

## Notas sobre creación e interpretación del Derecho. Jueces, profesores y legisladores

Por CRISTINA GARCÍA PASCUAL

Universitat de València

SUMARIO: I. *Modelos e ideologías.*—II. *Jueces profesores y legisladores.*—III. *Método judicial y modelo de juez.*—IV. *Jueces y legisladores en la España medieval.*—V. *Jueces y legisladores en la España actual. Breves consideraciones finales.*

### I. MODELOS E IDEOLOGÍAS

El ordenamiento jurídico existente, o la idea que del mismo tienen muchos profesionales del Derecho, aparece a menudo a los ojos de esos mismos profesionales como el único posible. Ello explicaría por ejemplo que en el momento actual para muchos juristas resulte difícil concebir un sistema jurídico que no esté basado sobre el ideal de la certeza de la ley o la primacía absoluta del Derecho legislado sobre otras posibles fuentes del Derecho, incluso a pesar de que la realidad desmienta cada día ambas aspiraciones jurídicas.

Del mismo modo en que es difícil imaginar un mundo no gobernado por las férreas leyes del sistema capitalista de mercado; aunque tal sistema ocupe una pequeñísima franja de tiempo en la historia socioeconómica de la humanidad, los juristas de la mayoría de países de la Europa continental tienen dificultades de concebir un ordenamiento jurídico no codificado o que no viva los procesos de descodificación como una grave patología frente a la que habría que luchar incansablemente. No en balde

es sobre la idea del Derecho codificado, fruto de un único legislador, que se estructura no sólo un modelo específico de juez y de actividad judicial (como es sabido el Derecho codificado permite creer que el juez a la hora de tomar sus decisiones tiene a mano unos instrumentos, las normas jurídicas, claros o de fácil uso, inteligibles incluso para un observador ajeno al proceso judicial), sino también, y lo que es más importante, un modelo de Estado o de la relación del Derecho con el poder.

Ahora bien, al igual que los estudiosos de la historia de la economía, como decíamos, nos muestran que el sistema capitalista de mercado es sólo un modelo económico más, algunos historiadores y filósofos del Derecho nos indican, sin lugar a dudas, que el Derecho codificado o el ideal del mismo es perfectamente escindible de la naturaleza del Derecho y que la aplicación de la ley no define todavía la actividad judicial.

Podríamos distinguir así, de un lado, las voces de muchos juristas y actores de la vida pública en España pero también en otros países de Europa, que consideran el momento actual del Derecho como una situación de degeneración de un modelo que surgió del liberalismo político y cuyo más claro exponente es el paulatino traslado del centro de gravedad del orden jurídico, por así decirlo, de manos de los políticos-legisladores a manos de los jueces. Esto es, se describe la realidad jurídica actual, caracterizada por la quiebra del principio de legalidad entre otras cosas por lo que Zagrebelsky ha llamado plásticamente «pulverización de ley»<sup>1</sup>, en clave de un retorno a concepciones del Derecho premodernas y poco vinculadas a los principios de racionalidad. Mientras que, de otro lado, otros juristas han visto en cambio en la desintegración de algunos de los principios jurídicos sobre los que se asienta el Estado de Derecho, a destacar como hemos dicho el principio de legalidad, la consagración de un nuevo modelo de Derecho, que abre un camino no necesariamente hacia el oscurantismo medieval.

En ese sentido, pensamos que puede resultar interesante, aquí, examinar, si bien someramente, esos períodos de tiempo o esos países en los que el Derecho no ha tenido un fuerte contenido legislativo y analizar si es cierto que de alguna manera la actualidad del Derecho se aproxima hoy a tales países o momentos históricos. En cualquier caso, si pretendemos obtener una visión general del mundo jurídico y en lo que nos interesa si queremos saber en qué consiste la función judicial, parece necesario tomar en consideración los contextos históricos en donde los jueces han tomado las decisiones propias de su cargo recurriendo a un sistema de fuentes poco parecido al nuestro. Es decir, deberíamos dirigir la mirada, bien, hacia los años anteriores a la revolución liberal, bien hacia esas sociedades lejanas a la tradición jurídica continental en busca de lo que podríamos denominar el juez premoderno, o, más estrictamente, el juez en el contexto del Derecho desformalizado.

<sup>1</sup> G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, trad. cast. Marina Gascón, Trotta, 1995, p. 744

## II. JUECES, PROFESORES Y LEGISLADORES

Desde una perspectiva histórica, como se ha dicho, un ordenamiento jurídico puede estar compuesto en su mayor parte por normas de validez general emanadas de un poder legislativo, como sucedía, por ejemplo, en muchos países de Europa a lo largo del siglo pasado, y entonces decimos que tal ordenamiento, que tal Derecho es legal, y que se compone de leyes; también puede suceder que el Derecho vigente en un determinado ámbito sociopolítico sea predominantemente consuetudinario, es decir, que esté integrado por costumbres, en este caso la relevancia de los jueces es máxima en la medida en que son ellos quienes fijan y formulan dichas costumbres. Finalmente, cabe la posibilidad de que un ordenamiento jurídico se componga principalmente de doctrinas creadas por los juristas y dotadas de fuerza vinculante. A este tercer tipo de ordenamiento podemos calificarlo como Derecho de juristas<sup>2</sup>.

Desde otro punto de vista, pero en esa misma dirección, podría decirse también que el examen de la historia jurídica de Europa puede describirse como el sucederse o alternarse de distintos grupos sociales en el control del Derecho. A veces, el Derecho estuvo en manos de los jueces, otras fue la expresión de la capacidad creadora de los legisladores y finalmente, en algunas ocasiones, el Derecho resultó ser primordialmente la obra de las escuelas jurídicas. Cabe aclarar, sin embargo, que dicho control sobre el mundo jurídico difícilmente se efectuaba o efectúa con exclusividad de un grupo social sobre los otros grupos, sino más bien con preeminencia o preponderancia, haciendo que en determinadas épocas un sector de los operadores jurídicos sobre el resto pueda ser considerado sin lugar a dudas como el de los verdaderos artífices del Derecho<sup>3</sup>.

Ejemplo por excelencia del Derecho que ha sido llamado de los juristas lo constituye el Derecho romano que, como es sabido, era un ordenamiento jurídico creado en gran parte por los técnicos en Derecho o jurisconsultos cuyos dictámenes además de guiar la labor de los gobernantes, a quienes en calidad de consejeros tratan casi en pie de igualdad, resultaban vinculantes para los jueces. Basta citar simplemente la figura del *ius respondendi*, a través del cual en el ejercicio de ese derecho los juristas ven revestidos sus dictámenes no sólo con el poder de su propia ciencia sino con la autoridad del Emperador, para valorar la trascendencia de los juristas en la Roma clásica.

---

<sup>2</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de historia del Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1979, p. 194. Para el profesor Tomás y Valiente, sin embargo, ejemplo de Derecho legal sería el Derecho actual, aunque parece evidente que hoy en día, como muestra GARCÍA-PELAYO, «la mayoría de prescripciones legales que afecta a nuestra vida, o a las condiciones de vida en comunidad, no han sido aprobadas por el Parlamento, sino establecidas por el gobierno, la Administración, las corporaciones de Derecho público». M. GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1977, p. 64.

<sup>3</sup> R. C. VAN CAENEGEM, *I signori del diritto*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 61

Por ello, la recepción de ese Derecho romano, recopilado en el *corpus iuris civilis*, en el siglo XI en Europa, comenzando por Italia y extendiéndose con posterioridad al resto del continente, no constituyó solamente el descubrimiento y la asunción de unas instituciones jurídicas que a los ojos del hombre medieval resultan extrañamente perfectas, sino también la aceptación de la idea de que los juristas son los conocedores y de alguna manera los dueños del Derecho. El ordenamiento jurídico romano, junto con el Derecho canónico y el Derecho feudal, conformarán el sustrato de un Derecho común que tendrá por tanto en los juristas académicos a sus principales artífices.

Concretamente, el *ius commune* estaba compuesto por opiniones y dictámenes, en gran parte contruidos sobre situaciones específicas, esto es, se trataba de un Derecho casuístico sobre la base del antiguo Derecho romano, especialmente del *Digesto*. En este caso, del mismo modo que ocurría con los dictámenes de los juristas en los tiempos del imperio romano, los llamados *consilia* de los doctores medievales van a tener fuerza obligatoria especialmente sobre los jueces, que se verán constreñidos a cumplirlos.

Sobre la base del *ius commune*, podemos, pues, calificar el largo período de la Baja Edad Media como «el tiempo de los juristas». El momento en el que los instruidos en Derecho se presentaban a los ojos de los gobernantes como los conocedores de un saber que tenía sus propios principios y reglas, constituyéndose así en lo que podríamos calificar de «elite científica», o como dice García Pelayo, un tercer tipo de nobleza: la llamada *militia litterata o doctoralis* formada por doctores, letrados y juristas<sup>4</sup>.

Los varios siglos de vigencia del *ius commune* en tantos países de Europa exige necesariamente hacer muchas matizaciones, tanto sobre el uso de ese Derecho por los juristas como sobre el rechazo del mismo en algunas zonas de Europa. Por otra parte, el término Derecho común no está carente de ambigüedad, lo que nos exige hacer algunas precisiones terminológicas.

Así, mientras podemos hablar, y así lo hemos hecho, de los siglos XI hasta el XV como el tiempo de los juristas docentes, a partir del siglo XV y casi hasta el siglo XVII se observará que los dueños del Derecho son cada vez menos los docentes para dejar paso a los juristas prácticos (jueces, consejeros del príncipe...). En cualquier caso, cabe señalar que la posición privilegiada de los juristas en el mundo del Derecho medieval no parece derivar sólo de una posible vinculación con el poder, sino principalmente de su carácter de expertos en Derecho, de conocedores de un saber que les permite descubrir la esencia de lo jurídico y que les hace hábiles en el arte de argumentar tópicamente.

Por otra parte, si el tipo de jurista que conoce el *ius commune* variara a través del tiempo, también lo hará el propio Derecho común en el

<sup>4</sup> M. GARCÍA PELAYO, *Los mitos políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1981, p. 380.

marco de los diversos países. En este sentido, al hablar de *ius commune* es necesario abrir un paréntesis para hacer referencia al uso de ese término en Inglaterra. Como ya hemos indicado, en toda Europa es posible identificar un Derecho común de raíz romana que se opone al *ius proprium*, es decir a las leyes y costumbres propias de los numerosos países, provincias y ciudades europeas. En Inglaterra, sin embargo, se usa también el término *ius commune*, o mejor *Common law*, para designar el Derecho común a todos los hombres libres del reino y más tarde para diferenciar el Derecho de corte jurisdiccional del Derecho elaborado por el legislador y denominado así *statute law*.

El transcurrir del tiempo demostrará cómo el Derecho romano tuvo escasa influencia sobre el Derecho inglés (a diferencia del Derecho escocés) y que éste, como una isla en medio del océano, se constituirá a lo largo de la Edad Media en Europa en un verdadero Derecho judicial, un Derecho casuístico (*case law*), que presentará importantes diferencias con respecto a los Derechos imperantes en el continente.

Finalmente, si queremos encontrar un ejemplo de un Derecho legal, tendremos que situarnos obviamente en los últimos años del siglo XVIII hasta nuestros días en el marco de la Europa continental, contexto espacio-temporal donde se van a desarrollar múltiples sistemas jurídicos de origen principalmente legislativo. A pesar de que ampliamente los estudiosos del Derecho nos muestren cómo los jueces, en cualquier ordenamiento jurídico, actual o pasado, nunca pueden considerarse absolutamente excluidos del proceso de creación del Derecho; la gran mayoría de las normas jurídicas que conforman los Derechos europeos a lo largo del siglo pasado, con la excepción del Derecho inglés, tienen su origen en el poder de los gobiernos y parlamentos. Estas normas constituyen, sin duda, la materia prima fundamental de las decisiones de los jueces, así como la base del orden social. Que el Derecho estuviera creado principalmente por legisladores supone una especial vinculación entre política y Derecho, desconocida en otras épocas de la historia. Los juristas ya no serán para los detentadores del poder aquellos conocedores de un saber que tiene una reglas propias, sino unos técnicos que pueden colaborar a los fines políticos a través de la instrumentalización de la ley.

### III. MÉTODO JUDICIAL Y MODELO DE JUEZ

Cuando los juristas son los dueños del Derecho, es posible imaginar que la figura del juez carezca por así decirlo de peso específico. Un juez será un mero agente del poder que, eso sí, en sus disquisiciones jurídicas, se encontrará subordinado a esos grandes estudiosos del Derecho, que pretendían tener, lo que podemos denominar, la esencia o la clave de lo jurídico.

En el marco de la cultura jurídica medieval, la labor de los juristas presenta lógicamente grandes diferencias con el modo de hacer de los juristas romanos clásicos y ello a pesar de que tanto el ordenamiento jurídico romano como el de la Baja Edad Media puedan ser calificados como sistemas jurídicos de origen doctrinal. Como indica Viehweg «la especial situación de la joven cultura medieval, como cultura hija de la Antigüedad, comporta, sin embargo, algunos matices suplementarios. La Edad Media se vio colocada, en primer lugar, ante la difícil tarea de tomar conciencia de una literatura tradicional, en parte extraña, y, además, de hacerla utilizable para su propia vida. Es por una parte juvenilmente falta de crítica, porque otorga a los libros toda su confianza, y, por otra parte, está llena de pretensiones, porque refiere, inmediatamente, el contenido de estos libros a sí misma y a su propia situación»<sup>5</sup>.

Con esas altas pretensiones, los juristas del *ius commune*, tanto académicos como prácticos, en la labor de interpretación de las normas jurídicas ante el clásico dilema entre la búsqueda de la voluntad del legislador o de la voluntad de la ley, debían desde luego contentarse con intentar descubrir el llamado espíritu de la ley, puesto que en cualquier caso la voluntad del legislador se perdía bajo el enorme peso de los siglos que separan el ordenamiento jurídico romano de su recepción. Ahora bien, el método interpretativo de los juristas medievales, si bien descarta esa búsqueda de la voluntad del legislador, no por ello se hace, como decíamos, menos pretencioso. La voluntad de la ley se convierte en la búsqueda de la *ratio iuris*, que para los juristas medievales estaba contenida sin duda en los textos romanos. Éstos por tanto son *ratio scripta*, que sólo necesita del exegeta que con el método adecuado sepa descubrirla y trasmitirla.

Así, desde una posición de privilegio, bien en sede académica o como asesores del príncipe, los juristas medievales intentan desvelar el entramado de un Derecho anterior que gozaba a sus ojos del don de la perfección. Utilizando el método exegetico, intentaban descubrir y explicar lo que casi se podría denominar las leyes naturales del Derecho, esa lógica intrínseca que atribuyen y pretenden descubrir en los antiguos textos romanos. Entre los juristas que tuvieron el *ius commune* como base de su estudio se suele distinguir entre la tradición del *mos italicus* y la tradición del *mos gallicus*, entre la perspectiva laica y humanista de este último y la confesional y tradicionalista del primero.

Los primeros estudiosos del Derecho romano tras producirse su recepción en el siglo XI utilizan, como es sabido, con el fin de descubrir y explicar el sentido de los textos justinianos el método de la glosa, esto es, pequeñas anotaciones escritas en los márgenes o entre las líneas de los textos romanos que constituyen breves aclaraciones al significado de cada pasaje. El método de los glosadores es un método incipiente y como hemos dicho exegetico y en todo caso casuístico. La tradición del *mos italicus* representa respecto a los primeros glosadores un primer cambio

<sup>5</sup> T. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, trad. cast. L. Díez-Picazo, Madrid, 1986, p. 100.

en la manera en que los estudiosos se aproximan a los textos romanos, cambio que se caracterizará por la mayor preocupación por la aplicación del Derecho y por una decidida y evidente orientación hacia los problemas prácticos<sup>6</sup>. Este carácter de los estudios jurídicos, orientados inmediatamente a la práctica, hará del uso de la tópica el modo de pensamiento propio de los juristas medievales, en tanto que procedimiento jurídico que prima la búsqueda y justificación de las premisas sobre las conclusiones o, como indica García de Enterría, «un pensamiento que opera por ajustes concretos para resolver problemas singulares partiendo de directrices o de guías que no son principios lógicos desde los que poder deducir con resolución, sino simples *loci communes* de valor relativo y circunscrito revelados por la experiencia»<sup>7</sup>.

A partir del siglo XVI, el llamado *mos gallicus* significará de nuevo un giro en el método de estudio y elaboración del Derecho por parte de los juristas. Como nos recuerda Viehweg, «la falta de sistemática del procedimiento, que es una de las características más importantes de la estructura tópica, fue también uno de los principales reproches que se hicieron al *mos italicus* desde el siglo XVI en adelante»<sup>8</sup>. Por ello, los estudiosos del Derecho, vinculados a la tradición metodológica del *mos gallicus*, tienen como punto de partida la consideración del Derecho romano como un ordenamiento admirable, pero no vigente, y por lo tanto un sentimiento cada vez más acusado de la necesidad de sistematizar y racionalizar el Derecho. Así, a partir del siglo XVI se apreciará, pues, en los juristas un paulatino distanciamiento de las fuentes romanas y canónicas frente al estudio de lo dicho por los comentaristas, así como un abuso del argumento de autoridad, es decir, del empleo de opiniones ajenas. El criterio más recomendado para encontrar la justa interpretación del Derecho será la llamada *communis opinio*.

El *mos gallicus*, en fin, se convertirá en la plataforma que permitirá una construcción del Derecho que se quiere, basado en la razón, a tenor de las extendidas corrientes iusnaturalistas y que a su vez desembocará en la codificación y con ella en el fin de la vigencia del *ius commune*. El Derecho de ahora en adelante será creado por el poder real o parlamentario, las pervivencias romanistas se diluirán definitivamente en los ordenamientos jurídicos nacionales con el final del Antiguo Régimen.

La modernidad hace posible, pues, que en muchos países un emergente grupo social se constituya en los nuevos señores del Derecho, en la medida en que se muestran capaces de controlar el proceso de producción normativa. Evidentemente, cuando el Derecho es obra de un legislador, éste pretenderá que los jueces en su toma de decisiones sean lo más respetuosos posible con el texto escrito y utilicen un método interpretativo que, a falta de claridad de las normas jurídicas busque la voluntad del legislador, aquello que quiso decir el redactor de la ley en el momento de

<sup>6</sup> Vid. F. TOMÁS y VALIENTE, *op. cit.*, p. 189.

<sup>7</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Prólogo al libro de T. VIEHWEG, *op. cit.*, pp. 14-15.

<sup>8</sup> T. VIEHWEG, *op. cit.*, p. 98

crearla. Así, el juez no dice el Derecho sino las palabras de la ley y se constituye en un simple intermediario entre la voluntad política y la realidad, un ente interpuesto entre el legislador y los ciudadanos.

El Derecho codificado es la conclusión de un proceso revolucionario, el logro efectivo de algunas de las aspiraciones del iusnaturalismo racionalista, concretamente del deseo de sistematizar y ordenar las instituciones jurídicas mientras que otras muchas aspiraciones, como aquellas que pretendían la anulación de la figura del juez a través de la provisionalidad de su cargo, quedarán por el momento excluidas del mundo jurídico. Con el Derecho codificado, cabe pensar que el jurista no necesita otro material para su trabajo que los códigos y que alrededor de ellos gira la actividad de cualquier operador jurídico. El Derecho se encuentra ya en unos textos; la labor del jurista es de nuevo exegética. El código no permite acudir a fuentes jurídicas anteriores a él mismo, constituye un punto y aparte, un nuevo comienzo que hace *tabula rasa* del pasado.

Ciertamente, entre el culto a los códigos a lo largo del siglo XIX y el culto al *corpus iuris civilis*, desarrollado en la Baja Edad Media, existen relevantes elementos comunes. Del mismo modo en que se usa la expresión «culturas del libro» o «religiones del libro» para referirse a aquellas culturas o credos religiosos que creen en una revelación recogida en un libro, podríamos hablar de «Derechos del libro» haciendo referencia de un lado al *ius commune* y de otro al Derecho codificado fruto de la revolución liberal. Ambos tienen claramente una idea en común, la esencia de lo jurídico está escrita, contenida, de una vez por todas, en unos textos que obligan al operador jurídico a interpretar las normas realizando siempre una reconstrucción hacia el pasado. Así, con grandes similitudes entre sí, los juristas que tras las codificaciones formaron la llamada escuela de la exégesis y los estudiosos del Derecho que vivieron bajo el imperio del *ius commune* comparten como punto de partida de sus estudios la idea de la existencia de un Derecho perfecto, que habría sido creado en un tiempo anterior. La perfección del Derecho se sitúa, pues, en el pasado y no en el futuro, la labor del jurista frente a esa mitificada «cima del Derecho» es la labor de un exégeta, de un analista que intenta descubrir y explicar el sentido de los textos justinianeos<sup>9</sup> o de los últimos códigos.

Del mismo modo en que ahora muchos juristas ven el período que va desde las grandes codificaciones europeas del siglo XIX hasta la Segunda Guerra Mundial como un período de gran seguridad jurídica al que en ciertos aspectos habría que volver, los juristas del largo período en que en Europa imperó el *ius commune* ven el pasado con nostalgia y actúan

<sup>9</sup> Para una completa definición de las «culturas del libro», véase M. GARCÍA-PELAYO, *op. cit.*, pp. 352 ss.

<sup>10</sup> «En relación con el enfrentamiento tópico entre lo viejo y lo nuevo resultan muy ilustrativas las consideraciones de CASTILLO DE BOBADILLA que como juez de Antiguo Régimen recoge y analiza TOMÁS Y VALIENTE para iluminar la cuestión de la aplicación del Derecho en España antes de la revolución liberal, «Castillo toma decidida postura en favor de lo pasado. El presente debe ser construido en función de las enseñanzas derivadas del ayer y, claro es, de ahí

desde la mitificación de las fuentes cual teólogos, es decir, con el método interpretativo del que se encuentra ante la verdad revelada ante un ordenamiento equitativo, técnicamente perfecto, completo, que contenía para cada caso la solución justa. En este sentido, entre glosadores y miembros de la escuela de la exégesis es posible hablar de una similitud en el método que se caracterizaría en ambos casos por ser inicialmente analítico, exegético y casuístico y por ir acompañado de una mitificación de las fuentes semejante, como ya hemos dicho, a la realizada por los teólogos. Bien puede afirmarse por tanto que la cultura laica de Occidente adopta esquemas y métodos propios de la cultura religiosa imperante en Europa. Se explica de esta manera que, como pone de relieve García-Pelayo, al cultivo de la jurisprudencia durante la Baja Edad Media se la denominará *religio iuris* y a sus cultivadores o juristas *iustitiae sacerdotes*<sup>11</sup>.

Sacerdotes del Derecho pues, unidos por «el sentimiento de estar ante la luz perdida y ahora revelada, de tener ante sí el *logos* jurídico hecho código, de haber encontrado, en fin, el libro decisivo y definitivo en el campo del Derecho, el libro dotado de verdadera *auctoritas*, es decir, el libro que, siendo la *ratio scripta*, fundamenta o ratifica un criterio, y que, una vez reconocido en su totalidad como la expresión de dicha *ratio*, sus preceptos particulares no valen ya, o no valen primariamente, por lo que dicen, sino por quien lo dice, es decir, por estar contenidos en el *Corpus Iuris*<sup>12</sup> o en los códigos fruto del liberalismo. Enormemente expresivas resultan a este propósito las palabras de Bugnet, miembro destacado de la escuela de la exégesis, cuando exclama «*je ne connais pas le Droit civil, j'enseigne le Code Napoléon*»<sup>13</sup>. En definitiva, la tarea del jurista que parte de la creencia de que el Derecho está escrito no puede consistir en otra cosa que en aclarar el texto literariamente mediante la «glosa», o captar su sentido mediante el «comentario» llevado a cabo con los métodos similares a los de la filosofía escolástica.

Antes del *Code Napoléon* o antes de la recepción del Derecho romano, al parecer de los juristas contemporáneos a ambos hechos históricos, no había más que caos, tenebrosidad, tiranía e incertidumbre políticas; después con la fuerza de la letra escrita que contiene la racionalidad jurídica rige un *nomos* ordenado, claro, justo y cierto, que funda y fundamenta el orden político<sup>14</sup>.

---

se infiere su firme desconfianza hacia todo lo que signifique novedades. Su actitud es la antítesis de la idea de fe en la razón y en su progreso a través de la Historia... sin embargo, se da en él una actitud de valoración positiva del legado cultural de los antiguos». F. TOMÁS y VALIENTE, «Castillo de Bobadilla. Semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen», *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 41, 1971, pp. 189 y 190.

<sup>11</sup> M. GARCÍA-PELAYO, *op. cit.*, p. 371.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> J. BONNECASE, *L'Ecole de l'Exégèse en droit civil*, Boccard, París, 1924, p. 16.

<sup>14</sup> *Id.* M. GARCÍA-PELAYO, *op. cit.*, p. 377. García-Pelayo más que del *Code Napoléon* o de la recepción del Derecho romano se refiere a las Constituciones liberales para señalar ese punto de inflexión que señala el paso entre el oscuro pasado y el ordenado y diáfano presente jurídico. Creemos no obstante que sus apreciaciones son claramente extrapolables a los supuestos que estamos examinando.

Muy diferente resulta en cambio cualquier análisis que queramos hacer sobre el Derecho inglés que hemos tomamos como ejemplo por excelencia de un Derecho creado por los jueces. Si examinamos el jurista que nace del seno de la cultura anglosajona, es evidente que nos encontramos más ante un juez que ante un estudioso académico del Derecho. Un juez, eso sí, con un innegable poder político en la medida en que está capacitado para delimitar lo que es el Derecho con independencia de libros sagrados o de culto y, por tanto, puede perfectamente prescindir de búsqueda alguna, ni siquiera retórica, de la voluntad del legislador.

El origen del sistema jurídico inglés, como es sabido, es de carácter consuetudinario. Sin embargo, ya apuntábamos antes que las costumbres entendidas como normas jurídicas tienden a transformarse en normas jurisprudenciales. Señala Lombardi Vallauri, en este sentido, que difícilmente una norma consuetudinaria podrá ser aplicada por los jueces conservando su propia naturaleza consuetudinaria pura. De hecho, esto podrá suceder una primera vez; pero al aplicarla los jueces la formularán explícitamente, y los jueces sucesivos la aplicarán en cuanto aplicada y formulada por los primeros, es decir, como una norma judicial<sup>15</sup>.

Así, cuando las costumbres se disuelven en las interpretaciones de los jueces y se ven desplazadas del ordenamiento por los precedentes judiciales y también por las normas de origen legislativo entra en juego una de las características por excelencia del sistema jurídico-político inglés, el llamado «absolutismo parlamentario», es decir, la exaltación del Parlamento como única representación de la soberanía del Estado. Dicho absolutismo se concentra en la idea de que ningún Parlamento puede vincular a un Parlamento futuro o puede estar vinculado por un Parlamento anterior. El absolutismo parlamentario tiene dos consecuencias inmediatas: no permite, de un lado, la formulación de un texto constitucional o de una declaración de derechos en la medida en que una Constitución rígida se impondría en muchas ocasiones por encima de la voluntad del Parlamento concreto. De otro lado, consecuentemente y en lo que nos interesa, la soberanía absoluta de la cámara de representantes no permite que ningún juez pueda negarse a aplicar una ley por considerarla contraria a los principios fundamentales del *common law*, es decir, se impide cualquier control de constitucionalidad por parte de los jueces<sup>16</sup>.

Paradójicamente, sin embargo, el «absolutismo parlamentario», o la visión del legislador como la máxima autoridad en el organigrama de poderes del Estado, no ha constituido históricamente en Inglaterra límite suficiente para que el poder judicial pudiera actuar como contrapoder frente a la fuerza del poder legislativo. La trascendencia política de los jueces ingleses se ha visto continuamente alimentada gracias a la tradicional cesión a éstos de un enorme poder interpretativo<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Vid. L. LOMBARDI VALLAURI, *La scienza giuridica como filosofia del diritto*, Teorema, Firenze, 1974, p. 172.

<sup>16</sup> R. C. VAN CAENEGEM, *op. cit.*, p. 24.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 30.

El principio que regula la actividad interpretativa de los jueces ingleses ha sido históricamente el denominado principio de exclusión, a través del cual los jueces están vinculados a la letra de la ley, con prohibición absoluta de acudir a otros textos que pudieran ayudarles a desvelar las intenciones del legislador. Si la operación de interpretación concluye con un resultado absolutamente contrario a la voluntad del legislador carece de importancia, o, dicho de otra manera, no es un problema del que el juez se deba ocupar. Con esta teoría de la interpretación, como indica Van Caenegem, los tribunales ingleses han pretendido históricamente proteger a los ciudadanos de la ambigüedad o incertidumbres de la ley, consiguiendo, por otra parte, que fuera el legislador quien durante la época medieval, por ejemplo, si pretendía una verdadera eficacia de las normas que dictaba, consultara previamente a los jueces sobre su redacción<sup>18</sup>.

Más tarde, aunque se perderá la práctica de que los legisladores consulten a los jueces sobre los términos de las leyes, éstos seguirán presentándose durante siglos como los mejores y últimos interpretes de la ley.

Es evidente que también en el caso inglés los jueces creen que el núcleo o la esencia del Derecho se encuentra en el pasado y no en el futuro. Ahora bien, en un pasado mucho más remoto que el constituido por el *code Napoléon* para los juristas de la escuela de la exégesis, un pasado extremadamente remoto en cuanto el precedente como vínculo judicial requiere una reconstrucción de la fuente primigenia de las reglas jurídicas que no tiene límite en el tiempo. Para los juristas ingleses no existe diferencia entre el Derecho antiguo (*droit ancien*) y el Derecho actual (*droit nouveau*), sino que el Derecho es, como se ha dicho, a los ojos de los juristas británicos un *continuum*.

El ordenamiento jurídico inglés, como ejemplo de un Derecho creado y gestionado por los jueces, y el *ius commune*, como muestra de un Derecho elaborado y desarrollado principalmente por los juristas docentes, mantienen, sin embargo, ciertas similitudes metodológicas por encima de la diferencia principal que radica en el origen respectivo de sus normas. Estas similitudes podrían concretarse en la manera tópica y asistemática con que tanto los juristas anglosajones como los juristas medievales del continente europeo se enfrentaban a la tarea de decir el Derecho. El *ius commune* y el Derecho inglés son eminentemente casuísticos, es decir, se basan sobre la resolución de problemas concretos, haciendo amplio uso de tópicos o lugares comunes. Frente a ambos modelos de Derecho, los ordenamientos jurídicos que giran en torno al ideal de la codificación presentan como carácter diferencial el propio sentido del proceso codificador, que quiere significar el triunfo del orden sobre la asistematicidad, de la uniformidad sobre la pluralidad, del método matemático-cartesiano sobre el método prudencial-aristotélico, que pretende constituir en definitiva la racionalización última de las fuentes.

---

<sup>18</sup> *Ibid.*, pp. 20-21.

Este sentido intrínseco del proceso codificador tiene sus consecuencias en la teoría de la interpretación y de la aplicación del Derecho que de él deriva, puesto que una vez que la codificación es un dato fáctico, la ideología que la hizo posible también determinará en cierta medida el modelo de actividad judicial que el nuevo orden va a requerir. Estamos hablando del conocido modelo interpretativo propuesto por la escuela de la exégesis y otras corrientes afines. Modelo que supondrá que el método tópico de interpretación y aplicación del Derecho, unido como hemos visto de manera casi inextricable a la labor de juez a lo largo de la historia, pueda declararse superado por un nuevo paradigma metodológico, representado por el modo de pensar sistemático-deductivo.

Mucho se ha hablado sobre este archiconocido modelo de racionalidad, que se concretaría en la llamada teoría de la subsunción como producto de ese modo de pensar deductivo. Para el propio Viehweg, aplicar ese nuevo paradigma metodológico, unido íntimamente a la idea de sistema, a la actividad del jurista, sería un error que la modernidad habría introducido en los ordenamientos jurídicos. En sus propias palabras, «mientras unas disciplinas pueden encontrar unos principios objetivos seguros y efectivamente fecundos en su campo, y por eso pueden ser sistematizadas, hay otras en cambio que son insistematizables, porque no puede encontrarse en su campo ningún principio que sea al mismo tiempo seguro y objetivamente fecundo. Cuando este caso se presenta, sólo es posible una discusión de problemas. El problema fundamental previamente dado se hace permanente, lo que en el ámbito del actuar humano no es cosa inusitada. En esta situación se encuentra, evidentemente, la jurisprudencia»<sup>19</sup>. Para Viehweg, es conocido, el mundo jurídico nunca se debió alejar del modo de pensar tópico.

Lo cierto, sin embargo, es que la tópica nunca fue radicalmente extraña a la actividad judicial. La teoría de la subsunción constituye, ante todo, un mala descripción con pretensiones prescriptivas de la realidad, que intenta subrayar la importancia de la deducción, imprescindible en todo pensamiento tópico o no y oscurecer la importancia y dificultad de la selección de las premisas, que resulta en definitiva una tarea ineludible para el juez.

Derecho inglés, Derecho común o Derecho continental codificado muestran claras y aun permanentes diferencias, pero también múltiples puntos en común; tal vez si tuviéramos que resaltar algo que finalmente los une, podríamos hacer una apreciación de carácter sociológico. La actividad de los juristas y concretamente la actividad judicial en el marco de estos tres diferentes ordenamientos jurídicos resulta, no demasiado sorprendentemente, siempre revestida de un indudable carácter conservador<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> T. VIEHWEG, *op. cit.*, p. 141.

<sup>20</sup> R. TREVES, *La sociología del Derecho, orígenes, investigaciones, problemas*, trad. cast. M. Atienza, M. J. Anón, y J. A. Pérez Lledó, Ariel, Barcelona, 1988, cap. VIII, ap. 44.

Históricamente, jueces, profesores y legisladores han sido los dueños y señores del Derecho. Cuando el legislador produce el Derecho, su vinculación con el poder es clara. Sin embargo, cuando son los jueces o los académicos los señores del Derecho, todavía no podemos deducir que entre el mundo jurídico y el mundo político exista una oposición. Ambos grupos no pueden calificarse sin más como contrapoderes dentro del esquema u organización del poder estatal. Es sabido, por ejemplo, que el Derecho romano recibido a partir del siglo XI fue interpretado sin dificultad por los glosadores y comentaristas en clave autoritaria como desde luego convenía a los emperadores del bajomedievo. La alianza patente entre los emperadores y los juristas del Derecho común ilustra el tradicional apoyo recíproco entre el poder político y el poder técnico de los expertos en Derecho.

Sin duda, en muchas épocas históricas (lo contrario son sólo excepciones), entre estudiosos del Derecho, jueces y detentadores del poder ha existido cierta identificación, cuando no total coincidencia, en los valores e ideología<sup>21</sup>. Tal vez por su extracción social, a menudo idéntica a la extracción social de los detentadores del poder o tal vez por la propia actividad judicial e interpretativa que requiere ese esfuerzo de reconstrucción hacia el pasado, frecuentemente en torno al valor de seguridad jurídica como fundamento, lo bien cierto es que los señores del Derecho han estado históricamente vinculados al poder. Aun disfrazando su labor con la objetividad del científico o con la asepsia del que sólo transmite conocimientos que él no ha creado, los juristas han seguido el paso de los gobernantes o de los sectores más conservadores de la sociedad, sea cual sea el ordenamiento jurídico que estemos examinando.

#### IV. JUECES Y LEGISLADORES EN LA ESPAÑA MEDIEVAL

Dentro de las grandes tendencias jurídicas europeas y en los siglos anteriores al desarrollo del pensamiento político ilustrado en Europa, el caso español constituye un punto y aparte. La concepción del Derecho que predominará en nuestro país, así como el grupo social o grupos sociales que controlarán el Derecho durante siglos, poco tienen que ver con esa concepción del Derecho propia del *ius commune* o con ese dominio del Derecho por parte de los juristas docentes. Tampoco en lo referente a nuestro mundo jurídico anterior al siglo XVIII encontramos muchos puntos de conexión con lo que podríamos llamar el modelo inglés de creación y aplicación del Derecho.

En este último sentido y de modo casi anecdótico, cabría indicar simplemente que en la España castellana y en torno al siglo XIII, nace y

---

<sup>21</sup> «El primer mandato del “buen Corregidor” consistía en identificarse con los principios organizativos de la sociedad en que vivía y del Estado al que servía» (F. TOMÁS y VALIENTE, *Castillo de Bobadilla...*, op. cit., p. 200).

muere un único y breve «ensayo judicialista», que constituirá nuestra experiencia más próxima al sistema anglosajón. Se trata como decimos de un breve período de tiempo que en términos jurídicos estaría caracterizado porque la creación del Derecho correspondió a aquellos encargados de dirimir los litigios, es decir, a los jueces que actuaban con arreglo a la costumbre y a lo que se denomina «sentido común». El método jurisprudencial fracasa en Castilla por razones varias, probablemente, como indica Jesús Lalinde, por la impureza del sistema, la precocidad de su instauración y el abuso nobiliario en su utilización<sup>22</sup>.

Lo bien cierto, sin embargo, es que la historia jurídica de Castilla, a excepción de ese breve período, se va a caracterizar toda ella por el predominio del autoritarismo como factor político, así como del decisionismo o voluntarismo en materia jurídica. Ambas características, de un lado, cerrarán el camino al desarrollo de una tradición judicial al estilo inglés, en la medida en que provocan la pronta y total relegación de la costumbre y consecuentemente la disminución de la capacidad creadora del juez. De otro lado, abrirán la posibilidad de configuración de un modelo de juez con una doble naturaleza: como oficial real absolutamente subordinado al superior y en última instancia al monarca<sup>23</sup> como juez dueño y señor del proceso en el que puede decidir con un amplio margen de arbitrio<sup>24</sup>. Es también bajo la influencia del autoritarismo político y el decisionismo jurídico que cabría interpretar los continuos intentos que se producen en los reinos castellanos de legalizar el *ius commune*, es decir, de hacerlo expresión de la voluntad del detentador del poder<sup>25</sup>.

Pero frente a Castilla, en otras zonas de España, como la Corona de Aragón o Navarra, la situación va ser muy diferente. Aquí el gobernante no «decide» sino que «acepta» unas normas que la propia comunidad que dirige se ha forjado en el transcurso de su historia y actúa entonces

<sup>22</sup> J. LALINDE ABADÍA, «La creación del Derecho entre los españoles», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 36, (1966), pp. 307-377.

<sup>23</sup> En este sentido pone de relieve TOMÁS Y VALIENTE cómo el sistema jurídico-político de la época entronizaba el voluntarismo como principio, aunque, por supuesto, con una rígida jerarquización entre las voluntades dotadas de poder, en función de su mayor o menor distancia respecto a la voluntad suprema y casi absoluta del rey (F. TOMÁS Y VALIENTE, *Castillo de Bobadilla...*, *op. cit.*, p. 217).

<sup>24</sup> También respecto al arbitrio judicial en el Antiguo Régimen la experiencia de Castillo de Bobadilla es muy ilustrativa. TOMÁS Y VALIENTE la resume así: «el juez tenía en cada caso que apreciar circunstancias que individualizaban los supuestos de hecho, y en función de las cuales él, y no directamente la ley, acrecentaba o disminuía la pena legal, imponiendo de este modo al condenado una pena, que por no ser la determinada por la ley, sino la derivada del libre arbitrio judicial, era denominada pena arbitraria. En este terreno, la doctrina fue construyendo casuísticamente cómo y cuáles eran tales circunstancias de hecho, y hasta qué punto debían pesar en el ánimo judicial para modificar la pena legal» (F. TOMÁS Y VALIENTE, *Castillo de Bobadilla...*, *op. cit.*, p. 213). El propio juez podía negar la apelación contra sus sentencias condenatorias, por otra parte, el recurso de apelación no suspendía la sentencia, existía, en fin, la famosa doctrina de Derecho común, de que en materia de delitos muy atroces los jueces pueden transgredir tanto la ley penal como la ley procesal (F. TOMÁS Y VALIENTE, *Castillo de Bobadilla...*, *op. cit.*, pp. 218-231).

<sup>25</sup> J. LALINDE BADÍA, *op. cit.*, pp. 337 ss.

con arreglo a ellas. El decisionismo castellano, limitado solamente por las teorías del iusnaturalismo católico, propias de nuestra tradición filosófico-jurídica, contrasta con una concepción del Derecho que bien se podría calificar como de normativismo historicista. Esta concepción jurídica se concretaría, como ha sido dicho, en la exaltación de la costumbre como base normativa, el concepto pactista de ley, el reconocimiento moderado de la jurisprudencia y la ausencia de cualquier transcendentismo jurídico<sup>26</sup>.

En todo caso, la tendencia jurídica que prevalecerá finalmente en España como consecuencia de la propia historia de nuestro país no será otra que ese decisionismo autoritario y, como señala Jesús Lalinde, de carácter transcendentalista. Como ya hemos indicado, que el Derecho sea concebido como decisión del detentador del poder, será fundamental también a la hora de configurar el modelo de juez en este sentido, bien puede afirmarse que en España el juez no tiene otro pasado que no sea el de funcionario de la Administración estatal, agente real u oficial del monarca. Basta pensar en que a lo largo de todo el Antiguo Régimen las garantías respecto a la recta administración de la Justicia no consistían en las vías de impugnación de las sentencias de los órganos inferiores, sino en el control administrativo sobre los oficiales reales (corregidores). Dicho de otra manera, dentro de un sistema jurídico con proceso penal inquisitivo, autoritario y arbitrario, la posición procesal del reo es claramente débil, desigual y poco eficaz. Si el juez tiene algo que temer será por lo que haga no en cuanto juez, sino de lo que se deriva de su condición de oficial real<sup>27</sup>.

Así, el principal temor de un juez de primera instancia del Antiguo Régimen para el caso de que se excediera en su amplísimo (pero legalmente indeterminado) arbitrio judicial, era la sanción del superior. Pues, como indica Tomás y Valiente, una ordenación social rígidamente jerarquizada, un sistema autoritario, hace que cada individuo tema al de arriba, porque así, de arriba a abajo, circula el poder<sup>28</sup>. El único límite de cada esfera de poder es en tal sistema el poder de la esfera superior.

Los magistrados españoles del Antiguo Régimen, entonces, a diferencia por ejemplo de los jueces franceses del mismo período, no podrán interpretar, ni completar, las normas legales. Su estricta observancia de los términos de la ley estaba estrechamente vigilada por el monarca. Por otra parte, los jueces españoles nunca formarán una casta cerrada y autónoma sino más bien y tradicionalmente una carrera burocrática, además de carecer del famoso derecho de registro de las normas emanadas del poder real, derecho que sus colegas franceses usaron ampliamente en los años anteriores a la revolución.

<sup>26</sup> *Ibid.* p. 338 ss

<sup>27</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Castillo de Bobadilla...*, *op. cit.*, p. 214.

<sup>28</sup> *Ibid.* p. 215

Todo ello nos lleva a concluir que, mientras en Francia y en otros países de la Europa continental el paso del Antiguo Régimen al Nuevo Régimen en lo referente al control del Derecho por los jueces o los juristas va a significar un cambio radical, en España, especialmente en torno a la figura del juez; como indica Toharia, no cabe apreciar más que una sustancial continuidad. «Con algunos retoques de detalle la organización de la justicia de la España del Antiguo Régimen era básicamente una prefiguración *avant la lettre* de los esquemas judiciales introducidos por la Francia revolucionaria como antídoto contra la prepotencia de los Parlamentos de Justicia. No había, por tanto, necesidad de una remodelación *a radice*: así, los Parlamentarios de Cádiz pueden con justicia proclamar en el prólogo a la Constitución de 1812 el haberse abstenido de introducir ninguna modificación sustancial en la manera en que la Justicia es administrada. Simplemente, no era necesaria»<sup>29</sup>.

## V. JUECES Y LEGISLADORES EN LA ESPAÑA ACTUAL. BREVES CONSIDERACIONES FINALES

Intentar trasladar a la situación presente lo hasta ahora dicho en estas breves notas sobre interpretación y aplicación del Derecho no nos lleva más que a manifestar ciertas perplejidades a ese respecto y señalar pocas similitudes entre nuestra realidad jurídica y las realidades que sucintamente hemos analizado.

En primer lugar, el Derecho español contemporáneo, al igual que otros muchos ordenamientos jurídicos actuales se caracteriza por una pluralidad de centros de creación normativa, que hacen imposible establecer la hegemonía de algún grupo sobre los otros en la creación de Derecho. Dicho de otra manera, hoy cabe afirmar que la mayoría de normas que conforman nuestro ordenamiento no tienen origen exclusivamente legislativo ni predominantemente jurisprudencial, ni tampoco desde luego doctrinal.

El Parlamento, hace ya décadas, perdió el monopolio de la producción del Derecho, seguramente porque el paso de una sociedad estable y regulable con normas constantes a una sociedad en rápido movimiento exige también una adaptación de las propias normas a la movilidad social, un cambio en el que el Parlamento se ha visto superado por otros centros de producción normativa más ágiles en dar respuesta a las demandas sociales.

En lo que respecta a la jurisprudencia de los tribunales, su enorme relevancia es, no cabe duda, la gran novedad que el Derecho continental muestra en la segunda mitad de este siglo. Los jueces en nuestro país y en otros muchos de nuestra área cultural se han convertido, gracias a la

<sup>29</sup> J. J. TOHARIA, *El juez español. Un análisis sociológico*, Tecnos, Madrid, 1975, p. 31.

existencia de Constituciones rígidas y de mecanismos creados para la protección de las mismas, en jueces todos ellos constitucionales. Es decir, los jueces españoles no sólo juzgan las controversias que se les presentan teniendo como norma suprema la Constitución sino que deben también juzgar las leyes y valorar así su constitucionalidad. Pero no obstante la relevancia inusitada en nuestra cultura de la función judicial, plasmada día a día en las discusiones de los actores de la vida pública, no podemos afirmar consecuentemente que nuestro sistema ha entrado en la órbita de los ordenamientos jurídicos de origen jurisprudencial al modo inglés. El Derecho español todavía carece de la elevada consideración del precedente que caracteriza los Derechos de raíz anglosajona. En nuestra cultura jurídica, permanece viva, pues, la diferencia entre el Derecho nuevo y el Derecho viejo.

Tal vez entonces la novedad más importante que caracteriza los ordenamientos contemporáneos respecto de otros ordenamientos jurídicos históricos sea esa pluralidad de centros de producción normativa, que evoca la dispersión jurídica de los años anteriores a la codificación o de los años anteriores a la recepción del Derecho romano, pero que se diferencia fundamentalmente por la existencia de un texto normativo, la Constitución, que parece situarse como árbitro en el juego de los múltiples intereses sociales y como marco y límite de cualquier ejercicio del poder y de cualquier actividad creadora de Derecho. En una situación así, el peligro o la proximidad con algunos de los esquemas jurídicos que hemos barajado no parece otro que la consideración cuasisacra de ese libro, de ese texto normativo que es nuestra Constitución, que podría verse convertida de nuevo en la *ratio scripta*, que tan sólo exige exégesis y veneración.