

MANUEL VIAL-DUMAS
DAVID MARTÍNEZ ZORRILLA
(Coords.)

PENSANDO AL JUEZ

Prólogo de
Eugenio Gay Montalvo

CÁTEDRA DE CULTURA JURÍDICA

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2019

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO , Eugenio Gay Montalvo	13

PRIMERA PARTE

JUZGAR LA LEY

CAPÍTULO I

JUZGAR LA LEY: EL DERECHO DE LOS NUEVOS JUECES

Manuel Vial-Dumas

1. INTRODUCCIÓN	19
2. EL JUEZ Y LOS JURISTAS EN LA TRADICIÓN OCCIDENTAL.....	21
3. LOS JURISTAS Y EL ESTADO.....	28
4. DISCIPLINANDO AL JUEZ	29
5. LA CRISIS DEL ESTADO Y EL DERECHO DE LOS NUEVOS JUECES.	32
6. BIBLIOGRAFÍA.....	34

SEGUNDA PARTE

EL MODELO DE JUEZ

CAPÍTULO II

LA CONCEPCIÓN DE LA JUDICATURA EN EL DERECHO CONTINENTAL EUROPEO. EL JUEZ ESCRITOR

José María Pérez Collados

1. JUDICATURA Y RACIONALIDAD.....	42
2. EL JUEZ DEL <i>IUS COMMUNE</i>	43

	Pág.
3. LA RELACIÓN DEL JUEZ CON EL DERECHO	45
4. JUEZ: GRAMÁTICA Y JUSTICIA.....	47
4.1. La gramática judicial	48
4.2. El juez prudente	49
5. EL MARGEN CONTEMPORÁNEO: JUECES Y DEMOCRACIA. LA NARRATIVA JUDICIAL	50
6. BIBLIOGRAFÍA	55

CAPÍTULO III

EL JUEZ IDEAL COMO PERSONIFICACIÓN DE LA NATURALEZA ARGUMENTATIVA DEL DERECHO

Pablo Raúl Bonorino Ramírez

1. INTERPRETACIÓN CONSTRUCTIVA, INTEGRIDAD Y RESPUESTAS CORRECTAS	61
2. LAS INFERENCIAS A LA MEJOR EXPLICACIÓN	65
3. LOS ARGUMENTOS DEL JUEZ HÉRCULES COMO INFERENCIAS A LA MEJOR EXPLICACIÓN	68
4. CONCLUSIONES	73
5. BIBLIOGRAFÍA	74

CAPÍTULO IV

LA SELECCIÓN DE LOS JUECES Y SU FORMACIÓN EN TEORÍA DEL DERECHO

Lorena Ramírez Ludeña

1. INTRODUCCIÓN	78
2. LA SELECCIÓN Y LA FORMACIÓN DE LOS JUECES	78
3. LA SELECCIÓN DE JUECES EN ESPAÑA.....	79
4. LA FORMACIÓN DE LOS JUECES EN TEORÍA DEL DERECHO.....	81
5. REFLEXIONES FINALES	89
6. BIBLIOGRAFÍA	90

TERCERA PARTE
LA DECISIÓN DEL JUEZ

CAPÍTULO V
**LA INCORPORACIÓN DE LA MORAL
 EN EL RAZONAMIENTO JUDICIAL**

J. J. Moreso

1. INTRODUCCIÓN: «MARRY ME A LITTLE»	96
2. <i>LAW BY NUMBERS</i>	98
3. <i>LIMES EXACTUS</i>	100
4. <i>UNBESTIMMTE RECHTSBEGRIFFE: GOOD FAITH AND FAIR DEALING</i>	102
5. CONCLUSIÓN: <i>ETHICA MORE IURIDICO INCORPORATA</i>	108
6. BIBLIOGRAFÍA.....	110

CAPÍTULO VI
**LA LIBERTAD IDEOLÓGICA DE LOS JUECES
 Y LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL**

Jorge F. Malem Seña

1. INTRODUCCIÓN	113
2. CONCEPTO DE LIBERTAD IDEOLÓGICA	117
3. ACTIVIDAD JURISDICCIONAL E IDEOLOGÍA	118
4. LIBERTAD IDEOLÓGICA DE JUECES Y MAGISTRADOS	119
5. RESTRICCIONES IDEOLÓGICAS A JUECES Y MAGISTRADOS	119
6. CONCLUSIONES	125

CAPÍTULO VII
**INDEPENDENCIA, IMPARCIALIDAD Y NEUTRALIDAD
 EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO**

Diego M. Papayannis

1. INTRODUCCIÓN	132
2. ¿QUÉ SON LA INDEPENDENCIA Y LA IMPARCIALIDAD?	133
2.1. Estados mentales.....	134
2.2. Condiciones institucionales	135
2.3. Valores.....	136
2.4. Deberes de conducta: ¿reglas o principios?.....	137

	Pág.
3. RELACIONES CONCEPTUALES ENTRE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD	140
4. LA NEUTRALIDAD	141
5. ACTITUDES Y CONTEXTOS.....	145
6. CONCLUSIÓN.....	148
7. BIBLIOGRAFÍA.....	149

CAPÍTULO VIII

LA DECISIÓN JUDICIAL AUTOMATIZADA: ENTRE LA CIENCIA Y LA FICCIÓN

David Martínez Zorrilla

1. INTRODUCCIÓN.....	152
2. ¿QUÉ IMPLICA LA DECISIÓN JUDICIAL AUTOMATIZADA?	154
3. ALGUNOS EJEMPLOS RECIENTES DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL APLICADA AL ÁMBITO JURÍDICO.....	159
3.1. <i>Case Cruncher Alpha</i>	161
3.2. El algoritmo COMPAS de los tribunales de Wisconsin.....	163
3.3. El «chatbot» <i>DoNotPay</i>	165
3.4. La inteligencia artificial aplicada al lenguaje natural (y jurídico): <i>Watson/ROSS Intelligence</i>	166
4. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y APLICACIÓN DEL DERECHO: ¿BUENAS O MALAS NOTICIAS?	168
5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	172
6. RELACIÓN DE URL CITADAS (POR ORDEN DE CITA)	172

CUARTA PARTE

EL JUEZ Y LA PRUEBA

CAPÍTULO IX

EL JUEZ Y LA PRUEBA: SOBRE UNA COMPRENSIÓN DEL DERECHO PROCESAL BASADA EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Jonatan Valenzuela S.

1. INTRODUCCIÓN.....	177
2. EL DERECHO (PROCESAL) COMO ESCENARIO Y OBSTÁCULO.....	179
3. ADJETIVIDAD, SUSTANTIVIDAD Y PRUEBA.....	182
4. LOS HECHOS EN EL DERECHO COMO EL COMETIDO DEL DERECHO PROCESAL.....	184

	Pág.
5. LOS VALORES Y EL ESTÁNDAR DE PRUEBA.....	186
6. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL JUEZ, LA PRUEBA Y BENTHAM	188
7. BIBLIOGRAFÍA.....	189

CAPÍTULO X

**EPISTEMOLOGÍA DE VIRTUDES: UNA MIRADA FILOSÓFICA
A LA PRUEBA DESDE LA AGENCIA INTELECTUAL DEL JUEZ**

Pedro H. Haddad Bernat

1. INTRODUCCIÓN.....	192
2. UNA TIPOLOGÍA DE EV.....	194
2.1. Esbozando una EV para el ámbito probatorio.....	198
3. LOS CASOS GETTIER Y LA SUERTE EPISTÉMICA.....	202
4. EL PROBLEMA DE GETTIER EN LA PRUEBA DE LOS HECHOS.....	205
5. MORALEJAS PARA UNA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA DESDE EL JUEZ.....	206
6. BIBLIOGRAFÍA.....	208

PRÓLOGO

Eugenio GAY MONTALVO

Es evidente que la justicia como aspiración máxima de la humanidad ha despertado, desde siempre, un gran interés social. En unos momentos en los que la actividad mediática ha alcanzado una de las cotas de mayor presencia en la vida pública, la justicia y su mundo se han convertido en un foco de atención muy relevante, como podemos comprobar casi a diario.

La idea que se tiene del juez no siempre coincide con la realidad e incluso, en muchas ocasiones, se ignoran las limitaciones que tiene en el ejercicio de sus funciones como titular que es del Poder Judicial que, como ocurre con todos los poderes del Estado, se encuentra sometido al ordenamiento jurídico basado, además, en la tradicional división de poderes. Todo ello en el bien entendido que hoy, en el mundo occidental, la mayoría de países responden al esquema jurídico diseñado por constituciones sociales y de derecho de carácter democrático, como es el caso de España. En consecuencia, el titular del órgano jurisdiccional personal o colegiado se encuentra, lógicamente, limitado a las funciones que la Constitución y el ordenamiento jurídico le tienen reservado.

La presente obra contiene la reflexión de un grupo de eminentes y prestigiosos juristas que polifónicamente aborda, desde sus respectivas disciplinas, la complicada función de juzgar conforme a Derecho en nuestros días. La simple lectura del índice de la obra nos aboca, yo diría que nos precipita, a leerlo de inmediato y a reflexionar seriamente sobre una tan delicada y necesaria función, que ya en la Grecia clásica era tenida como cuasi sagrada, y que era precedida del vertido de agua lustral en el escenario situado en el Areópago de Atenas donde se celebraban públicamente los juicios. Oradores y jueces pusieron los primeros cimientos de lo que con los siglos serían nuestros ordenamientos jurídicos y dejaron fijado para siempre que el juzgamiento precisa de la defensa de los acusados y,

que en aquellos casos en que se dirime sobre un mejor Derecho, en la necesidad de contradicción e igualdad de armas de las partes contendientes. De igual manera se fijó la necesidad de que la decisión judicial requiriese del auxilio de la fuerza coercitiva para su efectividad.

Ciertamente la evolución de los tiempos ha ido marcando etapas en las que la justicia y el juez han respondido a los signos de los tiempos y a los ordenamientos que, en cada caso, han regido en la sociedad. El final del absolutismo en el que los individuos eran súbditos se producirá a partir de los postulados de la Ilustración, momento en el que nace el concepto de ciudadanía sobre el que basaron los primeros textos jurídicos ilustrados como la Declaración de Virginia, la Constitución de los Estados Unidos de América o la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional constituyente francesa en la calurosa noche del 26 de agosto de 1789. Del mismo modo, en los tempranos textos constitucionales de nuestra época, se estableció el reparto del poder entre el ejecutivo, el legislativo y el judicial, conforme al sistema de equilibrios diseñado por Montesquieu en evitación del control de todos ellos por un solo poder.

Sin embargo, las grandes guerras del siglo xx que asolaron Europa y una gran parte del mundo pusieron de manifiesto la necesidad de fundamentar los ordenamientos jurídicos en algo tan importante como es la dignidad de la persona. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 en los dos primeros considerandos de la misma sienta, primero, el principio ético sobre el que debe construirse un nuevo orden jurídico, y efectúa una constatación, en su segundo considerando, de lo que no puede volver a ocurrir a partir de la experiencia vivida en aquellos inmediatos tiempos anteriores. Evidentemente la dignidad es la que hace libres e iguales a los hombres y les impele a vivir fraternalmente como indica en el primero de sus artículos; y en el art. 28 de esa corta pero transcendental Declaración hace un llamamiento al derecho que todos tenemos a gozar de un orden social en que los derechos y libertades proclamados se hagan plenamente efectivos. Lo cierto y verdad es que en el mundo occidental donde estallaron las dos grandes conflagraciones no era ajeno a la democracia, todo lo contrario; pero a pesar de ello los totalitarismos se hicieron presentes y la arrumbaron y, en no en pocas ocasiones, con la complacencia de jueces y juristas. He aquí algo que no podemos olvidar y que nos responsabiliza a todos en la exigencia de aquello que la Declaración nos propone.

La obra que tenemos en nuestras manos, partiendo de estas premisas, se adentra en la compleja realidad de nuestros días y analiza con precisión los grandes retos a los que tiene que enfrentarse el juez que está, hoy más que nunca, sometido al escrutinio público, de tal manera que podríamos decir que los jueces juzgan y a la vez son juzgados por la opinión pública a través de los medios de comunicación.

Como nos recuerda Zagrebelsky, «la función del juez es política pero no pertenece a la política» y creo que necesariamente debe ser así. Su misión, como iremos viendo a lo largo de esta obra, no puede sustraerlo a los

principios de independencia, de legalidad, así como a la búsqueda de la verdad, sin olvidar en ningún momento el principio de seguridad jurídica y de máxima certeza y será a partir de la jurisprudencia y de la doctrina que irá conformando su decisión. Sin duda, el Derecho no deja de ser el *ars boni et aequi*, lo que informa y planea en su conjunto cuanto vamos a ir leyendo en las páginas de este libro.

No podemos olvidar, sin embargo, que el juez como persona humana no es, ni debe ser, un ser excepcional, pero sí que debe servir al resto de sus conciudadanos y a la propia sociedad con la imparcialidad, probidad, preparación y diligencia con la que esta espera de él. Por ello, su actividad será esencialmente política en el exacto sentido de la palabra, pero, en ningún caso, el respeto por las posturas ideológicas, éticas, morales o religiosas que puedan tener las personas con las situaciones que juzga han de influir en su decisión. De esta manera, debe ser independiente respecto de las diferentes opciones políticas expresadas a través de los partidos que la sustentan, de las opiniones de los poderes mediáticos, económicos o sociales. Tarea esta sin duda ardua, razón por la cual el legislador ha previsto en el ordenamiento procesal mecanismos para hacerla efectiva y dispuesto de recursos que puedan revisar, en su caso, la resolución adoptada por el juez.

En este sentido, en la presente obra preocupa de manera especial el acceso a la judicatura y la formación de los jueces, pues en la búsqueda de la verdad los medios técnicos han evolucionado de tal forma que, hoy en día, pueden resolver una parte muy importante de la controversia. Pero esta última revolución informática y robótica que estamos viviendo puede llegar incluso a controlar los actos de los ciudadanos hasta el punto de que todo se sepa de ellos, desde la genética hasta sus pensamientos, sus preferencias e inclinaciones. También estos aspectos son estudiados por nuestros autores y es preciso que el juez tenga una preparación que le permita discernir en este mundo cada vez más complicado, pero a la vez más invasivo en el ámbito privado de las personas.

La conformación del juicio es un proceso lento puesto que los elementos que lo van formando no aparecen todos a la vez, ni es fácil asegurar que lo que en un principio pudiera parecer que va a ser el veredicto, al final lo sea. La duda permite investigar y profundizar en el conocimiento y en la búsqueda de la verdad. En consecuencia, en ningún caso aquellos fanáticos que no dudan podrán realizar un juicio imparcial.

La búsqueda de la verdad es un trayecto cognitivo e intelectual elaborado desapasionadamente a la luz de los elementos sometidos al escrutinio del juez, en el que es necesaria la ponderación de todos ellos. La justicia es la aspiración máxima, como decía al principio, de la humanidad; pero la justicia material es el resultado de un proceso ponderativo en el caso del juez individual, y deliberativo en el caso del juzgador colegiado, que resulta de obligado cumplimiento.

Victoria Camps, en su ensayo *El Elogio de la Duda* nos dirá que «allí donde se pretende que reine la justicia absoluta, el mundo enmudece, pues (como dijo Camús) “la justicia absoluta niega la libertad”». El fantas-

ma de Gran Hermano o de Mundo Feliz es un tremendo desafío que nos urge en nuestras sociedades y que, con preocupación, podemos contemplar ya en alguna parte del planeta. Las cámaras de videovigilancia con el reconocimiento facial, el control de nuestros horarios, de nuestras costumbres, qué leemos, dónde estamos en cada momento, con quién hablamos y qué decimos mediante la intervención de nuestras comunicaciones, son experimentos que ya se practican en vivo y en directo. Los avances técnicos y tecnológicos ciertamente son una ayuda para la civilización, pero su mal uso puede poner en riesgo el reconocimiento de nuestros derechos y de esa larga lucha de la humanidad por conquistar la dignidad de todos y cada uno de nosotros.

Pensando al juez es, por tanto, una gran responsabilidad. Y es algo que nos concierne directamente a los juristas. En el libro que tenemos entre manos sus autores reflexionan en profundidad y con acierto ofreciéndonos pistas del todo necesarias para preservar la justicia conforme a los postulados que tienen como base el reconocimiento de la dignidad de la persona y cuanto a ella le atañe.

PRIMERA PARTE
JUZGAR LA LEY

CAPÍTULO I

JUZGAR LA LEY: EL DERECHO DE LOS NUEVOS JUECES

Manuel VIAL-DUMAS*

Universidad Oberta de Catalunya

RESUMEN: Los nuevos jueces se enfrentan a una nueva forma de entender el Derecho. Una forma que les otorga la facultad de juzgar las leyes que están llamados a aplicar. Esto, en realidad, no es una novedad, sino la forma en que habitualmente se había desarrollado su tarea hasta la modernidad de la Ilustración política y jurídica. En este trabajo se pone en relación el razonamiento de los jueces premodernos y los posmodernos, intentando indagar en sus similitudes, diferencias y las problemáticas que esta nueva actitud frente al Derecho resucita.

Palabras clave: neoconstitucionalismo, ponderación, activismo judicial, Derecho posmoderno.

1. INTRODUCCIÓN

En muchos aspectos, hoy, ese que podríamos llamar «el relato de la Ilustración», ya no resulta satisfactorio para dar explicación a la dinámica de nuestras sociedades ni, por tanto, a la labor que efectivamente llevan a cabo los jueces. Esto no es ninguna revelación. La práctica y la doctrina han ido separándose, ya desde mediados del siglo xx, del estricto marco de

* Profesor de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la Universitat Oberta de Catalunya, mviald@uoc.edu.

acción al que quedó sometido el juez desde que el constitucionalismo decimonónico y la codificación entraron en escena. En efecto, como sabemos, a principios del siglo XIX la concepción de la labor del juez dio un vuelco. De ser el centro de la actividad jurídica y el principal operador de todo el sistema, se convirtió, según la famosa expresión de Montesquieu, en la boca de la ley.

Para el iusnaturalismo racionalista, base intelectual de la codificación, el valor fundamental de la actividad del juez era, sin duda, la seguridad (certeza) jurídica. No se trata de una simple sustitución, como habitualmente se plantea, entre la justicia y la seguridad en sede judicial. El pensamiento ilustrado no reemplazó una cosa por la otra, sino que cambió la *ocasión* de la justicia. En vez de entender que esta se verificaba en todos los momentos del proceso de construcción del derecho (legislación, doctrina, costumbres, etc.), pero sobre todo en el juicio, estimó que la *ocasión* de la justicia era principalmente el momento de la elaboración de la ley. A partir de la ley, la justicia debía descender a la realidad a través de ejercicios silogísticos. Eso significa que el razonamiento judicial, que hasta ese momento era sobre todo un ejercicio de equidad, debe convertirse en una operación, si no mecánica, al menos puramente lógica. Y es preciso que sea mecánica, pues de lo contrario, según el pensamiento iusnaturalista, la justicia contenida en las leyes, que a su vez derivan de principios naturales, no llegaría a plasmarse en la realidad a través de la sentencia. El legislador, representante del ente abstracto denominado nación, debía imponer, por tanto, unas leyes justas, generales y abstractas a todo el Estado. La justicia de dichas leyes quedaba legitimada, en el marco del iusnaturalismo racionalista, en cuanto emanaban de principios naturales y, en el posterior marco positivista, en cuanto emanaban de la voluntad de la nación a través de sus representantes.

Hoy, sin embargo, no parece fácil seguir explicando la convivencia política en los mismos términos. No solo porque algunos problemas contemporáneos han hecho difícil seguir teniendo *fe* en este relato (p. ej., por las evidentes injerencias de los poderes económicos en la legislación por sobre los intereses de las mayorías, o por la judicialización recurrente de los problemas políticos), sino también porque, desde mediados del siglo pasado, una nueva gama de doctrinas como el llamado neoconstitucionalismo o el realismo jurídico, queriéndolo o no, han venido lanzando torpedos a la línea de flotación del imaginario de la Ilustración.

Esta nueva perspectiva frente al papel de la judicatura sigue siendo objeto de discusión. No es sencillo dejar atrás el papel que asignaba al juez el pensamiento ilustrado sin dejar atrás también los objetivos que dicho planteamiento perseguía. El valor de la seguridad jurídica o el de la igualdad, tan poco relevantes en el Antiguo Régimen, no parece que sean de fácil —ni conveniente— renuncia en nuestro tiempo.

Aun así, la caída del paradigma de la Modernidad, en el ámbito jurídico y fuera de él, nos permite adentrarnos en la cuestión del papel del juez desde una perspectiva histórico comparativa. Antes del fin de la Modernidad estos intentos resultaban de alguna manera malsonantes para

el jurista práctico. En primer término, porque la Modernidad parecía un estado de cosas definitivo y, en segundo lugar, porque la idea del progreso indefinido condenaba al pasado a formar parte del folklore y le restaba relevancia a la comparación de soluciones pasadas (ya superadas) con las presentes. Sin embargo, desde que la idea de progreso —tan moderna, por cierto— cayera en desgracia podemos apreciar el fenómeno mismo de la Modernidad como una época histórica (en contraposición a definitiva)¹. Ante los ojos del jurista contemporáneo ninguna época debería ser por sí misma mejor que otra. Al contrario, deberían presentarse ante él como soluciones a distintas problemáticas humanas que no se extinguen por el paso del tiempo. En la reivindicación de esta afirmación se produce la ruptura de la noción de obsolescencia respecto de las salidas dadas a las problemáticas sociales en épocas pasadas. El fin de la Modernidad, en definitiva, nos obliga a reelaborar preguntas para las cuales el pensamiento moderno dio una respuesta que ya no es incontestable ni definitiva.

2. EL JUEZ Y LOS JURISTAS EN LA TRADICIÓN OCCIDENTAL

En nuestra tradición, los primeros juristas que conocemos aparecieron en la antigua Roma. Evidentemente, decir juristas no equivale a decir derecho; como reza el antiguo aforismo, *ubi societas ibi ius*. Pero en otras sociedades antiguas no encontramos un grupo social que sea identificable en función de su actividad como cultores del Derecho y cuyo arte sea en sí mismo una fuente del Derecho. Encontramos por una parte operadores, leguleyos, tinterillos, etc., y por la otra, filósofos, políticos o clérigos, que entran con sus opiniones en el ámbito de lo jurídico; aunque dicho ámbito no se encuentra separado propiamente del suyo propio. Es de hecho el jurista, cuando aparezca en escena, quien realiza esa función, la de constituir y delimitar el ámbito de lo jurídico en contraposición a otros como el religioso, el moral, el político, el filosófico, el retórico, etcétera².

Puede haber Derecho sin juristas, en cambio mucho más difícil, si no imposible, es que lo haya sin jueces (al menos *ad hoc*)³. Por ejemplo, entre los griegos no había juristas en el sentido apuntado arriba, pero el sistema de tribunales era complejo y sofisticado. Especialmente llamativo es el sistema ateniense para designar el tribunal popular que proveía de jueces a la ciudad de forma aleatoria. El modo de asegurar esa aleatoriedad era realmente singular y dio lugar a la invención de un dispositivo que,

¹ Sobre el progreso cito solo dos obras, una clásica: J. B. BURY (2008), y otra más reciente: J. GRAY (2006), que pueden remitir a la bibliografía sobre el asunto.

² J. BARRIENTOS (2003), 38-52.

³ Sobre el concepto de Derecho y, sobre todo, acerca de si constituye un elemento necesario o coyuntural de la cultura se ha escrito mucho. El debate entre juristas parte de un precepto de Derecho que presume siempre la existencia del Estado (desde Rudolf von Ihering, y hasta H. L. A. Hart o Ronald Dworkin); pero cuando se produce el mismo debate entre antropólogos el concepto alcanza mucha mayor hondura dado que la institución del Estado se hace prescindible, al tiempo que la realidad jurídica alcanza la condición de universal a través de una concepción más honda y esencial. Trabajos como los siguientes constituyen alguna prueba de ello: L. ASSIER-ANDRIEU (2011), S. E. MERRY (2001), C. GEERTZ (1983) y E. A. HOEBEL (1954).

mecánicamente, iba procurando la designación azarosa de los miembros del tribunal colegiado que tendría que conocer de un determinado asunto. Pero esos jueces no eran conocedores del Derecho, ni siquiera hombres especialmente sabios, sino cualquier ciudadano que era autorizado por su *demos* para desempeñarse en tal función. En definitiva, de estos jueces se esperaba el juicio sobre la veracidad de los hechos al modo de un jurado contemporáneo⁴.

En la antigua Roma, en cambio, aparece un grupo de expertos que estudia, crea el Derecho y es reconocido como un grupo social especializado en dicha cuestión. La creación del lenguaje jurídico es la gran obra de este grupo de hombres que actúa sin sujeción directa al poder público. Es cierto que parten de una norma escrita, la Ley de las XII Tablas; sin embargo, al poco andar, observamos que se han independizado de ella, al menos en todo aquello en lo que esta no es del todo clara, que es mucho. La Ley de las XII Tablas apenas da algunas reglas básicas de convivencia, por lo que, en adelante, el Derecho civil es en buena medida lo que dicen los juristas que es justo. Ellos construyen las categorías que luego otras fuentes del Derecho incorporan y, al mismo tiempo, reinterpretan lo que esas fuentes expresan. Asimismo, son consultados por los jueces, que son ciudadanos que no necesariamente pertenecen al colectivo de los juristas, para resolver los casos que conocen; su parecer es quizá la más importante de las consideraciones que se le presentan a ese juez para resolver. Por eso decimos que se trata de un Derecho de juristas⁵. La validez del acto de creación y su resultado, es necesario repetirlo, no está ligado al poder público, sino soportado únicamente por la autoridad social que el grupo de expertos va adquiriendo. Por eso, a la hora de entender este fenómeno, resulta más natural llevarlo al escenario del nacimiento de un género literario o un movimiento artístico o filosófico, que al de la creación jurídica estatal a través de una serie de órganos ligados al poder público y necesitados de él para dar validez a las normas que promulgan.

Las fuentes por las que se crea y conoce el Derecho no emanan todas de la autoridad de los juristas, ni en todas los juristas tienen el mismo grado de intervención. Hay leyes, plebiscitos, *senadoconsulta*, edictos, etc., que son fuentes del Derecho y que resuelven cuestiones concretas. En todas ellas el jurista participa, aunque respecto de algunas es solo un actor secundario. Pero ninguna fuente, sea del tipo que sea, y esto es algo común a todo el Derecho anterior a la codificación, pretende tener un carácter general ni dar respuesta a todas las cuestiones. Al contrario, todas, desde el parecer de los juristas hasta los edictos de los magistrados, son casuistas y ninguna impone del todo al juez una respuesta determinada. De ahí que podamos afirmar que el principal valor de todo el aparato del Derecho premoderno es asegurar la solución equitativa, pues sin esa consideración

⁴ Sobre el funcionamiento de esta máquina singular llamada *klērōtērion*, véase L. ROSSETTI (2016).

⁵ La cuestión del Derecho romano como Derecho de juristas es de sobra conocida, véase una exposición general en P. G. STEIN (2001) y G. MOUSOURAKIS (2015). Sobre la jurisprudencia y su papel como fuente: F. SCHULZ (1968), G. NOCERA (1973) y M. J. FALCÓN (2010), 19-32.

a la singularidad del caso, es decir, la equidad, la justicia contenida en las normas y la doctrina no logra su realización⁶.

Algo similar, aunque en un contexto político muy diferente, sucede en la baja Edad Media, sobre todo antes de la consolidación del absolutismo. En esa época que ya colinda con la Modernidad ilustrada de los siglos XIX y XX, Europa es escenario de un pluralismo jurídico apabullante. Asistimos a un mundo donde no hay un poder supremo efectivo. Esto es así no solo en el amplio conjunto de lo que se denominaba entonces la Cristiandad, que ya no tiene una cabeza efectiva en lo temporal (en lo espiritual es el papa), sino también dentro de los propios reinos que la componen. Allí, en la comunidad política local, no se impone un poder hegemónico. Al contrario, múltiples órganos, agrupaciones, corporaciones, estamentos, etc., comparten el poder de la comunidad política en un delicado equilibrio. En ese mundo medieval, como tal vez en todos, quien tiene poder crea Derecho. No existe el monopolio estatal, ni siquiera todos los tribunales son estatales (allí donde ya hay Estado). Los hay del rey, pero también de la Iglesia, de las corporaciones, de las ciudades⁷.

El resultado del pluralismo de poderes es, por tanto, el pluralismo jurídico, entendido como la presencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos de diverso origen que coexisten e incluso se superponen. Todos ellos encuentran su fundamento en el poder de quienes los crean: el Derecho general es expresión del poder regio y más tarde del poder del Estado; el Derecho corporativo del poder de las corporaciones como, por ejemplo, la de los comerciantes que tienen sus propios estatutos y tribunales; el Derecho de la ciudad o el del territorio encuentra su fundamento en la personalidad política de la comunidad a la que rige, en la tradición y, en definitiva, en el poder de sus instituciones⁸.

Como se observa, esta pluralidad de ordenamientos jurídicos, que no viene al caso detallar, tienen una cosa en común: son conocidos por los partícipes, provienen de sus prácticas y quienes participan o juzgan no necesitan otros conocimientos más allá de los que tiene un partícipe informado en esa comunidad. El juez aquí es un árbitro entre las partes, dotado de autoridad por la propia comunidad de la que es miembro o por sus autoridades políticas. Sus soluciones serán inspiradas por dichas prácticas, por su costumbre y, en general, por las normas de funcionamiento que dicho colectivo se ha proporcionado. Y en ese ejercicio el sentimiento de equidad del juez es determinante, pues lleva todo ese universo que constituye la ley natural, lo justo y el ordenamiento jurídico al caso concreto, dándole así sentido a todo el engranaje⁹.

⁶ En torno al método de los juristas premodernos véanse F. CARPINTERO (1982) y L. LOMBARDI (1975); en contraposición al razonamiento sistemático de los juristas modernos B. BRAVO LIRA (2006) y V. TAU ANZOÁTEGUI (1992).

⁷ La noción que sirve para comprender el escenario plural en términos políticos y jurídicos es la de autonomía (en contraposición a la de soberanía), P. GROSSI (1997).

⁸ Una descripción general del fenómeno del pluralismo jurídico en M. ASCHERI (2000 y 2005), L. SOLIDORO MARUOTTI (2011), F. CALASSO (1954), P. GROSSI (1996) y J. VALLEJO (2009).

⁹ Sobre el significado de la *aequitas* en el mundo medieval véase P. GROSSI (1996), 179-185, también en una explicación breve y de gran claridad, J. VALLEJO (2009).

Hasta aquí, como se ve, podríamos prescindir del jurista. De hecho, se prescindía, pues hasta el siglo XII no los hay en ningún reino de Europa. Después del desmembramiento del Imperio Romano en el siglo V d. C., este colectivo especializado y reconocido como fuente del Derecho se extingue, y no de golpe, pues llevaba un tiempo siendo arrastrado por una gran crisis y viendo sus espacios reducidos por la acción del poder público y por la desconfiguración del espacio urbano en el que podía desarrollarse. Por tanto, estamos, hasta esa fecha, el siglo XII, en una Europa plural donde los múltiples poderes y grupos sociales actúan en lo jurídico a través de diversos ordenamientos jurídicos que, por supuesto, tienen relaciones fronterizas e influencias entre sí. No hay juristas ni un lenguaje científico que trabaje el Derecho de forma autónoma, como tampoco había, según observamos, en el mundo griego.

Lo que pasará a partir de entonces se asemeja a la aparición de los juristas en la antigua Roma, es decir, el surgimiento de un lenguaje y de un grupo social que conoce y crea Derecho sostenido en la autoridad científica de quienes lo cultivan. No hay que engañarse, ese Derecho que crean esos hombres configura un ordenamiento entre los muchos que lo rodean. Sin embargo, por su especial naturaleza, acabará siendo un Derecho trascendental entre todos y se colocará en una dimensión diferente. Me refiero, evidentemente, al fenómeno del *ius commune*.

El Derecho común destaca de entre los Derechos de su época por estar basado en la tradición escrita. Todos los Derechos existentes lo estaban en las prácticas, tradiciones populares o institucionales de cada región o comunidad. Sin embargo, ese Derecho, que goza también de la autoridad que «lo tradicional» tiene en esas sociedades, no es inteligible por cualquiera, es técnico, está basado en un lenguaje que solo un erudito puede descifrar, aborda discusiones que solo un universitario es capaz de comprender del todo. Es un Derecho, para decirlo en una palabra, científico. Además de científico (o tal vez porque es científico) es, además, universal. No está circunscrito a una comunidad política o a un territorio o a un gremio. Si se observa, los ordenamientos de la época, en toda su pluralidad, rigen siempre un aspecto de la vida social o a un grupo dentro de una sociedad o bien a una comunidad completa¹⁰. Además, se superponen unos a otros según materia, condición o territorio. En cambio, este tiene tras de sí la autoridad no de una comunidad, un grupo o las costumbres de un territorio. Es nada más ni nada menos que el Derecho de los antiguos y eso, en el mundo medieval, es lo mejor que se puede decir de algo, que es antiguo. A ese mundo pretérito, que es visto con nostalgia, se le concede autoridad¹¹. La tradición es sí misma la tiene, también aquella rústica y muchas veces no escrita que se manifiesta en el Derecho consuetudinario. Esta, que está escrita, es más

¹⁰ El fenómeno del *ius commune* ha ocupado a buena parte de los historiadores del Derecho durante décadas. Cito aquí solo algunas obras de referencia: E. CONTE (2009), G. CONSTABLE (2003), E. CORTESE (1995), P. GROSSI (1996), H. J. BERMAN (1983) y F. CALASSO (1954). Una exposición reciente y muy completa en M. MARTÍNEZ NEIRA (2016).

¹¹ Una reflexión muy interesante sobre el valor que cobra un pasado mitificado, tal como de alguna forma sucedió en el mundo medieval, en PÉREZ COLLADOS (2014), 1-7.

antigua y, por eso, su autoridad es de un cuño máspreciado. Forma parte de ese pasado común, el de los antiguos emperadores, el del latín, lengua culta que unifica el espacio de la Cristiandad. En fin, el Derecho común reúne todos los ingredientes para colocarse por sobre los demás, para ser un Derecho singular frente a la pluralidad de Derechos propios de cada región, ciudad, comunidad, gremio, estamento, etcétera.

Esta es una percepción de los propios juristas de la época. Bártolo, por ejemplo, señala que los Derechos propios deben interpretarse según la autoridad del Derecho común. Este último, tal como lo representa Manlio Bellomo a la luz de las reflexiones de Bártolo, es como es como el sol para los Derechos propios que son los planetas. En el sol no hay vida, la vida está en los planetas, en esos Derechos particulares de cada comunidad, pues esos Derechos son la práctica vigente, la constitución real de esas sociedades, territorios, estamentos, etc. Pero es el Derecho común el que arroja luz sobre ellos y hace florecer la vida¹².

De ahí que se pueda estructurar el mundo de lo jurídico en dos dimensiones, una la de los Derechos propios, vivos, eficaces, en contacto cotidiano con sus partícipes, modelados por la práctica; y otra, la del *ius commune*, que desde el cénit de las universidades ilumina el desarrollo de los otros Derechos a través de los juristas que, poco a poco, van ocupando sitios en las administraciones, en las ciudades, en los tribunales, en los oficios de notarios. La primera dimensión es resultado de una experiencia social y política, es un Derecho construido en la realidad, por tanto, carente de grandes recursos técnicos, plural, contradictorio, fragmentario, pues solamente se desarrolla en aquellas cuestiones a las que puede llegar según sea su influencia. El otro Derecho, en cambio, es técnico, de una calidad exquisita, es científico y se cultiva como las otras disciplinas universitarias, es decir, con carácter universal¹³.

Los juristas son los encargados de extender esta segunda dimensión de lo jurídico a lo largo y a lo ancho de Europa. Dependiendo del colectivo, la comunidad y también de la época, esta nueva dimensión recibe mayor o menor reconocimiento. Aunque hay, por supuesto, intentos por establecer una prelación de fuentes, no se puede hablar de una ordenación jerárquica efectiva entre los ordenamientos; como la luz del sol, el Derecho común se cuela por las rendijas de la práctica. Los notarios, por ejemplo, que, sobre todo desde el siglo XIII, son también juristas, leen los asuntos que se les presentan con el referente, el filtro, del Derecho común. Hablan, pues, estos hombres de la realidad con la lengua que han estudiado en la universidad, con ese metalenguaje que viene desde la Antigüedad y que el arte del Derecho cultiva para nombrar y separar las cosas que se encuentran mezcladas en el mundo; para establecer consecuencias a los actos; para justificar el poder, sobre todo el regio que ve su reflejo en el antiguo emperador

¹² BARTOLO, *Comm. in D. 1.1.9., de iustitia et de iure. l. omnes populi*, n. 65 (Venetiis 1615, f. 14ra). Véase M. BELLOMO (1994), 206. También, aunque analizando el caso específico de Navarra: R. GARCÍA PÉREZ (2008), 91 y ss.

¹³ Para la relación entre los Derechos propios y el Derecho común en distintos momentos del desarrollo de la historia medieval véase L. SOLIDORO MARUOTTI (2011), 137-191.

que aparece en los textos; para ordenar, en su concepto, las torceduras que la vida cotidiana va sembrando. Y esa lengua es jurisprudencia, que entonces no tenía tanto que ver con las sentencias de los tribunales como con la opinión de los juristas, toda vez que las sentencias rara vez se motivaban. La opinión de los doctores no se apoya en ningún poder político, sino en el prestigio, la *auctoritas* de los propios juristas y su ciencia.

Los juristas son notarios, son asesores y herramientas del poder; están en las comunidades, en los gremios, son quienes conocen el Derecho (científico) y a quienes se les reconoce esa virtud. Asimismo, son jueces, sobre todo jueces de segunda instancia¹⁴. En la primera, el juez a menudo es lego, pero conoce lo que hay que conocer cuando se enfrenta la realidad misma: la costumbre, los usos, las prácticas, las instituciones locales, es decir, los Derechos propios. La garantía para los vasallos es, no obstante, que esas sentencias puedan ser revisadas, y esa revisión irá siendo realizada, cada vez con mayor frecuencia, con criterios técnicos de jueces que son juristas, que se han formado en el *ius commune* y que modelan desde esa dimensión lo que existe, para seguir con la metáfora, en los planetas.

Juristas y jueces, al menos una parte de este último grupo, hablan el mismo idioma, el del Derecho. Esa lengua tiene la virtud de la sofisticación, de la técnica, de la exactitud y del prestigio que todo eso y su antigüedad le granjean. Sin embargo, también expropia en parte el control de la producción del Derecho que tenían las comunidades a las que rige. Porque en todos los ámbitos en los que los juristas intervienen, sea en el oficio del notario, en la corte del rey, en los tribunales o en los gremios, el Derecho de las costumbres, el Derecho de los reyes, el Derecho de los gremios se ve determinado y modelado por este otro Derecho. Primero, porque de alguna u otra forma los juristas traducen lo que ven a su lengua, la del Derecho, y en ese ejercicio ya hay una adaptación; luego, porque conceden un valor moral preminente al Derecho común.

En efecto, la equidad sigue siendo el valor último que insufla la materialización de la justicia en el mundo, pero esa equidad no es ya solo ese sentimiento universal, no es más únicamente la equidad *ruda*, también existe una *aequitas constituta*, fruto de la experiencia de los juristas, de los reyes, de las comunidades políticas; elevada a la escritura e interpretada por los universitarios que se presentan como los mediadores entre el texto y el mundo, conocedores del arte de lo bueno y lo equitativo. Una *aequitas* que tiene que ver con el lenguaje, con la ciencia, con la *interpretatio*. Esa equidad, la formada, la técnica, la universitaria, prevalece de la mano del jurista en las contradicciones de los múltiples ordenamientos. Y así, la primera dimensión, la de los Derechos propios, fragmentados, locales o de un colectivo, se ve determinada, ampliada, restringida, modificada o incluso suprimida cuando entra en contradicción con esa otra dimensión, la del Derecho común, la de los que saben de Derecho, la de la equidad formada por el estudio de la lengua del Derecho. En otras palabras, la equidad de los jueces es una equidad atada a la ciencia jurídica, no solo a sus preferencias morales.

¹⁴ Sobre las dedicaciones profesionales de los juristas medievales: J. A. BRUNDAGE (2008).