

JUSTICIA FRACCIONADA

In all great controversies much depends on where the tale begins (Winston S. Churchill, «Great contemporaries», Odham Press Ltd., London, 1948, pág. 112.)

SUMARIO :

Planteamiento del problema. I. Función categorial de la justicia: 1) Las categorías en el pensamiento de la naturaleza. 2) Las categorías en el pensamiento de la cultura. 3) Comparación en especial de la justicia con la causalidad.—II. Primer obstáculo de la realización de la justicia: discrepancia entre el carácter infinito del mundo y el carácter finito de la justicia: 1) Injusticias «ex nunc». 2) Injusticias «ex tunc».—III. Segundo obstáculo de la realización de la justicia: influencias desde fuera: 1) Injusticias con respecto a la aplicación de la ley. 2) Injusticias con respecto a la legislación.—IV. Tercer obstáculo de la realización de la justicia: expansión hacia fuera: 1) Fraccionamiento del Derecho material: a) Dentro de la esfera personal. b) Dentro de la esfera real. 2) Fraccionamiento del Derecho procesal.—V. Cuarto obstáculo de la realización de la justicia: contracción hacia dentro: 1) Corte en un continuo numérico: a) Continuo temporal. b) Continuo cuantitativo. c) Casos en los cuales el corte, según la reglamentación, puede efectuarse en cualquiera de los sentidos indicados. 2) Corte en un continuo personal. 3) Corte en un continuo vital. 4) Corte en un continuo real.—VI. Conclusiones: 1) Recapitulaciones. 2) Consecuencias: a) Relaciones entre justicia y seguridad jurídica: a') Concepto general de la seguridad jurídica. a'') «Quidditas» de la seguridad jurídica. b'') «Haecceitas» de la seguridad jurídica. b) Relaciones entre justicia y moral: a') Justicia en sentido objetivo y en sentido subjetivo. b') La autoaplicación del fraccionamiento a la justicia. c') La virtud de la justicia (justicia en sentido subjetivo). d') La virtud de la caridad. e') Resumen. c) Relaciones entre justicia y Derecho.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La justicia divina consiste en el reparto de todos los bienes y de todos los males entre todos y cada uno de los hombres según los criterios de la Ley Eterna. He aquí el concepto originario de justicia.

Estrechando la noción de la justicia divina a la humana, llegamos a la siguiente definición: La justicia consiste en el reparto de todos los bienes y todos los males repartibles entre todos y cada uno

de los hombres por personas autorizadas y en virtud de principios y reglas basados en la razón y la revelación.

Cada acto de justicia no realiza, por ende, sino una fracción de la justicia en su totalidad por no constituir sino una parte mínima del reparto como tal. Llamamos el carácter total de la justicia su función pantónoma. Todo acto de justicia posee, por consiguiente, carácter fraccionado.

I

FUNCIÓN CATEGORIAL DE LA JUSTICIA

Podemos entender por categoría, en sentido objetivo, una condición necesaria del mundo, y, en sentido subjetivo, una condición necesaria de nuestro pensamiento del mundo.

1.. *Las categorías en el pensamiento de la naturaleza*

Podemos distinguir en el mundo real categorías pantónomas y categorías monónomas. Las primeras —por ejemplo, la causalidad— suponen una infinidad de objetos dominando todos ellos; las segundas —por ejemplo, la sustancia— dominan cuantos objetos hay (en caso contrario no se trataría de una categoría), pero no suponen sino un solo objeto.

La función pantónoma de la causalidad significa, por tanto, que existe una infinidad de acontecimientos que constituyen una concatenación de causas y efectos. Este hecho repercute sobre la exactitud de mi conocimiento del mundo real en forma tal que, mientras que ignoro una sola relación causal, todas las demás pueden ser diferentes de lo que creemos que son. Por el otro lado y partiendo de una relación causal determinada, hay que tener en cuenta que la función pantónoma de la causalidad nos hace imposible su debido conocimiento, puesto que éste requeriría él de todas las relaciones con los objetos contiguos (y así *ad infinitum*) y él de todas las relaciones con los objetos influyentes en la génesis de la relación causal (también *ad infinitum*). Rickert (1) denomina las dos últimas razones de

(1) *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung* (Mohr, Tübingen, 1929; ed. 5.^a, págs. 32 y ss.).

imposibilidad de una descripción completa lo inagotable en sentido extensivo e intensivo. Si buscamos una terminología para apellidar las tres fuentes consignadas de la imposibilidad del conocimiento completo de la relación causal, debidas las tres a la función pantónoma de aquella categoría, podemos hablar de la imposibilidad de tener en cuenta las posibles rectificaciones del resultado del enjuiciamiento de una relación causal producidas por *influencias desde fuera*, por su *expansión hacia fuera* y por su *contracción hacia dentro*. El investigador corta por lo sano. Descarta hechos cuya influencia sobre el tema de su investigación le parece improbable; se limita a indagar un número reducido de expansiones; y no averigua sino unas pocas ramificaciones en el pasado. Podemos bautizar este proceder el *método del fraccionamiento*.

Para ilustrar lo dicho con un ejemplo pensamos en la descripción de cualquier enfermedad. Cualquier juicio sobre ella es precario: en primer lugar, porque puede haber habido influencias que desconocemos; en segundo lugar, porque hemos de interrumpir en alguna fecha la serie de efectos que produce; en tercer lugar, porque hemos de cortar en algún momento la cadena de causas que a ella condujo.

2. *Las categorías en el pensamiento de la cultura*

Volvamos ahora nuestra mirada al mundo cultural que es, en su aspecto objetivo, el mundo de los valores, y en su aspecto subjetivo, el mundo del deber ser.

También en el mundo de la cultura existe la diferencia entre categorías pantónomas y monónomas. Las primeras, como, por ejemplo, la justicia, suponen una totalidad y la dominan; las segundas, como, por ejemplo, la belleza, dominan cuanto hay, pero no suponen sino un solo objeto. Ahora bien, como el mundo cultural es superpuesto al mundo real, lo pantónomo y lo monónimo opera a través de ambos mundos. La categoría pantónoma de la justicia exige, por ejemplo, que la distribución de bienes y males entre las personas sea justa (valor o deber ser), de modo que cualquier injusticia efectiva (mundo real) basta para que el ideal se frustré. La categoría monónoma de la belleza exige, por ejemplo, que un objeto artístico sea bello (valor o deber ser), de modo que la belleza efectiva de un objeto artístico (mundo real) no sufre la más mínima merma

por la fealdad efectiva de otro objeto artístico (mundo real). Las categorías de la naturaleza son unidimensionales, las de la cultura son bidimensionales.

3. Comparación en especial de la justicia con la causalidad

Dejando aparte la diferencia general entre las categorías de la naturaleza y las de la cultura, consistente, como acabamos de ver, en la unidimensionalidad de las primeras y la bidimensionalidad de las últimas, la diferencia específica entre causalidad y justicia, en su juego categorial, reside en lo siguiente: La primera supone una infinitud de objetos; la segunda, muy al contrario, supone una totalidad finita. Como, por el otro lado, el mundo cultural se alza sobre el real, la suposición hecha por la justicia como valor o deber ser no se cumple en el mundo real. Por este motivo no se puede hacer justicia completa hasta que el mundo no haya concluído, o sea el día del Juicio Final. Pero aquel día ya no se ejerce justicia humana sino divina, la cual, no obstante, también es pantónoma. Aquel «dies irae, dies illa» (Epíst. a los Romanos, II, 5; Apocalipsis, VI, 17) de Tomás de Celano, todas nuestras obras serán juzgadas (2) (Segunda Epístola a los Corintios, cap. 5, vers. 10); y nuestras obras no serán juzgadas aisladamente sino en el contexto de nuestra vida entera, y esta última, a su vez, será considerada en su concatenación con la historia contemporánea y pasada: sólo así es posible hacer justicia.

Por lo demás, la analogía entre la función categorial de la causalidad y la de la justicia no es alterada sino por el carácter unidimensional de la primera y el carácter bidimensional de la segunda. En efecto, la función pantónoma de la causalidad actúa en el mundo real y perturba por las tres razones antes indicadas su *adecuado conocimiento*. La función pantónoma de la justicia radica en el mundo cultural e impide su *adecuada realización* en el mundo real. La función pantónoma de la justicia obsta también a su recto conocimiento; pero este desconocimiento interesa prácticamente sólo como uno de los impedimentos de su adecuada realización en el mundo real. Todo ello no es obstáculo a que hallemos en el ámbito de la justicia las

(2) V. KARL PRÜMM (S. J.): *Christentum als Neuheitserlebnis, Durchblick durch die Christlich-Antike Begegnung* (Freiburg, Herder, 1939, pág. 460). Véase San Mateo, cap. 25, vers. 41 a 46; Primera Epístola a los Corintios, cap. 15.

tres fuentes de perturbaciones. Ninguna adjudicación es justa, mientras que alguna otra sea injusta, puesto que es injusto hacer justicia, si no se hace justicia con respecto a todos. En segundo lugar, resulta injusto enjuiciar algún acontecimiento aisladamente, desconectándolo de sus relaciones en espacio y tiempo. No es posible, por ejemplo, abarcar todo el daño material y moral que produce un hecho ilícito. En tercer lugar, es injusto injuiciar a una conducta separándola de su motivación consciente e inconsciente y de cuantas circunstancias puedan haber repercutido sobre carácter y alma del individuo. He aquí de nuevo —pero, como ya dijimos, como obstáculos a la realización del ideal y no como obstáculos al conocimiento de la realidad— las influencias desde fuera, la expansión hacia fuera y la contracción hacia dentro. Y también en este contexto hemos de echar mano al método del fraccionamiento (3).

El paralelismo entre causalidad y justicia da lugar todavía a ulteriores consideraciones. La causalidad nos brinda una de las pruebas y la mejor —«prima autem et manifestior via est, quae sumitur ex parte motus» (Santo Tomás, *Summa Theologica*, Prima Pars, Qu. 2, art. 3, respondeo)— de la existencia de Dios. Es, por tanto, de sospechar que otro tanto ocurre con respecto a la justicia. En efecto, la justicia nos lleva forzosamente a la existencia de un Ser Supremo que distribuye justicieramente los males y los bienes entre los seres. La demostración puede articularse del modo siguiente: Encontramos en este mundo una infinidad de bienes y males repartidos entre los seres. No podemos sino concebir este reparto como objeto de la exigencia de una distribución justa. Esta exigencia y su realización suponen forzosamente a un Justicia mayor. *No hay justicia sin Justicia*. Nosotros somos impotentes de asumir este papel, puesto que, por un lado, existen innúmeros bienes y males que no pueden ser adjudicados por nosotros y, por otro lado, aun en la medida en la que intervenimos en este reparto activamente, las capacidades que nos facultan a ello y el conjunto de circunstancias que nos permite desarro-

(3) Llamamos la atención sobre el método del fraccionamiento ya en «Comentarios acerca de la sistemática cossiana de la filosofía jurídica» (en *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* de la Universidad N. de Córdoba (Argentina), año IX, núm. 3, julio-agosto de 1945, págs. 405, 406; en *Revista Jurídica de Cataluña*, año 43, vol. 44, núm. 3, julio-agosto de 1945, pág. 37; como folleto en Córdoba, R. A. ASSANDRI, 1946, págs. 48-49). V. recientemente nuestro artículo «Problemas de justicia en medida por medida de Shakespeare» (en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 72, 1953, pág. 16).

llarlas, constituyen a su vez bienes que no nos han sido adjudicados por nosotros. La raíz común de la causalidad y de la justicia que permite su empleo como vías conducentes a Dios, reside en su carácter pantónimo que capta el mundo como unidad, sea como un solo mundo real de causas y efectos, sea como un solo mundo moral de adjudicaciones y privaciones, unidad que implica al Creador y Regente (4).

(4) La prueba de la existencia de Dios a base de la necesidad de considerar el mundo como un mundo justo no es idéntica a la cuarta vía de Santo Tomás (*Summa Th.*, Qu. 2, art. 3 de la parte primera: *Summa contra gentiles*, L. I, capítulo 13), que considera el grado superlativo de cada valor como causa de los grados inferiores, ni tampoco a la quinta (*ibidem*) que deduce de lo razonable y adecuado del mundo la existencia de un Regente, que es la que KANT (*Kritik der reinen Vernunft, Transzendentele Elementarlehre*, Teil 2, Abt. 2, Buch 2, Hauptstück 3, Abschnitt 6) llama la prueba físicoteológica, puesto que ninguna de ambas enfoca la justicia específicamente, cuya característica privativa de ser pantónoma es, no obstante, el fundamento de nuestra prueba. En efecto, todos los demás valores, tanto, por ejemplo, el de la belleza, nobleza, etc. (cuarta vía) como el de la adecuación (quinta vía) son meramente monónomas. Por análoga razón no coincide nuestra prueba con la que algunos (v. Erzbischof Dr. CONRAD GRÖBER, *Handbuch der religiösen Gegenwartsfragen*, Freiburg, Herder, 1937, página 246) denominan la «prueba moral» y que postula a una persona infalible que nos sirva de garantía de verdad y de justicia, dada nuestra inclinación a errar y nuestro vicio de cometer injusticias. La diferencia de nuestra prueba de lo que otros (SANSAVERINO, *Philosophiae Christianae Compendium*, ed. 9.^a, Nápoles, 1894, vol. II, págs. 316 y ss.; *Theologia Naturalis*, Caput I, art. 6) denominan el «argumento moral» y que invoca como prueba de la existencia de Dios la convicción común, es obvia y no requiere, por ende, ulteriores explicaciones. Nuestra prueba de la existencia de Dios no parte, por último, de la injusticia en este mundo y se distingue, por este motivo, tanto de la prueba «policia» (PAULSEN, *Immanuel Kant*, ed. 4.^a, Stuttgart, Frommanns Verlag, 1904, pág. 337) que sostiene que premio y castigo, injustamente distribuidos en este mundo, serán adjudicados con justicia en el del más allá, como de los postulados de la razón pura, práctica de KANT que deduce la existencia de Dios de la disociación de la virtud y de la bienaventuranza, por un lado, y de la necesidad de postular su unión, por el otro (*Kritik der praktischen Vernunft*, Erster Teil, 2, Buch, 2. Hauptstück, Abschnitt 5). La virtud, según KANT, es sólo alcanzable, si postulamos la inmortalidad del alma, ya que el alma en esta vida no es capaz de lograr el grado superior de la virtud: la santidad (*ibidem*, Abschnitt 4).

II

PRIMER OBSTÁCULO DE LA REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA : DISCREPANCIA
ENTRE EL CARÁCTER INFINITO DEL MUNDO Y EL CARÁCTER FINITO
DE LA JUSTICIA

Dentro de una situación jurídica pendiente, los acontecimientos sobrevinientes pueden ejercer cierta influencia sobre derechos y obligaciones de los interesados. La mora de un deudor o la imposibilidad del cumplimiento de una prestación, por ejemplo, producen repercusiones sobre los derechos de las partes. Vimos antes que el juicio definitivo sobre la justicia en una situación cualquiera no se debiera dictar sino el día del Juicio Final. Como ello evidentemente resulta irrealizable, las personas, autorizadas a repartir bienes y males, declaran las situaciones, en determinadas circunstancias, conclusas. No obstante, la exigencia radical de justicia de que en un principio todas las situaciones debieran considerarse hasta el final como pendientes, se impone a veces aun con respecto a dichas situaciones conclusas y engendra reformas jurídicas de las mismas. De lo que antecede se desprende fácilmente que todo el distingo entre situaciones pendientes y conclusas es forzosamente precario y que las situaciones jurídicas llamadas conclusas poseen siempre un carácter inestable.

Las reformas de las situaciones jurídicas conclusas son provocadas por sucesos (acontecimientos, valoraciones) sobrevinientes que, por regla general, crean una injusticia, también sobreviniente (injusticia *ex nunc*), de aquéllas. Si el suceso consiste en el conocimiento sobreviniente de los repartidores de un suceso anterior a la conclusión de las situaciones, nos encontramos en presencia de una injusticia retroactiva (injusticia *ex tunc*).

1) *Injusticias ex nunc*

Los repartidores, al atribuir derechos y obligaciones, cierran la situación jurídica, si no permiten su modificación sino en determinados casos. En este supuesto la situación jurídica se halla pendiente con respecto a estos casos, pero conclusa con respecto a todos los demás. Kant llama ya nuestra atención sobre la hipótesis de un criado que no puede pedir de su amo aumento de salario, previamente es-

tipulado, invocando la disminución de su valor adquisitivo (5). La patria potestad, la autoridad del tutor o curador, la autoridad marital, las facultades de un funcionario apolítico no pueden ser suprimidas sino en supuestos determinados. El método más enérgico de dar a una situación carácter de conclusa, es la llamada cosa juzgada. Si, por ejemplo, una sentencia con efecto de cosa juzgada aprecia una incapacidad producida por un accidente como tal y fija la renta a percibir en correspondencia con esta apreciación, la adquisición de una capacidad parcial hecha en contra de las predicciones de los peritos médicos normalmente no puede ser motivo de una reforma del fallo (6).

Los acontecimientos sobrevinientes producen en los casos expresamente previstos una injusticia tan grande que los repartidores se ven obligados a intervenir, sea espontáneamente, sea a petición de parte. Aludimos, por ejemplo, a la revocación de la donación por ingratitud (por ejemplo, art. 648 Código civil español; arts. 1.858, 1.860 C. c. argentino) o por la existencia de hijos sobrevinientes (por ejemplo, art. 644 C. c. esp.; no así, al contrario, el art. 1.868 C. c. argentino). No faltan doctrinas que en materias determinadas desean aumentar la influencia de los sucesos sobrevinientes. Una de las más famosas es la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*, en virtud de la cual cualquier contrato de Derecho privado o tratado de Derecho internacional público es celebrado con la cláusula, tácitamente convenida, de que las partes sólo han de cumplirlo mientras que permanezcan inalteradas las circunstancias esenciales existentes en el momento de su celebración (7). Inclusive la institución de la cosa

(5) *Metaphysik der Sitten* (Félix Meiner, Leipzig, Philosophische Bibliothek, tomo 42, 1945, pág. 39; *Einleitung in die Rechtslehre*, Anhang, I; traducción española de FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, *Introducción a la teoría del Derecho*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, pág. 90).

(6) El Derecho alemán concede en algunos casos la llamada «acción de reforma» (*Abänderungsklage*) (§ 323 *Zivilprozessordnung*); pero este remedio no procede, si la indemnización consiste en el pago de una cantidad con arreglo al § 843, párrafo tercero del *Bürgerliches Gesetzbuch* (v. SCHÖNKE, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, ed. 7.^a, Müller, Karlsruhe, 1951, § 75, págs. 312 y ss.).

(7) Con respecto al Derecho internacional público, v. OPPENHEIM-LAUTERPACHT, *International Law* (vol. I, sixth edition, Longmans, Green and Co., London, 1947, § 539, págs. 843 a 850). Con respecto al Derecho privado, v. CANDIL, *La cláusula «rebus sic stantibus»* (estudio de Derecho español, 2.^a ed., Madrid, 1946) y nuestros comentarios a esta obra en *Revista Crítica de Derecho Inmo-*

juzgada es excepcionalmente permeable a sucesos sobrevinientes. La sentencia concediendo o negando la defensa por pobre, por ejemplo, no es dotada técnicamente del efecto de cosa juzgada de modo tal que resulta revocable si el interesado ha llegado a mejor fortuna o si ha venido, al contrario, con posterioridad al estado de pobreza. También existen tendencias que aspiran a despojar a la sentencia penal del efecto de cosa juzgada en cuanto opinan que la condena condicional o la condena incondicional más la ejecución condicional (llamada libertad condicional) permiten que sucesos futuros repercutan sobre los pasados. ¡Piénsese, sobre todo, en la futura conducta del reo! (8).

2) *Injusticias ex tunc*

Dos casos reclaman, sobre todo, nuestra atención. En el primero nos enteramos, con posterioridad a la conclusión del reparto, de un suceso anterior que nos lo haga aparecer como injusto desde el principio. En el segundo triunfa con posterioridad a la conclusión una nueva tabla de valores que infesta, igualmente, el reparto de injusto desde el mismísimo momento de su realización.

En el primer orden de ideas mencionamos la revocación de una donación en el caso de resultar vivo el hijo del donante que éste reputaba muerto al hacer la donación (art. 644, núm. 2.º C. c. esp.), o la rescindibilidad de una transacción ignorándose por una de las partes la existencia de una sentencia firme sobre el objeto de la transacción (art. 1.819 C. c. esp.; art. 860 C. c. arg.) o apareciendo documentos ignorados de los que resulte que una de las partes no tenía ningún derecho sobre el objeto litigioso (art. 859 C. c. arg.; en contra artículo 1.818 C. c. esp.), o el error o dolo como vicios del consentimiento, o las causas de revisión de una sentencia firme (art. 1.796 ley de Enjuiciamiento civil y art. 954 ley de Enjuiciamiento criminal de España). Tampoco en este campo faltan intentos de ampliar la influencia de los conocimientos sobrevinientes. Así, afirma la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán que una sentencia con

biliario, Madrid, 1943, págs. 418 a 420; 1947, págs. 135-136, y en *Información Jurídica*, Madrid, núm. 42, 1946, pág. 28.

(8) V., por ejemplo, DORADO MONTERO, *Bases para un nuevo Derecho penal*, Barcelona, Soler, núm. 63, pág. 126. Así también GARNELUTTI (v. cita en FENECH, *Derecho procesal penal*, ed. 2.ª, t. II, pág. 535).

efecto de cosa juzgada puede, no obstante, ser atacada, si una de las partes la logró dolosamente (9).

El supuesto del triunfo de una nueva valoración condenatoria de la antigua da lugar a leyes retroactivas. Los regímenes legítimos de los países ocupados durante la Segunda Guerra mundial por gobiernos títeres de Alemania y del Japón declararon, por ejemplo, nulos los actos realizados por estos gobiernos satélites (art. 2 de la Ordonnance francesa de 9-VIII-1944; decreto italiano de 5-X-1944; proclamación del general Mac Arthur del 23-X-1944 con respecto a las Filipinas; decreto holandés del 17-IX-1944; decreto de 26-I-1945 y ley de 27-IX-1946 de Noruega, etc.). Un cuadro análogo nos lo ofrece la legislación española después de la guerra civil (ley de 12-III-1938, referente a la reintroducción retroactiva del matrimonio canónico; ley de 23-IX-1939, referente a la reintroducción retroactiva del principio de la indisolubilidad del matrimonio; ley de 8-V-1939, referente a la nulidad de actuaciones en zona roja y ley de 5-XI-1940, referente a la contratación en zona roja, etc.). La abolición de la esclavitud nos brinda un ejemplo común a todos los países. Las leyes sobre revalorización de prestaciones llevadas a cabo con dinero depreciado constituyen ejemplos comunes a muchos (Alemania: Dritte Steuer-*notverordnung* del 14-II-1924, leyes de 16-VII-1925 y del 9-VII-1927, leyes monetarias de 30-VIII-1924; España: ley de 7-XII-1939, etc.). La retroactividad puede revestir diversas formas. Puede ser que la ley se contente con decretar el cese de la producción de efectos de una situación jurídica por considerarla injusta. En este supuesto, la retroactividad es inherente al juicio de desvalor y justifica el hecho de que la expropiación se realiza sin indemnización. Tal fué, por re-

(9) V. cita de las sentencias y crítica de la jurisprudencia en JAMES GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage* (Springer, Berlín, 1925, Anm. 2675, página 509). SCHÖNKE (l. c. § 74, IV, 1, pág. 310) sostiene, al contrario, que el logro doloso de una sentencia la priva de su susceptibilidad de producir el efecto de cosa juzgada. V. sobre este problema también, la exposición extensa en GUSTAV BOEHMER, *Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung* (Mohr, Tübingen, 2 Buch, 2 Abteilung, 1952, § 28, págs. 125 a 140). La cosa juzgada es crudamente desmentida en algunos casos de heridas penetrantes del tórax, que, aparentemente, curadas producen en realidad, a veces después de años, la muerte, a causa de la estrangulación de una hernia diafragmática: la condena por lesiones es injusta, por tratarse de un homicidio (v. ALBERTO DANIEL, Consideraciones médico-legales de las heridas penetrantes del tórax, hechas en las Primeras Jornadas Medicolegales y Criminológicas, realizadas en Tucumán, en septiembre de 1954).

gla general, el procedimiento del legislador al abolir la esclavitud; también merece mención en este orden de ideas la ley española de Mendizábal de 29 de julio de 1837 sobre extinción de las Comunidades religiosas y la desamortización eclesiástica. En otros casos el legislador intenta inclusive deshacer lo ya hecho, lo que, a su vez, según la naturaleza de lo hecho, se lleva a efecto de diferente forma: declara válidos, desde el momento de su celebración, matrimonios canónicos, entonces considerados nulos; anula, desde su celebración, matrimonios civiles entonces tenidos por válidos; anula pagos hechos y exige su repetición total o parcial; anula destituciones y reintegra al destituido en el puesto que tendría si no hubiera sido destituido (v., por ejemplo, *Gesetz zur Regelung nationalsozialistischen Unrechts für die im Ausland lebenden Angehörigen des öffentlichen Dienstes* del 18-III-1952, en relación con el *Gesetz zur Regelung der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts für Angehörige des öffentlichen Dienstes* del 11-V-1951).

III

SEGUNDO OBSTÁCULO DE LA REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA: INFLUENCIAS DESDE FUERA

La tesis es la siguiente: Ningún acto de justicia es completamente justo, mientras que en cualquier rincón del mundo persiste una injusticia, puesto que es injusto hacer justicia, si no se hace justicia con todos. Para que una injusticia cualquiera debilite el valor de un acto cualquiera de justicia es menester que la injusticia persista. Una injusticia que ya no produce efectos apreciables, no deja de ser una injusticia; pero no es una injusticia actual, sino una injusticia pasada. El hecho de si una injusticia engendra hoy en día todavía efectos apreciables no es invariable. La esclavitud en sentido técnico-jurídico, supuesto que no reinare actualmente en ningún lugar del mundo, constituye, hoy por hoy, una injusticia pasada. Sin embargo, pudiera ocurrir que se descubriera que los descendientes de esclavos sufran aún de algún defecto psicosomático observable. En este supuesto, subsistiría todavía la injusticia de la esclavitud y de la omisión de remediarla, por ejemplo, mediante una indemnización. Por el otro lado, el hecho de no poder perpetrar actos perfectos de justi-

cia, no nos debe, claro está, inducir a dejar de dar cima a actos relativos de justicia, puesto que la mayor afrenta que cometerse puede en vista a la justicia, sería esta omisión.

1) *Injusticias con respecto a la aplicación de la ley*

En efecto, como siempre, en esta materia procedemos con arreglo al método del fraccionamiento. Enjuiciamos la justicia de un caso aislándolo de otros. Un criminal no puede, por ende, defenderse mediante la alegación de que no se ha castigado a otro. No obstante, el reo puede denunciar al otro o inclusive erigirse en acusador haciendo uso de la llamada acción popular. La denuncia constituye, por consiguiente, con independencia de su aspecto de deber u obligación que también puede revestir, una facultad: existe un derecho a la denuncia. Es cierto que en muchas sociedades se desprecia a quienes denuncian ciertos delitos; pero la condena social de la denuncia es, a la par, la condena social de la justicia del Estado, condena que en muchas circunstancias resulta desgraciadamente muy justificada. Tampoco es correcto restringir la acción popular a los nacionales (como lo hace, por ejemplo, el art. 270, párrafo primero de la ley de Enjuiciamiento criminal esp.), ya que todos deben tener derecho a pedir que se haga justicia. Ciertos Derechos (como, por ejemplo, el alemán) desconocen la acción popular: los particulares pueden formular denuncias y el Ministerio Fiscal está obligado a proceder. Creemos que no se debiera privar a los particulares de la facultad de erguirse en partes acusadoras. Cuando se enjuiciaba a los criminales de guerra, había quienes sostenían que, mientras no se castigara a todos los criminales de guerra, cualquiera fuese el país al que pertenecieran, no era justo poner en la picota a ninguno de ellos. Ya sabemos que este argumento no es correcto, puesto que nos encontramos con un caso normal del empleo del método del fraccionamiento. Prescindimos en este lugar de los demás problemas —por ejemplo, el problema del legislador y del juez pecaminoso— que el procesamiento de los criminales de guerra ha suscitado. Ahora bien, el fraccionamiento tiene también sus límites, sobre todo si se trata del castigo de personas que han participado en el mismo hecho. Los Derechos que castigan el adulterio suelen exigir que la acusación se dirija contra ambos culpables (v., por ejemplo, art. 450 Código penal esp.), por lo menos «si uno y otro vivieren».

En el ámbito del Derecho privado, la situación es diferente. Un deudor del que el acreedor reclama el pago no puede considerarse agraviado en atención al hecho de que otros deudores se encuentran con acreedores más benignos. La razón está en que el crédito es un objeto del que el acreedor puede disponer libremente, tanto mediante la quita como por medio de la espera.

El carácter pantónimo de la justicia, en su aspecto de las influencias desde fuera, explica de cierto modo la formación del Derecho consuetudinario derogatorio de la ley. Una vez desobedecida una norma, la obediencia a ella resulta injusta en cuanto existe la anterior injusticia. Con cada nuevo caso de contravención a la norma aumenta la justicia de la contravención en atención al número precedente de injusticias y disminuye correspondientemente su injusticia con respecto a la norma contravenida.

2) *Injusticias con respecto a la legislación*

En otros casos protesta un grupo de personas contra la injusticia que consiste en que el Estado haga justicia a otro grupo sin haberla hecho también al peticionario. Los maestros de escuela alegan, por ejemplo, una postergación injusta con respecto a otros grupos de educadores, verbigracia, los profesores de segunda enseñanza. Los autores de obras científicas aducen ser «los últimos proletarios» (10). Aunque los que luchan por su justicia no suelen dar a sus pretensiones nuestra formulación, es interesante darse cuenta que es ella la que late en el fondo de sus alegatos. La petición de un grupo social de que se mejore su situación, parte casi siempre de la situación más favorable de otro que se acepta como justa, a fin de mostrar, en vista de ésta, la injusticia de aquélla. No obstante, en los supuestos en los que el pueblo clama por la abolición de privilegios, pidiendo, por consiguiente, la reducción de la clase antepuesta al nivel de la propia, el nervio del argumento es siempre la fuerza contagiosa de la injusticia: el pueblo tiene por justa su propia situación; pero esta justicia pelagra por la injusticia con la cual se trata a un grupo aristocrático.

(10) V. nuestro artículo en *Sarmiento*, Tucumán, t. II, núm. 18.

IV

TERCER OBSTÁCULO DE LA REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA: EXPANSIÓN
HACIA FUERA

El tercer obstáculo de la realización de la justicia, dimanante de su función pantónoma, es su expansión hacia fuera. Cualquier acto justificable se extiende en sentido personal y real. Sin embargo, el legislador o el juez fraccionan esta entidad extendida y enjuician sólo un fragmento de ella.

1) *Fraccionamientos del Derecho material*

a) *Dentro de la esfera personal.*—En numerosos casos pagan justos por pecadores, sea porque las circunstancias no permiten buscar a los pecadores, sea porque ellas se oponen a su castigo.

He aquí el campo de los delitos y castigos colectivos. Por razón del delito cometido por individuos pertenecientes a una comunidad contra individuos pertenecientes a otra, esta última, sin entrar en ulteriores indagaciones, castiga cualesquiera individuos de la comunidad delincuente. Esta práctica de hacer justicia plasma jurídicamente en la institución de las represalias. A veces una comunidad que teme ser agredida se cura en salud colocando en lugar seguro a individuos de la comunidad sospechosa de delinquir a los que realmente castiga, si el ataque temido llegare a producirse. A los individuos detenidos en estas circunstancias se les llama «rehenes». No se trata siempre de procedimientos empleados durante una guerra. La venganza de sangre se practica entre familias. Y en luchas internas entre partidos, atentados políticos son muchas veces castigados por otros. En todos estos casos considera la comunidad violada el ataque como perpetrado por la comunidad enemiga. Por esta razón se cree autorizada a castigar cualquier miembro de la última aunque admite que sería más justo castigar o el miembro directamente responsable o cada uno de los miembros de la comunidad hostil. Podemos traer a colación, en testimonio de la primera hipótesis, la regla practicada en la venganza de sangre según la cual la familia agresora puede redimir-

se entregando a la familia agredida al verdadero culpable (11). Con respecto a la segunda, debemos traer a capítulo la célebre obra de Lope de Vega: *Fuenteovejuna*. En ella, el pueblo de Fuenteovejuna mata al Comendador Fernán Gómez. De él dice Esteban (III, 16): «La sobrada tiranía — y el insufrible rigor — del muerto Comendador — que mil insultos hacía — fué el autor de tanto daño. — Las haciendas nos robaba — y las doncellas forzaba, — siendo de piedad extraño». El juez, que desea hallar a la persona directamente responsable, pregunta a los vecinos del pueblo, aplicándoles el tormento: «¿Quién mató al Comendador?» (III, XI). La contestación es invariablemente: «Fuenteovejuna, señor». Pero aún con independencia del derecho de la comunidad agresora de ampliar el sector enjuiciado, sustituyendo a los individuos inocentes como tales por los verdaderamente culpables o colocando al lado de algunos de los culpables a los demás, la misma comunidad agredida puede escoger aquella parte de la comunidad delincuente que considera culpable en mayor grado que las demás partes de esta última. Cuando, por ejemplo, soldados alemanes fueron matados en septiembre de 1914 en Lovaina, Alemania no ejerció su represalia contra cualquier lugar de Bélgica, sino precisamente contra Lovaina mediante el incendio de su Universidad y de su biblioteca, de fama mundial (12). La misma solución se impone cuando la parte de un Estado ocupado por el enemigo cae bajo la autoridad de un Gobierno Quisling; si se lesionan derechos de terceros Estados por ese Gobierno, no se debe elegir como objeto de represalias aquella parte del Estado que sigue fiel al Gobierno legal, aunque éste sea el único Gobierno reconocido como legítimo por el Estado perjudicado (13). Mencionemos aún el art. 50 del

(11) V. ERICH FECHNER, «Gewaltanwendung und Gewaltüberwindung als Notwendigkeit im Recht (Ein soziologischer Beitrag zur Frage des Friedens)», en *Zeitschrift für die Gesamte Staatswissenschaft*, Band 110, Heft 1, Tübingen, 1954, páginas 18 a 22, sobre todo pág. 21.

(12) El Gobierno belga sostuvo que los tiros habían partido de los mismos soldados alemanes (v. OPPENHEIM-LAUTERPACHT, *International Law*, ed. 6.^a, t. II, Longmans, London, 1944, § 249, nota 3, pág. 448). V. sobre represalias, párrafos 247 a 250, y sobre rehenes, párrafos 258-259. El citado Tratado no pone de relieve debidamente la función instrumental de la segunda institución con respecto a la primera.

(13) V. una exposición detallada de estos problemas en WILHELM WENGLER, «La noción de sujeto de Derecho internacional público examinada bajo el aspecto de algunos fenómenos políticos actuales», en *Revista Española de Derecho Internacional*, t. IV, núm. 3, 1951, págs. 831 y ss. (841).

Cuarto Convenio de La Haya del 18 de octubre de 1907, relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, que dispone que «no se impondrá pena alguna pecuniaria o de otra índole a toda una población por actos aislados, de los cuales no pueda considerarse como solidariamente responsable la población».

b) *Dentro de la esfera real.*—Si una persona queda obligada a pagar indemnización de daños y perjuicios, debiera en justicia pagar indemnización por cualquier daño producido, inmediato o mediato, material o moral, y pagarlo a cualquier persona perjudicada, sea a la víctima directa, sea a la víctima indirecta. No obstante, los diferentes Derechos suelen limitar la obligación indemnizatoria en varios de los mencionados aspectos.

La jurisprudencia alemana ha elaborado, por ejemplo, la doctrina de la relación causal adecuada, en virtud de la cual el responsable no indemnizará el daño que, si bien fué provocado por la conducta suya, no obstante sólo se produjo por la concurrencia de circunstancias anormales. Quien hiere a otro ligeramente no responde del cólera del que se contagia en el hospital el herido o de la epidemia que en la familia de la víctima introduce el médico que le cura o del hurto que comete el recadero del farmacéutico que le trae las medicinas (14). Por el otro lado, puede haber un intervalo temporal considerable entre la fecha del acto ilícito y alguna de sus consecuencias indemnizables. Una sentencia del Tribunal Supremo autoriza a una persona que usa una pierna artificial, a causa de un accidente sufrido hace veintidós años, a pedir indemnización por el daño que le produce una caída en su habitación (15).

Con respecto al daño moral, es posible comprobar una tendencia favorable a su inclusión en el daño indemnizable. Mientras que el Derecho alemán anterior al Código civil de 1900 sólo accedía a la indemnización del daño moral en caso de lesiones —el llamado «dinero por dolores» (*Schmerzensgeld*)— procede el Derecho actual con mayor generosidad, concediéndola también en el supuesto de privación ilegal de la libertad, de delitos sexuales, etc. (16). Un progreso semejante se observa en el Derecho español (17).

(14) V., por ejemplo, ENNECCERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 11 Bearbeitung, Marburg, Elwert'sche Verlagsbuchhandlung, 1930, § 11, II, 2, página 47.

(15) *Ibidem*, § 11, III, pág. 49.

(16) *Ibidem*, § 240, págs. 766 y s.

(17) WERNER GOLDSCHMIDT, *Parte General del Derecho penal*, Madrid, 1949, página 205.

La víctima directa es normalmente la única persona que puede reclamar indemnización por los perjuicios que ella sufre. Si se lesiona a un actor, sólo él y no el empresario, puede exigir indemnización de daños y perjuicios. Si se mata a una persona cuya vida está asegurada, la sociedad de seguro no puede pedir indemnización del homicida. No obstante, y precisamente en el supuesto de homicidios, muchos Derechos conceden indemnización a los parientes más allegados, por ejemplo, a los que tenían derecho a pedir alimentos a la víctima (18).

En todos estos casos aumenta la justicia en razón directa de la amplitud de la indemnización y en razón inversa de la reducción del método de fraccionamiento. Sin embargo, esta tesis no es idéntica a la que consideraría justo imponer el deber amplísimo de indemnización a la persona directamente responsable. He aquí otro problema diferente. El deber indemnizatorio podría incumbir a una entidad particular de seguro o al mismo Estado. Recordemos a este efecto que Ferrari propuso que el Estado a quien los ciudadanos pagan los impuestos para obtener, entre otros servicios, el de seguridad pública, abone a los perjudicados los daños causados por el crimen, reservándose el derecho a repetir contra el criminal.

2) *Fraccionamiento del Derecho procesal*

El ejercicio procesal de los derechos produce un fraccionamiento especialmente enérgico. El demandante puede escoger de entre los diferentes participantes en una relación jurídica al que le parece más conveniente. La sentencia que concluye este proceso no producirá efectos en un futuro proceso entre otros participantes de la misma relación. Es obvio que de este modo pueden producirse incongruencias entre las diversas sentencias que ponen fin a los procesos correspondientes. La sentencia recaída en el proceso contra el deudor puede declarar la deuda inexistente, mientras que, al contrario, puede ser estimada válida en el proceso contra el fiador. Varias partes contrayentes que se creen engañadas por otra pueden pedir la anulación del contrato a causa del dolo en procesos diferentes y obtener sentencias diversas. La función pantónoma de la justicia exigiría que,

(18) ENNECCERUS-LEHMANN, l. c., § 239, págs. 764 y s.; WERNER GOLDSCHMIDT, l. c., págs. 205-206.

con motivo de cualquier demanda, se ventilare todo el complejo de relaciones jurídicas conexas, a fin de conseguir de este modo una sentencia uniforme. En algunos casos extremos, el Derecho procesal civil hace concesiones al carácter pantónimo de la justicia. Por una vertiente pueden las mismas partes organizar un examen amplio, sea por medio de acumulación de acciones, sea a través de la acumulación de autos. Esta última puede ser decretada en el Derecho alemán «de officio». Creemos que el dominio del principio oficial es legítimo por tratarse en todo caso de un problema de justicia, puesto que inclusive en el supuesto en el que no existe la amenaza de sentencias contradictorias siempre existe la conveniencia de dar al examen de cualquier punto la máxima extensión posible (19). Por la otra vertiente, interviene la misma ley mediante las instituciones del litisconsorcio necesario y de la extensión de los límites subjetivos de la cosa juzgada (20). En ambos casos, la sentencia debe ser común a todos los interesados (partes o personas afectadas por la extensión de los efectos de la cosa juzgada). La diferencia está en que en el primero la sentencia no puede recaer a no ser que todos los interesados intervengan como partes, regla que dimana del principio de que nadie puede ser condenado sin haber sido previamente oído y cuya aplicación supone que la contumacia de una de las partes no impide la marcha del proceso, mientras que en el segundo basta la actuación procesal de determinadas partes para que los efectos de la sentencia recaigan también sobre otros interesados, con lo cual se concede al tribunal y a las partes el derecho a disponer del objeto de la controversia. Con respecto a la primera hipótesis, piénsese, por ejemplo, en el supuesto de un cónyuge que pide la anulación de un matrimonio bigámico celebrado por el otro (§ 28, párrafo segundo de la ley Matrimonial alemana de 1946): dirigirá la demanda forzosamente contra los dos cónyuges del matrimonio bigámico (§ 632, párrafo se-

(19) En el Derecho español, acumulación de acciones y acumulación de autos siempre dependen de la voluntad de las partes (arts. 153 y ss., arts. 160 y siguientes Ley de Enjuiciamiento civil). GUASP (*Comentario a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Aguilar, Madrid, t. I, 1943) critica esta reglamentación acertadamente con respecto a la última hipótesis (nota segunda al art. 160, pág. 539). En cuanto al Derecho alemán, v. § 148, «Zivilprozessordnung» (*Prozessverbundung*).

(20) V. JAMES GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlín, Springer, 1925, § 34, págs. 526 a 535. Ambas instituciones existen ya en el Derecho procesal romano (v. URSICINO ALVAREZ SUÁREZ, *Curso de Derecho Romano*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, sin fecha, § 81, pág. 202).

gundo *Z. P. O.*). En cuanto a la segunda hipótesis, valga por ejemplo una sentencia recaída en un proceso entre el heredero provisional («Vorerbe») y un tercero con respecto a un objeto perteneciente al patrimonio relicto y sobre el que el heredero provisional puede disponer sin consentimiento del heredero definitivo («Nacherbe»): tal sentencia produce efectos a favor y en contra del heredero definitivo (§ 326, párrafo segundo *Z. P. O.*).

En el proceso penal, el examen amplio de la justicia cuenta también con los recursos del primer tipo antes indicado: acumulación de acciones y de autos. Con respecto al Derecho español, sostiene, por ejemplo, Gómez Orbaneja lo que sigue (21): «La inclusión de todos los partícipes en un solo procedimiento... y el que sean juzgados en una misma sentencia, constituye una regla tan obvia, 'más que de procedimiento, de justicia' (Hélie...) que el legislador de *Lecrim* no se ha cuidado de consignarla expresamente, pero que está implícita en el primer precepto de 300 y se deduce de todo el sistema». El asunto cambia con respecto al segundo tipo de recursos: extensión de los efectos de la cosa juzgada a personas que no han intervenido y litisconsorcio necesario. Los efectos de cosa juzgada de una sentencia penal condenatoria o absolutoria no se extienden a ningún posible acusado que no haya intervenido procesalmente en el proceso (22). La razón está en que la punibilidad es un mal personalísimo del que nadie puede disponer sin intervención del afectado. Con respecto a los titulares del derecho a querellarse, en cambio, la sentencia firme produce sus efectos, aunque no hubieran hecho uso del mismo en el proceso concreto. El litisconsorcio necesario pasivo no cabe en el proceso penal, puesto que en el proceso penal, a diferencia del proceso civil, no es sólo necesario el emplazamiento de la parte pasiva, sino su presencia física, por lo cual la ausencia de hecho de cualquiera de los litisconsortes impediría la realización del

(21) *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal del 14-IX-1882* (Bosch, Barcelona, t. I, 1947, págs. 428-429, nota 2, c, al art. 17).

(22) GÓMEZ ORBANEJA (l. c.) afirma: «Si el procedimiento no puede dirigirse contra todos ellos (por ejemplo, por ausencia, demencia, rebeldía, falta actual de indicios de culpabilidad respecto de alguno de ellos), la sentencia dictada en un primer proceso carece de todo efecto legal (cosa juzgada), aun con relación a la declaración objetiva del acto, en el proceso ulterior que se siga a cualquier otro acusado». FENECH (*Derecho procesal penal*, Labor, Barcelona, 2.^a edición, t. II, 1952, pág. 541) cree que la cosa juzgada surte efectos si se hubiera desestimado la pretensión por una causa objetiva.

proceso (23). Aun en casos excepcionales, como en el de adulterio, en el cual hay que dirigir la acción contra ambos si uno y otro vivieren (v., por ejemplo, art., 450 Código penal español), en el supuesto de rebeldía de uno de los acusados el proceso seguiría contra el acusado presente, sin que la sentencia recaída contra éste produjere efecto de cosa juzgada contra el contumaz. Si en el posterior proceso contra el cómplice el tribunal llegare a otro resultado, puede haber, en su caso, una causa de revisión de la sentencia anterior (24). Lo dicho se aplica sólo al proceso penal propiamente dicho. En los casos de Derecho penal administrativo o económico el proceso pseudopenal se asemeja más o menos al proceso civil.

V

CUARTO OBSTÁCULO DE LA REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA: CONTRACCIÓN HACIA DENTRO

El cuarto y último obstáculo inherente a la función pantónoma de la justicia consiste en la necesidad de indagar las condiciones infinitas de cada uno de los actos, examen que precisamente por esta infinidad resulta irrealizable. El método del fraccionamiento interviene, como siempre, con cortes que, por ser oportunos, no dejan de ser arbitrarios. Estos cortes pueden llevarse a cabo dentro de continuos numéricos, personales, vitales o reales.

1) Corte en un continuo numérico

a) *Continuo temporal*.—Normalmente, este corte opera sobre un continuo temporal. La adquisición de la madurez intelectual y moral

(23) Contra el litisconsorcio necesario pasivo, FENECH (l. c., t. I, págs. 502 y ss.), invocando los arts. 383, párrafo segundo, 640, 842, 909 L. E. Cr.

(24) V. VIADA, «Litisconsorcio pasivo necesario en el delito de adulterio», en *Revista de Derecho procesal*, Madrid, año III, núm. 1, 1947, págs. 57 a 64, sobre todo págs. 61-62. En el Derecho francés se niega, por regla general, la posibilidad de la casación de una sentencia anterior en vista a una sentencia contradictoria posterior (GARRAUD, *Précis de Droit Criminel*, ed. 11, París, Sirey, 1926, núm. 518, pág. 1065). Pero puede haber revisión en el caso del art. 443, núm. 2, *Code d'Instruction Criminelle*.

de una persona, el decaimiento de un derecho por su abandono por el acreedor, la adquisición de un derecho por su ostentación, etc., todos estos procesos se efectúan paulatinamente sin que sea posible indicar con exactitud a partir de qué fecha podemos considerarlos como concluidos. Nos encontramos en la esfera normativa con problemas análogos a los planteados por Zenón, discípulo de Parménides, y por el socrático Euclides y su escuela megárica: ¿Cuántos granos son necesarios para que se forme un montón? ¿Cuántos pelos debe perder una persona para que tenga una calvicie? En efecto, nosotros preguntamos: ¿Cuándo posee un hombre madurez suficiente para que sea posible permitirle que adquiera, por actos propios, derechos y obligaciones? ¿Cuánto tiempo puede dejar un acreedor de ejercer su derecho sin que el Estado le prive del mismo? ¿Qué lapso de tiempo debe ostentar una persona *urbi et orbi* un derecho que no le pertenece para que, no obstante, el Estado se lo reconozca? En todos estos supuestos, el método del fraccionamiento escoge un momento determinado del continuo temporal, descuidando las condiciones particulares de cada caso.

b) *Continuo cuantitativo*.—En otras hipótesis el corte opera en un continuo cuantitativo. Este es el caso de la llamada *laesio enormis* (*Corpus Iuris: Codex*. L. 4, Tit. 44, §§ 2, 8). Se trata del derecho del vendedor de una cosa que la ha vendido por debajo de la mitad del valor a rescindir el contrato a no ser que el comprador complete el precio hasta que alcance el justo. Salta a la vista la injusticia «desde fuera» (nuestro segundo obstáculo) que pueden invocar los compradores, a los que el Derecho romano no protege contra el pago de un precio excesivamente elevado (25), ya que es injusto hacer justicia a los vendedores sin querer hacerla a los compradores. Por esta razón, extendió el Derecho común alemán la reglamentación de la *laesio enormis* a los compradores, amén de aplicarla igualmente a otros contratos sinalagmáticos traslativos (26). Los Derechos modernos no suelen proteger a ninguna de ambas partes contra excesos del precio en uno u otro sentido (27).

(25) SOHM, *Instituciones de Derecho privado romano, historia y sistema* (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1936, trad. por ROCES, pág. 387, párrafo 68, I, 1); ENNECCERUS-LEHMANN, *ibidem*, § 101, IV, pág. 369.

(26) THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts*, ed. 9.^a hecha por Buchholtz, Jena, t. I, 1846, págs. 364-365.

(27) Con respecto al Derecho español cfr. arts. 1.293, 1.291, núms. 1.º y 2.º del Código civil.

c) *Casos en los cuales el corte, según la reglamentación, puede efectuarse en cualquiera de los sentidos indicados.*—Echemos, al final, una ojeada a la hipótesis de la merma paulatina del valor adquisitivo de la moneda.

El legislador suele encarar este problema en forma individual. Una vez que en un país determinado, en una época histórica se ha producido una inflación, el legislador de este país y de esta época examina la cuestión de si es justo obligar a los deudores que han realizado pagos en moneda despreciada a repetir el pago en parte o en su totalidad. En caso afirmativo, el legislador debe señalar fechas a partir de las cuales los pagos ya no poseían efectos totalmente liberatorios. En otras palabras, el legislador maneja el método del fraccionamiento efectuando un corte en un continuo temporal. El legislador alemán indicó, por ejemplo, después de la inflación que se produjo a raíz de la Primera Guerra mundial, la fecha del 15 de junio de 1922 como fecha inicial de pagos no liberatorios y, por ende, sometidos al deber del deudor de revalorizarlos. Sabido es que amplias partes del pueblo alemán consideraron la medida legislativa como arbitraria e inmoral. Su mero anuncio provocó un célebre manifiesto del Directorio del Colegio de Magistrados del Tribunal Supremo (en *Juristische Wochenschrift*, 1924, p. 40), que amenaza considerar la proyectada intervención como «jurídicamente ineficaz como una violación de la buena fe, como inmoral por sus consecuencias inmorales» (28). Desgraciadamente, el Tribunal Supremo se amilanó ante la insistencia del Poder Ejecutivo. Hay quienes creen que la ruina de la clase media alemana, consistente en pequeños acreedores, que fué perpetuada por la insuficiente revalorización, preparó el camino al triunfo del partido nacionalsocialista y con ello a la situación mundial actual.

El legislador podría, no obstante, reglamentar el problema también en abstracto y, por consiguiente, en vista de cualquier inflación futura. No conozco ningún ejemplo de una reglamentación general de la revalorización. Pero este hecho no se debe a la imposibilidad

(28) V. Sobre este problema los siguientes dos trabajos de JAMES GOLDSCHMIDT en sus *Estudios de Filosofía Jurídica* (ed. por Roberto Goldschmidt y Carlos Pizarro Crespo, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1947): *El caso de la ley* (págs. 163 y ss.) y *La crisis de la revalorización* (págs. 191 y ss.). En el «Apéndice», págs. 233 y ss., se reproduce también el citado manifiesto. Una exposición del Derecho positivo alemán se encuentra, por ejemplo, en ENNECCERUS-LEHMANN, *ibídem*, párrafos 11 a-c (párrafos 231 a-c).

de darla, sino a la repugnancia del legislador de admitir que su moneda pudiera perder valor adquisitivo. Sea ello como fuere, una ley que enfocare en forma general esta hipótesis habría que determinar numéricamente qué *laesio enormis* del valor adquisitivo de la moneda daría lugar a privarla de su efecto libertatorio. El legislador realizaría, pues, un corte en un continuo cuantitativo.

2) Corte en un continuo personal

El método del fraccionamiento opera con igual energía sobre el continuo personal que plasma en la humanidad. La pluralidad de ordenamientos jurídicos: diferentes ordenamientos jurídicos estatales, Derecho internacional público y Derecho interno, así como la jerarquización de las normas dentro de cada ordenamiento jurídico: Constitución, ley, decreto, órdenes de diferente grado de autoridad, no son sino cortes dentro del continuo personal. El hecho de que en muchos casos se utiliza la terminología normológica no obsta a que, desde el punto de vista de la justicia, se trate de delimitaciones de grupos de personas. Estas delimitaciones pueden hacerse de muchas maneras, por ejemplo, en atención a su residencia, su domicilio, su nacionalidad, su cargo, etc.

Si en un complejo de hechos intervienen diferentes personas, muchas veces no se considera responsables sino a algunas. Se exime de la responsabilidad a los personajes y se pide cuentas a los que les obedecían. Ello se puede deber, sencillamente, a que las autoridades no se atreven a perseguir a los responsables principales, contentándose con el castigo de sus instrumentos. En el famoso proceso que desde 1789 a 1791 se instruye en España contra Manca, Salucci, Turco y Timoni por difamación del primer ministro Floridablanca, nadie osa acusar a Aranda, que, sin embargo, sin duda alguna, era el autor principal de las sátiras (29). En otros casos la impunidad del responsable principal estriba, por lo menos, en parte y aparentemente, en alguna razón legal. Uno de los ejemplos de la historia de Prusia nos lo brinda la tentativa de fuga del príncipe heredero Federico con su amigo Hans Hermann von Katte. El rey Federico Guillermo I

(29) V. CAYETANO ALCÁZAR, «España en 1792. Floridablanca. Su derrumbamiento del Gobierno y sus procesos de responsabilidad política», en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 71, 1953, págs. 93 y ss.

hizo decapitar a Katte en Küstrin en 1730, mientras que Federico quedó sin castigo. Formalmente estaba sometido Federico, como príncipe del Imperio alemán, a la jurisdicción del emperador Carlos VI. En otros supuestos se persigue con toda sinceridad sólo a los instigados, declarando irreprochable la conducta de los inductores. Un país que utiliza en la guerra a espías actúa con toda legalidad; pero también se comporta legalmente el Estado que castiga a los espías (30). Hasta la Segunda Guerra mundial se consideraba al Poder Ejecutivo de un Estado también exento de responsabilidad por cualquier crimen cometido en el curso de la guerra (31). Lo único que había era, por un lado, la responsabilidad del Estado beligerante como tal (v., por ejemplo, art. 3 del Cuarto Convenio de La Haya del 18 de octubre de 1907, relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre), y, por el otro, la responsabilidad penal interna, que no solía ser muy eficaz, sea por razones de hecho, sea por razones de derecho, por ejemplo, por la inviolabilidad del emperador Guillermo II (artículo 43, Constitución de Prusia del 31-I-1850 (32). La condena de los criminales de guerra amplía el examen de justicia y lo extiende a los responsables principales. El art. 7 del Plan para el juzgamiento de los criminales de guerra del Eje Europeo, del 8 de agosto de 1945, estatuye que «la posición oficial de los acusados, ya sea como jefes de Estado o funcionarios responsables en los departamentos gubernamentales, no será considerada como liberándolos de la responsabilidad o para mitigar el castigo» (33).

En otros supuestos, al contrario, se exime de responsabilidad a los responsables secundarios, recayendo o no responsabilidad sobre

(30) V. OPPENHEIM-LAUTERPACH, l. c., t. II, § 159, pág. 329.

(31) No obstante, LLOYD GEORGE quería al final de la primera guerra mundial enjuiciar a Guillermo II y hacerle decapitar (v. WINSTON S. CHURCHILL, *Great Contemporaries*, Odhams Press Ltd., London, 1948, pág. 28).

(32) Se trataba de una causa personal e incondicional de exención de pena que aseguraba al soberano la impunidad en todo caso, inclusive después del cese de sus funciones de soberano (v. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs* del 11-VIII-1919, 3 Bearbeitung, Stilke, Berlín, 1929, nota 4 al art. 43, página 230).

(33) V. su reproducción, por ejemplo, en *Revista de Derecho penal*, Buenos Aires, Año I, núm. 3, 1945, pág. 75. V. también principio III de la formulación de los principios de Nürenberg, hecha por la Res. núm. 177 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Sesión segunda, junio, 5-julio de 1950, en *Revue Hellénique de Droit International*, 4me. Année, núm. 2, abril-junio de 1951, págs. 240-241.

los principales. Esta exención puede ser justificada a veces con que no es siempre fácil examinar la legalidad de una orden. Así, por ejemplo, suelen ser vinculatorias leyes aunque no violen tratados, ratificados por el propio país e inclusive la Constitución nacional, en este último caso hasta que no hayan sido declaradas anticonstitucionales por un Tribunal especial (34). Tampoco actúan culpablemente quienes obedecen a las órdenes, aun antijurídicas, de sus superiores (35). En otras hipótesis, no se puede tampoco exigir a los ciudadanos que se opongan al Poder Ejecutivo *de facto*. Si más tarde el Gobierno legítimo recupera el Poder, no debe castigar a los ciudadanos que obedecieron al usurpador. Es más: puede aun castigarlos por ciertos delitos cometidos contra el Gobierno *de facto*. El Derecho inglés ha elaborado esta doctrina de la *temporary allegiance*. Eduardo IV (Casa de York) castiga delitos perpetrados contra Enrique VI (Lancaster) que, sin embargo, había sido declarado por el Parlamento un usurpador. La ley decisiva fué dada por el primer Tudor, Enrique VII (Statute II, cap. 1) y libera a todos los súbditos de toda responsabilidad por obedecer a un rey *de facto* (36). Al subir Carlos II al trono de Inglaterra, la Convención dió una ley especial que aseguraba impunidad a los actos cometidos durante las guerras civiles y el Commonwealth (1649 a 1660), excepto aquellos relacionados con el enjuiciamiento y la ejecución de Carlos I. Por ello, el general Lambert y Sir Henry Vane invocaron también en vano el estatuto *de facto* de Enrique VII. No se debe olvidar, en efecto, que la impunidad de los responsables secundarios supone o que el responsable principal sea un tirano de origen, pero no en ejercicio o, siendo lo último, que los actos ordenados no sean evidentemente inmorales. En este sentido preceptúa el art. 8 del antes ya citado Plan para el enjuiciamiento de los criminales de guerra que «el hecho de que el acusado haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior, no le liberará de la responsabilidad, sino que podrá ser considerado como una mitigación del castigo, si el tribunal determina que así lo requiere la justicia» (l. c.). El cuarto principio del dicta-

(34) Por ejemplo, el Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución Republicana de España de 9-XII-1931 (art. 121).

(35) V., por ejemplo, EDMUND MEZGER, *Strafrecht* (Duncker und Humblot, München und Leipzig, 1931, § 30, II, 2, págs. 226-227).

(36) V. BLACKSTONE, *Comentaries on the Laws of England* (ed. 15, London, Strahan, 1808, t. I, pág. 370, y t. IV, pág. 77).

men de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas recoge esta regla (l. c.) (37).

Mientras que, por regla general, la tendencia es la de ampliar el examen, o sea la de alejar el corte, tampoco faltan casos en los que, al contrario, los hombres se han visto obligados a acercarlo. El deseo, en efecto, de no acudir al método del fraccionamiento hizo que fuese necesaria la *probatio diabolica*. El poseedor que pretendía ser propietario de una cosa a base de una adquisición derivada (donación, permuta, compraventa, etc.), había de probar una cadena ininterrumpida de adquisiciones derivadas hasta que le fuere posible llegar a una adquisición originaria (ocupación, accesión, especificación, etc.). La impracticabilidad de esta prueba fué una de las causas del establecimiento de un nuevo título originario: la usucapión (38). Pero aún así era menester la prueba diabólica, toda vez que todavía no se daban los requisitos de la prescripción adquisitiva. El C: c. alemán de 1900, deseoso de mejorar el Derecho común alemán, estatuye en el § 1.006 la presunción de que el poseedor sea a la par el propietario. Otro ejemplo: En algunos países (por ejemplo, en Alemania) los parientes heredan sin limitación de grado; pero en otros (por ejemplo, en la Argentina), sólo hasta el sexto; en otros (por ejemplo, en España), sólo hasta el cuarto grado. Un último supuesto: Por regla general la justicia reclama que la condena del hecho ilícito se extienda a los «producta sceleris». He aquí un ejemplo de un desfraccionamiento en un continuo real. El aspecto cambia, si los «producta sceleris» son personas y, por ende, constituyen a la vez las «victimae sceleris». Todos los hijos nacidos fuera del matrimonio son «producta et victimae sceleris». Hasta tiempos recientes, la humanidad juzgaba justo el desfraccionamiento; modernamente, se llega en algunos países a la equiparación de los hijos ilegítimos a los legítimos (ver, por ejemplo, hasta cierto punto, la ley argentina del 30 de septiembre de 1954), manteniéndose, sin embargo, la institución del matrimonio y la incriminación del adulterio.

(37) El comentario del informe cita los siguientes considerandos de la sentencia del mismo Tribunal de Nürenberg (l. c.): «The provisions of this article —art. 8— are in conformity with the law of all nations. That a soldier was ordered to kill or torture in violation of the international law of war has never been recognized as a defence to such acts of brutality. The true test, which is found in varying degrees in the criminal law of most nations, is not the existence of the order, but whether moral choice was in fact possible».

(38) SOHM, *Instituciones de Derecho privado romano*, l. c., § 50, II, p. 270.

3) Corte en un continuo vital

La justicia penal se limita a enjuiciar un hecho determinado. No se averiguan las causas remotas del mismo. No se abre el examen con respecto a la infinidad de circunstancias pasadas, del ambiente, de herencia y del carácter que dieron lugar al delito. Programáticamente se habla de un Derecho penal que contempla el delito en oposición a otro que enfocaría al delincuente. Es cierto que el primero suele hacer algunas concesiones al último. Así, se tienen en cuenta la habitualidad, la reincidencia y la reiteración. También la determinación meramente relativa de las penas permite al juez tener en consideración los antecedentes del acusado en el momento de individualizar la pena. Pero el corte se produce siempre con prontitud. Se teme el *regressus ad infinitum* o aun el *regressus* a la decisión originaria en el sentido de Sartre (39-40).

4) Corte en un continuo real

Este corte se efectúa principalmente en dos direcciones. En el primer supuesto se desglosa de un acto un aspecto determinado y se le insufla vida propia. En el segundo caso no se tiene en cuenta sino lo exterior de un acto prescindiendo de su arraigo subjetivo.

La primera hipótesis es la de los negocios abstractos. Todo desplazamiento de un valor patrimonial de una a otra persona supone, para que sea digno de amparo, una justificación: se realiza *donandi causa* o en la esperanza o en trueque de una contraprestación. La validez del desplazamiento debiera, pues, depender de la existencia y de la li-

(39) JEAN PAUL SARTRE, *El Ser y la Nada* (trad. esp. de VIRASORO, Buenos Aires, Iberoamericana, 1949, Cuarta Parte, t. III, pág. 44); el mismo, *El existencialismo es un humanismo* (trad. de PRATI DE FERNÁNDEZ, Sur, Buenos Aires, 1947, págs. 33 y ss.).

(40) El fraccionamiento del delito con respecto al delincuente tomó formas absurdas en la literatura nacionalsocialista que quiso imponer al último un deber de decir la verdad en su papel de acusado. THIERFELDER formuló este principio del siguiente modo: «El delincuente lucha hombro a hombro con el Estado contra su propio delito» (v. ERIK WOLF, «Zur Stellung des Beschuldigten im Strafverfahren», en *Akademie-Zeitschrift*, 1937, págs. 177 y ss.; THIERFELDER, *Normativ und Wert*, pág. 147; HEGLER, *Zur Strafprozessenerneuerung*, 1936).

cidad de la causa; y ello es lo que normalmente ocurre. Pero como de este modo muchas veces la apariencia jurídica no coincide con la realidad, poseyendo, por ejemplo, una persona una cosa sin ser su propietario por no haber sido válida la compraventa por la cual la adquirió, y como esta falsa apariencia perjudica la seguridad del tráfico jurídico, muchos Derechos independizan la transmisión de la propiedad de la cosa de la compraventa que fué su origen, y reconocen en su caso la validez de la primera pese a la nulidad de la última. Los actos dispositivos del Derecho romano son siempre abstractos, porque no se considera el convenio causal como elemento integrante del negocio jurídico de disposición. También es abstracto, en Derecho clásico, el contrato unilateral de estipulación (41). El Derecho alemán conoce muchos negocios abstractos, sobre todo la transmisión de la propiedad, cesión de créditos, letra de cambio, etc. El Derecho suizo considera la primera como causal, tanto con respecto a muebles como a inmuebles, mientras que coincide con el Derecho alemán en la apreciación de la segunda como abstracta. La injusticia del desplazamiento del valor patrimonial sin justa causa es luego compensada por la institución del enriquecimiento injusto y la *conditio indebiti*. El empobrecido tiene contra el enriquecido un crédito tendiente a que le retransmita, por ejemplo, la propiedad de la cosa. Pero hasta el momento en el que el injustamente enriquecido da cumplimiento a este crédito, es él el verdadero propietario y puede disponer de la propiedad con respecto a terceros. Se ve con facilidad que los terceros son los auténticos beneficiarios de la institución del negocio abstracto. En la institución de la tutela del adquirente de buena fe del no propietario, al contrario, el primero es el verdadero destinatario del amparo dispensado (42).

(41) SOHM, l. c., § 39, II, 3, pág. 203.

(42) V. ROBERTO GOLDSCHMIDT, «Los fundamentos de la pretensión por enriquecimiento injustificado en el Derecho alemán», en *Boletín del Instituto de Derecho civil*, Córdoba (Argentina), año XII, núm. 3, julio-septiembre de 1947, páginas 385 a 452.

Toda la protección posesoria, con (provisional) independencia de la propiedad, constituye un ejemplo de un corte en un continuo real. El proceso posesorio puede ser corregido más tarde mediante el proceso petitorio. El fraccionamiento aísla el «*ius possessionis*»; el desfraccionamiento llega al «*ius possidendi*». La posesión constituye, por consiguiente, un derecho que, como todos los derechos, supone determinados hechos (v. SAVIGNY, *Traité de la possession en Droit Romain*, ed. 6.^a, trad. francesa de STAEDTLER, París, Durand, 1866, § 5, págs. 24 y ss.).

La regla según la cual las órdenes impositivas han de ser cumplidas sin per-

En numerosos casos el Derecho no enfoca sino el aspecto objetivo de un acto sin tener en cuenta para nada o sin contemplar suficientemente la faceta subjetiva. En la institución de la *praescriptio longi temporis* la posesión durante cierto lapso de tiempo es suficiente para que el poseedor adquiera la propiedad, aunque el mismo haya tenido mala fe. El Derecho canónico no prescinde, al contrario, de la buena fe (can. 1.512 *Codex Iuris Canonici*) y no reconoce una legislación civil que lo haga (can. 1.508): ella no valdría para el fuero interno. En la gestación de los negocios el error carece en muchos casos de trascendencia jurídica. El llamado «error de motivo» no suele ser estimado vicio del consentimiento (v., por ejemplo, § 119, párrafo primero C. c. alemán). La trascendencia jurídica del error en la celebración del matrimonio es especialmente restringida. La responsabilidad civil se basa muchas veces en circunstancias meramente objetivas (responsabilidad objetiva). El patrón responde, aun no existiendo *culpa in eligendo*, de sus empleados y obreros. El dueño de cosas inanimadas (por ejemplo, automóviles) o de animales, responde del daño que producen. También en el caso del juez pecaminoso lo único que interesa es la justicia intrínseca del fallo y no las intenciones del juez. En el campo de la moral ello es diferente, y así dice Shakespeare con razón: «Shame to him whose cruel striking, kills for faults of his own liking». (43). Pero el mismo Shakespeare dice en la misma obra: «What know the laws that thieves do pass on thieves!» (44). La doctrina clásica es la siguiente: El juez que es pecador, puede, no obstante, si su delito es oculto, condenar a pecadores (45).

juicio de ulteriores reclamaciones, regla condensada en el brocardo «solve et repete», constituye un nuevo ejemplo de abstracción. V. JULIO H. G. OLIVERA, «Solve et repete», en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, año VII, núm. 33, págs. 485 a 490.

(43) *Measure for Measure*, Duque, acto III, escena 2, in fine.

(44) *Angelo*, acto II, escena 1.

(45) Soro, *De iustitia et de iure*, L. III, qu. 4, art. 2.

VI

CONCLUSIONES

1) *Recapitulaciones*

La definición clásica de la justicia, elaborada por los estoicos y formulada por Cicerón y Ulpiano, concibe la justicia como una virtud. Así, afirma el primero que la justicia es «el hábito del espíritu mantenido por utilidad común, que atribuye a cada uno lo suyo» (*De inventione*, 2, 53, 160) (46); y el segundo sostiene que se trata de «la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo» (*Dig.*, 1, 1, 10 pr.) (47). Ya Aristóteles había considerado la justicia como el hábito operativo de lo justo (48). Considerando la justicia, en el punto de partida, como virtud, lo justo es producido por el acto de justicia y es, por consiguiente, siempre un justo particular. El camino a la comprensión de la función pantónoma de la justicia queda así bloqueado. Sin embargo, por muy justificado que el punto de partida individualista pueda parecer en una ética individualista también, resulta inadecuado en una ciencia colectiva como lo es el Derecho o como lo sería igualmente una ética colectiva. Desde este ángulo visual la justicia constituye la valoración del reparto objetivo de todos los bienes y males entre todas y cada una de las personas. La virtud individual de justicia no es sino un medio a fin de obtener este reparto. Por el otro lado, cualquier limitación del reparto a una colectividad restringida —familia, tribu, ciudad, Estado— sería siempre contingente y artificial. La fuerza de las cosas nos conduce a la contemplación de la colectividad humana en su integridad. La visión de la función pantónoma de la justicia no se da sólo dentro de una ciencia social de la misma. También la Teología debiera por lo menos columbrarla. En efecto, así que el punto de partida individual no es el hombre mortal y falible, sino Dios eterno e infinitamente justo, la idea regulativa de la justicia en la ciencia humana social

(46) «Habitus animi communi utilitate conservata, suam quique tribuens dignitatem.»

(47) «Constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.»

(48) *Ética a Nicómaco*.

coincide plenamente con la realidad de la justicia en la naturaleza divina. La regencia del mundo por Dios y el Juicio Final suponen, sin duda alguna, la función pantónoma de la justicia. En la teología pagana no existe la idea de la «parusía» en su pureza, y la vida del más allá no se relaciona en muchos casos con la justicia, sino con el cumplimiento o incumplimiento de ciertos cultos durante la vida terrenal (v. Plutarco, *De aud. poet.*, 4) (49). En cuanto a la regencia del mundo por Zeus y sus dioses como garantes de la justicia, no existe una convicción muy arraigada. Ya el piadoso Hesíodo se expresa en forma dubitativa (50).

De la función pantónoma de la justicia se desprende, pues, que en rigor no existe sino la justicia divina. La justicia humana es siempre imperfecta en su realidad, y sólo una idea regulativa como ideal. La justicia de cualquiera de nuestras resoluciones se vicia por el desenvolvimiento incesante del mundo, por el contagio de cualquier entuerto en el rincón más apartado de la tierra, por el *progressus ad infinitum* y, por último, por el *regressus ad infinitum*. Todo acto de justicia humana contiene necesariamente estos cuatro granitos de injusticia. Si quisiéramos excluir la influencia rectificadora de lo porvenir, habríamos de cruzarnos de brazos hasta que llegare el fin del mundo. Si deseamos extirpar todas las injusticias enquistadas en el cuerpo de la humanidad, el único camino expedito consiste en avanzar paulatinamente perpetrando justicias imperfectas, puesto que nuestra razón práctica es tan discursiva como lo es la razón teórica; y como en la órbita de esta última no existe la intuición intelectual, en el área de la primera no se da la realización integral. Y si finalmente aspiramos a investigar todas las ramificaciones y todas las raíces de un suceso, precisamente por lo discursiva de nuestra razón y lo finito del tiempo del que disponemos, nunca llegaríamos a un término. Nuestra incapacidad teórica de prever el futuro, nuestra incapacidad práctica de deshacer todos los entuertos, y nuestra incapacidad teórico-práctica de relacionar un acto con todos los acontecimientos concomitantes, provocados y causales obstan a que se dé cima a un solo acto de justicia completa. La justicia pura

(49) V. KARL PRÜMM, *Christentum als Neuheitserlebnis, Durchblick durch die Christlich-Antike Begegnung*, Freiburg i. Br., Herder, 1939, págs. 449 a 465.

(50) *Los trabajos y los días*, 273: «Zeus no permitirá que al fin esto (scil. la injusticia) se realice, espero yo». V. también vers. 270 a 272: «Porque es una desgracia ser un hombre justo cuando es el injusto el que recibe más prerrogativas».

es, pues, como el oro puro: requiere la amalgama con metales menos nobles para lograr la dureza necesaria de soportar la realidad.

Pero esta necesaria imperfección inherente a cada acto de justicia y que resulta del empleo del método del fraccionamiento con el cual descartamos lo porvenir, hacemos enmudecer las injusticias que nos rodean por muy escandalosas que fueren, podemos las ramas y nos contentamos con observar algunas de las raíces más visibles, no debè ser obstáculo a que el hombre realice actos de justicia, so pena de pecar de «conciencia escrupulosa» (51), infringiendo la regla de que en las cosas morales no se ha de buscar certeza en todo, y sobre todo, so pena de incurrir en la injusticia absoluta, que consiste en la omisión de injusticias relativas (52).

2) Consecuencias

a) *Relación entre justicia y seguridad jurídica* (53).—La función pantónoma de la justicia, por un lado, y su necesaria restricción por el método del fraccionamiento, por el otro, aclaran de modo definitivo la batallona cuestión de las relaciones entre justicia y seguridad jurídica.

a') *Concepto general de la seguridad jurídica*.—Empleando la distinción escolástica, sobre todo escotista, entre quidditas y haecceitas (similar, pero no idéntica a la entre esencia y existencia) podemos afirmar lo que sigue:

a'') *Quidditas de la seguridad jurídica*.—La realización de la justicia humana lleva consigo necesariamente la producción de seguridad jurídica. Vimos, en efecto, que la justicia humana se lleva a cabo forzosamente de modo fraccionado. Ahora bien, el fraccionamiento produce seguridad jurídica. La seguridad jurídica es el

(51) V. P. JUAN B. FERRERES (S. I.), *Compendio de Teología moral*, ed. 1.^a, Barcelona, Eugenio Subirana, t. I, 1920, núms. 101 a 105, sobre todo este último, página 61.

(52) No todo fraccionamiento se debe a la función pantónoma de la justicia. Al exponer la teoría de los repartidores de justicia, hallaremos un nuevo caso de fraccionamiento producido por la pluralidad de repartidores entre sí independientes. También este fraccionamiento produce injusticias.

(53) A cuanto sigue, compare nuestro estudio «Seguridad jurídica y justicia en el pensamiento de Goethe», en *Revista de Derecho procesal*, Madrid, año VIII, número 2, abril a junio de 1952, págs. 197 a 225.

resultado de que se realizan actos de justicia e indirectamente, pues, del fraccionamiento, puesto que sólo gracias a él los actos de justicia se efectúan. Desde este punto de vista, la seguridad jurídica es un valor invariable e inherente a la justicia humana, que es siempre, y sin excepción alguna, justicia fraccionada.

b'') *Hacceitas de la seguridad jurídica.* — El fraccionamiento de la justicia puede revestir grados diferentes. El repartidor de justicia puede, de manera general o individual, delimitar el fraccionamiento de modo más o menos restrictivo. En cuanto a un delito se puede, por ejemplo, circunscribir el examen a la perpetración del hecho objetivo y su conexión con un grupo determinado; se puede ampliar el área de las investigaciones y buscar el agente individual y material del hecho; se puede seguir ensanchando la órbita del juicio y buscar, por una vertiente, a cómplices e instigadores y, por la otra, contemplar el aspecto subjetivo de la culpabilidad en sentido técnico o inclusive enfocar carácter, medio y herencia del culpable. Por más fraccionada que resulte la justicia, más rápida y más exacta se hará su ejecución. En otras palabras: el aumento de fraccionamiento aumenta la seguridad jurídica. Por el otro lado, por más fraccionadamente que se efectúe la justicia, más se aparta del ideal de la justicia divina. La justicia divina es integral (pantónoma), infalible e inmediata e implica simultáneamente la máxima seguridad jurídica. La justicia humana no puede ser integral, ni infalible ni inmediata. Su intento de acercarse a la meta de la integridad, la haría más falible y más lenta; y sus esfuerzos de ser rápida y exacta, la hacen más fraccionada. He aquí algo semejante a la relación de indeterminación de Heisenberg. El conflicto entre justicia y seguridad jurídica no es, por consiguiente, constriñéndonos a la justicia humana y en este orden de ideas, una lid entre valores diversos, sino una tensión variable e inherente a la justicia humana que es siempre y sin excepción alguna justicia fraccionada.

b'') *Concepto especial de la seguridad jurídica.*—El concepto especial de la seguridad jurídica nace de la reglamentación previa del fraccionamiento. El hecho de que se dispone de antemano en qué forma los repartidores de justicia fraccionarán los casos futuros, permite a los repartidores llevar a cabo el fraccionamiento en atención al caso dado con mayor celeridad y exactitud que si debieran meditarlo *ad hoc*. Por el otro lado, los beneficiarios del reparto pueden prever con alguna probabilidad la futura conducta de aquéllos y atenerse a ello. Conviene hacer dos advertencias, a fin de que no se des-

virtúe lo dicho. En primer lugar, no debemos enfocar todavía el matiz especial que el liberalismo da al problema de la seguridad jurídica. La reglamentación previa a la que aludimos, puede ser concreta (de aplicación única) o abstracta (de aplicación múltiple); puede ser una Constitución, ley, decreto, ordenanza u orden cualquiera; y, sobre todo, puede ser o no vinculatoria para los repartidores de justicia. En segundo lugar, no se confunda el concepto general de seguridad jurídica inherente al fraccionamiento como tal con el concepto especial dimanante del anticipo del fraccionamiento proyectado. Si la ley protege, por ejemplo, la adquisición de la propiedad del no-propietario por el adquirente de buena fe, si permite al heredero aparente disponer del patrimonio relicto con efectos contra el verdadero heredero a favor de terceros de buena fe, si crea negocios abstractos, si excluye en el proceso la alegación y prueba de hechos existentes y conocidos con posterioridad a la demanda (por ejemplo, art. 524 ley de Enjuiciamiento civil española), la réplica (art. 548 l. c.), la ampliación (art. 536 l. c.; art. 862 l. c.), nos encontramos con casos en los cuales la seguridad jurídica es el efecto del fraccionamiento en sentido general, y por esta razón su realización es independiente de si el fraccionamiento se produce *ad hoc* o en virtud de una reglamentación previa.

La seguridad jurídica en sentido especial deriva, pues, del establecimiento previo del fraccionamiento. Los repartidores de justicia se preparan ya, en previsión de lo que pueda ocurrir, la solución adecuada a fin de tenerla a mano en el momento preciso. El valor de seguridad que este procedimiento de fraccionamiento preparado proporciona salta a la vista. Pero, no obstante, este procedimiento produce también dificultades especiales. La previsión del caso se hace siempre en términos generales. Ello no ocurre así sólo en el supuesto de una reglamentación de aplicación múltiple, de lo que corrientemente se llama la hipótesis de la ley general. La situación lógica no es diferente si la reglamentación contempla previamente un solo caso, puesto que también en este supuesto su descripción y la de la solución proyectada se efectúa forzosamente mediante palabras, es decir, términos abstractos. En todo caso se plantea, por consiguiente, el problema de la aplicabilidad de la reglamentación anunciada al caso que se presenta y a la solución que, en vista de él, el repartidor competente piensa llevar a cabo. El mencionado problema de la aplicación del Derecho prefabricado nos abre los ojos a un caso particular de fraccionamiento que garantiza la seguridad jurídica en

sentido especial. En efecto, todo establecimiento previo de la solución de un caso contiene, además del fraccionamiento inherente a la solución, un fraccionamiento especial con respecto a sus motivos (54). El legislador legisla movido por razones. Pero estas razones no forman parte de la ley. Sin embargo, normalmente las conocemos por el preámbulo de la ley, por la exposición de motivos o, sencillamente, por la situación histórica en la cual la ley fué gestionada. ¿Puede el repartidor de justicia rebasar el texto de la ley y recurrir a la *mens legislatoris* o a la *mens legis*? Salta a la vista que la contestación afirmativa, en medida en la que deshace el fraccionamiento, disminuye la seguridad jurídica en holocausto de la justicia, y que, viceversa, en la medida en la cual mantiene el fraccionamiento acrecienta la seguridad jurídica a costa de la justicia. El desbordamiento de la fracción provocada por la ley *qua* tal a fin de ampliar el examen de la justicia lleva en este nuestro supuesto un nombre especial: he aquí el campo específico de la equidad o epiqueya. Los partidarios del desfraccionamiento claman: «Fiat justitia, pereat lex!» Los defensores del fraccionamiento vociferan: «Pereat justitia, fiat lex!» No corremos ya peligro de creer que se trate de una oposición absoluta, toda vez que nos consta que toda justicia es siempre fraccionada y que lo único que se discute es el grado del fraccionamiento (55). En la Antigüedad y en la Edad Media la doctrina no tiene inconvenientes de rebasar la ley y de corregirla mediante la equidad. Aristóteles (*Ética a Nicómaco*, Libro V) sostiene en este sentido lo que si-

(54) El acierto de esta tesis salta a la vista en los casos en los que militares han de desobedecer órdenes que les fueron dadas previamente con respecto a una situación determinada por haberse equivocado el dador de la orden en su previsión. Mencionamos a título de ejemplo la obra de KLEIST, *Der Prinz von Homburg*, en la cual la batalla de Fehrbellin es ganada por el Príncipe de Homburgo contraviniendo la orden previamente dada por el gran elector de Brandeburgo. Recordamos igualmente el cruce del Rin por los americanos al final de la segunda guerra mundial, también con infracción de sus órdenes y aprovechándose de un puente todavía intacto.

(55) En nuestro artículo antes citado sobre *Seguridad jurídica y justicia en el pensamiento de Goethe* (pág. 198) dijimos: «La justicia enfoca el caso aislado y le enjuicia con completa prescindencia del pasado y de lo porvenir. La seguridad jurídica inordina cada caso al tejido de la convivencia social y aquilata las repercusiones del enjuiciamiento del caso sobre otros semejantes de ayer y de mañana». Esta observación enfoca la relación del caso dado con el caso típico predibujado en la ley. La justicia aísla el caso dado con respecto al caso típico. Por lo demás, muy al contrario, es la justicia precisamente la que, mediante su función pantónoma, le inserta en el mundo.

que: «Por consiguiente, cuando la ley dispone de una manera general, y en los particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos absolutos, es imprescindible corregirle y suplir su silencio, y hablar en su lugar, como él mismo lo habría hecho, si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trata». Santo Tomás es de la misma opinión (*Summa Theologica*, II^a, II^{ae}, qu. 120, dos artículos) y la ilumina con un ejemplo (l. c. I^a, II^{ae}, qu. 96, art. 6): «En tiempo de guerra, y respecto de una ciudad sitiada, se establece una ley según la cual las puertas de esa ciudad deben permanecer cerradas. Esta ley, en la generalidad de los casos, es indudablemente útil al bien común de los ciudadanos. Pero en el caso hipotético de que los sitiadores persigan a ciudadanos encargados de la defensa que son el sostén mismo de esa ciudad, sería sumamente perjudicial a los intereses mismos de esa ciudad, si para acoger a esos ciudadanos perseguidos no se abrieran las puertas. En un caso así, contra lo que el texto de la ley prescribe, debe franquearse el paso en beneficio de la utilidad pública, único objetivo del legislador». El liberalismo en la Edad Moderna, arrancando ya por cierto de la Carta Magna inglesa de 1215, anhela proteger al individuo contra las arbitrariedades del Gobierno. Por ello aboga a favor de leyes generales e inviolables; cualquier excepción a ellas, inclusive favorable a los individuos, le parece sospechosa. En este sentido se expresan Rousseau, Beccaria, Kant y Bentham (56).

En muchos casos los protagonistas de los sucesos conocen lo atípico de los hechos y pueden, por consiguiente, contar con una rectificación de la ley por la equidad. No se da, pues, en rigor el conflicto trágico entre justicia y seguridad jurídica. Una sociedad de aviación debe calcular con la posibilidad de que la jurisprudencia le aplique la responsabilidad que la ley, ignorante todavía del invento de la aviación, sólo ha establecido con respecto a las compañías de ferrocarriles (57). En numerosos supuestos consiste inclusive lo atípico del caso en el fraude de las partes mediante el cual simulan una tipicidad que realmente no existe. Así ocurre en los casos en los cua-

(56) V. detalles en nuestro estudio citado, págs. 213 y ss.

(57) V. art. 184 del Código de Comercio argentino y la sentencia de la Cámara Nacional Especial en el caso Topolovsley, Moisés c. Alfa, publicada en *La Ley* de 28 de octubre de 1953, que confirma jurisprudencia anterior reproducida en *Jurisprudencia Argentina*, t. 64, pág. 1009.

les las partes se casan fuera de la Argentina con la única finalidad de conseguir, si fuere necesario algún día, un divorcio que el Derecho argentino reconozca (58). Es evidente que en esta hipótesis las partes pueden, con menor derecho todavía, invocar la seguridad jurídica, puesto que no sólo conocían lo atípico del caso, sino que lo crearon deliberadamente. El conflicto trágico entre justicia y seguridad no surge sino en el supuesto en el que lo atípico no era previsible para aquel de los protagonistas al que la rectificación de la ley perjudicaría. Los caseros que alquilaban viviendas en época de abundancia pueden, por ejemplo, invocar tal conflicto trágico en vista de la posterior introducción de la prórroga obligatoria del arrendamiento motivada por la extrema escasez de alojamiento. No importa a nuestro efecto si la rectificación de una ley se produce en un caso individual por la jurisprudencia o en un grupo individual de casos por una ley equitativa. Ahora bien, sea el conflicto trágico o no, resuélvase en uno u otro sentido (59), por ejemplo, en materia penal a favor de la seguridad y en materia civil a favor de la justicia, lo único que en este lugar interesa es comprender que nunca se trata de un combate entre dos valores diversos, sino que nos encontramos con la tensión perpetua e ineludible dentro del seno de la justicia humana entre fraccionamiento y desfraccionamiento.

b) *Relaciones entre justicia y moral.*—a') *Justicia en sentido objetivo y en sentido subjetivo.*—La justicia en sentido objetivo es, como sabemos, el reparto de todos los bienes y todos los males repartibles entre todas y cada una de las personas por repartidores, según los criterios de la ley natural y de la ley humana. La justicia en sentido subjetivo es, según la definición clásica de Ulpiano (*Dig.*, 1, 1, 10 pr), «la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo». La justicia en sentido subjetivo es un principio de operación (un *habitus*) bueno y, como tal, una virtud. Como virtud la justicia en sentido subjetivo pertenece a la moral, a no ser que, inclusive, se con-

(58) Todo ello con respecto al art. 7.º de la Ley matrimonial argentina. Véase nuestro estudio «Separación y disolución del matrimonio en el Derecho internacional privado argentino», en *Revista de la Facultad de Derecho*, Tucumán, número 10, 1954, págs. 150-151, y en *Revista Española de Derecho Internacional*, IV, 1, 1951, págs. 92-93.

(59) Preceptos como el art. 59, párrafo primero del Código de procedimientos en materia civil y comercial de la provincia de Buenos Aires (9-VIII-1880), que prohíbe al Juez juzgar de la equidad de la ley; no prohíbe juzgar de la equidad de la ley con respecto a un caso atípico sino en atención al caso-tipo.

funda con ella. En este último orden de ideas comulga la doctrina platónica de la justicia como virtud universal de la cual todas las demás virtudes no son sino derivaciones (60). La justicia platónica es la armonía del alma, la que coordina todas las actuaciones en el sentido de un orden formal. Enfocando la justicia, al contrario, con la doctrina dominante como virtud especial con arreglo, verbigracia, a la definición de Ulpiano, ella, si bien ya no se confunde con la moral, indudablemente a ella pertenece. Según el sistema tomista, se distinguen virtudes intelectuales: el intelecto de los primeros principios, la ciencia que de ellos deduce conclusiones y la sabiduría que se eleva hasta Dios como causa primera y fin último; virtudes morales: prudencia, justicia, fortaleza y templanza y virtudes teologales: fe, esperanza y caridad. La justicia en sentido subjetivo es, pues, una de las cuatro virtudes morales cardinales. Todas las virtudes pueden ser adquiridas o infusas según que se dirijan a los fines naturales o supranaturales (Santo Tomás, *Summa Th.*, I^a, II^{ae}, qu. 63, art. 3). En este lugar nos interesa la justicia como virtud adquirida. Mediante la justicia en sentido subjetivo el hombre realiza actos de justicia. El acto de justicia es el objeto de la virtud de la justicia; pero ello no quiere decir que todo acto de justicia haya dimanado en cada caso concreto de la virtud de la justicia. La suma de los actos de justicia constituyen la justicia en sentido objetivo, que es el verdadero tema de la Filosofía jurídica. Los autores (61) sostienen a veces que el objeto de la justicia es el Derecho. Pero esta terminología no es conveniente. En primer lugar, porque no asigna un objeto particular a cada actividad particular de la virtud de la justicia, sino que atribuye un objeto general a la virtud de la justicia como tal; en segundo lugar, porque es menester distinguir entre el Derecho y la justicia en sentido objetivo, como tendremos ocasión de explicar oportunamente. El hecho de que la suma de los objetos de la virtud de la justicia constituye una entidad propia que procede denominar la justicia en sentido objetivo, constituye una particularidad de la virtud de la justicia. Ni la prudencia, ni la fortaleza, ni la templanza, aunque sí se realizan mediante conductas de virtud (accio-

(60) PLATÓN, *República*, I, 6, trad. alemana de KARL PREISENDANZ, Eugen Diederichs, Jena, 1920, pág. 45. V. su exposición en DEL VECCHIO, *La Giustizia* (Studium, Roma, 1946, págs. 17 a 21).

(61) V., por ejemplo, DOMINGO SOTO, *Tratado de la justicia y el derecho* (trad. española de JAIME TORRUBIANO RIPOLL, Madrid, Reus, t. II, 1926, págs. 188 y ss., L. III, qu. 1, art. 1).

nes u omisiones), engendran un sistema, un conjunto concatenado de actos, algo que pudiera llamarse prudencia, fortaleza o templanza en sentido objetivo. La particularidad de la virtud de la justicia a la que aludimos, es su «alteridad»: su cualidad de referirse a otro (*alter*) (62). La justicia es una virtud que ordena al que la tiene a otro; las demás virtudes le ordenan a sí mismo. Y como cada cual es, a la vez, el uno para sí mismo y el otro para los demás, los actos de justicia corren inconteniblemente hacia todas las direcciones, produciendo así la función pantónoma de la justicia y la justicia en sentido objetivo. En Dios, virtud de justicia y acto de justicia, están indisolublemente unidos; y el acto de justicia es, a la vez, la justicia en sentido objetivo porque realiza de golpe el reparto de todo entre todos. Ni que decir tiene que, cuanto se afirma de la justicia divina, se sostiene meramente en sentido analógico (63).

b') *La autoaplicación del fraccionamiento a la justicia.*—Vimos que la justicia humana es siempre justicia fraccionada. Pero este fraccionamiento dentro de la justicia, aislando un caso contra el desarrollo del mundo, contra el contagio de injusticias subsistentes, contra sus concomitancias y efectos y contra sus causas cercanas y remotas, es diferente del aislamiento de la justicia en su totalidad contra la moral o, a fin de decirlo de modo más correcto, de la justicia en sentido objetivo contra la virtud de la justicia. He aquí una autoaplicación del método del fraccionamiento: la justicia aísla a sí misma contra su motivación. El acto de justicia es, pues, justo o injusto con independencia del hábito que le engendra. Un hombre puede realizar un acto justo sin que la virtud de la justicia le haya movido a llevarlo a cabo. Con respecto a otras virtudes, la situación es diferente porque carecen de una objetivización. La doctrina escolástica ha visto este punto con gran claridad. Así sostiene, por ejemplo, Soto (l. c. p. 189) lo que sigue: «De esto nace una segunda diferencia, que en la materia de las demás virtudes nada se considera verdadera y

(62) V., por ejemplo, SOTO, l. c., pág. 188. V. exposición de esta característica en DEL VECCHIO, l. c., págs. 85 y ss.

(63) No se confunda la justicia divina con la «*justitia originalis*», por la cual Dios había concedido al primer hombre antes de la perpetración del pecado original la gracia santificante (v. la exposición de esta doctrina y controversia en GARRIGOU-LAGRANGE, *La synthèse thomiste*, Desclée De Brouwer, 1947, cap. X, páginas 305 y ss.). Sobre la justicia como virtud moral infusa, v. MANUEL GONZALO CASAS, *Apuntes de espiritualidad tomista*, ediciones de la revista de Teología, La Plata, núm. 2, págs. 11-12.

legítimamente recto, sino respecto del agente. Por ejemplo: si el avaro usa de parca mesa, no para vivir templadamente, sino para no gastar dinero, aquella obra no se considerará recta ni medida por la virtud. Pero si el deudor paga al acreedor cuanto dinero le debe, pero con torcida intención, a saber, para que lo dilapide; o si la espada que tiene en depósito la restituye al dueño, sabiendo que éste la ha pedido para mal uso; entonces tal obra se considerará absolutamente justa, porque es igual a la deuda, aunque no es obra de virtud ni sea virtuoso el que paga o devuelve». Tan dominante es el carácter objetivo de la justicia que amenaza inclusive a contagiar la virtud de la justicia; por este motivo conviene fortalecer su carácter moral con lo que Santo Tomás (*Summa Th.*, II^a, II^{ae}, qu. 79) llama «parte integrante» de la justicia, parte que no es constitutiva, mas sí complementaria, y que consiste en el principio general de la moral que actúa, dentro de la virtud de justicia, a título particular: hacer lo bueno y abstenerse de lo malo (v. l. c., art. 1, refutación del primer argumento). No se confunda la separación de justicia (justicia en sentido objetivo) de la moral (justicia en sentido subjetivo) con el fraccionamiento dentro del seno de la justicia realizado en un continuo real entre lo objetivo y lo subjetivo y provocado por el cuarto obstáculo a la verificación de la justicia en sentido objetivo. En efecto, atengámonos a la responsabilidad meramente objetiva como en tiempos primitivos en el Derecho penal y en tiempos modernos en el Derecho civil, o extendamos el examen de la justicia a la motivación de las personas, siempre nos movemos dentro de la órbita de la justicia, puesto que el examen de la motivación se para en las capas superficiales del dolo o de la culpa y no penetra a las honduras de la virtud. Los conceptos jurídicos de culpabilidad (64), mala y buena fe, deliberación, a sabiendas, etc., no contemplan el aspecto moral de la motivación, sino su faceta psicológico-jurídica. Con ello se aclara ya que la conocida distinción entre moral y Derecho que atribuye

(64) También la llamada «teoría normativa de la culpabilidad» prescinde de la virtud de la motivación al exigir su reprochabilidad, puesto que se atiene a la motivación normal como modelo cifrando el reproche en la desviación de aquélla. V. JAMES GOLDSCHMIDT, *La concepción normativa de la culpabilidad* (traducción española por MARGARETE GOLDSCHMIDT y RICARDO C. NÚÑEZ, Depalma, Buenos Aires, 1943, por ejemplo, págs. 4, 6). JAMES GOLDSCHMIDT (*Der Prozess als Rechtslage*, Springer, Berlín, 1925, nota 1287, págs. 234, 235) se defiende, por esta razón, con gran acierto contra la objeción de que confunde moral y derecho y de que exige del autor «pureza del carácter».

a la primera la órbita del alma y al segundo el área de la convivencia social en su exterioridad (65), no es acertada, desacierto que los críticos de la teoría han puesto de relieve con frecuencia (66).

c') *La virtud de la justicia (justicia en sentido subjetivo)*.—Aunque la justicia en sentido objetivo esté aislada contra su origen, ora la virtud, ora el pecado, no podemos prescindir en la exposición de la primera de una caracterización de la segunda. Es cierto que los actos de justicia no dejan de serlo, aunque no hayan sido motivados por la virtud de la justicia; pero no lo es menos que normalmente la virtud de justicia produce los actos justos. Debemos saber, pues, cómo podemos adquirir el hábito bueno en el que consiste la virtud de la justicia. Con ello afirmamos a la vez que no es menester analizar detalladamente esta virtud, tarea que incumbe a un tratado de moral, sino que es suficiente dar una idea general. Sobre todo prescindimos del examen de las virtudes anexas a la justicia, tanto de las de contenido defectuoso por adolecer el sinalagma de igualdad (religión, piedad, observancia) como de las de título defectuoso por alguna debilidad de la base jurídica (veracidad, gratitud, vindicta, epiqueya, amistad, liberalidad) (67). Según la ya tantas veces citada definición de Ulpiano, es la justicia la virtud (*perpetua et constans voluntas*) de dar a cada cual lo suyo. Pero esta definición, además de otros muchos defectos puestos de realce oportunamente, no describe la motivación virtuosa: se contenta con indicarnos el contenido intencional de la motivación. Si una persona, por arraigado temor a

(65) Se trata de una teoría liberal que se debe a TOMASIO. El Derecho se limita al «forum externum» y la moral al «forum internum». DEL VECCHIO (por ejemplo, *Filosofía del Derecho*, trad. española de RECASÉNS SICHES, Bosch, Barcelona, t. I, 1929, pág. 81) aprueba la doctrina en lo esencial; y, en efecto, la suya que somete al Derecho las conductas en interferencia intersubjetiva y a la moral las conductas en interferencia subjetiva como dos perspectivas dentro de una sola ética, en lo esencial la recoge. No es lícito citar a KANT como partidario de esta tesis. KANT no excluye de la esfera del Derecho las motivaciones; lo que sí excluye de ella es una sola motivación: la del deber como móvil (véase *Metaphysik der Sitten*, l. c., págs. 27 y 21; trad. esp., l. c., págs. 66 y 53, 54).

(66) JAMES GOLDSCHMIDT, *Prozess als Rechtslage*, l. c.

(67) V. SANTO TOMÁS, *Summa Th.*, IIa IIae qu. 80 a 120. CICERÓN (*De inventione*, 2, 53, 161) coloca ya al lado de la justicia la religión, la piedad, el reconocimiento, la «vindicatio», el respeto, la verdad. También son antecedentes los conceptos de «fides», «officium», «humanitas» y «amicitia», elaborados en el Derecho romano (v. URSICINO ALVAREZ, *Curso Elemental de Derecho romano*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, fasc. I, 1948, págs. 135 y ss., § 63).

las autoridades coactivas del Estado, siempre está dispuesta a dar a cada cual lo suyo o si lo hace con el fin de llevar *ad absurdum* las reglas de justicia que no considera correctas, esta persona no posee la virtud de la justicia. La auténtica esencia de la virtud de justicia se halla en el respeto a la particular y legítima manera de ser de los otros. Ser justo significa ser respetuoso con los demás. La virtud de justicia cimenta una convivencia que se puede denominar «convivencia de separación» (68), puesto que el respeto atribuye a cada cual una zona particular de actividad y dominio. Schopenhauer ha dicho en algún lugar que la convivencia de los hombres se asemeja a la de los puercos espines: se acercan lo suficiente para darse calor, pero no tanto que pudieran pincharse. Este símil describe bien el tipo de comunidad engendrada por la virtud de justicia, aunque desfigura, con arreglo al pesimismo del filósofo, los móviles que a él conducen. La «convivencia de separación» es el producto del respeto que cada cual guarda a los demás. En ciertos casos una «convivencia de separación» no es realizable. Ello puede deberse a dificultades técnicas que no permiten crear zonas limpiamente separadas. En estos supuestos la justicia tiende a liquidar este tipo de comunidades. Conviene pensar en la copropiedad, en el condominio del Derecho Internacional Público, en la herencia indivisa, etc. En otros supuestos la creación de zonas limpiamente separadas, aunque tal vez también tropiece con dificultades técnicas, radica sobre todo en el hecho de que la virtud fundante no es el respeto, sino la caridad. El amor y la caridad dan lugar a una «convivencia de unión». También ella trasciende la esfera de la justicia. En este sentido sostiene el Padre Francisco de Vitoria: «Lo justo se establece en los que, de algún modo, no son uno, como entre los ciudadanos; pero entre los que en cierto modo son una cosa, como el siervo y el señor, el padre y el hijo, no hay propiamente *derecho*. Entre la mujer y el marido que están más unidos todavía que el padre y el hijo, como son más iguales, no hay, hablando *simpliciter*, justo e injusto» (69). Recordamos que en varios países, por ejemplo en España y la Argentina, la legislación laboral no se

(68) Sobre la oposición entre convivencia de separación y convivencia de unión, v. nuestro estudio «Seguridad jurídica y justicia en el pensamiento de Goethe», en *Revista de Derecho procesal*, Madrid, año VIII, núm. 2, 1952, página 220.

(69) *Sentencias de doctrina internacional. Breviarios del pensamiento español*, selección y prólogo del maestro Fr. LUIS GETINO, Ediciones Fe, 1940, Barcelona, pág. 21.

aplica al servicio doméstico, precisamente por el motivo indicado por Vitoria; y recordamos igualmente que en otros muchos países por no darse en la realidad social la convivencia de unión entre señores y criados, la institución del servicio doméstico como tal acaba de desaparecer.

La virtud de la justicia, basada en el respeto, tiene por garante a la imparcialidad (70). La imparcialidad consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador. Este debe sumergirse en el objeto, ser objetivo, olvidarse de su propia personalidad. La imparcialidad es en la esfera emocional lo que la objetividad significa en la órbita intelectual. En la mayor parte de las Ciencias del espíritu (excepciones: gramática, lógica) son precisas tanto la objetividad como la imparcialidad. Imparcialidad y justicia se distinguen: la primera es negativa y ahuyenta influencias subjetivas perturbadoras; la segunda es positiva y atribuye a cada cual algo por respeto a su particular personalidad. La virtud de imparcialidad es anexa a la de justicia. Si el respeto al otro llena nuestra alma, no caben en ella perturbaciones subjetivas; pero aunque alejemos todas estas perturbaciones, todavía no nos embarga el respeto al prójimo, si bien nuestra ánima queda despejada para que así ocurra. Conocidos son los esfuerzos de la justicia en sentido objetivo de lograr imparcialidad, sobre todo en el proceso (71) y en la administración pública (72). Si se contempla un alma en la cual la imparcialidad mediante un esfuerzo titánico ha conseguido una pureza absoluta y que es inundada por un profundo respeto al prójimo, se comprende que es acertado caracterizar la justicia como la pasión por el desapasionamiento (73).

(70) Véase nuestro estudio *La imparcialidad como principio básico del proceso (la «partialidad» y la parcialidad)* (serie 2.^a, núm. 1.^o de las monografías de Derecho procesal, Publicaciones del Instituto Español de Derecho Procesal, Madrid, 1950, sobre todo págs. 28, 29).

(71) Véase una exposición detallada en nuestro estudio citado en la nota anterior.

(72) Un acto administrativo puede ser impugnado si se basa en consideraciones ajenas al asunto conforme lo enfoca la ley. La ciencia francesa trata de este tema denominándolo «détournement de pouvoir» (BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, ed. 11.^a, 1926, pág. 1131); la ciencia alemana habla de «Ermessensmissbrauch» (Walter JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, ed. 2.^a, Springer, Berlín, 1929; § 2, II, 3, págs. 36, 37).

(73) Véase nuestro trabajo *Seguridad jurídica y justicia en el pensamiento de Goethe*, l. c., pág. 222.

d') *La virtud de la caridad.*—Nuestras meditaciones acerca de la relación entre justicia en sentido objetivo y moral pecarían de incompletas, si nos limitáramos a enfocar dentro del ámbito de la moral a la virtud de la justicia. Hay que contemplar igualmente la caridad que implica el amor al prójimo (74). También con respecto a la caridad rige el mismo principio que antes formulamos en cuanto a la virtud de la justicia: la justicia de un acto de justicia en sentido objetivo nunca depende del hecho de que su fuente ha sido la virtud de la caridad. Pero, no obstante, la virtud de la caridad debe inspirarnos a realizar ciertos actos que aparecen en la esfera de la justicia en sentido objetivo.

Vimos ya que ciertas comunidades no se deben inspirar en el respeto, sino en la caridad, que es esencialmente un amor de amistad, puesto que no constituyen convivencias de separación, como, por ejemplo, una sociedad anónima, sino convivencias de unión. Forman parte de este grupo las relaciones paterno-filiales, el matrimonio, la comunidad doméstica. La Cuarta Partida (título 27) coloca, con el acierto que caracteriza la obra del Rey Sabio, la amistad en el centro de atención, y pasa revista a los diversos supuestos (ley cuarta), entre los cuales se hallan los referentes a padres e hijos, marido y mujer, naturales del mismo lugar, que se encuentran en tierra extraña, y los «fijosdalgo». Aunque en todas estas hipótesis la justicia no se ocupa de la faceta íntima de estas relaciones, sí la tiene en cuenta por su misma abstención de reglamentarla. Por lo demás, la justicia suele reglamentar el principio y el fin de estas relaciones. Ni que decir tiene que siempre cae plenamente en la órbita de la justicia el aspecto económico que en su caso puedan tener.

Otra institución jurídica que, aunque en su validez no depende del móvil en que se inspira, sí debiera dimanar de la caridad, es la gracia (75). No nos interesan en este lugar las clasificaciones del ejercicio de la gracia en los Derechos positivos y que suelen tener en consideración, por un lado, el número de casos a los que la gracia se refiere (indulto en un caso particular; amnistía en casos abstractamente delimitados); por el otro, el momento de su ejercicio en relación con el proceso penal; abolición antes de la sentencia firme, indulto o amnistía después). Lo que sí nos importa son los diversos móviles que

(74) V. la exposición de la caridad en ÉTIENNE GILSON, *Santo Tomás de Aquino (Los moralistas cristianos)*, Aguilar, Madrid, sin fecha, págs. 242 a 257).

(75) La gracia corresponde en el orden normativo al milagro en el orden natural: la legalidad resulta suspendida.

pueden motivar un acto que exteriormente se da como un acto de gracia. Si estos móviles se basasen en deliberaciones de convivencia, la forma exterior de la gracia encubre un acto político. Si el móvil del acto de gracia fuere la creencia de que la pena dispensada no fuese justa, la forma exterior de la gracia encubre un acto de justicia. Este acto de justicia constituye siempre una corrección del fraccionamiento que ha dado lugar al establecimiento o imposición de la pena: significa, por tanto, siempre un acto de desfraccionamiento. Si el fraccionamiento que da lugar a la imposición de la pena injusta fuere en particular el de la ley con respecto a sus motivos, el acto aparente de gracia desempeñaría idéntico papel al de la equidad, con la única diferencia de que la equidad desfracciona ya durante la aplicación de la ley, mientras que el acto aparente de gracia entra en función después de la aplicación hecha. El acto exterior de gracia es, pues, en realidad un acto retrasado de equidad. El acto exterior de gracia no es un acto auténtico de gracia sino cuando dimana de la virtud de la caridad. La esencia de la gracia ha sido expresada de manera definitiva e inmortal por Shakespeare mediante las siguientes celebérrimas palabras (*The Merchant of Venice*, IV, 1):

«The quality of mercy is not strain'd;
It droppeth as the gentle rain from heaven
Upon the place beneath: it is twice blest;
It blesseth him that gives, and him that takes:
'Tis mightiest in the mightiest; it becomes
The throned monarch better than his crown:
His sceptre shows the force of temporal power,
The attribute to awe and majesty,
Wherein doth sit the dread and fear of kings;
But mercy is above this sceptred sway;
It is enthroned in the hearts of kings,
It is an attribute to God himself;
And earthly power doth then show likest God's
When mercy seasons justice» (76).

(76) Lo que es la gracia, ella desconoce la coacción. Cae del cielo como la beneficiosa lluvia, dos veces bendita: bendice al que da y al que toma. En el más poderoso ella es lo más poderoso: Ella es para el monarca sobre el trono de más valor que su propia corona. Su cetro muestra la fuerza del poder temporal, el atributo de digna majestad en el que anida el temor y el miedo con respecto a los reyes. Pero la gracia está por encima del poder conferido por el cetro. Ella tiene su trono en el mismo corazón de los monarcas. Ella es un atributo de Dios mismo; y el poder terrenal se acerca más al poder divino si la gracia madura la justicia.

e') *Resumen.*—Vimos, pues, que la justicia en sentido objetivo se halla separada de la moral (conjunto de virtudes) en el sentido de que ningún acto de justicia depende en ésta su cualidad de justo o injusto, del hecho de que dimana o no de una virtud moral en sentido lato (teologal o moral). Por el otro lado, la justicia en sentido objetivo no podría realizarse sino la mayor parte de los actos de justicia arraigaran en la virtud de justicia que consiste en el respeto que cada cual tributa a la legítima manera de ser del otro. Vimos igualmente que algunas instituciones muy importantes que plasman en parte en actos de justicia estriban en la virtud de la caridad. Ambas virtudes palpitan en el fondo de la convivencia; pero la virtud de justicia construye la convivencia de separación (sociedad), mientras que la virtud de la caridad inspira la convivencia de unión (comunidad).

La separación de la justicia en sentido objetivo de la moral se efectúa mediante el método del fraccionamiento. Toda separación debida a tal método tiene siempre algo de arbitrario y violento. El último problema que se plantea, es, por ende, investigar por qué razón nunca se llega dentro del seno de la justicia al desfraccionamiento del mencionado divorcio entre justicia y moral. La razón está en que el hecho de si un acto se debe exclusivamente a la virtud de la justicia o de la caridad no es objetivamente observable. Por este motivo este hecho no tiene cabida en la esfera de la justicia en sentido objetivo (77).

En resumidas cuentas, podemos, pues, decir que la justicia en sentido objetivo «es la más expresiva e impresionante, la más grandiosa y especificada manifestación de la moral sobre la tierra» (78).

c) *Relaciones entre justicia y Derecho.*—El Derecho es un conjunto de conductas directivas (79). Estas conductas pueden o prescribir ejemplos, mediante toda clase de órdenes, o darlos mediante la

(77) Recordamos que precisamente la inobservabilidad de si un acto se realiza exclusivamente motivado por la representación del deber da un argumento a KANT a favor del carácter apriorístico del imperativo categórico (*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 2. Abschnitt, Leipzig, Félix Meiner, Philosophische Bibliothek, tomo 41, 1947, págs. 27, 28).

(78) V. JAMES GOLDSCHMIDT: *Problemas generales del Derecho* (obra póstuma, Depalma, Buenos Aires, 1944, pág. 54).

(79) En nuestro *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado* (1.^a edición, Bosch, Barcelona, 1948, pág. 19, nota 1) se hallan enumeradas las publicaciones nuestras en las cuales esta concepción ha salido a la luz. Véase, por lo demás, la segunda edición de esta obra (Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, págs. 9, 10).

obediencia o por medio de una conducta autónoma. Una sociedad otorga a una conducta valor ejemplar que es lo mismo que valor directivo, si la cree apta de fundar un orden mediante su generalización. La obediencia a la prescripción de ejemplos o a la dación autónoma de los mismos, es la consecuencia de esta valoración. El Derecho es siempre positivo; la justicia no lo es necesariamente (80). La esclavitud era Derecho positivo. Aun Aristóteles estimaba directiva la conducta de aquellos que poseían esclavos (81). Pero la esclavitud no fué jamás obra de justicia. Por el contrario, los apóstoles de la justicia social, como por ejemplo el francés Leclaire, que dió a sus empleados una participación en la ganancia del negocio, convirtiéndolos finalmente en copropietarios del mismo (hacia 1835) (82), realizaron actos de justicia que, sin embargo, entonces, y ni siquiera ahora, fueron y son reputados conductas directivas.

De nuevo nos encontramos con un caso de fraccionamiento. Estamos en presencia de un caso análogo al de los negocios abstractos. El negocio abstracto es válido, aunque el negocio causal resulta nulo. En nuestro supuesto se mantiene la validez de una institución, como la de la esclavitud, aunque sus fundamentos infringen los principios de la ley natural. La diferencia entre ambas hipótesis salta a la vista, si recordamos que en la primera se admite un desfraccionamiento mediante la doctrina del enriquecimiento sin justa causa, mientras que en la segunda el desfraccionamiento se produce más tarde por medio de leyes retroactivas cuando las ideas de justicia llegan a imponerse. No obstante, en casos de extrema gravedad el desfraccionamiento se lleva a cabo simultáneamente y deroga el Derecho injusto. La doctrina clásica distingue, al efecto, entre los casos en los que el Derecho infringe el bien común humano o el bien divino. En la última hipótesis el Derecho es nulo; en la primera, sólo lo es si la sublevación no produjere mayores daños que el acatamiento (Santo Tomás, *Summa Th.*, I^a, II^{ae}, qu. 96, art. 4, resp.).

WERNER GOLDSCHMIDT

(80) V. el prólogo al segundo tomo de nuestro ya citado *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado* (Bosch, Barcelona, 1949, pág. 6).

(81) Con respecto a la doctrina aristotélica de la esclavitud. v. OTTO SCHILLING, *Die Staats-und Soziallehre des hl. Thomas v. A.* (Paderborn, Ferdinand Schöning, 1923 —existe una segunda edición de 1930—, págs. 228 a 231).

(82) V. BERNARD BOSANQUET: *Essays and addresses* (George Allan and Company, London, 1899, pág. 17).

