

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

CASTAN TOBEÑAS, José (Presidente del Tribunal Supremo): «La justicia y su contenido a la luz de las concepciones clásicas y modernas». Discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales celebrada el 15 de septiembre de 1967. Servicio de publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid, 1967.

Inicia el maestro Castán su trabajo, que por vía preliminar hay que catalogar de excelente y de enorme trascendencia jurídica, haciendo un resumen de los acontecimientos más señalados en el aspecto legislativo, para después de señalar el movimiento de personal hábito en el Tribunal Supremo, pasar a hacer una mención de las visitas y homenaje a dicho alto Tribunal y plasmar lo que ha de ser motivo de su interesantísimo y profundo estudio, encerrado en la disyuntiva clasicismo o vulgarismo jurídico, del que recientemente se ha ocupado el profesor Alvaro d'Ors.

No pretende el profesor Castán, al tomar postura en favor del clasicismo, desconocer la fuerza arrolladora del avance de las ciencias sociales, únicamente clama porque las concepciones modernas, tanto formalistas como relativistas, no suplanten las estructuras y métodos del Derecho y conduzcan invariablemente al vulgarismo o nihilismo jurídico.

Considera su presente trabajo como un complemento de su discurso de apertura de los tribunales del año 1946 y en el que trató de la idea de la justicia en la tradición filosófica del mundo occidental y en el pensamiento español, y es lástima que en honor de una brevedad impuesta no se pueda glosar la reciedumbre y claridad con que expone la esencia y los elementos lógicos de la idea de justicia, que como concepto primario y constitutivo, encierra el fin supremo del Derecho, y es algo consustancial a todas las diferentes posiciones doctrinales y filosóficas ofrecidas en todos los tiempos, en las que alcanza un valor inmutable.

Hace un análisis de la filosofía griega, del Derecho romano y medieval, y de la filosofía escolástica, poniendo de relieve la invariabilidad del pensamiento dominante.

Distingue en el estudio de las concepciones filosóficas en relación con la idea de la justicia tres etapas: alcanzando la primera, la de las concepciones clásicas o tradicionales (antigüedad y Edad Media, comprendiendo también los comienzos de la Moderna); la segunda etapa formada por las concepciones modernas que desde finales del siglo XVII relativizan la idea de justicia disociada del Derecho natural; y la última comprensiva de las consideraciones éticas o axiológicas de la justicia.

Dentro de la primera etapa de las establecidas, el maestro Castán, discrepando en este punto de Gustavo Rümelin —para el que el concepto de justicia era una herencia triple, el elemento biológico de origen judío, el de carácter ético de procedencia griega, y el jurídico de Fuente Romana— añade el elemento cristiano medieval, cristalizado en San Agustín y Santo

Tomás de Aquino. Proporciona como característica de la justicia en el pensamiento hebraico y bíblico la conexión de la justicia humana con la divina, impregnada, por tanto, de un sentido de cumplimiento de los deberes para con Dios, para con el prójimo y para consigo mismo, dando a cada uno lo suyo, según Dios y por medio del Derecho. Respecto del pensamiento griego analiza la fórmula atribuida al poeta Simónides —dar a cada uno lo que le conviene o lo que se le debe— y la supuesta superación del concepto por Platón, cuando en sus Diálogos concebía la justicia como un «hacer cada uno lo suyo», imprecisión fundamental que añadía al *sum* tradicional un *agere* insatisfactorio, excluyente de la alteridad que había de ser descubierta por Aristóteles más tarde.

Revisa el concepto en los pitagóricos, creyentes de ser los primeros en haber formulado el concepto de justicia, que apoyados en su teoría numérica del mundo la considera como medida y relación de igualdad, para introducirse en un fenomenal estudio de la doctrina de Aristóteles con sus creaciones de la justicia distributiva y conmutativa y la conciliación de lo justo natural y lo justo civil o legal por medio del puente de la epiqueya.

Califica de general y perdurable la afirmación aristotélica de que lo equitativo es superior a lo justo legal para quien esta idea de equidad es una especie de Ley no escrita que corrige los defectos de la ley positiva a causa de su generalidad.

Para Mantilla Pineda la «Ética a Nicómaco» en su capítulo 5.º es el compendio, inmarcesible de lo que a la mente del hombre puede presentarse como canon en moral, derecho y política y lo que se haya dicho antes o después, no pasa de ser un prólogo o un epílogo y por contra no ha faltado el grupo de detractores que achacan a Aristóteles el haber confundido las nociones morales y las jurídicas; el profesor Castán resume los antitéticos puntos de vista frente al Estagirita, reconociendo lo mucho que ha representado la teoría aristotélica para la cultura filosófica y jurídica del mundo occidental, admitiendo que ha sido posteriormente perfeccionada por juristas y filósofos que en edades históricas posteriores han precisado los caracteres constitutivos de la juridicidad y han perfilado el objeto y el contenido de la justicia en sus varias especies.

A seguido fija su atención sobre la filosofía estoica greco-romana, dentro de la que estudia a Zenón y Cicerón, respectivamente, en los que analiza la exaltación del Derecho natural, para terminar con la jurisprudencia romana y la fórmula de Ulpiano tan debatida por su sentido formalista y subjetivo y por su imprecisión del *ius suum*, del que, sin embargo, hace una apología clara, ya que, dice, motivó el que la concepción de la justicia como virtud general pasara a ser enlazada y vinculada al Derecho y con unos caracteres de bilateralidad que han servido de base a la creación de la relación jurídica.

Inicia el tema de la justicia en las escuelas filosóficas y teológicas cristianas con el estudio profundo de San Agustín en el que destaca los conceptos de caridad y piedad y en Santo Tomás de Aquino cuyos perfiles los sintetiza en las ideas de conexión de la justicia con el Derecho, el enlace de la justicia con la ley natural y a la vez con la Ley de Dios o ley eterna; examina muy detenidamente las divisiones de la justicia tratando de la jus-

ticia en general, llamada por Santo Tomás justicia legal, *ordo partium ad totum* y la justicia particular en la que distingue la justicia conmutativa y la justicia distributiva; aquélla como *ordo partis ad partem*, y ésta como *ordo totius ad partes*.

Destaca las esencias de la Escuela Española de Derecho Natural (siglos xvi y xvii) como prolongadora de la filosofía escolástica y que supo adaptarse al pensamiento renacentista, dentro de la que destaca a Domingo de Soto, Luis de Molina y Francisco Suárez.

Concluye este período histórico con Leibniz con su distinción entre la justicia universal o *pietas vel probitas*, fundada en el *honeste vivere*, la justicia distributiva inspirada en el *suum cuique tribuere* y la justicia conmutativa recogida por la norma *neminem laedere*.

Trata después del contenido de la justicia en las modernas concepciones que tienen por característica la relativización de la idea de justicia y su disociación del Derecho natural, que se producen en los siglos xvii y xviii. Analiza a Grocio, Pufendorf, Tomasio, etc., parando su atención en Rousseau y Kant; sobre el primero de los dos últimos citados manifiesta que califica el Derecho natural como una arbitraria creación humana pactante, de carácter subjetivo, y ve en Kant que el Derecho no pasa tampoco de ser una creación arbitraria de la razón humana, produciendo ambos filósofos una transformación del Derecho nacional en Derecho racional, en donde la idea de justicia sólo alcanza una determinación formal con base en la libertad, personalizando peligrosamente los conceptos, y concluyendo con un análisis admirable de las escuelas de orientación neokantiana; Stammler, Bodenheimer, Windelband, Rickert (estos dos últimos creadores de la Escuela de Badem), Lask, Radbruch, Mayer, etc.

Estudia a seguido las direcciones que desconocen o niegan el Derecho natural, que constituyen el historicismo y positivismo jurídico: de un lado Hugo, Puchta, Savigny, con su período inicial filosófico fundado en la metafísica, para desembocar en un anatema de toda filosofía jurídica; de otro, a Duguit, Vanni y Picard, con un positivismo que se ve entremezclado con un sociologismo yusnaturalista en el que hay atisbos de una filosofía crítica.

Dentro del amplio campo de los puntos de vista actuales, el maestro Castán presenta las siguientes notas: I. La contemplación de la justicia en su aceptación estricta. II. El mantenimiento del concepto tradicional de la justicia en su aspecto formal o estructural. III. La conservación del reconocimiento de la importancia capital de la idea de justicia. Destaca como rasgos del pensamiento filosófico-jurídico mundial de los actuales momentos, la pervivencia del positivismo jurídico, unido al resurgimiento del Derecho natural y, al propio tiempo, una exaltación de la función del Juez no sólo en la interpretación sino en la génesis y desarrollo del Derecho por medio de las llamadas «normas jurídicas individualizadas» tendente a la «creación judicial del Derecho», y la consideración del *suum* como un concepto íntimamente ligado al humanismo o personalismo jurídico.

Es representativo también de este grupo de doctrinas la prestación de una consideración grande a los problemas del Derecho natural, de la axiología jurídica y, en definitiva, a la llamada justicia material.

Analiza la postura de Giorgio del Vecchio representativa del idealismo ético o yusnaturalista que al lado de la noción formal o lógica de la justicia admite una consideración deontológica que va unida a un contenido ideal. Se extiende sobre las explicaciones del fenómeno constituido por la resurrección del yusnaturalismo y los factores que han coadyuvado a dicha reaparición, entre los que destaca la reafirmación de la Estimativa Jurídica y la restauración de la idea de justicia como fundamento del Derecho, negando que esta restauración del yusnaturalismo odedezca tan sólo a causas políticas como a veces se manifiesta (reacciones contra los regimenes totalitarios), sino que a su juicio es un resultado de una exigencia de la propia idea del Derecho con su fondo esencial de perennidad.

Estudia las posiciones actuales del yusnaturalismo con sus dos vertientes de «extremo», con preponderancia absoluta del Derecho natural, y «atenuado» que reclama un complemento necesario en el Derecho positivo.

Destaca los puntos de vista del yusnaturalismo actual con relación al concepto de justicia, examinando las posiciones de Pieper, Goldschmidt y Coing, para quien el Derecho natural es la suma de los principios de conformidad del orden social arraigados en la ética y en la naturaleza de las cosas.

Con referencia a la orientación axiológica, pone de relieve cómo ha sido una constante en la historia del pensamiento humano, aunque su significación autonómica es de tiempo muy reciente y a virtud de la cual aparece la justicia como uno de los valores «preeminentes». Esta consideración de la justicia como «valor» liga el problema de la justicia a la cuestión general de los valores jurídicos, por lo que la idea básica que sirve de inspiración al Derecho es sólo un criterio de valoración que entra en juego con otros valores, con todos los problemas de subordinación que esto lleva consigo.

Presenta a Brecht con sus ensayos sobre Teoría Política, como el autor que pretende la superación del relativismo científico en Axiología, cuando estima que el juego de los valores puede ser realizado por motivos diversos como la revelación religiosa, la intuición ética, la especulación filosófica o la determinación política, haciendo un estudio detalladísimo de sus «postulados» entre los que sitúa la verdad, la generalidad, el tratamiento igual de lo que sea igual, la no restricción de la libertad más allá de lo exigido por el sistema y la obligatoriedad de que sean respetadas las necesidades de la naturaleza.

Estudia las tendencias diversas que con pretensiones de superación del yusnaturalismo reforman el contenido ético del Derecho, presentando las teorías de Welzel en Alemania, de inspiración existencialista, la teoría tridimensional del Derecho, de Miguel Reale en Iberoamérica y la escuela ego-lógica y normativismo estimativo, también hispanoamericana, y que tiene su representante genuino en Carlos Cossío.

Las posiciones doctrinales de signo negativo para la conceptualización objetivista y ética del Derecho, es su análisis siguiente, entre las que destaca la de Kelsen y Perelman, con sus exigencias de justicia crítica cifradas en la fórmula de: a todos el mismo trato, a cada uno según sus méritos, a cada uno

según sus obras, a cada uno según sus necesidades, a cada uno según su rango, y a cada uno según lo que la ley le atribuye.

Crítica ampliamente dentro de este grupo, las direcciones del pensamiento contemporáneo negatorias de toda filosofía que traspase las fronteras del materialismo, entre los que coloca a Marx y Engels con sus concepciones del Derecho como «ideología de clase» y el desenfreno que representa la teoría de la «cosmogénesis» de Teilhard de Chardin, que no guarda a juicio del maestro Castán vestigio alguno de la idea de justicia, siendo para Vallet de Goytisolo la citada teoría, desconocedora de la naturaleza humana que queda disuelta por todo el orden natural en el seno de la evolución y en la que no existe idea alguna de «humanidad» sino de «hominización».

Recordando que es consustancial a la función del juez la obligación de realizar una síntesis de la ley y de la justicia, estando obligado a descubrir su espíritu para llenar y corregir las lagunas y verificar la corrección en los posibles conflictos entre justicia y normas del Derecho, concluye su magistral estudio con unas conclusiones que sintéticamente son las siguientes: I. Que hay que descartar las direcciones formalistas que reducen a la justicia a un concepto lógico, vacío totalmente de contenido. II. Que la justicia no puede ser nunca separada del concepto del Derecho, ni ambos de la ética. III. Que el Derecho natural es el que sirviendo de puente entre la Moral y el Derecho impide la contradicción entre estas normativas del actuar humano. IV. Que entre los primeros principios del Derecho natural deben ser destacados aquellos que dan preferencia al valor supremo de la personalidad humana. V. La elaboración del Derecho exige una labor de individualización que es cometido específico de los jueces. Es el órgano judicial el que al actuar y formular el Derecho positivo, individualizando también el Derecho natural, proporciona a la idea de justicia sus contenidos más concretos, afirmando que aunque la humanidad está todavía pendiente de un orden de paz y justicia, hay síntomas reveladores de que a través de la Cultura, de la doctrina de la Iglesia y de las convicciones de los hombres, dominados por unos anhelos y nostalgias de justicia, se consiga que el Derecho y esa justicia, repletos de un hondo contenido moral, lleguen a imperar en el mundo.

Finalmente debo utilizar la ocasión que me brinda esta breve publicación en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL para rendir un tributo de admiración y respeto al Excmo. Sr. D. José Castán Tobeñas, con motivo de su cese en la Presidencia del más alto Tribunal de la Nación, y arrogándome calidades para las que no he obtenido asenso previo alguno, pero que no dudo serán referendadas *a posteriori*, hacerle saber el cariño y devoción que la Magistratura española siempre sintió por su persona, por constituir una gloria nacional inmarcesible, un sabio maestro de generaciones y un hombre bueno y límpido que supo presidir y dirigir el sublime sistema de la Justicia por los cauces de una recia y sempiterna Verdad.

JESÚS CARNICERO Y ESPINO.

Magistrado.