomentador de las sediciones, y alborotos del asiento de minas de Laicacota, fábrica, y guarnición de un Castillo, y conspiración contra dicho Virrey. Respuesta a la acusación del Señor Fiscal de Su Majestad en su Real Consejo de Indias, propuesta contra dicho Don Pedro García de Ovalle. Sobre el contenido de la dicha sentencia, y reforma que se hizo en el Consejo quando se revocó». John Carter Brown Library (Providence, Rhode Island), 1-SIZE B679.E79j, fs. 52-52v.

<sup>27</sup> Cf. Martiré, *o. c.*, p. 45.

Afirmaba además que muchos de los juristas no hacían más que difundir sofismas, siendo exponentes de una justicia confusa, perversa y finalmente injusta<sup>28</sup>. En el siglo XVII diversos autores continuaron con una crítica que se había iniciado tiempo atrás: la del carácter hermético del saber de jueces, juristas y letrados, que en muchos casos les podía servir para cubrir engaños e injusticias<sup>29</sup>. Así, se suscitó una literatura crítica que estuvo vigente hasta inicios del siglo XIX, y que se desarrolló en paralelo con el trascendental crecimiento de la legislación real<sup>30</sup>. En efecto, en el contexto del inicio del desarrollo del Estado moderno, el Derecho real empieza a adquirir mayor importancia, llegando a calificársele también como Derecho patrio o nacional<sup>31</sup>.

Además, los humanistas criticaban ese «Derecho de juristas», y la propia tradición del *ius commune*, a partir del argumento de que los juristas comentaban los textos del Derecho romano sin tener una preparación filológica, lo cual les llevaba a cometer errores al leer los documentos antiguos. Así, los humanistas, como estudiosos de las lenguas clásicas, buscaron los manuscritos originales del Derecho romano, preparando ediciones críticas y distanciándose de las interpretaciones medievales. Ahora bien: para los humanistas los textos jurídicos romanos no constituían un Derecho vigente, y en eso discrepaban también de los cultivadores del *ius commune*<sup>32</sup>. Una de sus metas, por tanto, fue la de acceder a la fuente original más que a la tradición, al igual que llegar a la idea razonable en vez de rendir culto a la autoridad.

En cuanto a la solución de conflictos, la crítica humanista supuso el inicio de un conjunto de planteamientos que ofrecieron alternativas al esquema de la *communis opinio*, basadas en la promulgación de normas decisorias de las controversias de parte del legislador<sup>33</sup>. Los humanistas plantearon, frente al antiguo *Corpus Iuris Civilis*, la formación de un nuevo cuerpo de leyes, concebido según las categorías metodológicas que ellos postulaban. Por ejemplo, a fines del siglo XVI, en España, se proponía dividir las materias jurídicas de manera lógica; escribir las leyes de modo claro y llano; en lengua castellana, para que el pueblo entendiera lo que se le mandaba y lo que se le prohibía. Lo explicaba por entonces el humanista español Pedro Simón Abril del siguiente modo:

Para esta manera de obra no bastan personas, que sepan solamente leyes, aunque las sepan por el cabo, sino que conviene, que sean juntamente muy sabios Filósofos y muy

<sup>28</sup> Cf. More, Thomas, *Utopia*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp. 82-83 y 112-113.

<sup>29</sup> Cf. Hespanha, António M., *Vísperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII)*, Madrid: Taurus Humanidades, 1989, p. 432.

<sup>30</sup> Cf. Guzmán, o. c., pp. 860-861.

<sup>31</sup> Cf. Bravo Lira, o. c., p. 117.

<sup>32</sup> Luque, o. c., pp. 195-196.

<sup>33</sup> Cf. Guzmán, o. c., p. 873.

prudentes Jurisconsultos, para que como Jurisconsultos entiendan la justicia y materias legales, y como Filósofos las pongan por elegante orden y concierto, poniendo cada materia en su propio lugar, y no mezclando cosas ajenas de la profesión, ni tratando en diversos lugares una misma materia; lo cual no puede hacer, quien por método Lógica no sabe, cómo se ha de disponer una doctrina con luz y claridad<sup>34</sup>.

Ese anhelo de orden y de «sistematización» en cuanto al Derecho se advierte no solo en los intelectuales humanistas, sino también en quienes integraban las Cortes— asambleas estamentales— en Castilla. Por ejemplo, en 1542 diversos representantes ante las Cortes de Valladolid solicitaban que las normas se ordenaran «poniendo cada ley debajo del título que conviene», y dos años después se reclamaba «que todas las leyes de estos reinos se compilen y pongan en orden y se impriman»<sup>35</sup>. El ya citado Pedro Simón Abril no dudó en afirmar que para el gobierno era más aconsejable guiarse por el Derecho escrito que por «el arbitrio de la buena razón», ya que aquel es elaborado con madurez y prudencia y está «más libre de pasión». Sugería que las leyes mandaran o prohibieran de modo breve y claro, «sin preámbulos ni retóricas, que son cosas indignas de la gravedad y autoridad del legislador». Así, dejaba clara su posición contraria al «Derecho de juristas» propio del tiempo del predominio del *ius commune*<sup>36</sup>.

De todos modos, la crítica humanista no fue en una sola dirección. No olvidemos que, de acuerdo con la corriente del «topismo» tan cara a muchos humanistas, fue frecuente el rechazo al «formalismo rígido» del derecho escrito, y la preferencia por el gobierno de la razón natural y del criterio de la equidad. Sin embargo, siendo esto cierto, opina Maravall que la tendencia del humanismo renacentista fue clara en el sentido de dirigirse a «la formación de un derecho legal, escrito, estatalizado, uniforme, sometido a un proceso de formalización y racionalización», de acuerdo con el tipo ideal de la «dominación legal» que plantearía Max Weber<sup>37</sup>, para quien la «sistematización» era una característica esencial del Derecho moderno<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 880.

<sup>35</sup> Maravall, *o. c.*, p. 425.

<sup>36</sup> *Cf. Ibid.*, p. 428.

<sup>37</sup> *Ibid.* De acuerdo con el tipo ideal weberiano de la «dominación legal», la racionalidad de la ley garantiza los derechos formales de las partes en un litigio. El propio Weber admite, sin embargo, que dentro de ese esquema puede ocurrir que circunstancias fortuitas generen injusticias sustantivas. Por ejemplo, si una de las partes olvida informar al juez de un dato importante a favor suyo en el plazo procesalmente previsto, ese dato no existirá en el expediente. El juez debe ceñirse a lo formalmente manifestado, en aras de la predictibilidad de los procedimientos formales propios de un sistema jurídico racional. Bendix, Reinhard, *Max Weber. An Intellectual Portrait*, Berkeley, Los Ángeles y Londres: University of California Press, 1977, p. 399.

<sup>38</sup> *Cf.* Weber, Max, *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, México: FCE, 1974, tomo I, p. 510.

Si, por una parte, el humanismo jurídico postulaba que los jueces fueran a la vez filósofos y juriconsultos, por otro lado, tuvo una influencia decisiva en la actual visión legalista del Derecho y de la figura del juez, que triunfaría tiempo después, de la mano de la Ilustración y del liberalismo. En ese triunfo de la visión legalista tuvo también un papel fundamental el iusnaturalismo racionalista: con el propósito de establecer un Derecho proveniente de la razón, dejó de lado la dialéctica del caso como método jurídico y entronizó la deducción axiomática. Esto supuso una serie de principios y reglas generales, enlazados entre sí de modo lógico y fundados en la razón. De este modo, lo que cabía era la demostración de los axiomas, y no su discusión<sup>39</sup>.

### El triunfo de la codificación

Con el triunfo de la codificación, la cual fue principalmente obra de los gobernantes, el papel de los juristas pasó a ser de carácter auxiliar. Tanto ellos como los jueces ocuparían desde entonces un papel secundario y subordinado<sup>40</sup>. Anteriormente, el rey-juez no creaba la ley, sino que la reconocía y la aplicaba; en el nuevo contexto, era el Estado el que creaba la norma y luego la aplicaba. Así, la legislación —con la creciente importancia que fue adquiriendo el Derecho escrito o positivo— empezó a emanar de la voluntad soberana del monarca, que era la que otorgaba validez a todas las normas<sup>41</sup>. El célebre jurista italiano Paolo Grossi, quien ha sido en tiempos recientes uno de los más duros críticos del proceso codificador, ha afirmado que la codificación constituyó la más grande operación de política jurídica de la historia occidental, mediante la cual el Estado adquirió el monopolio de lo jurídico. Así, considera que el poderoso *doctor iuris* de los siglos anteriores pasó a convertirse en un modesto servidor de la ley estatal<sup>42</sup>.

Lo interesante es que tanto antes como después de la codificación, las quejas frente al Derecho y los jueces son bastante parecidas: se refieren a las oscuridades, contradicciones o defectos de las leyes; y también a la inseguridad jurídica. No deja de ser paradójico el que la seguridad jurídica sea echada hoy en falta al igual que hace varios cientos de años. En esos tiempos, la no publicación de los fundamentos de las

<sup>39</sup> Cf. Guzmán, *o. c.*, p. 886.

<sup>40</sup> Cf. Bravo Lira, *o. c.*, p. 113.

<sup>41</sup> Cf. Maravall, *o. c.*, pp. 409, 413 y 424.

<sup>42</sup> Carlos Petit glosa estos planteamientos de Grossi. Petit, Carlos, «Absolutismo jurídico y derecho comparado. Método comparativo y sistema de fuentes en la obra de Edouard Lambert», en Cappellini, P. y otros, *De la Ilustración al Liberalismo. Symposium en honor al profesor Paolo Grossi. Madrid - Miraflores, del 11 al 14 de enero de 1994*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 123.

sentencias de los jueces era invocada como uno de los hechos generadores de esa inseguridad. Hoy se publican los fundamentos; sin embargo, la seguridad jurídica sigue siendo en muchos casos una ilusión, debido a circunstancias extrajurídicas —por ejemplo, la corrupción— que pueden hacer variar radicalmente los razonamientos de los jueces. Antes los males se atribuían al arbitrio de los jueces; hoy los atribuimos a la corrupción, o a la arbitrariedad de los gobernantes a través de abusos legislativos, o de abusos administrativos<sup>43</sup>.

Ahora bien: hasta aquí hemos descrito, en líneas generales —habría que considerar muchos otros matices—, los grandes cambios en cuanto a la percepción de lo que es el juez. Sin embargo, a pesar de la codificación y del predominio del principio de legalidad, es claro que hoy en día el juez sigue interpretando, aunque dentro del marco mandatorio de la ley escrita. Al prácticamente identificarse hoy ley y Derecho, el juez solo puede interpretar dentro del marco de la aplicación de la ley. Estamos en el tiempo de «la omnipotencia de la ley»<sup>44</sup>; antes, en cambio, el radio de acción del juez era mucho más abierto, y su objetivo era el de declarar el Derecho a partir de otras fuentes que tenían igual o aun mayor peso que la ley escrita, como eran la jurisprudencia, la doctrina jurídica y la costumbre.

Imagino que todos estaremos de acuerdo en que el ideal humanista debe ser compartido también por nuestros jueces. Es momento, entonces, de volver a la pregunta inicial: ¿supuso el triunfo de la codificación la aparición de un juez más humanista? Se trata, repito, de una pregunta retórica, pero lo que sí podemos presumir es que antes de la codificación los jueces tenían que leer más, entre otras cosas porque estaban abiertos a una mayor amplitud de fuentes. Analizando, por ejemplo, los dictámenes fiscales en la Audiencia de Lima en el siglo XVII, se observa el amplio manejo que los magistrados tenían de fuentes muy variadas. Así, el trabajo de todo jurista giraba en torno a su biblioteca<sup>45</sup>.

En ese contexto el juez era un personaje mucho más poderoso. Precisamente con la codificación se pretendió proteger a los ciudadanos de las presuntas arbitrariedades de los jueces; sin embargo, en muchos casos se les dejó «inermes frente a la autoridad

---

<sup>43</sup> Cf. Bravo Lira, *o. c.*, p. 115.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 151.

<sup>45</sup> Es interesante constatar cómo incluso bien entrado el siglo XIX siguió teniendo vigencia la idea de que el juez debía tener la doctrina jurídica como fuente obligatoria de consulta. Por ejemplo, en la década de 1850 se dijo en Buenos Aires que los jueces estaban obligados a consultar las páginas de los tratadistas; por esos años se afirmó también que no podían hablar con solvencia de asuntos jurídicos quienes «jamás habían abierto un libro de derecho»; y en 1873 unos jueces de Tucumán lamentaban el hecho de que «carecían de libros para estudiar sus fallos». Abásolo, Ezequiel: «Las sanas doctrinas del doctor Castro en los tiempos de la codificación. Pervivencia de la cultura jurídica indiana en la segunda edición del *Prontuario de Práctica Forense*», en *Revista de Historia del Derecho*, XXXIV (2006), pp. 26-27.

de los gobernantes»<sup>46</sup>, ya que ellos eran los autores de la ley codificada. Por eso, el ya citado Bernardino Bravo Lira afirma que no es correcto hablar de «poder» judicial<sup>47</sup>; resulta paradójico que se empiece a hablar de poder judicial justamente en la etapa histórica en la que el juez pierde buena parte de su poder y de su influencia en la sociedad.

### A modo de conclusión

Enfatizar la importancia del ideal humanista en la cultura es uno de los puntos centrales del proyecto de este coloquio. En efecto, muchas veces nos sumergimos en investigaciones sobre asuntos muy especializados, sin tener en cuenta el panorama de la cultura en general, y del mundo en que vivimos. Por otro lado, los cambios que históricamente se han dado en algunas disciplinas no han ayudado al estudio de las mismas desde una perspectiva humanista. Ha ocurrido, por ejemplo, en el caso del Derecho. A pesar de que notables juristas se empeñan en ofrecer definiciones amplias del Derecho —por ejemplo, señalando que es el «complejo de valores que una sociedad se cree obligada a observar»<sup>48</sup>—, lo cierto es que desde hace más de dos siglos ha ido ganando terreno, en el «sentido común» de la gente, la identificación del Derecho con la ley escrita. Harold Berman alerta sobre esta situación:

Si se considera el derecho tan solo como reglas, procedimientos y técnicas prevalecientes, tendrá poco interés para los sociólogos y los humanistas. Y también debe observarse que quienes salen perdiendo con esto no son solo los abogados, sino también los sociólogos y los humanistas, así privados de una de las más ricas fuentes informativas para profundizar en sus respectivas disciplinas<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Bravo Lira, *o. c.*, p. 162.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 151.

<sup>48</sup> Grossi, *o. c.*, p. 47.

<sup>49</sup> Berman, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, México: FCE, 1996, p. 9.