

“LA LLAMADA DECADENCIA DEL DERECHO”

Texto íntegro del discurso pronunciado por el Dr. D. Valentín Silva Melero en la apertura del Curso 1953-54 en nuestra Universidad.

Excelentísimo y Magnífico Señor, Dignísimas Autoridades, Claustro Universitario, Señoras y Señores:

Al cumplir el honroso encargo que se me ha conferido de pronunciar la lección inaugural del Curso que hoy nace, debo confesar que se encuentra mi espíritu lleno de inquietud, y mi ánimo seriamente preocupado por el mayor de los temores reverenciales.

En la vida académica del Catedrático de Universidad es este, sin duda, un momento singular, ya que será muy difícil que en la rotación obligada vuelva a reiterarse la coyuntura. De aquí mi preocupación, y no por ofrecer una oración digna de auditorio tan respetable y prestigioso, supuesto imposible dadas mis modestísimas posibilidades, sino, sobre todo, por el temor de fatigaros inútilmente.

Este discurso, pues, carecerá con toda seguridad de interés, y no significa otra cosa que el cumplimiento de un precepto reglamentario, por parte de quien en este Otoño cumplirá veinticinco años de dedicación universitaria, ruta iniciada un día de noviembre bastante lejano ya, al ser encargado por primera vez, inmerecidamente por supuesto, de ex-

plicar la Cátedra de Derecho Procesal en esta Universidad gloriosa, y a la que desde entonces, estoy vinculado con los lazos más entrañables.

Por eso esta hora es para mí de meditación y de emoción intensa, al no poder eludir la evocación y el recuerdo, transido de gratitud, hacia aquellos grandes maestros, que en los días pretéritos de mi juventud, me enseñaron las disciplinas jurídicas y conformaron mi espíritu decisivamente, en el molde de los más elevados imperativos de la Justicia y del Derecho, de un orden jurídico, en fin, pleno de ideales, que ellos veían entonces exacto, firme y permanente.

Llenos de vocación, se entusiasmaban al hacer desfilar ante nosotros, sus alumnos, las instituciones jurídicas, con paso firme y seguro, sin dudas ni vacilaciones. Ciertamente no faltaban ya en el horizonte, los nubarrones que hacían presagiar una tempestad, y hasta alguna tormenta asoladora había ya descargado, pero existía el convencimiento de que aquel edificio del Derecho, lleno de fortaleza y armonía, resistiría todos los embates, porque no en vano en sus piedras veneradas se habían parado y contemplado los siglos.

Mundo de ayer para mí, para decirlo con una frase de STEFAN ZWEIG, que visto con lente de jurista es bastante diferente del mundo de hoy, porque en el lugar de aquella maravilla arquitectónica, encontramos hoy bastantes escombros y ruinas, aparte de algún sustitutivo, arbitrado con urgencia, un "Ersatz", como dirían los alemanes, o un decorado, en el que hay bastante más escayola que piedra. Especie de escenario donde entre luces de bambalina, parece moverse una humanidad angustiada y entristecida, que al sonreír estereotipa muecas, y que cuando trata de llorar, no encuentra el punto doloroso porque a fuerza de traumatismos le han embotado la sensibilidad.

Perdonadme, amigos y colegas, si el cuadro resulta poco atrayente y que los tintes sean sombríos, pero ésta es aproximadamente la actitud psicológica de las figuras más señeras de la ciencia jurídica contemporánea. Ellos, lo veremos, en seguida, cuando se refieren a la idea del Derecho, al orden jurídico en general o a una disciplina concreta y particular, nos hablan de crisis y decadencia, de tristeza y de misterio, de pena y de escepticismo. No tengo, pues, la culpa de ser cro-

nista veraz de un estado de cosas, que va resultando algo más que inquietante. Sin embargo no podemos ni debemos dejarnos arrastrar por el pesimismo, tenemos el deber de enfrentarnos con todas las dificultades, en esta encrucijada de la historia de un mundo en un momento de transición, y aunque las sombras de la noche parece que han caído sobre los horizontes del orden jurídico, debemos pensar en el amanecer que inexorablemente ha de seguir, en una aurora prometedora como aquella que en nuestra Patria se hizo un día canción. Sin remontarnos muy atrás, sabemos que el hecho no es nuevo: hace cien años se hablaba de la enfermedad del siglo, después de pesimismo y neurosis, hoy de angustia, y aunque parezca que hay algo que está herido en la energía moral de nuestro tiempo, y que la tristeza empaña la vida y el porvenir de la humanidad, debemos pensar en cumplir hasta el final nuestro deber de universitarios, para formar a una juventud en la que todos tenemos puestas nuestras mejores esperanzas, y dotarla de los elementos indispensables para una lucha en la que deberá vencer, por mejor decir, tiene necesariamente que vencer, porque en el envite está en juego ni más ni menos que el ser o no ser de la Civilización que dió al mundo sus mejores días...

I

Cuando se estudia con serenidad el problema de la situación actual del orden jurídico mundial, en esta hora decisiva para la humanidad, nos encontramos con el hecho de que ciertas fuerzas desencadenadas con ciego optimismo en el pasado, no han podido ser contenidas ni disciplinadas por la puesta en práctica de los postulados doctrinales hoy en crisis. El fenómeno conocido de la transformación de los problemas del individuo, en problemas de la masa, hizo surgir vocaciones necesariamente mesiánicas, produciéndose el dogmatismo de las afirmaciones programáticas, la abolición de cualquier reserva o crítica y la intolerancia para cualquier actitud que no sea la de mantenerse dentro de un círculo cerrado con adhesión plena y mística. La opinión se convirtió en pasión, en el sentido más clásico de la palabra de abarcar al hombre enteramente, cubriendo de un modo total la esfera de

sus actividades intelectuales y materiales, con una gran desilusión sobre los conceptos fundamentales de la cultura y ulterior degeneración en pura especialidad (1).

Las dificultades de orden económico y la impresionante gravedad del problema de la autarquía en los Estados pobres, determinó que las pasiones individuales se hicieran políticas para transformarse después en específicas pasiones nacionales. Se produjo la eliminación progresiva de grupos o minorías capaces de opiniones divergentes, aunque incapaces de mantener la función rectora que su posición les había otorgado, y toda la complicada tabla de valores mediatos fué sustituida por la línea clara y asequible de valores inmediatos. A las ideologías formadas sobre conceptos, siguieron los programas concretos impuestos por la experiencia directa, a las formas del idealismo vaporoso y fantástico, el crudo y desnudo realismo, y la consecuencia de todo ello es el estado de tensión del hombre actual, que implica invocación a fuerzas primitivas puestas en movimiento, sin referencia ni proporción a una escala de valores subjetivos.

En la práctica política de los partidos se introdujo el uso de la doble verdad, una para la masa, que había que exaltar sin perjuicio de eludirla luego, y otra verdad sólo para los iniciados en el seno de los grupos dirigentes, que al desacreditarse y derrumbarse dejaron a las multitudes con aquella ilusión, con su potencia y después con su omnipotencia, el día que la masa incorporada al Estado, estableció el soporte de la doctrina política estatal de nuestro tiempo. (2)

En el empeño de restaurar un edificio destruido, se esbozan hoy proyectos de retoques con doctrinas desconcertantes ya en su denominación, como liberalismo intervencionista, imperialismo pacífico o socialismo nacionalista. Nuevas doctrinas entre las ruinas de ideas viejas, restos de hegelianismo y de marxismo, de liberalismo y de autoritarismo. Flores marchitas de conservadurismo y paternalismo, sin contar que sobre este tenderete tumultuoso de vida ficticia, aparecía un alud de fuerzas gigantes, aparentemente ignoradas por los

(1) GIACOMO PERTICONE, *Osservazioni su l' esperienza politica dell' occidente* (120) págs. 185 y ss.

(2) Cfr. FELICE BATAGLIA, *Lineamenti di storia delle dottrine politiche* (1952).

teóricos, que se formaron y revelaron fuera de sus previsiones, y que aparecieron con exigencias de solidarismo sin exclusiones, subordinaciones ni limitaciones. Si los problemas de la política son eternos, coexistentes con la naturaleza humana, si como se ha dicho, la política tiene un ritmo acorde con el espíritu, si las ideas políticas son correlativas a las que informan la vida social, si ineludiblemente la ciencia política ejerce una coacción sobre los hombres públicos, los cuales nunca se sustraen a los principios ideales que aquélla elabora, ni a las directrices que ella impone, condicionando la actividad de los políticos en una relación de reciprocidad, es lógico imaginar que al romperse todos los cauces frágiles y por el imperativo del tiempo, anacrónicos, y producirse el triunfo de las masas, no era muy aventurado suponer que todo un orden jurídico previsto para el individuo, en torno al individuo, y exclusivamente para el individuo, se hiciera añicos. Las clases dirigentes aferradas a principios que estimaron, y todavía siguen teóricamente manteniendo, insustituibles, fueron incapaces de formar los grupos selectos que cooperaran eficazmente en la restauración del equilibrio y de la armonía social, para poder recuperar el sentido de la historia, reconstruyendo la sociedad sobre nuevas bases, imperativo actual insoslayable. Porque si es verdad que nadie puede hacerse la ilusión de poder desplazar a la masa de las posiciones conquistadas, hay que afirmar también, que nadie puede renunciar a la herencia de la tradición histórica y a un patrimonio espiritual milenario, que la irrupción masiva ha pretendido ignorar, porque en definitiva al lado de aquella rebelión que tan brillantemente razonara ORTEGA hace ya bastantes años, o de aquella apostasía colectiva en que pensaba aquel sociólogo y Dean que fué de nuestra Catedral, que se llamó ARBOLEYA, hay que imaginarse una rebelión a la inversa del individuo contra la masa, como la que predicara JOSE ANTONIO PRIMO DE RIVERA al proclamar la necesidad de salvar al individuo como obligación de occidentales, españoles y cristianos, y consideramos lamentable que esta afirmación fundamental del pensamiento joseantoniano, se haya olvidado y eludido al enjuiciar el problema español, sin darse cuenta que sin ella no puede comprenderse el sentido profundo de nuestro Renacimiento Nacional ante el mundo, como

tampoco puede comprenderse nuestra Historia.

Lo grave es que entre el diagnóstico de la dolencia y el momento actual, se han producido gran número de revoluciones, de movimientos y nada menos que dos guerras mundiales, como soluciones quirúrgicas inútiles y aniquiladoras. Y si hemos de llegar a la conclusión de que el resultado de tanta sangre, tantas lágrimas y de tantas decepciones ha sido contraproducente, hemos de convenir que la terapéutica no ha podido ser más inadecuada...

II

Se ha hablado como causa de la crisis jurídica actual de la fosilización del Derecho Privado. La Revolución Francesa, agotó todas sus energías en la reivindicación de la libertad, mientras el Derecho Privado, permaneció estrictamente vinculado a la tradición romana con las incrustaciones medievales. Napoleón advirtió la necesidad de la reforma, y quiso la Codificación como base estable del Imperio, pedestal roquero de su rápida fortuna, y auténtico monumento de su reinado, como él decía en las horas nostálgicas de Santa Elena. Pero esta Codificación, bien porque fuera la obra de los juristas más sabios, nutridos de estudios romanistas, formados en las más gloriosas tradiciones universitarias, o quizás, por el culto al ejemplo y a las virtudes republicanas de Roma, o porque después durante el Imperio llevaba implícita la apología del cesarismo, lo cierto es que el orden jurídico se hizo bajo el esquema vetusto del Derecho romano. No se separó lo que estaba vivo, de lo que ya había muerto en el tesoro justiniáneo y la herencia fué recogida con todas sus cargas, legados, y fideicomisos. Napoleón, se ha dicho, fué el ejecutor testamentario de la considerable fortuna romana, y la recogió la posteridad sin beneficio de inventario (3)

No se pretende, y sería absurdo, ni disminuir el prestigio de la obra legislativa de BONAPARTE, en un momento en que se imponía, después del desorden revolucionario, fijar el Derecho, ni tampoco dejar de admirar las líneas

(3) MARIO SERTOLI, *La Costituzione russa* (1928) págs. 31 y ss.

maravillosas de la construcción jurídica romana. Pero quizás el error político fué no advertir la necesidad de una reforma, consecuencia del respeto y fidelidad de la Ciencia, a la austeridad tradicional del Derecho romano, y a su indiscutible superioridad científica. No se advirtió cuánto había cambiado la estructura social, y la conciencia jurídica, y cuánto fué aumentada la íntima energía de la sociedad, después de la instauración de la llamada libertad política, ni las masas enormes que iban a saltar al campo de la vida pública.

La vitalidad del viejo Derecho, parecía prestarse indudablemente, a contener el nuevo orden, dentro del esquema quirritario, aunque superado y enriquecido por la vasta Enciclopedia jurídica de la Jurisprudencia clásica, interpolada según el gusto bizantino de los jurisconsultos imperiales, de la época de Constantino a Justiniano.

Aquel Derecho tenía todavía en la época de la Codificación elasticidad y ductilidad, para adaptarse a las modificaciones que sufrió durante la Revolución, una sociedad radicalmente transformada. Era sin duda un monumento perenne; había regido la vida y las relaciones de las épocas más variadas y de las sociedades más diferentes. El conjunto de sus normas constituía un edificio gigantesco que parecía eterno, y ante él se inclinaron las generaciones con veneración reverencial o fetichista; con idolatría que abarca siglos de historia.

Mientras todo se demolía y renovaba en una hora revolucionaria, que señalaba el tránsito de una época a otra, en cambio, el Derecho Privado mantenía las bases seculares de un orden vetusto.

Se dirá: el Derecho no se crea; el Derecho no se interrumpe, sino que se desenvuelve y perfecciona lentamente en la Historia. Pero con razón se ha señalado que es preciso reaccionar contra lo terminante de este principio. Las relaciones humanas se establecen espontáneamente: la costumbre las fija y la ley las disciplina. Es esta la evolución normal del Derecho. Pero en las épocas en que el dominio de la ley y de la costumbre señalan el límite de la libertad individual, las relaciones humanas tienden revolucionariamente a renovar el Derecho asumiendo aspectos nuevos. No es

posible que se manifiesten en el ámbito de la norma existente, que sofoca todos los amaneceres, y si el Derecho no se desenvuelve entonces, en forma acorde con la conciencia jurídica de una época, se rompe el equilibrio y el Derecho es desbordado.

Sobre todo, cuando se trata de un régimen jurídico de legalidad, la Ley es un límite que impide más rígidamente la libre manifestación de la actividad social. Para evitar la violación del orden jurídico, resulta indispensable que la nueva legalidad creara *ex novo*, los límites dentro de los cuales puedan extenderse aquellas exigencias nuevas de una exuberante actividad social, que en los límites antiguos estaban comprimidas.

El momento histórico que señaló el tránsito de la Revolución francesa a la época moderna, quiso traspasar íntegro el tesoro de sabiduría del Derecho Romano, en las vivientes y nuevas legislaciones, y lo que hizo fué establecer un estilo barroco entre las renovadas Instituciones del nuevo Derecho Público, que contrastaban con la añosa arquitectura de la civilización romana.

No queremos analizar si es verdad o no, que la codificación obra altamente laudable como *collectio* científica, es perjudicial desde el punto de vista legislativo, lo que es sin embargo evidente, que cuando se examina objetivamente, este período histórico del Derecho, que se llama la codificación del Derecho Privado, se llega a la conclusión de que prevaleció el pensamiento jurídico sobre la conciencia jurídica, y si de un lado perfeccionó la obra científica, de otra parte fossilizó el Derecho como organismo viviente. Con ello ha tratado de explicarse cómo la agudización de este fenómeno determinó su decadencia actual.

III

La doctrina política moderna, plantea a la consideración de los estudiosos el problema del fracaso de las soluciones propugnadas en nuestros días, para dotar al Estado del soporte fundamental sobre el que ha de girar necesariamente

todo el orden jurídico. Esta afirmación se encuentra reiterada en la doctrina contemporánea. (4)

Veamos, por ejemplo, la opinión de MICHEL DEBRE que concretamos a continuación:

«Las Naciones libres han vencido. Su triunfo ha anunciado la vuelta a los principios del orden liberal y nacional, es decir a la democracia, al liberalismo económico, a la igualdad de las naciones. Sin embargo, observemos los regímenes europeos de la postguerra:

La democracia ha sustituido a la dictadura. ¿Pero es ella verdaderamente un régimen de libertad garantizado por la división de los poderes? No lo fué ya antes de la guerra. Lo es menos ahora. La preocupación actual camina en torno a la soberanía más que sobre la libertad. Los hombres esperan más bien el fin de sus preocupaciones que el renacimiento de sus derechos. La libertad, a los ojos de un buen número de nuestros contemporáneos, es menos el principio fundamental de la vida en sociedad, que el mecanismo necesario de un Régimen que permite, entre intereses opuestos de los grupos de ciudadanos una constante y permanente desconfianza, siendo la única preocupación de los políticos asegurar la propaganda, y todo, porque en definitiva estamos muy lejos de la Democracia liberal, porque la instaurada recientemente se ha proyectado por la ruta de la omnipotencia.

DEBRE dice también que despreciar los derechos del hombre, y condenar la división del trabajo, es negar a la vez la Moral y la Ciencia, pero tratar de construir un mundo sin tener en cuenta las pasiones e intereses humanos, es negar la realidad... En nuestro mundo la libertad viene a ser un complemento de la fortuna, y sólo los pueblos privilegiados pueden conciliar un orden liberal y un orden nacional, y a pesar de nuestra victoria, dice, no estamos seguros de que la libertad haya triunfado, exigiendo nuestro siglo imperativamente en la hora actual pensadores capaces de delinear y construir la libertad.

(4) MICHEL DEBRE, "*Essai sur l'évolution moderne des idées politiques*" en *Revue du Droit public et de la science politique*, (abril-junio de 1950) páginas 1 y ss.

Pero es que en la hora actual y en medio del confusio- nismo reinante, tampoco sabemos exactamente lo que signi- fica la Democracia renacida, remedio aplicado a los pueblos después de la última conflagración.

Tal es la conclusión a que se llega si se analizan las opiniones de especialistas de Derecho público, nada sospechosos de totalitarismo. El Profesor de la Universidad de Copenhague, ALFREDO ROSS, en un artículo reciente titulado «Qué es la Democracia», trata de explicárnosla aludien- do al tremendo desconcierto de esta hora, como consecuencia del confusionismo en torno a esa expresión mágica que debe pertenecer al mundo esotérico y misterioso y a la que se le han atribuido casi posibilidades taumatúrgicas. (5)

Y sobre las posibilidades de subsistencia de esta forma política, marcando derroteros muchas veces exactos, pero desconocidos en la práctica, estamos por decir que por imposibilidad física, se han escrito docenas de ensayos, auténticas voces que claman en el desierto.

Y cuando se enjuicia el problema de un modo serio, ana- lizando su evolución en la doctrina, en las distintas parcelas del pensamiento jurídico, y se quiere llegar a una conclusión, tenemos que escuchar voces como la del Profesor de la Uni- versidad de París MARCEL WALINE quien en un estudio sobre el individualismo y el Derecho, llega a hablar de «todo el mal que cierto individualismo ha hecho a Fran- cia, contribuyendo a debilitar las instituciones y las virtudes nacionales, como el espíritu de sacrificio que faltó cruelmente en el año de 1940, agregando que el individualismo político, es decir la tendencia a sacrificar los intereses colectivos a los individuales está sin duda posible condenado, y sólo cabe desear que la primacía de estos intereses colectivos sobre los individuales, se realice no sólo en provecho de los intereses nacionales, sino en el de los intereses familiares... (6)

También WILHELM ROPKE, al referirse a la crisis social de nuestro tiempo, nos habla de que la humanidad se

(5) ALFREDO ROSS, "Qu' est-ce la démocratie" eu *Revue de Droit pu- blic-cit.* (Enero-marzo de 1950) págs. 29 y ss.

(6) MARCEL WALINE, "L'individualisme et le Droit". (1949) páginas 413 y ss.

dejará arrastrar por el fatalismo, por la vorágine del colectivismo mientras no se presente ante sus ojos firme y tangible otro objeto positivo. En otras palabras: mientras carezca frente al colectivismo de un programa que oponerle y que llegue a despertar su entusiasmo. (7)

Y en otro lugar asegura, que es necesario un Estado fuerte, un Gobierno que tenga el valor de gobernar. El Estado que requiere a nuestro punto de vista, continúa, es el que trace con toda claridad la divisoria de lo que incumbe; que se imponga con toda la fuerza de su autoridad en el terreno que le corresponde, absteniéndose, en cambio, de toda intervención fuera del mismo. Un árbitro enérgico, que procure con absoluta imparcialidad, sin dejarse sobornar, que se observen las reglas del juego y se juegue limpiamente.

Y por último, el referido profesor suizo pregunta, ¿dónde están los hombres que deseen un Estado como éste?, ¿a qué grupo hemos de dirigirnos para reclutar la falange de choque que imponga nuestro programa de acción? Al decir esto no alude a ningún grupo aislado con sus intereses particulares, precisamente porque le parece que el grave error del pasado, consistió en apelar al interés del hombre, en lugar de apelar a lo que es de todos, el sentido común y un sentido elemental de la decencia, la justicia, el orden, la caballerosidad y la sociabilidad. (8)

VALENTIN ANDRES ALVAREZ, el Ilustre Catedrático que fué de esta Universidad, al referirse al aludido libro de ROPKE, en la nota prólogo que redactó para el mismo, nos dice que hacia el tema de la crisis social de nuestro tiempo, convergen las inquietudes más apremiantes de la hora actual, que aunque son muy diversas y provienen de causas muy distintas, tanto las que proceden de una decadencia espiritual, como de la incertidumbre política o de la inseguridad económica, se concentran todas en ese tema con la esperanza sino de solución al menos de explicación.

Y el aludido economista español agrega, que la causa principal y acaso única del fracaso y del descrédito en la doctrina liberal, y de sus órganos de opinión fué, sin duda, este ele-

(7) WILHELM ROPKE, "*La crisis social de nuestro tiempo*". (1947) página 181.

(8) ROPKE, *Ob. cit.*, págs. 245 y ss.

mento negativo al no haberse dado cuenta de que si en los comienzos del capitalismo industrial la intervención era ciertamente perturbadora, en su desenvolvimiento posterior, se hizo necesaria. Por esto la frase intervencionismo liberal que encierra para el liberalismo clásico una contradicción, debiera significar una solución para el neoclásico y termina, el referido profesor, asegurando «que hay una intervención que libera». (9)

Y como otro botón de muestra acotamos con el pensamiento de ALBERTO MUSATTI, que nos dice también en nuestros días, y con referencia a Italia, que la democracia hoy ídolo de un culto más nominal que verdadero, estará mejor servida cuando la ordenación estatal esté orientada y garantizada por la capacidad, la responsabilidad y el decoro del poder y de la ley, y no por el origen sólo cuantitativo y a menudo sofisticado de sus fuentes. Esta referencia a la situación jurídica y política de la Italia contemporánea, es lo suficientemente expresiva, sobre todo vista a la luz de los acontecimientos actuales. (10)

Recapitulando, pues, lo que hemos dicho en este apartado, nos vemos obligados a sentar la conclusión de que las bases fundamentales del orden jurídico mundial, desde el ángulo del Derecho público, al asentarse sobre postulados desesperadamente enfermos en el momento de su restauración, presenta tales grietas y fisuras que se explica perfectamente que se actualice la crisis de un viejo mundo de ideas, que si tuvo un día su época brillante, en el momento actual marcha hacia el ocaso reclamando urgentemente la sustitución.

IV

El tema de la decadencia del Derecho ha sido tratado de un modo brillante por GEORGES RIPERT, quien en un libro que no vacilamos en calificar de interesantísimo por su repercusión, analiza de un modo inexorable la situación del orden jurídico francés en la postguerra. (11)

(9) VALÉNTIN ANDRES ALVAREZ, en Röpke cit. nota-introducción.

(10) A. MUSSATI, en *Rivista di Diritto processuale*. (1951) págs. 202 y se.

(11) GEORGES RIPERT, "*Le declin du Droit*". (1949).

En capítulos diferentes nos dice que actualmente en Francia rige la ley del más fuerte, y ya no se guarda fidelidad al viejo pensamiento de MONTESQUIEU de que la virtud ha de ser el fundamental y primordial resorte del Estado, aludiendo a las ficciones electorales y a la desigualdad dentro de la Democracia por la presión de las Confederaciones sindicales y la disciplina de los partidos, que en ocasiones se llaman *fuerzas* aparte de la omnipotencia tiránica del Parlamento. El Estado está en disolución, agrega, en medio de una legislación vacilante que se traduce en constantes claudicaciones, afirmando que no es suficiente decir a los franceses que la legalidad republicana había sido restablecida, ya que lo que esperaban era que estuviera inspirada en la justicia.

RIPERT dice, además, que toda la ordenación legal se está convirtiendo en Derecho público, olvidándose del viejo principio de que no se pueden regular por los principios del Derecho político aquello que depende de los fundamentos del Derecho civil, lo que se corrobora, en su sentir con la llamada publicación y socialización del Derecho, haciendo surgir hasta la figura intermedia de un Derecho semipúblico, expresión que se utiliza en la Ley francesa de 17 de noviembre de 1943, propósito de sociedades profesionales. Todo esto se comprueba en la llamada crisis del contrato, problema de gran preocupación y al que en España se han dedicado distintos estudios, entre otros, por los Profesores PEREZ SERRANO y OSORIO MORALES, y que recientemente ha motivado un análisis profundo del Profesor vienés A. STEINWENTER, donde se citan modificaciones legislativas de importancia, y donde se habla de ilimitada resolución contractual por causas que modifiquen las circunstancias, de la posibilidad de la revisión de los contratos por los jueces, y donde se llega a la afirmación de que la crisis afecta al concepto mismo del contrato, juzgando muy poco verosímil el retorno a la línea de la fidelidad contractual (12). En fin un Estado que a pesar de llamarse liberal domina totalmente la vida privada.

(12) Cfr. A. STEINWENTER, en *Juristische Blätter*, (1950) págs. 250 y ss.— Vid. W. SCHÉRRER, "*Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit*". (1948).

Por otra parte RIPERT afirma que los franceses se encuentran bajo la servidumbre de la ley, que no conoce actualmente ni siquiera las trabas de las horas revolucionarias habiéndose llegado incluso a la confiscación general de bienes. La consecuencia de todo ello ha sido provocar el espíritu de desobediencia, porque las leyes no se consideran justas, lo que motiva la resistencia pasiva y el constante fraude fiscal, con la multiplicación por parte del Estado de los recursos represivos y con la secuela de que sea válido el viejo principio de que cuando en un Estado democrático las leyes no son respetadas, el Estado y la República están perdidos. Agrega el repetido Profesor que el Derecho es discontinuo con la consiguiente inseguridad jurídica, habiéndose creado normas represivas con carácter retroactivo, de filiación netamente totalitaria y tipos penales inconcretos e imprecisos, que recuerdan al Nacionalsocialismo, con el consiguiente desprecio para los derechos subjetivos a pesar de la proclamación de los Derechos del hombre, y al final el Profesor RIPERT dice literalmente:

«Y si las leyes crean el desorden y realizan la injusticia siendo acogidas con indiferencia o aprobadas por temor, es preciso ver desgraciadamente en este silencio o en esta adhesión una decadencia del Derecho».

Recientemente HEINRICH KLANG, al referirse al mismo tema, alude con relación a la Austria democrática de la post-guerra, de una legislación extraña a los sentimientos nacionales, a pesar del Régimen parlamentario, con la consecuencia de su inaplicación en la práctica. Se refiere también a la falta de claridad y pésima técnica de las leyes, con la consecuencia de la multiplicación de las controversias judiciales y protestando contra la aplicación fulminante de las leyes, que dice, caen en la masa de los ciudadanos con sorpresa y estupor, como si fueran proyectiles dirigidos o bombas volantes... (13)

Por otra parte la llamada crisis del Derecho, también se ha puesto sin duda de relieve con carácter notorio en el proceso de Nuremberg, en el que, como es sabido, se infringieron una serie de postulados tenidos por insoslayables, tema que en estos días

(13) HEINRICH KLANG, "*Niedergang der Rechtsidee*" en *Juristische Blätter*. (1950) págs. 77 y ss.

ha vuelto a tener actualidad, aunque sea de un modo muy discreto, por razones obvias.

En este aspecto ADOLFO SHOENKE nos dice que nuevos problemas y nuevos puntos de vista sobre las fuentes del Derecho Penal han surgido como consecuencia del castigo de los llamados criminales de guerra, siendo muy discutible, asegura, que los principios de la Convención de 8 de agosto de 1945, por la que se estableció el derecho sustantivo y el procesal que habría de regir para la imposición de estas sanciones, se acomoden al principio de la legalidad del Derecho Penal. Todavía hoy se reitera la afirmación de que el principio *nulla poena sine lege* no rigió en Nuremberg, y el Profesor suizo COMTESSE asegura que será muy importante observar la ulterior evolución de la infracción de postulados fundamentales. (14)

Por si esto fuera poco nos encontramos que en la hora actual se ha reprochado a las ordenaciones políticas de todos los países el hecho de hacer revivir la tortura y no sólo por la discutible aplicación del narco-análisis, o los detectores de embustes, sino ocasionando e irrogando el sufrimiento físico y moral a cualquier sospechoso. ALEC MELLOR después de estudiar la historia y la evolución de la tortura, alude, a su reaparición en el siglo XX en todos los países sin exclusión, y llega a afirmar literalmente: «tengo buenas razones para creer que no falten pretextos y alusiones al interés de la justicia y del Derecho, y estoy casi tentado de escribir que para la salvaguardia y para la protección de los que van a ser interrogados, convendría un reconocimiento oficial de la práctica de la tortura, a fin de que al menos sus distintos grados sean estrictamente controlados en su aplicación, en lugar de estar abandonados, como ocurre actualmente, al capricho del arbitrio y de la violencia». (15)

Nos parece que no es necesario insistir mucho, para llegar a la conclusión de ser comprensible la afirmación, casi generalizada hoy, de que nos encontramos ante una decadencia lamentable del Derecho.

(14) A. SHOENKE, en *Rivista italiana di Diritto penale*. (1949) págs. 511 y ss. — Cfr. SILVA MELERO, "*Direcciones de la Justicia penal contemporánea*". (1949) págs. 28 y ss.

(15) ALEC MELLOR, "*Le torture*". (1949) pág. 23.

V

Desde el plano del Derecho Procesal se observa en la doctrina contemporánea una sensación de tristeza que parece sintomática.

El Profesor SATTA inicia un artículo en el que estudia la tutela del Derecho en el Proceso con estas palabras «tristis est anima usque ad mortem», y se pregunta por qué, pues, desde hace algún tiempo la ciencia procesal se encuentra bajo el signo de la tristeza. (16)

CALAMANDREI se refiere a un sentido angustioso de extravío y a una crisis de civilidad. (17)

CARNELUTTI alude a la «desilusión», mientras CAGROGRASSI siente la nostalgia del pasado, afirmando que no se sabe ya lo que es el Estado, la Ley, ni el Proceso, creyendo muy natural que los juristas estén llenos de inquietud. Frente al proceso SATTA considera la cuestión como un verdadero y propio misterio, y CARNELUTTI clama por una nueva orientación de la ciencia, y aludiendo a la procesal asegura que ha llegado la hora de la noche. Para él, la Ciencia del Derecho tiene que darse cuenta de que su suerte está ligada a la más humana de las ideas, que es la verdad, y ha de hacerse ingenua, recuperar la ingenuidad, la suprema ingenuidad de creer en la verdad. (18)

Mientras CALAMANDREI ve el proceso como un juego, deseando se haga lo posible para que esto no suceda, se asegura por otro lado, que la crisis del proceso y del juicio no es más que un aspecto, de la gran crisis espiritual que se observa en todos los campos de la vida, de la moral, del arte, de la filosofía y de la política, porque es la crisis del hombre, la crisis de cada uno de nosotros. La humanidad, se dice, ha perdido la fe que es el sentido augusto de su propio destino, y parece como si el juicio de los hombres sea algo demasiado grande para la pobre condición humana.

(16) SATTA, en *Riv. di Diritto pro. cit.* (1949 - I - págs. 275 y (1951) pág. 23.

(17) CALAMANDREI, "Processo e giustizia en *Riv. di Dir. proc. cit.*" (1950) págs. 273 y ss. (1.ª parte).

(18) Vid CARNELUTTI, en *Rivista di Dir. proc. cit.* (1951) 1.ª parte, páginas 101 y ss.

Creemos pues, que está perfectamente justificado decir que la ciencia del Derecho procesal está bajo el signo de la tristeza.

FOSCHINI, después de glosar las opiniones contemporáneas de los procesalistas italianos, y recoger apreciaciones como la de que «conceptos elaborados con tanta fatiga caen como hojas secas del árbol», y de referirse a la afirmación «de que es preciso reaccionar si no queremos terminar nuestra vida de estudiosos con la amarga impresión de haber perdido nuestro tiempo en torno a un fantasma», asegura que todo ello revela una desconfianza en los valores del espíritu, recordando una frase de CALAMANDREI pronunciada en el Congreso Internacional de Derecho Procesal «de que es necesario hacer una ciencia útil». (19)

FOSCHINI asegura, además, que todo este cuadro abarca también al Derecho procesal penal, donde los técnicos se debaten en una supuesta alternativa entre una forma inquisitoria del proceso, expresión de tiranía, dice, y otra acusatoria, expresión de libertad, vanamente aspirando a una reforma del proceso que señale el triunfo de la segunda sobre la primera, y termina diciendo que si la crisis existe realmente, es sólo de adecuación de nuestro pensamiento a la realidad procesal. (20)

Toda esta serie de autorizadas opiniones que trascienden amargura, cuando no desilusión, tienen como soporte común, el hecho innegable de que cuando se plantea un problema procesal, como de cualquier otra rama jurídica, lo que se pone a debate es la honda y trascendental cuestión de los fundamentos jurídico-políticos del Estado. Nótese que se habla de liberalismo y autoritarismo en el proceso, y que EMILIO ONDEI se refiere con amargura de un proceso penal que viene a ser la esperanza de los delincuentes, del Derecho de defensa como derecho a no colaborar con la Justicia, del demandado deudor, como un juego de habilidad para escapar a una justa condena, y termina diciendo que si no se pone remedio, Derecho y Procedimiento aparecerán escritos en dos lenguas diversas inconscientemente incomprensibles. (21)

(19) FOSCHINI, en *Rivista di Diritto processuale*. (1952) págs. 170 y ss.

(20) FOSCHINI, loc. cit.—Cfr. CARNELUTTI, en la misma Riv. (1952) páginas 61 y ss.

(21) EMILIO ONDEI, en *Rivista di Dir. proc.* (1952) págs. 179 y ss.

Lo que antecede explica que cuando se repasa la literatura procesal contemporánea, se observe el cuadro, realmente desconcertante, no ciertamente para nosotros, de que a estas alturas en el primer Congreso Internacional de Derecho Procesal se ponga a debate el problema sobre «tutela y protección de los derechos», el mismo que hace ya bastantes años exponía con su habitual brillantez, desde las páginas de la Revista de Derecho Privado el Maestro inolvidable de nuestra Universidad don MANUEL MIGUEL DE LAS TRAVIESAS, el mismo, en el que espigaron todos aquellos autores alemanes que trazaron los fundamentos de la Ciencia del Derecho Procesal. Es como si retornáramos al pasado con nostalgia y es, desde luego, la corroboración de que ha habido errores fundamentales en nuestra época, en que si se alcanzó aparentemente una perfección técnica y conceptual, no hemos conseguido lo fundamental, ese problema de realización de la justicia que cada día se nos va haciendo más inalcanzable. No hemos acertado con el dispositivo que nos permita sentir satisfacción, al contrario, nuestro ánimo aparece lleno de vacilaciones y de dudas, y nos falta aquella exactitud y seguridad, a que aludíamos al principio, de los maestros que forjaron la Ciencia del Derecho Procesal en los que parecía existir una especie de unanimidad sobre las cosas esenciales, y así CAPOGRASSI puede decir en nuestros días, que las instituciones han quedado como instrumentos de nuevos fines, y nuevos valores, y no son más que el cadáver de sí mismas: el Estado reducido a un aparato coactivo; la Ley a pura forma verbal y el Proceso reducido a formas exteriores, casi diríamos a un conjunto de actores destinados a dar una representación. (22)

VI

Si quisiéramos recoger nuestro punto de vista concretando una opinión después de esta exposición de criterios y pareceres, tenemos que afirmar que parece existir una motivación más que suficiente para mantener esa tesis pesimista, o esa visión casi catastrófica del porvenir del orden jurídico, y sin embargo, me permito sugerir que hay razones para supo-

(22) CAPOGRASSI, en *Rivista di Dir. proc. cit.* (1950) págs. 1 y ss.

ner que lo que está en crisis más que la idea del Derecho en abstracto, es el dispositivo jurídico concreto, que por múltiples razones resulta en la hora actual inidóneo para contener y encauzar el desorden social, que de un modo ostensible, unas veces en estado de latencia y otras en forma virulenta, se presenta con caracteres notorios.

Independientemente de otras causas, no puede soslayarse la consideración de que en el desorden social a que asistimos, tuvo una influencia destacada la Revolución rusa, cuya trascendencia es innegable, y también otra serie de Revoluciones, que han motivado cambios políticos, sociales y económicos de gran relieve.

Cuales fueran las causas particulares que determinaron el triunfo de la Revolución rusa, es cuestión que no vamos a analizar aquí, pero sí destacaremos un desenvolvimiento intelectual en aquel país, durante el último siglo, especialmente artístico y literario. La Literatura rusa, y en general la eslava, durante el siglo XIX es, como es sabido, de las más ricas y originales, hasta el punto de que el escritor que sintetiza este siglo es un ruso: TOLSTOI.

Se debe precisamente al arte tolstoiano aquel espíritu de sacrificio, que determinó en Rusia el éxito inicial del marxismo, que sin embargo lógicamente hizo posible, que el contenido altamente humano, del alma rusa se materializara, para dar lugar al mismo tiempo a los odios más atroces y atávicos, que desplazaron a la caridad y al amor.

Casi contemporáneo con la Revolución rusa aparece otro fenómeno de relieve mundial: el fascismo italiano, el cual si bien profundamente caracterizado, por el tradicional equilibrio jurídico y moral de la raza, y de la educación política que posee el pueblo que heredó el arte de gobernar de Roma, tuvo de común con el bolchevismo, algunas coincidencias, como la superación de la decadencia parlamentaria de las instituciones liberales, la sustancia revolucionaria; las reformas económicas y sociales, el amplio encauzamiento político de las fuerzas de la producción, disciplinadas para la actuación, y las representaciones sindicales o corporativas. Pero las diferencias eran notorias; mientras el bolchevismo era disgregación, el fascismo implicaba orden, mientras el primero significaba anarquía, el fascismo era Gobierno, mien-

tras el comunismo implicaba crisis, el fascismo pretendía la solución de la crisis. En otros términos pudo decirse con razón, que fué el mismo fenómeno con dos caras: en su pleno aspecto revolucionario el bolchevista, y en su aspecto post-revolucionario el fascista. Pero entiéndase bien, quien vea en el fascismo un término antagónico del bolchevismo, calificándolo como un fenómeno reaccionario, no ha penetrado en el espíritu ni en el valor político del fascismo, y tampoco de las revoluciones, que bajo signo parecido, pero con diferencia de gran relieve, siguieron a la Revolución rusa.

Mientras el comunismo, al menos en el pensamiento de los teóricos, era la negación de la nación, el fascismo fué afirmación nacional, pero esta antítesis no debe engañarnos, pues es más ética que política. En la práctica, el internacionalismo bolchevique convergía en sus directrices con el imperialismo fascista. En conclusión: la posición histórica de ambos fenómenos es la misma que la Revolución francesa y el período napoleónico, el uno sigue al otro y no es sólo su negación, sino una consecuencia directa.

Frente a la noción arbitraria del trabajo, a los vicios de la tutela jurisdiccional, y a la liquidación de los derechos de la persona humana, hechos que caracterizan la Revolución rusa, los movimientos que la siguen, si bien implicaron un nuevo orden en el campo del Derecho, con distinta fortuna, y graves errores en muchos casos, trataron de resolver el desorden social y la injusticia, para poder armonizar dentro del orden jurídico, aquellas exigencias sociales, que una masa impondría, sino a la corta o a la larga, en forma anárquica y estremecedora. (23)

Que el Estado soviético actual significa la negación de todos los derechos y de todas las libertades, creemos que no puede ser ya puesto en duda y que además, decepcionó a sus más relevantes mantenedores, que pagan en ocasiones con la vida, discrepancias doctrinales de importancia, tampoco puede hoy discutirse, así como tampoco el hecho de que hoy constituya una amenaza permanente para la paz mundial, re-

(23) La doctrina política del Movimiento español, discrepa fundamentalmente, como es sabido, de cualquier ideario extranjero. El reproche de imitación, fué ya lanzado hace bastantes años, lo que motivó la célebre frase de José Antonio Primo de Rivera "de que la fuente de la insidia era inagotable."

produciendo la histórica proyección rusa euroasiática de dominación universal. (24)

Pero entiéndase bien, ni el comunismo ruso, ni los movimientos que se calificaron de fascistas, muchas veces con absoluta inadecuación, fueron la creación personal de un hombre o de un grupo de hombres orientados hacia la tarea revolucionaria. Fueron la consecuencia directa, ni más ni menos, del derrumbamiento de un viejo mundo de ideas, y de un orden que es estimado ya universalmente como injusto. (25)

Es un hecho hoy indiscutible de que por diferentes causas que han sido profundamente estudiadas, la libertad política instaurada al final del siglo XVIII produjo una serie de conocidas consecuencias que hicieron saltar al primer plano el llamado problema social y no en forma ordenada, y evolutiva, sino en forma revolucionaria y violenta. El mundo circundante sobre el que operaba el viejo orden jurídico, cambió de signo, y la presión de los ingentes problemas, reventó los cauces añejos, obligando a arbitrar soluciones de urgencia cuya nota de provisionalidad era evidente. El remedio, pues, no estaba en la reparación parcial de las grietas y fisuras que a diario se presentaban, sino que llegó a plantear el problema de la revisión a fondo de toda la ordenación jurídica del Estado. Porque con toda sinceridad hay que decir que mientras de los bienes de este mundo sólo disfrutaba una minoría, cabía sentir admiración por una ordenación jurídico-política que técnicamente parecía irreprochable, pero en el instante revolucionario, sobre todo después de dos guerras aniquiladoras, tenía forzosamente que plantearse, no una restauración pura y simple de principios, que venían acreditando una maravillosa presentación externa, al mismo tiempo que una notoria inidoneidad, sino la instauración de un nuevo Estado con unos principios absolutamente diferentes. Y si es cierto que muchas afirmaciones de la ordenación jurídica del pasado podían seguir teniendo vigencia, otras, hay que

(24) El optimismo de la victoria llevó a las Naciones victoriosas a olvidar lo que es elemental en la Historia rusa: "El mesianismo".

(25) Vid. TEODORO GONZALEZ, Discurso de apertura del Curso académico 1939-1940, en la Universidad de Oviedo. (1939).

reconocer, aunque para algunos sea muy doloroso, que no podían subsistir.

Por eso, preocupación constante de la doctrina contemporánea es buscar la solución dentro de los cauces, hoy desbordados, del Cristianismo, devolviendo al hombre el sentido de su dignidad, que no queda satisfecha por unas meras y teóricas declaraciones de derechos, y así pudo decirse por LEON XIII: «Que no hay democracia real, donde a hombres de capacidad física y deseosos de trabajar intensamente, no se les permite ganar lo necesario para que su familia goce de un bienestar razonable y frugal».

Hay que superar el concepto erróneo del individualismo que da exagerada importancia a los derechos y desconoce las obligaciones, y acordarse de que es absurdo mantener en nombre «de las instituciones democráticas» la prohibición de que el Estado no pueda proteger a los económicamente débiles. No olvidemos que no se puede hablar de los derechos naturales del hombre si olvidamos su origen divino y su refacción con la eternidad. Como decía MURRAY, Presidente que fué de la C. I. O., si negamos esta verdad básica, quitamos también el fundamento sobre el cual se basa la inviolabilidad de los derechos humanos. Negar el eslabón que une al hombre con Dios equivale a forjar la cadena que le atará a la esclavitud. Esta afirmación la encontramos actualmente repetida y reiterada, y la preocupación por devolver al hombre una vida humana, justa y digna, independientemente de reconocer el origen divino de los derechos inalienables del hombre, aparece reiterada en la doctrina contemporánea. (26)

Estas verdades fueron olvidadas, y la consecuencia es esa situación de crisis que al alcanzar la médula de las instituciones seculares de la sociedad, plantea este pavoroso problema actual, que sólo podrá superarse reconociendo egoísmos y errores que orientaron la vida de los pueblos, por caminos extraviados, conduciéndolos a encrucijadas en las que parece que no puede encontrarse la salida.

Parece hoy bastante claro que no se puede hablar de libertad, si previamente no se crea un estado de paridad

(26) Véase la colección de Ensayos recopilados bajo el título "¿Subsistirá la democracia?" (Buenos Aires, Editorial Difusión, S. A., especialmente páginas 59 y ss., 91, 109, 143, 187 y ss. y 197.

entre los hombres, pues como decía LUIS VIVES ya; en el siglo XVI, la propiedad privada no es absoluta, si no se corresponde con el bienestar colectivo, que somete a todos los hombres, ricos y pobres, a un orden fundamental de justicia. Tampoco se puede hablar de derechos humanos si se olvida el sentido de la vocación divina, que los estadistas norteamericanos que redactaron la declaración de independencia de los Estados Unidos no olvidaron contrariamente a sus imitadores franceses.

Los derechos individuales, con razón decía DONOSO CORTES, no vienen de la Revolución francesa, sino del Calvario...

Estas consideraciones sobre la situación actual del mundo y esta reiteración de viejas doctrinas, no tratan de que mantengamos sólo una actitud nostálgica. Es preciso, al contrario, adoptar una posición realista y esperanzadora, enfrentándonos decisivamente con el problema de arbitrar un orden jurídico, que transido de la espiritualidad cristiana, tenga la virtualidad de encauzar el problema social. Orden jurídico que debe estar asentado sobre principios inmutables de justicia, que no olvide los principios fundamentales del derecho clásico, pero con un alcance universal, que no fuvieron en el pasado.

Notemos bien que el Derecho romano, por ejemplo, fué sin duda una maravillosa ordenación para «quirites», pero que cosa distinta debieron pensar los esclavos. Exactamente lo mismo, el orden jurídico, hoy en crisis, acaparó todos los elogios por parte de quienes formando parte de las clases rectoras vivían confortablemente, y mereció, en cambio, la indiferencia, cuando no el desprecio, de quienes lanzados al palenque de la lucha social renunciaban a sus derechos ciudadanos, a la puerta de cualquier Sindicato para conferir al dirigente del mismo un decisivo, arrollador y anti-representativo voto plural.

El pesimismo, pues, en torno a la crisis del Derecho está fundado ciertamente en la realidad de unas instituciones que se desmoronan, de unos principios que se olvidan y de unos postulados que se contradicen. Es como si asistiéramos al derrumbamiento y a la destrucción de una concepción del mundo y de la vida, pero no olvidemos que cabe perfectamente imaginar

un orden económico, jurídico y social, que sustituya al del pasado, que sea idóneo para cumplir su misión y que esté fuertemente anclado en los ideales insoslayables de la dignidad humana y de la justicia. Si en lugar de execrar incondicionalmente todo lo que se separe de la ortodoxia jurídica en declive, se estudiara detenidamente y de un modo sincero la forma de estructurar el orden jurídico, de modo que sus instituciones no queden reducidas a pura fórmula, o verdaderas piezas de museo, es posible que no estuviéramos lamentando los juristas el estado de cosas que contemplamos, y podríamos todavía esperar el renacer de todo aquello que es sustantivo e insoslayable, dejándonos en el camino todo lo que es adjetivo y contingente, y que equivocada y egoístamente se trata de aparentar como fundamental.

Epoca de transición la nuestra, quién sabe si el final de una era de la humanidad, es natural que sienta gravitar sobre ella todas las inquietudes, zozobras y angustias de las horas crepusculares de la historia, y lógico también, que un clima saturado de amenazas, y ambientado, por esa situación señalada con la frase desconcertante de «guerra fría», sea poco propicio para que los principios inmutables de la justicia imperen sin eclipses. Pero si el mundo actual carece de melodía, como apuntara AGUSTIN DE FOXA, esperemos que llegue un día que vuelva a recuperar el ritmo y la armonía con plena restauración de la fe en el destino de nuestra Civilización, y, sobre todo, con Fe en Dios, sin la cual no cabe imaginar que pueda instaurarse un orden político, social y económico que pueda calificarse de jurídico.

VALENTÍN SILVA MELERO
CATEDRÁTICO
UNIVERSIDAD DE OVIEDO