

El Derecho en peligro (*)

LEONARDO PRIETO CASTRO

Catedrático de la Universidad de Madrid y Abogado de su Ilustre
Colegio

El Derecho está en peligro, porque el concepto ideal del mismo, como valor permanente, no inspira la formación de los juristas, ni el Derecho positivo, ni la técnica de las leyes, ni la realización de éstas; y porque la conciencia jurídica del individuo se halla como embotada y no sabe reaccionar ante multitud de fenómenos de la vida jurídica moderna, que exigen una adopción de postura clara y definida para que, por encima de cualquier avar de los que sobrevienen, persista, incólume, el valor eterno del Derecho. Es decir, que hoy, más que nunca, no puede olvidarse que una cosa es el «Derecho jurídico» y otra distinta el «Derecho legal»: que, ciertamente—como se ha dicho hace poco—, junto a la Ley se halla el Estado; pero que también, y antes, al lado de la Sociedad está el Derecho, y por encima de la Sociedad, el individuo.

Concretamente, entre nosotros, no se ha producido una convulsión tan grande como la padecida tanto del lado de los que ganaron la victoria como de los que la vieron escaparse de sus manos; pero no por ello podemos permanecer tranquilos creyendo que nada de lo que fuera ha ocurrido nos es extraño. Que Alemania haya debido rectificar toda su trayectoria filosófica después de la catástrofe, parece un postulado. Ante el derrumbamiento del Estado como fuerza, creador de un sistema jurídico con el que el individuo ha visto caer, uno a uno, todos sus valores humanos e incluso los patrimoniales primarios, había que buscar otro sistema, refugiarse en él, invocando el último y el primero de los títulos que le restan: el ser hombre. De aquí por qué el esplendoroso renacimiento de la filosofía iusnaturalista en Alemania, en todas sus facetas, desde la tomista, con Petrascheck, por ejemplo, hasta la semipositivista, de Beyer, con las reservas de su *Warnung vor der ewigen Wiederkehr des Na-*

(*) Conferencia tenida en la Universidad de Granada, el día 3 de abril de 1951.

turrechts (1947), aplicada incluso a la historia, como ha hecho Mitteis, el hijo del gran romanista alemán, con su obra de 1947. *Vom Lebenswert der Geschichte* (1947), un libro que llega al entusiasmo y patetismo de los humanistas, dentro de su corte profundamente científico; o Koschaker, con su estudio *Europa und das römische Recht* (1947), grandiosa exposición de la marcha evolutiva del Derecho del Occidente, donde el romano sería el factor aglutinante de toda la humanidad cristiana, como institución querida por Dios; e incluso la mentalidad misma de los rectores de la jurisprudencia práctica, que podrían sentirse ajenos a estos problemas, ha sido fuertemente influida por la atracción de la suprema entidad del Derecho natural, porque creen que también satisface los imperativos a que han de servir; y así, Weinkauff, en la inauguración del *Bundesgerichtshof* (el Tribunal Supremo de la Alemania Occidental), hace casi días, el 8 de agosto del año último, como Presidente del mismo, apuntaba que «no se podía predecir si el Tribunal entraría en el gran problema de nuestro tiempo, la antítesis entre Derecho natural y Derecho positivo», y agregaba que «sería una tarea hermosa, aunque difícil, partir de la base metafísica del Derecho, valorando los principios que incluso al legislador obligan, en contacto con la ciencia y las fuerzas culturales de la Nación».

Igual que los maestros se esfuerzan en inculcar esta mentalidad, y es un ejemplo el discurso que el Decano de la Facultad de Derecho de Frankfurt, Prof. Hallstein, pronunció en la apertura de la 38.ª reunión de los Juristas Alemanes hace muy poco también, el 14 de septiembre de 1950: pedía una ciencia jurídica que «descansase en el Derecho natural; en permanente coloquio para impulsar el progreso del Derecho y hacer de la política el arte de lo justo, igualmente anclada en el *Ethos* del Derecho». Pero también en el orden internacional, porque Geiler, hablando de la unidad jurídica de Europa, llegó a decir que «para superar la diversidad» era menester un «balance de las leyes concordantes», recalcando la significación que en esta labor de europeización «han de tener el Derecho natural y el Derecho romano». Incluso el caso de Nuremberg es juzgado desde un ángulo visual que puede parecer extraño, pero que no lo es en la trayectoria de humanización del Derecho, donde, el alemán se siente, ante todo, hombre.

Leemos en Haensel, bajo el significativo título «*der Ausklang von Nürnberg*»: «Los Tribunales de Nuremberg nos vuelven a enfrentar con el problema acerca de si el positivismo representa verdaderamente la conclusión última de la sabiduría y la cúspide de la Ciencia jurídica, o si, por el contrario, hemos entrado en una nueva época de cultura y con ello en un período que hemos de juzgar con nuevos criterios histórico-jurídicos, donde la práctica de los Tribunales se ofrecería como una argumentación que

no se basa solamente en normas jurídicas positivas y en su interpretación en el sentido del legislador» (1).

Goethe mismo es traído ahora a colación—y ello resulta natural—en el intento del Derecho de la nueva época: «El espíritu de Goethe alienta allí donde la tolerancia y la Humanidad son el impulso de la vida práctica. En Goethe se halla la fatiga y el esfuerzo que quieren asegurar la dignidad del hombre y la erección de una comunidad de Naciones presidida por la Ley moral, para cuya obra—¡no se ignore!—Nuremberg fué un fuerte pilar. Y si por acaso allí ocurrieron muchas injusticias, ahí está Goethe, que dijo: «Es preferible que se cometa injusticia contigo a que el mundo esté sin Ley» (2).

Algún país tan pragmatista, como Estados Unidos, se halla en estos momentos dominado por el ansia hacia un Derecho superior, abrumado por la angustia de que el simplemente legal no es en todo instante la única norma que puede lograr las aspiraciones éticas y morales de una sociedad sana. El senador Tobey, abrumado por la ola de inmoralidad que ha envuelto a algunos sectores de la vida americana, veía claro que no bastan, aunque sean muy importantes, graves penas para el perjurio y jueces investidos de grandes poderes, sino que hace falta una conciencia más recta, que se modela con la noción y la vocación de la moral jurídica, y hubo de exclamar pocos días hace, evocando al poeta Greenleaf Whittiers: «Solución no hay ninguna, si no es volviendo a la Ley de Dios.» Era la fórmula con que un honorable senador que no sabe de filosofía condensaba esta afortunada aspiración de nuestro tiempo.

Fórmula de un profesor alemán, como Würtemberg o Bayer, nos comunicarían con otra elocuencia y con profundidad europea: «No podemos hoy venir con los argumentos de Bergbohn para combatir al Derecho natural. Buscando el Derecho natural, el hombre obedece a un impulso muy serio: el hallazgo de un camino en esta indigencia espiritual de nuestra época. La resurrección de la idea del Derecho natural está hoy indisolublemente ligada con el intento de una renovación espiritual de la vida. El Derecho como fenómeno de la existencia social ha de soportar que, por lo menos dentro de ciertos límites, deba ser medido con unos módulos éticos. Y en tanto en cuanto a la idea del Derecho natural se asocie la vigencia de supremas máximas éticas, vinculantes para el hombre en el ámbito del Derecho, tal idea no podrá jamás ser desterrada de la filosofía del Derecho, ni siquiera de la dogmática jurídica» (3).

Con esto me limito a ofrecer algunas ideas salientes o reflejar el estado actual de la mentalidad jurídica germana del Occidente (que es casi toda la geográfica y la que intelectualmente

(1) Véase *Neue Juristische Wochenschrift*, 1949, págs. 367-8.

(2) En la misma Revista: *Goethe* (sin autor).

(3) Cfr. *Archiv f. d. zivilistische Praxis*, CL (1949), págs. 282-3.

cuenta), pasando por alto—porque el tema no es sólo esto—multiplicidad de obras, de conceptos y de construcciones que a diario están llegando a nuestras manos en este renacer, presentimiento de un novísimo humanismo jurídico. Es lo suficiente para mostrarnos el inmenso servicio que los juristas alemanes han prestado a la civilización occidental. El despecho y la desesperación tras la inmensa ruina pudo inclinarles hacia formas y concepciones que habían experimentado y que allí mismo, saltando una línea artificial, continuaban y continúan por desgracia existiendo. Pero la fuerza de la espiritualidad germánica les llevó a optar por el camino del optimismo, de la regeneración y de la más exaltada depuración de sentimientos, dándose la curiosa paradoja de que no han sido los poderosos vencedores occidentales quienes han debido prestar reservas morales a los vencidos, sino que, por el contrario, aquéllos parecen mostrarse necesitados del gran depósito del espíritu germánico (4).

Mas no todos los países europeos han tenido una reacción tan definida y tan categórica. Los factores que en ellos actuaron antes y después de la guerra eran distintos. Pero también es de tener en cuenta que su capacidad de pensamiento y de crítica ante el fenómeno del Derecho no es equiparable a la del pueblo alemán: no poseen igual profundidad de captación y de análisis.

De dos países principalmente podía esperarse una revisión de los valores jurídicos: Francia e Italia. La primera, bien aprovisionada económicamente, ha sentido poco la guerra, se halla entretendida en peligrosas experiencias sociales y sólo esporádicamente ofrece algún sintoma de preocupación por el trascendental problema. Los juristas franceses continúan entregados a su pragmatismo, con alguna obra aislada acerca de las nuevas direcciones que las realidades económicas imponen al Derecho. Su prestación máxima se halla en el existencialismo, que puede, según como se oriente, señalar caminos en esta marcha.

En Italia, donde siempre halló un fructífero cultivo la doctrina iusnaturalista no tenían tanta necesidad de revulsivos heroicos para remover su conciencia jurídica. Durante todo el período del fascismo poseyeron libertad para atacar los principios jurídicos en que esta teoría política se fundaba, por cierto no tan radicales como los germánicos de la anteguerra; crítica si no abierta al menos bajo títulos que indirectamente apuntaban hacia ellos: certeza del Derecho, seguridad jurídica, generalidad y abstractismo de las normas...

Mas, en definitiva, ninguna revisión a fondo; y es posible que su ancestral predilección por la fijeza y la seguridad del Derecho les aparte un tanto de una ideología, la iusnaturalista, cuya característica es el predominio de una fe sentida para ciertos valores y principios que, hoy por hoy, no están del todo definidos y me-

(4) Véase la trayectoria en los estudios y comentario bibliográficos de la Revista citada en notas anteriores.

nos escritos, es decir, algo discrepante de la fijeza y de la seguridad. Los italianos son predominantemente constructores técnicos del Derecho, y ahora continúan en esa empresa, la de su magnífica vocación tradicional, de tal suerte que en la elaboración doctrinal del Derecho, como ciencia y como técnica, han superado a los que en la Edad contemporánea les prestaron sus métodos, los alemanes; pero en el Derecho como filosofía, hoy están lejos de ellos.

De otros países, los anglosajones, no es preciso hablar. La vocación por los arduos problemas del espíritu no florece en climas de abundancia; las actividades intelectuales se ordenan principalmente a la valorización de sus riquezas; el Derecho es un material empírico más que un motivo de hondas especulaciones científicas y filosóficas; sólo sirve para una regulación positiva de problemas ordinarios de un vivir fácil, y, por consiguiente, una práctica jurídica de precedentes basta y sobra en esos pueblos. Sólo está por ver si esos países deberán formar filósofos que les enseñen los necesarios conceptos nuevos en Derecho, para caminar paulatinamente hacia los trabajosos sistemas jurídicos de la necesitada y superpoblada Europa continental; en vez de jueces creadores de la Ley habrá de formar legisladores que aprieten cinturones, como en esa Europa, donde ya ha entrado, y donde el discutir sobre el Derecho, su contextura, sus principios y sus categorías ha sido siempre una necesidad, y hoy más que nunca.

Nosotros, españoles y europeos, no estamos fuera de esta preocupación general, y todas las cuestiones que son sacadas a la luz del día como integrantes del gran problema que se formula y se intenta resolver bajo la advocación del Derecho natural, nos afectan y debe movernos a su acucioso examen, si queremos ser y tener juristas; porque no se es jurista en la formación de la juventud, explicando la Ley; ni en la profesión práctica, con sólo aplicarla; ni en el legislar, ideando normas casuísticas o cláusulas generales según como el ocasionalismo pida. Ser jurista es penetrar en la esencia misma del Derecho, actuar con la abstracción y la hondura de pensamiento que se requiere para adquirir la verdadera conciencia del Derecho, lo que no exige precisamente ser un filósofo. No todo el mundo puede serlo; casi nadie lo somos. Es suficiente y necesario levantarse sobre el mecánico quehacer cotidiano de leer textos, aplicar artículos y entender las ordinarias lecturas acerca de alguna institución o faceta del Derecho práctico. En suma: tener una «idea» del Derecho más orientadora y útil para la vida individual de juristas y para el beneficio del Estado, que una versación muy amplia en alguna o varias de las ramas y tratados jurídicos.

Lector curioso de los derroteros de la ciencia jurídica, Profesor de Derecho, Abogado que no desdeña la llevanza de negocios judiciales en las instancias bajas para no perder oportunidades

de conocer a la vida y a los hombres, publicista de Derecho y hasta durante algunos años Juez contencioso-administrativo, he meditado mucho sobre todas las experiencias a que una actividad así múltiple nos somete, y me propuse dar forma a algunas de las ideas que me sugieren estas meditaciones, en confrontación con un panorama del Derecho que a grandes rasgos he trazado, con las limitaciones propias de esta oportunidad.

Desearía, ante todo, presentaros el espectáculo, peligroso para el Derecho, de las actuales generaciones de estudiantes que frecuentan las aulas universitarias, no sin adelantar la importante salvedad de que hablo en términos muy abstractos, dejando aparte los casos que difieren y son nuestro consuelo.

Evidente es que la Jurisprudencia, y hablamos de ella en su genuino concepto clásico de teoría jurídica—con Ulpiano—, es un menester que no se halla al alcance de todos: ninguna otra ciencia exige tantas dotes de generalización y de exquisitez intelectual como ésta para captar sus sutilezas, su complicada trama: su manejo es un operar con conceptos, sin contrastación con realidades vivas y tangibles, y aun aplicada a esas realidades sigue siendo sutil, volátil, escapadiza. Los romanos así lo entendieron, cuando no glorificaban a sus artífices que construyeran el circo máximo, la vía Augustea o el acueducto de Segovia, sino a sus juristas; y lo entendió el Rey Sabio, que no sólo creó un Código donde cada precepto lleva su propia exposición de motivos, como para ayudar a vencer las dificultades hermenéuticas del Derecho, sino que también a los maestros del Derecho y no a otros hombres otorgó el privilegio de ser y llamarse condes y de no hacer antepasados antes reyes y príncipes.

Pero es que no solamente una mayoría del alumnado jurídico está falto de aquellas dotes, sino que frecuentemente se envía a estudiar el Derecho a quienes no han podido vencer las dificultades de otras ciencias, y lo triste y lamentable es que terminan, con más o menos tropiezos, su licenciatura. Esto arguye que la enseñanza actual del Derecho no pone obstáculos para un estudio que pide las mejores inteligencias o, dicho con otras palabras, que no se enseña el Derecho con la extensión y profundidad que cerraría el paso a quienes no posean esa superior mentalidad. Parece como si existiese un acuerdo de reducir el contenido del Derecho y su enseñanza a lo indispensable para una práctica artesana. Y la idea de que así es y no de otra manera ha invadido de tal suerte a nuestra sociedad, que el alumnado se cree poco menos que víctima de rarezas y de drásticas exigencias cuando los Profesores se levantan sobre la superficialidad y la bagatela para presentar problemas, acuciar el sentido jurídico, mostrar la arquitectura íntima de las instituciones, criticar histórica y filosóficamente el Derecho positivo. Tedio y algún que otro ostensible bostezo son muchas veces la respuesta a los desvelos del Docente.

Las cosas no marcharían así si la Sociedad que recoge a esa

masa de Licenciados—cuando puede recogerla—, a los buenos y a los malos, pusiese un nivel más elevado. Es como si no se creyera con necesidad de juristas y que le bastan meros licenciados, administrativamente investidos del título, o, lo que sería peor, como si no le interesara distinguir entre unos y otros. El ingreso en las carreras jurídicas del Estado, no pide que se sea jurista; lo esencial es una amplia memoria para recitación, del modo «más brillante» — como dicen los adoradores de las «oposiciones» — algunos cientos de temas, y cuantos más temas haya habido que preparar y desarrollar, con superior sujeción a la letra, en tiempo «handicap», tanto mayor prestigio y estima, acreditados con una suma mayor de retribución económica. Evidentemente, esos «oposidores» son los que han de regir la vida política, económica, social, administrativa de la comunidad, y no son juristas, sino artesanos del Derecho, tienen deformada su mentalidad, perdido el menguado bagaje verdaderamente formativo que hubieran podido adquirir en la Universidad.

Acongojante en grado sumo es el cuadro que ofrece el ejercicio libre de la profesión de Abogado: para iniciarlo no hace falta ni siquiera algo parecido a aquellas recitaciones ni aprendizaje de ninguna especie. La deformación puede comenzar el primer día.

Sin duda alguna, en cada aula encontramos un grupo selecto, pero el ambiente presiona, salvo muy importantes excepciones, y contagia de una morbosa psicología que con dolorosa premura se adueña de nuestra juventud estudiosa: la del utilitarismo práctico, al que importan los beneficios materiales y no la verdadera sabiduría. Llevo varios años preguntando a los alumnos distinguidos, al comienzo de cada curso, si quisieran ser Profesores de Derecho o Jueces, y en muy pocos casos oí una respuesta afirmativa. Es menguado el rendimiento crematístico de esos puestos, aunque deban ser los preeminentes para la sociedad y el Estado, y no despiertan ya vocaciones.

De esta manera renunciamos a tener en futuras generaciones buenos juristas científicos, con grave peligro para el Estado y la sociedad: buenos legisladores y Jueces de Jurisprudencia que sean más que aplicadores automáticos dominados por el formalismo de unos preceptos inertes. Todas las calidades descienden. El riesgo que por ahí cela el Derecho es manifiesto y desconsolador.

Habremos, después, que dirigir nuestra mirada a la calidad de la Legislación y a su influjo sobre la sensibilidad jurídica. No podemos hacer figurar aquí un estudio acerca del formalismo del Derecho positivo, tema de superlativo interés doctrinal, porque no cabe duda que el legislador olvida muy frecuentemente que las normas jurídicas tienen un destino práctico al que con absoluta preferencia debe servir, procurando ante todo la asequibilidad de su contenido y la facilidad de su cumplimiento; hasta el punto de que con demasiada frecuencia no es el imperativo de la norma misma, sino la imperfección de su revestimiento lo que provoca

los conflictos jurídicos, para cuya solución se usa de la energía de los Tribunales, que deberían estar llamados a otras misiones más útiles: trátase de un aspecto de la técnica legislativa en el que no podemos ahora entrar. Como ejemplo podríamos citar hoy el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, sus anexos y concordantes y docenas de la Ley Arrendaticia Urbana y de su Novela de 1949.

También hemos de satisfacernos con una mera referencia a los dos vicios antagónicos que en el momento presente desfiguran al Derecho positivo. Son el sistema de cláusulas generales y su opuesto, el de casuismo atomizante. Tan peligroso es el uno como el otro para el Derecho; el primero, porque atenta contra su certeza y su seguridad; el segundo, porque lo esteriliza a fuer de quererlo fijar y amartillar. Después de lo que hemos dicho en oportunidad anterior—confrontando el postulado del Derecho natural con la seguridad jurídica—, debemos concluir que ni uno ni otro sistema son satisfactorios.

Las cláusulas generales fueron siempre usadas por el legislador. Ahí están los dos artículos más importantes del derecho de obligaciones, el 1.255 y, sobre todo, el 1.258 del Código civil, que con la invocación de la moral y el orden público, la buena fe y el uso, como ya hace milenios, difícilmente permitirían que ningún progreso o creación del comercio de los hombres pueda hallarse huérfano de sanción jurídica. Pero ello no debe confundirnos: el uso de reglas o máximas de experiencia o de «standards» jurídicos todos sabemos que es común y necesario para el legislador, el cual habría de construir leyes aún más interminables que las actuales si hubiese de definir todos los conceptos que necesita emplear. No se trata, pues, de esto, sino del uso deliberado de tales cláusulas generales, como una regla del legislar; y no se requiere decir más de cuanto, por ejemplo, Hedemman ha escrito sobre este problema de nuestro tiempo, en el que con el uso de tal sistema veríamos tantas leyes distintas como jueces aplicasen las normas así concebidas, según recogimos en los trabajos 67 y 68 de «Estudios» (5). Pero no debemos terminar este párrafo sin aludir a la peor amenaza que en ellas se envuelve: su empleo en el orden penal y, sobre todo, cuasi-penal novísimo, que lleva a las condenas por analogía en un ámbito donde la precisión de los tipos es una exigencia que ni siquiera admitiría su debilitación por ideales de orden supranormativo. De ahí por qué no sea posible prestar conformidad al modo de enfocar el estudio del «Derecho penal económico» de nuestra época, que no hace mucho adoptó nuestro querido colaborador el Fiscal Jiménez Asenjo.

A la inversa, el sistema de casuismo no es ni satisfactorio para el jurista, ni beneficioso para los particulares, ni facilitador para el trabajo jurisdiccional.

La necesidad de recoger hechos, derivaciones, peculiaridades,

(5) PRIETO CASTRO: *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*. II, 1950.

casos con multiplicidad de facetas, compele al uso de una técnica redactoria que obstaculiza la comprensión y acaba por llevar irremisiblemente las cuestiones a los estrados de la Justicia, donde ésta no siempre llega a descubrir lo que quiso el legislador casuista; y como con esto hay que contar, surge el temor de que los casos de la vida real tuviesen una solución distinta en cada distrito judicial—es decir, el fracaso completo de las normas—, y entonces se trata de lograr una unidad hermenéutica, encomendando un último conocimiento al Tribunal más elevado, cuyo cometido—que con otro sistema sería evitable—en tales supuestos es el que vamos a contemplar en seguida.

Piénsese en ciertos tipos de leyes de esta factura, ofreciendo a cada paso el impedimento de una permanente adjetivación adverbial, con todas las gamas y clases de adverbios; en leyes que construyen en su cuerpo normativo excepciones, a excepciones contenidas al margen de ellas, en otras disposiciones agregadas que suelen llamarse «transitorias», equivocando el concepto que de la transitoriedad de las reglas jurídicas tenemos adquirido. Y puesto que estas leyes son Derecho para la vida, desde luego legal, ya que no conspiren contra él, lo embarazan con perjuicio de los ciudadanos.

El legislador tiene el deber de hacer frente a las complicaciones de la vida moderna, haciendo por superarlas, pero a condición de que la inteligencia y el estudio le permitan huir del vicio de las situaciones excepcionales, esto es, refugiarse en la comodidad del arbitrio fácil de ambos extremos, casuismo enervante y generalizamiento arriesgado. Por esa ruta, que elude la improvisación y la falta de estudio, le sería dado captar, definir y clasificar los múltiples y variados intereses individuales y sociales, dispensando conscientemente la tutela merecida. Claro es que así no sólo se postula un legislador sabio y prudente, sino también un plantel de jueces que monopolicen el talento de las naciones, el más alto nivel en la escala social y la falta de miedo por la abundancia de medios.

Pasamos aquí a dar muy pocas pinceladas respecto del trabajo jurisdiccional. Anticipemos que si hubiésemos de elegir entre el predominio de la norma abstracta y la creación de disposiciones para el caso concreto por el Juez, postura esta última que, para la teoría y la práctica del Derecho, se discutió ampliamente hasta el final de la guerra, bajo el calificativo de *Rechtsfindung*, cualquiera de nosotros, por resguardo, se inclinaría hacia la norma general y abstracta, incluso los mismos Jueces, sin mayores comentarios ni necesidad de excusas para nadie, porque salvo el paréntesis de la *Rechtsfindung* a que acabamos de aludir, se trata de una preferencia ancestralmente justificada y experimentada.

Por tanto, sobre el Juez, la Ley. Pero cosa distinta es que el legislador sea de mentalidad de que la Ley es todo y la Jurisdicción y el Juez nada o muy poco y que, como correlato, en tal

exigüedad el Juez no necesite preocupar grandemente al Estado ni a la sociedad; no preocupe en el elevadísimo grado de formación que deba serle exigible, ni en sus preeminencias, ni en su estatuto superior de vida. El círculo vicioso ha de romperse con la afirmación de que las leyes normales piden Jueces que las sirvan con superior intensidad y altura en su cometido propio, porque deben y pueden así aplicarlos. El Juez será algo más y la Ley algo menos, sin despertar temor de errores, de injusticia, de ilegalidad, esto es, garantizando cuanto de la función jurisdiccional depende y se espera.

No sé cuántas cosas diría entrando en este tema, que es de los aquí simplemente apuntados para sugerir ideas y provocar meditaciones, pues no sólo lo que se expresa vale, sino también lo que se calla, y de esto escribió algo Horacio y saben mucho los Jueces que aquí por aventura escuchen y todos los Jueces que en el mundo haya.

Se me ocurriría, por ahora aportar comprobaciones vulgares de la vida cotidiana, pero vulgaridades reguladas y patrocinadas por las leyes y que son subsumibles bajo el juicio que puede formarse un lector leyendo a un jurista tan eximio como Heinrich Triepel, cuando, al hablar del estilo del Derecho, con fines de investigar su estética (6), sugiere: «Después de tantos años de constantes mutaciones legislativas, la Jurisprudencia ha temido que ocuparse de un montón de problemas pasajeros y dudosos en su fondo que no dejan margen para la meditación serena sobre el valor permanente del Derecho, con el peligro de que ella, en lugar de ser un arte, degenera en artesanía, técnica o táctica del «Sich-Irgendwie-Zurechtsfinden», esto es, «salir adelante como se pueda».

Creemos, no obstante, que el mayor de los peligros para el Derecho está en el positivismo de emergencia. Pensando en éste nos representamos un panorama mundial como hasta aquí, sin alusión concreta a ningún país y es sólo materia para un comentario científico, dejando a salvo la significación imperativa de las normas de emergencia, que piden acatamiento en cuanto son tales y ni siquiera hace falta decir que no se pone ahora en tela de juicio. El derecho emergente no es un peligro en sí mismo, porque sin duda es necesario, sino en sus efectos reflejos.

Puede admitirse incluso que también, fuera de las Jefaturas Supremas de las Naciones, por órganos y autoridades que esencialmente carecen de potestad normativa, se dicten disposiciones donde, con la facilidad de una simple Circular número tal o cual, o una Orden interna de servicio o, más simplemente aún, sancionando un caso particular, queden derogados media docena de artículos de un Código penal, quince de otro Mercantii y algún título de cualquier Código civil que rija en un país cualquiera, o que se

(6) TRIEPEL: *Vom Stil des Rechts. Beiträge zu einer Aesthetik des Rechts* (1947). Cfr. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1949, pág. 100.

cancelen determinadas garantías primarias de orden procesal. Para eso es derecho emergente y hemos de permitirle tantas desviaciones, las cuales, a la luz de un Derecho superior confrontativo, no sólo no nos gustarían, sino que las repudiaríamos. El Derecho emergente es el tributo que el mundo occidental paga por y para salvarse de la injusticia y el desorden como dogmas, de la inseguridad como principio de vida, de la hosquedad y la desconfianza como signo de la relación entre los individuos; y querríamos seguir pagándolo si es la consecuencia de nuestra defensa contra todo eso y la prenda para continuar evitándolo. Empleo esta fórmula para la interpretación del derecho legal de emergencia, que siempre me pareció muy difícil de calificar y situar dentro de un concepto jurídico del Derecho.

Lo que importa, por tanto, es considerar el valor de la adjetivación emergencia = transitoriedad, circunstancialidad, no abandonar el deseo de que por la total eliminación de las causas desaparezca el efecto.

Y esta idea debe presidir la mentalidad del legislador, de suerte que no será justo persistir en el vigor de una disposición circunstancial que repugne a la conciencia jurídica media formada en un estado de normalidad, si ya no existe ninguna razón que la legitime.

Cuanto antes hay que suprimir las normas innecesarias de esa clase, evitando factores de influencia nociva indirecta.

Los efectos reflejos más graves son éstos.

La Administración se encastilla excesivamente en una postura de predominio, con menoscabo de otras potestades del Estado. El Estado coadyuvaría a que la función jurisdiccional adquiriese la sensación, difusa, de una inferioridad, y entonces o se relajaría la conciencia de la propia importancia, pudiendo degenerar en la pérdida total de las prendas jurídicas y morales que la elevan a la cúspide de las actividades públicas, o si intenta sobreponerse podría incurrir en la desviación de aceptar una mentalidad administrativizada. El individuo, puesto que las normas de emergencia le vigilan en exceso, adquiere el hábito de sortearlas y—no pudiendo diferenciar entre unas leyes y otras—acabaría siendo un burlador impenitente de todas las leyes, fugitivo de la ética, de difícil acomodación a la normalidad. Pero todavía está lo más grave: el jurista (incluyendo al Juez) corre el riesgo, si por acaso no posee convicciones profundas y una formación muy sólida, de bastardearse.

Antes de seguir más adelante conviene hacer un distingo de mucha importancia, y es a saber que únicamente nos estamos ocupando del Derecho emergente de carácter privado o que atañe a las relaciones que interesan a los particulares, dejando aparte el administrativo, como tal, y el político.

Verificada esta delimitación, nos es lícito afirmar, como prin-

cipio, que las causas determinantes del derecho de emergencia son casi exclusivamente económicas, y se trata de ver hasta qué punto la Economía impera sobre el Derecho y en qué medida pueda dominarlo y sojuzgarlo. Sería absurdo que a fuer de juristas, quisiésemos fundamentar un Derecho desligado de la Economía. Como un término medio hemos de admitir que entre ambas categorías existe interdependencia.

El Derecho, pues, tiene ligamen con la Economía, y además indisoluble. Pero, ¿esta vinculación indisoluble ha de admitirse para todas las manifestaciones y todos los fenómenos económicos? Creemos necesario una respuesta negativa.

Sin embargo, en el campo de los juristas nos parece sorprender cierta desviación. Su capacidad creadora se realiza extraordinariamente cada vez que, con afanosidad, se aprestan y consiguen edificar la estructura jurídica que recoge las realidades económicas para las que el Derecho al uso no está preparado o carece de soluciones. Si hace sólo esto, no está cumpliendo su cometido; pues lo malo es que los juristas se limiten a crear esos arbitrios remediadores sin detenerse en calificarlos a la luz de una juridicidad pura, porque entonces no hacen más que encadenarse, marchando a remolque de la Economía. Exempla docent: No negamos que la cláusula «rebus sic stantibus», o lo que aquí llamamos «amparo judicial de los contratos» (trasladando al castellano la fórmula alemana "Vertragshilfe des Richters", o la posibilidad y necesidad de hacer un estudio independiente de los contratos de autorización administrativa (también adaptando el concepto germano de «Verträge mit verwaltungsrechtlicher Genehmigung») o cualesquiera otras apariciones análogas, deban estar a disposición de la doctrina y de la práctica jurídica moderna, como ya lo estuvieron, si no en todo, al menos en parte, entre los romanos para ciertos casos y determinadas circunstancias.

Distinto es rendirse a la idea de que la cláusula, y el amparo y la autorización hayan de ser para siempre instituciones del derecho de las obligaciones, como si fuesen conquistas sustanciales y definitivas del Derecho, el cual habría de asumirlas como un fondo de sus dominios, sin el que no puede pasar, de tal suerte que la fórmula de máxima libertad y seguridad, del art. 1.258 del Código civil («desde entonces—consentimiento—obligan... al cumplimiento de lo expresamente pactado») pudiera estimarse deseable y aún fatal que se convierta en letra muerta.

No es eso; no es una fatalidad que el Derecho deba sacrificarse o morir eternamente en obsequio de la Economía. Mientras no se dé un imperativo contra el que no quepa resistencia, hemos de luchar por la primacía del Derecho. Porque en el fondo, la subordinación del Derecho a la Economía en una crisis o coyuntura cualquiera, implica un atentado contra los derechos subjetivos del individuo. El Estado, ante el conflicto que se le plantea

entre las dos categorías, opta por el sacrificio de la jurídica. Es mucho más cómodo, por ejemplo, suprimir la libertad de comercio, en momentos de escasez, que poner los medios para eliminarla o atenuarla por lo menos; cuesta menos esfuerzo dejar sin efecto retroactivamente una situación cualquiera del tráfico económico-jurídico que lograr la noción anticipada o previsión de los acontecimientos futuros. Nadie—es cierto—aplaudiría hoy al Código civil con su media docena escasa de preceptos acerca de la relación de trabajo; pero sólo la deformación de la mente de los juristas, acomodados al «derecho-legal» de emergencia puede ser un impedimento para añorar la completa vigencia de cuantos preceptos hay en ese Código y en la ley de Enjuiciamiento civil acerca del contrato de arrendamiento de fincas urbanas, creyendo que sea un fatalismo el vivir para siempre con las leyes arrendaticias emergentes de tan larga duración ya; o que hoy sean anacrónicos preceptos como el del art. 480 del primero de esos cuerpos legales, donde se otorga al nudo propietario el derecho a la resolución de todos los contratos celebrados por el usufructuario para recibir la cosa libre de cualquier gravamen. La vuelta al Código civil no es el deseo de un trastocamiento de los criterios tutelares de la legislación de emergencia, sino el postular un estado económico normal, perfectamente asequible con el esfuerzo de la Política rectora de la legislación y de la Administración. En suma, no se pretende, poniendo un ejemplo vulgar, que el propietario pueda dejar al cielo raso a su inquilino, sino una situación donde a éste le sea dado hallar otro albergue en la acera de enfrente, o donde el colono encuentre con relativa facilidad nuevas fanegas de tierra regable. Actualmente, la presión de una economía desarreglada rompe con demasiado rigor el equilibrio de dos posturas contractuales que, a la luz del Derecho, que queremos salvar, merecen una tutela menos dispar, y que difusa o abiertamente conspira contra iniciativas que serían coadyuvadoras del retorno a la normalidad.

En cierta medida, bastante de lo expuesto nos descubre un fenómeno de descarnado formalismo jurídico, es decir, hay una vestimenta que se dice jurídica, pero carente de contenido de Derecho.

Ahora, como último tema a esbozar, figura otro formalismo claro y evidente, constituido por la superestructura procesalista del «derecho legal», o, mejor, superestructura procedimental, que conspira contra la facilidad de la Justicia y, en definitiva, contra la efectividad del Derecho.

Parecerá extraño que quien ha de cultivar con preferencia el Derecho procesal sienta una afirmación de esta clase. Pero quisiera decir que precisamente por ello. La cotidiana observación de los acaecimientos procesales, con una doble actitud de especialista y de profesional ejerciente, permite ver con otra luz el cuadro del procedimentalismo actual.

Los principios y garantías procesales han sido en todos los tiempos el índice sensible de la Cultura y de la Civilización jurídica, y, salvo los reparos que cada sistema admite, no cabe duda que en esta rama del Derecho se ha conseguido un extraordinario progreso, y que la mentalidad actual está en condiciones de idear un sistema con todas las perfecciones que el hombre puede conseguir.

Su panorama, empero, hoy por hoy, no es completamente satisfactorio desde el punto de vista científico ni menos en el aspecto legislativo.

Extraño al tema de esta conferencia sería un repaso histórico sobre las características de su desarrollo en la última etapa, que es la de su configuración como ciencia jurídica, desde el último cuarto del siglo pasado y lo que va del presente. El Derecho procesal pasa en ese tiempo desde el burocratismo procedimentalista hasta la más refinada precisión de conceptos en un ámbito doctrinal y en el de los códigos; ahí están, como ejemplo vivo, toda la teoría de sabios juristas que en Alemania, después en Italia y más tarde en otros países, le han conferido la dignidad de una doctrina científica; y ahí están igualmente los Códigos alemán (1878) y austríaco (1900) y hace poco el italiano (1940), que son el precipitado legislativo de una labor de investigación histórica, dogmática y constructiva merecedora del máximo galardón, puesto que han contribuido a hacer menos larga y engorrosa la vida práctica del Derecho y a estimular el comercio y el crédito por las garantías que les prestan.

Y no del todo necesario es, consecuentemente, decir que en el laborar para la creación de un Derecho procesal como ciencia jurídica independiente de las ramas jurídicas materiales o sustantivas, su doctrina ha incurrido quizás en exceso, que ahora, cuando a la cabeza se coloca la protección del derecho subjetivo, nos ha sido dado contrastar más claramente. Valga por todos los ejemplos aducibles, el de la acción. El esfuerzo máximo que la Ciencia procesal ha hecho desde que lucha por su sustantividad como tal Ciencia, lo dirigió hacia la absoluta separación del concepto de acción, y cuantos me escuchan saben que no existe en Derecho procesal un problema acerca del que tanta literatura se haya producido. Se quería un concepto de la acción que rompiera y nada tuviera que ver con el derecho subjetivo que se trata de proteger en el proceso. Salvo sobre ciertos puntos, hay tantos conceptos de la acción como autores. Y esto, ¿por qué? Simplemente, porque es imposible trabajar con una definición vacía, con un concepto formalista. La acción, sin estar referida al derecho material que tiene o se pretende por el justiciable que tiene tras de sí, no es nada. Pueden observar mis amables oyentes la amplitud de la rectificación a que he llegado. Efectivamente: Si no estoy dentro de la definición de Celso, poco me falta.

La Ciencia procesal no ha conspirado deliberadamente para

hacer una doctrina de conceptos formalistas, más nociva que el procedimentalismo burocrático contra el que ha combatido tantos años; es demasiado valiosa su aportación al Derecho para que podamos permitirnos semejante juicio. Lo único que hemos de reprocharle—y ya estamos en el centro de nuestro tema disertatorio—es haber dedicado sus mejores energías al empeño independizador a que antes nos referíamos y, en cambio, y precisamente quizás por esto haber descuidado un profundo examen: Que el Derecho procesal y el juicio y el procedimiento no son fines en sí mismos, sino instrumentos al servicio del Derecho; de donde la misión propia suya deba ser—con la conciencia permanente de esa servidumbre—despejar el camino, facilitarlo, apartando cuanto lo obstaculice y no sea absolutamente necesario. Los problemas acerca del tratamiento de los presupuestos procesales y de las excepciones dilatorias, del formalismo, en general; de las facultades del Juez en un sistema de justicia rogada o inquisitiva, y de la cosa juzgada y su intangibilidad o variabilidad, que son los impedimentos más graves con que tropieza la persecución y la defensa del Derecho, están sin resolver, al menos en los sistemas continentales, y ni siquiera en el Código más perfecto, el de Klein en Austria.

Pero esto no tiene nada de particular que—excepto algunos laborantes del Derecho procesal, entre los que no tengo más remedio de incluirme—los procesalistas estén dejando sin examen ni crítica ciertas realidades del Derecho procesal positivo, que vienen a ser el último de los peligros que amenazan al Derecho de que se trata.

El legislador, fuera de la doctrina científica o a despecho de ella, está imponiendo un tributo muy difícil de soportar a los ciudadanos. Cuando legisla, da la impresión de que se inspira en tantos criterios diversos como redactores concretos de cada ley hayan intervenido. Tergiversa y crea confusión en el léxico tradicional. El Juez, según la escala en que actúa, para iguales negocios, que sólo se diferencian por su importe económico, posee distintas facultades de instrucción, y ha de soportar una carga más o menos pesada de responsabilidades. El particular tiene aseguradas las costas del vencimiento o ha de pechar con ellas según la clase de justicia de que se trate (municipal o no municipal) por virtud de innovaciones que no pueden ser parciales dentro de un mismo sistema jurídico, afectando sólo a determinados grados de la Justicia. El Justiciable se coloca a diario en el trance de soportar dos instancias y un recurso superior para que, al final, en muchas ocasiones, se le diga que el procedimiento elegido no era el adecuado, y vuelta a empezar. Indudablemente se impide la Justicia con hacerla depender de cauciones cada vez más frecuentes y de depósitos que no pueden ser condición de la tutela jurídica, incurriéndose en antipopularidad. Y el profesional puede hallar la sorpresa de que, por el sistema de remisiones de unos

tipos de procedimientos a otros, «rem perdit» porque no previera la posibilidad y, por ejemplo, ya no quepa petición de prueba. Imperfecciones y anormalidades, en suma, que conspiran contra la efectividad del Derecho y que el ciudadano, a cuenta de quien todo esto va, nunca podrá comprender.

Y es que no es el proceso para el proceso, sino el proceso para el Derecho y para la Justicia.