

EN TORNO A LA FUNCION DEL JUEZ EN EL ESTADO MODERNO

P O R

VALENTIN SILVA MELERO

CATEDRATICO DE DERECHO PROCESAL

I

Para el estudioso del Derecho la función del Juez debe entrar en el primer plano de sus preocupaciones. Ello es lógico por que en definitiva el Derecho por medio de los jueces no solamente es si no que *vale*, adquiriendo una realidad para emplear una expresión ciertamente feliz debida al gran procesalista ADOLFO WACH. Por ello ninguna revolución puede considerarse triunfante hasta que sus principios captados por la Magistratura no queden incorporados a las resoluciones judiciales.

Acreditada la imposibilidad de prever legislativamente todos los supuestos de conflictos o colisiones de intereses que los jueces han de componer según justicia, queda siempre una zona donde el juzgador ha de moverse sin un texto legal donde literalmente apa-

rezca encuadrada la solución jurídica que necesariamente ha de producir, y en ocasiones, la fría aplicación de un precepto puede no cumplir las exigencias ineludibles de la justicia, todo lo cual plantea un problema difícil, quien sabe si el más transcendental de cuantos aparecen en aquel eterno drama que el derecho entraña en la frase de Carnelutti. Tal dificultad ni nos releva de analizar la cuestión ni tampoco puede impedir que procuremos por todos los medios a nuestro alcance laborar para que la Justicia aparezca cada día más perfecta, digna y elevada.

En este trabajo pretendemos plantear algunas cuestiones en torno a la función del Juez en el Estado moderno. No se trata ni de agotar un tema inabarcable por la extensión de su contenido, ni siquiera de tratar exhaustivamente las cuestiones que se plantean, sino simplemente de diseñar algunos problemas de carácter general de importancia destacada. En la indicación bibliográfica que se consigna al final podrá el lector encontrar una parte del material necesario para profundizar la materia, prescindiéndose de la cita de trabajos monográficos en general, porque su referencia puede encontrarse con facilidad en las obras que se relacionan.

II

La sociedad humana desde que organizada proclamó el principio de que a nadie es lícito tomar la justicia por su mano, expresión gráfica de que la función jurisdiccional no compete al particular interesado sino que es misión de un órgano independiente cuya actuación se regula con mayor perfección a medida que se robustece el poder del Estado, ha tendido siempre a valorar esta función como la de importancia más destacada y ha cifrado su mayor orgullo en realizar el ideal de la Justicia con mayor exactitud.

Cierto que este ideal se ha frustrado muchas veces, como otras muchas obras de los hombres ha quedado en ocasiones como un mero propósito, y en otras, en apariencias y formulismos, pero en todo caso en el fondo de las conciencias con la excepción de aqué-

llas en que la desviación ha sido total, palpita el ideal de lo justo como una razón suprema.

Cuenta Weissler en su «Historia de la Abogacía» que el *definidor del Derecho* se explicaba en un mito nórdico por la aparición taumática de una figura que descendiendo de los Cielos llegó a la tierra en una embarcación perdida en los mares y que las olas arrastraron hasta las playas de Frisia. A este ser mítico se le denominó *Asega* y su misión era decir el Derecho, en una palabra, ser Juez. Tan elevado se estimó el concepto que se le hizo descender del Cielo a la tierra sin duda porque la función de juzgar merecía en el sentir popular los mejores conceptos de elevación... Y así fué siempre... Preocupación de Filósofos, Teólogos y Juristas, antorcha de revoluciones en cuyo fondo turbulento fluye siempre a veces por derroteros equivocados la palabra Justicia, conmociones políticas y sociales que proclaman, a veces también con inconsecuencia explicable por los errores humanos, la mágica expresión que ha sido el motor de turbulencias, guerras, pronunciamientos y catástrofes para tratar de alcanzar el ideal presentido o soñado.... Preocupación en suma de la humanidad que si no ha logrado alcanzarle es sin duda porque no ha querido volver la mirada al Cielo, olvidando que las ataduras terrenales son lastre que impide la elevación precisa para percibir la única verdad y la única Justicia impresa indeleblemente en los Mandatos de Dios...

Para dar a cada uno lo que le corresponde, según el concepto tradicional, el Estado organizó lo que en un tiempo se denominó Poder Judicial, y hoy con más acierto, función jurisdiccional y a este fin, designó e instituyó los jueces encargados de realizar el Derecho, de hacerlo valer, de que mediante sus resoluciones el orden jurídico perturbado se restablezca, para que el Estado de hecho marche paralelamente con el Derecho y no vayan ambos por derroteros o caminos extraviados según el concepto del pandectista Windscheid...

Para que el Juez pueda desenvolver su misión es preciso que su posición sea independiente, pero como su función es realizar el

Derecho, se hace necesario analizar la relación del órgano jurisdiccional con la norma jurídica. El tema es tan importante que con razón Reichel afirmaba que es un trozo de la Historia de la cultura.

Hay un modelo de jueces que pervive en el recuerdo desde épocas remotas: El pretor romano, uno de cuyos méritos principales se ha dicho que fué la aplicación de las Leyes a relaciones jurídicas que literalmente no comprendían, remedio que permitió mantener en vigor normas incompletas y anticuadas. Conciliaron el texto legal a las nuevas necesidades de los tiempos, proveyeron a las deficiencias de las *doce tablas* fundamental en el Derecho Privado de Roma y obligatoria aún en los días lejanos del Imperio. Dieron el Derecho justo para cada caso concreto, magnífico arte que labraron con solo tres principios: *El honeste vivere, alterum non laedere, y suum cuique tribuere*. De ellos pudo decir Beceña que cuando tales hombres existen las prescripciones y reglas pierden importancia. El proceso romano que Ihering entendía como una mecánica fría, fué una leyenda con la que Wlasak, el gran romanista, terminó, poniendo de relieve la inexistencia de un Pretor automática. El Juez romano era un hombre que fundamentalmente merecía la máxima confianza. Antes de producir su sentencia consultaba al Consilium en la penumbra de la Sala de audiencia se percibía la figura del *Prudente* asesor desinteresado y Consejero magnífico. El resultado fué una justicia que sino perfecta se aproximó a este ideal de perfección y a la que nadie osó jamás ironizar ni zaherir. Mereció el respeto de todos.

Corre el tiempo en la Historia. Roma queda en la lejanía. La influencia germánica ligará al Juez hasta el automatismo. Espectador en la contienda el litigio es un duelo. La prueba en el proceso no va a dirigirse a formar el libre convencimiento del Juez sino que será el resultado de la intervención de fuerzas sobrenaturales. Después en el proceso común, resultante de diversas tendencias, la sátira va a prender en las carnes de los juzgadores y la desconfianza en la función impondrá la tónica.

El absolutismo de Estado se traducirá luego en la fórmula del

Rey Sol «*L'Etat c'est moi*» y los detractores del sistema exclamarán años más tarde «lo que quería el Juez lo quería la Ley». El Juez no tenía libertad y debía hacer lo que mandaba el Monarca, por lo menos así lo afirmaban los que iban a producir nada menos que una Revolución. ¿Fue esto exacto? Veámoslo. Federico el Grande vive en Sans Souci. El Rey absoluto protege a filósofos y demagogos en boga. El titulado autócrata no tiene inconveniente en acoger las ideas innovadoras de Beccaria que dulcifican las duras penalidades de la época. En las cercanías de la regia mansión un molino es la vida toda de un menestral que con su industria atiende al sustento de los suyos. El Rey a quien desagrada, al parecer el ruido monótono de la labor dura llama a su presencia al molinero para que le transmita la propiedad del molino a lo que el interpelado se niega. Bien, dice el Monarca, me lo cederás por la violencia. La respuesta del molinero queda en las páginas de la Historia. Podríaís hacerlo, responde, si no hubiera Jueces en Berlín. El Rey se calla y respeta a sus Magistrados. Lo cuenta Schiffert en su obra «*Die Deutsche Justiz*». Pierre Benoit llevará tema parecido a las páginas de la novela. El hecho no era nuevo, tiempo atrás los Jueces de Aragón habían absuelto a Antonio Pérez y no precisamente con la voluntad de Felipe II; y en nuestro teatro clásico el respeto de los Reyes por la Justicia aparece con aquella elocuencia que Calderón hace vivir poniendo en los labios de Pedro Crespo la frase laudatoria dirigida al Rey que aprueba la justa pero ilegal resolución del Alcalde de Zalamea. Solo Vos a la Justicia tanto podíaís honrar... Pero los enciclopedistas propugnaron la terminación del arbitrio judicial para instaurar lo que se llamó después Estado de Derecho, consecuencia de la Revolución de Francia que bajo la rúbrica de una libertad teórica instaura el absolutismo legal fundado en la teoría de Montesquieu para quien la exteriorización de la soberanía del Estado radica en la división de los poderes, principio que había encontrado en la ordenación inglesa cuya Constitución era a su juicio la base de los modernos Derechos fundamentales de la independencia del Juez.

La realización total del principio apareció pronto como imposible. Esmein ha dicho que uno de los poderes domina bien pronto a los demás a pesar de todo y éste es necesariamente el Poder Legislativo. Así la teoría de Montesquieu en la cual cada Poder es vigilante del otro, el recíproco Kontrol—System del Estado parlamentario—democrático produce en la práctica un cuarto Poder: El del Gobierno. Y por lo que al Judicial toca la figura degradada de un Juez encadenado, ideal revolucionario de la época para que todo quede preso las mallas de la Ley siendo el Juez su voz viva y no otra cosa... El Juez se deshumaniza pierde el cerebro al mismo tiempo que el corazón y el alma...

III

Contra la anulación de la personalidad de los jueces fué lógica la reacción de la doctrina y la repulsa de los hombres que tenían asignada la función de juzgar. El Derecho no está todo en la Ley, es preciso distinguir entre el Derecho legal y el justo proclamará Stammler. El ideal será buscar el fin que es el creador del Derecho dirá Ihering, dictar buenas sentencias aunque sea con malos fundamentos exclamará Kohler, proceder según normas rectas ético-teológicas agregará Wieland. La jurisprudencia conceptual pierde terreno para dar paso a las tendencias del Derecho libre uno de cuyos matices más destacados será la llamada jurisprudencia de intereses, Eugenio Ehrlich ya en esta ruta proclama la existencia de lagunas en la Ley que es preciso llenar ex aequo et bono. Se vuelve a mirar al pasado, por eso Adickens expresará que juzgar es más que asunto propio del entendimiento cosa propia del corazón y del carácter. Heck admitirá hasta las resoluciones contra Ley en caso de necesidad extrema y Max Rumpf ya en plena rebeldía afirmará que el Juez admite apreciaciones, no es un esclavo de la Ley, tiene una personalidad respetable. Bulow habla de que la Ley no llena toda la finalidad siendo un plan para una futura y deseada ordenación que el Juez ha de completar y Goldschmidt, liberal,

desarrollará su tesis de la doble ordenación jurídica, una la legal y otra la judicial la cual cada una en su esfera regulan la vida del Derecho. ¡Se ha quebrado la legalidad formal! Se han venido abajo las ilusiones de los doctrinarios de la Revolución que soñaron con un Juez autómatas y con una Ley que lo previera todo. Entre el asombro general Magnaud absolverá a Luisa Menard culpable de hurto de pan, frente al texto literal de la Ley, con aquel considerando famoso; crítica despiadada de un sistema «de que es lamentable que en una sociedad bien organizada alguien pueda carecer de pan». Se deshizo el encanto. La ficción revolucionaria hecha de formulismos fracasa con estrépito en la propia Francia cuya magistratura muestra su gran capacidad adaptando el Código de Napoleón a las nuevas exigencias con arreglo al lema de Saleilles «Par le Code Civil mais au delà du Code Civil».

La vinculación del Juez a la Ley parece que fué inspiración inglesa según Montesquieu pero se olvidó que el Juez inglés como el Prétor romano son hombres en los que se confía. En el continente se impuso la nota de desconfianza y por eso no se pudo comprender el principio británico de «hombres y no normas» postulado con el que se tropieza en opinión de Mendelshon Bartholdy cuando tratamos de derivar del sistema inglés una conclusión para mejorar nuestra ordenación. De la magistratura inglesa ha dicho Beceña: «El hombre no sucumbe ante la letra de la Ley sino que ésta es vivificada por aquél en los límites que permite un sentido de la Justicia y la equidad en que se inspira, pero para lograr ésto hace falta una formación jurídica forjada en la misma lucha donde el Derecho se debate. La Ley se impone a la comunidad como guía de conducta a través de su interpretación por los Tribunales que son los que ponen vida en las palabras muertas de la Ley». El continente copió mal y la consecuencia fué que por mantener el concepto de legalidad olvidó lo que más importaba: la Justicia y por ello advino la degradación del individuo que desesperado buscó nuevos horizontes para lo cual hubo de derrocar el régimen que conducía al despeñadero del comunismo, último epi-

sodio y consecuencia ineludible de un sistema carente de espiritualidad al no creer en nada y haber olvidado la existencia de verdades inmutables a las que no pueden afectar en ningún caso lo que acuerde una mayoría en un Parlamento, aunque lo proclamen formalmente como legalidad.

IV

Al llegar a nuestros días termina el proceso demagógico de una época, y con ello la instauración de un orden nuevo del que ha podido decir con razón el Profesor don Teodoro González, que una Revolución transcendental signo de una edad histórica, conmueve al presente el destino de los pueblos europeos, y como toda innovación profunda comunica su entusiasmo prolífico a los hombres e instituciones labradas por las naciones, y entonces sucede un hecho transcendental como acontecimiento sorprendente, y es que cada Revolución política acarrea consigo, final fructífero de su semilla oscura la proyección de un nuevo Estado. La serie relevante de los fenómenos políticos contemporáneos: Fascismo italiano, Nacional-socialismo alemán y Nacional-sindicalismo español son vertientes espirituales de nueva visualidad política que decoran los ímpetus de las generaciones jóvenes. Es sin duda que los pueblos huyendo de la ficción y del embuste buscan la eterna metafísica de la Patria sabiendo realidad la frase de Mella de que los pueblos se enlazan con la muerte el mismo día que se divorcian de la historia. La profecía tuvo realidad plena y para evitar aquel final que ya se presentía el tiempo político que nace no quiere ver la Patria como Dante vió a Roma, viuda y sola clamando día y noche por su César.

Al hablar del Estado moderno se excluye deliberadamente a Rusia considerando como lamentable el hecho de que en ocasiones se estudie el fenómeno ruso, al referirse al nuevo Estado como si éste fuera el inicio de una nueva época. Es este un error que conviene rectificar. La Revolución rusa no solamente no es el pri-

mer capítulo del Estado moderno sino que a nuestro juicio es el acto final del proceso demo-liberal. Las voces de Balmes, Aparisi, Donoso y Mella anunciaron en un tiempo como último episodio del Estado de demagogía catástrofes al modo ruso. Ya en nuestros días Ledesma Ramos, Onésimo y la voz profética de José Antonio plantearon el problema dentro de sus términos propios. Pero prescindiendo de analizar una cuestión que sí ciertamente sugestiva nos apartaría de nuestro objeto es preciso sentar como distinción fundamental dentro del nuevo orden que el Estado ruso no es ni más ni menos que una dictadura cuyas características lamentables no tienen parigual en la Historia en tanto que el Estado moderno a que nos referimos implica un orden jurídico. La diferencia es notoria. Los teóricos de la Revolución rusa se han mostrado como detractores del Derecho al que colocan dentro de lo que califican como «prejuicios burgueses» considerándolo igual que al sentimiento religioso como «opio para el pueblo». Bastará examinar por lo demás el artículo 1.º del Código Civil ruso con su implícita negación de los derechos subjetivos, y el condicionado a las exigencias de la Revolución de la tutela y protección de los derechos, para negar el carácter de orden jurídico al establecido en Rusia, y por ello es unánime el criterio de que no existe en aquel pueblo un sentimiento del Derecho.

No vamos a entrar en la controversia de si el nuevo orden y el Estado que crea ha de calificarse de Estado jurídico, lo que si parece evidente es que la denominación Estado de Derecho no puede reservarse para la ficción que estableció un día la Revolución de Francia, en una palabra, no se trata simplemente, como se ha dicho, de la traducción jurídica de la democracia liberal. Como dice acertadamente Costamagna el parlamentarismo atendía a una legalidad formal, pero existe también una legalidad más exacta que vive en la entraña misma del pueblo. La legalidad existía también en los regímenes absolutos, no es una invención democrática que tampoco inventó la libertad según la frase acerada de Madame de Stael. Del Vechio ha expresado con claridad que si el fascismo hubiera

hecho caso omiso de los principios de justicia habría firmado su condenación ante el Tribunal de la Historia. El Ministro iliano Grandi ha expresado la necesidad de dictar principios generales del nuevo Derecho como un conjunto sistemático de reglas positivas fundamentales que inspiren todo el sistema de Derecho Público y Privado, con autoridad de Ley suprema para la fijación de los términos de la legalidad nacional. Este principio cree Costamagna que es la regla primera de índole moral y política que preside la existencia de una comunidad, por ello agrega, es indispensable la tabla fundamental de la Ley fascista restaurando la idea mediterránea, romana y católica de la personalidad y si para Napoleón el Código Civil fué la masa de granito lanzada sobre el suelo de Francia su equivalente actual será en el sentir de este autor esta nueva superlex constitucional de los llamados principios generales del fascismo.

Pero esta preocupación por el Derecho de las revoluciones modernas no se encuentra solo en la doctrina italiana. El nuevo Estado ha dicho Binder no es la voluntad del pueblo al estilo democrático sino la voluntad de la nación o sea el pueblo como unidad vital y orgánica como realización de un espíritu que es la gran conexión viva entre las generaciones del pasado, presente y futuro, por eso agrega, el Führer no es un dictador y Goering al hablar de la seguridad jurídica como fundamento de la comunidad popular ha expresado literalmente «en la lucha contra el falso Derecho ha creado Hitler el III Reich, con arreglo al viejo fundamento prusiano *Jedem der Seine* que no es ni más ni menos que el antiguo aforismo romano *suum quique*».

Entre nosotros se ha proclamado el principio de libertad como valor primario e intangible por estimar al hombre en la frase de José Antonio portador de valores eternos, envoltura corporal de un alma que es capaz de perderse o de condenarse y para que ninguna duda quede es el glorioso Caudillo de España quien reiterando conceptos anteriores proclamó que el régimen español no es una dictadura, inspirándose en la Ley de Dios, en el amor a la Pa-

tria y en el bien común, lo que equivale a afirmar que no se trata de ningún régimen arbitrario sino de un perfecto orden jurídico.

Siendo, pues, nuestro Estado de Derecho, o si se quiere de Justicia, los jueces han de realizar en el nuevo orden la aplicación en cada caso concreto de la norma jurídica pertinente, pero con una diferencia y es que ya no puede hablarse de una división de poderes al modo liberal. Como dice Maranini no podemos hablar ni de tres Poderes en el Estado ni tampoco de tres funciones sino simplemente de la pluralidad de órganos del Estado. Por eso Freissler ha dicho que el Imperio es indiviso e indivisible, principio que encontramos en Koellreutter y en Schmitt y tantos otros que proclaman que el Estado nacional-Socialista significa la superación del pensamiento de la división de poderes. En una palabra para emplear la expresión de Ibsen en una reciente publicación «para la noción de poderes separados no hay lugar en la doctrina unitaria del Estado...

No existe, pues, un titulado Poder Judicial lo cual no implica ni falta de independencia ni una vinculación absoluta al Ejecutivo dándose el caso paradójico de que es precisamente el nuevo Orden el que libera a los jueces de la rutina y el automatismo.

.

V

Hemos visto cómo en la concepción liberal el Juez se nos presentaba deshumanizado, una sombra del propio Estado donde desenvolvía su actividad calificado de estatua, cruelmente inhibido de las luchas de los hombres. Ante esta realidad poco importa que se hablara, casi siempre con exceso de la independencia del entonces titulado Poder Judicial y de sus garantías si lo que quedaba por resolver era precisamente lo importante; el hondo problema de conciencia. El siglo pasado es en un aspecto la lucha entre el pensamiento positivista con su culto a la ley y los conceptos y el pensamiento teleológico que da entrada en la esfera del Derecho las realidades materiales e ideales de la vida. La hora actual ha dicho

el Profesor Pérez González acusa el triunfo de la dirección teleológica, pero para que ésto pueda realizarse precisa el Juez de unos poderes y atribuciones y es necesario proclamar unos principios que no fué precisamente el Estado liberal y democrático el que los instauró y dió realidad legal. ¿Con la excepción del Código Procesal austriaco que se calificó de autoritario cual era el panorama de la posición del Juez dentro del proceso en el Continente? Pues aproximadamente la misma que nos ofrecen nuestras Leyes Procesales de la que con referencia a la civil pudo decir Beceña que era casi el proceso común, aquel tipo procesal de acusada desconfianza en el Juez quien se nos presenta cruzado de brazos sin apenas poderes de dirección ni de impulso procesal, presenciando la consumación de la injusticia y cómo las partes pueden mentir a su antojo incluso bajo juramento según la expresión de Wetzel.

La preocupación por la justicia meta en definitiva de la actuación del Juez, es postulado del Estado moderno que no se limita a proclamarlo sino que dicta las normas para que ello sea una realidad. Así, el que fué Ministro de Justicia italiano Solmi en la introducción o exposición de motivos al proyecto definitivo del nuevo Código Procesal italiano hoy ya promulgado afirmaba: «el nuevo orden político instaurado por la Revolución de las camisas negras remontándose a las más puras tradiciones del Derecho italiano pretende hacer de la contienda judicial un instrumento eficaz de realización del Derecho y actuación de la Justicia». Ideal que inspira el nuevo Código donde el Juez goza de un margen de libertad y donde su figura cobra el prestigio indispensable para cumplir su misión; Poderes de dirección e impulso procesal, sanciones para la falsedad y la mala fé y exigencia a las partes de un deber de veracidad del que no se preocupó nunca el régimen derogado. Alemania había proclamado ya principios postulados, precisamente a poco de advenir el Nacional-Socialismo al Poder, estableciendo que la tutela jurídica de la comunidad es misión del Juez que solo puede desenvolverse mediante un Juez activo, subordinando el proceso a la rígida dirección del Juez y estableciendo la cláusula general de la

buena fé para que el Juzgador pueda encontrar la verdad. Principios que se instauraron en la Ley de 27 de octubre de 1933 que entró en vigor el 1.º de enero de 1934 y que se acusan con la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso Civil con arreglo a la Ley de 15 de junio de 1941 lo que supone la subordinación de los intereses privados a los públicos con la finalidad de una más perfecta realización de la Justicia. Si referimos la cuestión al proceso penal encontraremos como en opinión de Freissler la exigencia de la hora actual en este aspecto es la tendencia del proceso penal hacia la justicia y Frank, entre otros, proclamará igualmente como fundamento de una política penal la dirección absoluta del proceso por el Juez para poder lograr «dar la razón a quien la tiene y no a quien la quiere» para utilizar una expresión ciertamente elocuente y debida a Carnelutti.

De lo expuesto puede deducirse cómo la función de juzgar merece la valoración más destacadas en el nuevo Estado y cómo se le atribuyen al Juez los poderes indispensables para poder lograr el ideal de la justicia que se proclama como fundamental en el nuevo orden.

V I

El Juez en el Estado moderno puede crear su sentencia como el investigador y el artista crean sus producciones por tratarse de creaciones del espíritu y si ciertamente tal aseveración, debida a Sauer, puede reputarse exagerada no es menos exacto que contiene un fondo innegable de exactitud. La función judicial tiende a velar por la seguridad del tráfico jurídico lo que naturalmente presupone la aplicación de la norma, unidad y permanencia de la Jurisprudencia, seguridad del Estado y garantía del orden y la paz, llevando a todos la certidumbre de la realización del Derecho y la existencia de garantías jurídicas. Para realizar esta función no se hace al Juez un ser frío y deshumanizado si no que se le asignan

facultades de interpretación tan amplias como precisa, y en algunos supuestos funciones casi creadoras que le permitan encontrar el Derecho aplicable en los supuestos de lagunas legislativas. Esta facultad se designa en la doctrina con una expresión difícilmente traducible a nuestro idioma, es la titulada *Rechtsfindung* (¿descubrimiento del Derecho?) que en nuestro sentir cabría hacer equivalente a invención del Derecho y que no implica crear la norma, aunque algún autor la ha entendido así, si no descubrir, inventar que es cosa distinta, sin duda por la razón de que probablemente la creación del Derecho es función del espíritu popular y ni aún el Führer tiene esta facultad creadora limitándose a conferir la impronta legislativa a lo que como derecho vive en la entraña del pueblo, de la misma manera que ocurre con la moneda cuyo metal o valor intrínseco es independiente de su poder liberatorio que el Estado le atribuye. De todos modos se habla de una creadora *Rechtsfindung* (Sauer) y se ha entendido que tal hallazgo o invención del Derecho se realiza por el Juez por medio de la analogía, problema que en la hora actual suscita un gran movimiento doctrinal sobre todo en el Derecho penal y que por contradecir principios fundamentales de esta rama jurídica su aplicación carece probablemente de una auténtica base de partida como con justicia ha observado el Profesor Hellmut Mayer. De todos modos la *Rechtsfindung* no puede implicar en ningún caso un Juez como aquél de Rabelais que resolvía el proceso por medio de los dados. Supone la aplicación del Derecho considerado éste en su aspecto total en los supuestos de carencia de norma concreta aplicable, pues si hay lagunas en la Ley no existen en cambio en una ordenación jurídica entendida en su sentido general, problema de indudable interés al que recientemente ha dedicado el profesor Swinge un interesantísimo trabajo.

De lo expuesto puede deducirse que si en el orden nuevo el Juez no es un mero altavoz de la Ley es inexacto afirmar que el libre arbitrio se exagere hasta desconocer la existencia de derechos

subjetivos que quedarían a merced del capricho judicial. Ciertamente que tendencias en boga podrían robustecer esta opinión, pero no olvidemos que se trata de tendencias, y que las revoluciones pasan por una etapa de exacerbación explicable, sobre todo durante el período en que parece ineludible defenderlas.

El Juez en el nuevo orden es libre en materia de interpretación de la Ley. Esta afirmación de Schönke al analizar la ordenación judicial alemana vigente es bastante expresiva para necesitar el comentario. Por medio de la interpretación, agrega se posee la elasticidad necesaria para proveer a la conservación de la sociedad. Por lo demás, esta interpretación ha de tener en cuenta en primer plano la preocupación por la Moral, problema que matiza la función del Juez en el Estado moderno de un carácter especialísimo al que fué precisamente ajeno el régimen derrocado preocupado exclusivamente por la legalidad. Derecho y Moral contienen objetivos que fundamentalmente pueden considerarse como idénticos sin que puedan existir en la ordenación social esferas de actuación individual o colectiva en las que se prescindiera de la Moral. Schmelpeisen ha escrito acertadamente que el Derecho ha de concebirse no como pura creación de la razón si no como visión moral e interés social del pueblo, por eso Hellmut Mayer ha podido decir que el Derecho es por consiguiente la ordenación moral del pueblo en cuanto aparece fortalecida por la ordenación jurídica. Y por eso un Juez moderno no olvidará esta destacada función de la Moral en el nuevo orden con arreglo a un principio de totalidad que no puede ser eludido. Frente a quienes afirman que en el Estado moderno el Juez carece de independencia oponemos que en Alemania por ejemplo se afirma con toda claridad el principio contrario proclamándose que solo está sometido a la Ley. Schlegelberger ha escrito, y ello puede ser un *mentis rotundo* a quienes mantienen aquél criterio, dado lo oficioso del comentarista que «El Juez ha de aplicar la Ley en tanto el Estado la deje subsistente, ha de aplicarla a la luz de los nuevos criterios pero

no es su misión dejar de juzgar conforme a ella cuando cree que esta Ley debiera estar derogada. Por otra parte, la independencia personal del juez y su inamovilidad aparecen garantizadas en la ordenación nacional-socialista y aunque ciertamente algunos pasajes de juristas alemanes contemporáneos, podrían llevar a la conclusión contraria cuando hablan de una independencia pero exclusivamente dentro del ideario nacional-socialista, hay que tener en cuenta que éste constituye en Alemania el fundamento del orden jurídico y social, que no tiene un sentido político al viejo estilo de partido, que constituye una concepción nueva del mundo y de la vida, un modo de ser en suma, que es el fundamento de una Revolución, por lo que tales comentarios han de interpretarse en un sentido profundo y en modo alguno con un criterio que tienda a formar una idea equivocada en relación a la posición del Juez.

Por lo demás, siendo el Estado moderno un orden jurídico la función del Juez tiende, y para ello se le atribuyen los precisos poderes, a la instauración de aquel ideal de la Justicia de la que ha dicho Carnelutti recientemente que es como el oro muy noble para circular puro entre los hombres, por lo cual necesita una aleación con otro metal, y como las Leyes son Ley de justicia, agrega también los juicios son Ley de verdad. Bendito sea el Juez, afirma el maestro italiano cuya sentencia posea como el oro fino Ley de dieciocho quilates.

Para terminar me parece oportuno recordar en torno a este problema de la función del Juez en el Estado moderno, cuestión que sigue reconducida al mismo ideal humano de los primeros tiempos que es siempre nueva y siempre antigua, como ya hace cien años aseguraba Bethman Holweg en un discurso sobre la práctica del Derecho, un pasaje de Calamandrei, el gran jurista, que aparece en su libro «Elogio de los Jueces escrito por un Abogado»; dice así: «Un viejo Magistrado sintiéndose morir suplicaba: Señor querría al morir estar seguro de que todos los hombres que yo he condenado han muerto antes que yo... querría Señor cuan-

do me presente a tu juicio encontrarlos en espíritu en el umbral para que me dijeran que saben que yo los juzgué según justicia, según lo que los hombres llaman Justicia. Y si con alguno sin darme cuenta he sido injusto a él más que a los otros, quisiera encontrar allí a mi lado para pedirle perdón, y para decirle, que ni una vez al juzgar he olvidado que era una criatura humana esclava del error, que ni una vez al condenar he podido reprimir la turbación de la conciencia temblando ante una función que en última instancia puede ser sólo tuya, Señor...»



INDICACION BIBLIOGRAFICA

- Weissler*, «Geschichte der Rechtsanwaltschaft», (1905).
Schiffert, «Die Deutsche Justiz», (1914).
 · *Beceña*, «Magistratura y Justicia», (1928).
Bülow, «Gesetz und Richteramt», (1885).
Heck, «Problem der Rechtsgewinnung», (1912).
Geny, «Methode d' interpretation et sources en droit privé positif», (1919).
 - *Teodoro González*, «Discurso leído en la solemne apertura del curso 1939-40 en la Universidad de Oviedo».
 · *Miguel Fenech*, «La posición del Juez en el nuevo Estado», (1941).
 · *Pérez González*, «El método jurídico (Rev de Der, Priv núm. 299).
 · *Silva Melero*, «Algunas orientaciones modernas del Derecho Procesal», (1941).
Sauer, «Juristische Methodenlehre, (1940).
Mayer (H.), «Das Strafrecht des Deutschen Volk, (1936).
Schönke, «Zivilprozessrecht, (1938).
Peter Jhsèn, «Politik und Justiz, (1937).
Binder, «System der Rechtsphilosophie, (1937).
 · *Reichel*, «La Ley y la Sentencia», (1921).
Swinge, «Irrationalismus und Ganzheitsbetrachtung.-., (1938).
Mezger, «Kriminalpolitik, (1942).
Gürtner, «Das kommende Deutsche Strafverfahren, (1938).
Hinüber, «Strafrecht nach neustem Stande, (1939).
 · *Carnelutti*, «Teoría General del Derecho, (1941).
Frank, «Nationalsozialistische Strafrechtspolitik, (1938).
Tigges, «Die Stellung des Richter in modernen Staat, (1935).
Franzen, «Gesetz und Richter», (1935).
Costamagna, «En lo Stato año XI Fasc II y III», (1940).
Bartelemy, «Precis de Droit Constitutionnel», (1938).
Solmi, «L' idea fascista nel nuovo codice civile, (1940).

Foderaro, «La divisione dei poteri nel diritto público fascista», (1940).

Del Vecchio, «El Estado nuevo», (1940).

• *Luis del Valle*, «El Estado Nacionalista totalitario autoritario», (1940).

• *Alvarez Gendín*, «Los Estados modernos totalitarios», (1938).

• *Rocco* «La doctrina del fascismo»..., (1925).

Goldschmidt: «Der Prozess als Rechtslage», (1925).

De Boor, «Die Auflockerung...», (1939).

Szhmelpeisen, «Der Staat in Nationalsozialistische Weltbild», (1935).

Panuncio, «Teoría generale dello Stato fascista», (1939).

Calogero, «La Lógica dei giudice»,... (1937).

• *Legaz*, «Teoría del Estado Nacional-sindicalista», (1940).

D' Alessio, «Lo Stato fascista come Stato di Diritto», (1940).

Schlegelberger, «Die Entwicklung des Deutschen rechts im Dritem Reich», (1938).