

PRÓLOGO

Este libro que viera la luz en el año 1947 es una manifestación más de aquel sentido de equilibrio prudencial, mesura y honestidad que el maestro Castán derramara en su vida y en su obra con profusión.

Para comprender la profundidad de la obra, la esencia, y el sentido del Derecho, su trascendencia práctica, a que fines sirve, y cómo ha de conseguirse su imprescindible efectividad en el día a día, precisamente, muy precisamente, en cada caso concreto, basta con que el lector, pausada y sosegadamente, lea sólo el principio de la obra (*La naturaleza y sentido de la realización del Derecho*) para que enseguida, perciba suficientemente la raíz misma de todos los problemas, de tal manera que la clara y feliz contemplación panorámica inicial, le induzca invenciblemente a seguir adelante. Claro, en fin, que las obras deben leerse comenzando por el principio; pero aquí, esta recomendación general cobra singular o especial sentido. La pausada y atenta lectura de estas primeras páginas, proporcionan al lector, una visión directa del pensamiento asumido por Castán, de lo que él cree, siente y patrocina. Sabido es el cuidado y respeto profundo que Castán ha profesado a los otros autores y la profunda delicadeza con la que ha tratado sus respetivas opiniones, exponiéndolas de uno u otro modo, con claridad y sin omisiones ni sectarismos. Más estas primera páginas, son expresión más depurada de su propio pensar o también de aquel pensar ajeno que hace suyo; es una exposición inicial, efectuada de corazón, lo que proporciona al lector un poderosísimo lente (como diría Vallet) selector, orientador, que conducirá acertadamente al que lee en el resto de la lectura. Estas páginas, dan fecundo sentido, a la más amplia doctrina que después expondrá, claro está, magistralmente. No se olvide, que esta importante obra, es una obra de sedimentación tras largos años de estudio y meditación, de experiencia docente (oral de la Cátedra y publicaciones) y jurisdiccional del autor, viviendo una verdadera conmixión espiritual de la Ciencia del Derecho y de su propia realización práctica, caso a caso, sentencia tras sentencia. Un perfeccionamiento, un redondeo científico, síntesis y constructiva recapitulación de todo ello lleva al Maestro-Juez, ya desde el principio, a tomar una posición rotunda parafraseando el decir de Ihering: “*El Derecho existe para realizarse. La realización es la vida y la verdad del derecho; es el Derecho mismo*”.

Castán pues, percibiendo íntimamente que el Derecho ha de hacerse real, ve en este “realizarse” un proceso que no se agota con la mera aplicación de una norma abstracta sino como algo que tiene un “plus” trascendentalísimo que denomina realización o elaboración del Derecho. En magnífica cascada consecuencial y sabiamente descriptiva se desarrollan sucesivamente las diversas modalidades de elaboración del Derecho, que se describen, analizan y perfilan para terminar con la sublimación misma de todo ello, explicando la Ciencia positiva y técnica del Derecho. En suma, que todo el proceso de afloración del Derecho en su efectivo caminar hacia sucesivas y diversas realizaciones del “*justum*” concreto, respectivamente predicable de cada caso, aparece destilado en la obra, de tal manera que el lector se hace sabedor de aquello que concretamente se debe hacer, como se hace, y que finalidad (el *iustum* concreto) informa el proceso.

La obra ilumina la misma eclosión de las fuentes formales (pp. 364-365) su sentido, vislumbra jugosamente el carácter de puente que ejercen los principios generales del Derecho entre el Derecho natural y las leyes positivas sin olvidar la influencia del factor sociológico para vivir asimismo en el libro —con especial atención— el posterior descenso hacia la persecución del *justum* concreto, real, de cada caso, que es lo que justifica el Derecho, le da la nota esencial de realidad, en este proceso de marcha hacia cada caso concreto, que acaso en su reiteración y mediante la jurisprudencia asciende de nuevo, se generaliza y como

jurisprudencia, —art. 1º C C— complementa el ordenamiento jurídico. E insisto, ¿Cómo se hace esto?, ¿Qué resortes existen para colmar esta finalidad en cada caso?, ¿Cómo deben funcionar y cómo funcionan? Con la precisión pedagógica del catedrático, y el caudal de experiencia del juzgador, la expresión de lo que ocurre y debe ocurrir se derrama con la ágil minuciosidad del autor, muy pedagógicamente construido. Así pues, la obra (como si fuera una precisa condensación de su esfuerzo de observación, e investigación) sigue con realismo ejemplar desde el nacimiento de las fuentes formales, contemplando su natural limitación, su posible integración, corrección, la concatenación de unas con otras en útil proceso interpretativo, y la función elaboradora del mismo Derecho que incidiendo en ellas ya se efectúa.

Y contempla asimismo, estudia, profundiza, describe y analiza, el trascendente proceso de descenso de la normativa general, hacia la consecución de una norma especial que vincula y resuelve el caso concreto, ora sea por vía jurisdiccional, arbitral o consejo (jurisprudencia cautelar, del Notario o del abogado, por ejemplo). Y es en este proceso de descenso hacia la determinación de la normativa que resuelva el caso concreto, donde la obra muestra su extraordinaria utilidad práctica, y hasta sus sentido y visión de futuro que se constata con la consideración de la reforma del título preliminar del C C (Vide redacción Decreto 31 de mayo de 1974) que se ajusta trascendentalmente al pensamiento castaniano. Es evidente, como dice Vallet, la profunda huella creadora castaniana en la redacción del título preliminar reformado.¹ Y ello es una muestra de sintonía entre el texto legal y el pensamiento de Castán.

Al perfilar (narrando, precisando, delimitando y comprometiéndose) el sentido del por él llamado fenómeno de la aplicación del Derecho no sólo trasciende su propia personalidad, si no que realiza un sutil acto de afloración de la verdad. El tiempo ha ido transcurriendo y a medida que avanzaba, se iba manifestando el pensamiento de Castán como acorde con la verdad, con la realidad, y hoy puede decirse que su posición está consolidada, aceptada y acogida.

La reedición ha debido y querido respetar la sustancia del antiguo libro pero el libro, es verdaderamente, un libro de hoy, que constituye una decisiva e imprescindible orientación para percibir, entre otras cosas, la grandeza y complejidad del descenso de la norma o normas generales; y no sólo esto, no sólo para percibir sino que, para alcanzar también la posibilidad de penetrar en la íntima esencia del fenómeno de la llamada aplicación del Derecho y hacer más adecuadamente justicia en el caso concreto. Castán nos enseñó y nos continua enseñando que: (vide “*ad exemplum*” la hermosa página 362 “*la realización del Derecho, sin ser materia extraña a la ciencia, no pertenece exclusivamente a los dominios de ella; es un arte sobre una base científica, y ese arte, más todavía que de los materiales técnicos, necesita del material humano que le proporcione la formación del jurista*”. (p. 363). Y esta profunda proyección de sensatez y sentido de equilibrio, también previene, frente a los excesos de aquellas escuelas, que pueden poner en peligro la misma seguridad jurídica y la certeza del Derecho.

La lectura del libro no sólo muestra la esencia, el sentido, y la teleología de la aplicación y elaboración del Derecho, sino que alcanzando un interés pragmático actual extraordinario, explica como puede alcanzarse esta finalidad institucional mencionada: la justicia del caso concreto, y muestra cuales son los resortes o instrumentos que hacen posible tal consecución, y como debe operarse —y como se opera— con el finísimo análisis, por ejemplo, del concepto de

¹ Vid. la constatación clara del origen del título preliminar reformado del Código Civil en la p. 209, de la contestación de Vallet, al discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, de quien prologa (*El afloramiento y la determinación del Derecho según el maestro José Castán Tobeñas*), editado por la propia academia. Madrid, 1999.

“norma aplicable” y su trascendencia práctica conectando la “aplicabilidad” con la finalidad de la norma, o la interpretación integrativa, (o correctora), o el análisis, clarificación y expresión de cómo debe utilizarse la equidad, incidencia del Derecho Natural y de los primeros principios más allá de la formulación y promulgación, hasta en la fase de aplicación, o en fin la magistral consideración de la incidencia del sentimiento del Derecho, cuya naturaleza, características, origen y modo real de actuar y sus efectos en la aplicación constituyen en inteligente y monumental tributo a la verdad una expresión cuya claridad y agudeza, provocan en el lector una percepción casi táctil del fenómeno de la determinación del “*iustum et equum*” concreto; fenómeno por Castán íntimamente conectado tanto con las normas en particular, (aplicables o no aplicables, o aplicables conjuntamente con otras) como con los primeros principios y el Derecho natural, como con el Ordenamiento jurídico. En su previsión pragmática de todos los posibles aconteceres y situaciones de la realidad misma, contempla el caso, incluso de conflicto entre la norma a aplicar y la conciencia del juzgador, problema que el autor, (consciente de los múltiples resortes utilizables por el juzgador dentro de la más estricta legalidad), muestra como el conflicto es soluble en la casi totalidad de los casos, como la experiencia enseña.

¿Qué es lo que intelectualmente debe realizarse, para alcanzar ante un caso concreto la solución, más allá de lo meramente lógico, más allá de lo acaso concorde con una cualquiera de las posibles normas aplicables, para alcanzar, en fin, la solución justa? Pues ahí está, en estas páginas. Y lo magistral de la de la exposición, proporciona una íntima aceptación² tan profunda y tan consonante con los rectos sentimientos de quien lee, que uno estima leer lo obvio.

Lector: cuando te sumerjas en una obra y su contenido lo percibas intensamente como obvio es, como ocurre aquí, que la perfección descriptiva ha elevado el pensamiento genial a la condición de obvio. Ha alcanzado la sencillez, como virtud.

No sólo en el atormentado siglo precedente, sino en el mundo de hoy, son, más que útiles, necesarias estas inyecciones de activa prudencia que no quietismo, de profunda sensatez, de ponderación de todo (*divinarum atque humanarum rerum notitia*), de la atención no solamente a los primeros principios sino también (respetando la jerarquía de valores) al cambio social, al injerto de la vida misma, al injerto de la actualidad nutriente del ordenamiento jurídico, que en la, por él llamada, elaboración del Derecho, se provoca.

Y el pensamiento de Castán, lleva en su mismo seno, el injerto de perenne actualidad. Si alguien ha luchado por dar a conocer la captación del sentido humano, social de la vida, la delectación de las tendencias generantes de mutaciones o alteraciones, y su eficacia y penetración (a través de diversos resortes que describe con claridad y ponderación) en el ordenamiento jurídico; si alguien ha llamado la atención induciendo a considerar aquellas circunstancias y situaciones no previstas exactamente por el legislador; si alguien ha sentido y sentido la consiguiente disfunción en caso de discordancia entre las finalidades del ordenamiento y el resultado que la estricta aplicación de una norma al caso concreto genera; si alguien ha percibido, y considerado si en esta situación es aplicable una norma cuya finalidad perseguida es distinta del resultado que “*in concreto*” resulta si alguien ha propugnado la necesidad de ponderar la equidad en trance de aplicar o determinar el derecho; si alguien ha analizado y defendido posturas prácticas encaminadas a que este proceso descendente de lo universal o general a lo particular conduzca a la justicia misma del caso concreto como consecuencia del razonar y sentir, de la lógica y del sentimiento jurídico (en sus

² Por este camino, anda también la moderna jurisprudencia del TS que reiterando la doctrina de la vieja sentencia de 26-11-1929 se pronuncia claramente en los de 23-03-1956, 29-01-1970, 05-11-1985 (Sala de lo Social) y 24-06-1994 (Sala de lo Penal).

equilibrados y justos límites); si alguien no sólo para entonces sino para siempre, y por ende para ahora, ha sabido actualizar, desarrollar, los resortes-remedio y difundir aquellos útiles medios que saben compatibilizar la seguridad jurídica con la justicia del caso concreto; si alguien, supo en medio de la misma realidad vital humana captar el significado del “*ius pretorium*” y honorario (D. I, 17,1) que servía para ayudar, suplir o corregir el derecho civil (“*adiuvandi vel supplendi, vel corrigendi, juris divilis*”) tan necesario hasta tal punto que los mismos juristas romanos vieron este derecho como esencialmente incorporado al derecho civil (Marciano —D.I,1,8— dijo que el derecho honorario era la misma voz del Derecho civil “*...ius honrarium viva vox est iuris civiles*”), si alguien ha estudiado, considerado, y facilitado instrumentos ordenados a la buena aplicación del Derecho, prestando un servicio a la magistratura no sólo de entonces, a la que tanto considerara y sirviera, sino a la magistratura de siempre, dada la vigencia y perennidad de tal problemática; si alguien como magistrado ha practicado las complejas operaciones de aplicación del Derecho en tanto que él mismo, como Catedrático enseñara y escribiera como se realizan en la práctica, si alguien, con su realismo, ha repudiado la separación entre la teoría y la práctica, advirtiendo que el Derecho tiene la razón de su existencia, en su proyección efectiva —práctica— en la misma vida, mediante sucesión ininterrumpida de concreciones; si alguien ha captado la coadyuvación efectiva a la realización de la justicia de lo que el califica como “sentimiento jurídico” explicando que el Derecho es lógica y más que lógica, en su complejidad, Y si alguien, lejos de oscurecer, ha clarificado, tal complejidad, con la iluminación de su ciencia, experiencia y honestidad, este alguien es el maestro Castán.

Sería una verdadera lástima que este caudal, de ciencia, experiencia, dinamismo actualizante y adaptatorio, perenne, presidido e informado por la prudencia (La ciencia del Derecho —hemos leído— no es “*Jurisscientia*” si no “*Jurisprudencia*”) se fuera diluyendo para quedar en el olvido. Sería mucho más que una lástima.

Por esto brota vivo un profundo agradecimiento a quienes han decidido la reedición prestando así un servicio trascendental a la sociedad, a la sociedad de hoy.

Hay que felicitar —insisto— a la editorial por la virtud señalada de esta reedición: Su intensa oportunidad.

José Juan Pintó Ruiz