

“ENSAYOS SOBRE LA JUSTICIA”

*Dr. Marcelo Urbano Salerno*  
*Académico Titular*

SERIE CONTRIBUCIONES COMPILADAS N° 5



ANCBA 2021

Salerno, Marcelo Urbano

Ensayos sobre la justicia / Marcelo Urbano Salerno ;  
compilación de Marcelo Urbano Salerno. - 1a ed  
compendiada. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires :  
Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, 2021.  
Libro digital, PDF/A

Archivo Digital: descarga y online  
ISBN 978-987-537-168-2

1. Justicia. I. Título.  
CDD 340.114

Fecha de catalogación: 7/2021

Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires  
Av. Alvear 1711, 3º piso – 1014 Ciudad de Buenos Aires – Argentina

**El presente trabajo se encuentra disponible sólo en versión electrónica**

[www.ciencias.org.ar](http://www.ciencias.org.ar)

correo-e: [info@ciencias.org.ar](mailto:info@ciencias.org.ar)

La publicación de los trabajos de los Académicos y disertantes invitados se realiza bajo el principio de libertad académica y no implica ningún grado de adhesión por parte de otros miembros de la Academia, ni de ésta como entidad colectiva, a las ideas o puntos de vista de los autores.

ISBN 978-987-537-168-2

*Para Amalia ...*

## ÍNDICE

|              |  |    |
|--------------|--|----|
| Prólogo      |  | 5  |
| Capítulo I   | El ideal sublime de la Justicia. Diké, del mito a la realidad                            | 6  |
| Capítulo II  | Acerca del fundamento ético de la Justicia   | 35 |
| Capítulo III | Sócrates y el ideal de lo justo  | 45 |
| Capítulo IV  | Una concepción sobre la Justicia sensible  | 54 |
| Capítulo V   | La deontología aplicable a los abogados  | 63 |
| Capítulo VI  | Presentación del libro “La Justicia de los contratos” del<br>Dr. Daniel Guillermo Alioto | 74 |

## PRÓLOGO

Considero oportuno dar a publicidad un conjunto de ensayos escritos sobre la Justicia como un ideal permanente de la vida en sociedad. Brindo la mirada del profesor universitario retirado y del abogado en ejercicio. Durante un tiempo prolongado ocupé mi mente en tratar de discernir la complejidad del tema, a fin de satisfacer una inquietud compartida por todos los ciudadanos del país, sean profanos o letrados. Dedicué largas horas a difundir las enseñanzas de los grandes maestros en cursos teóricos de posgrado, habiendo reunido un material del que doy cuenta en sucesivos capítulos.

¿Cómo explicar que el mito nacido en la antigua Grecia perviva y pueda ser aplicado en la realidad? Intento ofrecer algunas respuestas posibles a las preguntas que nos hacemos cotidianamente escuchando noticias por un canal, leyendo periódicos y revistas. Lo mejor es tomar distancia de los hechos que nos conmueven y pueden turbar el intelecto. Si las soluciones fuesen sencillas no serían materia de preocupación a través de los siglos, motivo por el cual deviene indispensable poder hallarlas en algún momento.

Estas contribuciones pueden servir a desenredar la madeja tejida en torno a la Justicia, de modo de estudiarla en concreto sin agregarle otros problemas pertenecientes a distintas disciplinas. Anticipo que existen graves confusiones, puestas en evidencia cuando las multitudes salen a las calles en señal de disconformidad con un caso en particular. No hay duda del interés general que despierta el fenómeno de la injusticia.

Sirva para ello retornar a los enunciados fundamentales y hacer el análisis de su aplicación práctica. La ciencia jurídica tiene un radio de acción circunscripto al principio de la voluntad general expresada en la sanción de las leyes por los representantes del pueblo. Esa voluntad general constituye el quid de la cuestión. Habrá que aguardar la maduración de las ideas, surgidas del diálogo creativo, para fortalecer el ideal que en sus inicios solo fue un mito y después las instituciones trataron de hacerlo realidad.

Las páginas que siguen, editadas por la Academia, fueron compiladas por la licenciada Karina Líbano, a quien agradezco su paciente tarea.

Buenos Aires, julio de 2021  
Marcelo Urbano Salerno  
Académico Titular

## CAPÍTULO PRIMERO

**EL SUBLIME IDEAL DE LA JUSTICIA. DIKÉ, DEL MITO A LA REALIDAD.**

## EL SUBLIME IDEAL DE LA JUSTICIA: DIKÉ DEL MITO A LA REALIDAD

“¡Justicia, señor Gobernador, Justicia  
y si no la hallo en la tierra la iré a buscar al cielo!”  
Miguel de Cervantes

### 1.- Presentación

En el medio cultural existen variadas manifestaciones en torno a la Justicia, ideal superior de la convivencia armónica y pacífica. Diversas imágenes, literarias y artísticas, representan ese valor perenne del género humano. Páginas hermosas, no exentas de poesía, han sido escritas para describirla, pues todo gran pensador le ha dedicado un libro o una simple línea. Es imposible recordar a cada uno de los autores que escribieron acerca del criterio del valor de lo justo. Reconozcamos que esa labor reflexiva de acuerdo a distintas creencias filosóficas es una contribución que se debe ponderar. No ha sido una tarea vana carente de sentido ante la realidad actual.

Recuérdense a los escritores que legaron a la humanidad mensajes sublimes sobre ese ideal, como Miguel de Cervantes, Michel de Montaigne, y William Shakespeare. Al nombre de esos geniales creadores se deben añadir los de Bertold Brecht, Albert Camus, Charles Dickens, Arthur Miller, y León Tolstoi, porque contribuyeron a elevar la prosa a su máximo lucimiento. De quien más se habla en nuestros días es del checo Franz Kafka, con motivo de describir en su obra “El Proceso” la angustia de los Justiciables. Algo olvidado en la literatura es la oratoria forense, siendo su precursor el griego Demóstenes, brillante expositor en las defensas que asumió como abogado litigante.

Jorge Luis Borges dedicó un poema a la muerte del Rey Carlos I de Inglaterra, quien fuera decapitado. La historia destaca que el monarca supo morir con dignidad, pese a habersele impuesto la pena capital, desproporcionada a sus faltas. Uno de los versos de ese poema expresa con bellas palabras que la Justicia no es de esta tierra y que existe una superior a la de los hombres. Escribió Borges:

“Los jueces,  
No son el Juez.”

Como es un objeto de conocimiento, las ciencias trazan su perfil y estudian su esencia. Varias ramas del saber aportan investigaciones para desentrañar la plenitud de su significado en nuestra época, en la cual ha adquirido un carácter multidisciplinario.

Originariamente fue un tema de índole metafísico, en el más alto nivel del pensamiento. A medida que fueron avanzando los estudios, le correspondió a la filosofía ocuparse de su análisis, focalizándolo en la axiología y en la lógica. Esas especulaciones primarias luego se volcaron al campo del derecho a fin de introducir ese ideal en las leyes y aplicarlo en los tribunales. Simultáneamente, es un centro de atención de la política que es el arte de gobernar.

Las inquietudes científicas no se detuvieron: pronto atrajo la atención de la psicología, la antropología, la historia y la sociología. Más allá del orden racional, la indagación se orientó hacia el ámbito sensitivo, donde hay razones que la razón no entiende, como dijera Blas Pascal. Es la inclinación natural de los seres humanos, su sensibilidad ante lo justo y lo injusto, una aptitud del alma hacia el bien, una vivencia interior, percibida intuitivamente. Hace acto de presencia en cualquier circunstancia.

Nada le es indiferente a la Justicia y, por ello, como la luz, ilumina las conductas e inspira las acciones. Permanentemente llama a la reflexión y es un clamor para despertar las conciencias. Suele ser un lugar común decir que para conocerla hay que haber sufrido una injusticia, y quien la comete debe expiar su falta; un escritor que desarrolló este tema fue Edmond Cahn, profesor en la New York University, para reaccionar ante el hecho injusto.

Trasciende al cosmos, en la visión iusnaturalista. Posee una raíz ética, vinculada a la conducta, tornándose visible en forma estética.

## **2.- Metodología**

A fin de tener el pleno conocimiento de una idea es preciso seguir un determinado método de investigación activa, como propuso el autor francés Michel Villey. Ha sido Platón quien destacó que el método dialéctico “es el único por el que puede llegarse de una manera sistemática a conocer la esencia de cada cosa”, y agregaba “Es el único que echando abajo las



hipótesis, se eleva hacia el principio mismo para “pisar allí tierra firme y sacando poco a poco el ojo del alma”.

Todo concepto precisa el enunciado de sus componentes, pues de lo contrario se puede incurrir en un subjetivismo falto de rigor científico. Así procedió el filósofo griego Sócrates para develar el sentido de la palabra Justicia y establecer las relaciones que tiene con otros vocablos, como la piedad, la prudencia y la sabiduría. En la antigua Grecia la búsqueda del logos tuvo notoria importancia. El helenista Werner Jaeger destacó que la cultura griega convirtió la palabra Diké – creada por la mitología- “en una bandera”, porque significaba el cumplimiento de la Justicia.

Desde esa remota época permanece el mito helénico en toda nación civilizada. El análisis en la actualidad está condicionado por varias circunstancias: históricas (tiempo y lugar), políticas (ejercicio del poder y forma de gobierno), sociales (desarrollo de la vida en comunidad) y económicas (modos de distribución de la riqueza colectiva).

En el siglo XX Ronald Dworkin, destacado catedrático estadounidense, señaló la complejidad de la tarea para definirla, mediante esta frase:”resulta difícil hallar una enunciación del concepto que sea a la vez lo suficientemente abstracto como para que no podamos discutirla y lo suficientemente concreta como para que sea de utilidad”.

A partir del siglo pasado surgió una doctrina que asimiló la Justicia al Derecho, como fueron los casos del catedrático alemán Gustav Radbruch y del austríaco Hans Kelsen. En esa corriente puede añadirse la tesis del italiano Norberto Bobbio, quien enfatizó en la identidad de ambos términos como los valores superiores del ordenamiento legal. Estas posturas son negadoras de sus respectivas esencias, y no hacen distinción alguna entre cada idea. Dejan sin responder el interrogante sobre la finalidad del sistema jurídico, el cual pareciera ser considerado una simple estructura mecánica destinada a regular la conducta humana.

Continúa vigente la necesidad de que el Derecho sea objeto de especulación filosófica para dotar de autonomía conceptual a la idea de Justicia que permita ubicarla en un plano mayor al normativo. Ello significa atribuirle la jerarquía que tiene como valor de lo justo en la escala axiológica, conforme sus elementos fundamentales.

Al abordar este tema, debemos recordar que en el siglo XX hubo dos juristas que dedicaron gran parte de su tiempo a meditar sobre todos los

problemas vinculados a la Justicia, desde diferentes posiciones. Uno de ellos fue Giorgio Del Vecchio, nacido en Bolonia en el año 1878, quien vivió en una época aciaga en su Italia natal, donde sufrió persecución por sus ideas democráticas. Legó a la bibliografía una obra notable escrita en el año 1922, antes de ser Rector de la Universidad de Roma (1925-1927). En ese libro enunció los elementos que integran la noción de Justicia distinguiéndola del régimen legal, a saber: la bilateralidad, la paridad, la reciprocidad, la compensación y la remuneración. Propuso una teoría pura de la materia jurídica, mediante un esquema formal, donde esos elementos están ordenados sistemáticamente.

El otro autor fue un contemporáneo: Hans Kelsen. Nació en la ciudad de Praga en el año 1881, fue el redactor de la Constitución de Austria del año 1920, profesor en Viena y decano de la Universidad de Colonia. El año 1963 lo designaron doctor honoris causa de la Universidad de París. Padece persecuciones de las fuerzas oscuras que se apoderaron de su país bajo la dominación nazi; por ello debió buscar asilo primero en Suiza y luego en Norte América. Entre las numerosas obras jurídicas escribió un pequeño opúsculo de denso contenido en 1953, el cual complementa de algún modo su pensamiento sobre lógica jurídica desarrollado en la “Teoría pura del derecho” (1933/1934). A diferencia de Del Vecchio mostró tener una visión escéptica, acaso producto de sus vivencias personales en un mundo azotado por la tragedia de la segunda guerra mundial y el holocausto judío. Visitó nuestro país el año 1949, visita que repercutió ampliamente en el medio local y durante años su teoría fue el contenido del curso de Filosofía del Derecho dictado en la Universidad de Buenos Aires.

Paul Ricoeur -era decano de la Facultad de Letras de la Universidad de Nanterre en el año 1968- decía que el problema de la Justicia forma parte del proyecto fundamental de la filosofía práctica, en cuyo más alto nivel se encuentra la equidad “correctiva de la ley” para los “casos de conciencia”. La cuestión gira alrededor del mal, el daño cometido y el dolor sufrido. Primero una persona tiene que sufrir una injusticia y a partir de entonces exigir se haga Justicia. Así esa persona apreciará, según su parecer, el valor de lo justo, a “contrario sensu” de la injusticia padecida. Definió su criterio ético del siguiente modo: “apuntar a una vida buena con y para los otros, dentro de instituciones justas”. Ricoeur basó su teoría en la culpa por la comisión de una falta causante de responsabilidad.

Luego de la propedéutica que antecede serán analizados los siguientes elementos: la sensibilidad, el bien, la virtud, la sabiduría, la verdad, la igualdad, la eficacia, la equidad y la libertad.

### 3.- Simbolismo

La imaginación humana la evoca en diversas figuras; sus atributos permiten corporizarla con signos para apreciarla visualmente. Tiene por símbolo a una balanza, con dos platillos sopesados en señal de igualdad. A estos se les agrega la espada utilizada para cortar el nudo de la discusión. Según Ihering, "la espada, sin la balanza, es la fuerza bruta, y la balanza sin la espada, es el derecho en su impotencia".

Los conquistadores españoles le dieron forma de rollo, un tronco de madera que fijaban en la tierra descubierta para marcar su jurisdicción, como lo representó José Moreno Carbonero, en un lienzo dedicado a la primera fundación de Buenos Aires.

Cualquier persona humana tiene en su mente la imagen de la Justicia, pero en el arte se la identifica con una figura femenina. Es una mujer cuyos ojos pueden o no estar cubiertos por una venda alegórica, según se entienda que se halla atenta al conflicto a decidir, o que procederá a emitir un juicio sin mirar a quienes participan en la contienda. Así la pintaron el florentino Ángel Giotto y su discípulo Ambrogio Lorenzetti en el Siglo XIV. Luego en el siglo XVI el renacentista Rafael Sanzio la concibió como una bella mujer coronada en medio de una nube, la mirada fija en la balanza, a ambos lados ángeles que son los mensajeros de Dios ante los hombres.

Pierre Prud'hon pintó un hermoso cuadro donde simbolizó a la Venganza ("Némesis") junto a la Justicia persiguiendo a un criminal. La pintura se hallaba expuesta en la Sala Penal del Palacio de Justicia de París, pero por sus méritos ahora integra la galería del Louvre. En la Biblioteca del Congreso de Washington se encuentra un hermoso mural sobre la Justicia, sin los ojos vendados, obra del año 1898 por George Willoughky Maynard.

El genio de los artistas fue pródigo en darle las formas más hermosas, acaso por esa íntima unión entre la ética y la estética (el "ethos" helénico). Ello tiene inspiración en el estoicismo al relacionar el bien con la belleza. Es una visión optimista que está en pugna con el escepticismo que siempre acecha.

A la entrada del Palacio de Tribunales de nuestra ciudad, en el año 1959 se emplazó la estatua que realizó Rogelio Yrurtia, consistente en una mujer de pie con los ojos descubiertos y los brazos tendidos hacia adelante,

vestida con una descarnada túnica. Es una imagen benigna, cuyas decisiones son guiadas por el espíritu de la ley. A ella se encomiendan los Justiciables.

#### **4.-La elaboración intelectual**

El término bajo análisis encierra múltiples significados, según lo señaló Sócrates hace siglos. Como ocurre con todo objeto cognoscible, a esta idea se puede llegar por intuición o por la vía de la razón. Habrá que examinar sus elementos esenciales que trazan el perfil de la Justicia, en todo tiempo y lugar. Es una indagación indispensable y prioritaria para poder arribar a una conclusión válida. La tarea a emprender consistirá en precisar sus rasgos característicos.

En una instancia de especulación pura existen ciertas polémicas que complican el panorama; en su momento, el sofismo cuestionó en la antigua Grecia que se pudieran fijar cánones absolutos de lo justo. Jorge García Venturini se lamentaba que en nuestra época no se reconozca a la Justicia la valía que tiene, pues algunas tendencias filosóficas posmodernas niegan objetividad a los juicios de valor y minimizan la estima de lo justo. En el fondo se está produciendo una ruptura muy seria a nivel del pensamiento, sin advertir que la razón sola no puede explicar toda la riqueza contenida en esta categoría axiológica, sobre la cual José Ortega y Gasset escribió un excelente trabajo.

La tendencia a relativizar este valor fue expuesta por el jurista austríaco Hans Kelsen. El autor vienés sostuvo que no se conoce "la Justicia absoluta, ese hermoso sueño de la humanidad", pues a su entender la razón humana sólo puede concebir valores relativos. Por ese camino todo quedaría circunscripto al derecho vigente y positivo, reducido a una simple materia, donde los fines no cuentan y la sentencia judicial sería una norma particular. Como réplica a la referida posición nada mejor que evocar palabras del filósofo francés Henri Bergson: "estamos, nos movemos y vivimos en lo absoluto".

La Justicia se liga a la noción de persona, de ser humano, que no está solo, aislado, sino que convive con sus semejantes. Los destinatarios de sus beneficios son personas, en tanto y en cuanto se hallan relacionadas con otros sujetos. Según el autor italiano Del Vecchio "es un principio de coordinación entre seres subjetivos", vale decir, tiene una cualidad intersubjetiva.

De ahí entonces que es propia de la vida comunitaria -le da sustento-, garantizando el orden social indispensable para la convivencia. Persigue asegurar la paz entre los hombres, mediante un equilibrio de los intereses que se debaten en el seno de la comunidad. Pero el orden y la paz sólo se alcanzan a través de un ente superior de gobierno que se denomina Estado, y éste encarna el poder.

En la escala estimativa, la Justicia ocupa un lugar destacado junto a la libertad. Es un valor esencial para una vida digna que permite el desarrollo pleno de la persona. A nivel comunitario resulta indispensable a fin de asegurar la convivencia pacífica.

La historia brinda numerosos ejemplos sobre el lugar que ocupó en el pasado; en Egipto, la diosa Maat la personificó, de manera que para ese pueblo mediterráneo era una figura sagrada.

Durante la antigua Grecia, integró la mitología con deidades a las que se les rindió culto; ello permite inferir la elevada estima que tuvo en las creencias de esa era histórica que tanto influyó en nuestra civilización. Se hallaba emplazada en el Olimpo, personificada por Diké (diosa del proceso judicial) y por Themis (diosa de la legalidad). El poeta Píndaro describió con estas elocuentes estrofas toda la grandeza de la creación helénica:

"Allí la legalidad habita, y sus hermanas,  
"Seguro cimiento de ciudades,  
"Justicia y Paz, que fueron criadas en ella,  
"Dispensadoras de riquezas para los hombres  
"Aureas hijas del Derecho, sabio consejero".

Mantuvo un fuerte misticismo en Roma, aunque no invistió dignidad sagrada, según lo demuestra la lectura de los autores latinos. Las máximas romanas acuñadas para caracterizarla se siguen utilizando como modelo por su precisión y pureza conceptual. Basta evocar a Ulpiano y a Celso, quienes legaron brillantes definiciones que hoy día continúan utilizándose, para comprender como este pueblo reivindicó el arte de lo bueno y equitativo.

La sabiduría pagana hizo de la Justicia un tópico fundamental de la filosofía, incorporándose con Platón al mundo de las ideas, del cual nunca se desprendió hasta nuestros días.

Con el advenimiento del cristianismo, volvió al plano religioso, ya que es uno de los pilares de su doctrina teológica, la cual se basó a su vez en el

judaísmo a través del Antiguo Testamento. San Agustín trató el tema en su libro "La ciudad de Dios", en particular le dedicó el breve capítulo titulado "De aequo iure dominandi". Decía el Obispo de Hipona que el derecho mana de la Justicia, que es su fuente, y concluía que si no existe una verdadera Justicia tampoco hay verdadero derecho, condición indispensable de la República según la había definido Escipión. Santo Tomás de Aquino, quien ha sido el inspirador de la "doxa" cristiana, reafirmó la noción platónica aristotélica de la Justicia como virtud general. Adoptó la definición de Ulpiano -dar a cada uno lo suyo- y consideró a la virtud como la causal que opera con conocimiento, finalidad e inmutabilidad. De ahí que la doctrina tomista ha seguido siendo divulgada en Occidente, y en nuestro país la enseñaron varios autores, como Tomás Casares, Juan Alfredo Casaubón, Félix Lamas, Bernardino Montejano y Carlos Raúl Sanz.

## **5.- Estado y Justicia**

Uno de los fines esenciales del Estado precisamente es realizar la Justicia, virtud política por excelencia; y si esto no se logra, las consecuencias suelen ser gravísimas por las alteraciones a producir en las relaciones humanas. Lo más serio es que podrían verse en peligro las instituciones de la República en suma, más el debilitamiento de la sociedad.

Por ello, uno de los males mayores que existen es la corrupción en el sistema judicial. Cuando los jueces son sometidos a presiones que violentan su conciencia, se asiste a un serio quebrantamiento institucional de imprevisibles efectos. Los Justiciables son quienes sufren los embates nefastos de ese aquelarre, generador de la discordia.

Viene a propósito un aforismo oriental atribuido al filósofo chino Mencio: "Ladrón es el que roba al mundo, tirano es el que roba a la Justicia". Los gobernantes que no se ocupan de la Justicia y la avasallan, subvierten la autoridad que les confirió el pueblo.

Esta íntima vinculación fue destacada por diversos pensadores. La Justicia da fundamento al Estado, pues, como dice Rawls, es la legitimación racional de un régimen político y social. No puede dejar de existir, como escribió alguna vez el ilustre riojano Joaquín V. González, por ser necesaria para la vida en relación.

De ahí que en el Estado moderno, existe un poder dedicado a cumplir esta función. El llamado Poder Judicial tiene la misión de impartir la Justicia, con independencia y autonomía, sin subordinación al poder político.

Ello apunta a la imparcialidad u objetividad a fin de garantizar una decisión justa.

Lo esencial es que la sentencia sea conforme a derecho, vale decir, aplicando correctamente los principios y normas jurídicas, inspirada en un sentimiento sano al dar la razón a una de las partes en conflicto (si fuera un caso penal absolver o condenar al inculpado). Son los dos aspectos que se deben presentar simultáneamente: el racional y el sensitivo. Si el juez carece de una sensibilidad adecuada, o ésta es trastornada por presiones externas, el resultado será disvalioso.

Recuérdese que el vocablo sentencia proviene del verbo latino "sentio", palabra que significa percibir con los sentidos. No debería ser un simple proceso de reducción del texto legal a un caso singular sometido a un análisis semántico para emitir un juicio respecto del caso en conflicto, como sostienen los positivistas. La doctrina del positivismo fue enunciada en el siglo XVII por el filósofo inglés Thomas Hobbes –autor del “Leviathan”– quien sostenía que el obrar justo consistía en adecuar la conducta al derecho, pero que le corresponde al Estado decidir que es lo justo y lo injusto. Dworkin se refiere a que “juzgar es un arte” (el “ars iudicandi”). Una combinación armoniosa de varios factores se impone para resolver una litis. El acto judicial ha de ser obra de la razón y de la sensibilidad del magistrado que exige fina percepción y un buen ojo clínico.

Esas premisas no impiden distinguir entre diversas especies, según las enseñanzas de Aristóteles y Santo Tomás, las que en definitiva son variantes del mismo problema. Así se habla de una Justicia general, y en particular la social, la conmutativa, la legal, y la vindicativa, las tres últimas impartidas por los jueces. El teólogo español Francisco Suárez señaló en su época que todas se corresponden con una idea superior de la que son tributarias y que les da su razón de ser. En el siglo XX al transcurso de las décadas, la Justicia social se emplazó en la acción política de los gobiernos, para promover el bienestar general y distribuir la riqueza colectiva a fin de satisfacer las necesidades primarias de la población de menos recursos. Negar esa realidad es imposible, la experimentamos todos los días, cuando se ponen en evidencia la pobreza y la miseria, carentes de protección frente a la adversidad de su destino.

La sociedad exige el castigo del delincuente mediante una decisión justa impartida con todas las garantías legales. El orden penal es aleccionador para hacer cumplir la ley y posibilitar la reinserción del autor del hecho dentro de la comunidad. Es la “vindicta pública” que rige desde

hace siglos a fin de satisfacer a las víctimas del delito y prevenir su proliferación. El Estado se atribuye el ejercicio de la venganza para impedir que prevalezca la ira, impidiendo la discordia y asegurar la paz interior. Kelsen justificó condenar el ilícito y lo denominó principio de represalia.

No cabe duda, pues, que cualquiera sea su categoría, la Justicia es una sola. Es falso el concepto de que si la distributiva resulta ser óptima en un Estado, con ello basta, aunque la conmutativa deje mucho que desear. También es falso aquello de que si los Tribunales funcionan regularmente, no interesa que la distribución social adolezca de graves falencias. Todas las especies se hallan conectadas entre sí y cuando una es insatisfactoria ello desmerece a las restantes, pues debe reinar una suerte de equilibrio entre las mismas. Roto ese equilibrio, se esfuma el ideal

## **6.- La era de la República**

De cualquier modo, y en forma paulatina, los principios de la República se fueron imponiendo como reglas efectivas en la mayoría de los países civilizados.

El régimen republicano es una de los máximos logros de la civilización occidental, consagrada por los norteamericanos en la Constitución de 1787 a fin de instituir los tres poderes del Estado: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. El Poder Judicial tiene en su instancia superior a la Corte Suprema, autoridad que decide las causas sentando precedentes obligatorios para el “common law” Este dato histórico no puede ser menospreciado, pues permitió concretar en los hechos una Justicia para beneficio de todas las personas sin discriminaciones. En ese año Europa estaba gobernada por monarquías absolutas, hasta que Francia abolió la monarquía con la Revolución de 1789, enarbolando el lema libertad, igualdad y fraternidad.

Con el transcurso del tiempo los ideales republicanos se fueron expandiendo en el mundo, como le aconteció a las colonias españolas en América. Un caso de gran interés en el viejo continente fue el de la República Suiza, creada con motivo del Pacto Federal de 1815, celebrado entre los cantones. Ese Pacto obedeció a lo resuelto en el Congreso europeo de Viena que garantizó a Suiza la neutralidad en los conflictos bélicos. Por esa razón se organizó una Confederación de los estados locales que tomó de modelo el régimen federativo norteamericano, estableciendo además la separación y el control recíproco de los poderes. Alberdi se valió de esos principios para elaborar su proyecto constitucional.



La influencia de la doctrina norteamericana en nuestro país se evidenció con la Revolución de Mayo de 1810 y con la Declaración de la Independencia de 1816. La evolución de las ideas políticas en nuestro medio recibió ese influjo, además del pensamiento de los filósofos franceses y del ginebrino Juan Jacobo Rousseau. Pasado el interregno unitario, se fue gestando el federalismo argentino. El principio de la división del poder surgió “ab initio” de la nacionalidad. Durante el período anterior de la dominación hispánica, el Virrey ejercía las funciones del monarca asentado en la Península y concentraba la autoridad regia, incluso tenía los atributos de Justicia Mayor, presidiendo la Real Audiencia pretoriana que se instaló en Buenos Aires el año 1783. Una vez depuesto el virrey Baltasar Hidalgo de Cisneros, los patriotas expulsaron inmediatamente a los oidores de ese Tribunal y los reemplazaron por letrados criollos (el 22 de junio de 1810). Ese tránsito del régimen virreinal a un gobierno patrio fue obra de la Junta Conservadora que el día 22 de octubre de 1811 dictó el Reglamento Provisorio para ejercer sus funciones. Este Reglamento enunció literalmente, aquello que ya estaba consumado en los hechos: “el Poder Judicial es independiente y a él sólo toca juzgar a los ciudadanos”.

En nuestro país se siguió esa corriente cuando se sancionó en 1853 la Constitución Nacional, tras varios fallidos intentos de organizar jurídicamente a la sociedad argentina a partir de la Independencia. Recién en el año 1862 se instauró la Corte Suprema de Justicia de la Nación, máxima jerarquía de todas las instancias, y se puso en acción por primera vez en nuestra historia a la Justicia federal. Obedeció al modelo creado por la Constitución norteamericana, aunque sus fallos carecen de fuerza legal como precedentes, son respetados por su autoridad académica. Resulta auspicioso leer en el Preámbulo, la invocación a Dios "fuente de toda razón y Justicia", como escribieron los convencionales con un evidente fervor religioso. Esa invocación anima el buen funcionamiento de las instituciones para que los gobernantes y magistrados no se extravíen por los caminos de la iniquidad.

## **7.- Es un elemento sensible**

Así como el hombre tiene conciencia moral, también tiene una conciencia sobre lo justo. Es una cualidad del ser que se basa en su parte sensitiva. Como decía León Duguit, es una prolongación de su dignidad en cuanto persona. Por tanto, la Justicia se presenta a nivel psicológico como una propiedad del individuo, quien puede tenerla desarrollada en mayor o en menor grado y que, en todo supuesto es susceptible de ser cultivada en la inteligencia. A ello debe agregarse el factor intuitivo. El profesor de la

Universidad Nacional Autónoma de México Luis Recaséns Siches la exploró en el fuero interno de la mente; sin embargo, rechazó “la pretensión de que la axiología jurídica o el derecho natural puedan tener como radical cimiento esa emoción de Justicia e injusticia”. No comparto esta opinión: anida en el espíritu, como una sustancia etérea que reside en el interior de la conciencia de los seres humanos.

John Rawls es el autor norteamericano que en el siglo XX se ocupó de este elemento, sin temor a penetrar en un campo que muchos juristas suelen calificar de extranormativo, ajeno a la ciencia jurídica. Pero, como todo aquello que hace a los seres vivientes, interesa al derecho, no hay motivo alguno para dejar de examinar el tema desde dicho ángulo; en el fondo, la conducta es el objeto del juicio y su examen requiere un alto nivel de comprensión, desde el factor sensitivo. Apoyó su teoría en una construcción psicológica inspirada en la obra de Jean Piaget, célebre psicólogo suizo. De acuerdo con Piaget el niño tiene un criterio moral que le permite discernir lo justo de lo injusto. Se trata de una aptitud propia de nuestra condición.

El sentido de lo justo se conecta al sentimiento de culpa, el cual merece ser analizado. Quien reconoce haber obrado culposamente, sabe que cometió una injusticia y, entonces, busca pedir perdón al damnificado y si fuese necesario, ofrece reparar su falta. Esa actitud se puede apreciar en la psicología infantil, como una reacción psíquica ante comportamientos reprochados por los padres.

Rawls vio con claridad dicho elemento inmaterial, que poseen todos los seres humanos emergentes de actitudes naturales primitivas. El sentido de la Justicia es lo que permite resolver desde el corazón los más intrincados conflictos, guiándose por esa cualidad que permite ponderar aspectos que no registra la mente. En la medida que ese sentimiento haya sido cultivado como es debido, con una sólida formación ética, la solución a brindar será la más apropiada al caso.

Cuando se dice cultivar ese sentido, significa haber recibido una educación esmerada y poseer una sólida base de los conocimientos jurídicos fundamentales. A la intuición, se le une la inteligencia. Además se exige una sensibilidad para percibir lo justo. La combinación armónica de estos elementos deviene indispensable a la hora de dictar una sentencia, porque como dijo Romano Guardini, el juicio forma parte de todo ser y hacer.

Por lo demás, según afirma Rawls "un sistema en el que cada persona tiene, y todo el mundo sabe que tiene, un sentido de la Justicia, es

inherentemente estable". La observación es válida pues mediante una enseñanza de excelencia, el pueblo puede lograr mejorar su estilo de vida según un criterio inculcado en la escuela que así lo haga posible. Como siempre, desde el aula se prepara a la persona para vivir en forma civilizada.

La sensibilidad tiene una conexión directa con el arte y, por ende, con la estética. Las potencias sensitivas de cualquier ser humano se inclinan hacia la belleza, como hacia la Justicia. Quien se conmueve mirando un cuadro o escuchando una sinfonía, posee la cualidad de ser sensible, donde el reino del espíritu se abre al corazón en aras de un ideal.

## **8.- El bien hace a lo justo**

La Justicia es una suerte de bien, por ello es un objeto de deseo, parafraseando a Plotino. Es el bien tutelado del que tratan los grandes penalistas, vinculándolo con el concepto finalista o teleológico de la ciencia jurídica para la protección de los intereses vitales del ser humano.

El fallo de un tribunal que reconoce la existencia de un derecho hace un bien a su titular; el que condena a cumplir una pena hace un mal a quien violó la ley (pero al mismo tiempo realiza un bien -común- a la sociedad, porque asegura el respeto hacia el orden jurídico).

La vinculación entre ambos tipo de decisiones se remonta a la antigüedad.

En Roma, Celso definió al "ius" como el arte de lo bueno y equitativo; pero la palabra "bonum" en latín tenía un significado más rico que en su traducción castellana: hacía referencia a la moralidad y a la utilidad.

Correspondió a la filosofía griega analizar la naturaleza del bien, habiendo definido Sócrates a su teoría con el vocablo "frónesis". En la concepción socrática el fin de la vida es alcanzar el bien, suprema aspiración del hombre que busca lograr su destino trascendente. La doctrina socrática se desarrolló sobre la base de distinguir entre el alma ("psiché", algo divino en el hombre) y el cuerpo, para ubicar como valores superiores del espíritu, subordinándolos a los bienes del cuerpo y a los bienes materiales, como la fortuna y el poder. Romano Guardini investigó a fondo esa doctrina y determinó que la definición dada por Sócrates se encuentra en el siguiente párrafo del libro "Eutifrón" que escribió Platón: "lo devoto y lo piadoso forman aquella parte de la Justicia que se refiere al cuidado de los dioses, y

la parte restante de lo justo pareceme ser la que concierne al cuidado de los hombres”.

De ahí que según el helenista Jaeger, para Sócrates la Justicia es algo inherente al alma, "una especie de salud espiritual del hombre cuya esencia no puede dudarse, pues de otro modo será sólo el reflejo de las variables influencias exteriores del poder y de los partidos, como lo es la ley escrita del estado".

Por esta senda transitó el pensamiento de Platón, quien completó la obra de su maestro, dándole al bien un carácter absoluto. Afirmó que la Justicia es el bien superior del alma y sostuvo que la vida sin Justicia no es digna de ser vivida. En ese aspecto, conforma el valor moral de la personalidad del hombre, quien debe saber dominarse a sí mismo ("enkrateia") y sobreponerse a la variación contradictoria de sus fuerzas interiores; de ese modo, puede encontrar equilibrio y una armonía interior, condición de su felicidad. Para Platón lo justo está por encima de todas las normas humanas, representando una suerte de salud espiritual.

Dicho pensamiento conduce necesariamente al campo de la ética. Por ello Aristóteles sostuvo que la Justicia es una cualidad moral que obliga a los hombres a practicar actos justos. En la conciencia se refugian los valores para discernir entre el bien y el mal, entre lo justo y lo injusto.

Los Salmos bíblicos anuncian que la raza de los justos será bendita, como eterno será su recuerdo.

Realizar un acto justo es hacer el bien ¿Cómo se llega a concretar ese acto? Es necesario combinar la inteligencia con la sensibilidad, porque la Justicia tiene una base racional y otra base sensitiva.

A partir de los sentimientos inherentes a cada ser humano para reparar la iniquidad y afianzar la Justicia como pauta rectora de la vida, se ha podido identificar ese acto con un acto de amor hacia el prójimo (donde participa la caridad). Así entendido, San Agustín le atribuía la condición de sumo bien. Y en ese sentido, Del Vecchio escribió: "La Justicia en cuanto constituye un sistema objetivo de límites abre entrada por necesidad a otros criterios éticos (subjetivos), como los del amor y los de la sabiduría".

## 9.- Suprema virtud

Dentro de esta línea de reflexión se concibe a la Justicia como una virtud, suprema virtud humana; de modo que tiene una directa relación con la ética.

La senda iniciada por Sócrates, fue seguida por Platón quien aconsejó penetrar en los secretos del alma humana que alberga cuatro virtudes: el valor, la piedad, la Justicia y la prudencia. Para este filósofo la Justicia como virtud ("dikaiosyne") tiene un papel ordenador que le confiere el primer lugar en la vida del hombre, elevándose al plano metafísico; consiste en la actuación del propio deber, en una exacta correspondencia entre el hecho y la norma reguladora. En su "Ética a Nicómaco", Aristóteles redondeó su idea sobre el punto en la siguiente forma: "La Justicia es la virtud que hace que se llame justo a un hombre que en su conducta practica lo justo por una libre preferencia de su razón y que sabe aplicarla igualmente a sí mismo que a otro y entre las demás personas".

Pertenece a Solón la frase que dice: "toda virtud se halla contenida en la Justicia y sólo es noble quien es justo", con cuya proposición destacó el elemento moral.

Sea cual fuere la vigencia de los precedentes de origen helénico a lo largo de la historia, lo cierto es que Santo Tomás de Aquino reafirmó la noción platónica-aristotélica de la Justicia como virtud general. Por ese motivo aprobó la definición de Ulpiano según la cual es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo; esta definición presupone la virtud según el doctor angélico, que es rectitud causal, pues es causa de actos justos que requieren voluntad y que operan con conocimiento, finalismo e inmutabilidad. A lo cual se denomina Justicia subjetiva en la doctrina tomista. El filósofo argentino Casaubon comentó que la Justicia-virtud fue llamada por el Aquinate "rectitud causal, causaliter rectitudo", pues es causa de actos justos.

Desde otro enfoque, en el siglo XX John Rawls empleó este vocablo para calificar a la Justicia como la primera virtud de las instituciones sociales, dada su preeminencia en toda la estructura jurídica. Es un enfoque válido también para quienes eluden los planteos metafísicos en la materia. Tiene el mérito de destacar la trascendencia de la idea en el contexto institucional. A fin de darle pleno sentido a la vida en sociedad, es necesario afirmar la noción de bien común, la cual revela la dignidad, unidad e igualdad de todo el conjunto de las personas que habitan en un país. Es una

noción amplia que se aplica a las condiciones en que se desarrolla la existencia humana, fundamentalmente del punto de vista social y económico.

Sócrates relacionó la Justicia con la piedad, a punto tal que procuró identificarlas a partir de una esencia común; a su vez el concepto de los hebreos se aproximó a la "pietas" romana. Según un historiador de Roma, R. H. Barrow, esta relación se hallaba incorporada a la concepción latina de respetar los valores eternos, en el caso de la piedad -obra de los Dioses- manifestada como "Justicia objetiva en las cosas prácticas de la vida humana".

Esa elaboración fue tomada luego por un gran pensador cristiano, San Ambrosio, quien se ocupó de la piedad como un sentimiento hacia Dios, hacia la patria, hacia los padres, hacia el prójimo. En su opinión, la caridad deriva de la piedad, de la cual es una especie; en la teología cristiana se le asigna el carácter de una virtud teologal, (como decía San Pablo: "Si no poseo caridad de nada sirve todo").

La asociación entre ambas ideas sigue vigente en nuestros días. En la "Enciclopedia Larrousse del siglo XX" se advierte sobre la inconveniencia de intentar separar demasiado la Justicia de la caridad.

Del Vecchio hizo referencia a la Justicia como "carietas sapientis", es decir, como la suprema virtud que dirige el amor hacia el fin del bien universal. Surge entonces como una sublimación, como un ideal, pero exige una previa determinación jurídica, ya que no puede operar por sí sola, requiriendo de un soporte normativo en el derecho para poder ser ejercida. Cabe agregar que ella completa la fórmula de dar a cada uno lo suyo; a la hora de dictar una sentencia en un proceso se impone plantear si la decisión estará inspirará en ese ideal.

Asimismo, se pueden encontrar fórmulas que postulan la rectitud ("fact recte") como una manifestación de la Justicia.

Es posible además relacionarla con la pureza, obviamente espiritual. El acto justo debe ser puro, inmaculado, sin un interés subalterno de por medio. Colocarse por encima de las pasiones en conflicto demuestra haber alcanzado suficiente madurez y obrar mediante una conciencia limpia. Juan Bautista Alberdi escribió una frase que resulta apropiada recordar para la ocasión la que dice: "El primer instrumento para conocer la verdad moral, es un corazón recto, una conciencia pura".

Para finalizar este capítulo transcribo este texto de Francisco Vitoria: “A su vez la voluntad, cuyos ornamentos son la Justicia y la amistad, quedaría del todo deforme y defectuosa, alejada del consorcio humano; la Justicia, en efecto, no puede ser ejercitada sino entre la multitud, y la amistad, sin la cual no disfrutamos ni del fuego ni del sol, como Cicerón dice en muchos lugares, y sin la cual, como Aristóteles enseña, no hay ninguna virtud, perece totalmente en la soledad”.

## **10.- Sabiduría**

La Biblia llama a la sabiduría maestra de virtudes. En la mitología griega, Palas Atenea encarnaba la sapiencia, motivo por el cual la efigie de un búho se apoyaba en uno de sus hombros. Es apreciada como una cualidad que tienen algunos seres humanos y, en general, quienes la poseen son considerados aptos para realizar la Justicia: son los jueces sabios. Puede ser considerada como el saber científico necesario para arribar a una decisión adecuada a un problema jurídico.

Una sentencia justa es obra de la sabiduría del hombre, pues resuelve en forma razonable un conflicto, encontrándole solución apropiada. Como diría Shakespeare el saber son las alas con las cuales volamos al cielo. Aunque la intuición puede servir para ello, la respuesta se encontrará sobre la base del conocimiento de los problemas a nivel teórico y práctico, combinándolo con la experiencia y la reflexión.

La aptitud esencial para alcanzar una clara idea de los intereses en conflicto, es tener un buen poder de análisis y una fina percepción para dar el adecuado enfoque jurídico al conflicto planteado; también es preciso haber elaborado una filosofía de la vida, que permita penetrar en la intimidad de la condición humana, las debilidades y pasiones del hombre. Hace falta adoptar una actitud crítica ante los términos del litigio para juzgar con independencia de criterio. En suma: es necesario un pensamiento propio.

Desde ese punto de vista, la sabiduría resulta imprescindible para realizar el ideal. Ella requiere conciencia jurídica, aptitud de raciocinio, noción de la vida, contacto con la realidad, cultura general, profesionalismo y capacidad técnica. Además, el magistrado debe reunir ciertas virtudes morales para ponderar los aspectos éticos, un equilibrio psíquico que le permita actuar objetivamente en forma desapasionada, y una sensibilidad para asumir la naturaleza del conflicto.

Kant enseñó en su "Crítica del juicio" que en los seres racionales los atributos de bueno y de justo eran fuente de sabiduría, siendo "las condiciones de la causalidad de una causa suprema del mundo, como el supremo bien bajo leyes morales".

En ningún momento, la Justicia puede aislarse del contorno social, de las circunstancias políticas y económicas de la época. Para ello resulta preciso adquirir una serie de nociones y vivencias que enriquezcan la mente y el espíritu del magistrado. Ninguna duda cabe que sin una previa formación jurídica y cultural, esas adquisiciones son muy difíciles de lograr.

Es menester recordar que el juez intermedia entre el espíritu y la letra del derecho. A ese fin debe tener salud en el alma, en el corazón y en la mente. Él es quien decide cuando existen dudas, ya sea respecto del derecho aplicable o de los hechos sucedidos. Es un tercero que se coloca por encima del caso para zanjar una discusión, sin ambigüedades, en la forma más clara y categórica posible. Su actitud obedece al principio de alteridad: el imperativo de quien dicta la sentencia es ser objetivo e imparcial.

## **11.- La verdad**

En el libro de los Proverbios se puede encontrar esta hermosa frase: "El Rey que hace Justicia a los pobres según la verdad, afianza su trono para siempre".

Pero más allá de este texto bíblico, es frecuente identificar la verdad y la Justicia; así lo entendió entre otros Cicerón. El acto justo concuerda con los hechos acaecidos, sin ocultarlos, ni deformarlos; es un acto verídico porque da fe de cómo acaecieron. El tema tiene una directa relación con las pruebas rendidas en un proceso, donde hay una búsqueda e indagación de la verdad para poder adoptar una decisión apropiada (ello difiere, naturalmente, cuando se trata de la materia penal o de otra rama jurídica, pues las pruebas dependen de la índole del tema "decidendis").

Mahatma Gandhi elaboró filosóficamente la acción política en su teoría espiritual denominada Satya-graha. La voz Satya significa verdad, equivalente al amor, constituido en un atributo del alma; el vocablo Graha quiere decir poder. Vale decir su pensamiento se basó en el poder de la verdad. Esta doctrina, de orientación moral, tenía por finalidad realizar el ideal de la Justicia en beneficio de las personas humildes y marginales.



Una gran campaña pública tuvo lugar en Francia para obtener que se revocara la sentencia injusta dictada contra el capitán Alfred Dreyffus, la cual fue encabezada por el escritor Emile Zolá, quien al efecto escribió el célebre libro "Yo acuso". Un párrafo de esa obra está esculpido en piedra para recordar la memoria de ese literato en una plaza del barrio latino de París, la cual dice "La verité est en marche et rien ne l'arretera. Qui souffre pour la verité et la justice devient auguste et sacre ... Il n'est de bonheur que dans la justice".

Sebastián Soler, catedrático de la Universidad de Buenos Aires, dejó escritas unas palabras para rubricar este capítulo: "sólo el pensamiento inteligente nos puede llevar, prudentemente conducido, al descubrimiento de nuevas soluciones, al enriquecimiento de la realidad jurídica, cumpliendo en este campo la función más característica de la mente humana que consiste en mostrar que teníamos a la verdad delante de nosotros y que no la sabíamos reconocer".

## **12.- El criterio igualitario**

Se atribuye a Salomón, el legendario personaje Bíblico, aplicar el criterio de la igualdad para solucionar los conflictos; a ese criterio se lo suele llamar Justicia salomónica. Sin embargo, el caso que se cita en la historia como ejemplo, no resulta apropiado. Cuando el Rey Hebreo mencionado resolvió una disputa entre dos mujeres sobre la maternidad de un niño, utilizó un medio probatorio para descubrir cual de ambas era la verdadera madre de la criatura. En esa oportunidad dijo que como las mujeres no llegaban a un acuerdo, era necesario dividir al niño en dos, ante lo cual una de ellas se opuso y prefirió renunciar a su derecho antes de ver muerto al niño; la otra en cambio, no se inmutó; la que se opuso era la madre. Vale decir, Salomón con astucia pudo establecer la verdadera filiación. Un famoso cuadro de Rafael Sanzio ilustra el episodio, en el cual según el texto sagrado Dios dio a "Salomón una sabiduría y prudencia incomparable, y una magnanimidad inmensa como la arena que está en las playas del mar".

En general se atribuye al matemático Pitágoras el haber propiciado el criterio igualitario, visto como la correspondencia entre términos opuestos, en forma armónica a fin de expresar la proporción de las partes al todo. En realidad, quien lo expuso en páginas memorables fue Aristóteles, al referirse a los contratos. De acuerdo con la tesis del Estagirita, en los negocios lo justo es una especie de igualdad, según una proporción simplemente aritmética, siendo la igualdad el medio entre el más y el menos; ello hay que relacionarlo con la palabra exactitud, en lo posible matemática.

Esta teoría fue explicada en la "Ética a Nicómaco", en cuyo libro el filósofo griego sostuvo que el juez iguala las cosas, para decidir en un punto ubicado entre dos extremos (las pretensiones opuestas de cada parte); ello tiene especial importancia para el resarcimiento de los daños. Truyol y Serra atribuye al estoicismo el principio de la igualdad esencial entre los humanos. Recuerda a Cicerón quien profesó la igualdad social basada en la dignidad en el hombre y reproduce una de sus frases: "El mundo es único padre para todos, y a él se reduce el origen de cada uno".

Pertenece al teólogo español Francisco de Vitoria (siglos XV y XVI) el siguiente enunciado del principio de igualdad: "Si bien la república goza, por don divino y natural, de esa potestad de gobernarse y administrarse a sí misma, pero ante este mismo derecho natural y abstracción hecha del derecho humano no hay ninguna razón para que aquella potestad resida en una u otra persona ... pues si antes de agruparse los hombres ninguno era superior a los demás, no hay razón para que en la misma sociedad alguien se atribuya poder sobre el resto".

La fórmula aristotélica que acuñó Ulpiano de dar a cada uno lo suyo, contiene el criterio igualitario (respecto del cual Kelsen se muestra escéptico). Toda persona que se encuentra en la misma situación recibirá lo que le corresponde con similar medida. A esto lo llama Alf Ross la distribución igualitaria, aplicando una regla genérica como una exigencia de la razonabilidad; quienes se hallan en una posición determinada recibirán igual premio o castigo, según sea el supuesto. El jurista danés agrega que la Justicia es un parejo equilibrio de todos los intereses afectados por cierta decisión, y, aclara, que es menester tomar en cuenta las circunstancias condicionantes de cada caso, para poder distinguir entre personas que se hallan en situaciones diversas. Michael Walzer intenta esclarecer este punto cuando escribe que en diferentes esferas de la vida pueden existir varios criterios de Justicia, y ningún criterio de igualdad debe pasar por encima de ellos.

### **13.- La eficacia**

El utilitarismo se basó en una teoría progresista de la moral para conceptualizar la Justicia como una suerte de felicidad vinculada con el interés o beneficio de cada ser, y apoyada en el llamado principio de autopreferencia (donde la persona actuante es juez de su propia causa). Por esa vía se buscó explicar la acción humana como un acto encaminado a

lograr la felicidad, en una suerte de aritmética de los placeres. Esa acción, sumada en conjunto respecto de todas las personas, debería ser la mayor posible dentro del orden social.

Esas ideas, desarrolladas por Bentham, fueron filtrándose en el pensamiento de no pocos juristas y tuvieron gran aceptación en el mundo anglosajón. En el caso especial de Hans Kelsen encontramos una adhesión a esta idea cuando sostuvo que "la Justicia es la felicidad que el orden social garantiza", aunque asignando a la felicidad un carácter objetivo, de tipo social y no individual. Uno de los seguidores del primero de los nombrados, el economista liberal John Stuart Mill, redondeó el concepto cuando sostuvo que la Justicia es una especie de utilidad general. Pero más allá de esa consideración, el utilitarismo intentó reducir la Justicia a una forma derivada de la eficiencia, con un estándar universal y hedonista; todo se mide por las consecuencias que produce (por ello, el americano Richard Posner sostiene que una cierta solución es injusta cuando importa un dispendio de recursos).

Rawls, lúcido crítico de dicha doctrina, expresó sobre la misma: "La concepción de la Justicia como derivativa de la eficiencia implica que juzgar la Justicia de una práctica es siempre, al menos en principio, cuestión de ponderar ventajas y desventajas, cada una con un valor o disvalor intrínseco en cuanto a la satisfacción de intereses, y ello con independencia de si esos intereses necesariamente comportan asentir principios que no podrían ser mutuamente reconocidos".

Va de suyo que el utilitarismo dejó de lado toda consideración iusnaturalista como fundamento del derecho y que en el fondo no pretendió erigirse en una metafísica. La utilidad como principio es insuficiente para satisfacer la conciencia moral de los seres humanos, fomentando el egoísmo que se opone a la conducta solidaria. De ninguna manera puede erigirse en un postulado universal, pues desconoce la complejidad que encierra la Justicia como valor inmutable.

#### **14.- Conexidad entre la norma y la sentencia**

Entre el derecho y la Justicia hay una conexión muy íntima. Se relacionan de un modo especial, aunque no falta quien haya intentado negarlo. Son dos ideas básicas que van unidas en mayor o menor medida sin identificarse del todo, según las teorías desarrolladas en torno al ordenamiento positivo.

La cuestión gira alrededor de su compatibilidad, para hallar una respuesta armónica. En ese sentido, se suele hablar de una sentencia justa cuando se funda en las normas jurídicas apropiadas al caso, como sostiene Alf Ross. Un fallo injusto puede resultar de una decisión arbitraria, donde se prescinde sin razón valedera de la norma aplicable y donde esa decisión adolece de fundamento suficiente, porque contradice el principio de legalidad.

En un primer intento, se llega a la Justicia cuando el magistrado realiza una correcta aplicación del derecho vigente. La escuela iusnaturalista podría agregar a ello que siempre debe tratarse de aplicar una norma justa. En lo sustancial, aquí la relación se halla establecida entre un precepto y una sentencia derivada de dicho precepto, según las circunstancias de hecho del caso.

En ulterior intento, se llegó a afirmar una identidad entre el derecho y la Justicia (tesis sustentada por Hugo Groccio, entre otros), aunque ésta sea presentada como un paradigma ideal (así lo hizo Del Vecchio), sosteniéndose que la idea suprema del derecho es la Justicia (Stammler). En esta línea se afirma el pensamiento de que la Justicia es la idea específica del derecho (tesis sustentada por Radbruch).

Desde otra perspectiva se ha dicho que la Justicia juega más bien el papel de logos del derecho que un ideal (Georges Gurvitch). Según el recordado Alf Ross “es una idea poderosa en la vida social”.

Lo expuesto es compatible con el sistema continental europeo de la codificación, dogmático en cuanto a las normas se refiere, a las que exige precisión, univocidad y coherencia. En cambio, el sistema anglosajón del “common law”, tiene una base empírica basado en los precedentes judiciales que operan como fuentes del derecho. Este sistema pretoriano es un derecho relativo a los casos resueltos por los tribunales, de los cuales se inducen principios y soluciones para casos futuros. Siguen la regla “stare decisis quieta non moveré”. El profesor Carlos Santiago Nino ha sido un profundo conocedor de las diferencias entre ambos sistemas, puesto que se doctoró en la Universidad de Oxford y dictó cursos en la Universidad de Yale. Al respecto sostuvo que el “common law” es una reacción contra el formalismo continental, de modo que es preferible atender las predicciones de los jueces sobre lo que harán en concreto, vale decir, ser un testimonio de la realidad a fin de traer el derecho a la tierra como decía Oliver Holmes. Nino agregaba que para la ciencia actual las normas son las disposiciones sancionadas por órganos competentes dictadas con eficacia general.

Hay un retorno a las fuentes, pues en su origen etimológico latino ambos vocablos se hallaban comprendidos dentro de la palabra "ius", conforme una creencia que se remonta a las enseñanzas de Ulpiano. Roto ese connubio, por vaya a saber que extraña causa, en ocasiones ambos términos pueden llegar a estar enfrentados (una postura cínica llega a negar toda posibilidad de alcanzar la Justicia, para circunscribir el tema sólo al derecho, como un conjunto de normas vigentes). A esa situación aludió el autor uruguayo Eduardo Couture cuando escribió en los mandamientos del abogado esta hermosa frase: "Tu deber es luchar por el derecho, pero el día en que encuentres en conflicto el derecho con la Justicia, lucha por la Justicia".

Si se siguen los lineamientos clásicos trazados por los juristas romanos, quienes a su vez siguieron a los pensadores griegos que asimilaron los dos vocablos, su ruptura es más aparente que real. Son nociones emparentadas, que se apoyan entre sí en mutua dependencia; forman una sola familia unida por sólidos lazos. Se puede hablar de un derecho justo, donde el adjetivo calificativo indica una cualidad de la norma, como también se puede hablar de una sentencia justa, cuando se ha hecho realidad el ideal de la Justicia conmutativa. La Justicia reina soberana en todo el ordenamiento jurídico, en el origen y en la aplicación, porque es el espíritu que vivifica a la norma (prevalece sobre el derecho, como dijera Manuel Río). Decía San Agustín que donde no hay verdadera Justicia nunca puede haber derecho.

En el acto de juzgar existe una base racional constituida por la disposición o regla aplicable según un razonamiento, pero ello no es todo. Además, el juez debe obrar con sensibilidad ante el caso para elaborar su decisión, valorando los aspectos del problema desde un ángulo humano con imparcialidad. De ese modo, se combina un elemento racional con otro espiritual: la mente y el corazón. El magistrado resolverá apropiadamente la controversia que le fue sometida partiendo de un razonamiento para hallar su solución y no al revés, inventando una solución a la que luego le pretenda dar una base racional con respaldo normativo.

La civilización avanza por mal camino si el derecho se reduce a una pura técnica y la Justicia se elimina como noción trascendental que da vida a la norma. En cambio, si se afirma la espiritualidad del ser humano y se valoriza su sentido de lo justo, siempre cabe alcanzar el idealpreciado y hacerlo posible. Si bien ello no será fácil, valdrá la pena intentarlo en aras de la humanidad.

## 15.- Lo equitativo: el desiderátum

Celso definió al "ius" como el arte de lo bueno y equitativo. De allí en más la palabra "equitativo" sirvió para caracterizar una solución apropiada al caso, desprovista del rigorismo legal. Ello significa que toda sentencia debe contemplar las circunstancias fácticas que se presentan en el debate, y luego aplicar la ley, aunque interpretándola con benignidad, sin dureza (epiqueya, según los griegos).

El adagio latino "summun ius, summa injuria" previene sobre una aplicación estricta y rigurosa de la norma, porque ello puede conducir a un resultado disvalioso que frustre realizar el fin último que es la Justicia. Lo difícil siempre es establecer el punto de equilibrio conforme derecho, y no caer en el libre arbitrio. Este adagio juega dentro del respeto por la seguridad jurídica, pues la equidad es un remedio que amerita ser administrado con prudencia.

Recuerda el jurista alemán Gustav Boehmer que "toda corrección del "ius strictum" por el "ius aequum" debe estar legitimada legalmente". Esta observación es propia de los países en los cuales rige el derecho continental, donde el margen del obrar judicial está acotado por diversas pautas legales de imprescindible observancia. En cambio, en el "common law" anglosajón ese margen es mucho más amplio, donde además existen tribunales de "Equity".

Rawls ha basado toda su teoría sobre la Justicia alrededor de la equidad, a la que considera su esencia última. Le dedicó valiosos desarrollos que permiten apreciar cómo corresponde adaptar la solución del caso a exigencias de lo justo con cierta amplitud de criterio. Es un poco así como flexibilizar el derecho para orientar la decisión a los fines que persigue la norma, sin sujetarse demasiado a los términos literales o a los precedentes jurisprudenciales (una suerte de regla lesbia).

Explica Jorge Bustamante Alsina que "cuando el juez pronuncia un fallo, adapta la norma general y abstracta al caso particular y concreto y es entonces que, con criterio de equidad, singulariza el alcance de la preceptiva para poder así realizar la Justicia que genéricamente se halla implícita en ella". El párrafo transcrito refleja el concepto arraigado entre nosotros de que la equidad es la Justicia para el caso concreto.

De algún modo, la tendencia actual en materia legislativa es redactar las normas jurídicas con términos más abiertos que posibiliten una

actividad jurisdiccional de mayor amplitud. Ello abre paso a soluciones más equitativas que en otras épocas, cuando los textos eran redactados con estructuras cerradas que no admiten ningún género de movilidad. La tendencia actual es plausible en la medida que no prive a los Justiciables de un mínimo de certeza en sus derechos y obligaciones.

La equidad es un recurso apropiado que con moderación permite llegar a una solución ideal, atenuando la severidad de los textos legales. Es un "desiderátum", que se torna posible según la facultad que tienen los jueces para interpretar en forma extensiva las normas.

## **16.- Una condición básica: la libertad**

¿Cuál es el ámbito social adecuado para que se haga realidad la Justicia? La respuesta es obvia: la libertad. En los Estados donde ella está suficientemente garantizada existen mayores probabilidades de obtener decisiones judiciales justas. Cuando un gobernante \_v.q. el monarca absoluto o el tirano- tiene la suma del poder público, ello no ofrece ninguna garantía a los Justiciables.

Así lo entiende Rawls, quien se expresa con las siguientes palabras: "Las libertades básicas (libertad de pensamiento, de conciencia, etc.) forman el trasfondo institucional necesario para el desarrollo y el ejercicio de la capacidad de decidir, revisar y perseguir racionalmente, una concepción del bien. Generalmente, estas libertades permiten el desarrollo y el ejercicio del sentido de lo recto y de la Justicia en condiciones sociales libres".

Del Vecchio prefirió denominar al sistema como Estado de Justicia, el que consideró más apropiado que Estado de Derecho. En su opinión: "Corresponde en efecto, al Estado, como centro y sujeto del ordenamiento jurídico positivo del que emanan formalmente todas las normas que componen reconocer, confirmar y proteger la validez de los derechos a fuer de presupuesto irrecusable de su misma existencia, razón primera e inmanente de su actividad, a la vez que límite y condición esencial de su legítima autoridad sobre los individuos".

De lo que no puede caber duda es que no hay Justicia sin libertad, tal como tituló a una de sus obras el constitucionalista Juan A. González Calderón en la cual escribió: "En una sociedad libre, donde los derechos subjetivos gozan de eficaz protección, se da un marco adecuado para hacer posible decisiones justas. Ello precisa de respaldo institucional para la independencia de los jueces, expresada no solamente a nivel de poder

político, sino también de otras perturbaciones que puedan incidir sobre su criterio en el acto de juzgar".

La libertad debe presentarse en dos niveles: uno como situación general donde se desarrolla el proceso; el otro en la conciencia del magistrado que debe estar exenta de toda presión externa que pueda influir en su veredicto. La labor de razonamiento que realizará el juez para arribar a un fallo, no puede estar alterada por imposiciones ajenas que lo lleven a conclusiones erróneas, tanto del punto de vista lógico, como sensitivo. La elaboración de la sentencia parte del interior y luego se exterioriza; en la etapa de elaboración ninguna interferencia es válida para quebrar la voluntad del juzgador, quien se halla solo, en la intimidad de su conciencia.

En cuanto al proceso en sí mismo, éste requiere de la amplitud de la defensa en juicio, tanto del punto de vista de la exposición de los argumentos de las partes, cuanto de las pruebas que propongan. Sólo así se puede considerar que existe libertad, como una garantía efectiva de respeto hacia los litigantes quienes tienen derecho a ser oídos y a defenderse. Si esa garantía no se da, ya sea por defecto de la ley de forma, o por una dirección arbitraria del proceso, falla uno de los presupuestos básicos de toda sentencia justa.

El sistema procura garantizar esa libertad, a través de la tutela del procedimiento que debe sustanciarse conforme a la ley formal, donde las partes intervinientes sean debidamente citadas y tengan oportunidad de hacer valer sus defensas. Esa tutela deviene fundamental para el Justiciable, para prevenir el autoritarismo de los magistrados que se apartan de las normas procesales en forma arbitraria. Del mismo modo es necesario que la función judicial esté a cargo de profesionales del derecho que no intervengan en asuntos de gobierno o respondan a las consignas de quienes lo ejercen.

Pero, además, existen garantías para el juez, a fin de que pueda cumplir regularmente su función y no se encuentre subordinado a otras personas e intereses. Acaso la independencia frente a cualquier otro poder del Estado sea lo más importante, pero también tiene que asegurársele autonomía frente a otros jueces, aún respecto de quienes se encontraren en una jerarquía superior. Añádase a ello la inamovilidad sin justa causa de sus funciones, para que no constituya su posible deposición un modo de coaccionarlo.



Seguridad jurídica, libre proceso, imparcialidad, son todas palabras seductoras; pues en el fondo evocan a la libertad, sin la cual la Justicia no podría desarrollarse plenamente. No es mucho pedir, ni es una simple expresión de deseos, hay que concretar estas ideas para que no devengan meras abstracciones o simples metáforas. Como escribió Manuel Río "el ánimo se mueve simultáneamente por la Justicia y en la libertad, siguiendo sus afirmaciones más caras".

## **17.- Reflexión final**

Del mito de Diké nacido en la Grecia antigua, a la realidad de todos los días en su aplicación práctica, la Justicia es un deseo permanente de los Justiciables y el paradigma de toda decisión judicial. Las instituciones prestan un servicio para hacerla efectiva, a las que se debe recurrir cuando algún derecho se vea afectado. Existe una protección en el ordenamiento para impedir el avasallamiento de las garantías constitucionales: hay que hacerla valer según las circunstancias. La justificación preliminar de todo derecho es la seguridad y la paz, llamada "eunomia" por los griegos, factores condicionantes de realizar lo que es justo.

En el último análisis se encuentra una inquietud metafísica por conocer la naturaleza de la Justicia, labor inagotable en la que colaboran pensadores de todos los tiempos. Aún subsisten los debates entre mentes esclarecidas para indagar la esencia de lo bueno y equitativo, en la búsqueda de soluciones a los fenómenos que desafían a la civilización. Es un signo de la época actual que exige definiciones concretas y claras líneas políticas.

Mientras se continúa analizando esta cuestión, las doctrinas se decantan para ponderar los valores permanentes de la sociedad. Sin duda, uno de ellos consiste en afianzar la Justicia, como lo declara el Preámbulo de la Constitución Argentina. Es un mandato ineludible que seguirá siendo la tarea cotidiana a realizar en aras del bien común.

## **BIBLIOGRAFÍA.-**

La preparación de este ensayo se sustenta en numerosas obras, motivo por el cual solo se mencionan algunas de ellas: BOBBIO Norberto, "Teoría general del derecho", traducción Eduardo Roza Acuña, edit. Debate, Madrid,

1998; CADIET Loic director, "Dictionnaire de la Justice", edit. PUF, París, 2004; BARBOSA, KOVADLOFF, SCANNONE y otros, "Márgenes de la Justicia, diez indagaciones filosóficas", edit. Altamira, Buenos Aires, 2000, DEL VECCHIO Giorgio, "La Justicia", traducción y presentación de Francisco P. Laplaza, edit. Depalma, Buenos Aires, 1958; DWORKIN Ronald, "El imperio de la Justicia", traducción Claudia Ferrari, edit. Gedisa, Barcelona, 1992; GARAPON Antoine, "Bien jugar. Essai sur le rituel judiciaire", edit. Odile Jacob, París, 1997; JAEGER Werner, "Paideia. Los ideales de la cultura griega", traducción Joaquín Xirau, edit. Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1974, KELSEN Hans, "¿Qué es la Justicia?", traducción de Leonor Calvera, edit. Leviatán, Buenos Aires, 1991; LAMAS Félix Adolfo, "La dialéctica clásica", edit. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, Buenos Aires, 2008; NINO Carlos Santiago, "Introducción al análisis del derecho", 2ª ed., edit. Astrea, Buenos Aires, 1993; RAWLS John, "Teoría de la Justicia", traducción de Maria Dolores Gonzalez, edit. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1993; RAWLS John, "Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la Justicia", traducción de Miguel Ángel Rodilla, edit. Tecnos, Madrid, 1986. REALE Miguel, "Fundamentos del derecho", traducción de Julio O. Chiappini, editorial Depalma, Buenos Aires, 1976. TRUYOL y SERRA Antonio, "Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. De los orígenes a la baja Edad Media", edit. Revista de Occidente, 4ª ed., Madrid, 1970.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### ACERCA DEL FUNDAMENTO ÉTICO DE LA JUSTICIA

## ACERCA DEL FUNDAMENTO ÉTICO DE LA JUSTICIA

### 1.- Incuestionable valor de la Justicia

Los cuestionamientos que se plantean en la actualidad a la Justicia, clave del cosmos jurídico, omiten considerar su aspecto más trascendente: ser la esencia de lo justo y equitativo. Cuando esto último no es analizado “a priori”, carece de sentido emitir opiniones, naturalmente subjetivas, sin tener suficiente respaldo teórico. La crítica debería sustentarse sobre una base filosófica que permita responder los interrogantes propios del tema que nos ocupa. Este tema pertenece a la filosofía y a la ciencia jurídica, un campo interdisciplinario, que exige hacer una investigación metódica.

Se cuestiona a la Justicia sin poder precisar su significado, ni reconocer la solidez de los principios en que se fundamenta. A raíz de ello, caería en el olvido la labor realizada desde la antigüedad hasta nuestros días. Nadie puede pretender que fue alcanzada la perfección para lograr un criterio uniforme, válido en las actuales circunstancias. Si dejamos fluir el pensamiento en torno a esta idea fuerza de la sociedad, de inmediato emergerán los trabajos del pasado, para rescatar las lecciones transmitidas por la Historia. Mediante esa orientación, solo se abordarán algunos aportes culturales, seleccionados entre numerosas contribuciones de pensadores, literatos y artistas en el plano temporal. Basta con los ejemplos dados para demostrar que la Ética es subordinante del valor Justicia.

El escepticismo que padecen ciertos autores sobre el destino de la humanidad, y la consiguiente pérdida de confianza en el Estado de Derecho, son factores negativos del punto de vista espiritual. A ello se suma la tesis de que la Justicia sería un derivado de la ley, negándole autonomía intrínseca. Esas actitudes conspiran en las sombras para minar los cimientos del orden social vigente; son el producto del materialismo y de la falta de convicciones en el ideal de lo justo. Karl Popper combatió ese relativismo moral, y al nihilismo, afirmando que “fueron las instituciones y las convenciones las que elevaron al hombre sobre el nivel de las bestias”.

Evidentemente, no es posible ignorar que el objetivo de la vida en sociedad es lograr que los seres humanos salgan del estado primitivo de la naturaleza. Occidente atesoró las conquistas habidas en el campo de la ética

y de la política, como lo destacó el filósofo vienés citado, cuando expuso su teoría del “racionalismo crítico”.

Esas conquistas lograron adquirir valores permanentes que se remontan a más de 3000 años de antigüedad. Sobre esa base se desarrolló en plenitud la idea de la Justicia, haciendo posible que las sociedades ajustaran las conductas individuales a la moralidad. De lo contrario, sería imposible realizar el supremo bien de nuestra existencia, porque lo justo no podrá imperar sin basarse en los principios éticos. Como dice Fernando Savater: “la ética se ocupa de las cosas que duran, que no se van del todo, que permanecen, de aquello que siglo tras siglo sigue siendo importante para los seres humanos”.

La Historia recuerda momentos culminantes en que se logró establecer la paz entre las naciones. En alguna época pretérita, mediante una genial intuición, el hombre llegó a descubrir las leyes que gobiernan la vida en relación, en forma pacífica, serena y armoniosa. Paul Ricoeur sostenía que la Justicia se debe reflexionar en su dimensión ética y política, a fin de hallar su fundamento racional.

Hace siglos fueron enunciadas las normas capitales de la convivencia social. De eso trata esta comunicación, desarrollada en dos acápites, a saber: “Ethos y Diké, en los orígenes de la civilización occidental”, y “El Espíritu de las Leyes”.

## **2.-“Ethos y Diké, en los orígenes de la civilización occidental.**

A esta altura de los tiempos, en el siglo XXI, el intelecto aún se ilumina con dos sublimes concepciones del genio helénico: “Ethos” y Diké encarnan los ideales de la civilización occidental, estudiados a partir del siglo XIV por sucesivas generaciones a fin de aprehender la filosofía y el derecho. Nuestra civilización ha sido alimentada por una fuente cultural proveniente de la antigua Hélade. Es el fruto de la obra de pensadores que cultivaron el espíritu, enriqueciendo la cultura, a fin de “proponer una sabiduría moral como camino de redención colectiva”, al decir de Santiago Kovadloff.

Desde sus orígenes, somos tributarios de la antigua Grecia, pueblo de poetas, estadistas y pensadores. Las líneas directrices de sus creencias reconocen una influencia religiosa, como acontece también con los pueblos animados por el culto a un Dios. Veneraron los íconos de la mitología, que representaron con imágenes femeninas de sutil belleza, tales como Diké, Némesis y Themis. Esas creencias atribuían a Zeuz la suprema divinidad, el

haber encomendado a un mensajero de pies alados (Hermes), conceder a los humanos el sentido de la Justicia y del honor. Con la palabra “ethos” se hacía mención a la conducta del hombre perfectamente justo, el estilo de vida propio de las costumbres; término del que derivó la palabra “ética”. Tres disciplinas alcanzaron en ese entonces tener categoría científica: la física, la ética, y la lógica; así lo entendió Immanuel Kant.

Homero, en el siglo IX a.J.C. inició el tránsito hacia la formulación de los principios que debían regir al pueblo griego. Sus poemas servían a la educación de los niños y los jóvenes; con los versos exaltó la cólera de Aquiles cuando fue asesinado Patroclo, hecho revelador de la degradación de las costumbres. Aquiles, protegido por su escudo, donde estaba grabado el horrible rostro de la Medusa, quiso vengar la muerte de su amigo. Intuyó el resurgimiento moral a fin de extinguir la discordia entre los hombres provocada por la diosa Eris. Era la cólera de Némesis, la deidad vengativa, implacable para castigar al culpable de un crimen. Víctor Hugo apuntó que “La Ilíada” está en un primer plano en la gestación del espíritu helénico.

Mentes preclaras crearon el clima intelectual necesario para distinguir lo justo de lo injusto, a fin de llegar a la médula de la existencia humana, tal como enseñó Sócrates. Surgió la “ethikos”, para afirmar que la naturaleza es moral, y lo justo es un elemento de la ley común a todos, expresado con las palabras “díkaion physikón”. Según Jacqueline de Romilly “la Justicia era la regla de oro de la moral griega”.

Si de leyes justas se trata, hay que remontarse a Solon, uno de los siete sabios de Atenas. En su juventud comenzó a escribir poesías de un rico contenido, relativas a la vida en sociedad. Sostenía que la ética tiene pureza religiosa, y que la polis reposa en los postulados eternos de la moral, cuyo objetivo es realizar la Justicia, representada en la figura de la diosa Diké, encargada de dirimir los pleitos. Advirtió que la ciudad podría sucumbir ante los hombres poderosos y la democracia caer en manos de los autócratas. Poseía una concepción humanista, y tal vez haya sido el primero en predicar la responsabilidad del individuo por sus actos. Se recuerdan las célebres leyes que dictó durante su gobierno, fundadas en criterios razonables libradas al ministerio de los jueces, así como se recuerda también que suprimió las sanciones draconianas, eliminando las penas corporales a causa de deudas privadas. Themis, diosa de la legalidad, fue la inspiradora de esas reformas dispuestas en el siglo VI a.J.C.

Pericles marcó la época de mayor esplendor de la democracia ateniense; fue el primer estratega y un prominente estadista. Bajo la

protección de la sublime Palas Atenea, defensora de las causas justas, la ciudad de Atenas alcanzó a tener en el siglo V a.J.C. una plena armonía moral y espiritual. La “politeia” comprendía la plenitud de la vida privada y pública: economía, moralidad, cultura, educación. En esta época de apogeo, los ciudadanos tuvieron una participación activa en la “res publica”, porque asistían en el Ágora a las reuniones políticas, y a las audiencias en los procesos judiciales dirimidos por jurados. Los procesos hicieron nacer la oratoria forense, en la que sobresalió Demóstenes en el siglo IV a.J.C., quien fuera contemporáneo de Aristóteles (ambos nacieron y murieron en el mismo año 384-322).

El historiador Tucídides rescató la oración fúnebre que pronunció Pericles cuando definió el régimen de gobierno de la “polis” como moderado y directo. Plutarco, en sus “Vidas Paralelas” destacó el juicio y grandeza de su pensamiento, guiado por las enseñanzas de Anaxágoras sobre la concepción del Estado perfecto. Según lo entendía el maestro griego, su mundo estaba animado y organizado por el “nous”, palabra que significaba “razón”.

Durante el siglo de Pericles predominó la escuela de los sofistas, en la que sobresalió Protágoras. Eran pedagogos que enseñaban elementos para desarrollar teorías basadas en que el “hombre es la medida de todas las cosas”. En los comienzos no llegaron a diferenciar lo justo de lo legal, relativizaron a la Justicia sin lograr explicar su fundamento. El sofista Antifon sostenía una tesis positivista: la Justicia consistiría en no transgredir ninguna de las reglas legales admitidas en la polis. Más tarde esta escuela intentó dar nuevas bases a la ética, defendiendo en forma firme a las virtudes.

El filósofo Sócrates bajó la filosofía del cielo, según el decir de Cicerón, a fin de instalarla en las ciudades y moradas del hombre. Proclamó que Dios es la medida de todas las cosas. Combatió a los sofistas con un alto costo: debió beber la cicuta para emprender el camino hacia la inmortalidad. Pensaba que la Justicia es una suerte de salud mental, una idea ético-metafísica, diferenciándola de la Ley, dado que ésta a veces obedece a influencias externas del poder. Platón fue quien recogió su legado, escribiendo obras que resumieron el pensamiento socrático, y, por tanto contradujo el positivismo de los sofistas. Werner Jaeger, en un admirable libro titulado “Paideia: los ideales de la cultura griega”, sostiene que Platón se ocupó de la Justicia en la “República” del punto de vista general, para después indagar el “ethos” en otra obra sobre las “Leyes”.

“Entremos, pues, en materia”, escribió Aristóteles al concluir su libro “Ética a Nicómaco”, principal tratado sobre la moral. El estagirita ha sido considerado el fundador de la ética, la cual abordó desde la perspectiva de la filosofía práctica. La distinguió de la política, a la que le dedicó otro celebre tratado, si bien reconoció la vinculación entre ambas disciplinas. Sostenía que la Justicia es “la virtud completa”, cumbre de todas las virtudes morales. Creía en una Justicia universal, inmanente en el hombre, como lo señaló Jacques Ellul. Definía a las virtudes como hábitos o estados del alma humana; de ahí que, a su criterio, la felicidad es cierta actividad del alma dirigida por la perfecta virtud. Sus lecciones tuvieron una extraordinaria gravitación en el mundo occidental.

Pertenece a Claudio Sánchez Albornoz el siguiente comentario: “a través de la España musulmana y de la España cristiana pasaron al Occidente europeo obras filosóficas y científicas”, agregando que en el siglo XII se produjo el primer Renacimiento. Así fue como el pensador árabe Averroes introdujo a Aristóteles en Europa en el siglo XII, y Santo Tomás de Aquino en el siglo siguiente adoptó las ideas aristotélicas, recreándolas con la doctrina cristiana para fundamentar al iusnaturalismo. Aristóteles fue un precursor de toda una corriente filosófica que sigue teniendo vigencia y, por ello, la consulta de su obra deviene imprescindible en la tarea de investigación.

Cristóbal Colón, al descubrir el Nuevo Mundo, arribó “a los confines del Océano, de profunda corriente”, según relata Homero a propósito de las hazañas de Ulises. Luego del descubrimiento, en estas tierras se impusieron las nociones de lo justo y equitativo, de acuerdo con la doctrina elaborada en Europa hasta el siglo XV. Ha sido el resultado de un trasplante cultural de singular trascendencia en los dominios pertenecientes a las coronas de España y Portugal, que llegó hasta la actualidad. Más tarde, las teorías tomistas fueron difundidas por Francisco de Vitoria y Francisco Suárez, de modo que por esa vía fue incorporada la filosofía aristotélica en América.

### **3.-“El Espíritu de las Leyes”**

Un libro cumbre de la literatura política fue escrito en el siglo XVIII por Montesquieu (1689-1755), que es el siglo de la Ilustración. Lleva por título “El Espíritu de las Leyes” (1748), título que evidencia inspiración platónica. Es un clásico de la bibliografía, nunca envejeció, ni perdió vigencia. En un breve párrafo el autor explicó en qué consistía el “esprit général” que gobernaba a los seres humanos de su tiempo, enunciando los elementos que lo componían: el clima, la religión, las leyes, los principios



políticos, la ejemplaridad de hechos históricos, y las costumbres. Sostuvo que en su esencia el carácter de una Nación se encuentra en la moralidad. Obra de madurez intelectual, donde cada capítulo transmite un mensaje sobre la base de lecciones brindadas por la antigüedad, es de indispensable lectura si se desea profundizar en los secretos del buen gobierno, aclarar conceptos, meditar sobre el destino de las naciones.

Es innegable que Montesquieu heredó las tradiciones griegas de la época heroica y clásica, cuando la monarquía era gobernada por el rey, los sacerdotes y los jueces. De acuerdo con su parecer, en esa época los poderes estaban distribuidos de modo que el pueblo tenía el poder legislativo, y el rey el poder ejecutivo, más la facultad de juzgar. Escribió que la llave maestra de la legislación es saber atribuir correctamente a un solo poder la facultad de juzgar. Rescató los antecedentes de Roma, cuando se dividió el consulado y se crearon varias magistraturas: los pretores encargados de juzgar los negocios privados, y los cuestores dedicados a juzgar los crímenes.

Pareciera que dicho libro es un alarde de erudición, un compendio de historia del derecho, debido a su rico caudal de referencias a la legislación que rigió en otras naciones. Sin desconocer ese mérito, debe ser apreciado como un tratado de filosofía política, debido a la densidad de las ideas expuestas con un estilo preciso e inteligible. Margarita Argúas afirmó que “podría ser tomado como texto de ética política, normativo de la conducta del ciudadano y del gobernante, en cualquier país moderno, de organización democrática”.

D’Alambert, el famoso enciclopedista, afirmó que Montesquieu “ha sido al estudio de las leyes, lo que Descartes ha sido para la filosofía”. Se lo considera la “típica expresión francesa del iluminismo europeo”. En la magistral introducción que precede al volumen, tan ponderada por Jean Carbonnier, Montesquieu resumió las pautas directrices en materia de Justicia, elemento ideal que preside a las instituciones: un ideal eterno que no depende de las convenciones sociales. Los jueces no son legisladores – decía – sino la boca que pronuncia las palabras de la ley. Sostenía la importancia de verificar como se aplican las leyes, y como los ciudadanos las cumplen. Completó su parecer escribiendo que las formalidades procesales son necesarias para la libertad personal.

Tenía autoridad para exponer su criterio en este tema. Durante diez años fue magistrado en el Parlamento de Burdeos (1716-1726), el que llegó a presidir. El año 1725 pronunció un discurso en ese Parlamento, cuando anticipó algunas de sus ideas, desarrolladas años después. Las funciones

que cumplía entonces ese Parlamento eran dos, a saber: era un Tribunal de última instancia de causas judiciales que aplicaba el “corpus iuris” de Justiniano, y además, era una Asamblea política con facultades legislativas. De manera que ello permite evaluar su crítica al régimen monárquico en Francia, comparándolo con el régimen del Reino Unido, a fin de enunciar el postulado de la división tripartita del poder estatal, hoy convertido en un principio republicano.

“El Espíritu de las Leyes” fue elaborado durante un largo tiempo de reflexión y acopio de datos, en especial debido a los viajes del autor y a su residencia de dos años en Inglaterra (1729/1731). Expuso ideas originales para su tiempo y se anticipó a las reformas que sobrevendrían después de la Revolución francesa de 1789. Destacó las relaciones establecidas por las leyes entre los humanos. Consideró al hombre como un ser que, en todo momento, podría olvidarse de sí mismo, debiendo los filósofos recordarle las normas de la moral, más sus deberes civiles y cívicos. Tales conclusiones las basó en que, antes de existir las leyes, había relaciones de Justicia en la sociedad, dado que lo justo fue anterior al orden legal. Es así como demostró que las relaciones de Justicia y de equidad son anteriores a todas las leyes positivas. Anticipándose a Immanuel Kant, combatió a Thomas Hobbes, quien sostenía que los hombres nacen en estado de guerra, y la existencia de un “sistema terrible” en la humanidad.

La distinción entre función ejecutiva y función legislativa la formuló por primera vez el autor inglés John Locke en su libro “Two treatises of government” (1689), quien no se refirió a la función jurisdiccional por considerarla ajena a la acción gubernamental. En cambio, Montesquieu era partidario de la monarquía moderada, nada menos en la época que reinaba en Francia Luis XV, modelo de absolutismo. Admitió la función jurisdiccional del Estado a fin de castigar los delitos o crímenes, y juzgar las diferencias entre particulares; esa función la denominó el Poder de Juzgar, agregando que es un poder temible para los hombres. Sin duda que su aporte en este tema ha sido fundamental; el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano lo receptó y dice: “Toda sociedad en la cual la separación de los poderes no está determinada, no tiene Constitución”.

Dedicó todo un libro de su obra a “Las leyes que forman la libertad política en su relación con la Constitución”. En el libro XI describió su teoría de los tres poderes, distribuidos cada uno en forma independiente. Reconoció que en la Inglaterra de entonces el objeto directo de la Constitución era la libertad política. Esa libertad, relacionada con el ciudadano, estaba dada por

la seguridad. Aclaró que falta la libertad si el Poder Judicial no está separado de los otros dos poderes. Incorporó un capítulo sobre Inglaterra, aunque advirtió que no explicaría el funcionamiento de las instituciones británicas. Del punto de vista histórico, en esa época la Cámara de los Lores era el Tribunal Supremo del Reino Unido, el cual interfería entre el legislativo y el ejecutivo; aquí se encuentra la feliz percepción del pensador galo, y la originalidad de su teoría.

Resulta de interés señalar que Montesquieu viajó a Inglaterra, invitado por Philippe-Dormer Stanhope, conde de Chesterfield. Al fallecer, el conde le dedicó un comentario elogioso a su memoria. El 5 de octubre de 1730 hizo una visita de cortesía al Rey Jorge II en el Castillo de Kensington, quien estaba acompañado por la Reina; la conversación mantenida fue sobre el teatro y las piezas escritas por dos grandes dramaturgos franceses, Racine y Corneille. En ese entonces, Gran Bretaña y Francia habían acordado una alianza diplomática. Asistió a una sesión del Parlamento. En las notas de viaje que escribió dijo que era el país más libre que existía en el mundo, alabando su libertad de prensa. Durante ese viaje se relacionó con muchos intelectuales británicos, como David Hume, anudando lazos culturales entre las dos naciones rivales.

Hume (1711-1776) tuvo un rol importante en los vínculos fraternos entre ambos países, mediante el diálogo y el mutuo conocimiento de las actividades científicas. Estudió en Francia durante tres años (1734-1737), donde residió en Reims y en La Flèche (Anjou), tomando contacto con integrantes de la escuela fisiócrata. Años más tarde vivió en París (1763-1766), mientras desempeñaba el cargo de secretario de la embajada británica, ciudad que le permitió frecuentar los círculos de filósofos. Acompañó a Juan Jacobo Rousseau en 1766 a Londres cuando el ginebrino se exilió hasta 1770. En su calidad de publicista escribió una obra sobre ética que tituló “Enquiry concerning the principles of Moral” (1751), antes había publicado sus “Essays moral and political” (1741-1742); incorporó el método de los antónimos equivalentes, y pensaba que las normas de la moral eran resultado de la experiencia práctica de la humanidad.

“El Espíritu de las Leyes” figuró en España el año 1789 en el índice de prohibiciones. Sin embargo, Gaspar Melchor de Jovellanos ya había incorporado dicho libro en 1794 a la biblioteca del Instituto de Gijón que dirigía. Luego de un viaje de ultramar, el Dean Gregorio Funes introdujo esa obra en el Río de la Plata. Según el historiador Roberto I. Peña, el Dean Funes dio la fundamentación filosófica a la Revolución de Mayo y habría influido en la redacción del Reglamento que dio la Junta Grande el 10 de

noviembre de 1811, Reglamento que estableció el principio de la separación de poderes del Estado y consagró la separación del Poder Judicial. A su vez Mariano Moreno, traductor de Rousseau, también auspició ese principio como garantía de la libertad y la seguridad jurídica de los habitantes. Asomaba la fundación de una nueva república. El Estatuto Provisional de 1815, lo consagró al otorgar a la Cámara de Apelaciones la función de Poder Judicial.

“El Espíritu de las Leyes” de Montesquieu llegó a las librerías porteñas en 1830. Fue leído por los jóvenes de la generación de 1837, reunidos en el Salón Literario, cuando vivían bajo un régimen que ejercía la suma del poder público. Era una de las lecturas favoritas de Juan Bautista Alberdi, quien lo citó en dos de sus libros: la “Memoria descriptiva de Tucumán” (1834) y “El fragmento preliminar al estudio del derecho” (1837).

Nadie puede poner en duda la influencia que tuvo el escritor francés en nuestro medio jurídico, y por esa razón lo recuerdo en este acto.

Dejo estas consideraciones al criterio de la audiencia. Quizá los anteriores desarrollos permitan comprender mejor algunos hechos sociales de actualidad a los que intentamos darles una explicación racional. En el fondo, los fenómenos que ocupan nuestra atención y suscitan nuestra inquietud, acaso encuentren respuesta después de analizarlos con serenidad, sometiéndolos a una metodología científica. Sabemos de las dificultades existentes al observar la realidad circundante desde una mirada abstracta, pero los problemas de la moral que se plantean siempre son concretos. De todas maneras, un previo examen de esos planteos, requiere necesariamente hallar la fundamentación ética que permita realizar el ideal de lo justo y equitativo, la base de toda organización social, según escribió Joaquín V. González.

La ética es el pilar que sostiene a la Justicia, el “honeste vivere” de los romanos, custodio de la dignidad y el honor de los ciudadanos. Cicerón lo proclamó en el Senado, en su primer discurso sobre la conjuración de Catilina. “O tempore, o mores” decía el más grande abogado de la antigüedad, palabras que resumen un ideal permanente del género humano.

### CAPÍTULO TERCERO

#### SÓCRATES Y EL IDEAL DE LO JUSTO

# SÓCRATES Y EL IDEAL DE LO JUSTO<sup>1</sup>

Comunicación efectuada  
en la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires,  
en la sesión plenaria del 29 de abril de 2013.

- I -

## GLOSARIO GRIEGO

Las raíces de la cultura occidental tienen un fuerte componente helénico. A causa de esa influencia, el significado de numerosas palabras del lenguaje común, tales como democracia y Justicia, reconocen un ascendiente en la antigua Grecia. La comprensión de esos vocablos exige remontarse a los orígenes de la terminología empleada en nuestra época, aunque las circunstancias históricas hayan cambiado. A fin de conocer su esencia, varias disciplinas se dedican con rigor científico a descifrar su sentido, como ser la filosofía, la ética y el derecho.

En los tiempos que corren, esos términos son empleados para respaldar iniciativas que suscitan el interés de la opinión pública. Sirven de justificativo a actos de gobierno destinados a implementar ciertas líneas políticas. Vuelven a ser el centro de los debates en medio de los avatares que conmocionan a los pueblos. Resulta imperioso honrar la alta dignidad del verbo, vía de comunicación por excelencia, para reafirmar el contenido auténtico de su enunciado. Por ello, la tarea de esclarecimiento implica denunciar la corrupción del idioma, su malversación según las ideologías en boga, las que suelen ser pasajeras.

Pericles (495-429 a J.C.), definió la democracia como el gobierno del pueblo. En una oración fúnebre que rescató el historiador Tucídides (460-398 a J.C.), entendía por pueblo solo al conjunto de la ciudadanía, de la cual se hallaban excluidas las mujeres y los esclavos.

---

<sup>1</sup> Ensayo publicado en Anales de la Academia tomo XLVII, año 2013, páginas 173/185.

Esta forma de gobierno vivió en Atenas su época de esplendor en el siglo V a J. C. Tuvo como característica ser directa, con la participación activa de los ciudadanos, a través de la Asamblea popular compuesta por hombres libres. En el derecho asistemático de entonces regía el principio de legalidad, mediante el sometimiento al “nómos” o ley. La democracia, además, fue considerada el estilo de vida adoptado por los atenienses.<sup>1</sup>

A diferencia del vocablo anterior, la palabra Justicia tiene otra raíz idiomática. Según Del Vecchio, el adjetivo justo corresponde al sustantivo Justicia, quien atribuyó su etimología al sánscrito, lengua sagrada del Indostán.<sup>2</sup> En la Hélade se utilizaba la voz “dikaios” para referirse a lo justo, un derivado de “Diké”, divinidad mitológica que personificaba ese ideal. Los autores griegos empleaban en sus libros dicho término, al cual hacían mención con el significado de cumplimiento de la Justicia, diferenciándolo de “themis”, equivalente a la legalidad y al cumplimiento del derecho. Con el transcurrir de los años, la voz “dikaiosyne” pasó a ser utilizada como sinónimo de Justicia.

Democracia y “Diké” se relacionaban entre sí por el nexo de la igualdad. La ley debía ser aplicada igualitariamente a los ciudadanos, sin excepción, un paso avanzado del régimen democrático, para eliminar los vestigios de la aristocracia.<sup>3</sup> Era la medida que tenía por objeto dar a cada uno lo suyo, fórmula aristotélica que siglos más tarde Ulpiano acuñó en latín.

- II -

## SÓCRATES NO DEJÓ NINGÚN ESCRITO

Como punto inicial del análisis, creo ilustrativo evocar el pensamiento del insigne filósofo Sócrates (469-399 a J. C.), cuyo legado espiritual transmitió oralmente a Platón (429-347, a J.C.).

Era su discípulo predilecto, a quien conoció cuando éste apenas tenía 20 años, impartándole enseñanzas, las que el alumno luego divulgó en varias obras famosas llegadas a nuestras manos. Platón vertió a la escritura las enseñanzas recibidas de su maestro, exponiendo el ideario socrático en forma de diálogo, mediante preguntas y respuestas propias de la mayéutica, el difícil arte de descubrir la verdad. Se ha puesto en duda si en esos diálogos se encuentran reflejadas fielmente las ideas del maestro, pues no es clara la línea divisoria con las del autor. Sin embargo, el testimonio de Jenofonte (430-354 a J. C.), dio crédito a la fidelidad del escritor, sin que

tenga sustento serio la hipótesis de que se trata de una construcción imaginaria.<sup>4</sup>

Recordemos cronológicamente cinco obras fundamentales atribuidas a Platón donde encontramos expuesto el pensamiento de Sócrates, a saber:

-“Hippias Menor”.<sup>5</sup> Aristóteles afirmó su autenticidad. Hippias fue un educador, perteneciente a la escuela sofista. Platón lo denostó en el libro que dedicó a “Protágoras”.

-“Apología de Sócrates”, escrito en memoria del pensador homónimo. Es la narración detallada del proceso que culminó con la condena a muerte de Sócrates, la cual lo inmortalizó, porque prefirió morir a vulnerar su conciencia. Consta de tres partes, I. - Alegato, II.- La pena, III.- Alocución del condenado a sus jueces.

- “Critón”, o el deber, publicada poco después de la anterior. Critón presencié la muerte del filósofo a quien le cerró los ojos.

- “Eutrifón”, complementa los desarrollos de la “Apología”, recreando un diálogo en torno a la piedad.<sup>6</sup> Identificó la esencia de la divinidad con la idea misma de la Justicia.

- “Fedón”, del alma, cuya fecha de aparición es incierta, pero que se estima contemporánea al “Banquete” de Platón. Describe la agonía de Sócrates, descripción que pasó a ser un texto clásico de la literatura universal. <sup>7</sup>

Las obras citadas son la fuente ineludible de consulta para conocer la filosofía socrática. Subsisten en el tiempo, sin haber perdido actualidad, debido a la riqueza atesorada en páginas que nunca marchitan, sirviendo de brújula para guiarse con rumbo firme a través de los problemas sociopolíticos que afligen a las naciones. Durante más de dos milenios dichas lecciones continúan siendo debatidas en los centros de investigación y estudiadas en las universidades. Ninguna duda cabe sobre la influencia que ejercieron en la formulación de doctrinas filosóficas modernas.

### -III-

## EL MÉTODO SOCRÁTICO

Sócrates enseñaba a descubrir el verdadero conocimiento, investigando la esencia de cada cosa en particular. Empleó el método reflexivo – inductivo a fin de elaborar conceptos generales para fijar tipos ideales.<sup>8</sup> Diestro en



antilogía, combatió las contradicciones incurridas por los sofistas, pedagogos a sueldo que abundaban en la “polis”. Refutó la falsa ciencia, valiéndose de la ironía. Genio dialéctico, dominaba la retórica, pues entendía que el idioma tiene naturaleza divina.

Encarnó la imagen del ser inquieto por la existencia humana y su capacidad cognoscitiva. Esgrimió como lema “conócete a ti mismo”, grabado en el pórtico del templo de Apolo en Delfos. Repetía “solo sé que no sé nada”, incitando a estudiar las causas y los efectos, para abrir la mente hacia lo desconocido y responder cualquier interrogante. Buscó una sola razón para poder aplicarla, después de haberla seleccionado con riguroso examen.

Aspiró construir un orden ético destinado a fijar la meta espiritual y moral que deben alcanzar las personas. En opinión de Maritain ha sido el fundador de la ciencia ética.<sup>9</sup>

Para la filosofía socrática, el fin de la vida consiste en alcanzar el bien. Distinguió entre el alma (“psyché”) y el cuerpo, ubicando a los bienes espirituales en los valores de jerarquía superior, encima de los bienes materiales, “*verbis gratia*” la fortuna. El saber tiene por objeto el conocimiento del bien, llamado “frónesis”. Vana resultó ser la escuela cínica, surgida “*a posteriori*”, partidaria de una oposición radical entre la ley y la naturaleza, doctrina que llegó a sostener que la familia, la “polis”, y los derechos políticos serían un artificio.<sup>10</sup>

Según Sócrates la Justicia es inherente al alma, idea transversal de índole ético-metafísico. Suerte de salud del espíritu. En cambio, la ley escrita no siempre expresa los mandatos de la divinidad, pues a veces solo refleja influencias externas del poder y de los partidos. Sófocles (497-406 a J.C.), amigo de Pericles, fue el primero en enunciar la tesis “iusnaturalista” del derecho, en “Antígona”, pieza teatral estrenada en el año 442 a J.C., donde escribió que Zeus impuso “leyes divinas”.<sup>11</sup>

Rescato que la teoría teleológica del “bien jurídico tutelado” – utilizada en el orden penal- descansa en la concepción finalista que predicó el pensador ateniense.

Un verso atribuido a Teognis (poeta del siglo VI a J.C.), decía “todas las virtudes se encuentran en el seno de la Justicia”, según lo citó Aristóteles. Los seres humanos tenemos la inclinación natural hacia el bien, como hacia la Justicia, suprema virtud. Realizar el bien es lo justo, hacer el mal es injusto. Sócrates discrepó con Simónedís (556-467 a J.C.), quien compuso la

elegía patriótica dedicada a la victoria de Maratón. Ese poeta llegó a sostener que la Justicia consistía en causar el mal a los enemigos, antítesis de la doctrina socrática, sustentada en los principios de la ciencia y de la verdad.

#### -IV-

### RELACIONES ESENCIALES

El gran maestro intuyó un nivel de grado trascendente donde reina la Justicia. Para indagar la esencia de lo justo utilizó como método establecer una relación sistemática con otras nociones, como la sabiduría, la piedad y la prudencia. Son nociones ínsitas en la virtud pura y simple, conformes a “ley divina”.<sup>12</sup>

La senda abierta por Sócrates fue seguida por Platón para quien el alma humana alberga cuatro virtudes cardinales, a saber: el valor, la piedad, la Justicia y la prudencia. Esa teoría reconoce el influjo de Pitágoras (siglo VI a J.C.). Según el fundador de la “Academia”, la Justicia como virtud se eleva al plano de la metafísica. Es el tema central de su obra sobre la “República”.<sup>13</sup> Significa cumplir el propio deber, en una exacta correspondencia entre el hecho y la norma reguladora.

En la mitología griega, Palas Atenea, defensora de las causas justas, representaba la sapiencia, simbolizada por la efigie de un búho apoyado en uno de sus hombros. Inteligencia, voluntad y sabiduría fueron para Sócrates “un hábito unitario, sistemático, total del espíritu”, según la feliz frase de Mondolfo.<sup>14</sup>

La ignorancia oscurece el entendimiento. Solo los jueces sabios son aptos para dictar sentencia. Poseen el conocimiento científico que les permite proponer la solución adecuada a un conflicto.

Una parte de la Justicia es la piedad, concepto desarrollado en el “Eutrifón”. Ambos conceptos son inseparables. Merece rendírsele culto, porque es agradable a Dios. La llamó ciencia de los ruegos y de las ofrendas hechas a Dios. Rechazó el criterio que postulaba sólo perseguir al culpable, pues el castigo infligido al autor de un crimen, en su opinión, tiene por finalidad curarlo del mal y servir de ejemplo.<sup>15</sup>

Descubrimos en Jenofonte el pensamiento socrático sobre la prudencia, disciplina destinada a moderar y templar el juicio, el cual

requiere ecuanimidad. <sup>16</sup> Se opone a la demencia, es decir, el desequilibrio mental. La persona que aprendió una enseñanza no puede ignorarla. Era necesaria para interpretar las leyes, a cargo de los exégetas, utilizando la epiqueya o equidad.

-V-  
SU ÚLTIMA LECCIÓN

Mondolfo, miembro correspondiente de esta corporación, escribió que el derrumbe de Atenas, desembocó en el proceso y la condena de Sócrates. <sup>17</sup> La crisis de la democracia ateniense obedeció a la derrota en la guerra del Peloponeso. A partir del siglo V a J.C. se había encarado una profunda reforma judicial, cuando fueron creados los tribunales populares, compuestos por unos 500 ciudadanos. Tiempo antes, habían sido juzgados del mismo modo el filósofo Anaxágoras y el artista Fidias, pero ambos eludieron con astucia la condena.

Sócrates despertó envidias, y suscitó polémicas. Era un crítico de la sociedad; hablaba mucho, aunque en voz baja. Irritó a sus adversarios. Las calumnias, que recrudecían, no mellaban su espíritu. A los 70 años debió comparecer ante un tribunal popular por haber sido objeto de una páfida acusación. Esa acusación se basó en haberse negado a respetar los dioses de la ciudad, pretender introducir nuevas deidades y corromper a la juventud con sus enseñanzas.

El proceso fue oral e insumió un solo día. No hubo acusador público. Sócrates ejerció su propia defensa y formuló el alegato verbal, pero desprovisto de la elocuencia de Demóstenes (384-322 a J.C.). Sostuvo entonces que no existía ningún hombre que pudiera evitar perecer, cuanto impedir que en Atenas se cometieran injusticias y hechos ilícitos. Ofreció sin éxito que Platón fuese el garante de su libertad.

Lo habían condenado de antemano. Una débil mayoría le impuso la pena capital por hallarlo culpable de blasfemia y corrupción. Sería ejecutado bebiendo la cicuta. Jenofonte escribió que no merecía esa condena, propia de los traidores, los ladrones y los secuestradores.<sup>18</sup>

Luego de escuchar la sentencia exclamó: “¡Ah cuánto amo más morir antes que llorar, gemir y decir cosas indignas de mí”. Y agregó “lo difícil no es impedir la muerte, más bien evitar el mal”, “la muerte es partir, un paso del alma de un lugar a otro”, “un dormir donde no se ve más nada”.<sup>19</sup>

Rodeado de amigos y discípulos transcurrieron sus últimos días, aguardando la llegada de la nave de Delos. Estaba recluido en una celda oscura, pequeña. Una especie de cueva, ubicada en el monte Philopappas, cerca de la Acrópolis. Había pasado un mes de finalizado el proceso. A la puesta de sol, se inmoló bebiendo el veneno mortal. Tal vez vino a buscarlo la dama vestida de blanco que vio en sueños, diciéndole “Sócrates, pasado mañana llegarás a los campos fértiles”. Se había cumplido el vaticinio de un mago proveniente de Siria.<sup>20</sup>

Fue su despedida y la última lección. Para conocer la Justicia, debió padecer una injusticia. Consecuente con su modo de pensar sobre la obediencia a las leyes, prefirió la eternidad. Un mensaje ético. Sócrates merecía honores en vida. Los tuvo después, al ingerir la cicuta. La historia siempre lo recuerda como el símbolo de lo justo, devoto de un ideal real y verdadero.

#### Notas

<sup>1</sup> JACQUES ELLUL, *“Historia de las instituciones de la antigüedad”*, traducción y notas de F. Tomas y Valiente, edit. Aguilar, Madrid , 1970, págs. 76, 78 y 92. GEORGES VLACHOS, *“La République des Athéniens, état de droit et de justice. La témoignage de Démosthène”*, en *Revue internationale de droit comparé*, octubre-diciembre de 1983, nº 4, págs. 843/855.

<sup>2</sup> GIORGIO DEL VECCHIO, *“La Justicia”*, traducción y notas de Francisco P. Laplaza, edit. Depalma, Buenos Aires, 1952, pág. 3.

<sup>3</sup> MAGALI BESSONE, *“La justice”*, edit. Flammarion, París, 2000, págs. 22/23.

<sup>4</sup> XENOPHON, *“Memorabilia”*, traducción al inglés de E. C. Marchant, Londres, 1923, el autor recuerda la figura del pensador ateniense con admiración, calificándolo de tener un comportamiento ejemplar y destacando sus cualidades intelectuales.

<sup>5</sup> ROMANO GUARDINI, *“La muerte de Sócrates”*, traducción de Conrado Eggers Lan, edit. Emecé, Buenos Aires, 1960, pág. 14 no menciona este escrito, aunque utiliza los cuatro siguientes para trazar “la situación de amenaza de inminencia de la muerte” del filósofo.

<sup>6</sup> PLATÓN, *“Oeuvres complètes”*, traducción de Maurice Crioset, edit. Les belles lettres, París, 1926, tomo I, reúne la publicación de los cuatro libros mencionados.

<sup>7</sup> PLATÓN, *“Oeuvres complètes”*, traducción de León Robin, edit. cit., París, 1926, tomo IV, primera parte, nºs. 88/89, págs. 54/55 y nºs. 116/118, págs. 99/103.

- <sup>8</sup> LÉON ROBIN, *“La pensée grecque”*, edit. La renaissance du livre, París, 1923, pág. 442.
- <sup>9</sup> JACQUES MARITAIN, *“Les degrés du savoir”*, edit. Desdée Brouwer, París, 1946, pag. 55.
- <sup>10</sup> LÉON ROBIN, op. cit., pag. 203.
- <sup>11</sup> SOPHOCLE, *“Les trachiniennes. Antigone”*, traducción de Paul Mazon, edit. Les belles lettres, París, 1955, pag. 89.
- <sup>12</sup> JACQUELINE de ROMILLY, *“Les grands sophistes dans l’Athènes de Périclès”*, edit. De Fallois, París, 1988, pag. 231.
- <sup>13</sup> “La República o el Estado”, en *“Obras completas de Platón”*, traducción de Patricio de Azcárate, Madrid, 1872, en especial el libro Segundo, tomo VII, págs.105/145.
- <sup>14</sup> RODOLFO MONDOLFO, *“Sócrates”*, edit. Eudeba, Buenos Aires, 1971, pag. 100.
- <sup>15</sup> JACQUELINE de ROMILLY, op. cit. pag. 235.
- <sup>16</sup> XENOPHON, op cit., I, i, n<sup>os</sup>. 17/23, pags. 19/23.
- <sup>17</sup> RODOLFO MONDOLFO, op cit pag. 17.
- <sup>18</sup> XENOPHON, op cit., I – ii n<sup>o</sup> 62 pag. 43.
- <sup>19</sup> PLATÓN, *“Apología de Sócrates”*, op cit. n<sup>o</sup> 38 d, 39, 40 b, pags. 168/171. ROMANO GUARDINI, op cit., autor que se dedicó a desentrañar la trascendencia del paso a la eternidad del filósofo ateniense.
- <sup>20</sup> ANDRÉ JEAN FESTUGIÈRE, *“Socrate”*, edit. La table ronde , París, 2001, pag. 110.

## CAPÍTULO CUARTO

### UNA CONCEPCIÓN SOBRE LA JUSTICIA SENSIBLE

# UNA CONCEPCIÓN SOBRE LA JUSTICIA SENSIBLE<sup>1</sup>

A la memoria de Marcelo E. Aftalión (1939-2003)

## 1.- Presentación

John Rawls (1921-2002) fue un renovador de las ideas sobre la Justicia, las que sometió a un profundo examen, a lo largo de su obra escrita, obra significativa por haber trascendido las fronteras de su país. El lector de sus libros y ensayos se enfrenta a numerosas páginas dedicadas a una de las cuestiones trascendentales para la humanidad. Esa lectura causa un fuerte impacto a nivel de la conciencia, suscitando naturales inquietudes sobre el destino de la civilización occidental.

En la Argentina no faltaron estudios y conferencias sobre este prestigioso autor. Mariano Grondona desde la cátedra universitaria –e incluso en algún espacio de televisión- fue uno de los primeros que difundió sus ideas. Farrell publicó un interesante artículo en 1983 (1), Gargarella le dedicó un volumen (2) y Migliore escribió una excelente monografía crítica (3). Hoy día es considerado uno de los más brillantes pensadores norteamericanos del siglo XX.

Rawls brindó una visión integral de todos los fenómenos relacionados al tema tanto desde el enfoque distributivo como conmutativo, guiándose con madurez reflexiva, adquirida durante una intensa vida académica. Evidenció una sólida base filosófica, en cuya disciplina se doctoró en 1950, pues no perteneció al ámbito jurídico. Ajeno al discurso metafísico que caracterizaron a los antiguos pensadores helénicos y latinos, buscó apoyarse en criterios modernos a fin de dar un panorama ajustado a nuestra realidad. Expuso argumentos acompañados por una fundamentación racional, yendo al fondo de los problemas con rigor metodológico. Los desarrollos que efectuó siempre fueron analíticos, como si quisiera agotar el pozo de la sabiduría, donde nada está sobreentendido, para permitir un debate lo más amplio posible. Mediante sucesivos aportes –el más fecundo se remonta al año 1971 (4)- trazó un cuadro completo a fin de mostrar cada una de las imágenes que

---

<sup>1</sup> Ensayo publicado en Anuario de Filosofía Jurídica y Social. Asociación Argentina de Derecho Comparado, director Martín Laclau, Buenos Aires, n° 23, año 2003, páginas 211 a 218.

reflejan las circunstancias históricas de nuestro tiempo. Este “lecturer” de Harvard había publicado en 1963 un notable artículo sobre “El sentido de la Justicia”, el cual luego integró uno de los capítulos del volumen publicado bajo el título “Justicia como equidad” (5). En el presente trabajo abordaré su enfoque en torno a la sensibilidad de lo justo, sin descuidar el marco de la doctrina que fue creando a través de sus investigaciones científicas.

En definitiva, la Justicia ofrece un aspecto inteligible relacionado al conocimiento, y un aspecto sensitivo, perteneciente a la psiquis de quien tiene la delicada función de juzgar. El juez cumple la tarea de ser el equilibrio entre el espíritu y la letra del derecho. Por ello para la teoría rawliana todo magistrado debe tener “capacidades y logros” (inteligencia y conocimiento) y practicar virtudes (“así las virtudes intelectuales de la razonabilidad”).

## **2.- Justicia y equidad**

La Justicia sustenta al Estado, pues, como dijo Rawls, otorga legitimidad racional a un régimen político determinado. Es la primera virtud de las instituciones sociales, según el autor norteamericano, quien de algún modo rescató a Sócrates en términos actuales. Y agregaba: “puede suponerse que todo el mundo tiene un concepto de Justicia”, cuyo significado usual es la “eliminación de distinciones arbitrarias y el establecimiento, dentro de la estructura de una práctica, de un apropiado equilibrio entre pretensiones rivales”.

El objetivo que persiguió no fue inventar nuevos principios, sino brindar una mejor explicación de los existentes, desde un punto de vista empírico, aunque no utilitario. Esos principios descansan en la libertad, la igualdad, y la recompensa por servicios que contribuyen al bien común. Afirma, también, la necesidad de un juicio imparcial.

Los postulados que integran su teoría se dan en cuatro planos distintos, a saber: 1) una concepción de la llamada Justicia social; 2) la aceptación o el rechazo de principios materiales de Justicia; 3) la reciprocidad entre la Justicia y la equidad; 4) el desarrollo de una moral constructivista inspirada en Kant, a fin de organizar las convicciones éticas intuitivas dentro de una “sociedad – bien ordenada”.

Una de sus frases predilectas –fiel reflejo de su modo de pensar- fue atribuir a la Justicia el rol de un pacto entre egoístas racionales, cuya estabilidad depende de un equilibrio de poder y una similitud de



circunstancias. Utilizó la palabra “**práctica**” como vocablo técnico para referirse a “toda forma de actividad especificada por un sistema de reglas que define cargos, papeles, jugadas, castigos, defensas, y así sucesivamente, que da a esa actividad la estructura que tiene”. Esas prácticas dan lugar a pretensiones opuestas, según intereses dignos de consideración.

De ahí surge en su opinión la equidad (**fairness**), concepto vinculado “con el debido trato entre personas que están cooperando o compitiendo unas con otras” (**fair games, fair competition y fair bargains**), donde nadie “está siendo forzado a ceder ante pretensiones que no considera legítimas”. Culminó la explicación escribiendo que la equidad “implica la mutua aceptación, desde una posición general, de principios en que se funda una práctica”.

La epiqueya griega no permaneció indiferente a su foco atencional, pese a opinar que la equidad apunta a las leyes, por ser éstas fruto de un pacto donde se asienta la voluntad popular, de acuerdo a la tesis de Rousseau a la cual intentó reelaborar. Ubicó la cuestión en un sitio anterior a la tarea de interpretar la norma jurídica, como una suerte de presupuesto fijado por la sociedad a través del legislador. Acaso tenía razón Celso cuando aludía al derecho como el arte de lo bueno y equitativo.

Basó toda su teoría sobre lo justo alrededor de la equidad, a la que consideraba su esencia última. Le dedicó numerosos párrafos encaminados a adaptar la solución del caso a exigencias de lo justo con cierta amplitud de criterio. Ello posibilita flexibilizar el derecho para orientar la decisión a los fines que persigue la norma, sin sujetarse demasiado a los términos literales o a los precedentes jurisprudenciales (una suerte de regla lesbia). Aplicada con moderación permite llegar a una solución ideal, atenuando la severidad de los textos legales. Es un “**desiderátum**”, que se torna posible conforme la facultad que tienen los jueces para interpretar en forma extensiva las normas. Resulta ser, también, la justificación del indulto total o parcial de la pena, pero nunca puede conducir a una irritante desigualdad, ya que el perdón obedece a un criterio piadoso.

### **3.- La eficiencia**

Rawls, lúcido crítico de la doctrina utilitaria, expresó sobre la misma: “La concepción de la Justicia como derivativa de la eficiencia implica que juzgar la Justicia de una práctica es siempre, al menos en principio, cuestión de ponderar ventajas y desventajas, cada una con un valor o disvalor intrínseco en cuanto a la satisfacción de intereses, y ello con independencia

de si esos intereses necesariamente comportan asentar principios que no podrían ser mutuamente reconocidos”.

De cualquier manera, y dejando de lado las especulaciones filosóficas y éticas que merecen estas ideas, se advierte el peso de la creencia en múltiples manifestaciones del refranero popular, como la especie tan difundida de que la Justicia debería ser “rápida y barata”. Detrás de este dicho popular hay una objeción a la lentitud de los procesos y al costo de los mismos, del que son responsables más los abogados que los jueces, producto generalmente de ciertas normas jurídicas que han creado un laberinto kafkiano. Pero sin desconocer esta realidad, no se puede dejar de advertir sobre los peligros que encierra el “**eficientismo**” cuando pretende sustituir los postulados básicos de lo justo y la finalidad última que persigue el derecho.

Demás está decir que en teoría la rapidez no es garantía de una decisión justa, la que nunca puede ser precipitada, ni superficial, sino que debe ser oportuna. Y en cuanto al gasto judicial se refiere, hay que alejarse en lo posible de criterios como el de “costo-beneficio” para solucionar conflictos, pues no proporcionan una satisfacción por sí mismos. Todo depende del tipo de causa judicial y, en ese sentido, no hay duda que cuando se trata de un crimen cabe recordar que la sociedad precisa su juzgamiento y condena sin dilaciones, pero nunca al punto de impedir el ejercicio de la defensa.

#### **4.- El sentido de lo justo**

Un destacado investigador suizo, Jean Piaget, se ocupó en estudiar la psicología infantil a fin de percibir el criterio moral de los niños. Luego de analizar numerosos casos arribó a la conclusión que desde temprana edad los seres humanos manifiestan sensibilidad hacia lo justo. Esa manifestación emerge de dos aspectos: la culpa y el resentimiento. Tan solo los psicópatas carecen de aptitud para experimentar esas sensaciones.

Respecto de la culpabilidad se trata de una noción incorporada a las religiones mediante la figura del pecado, la cual actúa a nivel de la conciencia, en el fuero íntimo de las personas, como un fenómeno digno de análisis, campo fértil para los psiquiatras. A partir de esa idea, Rawls elaboró su doctrina en torno al sentido de la Justicia, factor fundamental de su teoría, de la cual hay antecedentes que se remontan a Hume.

Es innegable la existencia de mecanismos psíquicos en los seres humanos que se originan en la mente, a cuyo nivel se da el primer juicio sobre la propia conducta. Del mismo modo se tiene cierta capacidad para juzgar el comportamiento del prójimo, a partir de una toma de posición sensitiva, antes que cerebral. Esta aptitud se ve clara cuando se trata de condenar el proceder de otra persona, en el plano ético y en el plano social o jurídico.

Rawls vio con claridad este elemento inmaterial que poseen todos los seres humanos emergentes de actitudes naturales primitivas, como ser también la indignación y el enojo, las que son emociones morales (6). El sentido de la Justicia es lo que permite resolver desde el corazón los más intrincados conflictos, guiándose por esa cualidad que permite ponderar fenómenos que no registra la psiquis. En la medida que ese sentimiento haya sido cultivado como es debido, con una sólida formación ética, la solución a brindar será la más apropiada al caso.

Cuando se predica cultivar ese sentido, ello significa tener una educación esmerada sobre la base de conocimientos, jurídicos fundamentales. A la idea intuitiva de la Justicia, se le suma la elaboración intelectual de su concepto, y además se exige una sensibilidad para percibir lo justo. La combinación armónica de estos elementos deviene indispensable a la hora de dictar una sentencia, porque siguiendo a Romano Guardini, el juicio forma parte de todo ser y hacer. Recuérdese que la palabra sentencia proviene de la latina “sentio” que significa sentir.

Por lo demás, como dice Rawls “un sistema en el que cada persona tiene, y todo el mundo sabe que tiene, un sentido de la Justicia, es inherentemente estable”. La observación es válida en cuanto mediante una enseñanza adecuada el pueblo puede mejorar su convivencia según un criterio inculcado en la escuela que así lo haga posible. Como siempre, desde el aula se debe preparar a la persona para adaptarla a la civilización.

La sensibilidad tiene una conexión directa con el arte y, por ende, con la estética. Las potencias sensitivas de cualquier ser humano se inclinan hacia la belleza, cuanto a la Justicia. Aquel que se conmueve mirando un cuadro o escuchando una sinfonía, tiene en su interior la noción de lo justo, pues posee la cualidad de ser sensible, donde el reino del espíritu se abre al corazón, en aras de un ideal. (7)

## **5.- Reflexión Final.-**

El quehacer académico de Rawls estuvo consagrado al tema de la Justicia, a la que dedicó importantes trabajos, elaborando una teoría propia. Sin duda su obra es un referente indispensable para comprender muchas cuestiones sociales de nuestra época. Su pensamiento tiende a responder variados interrogantes que se suscitan en la actualidad, justificando así el estudio que merecen las ideas expuestas, no tanto por ser de algún modo originales, sino porque persiguen trazar un panorama completo.

Declinó formular una visión metafísica de lo justo, en cuanto consideró que es un objeto de naturaleza política, sin relacionarlo con su trascendencia. En el fondo, su apego al pacto social, limitó la perspectiva sobre una de los temas vitales de la humanidad donde reina la cultura del conflicto y de la lucha. Fue un crítico agudo de la corriente utilitaria instalada en el gran país del Norte, posición que puso en evidencia una actitud de rebeldía hacia creencias de hondo arraigo en la cultura anglosajona. Alzó contra la simplista explicación de la felicidad social que alguna vez esgrimió Kelsen.

Respetuoso de las enseñanzas de Sócrates, asoció la Justicia con el bien, alineándose en la tradición helénica que aún perdura en Occidente. Mas afirmó una tesis pluralista sobre el bien, calificándole de liberal, por oposición al monismo de la escolástica; recordemos entonces a Maritain cuando escribía: “la justice et la rectitude morale sont ainsi essentielles au bien comun”.

Los pensadores modernos suelen abrir el debate para discutir diferentes opiniones y puntos de vista, pues aceptan la posibilidad de revisar los juicios emitidos. Las mentes esclarecidas no se cierran al diálogo y participan en la medida de que sea fructífero. Ello acontece con Rawls, cuyos razonamientos llegan a deslumbrar al lector, sin enunciarlos como definitivos, a la manera de simples propuestas, pues intenta persuadir antes que imponer. Desde ese enfoque, redacté estas líneas para servir de apuntes a una conversación ya imposible con el filósofo desaparecido el 24 de noviembre de 2002, cuya muerte me anunció Jacques Leroy, decano de derecho de la Universidad de Orleans.

- **Universidad Católica Argentina**
- **Universidad del Museo Social Argentino**

## NOTAS

- (1) FARRELL Martín D., “La teoría de la Justicia de John Rawls”, en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Asociación Argentina de Derecho Comparado, Buenos Aires, 1983, pags. 175/208, trae referencias bibliográficas en pags. 209/211. En Brasil, véase FARIAS da SILVA Justino Adriano, “John Rawls e o utilitarismo na teoria da justica”, en “Estudos jurídicos” volumen 22, N°55, mais/agosto 1989, pags. 69/82; hay separata obsequiada por el autor residente en Porto Alegre y profesor de Ética Profesional.
- (2) GARGARELLA Roberto, “Las teorías de la Justicia después de Rawls”, edit. Paidós, Barcelona, 1999, parte de una perspectiva política relacionando las ideas rawlianas con la plataforma del partido republicano y lo que denomina “marxismo analítico”, atribuyendo a Marx una “implícita teoría de la Justicia”, pero sin considerar que el materialismo dialéctico subordinó el derecho a la economía.
- (3) MIGLIORE Joaquín, “Introducción a John Rawls”, en Colección N°13, Escuela de Ciencias Políticas, Universidad Católica Argentina, año 2002, pags. 113/207.
- (4) RAWLS John, “Teoría de la Justicia”, edit. Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1993, traducción de Maria Dolores González, El autor testimonia su gratitud hacia el Centro de Estudios Avanzados de Stanford.
- (5) RAWLS John, “Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la Justicia”, edit. Tecnos, Madrid, 1986, traducción y presentación de Miguel Ángel Rodilla. Este volumen incluye también el ensayo escrito en 1980 “El constructivismo Kantiano en la teoría moral” fruto de tres conferencias dictadas en la Universidad de Columbia en 1980.
- (6) RAWLS John, “Teoría de la Justicia”, pag. 539. Rescata en un pasaje a San Ignacio de Loyola –los célebres “Ejercicios Espirituales”- con esta frase: “Loyola dice que el fin dominante es servir a Dios, y con ello quiere decir salvar nuestra alma” (pag. 611).
- (7) RECASÉNS SICHES Luis, “Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable”, Universidad Nacional Autónoma de México, 1971, critica la tesis del “sentimiento jurídico”, concluyendo en la pag. 113 con esta frase: “Lo que se discute y se niega es que sea posible fundar la estimativa o axiológica jurídica sobre el puro hecho bruto de un sentimiento”.



## CAPÍTULO QUINTO

### LA DEONTOLOGÍA APLICABLE A LOS ABOGADOS

# LA DEONTOLOGÍA APLICABLE A LOS ABOGADOS<sup>1</sup>

## 1.- Introducción

A fin de ponderar éticamente la función de los profesionales universitarios, durante el siglo XIX se comenzó a emplear el término deontología. Esa palabra deriva del idioma griego, y significa unir lo conveniente (“deon-ontos”) al saber (“logos”). Hoy día dicho término se utiliza regularmente, vinculándolo a la ética aplicada a las tareas realizadas en la práctica. De esa manera se persigue formular paradigmas de conducta para orientar a los profesionales. (1)

Donde mejor se aprecia la interrelación entre la ética y el derecho es en el ejercicio de la abogacía, siempre sometido a diversos cuestionamientos morales. Existen deberes genéricos a cumplir en varias direcciones: respecto a los magistrados, a los colegas y a los clientes. Cabe señalar también un deber frente a la ciencia jurídica, el cual a veces se presenta en forma pura. Pero escapan a una consideración particular aquellas faltas que traen aparejadas sanciones penales o civiles, al hallarse englobadas dentro de normas jurídicas, cuya esencia tiene un contenido moral (v.gr. la calumnia, el cohecho y el prevaricato).

El Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires, sancionó en el año 2006 las “Reglas de Ética Profesional de la Abogacía”, a las que se encuentran sujetos sus socios y los colegas no socios que las acepten voluntariamente. Esos preceptos han modificado las reglas proyectadas por Gonzalez Sabathie que luego adoptó la Federación Argentina de Colegios de Abogados en el año 1932. Si bien el nuevo texto mantiene la estructura original, los cambios habidos en los últimos tiempos imponen la necesidad de adecuar las normas al moderno ejercicio de la abogacía. En especial contempla la novedosa fenomenología del trabajo en equipo, dentro de organizaciones que prestan servicios a empresas mediante la participación de asociados y abogados bajo relación de dependencia.

En primer lugar, corresponde tratar todo cuanto concierne **al abogado en sí mismo**, lo cual importa una actitud crítica sobre el desempeño de la profesión, según las distintas tareas a realizar. Nada mejor que respetar los principios de mayor jerarquía en torno a la rectitud y honestidad en el obrar, a fin de merecer la confianza de los clientes y ganar buena reputación dentro del foro. Claro está que resulta insuficiente ese enunciado, si no se lo vincula a su implementación.

---

<sup>1</sup> Ensayo publicado en el diario El Derecho, el 21 de junio de 2006.



## 2.- Los problemas de conciencia

Si bien la ética es una disciplina de orden general, modeladora del comportamiento humano, el letrado solo deberá ajustarse a sus preceptos en un determinado caso. No basta, pues, con la buena fama. Es preciso adoptar la conducta adecuada a una situación específica según las circunstancias. La actuación del abogado siempre será ponderada a partir de cierta hipótesis y sobre la base de los principios rectores. A partir de ese enfoque, habrá que apreciar el criterio seguido por el profesional ante determinado supuesto, según sus conocimientos y su habilidad.

El ideal de lo justo y equitativo siempre prevalecerá sobre cualquier otra consideración.

¿Cómo generar esos paradigmas a nivel de la sensibilidad? Son las escuelas de abogacía las que deben dar una formación completa para ejercer la profesión, incluso en el plano moral.

Salvo honrosas excepciones, la curricula de las carreras de derecho no toma la Justicia como un objeto autónomo de conocimiento científico. Pocos profesores -por lo general los iusnaturalistas- buscan inculcar en sus alumnos el sentido de lo justo, así como también ocurre cuando se procura impartir pautas morales; muchos docentes lo consideran innecesario, argumentando que ello depende de las condiciones personales del alumno, acaso intuitivas...

Una crítica similar a la enseñanza jurídica ya la hizo antes un abogado americano que egresó de la Universidad de Yale, quien se volcó a la vida empresaria: Mark H. Mc. Cormack. Dicho autor reveló que en sus tiempos de estudiante no existía ningún curso, ni libro de texto, dedicado en forma específica a la Justicia.(2).

La causa del fenómeno descrito más arriba, puede atribuirse a la influencia ejercida en los medios universitarios por la conocida obra de Ihering intitulada "La lucha por el derecho", que originariamente fue una conferencia dada en Viena en 1872, y cuya versión definitiva fue publicada en 1889, tres años antes de la muerte de su autor. Ese libro tuvo una amplia divulgación entre nosotros, al punto de ser imprescindible su lectura para iniciar los estudios. A partir de dicha obra se fue desarrollando entre los abogados una cultura del conflicto, a fin de resultar vencedor en la litis sobre el ocasional adversario, no solo para demostrar su habilidad, sino también a fin de hacerle pagar los costos causídicos. Dentro de esta actitud combativa no cabría proponer una solución amigable, ni intentar una mediación.

La tesis propiciada por el célebre jurista alemán se halla sintetizada en la siguiente frase: "La paz es el término del derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo". Conquistó muchos adeptos, pero la mayoría de ellos olvidó

retener este otro párrafo escrito por el genial pensador: “La fuerza del derecho descansa, como la del amor, en el sentimiento”(3).

En su fuero íntimo, el abogado hará una valoración ética de la pretensión del cliente, para luego interrogarse sobre el grado de empatía que le despierta; esa valoración será permanente, a medida que se abren dudas y cuestionamientos razonables. Porque en el fondo, debe desempeñar su tarea con convicción. Del mismo modo, ha de formular una autocrítica acerca de su aptitud para ocuparse del caso y del tiempo disponible que le insumirá.

La defensa de los intereses del cliente merece ser asumida con plena responsabilidad y máxima diligencia. Tiene que haber comprensión de las cuestiones involucradas para poder percibir las con lucidez. Pero en el acto de la defensa se debe proceder con firmeza, sin vacilaciones, lo cual no significa ser inflexible ante la dinámica cambiante de las situaciones a presentarse.

No existe en la Argentina una enseñanza práctica satisfactoria sobre el ejercicio profesional; porque los cursos respectivos dictados en las universidades se refieren a temas elementales que enfocan el derecho en abstracto. Tampoco hay pasantías obligatorias en gabinetes profesionales a fin de guiar a los futuros egresados. El inicio en el foro deviene difícil, aun para quienes adquirieron sólidos conocimientos teóricos. De más está decir que la deontología suscita planteos e inquietudes, con un alto grado de complejidad, que exigirán el consejo de colegas experimentados.

Una de las mayores dificultades se presenta cuando es necesario analizar los hechos que son el eje del conflicto. Más allá de la percepción intuitiva, hay que saber distinguir los hechos relevantes, dado que el tema litigioso no suele presentarse con claridad. Por un lado hay que armar un rompecabezas con las piezas fundamentales; por otro lado, hay que descomponer el problema en sus múltiples fases, a fin de ahondar las cuestiones en todas sus implicancias.

Esa delicada tarea merece ser apreciada desde el prisma de la verdad. Cuando se margina este principio ético, los argumentos son meros sofismas de una dialéctica tramposa. Porque la verdad, tarde o temprano, termina por imponerse a la luz de las pruebas rendidas en un proceso. Así, el ideal de Justicia se habrá alcanzado, dado que servirá de base para formular el encuadre jurídico pertinente.

Siempre será necesario hacer un examen de conciencia, a medida que se van cumpliendo las distintas etapas procesales. En ocasiones, esa introspección puede determinar apartarse del caso cuando hay un giro imprevisible en la causa defendida. Pero, cualquiera fuese el resultado, el haber cumplido con la misión encomendada brinda tranquilidad al profesional, sin reproche sobre el modo que dirigió el juicio y acerca de su actuación.

En síntesis: si se quiere alcanzar el ideal de lo justo y equitativo, la virtud deberá orientar a los abogados.

### **3.- Ética sapiencial**

La solución se encontrará sobre la base del conocimiento de los problemas a nivel teórico y práctico, combinándolo con la experiencia y la reflexión.

Resulta preciso tener una filosofía, que permita penetrar en la intimidad de la condición humana, las debilidades y pasiones de los seres humanos. Hace falta adoptar una actitud crítica ante los términos del litigio para juzgar con independencia de criterio. En suma: es necesario un pensamiento propio, fruto de un acto de inteligencia.

Evidentemente, la sabiduría resulta imprescindible para realizar el ideal de Justicia. Ella requiere conciencia jurídica, aptitud de raciocinio, noción de la vida, contacto con la realidad, cultura general, profesionalismo y capacidad técnica. Pero, además, el abogado debe reunir ciertas virtudes morales para ponderar los aspectos éticos, un equilibrio psíquico que le permita actuar objetivamente en forma desapasionada, y una sensibilidad para asumir la naturaleza del conflicto.

Kant, enseñó en su “Crítica del Juicio” que en los seres racionales los atributos de bueno y de justo eran fuente de sabiduría, representando “las condiciones de la causalidad de una causa suprema del mundo, como el supremo bien bajo las leyes morales”.

Todo letrado posee una formación universitaria basada en los principios jurídicos fundamentales; por ello, ajustará su desempeño a las pautas culturales imperantes en la sociedad. En primer término, acatará la Constitución en su espíritu y en su letra, a cuyos preceptos se encuentra subordinado, respetándolos en todas las instancias. Es un servidor del ordenamiento “in totum”, ya que las normas vigentes merecen obediencia mientras no se opongan a la ley natural, según lo enseña la escuela iusnaturalista.

Más allá de ejercer la defensa en juicio, el abogado asume un compromiso de honor frente al derecho en su aplicación práctica. Siempre el encuadre de los conflictos se sustentará en postulados científicos que sirvan de apoyo al razonamiento. Una vez que se hubiere formulado el encuadre correcto, cabe elaborar la estrategia a seguir en un proceso. El ejercicio profesional está ligado al conocimiento puro –el saber adquirido en los claustros– mediante el cual serán elaboradas las soluciones propias de cada caso (4). De ese modo, el argumento de conveniencia pierde seriedad ante el peso de los aportes doctrinarios y jurisprudenciales.

Estudiar un caso significa comprender los hechos que motivaron la crisis y encontrar las respuestas brindadas por el derecho. Nada se presenta en forma sencilla, debiendo afinar el análisis para percibir la complejidad del problema. No se debe creer que la intuición puede suplir el estudio de un tema, porque resulta necesario corroborar en el plano normativo aquello que nos dicta una impresión liminar, acaso por un acto reflejo de la experiencia. Sobre la base de una clara imagen jurídica del asunto en discusión, recién entonces podrán hacerse valer consideraciones de otro orden, incluso las que pertenecen al ámbito sensible.

Valga insistir en que la profesionalidad supone un cúmulo de conocimientos indispensables para el ejercicio de la abogacía. El paso por la Facultad permite aprehender métodos y conceptos que serán aplicables con motivo de las tareas propias del foro, reservadas a quienes obtienen una matrícula habilitante. La labor cotidiana tiene que dirigir la mirada hacia el horizonte académico, fuente de inspiración donde abreviar, porque cuando la abogacía es sapiencial se cosecharán mejores frutos.(5)

Desde el punto de vista ético, el estudio de una causa constituye un deber insoslayable a cumplir. Si se asume una defensa, se contrae un compromiso de ofrecer el cuidado y la atención que merece el asunto. En el supuesto de carecer de elementos de juicio suficientes, será necesario declinar cualquier ofrecimiento que no se estuviese en condiciones de atender, o bien requerir la colaboración de algún colega avezado en la materia.

La enseñanza no pasa solo por la lectura de textos y códigos que lentamente se memorizan y pronto se olvidan. Si al conocimiento jurídico no se le suma la grandeza del alma y la riqueza espiritual, se habrá perdido el tiempo en la aspiración de lo justo. La formación de los abogados debe ser integral, desarrollando armónicamente la inteligencia y la sensibilidad.

A modo de digresión, vale la pena recordar que el gran artista plástico Marc Chagall donó en 1968 a la Facultad de Derecho de Niza un hermoso mosaico con imágenes ilustrativas del Antiguo Testamento y escenas de la “Odisea” escrita por el poeta griego Homero. Todos los días alumnos y profesores pasan frente a esa obra de arte que rememora la cultura clásica. La creación del artista influye sin duda alguna sobre la mente de esos universitarios.

#### **4.- Relación entre el abogado y el cliente**

Después de contratado el servicio profesional, se inicia la relación con el cliente, durante un período de tiempo que puede llegar a ser extenso.

En ese lapso podrán plantearse algunos problemas que merecerán ser superados. De ahí que el trato habrá de ser cordial, guardando la

consideración adecuada según la naturaleza del caso, evitando personalizar si llegaran a surgir diferencias.

El mutuo respeto facilitará el entendimiento en torno a la tarea profesional, la cual atañe al abogado, más allá de las sugerencias que éste pueda recibir. Resulta necesario marcar los límites de la actuación, a fin de que ésta no sea invadida por el cliente. Corresponde mantener un equilibrio emocional para no involucrarse en el caso, fuera de lo que es inherente al patrocinio; de lo contrario, puede peligrar el desempeño profesional, restándole eficacia.

Corresponde asumir que el conflicto pertenece al cliente y que el abogado no es la parte, por cuanto el cliente no debe transferir su problema al letrado.

La lealtad suele ser reconocida como la mayor virtud, estando sometida a prueba en numerosas oportunidades y en distintos ámbitos. Uno de los mandamientos redactado por Couture dice: “Leal con el cliente, al que no debes abandonar hasta que comprendas que es indigno de tí”. Aunque parezca ser un principio de gran amplitud, a veces deviene complejo aplicarlo a una situación determinada. Esa dificultad se da con frecuencia, máxime si media un reproche del cliente; por ello, ante la mínima duda, es necesario excusarse de seguir interviniendo en el asunto confiado.

Parece lógico pensar que más bien hay lealtades, dada la multiplicidad de fases con que se presenta. Pero la conducta profesional se debe ceñir a pautas estrictas que sean adecuadas para enfrentar cualquier situación. En esa línea, la coherencia de los actos y del pensamiento es la mejor consejera, correspondiendo un proceder transparente, sin perjuicio de formular todas las aclaraciones que fuesen necesarias para explicar las razones que motivaron al abogado. Cuando se trata de asuntos económicos, nada mejor que brindar cálculos sobre los riesgos a sobrevenir y hacer el balance de la gestión cumplida.

Va de suyo que para afianzar una buena relación, tiene que haber una comunicación fluida. El letrado debe saber escuchar al cliente, intercambiando opiniones para facilitar la comprensión del caso. Será menester dirigir el diálogo para que éste sea útil en la apreciación jurídica del problema. Las revelaciones que hiciere el cliente solo tendrán vinculación con el asunto, siendo prescindible todo aquello que no le concierne al abogado, quien obrará en forma discreta.

Ello significa la necesidad de disponer de tiempo suficiente que permita mantener entrevistas y reuniones de trabajo. La dedicación que se ponga servirá para el mayor conocimiento del caso. Será preciso estar disponible en todo momento, a fin de atender las consultas y disipar las dudas.

Del mismo modo, habrá que informar al cliente respecto de las novedades de su interés y del estado de las actuaciones. Cuando interviniese en gestiones conciliatorias, lo pondrá al corriente de los pasos que hubiere dado. No retaceará ningún dato y, si fuese necesario, enviará correspondencia detallando las distintas intervenciones que hubiere tenido. Pero, por sobre todo, le dará a conocer su opinión fundada respecto de la materia jurídica, a fin de orientarlo en el campo del derecho acerca de los puntos que considerare, en los cuales pudieran verse comprometidos sus intereses, en particular la defensa en juicio.

El honorario suele ser tema de discusión y objeto conflictivo. Corresponde tratar por anticipado la retribución a estipular, ya que si ésta fuera deferida a la regulación judicial, se encuadrará en el arancel. Ese convenio, independientemente del pacto de cuota litis, deberá ceñirse a pautas de moderación y equilibrio. Lo más apropiado sería ponerse previamente de acuerdo sobre el monto de la retribución y la forma de hacerla efectiva. Si fuese un asunto sin valor económico, será difícil cuantificar un importe; entonces, cabe atenerse a la magnitud de la labor a emprender.

Respecto del cobro de la suma fijada en concepto de honorario, se ofrecen particularidades que deberán ser apreciadas con delicadeza en cuanto a su exigibilidad. No siempre la persona que requiere el servicio dispone de los medios necesarios para pagar y, si bien el acreedor vive de su profesión, tendrá que ser paciente. La cautela es buena consejera en la materia.

## **5.- La confidencialidad**

Con motivo de su actuación profesional, el abogado adquiere información de carácter reservado o, cuando menos, puede tratarse de información que no está facultado a divulgar. El cliente se brinda para hacer un relato de hechos relativos al asunto que lo lleva a un letrado para su atención, quien suele interrogarlo y requerirle documentos. Nada se puede ocultar al abogado, para que la defensa encarada por éste resulte más eficaz, incluso referencias personales (estado civil, filiación, domicilio, intimidades de la vida privada, salud, propiedades, membresías, etc.) y comerciales (entre otras: contables).

El tema es complejo, exigiendo una adecuada ponderación porque, si bien la confidencialidad asume los rasgos de un principio absoluto (6), en algunos supuestos admite excepciones que atenúan su rigor. Pero esto último no significa relativizar el principio, sin que la llamada omnipotencia legislativa pueda menoscabarlo, como lo pretende cierta corriente en la actualidad para servirse de los abogados a fin de que éstos denuncien a sus confidentes. Existe un vínculo de fidelidad, al que no cabe traicionar.

Se ha llegado a equiparar este principio a la confesión de los pecados ante un sacerdote. La comparación conduce a darle un carácter sagrado, sujeto al máximo resguardo para garantizar que la revelación de hechos y de actos a los fines de la defensa, será celosamente custodiada por su receptor. La inviolabilidad de secretos suele plantear problemas de conciencia al letrado, dignos de reflexión, dado los valores en juego.

Para Bielsa, el fundamento del secreto se encuentra en “el orden público en general, la defensa del cliente y el decoro profesional” (7).

El conocimiento que se pudiera tener a causa del ejercicio profesional, sea por el patrocinio en juicio o a raíz de una consulta, merece permanecer en el fuero íntimo del abogado. En ese sentido se lo impone como un deber, y, al mismo tiempo, se le asigna el carácter de un derecho para no revelar aquello que solo se ha podido conocer en función del citado ejercicio. Más allá de la discreción como una cualidad de la gente de bien, el mantener un secreto resulta fundamental para preservar la confianza dispensada al abogado. Asimismo, ello hace a la transparencia de la actuación.

Por cualquier vía que sea –incluso pruebas en juicio suministradas por terceros, v.gr. testigos– no es admisible divulgar las constancias obrantes en expedientes judiciales y administrativos, como tampoco las revelaciones que hicieren el propio cliente, los adversarios, los colegas y los jueces (existen normas previsoras en materia de copias de contenido reservado y de publicidad de ciertas sentencias, arts. 139 y 164 Cod. Proc., Civil y Comercial de la Nación). Toda divulgación directa e indirecta es lesiva desde el punto de vista profesional, imponiendo abstenerse de formular comentarios ante parientes, amigos y extraños. Carece de importancia si los hechos son públicos y notorios–v.gr. la infidelidad conyugal de una persona–, basta con que el abogado no los haya dado a conocer.

Va de suyo que hay cuestiones más graves que otras: delitos penales, evasión fiscal u ocultamiento de bienes. Pero ello fortifica el principio en su aplicación, pues nada debe trascender, porque el letrado no es el dueño de la información, sino su depositario. Recuérdense los términos de la ley 24.766, la que trata sobre el control de datos por parte de quien accede en virtud de su profesión (arts. 1 y 3), aplicables por analogía. Recuérdese también que se halla tipificada la figura delictiva correspondiente a la divulgación sin justa causa de un secreto que pudiera causar daño (art. 156 Cod. Penal).

Son contadas las excepciones que suelen darse para justificar la revelación de los secretos confiados al profesional más allá que éstos hayan trascendido por otras vías (v.gr. la divulgación por el cliente o derivada de una investigación periodística).

La primera de las excepciones se vincula a la defensa que habrá de ejercer el letrado ante una acusación vinculada al modo en que actuó ante

un caso concreto y a su propia persona. Entonces resulta razonable que deba utilizar información confidencial, si ello es indispensable.

Puede darse también el caso de que el profesional sea relevado de guardar el secreto por quien se lo comunicó o por un magistrado. En ese supuesto, habrá de informar sobre sus consecuencias.

Por último, lo más discutido es si un penalista cuyo cliente le anticipa la intención de perpetrar un delito futuro, debe hacerlo saber a la autoridad. Va de suyo que ante todo procurará disuadir al interesado de cometer el ilícito “in mente”. Después de haber agotado los medios a su alcance, si la intención persiste, buscará el modo de impedir cualquier acto criminal adoptando las medidas propias del caso (9).

## **6.- Conclusión**

Las “Reglas de Ética Profesional de la Abogacía”, a modo de síntesis enuncian que el letrado en “su conducta profesional o privada no debe jamás infringir las normas del honor y de la delicadeza que caracterizan la del hombre de bien” (art. 1). De ese modo quedó sentado un paradigma de insoslayable acatamiento. Por encima de todo prevalecen las cualidades éticas del ser humano, haciendo posible alcanzar un grado de perfección, donde la virtud ilumine su tarea intelectual (10).

En las circunstancias actuales, la actividad de los abogados presenta innumerables obstáculos para un correcto ejercicio, los que deben ser removidos para no desfigurar la imagen de la Justicia. El análisis que precede expone solo algunos aspectos de una cuestión ardua y compleja, pues no se pretendió agotar el vasto tema de la deontología profesional, que brinda la fuerza indispensable para un buen desempeño. De manera que será necesario continuar estudiando los problemas éticos que se suscitan en la práctica, para alcanzar metas satisfactorias.

Desde la perspectiva universitaria, se advierte la imperiosa necesidad de divulgar principios y nociones éticas. De nada servirá la mejor pedagogía, si esos principios no se aplican luego de obtener la matrícula, o si ésta se otorga sin mayor consideración sobre la personalidad moral de ciertos egresados. Corresponde, pues, a las entidades profesionales velar por el cumplimiento de los preceptos éticos en forma permanente, cuya vigencia da solidez a las instituciones.

Como la misión del abogado consiste en hacer realidad el ideal de la Justicia, dicho ideal sólo será accesible en la medida que cumpla con los deberes que le impone la conciencia.



## NOTAS

- (1) Véase, CANIVET Guy y HURARD Julie Joly, “La deontologie des magistrats”, edit. Dalloz, París, 2000, pág. 7 brindan como definición de la deontología: “conjunto de deberes que impone a los profesionales el ejercicio de su oficio”; destaco que Canivet fue Presidente de la Corte de Casación de Francia. De seguido menciono bibliografía europea publicada en los últimos años: BEIGNIER Bernard, BLANCHARD Bernard y VILLACEQUE Jean, “Droit et Deontologie de la profesión d’avocat”, edit. PUF, París, 2001; GÓMEZ PÉREZ Rafael, “Deontología jurídica”, edit. Universidad de Navarra, Pamplona, 1991; MARTÍN Raymond, “Deontologie de l’avocat”, edit. Litec Lexis Nexis, 7ª ed., París, 1999 ; WOOG Jean Claude, “Pratique professionnelle de l’avocat”, edit. Gazette du Palais-Litec, 2ª ed., París, 1991.
- (2) MC. CORMACK, Mark H., “Toda la verdad sobre los abogados”, edit, Grijalbo, Barcelona, 1998.
- (3) IHERING Rudolf von, “Tres Estudios Jurídicos...La lucha por el derecho”, traducción de Adolfo Gonzalez Posada, edit. Omeba, Buenos Aires, 1960, pág. 197.
- (4) LAMAS Félix Adolfo, “Percepción e inteligencia jurídicas. Los principios y los límites de la dialéctica”, en LAMAS Félix Adolfo y otros, “Los principios y el derecho natural en la metodología en las ciencias prácticas”, edit. Educa, Buenos Aires, 2002, pág. 45, sigue a Santo Tomás cuando afirma que “todo el orden del conocimiento práctico se asienta como en su principio en un conocimiento especulativo”.
- (5) BIDART CAMPOS Germán J.- “Nota”, El Derecho, to. 105 pág. 668, expresa: “el abogado...tiene, ante el cliente, ante el juez, ante la sociedad, el deber moral de conocer al materia involucrada en esa causa, de manejar técnicamente bien los resortes procesales conducentes a su planteo, de empeñar su ciencia en atender y proteger los intereses que le son confiados”.
- (6) Las “Reglas de Ética profesional” se ocupan del tema en los arts. 29 a 31, eximiendo del secreto solo cuando el letrado “sea objeto de persecuciones por parte de su cliente o de terceros con el auxilio del cliente”.
- (7) BIELSA Rafael, “La abogacía”, edit. Abeledo Perrot, 3ª ed., Buenos Aires, 1960, pág. 247.
- (8) LOPEZ MIRÓ Horacio G., “La ética del abogado”, AGATIELLO Osvaldo R. y otros, “La ética del abogado”, edit. Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, págs. 109/126.
- (10) ANDRUET Armando S., “Ejercicio de la abogacía y deontología del derecho”, edit. Alveroni, Córdoba, 2001.

## CAPÍTULO SEXTO

Presentación del libro “La Justicia de los contratos” del

Dr. Daniel Guillermo Alioto

**Presentación del libro “La Justicia de los contratos” del Dr.  
Daniel Guillermo Alioto (edit. Instituto de Estudios Filosóficos “Santo  
Tomás de Aquino”, Buenos Aires 2009)<sup>1</sup>**

Desde la antigüedad hasta nuestros días, el pensamiento jurídico discurre en torno al ideal de la Justicia conmutativa, como lo demuestra Alioto en su tesis universitaria, cuya presentación en público hacemos hoy en esta Academia Nacional. Motivo de alegría para quienes hemos seguido de cerca la trayectoria del autor y sus inquietudes jurídicas, fruto de las cuales es esta obra, un hito en su producción intelectual.

El derecho levanta la estructura del contrato sobre tres pilares: el libre albedrío, la igualdad entre los contratantes y el acto justo. Cuando se promete ejecutar una prestación, anudadas las voluntades, se torna obligatorio el compromiso asumido, efecto normal y regular de la palabra empeñada. La Justicia se presenta en la negociación preliminar y en la celebración del convenio, porque son las partes quienes autocomponen sus intereses recíprocos. El autor centró su estudio en este punto, trazando un panorama de las doctrinas iusnaturalistas que investigó con rigor científico, dedicándoles especial atención.

Destaco que a mi entender el rol de los jueces no queda relegado. Por el contrario, los magistrados actúan en otra etapa ulterior, si se produce el conflicto en torno al incumplimiento de lo pactado, cuando sobreviene la tragedia, como dijera Paul Ricoeur. Entonces, la hermenéutica servirá para recomponer la ecuación económica del acuerdo y determinar los alcances de las obligaciones asumidas. Acaso, el juez declarará si está comprometido el orden público, si se incurrió en una nulidad, si hubo vicio en el consentimiento, si medió un ejercicio irregular de los derechos. La crisis será entonces superada en la instancia judicial. Recuerdo –como es bien sabido– que en los Tribunales las personas pueden encontrar amparo suficiente para proteger su patrimonio de las iniquidades cotidianas.

Toda formula teórica intenta ser aplicada a un caso concreto para encontrar razonable explicación, tanto del punto de vista objetivo, como subjetivo. Es una realidad que nada tiene de ficción. En el nexo vinculante, de raigambre latina, encontramos el efecto propio del contrato,

---

<sup>1</sup> Acto realizado en la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, el 8 de julio de 2009.

materializado en la ejecución de su objeto. Alrededor de esos elementos gira la reflexión de filósofos y juristas, tanto en el pasado, como en el presente. Podrán variar los criterios a lo largo de la historia, según las escuelas, pero en el fondo siempre tienen una coincidencia básica a la hora de emitir un juicio sobre los méritos de la relación contractual.

Versado en la materia, Alioto desentraña los principales temas debatidos por los autores clásicos, sistematizando sus enseñanzas a fin de ubicar a la Justicia como un valor imprescindible en todo intercambio. Nos transporta a un plano metafísico, a fin de elevarnos sobre la versión prosaica de ciertos textos que reducen la esencia de las cosas a una simpleza y sustituyen la voluntad humana por un instrumento electrónico. La lectura de este libro oxigena, nos permite respirar aire puro para seguir las huellas de los precursores, en este campo tan fértil de cultivo.

Resulta indispensable en nuestra época esclarecer el significado de la Justicia contractual para que no suene a vana retórica. Esa tarea fue acometida en este libro, imbuido de un agudo análisis y sentido crítico, mediante un aporte erudito. Por vía de consecuencia, ofrece una gama de ideas para el razonamiento y la especulación científica, susceptibles de ser conectadas a la actualidad.

Me detendré en Luis de Molina, teólogo español del siglo XVI, cuya clarividencia resiste el paso del tiempo, permitiendo iluminar los oscuros rincones que va dejando la moderna tecnología en el mercado. En esa época el precio era asunto académico, digno de meditación, pues era el principal elemento a considerar para determinar si una compraventa fuese justa o injusta. Distinguía dos especies: **el precio natural**, intrínseco, representativo del valor que las cosas tienen por sí mismas; y **el precio legal**, fijado por la autoridad pública con carácter genérico. Sostuvo una tesis **subjetiva**, por entender que **el precio natural** obedece a la estima común, destinado a satisfacer apetencias humanas y vinculado con el poder adquisitivo del dinero. Relacionó su concepción con la ley económica de la oferta y la demanda, la cual permite establecer un punto de equilibrio. Ello sin perjuicio que las partes acuerden un “quantum”, prescindiendo del valor intrínseco, aunque debe ser aproximado.

Volvamos al presente, al siglo XXI, en pleno desarrollo del capitalismo. Los contratos usuales se encasillan en las categorías de bilaterales y onerosos. Cumplen variadas funciones: cambio, uso y goce, garantía y distribución. Son claves para la actividad empresarial.

Las operaciones que revisten la figura del contrato, tienen lugar en las bolsas o mercados de los títulos y “commodities”. El resultado de esas operaciones determina el “precio corriente de los bienes negociados”, según la definición brindada por el estatuto de la “Comisión Nacional de Valores”, ley 17.811 del año 1968. Profundiza las disposiciones del Código Civil para determinar el precio de las cosas muebles (arts. 1353 y 1354). En otras palabras, la normativa se basa en la cotización de dichos bienes durante la última rueda, a la hora del cierre, según el volumen de la oferta y la demanda. Como una suerte de mecánica, la estimación efectuada en un momento dado impulsa el alza o la baja de los precios, variables que permiten apreciar como se comporta la economía de un país. Independientemente de esa fijación objetiva, las partes pueden convenir un precio mayor o menor, de acuerdo a las particularidades de la compraventa a celebrar, sin que ninguna sufra un grave perjuicio.

El dinero domina en los negocios relacionados inevitablemente al numerario que expresa una medida de valor. Conmensurable, sirve para hacer cálculos y especulaciones. Deviene un mero instrumento, sometido a los vaivenes de las políticas gubernamentales. La fijación del precio es contingente, según se refiera a los factores de la producción o a los bienes de consumo. Los hay competitivos, pero pueden llegar a ser monopólicos; los hay fluctuantes, sujetos a las oscilaciones del mercado, y los hay uniformes: impuestos por funcionarios públicos, subsidiados por el Estado o concertados entre empresarios, consumidores y sindicatos.

Las circunstancias en que vivimos permiten apreciar mejor la contribución del autor desde la perspectiva científica. Alioto sostiene con sólidos argumentos el principio de la igualdad de las partes, la fuerza vinculante del contrato y la reciprocidad en los cambios. Se guía por nociones filosóficas, adquiridas en su formación intelectual, que tienen por norte el paradigma de lo justo. De ese modo su derrotero gana la mayor claridad posible, basado en un valor cierto, pues despeja las confusiones y las dudas que día a día sobrevienen en la mente por el acaecer cotidiano.

Así lo expresa en los siguientes párrafos: “En consecuencia –escribe Alioto–, sin el establecimiento de la Justicia objetiva, que es el núcleo del principio de *la reciprocidad en los cambios* no se realiza el bien común contractual. Aquélla se concreta en un orden intrínseco que supone una cierta correspondencia de cosas y personas determinada por las partes que se atienen a una igualdad conformada a lo justo natural o a una convención que no se sujeta a ese fundamento. De manera que el *principio de la*

*reciprocidad* en los cambios atiende a la validez conferida al contrato vigente que cumple la igualdad debida.”

Junto a mi reconocimiento, sirvan estas palabras para dar a conocer una obra perdurable.



ANCBA 2021