

I. LA JUSTICIA: ASPECTOS HISTÓRICOS

ACERCA DEL FRUTO DEL ÁRBOL DE LOS JUECES. ESCENARIOS DE LA JUSTICIA EN LA CULTURA DEL *IUS COMMUNE*

Jesús VALLEJO

Profesor titular de H.^a del Derecho
Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. Preámbulo.-2. Los nueve elementos del *arbor iudicum* de Juan de Matienzo.-3. Una eterna voluntad de autor divino.-4. Ambivalencia de la corporación.

1. PREÁMBULO

PLANTEARSE qué es la justicia en la época del derecho común es plantearse qué es la justicia en la cultura jurídica vigente en Occidente en el Antiguo Régimen, antes de que los procesos revolucionarios de fines del siglo XVIII y principios del XIX iniciasen modificaciones al cabo radicales en el terreno de la comprensión del derecho. Es plantearse por tanto qué fue la justicia en la cultura jurídica inmediatamente anterior y contigua a la presente, y es precisamente en ese contraste de contigüidad donde puede hallarse la poca o mucha utilidad que a esta exposición pueda atribuírsele.

El *ius commune* pertenece a una cultura que agoniza en el señalado momento revolucionario; lo que ya es más complejo es señalar el momento en el que nace ese modo de entender el derecho. Y no porque no se puedan poner fechas bastante aproximadas al florecimiento del estudio del derecho romano justiniano en el seno de la cristiandad latina occidental, a los primeros pasos de la escuela de Bolonia desde finales del siglo XI, a la expansión de sus logros y sus métodos, a los acontecimientos políticos que propiciaron la creación de un espacio común para un derecho también de entendimiento común (1). La duda razonable no se

AFDUAM 2 (1998), pp. 19-46.

(1) Para una reciente puesta al día, ENNIO CORTESE: *Il Diritto nella Storia Medievale* (2 vols.), Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1995, superadora de la más valorativa y breve obra anterior del

refiere a la existencia y datación de tales cambios, sino a su significación, pues seguramente no supusieron una alteración radical de mentalidad (2). Las ideas más básicas, las concepciones más sustanciales, más fundamentales, más conformadoras en el alto medievo de una determinada manera de ver las cosas y entender la posición de cada una de ellas en un orden recto, derecho y justo, siguieron en el fondo inalterables, vivas y presentes con los nuevos ropajes de la técnica jurídica de raíz romana, y visibles todavía tras los velos de la sutileza de los conceptos, del riquísimo juego que ofrecen la precisión o la ambigüedad calculadas de los términos, de la eficacia de los modos de argumentación. Si esto es así, y lo más seguro es que lo sea, poco debió variar en lo básico, al menos desde fines de la antigüedad y hasta los albores del mundo contemporáneo, el concepto o la idea de justicia (3).

Como hacer tan larguísima historia es ahora imposible, ni siquiera lo intentaremos aquí. No será ese nuestro modo de acercarnos al concepto, sino otro mucho más directo. El *ius commune* es de desarrollo y conformación jurisprudencial. Es un derecho construido básicamente por juristas de altísima preparación técnica sobre la base de sus textos de autoridad. Estos textos que sirven de punto de partida, de donde los juristas toman términos, conceptos, modelos de argumentación, son desde luego jurídicos (sobre todo y en primer lugar la compilación justiniana), pero no sólo: son también los textos de las sagradas escrituras, son igualmente los textos de los «sabios antiguos», los que la tradición había podido salvar o iba poco a poco recuperando de la antigüedad clásica; son también, claro está, los textos de la patrística, y poco a poco lo van asimismo siendo las obras interpretativas de los propios juristas, con las que se va incrementando de modo continuo el *corpus* textual que debe atenderse.

Prestemos entonces directamente atención a la jurisprudencia. Se trata de obras costosísimas de leer porque presuponen un determinado lector que ya no existe, con un bagaje de conocimientos que hoy no se tiene, con un conjunto de representaciones mentales comunes con el autor que hoy hemos sustituido por otras, con un modo de argumentar no sistemático, sino tópico o contextual que a nuestros ojos parece continuamente incurrir en contradicciones flagrantes, dejar preguntas sin respuestas, avanzar a saltos, atender a la nimiedad particular dejan-

mismo autor, *Il rinascimento giuridico medievale* (1992), Roma, Bulzoni, 2.^a ed. revisada 1996. Y es de justicia citar en esta nota inicial la más clásica obra de Ennio Cortese, atinente a nuestro objeto de *iustitia* desde sus capítulos iniciales: *La norma giuridica. Spunti teorici nel Diritto comune classico* [Milano] Giuffrè, 1962 y 1964 (2 vols.).

(2) CARLOS PETIT y JESÚS VALLEJO: «La categoría giuridica nella cultura europea del Medioevo», en PERRY ANDERSON, MAURICE AYMARD, PAUL BAIROCH, WALTER BARBERIS y CARLO GINZBURG: *Storia d'Europa, III: Il Medioevo. Secoli V-XV* (a cura di Gherardo Ortalli), Torino, Einaudi, 1994, pp. 721-760.

(3) PAOLO GROSSI: *El orden jurídico medieval* (1995), Madrid, Marcial Pons (traducción de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Prólogo de Francisco Tomás y Valiente), 1996, en especial la insistencia en «los signos de la continuidad» en el capítulo VI.

do sin resolver el acercamiento general (4). No estamos sólo ante un modo distinto de concebir el derecho, sino también ante un modo distinto de concebir la concepción del derecho. Hagamos el esfuerzo de entenderlo a través de los escritos de aquellos juristas.

Y empecemos por una obra sola, sin meternos todavía en el berenjenal de las escuelas, de la lectura simultánea de glosas y comentarios diversos y de la consiguiente compulsión de orígenes e influencias. Huyamos de momento también de la aridez del discurso escolástico, de esas extensas *repetitiones* y *lecturae* de erudición asombrosa, por cuyo abrupto camino sólo pueden avanzar con aprovechamiento quienes han sido entrenados en el arte de no perder nunca la senda de la argumentación a pesar de los obstáculos continuos que suponen las tan poco expresivas referencias, las oscurísimas citas y los aún más enigmáticos sobreentendidos. Guardémonos además por ahora de las obras y autores reconocidos como cimeros, atrincherados siempre detrás de una tan soberbia batería de literatura secundaria que cuando por fin alcanzamos sus textos y nos disponemos a atacarlos descubrimos a veces que, andanada tras andanada, nuestras armas originarias se han quedado en el camino y que casi carecemos ya de capacidad para desarrollar un análisis propio. Acudamos a un jurista reflexivo pero conocedor también de la práctica jurídica; que sepa de la vida del foro y que participe en ella, tanto al menos como para no hacernos sospechar que la abstracción de su discurso sea para él la única cara que el derecho presenta; demos por hecho que un continuo testigo de la crudeza diaria del tribunal no dedicará su pluma a hueras sutilezas o a florituras ingeniosas cuando se empeñe en escribir acerca del orden jurídico, y que si se aplica a las grandes palabras es porque las estima esenciales. Elijamos a un autor a quien tocara vivir un momento de madurez en la ciencia profesada, lector por necesidad de sustanciosos volúmenes cuyos autores han dejado muy atrás la etapa de los primeros balbuceos. Y reduzcamos aún más las dificultades: reconozcamos nuestra medianía como lectores de esta literatura y busquemos en la biblioteca que estas obras conforman un libro de páginas acogedoras, con muchos diálogos e incluso, si es posible, con imágenes.

Juan de Matienzo compone a mediados del siglo XVI su *Dialogus Relatoris et Advocati Pinciani Senatus* (5). Son nuestro autor y nuestra obra. Matienzo, que

(4) THEODOR VIEHWEG: *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung* (1953), München, C. H. Beck, 5. Auflage 1974. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO: *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.

(5) *Dialogus relatoris et advocati Pinciani senatus. In quo varia hinc inde proponuntur & longe controuertuntur ad renunciatorum, aduocatorum, & iudicum munera: eorumque dignitatem & eminentiam spectantia, eorumdemque ad electionem probe faciendam plurima aduertuntur. Auctore Iohane Matienzo in iure Caesareo designato eiusdemque senatus causarum expositore. Pinciae. Excudebat Sebastianus Martinez. M.D.L.VIII. Cum priuilegio.* Manejo ejemplar de la Biblioteca Universitaria de Sevilla, sig. 57/35, y consulto otro de edición posterior, la también vallisoletana de 1604, ejemplar de la misma Biblioteca, sig. 136/32.

no es escritor de obra única, muestra en la que nos ocupa el alcance y profundidad de sus reflexiones sobre el derecho. No ha sido en estos aspectos considerada la suya una obra sobresaliente, pero de ello deriva precisamente su representatividad (6). Matienzo fue jurista en el terreno del pensamiento, autor de doctrina, intérprete entonces, jurisprudente. Mas fue también jurista en el terreno de la acción, con experiencia en la práctica, jurisperito: ejerció como relator en la Audiencia y Chancillería de Valladolid, allí donde sitúa a sus personajes (7). En cuanto a éstos, se trata de un relator que muy bien pudiera ser trasunto del autor, y de un abogado que es quien continuamente excita la discusión y quien justifica el discontinuo discurso de su oponente. Ambos dialogan larguísima-mente, al principio acerca de relatores y abogados, enseguida sobre jueces, y a su propósito sobre otros muchos asuntos que afectan al núcleo de lo jurídico (8). Bien puede afirmarse que en extensos pasajes la conversación, que se desarrolla en el latín propio del jurista culto, tiene como general objeto la justicia y el derecho. *De iustitia et iure* versa sobre todo su tercera parte, la que tiene como centro a la figura del magistrado, la más extensa (casi exageradamente) de las cuatro que integran la obra.

En los pasajes iniciales del primer capítulo de esa *Tertia Pars Dialogi*, el relator, asimilando la dignidad de su oficio a la de los jueces y poniéndola por encima

(6) Es afirmación que no pretende generar discusiones, pues es absolutamente coherente con el estado actual de la investigación: en su mayor parte, en la que precisamente nos interesa, el *Dialogus* de Matienzo trata de la condición del magistrado; y el mejor conocedor de la figura del oficial público en la Castilla bajomedieval y moderna, que es a la vez y necesariamente el mejor conocedor de la literatura jurídica y política afectante a la materia, ha podido construir siempre sus sólidas monografías sin el concurso de la obra de Matienzo: JOSÉ MARÍA GARCÍA MARÍN: *El oficio público en Castilla durante la baja Edad Media* (1974), Madrid, 2.^a ed., Instituto Nacional de Administración Pública, 1987; del mismo, *La burocracia castellana bajo los Austrias* (1977), Madrid, 2.^a ed., Instituto Nacional de la Administración Pública, 1986, y también del mismo, *Monarquía Católica en Italia. Burocracia imperial y privilegios constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, toda cuya primera mitad reconstruye «el modelo histórico del funcionario público en Castilla».

(7) De su peripecia vital también es irregular la huella en las obras instrumentales más accesibles: no se le recuerda en GERMÁN BLEIBERG (dir.): *Diccionario de Historia de España* (1952), Madrid, Alianza, reimp. 1986, pero sí en MIGUEL ARTOLA: *Enciclopedia de Historia de España, tomo 4, Diccionario biográfico*, Madrid, Alianza, 1991, quedando, tal vez por error, anónima la breve aportación biográfica.

(8) Sobre el escenario y sobre los personajes ha de acudirse a la obra de Carlos Garriga, primero valorando el estado de la cuestión en obras ajenas («Observaciones sobre el estudio de las Chancillerías y Audiencias castellanas (siglos XVI-XVII)», en BARTOLOMÉ CLAVERO, PAOLO GROSSI y FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE (eds.): *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales. Atti dell'incontro di studio*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 757-803), y luego construyéndolo por sí mismo [*La Audiencia y las Chancillerías castellanas (1371-1525). Historia política, régimen jurídico y práctica institucional...*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994]. Abre últimamente nuevos caminos de comprensión BARTOLOMÉ CLAVERO: «Sevilla, Concejo y Audiencia: invitación a sus Ordenanzas de Justicia», estudio preliminar (pp. 5-95) de *Ordenanzas de la Real Audiencia de Sevilla*, edición facsímil de las de 1603-1632, Sevilla, Audiencia-Diputación-Universidad-Fundación El Monte, 1995.

de la correspondiente a los abogados, afirma que son muchos los requerimientos que se exigen a quien en su virtud puede ejercer la judicatura; tantos como los necesarios para que un árbol fructifique dando sus mejores frutos, los más sabrosos y dulces. El abogado ríe y se burla: *Ha, ha, ha, arbori iudicem ad aequasti? quid delirius?*, ¿qué estupidez es esa de asimilar árboles y jueces? El relator contesta con serenidad: *Si attente quae dixero perpenderis, haud tibi, ni fallor, delirium videbitur*, si atiendes a lo que voy a decirte, ni siquiera a ti, si no me equivoco, te parecerá una estupidez.

El relator pone manos a la obra, y va paso a paso describiendo ese *arbor iudicum* que también a nosotros nos entretendrá. Pero conviene que antes nos detengamos en un par de consideraciones, breves pero necesarias, sobre diálogos y sobre árboles.

Matienzo no es original, ni tampoco seguramente lo pretende, pues no era la novedad por sí misma un valor en la cultura de su tiempo, y menos aún en la jurídica; él mismo nos lo acabará diciendo. Ya hemos señalado que eso aumenta precisamente para nosotros el interés de su obra, no representativa de un pensamiento particular, sino reflejo de una mentalidad colectiva. Es más: su discurso, que no es original en su sustancia, tampoco lo es en su forma. La literatura dialogada es común en el terreno de la cultura escrita en la época en la que Juan de Matienzo escribe. Es especialmente adecuada a los seculares modos de pensar, de comprender y de argumentar en las artes liberales, en los terrenos del conocimiento a los que se accede a través de los libros. En el campo del derecho, cercano en la conformación tradicional de los saberes a las artes del *trivium*, la dialéctica ocupa un lugar central desde el punto de vista epistemológico. La jurisprudencia del *ius commune* hacía tiempo que se desarrollaba y crecía mediante la técnica expositiva de la discusión y del contraste, de la búsqueda y uso de argumentos contrarios, disponiendo sus textos según los flexibles esquemas de *quaestiones* y *distinctiones* y propiciando no tanto soluciones excluyentes cuanto la creación de contextos de opinión polivalentes; ante un determinado problema, la jurisprudencia más se ocupa de construir el marco dentro del cual puede y debe ser buscada la solución que en proporcionarla directamente. Es evidente que el diálogo cumple perfectamente esta función: es cierto que quienes dialogan expresan opiniones distintas, tal vez opuestas, siempre probables y nunca necesarias; y es igualmente cierto que, haciéndolo, sitúan su discusión en un terreno determinado cuyos límites hacen visibles. Es este el principal valor del *Dialogus* de Matienzo, por encima del que puedan tener los planteamientos concretos que esgrimen *relator* y *advocatus*.

Tampoco es original, a pesar de las risas del abogado, la metáfora del árbol. La literatura jurídica que Matienzo conoció estaba bien surtida de ellos: árboles de acciones, árboles de parentesco, árboles de jurisdicción... Es evidente que la utilidad primera de la figura del árbol es proporcionar un esquema clasificatorio

que, partiendo de un tronco común, organice, ramificándolas, categorías y subcategorías. La segunda utilidad, menos inmediatamente visible a nuestros ojos, estaba aún muy presente ante los de juristas para los que la imprenta era todavía de implantación relativamente reciente, y para los que no se había aún producido esa relajación de la memoria que la difusión y proliferación de repertorios y obras de referencia había necesariamente de propiciar. En un mundo en el que la memoria es valor intelectual predominante y vía esencial de conocimiento, la figura del árbol proporciona por sí misma una excelente guía mnemotécnica (9): situando los distintos elementos conceptuales de un determinado discurso en los lugares adecuados del árbol, se podrá luego, trayendo su imagen a la memoria, reconstruir con relativa facilidad el discurso completo.

Mas no basta simplemente señalar estas dos dimensiones, ordenadora y mnemónica, del árbol. Es necesario precisar en qué sentido podemos y debemos apreciar el valor de cada una.

En nuestro caso, la utilidad clasificatoria del árbol de Matienzo es bastante reducida. Nuestro autor no se plantea, pues el propio objeto de su exposición no se presta a esquema tan simple, la subdivisión progresiva de una categoría común o troncal que se ramifica en especies y subespecies. Matienzo empieza antes del tronco, en las raíces, que son varias, y aún antes, en la tierra en la que tales raíces se hunden, y aún se remonta a la consideración del agua que la riega y enriquece; el tronco no es elemento unitario, pues en dos dimensiones, altura y anchura, ha de ser contemplado, contándose también con la médula y la corteza; y no se termina con las ramas, sino con las flores, las hojas y el fruto. Es claro que los conceptos que así se disponen no están ordenados desde lo general a lo particular o desde lo mayor a lo menor. Cierta prelación puede desde luego advertirse, y es visible, por ejemplo, en el relevante papel del fruto como producto final del árbol, logro a cuya consecución todos los restantes elementos contribuyen; las hojas, que según Matienzo cumplen una mera función de protección del fruto, parecen tener por ello importancia menor, pero mayor sin embargo que la que corresponde a las flores, en apariencia simple ornato; la médula, siendo elemento central, parece representar un papel protagonista, al menos frente a la seguramente prescindible corteza. Y así podríamos seguir asignando valores diferenciales relativos; mas por mucho que lo hiciéramos, nunca llegaríamos a recomponer sobre su base la figura completa del árbol. Y no se trata sólo de que siempre estaríamos observándolo por sectores, dividido, sino que el propio Matienzo se encarga de deshacer nuestras más primarias e intuitivas percepciones preferenciales, que, en cualquier caso, no se pueden aplicar siempre: fijémo-

(9) ALDO MAZZACANE: «El jurista y la memoria», en CARLOS PETIT (ed.): *Las pasiones del jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 77-102, desde su mismo arranque, y en especial ahora pp. 84 y ss. y 91 y ss.

nos en las raíces; son tres, pero con una sola el árbol viviría; ¿son entonces las tres de importancia igual?; no para Matienzo, que sólo una señala como absolutamente imprescindible.

En resumidas cuentas, el árbol no jerarquiza. Y no es ésta tampoco una particularidad de los producidos por la pluma de Matienzo, sino característica de la utilización de la imagen por la cultura jurídica de su tiempo, incluso en aquellos casos en los que más podía potenciarse el elemento clasificatorio en un desnudo esbozo de tronco y ramas: el *arbor iurisdictionum* de Bártolo de Saxoferrato, de especie bien cercana al *arbor iudicum* de Juan de Matienzo, es ejemplo adecuado (10). Puesto que en ambos extremos del esquema (la tierra y las raíces; el fruto) se sitúan elementos de los que no se puede prescindir, la exposición arborescente obliga a una consideración de conjunto, sin posibilidad de que una hábil poda restrinja la imagen a lo sustancial. Es esta una consideración que no se puede dejar de lado o dar por supuesta en nuestro caso, fundamentalmente porque, de manera expresa, la equiparación del juez al árbol sirve en primerísima instancia para la enumeración de las virtudes, condiciones y requisitos que han de ser apreciados en quien desempeñará el oficio por aquel a quien su nombramiento compete. La república bien ordenada se asemeja a un huerto en el que crecen plantas diversas, siendo función del horticultor procurar la obtención de los frutos mejores (11).

Y en cuanto espacio de la memoria, el árbol no es sólo almacén de información. No sirve sólo de soporte en el que situar, con mejor o peor fortuna, los elementos de un discurso. El árbol proporciona más que eso: es en sí mismo un esquema cognitivo que condiciona la comprensión del discurso en su conjunto (12). Las características propias del árbol, aun no expresadas, se suman necesariamente a todo aquello que cada una de sus partes simboliza. Juan de Matienzo se ocupa de desvelar el significado de cada una de dichas partes, pero no porque no se detenga en ellos dejan de estar presentes los condicionantes globales de la figura del árbol considerada como un todo unitario. Señalemos dos, a los que volveremos: el primero es su inmovilidad; el segundo, la irrelevancia de su inexistente voluntad para que el fruto se produzca; siendo el árbol imagen del juez, ninguna de estas dos consecuencias directas de la elección de tal figura resulta intrascendente.

(10) JESÚS VALLEJO: «Power Hierarchies in Medieval Juridical Thought. An Essay in Reinterpretation», en *Ius Commune*, 19 (1992), pp. 1-29.

(11) *Dialogus*, 3,1,2-3. Citaré en adelante de este modo abreviado, separando con comas la indicación de parte, de capítulo o capítulos y a veces, como en este caso, de párrafos.

(12) ALDO MAZZACANE: *El jurista y la memoria* (nota 9), pp. 79 y 91 ss.

2. LOS NUEVE ELEMENTOS DEL *ARBOR IUDICUM* DE JUAN DE MATIENZO

Los enumera sumariamente antes de comenzar a considerarlos con detenimiento. El primero es el suelo fecundo y fértil donde ha de arraigar el árbol, la nobleza de linaje o adquirida por propia virtud. El segundo lo constituyen las tres raíces que lo sustentan, a saber, el temor de Dios, la ciencia y la experiencia. El tercero es el tronco, cuyas altura y anchura simbolizan, respectivamente, la autoridad del magistrado y su fortaleza, imprescindible ésta para impedir que el árbol se quiebre ante los embates de los peligrosos vientos que soplan desde los cuatro puntos cardinales. El cuarto elemento es la corteza, hecha de paciencia y de humildad, y el quinto la médula, que representa la verdad, la fidelidad y el secreto. Las ramas son los brazos del magistrado, y a ellas se equiparan los oficiales. Es en ese sexto elemento donde se sitúan los restantes: las flores de la elocuencia, la afabilidad y la cortesía, las hojas de la prudencia conservadoras del fruto, y por último el fruto mismo de la justicia y de la equidad.

La nobleza no es exclusiva cuestión de sangre (13). Procede del linaje, ciertamente, pero no sólo, pues puede adquirirse por virtud propia. Que una afirmación como la que precede sirva de pórtico al tratamiento de la cuestión por parte de Matienzo no tiene nada de extraño; su propia situación personal lo estaría exigiendo, pero hay razón más objetiva: los años en los que le tocó vivir son aquellos en los que seguramente más visible se hace la presencia del técnico, del jurista, y no del noble, incluso en los puestos más altos y decisivos de la justicia y gobierno regios (14). Pero a pesar de todo la hidalguía no pasa a perder aún importancia. El noble se presume virtuoso, magnánimo, templado, prudente y afable, sin que el lucro o el interés puedan ser nunca motor de su conducta (15); en el otro extremo de la escala social, del rústico se presume precisamente lo contrario, la rudeza, la ineptitud, la estupidez, la inhumanidad, la carencia de uso honesto y útil de la razón, el salvajismo de sus costumbres, la falta de destreza en el lenguaje (16). «De todo lo cual resulta que los nobles han de ser preferidos a todos en el desem-

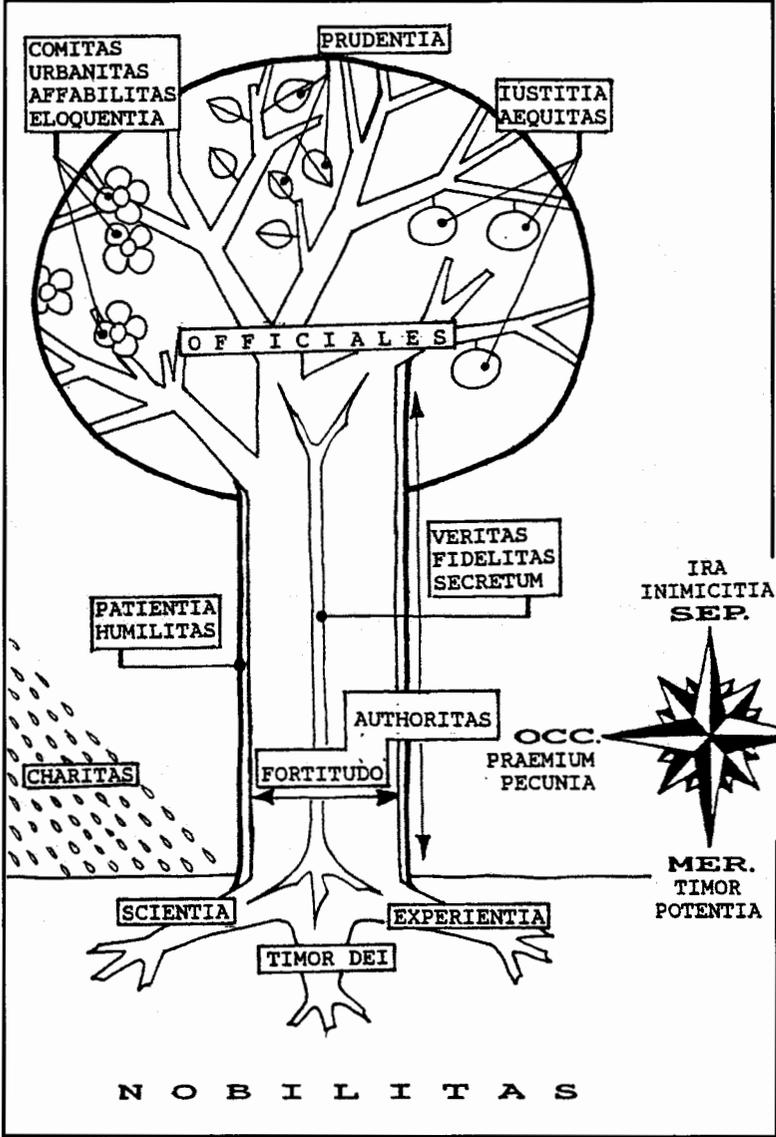
(13) *Dialogus*, 3,2-5.

(14) Aparte las necesarias referencias en las obras de José María García Marín citadas en nota 6, el mismo autor tiene título específico a añadir: «El dilema ciencia-experiencia en la selección del oficial público de la España de los Austrias», en *Actas del IV Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1983, pp. 261-280.

(15) Son, por supuesto, lugares comunes con específica literatura coetánea. Para su valoración, BARTOLOMÉ CLAVERO: *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 87 y ss.

(16) Indagando la significación más profunda de estos planteamientos, ANTÓNIO MANUEL HESPANHA: «Sabios y rústicos. La dulce violencia de la razón jurídica» (1983), en ANTÓNIO MANUEL HESPANHA: *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (traducción de Ana Cañellas Haurie), 1993, pp. 17-70.

ARBOR IUDICUM
(Juan de Matienzo, *Dialogus Relatoris et Advocati*
Pinciani Senatus, Valladolid 1558)



peño de la magistratura; lo confirma la ley 18 del título 9 de la Partida 2.^a, que se refiere a los jueces mayores del tribunal del rey, diciendo que *primeramente deben ser de buen linaje para haber verguença de no errar, etc.*, pues el pudor es signo de nobleza» (17).

El abogado contraargumenta y expone la indiscutible realidad del hidalgo vicioso y corrupto. E incluso generaliza, trayendo a colación razones de curso común que le resultan incontestables: la nobleza no es otra cosa que riqueza antigua; toda riqueza procede de la iniquidad; en consecuencia, o ha incurrido en ella todo poseedor de fortuna, o es en el mejor de los casos heredero de alguien que lo hizo; la nobleza es por tanto inicua. El relator responde: no se refiere su discurso a los nobles de ignominiosa conducta, porque ya ha dejado establecido que la nobleza no es ajena a la virtud propia; pero quiere también dejar sentado que la nobleza de sangre no es cualidad secundaria; recurre de nuevo a Partidas: «E como quier que estos que lo ganan por su sabiduria y bondad son por derecho llamados nobles y gentiles, mayormente lo son aquellos que lo han por linaje antiguamente, y hazen buena vida porque les viene de lueñe como heredad» (18). No es que la virtud se herede, pero el óptimo cuidador del jardín de la república hará bien en considerar los antecedentes familiares al crear magistrados, pues las virtudes del linaje, si no por la sangre, se transmiten por la costumbre y el ejemplo. Iguales las restantes condiciones, el perteneciente a linaje noble es más idóneo magistrado que el plebeyo. En este suelo de desigualdad arraiga el árbol de los jueces, el que ha de dar como fruto la justicia.

Las raíces son tres, pero no sostienen al árbol en la misma medida (19). El temor de Dios es la primera de las raíces, y sin ella el árbol no fructificaría. El juez que no teme está abocado a la conducta ilícita, al delito y al pecado cuya consideración indistinta en estos pasajes de Juan de Matienzo es también reflejo de una cultura que tiende a equipararlos (20). El juez pecador es inicuo, y peca el juez que, no

(17) *Dialogus*, 3,2,15: «Ex quibus facile persuadetur nobiles genere in consequendis magistratibus caeteris esse anteponeudos. In cuius confirmationem accedat lex regni nostri. 18. ti. 9. par. 2. quae in maioribus magistratibus curiae regis loquitur. Cum sic ait, primeramente deben ser de buen linaje para haber verguença de no errar. &c. Pudor etenim signum est nobilitatis teste Hieronymo ab imperatore citato. in . I. 38. ti. 5. par. prima». La cita de Partidas 2,9,18 es literal; en cuanto a Partidas 1,5,38: «E sant Hieronymo hablando en la verguença dixo, que es señal de fidalguia, e que se leuantaua al que la ha de nobleza de coraçon, pues que por ella dexa de fazer, e dezir cosa que mal le este». Transcribo este texto de Partidas de la edición facsímil realizada por el Boletín Oficial del Estado de la de Salamanca de 1555, con glosa de Gregorio López.

(18) *Dialogus*, 3,4,9, de donde transcribo ahora el fragmento de Partidas 2,21,2.

(19) *Dialogus*, 3,6-9.

(20) Informan al respecto diversas contribuciones recogidas en FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, BARTOLOMÉ CLAVERO, ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, JOSÉ LUIS BERMEJO, ENRIQUE GACTO y CLARA ÁLVAREZ ALONSO: *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza, 1990, cuya lectura puede aún enriquecerse con el comentario de CARLOS PETIT: «Sex, lies and videotapes», en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 21 (1992), 671-680.

temiendo a Dios, no evita el pecado. ¿Cómo va a ejercer coerción sobre otros quien no puede dominar sus propias apetencias? ¿Cómo un juez con la mente oscurecida, dando la espalda a la iluminación divina y entorpecido por las dudas, va a ser capaz de decidir? La consideración conjunta de sacerdotes y jueces de un pasaje muy inicial del Digesto grabado en la memoria de todo jurista, sirve para fundar argumentos: quienes tienen por misión corregir las culpas de otros han de conocer y purgar primero las propias; el sacerdote debe hacerlo, y también el juez, que como aquél ejerce un ministerio: es servidor o ministro de la ley, que es sacra en virtud de su adecuación a principios superiores de última determinación divina; y es servidor o ministro de la justicia, que es creación de Dios. La raíz del temor de Dios es imprescindible pues su defecto no es subsanable por ninguna vía. Si el juez es suficientemente temeroso de Dios, el árbol dará su fruto incluso faltándole otras raíces. Podrá ser un árbol robusto, frondoso y fructífero, perfecta imagen del magistrado, aun aquel que carezca de ciencia, pues esta falta se suple en la perfección de la caridad.

¿Qué es entonces la ciencia de un juez? ¿Acaso no es su objeto la ley que debe aplicar? ¿Hasta a los jueces se les tolera la ignorancia de las normas? ¿Y qué tiene que ver ser caritativo con estudiar derecho? Son preguntas insoslayables desde nuestra irrenunciable condición de lectores con prejuicios de presente, y tampoco es que estuviesen del todo fuera de lugar en boca de quienes pasaron con Matienzo el ecuador del quinientos. Teniéndolas conscientemente en cuenta o no, el caso es que nuestro autor las contesta (21). En todo aquel que ejerce jurisdicción se requiere ciencia, así que quien ha recibido el oficio de juzgar ha de conocer a fondo las leyes y los cánones; ¿cómo, si no, podría decidir *secundum leges*?; ¿cómo, sin ser jurisperito, podría declarar lo que la ley pretende? Es la respuesta que habríamos esperado, pero no la conocemos aún entera: desde el principio el discurso deriva hacia la consideración de cualidades que no se alcanzan con el estudio, por concienzudo y largo que éste sea. Se dice sabio no exactamente a aquel que sabe mucho, sino a aquel a quien adornan todas las virtudes, y a menudo se le llama *vir bonus*, buen varón u hombre bueno; así «sabio» puede ser sobrenombre de rey, del décimo de los Alfonsos de Castilla y León. Sustento del árbol no es la desnuda ciencia de la ley, sino la que resulta del sólido y natural juicio; la ciencia perfecta no consiste sólo en el conocimiento de las leyes, sino en la comprensión de su contenido *solido ac naturali iudicio*, con el necesario concurso de la prudencia. Así situada la ciencia en el terreno de la virtud, no extraña que su alimento, el agua que riega y enriquece el suelo, sea la caridad: *plenitudo legis est dilectio*, la plenitud de la ley es el amor, decían las Sagradas Escrituras (22); si hay carencias en la *scientia*, en este elemento radical, radicalmente podrán subsanarse.

(21) *Dialogus*, 3,7-8.

(22) Son cada vez más las contribuciones que destacan la importancia en el Antiguo Régimen de la virtualidad del amor como vía de disciplinamiento de conductas especialmente eficaz: véase BARTOLOMÉ CLAVERO: *Antidora* (nota 15), con ejemplo además en p. 67 de utilización del pasaje

También la falta de experiencia es subsanable, y no sólo porque baste con esperar el tiempo suficiente: hay una experiencia pasiva que consiste en aprovechar la activa o directa de otro (23). La importancia entonces del ejemplo hace que el discurso de Matienzo sobre esta tercera raíz derive rápidamente hacia la consideración de la fama y el buen nombre. Su relevancia se mide por el daño que ocasiona su pérdida: es mayor el que recibe quien sufre quebranto de su fama que quien ve menoscabado su patrimonio, pues si éste puede siempre recuperarse, aquélla nunca se restituye íntegramente; es preferible incluso perder la vida que vivir infame; hacienda, vida y honor se sitúan en este diálogo entre juristas en posición relativa idéntica a la que el teatro inmortalizaría algunas décadas más tarde en la misma Castilla de Matienzo, del relator y del abogado.

Mas no todo se resuelve en la fama; la experiencia activa o propia también ha de apreciarse. Es modo adecuado de suplir las carencias de la ciencia, e insoslayable además en una práctica procesal que en tanta consideración tiene a las normas de estilo, esto es, a los criterios de tramitación y decisión que el uso ha introducido y consolidado en los tribunales y a los que se atiende antes que a las mismas leyes (24). Sabemos además que la cultura jurídica que Matienzo vive está especialmente atenta al caso particular, al supuesto concreto, al problema singular, a cuya adecuada contextualización ha de contribuir necesariamente un ejercicio práctico prolongado (25).

En buena tierra y con óptimas raíces, el tronco será sólido y fuerte, alto y ancho. La altura es la *authoritas* del juez, según sabemos. Y en su consideración, el relator plantea la autoridad del juez para intervenir en la elaboración de las leyes. Es un giro del discurso inesperado hasta para lectores dispuestos ya, después de ese suelo, de esas raíces y de ese riego, a esperar cualquier condición extravagante para el ejercicio de la magistratura. ¿No es el juez el que aplica la ley? ¿No se limitan a eso sus poderes? Evidentemente no; Matienzo no tiene presente, como nosotros, al juez que ejerce un poder separado y subordinado, sino al *iudex* como titular de *iurisdictio*, cuya *potestas* funcionalmente se extiende por el muy extenso ámbito objetivo de una jurisdicción que entonces se entendía de modo muy distinto al que hoy sugiere el término; éste ha sobrevivido sin cambios

transcrito; ANTÓNIO MANUEL HESPANHA: «La senda amorosa del Derecho. *Amor y Iustitia* en el discurso jurídico moderno», en CARLOS PETIT (ed.): *Las pasiones* (nota 9), pp. 23-56; JESÚS VALLEJO: «Amor de árbitros. Episodio de la sucesión de Per Afán de Ribera el Viejo», en JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ (ed.): *Fallstudien zur spanischen und portugiesischen Justiz. 15. bis 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1994, pp. 211-269.

(23) *Dialogus*, 3,9.

(24) MARÍA PAZ ALONSO ROMERO: *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Salamanca, Universidad, 1982, pp. 70 y ss. y 95 y ss.

(25) Sin que limite la determinación territorial que campea en su título, VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI: *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992.

al transcurrir de los siglos, pero no ha sucedido igual con los conceptos a los que ha ido dando nombre.

Mas abandonemos por una vez el orden de la exposición de Juan de Matienzo y subordinémoslo al de la nuestra. Volveremos al poder del magistrado, a su autoridad no sólo en el terreno de la aplicación, sino también en el de la determinación del derecho; entraremos en esas cuestiones por otra vía, al final del árbol, tras la consideración del fruto.

Sigamos entonces con la anchura del tronco, en la que se cifra su fortaleza (26). Fortaleza e integridad (la ausencia de corrupción, la inocencia) mantienen al árbol firme e inmóvil como una columna. De nuevo se recuerdan elementos ya vistos: el temor de Dios y la ciencia, regadas con la caridad, son la mejor garantía de firmeza; y la experiencia: si el cuerpo se fortalece con el ejercicio, también el alma. La fortaleza del juez se manifiesta, en primer lugar, en su actuación en beneficio común: nada empobrece el alma tanto como el apego a las riquezas, y no hay nada más honesto que menospreciarlas si no se tienen ni más magnánimo que dedicarlas, si se poseen, *ad beneficentiam et liberalitatem*. La fortaleza del juez se manifiesta, en segundo lugar, en su imparcialidad. Y en tercer lugar en su suspicacia: el juez no ha de ser demasiado crédulo o confiado; eso le hará inquirir con diligencia y sin precipitación, sin incurrir en el vicio femenino (es una de las razones por las que las mujeres no son idóneas para el ejercicio de la magistratura) de la credulidad, madre de la decepción.

Son considerables los efectos de la fortaleza. Es ésta la que impide que el tronco se quiebre ante el empuje del viento del este, que simboliza el afecto, el parentesco y la amistad. Si el juez se inclina ante razones como estas para justificar sus actos, se malogrará el fruto de la justicia. Igual que tiene prohibido decidir en causa propia, lo tiene en las de parientes y amigos. Y es que son también causas propias, y no en un sentido figurado, o al menos no tanto como el que hoy tendría: la concepción de la familia en la época de Matienzo es corporativa, y la familia es una única persona, viviendo en el linaje más allá del tiempo limitado de sus miembros, vinculándose un patrimonio a esta larguísima vida, y propiciando todo ello identificaciones [especialmente la de padre e hijo (27)] que no son metáforas del cariño sino elementos constitutivos del orden social y manifestación de muy arraigadas concepciones. La forma más alta de la amistad es también motivo de identidad, al compartir dos cuerpos la misma alma. Un larguísimo tratado *de amicitia* emprende Matienzo al propósito, que es disgresión para nosotros y en el que no habremos de entrar (28). Cerremos recordando el perjuicio que en todo caso sufre el juez que decide a favor de su amigo: si la decisión es injusta pierde aquél el alma, y si es justa, la fama.

(26) *Dialogus*, 3,12 y ss.

(27) Aun de pasada, *Dialogus*, 3,18,4.

(28) *Dialogus*, 3,14-22. Para todos estos motivos ha de acudir a ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *La senda amorosa* (nota 22).

Un tronco de anchura suficiente protege también al árbol contra la fuerza del viento occidental, impidiendo otro quebranto posible de la justicia: que el juez resuelva en atención a las prerrogativas o recompensas que pueda lograr (29). La avaricia corrompe, esclaviza y afemina, y así minuciosamente lo muestra Matienzo en su discurso. Mas éste, lejos de ceñirse a la reproducción de los tópicos entonces de curso común sobre la avidez por las riquezas, fisionomía del avaro incluida, recorre también los muy prácticos extremos del salario de los jueces, espinosa cuestión cuya dificultad no derivaba sólo del imprescindible buen funcionamiento de un fisco, como el de la Monarquía que Matienzo conoció, abocado a su agotamiento (30), sino de la necesaria fijación de cantidades suficientes para mantener a salvo la virtud de los jueces, continuamente tentados a acelerar trámites y a decidir en favor de los litigantes más generosamente decididos a no limitarse a las tasas regulares (31). La misma razón de firmeza aconseja la prohibición de la negociación o el comercio al magistrado en el lugar donde ejerce jurisdicción, dedicación incompatible en cualquier caso con la nobleza de su oficio. La fortaleza requiere aislamiento, lo que no únicamente se traduce en la restricción de su potencial esfera de actuación contractual, sino que puede afectar incluso, en el mismo sentido restrictivo, a sus posibilidades para contraer matrimonio (32).

A los vientos del sur y del norte dedica menor atención Matienzo. El juez no debe decidir por miedo al poderoso, porque el temor esclaviza y del magistrado servil no ha de esperarse una resolución justa (33). Si el viento meridional es el miedo, el septentrional es la ira y la enemistad, amenazantes también siempre para la integridad del árbol (34). La sentencia dictada con ira, aun justa, no se pronuncia *amore iustitiae*, sino *livore odii*, y no puede asimilarse, como debiera, a la justicia divina. La ira está además ligada a la estulticia, y ha de ser tenida en consideración, en sentido lógicamente negativo, por el cuidador del jardín de la república: puesto que menos iracundo es el hombre que la mujer, el sano que el enfermo, el joven que el viejo, el feliz que el infeliz, el mejor candidato a magistrado en razón de su mayor resistencia al empuje de los tempestuosos vientos del norte será siempre un varón contento y saludable.

Y también paciente y humilde, pues de humildad y paciencia está hecha la corteza (35). Es ésta la que conserva el tronco, así protegido del agua, la nieve y el hielo. La paciencia ha de mostrarse en la atención prestada a las alegaciones de las partes y en la respuesta del juez a los litigantes. El magistrado debe hablarles con

(29) *Dialogus*, 3,23.

(30) JUAN E. GELABERT: *La bolsa del rey. Rey, reino y fisco en Castilla (1598-1648)*, Barcelona, Crítica, 1997.

(31) *Dialogus*, 3,24-26.

(32) *Dialogus*, 3,27.

(33) *Dialogus*, 3,36.

(34) *Dialogus*, 3,37.

(35) *Dialogus*, 3,38.

dulzura, pues las palabras duras suscitan furor y odio, sentimientos que han de mantenerse alejados del proceso, del ámbito en el que la justicia fructifica. La humildad acrecienta además la autoridad del juez, que debe ser respetado pero no temido. Las leyes le obligan a la cortesía, habiendo incluso quien sobre dicha base interpreta el maltrato de palabra (el uso de *verba aspera*) como indicio de parcialidad en el juez, posible sujeto pasivo entonces, por sospechoso, de recusación.

Y hay otra dimensión de la paciencia con efectos procesales igualmente prácticos: la celeridad se estima en el oficio del juez pernicioso (36). La instrucción de la causa ha de ser lo más completa posible para que no pueda tacharse su resolución de precipitada. La consecuencia no puede ser otra que la atribución al juez de poderes efectivos de dirección del proceso, abierto entonces a la posibilidad de multiplicar trámites, flexibilizar plazos y no encerrarse en términos rígidamente preclusivos. Los años en que Matienzo vive conocen ya una cierta generalización de los procedimientos sumarios en el ámbito del enjuiciamiento por delitos, pero los procesos que responden al llamado orden simplificado, aun crecientes en número, no dejan de tener condición de excepcionalidad frente al orden procedimental complejo propio del proceso ordinario (37). El proceso, esta es la norma, requiere el tiempo largo de un juez constante; el tiempo es el padre de la verdad.

Y ésta, la verdad, se sitúa en la médula (38). A la verdad, *mater iustitiae*, se llega mediante el razonamiento y la reflexión, tareas que requieren el ánimo libre de las ataduras del vicio y el pecado. *Deus ipse veritas est, et vita*, mensaje evangélico sobre cuya base se asimilan la búsqueda de la verdad y el acercamiento a Dios. Mas ¿qué verdad? La única que del proceso resulta, la verdad que se revela en las actuaciones judiciales, aquella a la que se llega *secundum allegata et probata*. La verdad judicial es sólo una, y ni la relativiza la conciencia del juez, ni la puede vulnerar la manifestación extrajudicial de una verdad distinta. De ello deriva el automatismo necesario de la respuesta del magistrado ante los resultados obtenidos en la práctica de determinadas pruebas que se estiman, literalmente, concluyentes. Así sucede en el señaladísimo caso de la confesión: los juicios por delitos van por entonces progresivamente arrojándose a la consecución de esa excluyente *regina probationum*, verdadera reina de las pruebas que a menudo comparece en el proceso majestuosamente sentada en el potro del tormento (39).

La fidelidad y el secreto son también medulares (40). La primera se debe al príncipe, cuyas veces el magistrado tiene en el ejercicio de su cargo, y también a la

(36) *Dialogus*, 3,39.

(37) MARÍA PAZ ALONSO ROMERO: *El proceso penal* (nota 24), pp. 159 y ss.

(38) *Dialogus*, 3, 41-42.

(39) MARÍA PAZ ALONSO ROMERO: *El proceso penal* (nota 24), pp. 221 y ss.

(40) *Dialogus*, 3,53-54. Son medulares también para la muy específica y coetánea literatura que analiza RAFAEL GIBERT: «El funcionario español de la época austríaca», en *Actas del I Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1970, pp. 257-291.

ley, pues *secundum leges* y no a su arbitrio ha de resolver las causas. El secreto es condición de fidelidad, y se exige de la conducta del magistrado. Matienzo, no lo olvidemos, sigue hablando del magistrado como genérico titular de poder público, de una *potestas* cuya más representativa manifestación es la judicial, pero no la única. No es inexplicable entonces que ponga ahora el punto de mira de su discurso en los consejeros. Que los magistrados que integran el *consilium principis*, el consejo del príncipe, estén obligados a callar lo que en él se trate, puede deducirse según Matienzo de la misma etimología del término que designa a la institución de la que forman parte: *nomen consilij*, afirma, procede de *con & sileo*, debiendo guardarse entonces el silencio que al mismo órgano nombra. Estos secretos, los arcanos del poder, *arcana imperii*, son requerimiento de protección y garantía de conservación del estado de la república. La convicción de que lo públicamente conocido es vulnerable obliga a la actuación sigilosa y apartada de los hombres que manejan los mecanismos del poder público. Mostrándose así sus factores, también se muestra así la justicia, ajena a manifestar razones, misteriosa y distante.

En las ramas, que representan a los oficiales que hacen posible la ejecución de las decisiones de los jueces (41), se sitúan las flores, las hojas y los frutos. Las flores simbolizan cualidades muy similares o idénticas a otras que el relator localizaba en la corteza del tronco: *comitas*, *urbanitas*, *affabilitas*, cortesía, urbanidad, afabilidad. Una al menos nueva hay, la elocuencia (42). Aunque pueda ser para otros mero adorno –en un médico puede tolerarse la torpeza de expresión porque no le impedirá curar bien–, no lo es para el juez. La razón de la cercanía de la flor de la elocuencia al fruto de la justicia no es casual: el instrumento primario de actuación del magistrado es la palabra. El juez es el titular de jurisdicción, de *iuris dictio*, es el que dice el derecho. Esa *loquens sapientia*, la sabiduría en el hablar en la que la elocuencia consiste, no se le exige sólo en razón de la dignidad del oficio que ejerce, especialmente cercano al príncipe en el caso de los jueces mayores, sino por ser la elocuencia virtud a cuyo través se señala y se aprende el camino recto, la vía que el derecho muestra.

Las hojas del árbol simbolizan la prudencia, que conserva el fruto hasta su madurez impidiendo que las inclemencias del tiempo lo malogren, protegiéndolo del calor de la ira, del agua de la corrupción del favor o del dinero, de la tempestad del poder de otro, del hielo de la ignorancia (43). Pero la prudencia es más que un simple abrigo. La prudencia es la primera entre las virtudes, porque todas las demás se administran u ordenan a través de ella, que es el equilibrio, la proporción y la armonía. El prudente es quien mejor usa y más potencia su virtud, y por eso es también la prudencia propia de reyes, razón además del sobrenombre con

(41) *Dialogus*, 3,5-56.

(42) *Dialogus*, 3,57.

(43) *Dialogus*, 3,58-59.

el que sería conocido el que precisamente comenzaba su reinado cuando Juan de Matienzo publicaba su obra. Si la justicia es la virtud del alma toda, la prudencia es la virtud de la razón, la primera de las tres partes del alma (*ratio, animositas, cupiditas*), y rige por ello el hábito de valorar y de juzgar, de adaptar lo universal a lo particular, de distinguir entre lo bueno y lo malo. Es virtud necesaria al magistrado, que profesa el derecho y ejerce poder. Para esta última función genérica, para regir, es singularmente útil que el prudente pueda de modo simultáneo considerar el tiempo pasado, el tiempo presente y el tiempo futuro, pues la prudencia es de composición tripartita e integra a la memoria, referida a las cosas que fueron, a la inteligencia, referida a las cosas que son, y a la providencia, referida a las cosas que serán. La prudencia hace presentes los tres tiempos, y el prudente, que los contempla, recuerda el pasado, ordena el presente y provee para el futuro.

Y así ha de venir el fruto de la justicia: de un magistrado varón, noble, temeroso de Dios, caritativo, de buena fama, concededor del derecho, íntegro, magnánimo, desprendido, imparcial, desconfiado, valeroso, sereno, paciente, humilde, cortés, constante, fiel, discreto, elocuente y prudente. Es un conjunto de condiciones que no se puede someter a un orden fijo, según ya señalamos, pues es el conjunto lo que cuenta: ya que cualquier carencia repercutirá necesariamente en el fruto, el valor relativo de una u otra habrá de ser sopesado por el hortelano. Y habrá de sopesarse no en quien es magistrado, sino en quien va a serlo. La distinción me parece de importancia para valorar el discurso de Matienzo, susceptible hoy, en consideración demasiado ligera, de ser tachado de inexpresivo por excesivamente alejado del mundo real, atento sólo a la figuración de un magistrado modélico e inexistente. Creo, por el contrario, que la finalidad del discurso es manifiestamente práctica: no se pretende en él la descripción del juez ideal, sino de la persona ideal para ser juez. Las cualidades enumeradas no son requerimientos de ejercicio, sino de acceso a la dignidad. En función de tales cualidades se será buen magistrado y el árbol dará el fruto de la justicia. Hagamos abierta y llanamente visible la diferencia entre los jueces de nuestro presente y los arborescentes del régimen antiguo: no había oposiciones que probasen conocimientos, pasadas las cuales podía exigirse al juez ser cortés con los litigantes, prudente en la toma de decisiones o elocuente en la redacción de las mismas; se trataba de que el temor de Dios, la suspicacia y la discreción, la elocuencia y la prudencia capacitaban para la judicatura, para una judicatura no necesariamente subordinada a la norma positiva, cuyo conocimiento se estimaba desde luego conveniente, sino de una judicatura mediadora, que hace posible el fruto de la justicia particular, e intérprete entonces de una justicia de creación divina que el magistrado, el titular de jurisdicción, hace visible no sólo o necesariamente por la vía judicial, sino también por la normativa. Era cuestión esta última que Matienzo tocaba al aludir a la *authoritas* del juez representada por la longitud del tronco, y cuyo tratamiento diferíamos. Ahora entrará en nuestra exposición, en una segunda fase que ha de partir del fruto del árbol.

3. UNA ETERNA VOLUNTAD DE AUTOR DIVINO

El fruto del árbol es la justicia particular, cuya definición es la ulpiana recogida en el título de apertura del Digesto (44):

Iustitia est constans & perpetua voluntas ius suum unicuique tribuens.

La así definida es la justicia a la que sirven los actos decisorios de los jueces. Ciertamente, y también sobre la base de un contiguo pasaje del Digesto (1,1,10,1) en el que el *suum cuique tribuere* aparecía como uno de los más genéricos *praecepta iuris*, podía argumentarse que no habían de ser los jueces los exclusivos ejecutores de tal *voluntas*, y que a todos había de afectar su cumplimiento. Explicando la naturaleza y fuerza de la justicia, lo expresaba con claridad Luis de Molina (45):

Licet autem ad iudicem pertineat tribuere ius suum unicuique sententiam pronuntiando, qua, quid cuiusque sit, declaret; ad unumquemque tamen spectat, ius suum tribuere cuique, opera iustitiae exequendo. Definitio autem intelligenda est ita, ut modum utrumque suo ambitu comprehendat.

En la obra del teólogo jesuita, pocas décadas posterior al *Dialogus* que nos ha venido hasta ahora ocupando, se cohesionaban por esa vía en un mismo discurso las definiciones de justicia de Ulpiano y de Santo Tomás, centrada ésta en el elemento también subjetivo del *habitus* a través del cual son aptos los hombres para hacer cosas justas. Si venía así obviándose desde tiempo atrás la visible dificultad de atribuir a los hombres una *voluntas* que, por *constans et perpetua*, se estimaba de autoría divina, el planteamiento no afectaba al desempeño judicial: es en todo caso propio de los jueces atribuir a cada uno su derecho a través del dictado de la sentencia. La sentencia es acto jurisdiccional, en el más estricto sentido del término. Ya advertimos que *iudex* es aquel que *ius dicit*, que dice el derecho que a cada uno corresponde según la fórmula definitoria de la justicia particular, que ejerce la *dictio iuris*, la dicción del derecho, la *iurisdictio*.

Pero este término de *iurisdictio* no agota su sentido en esa función concretada en la decisión judicial que hoy identificamos como estrictamente jurisdiccional. Entre los juristas del *ius commune* circulaba como lugar común una definición de *iurisdictio* tan precisa en sus términos como abierta en su significado. Precisa en

(44) *Dialogus*, 3,60,7, de donde ahora transcribo el conocidísimo pasaje, de tenor aquí más cercano al que se utiliza en las Instituciones de Justiniano (1,1,pr., «tribuens»), que al del Digesto (1,1,10, «tribuendi»).

(45) R.P. Ludovici Molinae *De iustitia et iure*, Antverpiae, Apud Ioannem Keerbergium, A^o M.DC.XV, 1,8,1.

sus términos porque siendo de formulación muy temprana, sus palabras apenas varían durante casi seis siglos, y abierta en su significado porque es el punto central de toda una concepción del poder político de larguísima vigencia (46).

Iurisdictio est potestas legitima de iure publico introducta cum necessitate iuris dicendi aequitatisque statuendae.

Analicemos la definición paso a paso.

Iurisdictio est potestas, jurisdicción es poder. No cualquier poder, sino un poder que se califica de público y de legítimo.

Para que un poder se considere jurisdiccional ha de ser público; las relaciones de supra y subordinación que de él dimanen, la situación de dominación que se establezca entre el titular de la *potestas* jurisdiccional y quienes están sometidos a ella, han de situarse al margen de la esfera privada. No es necesario recordar ahora lo difícil que resulta separar con nitidez, en el ámbito del derecho, lo público de lo privado; lo resulta hoy, en un presente que es heredero directo del tiempo en el que doctrinalmente esa *summa divisio iuris* se configuró como tal, y más lo resultaba en un tiempo como el que aquí nos ocupa, que aunque no desconocía elementos básicos para construir intelectualmente la distinción (de nuevo en un fragmento de Ulpiano muy cercano a los que se refieren al concepto de *iustitia*; Digesto 1,1,1,2: *huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum*), no lo hizo porque culturalmente no le concernía, porque estaba fuera de su horizonte de comprensión del derecho (47). A los efectos precisos que interesan al concepto de *iurisdictio*, lo público se entiende como exclusión del ámbito doméstico o familiar. No es que en este terreno no existan relaciones de poder, pues muy claramente las hay; lo que sucede es que no se entienden jurisdiccionales, y el discurso que las explica, y la disciplina que las regula (la *oeconomica*), no está sometida a los condicionamientos discursivos y disciplinares que corresponden a lo jurisdiccional (48).

(46) Para lo que sigue, la obra básica continúa siendo la ya añeja de PIETRO COSTA: *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, Giuffrè, 1969. Sobre su base, JESÚS VALLEJO: *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

(47) PAOLO CAPPELLINI: «Privato e Pubblico (Diritto intermedio)», en *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, Milano, Giuffrè 1986, pp. 660-687. No deja de resultar informativa la contribución anterior, en la misma obra colectiva, de FRANCESCO CALASSO: «Diritto (le basi storiche delle partizioni)», en *Enciclopedia del Diritto*, XII, Milano, Giuffrè 1964, pp. 822-846.

(48) OTTO BRUNNER: «La "casa come complesso" e l'antica "economica"», en OTTO BRUNNER: *Per una nuova storia costituzionale e sociale* (traducción de P. Schiera), Milano, 1970, pp. 133-164. DANIELA FRIGO: *Il padre di famiglia. Governo della casa e governo civile nella tradizione dell'«economica» tra Cinque e Seicento*, Roma, 1985. LUCA MANNORI: «Per una "preistoria" della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune», en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 19 (1990), pp. 323-504.

No sólo es una potestad pública, sino que también es legítima. Se excluyen en virtud de tal condición las relaciones de poder *de facto*, de hecho, las nacidas del simple arbitrio de la voluntad del poderoso, las que se realizan al margen del *ius*, del derecho, las que no son coherentes con lo que se estima lo recto, lo derecho, lo justo. Esto niega la condición de jurisdiccional a cualquier acto de poder ejercido por alguien no investido a todos los efectos de tal potestad, pero sobre todo excluye aquellos actos del titular de jurisdicción que se sitúen fuera de las fronteras de lo jurídicamente admisible.

La potestad jurisdiccional, esa potestad legítima y pública, consiste o se resuelve en decir el derecho y establecer la equidad, *ius dicere* y *aequitatem statuere*, según la definición que antes veíamos.

Poco o nada tenemos que añadir con respecto a la expresión *ius dicere*, decir el derecho: es función reconocida del *iudex*, del magistrado; y es expresión que se suele hacer coincidir con la de *ius reddere*, la función de decir el derecho sentenciando, de administrar justicia diciendo el derecho que a cada uno corresponde. El que tiene potestad jurisdiccional, el titular de jurisdicción, es siempre, por tanto, juez.

Aequitatem statuere, establecer o estatuir la equidad, también es función que corresponde al titular de jurisdicción. Aquí ya son necesarias mayores explicaciones porque el significado de la expresión no se hace evidente o no se deduce de lo que hemos venido diciendo hasta aquí. Estatuir la equidad es expresión que genéricamente remite al establecimiento de norma. La potestad jurisdiccional es potestad normativa, porque es, la de hacer normas, facultad que se reconoce también a su titular. Claro que hay expresiones más directas para aludir a la potestad normativa: *condere legem*, *facere legem*, *condere* o *facere ius*. Pero la expresión *aequitatem statuere*, aunque resulte su significación menos evidente para nosotros, no se tiene en la época por equívoca.

Se concibe que la equidad, la *aequitas*, es dual. Hay una equidad superior, que se sitúa por encima del derecho, de presencia y vigencia indiscutida y objetivamente existente. Se tiene por realidad viva, previa al derecho, pero inconcreta y abstracta. Es la equidad ruda, la *rudis aequitas*, conformada por principios indisponibles que han de constituir la materia de la que están hechas las leyes. Hacer las leyes no es más que concretar en preceptos precisos los principios de esa equidad previa y superior, o, en otras palabras, transformar la equidad ruda en equidad constituida, *aequitas constituta*. Esta es la segunda manera de equidad, la equidad hecha norma por quien tiene poder jurisdiccional, el poder legítimo y público de decir el derecho y estatuir la equidad (49).

Las consecuencias de esta concepción merecen destacarse: en primer lugar, el derecho no se crea, la norma no es creada. El derecho se declara, se establece, se

(49) Es materia de la que me he ocupado por extenso en *Ruda equidad, ley consumada* (nota 46), obra a la que debo remitir para detalles y referencias.

define, pero no surge de un proceso autónomo basado en la mera *voluntas legislatoris*. Nombres genéricos que se dan a la norma sirven de argumento a la jurisprudencia para desarrollar esta concepción: *constitutio*, la constitución, lo constituido, la *aequitas constituta*; *statutum*, el estatuto, lo estatuido, la *aequitas statuta*. Es más correcto comprender la génesis de la norma como interpretación que como creación. Quien hace leyes es un intérprete de la equidad ruda, convirtiéndola en constituida mediante un proceso interpretativo. El texto de una constitución incluida en el *Codex* justiniano que atribuía al príncipe la facultad de establecer la interpretación interpuesta entre la equidad y el derecho (C 1,14,1: «Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem...») parecía literalmente corroborar, con toda la autoridad de la compilación justiniana y abriendo un título precisamente *de legibus*, esta concepción. Tan sustancial se considera el ligamen entre equidad y derecho, que en esa adecuación de la norma a la *aequitas rudis* radica la causa, la razón, o el alma de las leyes, *causa legis*, *ratio legis*, *anima legis*. Una ley sin causa no es ley, una ley sin alma no es más que letra muerta. Constituye esa causa o esa razón el elemento más sustancial de su concepto; si de él carece la norma, su inobservancia es legítima, la ley no obliga porque no es ley.

Y segunda consecuencia, esta ya más directamente interesante para nosotros. La de hacer leyes es una potestad jurisdiccional, la legislación es jurisdicción (50). No hay separación radical ni diferencia sustancial entre la función de decir el derecho sentenciando y la de establecer la equidad legislando. Son dos facetas de la misma *potestas* pública y legítima jurisdiccional, que corresponden al mismo titular, genéricamente al *iudex*, al magistrado (el rey es el primero, pero no el único). Por eso no es extraño que en discurso de los juristas la designación de cada una de estas dos dimensiones de la potestad jurisdiccional sea un tanto imprecisa, cruzándose las expresiones y los significados: *ius dicere* es decir el derecho que a cada uno corresponde, y así es sentenciar, pero es también decir el derecho que rige y está vigente, y así es hacer normas; *aequitatem statuere* es traducir la equidad ruda a preceptos susceptibles de aplicación directa, y así es hacer normas, pero también el titular de jurisdicción en su función judicial ha de tener presente no sólo la norma, sino asimismo la equidad (el juez debe siempre tener la equidad ante los ojos) para atemperar el rigor del derecho que ha de aplicar en cada caso. El titular de jurisdicción, como juez o como legislador, ejercita una labor de interpretación, y es esto lo que acomuna su doble función, esa dimensión dual de la *potestas* jurisdiccional, sustancialmente una.

Avancemos un paso más: ¿cuál es el contenido preciso de esa *aequitas rudis*? No hay respuesta concreta y acabada en la jurisprudencia del derecho común para una pregunta como esta, seguramente porque la respuesta pertenecería a ese conjunto de enunciados que son evidentes por sí solos dentro de los parámetros de

(50) JESÚS VALLEJO: *Ruda equidad*, pp. 159 y ss.

una determinada cultura jurídica. Dentro de ella la pregunta no se esperaría, como tantas otras que hoy hacemos a aquellos textos jurisprudenciales del *ius commune*, y es difícil construir, con esos textos, la respuesta. Difícil pero no imposible.

Alusiones hay, y no pocas, que dotan de contenido a esa equidad ruda que en principio parece tan inasible (51). Se la relaciona en los textos con órdenes jurídicos superiores, que se sitúan por encima del derecho humano positivo. Son el *ius divinum*, el *ius naturale*, el *ius gentium*, derecho divino, derecho natural, derecho de gentes. Las tres se entienden como esferas jurídicas objetivas, existentes y operantes, y no como meras abstracciones sólo aparentes en el campo de las ideas. El derecho divino es el establecido directamente por Dios, conocido a través de la revelación e incorporado a los libros de las Sagradas Escrituras, tan marcadamente preceptivas en muchos de sus pasajes, tanto del Viejo Testamento como del Nuevo. Como derecho procedente de la voluntad de Dios, el derecho divino es inalterable por el hombre, es indisponible. El derecho natural es el común a todas la criaturas, y el conjunto de sus preceptos constituye el *ordo naturae*, el orden de la naturaleza establecido por Dios en la creación. El derecho de gentes no es más que la dimensión humana del derecho natural, el derecho natural que concierne a los hombres, y no a los demás seres de la creación. La denominación *ius naturale* incluye entonces a la denominación *ius gentium*, y el origen de ambos derechos es la misma voluntad de Dios que ordena el derecho divino. Esas tres esferas de derecho indisponible son en realidad reconducibles a una sola, pues todas tienen en Dios su origen último.

La obra del hombre no puede vulnerar la obra de Dios, de modo que el derecho humano no puede contrariar o contradecir el derecho de origen divino. Por el contrario, debe reflejarlo, manteniendo sus principios e introduciendo las distinciones y previsiones necesarias para la mejor realización de la voluntad divina. Con respecto a la ley o a la norma, por tanto, ya se ve que el derecho indisponible está en el mismo plano que la equidad ruda, coincidiendo en verdad con ella.

Una segunda identidad de esa equidad ruda nos interesa ahora señalar, y es, precisamente, la justicia. Es una justicia ahora entendida en un sentido objetivo que cierra en realidad el círculo que abríamos con el fruto del árbol de Matienzo. Cuando se dice que el autor de la justicia es Dios y el autor del derecho el hombre (y es esta una frase repetida hasta la saciedad como tópico de argumentación en la época que nos ocupa), se está situando el término *iustitia* en la posición que a la *rudis aequitas* corresponde con respecto a la norma. Pero, definidos uno y otro plano, el de la *iustitia* y el del *ius*, ¿se establece entre ellos la misma conexión de causa, razón o alma que veíamos con respecto a la *rudis aequitas*? Precisamente la conexión venía expresa en los fragmentos ulpianos sobre la justicia que abren el Digesto. En ellos (Dig. 1,1,1), y en un pasaje cuya significación originaria es fruto de discusiones entre los romanistas, se reconocía que *ius est a iustitia appellatum*, que el *ius* se

(51) JESÚS VALLEJO: *Ruda equidad*, pp. 357 y ss.

llama así por la *iustitia*, que *ius a iustitia dicitur*, que el derecho se dice así porque deriva de la justicia. Tenemos así a la justicia como entidad objetiva superior y previa al derecho, y al derecho como derivación suya, situados ambos conceptos en una posición que al jurista medieval le resultaba tan familiar como cualquier otro tópico de argumentación basado en la etimología, argumentos estos no sólo atinentes a la forma de las palabras, sino también a su significación más profunda.

La glosa acursiana, esto es, el aparato interpretativo que acompañaba siempre al texto de la compilación justiniana desde la primera mitad del siglo XIII, se preguntaba, a efectos definitorios, por las diferencias entre *iustitia*, *ius*, y *iurisprudencia*, cifrando una de ellas en que la *iustitia* es el *summum bonum*, el *ius* es *medium bonum* y la *iurisprudencia* el *infimum bonum*. La jurisprudencia posterior solía atacar esta concepción, pero sin alterar su secuencia básica, perfectamente coherente con lo que venimos exponiendo. Destacados representantes de la muy madura ciencia jurídica del siglo XIV, como Alberico de Rosate, señalaban siguiendo a Boecio que no es la justicia, sino la felicidad, el *summum bonum*; añadían que no es mejor el *ius* que la jurisprudencia, porque en caso de que alguien tuviera problemas a resolver en los tribunales más le valdría tener cerca a un jurista (*iurisprudencia*), que tener todo el *ius* (los libros de derecho) almacenados en su casa. La clasificación de la glosa no es admisible entonces *quo ad bonitatem*, esto es, utilizando el criterio de la mayor o menor bondad de sus elementos, pero sí lo es *quo ad ordinem seu prioritatem et posteritatem*, según el criterio de prioridad o posteridad: la justicia fue lo primero y de ella deriva el derecho sobre el que la jurisprudencia labora (52).

La objetivación de la justicia y su conexión con lo divino tiene su expresión más directa en la identificación *Iustitia est ipse Deus*. No es que hubiera en la época fronteras disciplinares muy precisas, pero expresiones como esta son ilustrativas del entendimiento teológico de la *iustitia*, o, en otras palabras, de su abordaje doctrinal más en la obra de los teólogos que en la de los juristas. Hay, sobre todo en la edad moderna, toda una amplísima literatura de tratados que se intitulan *De iustitia et iure*, siendo sus autores de formación predominantemente teológica, no jurídica. Nicolás Antonio, a fines del siglo XVII, al componer su *Bibliotheca Hispana Nova* (magno recuento de todo lo escrito por escritores hispanos desde el año 1500) incluye un índice de materias que no es otra cosa que la plasmación de su entendimiento (o más en general, del entendimiento de la cultura al que él pertenece) sobre la ordenación de los distintos campos del saber humano (53). La primera

(52) *Commentariorum Iuris vtriusque Domini Alberici de Rosate Bergomensis pars Prima super Digesto veteri, Lugduni [per Thomam Bertheau] 1545, ad l. Iuris prudentia, ff de iustitia et iure*, fol. 25r.

(53) *Bibliotheca Hispana Nova sive Hispanorum Scriptorum qui ab anno MD. Ad MDCLXXIV. florere Notitia. Auctore D. Nicolao Antonio Hispalensis, Matriti, apud Joachimum de Ibarra Typographum Regium MDCCLXXXIII* (ed. facs. Madrid, Visor, 1996).

es la materia teológica, tras la que se sitúan la filosófica y la médica; sólo tras ellas sitúa la materia jurídica. La teología está dividida en doce apartados, titulándose el octavo *Moralia Theologica, Philosophica, seu Politico Moralia*; una subdivisión de este apartado octavo agrupa los tratados *De iustitia et iure*. Este es, como se sabe, el epígrafe del título inicial del Digesto, el primer título del *Digestum Vetus*, la apertura por tanto de toda la colección de libros que desde los principios de la época del *ius commune* constituye el *corpus iuris civilis*. Situación tan preeminente no dejaba de causar perplejidad entre los juristas, que se cuestionaban el porqué de un tratamiento específico «de la justicia y del derecho» cuando ese debía ser el objeto de la totalidad del *corpus iuris*. De hecho parece que el jurista siente una cierta incomodidad ante un título como éste. Le interesa más la justicia en particular (que no dejará de manifestarse a todo lo largo del *corpus*), que su abordaje en general. La obra de comentaristas cimeros como Bártolo de Saxoferrato y Baldo de Ubaldis son de parquedad significativa en el punto que nos interesa, y llamativa habida cuenta de que se trata de título de apertura y susceptible de extenso tratamiento en las *lecturae* de estudios y universidades (54). Al jurista parece interesarle más el abordaje de la *iustitia in iure* que el más genérico *de iustitia et iure*. Se ha llegado a defender en nuestros días que el sentido real de la expresión *de iustitia et iure* es «acerca de la justicia traducida en el derecho», y no «acerca de la justicia y del derecho» (55); sea ese el sentido originario o no, lo que sí desde luego parece es que así la expresión pudo entenderse en tiempos bajomedievales y modernos, en los que el derecho fue traducción de la justicia.

Traducción de la justicia: la justicia se hace, se realiza, se declara, a través de las dos vías, judicial y normativa, que hemos visto como propias de la potestad jurisdiccional. Ejercer jurisdicción, ejercer poder político, es hacer justicia.

4. AMBIVALENCIA DE LA CORPORACIÓN

Y la *iurisdictio*, potestad pública, tiene un ámbito preciso de ejercicio: la corporación. Sería largo explicar ahora lo que en la época implica este concepto. Baste recordar que desempeña un papel primordial en la autorrepresentación de la

(54) Consulto las siguientes ediciones: *Bartoli Saxoferratei In Primam Digesti Veteris Partem Praelectiones, Lugduni, ad candentis Salamandrae insigne, in Vico mercenario promercales habentur, 1546. Baldi Vbaldi Perusini In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria, Venetiis, MDLXXVII*. Tal vez no sea superfluo recordar que, siendo autores que escriben en las décadas centrales y finales del siglo XIV, la imprenta potenciaría sus obras, reconocidas siempre como autoridad durante toda la Edad Moderna.

(55) FILIPPO GALLO: «Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto», en A. CIANI y G. DIURNI (eds.): «*Lex et iustitia*» nell' *utrumque ius. Radici antiche e prospettive attuali. Atti del VII Colloquio Internazionale romanistico-canonistico*, Librería Editrice Vaticana, 1989, pp. 39-82.

sociedad bajomedieval y moderna, en la idea que ésta de sí misma tenía (56). Aquella sociedad, a cuya concepción del derecho llamamos *ius commune*, se veía a sí misma integrada por corporaciones, por distintos *corpora*, cuerpos, *collegia*, colegios, *universitates*, universidades, de ámbito muy diverso, cohesionadas en función del ejercicio de la misma profesión o negocio (la corporación de los mercaderes, o de los dedicados al estudio), o en función del territorio (la ciudad, el reino): el gremio, la parroquia, la aldea, la diócesis, el condado, la Iglesia, son, como tales corporaciones, ámbito de ejercicio de jurisdicción, de ejercicio de un poder específico que tiene su origen inmediato en la propia corporación y a ella se dirige, haciendo en ella justicia a través de la doble vía de la decisión judicial y del establecimiento de norma. Con referencia directa a la corporación aparecen en el discurso de los juristas del derecho común alusiones a la justicia, a otra de sus dimensiones: puesto que la corporación es el ámbito propio de la jurisdicción, puesto que es el cuerpo político en el que se ejerce el poder de hacer justicia, se dice de la *civitas*, paradigma de corporación, que la justicia es su alma (57):

Iustitia est anima civitatis, nam sicut anima egressa de corpore corpus marcescit et cadit in nihilum, sic egressa de civitate iustitia civitas corrui. Remota enim iustitia quid sunt regna nisi latrocinia magna.

La justicia es el alma de la ciudad, pues así como el cuerpo se marchita y cae en la nada cuando el alma sale de él, así se arruina la ciudad cuando la justicia está ausente. ¿Qué son sin justicia los reinos sino enormes latrocinios?

Este ligamen entre justicia y corporación sirve también a los juristas para abrir argumentos sobre la perpetuidad de la justicia (*constans et perpetua*, y por tanto más propia de la esfera de lo divino que de la de lo humano, según ya sabemos; justicia como alma de un *corpus*, la corporación, que tiene su tiempo propio, que sigue viva a pesar de la muerte de sus integrantes), pero es un campo por el que no vamos a continuar. Lo que sí interesa, habida cuenta del título general de este *Encuentro*, es que la remisión de justicia al ámbito jurisdiccional y corporativo supone el entendimiento «público» de la justicia.

(56) Puede acudirse al clásico de PIERRE MICHAUD-QUANTIN: *Universitas. Expressions du mouvement communautaire dans le Moyen-Age latin*, Paris, J. Vrin, 1970, que llevará a otros anteriores. Conciso y riguroso es el estudio de JOSEPH CANNING: «The Corporation in the Political Thought of the Italian Jurists of the Thirteenth and Fourteenth Centuries», en *History of Political Thought*, 1 (1980), pp. 9-32. Por último, creo imprescindible la cita de una exposición de conjunto en la que la conformación corporativa de la sociedad bajomedieval y moderna resulta definitoria: ANTÓNIO MANUEL HESPANHA: *História das Instituições. Épocas medieval e moderna*, Coimbra, Livraria Almedina, 1982.

(57) *Commentariorum Ivris vtriusque Domini Alberici de Rosate Bergomensis pars Prima super Digesto veteri, Lugduni [per Thomam Bertheau] 1545, ad l. Iustitia, ff. e iustitia et iure* (Dig. 1,1,10), fol. 24v. Tomado el texto de esta obra de Alberico de Rosate, escrita a mediados del siglo XIV, no está de más decir que no quiere aquí atribuirse autoría alguna; la literatura de la época, por lo común, recoge y transmite en un *continuum* que sería ahora al menos imprudente fragmentar.

¿Qué sucede entonces en el ámbito privado, o, por decirlo con terminología más acorde al orden de ideas de entonces, en el ámbito de la casa, en el terreno doméstico o familiar, en el campo no de la *iurisdictio*, sino de la *oeconomica*? Pues ocurre que la justicia se excluye de ese ámbito, del que no se considera propia.

Inter patrem et filium, dominus et servum, uxorem et virum, non esse iustum simpliciter, quod appellam iustum civile, quale est inter cives (58).

En este orden de relaciones familiares (también lo es la de señor y siervo) no puede hablarse de la justicia en el sentido o en los sentidos que veníamos dando a este término. Por asimilación puede hablarse de un *iustum oeconomicum*, o de un *iustum paternum*, pero ya sería una justicia, la que responde a ese *iustum*, definida en virtud de parámetros diferentes; no sería una justicia que cumpliera los condicionamientos de su definición: precisamente porque la justicia se define en función del otro (dar a cada uno su derecho), no puede darse en ámbitos en los que la alteridad no existe o está fortísimamente disminuida:

Filius vero est quasi pars patris, servus est possessio ac instrumentum domini, uxor quasi unum quid cum viro, tum ad generationem, tum ad familiam gubernationem (59).

No es la justicia la virtud que rige las relaciones domésticas, la que señala a cada uno su lugar preciso dentro de la casa, lo que le corresponde en el seno de la familia. En el seno de la familia se ejerce poder, pero ese poder no es jurisdiccional aunque se dicten auténticas normas (incorporadas a las capitulaciones matrimoniales, a los testamentos y otras disposiciones de última voluntad, a la fundación de vinculaciones patrimoniales) y aunque se resuelvan auténticos litigios no mediante el proceso, sino a través del procedimiento informal de la composición y acercamiento de voluntades. En el seno de la familia hay disciplinamiento de conductas, imposición de comportamientos, pero no en virtud de coacción jurídica, sino por obra de la imposición amorosa. Es el amor el que rige, y no de modo menos eficaz en la distribución de premios y castigos, en la configuración y reproducción de determinados modos de comportamiento (60).

¿Hemos salido entonces del terreno de lo público, de lo jurisdiccional, de lo corporativo, en el que reina la justicia como virtud cardinal? Parece que sí, pero la obra de los juristas de entonces no permite distinciones tan netas como las que todos querríamos en una exposición como esta.

(58) *R.P. Ludovici Molinae De iustitia et iure, Antverpiae, Apud Ioannem Keerbergium, A^o M.DC.XV, 1,7,1*, partiendo de Aristóteles y Santo Tomás.

(59) *Ludovici Molinae De iustitia et iure* (nota 56), 1,7,1.

(60) Recuérdense las referencias de nota 22.

Y es que la familia es corporación. Y no una corporación cualquiera, sino la más básica y nuclear dentro del orden político superior representado por el reino o, con término más genérico, la república. Y es corporación nuclear no por ser la célula, la corporación básica cuya agregación o cuyo conjunto integra la república, sino por ser la corporación modelo. Acudamos ahora a una obra de cuya representatividad para estos asuntos no cabe dudar, a los *Seis Libros de la República* de Juan Bodino; nos bastarán algunos pasajes iniciales (61).

I.1: República es un justo gobierno de muchas familias y de lo común a ellas con suprema autoridad.

I.2: Pues así como la familia bien reglada es la verdadera imagen de la república, y la autoridad doméstica, semejante a la autoridad suprema, así también el justo gobierno de la casa es el verdadero modelo del gobierno de la República.

Que la república tenga como modelo a la familia implica que el comportamiento corporativo de la república, del cuerpo político, haya de imitar al de la familia. El rey no es sólo el mayor de los magistrados del reino, el juez máximo investido de jurisdicción; es también el padre de los que están a él sometidos. Es el tutor de la república, y ha de regirla no sólo haciendo rigurosa justicia según derecho, sino ejerciendo la coerción amorosa que distribuye desde luego premio y castigo, pero que sabe también perdonar y dispensar. Se hace justicia a través de la decisión judicial y a través del establecimiento de leyes, pero entendiéndose en el plano judicial, que *amor vincit iudicium*, que el amor vence al juicio, que es mejor y preferente la resolución amistosa del litigio, que el proceso es un mal necesario para cuando falle la composición arbitral, y en el plano normativo, que *plenitudo legis es dilectio*, que la plenitud del derecho no reside en el cumplimiento estricto de la ley sino en su entendimiento y aplicación a la luz de la revelación divina.

En este contexto pueden entenderse las alusiones a la justicia como rigurosa y severa; es notable en latín, pero tal vez más lo sea en lengua vulgar: en castellano, y en sentido estricto, hacer justicia es lo mismo que justiciar o ajusticiar, imponer la máxima pena (62); el rey justiciero es el rey severo o el rey cruel. Y es por ello por lo que, sobre todo desde la canonística, los términos *iustitia* y *aequitas* aparecen en una relación conceptual de atemperamiento del primero por acción del segundo (63). Es

(61) Transcribo de JOSÉ LUIS BERMEJO CABRERO (edición y estudio preliminar): *Juan Bodino. Los Seis Libros de la República. Traducidos de lengua francesa y enmendados catholicamente por Gaspar de Añastro Isunza*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

(62) JOSÉ MANUEL PÉREZ-PRENDES: «Fazer justicia. Notas sobre actuación gubernativa medieval», en *Moneda y Crédito. Revista de Economía*, 129 (1974), pp. 17-90; JESÚS VALLEJO: «Fuero Real 1,7,4: pleitos de justicia», en *Historia. Instituciones. Documentos*, 11 (1984), pp. 343-374.

(63) PIER GIOVANNI CARON: «*Aequitas*» romana, «*miserecordia*» patristica ed «*epicheia*» aristotelica nella dottrina dell'«*Aequitas*» canonica (dalle origini al Rinascimento), Milano, Giuffrè, 1971. STEPHAN KUTTNER: «Tra giurisprudenza, filosofia e diritto: la giustizia e i canonisti del medioevo», en A. CIANI, G. DIURNI (eds.): «*Lex et iustitia*» (nota 55), pp. 83-93.

tópico de curso común el que señala que *aequitas est iustitia dulcore misericordiae temperata*, que la equidad es la justicia atemperada por el dulzor de la misericordia. La *misericordia*, la *benignitas*, remiten directamente a religión, más que a derecho. La misma religión que informa, desde su raíz primera, el árbol de Juan de Matienzo.

Y es que hemos vuelto inevitablemente al principio. El árbol nos dio el fruto de la justicia particular, un fruto jurisdiccional y «público»; el contraste con lo «privado» nos ha llevado, a través de la *misericordia*, a la *aequitas*, que endulza el ya sabroso y maduro fruto de la justicia, y nos ha hecho así volver al jardín en el que el árbol radica. El nexo es religioso. Y la religión ya estaba, desde el principio, en el propio árbol. El mismo Juan de Matienzo da pie a la circularidad inevitable del planteamiento: *Arboris enim nostrae, hoc est, iudicis aut eius qui ad publicam administrationem adscitus est, fructus, particularis est iustitia. Nam generalem, radicis potius, quam fructus, loco esse constat* (64). El fruto de nuestro árbol, esto es, del juez o de los que se afanan en el ejercicio del poder público, es la justicia particular, pues el lugar que corresponde a la justicia general es más la raíz que el fruto. Son especies diversas de justicia, a las que corresponden escenarios o contextos también diversos. Pero la significación plural de ese término único, *iustitia*, no fragmenta el concepto, que lleva siempre consigo la básica determinación de su autoría divina. Con ella vienen los más destacables contrastes de esta *iustitia iuris communis* con la que forjará nuestra cultura jurídica contemporánea: la presencia disciplinar de la teología y fundamentadora de la revelación; su inmutabilidad definitoria, guardadora y reproductora de modo implacable (*constans et perpetua*) de un determinado orden social; la posición derivada, con respecto a ella, del derecho, no concibiéndose que se haga justicia porque el derecho se cumpla, sino entendiéndose que en el derecho la justicia se traduce.

Mas no cabe aquí más que insinuar el contraste. La tala revolucionaria del árbol de Matienzo requiere su historia propia y queda ya fuera del alcance de estas páginas.

(64) *Dialogus*, 3,60.