

LA CRITERIOLOGIA EN LA CIENCIA PROCESAL. ORIENTACIONES ESPAÑOLAS

Conferência realizada por D. Luís Garcia Royo, na sede da Ordem dos Advogados, em 1 de Fevereiro de 1946 (1)

LA elaboración técnica de la ciencia procesal ha exportado normas directivas y prolífica influencia en la legislación. El suceso parte desde que en 1888 Bülow escribe sobre excepciones y presupuestos procesales, naciendo la ciencia del proceso. Los comentaristas franceses del «Code» se entretenían en la adoración pasiva del hecho y de la Ley, la diosa Ley hermana de la diosa Razón, con su omnisciencia, omnipotencia y fetichismo. Derecho de formas, sin críticas de lo que se pueda decir. Los ciudadanos habían adquirido el derecho a la obscuridad, mientras que por el método exegético se buscaba el transportarse al alma del legislador, buscando el pensamiento reconstruido según Savigny, la voluntad según Puchta y Geny; con la unicidad de la ley excluida la costumbre, el culto a la ficción de la intención del

(1) A Revista da Ordem dos Advogados honra-se sobremaneira em arquivar nas suas páginas a brilhante conferência proferida na sede da Ordem pelo ilustre magistrado espanhol D. Luiz Garcia Royo. A ela presidiu o bastonário, Dr. António Sá Nogueira, secretariado pelos Srs. Dr. Carneiro de Mesquita, em representação de Sua Eminência o Cardeal Patriarca de Lisboa; D. Miguel Junqueira, representante de Sua Excelência o Embaixador de Espanha; Conselheiro Nunes Rica, Presidente do Tribunal da Relação de Lisboa; e Prof. Doutor Barbosa de Magalhães. O Presidente traçou o justo elogio do conferente, que ouviu calorosa ovação pelo seu magnífico trabalho.

legislador, el abuso de las abstracciones lógicas como instrumento de fecundación, con una jurisprudencia conceptual apartada de la vida real y de las exigencias de los intereses. Se evitaba el salir de los horizontes de los textos legislativos, según Lambert, y la formación de conceptos más generales de los que la propia ley ofrecía, impidiéndose que el sistema de nociones fundamentales pudiera ser transplantado de un país a otro con las modificaciones de rigor. Tras el Código, el comentarista. Napoleón exclamó, al ver los primeros comentarios al Código que lleva su nombre: «mi Código está perdido»; frase que era el último eco de la tozudez que mantenía la interpretación llamada auténtica, que no es más que un antifaz puesto para la arbitrariedad retroactiva y que es la prohibición de la inteligencia verdadera. Otra significación no puede darse a esa frase, retozo del ingenio napoleónico, al tratarse de un código que, como dice Dualde, había sustituido el delito de interpretar la ley, por el delito de no interpretarla. No se pasó de la jurisprudencia inferior, para utilizar la terminología del profesor Ferrer Sama.

Dejando la función límite de la escuela exegetica, que impidió el nacimiento de conceptos generales según Vizioz, legaron en derecho procesal buenas aportaciones ideológicas Garsonnet, Cesar Brú, Cuche, Cremieu, Glasson-Tissier, Bonnacaze, Morel y Japiot.

Se ve en los Juzgados españoles que se utiliza bastante el «Tratado de las pruebas en derecho civil y en derecho penal» por Eduardo Bonnier, obra traducida por Don José Vicente y Caravantes y anotada por D. Francisco de P. Rives y Martí.

Domina un fuerte subjetivismo, inercia en la doctrina y una filosofía de la inmanencia en los autores citados, muy de acuerdo con el genio francés de Descartes. Hay correspondencia entre esto y el mantenerse sin salida en las formas y procedimientos: parte externa y científica de lo procesal.

No falta una exposición sugestiva, correspondiendo a la evidencia clara y distinta del autor del «Discurso del Método». Las palabras de la ley, como la idea del alfabeto jurídico de Ihering, como el método de inversión opuesto por Heck al juicio de valoración, crean la inspiración en lugar de servirla. Los conceptos no pueden dar de si nada que antes no hayan recibido, ya que,

como dice Brütt, la lógica puede cambiar el oro del principio común, por la moneda corriente de los principios particulares; pero jamás aumentar los mismos principios. Cuando el Juez juzga enlazando principios abstractos, para que de este contacto surja la chispa de una nueva idea, en lugar de aplicar la ley, realiza una operación de magia. Es lo antivital del cartesianismo; para este, el mundo inteligible es immanente, forma parte del mundo mismo de la sensación y de la perfección sensible y no es otro mundo distinto. Platon tenía del mundo y de la verdad la concepción de que este mundo en que vivimos es el reflejo pálido del mundo en que no vivimos y que es el habitáculo de la verdad absoluta. Son, pues, dos mundos. En cambio, para Descartes, este mundo en que vivimos y el mundo de la verdad son uno y el mismo mundo. Lo que pasa es que, cuando lo miramos por primera vez, el mundo en que vivimos nos parece revuelto, confuso, como un cajón donde hay una multitud de cosas. Si en la multitud de conceptos caóticos nos preocupamos por introducir orden, entonces ese mundo nos parece inteligible, lo comprendemos, es evidente. Como se ha logrado la evidencia? Este concepto ha dividido a los filósofos; pero ahora es necesario decir que se ha logrado, no mediante una fuga mística de este mundo a otro, sino mediante un análisis metódico de este mundo, en el fondo del cual está el mundo inteligible de las ideas. No son dos mundos distintos, sino uno dentro del otro y los dos constituyendo un todo. El mundo de las ideas, según Platon, es trascendente, y la verdad es trascendente a las cosas. Cuando se quiere definir un objeto, hay que desvestirlo, valga la frase, mediante la abstracción de las notas individuantes, hasta la formación como «medium quid» de la especie sensible intencional; pero hemos quitado al objeto de en medio y nos fuimos al mundo trascendente de las ideas. En Descartes, cuando queremos compartir plenamente un objeto, no nos fuimos fuera de ese concepto a otro mundo, sino que por medio del análisis introducimos claridad en ese concepto mismo. El mismo concepto antes oscuro se convierte en claro. Las pasiones, las emociones, la vida sentimental, todo lo que no es puro pensar, es también algo confuso y oscuro; si queremos dominar, no hay más que hacer la conversión en ideas claras y distintas. Este es el subjetivismo de la

evidencia y el mundo inmanente; de acuerdo con el genio francés. En el orden cultural, tampoco es necesario trascender; porque el espíritu prefiere cultivar el huerto cerrado de la inmanencia y de la exégesis, aunque la vida se postergue. No debe extrañar como ajenos estos conceptos al derecho, ya que siempre la Filosofía entra en casa, aun sin ser invitada, como dice Maneroni. El esfuerzo alemán no quedó cerrado dentro de los límites políticos de la nación. Hay un viraje de la vida hacia la idea, por virtud del cual esta última, «lo otro» de la vida, según Simmel, la redime de su pragmatismo, de su temporal difluencia, de su indefinido concatenarse a fines. Exportan, sobre todo, un método. El que legan las obras de Wach, Hellmann, Fitting, Engelmann, Weismann, Hellwig, Heilfron, Pick, Fischer, Petersen, Schmidt, Kohler, Struckmann-Koch, Reinke-Wienstein, Kleinfeller, Hellwig, Forster-Kann, Fischer, Stein, Baumbach, Gaup-Stein-Jona, Rosenberg, Kisch, Oertmann, Goldschmidt, Volkmar, Warneyer, Meyer-Zoller, Scheenke, De Boor y Baumbach. Se llegó en el Decreto de simplificación de 1 de Septiembre de 1939 a que los Juzgados de 1.^a instancia puedan determinar el procedimiento a su libre arbitrio.

La madurez de Italia esta representada por Gargiulo, Manfredini, Pescatore, Ricci, Galante, Lessona, Chiovenda, Mortara, Rispoli, Mattiolo, Carnelutti, Ricca-Barberis, Batista, Mortara, Bellavista, Betti, Zanzucchi, Rocco, Redenti, Coniglio, Satta, Lugo-Berri, Nappi, Calamandrei, Andrioli y Jaeger. Hay una buena aportación a la psicología judicial, distinta según Claparede de la psicología criminal por Enrique Altavilla, para el estudio positivo del delincuente como protagonista de la justicia penal: es notable el elenco de bibliografía sobre la materia.

En España no hay lugar a un augurio pesimista, porque el resurgir es patente. Y, anteriormente, recuérdese que Kisch ensalzaba el esfuerzo de los juristas españoles, desde la grandiosa exposición del derecho concursal de Salgado de Somoa, autor que con absoluta justificación ha alcanzado una celebridad que se extiende hasta muy lejos de las fronteras de su patria, hasta las valiosas aportaciones debidas a los juristas españoles contemporáneos. Adolf Schoenke demuestra su cariño por nuestro Derecho, como prueba su estudio en «Beiträge zur Lehre vom Adhä-

sionsprozes» (1935) sobre la acción civil en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Podemos citar un ejemplo de lo que fué nuestra ciencia en el orden procesal.

Se prestó a la doctrina extranjera sugerencias e ideas. Las acciones germanas sobre declaración por causa de lesión futura del derecho, se llegaron a confundir con las españolas sobre el «*jus futurorum*». Weismann transcribe una sentencia del Magistrado Sandius, de la Suprema Curia de los Frisones, en los Países Bajos, — año 1626 — donde se cita a Rodrigo Suarez y a Covarrubias.

El primero, según puede leerse en las «*Excellentissimae allegationes et consilia quaedam singularia*», favorece la evolución del «*remedium ex lege diffamari*» y «*si contendat*» hacia la acción declarativa, cual manifestación relevante de la justicia preventiva, remozándose los conceptos romanos en contacto con las «*proclamationes ad agendum*» del proceso germánico; precedentes divulgados en España por Beceña, Prieto Castro, Fraga, Iribarne y Maynar Barnolas, y sobre los que trabajaron Wetzell y Weismann. Se dió una nueva configuración por obra exclusiva casi de los jurisconsultos españoles de los siglos XV y XVI. La idéntica finalidad de los dos remedios, es desenvuelta por Degenkolb.

Rodrigo Suarez presenta la cuestión, a propósito de una decisión de la Audiencia de Valladolid, sobre si un hijo primogénito llamado al mayorazgo puede en vida del padre pedir que se declare que los bienes le pertenecen a título de mayorazgo después de la muerte de su padre, especialmente en el caso de que el padre sea un disipador de los bienes del mayorazgo. Contesta Suarez: «*valet sententia super jura de futuro si pendent ab eo quod est praesente*». Es la misma cuestión tratada también por António Gomez, Covarrubias, Menchaca, Simancas, Mieres, Molina, Gregorio Lopez, etc.

Petrus Heigius trata de esta cuestión, refiriéndose también a los bienes vinculados y fundándose en el remedio de la «*lex si contendat*», acogiendo a la doctrina española y copia casi a la letra a Suarez. Estos atisbos se desvirtúan en la acción de jactancia, con el principio de la provocación a accionar recogido en

la Ley 46, título II de la Partida III. Penetrada ésta de la concepción romana de la acción. Prieto Castro reconoce que el razonamiento que el tribunal Supremo ha aducido, para resucitar el juicio provocatorio de jactancia, es oportuno por todos los conceptos.

Era el único procedimiento considerado en el colapso de las grandes ideas, hasta que Beceña, influido por el espíritu inglés (aunque en el fondo simpatizaba con Wach), abre el camino que siguieran Prieto Castro, Guasp y Don Manuel de la Plaza. Resurge la institución para declarar el estado de la esfera jurídica de un sujeto, doctrina que había sido elaborada en España, antes que en parte alguna, como concepción de la acción declarativa separándola totalmente de la provocación. No podíamos contentarnos con los laureles de un pasado glorioso y dejar correr estoicamente el presente, dice Prieto Castro. En dos ocasiones en que se enfrentó el Tribunal Supremo con el problema, según Guasp, resolvió (sentencias de 15 de Julio de 1882 y 27 Septiembre 1912) en vez de construir el tipo general de la acción declarativa, resucitar las acciones de jactancia, rudimentario precedente de aquellas y de vigencia legal discutible, dado el silencio que sobre ellas guardan el Código Civil y la ley de Enjuiciamiento civil y las disposiciones derogatorias de ambos cuerpos legales. Ambos errores jurisprudenciales, explicables por el silencio de nuestra doctrina sobre el tema en la época en que fueron cometidos, responden a un complejo de idea ya superado: no hay dificultad alguna en incluir dentro de nuestro sistema de derecho el tipo de la pretensión o acción de pura declaración, precisamente una de las manifestaciones más transcendentales de la nueva concepción autónoma de la función procesal. Aquella concepción española dió ocasión a los estudios de Plosz y Leonhard sobre la «teoría de la doble anima»; a la teoría de la «cautio» de Degenkolb; a la tesis del derecho primario de Westerbürg; y a las grandes concepciones de Adolfo Wach sobre el derecho a la protección jurídica, con el título de «Rechtsschutzanspruch», que enlaza para sostener la autonomía del derecho procesal y su filosofía con los estudios de Bülow en su «Anspruch und Klagrecht» sobre los presupuestos y excepciones procesales, y con las concepciones de Goldschmidt sobre el proceso como

situación jurídica y de un derecho judicial-material que estima frente al procesal — que se convertirá en derecho procedimental — y al material propiamente dicho. A la manera de concebirse el decho procesal antes de la publicación por Wach de su «Handbuch des deutschen Civilprozessrechts», como un derecho formalista de plazos, trámites y términos, corresponde la denominación en España de «Ley ritualaria» a la ley de Enjuiciamiento, lo que confirma la exactitud que tiene Chiovenda al decir: «Come il capo maestro d'oggi paese ha sempre creduto di saperne piu dell' architetto cosi il mestierante del Foro apesso si crede da piu del procedurista, solo perche si e abituato a chiedere alla procedura il modo di arruffare le liti e si e addestrato a compilare gli atti di procedura». Y esto, dice Prieto Castro, pasó a ser lugar común en el vulgo y en el no vulgo.

Ya no hay lugar para aquellas diatribas contra el organismo judicial. La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Septiembre de 1944, de la que fué Ponente el actual Presidente de la suprema entidad, llena la laguna del legislador: decide (lo que es propio de la sentencia, a pesar de la literalidad del art. 359.º de la Ley de enjuiciamiento civil) la posibilidad de resolver la litis antes de que surja el litigio, a manera de justicia preventiva ante la necesidad de protección jurídica. El Estado dá una acción siempre que hay una causa civil bastante. Como dice Chiovenda: «la producción de la certidumbre jurídica como fin en si misma es, por una parte, la función más autónoma del proceso, porque procura un bien que no se puede conseguir de otra manera, y por otra, la función más elevada, porque cuando se trata de su ejercicio, el organismo dispensador de la justicia no se ofrece a nuestros ojos como un artefacto de coacción, sino como un instrumento de integración y especificación de la voluntad expresada abstractamente en la ley. La acción declarativa facilita la vida social, eliminando las dudas que se cruzan en el normal desenvolvimiento de las relaciones jurídicas». Tal es la acción cuya fundamentación pragmática se hizo a base de la propaganda de Lord Brougham, de la «action of declarator» del derecho escocés, hasta que se implantó en Inglaterra por la «Chancery act de 1852» aunque la declaración negativa — (inexistencia de relaciones jurídicas) — se admitió solamente en el año 1915

en el caso *Guarant y Trust and C.º, v. Hannay*. De allí pasó a los Estados Unidos, siendo los propagadores *Sunderland y Borchart*. La elaboración doctrinal más perfecta corresponde a Alemania desde el primer proyecto para la Z. P. O. (*Zivilprozessordnung* articulado 256) recogiendo los precedentes de las leyes de *Baden, Württemberg, Sajonia y Hessen Electoral*, y el libro de *Otto Bähr* «El reconocimiento como frente de obligación».

La resistencia para una labor técnica, no digamos ya creadora, es fuerte con la Ley actual española. No era la culpa exclusiva de la Magistratura en no admitir la tesis de *Rodrigo Suárez*. Había un gran retraso en nuestros estudios de Derecho procesal, dice *Don Manuel de la Plaza*. Además se reconoce la vetustez de nuestra legislación procesal, versión mal modernizada del derecho común según *Beceña*. El mal tiene un aspecto general. Autores no faltan que han hecho lo posible por pedir se atacara el mal de raíz, integralmente, sin el contento de reformas parciales. Y esos autores son la gran prueba del fermento que revoluciona estos estudios, con lo cual se vá a realizar el ideal expuesto con sano sentido por *Feijóo*, en su discurso «Paradojas políticas y morales».

Tenemos las obras de *Lastres, Lopez Romero-López de Rueda, Robles Pozo, Parra Ibañez, Marco Tulio, López Moreno, Amat, Reus, Sanchez Ocaña, Rives-Martin, Miguel Romero, Aguilera de Paz, Palacios, Fabrega, Manresa, Marcos Pelayo, Dominguez de Pina, Rives Marti, Ortiz Arce, Menendez Pidal, Prieto Castro, Bellon*; el actual Fiscal del Tribunal Supremo, *D. Manuel de la Plaza* y el Profesor de la Universidad Central *D. Jaime Guasp*, Director aquel y Jefe de estudios éste de la Escuela Judicial.

El mal radica en la ley. Decia *Goldschmidt*, en el prólogo a la edición española en su «Derecho Procesal Civil» que el proceso Español es un recipiente liberal del signo XIX, en el que se ha vaciado el vino antiguo del proceso común de los siglos pasados. Del proceso común tomó el legislador de 1880 la técnica arcáica e insuficiente, lógicamente, dada la «discordantia temporis»; elaboró esta técnica, con sus defechos fundamentales, en pensamientos políticos de innegable significación liberal y consagró la abstención del Juez, vinculándole siempre a normas

fijas que limitaran su arbitrio. El legislador es un mundo; el Juez un grano de arena, un mecanismo de obediencia, según el «Espiritu de las leyes», libro XI. cap. VI.

La abstención quedó arraigada por la coincidencia entre las soluciones que ella ofrecía y la doctrina liberal e individualista del «laissez faire». Por ello pudo decir Man resa que la mejor ley de procedimiento es la que deja menos campo al arbitrio judicial, dadas las circunstancias de la sociedad en que se vive; y que de otro modo no serviría de garantía y salvaguardia a los derechos civiles.

Todo el ropaje liberal del substractum de instituciones anteriores se puede resumir en una característica: el desconocer el papel que Juez y parte desempeñan en el processo. El primero es blanco de las medidas de garantía producidas con el recelo y la desconfianza de una mente liberal. «De los tres poderes, el de juzgar es nulo hasta cierto punto», decía Montesquieu: e el Juez se convertía en un simple copista que asignaba a los hechos un numero del Código civil, con servicio obediente, según dice Hans Reichel, con adoración al «tabú» de la ley y su fetichismo ante la «Realeza de las partes». Del resquicio del art. 340.º de la ley de C. civil no se hacía un uso adecuado.

Las partes conservan, frente al automatismo del Juez, el «dominium litis» en instrucción y ordenacion procesal: pueden decir el concepto horaciano, «res mihi sugere conor», como norma de exigencia. Sin orientación jurídica general bien definida, la ley fundamental es la menos progresiva de Europa y un anacronismo en total desacuerdo con el ritmo del presente. No hay una línea de pensamiento coherente, sino una mera yusta-posición de realidades juridico-procesales. Consecuencia de su vigencia es la desesperante lentitud y abusiva duración del proceso en España. Sin parte general auténtica; con la infecundidad de la división entre jurisdicción contenciosa y voluntaria; con la dificultad de conciliación del principio dispositivo sobre los hechos — (juxta allegata et probata) — y las llamadas diligencias para mejor proveer con el posible abuso; todo hace la técnica defectuosa por exceso: como sucede con el remedio legal de las inhibitorias; con el desconocimiento del procedimiento monitorio; con la mediación entre el acto de la parte y el del Juez por el

Secretario que da cuenta : permitiendo que, hasta el momento de dictar un auto ó una sentencia, el Juez no se ponga en contacto directo con el fondo del proceso. Es la crítica de Guasp.

Hay prolijidad detallista, no por resolver una cuestión secundaria pero indispensable, sino porque plantea cuestiones intrascendentes : de aí las innúmeras repeticiones deliberadas de puntos que se creyó debieron afirmarse en más de un lugar. El casuismo consiste en formular una solución tomando como base un supuesto de hecho más concreto que los hechos que en la realidad se presentan o pueden presentarse presumiblemente, olvidando que la ley es una declaración general y abstracta de la que se espera que resuelva problemas del futuro y no dudas específicas del pasado : se agudiza más este mal en leyes llevadas a cabo por «prácticos» que propenden inevitablemente a confundir la realidad jurídica general con las realidades concretas y particulares que integran su propia experiencia. Son innumerables los preceptos que regulan un problema concreto sin fijarse, en absoluto, en que dicho problema no es sino una las manifestaciones de otro problema más general que ella silencia por completo ; ahora bien, así como la solución del problema general encierra en si o puede encerrar la solución de los casos concretos, la simple solución de estos últimos crea una laguna con relación a los demás, que solo puede colmarse acudiendo a un empleo reiterado, y en ocasiones casi abusivo, de la analogia o del «argumentum a contrario». Con peligro de incurrir en los «idola tribus» de Bacón. Esto explica también el desorden. Se manifiesta en dos errores reiterados : escinde el tratamiento de una misma institución y agrupa normas heterógeneas ; lo que hace preciso disposiciones aclaratorias, complementarias y rectificadoras. Es unanime el clamor actual de los tratadistas pidiendo una nueva ley ; no sólo las reformas solicitadas por Capdepón en 1894 ; Fernandez Villaverde en 1900 y Romanones en 1918 ; prescindiendo de los proyectos de caracter particular como los de López de Haro, Ossório y Garcia González. La literatura sobre la organización y funcionamiento judicial es curiosa. Interesa para formar la coincidencia histórica. En época de los Reyes católicos, la justicia española era la más perfecta, la más benigna, la más clemente y cristiana que se conocía em el mundo, segun dice el

P. Jerónimo Montes en «Los precursores de la ciencia penal española». Y los autores, ante cualquier defecto, no cejaban en su intento de crítica, modelo de independencia; siempre con la virtud de decirnos justicias y bellezas, que se diluían en el ambiente que deseamos no homologable.

Anteriormente, era un desastre, sobre todo cuando los reinados eran turbulentos, como sucedió con Juan II. Alfonso de la Torre decía, describiendo los Tribunales de Justicia; «Allí las lisonjas que cuasi todo era lleno; allí las mentiras, cuasi en número infinito; allí las falacias encubiertas; allí los miedos et temores tremulentos; allí las esperanzas vanas et locas fantasías et imaginaciones; allí las persecuciones maliciosas; allí los desfavores et burlas excessivas et muy deshonestas y desgaires et correduas fuera de toda medida; allí la codicia del dinero no limitada; allí la vanagloria et jactancia presuntosa; allí el contender de igualdad con los mayores; allí la escalera de honra infinita; allí todos los excessos et desordenanzas del mundo; allí el sustentar de los ladrones y malhechores; allí de todo la punición de los ignorantes; allí el lugar de la justicia vacío et lleno de robo; allí todo lo que contradice a bien vivir. Y cierto, vi entre ellos que todo el derecho era tener mayor poderío, et toda la justicia era poder mas; y pensé que las leyes eran como telarañas, en las cuales caen las moscas y otras aves et bestias rómpenas et quebranas».

El Obispo Antonio de Guevara decía: «Querer hablar en materia de pleitos no es cosa para escrebir-se con tinta negra sino con sangre viva; porque si cada pleitante padeciese por la sancta fé católica lo que padece pleitando por su hacienda, tantos mártires habría en la Chancillería de Valladolid y Granada como hubo en los tiempos pasados en Roma. El que no sabe que cosa es pleito, sepa que las condiciones del pleito son: de rico, tornar pobre; de alegre, triste; de libre, siervo; de natural, extraño; de generoso, apocado; de pacífico, inquieto; de inquieto, aburrido; y de aburrido, desesperado. Osaremos con verdad decir que son entre si las leyes tan confusas y los juicios de los hombres para entenderlas tan ofuscados, que no hay hoy en el mundo pleito tan claro que no haya una ley para hacerle dudoso; y por eso, el bien o el mal del pleitante está, no tanto

en la justicia que tiene, cuanto en la ley que para sentenciar el juez elige. Bien es que el pleitante piense que tiene justicia; mas lo principal de su pleito es que desee el juez que la tenga, porque el juez que desea que yo tenga justicia el buscará leyes por donde me la haga. Los trabajos, y enojos, y robos, y cohechos que pasan entre los pobres pleitantes y sus procuradores, y otros, y sellos, y registros, no les deja ni pluma de contar por falta que no haya, sino porque es materia tan odiosa y escandalosa que es mas para se remediar que aqui escribir. Quien quisiere maldicer a su enemigo y tomar venganza del enojo que le ha hecho, no le desee ver pobre ni perseguido ni enemistado, ni muerto, ni desterrado, sino que solamente ruegue a Dios que le de pleito, porque de ninguno se puede tomar otra semejante venganza como de verle pleitear en la Cancilleria».

Saavedra Fajardo decia: «Ocúpase la mayor parte del pueblo en los tribunales; falta gente para la cultura de los campos; para los oficios y para la guerra; sustentan pocos buenos a muchos malos y muchos malos son señores de los buenos. Las plazas son golfos de piratas y los tribunales bosques de foragidos.

Los mismos que habian de ser guardas del derecho son dura cadena de la servidumbre del pueblo». («Idea de un Principe político cristiano», Empresa 21).

Son todavia los españoles muy aficionados a los pleitos, pero lo eran más antes. «La experiencia nos muestra, dice Cerdán de Tallada, que los pleitos se van de cada dia multiplicando tanto que creo que, si se tomase por arancel, se hallaría que no hay morador en ella, que esté sin tener algún pleito».

En defensa de los pobres, precedente de las ideas de Lorimer y Menger, han escrito António Pérez Ramirez y Jerónimo de Alcalá. En el concejo de Logroño se designó un abogado que exclusivamente se encargara de su defensa frente a las pretensiones de los ricos, pagado por el Municipio.

Sobre el descuido de la justicia habla Cervantes en «Rinconete y Cortadillo» y Feijóo en su «Teatro critico» — (t. III, discurso XL). — Sobre los escribanos, escriben Juan Ginés de Sepulveda, Bartolomé de Carvajal, y Bobadilla. Sobre los alguaciles, Gonzalo de Céspedes y Miranda Villafañe.

En cuanto a los abogados, dice Botadilla: «Ahora vereis

muchos abogados andar por las Audiencias y escritórios y por las casas de los homes ricos, como ventores de Esparta o de Creta, rastreando y buscando negocios y para ello mezclándose a sus juegos y conversaciones y usando de mil industrias, tal vez quitando los otros abogados, y tal vez haciéndose pensionarios de quien se los encamina. Otros vereis que de las antinomias de las leyes y de sus dificultades saben poco y se hacen graves y callan si no es para decir alguna palabra que hayais de interpretar y tengais por oraculo de la Sibila. Y os venden a cada paso lo que ignoran y por parecer profundos letrados hablan de Trebacio, Alfreno, Scevola, y alegan autores peregrinos; y fuera de las praticas o decisiones de la Rota no saben cosa alguna».

Luis Vives señaló tambien los males que resultaban a la sociedad del excesivo número de abogados: «Como no se han de dejar morir de hambre, buscan litigios, los promueven, y aumentan, torciendo las leyes, lo cual consiguen con tanta mayor facilidad quanto mas oscuras son aquellas, porque proporcionaram a los hombres depravados medios para llevarlas donde quieren, prolongar indefinidamente los pleitos y acrecentar el lucro» («De causis corruptarum artium», l. VII, c. IV).

«Quereis ver, dice Don Francisco de Quevedo, que tan malos son los letrados? Que si no hubiera letrados, no hubiera porfias; y si no hubiera porfias no hubiera procuradores; y si no hubiera procuradores, no hubiera enredos; y si no hubiera enredos, no hubiera delitos; y si no hubiera delitos no hubiera alguaciles; e si no hubiera alguaciles, no hubiera carcel; y si no hubiera carcel, no hubiera jueces; y si no hubiera jueces, no hubiera pasion; y si no hubiera pasion, no hubiera cohecho. Mirad la retaila de infernales sabandijas que se producen de un licenciadito, lo que disimula una barbaza y lo autoriza una gorra» («La visita de los chistes»).

Se ve que no se silencian los defectos ni los abusos. Pero se haría interminable la lista de autores que ponen en evidencia la elogiosa actitud en materia de justicia. Hasta se llega a relacionarla con el gran espíritu popular, como Pedro de Medina.

Los clásicos españoles ponen de relieve la distinción entre técnica del derecho y el sentido de la justicia. El problema del juez no es el simple «como hacer» del técnico, ni el mero «sa-

ber» del científico puro; es, resueltamente, un «qué hacer». No es esto entrar en la cuestión de si toda ciencia es sólo un modo de comportar-se el hombre, y toda verdad conocida un «ser conociendo» del hombre: Heidegger afirma que todo saber es radicalmente «qué hacer» («Sein un Zeit», pág. 11). La acción del juzgador posee, en su estructura íntima, estos momentos: intuición, ciencia, técnica y experiencia, con algunas dosis de la indeterminación del azar.

No basta saber el derecho, dice Ferrara, para poder traducirlo en realidades y hay teóricos incapaces de la elasticidad mental que les haga dueños en el manejo de los principios del arte de decidir. La sentencia, elemento molecular de la jurisprudencia, supone la complejidad de la diagnosis médica: una misión como «téjne», en su hondo sentido: modo de hacer expresa la misión en cada caso concreto; un saber como «episteme»: trabaxón de principios que den un «sistema». La técnica de la decisión exige conocimientos extrajurídicos, que forman presupuestos de razonamiento o principios de experiencia como juicios hipotéticos de general contenido, obtenidos por observación de casos particulares, pero elevados a principios autónomos con validez para el futuro. Todo es poco para evitar que el juez, polarizado por un síntoma, se entregue al daltonimismo de la convicción apriorística, con la visión lagunal del suceso. No es absoluta la antítesis común entre hechos de la causa y normas de derecho. Esto supone que la teoría de la subsunción silogística (la ley como permisa mayor, el hecho de la vida como proposición menor, la conclusión es la sentencia) no es rigurosamente exacta, ni prácticamente ventajosa. Sobre «la lógica de la prueba y el silogismo judicial» ha publicado en 1942 el profesor de Bucarest, Paul Georgesau, siguiendo a Mircea Djuvara, un trabajo neokantiano. Téngase en cuenta la inescusable singularidad del suceso histórico, de la melodía del que-hacer temporal, porque la lógica de géneros y especies, no conviene a la vida. Contra la tesis de Calamandrei y Duguit, el silogismo judicial característico no es más que la silueta con que termina un largo y complicado itinerario mental. La pura y simple deducción silogística presupone, como dice De Buen, la construcción previa de la premisa mayor, toda vez que el juez no la

encuentra, ya formulada y determinada y que con frecuencia ofrece dudas y dificultades. Sauer alega que muchas veces el caso puede ser subsumido con la misma corrección lógica bajo proposiciones jurídicas diferentes y aun contradictorias, y que otras veces no hay ninguna proposición jurídica adecuada. El método inductivo actúa generalmente en la premisa mayor. En cuanto a la premisa menor: ésta sale a veces «respondona», según dice el lenguaje vulgar. Hay un elemento histórico en ella, que debe ofrecer las notas de transcendencia jurídica, como el pintor sorprende los rasgos fisionómicos individuantes, porque la Historia, la propia obra del hombre, influye sobre él sutil y inexorablemente; como hay un aflujo y reflujo de la relación constante entre la persona y su circunstancia histórico-social, mediante unos canales formados por los sistemas de fines personales — «Zwecksysteme», ilimitados en el matiz diferencial, pero susceptibles de ser reducidos a tipo: economía, derecho, arte, ciencia religiosa (Dilthey). Klages, por su parte, ha llamado «resortes» o «intereses» a las líneas de irradiación de los impulsos primitivos en la zona formal o «cualidad» del carácter.

Además, en lugar de permanecer obediente al influjo de la proposición mayor, como dice Dualde, reacciona sobre ella, incorporando parte de su contenido, porque despierta impulsos sentimentales, energías de lo inconsciente e intuiciones que dan lugar a cierto ilogismo. Con lo cual se explica la tendencia contra la pura lógica en el orden jurídico que ha hecho decir a Pacchioni: la lucha contra el culto al elemento lógico del derecho ha sido considerada como una buena lucha. Y es que, en el silogismo ético no todo se deja al diente analítico de la «ratio»; la conclusión no repite la premisa mayor, sino que la supera, piensa Gray. El trabajo del jurista no es simplemente lógico: un hecho, dice Sauer, es algo más que meramente correcto desde el punto de vista lógico; es, además, justo, en orden a la satisfacción de las necesidades primarias de los interesados. La teoría de la subsunción — (la palabra no ha sido admitida todavía por la Real Academia de la lengua, pero se adapta bien al fetichismo nominalista) — no es ventajosa, e impide el proceso del reajuste de lo abstracto de la ley, de su reencarnación en la realidad.

Con ella, dice Hans Reichel, la función del Juez desciende

de categoria, se convierte en un autómata que aplica lo general a lo particular y hace deducciones. No se le pregunta si el resultado de su labor es justo y equitativo, sino solamente si es conforme a la ley. Si ésta es dura, es buen jurisconsulto aquel que con más dureza la aplica: buena manera de mostrar como los jueces han perdido el cerebro, falta de funcionar, al mismo tiempo que el corazón y el alma. Se convierte aquella en formalismo y escolástica petrificados. Se aprecian más los éxitos constructivos formales y las elegantes deducciones que los resultados útiles. Por el sistema de seguir el canal legal, paso a paso, el juez pierde en substancialidad y energía. Aquel a quien se le trazó cuidadosamente cada paso, aquel a quien se le priva de resolución libre propia, a la postre termina por verse atrofiado en su energía mental; pierde la iniciativa, el gusto de la resolución, la intrepidez. La observación detallada y a la letra de la ley es adecuada para embotar poco a poco el sentido jurídico ordinario del que la aplica. Cuando el juez se contenta y ha de contentarse con que su sentencia sea un medio para seguir la ley, pierde lentamente la agudeza de sentido para el problema de determinar si su resolución está también justificada en su interior, de suerte que puede considerarla justa ante su conciencia. Nada hay peor para la práctica del derecho que ahogar y matar el sentimiento jurídico. Así opina el actual Presidente del Tribunal Supremo, Don José Castán, en su excelente trabajo sobre «La aplicación y elaboración del derecho». Esta es la realidad, uno de los términos de la ecuación de la verdad; el otro es el pensar.

No se olvide que Locke, Hume y Berkeley consideraban la verdad tan sólo como una unidad de las representaciones dentro del sujeto, sin referencia al mundo exterior de las realidades. Esta última concepción subjetivista no es válida en el «tratamiento» que el juez hace de los datos del «tabetstand», conduciéndolos a que ofrezcan al hombre «un nuevo ámbito para su libertad», para utilizar la expresión de Weizsäcker («Aerztliche Fragen», pág. 57). Explanando este concepto, se veía el entronque de la criteriología judicial, en su rediseño existencial, con la analítica existencial heideggeriana, con la «Fürsorge». Siempre lo que se piensa influye en como se piensa; y la vida y la histó-

ria superan el pensar. El hombre es el ser viviente capaz de decir no, el asceta de la vida, el eterno protestante contra toda mera realidad (Scheler). Y, por lo tanto, necesita la justificación íntima ante el tribunal interno, inobjetivable y extratemporal: la conciencia.

En España hay tradición también que se opone a la adoración pasiva de la ley y a la jurisprudencia meramente deductiva. La concepción funcional de la elaboración del Derecho, la actividad creadora que limita el absolutismo de la ley y se opone a la idea de perfección legal expuesta en la Partida 1.^a, Ley 14. T. I., es expuesta en la «Idea de un príncipe político-cristiano» de Saavedra Fajardo, cuando dice en la Empresa 21 que las leyes «no pueden darse a entender por si mismas y son cuerpos que reciben el alma y el entendimiento de los jueces, por cuya boca hablan y por cuya pluma se declaran y aplican a los casos». La corrección del absolutismo legal puede verse en «la ignorancia del derecho» de Joaquín Costa, mediante la condición de la aceptación del pueblo; la de su excesiva generalidad por la equidad en el «Tractatus de Deo legislatore» de Francisco Suárez. El problema de las lagunas de la ley y la figura del Juez-legislador, son intuidos en el «Examen de ingenios para las ciencias» por Juan Huarte: sobre los demás antecedentes disertó Don Felipe Clemente de Diego en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en el curso académico de 1940-1941. Luis Vives, utilizando el valor del ejemplo a estilo inglés, podría ser la prueba del peligro del juego de los esquemas abstractos, y de los conceptos jurídicos, los que conducen a una jurisprudencia conceptualista frente a la jurisprudencia teleológica, con su concepción matemática del derecho, con la limitación de categorías dentro de una objetivación absoluta e inmutable de los conceptos: todo esto, por el abuso, es la causa de que pierda prestigio la «construcción jurídica» que no debe divorciarse de la realidad movible de las cosas, como ya quería el propio Ihering en su «Jurisprudencia en broma y en serio», a fin de que prevalezca el buen sentido de lo relativo, en su función metodológica, y con la representación del fin útil (lógica teleológica) de las tres actividades fundamentales que el ilustre profesor portugués, L. Cabral de Moncada, atribuye a la Ciencia del Derecho. La raíz de

todo es que el juzgador necesita, si, leyes generales; pero debe aplicarlas con un proceder que Windelband llama ideográfico, porque debe captar figuras individuales. Simmel precisa la especificidad y el alcance de la comprensión de lo individual como modelo del conocimiento histórico. En este sentido, también, Troeltsch, Rickert y Meinecke.

Buen ejemplo, persistente en sus obras, lega el polígrafo valenciano, para encarnar la regla «non ex regula jus sumatur sed ex jure quod est, regula fiat». Modernamente, en la exposición de la vida del derecho en sus facetas consuetudinarias a través de las regiones españolas, lo rural y lo urbano podrían comprender, más que explicar, la manifestación de aquel espíritu nuevo dado a la ley vieja pedido por Cogliolo en la interpretación, los matices teleológicos de Paul Vander-Eycken, el dogma de la suficiencia total de la ley sometido a crítica por Ehrlich, el condicionamiento por la evolución de los pueblos de la razón subjetiva a estilo de Franz Adickes, la investigación del derecho libre proclamada por Kantorowicz. Estas teorías pueden ser fecundadas con la savia de las instituciones estudiadas por Costa. Es interesante advertir que el existencialismo reconoce, en la entrega al acomodo de la costumbre, una señal de que se pierde la autenticidad del hombre al convertirse en un sujeto tangible, en «uno de tantos» («das Man»), porque ignora el tiempo y cae en lo cotidiano (Heidegger).

Contra la omnipotencia de la ley y «sus reflejos condicionados», hay una copiosa literatura en España, hasta el punto que Costa informaba a Dorado Montero de que nuestros tratadistas daban materiales para escribir una Historia de las ideas de acracia.

El mismo Costa, en su estudio sobre «La ignorancia del Derecho», recogía preciosas citas de Vives, Fray Luis de León, Cerdan de Tallada, Mariana, etc.

En la sección de manuscritos de la Biblioteca Nacional se conserva uno de Agustín de Castro, titulado «Proemiales políticos», 1639, en el que se plantea esta cuestión: si es mejor ningún gobierno que alguno. Los textos más repetidos son los obtenidos en Fray Luis de León, «Los nombres de Cristo». En el Libro I, párrafo VI, escribía: «Y como en el maná dice la Sabi-

duría que hallaba cada uno su gusto, ansi diferencia su pastos Cristo, conformándose con las diferencias de todos. Por lo cual su gobierno es gobierno extremadamente perfecto. Porque, como dice Platón, «no es la mejor gobernación la de levas escritas, porque son unas, y no se mudan, y los casos particulares son muchos, y que se varían según las circunstancias, por horas». Y ansí acaece no ser justo en este caso lo que en común se estableció con justicia. Y al tratar con sólo la Ley escrita es como tratar con un hombre cabezudo, por una parte, y que no admite razón, y por otra poderoso para hacer lo que dice, que es trabajoso y fuerte caso. La perfecta gobernación es de ley viva, que entienda siempre lo mejor y que quiera siempre aquello bueno que entiende. De manera que la ley sea el bueno y sano juicio del que gobierna, que se ajusta nieó con lo particular de quel a quien rige...».

Y luego, Libro II, párrafo III, añadía :

«... cosa clara, es que el medio con que se gobierna el reino es la ley, y que por el cumplimiento de ella consigue el Rey, o hacerse rico a sí mismo, si es tirano y las leys son de tirano, o hacer buenas y prosperadas a las suyas, si es rey verdadero.

«Pues acontece muchas veces desta manera, que por razón de la flaqueza del hombre y de su encendida inclinación a lo malo, las leyes por la mayor parte traen consigo un inconveniente muy grande; que siendo la intención de los que las establecen, enseñando por ellas lo que se debe hacer y mandando con rigor que se haga, retraer al hombre de lo malo e inducirle a lo bueno, resulta lo contrario a las veces, y al ser vedada una cosa despierta el apetito della. Y ansi el hacer y dar leyes es muchas veces ocasión de que se quebranten las leyes...». Afirmando, por último : «Hay dos maneras de dar leyes : una diciendo a los hombres lo que les conviene hacer e no hacer, que es la ordinaria, y otra, que «no es tanto aviso como inclinación», no manda ni prohíbe sino que imprime un deseo hacia lo bueno.

Esta es más eficaz que aquélla, pues actúa sobre la voluntad, que en la primera queda libre».

Saavedra Fajardo, en sus «Empresas Políticas» (E XXI) : «La multiplicidad de leyes es muy dañosa a la republica, porque con ellas se fundaron todas, y por ellas se perdieron casi todas.

En siendo muchas, causan confusión y se olvidan, o no se pudiendo observar, se desprecian». Antónío Pérez, en su «Norte de Príncipes» (edic. de Madrid, 1788, segunda parte, pág. 222), escrito en 1594, según resulta de una de sus famosas cartas, al defender la conveniencias de que se limitara el lujo en los vestidos, la abundancia de los banquetes y los pleitos, deseos que también se representaron por los procuradores en Cortes de aquel tiempo, decía: «... Como en otro tiempo se padecía con los delitos, ahora padeceremos con los remedios de ellos, y así he llegado a averiguar aquella doctrina de Tácito, «que ninguna doctrina mayor hay de la corrupción de las costumbres, que la multitud de leyes»: y no sé si me atreva a decir que es argumento también, como la multitud de humores de que anda cerca el acabamiento del sujeto, en que se vieren estas señales, para engendrarse despueé otro que es el orden que guarda la Naturaleza con las cosas percederas, hasta que de todo punto se acaben, y se hunda esta máquina universal».

De igual manera en Portocarrero, «Teatro Monárquico, 1700»: «Creciendo la malicia de los hombres en depravados arrojados, fué necessário que el mismo hombre buscasse modo con que ocurrir a los desordenes de sí mismo: no halló otro mas proporcionado que la ley...». Sólo que para este escritor «el que no espera ni teme, viverá como le pareciere», y que conseguinte estima que es necesaria la fuerza, la coacción, hallándose así alejado del moderno anarquismo, cuya diversidad de matices justamente se unifica ante este problema: el de la ausencia de la coacción, como por ejemplo puede verse, en Max Stirner, en Juan Grave y en la conocida historia de Elzbacher y en la crítica de Stammler. Para Portocarrero, el premio y en castigo son los medios precisos de mantener el Imperio. Las leyes, dice, son el alma de las repúblicas, quien dá ser a esta alma es el príncipe: si falta la ley, muere la República, asuelándose las ciudades, y piérdese el Império... Pero... «la multiplicidad de leyes es evidente prueba de corrupción de costumbres. Desacreditan, porque se da a entender que se cometen nuevos delitos que las leyes antiguas no previnieron. Fiscalizan el cuidado del príncipe en el exacto cumplimiento de ellas. No reforman, porque suele haber muchos privilegiados, unos por sangre, otros por

oficios, otros por desahogo (que son los peores); con que sólo sirve la ley contra el más pobre o desvalido; esto redundando en menosprecio del príncipe y detrimento de la República... Guárdese, pues (las leyes), y cesarán los desórdenes, no se multipliquen, y no habrá confusión, ni interpretaciones, ni pleitos, que es el mayor bien de una República...».

La confusión, la interpretación y los pleitos constituyen otros tantos motivos de reflexión para nuestros antiguos escritores de política. En el discurso XL de su «Conservación de Monarquias» (1576), escribe Fernandez Navarrete: «Con estas leyes del derecho común y con las varias interpretaciones de tantos autores, como cada día salen a comentarlas, y con tantas opiniones encontradas, se embrolla y entrapa la justicia de los que la tienen, acabándose la vida de los litigantes y consumiendo sus haciendas en sutilezas de letrados...». Y F. Francisco Ortiz de Lucio, «Tratado único del príncipe» (Madrid, 1601), en el capítulo II, después de tratar de las condiciones de los reyes y grandes señores, agrega: «Pues pasemos a nuestros letrados. O que con cazadores, y tienen redes para los pobres, que si les pueden echar una zancadilla no lo dejarán de hacer, y un pleito de malo bueno; pues descuidados de llevarlas manos llenas de dinero. Llega la viuda, y dícenle: «Si no tenéis dinero, no tenéis justicia». Séntencian contra las leyes del Reyno, y las partes, para redimir sus vejaciones, conciértanse con los juices y pagan los que les condenan. Y los que no se conciertan y pasan por las sentencias destos ladrones, en los Consejos no los desagravian, por que lo que más hacen es mandar que les vuelvan lo que así han llevado injustamente; y como no condenan en costas a los tales juices, quedan las partes que fueron condenadas más gastadas que si pasaran por la sentencia injusta que recibieron; porque para cobrar-selo gastan más que lo principal; y por esta razón no lo quieren pedir; y los catteriberas van siempre agraviando».

En sus «Auxilios para bien gobernar una monarquia», decía don Rafael Melchor de Macanaz (Auz. II-2): «Tenemos muchas leyes, muy justas, arregladas y santas; pero para cada una hay veinte autores, interpretándolas cada una de diferente manera; cuya contradicción, que arrojan, vicia los trámites de la justicia; pues ofuscando os entendimientos de los jueces, tal vez

entre la infinidad de dictámenes que encuentran, eligen el menos adaptable a la razón; y de este modo se compone una sentencia inarreglada a los merecimientos de una justicia conocida; y aquello mismo que está fundado para distribución de la justicia y subsistencia de las monarquias, desfigura a la primera, y vuelve en un babel a la segunda».

Castillo, «Tratado de la República»; Villagómez Vivanco, «Consideraciones políticas»; Francisco de Castro, «Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes» (1765); Eugénio de Narbona, «Doctrina política civil escrita por aforismos»; Perez de Herrera, «Discursos en razón de muchas cosas tocantes al buen gobierno y riqueza destes Reynos y Remedios para el bien de la salud del cuerpo y de la República»; Faria de Sousa, «Discursos morales y políticos» (1623); Alfonso Carrillo Lasso de la Vega, «Importancia de las leyes», 1626; todos ellos son los grandes predecesores de Filangieri y Schlozer, como reconoce Don Nicolás Pérez Serrano en sus «Variaciones del derecho y política».

«Juro santísimamente, dice Furió Ceriol, que de cien pleitos, los noventa y cinco nascen de la impertinencia de muchas leyes, las cuales en nuestros días, ya no son nada, ni pueden ni deben ser guardadas; y por no haber un Concejo cual yo digo, ni se mudan ni enmiendan, sino que sirven a la ambición y avaricia de abogados y licenciadillos, con que pueden a su salvo cohechar ruin y falsamente».

Sentencia fue de Arcelilao, dice Fray António del Espiritu Santo, «haber muchos delitos donde se hallan muchas leyes, porque, puestas ante los ojos, cansan y olvidadas, sin pena se quebrantatan, de que se sigue menosprecio, veneno unico de la salud de la ley, y porque la condicion del hombre, de sus primeros padres heredada, es apetecer lo vedado». Compara las leyes a los medicamentos que, cuanto en mayor numero se apliquen, mas estragan la salud del enfermo.

Sancho de Moncada dice que las leyes se han multiplicado hasta el punto de asentar el pie sin incurrir en alguna denuncia contra algunas de las leyes. No hay en el reino persona que las sepa todas. Clama contra la multiplicación de los pleitos «fin de tantas honras, vidas y haviendas». Para evitar el mal, propone: «Reducir tantas leyes a pocas; que las leyes que queda-

ren hablen con palabras breves y claras; quitar o mudar las leyes que en el tiempo y en nuevas circunstancias han hecho, o inutiles o dañosas a España, y que se guarden sin excepción ni dispensación las leyes que quedaren».

El autor (o autora) del «Colloquio de las cosas que mejoran este mundo y sus repúblicas» habla de la inmortalidad de los pleitos, proponiendo un remedio radical, la supresión de jueces, abogados y procuradores, la supresión de los estudios y aun de las mismas leyes: todo lo fia al juicio del buen hombre cristalino. Villaroel ensalza la transacción para evitar «que se encanten los procesos y desangren la vida a los litigantes».

Don Joaquim Setanti propone un remedio parecido al de Doña Oliva Sabuco para concluir con los pleitos: primeiro el crisol de la concordia; luego un consejo provincial. Sostiene la gratuidad de la justicia, ya «que en hacer que los juristas abogasen de balde se atajarían muchos pleitos».

Lardizabal dice: «de no guardar los jueces las leyes, y de dejar de hacer otras, y tener otras que se pueden servir dellas en diferentes sentidos, se sigue que los subditos crean lo que algunos jueces dicen: que la vida y hacienda de todos pende de su voluntad, porque son las mas de las causas arbitrarias. Y aun se dice haber llegado algunos jueces a decir que ellos son la ley viva, y que no estan sujetos a juzgar conforme a las leyes».

Castillo de Bobadilla clamaba por una buena sólección, ya que la Corte esta llena de «pretendientes de corregimientos, letrados y de capa y espada, que doquiera que volvais el rostro topais con ellos, que andan acá y allá acompañando, importunando y haciendo mil sumisiones, o por mejor decir, echando redes y cebos como pescadores o ventores del favor para ver los oficios, olvidados de sus estudios, ausentes de sus casas, gastadas sus haciendas y en ocasiones de viviones de vicios y a peligro de sus almas». «Como la justicia por si sola no puede obrar, dice Castro y Aguila, necesita para su ejecución de hombres angeles, que angeles habian de ser los ministros de ellas»; por esto encomia una Orden de Felipe II en 1588, segun la qual «no asistiesen en la Corte los pretensores de oficios de justicia, so pena que por el mismo fuesen incapazes e inhabiles para ser proveidos».

Una buena medida preventiva es el aumento de sueldo a los

funcionarios, segun Don Francisco Bermudez de Pedraza, aunque Perez Ramirez tiene poca confianza en ello. Las visitas a los jueces, para una exacta inspección cada año, son ordenadas en la «Nueva recopilación». En los «Grandes anales de quince dias» propone Quedo el inventario de sus bienes antes de conferirles el cargo. Castro y Aguila habla de la estadística de los delitos en cada Juzgado. Martin Sarmiento, en «El porque si y el porque no», se refiere al registro individual de todas las personas que hay en una población, oficios, porqué estan ausentes de sus lugares, etc.

Tovar Valderrama dice que la ley, para permanecer y conservar semejante nombre, y para conseguir en la razón y obediencia humana toda observancia diligente y durable, debe ser honesta en su intención, justa en su determinación, posible en su ejecución, segun su naturaleza en su aplicación, segun la costumbre de la patria en su policia, conveniente al lugar y al tiempo en su providencia, util y necessaria en su elección, manifiesta en su publicación; no por su obscuridad se dé ocasión de delinquir.

Estas opiniones tienen su «jairos», su oportunidad para inscribirse fecundamente en la trayectoria de la criteriología a seguir, como indices de estados de ánimo sobre la organización judicial.