

LA CIENCIA DEL DERECHO COMO ARTE DE LO JUSTO

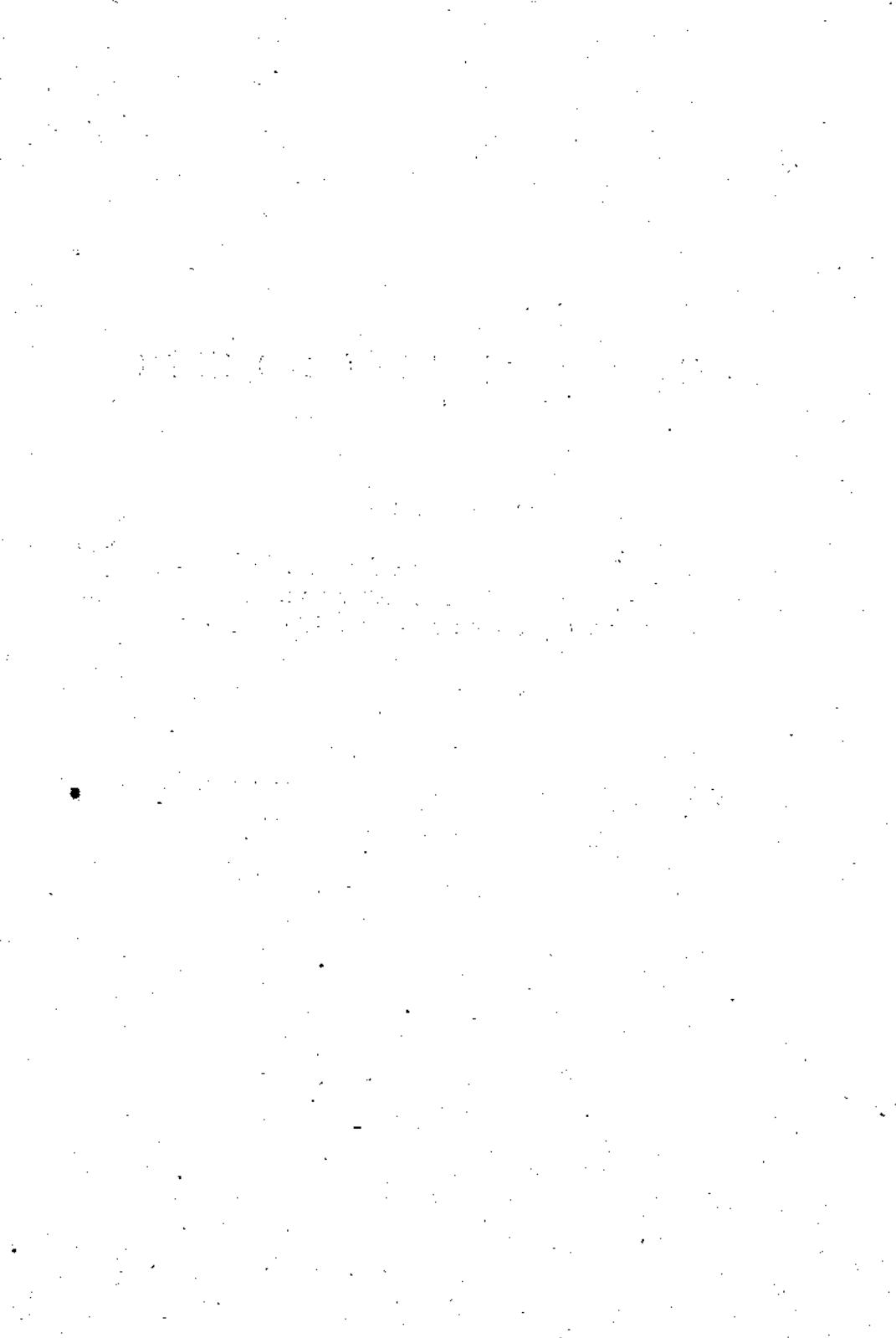
CONFERENCIA

PRONUNCIADA EN LA ACADEMIA
MATRITENSE DEL NOTARIADO
EL DÍA 16 DE MAYO DE 1951

POR

B I O N D O B I O N D I

Catedrático de Derecho Romano en la Universidad de Milán



La Ciencia del Derecho como arte de lo justo

La ciencia del Derecho ha seguido a grandes rasgos las etapas de todas las demás. Del empirismo romano y medieval se pasa a la ciencia, que desde Augusto Comte se encauadra en aquella renovación científica general que anima el siglo XIX, y se prolonga con ritmo siempre creciente hasta nuestros días. Portaestandartes de esta renovación han sido los juristas alemanes, los cuales han acuñado la palabra «Rechtswissenschaft» con un significado técnico. Se forma gradualmente aquella «Begrifurisprudenz» que mira al concepto de las instituciones jurídicas, las cuales se quieren precisar y analizar con el mismo rigor de método con que se procede en el campo de las ciencias experimentales.

Esta tendencia imprime un carácter universal a nuestros estudios, sobre cuyos resultados se piensa que habrán de tener un valor más allá del tiempo y del espacio. Los sistemas de los pandectistas y de la dogmática alemana han producido verdaderamente los soportes de una ciencia universal del Derecho. La nueva orientación no penetra en el mundo inglés, que también en este campo permanece fiel a su viejo aforismo *nolumus leges Angle mutare*, se difunde poco en Francia y en los países románicos, pero irrumpre victoriosamente en Italia. Si consideramos en efecto la producción jurídica italiana de los últimos cincuenta años, encontraremos más citas de autores germánicos que de artículos del Código civil. La primera conquista fué el campo del Derecho Privado por razones fáciles de comprender, pero, más adelante, la conquista se ha extendido al Derecho Público, al Derecho Procesal, al Derecho Penal.

Después de la gran producción científica de los últimos cincuenta años, en la que han participado de manera insuperable

los juristas italianos, hasta el punto que nuestro orgullo se atrevía a decir que habíamos alcanzado la primacía en el campo de los estudios jurídicos, el fervor parece ahora atenuarse, no sólo en Alemania, sino también sobre todo en Italia. La ciencia del Derecho presenta tal vez síntomas de estancamiento y se empieza a delinejar vagamente una cierta desconfianza. El jurista, tras contemplar el largo camino recorrido, quizá en lo más íntimo de su ser, se pregunta: «¿Y ahora, pobre hombre?»

No es esto impresión subjetiva mía o resultado del pesimismo. Abiertamente se habla de la crisis del Derecho en cuanto que la fuerza lo ha hollado. Pero en verdad no se puede hablar de crisis del Derecho, ya que toda imposición se apoya siempre sobre la fuerza. Recientemente, Leopoldo Wenger, en su discurso acerca de «Derecho y fuerza», no excluye a ésta, pero distingue entre aquella que es aceptable y la que no lo es.

Se está insatisfecho no del Derecho, sino de la ciencia del Derecho, porque ésta no ha podido encontrar la fórmula que pueda vencer a la fuerza. El hombre quiere dominar la naturaleza y, en muchos casos, lo consigue, pero no encuentra el camino para dominarse a sí mismo. Frente a los trastornos de que somos víctimas y actores en medio de las innumerables exigencias y necesidades que se advierten, ¿qué es lo que ha ofrecido la ciencia del Derecho? Innumerables volúmenes y brillantísima doctrina que interesan solamente a un restringido número de iniciados. No hay crisis en la ciencia, esto es, de los métodos, ya que éstos se pueden perfeccionar, sino de la ciencia. No hay crisis de interés, ya que el mundo está ávido del Derecho, pero aflora en modo más o menos abierto, la sensación de la incapacidad de nuestra ciencia, cuando se comprueba que el Derecho está abandonado a sí mismo, a la merced del más fuerte o del más avisado.

Tal afirmación es mortificante. Nuestra ciencia ha querido ponerse a la altura de las otras, pero mientras éstas proceden con creciente arrojo y obtienen una mayor abundancia de resultados, y también en las grandes catástrofes han hecho sentir su potente voz, la ciencia del Derecho aparece agotada, cansada, impotente. Todo el llamado progreso científico, toda la dogmática jurídica, de la que estábamos tan orgullosos, desem-

boca ahora en un desolado existencialismo. La observación no es mía, como tampoco lo es el término empleado, sino de Francisco Carnelutti. Este insigne jurista exponente de la dogmática, exaltador del sistema en contraposición al comentario, después de haber construído monumentos de lógica jurídica impecable, no esconde su angustia frente a la impotencia de nuestra ciencia, y concluye que la sociedad tiene sed de todas aquellas cosas que la ciencia jurídica, con todos sus volúmenes y su vigorosa dialéctica, no ha sabido dar. Confesar el existencialismo quiere decir que la ciencia jurídica contemporánea ha equivocado su camino.

La ciencia del Derecho puede entenderse como ciencia histórica, y en este sentido se puede hablar de Ciencia, lo mismo que de cualquiera otra histórica. Se puede pensar también en una ciencia del Derecho, que sirviéndose de la historia y de la comparación pueda llegar a la determinación de leyes constantes en la formación y desarrollo de las instituciones. Con tal orientación es posible hablar de descubrimientos de fenómenos y leyes, y se pueden colocar nuestros estudios en el plano que los de la Economía y Psicología, y acercarlos a los de las ciencias experimentales. De la misma manera que la Lingüística descubre leyes constantes en la gran variedad de lenguajes y en sus transformaciones, otro tanto podría observarse en el campo del Derecho; pero mientras el vocabulario registra el uso de las palabras y su desarrollo histórico muestra transformaciones espontáneas, en el campo jurídico, precisamente por la naturaleza misma del Derecho, no se puede prescindir del elemento de autoridad, que, fuera de lo que se piense sobre la formación natural y espontánea del Derecho, tiene que considerarse como un factor constante de las formaciones y transformaciones jurídicas; nadie ha impuesto nunca el uso de una determinada palabra o su transformación o una determinada construcción, pero el legislador puede imponer una determinada conducta.

No es, sin embargo, de este aspecto de la ciencia del que quiero hablar, sino de aquella ciencia de la que tanto se habla hoy día y que tan insatisfechos nos deja.

Hemos querido calificar de ciencia a nuestros estudios, pero resulta que nos encontramos embarazados cuando queremos pre-

cisar el objeto de nuestras indagaciones. Todavía no sabemos qué es lo que estudia nuestra ciencia, o sea en qué se diferencia del mero conocimiento de la Ley y de su aplicación práctica. Numerosas son las disertaciones e infinitas las discusiones; el campo ha sido reivindicado por los filósofos, y cada uno ha dado al problema una solución de acuerdo con su propio temperamento y su posición filosófica. Si se quisieran resumir las distintas posiciones yo creo que se formaría un discreto volumen. A título de curiosidad, y para demostrar a lo que podría quedar reducida nuestra ciencia, recuerdo que Gareis, en un libro de Metodología jurídica, publicado en 1887, en pleno fervor en Alemania de la dogmática, definía la ciencia del Derecho como un conocimiento sistemático. ¡Un índice bien confeccionado sería obra de ciencia! Esto no es ninguna irreverente ironía, ya que recientemente se ha escrito que el valor científico de un libro se observa, ante todo, en su índice. Ciertamente que toda ciencia reclama clasificaciones y sistematizaciones, pero no puede hacerse que toda ella consista en esto.

Con todo, se dice, la ciencia sigue adelante, aun sin una precisa determinación. Y es verdad que se acumulan tratados y disertaciones, generales y especiales, que ensanchan cada vez más la bibliografía jurídica, pero ¿cómo adivinar si se trata de una obra científica si no sabemos en qué consiste la ciencia? ¿Cómo separar la ciencia de lo que no lo es, se llame empirismo o práctica?

Justamente observa Koschaker que el término «Rechtswissenschaft», hallado por la escuela histórica alemana, se ha convertido en fuente de innumerables incertidumbres.

No pretendo exponer las opiniones presentadas hasta ahora, ni enunciar una nueva doctrina, ya que debo manifestar mi escepticismo en torno a la consistencia de una ciencia sobre cuyo objeto no se está de acuerdo, y que su único capítulo es aquel que hace referencia a su justificación, a la determinación de su objeto. Ninguna ciencia presenta semejantes problemas; sólo a fines prácticos o académicos se puede disentir acerca del objeto de una ciencia a fin de diferenciarla de otra.

Estas dudas no son nuevas, puesto que Kirchmann, hace aproximadamente un siglo, en su obra «Die Wertlosigkeit der

Iurisprudenz als Wissenschaft» rehusó al Derecho la cualidad de ciencia. Decía: ¿para qué sirven vuestros conceptos y vuestras doctrinas si una sola ley basta para dejarlos en el aire? La objeción ha sido brillantemente superada por la dogmática que no ha temido ni a la voluntad de los hombres ni al impacto del tiempo, en cuanto que intrépidamente ha procedido a la construcción de doctrinas que superan el espacio y el tiempo. La ciencia ha ido más allá del Derecho positivo, hacia lo abstracto y universal, hasta llegar a alcanzar el empíreo de la Filosofía y perder el contacto con la tierra.

Colocada sobre estas bases y con tal sentido, la ciencia contemporánea ha considerado la historia jurídica como un embarazoso bagaje de curiosidades, al par que la historia de la Medicina o de la Química. La doctrina y los métodos de Papiniano, Bartolo, Gaziano o Pothier, son considerados en la misma medida que las enseñanzas de Galeno o Paracelso.

¿Pero es verdad que la historia jurídica sea letra muerta y que Celso y Papiniano deben hacernos sonreír de la misma manera que las sugerencias de Hipócrates, cuando nuestra conciencia jurídica está impregnada de historia? El modelo o paralelismo con las ciencias exactas ha sido desgraciado. Si un descubrimiento en el campo de las ciencias experimentales permite relegar a un último lugar las curiosidades indagadas y los descubrimientos precedentes, en el campo de las relaciones humanas, la experiencia pretérita cuenta siempre, ya que es siempre el hombre con sus necesidades y actividad quien hace la historia, y el hombre siempre es el mismo, en el mudar de los siglos. Difícilmente un problema humano es absolutamente nuevo. Frecuentemente se trata sólo de proporciones o manifestaciones diversas.

De la misma forma que tenemos una herencia biológica tenemos una herencia psicológica. Tenemos hoy a menos a Hipócrates y Galeno, pero no a Sófocles, Dante, Aristóteles o Rafael. Lo mismo cabe decir del Derecho y de la Ciencia jurídica. Goethe decía, no en sentido despectivo, sino como una comprobación, que «las leyes y los derechos se heredan como una enfermedad eterna; se transmiten de generación en generación y pasan sumisamente de lugar en lugar».

Esta comprobación obvia puede ser útil para nuestra finalidad. Los modernos sienten el orgullo de haber creado la ciencia del Derecho. Pero, por el contrario, esta ciencia la han creado los romanos, según demuestra la tradición secular, que ha sido abandonada durante los últimos cincuenta años, con los resultados que acabamos de ver.

Se han derrumbado los templos y monumentos, que forman hoy objeto de estudio de la Arqueología; la lírica horaciana y la épica de Virgilio forman parte de la historia de la Literatura, pero es la ciencia jurídica la herencia más viva que se tiene del mundo romano.

Los romanos fueron quienes fijaron el objeto, métodos y fines de nuestra ciencia. Puede cambiar hasta el infinito la sustancia del Derecho, pero la ciencia es la misma indicada por los romanos, o sea *iuris prudentia*; no es la *εορτα* de los griegos, esto es conocimiento en sí; no tiene fin especulativo, sino práctico. Se destaca, pues, tanto de la Filosofía que mira a lo absoluto y universal, como de las ciencias exactas que miran el descubrimiento de verdades y leyes. El jurista no es un científico en el sentido moderno de la palabra, sino un técnico; si se quiere, un artista. Frente a una necesidad que aparece en la vida de las relaciones humanas, la ciencia del Derecho está llamada a encontrar el camino, el medio más adecuado para satisfacerla; en otros términos, encontrar la norma que discipline la actividad de cada uno en el interés de todos. En el inevitable contraste de intereses, la ciencia del Derecho permite separar el interés de lo justo, colaborando a realizar la justicia, no la abstractamente predicada por los filósofos o la meramente subjetiva de cualquier aislado pensador, sino la sugerida por la conciencia social, que para el jurista no es una fórmula verbal que sirva a encubrir la voluntad de la ley o de su intérprete, sino una realidad viva y operante, a cuya interpretación está llamado.

La escuela histórica ha fijado el concepto de que el Derecho es la emanación espontánea de la conciencia social; en realidad ésta lo que hace es manifestar la necesidad, la exigencia, la orientación; es el jurista el llamado a interpretar tal conciencia, traduciéndola a derecho. Y en esto los romanos fueron maestros.

Los principios y las decisiones presentados por ellos estaban tan adheridos a la conciencia social y aparecían a sus contemporáneos de tal manera justos que se calificaban sin rodeos como *ius*, y al jurista se le consideraba como *iuris auctor*. El no estaba autorizado para dictar decretos-leyes, sino para desarrollar y adaptar hasta el infinito el derecho, según una superior exigencia de justicia.

A donde no pudo llegar la *interpretatio* entendida de esta manera, actuó la jurisprudencia a través de los órganos legislativos. Es siempre la ciencia jurídica la que trabaja incesantemente y guía el movimiento del Derecho.

Este objeto de la ciencia es el que se contiene en la celeberrima enunciación de Celso cuando enseña que *ius est ars boni et aequi*. *Ars* se puede entender como sistema, o literalmente, como arte o técnica. Esto poco importa, pues lo que interesa es el objeto: lo bueno y equitativo o sea lo justo. La ciencia del Derecho tiende al *bonum*, entendido no como cualquier bienestar, sino como valor moral, ya sea individual o colectivo. El *aequum* supone igualdad, entendida como proporción para llegar a lo justo, *Bonum et aequum* indica justicia.

La ciencia del Derecho, por tanto, no es más que el sistema o arte de la justicia; la misión del jurista no es otra que la busca de lo justo, sea en la aplicación, sea en la formación del Derecho.

La definición de Celso, repetida y venerada durante siglos, es silenciada por los modernos, como si fuera algo vacío o peligroso. La encontramos esculpida en el frontis de algún palacio de Justicia, pero hoy es una noción inerte e ineficaz, incluso algún romanista ha sostenido que no fuese genuina, sino fruto de la decadencia o una enfática frase retórica. Estas apreciaciones tienen su explicación. Porque ¿cómo se pueden valorar estas tres palabrilas frente a las doctas y voluminosas disertaciones modernas en torno al concepto de Derecho que presentan filósofos y juristas? ¿Es posible que Celso, en pleno empirismo, pueda enseñar a los más profundos y aguerridos científicos modernos lo que sea la ciencia del Derecho?

Sin embargo, en medio de tanta erudición, de tanta dialéctica, el pensamiento de Celso resplandece con luz meridiana,

puesto que con gran sencillez anuncia un verdadero descubrimiento en el campo del Derecho, tal vez el único descubrimiento científico, porque tiene valor eterno y universal. Nos enseña lo que es el Derecho y en qué consiste la ciencia del mismo. Los romanos no se calificaban a sí mismos de científicos por haber construído un monumento que ha desafiado los milenios, ni pretendían descubrir verdades universales y eternas, sólo querían expresar y formular la justicia, y dar a esta actuación: *iustitiam colimus et boni et aequi notitiam profitemur.*

Esta es la ciencia que cultivan: *iustitiam colimus*; esto es lo que profesan: *boni et aequi notitiam profitemur*. Nada más. En poquísimas palabras nos han dicho lo que es la ciencia del Derecho: el arte de lo justo.

Los juristas romanos no son hombres excepcionales. Es nuestra fantasía la que los califica de tales. Su lógica no es superior a la nuestra; ellos tienen el mérito de haber dirigido su lógica, que Leibnitz calificaba de geométrica, no hacia una dialéctica abstracta, sino a descubrir y actuar la justicia. Y en esto fueron verdaderamente grandes, casi diría que inaccesibles. Servio Cicerón exalta la *admirabilis quaedam incredibiis ac poene divina in legibus interpretandis aequitate explicanda scientia* hasta el punto que lo califica *non magis iuris consultus quam iustitiae*. Los juristas romanos con razón se califican a sí mismos como sacerdotes de la justicia, y la opinión pública los pone a una altura en la que ningún pueblo los ha colocado nunca, hasta el punto de parecer inadecuado, absurdo, francamente inmoral, cualquier compensación pecuniaria. Si quisieramos hacer una comparación, paragonaríamos la altísima consideración del jurista romano con la que hoy día tienen los grandes científicos y los geniales artistas. Y, en verdad, ¡qué oficio más noble y más alto que aquel que se dirige a satisfacer la universal ansia de justicia!

Precisamente bajo esta silueta el jurista romano pasa a la historia, y por esto es la jurisprudencia la parte más interesante que resta de la tradición jurídica romana, antes que los centenares de leyes que el mundo romano nos ha transmitido, las cuales, en su mayor parte, pueden relegarse al vasto círculo de las *anti-*

quitates iuris, junto a las innumerables leyes, que desde Hammurabi a nuestros días, ha tenido la humanidad.

La tradición romana de la jurisprudencia ha sido continuada por los canonistas y los intérpretes hasta llegar a los comentaristas de los Códigos francés e italiano. En sus escritos y discusiones sentimos aún latir la palabra justicia y equidad como orientación latente de toda doctrina o razonamiento jurídico. La preocupación más o menos patente es la de presentar una doctrina, una solución justa. De las *exceptiones Petri*, en cuyo preámbulo se dice que *pedibus subcalcamus* todo lo que sea contrario a la equidad, al principio ciceroniano por el que *ius enim semper est quantum aequabile neque enim aliter esset ius*, hasta Pothier, que invoca todavía las *mores, la pietas y la verecundia* y algunas codificaciones modernas que apelan al Derecho Natural, tenemos una secular continuidad histórica, reforzada y avalorada por los canonistas, por los cuales se busca el identificar derecho y justicia.

En nombre del positivismo, tal orientación se ha encontrado incompatible con el movimiento científico.

Mientras las codificaciones han seguido la tradición, en el campo científico se ha verificado una gran revolución, que, como todas, ha querido abatir y destruir los viejos legados y los viejos métodos. También los términos, con los que milenariamente ha operado la ciencia y la práctica, son desterrados de nuestro lenguaje. En el *Curpus Iuris*, tanto la *aequitas* como la *iustitia* son invocadas como prueba del principio o decisión deducidos en vía puramente lógica; tal vez la *aequitas* es la única *ratio decidendi*. Tenemos instituciones construidas sobre la equidad: acciones *ex fide bona, in bonum et aequum, exceptio doli* que imponen al juez juzgar conforme a la equidad. Constantino, condensando en una fórmula general, la tradición precedente, sanciona, como cosa obvia, que no presenta ningún carácter de verdad que *in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem*. Por consiguiente *in omnibus rebus* es preciso tener en cuenta la justicia y la equidad.

Nosotros, romanistas de hoy, adheridos a la postura científica de que hablamos antes, y presuponiendo que los juristas clásicos habrían de tener nuestra misma mentalidad, hemos hecho

un verdadero estrago de estos textos que mencionan la equidad y la justicia, buscando aproximar la jurisprudencia clásica a los dictámenes y postulados de la ciencia jurídica contemporánea.

Si después pasamos a considerar el lenguaje moderno, comprobamos que aquellos términos están ahora fuera de uso. ¡Invocar hoy la equidad como si fuése un instrumento peligroso! También la Codificación, por querer fundamentarse sobre patrones científicos, trató de evitar estos conceptos. El número de disposiciones, en las que era apelada la equidad en el viejo Código civil de 1865, ha disminuido en el nuevo, que se ha querido calificar de más científico en relación con el precedente, como si el expulsar la tradicional y universal equidad, es decir, la justicia, fuese señal de progreso científico. ¡Hablar del Derecho Natural tan enlazado con la historia del Derecho desde los romanos hasta el umbral mismo del positivismo! Pero hoy se habla; aquel concepto, puesto en el índice, que parecía muerto, resurge y es objeto de atento estudio. Ya no es patrimonio de teólogos y filósofos, antiguos y modernos, sino también de los juristas contemporáneos. Y se dice que el Derecho positivo no es otra cosa que el conjunto de normas de ejecución del Derecho Natural. Recientemente en Gazzada (Varese) se ha realizado entre los más eminentes juristas italianos un estudio acerca del «Derecho Natural vigente», y las importantes discusiones y relaciones que se han producido no parten de premisas teológicas o filosóficas. Hasta en el lejano Estado de Indiana existe un «Natural Law Institute» dedicado al estudio del Derecho Natural. Y es significativo que el mismo Carnelutti, a quien no se puede negar el sobrenombre de insigne científico, en el sentido moderno de esta palabra, indique el Derecho Natural como remedio el más eficaz contra el existencialismo jurídico.

En nombre del positivismo y del progreso científico el Derecho se ha separado de la Moral, considerando su confusión como un producto del oscurantismo e ignorancia medievales, sin advertir que el Derecho tiene sus raíces en la Moral, y que en su mayor parte no es otra cosa que normas éticas, codificadas y sancionadas. La reacción contra el positivismo, por ésta su concepción, es hoy firme tanto en el ámbito público como en el privado, y ha sido facilitada por recientes experiencias, que nos han

proporcionado en forma tangible, la medida de las funestas consecuencias de esta separación.

Equidad, Moral, Derecho Natural, en su variedad de formas y contenido, expresan la exigencia humana y universal de justicia. No supone una vuelta a concepciones superadas, sino comprobar la desviación de nuestra ciencia, la cual en todo tiempo y lugar o tiene miras de justicia o no es ciencia jurídica, o mejor, no es toda la ciencia jurídica.

No se puede dar a la ciencia la calificación de jurídica por el solo hecho de que obre con instituciones jurídicas o las describa. Una elegante disquisición no es todavía jurídica, constituye tan solo el primer paso, pues requiere que se oriente hacia lo justo o que permita orientarse hacia aquella meta. Pues de otra manera es sólo ciencia a medias. También los filósofos pueden operar con instituciones jurídicas, pero no construyen ninguna ciencia jurídica, ya que sólo tienden hacia una justicia abstracta. Por el contrario son científicos los juristas romanos, que en línea programática contemplan la equidad, y se proponen enseñar el modo de alcanzarla; se califican de filósofos, no de lo abstracto, sino de lo concreto, es decir, no de la justicia abstracta, sino de aquélla que realmente es sentida por la común conciencia social. Presentan construcciones y ficciones (recordar el famoso *perinde ac.....*), analogías (cuantas veces usan el *quasi*), etimologías e historia de instituciones absolutamente fantásticas, consideran como canceladas cláusulas testamentarias, imaginan infinitos recursos no para vanos fines dialécticos, sino para alcanzar un resultado que a la conciencia social aparecía justo.

También fuera de los técnicos podemos encontrar juristas. Como decía Kohler, se podría calificar de jurista a Shakespeare cuando frente a la odiosa e inicua pretensión de Shylock, presenta una sutil argumentación que sirve para destruir aquella pretensión, sólidamente fundamentada en la ley, pero abiertamente injusta. También se puede calificar de jurista a Rousseau, cuando expone su famosa doctrina acerca del contrato social, no como vana elucubración filosófica o arbitraria hipótesis histórica, sino como una construcción jurídica que busca sustituir en el ámbito de las instituciones jurídicas, un régimen que no le parece justo. Como jurista y maestro del derecho ha sido calificado con gran

acuerdo Pío XII que, incesantemente desde la sede de Pedro, ha proclamado la completa inescindibilidad de derecho y justicia.

Los resultados de aquel movimiento, que se ha querido calificar de rigurosamente científico, han sido dañosos para la vida del Derecho, mortificantes para las personas. Se ha determinado una gradual y absurda escisión entre ciencia y práctica, a medida que la ciencia iba progresando y la práctica debía fatalmente seguir el antiguo y único camino. No hay duda que de las obras de los juristas romanos, de los canonistas, intérpretes medievales, de los voluminosos comentarios a los elegantes sistemas y magníficas monografías modernas, verdaderas obras maestras, hay un progreso inmenso, pero ello no evita que a la vez exista un progresivo alejamiento entre estos sistemas y la vida del Derecho, a la que ignoran o pueden ignorar. No es ignorancia reprobable sino acertada conciencia, la que en aquella producción no encuentra aquéllo de que la sociedad tiene necesidad. No se objete que la ciencia tiene por fin la verdad y no la utilidad, o que está destinada a producir frutos a largo plazo y no inmediatamente, porque estamos persuadidos de que para la ciencia del Derecho, entendida como ciencia de lo justo, vale más aquella intuición que los romanos tuvieron de acción y obligación, que todas las dudas y discusiones en que se halla implicada la dogmática contemporánea en torno a estos conceptos. ¿Es que tal vez debemos esperar a que un jurista brillante se alce expresando en sucinta definición, cual fórmula matemática, los conceptos de acción y obligación? Pienso que la vida del Derecho puede economizarse esta espera, ya que habrá decisiones justas e injustas, independientemente de lo que afirmen aquellas nociones, tal como ha ocurrido siempre. Aparte de que si el matemático acierta a encerrar en una fórmula una verdad, que como tal vale para la eternidad, no creo que para la ciencia jurídica fuese igualmente útil, concretar en una fórmula absoluta y perentoria la realidad del derecho que está siempre en continuo movimiento.

Antes que de progreso hablaría yo más bien de desviación o mutilación de la ciencia jurídica. Por un lado nuestra ciencia ha traspasado sus fronteras dirigiéndose hacia lo abstracto, por otro ha perdido de vista su objetivo. Ha salido de aquello que se ha querido llamar empirismo para entrar en un campo, en el

cual de jurídico no hay más que las instituciones o lo que constituye la premisa para la verdadera ciencia del Derecho.

En la terminología también se observa esta separación. Para los romanos, también en el lenguaje, la conexión entre Derecho y justicia es íntima y así dicen: *nomen iuris es autem a iustitia appellatum*; estamos en presencia de una de las frecuentes derivaciones caprichosas; pero cualquiera que sea la derivación de *ius*, es innegable la conexión de *ius* y *iustitia*. Tal conexión en las lenguas modernas se echa de menos, pues si perdura entre Recht y Gerechtigkeit, las palabras *diritto* y *droit* no tienen ninguna con *giusticia* o *justice*.

Esta divergencia entre ciencia y vida del derecho sería más perjudicial si los caminos construidos por la jurisprudencia romana hubiesen sido olvidados por nuestros magistrados, los cuales, recordando que el Derecho es el arte de lo bueno y lo justo, tratan de alcanzar en el caso concreto, el *aequum et bonum* con diestras argumentaciones, discutibles en sí, no siempre ortodoxas desde el punto de vista dogmático, pero oportunas y prudentes, en cuanto tienden a lograr un resultado justo. Nuestros magistrados son al igual que los juristas romanos, los sacerdotes de la justicia, y en un cierto sentido son continuadores de la tradición científica romana. Tal vez, no es casual que la palabra jurisprudencia, que en un tiempo indicaba la ciencia jurídica, denote hoy día técnicamente tal actividad, y de la misma forma que los romanos llamaban *ius* el *locus quo ius redditur*, hoy se habla de palacio de justicia.

Junto a la ciencia jurídica, destinada a pasar a la bibliografía junto al derecho de los profesores, el «Professorenrecht», según la feliz frase de Koschaker, bien distinto del «Iuris iustezech», se encuentra la ciencia o derecho jurisprudencial, que continúa la secular tradición. Por tanto, en donde tal derecho puede no actuar, el campo está abandonado a la revolución y a la bomba atómica.

El resultado de este movimiento contemporáneo es mortificante para las personas. Labeon y Papiniano sobreviven, al igual que Irnerio, Graciano, Domat, Pothier, Blackston. Las tumbas de los Glosadores están colocadas en el centro de Bolonia en testimonio de gratitud universal. Hay toda una multitud de juristas,

que sin pretender pasar por científicos o descubridores de alguna verdad, entran en la Historia, mientras que nuestros tratadistas entrarán sólo en la Bibliografía. Aquellos grandes juristas no serían superiores a los nuestros, más en cambio supieron dirigir su genio hacia la meta. Comprendieron cual era su misión y la sociedad se lo agradeció porque correspondieron a lo que se les pedía.

Los modernos han creído exaltar o ennoblecer su oficio, imitando los métodos seguidos por otras ciencias, han despreciado la antigua postura calificándola de empirismo. De tal modo han abandonado el altísimo pedestal en que la habían colocado aquellos grandes juristas, que después, al no poder resistir su ciencia la comparación con las otras, han terminado como la rana que quiso imitar al buey. Si no es posible comparar ni remotamente a Pasteur o Marconi con el más grande dogmático moderno, si no podemos colocar bajo el mismo plano a aquél que descubra la génesis y cura del cáncer con el que nos dé una noción exacta de negocio jurídico o de delito, todavía junto a aquellos grandes se puede colocar al sacerdote de la justicia; y a la afanosa busca experimental se puede parangonar la busca de lo que sea justo.

Fatalmente el jurista moderno se vuelve escéptico o existencialista, y lamenta la crisis del Derecho o de la Ciencia, porque abandonada la tradición milenaria, que tantos buenos frutos había dado, advierte que su ciencia tiene muy poca eficiencia en la vida del Derecho.

Abandonadas las directrices y métodos de la jurisprudencia romana se explica el desinterés por el Derecho de Roma, del que tanta ostentación hacen los modernos, y que a nosotros romanistas nos permite hablar de crisis del estudio del Derecho Romano, en el sentido de desinterés del jurista moderno por nuestros estudios.

La responsabilidad de todo esto es en parte nuestra a causa de la dirección histórico-erudita que domina nuestros trabajos; hemos ofrecido eruditos tratados históricos, mezclados en un laberinto de discusiones, que no interesan en absoluto a la dogmática, hemos presentado textos y comentarios llenos de paréntesis, garabatos y otros signos casi cabalísticos, separación sistemática entre derecho clásico y justiniano, respecto de los cuales los mo-

dernos permanecen del todo indiferentes. Nuestros tratados han llegado a ser tan técnicos por no decir herméticos, que el profano, incluído el jurista, ha acabado por alejarse de nuestras indagaciones, que dan la impresión de un inmenso taller, en el que no se encuentran más que ruinas, y no se ve más que una nube de ingenieros y obreros en continua pendencia acerca de lo que se ha de abatir o construir.

Pero la razón fundamental estriba en la disonancia entre el método jurídico romano y el moderno, en la aseverada miseria de la dogmática romana en relación con la moderna. Y en verdad, que cuando en torno a instituciones singulares se escriben nutridos volúmenes de formidable dialéctica y de sutiles indagaciones conceptuales, ¿qué juicio se habrá de dar del jurista romano, tan lejano de esta tendencia, y que incluso para las instituciones fundamentales presenta sólo incidentalmente una vaga enunciación y en línea programática afirma que *omnis definitio in iure periculosa est?* Como se trata de difuntos, con frase cortés son llamados «empíricos geniales». Pero yo estoy convencido que nuestra admiración es más verbal que efectiva, y que si fuésemos sinceros no vacilaríamos en llamar a Juliano y Papiniano aficionados carentes de método científico.

¿Pero es que el método intuitivo romano debe relegarse al mundo de las antiguallas, frente a las sutiles y penetrantes disertaciones de la dogmática moderna? La duda me surge cuando compruebo que un jurista tan insigne como Santi Romano, tras de haber dedicado toda su vida a la elaboración dogmática de las instituciones del *ius publicus*, concluye su carrera con estas precisas palabras: «es siempre preferible incurrir en algunas imprecisiones, inexactitudes e imperfecciones a extraviarse en un laberinto, al que es fácil entrar, pero muy difícil salir». Se trata de aquellas imprecisiones, inexactitudes e imperfecciones, que los modernos reprochan a los juristas romanos y que les hacen considerar su método como sobrepasado.

Cuando yo digo que es preciso volver a llevar la ciencia jurídica a la tradición romana, no pretendo con ello renegar de la dogmática moderna, ni desconocer el método jurídico, siempre que se entienda como progresivo desarrollo y adaptación de métodos técnicos para conseguir el fin al que nuestra

ciencia se dirige. De la misma manera que existe un progreso de los *veteres* a Labeon y Papiniano, siempre dentro del *bonum et aequum*, así tampoco se puede negar el progreso entre la dogmática romana y la moderna. Una precisión y análisis de conceptos, un estudio más profundo de la estructura y función de las instituciones, un encuadramiento en categorías más precisas y homogéneas, todo ello son cosas necesarias, casi como el alfabeto que nos permite leer y escribir. Pero al igual que la Literatura no está incluida en el alfabeto ni consiste en su descripción, tampoco debemos engañarnos con que la dogmática sea toda la ciencia jurídica. Ella no es más que un medio, lo mismo que lo es el alfabeto. La ciencia del Derecho no puede agotarse en una serie de silogismos bien ensamblados o en elegantes descripciones y sistematizaciones de las instituciones, en las que la justicia permanece extraña o vulnerada.

La dogmática es un hermoso hallazgo de la ciencia contemporánea, que es sumamente útil, pero no comprende la totalidad de la ciencia jurídica, la cual tiene un fin mucho más elevado que la descripción y sistematización de las instituciones. Es la armadura que sirve para sostener las enunciaciones normativas de las leyes, y en este aspecto podemos decir que es necesaria, pero hay que añadir que es peligroso el afirmar, como lo hace Bettì, que «esté destinada a orientar la vida social con la directriz de su valoración»; esto significaría aprisionar la vida social bajo los esquemas y tipos de la dogmática, y en definitiva admitir que el hombre sirva al vestido o el habitante a la casa.

La «reine Rochtlehre», que por definición rehuye todo contacto con la realidad de la vida, de por sí no es más que la introducción, el primer paso, en la orientación general de la ciencia jurídica. La dogmática es útil, pero no es toda la ciencia jurídica. Esta es eminentemente ciencia lógica, es sistema y razón; el único medio que poseemos es la lógica. Pero no es todo lógica, ni todo razón. Si nuestra ciencia no quiere ser una pura abstracción o disquisición académica, lógicamente debe dirigirse hacia lo justo. El sistema no puede ser, por tanto, obra de una elegante arquitectura, sino sistema de lo justo; y es tanto más perfecto, no en cuanto observa más rigurosamente las

normas del razonamiento y de la sistematización, sino sobre todo en cuanto sea el sistema de lo justo.

La experiencia romana, que orienta la dialéctica jurisprudencial hacia la justicia, puede todavía ser aleccionadora. Los juristas romanos en sus enseñanzas descubren clasificaciones, medios y prudentes máximas, no para disertar en abstracto, como hacen los retóricos, sino para llegar a un resultado justo, tratando de superar el *tritum proverbium ciceroniano summum ius summa iniuria*. El jurista no posee una lógica y un poder de razonamiento superior al retórico, pero lo dirige hacia lo justo; Papiniano no tiene una dialéctica superior a la de Quintiliano. La diversidad está en la orientación: en el retórico, razonamiento puro; en el jurista, orientado a lo justo.

El Derecho y su ciencia fundada sólo en la razón es pura abstracción filosófica, fuera de la realidad, ya que cualquier ordenamiento jurídico provee a las necesidades de la vida, que con sus variables exigencias no siempre se desarrolla según los dictámenes del raciocinio. Con frase drástica, Jemolo dice que «en la vida los factores irracionales o comúnmente no lógicos son más importantes que los racionales». Entonces, ¿cómo pretender que el Derecho y su ciencia sean un sistema cuadrado?

Por tanto, si el jurista quiere evitar la perniciosa separación entre Derecho y Justicia, debe considerar la vida tal como es, y adaptar a ella sus propios esquemas y no viceversa. La vida es siempre un *prius* mientras que el Derecho es un *posteriorius*. Acordémonos siempre de la admonición de Juliano: *multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest* (D. 9, 2, 51, 2).

La *communis utilitas* vence, pues a la *ratio*, y en innumerales casos. ¿No se han introducido instituciones *contra tenorem rationem*? Irracionalidad, sin embargo, no quiere decir arbitrariedad, ya que es la *utilitas* prudente y objetivamente valorada, la que pone límites y fundamento a aquello que a primera vista parece irracional. La vida del Derecho no puede entumecerse en nombre de la razón, en esquemas pre establecidos por la lógica: es como si aprisionáramos un organismo, siempre en continuo desarrollo en un recipiente rígido, aunque elegantemente

ensamblado. Los romanos nos han enseñado que *ius strictum* y *subtilitas iuris*, esto es derecho lógico y consecuente son superados por la *ratio aequitatis*, o sea la justicia, a medida que se manifiesta el desequilibrio, y es siempre la justicia la que triunfa sobre la lógica.

El jurista está llamado a crear, directa o indirectamente, un sistema que satisfaga las necesidades prácticas. Dogmática y construcción jurídica, encaminadas a esta finalidad dan la medida del genio del jurista. Las analogías, los innumerables *quasi* las ficciones, los *favores* que encontramos continuamente en la jurisprudencia romana, no suponen ejercicio de una discutible dialéctica, sino instrumentos destinados a alcanzar un resultado justo, de forma que sus conclusiones sean apreciadísimas no sólo por su valor lógico, que abstractamente podría ponerse en duda, sino por su resultado. La base de la jurisprudencia no es la autoridad formal, ya que el jurista, en cuanto prudente, es un ciudadano privado, que piensa y razona como cualquier otro, pero cuya lógica concluyente no se pierde en el vacío, sino que tiende a obtener un resultado que aparece como oportuno y justo.

Tengamos en cuenta todo aquello que sea aprovechable en la dogmática moderna, pero no abandonemos el punto de vista romano, que tiene a su favor una experiencia de siglos, mientras la ciencia moderna, que no pretende ser más que dogmatismo y sistema, conduce a la indiferencia si es que no al existencialismo. Distingamos la dogmática del dogmatismo, que es su degeneración, pero aquella no es más que un medio y no un fin en sí misma. No tengamos recato en rehabilitar a los antiguos como homenaje a la ciencia, que se dice ser una conquista moderna.

No se reniega de la ciencia del Derecho para relegar nuestros estudios al empirismo, sino que se reconoce lo que ella es o debe ser hoy día aun. Roscoe Pound, uno de los más insig-nes juristas americanos, repite que la ciencia jurídica es ciencia no de lo abstracto, sino de lo concreto. El Derecho inglés está entrelazado de casos prácticos y precedentes; y no creo que en aquellos países donde los juristas rehuyen de la doctrina general, la justicia sea menos perfecta que en los países continentales con todos sus perfeccionados sistemas e impecables doctrinas. Por

lo demás, y sin tratar de disertar acerca de los límites entre ciencia y empirismo, si debemos reconocer que los empíricos curan a los enfermos mejor que los científicos, pienso que todos al unísono exclamaremos: viva el Empirismo y abajo la Ciencia.

* * *

La ciencia del Derecho presupone la aplicación y el desarrollo del Derecho guiados hacia la justicia.

Los *praecepta iuris* de Ulpiano, los inmortales principios de la revolución francesa, las modernas declaraciones de los derechos fundamentales, el precepto cristiano de la caridad, constituyen sólo directrices y orientaciones: nada dicen de qué es lo que deben hacer concretamente el Estado, el ciudadano, el propietario, el acreedor, el deudor, el comerciante. Es el jurista quien procediendo conforme a aquellas directrices, sabrá concretarlas, inspirándose en sus exigencias, que son variables en el tiempo y en el espacio. El principio es general y eterno, mas las aplicaciones concretas son infinitas y variables.

En este continuo proceso de aplicación y desarrollo tenemos las enseñanzas perennes de la jurisprudencia romana, la cual con pocos preceptos fundamentales, recabados de la misma realidad de las cosas, en vía puramente lógica logró construir aquel monumental ordenamiento jurídico, que constituye el *ius civile*, del que no es equivocado decir que *in sola prudentium interpretatione consistit*. Con el simple apoyo de una lógica adecuada, sin esperar a ningún remedio legislativo, consiguió introducir una nueva forma testamentaria, reconocer el acto de emancipación, como tal antes desconocido por la ley, un nuevo modo de constituir las relaciones jurídicas, como la *in iure cessio*. No pocos preceptos arcaicos vienen prudentemente olvidados, no de una manera general, sino en cuanto aparecian inútiles.

Esta actividad creadora continuó con los canonistas, con los doctores del derecho común, en la pandectística. Y la interpretación evolutiva de que tanto se habla hoy, ¿que es sino la *interpretatio romana*? Es un fenómeno que además no está limitado a los pueblos occidentales, puesto que es fruto de interpre-

tación en este sentido, el desarrollo de los derechos talmúdico e islámico, se presenta en los pueblos atrasados, y no es extraño en nuestros días oír decir que el derecho inglés sigue instintivamente la tradición del Derecho romano, que los pueblos neolatinos han creído abandonar. Se ha dicho que el mundo moderno ha conocido dos grandes sistemas originales: el Derecho romano y el inglés; en realidad aunque sea inconscientemente, este último sigue el camino del primero.

Con las codificaciones modernas esta secular fuerza creadora se ha atrofiado; la ciencia jurídica, perdida en el dédalo de las disertaciones abstractas, lo ha esperado todo de la ley, renunciando a aquella obra de desarrollo y continua adaptación a que el jurista está llamado. Igualmente, frente a la existencia de Códigos y leyes, y a la prevalencia que hoy tiene la voluntad del legislador respecto de la formación espontánea del Derecho, no creo que la *interpretatio* romana esté vedada al jurista moderno, puesto que el jurista romano es *iuris auctor*, no en el sentido absurdo de que de él emanen leyes, sino en el sentido de que adapta el Derecho al desarrollo de la vida social. Si es cierto que hoy el fin último de la labor interpretativa es la reconstrucción de la voluntad del legislador, entendida como voluntad actual y no pretérita, si hoy no se duda en torno a la interpretación evolutiva, no creo que el jurista desborde la tarea asignada por la misma ley, si continúa obrando según los métodos empleados desde hace siglos por los romanos.

No obstante la abundante literatura jurídica y la énfasis científica, bajo este aspecto, me atrevo a expresar que nuestra época señala una fase de decadencia en relación a la elefantiasis legislativa. Tanto más se torna árida la fuerza creadora del jurista, cuanto más se exaspera la actividad del legislador. Recelo hacia el jurista que no sea togado e inercia de la ciencia coadyuvan a que se legisle en muchos casos en los que bastaría una simple *interpretatio*. Sucede lo que acaeció en el Bajo Imperio, cuando agotada la ciencia del Derecho, la legislación tuvo que proveer a todo, con la diferencia de que los juristas de Justiniano llamados héroes y maestros del Universo, seguían los patrones romanos, mientras los modernos prefieren caminar por otras vías. El absolutismo no justifica del todo la prevalen-

cia casi total de la ley, porque este es un fenómeno que se encuentra hoy en plena democracia. Puede decirse que la concepción científica contemporánea ha cerrado el caminio para que la ciencia pudiera ser eficaz en la vida del Derecho.

La interpretación creadora tiene naturalmente diverso grado de eficacia según los diversos campos del Derecho, pero no es posible negarla totalmente sin negar el oficio mismo de jurista, a no ser que éste quiera reducirse a mera repetición mecánica de leyes. No todo se puede alcanzar mediante la interpretación como ya demostró la misma Escuela histórica. Pero siempre la ciencia servirá para orientar el movimiento legislativo, como hicieron los juristas romanos, que estaban tras los bastidores de los órganos legislativos. Los edictos de los Magistrados, que se recogen después en el *edictum perpetuum*, y que dan lugar al sólido ordenamiento constituido por el *ius honorarium*, que introdujo un espíritu de modernidad en el antiguo sistema, no son obra de los Magistrados que año tras año se suceden en el cargo, sino más bien obra de los juristas, los cuales, allí donde no pueden llegar por vía interpretativa, ya que el Derecho no puede ser totalmente desarollo lógico, sugieren a los Magistrados las oportunas reformas. ¿Es que podemos creer que los edictos y las fórmulas técnicamente perfectas sean obra de un Magistrado, que puede ser óptimo político o guerrero; pero ignorar el Derecho?

También cuando el Imperio cae en el absolutismo y se delineá el principio *quod principi placuit legis habet vigorem*, el príncipe suministra sólo la autoridad formal, pero es siempre el jurista quien sugiere aquellas justas y oportunísimas decisiones y rescriptos, que constituyen un avance en el desarrollo del Derecho. Se refiere de Adriano que *in consilio habuit non amicos suos aut comites solum, sed iuris consultos et praecipue Iuuentium Celsum, Salvium Julianum, Neratium Priscum aliosque* (vida de Adri. 18); lo mismo de Alejandro: *neque ullam constitutionem sacravit sine X iuris peritis* (vida Alex. 16). Cuando el Imperio y la legislación se hacen más cristianos, son obispos y sacerdotes quienes sugieren al príncipe la vasta legislación que quiere inspirarse en la nueva religión.

Esta función de la ciencia jurídica es insuprimible, y no

puede ser entregada a otros de la misma manera que la curación de un enfermo no puede encomendarse a un arquitecto. Savigny hablaba de derecho científico (*wissenschaftliches*) para indicar que «la clase de los jurisconsultos influye sobre la legislación, sea porque el derecho popular por ellos elaborado, al igual que el originario, llega a ser objeto de la legislación, sea porque las personas que de tal clase reciben instrucción jurídica, ejercitan en grado diverso influencia sobre la legislación».

El jurista digno de tal nombre que verdaderamente quiere serlo y no aparecer como vulgar repetidor, está llamado a interpretar no sólo las leyes y los actos jurídicos, sino lo que es mucho más difícil, la compleja y delicada entidad que es la conciencia social, de la que brota el derecho, el cual se identifica con la justicia a la que aquella conciencia se acomoda. Nadie mejor que él, con su técnica y experiencia histórica, es más apto para este oficio: traducir en derecho el sentido de justicia difuso en la sociedad.

El jurista moderno, que ve la ciencia encerrada toda en la dogmática, ha considerado casi como contaminación lo que con frase despectiva se ha calificado de política del derecho encomendándola a otros. Por eso a la ciencia fruto de la experiencia y la prudencia la sustituye hoy la voluntad legislativa; a la persuasión intuitiva que ve en la norma la fijación de lo justo, la sustituye el mandato autoritario. El Derecho es tal porque está impuesto, no porque convenza o sea justo. La voluntad es necesaria siempre, puesto que puede haber normas sin mandato, pero la indagación del contenido del Derecho no puede ser más que obra de la ciencia, de la misma manera que los juristas romanos ocultaban su obra tras las insignias de los cónsules o de la segur o del cetro imperial.

Frente al desinterés o escasa eficacia de la ciencia se yergue necesariamente la omnipotencia legislativa, con las consecuencias ya lamentadas por la Escuela histórica, que comprobamos todos los días. No se trata de renovar la vieja cuestión, tratada por dicha escuela, acerca de las relaciones entre el derecho popular o consuetidunario y la legislación, sino de la exigencia insuperable de que la ciencia sea guía del movimiento jurídico.

En otro caso se llega fatalmente a la arbitrariedad, o por lo menos a la improvisación del legislador, la cual es mucho más peligrosa que la tímida *interpretatio* o la famosa *aequitas cerebrina*.

Distingamos siempre el *ius conditum* y el *ius condendum*, Derecho y Política del derecho, realidad y aspiración, pero persuadámonos que no se trata de dos compartimentos estancos, sino tan sólo de dos aspectos de la misma ciencia, dos posiciones que tiene que asumir el jurista que desea estar a la altura de su misión y cumplir la tarea que la sociedad le ha asignado. Está llamado a aportar en la aplicación y transformación del derecho su precioso tributo de experiencia histórica y social, de prudencia y de técnica. Todo esto es siempre obra de ciencia. Han sido siempre los técnicos los que han preparado las codificaciones, desde el *Corpus iuris* al Código francés, hasta el Código civil alemán y al más reciente Código italiano. Tales codificaciones, por una explicable vanidad, se han atribuído a los jefes del Estado, y por necesidad formal proceden del poder legislativo, pero en realidad son obra de la técnica jurídica. El técnico se desprende de así, tal vez no siempre, de su doctrinarismo para asumir la misión que le es propia, esto es, la de dictar normas que sean oportunas y justas.

* * *

La misión del jurista es grave, diría que es más divina que humana.

En el mundo antiguo el Derecho y la misma terminología tienen sentido religioso. La antigua mentalidad gustaba de rodear de hábito religioso toda manifestación jurídica, y los juristas romanos más antiguos no fueron laicos, sino pontífices. Justiniano titula las diversas partes de la Compilación *in nomine domini nostri Jhesu Christi* y se considera asimismo como *lex animata* en relación a la ley divina. En el prólogo del *Speculum* sajón se dice «*Gott is selve Recht*». Bracton, todavía en el siglo XII, considera a los juristas como sacerdotes de la justicia, en cuanto *sacra iura administramus*. Mitos y superposiciones teocráticas, que si se encuentran con frecuencia en la historia, no se pueden ciertamente resucitar en el mundo moderno, pero sirven

para demostrar la alta función de la ciencia jurídica, que trasciende casi de lo humano.

Concepciones antiguas que divinizan *Temis* y *Diqué*, junto a la cristiana que atribuye a Dios la justicia más perfecta, concurren para demostrar cómo la justicia se considera un atributo de la Divinidad.

Ante tanta gravedad el jurista no puede retroceder por el temor, ni está autorizado a refugiarse en la elaboración de otra ciencia que será más cómoda y menos comprometida, pero que no es la ciencia del Derecho.

Por otra parte no hay que ilusionarse con que la justicia pueda alcanzar siempre el cien por cien, de la misma manera que la ciencia biológica con todas sus geniales investigaciones presentes y futuras no puede ilusionarse en perpetuar la vida de cada uno. ¡*Beati qui exuriunt et sitiunt iustitiam!*! Injusticias legislativas, o en la aplicación de las leyes, la ha habido y las habrá siempre, como herencia de la humanidad, puesto que la percepción y actuación de la justicia está confiada no a una máquina que de modo rápido y seguro responda a nuestra necesidad, sino a una mente con todas sus imperfecciones y posibilidades de errar. La injusticia no es una necesidad como la aleación en las monedas de oro, sino una fatalidad, que es inherente a nuestra imperfección. Cicerón decía que era *stultissimum* mantener que todo lo que se encontraba en las instituciones y en las leyes fuese justo y recuerda como *tritum proverbiu m la frase sumum ius summa iniuria*. Y cuantas veces los juristas romanos que se proclamaban sacerdotes de la justicia, exclamaban, *dura lex, sed lex*.

Si no siempre coinciden Derecho y Justicia, el intento de adeuarlas es continuo. En todos los tiempos se ha hablado de derecho verdadero y de derecho falso, de derecho justo e injusto, de derecho equitativo e inicuo. Al viejo derecho, entendido como derecho vigente, se contrapone el derecho nuevo, como derecho en formación, de la misma manera que los romanos contraponían la *subtilitas iuris* a la *ratio aequitatis*. Y es un problema secular, discutido ya por Platón, resuelto ya tácitamente por Jesús y los primeros cristianos, reiterado por canonistas y juris-

tas antiguos y modernos, si se debe obedecer aquel derecho que se califica de injusto.

La exasperación de esta antítesis no debe conducir a la peligrosa conclusión de negar carácter jurídico a principio que se califica de inicuo, sino que debe excitar el genio del jurista para establecer ante todo que el principio es verdaderamente nocivo, y otear después los medios para superarlo en el ámbito de la convivencia humana, esto es pacíficamente. El filósofo plantea la cuestión de si se debe obedecer a la ley o a la sentencia injustas colocándose en el punto de vista de la moral, el hombre político sugiere la rebelión abierta, el magistrado deberá aplicar la norma injusta; el jurista, por el contrario, si quiere ser verdaderamente guardador de la justicia y no un hombre partidista o doctrinario, no puede permanecer inerte, sino que con su exquisita sensibilidad que le hace percibir la necesidad en su realidad y le permite entresacar lo justo del interés particular, valiéndose de su perfecta técnica, está llamado a restablecer la armonía entre Derecho y Justicia, o a sugerir el medio más adecuado para alcanzarla, que no sea ni la violencia ni el dolor.

Por otra parte no necesita dramatizar o generalizar excesivamente, viendo en todas partes iniquidad, cuando puede tratarse de meros hechos contingentes, ni proponer remedios drásticos e cambios doctrinales, como sería el negar al carácter de derecho al derecho del Estado sólo porque fuera considerado injusto.

La ciencia jurídica, como la jurisprudencia romana, no actúa igualmente y con la misma intensidad en todos los campos del Derecho. La mayor corresponde al campo del Derecho privado. Por el contrario, en el ámbito del Derecho público, la misión no es del *iuris prudens*, sino del político; la jurisprudencia tiene poco papel; se trata de otro género de prudencia: entramos en un campo de elementos que no pueden ser manejados con la misma lógica con que se manejan las instituciones privadas. Siempre se trata de la *utilitas*, pero considerada bajo otro aspecto. Lo que cuenta no es el razonamiento impecable, sino el hecho, aunque sea violento. Estamos, como indicaban los romanos, en una posición diversa, no en el ámbito de la autonomía individual, que se mueve en la órbita del Derecho, guiada por los juristas, sino en el de la voluntad singular creadora del Derecho en la

órbita del *populus*; estamos en presencia de aquel elemento importantísimo, que es la *auctoritas*, que en tal sentido no se encuentra en la órbita privada.

La *auctoritas*, que a pesar de los estudios más recientes pue-
de difícilmente encerrarse en una fórmula precisa, fué percibi-
da por los romanos como una entidad viva y flúida, que escapa
a la interpretación del jurista, y por esto no forma parte del
objeto de aquel análisis y desarrollo lógico en el que los juristas
son maestros.

El alejamiento entre las dos posiciones es una realidad, antes
que una doctrina. Quinto Mucio y Sabino implantaron admirables
sistemas de *ius civile*, pero es Augusto quién sin ser jurista
y sin consultar a ningún jurista, implanta un *novus ordo*; él con-
sultá a Trabazio acerca de la oportunidad de reconocer no el
nuevo ordenamiento, sino sólo los fideicomisos y codicilos. Mien-
tras que en el ámbito privatístico perduran los nombres de Aqui-
lio Gallo, Sabino y Celso, en el círculo público la historia recuer-
da a Sila, Julio César y Augusto. Labeón, que tanto impulso ejer-
ció en el desarrollo del Derecho privado, permanece mudo fren-
te a la nueva situación, y Papiniano, llamado *primus omnium*,
fué condenado al silencio. Los romanos se apercibieron de que
Derecho público y Derecho privado no son distinciones de la
misma categoría, sino formaciones históricas distintas, aun en su
terminología misma; un tiempo, en efecto, la distinción fué entre
lex y *ius*, imposición autoritaria y estatal la primera, formación
popular y extraestatal la segunda. L he ahí por qué los que sobre-
salieron en el campo privado no fueron más que modestos en
el público.

La ciencia contemporánea, que se identifica con la dogmáti-
ca, al partir del concepto unitario del Derecho, coloca bajo el
mismo plano tanto al público como al privado, disertando abs-
tractamente en torno a los conceptos de Estado y soberanía, como
se pudiese discutir entorno al testamento o a la propiedad. En
realidad el método no es diferente y la misión de jurista se ejer-
cita de la misma forma en uno u otro campo. Pero la ciencia jurí-
dica, entendida como *ars boni et aequi*, tiene diversa eficacia en
los dos campos.

Así se explica la pobreza de la jurisprudencia relativa al

Derecho estatal. Pese a la intentada rehabilitación del Derecho público romano y las investigaciones modernas a este propósito, es completamente cierto que la elaboración jurisprudencial en materia de Derecho público no puede compararse ni remotamente con la del Derecho privado. En el ámbito de los *crimina pública* hay comentarios a las leyes singulares que pueden resistir la comparación con los comentarios *ad Sabinum* o *ad edictum*, pero en relación al Derecho del Estado, la obra de la jurisprudencia aparece imitadora y simplemente descriptiva. Todo el derecho público del Imperio está contenido en el principio *quod principi placuit legis habet vigorem*. Realmente no se podía decir nada más; pero es también verdad que en la época republicana, mientras aparecen los juristas que *fundaverunt ius civile*, y la historia registra los nombres de Sexto Elio y Quinto Mucio, las noticias que tenemos de la jurisprudencia en materia de Derecho público, demuestran la pobreza de sus tratados. Habrían podido discutir acerca de los conceptos de Estado, *comitium*, Senado como lo hacen hoy día los juristas modernos, pero esta actitud frente a la dogmática abstracta es la que falta en los romanos, y su falta no la sintieron realmente. Es la diversa materia la que determina esta diferente postura de la jurisprudencia.

* * *

Si el problema fundamental de nuestra ciencia, el fin último de nuestro trabajo es la justicia, en cuanto que la dogmática y la construcción jurídica son sólo medios para su investigación y actuación, entonces preguntémonos, ¿qué se entiende por justicia? Mucho se ha escrito y mucho se escribirá a este propósito, ya que el tema no es de los que pueden agotarse. El problema ha sido discutido por los filósofos desde Aristóteles a nuestros días, pero no por los juristas modernos prisioneros de la dogmática, ni por los juristas romanos, que se denominaban sacerdotes de la justicia. La discusión en el campo filosófico está destinada a perpetuarse, tanto que Leibnitz podía no sin razón confesar que después de tantos *praeclari scriptores* los conceptos de *ius* y *iustitia* no resultan claros. Y en verdad es que la justicia pertenece a aquellas nociones, que como el arte o lo bello, son más propias

de la intuición que de las definiciones categóricas. Es una entidad indefinida e indefinible, que no puede enclavarse en una fórmula absoluta y perentoria. Al jurista por lo demás no le interesa la noción abstracta de justicia, que gustosamente deja al filósofo, sino la justicia concreta, tal como se siente en una determinada época histórica y en cuyo campo está llamado él a obrar. Cuando de Aristóteles a la patrística, de Santo Tomás a nuestros días se dice que la justicia atribuye a cada cual lo suyo, se enuncia una verdad universal, profesada igualmente por los juristas romanos, que constituye sólo el punto de partida para el jurista, que tiene entonces exactamente que concretar lo *suyo*. Tanto Aristóteles como Ulpiano formulañ el principio fundamental del *suum cuique tribuere*, pero así como el primero permanece en la abstracción, el segundo, directa o indirectamente concreta el *suum* en norma precisa de conducta. Si se habla de *aequalitas* si ésta no se quiere entender como igualdad absoluta y aritmética sino como proporción, se hace preciso concretar esta proporción. Y en esto, a nuestro fin, es en donde está la delimitación entre Filosofía y Ciencia del Derecho. Cicerón presenta magníficas doctrinas en torno a la *iustitia*, a la *aequitas* al *ius naturale*; con todo para sus contemporáneos y sucesores no es considerado como un jurista, porque permanece en la abstracción. El reconoce: *aliter leges, aliter philosophi*; y con toda seguridad que como abogado hablaba en forma distinta a su manera de escribir como filósofo.

Todos los siglos hablan de la justicia, y siempre la invocaremos. Hoy tal vez ha llegado a ser una palabra desgastada por el mal uso hecho de ella. En realidad no todos la contemplamos de idéntica manera. El filósofo y el moralista ven la justicia abstracta. El hombre, sea abogado, sea político, ha tratado de identificarla con el interés individual de su propia clase, de su propia nación. Para el jurista la justicia es una realidad concreta. Es la síntesis de la vida real. Es una entidad heterogénea compuesta, como el hombre, de materia y espíritu, de oportunidad y de moral, que no se excluyen, sino que se equilibran, de razón y utilidad, de pasado y futuro, de tradición y renovación, que coexisten al igual que en la máquina coexisten freno y motor. Lo que importa es la continuidad que da seguridad a las relaciones humanas, sin la cual no sería concebible la convivencia so-

cial, siempre que por continuidad se entienda no inmovilidad, sino desarrollo. Es un camino siempre abierto. Son contrarios a la justicia tanto la inmovilidad como el cambio imprevisto.

La justicia participa también de la moral. Si la esfera del Derecho y de la Moral no son coincidentes, no son en cambio autónomas e independientes, ya que la valoración de los hechos humanos, antes de ser jurídica, es humana, esto es moral.

El primero y fundamental *praeceptum iuris es honeste vivere*, pero por ser un principio de derecho está entendido en consideración a éste, en cuanto aparece justo; los mismos romanos enseñaban: *non omne quod licet honeste est*. Por esto, ni coincidencia programática, ni independencia programática. La Moral constituye siempre el substrato del Derecho, es el elemento preponderante, que no excluye tal vez la consideración de otros elementos, siempre que queramos permanecer en el ámbito de la justicia humana, o sea aquella justicia que forma el objeto de nuestra ciencia.

La justicia que interesa al jurista es extremadamente variable en el tiempo y espacio, ya que, como demuestra la experiencia histórica, la vida es variable. Todos sabemos que lo que aparecía justo a los romanos, a nosotros puede parecernos inicuo, como lo que hoy nos parece justo, dentro de algunos siglos o incluso decenios, puede parecer injusto. Mitteis, en una obra reciente acerca de la función de la historia del Derecho, afirma que ésta nos libera de la creencia sobre la inmutabilidad de los dogmas jurídicos, y nos da la medida del perenne cambio del Derecho.

El particularismo y la historicidad de la justicia no excluye el impulso gradual y continuo hacia lo universal, a través de un proceso de asimilación y nivelación, del que los romanos fueron maestros, los cuales, sin ninguna violenta imposición, acertaron a concebir y recibir preceptos e instituciones que respondían a una necesidad común y aparecían justos. En nuestros días se tiende hacia un ordenamiento universal que suministre una garantía para la humanidad. Pero tal orden, como el *ius gentium* romano, no puede estar dominado más que por la *aequitas*, como superación de todo particularismo e ideología, coordinación superior de los intereses contrapuestos. Una justicia absoluta y

abstracta no interesa al jurista, si no penetra en la conciencia social. Los juristas romanos decían que cultivaban la *philosophia*, y en cierto sentido todos son filósofos; pero lo son de lo concreto, cultivan *veram philosophiam non simulatum*, esto es la filosofía no de lo abstracto, que se designa mediante conceptos, sino de la realidad. Se dirá que esto no es Filosofía, pero ésta es la que ellos cultivan; no disertan como los filósofos, en torno a la justicia, pero la sienten y traían de realizarla.

Precisamente porque la justicia es algo concreto y expresivo de la conciencia colectiva, el jurista no puede encerrarse en la torre de marfil de su doctrina, no puede hacer abstracción de la vida real, como no se abstraía el jurista romano, que tenía la presunción de definir la jurisprudencia como el conocimiento de las cosas humanas y divinas. La enunciación parece a primera vista ridícula, pero tiene un significado profundo, si se entiende rectamente. El jurista conoce las cosas humanas y divinas, no como objeto de conocimiento en sí, sino en función de su misión; es necesario que posea la suficiente autoridad sobre las cosas de la vida en toda su complejidad, para que pueda proceer a las necesidades y pueda entender en qué consiste la justicia. Es necesario recordar que todo problema jurídico es ante todo un problema social y humano.

Venta, testamento, propiedad antes de ser recogidas en los Códigos, viven en la realidad de la vida, que precisamente por esto debe ser bien conocida del jurista. Los juristas romanos y medievales son hombres que conocen la vida. Justamente se ha dicho que el verdadero jurista debe tener ojos que sean capaces de escrutar un horizonte infinito en los más pequeños detalles, mucho más vasto que en las demás disciplinas. Mientras éstas pueden permanecer aisladas y tender a la especialización, el horizonte del jurista permanece siempre el mismo—*divinarum atque humanarum rerum notitia*—exactamente porque su función es siempre la misma: conocimiento de las cosas divinas y humanas, con el fin de la *iustitia atque iniustia scientia*, que limita y circscribe aquella enunciación que en sí y por sí sería absurda.

La justicia no se identifica con la mera ideología, hasta que ésta no se traduzca en conciencia colectiva; sólo entonces puede llegar a convertirse en motivo y orientación de la ciencia jurídica. La ideología es el muelle que desarrolla el derecho, pero no es aún derecho.

Séneca pregonó sublimes doctrinas, pero por ser prefecto del pretorio en la época de Nerón y por el hecho de escribir un tratado de *clementía* dedicado *ad Neronem Caesarem*, no piensa ni remotamente en traducir en leyes sus preceptos, porque con exacta percepción jurídica, comprende que tales doctrinas se mueven en una esfera superior, constituyen el patrimonio de una élite, pero no son todavía conciencia colectiva, no son aquello que a la justicia interesa, destinada a convertirse en derecho. Marco Aurelio, otro corifeo del estoicismo, piensa introducir sus doctrinas en su vasta legislación, que presenta manifestaciones de benignidad, que pueden calificarse de estoicas, pero junto a ellas hay otras de extremo rigor, que repugnan a la misma doctrina estoica, como la posibilidad de un proceso penal contra el muerto a los fines de confiscación. Se ha dicho que todos los juristas clásicos están embebidos de estoicismo; con todo el influjo estoico fué limitado exactamente hasta donde sus nuevas doctrinas habían calado en la conciencia universal.

Por el contrario la humilde palabra de Jesús irrumpió ampliamente en la legislación de Constantino a Justiniano, porque no se trata de una ideología profesada por cualquier solitario pensador, sino de una religión, que conquistaba gradualmente estratos cada vez más altos de la conciencia social. Cicerón diserta en su «*De officiis*», pero no deja huella en la jurisprudencia. San Ambrosio toma como modelo la obra ciceroniana e influye en la legislación.

En ciertos momentos no es fácil entresacar la ideología de la justicia; ni la separación puede tener lugar por referéndum o mediante recurso a otro medio estadístico, ya que tales expedientes nos podrían dar la suma, pero no la superación de intereses y aspiraciones que es el fin de la justicia. Hasta hace poco tiempo no era difícil hacerse intérprete de la conciencia popular, pero hoy es empresa ardua, cuando todos proclaman la justicia identificándola con el interés muchas veces. La facultad no debe hacer atri-

buir a nuestra ciencia otros menesteres, de la misma manera que en presencia de una grave epidemia el médico no se pone a estudiar Filosofía o Historia del Arte.

* * *

El percibir la justicia y tratar de darle actuación no es función mecánica, sino anímica. De ahí la posibilidad de discusiones y de contrastes con que aparece entrelazada la ciencia jurídica en todo tiempo. Tales discordancias no proceden de las diversas posiciones teóricas o de método, sino de la diferente manera de valorar lo justo.

Desde la célebre causa curiana, debatida en Roma en el último siglo de la República, hasta la Pandectística y la ciencia contemporánea ha sido objeto de discusión el problema de las relaciones entre la voluntad y la declaración de la misma. Se invocan tradiciones y opiniones de doctores, textos legislativos y el pensamiento del legislador. Pero la argumentación se dirige siempre hacia una conclusión justa. Sabino y Próculo litigan acerca de la eficacia de las condiciones imposibles que aparecen en los testamentos o en torno a la atribución del dominio en los casos de especificación, pero para llegar a una solución justa. Y cuando se discutía si la ciencia jurídica debía ser «*Begriffuruirsprudenz*» o más bien, «*Zweck o Interessenuriurisprudenz*», ¿no se tenía en cuenta, tal vez inconscientemente, lo justo? ¿No sería mejor hablar abiertamente de «*Justiziuriurisprudenz*»?

Si la ciencia no consigue por sí sola encontrar un orden que pueda considerarse *ius receptum*, esto es una solución universal e intuitivamente reconocida como justa, entonces interviene la autoridad que, en forma de sentencia o de ley, establece lo que es justo. Es cuando tenemos el *ius quia iussum* y eventualmente diremos *pro ratione stat voluntas*.

Lo justo brota de la conciencia colectiva, como una necesidad y una exigencia, y a ella torna en forma de Derecho. La justicia por eso no es la deprecada *aequitas cerebrina*, que es su contrafigura; ni la *aequitas* o el Derecho natural, manejados por el jurista, pueden turbar la certidumbre del Derecho, de la misma manera que los remedios más peligrosos pueden ser instrumentos del bien en manos de un médico prudente. Como siempre es cuestión de hombres más que de doctrinas. Si el ju-

rista sabe ser verdaderamente sacerdote de la justicia, recibirá las alabanzas que le tributaban los romanos; en caso contrario tendrá la censura de Luis Antonio Muratori y la ironía de Erasmo.

* * *

Más que ciencia, ¿será nuestra función un arte? ¡Cuestión no nueva! Todo consiste en que podamos entendernos. Se ha dicho que la ciencia es el reino de lo abstracto, el arte, de lo concreto; la ciencia es la investigación de las reglas, el arte consiste en su aplicación. Pero la investigación de las leyes es siempre un arte, una técnica, ya que no se trata de descubrir leyes objetivas, sino de imaginar o pensar las leyes oportunas y justas. Si es verdad que el Derecho es un instrumento que permite la coexistencia y sigue incessantemente el desarrollo social, siempre será un arte adecuar y preparar tal instrumento. Ontológicamente existen los hechos (convivencia, matrimonio, cambio, etc.); se trata de disciplinarlos; la realidad objetiva nada dice fuera de la necesidad absoluta de disciplina.

La ciencia tiende a la comprobación o afirmación de la verdad. Pero ¿cuál es la verdad jurídica que tratamos de investigar? ¿Aquélla que está encerrada en la ley? ¿Entonces basta con leer y entender la ley? ¿Aquel pensamiento objetivamente encerrado en la ley? Pero está bien sabido que éste no es una realidad estática e inmutable sino cambiante, pensamiento no pasado sino actual. Si al Derecho Natural lo consideramos como una entidad objetiva y eterna, la ciencia del Derecho Natural habrá que entenderla como la busca de aquella verdad. Pero cuando queremos traducirlo en normas concretas, como lo intentaron los iusnaturalistas del s. XVII o como quiso hacer Justiniano y se quiere hacer hoy, esto es adaptar el Derecho positivo al Derecho Natural, entonces habrá que ejercer tanto una función de arte como científica.

No creemos rebajar nuestra tarea al calificarla de arte más que de ciencia. El artista no se cree aminorado porque se le califique de tal y no como científico del sonido o del color. De *ars* hablaban los romanos, de arte habla Zittelmann (*Die Jurisprudenz als Kunst*), arte del derecho se titula un libro reciente, en el que de arte en el sentido que yo hablo, no tiene más que

el título. Ciertamente no todos podemos ser artistas; contentémonos por eso en ser artesanos, los cuales, sin embargo, tienen siempre cierto gusto.

Lo mismo que el artista, aun el modesto, es tal en cuanto posee el sentido de lo bello, así el jurista debe tener el sentido de la justicia, la capacidad de afirmarla, superando todo particularismo de ideología o de intereses, la fuerza de expresarla en normas precisas y de actuarla con los medios que posee. Es una sensibilidad particular, un *habitus mentis*, que se forma y afina con la experiencia de la vida, pasada y presente.

La Ciencia del Derecho no es otra cosa que el arte de lo justo. Ya en el subconsciente, ya en el fondo de nuestro ser, se encuentra siempre la valoración: es justo, no es justo. La dogmática por tanto no agota toda la ciencia jurídica, que se presenta como una entidad mucho más compleja. Comprende la Historia, ya que no hay ordenamiento jurídico, que por remoto que sea, no haya dejado huellas, no solo en las leyes sino sobre todo en la mentalidad jurídica; pero la historia como parte de la ciencia jurídica no importa en sí como descripción de ordenamientos pretéritos, sino como determinación de todo cuanto del pasado puede sobrevivir o ser superado. Comprende el conocimiento de la realidad de la vida, en el sentido romano de la *divinarum atque humanarum rerum notitia*, o sea aquello que puede interesar al derecho, precisamente porque el derecho y la ciencia jurídica tienden a proveer las necesidades de la vida, y por ello la dogmática resulta muda y a veces peligrosa, si pretende que la vida se uniforme conforme a sus esquemas. Comprende también la técnica dirigida a la aplicación de la norma al caso concreto según la justicia, y sobre todo la interpretación de la conciencia social a fin de adecuar la norma a la necesidad práctica; el hombre político podrá orientar la vida en un sentido u otro, pero siempre será el jurista quien traducirá, directa o indirectamente, la conciencia social en derecho, el cual precisamente por esto aparecerá como justo.

No es fruto del azar el que comúnmente se hable de «sentido jurídico». Pero ¿que es en realidad esta cualidad, que se considera como esencial para el jurista, y se la parangona con la misma terminología al sentido clínico o artístico? El jurista debe co-

nocer la ley junto a toda la técnica interpretativa, pero esto es el presupuesto indispensable que evidentemente no basta, de la misma manera que la técnica del sonido o del color requiere ser conocida por el artista. A tales conocimientos es preciso añadir algo más, que en lo que concierne al jurista es precisamente el sentido jurídico. Este no es la aptitud de presentar teorías en el campo del derecho, o implantar impecables silogismos en torno a las instituciones jurídicas, pues en tal caso estaríamos en el campo de la Filosofía o de la Retórica. Ni Platón ni Quintiliano se pueden considerar como juristas, aunque, especialmente el último, traten y discutan acerca de problemas jurídicos. La lógica aplicada a las instituciones jurídicas no es aún sentido jurídico de la misma manera que la lógica aplicada al campo de la Medicina o del Arte, no es todavía sentido médico o sentido artístico.

El sentido jurídico se funda en la lógica, pero es algo más elevado que el simple razonamiento: es la exacta percepción de lo justo, la capacidad de expresarlo y poder actuarlo, de igual manera que el sentido artístico es la sensación de lo bello y la capacidad de expresarlo en formas externas. Se manifiesta ya en la fijación de normas justas, ya en la aplicación con justicia de la norma al caso concreto. El aplicar la norma al caso concreto no es operación mecánica, y es pueril repetir que se trata de un simple silogismo, del que la premisa mayor está dada por la norma, y la menor por el caso concreto. Si así fuese, todo el mundo sería jurista, ya que todos son capaces de formular un silogismo. Pero elegir la norma y adaptarla al caso concreto no es empresa tan sencilla, y en este menester es donde se revela la genialidad del jurista. No se trata de formular un silogismo a fin de llegar en forma mecánica a un resultado, sino de alcanzar un objetivo que aparezca justo. Aun aquellos que voluntariamente evitan el emplear las palabras «justo» y «justicia», en su subconsciente están inspirados siempre por estos conceptos. El absurdo jurídico no es el absurdo lógico, sino lo injusto.

Lo que cuenta y a lo que tiende el jurista es a la justicia objetiva. No basta con presentar una norma o una solución que al jurista le parezca justa, sino que es preciso que, a través de un razonamiento convincente, explícito o implícito, lo parezca a

todos, según el sentido de justicia difundido en la conciencia social. Exactamente por sus reflejos prácticos, el arte del jurista diverge de todas las otras artes. Mientras el artista puede dar libre curso a su fantasía sin preocuparse por el juicio popular, y puede incluso hablar a las futuras generaciones, el jurista no puede abandonarse al subjetivismo, ni desafiar al tiempo, sino que debe sintonizar su sentido jurídico con el de la conciencia colectiva de su época, traicionaría su oficio si presentase una norma o una solución que a dicha conciencia no le pareciese justa o que pueda parecer justa a las futuras generaciones. La ciencia del Derecho es un arte actual y esencialmente popular.

El jurista siente en toda su gravedad la advertencia *cave a consequentiariis*. Pero ¿en qué punto debe pararse la deducción puramente lógica? El sentido de justicia, o sea el sentido jurídico es siempre el que pone los límites: es preciso guardarse de aquellas consecuencias, que aun deducidas en buena lógica aparezcan como repugnantes a la justicia.

* * *

Volvamos a la experiencia romana, que es insuprimible. Es verdad que las ciencias experimentales han dado avances gigantescos, y que por eso se pueda contraponer la ciencia moderna al empirismo antiguo. Pero en materia de ciencia jurídica no hay más remedio que seguir permaneciendo en la posición romana. Si el Derecho, no obstante su incesante variación, es siempre la misma entidad, la ciencia relativa a él no puede tener una orientación diversa, al igual que la noción de Arte es siempre la misma, por responder a un estado de ánimo que es siempre el mismo.

Cuando propongo el retorno al *ars boni et aequi*, no pretendo hacer revivir la noble y austera figura del jurista romano en el tumulto de la vida contemporánea, en el que difícilmente podría ser tolerable que un ciudadano cualquiera pueda ser considerado como *oraculum civitatis*, tal como lo calificaba Cicerón. La democracia determina fatalmente la crisis de la autoridad del individuo, si bien puede comprobarse que los *iuris auctores* florecieron no en el tiempo del despotismo, sino en la libre y democrática república, y el rango de jurista fué siempre el de una clase

elegida, nunca un círculo cerrado. No pienso ni remotamente que la ciencia jurídica pueda ser hoy fuente del Derecho, ya que nuestra actividad, arte o ciencia, según se quiera decir, por definición no puede imponer a nadie ninguna norma de conducta, pero no puede desconocerse el carácter en cierto sentido creador que tiene toda interpretación, la cual es tanto más científica cuanto mejor convenza, y la interpretación es convincente no sólo porque procede de la ley y obra con criterios y métodos legales o se vale del razonamiento más riguroso, sino en cuanto aparece justa y oportuna. Los conocidos y tradicionales medios interpretativos (extensión, restricción, analogía, principios generales del derecho) pueden conducir no hacia una, sino a varias soluciones, todas igualmente lógicas; será el sentido de justicia del intérprete, que quiera estar a la altura de su misión, el que le hará escoger aquella que le parezca justa, que convenza no sólo bajo el aspecto lógico-formal, sino sobre todo que coincida con la justicia.

Recientemente Betti, en un libro de elevado dogmatismo, reconoce que la interpretación está «siempre subordinada a valoraciones inmanentes y latentes en el mismo ordenamiento jurídico, encuadrado en el *ethos* social del tiempo», y que la jurisprudencia conserva «la posición de órgano de la conciencia social», siempre que por ésta se entienda, como es obvio, no la conciencia del tiempo de la ley, sino la actual. Observa justamente Betti que el ordenamiento jurídico «es algo que no es sino que se hace con el ambiente social históricamente condicionado, y propiamente por la asidua obra de la interpretación». El «*Juristenrecht*» se ha vuelto árido, no porque tengamos Códigos y leyes, respecto a los cuales, a diferencia del «*freie Rechtsfindung*» es siempre posible la interpretación y propulsión del ordenamiento jurídico, sino porque la ciencia jurídica ha abandonado la vieja tradición, y prefiere orientarse hacia la dogmática abstracta.

No obstante la distancia de milenios, la enseñanza y experiencia romana no pueden ser abandonadas en nombre de una ciencia, que precisamente porque ha perdido de vista su elevado fin, desemboca en el existencialismo.

Nadie piensa hoy sacar a escena los mitos de la tragedia griega, copiar los motivos de la lírica horaciana o perpetuar el

misticismo de las Madonnas del Perugino, pero no podemos renegar de tales obras, que siempre serán obras maestras. Análogamente no podemos renegar de la ciencia jurídica romana, sólo porque floreciera hace milenios o lleve siempre el paradigma del *servus Stichus*. El arte evoluciona, pero tiende siempre a lo bello, como el arte del Derecho tiende siempre a la justicia. Cambian las instituciones, se perfecciona la técnica, pero el objeto siempre será el mismo: ¡la justicia!