

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

SOBRE EL LIBRO-HOMENAJE AL PROFESOR LEGAZ

Al cumplir el profesor Legaz Lacambra los veinticinco años de Catedrático de Filosofía del Derecho, la Universidad de Santiago organizó un homenaje en el que no ha podido faltar la tradición académica del *Festschrift*. Estos dos gruesos volúmenes (1) son, al tiempo que un impresionante homenaje, el mejor testimonio de la significación señera que en el mundo del pensamiento tiene el actual Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Madrid y Director de este ANUARIO. Nuestra Revista, a través de uno de sus colaboradores, se suma de algún modo a este homenaje al dar cuenta, por medio de estas líneas, de esta colección de *Estudios jurídico-sociales*.

Y no resulta empresa fácil la de dar cuenta de esta obra colectiva, en la que se dan cita muchos de los nombres más prestigiosos de la filosofía jurídica actual. Como se dice en el «Ofrecimiento» de esta obra, «a este *Homenaje* concurren un buen número de destacadas figuras del pensamiento español y universal, y no sólo de juristas, aunque, como es lógico, sean los cultivadores del Derecho los que aparecen con la más lucida representación. Abarcando la actividad científica del profesor Legaz, desde su fundamental pensar filo-

(1) *Estudios jurídico-sociales. Homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra*, Universidad de Santiago de Compostela, 1960, 2 vols. Ambos volúmenes tienen paginación única, alcanzando el vol. I hasta la pág. 584 y el vol. II de la pág. 585 a la 1340. El primer volumen se abre con un «Ofrecimiento», que firman los profesores Dres. BARCIA TRELLES, MIGUEL Y ALONSO, GARCÍA ARIAS y LUCAS VERDÚ (págs. 11-14); al comienzo de este volumen figura una fotografía, fuera de texto, del profesor LEGAZ. El segundo volumen se cierra con una reseña de los «Actos celebrados en homenaje al profesor Legaz y Lacambra, al cumplir sus bodas de plata académicas, en Santiago de Compostela (30 de mayo y 1 de junio de 1960)», reseña que se publicó en los periódicos *El Correo Gallego* y *La Noche*, de dicha ciudad, correspondientes a los días 31 de mayo y 2 de junio de 1960; en esta parte y fuera de texto se publican tres fotografías de dichos actos (págs. 1313-1330).

sófico, diversas ramas de las ciencias jurídico-sociales, aquí están singularmente presentes iusfilósofos y sociólogos, iurisinternacionalistas y cultivadores de las ciencias político-administrativas, historiadores de las ideas y de las instituciones políticas y sociales y teóricos de otras disciplinas jurídicas».

Los compiladores han tratado de agrupar «con una cierta sistemática» contribuciones tan variadas en los cuatro apartados siguientes:

I. Estudios bio-bibliográficos (2).

II. Estudios de Filosofía del Derecho, Teoría General del Derecho, Sociología jurídica, Ética y Antropología (3).

(2) L. GARCÍA ARIAS: *Perfil humano, universitario y científico del profesor Legaz y Lacambra* (págs. 15-81); J. CHEVALIER: *Hommage à Legaz y Lacambra* (págs. 83-85); G. AMBROSETTI: *Schema interpretativo della Filosofia del Diritto di Luis Legaz y Lacambra* (págs. 87-108); E. LUÑO PEÑA: *Ideas del Profesor Legaz sobre el Derecho natural* (págs. 109-129); E. PÉREZ BOTIJA: *Aportaciones del profesor Legaz Lacambra a la Filosofía del Derecho del trabajo* (páginas 131-152).

(3) H. KELSEN: *Recht und Moral* (págs. 153-164); C. SCHMITT: *Der Gegensatz von Gemeinschaft und Gesellschaft als Beispiel einer zweigliedrigen Unterscheidung. Betrachtungen zur Struktur und zum Schicksal solcher Antithesen* (págs. 165-178); K. LARENZ: *Über den Wissenschaftscharakter der Rechtswissenschaft* (págs. 179-186); M. REALE: *La crisis del normativismo jurídico y la exigencia de una normatividad concreta* (págs. 187-201); T. VIEHWEG: *Über den Zusammenhang zwischen Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik* (págs. 203-212); L. RECASÉNS SICHES: *Unicidad en el método de interpretación del Derecho* (páginas 213-243); O. BRUSIIN: *International Aspects of Legal Theory* (págs. 245-250); J. CAAMAÑO MARTÍNEZ: *El objeto y los temas de la Filosofía del Derecho* (págs. 251-257); C. COSSIO: *Ciencia del Derecho y Sociología jurídica* (páginas 259-322); R. TREVES: *Considerazioni intorno alla Sociologia giuridica* (págs. 323-331); P. DOURADO DE GUSMAO: *O «homo juridicus»* (págs. 333-337); C. SÁNCHEZ DEL RÍO PEGUERO: *De los conceptos de justicia greco-romano y hebreo, del mundo antiguo, a la justicia probabilística del porvenir* (págs. 339-351); L. RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE: *Justicia y seguridad* (págs. 353-378); C. MIGUEL Y ALONSO: *Derecho, justicia, proceso* (págs. 379-390); G. DEL VECCHIO: *Giustizia, amore e peccato secondo Dante* (págs. 391-400); J. ZARAGÜETA: *La libertad, eje del Derecho* (págs. 401-403); M. HERRERA FIGUEROA: *Libertad y humanismo* (págs. 405-416); R. PRIETO BANCES: *Un privilegio medieval de libertad* (páginas 417-421); A. GIULIANI: *Articulus impertinens non est admittendus* (págs. 423-431); M. SANCHO IZQUIERDO: *Mutabilidad e inmutabilidad del Derecho en Santo Tomás y en Suárez* (págs. 433-448); F. S.-APELLÁNIZ VALDERRAMA: *Sobre el pretendido voluntarismo jurídico de Suárez* (págs. 449-462); F. ELÍAS DE TEJADA: *La Filosofía jurídica en la Cerdeña hispánica* (págs. 463-469); J. I. HÜBNER GALLO: *La Filosofía del Derecho en Chile* (págs. 471-478); M. DENDIAS: *Déve-*

III. Estudios de Filosofía social, Historia de las instituciones, de las ideas y de los hechos sociales, Teoría del Estado, Derecho político y constitucional, Derecho administrativo, Economía, Derecho penal y Derecho mercantil (4).

loppement de la théorie de l'institution. Ses fondements et ses buts (págs. 479-486); A. BARRADA RODRÍGUEZ: *Derecho y trascendencia* (págs. 487-506); P. MARÍN PÉREZ: *La tradición jurídica y las transformaciones del Derecho* (págs. 507-521); H. E. YNTEMA: *Legal Science and the Development of Civil Law Doctrine* (págs. 523-536); J. LACRUZ BERDEJO: *Derecho subjetivo, derechos sin sujeto y herencia yacente* (págs. 537-542); A. H. CHROUST: *Professional Ethics and the Lawyer* (págs. 543-549); J. L. L. ARANGUREN: *Programa para una Ética rigurosamente filosófica* (págs. 551-555); C. PARÍS: *El conocimiento ontológico del mundo físico. Su posibilidad y necesidad. Su índole* (págs. 557-569); P. LAÍN ENTRALGO: *La vivencia de la enfermedad como problema histórico* (págs. 571-581).

(4) J. HAESAERT: *Les éléments de la paix publique et leur intégration dans le système social* (págs. 589-599); R. SÁINZ DE VARANDA: *Realidad política y realidad social* (págs. 601-614); S. LISSARRAGUE NOVOA: *La trama social* (págs. 615-624); F. BATTAGLIA: *Cosmo e mondo storico* (págs. 625-639); J. XIFRA HERAS: *Historia, Política y Derecho* (págs. 641-676); L. LOIS ESTÉVEZ: *Ciencia contra Política en la pugna por un Derecho justo* (págs. 677-689); G. KRAUSS: *Die Kriegseintritts des Perikles* (págs. 691-705); R. MASPÉTIOL: *Jean Domat: Dile doctrine de la loi et du droit public* (págs. 707-714); J. CABRAL TEXO: *Nuestra única Revolución* (págs. 715-741); P. PEDRET CASADO: *Menéndez Pelayo, historiador de la Iglesia española* (págs. 743-751); B. CORES TRASMONTE: *La función del tiempo en la política del siglo XIX español* (págs. 753-785); L. DÍEZ DEL CORRAL: *La imagen de Europa en las utopías americanas de Tocqueville* (páginas 787-802); L. SÁNCHEZ AGESTA: *Maeztu y el tema histórico del 98* (págs. 803-816); A. MUÑOZ ALONSO: *Un Estado de equidad* (págs. 817-826); S. ALVAREZ-GENDÍN Y BLANCO: *El Estado de Derecho* (págs. 827-853); P. LUCAS VERDÚ: *Constitución-Administración-Planificación. Tres principios básicos reguladores de la convivencia política occidental* (págs. 855-883); G. HÉRAUD: *Aspects juridiques de la genèse fédérale* (págs. 885-890); R. MORODO LEONCIO: *El principio de autonormatividad reglamentaria de los Parlamentos en el Derecho constitucional* (págs. 891-911); A. GUAITA: *Actos políticos y justicia administrativa* (págs. 913-921); J. STASSEN: *Les commissions consultatives mixtes et la démocratisation de la fonction exécutive. Causes de leur prolifération. Inconvénients et avantages de ce procédé d'administration* (págs. 923-937); J. M. PI SUÑER: *El recurso contencioso-administrativo por desviación de poder* (págs. 939-947); L. LÓPEZ RODÓ: *Administración pública y Administración de empresa privada* (págs. 949-958); J. M. DE FRUTOS ISABEL: *¿Es posible la expropiación de deberes?* (págs. 959-968); W. GOLDSCHMIDT: *La renuncia del Estado a la defensa de la prescripción y su alegación como causa extintiva del crédito* (págs. 969-981); C. G. OTERO DÍAZ: *Contribución al estudio de las relaciones entre Economía y Derecho* (páginas 983-1002); S. DEL CAMPO: *La reciente disminución de la mortalidad en los países subdesarrollados* (págs. 1003-1014); J. ANTÓN ONECA: *La teoría de la pena*

IV. Derecho internacional, público y privado (5).

En la imposibilidad de dar cuenta cumplida de cada uno de los trabajos de este ingente «Homenaje» dentro de los límites de esta nota, hemos optado por hacernos cargo dialécticamente de algunos de los problemas actuales de la filosofía jurídica que se reflejan en unas cuantas de las monografías que constituyen esta obra colectiva. Por supuesto que la preterición de los restantes trabajos no responde a un desfavorable juicio de valor, sino a la forzosidad de limitar el campo de nuestra atención.

EL PROBLEMA DE LA JUSTICIA

El problema de la justicia se aborda, desde distintos puntos de vista, en varias de las monografías que integran esta obra. Centramos, sin embargo, nuestra atención en la del profesor Sánchez del Río Peguero, titulada *De los conceptos de justicia greco-romano y hebreo, del mundo antiguo, a la justicia probabilística del porvenir*.

en los correccionalistas españoles (págs. 1015-1025); A. QUINTANO RIPOLLÉS: *Culpabilidad y retribución como premisas lógicas de la justicia penal* (págs. 1027-1041); J. DEL ROSAL: *Algunas reflexiones sobre el discurso de S. S. Pío XII al Congreso Nacional de la Unión de Juristas Católicos Italianos, en especial sobre "reparación" y "expiación" de la culpa* (págs. 1043-1070); A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ: *Seguro múltiple, seguro cumulativo y coaseguro* (págs. 1071-1090).

(5) C. BARCIA TRELLES: *Una década trascendente para el mundo postbélico* (páginas 1091-1109); R. LAUN: *Zum moralischen Problem des Begriffs der Souveränität* (págs. 1111-1120); A. MIAJA DE LA MUELA: *"Ius cogens" y "ius dispositivum" en Derecho internacional público* (págs. 1121-1153); L. GARCÍA ARIAS: *La doctrine de "Clean Hands" en droit international public* (págs. 1155-1163); J. A. PASTOR RIDRUEJO: *La jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia* (págs. 1165-1187); E. CABALEIRO: *La ratificación de los Tratados internacionales en el Derecho español* (págs. 1189-1200); M. AGUILAR NAVARRO: *Una posible temática sobre las Organizaciones internacionales* (págs. 1201-1219); A. PERALES GERRICABEITIA: *Las grandes Potencias* (1121-1227); J. A. FERNÁNDEZ ARRUTY: *Relación y unión de la Iglesia católica con el Estado Vaticano* (págs. 1229-1242); M. REMUÑÁN FERRO: *En torno a la licitud de la guerra en el Derecho de gentes cristiano* (págs. 1243-1262); M. FRAGA IRIBARNE: *La guerra como institución social y el problema de su eliminación o limitación* (págs. 1263-1276); E. GALÁN GUTIÉRREZ: *Tres horas exactas de reflexión sobre el tema: "La guerra y la paz como conceptos límites"* (págs. 1277-1285); L. RUBIO GARCÍA: *Objeción de conciencia y no-violencia* (págs. 1287-1298); A. HERRERO RUBIO: *La "Comity of Nations"* (1299-1311).

«Se pretende en este ensayo —nos dice su autor— esquematizar una posible, aunque parcial, evolución próxima en las ideas sobre la justicia que, todavía hoy, responden a dos conservadas vertientes tradicionales, nacida la una en la cultura greco-romana y la otra en el viejo Israel» (6). En la cultura greco-romana la justicia se define «como un equilibrio, una armonía, un orden, una proporción, una igualdad, un pluralismo ecuacional (en la vida de los hombres objetivamente correlativos), encuadrada dentro del *suum cuique* entendido como anhelo constante (individual y subjetivo) ante el, por ahora, inevitable y necesario deslinde entre las libertades y las atribuciones de cada uno y las de los demás, en un sistema general de compatibilización. Con la balanza ... nació un símbolo que ya no se ha separado nunca de los hombres ante la evocación de la justicia. Y toda la técnica y todo el pensamiento de los juristas girará en torno de los modos mediante los cuales, en cada relación jurídica, se ha de conseguir el equilibrio del fiel o el restablecimiento del que se perdió» (7). Y el autor insiste en que «en el pensamiento romano se pretende siempre el logro de la ansiada ecuación, *que se estima posible*, a través de una técnica provista de elementos normativos variados y de múltiples modos de aplicación en una realidad interferencial poco evolucionada a través de los siglos» (8).

Veamos ahora lo que ocurre en Israel. «Aquí la justicia no se siente como proporción y como deslinde equilibrado; *lo que se advierte en todo momento como cosa inaccesible para el hombre*, sino cual pugilato de bondades y tolerancias recíprocas por el que cada uno ha de sentirse obligado a ceder y a dar a su prójimo más, y aun mucho más, de lo que ponderada y racionalmente cabría pensar en cada caso. En Israel la justicia ofrece un sentido franco de desproporción solidaria, transigente o preventiva» (9).

El autor establece esta comparación entre los dos sistemas: «En Roma, la fuerte sensación de «lo mío» y «lo tuyo» aparece como partida esencial que ha conducido a una idea de justicia coincidente con la de proporción y a un Derecho eminentemente patrimonial y, por tanto, materialista, pues todo proviene de la *manus* y de las derivaciones de su fuerza física en cada hombre *sui iuris*; en Israel, aun-

(6) Pág. 339.

(7) Pág. 340.

(8) Pág. 341.

(9) Págs. 341 y sigs.

que las relaciones turben el pensamiento matriz, la justicia no evoca la idea de medida de «lo suyo», sino la de amor que no desea delimitar «lo propio»; y su Derecho se confundirá necesariamente con la Moral» (10).

El influjo de ambas concepciones en la cultura occidental lo expone el autor con las siguientes palabras: «Uno y otro pueblo vivieron durante muchos siglos acreditando sus correspondientes posibilidades. Sin embargo, Israel no murió, y Roma sí. Pero el mundo medieval y el moderno, en su vida jurídica, heredaron a Roma. Israel derivó por dos caminos bastante diferentes: judaísmo, por un lado; cristianismo, por otro.»

«La concepción romana del díptico justicia-equidad quedó, pues, incorporada a nuestra civilización porque ésta entendió, y aún sigue entendiendo, posibles y útiles sus secreciones técnicas. En cambio, el pensamiento de la ecuación hebrea justicia=bondad, sólo pasa a la Nueva Ley creando un sistema completo de Moral, tanto para hoy como para nuestro mañana ultraterreno, que, a pesar de todo, no se ha podido imponer como un modo real y positivo de convivencia» (11).

El autor llega a la conclusión de que «el fenómeno de la convivencia armónica que el sentimiento de la Justicia pretende dibujar en nuestras mentes y en nuestros corazones es sólo accesible a quien pueda estar en el secreto de todas las cosas; es decir, a Dios; como el pensar hebreo propugna» (12). El principio de Heisenberg es válido tanto para la microfísica como para la sociología. Y en este punto es donde el profesor Sánchez del Río inserta su concepción de la justicia:

«En nuestro caso —dice—, tal idea puede ser representada de un modo simplista en los elementos «justicia» y «seguridad jurídica», cuyo producto aparece irremediablemente como una constante indicadora de lo que podríamos decir «renacimiento jurídico». Si se afina en «justicia» con el examen minucioso (siempre imperfecto) del caso, se perderá en la «seguridad» que cualquier hipótesis legal nos puede ofrecer; si preferimos la «seguridad» (también relativa), habremos de transigir con que ello sea a expensas de la «justicia». En lo humano, aquella constante no será nunca igual a la unidad. Y, por

(10) Pág. 343.

(11) Pág. 345.

(12) Ibidem.

tanto, jugaremos siempre con una limitación del conjunto derivada de una correlación necesaria entre factores posibles y muy difíciles, a su vez, de ser conocidos y observados con precisión» (13).

En esta situación caben dos caminos: el del retorno al «pretor» y al «hombre bueno» o el de «estimar las posibilidades de lo que pudiéramos titular justicia mutua o estadística» (14). No cree viable hoy día el retorno al pretor, por lo cual «valdría la pena de considerar si no será, en muchos casos, más aproximada la justicia estadística de las series que la individualizada del caso a través de ortopedias que ligan excesivamente y perturban al juzgador con daño endémico del juicio» (15).

No es posible a los hombres llegar exactamente al *suum cuique* de los romanos. Hay que aproximarse, pues, a la noción hebrea. «Pero un jurista científico no puede convertir una tesis en un sermón que, como viene sucediendo, será desoído en todo caso» (16). Sin embargo, la tesis solidarista de origen hebraico «podría quizá penetrar en las zonas corticales de ellas [las conciencias] por el camino de un estudio sereno, científico y, por tanto, realista, del acontecer, si decididamente quisiéramos marchar hacia un sentido estadístico de la justicia, tanto en su concepción como en su aplicación» (17).

Hay que huir —dice seguidamente este autor— para ello de ese fascinante e ingenuo imposible que se viene cifrando en el «dar a cada uno lo suyo». Y también habrá que admitir en la idea de «lo suyo» una abertura que rompa el círculo hermético de la concepción newtoniana del universo que lo ratificó en su inspiración pitagórica. No puede ser ya una cifra exacta «lo suyo»; «lo suyo» tiene «holgura» o «juego» como lo tienen los protones; y acercarse a lo que ofrece «desajuste» o «juego» (y todo lo tiene en la naturaleza universal) supone introducirse de lleno en el régimen de la probabilidad y de la estadística, que siempre acaba por darnos soluciones, sólo aproximadas, ¡cierto!, pero muy útiles y poco discutibles; mucho más útiles y menos discutibles que las producidas en el terreno de las ideas sin concierto y de las habilidades veleidosas del discurso» (18).

(13) Pág. 346.

(14) Ibidem.

(15) Pág. 347.

(16) Pág. 348.

(17) Ibidem.

(18) Ibidem.

El camino por esta vía ya se ha iniciado, pero es preciso generalizarlo: «Hace ya mucho tiempo que nos hemos habituado, sin darnos apenas cuenta de ello, a dejar abandonadas en sistemas estadísticos nuestras preocupaciones ante ciertas zonas de la responsabilidad. No es otra cosa el régimen de aseguración y previsión social. Pero de lo que se trata ahora es de que, iniciado el camino, se siga decididamente por él, en tanto en cuanto vaya siendo posible, con el propósito de ir reduciendo el ámbito del Derecho frente al caso (19).

El autor propugna, pues, una generalización y perfeccionamiento de los sistemas de seguridad, con cobertura de las responsabilidades económicas con base en cálculos estadísticos. Cita el ejemplo de los Estados Unidos, en donde los riesgos de evicción se cubren con un seguro, por lo que las compañías de seguros han sustituido el régimen de Registro de la Propiedad. Se hace cargo del peligro que el sistema entraña de acostumbrar a los hombres «a la más indolente comodidad»; pero cree que este peligro es fácilmente evitable: abriga incluso una cierta esperanza de que este sistema contribuya a una educación de la humanidad: «Si hasta hoy hemos fracasado, *generaliter*, en el ámbito de los buenos consejos y de la caridad libre y condescendiente, por un lado, y de las técnicas del juridismo para la lucha en pro de la justicia como ideal de proporción y equilibrio, por otro, deberíamos pensar en que quizá una solidaridad obligada y cómoda, después de todo, mediante amplias soluciones de mutualismo estimulante con ventajas para los más cuidadosos y con cargas para los más abandonados de sí mismos, pudiera terminar en un fortalecimiento de los hábitos comunitarios que responden al conocido lema de «uno por todos y todos por uno». Solidaridad en definitiva» (20). Y más adelante: «Quizá la práctica de una solidaridad forzada conducirá más fácilmente a la amable complacencia. Al fin y al cabo, la virtud es hábito» (21).

Este es el pensamiento del profesor Sánchez del Río, que vamos seguidamente a enjuiciar.

Prima facie lo que este autor propugna es la ampliación del campo de la seguridad a costa del campo de la justicia. La «justicia estadística» de que habla es lo que suele llamarse «seguridad». Es im-

(19) Págs. 348 y sigs.

(20) Pág. 350.

(21) Pág. 351.

portante, pues, decidir hasta qué punto se distinguen o en qué medida se confunden «justicia» y «seguridad». Con esto, de paso, podría entenderse la concepción que del Derecho tiene el profesor Recaséns Siches, quien en el trabajo con el que contribuye a este *Homenaje* al profesor Legaz insiste en un antiguo pensamiento suyo, a saber: que el Derecho aspira a la justicia, pero brota para satisfacer una urgencia de seguridad» (22). Con el título *Justicia y seguridad* ofrece otro trabajo en este *Homenaje* el profesor Rodríguez-Arias Bustamante, quien, en postura similar a la de Recaséns, sostiene que la seguridad es el fin próximo del Derecho, y la justicia el fin último (23). No trata, sin embargo, de delimitar críticamente las nociones de «justicia» y «seguridad». Afirma que los ordenamientos jurídicos en que predomina el principio de la justicia son sistemas de tipo *espiritualista*, mientras que aquéllos en que predomina el principio de la seguridad son sistemas de tipo *materialista* (24), afirmación que podemos contraponerla a la del profesor Sánchez del Río, ya mencionada, para quien la idea greco-romana de la justicia (que es la que sustenta el profesor Rodríguez-Arias) ha dado origen a un Derecho de tipo materialista (25). Rodríguez-Arias insiste en que «es imprescindible que exista la *justicia*, siendo imposible que el ordenamiento jurídico se inspire en ella si el Derecho vulnera el principio del *bien común*» (26).

La distinción entre justicia y seguridad exige tener en cuenta otra noción, a la cual también alude el profesor Sánchez del Río en su estudio: la noción de equidad. ¿Cuál es la frontera, si es que existe clara y nítida, entre estos tres conceptos? Es opinión bastante generalizada que la equidad no es cosa distinta de la justicia, sino «la justicia del caso concreto» (27); de esta opinión es el profesor Sánchez del Río (28), quien, por otro lado y como hemos visto, llama «justicia estadística» a algo que tiene todos los visos de lo que sue-

(22) Pág. 239.

(23) Págs. 373 y sigs.

(24) Pág. 367.

(25) Págs. 343-345.

(26) Pág. 367.

(27) Así se viene entendiendo desde Aristóteles, como veremos más adelante. Sobre la equidad, cfr. L. LEGAZ: *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1953, págs. 461-465 y bibliografía allí citada.

(28) «El *aequum ius* representa a la justicia en todo momento»: Pág. 341, nota 7, en donde da también bibliografía sobre el tema.

le llamarse «seguridad». Parece, pues, que no sería desatentado suponer que «equidad» y «seguridad» son dos diversas manifestaciones de la «justicia». De todas formas, se hace forzoso llegar a una mayor precisión. Para alcanzar esta precisión se hará necesario plantear a fondo el problema de la justicia. Y este planteamiento traerá a la luz otra cuestión relacionada con la justicia y que también es examinada en este *Homenaje*: la cuestión del carácter retributivo de la pena en el Derecho penal. De ello tratan don Antonio Quintano Ripollés, en su trabajo *Culpabilidad y retribución como premisas lógicas de la justicia penal* (29) y don Juan del Rosal, en *Algunas reflexiones sobre el discurso de S. S. Pío XII al Congreso Nacional de la Unión de Juristas Católicos Italianos, en especial sobre "reparación" y "expiación" de la culpa* (30). Ambos autores defienden el carácter retributivo de la pena.

Estudiemos, pues, el problema de la justicia.

Nuestra noción de la justicia es el resultado de una larga tradición que proviene del más antiguo pensamiento griego. No es posible entender bien lo que hoy queremos decir cuando hablamos de justicia sin comprender previamente lo que era la *δίκη* para los griegos.

Cuando hoy distinguimos entre mundo del deber ser y mundo del ser, entre leyes humanas y leyes físicas, heredamos una distinción que ya Aristóteles y Platón heredaron de los sofistas. La discusión de Sócrates con Caliclés en el *Gorgias*, y con Trasímaco en el libro I de la *República*, es buen testimonio de que la distinción entre *φύσις* y *νόμος* es una distinción de los sofistas. Se ha tratado de rastrear esta distinción entre los presocráticos (31); pero aunque éstos utilizan el término *δίκη* para expresar su concepción del universo, no advertimos en ellos, al menos patentemente, una distinción expresa entre una *δίκη κατὰ φύσιν* y una *δίκη κατὰ νόμον*. En cambio, en el *Gorgias* Caliclés nos dice que «en la mayor parte de los casos son contrarias entre sí la naturaleza y la ley» (32) y acusa a Sócrates de aprovecharse de esta contraposición para confundir a sus interlocutores: «Sin duda, tú te has percatado de esta sutile-

(29) Págs. 1027-1041.

(30) Págs. 1043-1070.

(31) Sobre esto, cfr. K. REINHARDT: *Parmenides und die Geschichte der griechischen Philosophie*, Bonn, 1916, págs. 82-88.

(32) PLATÓN: *Gorg.*, 482e.

za y obras de mala fe en las discusiones, y si alguien está hablando desde el punto de vista de la ley (κατὰ νόμον), tú le interrogas desde el punto de vista de la naturaleza (κατὰ φύσιν), y si habla de la naturaleza le preguntas sobre la ley» (33). La contraposición entre naturaleza y ley la funda Calicles en el origen de la ley: «dos que establecen las leyes son los débiles y la multitud» (34), los cuales establecen la igualdad para defenderse de los fuertes: «por esta razón, con arreglo a la ley se dice que es injusto y vergonzoso tratar de poseer más que la mayoría y a esto llaman cometer injusticia; pero, según yo creo, la naturaleza misma demuestra que es justo que el fuerte tenga más que el débil y el poderoso más que el que no lo es» (35).

De esta contraposición sofística entre φύσις y νόμος parece desprenderse que, para ellos, la δίκη originaria es la δίκη κατὰ φύσιν; la misma δίκη, por tanto, a la que con tal frecuencia se refieren los primeros filósofos griegos al especular sobre la naturaleza. Sin embargo, es opinión bastante generalizada (36) que estos primeros filósofos, al utilizar la palabra δίκη, utilizan una categoría del mundo de lo social para explicar la naturaleza, por lo cual podría decirse que la legalidad de la naturaleza, de la que se habla desde entonces, no es más que una metáfora jurídica aplicada al conocimiento del universo físico. Y es evidente que en fuentes contemporáneas o anteriores a los primeros filósofos griegos —como los fragmentos del poema de Solón, las obras de Hesíodo y los poemas homéricos— se habla de δίκη como de algo relativo a la organización de la convivencia entre los hombres.

Sin embargo, aunque este hecho es innegable, nos parece que traducir la palabra δίκη y otras del mismo universo lógico por los correspondientes términos de nuestro léxico jurídico o social lleva a un malentendimiento de los textos presocráticos. En efecto, para nosotros la palabra «justicia» tiene resonancias casi estrictamente «culturales», de manera que nos parece una violenta extorsión aplicarla a cosas de la realidad física. En cambio, la digamos «naturali-

(33) Ibidem, 483a.

(34) Ibidem, 483b.

(35) Ibidem, 483cd.

(36) Así, JAEGER: *Paideia*, FCE, México, 1957, págs. 159 y sigs.; KELSEN: *La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución*, en el volumen *La idea del Derecho natural y otros ensayos*, Losada, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112.

dad» con que los presocráticos aplican la palabra *δίκη* al hablar de la naturaleza, indica, acaso, que esta palabra no era exclusivamente aplicada al mundo de lo social. En verdad hay razones para sospechar que la concepción griega de la realidad hacia el siglo VI antes de Cristo era monista y en ella se integraban armónicamente los dioses, los hombres y las cosas. En esta concepción monista la palabra *δίκη* podía aplicarse con la misma propiedad a las cosas naturales que a las cosas sociales. Así lo vemos en el famoso fragmento de Anaximandro:

'Α... ἀρχήν... εἴρηκε τῶν ὄντων τὸ ἄπειρον... ἐξ ὧν δε ἡ γένεσις ἐστὶ τοῖς οὖσι, καὶ τῆν φθορὰν εἰς ταῦτα γίνεσθαι κατὰ τὸν χρόνον. διδόναι γὰρ αὐτὰ δίκην καὶ τίσιν ἀλλήλοις τῆς ἀδικίας κατὰ τῆν τοῦ χρόνου τάξιν. (37).

Traducimos:

«Lo indeterminado ha señalado el principio de lo que es... y de allí es el origen para lo que es y, a la corrupción, allá retorna por necesidad.»

En cuanto a lo que sigue, he aquí la traducción de Jaeger:

«Las cosas deben pagar unas a otras castigo y pena de acuerdo con la sentencia del tiempo» (38).

Jaeger interpreta este fragmento como «una personificación mediante la cual Anaximandro se representa la lucha de las cosas como la contienda de los hombres ante un tribunal... El juez es el tiempo» (39).

Examinemos ahora esta otra versión:

«Pues se dan unas [cosas] a otras proporción *δίκην* y compensación (*τίσιν*) de la desproporción por el orden del tiempo» (40).

(37) DIELS-KRANZ: *Die Fragmente der Vorsokratiker*, Wiedmannsche Verlagsbuchhandlung, Berlín, 1960 (9.^a ed.), I Band, 12B1.

(38) JAEGER: *Paideia*, pág. 158. KELSEN traduce: «Pues con arreglo a la ordenación del tiempo, se propinan unas a otras castigo y penitencia por sus injurias» (op. cit., pág. 62). He aquí la traducción de DIELS: «Denn sie zahlen einander gerechte Strafe und Busse für ihre Ungerechtigkeit nach der Zeit Anordnung» (loc. cit.).

(39) JAEGER: *Paideia*, pág. 158. Cfr. también, del mismo: *Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del Derecho y los griegos* (A. TRUYOL), Col. «Civitas», I. E. P., Madrid, 1953, págs. 34 y sigs., y R. MONDOLFO: *Problemi del pensiero antico*, Bolonia, 1936.

(40) M. HEIDEGGER, en *Holzwege*, Frankfurt a. M., 1950, pág. 343, traduce: «Gehören nämlich lassen sie Fug somit auch Ruch eines dem anderen (im Verwinden) des Un-Fug»; versión que KRANZ rechaza, por razones de tipo filológico (DIELS-KRANZ: *Fragmente...*, I, págs. 487 y sigs.).

Sospechamos que para los contemporáneos de Anaximandro este fragmento no sonaría tan *neutro* como en esta versión; pero tampoco tan *jurídico* como en la versión de Jaeger o de Diels-Kranz. Estos últimos, forzando, excesivamente a nuestro entender, la «juridicidad» del fragmento, traducen *κατὰ τὸν χρεῶν* por *nach der Schuldigkeit* (41). con lo cual no pretendemos negar el indudable sentido judicial que en el siglo VI tenían palabras como *δίκη*, *ἀδικία*, *τίσις*, *δίκην δίδόναι*, en lo que insiste Kranz (42), ni tampoco la búsqueda consciente por Anaximandro del paralelismo con la vida jurídica. Lo que nos permitimos poner en duda es que, para entender hoy el fragmento de Anaximandro como lo entendían sus contemporáneos, sea lo más conveniente el buscar los vocablos de la actual terminología jurídica más estricta. Entre otras cosas, porque la función judicial no era en aquella época cosa tan tecnificada y «aparte» como lo es hoy día. Por lo que cabe conjeturar que, si bien el *δίκην δίδόναι* era algo que hacía el juez, no sería algo exclusivamente judicial, sino una función general que adquiriría particular relieve en los tribunales. Y así, si traducimos dicha expresión por «administrar justicia», eliminamos todos los «armónicos» de generalidad que creemos tenía la expresión en Grecia. Si traducimos, en cambio, por «dar proporción», destacamos los matices de generalidad en perjuicio de la «judicialidad» dominante. Por esto hemos dicho que en los oídos griegos el fragmento de Anaximandro no sonaría tan *neutro* como en nuestra versión, pero tampoco tan *jurídico* como en las versiones de Jaeger o de Diels-Kranz (43).

Por ello la mejor inteligencia de este fragmento sea acaso la que resulte de tener en cuenta a la vez ambas versiones. Esto nos lo confirma el mismo Jaeger, quien, pese a ser uno de los más decididos defensores de la interpretación «judicial» de este fragmento, re-

(41) DIELS-KRANZ: *Fragmente...*, 12B1.

(42) Al criticar la versión de HEIDEGGER (op. cit., I, págs. 487 y sigs.). Sostiene KRANZ que dichas palabras, en el lenguaje del siglo VI, pertenecían a la esfera específica del Derecho.

(43) Nótese que no rechazamos el que Anaximandro utilice una terminología judicial. Lo que tratamos de subrayar es la duda que abrigamos respecto de que, en el conjunto de la lengua griega en el siglo VI, las palabras del repertorio judicial utilizadas puedan ser equiparadas a las de la terminología judicial en el conjunto de un lenguaje de nuestros días. Sencillamente: las palabras de nuestra terminología judicial han sufrido una elaboración conceptual de siglos. ¿Ocurría lo mismo con las palabras utilizadas en los tribunales jónicos del siglo VI a. C.?

conoce que «resulta claro que no se trata de otra cosa que de la compensación de la *pleonexía* de las cosas. No se trata de una culpa de las cosas. *Esta es una concepción ajena a los griegos*» (44).

Parece, pues, bastante seguro que Anaximandro, más que hacer una *interpretación judicial* de la realidad, ha utilizado un lenguaje en el que un cierto sentido general, directo, aparece reforzado, metafóricamente, por su sentido judicial. Creemos, por tanto, que este lenguaje es metafórico en la misma medida en que es judicial, por ello creemos que lo que *quería decir* Anaximandro se refleja mejor en nuestra versión neutra, desprovista del elemento metafórico. He aquí nuestra interpretación de este fragmento:

Las cosas surgen de lo indeterminado (*ἄπειρον*), de lo impalpable (45), y a lo mismo han de volver. En lo indeterminado nada prevalece, nada prepondera, el equilibrio es máximo. Pero cuando las cosas surgen de lo informe, este equilibrio se rompe y las cosas pugnan por equilibrarse las unas a las otras, lo que sólo consiguen definitivamente al desaparecer y sumirse otra vez en lo indeterminado. En el mundo —formado por las cosas surgidas de lo indeterminado— se da, pues, un equilibrio dinámico en el tiempo re-

(44) JAEGER: *Paideia*, pág. 158 .

(45) En los diccionarios de la lengua griega encontramos, bajo la misma forma *ἄπειρος-ον*, dos artículos, a uno de los cuales se atribuye la significación de «ilimitado, infinito, etc.», y al otro, la significación de «inexperto, inexperimentado, etc.». Ambas palabras parecen formadas con la partícula de privación *ἀ*, pero a la primera se la hace derivar de *πέρας*, que significa «fin, término, extremo, etc.», y a la segunda, de *πείρα*, que significa «prueba, tiento, tentativa». En el momento de redactar estas líneas no tenemos a nuestro alcance instrumentos filológicos de precisión, con los que confirmar nuestra hipótesis sobre la conexión de ambos términos. Nos parece, en efecto, advertir una conexión significativa entre las palabras *πέρας*, *πείρα*, *περί*. Esta última encuentra su paralelo en la voz sánscrita *pari*, del mismo significado y, evidentemente, de la misma raíz común indoeuropea. *περί* significa «alrededor de»; *πέρας* significa «extremo, iinde, borde», y *πείρα*, en su forma verbal *πειράω*, significa «tentar» (en el sentido de tocar y en el sentido de seducir, como en nuestro idioma), «palpar», «reconocer por experiencia», «tratar de apoderarse de». Tras este verbo parece latir un primitivo sentido de «pasar las manos *alrededor de los bordes de algo*». Supuesta la conexión significativa de estas palabras, cada una de las cuales designa un cierto aspecto de una misma acción, podríamos concluir que *τὸ ἄπειρον* designa, en unidad de significación, lo que es impalpable; por lo tanto, también, lo que carece de límites, esto es, lo que carece de forma. A los filólogos corresponde confirmar o refutar esta hipótesis.

sultante de una sucesión de desequilibrio; es decir, un equilibrio por sucesivas compensaciones.

En el fragmento 102 (Diels) de Heráclito se lee:

«Para Dios todo es bello, y bueno, y justo (δίκαια); pero los hombres a unas cosas las han supuesto injustas y a otras, justas» (46).

Esta «justicia» o «equilibrio ante Dios» es la visión de un equilibrio total resultante de una sucesión de desequilibrios. Esta misma noción de equilibrio dinámico, polémico, aparece en otros fragmentos de Heráclito, presentada como estructura del universo y vinculada a la idea de δίκη. Así, en el fragmento 80 (Diels):

«Es necesario saber que la guerra es [cosa] común, y la proporción (δίκη), lucha (ἔρις), y que todo acaece por lucha y necesidad» (47).

Digamos, de paso, que es impresionante comprobar hasta qué punto se aproximan estas intuiciones cosmológicas de los primeros filósofos griegos a las más modernas concepciones físicas, a las que se ha llegado tras minuciosas observaciones y cálculos (recuérdense, por ejemplo, los principios de la termodinámica).

¿Qué papel juega la palabra δίκη en este universo? La hemos traducido ya por «proporción», pero esto requiere ser explicado. Hemos de tener en cuenta que la palabra δίκη no es un término abstracto, como nuestra palabra «justicia» —que se amolda mejor a la estructura idiomática de la voz griega δικαιοσύνη—. La δίκη es algo que se da y que, cuando se da, elimina una carencia. En el poema de Parménides lo contrapuesto a δίκη recibe el nombre de μοῖρα κακή (48). La palabra μοῖρα significa «porción» o «lote»; por ejemplo, la parte que a cada uno se da en un reparto. También se

(46) DIELS-KRANZ: *Fragmente...*, 22B102. No se nos alcanza bien por qué el señor FERNÁNDEZ GALIANO, en su versión de los fragmentos de Heráclito, publicada como apéndice a su trabajo *Conceptos de naturaleza y ley en Heráclito* (en este mismo ANUARIO, tomo V, 1957, págs. 259-321), en la versión del fragmento 102, en primer lugar, traduce el término concreto θεῶν por el término abstracto «Divinidad»; y, en segundo lugar, al decir «todas las cosas son buenas, y bellas y justas», altera el orden del texto griego, en donde se lee καλὰ πάντα καὶ ἀγαθὰ καὶ δίκαια; máxime cuando esta gradación está perfectamente ordenada, ya que con lo bello se expresa la armonía total del universo, según la mentalidad helénica, mientras que lo bueno y lo justo son aspectos parciales. Lo cual no implica caer en ningún «pernicioso» esteticismo, en el que, en todo caso, caería Heráclito, y no el traductor.

(47) DIELS-KRANZ: *Fragmente...*, 22B80.

(48) DIELS-KRANZ: *Fragmente...*, 28B1, 26-28.

traduce por «destino», esto es, la «parte» que a uno se le ha «asignado» en la vida. A las diosas del destino, a las que los griegos llamaban Moiras (49), los romanos llamaban Parcas, voz de la misma raíz que *pars* y *portio*. Volviendo al texto de Parménides, si la *μοῖρα* puede ser mala (*κακή*), en cuyo caso tiene como contrapuesta a la *δίκη*, podemos concebir a ésta como la *μοῖρα ἀγαθή*, esto es, como la parte o porción buena en un reparto. Por lo tanto, la *δίκη* es la *μοῖρα ἀγαθή* que compensa la *μοῖρα κακή* y restablece la *ἀρμονία* (50). La palabra *δίκη* designa, pues, una *portio pro portione*, una porción equilibradora, una parte que equivale a otra parte contrapuesta, correlativa, que es, precisamente, su medida:

«El sol no traspasará la medida, pues si no, las Erynias, guardianes de Dike, lo descubrirían» (51).

Podemos decir, por tanto, que la palabra *δίκη* expresa una *noción funcional*. La *δίκη* es algo mensurable, pero la medida (*μέτρον*) viene determinada por otra cosa, por otra acción que, a su vez, es variable (52). Por ello hemos elegido la palabra «proporción» para traducirla. *Δίκην δίδοναι* podría traducirse al latín mediante la expresión *pro portione dare*. No hay duda de que ésta es una función judicial, pero no exclusivamente judicial (53).

En el fragmento de Heráclito transcrito unas líneas antes hay otro aspecto que interesa destacar. Aquí la metáfora jurídica va asociada a una metáfora casi policíaca. En este texto, Dike, diosa de la proporción, aparece auxiliada por las Erynias o Furias, diosas de la violencia; esto es, aparece la violencia puesta al servicio de la proporción: la espada junto a la balanza. Mejor dicho, es la

(49) Cfr. el mito final de la *República* de PLATÓN, en donde aparecen las tres Moiras, hijas de Ananke, la Necesidad (617c, ss.).

(50) Para Filolao, «todo se engendra en la necesidad y en la armonía» (DIELS-KRANZ: *Fragmente...*, 44A1, 11). Cfr. también el fragmento 8 de Heráclito, que se cita más adelante.

(51) DIELS-KRANZ: *Fragmente...*, 22B94 (Heráclito).

(52) Sobre lo que los griegos entendían por *μέτρον*, cfr. X. ZUBIRI: *La idea de naturaleza: la nueva Física*, en *Naturaleza, Historia, Dios*, Editora Nacional, Madrid, 1951, 2.^a ed., págs. 239-294. En este trabajo leemos las siguientes palabras, que nos parecen esenciales: «Lo que una cosa es, se me hace patente cuando la considero como una cosa determinada entre todas las demás; por tanto, cuando la miro desde el punto de vista del *métron*, de la medida» (pág. 283).

(53) La comparación entre el helénico *δίκην δίδοναι* y el latino *suum cuique tribuere* puede fácilmente hacerla por su cuenta el lector.

misma violencia, son las mismas violencias contrapuestas las que engendran el orden, equilibrándose mutuamente. Así nos lo ha dicho claramente Heráclito en otro fragmento:

«Lo que tiende en sentidos contrarios converge, y de lo que difiere entre sí se engendra la armonía más bella, y todo se engendra en la lucha» (54).

Es decir, la armonía resulta del equilibrio de fuerzas contrapuestas. La *δίκη* o proporción es, por así decirlo, el módulo de esta armonía. No podemos olvidar, pues, que la violencia está en la raíz de la producción y de la armonía.

Esta es la concepción de los presocráticos, que alcanza lo mismo a los hombres que a las cosas.

Esta concepción unitaria en la que la Dike es una fuerza cósmica, muchas veces divinizada, va a quebrarse con los sofistas. Estos pondrán en duda el que la armonía de las sociedades de su tiempo sea del mismo género que la armonía física. Y tomando la armonía física como paradigma prestigioso se hace desde ella la crítica de la armonía social positiva. Se establecerá entonces la contraposición entre lo *δίκαιον κατὰ νόμον* y lo *δίκαιον κατὰ φύσιν*. ¿Por qué se plantean los sofistas este problema?

La respuesta adecuada a esta pregunta tendría que darse por medio de la sociología del conocimiento (55). La simple lectura de las tesis de los sofistas, tal como aparecen en muchos «Diálogos» platónicos, nos revela que este cambio en la materia de pensar era la réplica del pensamiento a un cambio en las estructuras económicas, sociales y políticas. Los historiadores de la filosofía suelen coincidir en que los sofistas representan un humanismo, una vuelta de la atención hacia el hombre; en cierto modo, una secularización del pensamiento. En lo que concierne al tema que nos ocupa, este giro podría caracterizarse diciendo que los sofistas marcan, sobre el horizonte de la *δικη*, entendida como *θεία μοῖρα* (56), la aparición de la *δικαιοσύνη*, entendida como *ἀνθρώπινη ἀρετή*. Lo cual no significa la completa eliminación de la imagen presocrática, sino que a su lado surge una nueva visión de lo humano. Unas veces,

(54) DIELS-KRANZ: *Fragmente...*, 22B8.

(55) Así lo cree también, con respecto al magisterio de los sofistas, JAEGER, en *Paideia*, págs. 272 y sigs.

(56) Esta expresión la encontramos en PLATÓN: *Prot.*, 322a, y *Men.*, 99e y 100b. Cfr. E. G. BERRY: *The History and Development of the Concept of θεία μοῖρα, and θεία τύχη down to and including Plato*, Chicago, 1940.

como en Calicles, aparecerán como dos imágenes irreconciliables. Otras veces como en Protágoras, se hallará en el hombre el don divino de la δίκη (57). Platón, por fin, conseguirá la integración superadora de ambas imágenes al hacer que la ἀρετή humana alcance su plenitud en la imitación del modelo divino: ὁμοίωσις θεῷ (58).

Parece claro que los sofistas viven en una época crítica. Su siglo, que es el siglo V, se abre en la historia de Grecia con las guerras médicas y se cierra con las guerras del Peloponeso. El contacto con otras culturas, los cambios políticos en las ciudades helénicas, hacen brotar en los sofistas un escepticismo respecto de las concepciones absolutas, y se ponen en tela de juicio las ideas transmitidas por la religión, el arte y la filosofía; esto se traduce también en una mayor atención a lo humano. Se comprende bien que se hayan convertido en críticos de la sociedad en la que viven.

Por lo que respecta al tema de la justicia, los sofistas advierten el desajuste entre su ideal de proporción y lo que viene a ser, de hecho, la proporción en las comunidades en las que viven. Esta vivencia no les es privativa, pues ya Sófocles la ha tomado como tema dramático en su *Antígona*. La distinción antes citada entre lo δίκαιον κατὰ φύσιν y lo δίκαιον κατὰ νόμον refleja bien esta actitud. La explicación de ello podemos encontrarla en las palabras de Calicles en el *Gorgias*.

El desajuste surge porque las leyes humanas no expresan la verdad de la naturaleza, sino la voluntad de la multitud de los débiles (59). El ideal de los débiles es la igualdad (ἴσον ἔχειν) (60), porque, como son inferiores, con tener igual que los demás ya se dan por satisfechos (61); pero «la misma naturaleza demuestra que es justo (δίκαιον) que el fuerte tenga más (πλέον ἔχειν) que el débil y el poderoso más que el que no lo es» (62).

He aquí la razón fundamental de la distinción entre lo justo por naturaleza y lo justo por ley: el νόμος establece la igualdad, que consiste en tener todos igual (ἴσον ἔχειν), mientras la φύσις establece la desigualdad, que consiste en que unos tengan más que otros (πλέον ἔχειν). Es decir, que la ley hace iguales a quienes la natura-

(57) PLATÓN: *Prot.*, 322a.

(58) PLATÓN: *Teet.*, 176ab; *Rep.*, 613ab.

(59) PLATÓN: *Gorg.*, 483b.

(60) PLATÓN: *Georg.*, 488e, en relación con 483bc.

(61) PLATÓN: *Gorg.*, 483c.

(62) PLATÓN: *Gorg.*, 483cd.

leza ha hecho desiguales. Lo justo según la ley no coincidirá, pues, con lo justo según la naturaleza.

La igualdad operada por las leyes expresa una injusticia en la medida en que todos no son naturalmente iguales. Efectivamente, la ley, al tipificar en unos cuantos supuestos la inmensa variedad de casos que la realidad puede ofrecer, resulta, en cierta medida, desproporcionada, injusta. Ahora bien, en tanto en cuanto en una sociedad un poco compleja, en la que los conflictos se multiplican, no puede haber paz ni prosperidad si no hay una regulación de las conductas relativamente sencilla y estable, la ley consigue una *cierta* proporcionalidad, una cierta justicia, aunque no una *rigurosa* proporcionalidad o justicia. Aristóteles refiere la justicia (δικαιοσύνη) a la ley escrita (γεγραμμένος νόμος) y llama equidad (ἐπιείκεια) a la justicia según la ley no escrita (ἀγραφος νόμος) (63). El mismo Aristóteles nos explica cómo la generalidad de la ley escrita impide que en ella pueda llegarse a la precisión deseada (64). Así salva Aristóteles la escisión entre las dos justicias, planteada por los sofistas. Empleando términos griegos, podemos decir que la justicia o δικαιοσύνη comprende la equidad o ἐπιείκεια, que es la estricta justicia, lo δίκαιον κατὰ φύσιν, y el buen orden o εὐνομία (65), que es la legalidad o lo δίκαιον κατὰ νόμον. La ley no busca, pues, la estricta justicia, sino el *mínimum* de justicia que supone el establecimiento de un orden en la sociedad (orden, claro está, basado en una *cierta* proporcionalidad). Por eso, puede concluirse que, en la medida en que una sociedad se rige por leyes, no es estrictamente *justa*, sino más bien *segura*. La justicia es, pues, una función de proporción que se desarrolla entre un máximo, que es una equidad, y un mínimo, que es la seguridad.

Con esto comprendemos la actitud de los sofistas y nos explicamos

(63) ARISTÓTELES: *Et. Nic.*, 1137a30-1138a3; *Ret.* I, 13.

(64) ARISTÓTELES: *Et. Nic.*, 1137b13 ss.

(65) Aunque la palabra la encontramos en Jenófanes (DIELS-KRANZ: *Fragmente...*, 21B2, 19) y en el *Anónimo Yámblico* (Ibidem: 89, 6, 7), quien hace una amplia exposición de la εὐνομία, es Solón. Cfr. JAEGER: *Solons Eunomie*, en *Sitzungsberichte der Berl. Akad.*, 1926; *Paideia*, págs. 140 y sigs.; *Alabanza de la ley*, págs. 29 y sigs. El profesor TRUYOL traduce εὐνομία por «seguridad», en su *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1956, 2.^a ed., pág. 87.

que Hippias, en el *Protágoras*, convierta el pindárico νόμος ὁ πάντων βασιλεύς en νόμος, τύραννος τῶν ἀνθρώπων (66).

* * *

Volvamos al trabajo del profesor Sánchez del Río. Lo que propugna en él es un aumento de la justicia lata, llamada seguridad, a costa de la justicia estricta, llamada equidad. Ciertamente, parece que, en cuanto la complejidad de la organización social aumenta, la posibilidad de una justicia estricta se reduce, y se hace necesario acudir cada vez más a medidas más generales. Algo de esto debió pasar en la sociedad griega en la época de los sofistas. En nuestro tiempo, la sociedad es tan compleja y su organización tan tecnificada que, realmente, resulta difícil identificar la justicia entre las normas que salen diariamente en las publicaciones legislativas. Como consecuencia de esto, el profesional del Derecho se siente tan ajeno a los problemas de la justicia que concibe su profesión como un simple juego de habilidades en el que el triunfo corresponde sencillamente al más diestro: el *derecho* se ha convertido en destreza.

El señor Sánchez del Río cree que ha llegado el momento de abandonar el sentido *retributivo* de la justicia —lo que la justicia tiene de δικη— y repartir solidariamente la responsabilidad. Mejor dicho, más que abandonar el sentido retributivo, se trata de pasar de un sistema de *retribución individualizada* a un sistema de *retribución socializada*. Evidentemente, por este camino hemos entrado. La resolución de conflictos por arbitraje, al no poder multiplicarse indefinidamente, esto es, por razones de seguridad, tuvo que dar paso a la ley, y ahora, en la época del legislador motorizado, la ley tiene que dar paso a las compañías de seguros.

El problema que con esto se plantea es, sin embargo, muy grave. Se trata de revisar un concepto jurídico tan importante como el de la *imputación*. Se pone en conmoción el sentido individual de la *responsabilidad*. Los progresos de la psiquiatría forense han hecho tambalearse muchas veces el antes sólido edificio sobre el que se levantaba la noción de *culpa*. La holgura con que nos movemos entre ideas venerables, perfiladas por el tiempo, no puede llevarnos a

(66) El verso de Píndaro aparece, correctamente, en el *Gorgias* (484b), en boca de Caliclés. En *Prot.*, 337d, Hippias, sin citar al poeta y como de pasada, convierte al rey en tirano.

rechazar la verdad, cuando ésta viene a destruir la comodidad de lo ya conocido. Pero en la búsqueda de nuevas estructuras sociales no podemos dejarnos deslumbrar por el simple brillo de las nuevas ideas y olvidarnos del *hombre*, para el que estas estructuras se hacen. Aunque el hombre, fuera de la sociedad, sea una mera abstracción, no quiere esto decir que debemos reducir al hombre a la condición de simple pieza. Hacia esto se camina en nuestra sociedad de masas, y a ello contribuyen, consciente o inconscientemente, los poderes públicos, acaso porque el ejercicio del poder es más fácil en el hormiguero o en la colmena. Recordemos las palabras que Papini pone en boca de Huxley: «Lenin, Mussolini, Hitler, Pilsudski, Franco, Antonescu, Perón, Stalin, todos ellos pueden ser para los últimos fieles de la libertad seres odiosos y odiables, pero sin duda alguna son los portaestandartes de un sistema social que, para evitar los errores, las demoras, los desórdenes, las dilapidaciones y los peligros de la edad parlamentaria, concluirá por reducir las naciones del mundo a hormigueos y colmenas» (67). No hay más que salir a las afueras de cualquier gran urbe de nuestros días para darnos cuenta de que la colmena se ha convertido en el canon del urbanismo contemporáneo. Sin embargo, no creemos en la abeja o en la hormiga como arquetipo humano.

El profesor Sánchez del Río cree que una solidaridad montada sobre cálculos actuariales *puede* contribuir al advenimiento de una humanidad mejor. Lo más fácil, a nuestro juicio, es que contribuya al advenimiento de una humanidad más irresponsable. Así se manifiesta, por ejemplo, en los efectos prácticos del seguro de responsabilidad civil contra terceros en los vehículos automóviles.

Lo que parece un hecho es que el nuevo camino se impone. Por ello nos parecen altamente interesantes las sugerencias del señor Sánchez del Río en pro de una seguridad *discriminada*, que abra una vía media entre la retribución socializada y la retribución individualizada, vía que puede salvar el necesario sentido de la responsabilidad. Lo que vale tanto como decir que la *proporcionalidad* característica de la justicia grecorromana no desaparecerá en este nuevo sistema de justicia probabilística.

(67) G. PAPINI: *El libro negro*, Ed. Mundo Moderno, Buenos Aires, 1952, página 294.

Hay un punto del trabajo del profesor Sánchez del Río sobre el que hemos de manifestar nuestra discrepancia. Se trata de su caracterización de la justicia hebraica mediante «un sentido franco de desproporción solidaria, transigente o preventiva». Los textos en que apoya esta interpretación están tomados, salvo contadísimas excepciones, de los libros sapienciales o proféticos del Antiguo Testamento. Y, efectivamente, en dichos textos la virtud de la justicia aparece identificada con la bondad y con la transigencia. Pero en donde hay que buscar la noción hebraica de la justicia como forma de la sociedad es en los textos legales hebraicos. El sistema jurídico hebraico es el que refleja la noción hebraica de la justicia, como el Derecho romano nos refleja la noción romana de la misma. Pues bien, en los textos legales del *Levítico* o del *Deuteronomio* advertimos muchas veces un sentido de proporcionalidad en la justicia que si por algo peca es por su formalismo exagerado en la búsqueda de la proporción. Así, el siguiente texto del *Levítico* :

«El hombre que hiera mortalmente a cualquier otra persona morirá sin remisión; y quien hiera mortalmente a una bestia habrá de restituirla, animal por animal. Si un individuo produce una herida a su conciudadano, tal como hizo así se le hará : fractura por fractura, ojo por ojo, diente por diente; según la lesión que produjere al hombre, así se le hará a él» (68).

O este otro texto, del *Deuteronomio* :

«Los jueces indagarán bien; si ven que el testigo es un testigo falso, que ha depuesto falsedad contra su hermano, haréis con él lo que él pretendía hacer con su hermano. De esta suerte apartarás el mal de un medio de ti. Los demás oirán y temerán y no volverán más a cometer una maldad como ésta en medio de ti. No tendrás conmiseración: vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie» (69).

El Derecho hebraico resultará a veces desproporcionado, inclinando unas veces a la benevolencia y otras a una dureza implacable, pero se advierte en él una búsqueda de la proporción característica de la justicia, llegando a veces a posiciones aberrantes por

(68) *Lev.*, 24, 17-20. (Damos la versión española directa de BOVER-CANTERA, en la ed. de la BAC.)

(69) *Dt.*, 19, 18-21. (Versión española de BOVER-CANTERA.)

este afán de proporcionalidad. Lo acreditan los ejemplos del talión y del fariseísmo.

* * *

Por cierto que estas últimas palabras nos llevan de la mano a tratar del problema del carácter retributivo de la pena, defendido en estos *Estudios jurídico-sociales* por los señores Del Rosal y Quintano Ripollés.

Pese a que defendemos una noción de justicia como retribución proporcional, abrigamos las mayores dudas sobre el carácter retributivo del Derecho penal.

En el texto del *Deuteronomio* antes citado se refleja la concepción más rigurosa de la retribución penal, la ley del talión. Sin embargo, hay en este texto algo que parece indicar que esta retribución implacable del mal por el mal no es buscada por sí misma (70), sino por sus efectos: «De esta suerte apartarás el mal de en medio de ti. Los demás oirán y temerán y no volverán más a cometer una maldad como esta en medio de ti.» La ley del talión parece buscarse más que por «hacer justicia», por evitar el mal.

No podemos extendernos en nuestro comentario, pero creemos que el Derecho penal puede ser la piedra de toque de una concepción de lo jurídico, por cuanto constituye un caso límite: el caso en el cual la espada se destaca sobre la balanza en el emblema de la justicia. El caso en el cual las Erynias, las Furias, guardianes de Dike, van a la busca y captura del sol, que ha traspasado la medida.

Lo que trata de garantizar el Derecho penal no es la vindicación del delito, sino el orden social *en su totalidad*. La pena habrá de estar proporcionada, pues, al mantenimiento del orden, y no forzosamente a la infracción cometida. Otra cosa es que el individuo, en su fuero interno, la tome como expiación. Porque el hombre no es quien para juzgar al hombre, desde un punto de vista moral: *Nolite iudicare et non iudicabimini* (71). *Qui sine peccato est vestrum, primus in illam lapidem mittat* (72). El fin primordial del juicio penal no es castigar al pecador, sino salvaguardar la convivencia. Por ello no repugna el que un mismo delito pueda alcanzar en tiempos o en

(70) Esta intención no afecta al sentido de rigurosa proporcionalidad que objetivamente refleja la ley del talión.

(71) Lc., 6, 37.

(72) J. Ev., 8, 7.

lugares distintos penas distintas. En una sociedad con fuerte control individual las penas podrán parecer desproporcionadamente leves y en otra sociedad, de caracteres contrarios, desmesuradamente graves. La dureza de la pena ha de estar en proporción con la mayor o menor violencia de las fuerzas antisociales. Lo cual no impide que, salvada esta proporcionalidad esencial, se procure una proporcionalidad entre la gravedad de la infracción y la gravedad de la pena, medidas para la rehabilitación del delincuente, etc.

No hemos de olvidar que la armonía social no es sino el resultado de una cierta disposición de las fuerzas en juego en una sociedad. Esta cierta disposición exige una fuerza «de reserva», monopolizada por los órganos de la sociedad, y que se ha de emplear con la intensidad necesaria en los casos de ruptura del equilibrio. Esta intensidad ha de ser proporcional, pues, no al hecho constitutivo de infracción, aisladamente considerado, sino a las repercusiones sociales del mismo. ¿Tendría de otro modo sensata explicación el que en nuestro Código penal el art. 239 castigue la blasfemia con arresto mayor y multa cuando los arts. 146 y 147 castigan las injurias al Jefe del Estado con pena de prisión mayor?

Los problemas que aquí planteamos, a propósito del carácter retributivo de la pena, exigen un tratamiento más amplio, que no cabe en estas líneas, por lo que nos hemos visto obligados a indicar somera y esquemáticamente nuestra opinión.

* * *

Con respecto al problema de la distinción de justicia y seguridad, tal como lo establece el profesor Recaséns Siches, hemos de limitarnos a reiterar la idea ya expresada al estudiar los orígenes de nuestra idea de la justicia, de que entendemos la seguridad, no como algo independiente de la justicia, sino como una de sus formas de manifestación: la expresión mínima de la justicia.

EL ANÁLISIS DE LOS FENÓMENOS JURÍDICOS

No queremos cerrar esta «nota bibliográfica» sobre los *Estudios jurídico-sociales* en homenaje al profesor Legaz sin llamar la atención del lector sobre un trabajo de gran interés debido a la pluma de un joven docente de la Universidad de Santiago. Nos referimos al

trabajo del señor Otero Díaz titulado *Contribución al estudio de las relaciones entre Economía y Derecho*. El autor, fuertemente influenciado por el pensamiento del profesor Lois Estévez, analiza primero los rasgos característicos de los fenómenos sociales, en general, distinguiendo luego los peculiares de los fenómenos políticos, jurídicos y económicos, para terminar con una comparación entre los dos últimos.

Lo más interesante de este trabajo es su intento, simplemente esbozado, de hacer un análisis estructural de los fenómenos jurídicos, susceptible de expresión simbólica y de cálculo. El intento está en la línea de las últimas corrientes del pensamiento jurídico. El desarrollo que hace es, sin embargo, insuficiente, por lo que se queda en una simple transcripción matemática que no permite, de momento, eficaces operaciones.

Primeramente llega a la fórmula de la libertad jurídica, que expresa mediante la siguiente ecuación:

$$L = P - L(Sx)n$$

En donde L representa la libertad jurídica, P, los poderes físicos de una persona, Sx cualquier sujeto de la comunidad jurídica y n el número de miembros de la misma.

A continuación —y esto es lo más interesante— expresa la suma potencial de poderes de una persona mediante una matriz, lo que le permite expresar la interferencia de dos personas mediante una suma de dos matrices. Desgraciadamente, no continúa este análisis, lo que no nos permite más que vislumbrar la fecundidad del procedimiento.

Un análisis estructural de los fenómenos jurídicos es perfectamente factible desde la teoría matemática de los conjuntos. En efecto, una sociedad, en un momento dado, está integrada por un conjunto de individuos cada uno de los cuales puede ser considerado como un conjunto de posibilidades de acción. La intersección de posibilidades de distintos individuos que supone la convivencia anula unas posibilidades y refuerza otras. Todas las formas de la convivencia pueden hallar, de este modo, expresión matemática. El cálculo de estas distintas formas exige, sin embargo, la consideración de distintas situaciones. La situación de partida tendrá que ser la hipotética y presocial situación de aislamiento, de la que formará parte, como una po-

sibilidad más, la de compañía. La principal dificultad de esta tarea estriba en hallar las posibilidades elementales tipo y en su adecuada simbolización, que permita, en las fases más adelantadas y complejas del cálculo, una correcta interpretación de los resultados obtenidos.

La investigación por este camino no ha hecho más que empezar. El campo que a ella se ofrece nos parece amplio y fecundo. Si se consiguen francos progresos por esta vía, la ciencia jurídica podrá librarse de las disquisiciones vagas y entrar por el camino de la precisión. Las largas disputas tradicionales entre los juristas no han sido sino la consecuencia de ese moverse a tientas entre conceptos de contornos imprecisos.

* * *

Y terminamos aquí esta «nota bibliográfica», un poco larga ya, y que, sin embargo, apenas alcanza a dar cuenta de unos pocos trabajos de los muchos que integran este magno *Homenaje*. No nos queda sino el lamentar no haber podido dedicar atención a otros importantes trabajos. El profesor Legaz puede sentirse legítimamente orgulloso de que el prestigio de su personalidad en el campo de las ciencias sociales haya dado lugar a esta magnífica colección de *Estudios*.

ALFONSO BARRADA