

Palabras preliminares

Hace un mes aproximadamente que dimos término a la traducción de este breve trabajo del doctor Jorge del Vecchio, sin que hubiéramos podido, por una o por otra causa, enviarla a la dirección de esta Revista para su publicación. Hela aquí, empero, y, no dudamos que los lectores acogerán con el beneplácito de siempre esta nueva producción del profesor italiano, del que nadie ignora, en el medio jurídico, que es uno de los más prestigiosos tratadistas de la Filosofía del Derecho de nuestro tiempo.

Pero antes de presentar la traducción de que hablamos, quisiéramos decir dos palabras sobre ésta. Hemos hecho una traducción casi literal del texto primitivo para evitar en lo posible el defecto que nos señala el aforismo italiano: *traduttore, traditore* ("traductor, traidor"). Creemos que hay una gran parte de verdad en esto. Y nada mejor para evitarlo, a nuestro modo de ver, que haciendo una traducción hasta cierto punto *ad litteram*, a riesgo de restar elegancia a la forma; de esta manera, no obstante esto último, el pensamiento del autor queda más a resguardo de las variaciones y deformaciones que puede sufrir al ser trasladado a otro idioma. Todo esto no quiere decir, sin embargo, que no hayamos respetado las reglas de la sintaxis castellana así como lo más esencial de las correctas formas.

Hacemos patente nuestro agradecimiento al profesor Del Vecchio, quien tantas muestras de atención nos prodigó cuando en el mes de diciembre último estuvimos a verlo, por el consentimiento espontáneo que nos brindó para la traducción de cualquiera de sus obras.

París, abril de 1956
LUIS DORANTES TAMAYO

Revista de la Facultad de Derecho
Año IV, número IV, abril-junio, 1956.

Tengo el deber de declarar, ante todo, que he aceptado la benévola invitación para tratar un tema tan arduo (“así de fuerte ha sido el afectuoso grito”), sólo después de haber advertido que no me habría sido posible desarrollarlo en su integridad. Me limitaré, por consiguiente, a pocas y simples consideraciones.

La idea de justicia es ingénita en el alma humana (*per naturam impressa mentibus*), aunque el conocimiento de ella, como de todas las verdades eternas, se venga desarrollando sólo por grados. Desde los comienzos de la existencia humana (podemos decir de la convivencia, porque la vida humana es esencialmente social) la justicia se expresa en un cierto orden, esto es, en un conjunto de normas reguladoras y limitadoras del obrar: normas no formuladas en un principio y no meditadas, pero, sin embargo, efectivamente seguidas, así como se siguen inconscientemente las de la sintaxis y de la gramática hasta por los iletrados y los pueblos salvajes.

Semejante orden jurídico positivo está, no obstante, lejos de satisfacer plenamente las instancias de la humana conciencia, aun cuando, con el andar del tiempo, de las fases primitivas y embrionales aquel orden se ha elevado a un cierto grado de perfección técnica. Puede decirse, más bien, que los defectos del sistema positivamente vigente se advierten mucho más en las fases avanzadas de su desenvolvimiento que en las iniciales, pues en ella lo “justo” se confunde a menudo con lo “ordenado”. Pero en todos los tiempos, y máxime en

los momentos de crisis, se ha oído la invocación a las leyes eternas, o sea a la justicia divina, sobre las mutables imposiciones de los gobernantes y legisladores humanos. Todos, creo, recuerdan el clásico llamado de la *Antígona* de Sófocles a los *αγραπτα χασφαρη θεων νομυμια*, contra una prohibición de un cruel tirano. Y es superfluo citar otros ejemplos, antiguos y modernos.

Hasta un pensador inclinado al escepticismo, como Renan, ha reconocido la necesidad de semejantes llamados. *Dans une de ces situations tragiques, Dieu est en quelque sorte le confident et le consolateur nécessaire. Que voulez-vous, que fassent, si ce n'est lever les yeux au ciel, une femme pure accusée injustement, un innocent victime d'une erreur judiciaire irreparable un homme qui meurt en accomplissant un acte de dévouement, un sage massacré par des soldats barbares? Oú chercher le témoin vrai, si ce n'est en haut?*^{1a}

Aquí se plantea el problema: ¿cómo podemos conocer a la divinidad, o sea lo absoluto? Puesto que el conocimiento implica una relación (entre un sujeto y un objeto), conocer lo absoluto es casi una contradicción en los términos, ya que lo absoluto (se ha dicho), en cuanto conocido, se torna relativo. No ocultamos la fuerza de esta objeción; pero no creemos que sea insuperable. Hay conocimiento y conocimiento: hay el que se funda en los datos de los sentidos y en las experiencias físicas, y el que confía a una pura exigencia de nuestro espíritu, que ningún experimento sensible puede confirmar, pero —nótese— ni siquiera desmentir, precisamente porque pertenece a un orden de verdad superior a los fenómenos. Hay certezas (por ejemplo, la de nuestro libre arbitrio y de nuestra imputabilidad) que ningún instrumento mecánico ha demostrado jamás, ni podría demostrar, pero que se imponen absolutamente a nuestra conciencia, de tal suerte que no nos sería posible prescindir de ellos. Lo mismo puede decirse de la llamada “voz del deber”, que Rousseau llamó no injustamente “voz celeste”.

¹ E. Renan, *Feuilles détachées* (París, 1892), p. xxviii.

* “En una de esas situaciones trágicas, Dios es, por decirlo así, el confidente y el consolador necesario. ¿Qué queréis que hagan, sino elevar los ojos al cielo, una mujer pura acusada injustamente, un inocente víctima de un error judicial irreparable, un hombre que muere cumpliendo un acto de sacrificio, un sabio asesinado por soldados bárbaros? ¿Dónde buscar el testigo verdadero, sino en lo alto?” (nota del traductor).

En tales certezas de orden metafísico, hay —lo admitimos— alguna cosa de misterioso (¿no dijo acaso un gran filósofo que “la libertad es un misterio?”); pero tal es precisamente nuestro destino, de pertenecer por un lado al mundo físico, y de estar, al mismo tiempo, en contacto con el mundo de los valores absolutos, a los cuales nos atrae una *in abolible* aspiración de nuestro espíritu.

Comencemos por respetar el gran misterio que está encima de nosotros y también en nosotros, puesto que en nuestro fuero interno, si bien lo escuchamos, oímos su impronta; y estaremos en la vía de la sapiencia y de la fe. Tal es, si no yerro, el significado de la máxima bíblica: *Initium sapientiae timor domini*. No reprimamos, por la orgullosa y vana pretensión de saberlo todo y de creer sólo en lo que se toca con la mano, las aspiraciones y las esperanzas inefables, que a menudo dan un sentido a la vida y nos permiten soportar los dolores de ésta. Recordemos, más bien, las palabras de Dante: *State contenti, umana gente, al guía...*

Si no podemos conocer integralmente en sí misma, por los límites de nuestro intelecto, la *ratio divinae sapientiae* que gobierna al mundo (*lex aeterna*), bien podemos y debemos atenernos a la *lex naturalis*, que es el reflejo de aquélla, adecuado a nuestra naturaleza (*secundum proportionem capacitatis humanae naturae*, como exactamente se expresa Santo Tomás). Hay después, en tercer lugar, la *lex humana* (*ab hominibus inventa*), que debe ser una especificación más particularizada de la *lex naturalis*, pero sin contradecir jamás a ésta, ni mucho menos, a la *lex aeterna*.

Mas no sólo la *lex naturalis* y la *lex humana* sirven para dirigir el obrar humano, sino también la *lex aeterna* (divina), que orienta al hombre hacia un fin último, sobrenatural.² Debemos mirar a un supremo ideal de salvación y de perfección, aunque, por la estrechez de nuestra mente, no podamos formarnos de él un concepto adecuado. Es —repetimos— una aspiración, una vocación, un anhelo lo que nos atrae hacia este ideal absoluto, y que vale más que la observación empírica de cualquier objeto tangible.

² Véase Santo Tomás, *Summa Theol.*, 1^a., q. 91, art. 4. y 1, 1. Véase también q. 93 art. 2c, donde se explica como de la *lex aeterna* se tenía un cierto conocimiento, no *secundum quod in se ipsa est*, sino *secundum aliquam ejus irradiationem*.

Es claro que un ideal que trasciende toda experiencia terrena, y se impone, sin embargo, a nuestro espíritu como meta suprema tiene el carácter de la divinidad, aunque —para no pronunciar el nombre de Dios en vano— no queramos identificarlo con la divinidad misma. En esta suprema idealidad debemos poner de nuevo la síntesis de toda virtud, por consiguiente también la de la justicia; una justicia, empero, diversa y más alta que la humana.

Algunos caracteres, que el análisis ha llevado a discernir en la justicia humana, pierden su significado respecto a la justicia divina, y no son aplicables a ésta. Así, por ejemplo, mientras en la justicia tal como nosotros la experimentamos hay siempre una relación bilateral, por la cual a una obligación corresponde una pretensión, no puede ciertamente hablarse de obligaciones de la divinidad ni de una pretensión cualquiera hacia ella. Así también si se distingue la justicia en *distributiva* y *conmutativa*, es fácil advertir que ninguna conmutación, o cambio de bienes equivalentes, es posible entre la divinidad y el hombre; por el contrario, también la distribución o repartición de los bienes debe concebirse de modo diverso, según que se realice por justicia divina o humana. Las disputas teológicas en torno a esto son tan numerosas que no sería posible resumirlas aquí; recordemos sólo, como índice de la dificultad y delicadeza del argumento, que un teólogo portugués, Rebelo (Rebellus), queriendo aplicar los esquemas aristotélicos de la justicia a la justicia divina, propuso las fórmulas: *justitia superconmutativa*, *superdistributiva*, *superlegalis* y *superpunitiva*.³

Más importante es notar que en la justicia divina, según el concepto cristiano, la justicia se acompaña con la misericordia; mientras entre los hombres estas dos virtudes están separadas y a menudo aparecen en contraste entre sí. De esta manera observaba san Juan Crisóstomo, comentando el salmo de David: *Domine, exaudi me in tua justitia. Apud homines justitia privatur misericordia; apud Deum autem non ítem, sed justitiae quoque admixta est misericordia, et tanta, et tanta ut ipsa etiam justitia vocetur clementia*.⁴

Muchos intérpretes (también a propósito del verso de Dante: "Misericordia y justicia se les desdeña", *Inf.*, III, 50) entendieron aquellos

³ T. Rebellus, *De obligationibus justitiae, religionis et charitatis* (Venetiis, 1610), pp. 26-38.

⁴ En Migne, *Patrol. Graeca*, t. I.V, p. 448.

dos atributos en sentido alternativo, de modo que la divinidad sería algunas veces justa y algunas veces misericordiosa. Pero la interpretación más correcta parece ser, por el contrario, que las dos cualidades se unen en el concepto de una superior, perfecta virtud, cual la que se aviene precisamente a la divinidad.⁵ Esto no impide que uno u otro aspecto de esa misma virtud pueda parecernos predominante, según sus varias aplicaciones. Así, la severidad parecería prevalecer en el *Viejo Testamento*, y la temperancia, por el contrario, en el *Nuevo*. Pero ya en aquél los dos atributos son afirmados como estrechamente unidos, al grado de formar una sola cosa (por ejemplo, el Salm. CXIV, 5: *Misericors Dominus et justus*, etc.); y afirmaciones no diversas se encuentran entre los padres de la Iglesia, como en Orígenes, San Ambrosio, etcétera.

La superioridad de la justicia divina en comparación con la humana depende principalmente de su síntesis con la misericordia; por esto, en el más elevado concepto cristiano, comprende también el don de la gracia y el misterio de la redención. No es maravilla que, frente a tanta alteza, la justicia humana parezca una muy pobre cosa, hasta ser considerada algunas veces como injusticia. *Non ergo deum nostrae justitiae similem cogitemus* (escribía, por ejemplo, san Agustín); *quoniam lumen quod illuminat, incomparabiliter excellentius est illo quod illuminatur*.⁶ Y san Gregorio Magno: *Humana justitia divinae justitiae comparata, injustitia est*.⁷

En este punto podemos, empero, poner la cuestión de si no sería posible que la justicia humana, inspirándose en aquel más alto concepto, acogiese —también en los propios límites y en las propias formas— las instancias de la caridad y de la misericordia, junto con la del derecho. A tal cuestión no dudamos en dar respuesta afirmativa. Bien puede observarse que esto está y ya, en pequeña medida, reali-

⁵ Véase especialmente Santo Tomás, *Summa Theol.*, I^a, q. 21, art. 4. Cfr. R. de Mattei, *Misericordia e giustizia nella Patristica e nel Dante* (en "Gionarle storico della letteratura italiana", vol. CIX, 1937). Sobre el concepto de *justicia dei*, véase también Gonella, *Aspetti teologici del problema della giustizia* (en "Archivio di Filosofia", año 1938, fasc. II).

⁶ San Agustín, Epist. CXX, cap. IV, ss 19-20 (en Migne, *Patrol. lat.*, t. XXXIII, p. 461).

⁷ San Gregorio Magno, *Moralium*, L. V, cap. XXXVII, § 67 (en Migne, *Patrol. lat.*, t. LXXV, p. 716).

zado en el campo de la llamada legislación social (providencias para los trabajadores, para las familias desacomodadas, etc.), y alguna mínima traza de ello puede encontrarse en recientes reformas del Derecho penal (por ejemplo, en la institución del perdón judicial). Mas si se considera el problema en su generalidad, debe admitirse que muchas otras y más radicales reformas serían necesarias.

Un antiguo escritor ha distinguido tres especies de justicia: *justitia dei, justitia hominis, justitia diaboli*. *Justitia dei est reddere bonum pro malo; justitia hominis est reddere bonum pro bono, malum pro malo; justitia diaboli est semper reddere malum pro bono*.⁸ Efectivamente, el concepto de *reddere malum pro malo* es todavía la base de nuestros sistemas penales; con más precisión, según la fórmula de Grocio, *malum passionis quod infligitur ob malum actionis*. Es evidente, empero, que tal concepto contrasta con la *justitia dei*, o sea con la verdadera justicia, no sólo según el pasaje poco antes citado, sino también según otros mucho más importantes y estimados. Recordemos, por ejemplo, las palabras de san Pablo: *Noli vinci a malo, sed vince in bono malum* (Rom., XII, 21), y aquellas de san Pedro: *Non reddentes malum pro malo, nec maledictum pro maledicto, sed e contrario benedictes... Melius est enim beneficientes, si voluntas dei velit, pati, quam malefacientes* (Epist. I, III, 9, 17). Y podríamos recordar también, en un sentido más amplio, aquellas máximas del *Evangelio* que nos imponen amar a nuestros enemigos (Mateo, v, 20, 43 y ss.).

La opinión de que sea lícito infligir sufrimientos a los autores de delitos está, sin embargo, tan arraigada, que la fórmula susodicha (correspondiente, en sustancia, a la 'Ley del Talión') es acogida sin discusión en todos o casi todos los tratados de Derecho penal, al mismo tiempo que encuentra aplicación concreta en la dureza de los actuales sistemas carcelarios.

Si, por el contrario, partimos del concepto de que el mal se reparte verdaderamente sólo con el bien, debemos sustituir aquella fórmula con otra: *bonum actionis propter malum actionis*. No se crea que esta fórmula signifique una renuncia a la lucha contra el delito; antes bien, abre el acceso a una acción mucho más eficaz contra aquél, como trataremos de demostrar brevemente.

⁸ Codefridus abbas Admontensis, *Homilia domin. LH* (en Migne, *Patrol. lat.*, L. CLXXIV, p. 350).

Fuera de duda está, ante todo, que debe quedar íntegro el derecho de legítima defensa, el cual, sin embargo, no tiene de ningún modo la mira de infligir sufrimientos, sino sólo de impedir el entuerto. Y la legítima defensa —nótese— puede comprender restricciones aun graves de la libertad personal de individuos peligrosos, como las que se aplican, por ejemplo, a los locos, a quienes nadie tampoco se propone hacerlos sufrir.

Otro principio racional indiscutible es el de que cualquier delito implica la obligación de resarcir el daño; principio reconocido generalmente en teoría, mas descuidado casi del todo en la práctica. ¿Quién podría sostener que los sistemas penales hoy en uso facilitan el cumplimiento de esta obligación? ¿No es más bien cierto que lo impiden, quitando casi siempre a los penados la posibilidad de un provechoso trabajo? Agréguese que las penas, como hoy se practican, constriñen a los condenados a extinguir sus obligaciones de asistencia familiar; mientras ocasionan crueles sufrimientos (especialmente en los casos de reclusión por largo tiempo o por toda la vida) a los familiares inocentes de los condenados. Creo que bastaría esta última consideración, para hacer surgir en toda recta conciencia una duda al menos sobre la justicia de los vigentes sistemas penales.

Que estos sistemas no alcancen ni siquiera el fin de Inducir a los reos a enmendarse y redimirse espiritualmente, es desgraciadamente cierto. Muy frecuentes son los casos de reos liberados de la cárcel que cometen nuevos delitos, quizás meditados o aprendidos de los compañeros de pena en la cárcel misma. La reeducación moral de los delincuentes debería realizarse con medios y en ambientes del todo diversos.

Que la duración de las penas carcelarias para los distintos delincuentes se fije por las leyes positivas de manera empírica y sin base alguna científica; es del mismo modo evidente. Sólo por una vana ilusión se puede pensar que la turbación del orden jurídico causado por un delito, sea reparada porque el autor de éste sea tenido en la cárcel por un cierto número de días, o de meses, o de años; mientras el daño producido por el delito a personas particulares y a la sociedad entera no ha sido con esto, ni en algún otro modo resarcido. Adviértase que los actuales sistemas no sólo dejan insatisfecha, en la inmensa mayoría de los casos, la elemental exigencia del resarcimiento

del daño (afirmada, sin embargo, en algún artículo de la ley, que permanece casi siempre letra muerta), sino que ni siquiera se preocupan de proceder a una verdadera determinación del daño mismo, cuando precisamente éste debería ser el primer deber de la justicia.

Para obtener el justo resarcimiento debería, en mi opinión, instituirse un sistema de vigilancia sobre el género de vida de los deudores *ex delicto*, los cuales habrían de ser obligados al trabajo; un sistema susceptible de varios grados, como poner a prueba, ante todo, la buena voluntad del deudor y recurriendo sólo en los casos más graves a formas directas de coerción; excluyendo, sin embargo, siempre las vejatorias e inhumanas, propias de regímenes jurídicos superados.

No olvidemos, sobre todo, que la esperanza de vencer en la batalla contra el delito debe fundarse, mucho más que en los medios aflictivos (de los cuales la historia misma ha demostrado y muestra cada día la ineficacia), en la obra de saneamiento de la sociedad, mediante la elevación moral y material de las clases más necesitadas, a la luz de los principios cristianos de justicia y de caridad. Séame lícito repetir aquí las bellas y nobles palabras de Settembrini: "Oh, vosotros que hacéis las leyes y que juzgáis a los hombres, respondedme y decid: Antes que éstos hubieran caído en el delito, ¿qué habéis hecho por ellos? ¿Habéis educado su infancia y aconsejado su juventud? ¿Habéis aliviado su miseria? ¿Los habéis educado con el trabajo? ¿Les habéis enseñado los deberes de su condición? ¿Les habéis explicado las leyes? Vosotros que os llamáis lámparas del mundo, ¿habéis iluminado a éstos que caminaban en las tinieblas de la ignorancia? Y si no habéis hecho esto, que era vuestro deber, ¿no tenéis entonces culpa de sus delitos? Ahora, ¿quién os da el derecho de castigarlos? Pues bien, vosotros que los castigáis según vuestra ley y vuestra justicia, seréis juzgados según otra ley y otra justicia."⁹

Todavía dos reflexiones son quizás oportunas, para cerrar este breve discurso. La comparación entre la justicia divina y la humana basta de por sí para amonestarnos que nuestros juicios son falibles; por lo que debemos ser cautos, especialmente al pronunciar condenas. A esto se refieren las sentencias evangélicas: *Nolite judicare, ut non*

⁹ L. Settembrini, *Ricordi della mia vita* (de Bari, 1934, vol. II, p. 41).

judicemini (Mateo, VII, 1); *Nolite condemnare et non condemnabimini. Dimittite, et dimittentini* (Lucas, 6, 37). No olvidemos jamás que nosotros mismos estamos sujetos a ser juzgados, y no podemos presumir de ser inmunes a las culpas y pecados que, si tuviésemos tal presunción, cometeríamos por esto mismo el pecado de soberbia. Recordemos aún la tremenda pregunta: *¿Quid autem vides festucam in oculo fratris tui, et trabem in oculo tuo non vides?* (Mateo, VII, 3). De esto deberíamos sacar, por lo menos, la conclusión de que las condenas más severas son casi siempre las más justas, y que debería ser admitida en todo caso la revisión de ellas.

De otro error debemos guardarnos: y es el de considerar el Derecho como la única regla de la vida. En la suprema justicia, ya lo hemos hecho notar, la juridicidad se une con la misericordia. Por lo cual nosotros, queriendo mirarnos en aquélla, deberemos tener presente que el Derecho señala sólo un límite, mas dentro de este límite debe ejercitarse la caridad, la cual puede también imponernos, en ciertos casos, renunciar a nuestros derechos, que no por ello es negado, sino reafirmado (puesto que se renuncia sólo a lo que se tiene). Así podemos, por ejemplo, condonar una deuda y perdonar una ofensa, sin que esto signifique alguna violación a la justicia, como advertía ya santo Tomás.¹⁰

Erraría, por tanto, quien creyese cumplir todo deber y ser plenamente "justo" absteniéndose sólo de violar las leyes jurídicas positivas, y apoyándose en ellas para sacar el mayor provecho posible. Estas leyes son a menudo rígidas y angostas, y en ningún caso bastan por sí solas para señalarnos la vía que conduce al bien supremo. Además de la justicia terrena, miremos a la eterna, y de ella tomemos norma: sólo así salvaremos nuestras almas.

¹⁰ Véase santo Tomás, *Summa Theol.*, 3^a. Q. 46, art. 2-3.