

LA IDEA DE JUSTICIA EN WERNER GOLDSCHMIDT

JOSÉ ANTONIO DACAL ALONSO*

Político es quien reparte; Estadista es quien reparte con Justicia; Jurista es quien a sabiendas reparte con justicia; Por ello, las comunidades no funcionan mientras que los reyes no sean juristas o los juristas reyes.

W. GOLDSCHMIDT

Resumen

El trabajo pretende explicar la concepción que sobre la justicia sostiene el jurista Goldschmidt, que se fundamenta en el reparto de todos los objetos dignos de ser repartidos y quiénes y con qué razones pueden realizar los repartos. El fondo de la justicia es un tema con implicaciones filosóficas (ontológicas, epistemológicas y axiológicas) e histórico-sociales y jurídicas, que buscan ser expuestas al lector.

I. Introducción

El tema de la justicia es de permanente actualidad y vital para el mundo humano y por tanto, para la mejor convivencia. La justicia es una palabra que se utiliza diariamente como muchas otras, así libertad, democracia, amor, etcétera, valores rectores que no resulta fácil definir o comprender. En el fondo son problemas filosóficos de enorme complejidad.

Busco presentar al paciente lector el pensamiento de un jurista de origen alemán y residente muchos años en Argentina, donde elaboró buena parte de sus textos. La obra de este jurista, considero, puede contribuir a entender mejor el problema de la justicia iluminando el quehacer cotidiano de quienes de una u otra forma se consagran al foro.

* Director de Humanidades en la Universidad La Salle.

El autor se inspira en un realismo crítico que no desdeña las aportaciones de diversas corrientes de pensamiento que integra en la teoría del tridimensionalismo jurídico. Esta concepción pretende metodológicamente distinguir, pero al mismo tiempo unir de forma integrativa los elementos fundamentales en la elaboración y surgimiento del Derecho. Por un lado los hechos, acciones o acontecimientos de la vida humana, luego la norma que los regula y por último el valor que rige y orienta a los dos primeros.

Werner Goldschmidt nació en 1910 en Hamburgo, Alemania y obtuvo su título de Doctor en Derecho en 1931, en la Universidad de Hamburgo. Se licenció en Derecho por la Universidad de Madrid en 1945 y por la de Buenos Aires, Argentina, en 1973.

Es profesor Emérito de las Universidades de Buenos Aires, Universidad Nacional de La Plata, Universidad Católica Argentina y otras.

Profesor titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Buenos Aires, hasta 1986.

Profesor titular de Derecho Internacional Privado, Derecho Internacional y Filosofía del Derecho en varias universidades de Argentina durante muchos años.

Entre sus obras destacan: *Suma de Derecho Internacional Privado*, *Introducción Filosófica al Derecho*, *Teoría Trialista* y *La Ciencia de la Justicia*.

En información recabada por correo electrónico a principios de octubre de 2003 el autor se encuentra retirado en Hamburgo.

Los temas que se abordan en este estudio son:

La estructura formal en el ejercicio de la justicia; la axiología de la justicia, qué es la justicia y los obstáculos para alcanzarla, el orden de las conductas repartidoras, la axiosofía de la justicia; los principios generales de la justicia, criterios del reparto de justicia, la responsabilidad de los repartidores, los objetos repartibles y las formas del reparto.

Una temática amplia, original e interesante para un mejor conocimiento del permanente problema de la justicia y llegar a conclusiones al final de este trabajo.

II. Estructura formal en el ejercicio de la justicia

El autor estudia en el capítulo primero de su obra los problemas metodológicos de la doctrina de la justicia. El tema central es que falta una

captación unitaria o total de la justicia. Diversas definiciones sobre la justicia elaboradas por los juristas, parten de la ética, por cuanto la justicia tiene relación con la ética y ésta a su vez con los valores.

Para los filósofos antiguos la justicia era una virtud y para los medievales, además de ser una virtud se *vinculaba a la ley natural* que expresaba los criterios de atribución de la justicia frente a la estructura formal de la misma. En consecuencia se trataba del hábito o virtud de dar algo a los demás sin confundirlo con la caridad.

Aristóteles y Tomás de Aquino analizaron con profundidad el tema y el último distingue tres tipos de justicia: “la conmutativa, que regula relaciones contractuales, la distributiva que ejerce el Estado en cuanto distribuye juntamente cargas y ventajas y la legal que se refiere a los individuos como ciudadanos que, según el principio de la igualdad, deben contribuir a las cargas generales y cumplir lo prescrito por la ley”.¹

Se mantienen esas divisiones de la justicia en el mundo de hoy, si bien, se pueden agregar otras como la social, laboral, fiscal, penal, etcétera, con base en las anteriores.

Para el autor la doctrina de la justicia puede denominarse *dikelogía* (Dike o Themis) diosa griega de la justicia y protectora del Derecho vinculada a la sabiduría y a la moral.

La definición de Goldschmidt sobre la justicia tiene relación con un reparto y escribe:

La justicia se realiza por el reparto de todos los objetos dignos del mismo entre todos y cada uno de los hombres, por repartidores autorizados según criterios determinados y con arreglo a ciertas formas.²

La justicia esencialmente tiene relación con un reparto, es decir, atribuir algo a los distintos seres incluyendo a los humanos. ¿Qué es lo repartible? Posteriormente se explicará.

La *dikelogía* pertenece, en opinión del autor germano, a la ética y la axiología y es necesario incluir la *dikelogía* en la moral (*mores*= costumbres), la cual se ocupa de los valores que recaen en especial, sobre las conductas interhumanas, como por ejemplo, las que tutelan la justicia y el derecho. Igualmente la *dikelogía* pertenece a la filosofía del derecho en sentido amplio.

En cuanto a la metodología, el autor basa su análisis en la teoría de los valores que tiene por objeto la estructura formal del reino de los va-

¹ Werner Goldschmidt, *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*, 2a. ed., Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1986, p. 6.

² *Ob. cit.*, p. 9.

lores, límites, relaciones de cada uno y leyes formales que gobiernan a cada valor. Además de la teoría de los valores en general, se apoya en una parte especial o *axiosofía* que es la estructura o capacidad de apreciar o valorar algo y en el caso la realización de la justicia.

La ontología (ciencia del ser) enseña que nos encontramos con dos esferas ónticas; la del ser real y la del ser ideal:

A la esfera del ser real se atribuye todo ser físico y psíquico, forman parte de la esfera del ser ideal, entre otros todos los entes de la lógica y la matemática.³

La ontología se ocupa de la descripción formal y abstracta, del constitutivo más profundo de todo ser, en cambio la óntica se refiere a entes —penetrados de ser— más específicos y Goldschmidt, siguiendo a los filósofos alemanes Max Scheler y Nicolai Hartmann distingue entre ser real y ser ideal, en este último orden el reino de los valores.

Werner Goldschmidt siguiendo el planteamiento de Nicolai Hartmann distingue, desde el ángulo gnoseológico, entre una idealidad libre y una idealidad adyacente:

Forman parte de la idealidad libre todos los entes lógicos y matemáticos. La idealidad adyacente sólo existe como adscrita a un ser real.⁴

Esto quiere decir, que ambas formas son idealidad ontológicamente hablando y con la misma autenticidad, aunque los entes de la idealidad adyacente tienen una atadura a seres de la esfera real. Es más una distinción *gnoseológica* que óntica o de su entidad:

Los valores pertenecen a la esfera del ser ideal. La axiología se ocupa de idealidad libre, mientras que la axiosofía enfoca idealidad adyacente.⁵

La idealidad libre se encuentra en los conceptos lógicos y matemáticos, en cambio, la idealidad adyacente va inscrita a un ser real, tal es el caso de la realización de los valores y en esta postura de la justicia como valor.

En el campo de la justicia tenemos los casos reales y los irreales o pensados que pueden iluminar a los primeros y que llamamos “casuística”, un medio para profundizar en el sentido de la justicia como la *tópica*, es el vehículo que nos ayuda a orientarnos en la jurisprudencia, que junto con las conductas de decencia o costumbres, constituyen el material esti-

³ *Ob. cit.*, p. 18.

⁴ *Ob. cit.*, p. 19.

⁵ *Ob. cit.*, p. 19.

mativo de la moral (*dikelogía* y decencia), pero no la ética como teoría de las virtudes.

En el capítulo II Werner Goldschmidt va a examinar la axiología de la justicia o lo que él denomina la función pantónoma de la justicia, es decir, la pretensión de realizarla en todos los ámbitos. Esto último pertenece a la justicia Divina conforme a las reglas del Derecho natural y en todo caso en el día del Juicio Final desde la perspectiva teológica, más no en la perspectiva histórico-social.

Lo evidente en las sociedades humanas es que el logro de la justicia es fragmentario e incluso asistemático frente a la función pantónoma o de totalidad como aspiración humana. De alguna manera tropezamos con la incognoscibilidad e irrealizabilidad de la justicia en diversas ocasiones.

La justicia consiste en el reparto de todos los bienes y males entre todos y cada cual de los hombres por personas autorizadas y de acuerdo a reglas derivadas de la razón.⁶

El objeto del reparto es el conjunto de bienes y males por personas autorizadas —conforme a la ley— y reglas derivadas de la razón. La afirmación de que se reparten bienes o males puede resultar extraña y hasta molesta a la conciencia. Sin embargo, es innegable que en cualquier conflicto cada parte pretende que le sean otorgados el bien o los bienes —al menos de manera abstracta y subjetiva— y ningún mal. En el lado concreto y objetivo lo que se otorga es una mezcla de bienes y males, de derechos y obligaciones, de beneficios y sacrificios o cargas. Esto es una realidad innegable por poco que reflexionemos.

¿Cuáles son los principales obstáculos para la realización de la justicia?

El primero es la discrepancia entre el carácter infinito del mundo y el carácter finito de la justicia. De acuerdo con la antigua distinción entre ciencias de la naturaleza y ciencias de la cultura o del espíritu —la justicia y el derecho pertenecen a las últimas— las categorías intelectuales de su construcción epistemológicamente son diferentes por cuanto sus objetivos —ontológicamente— también lo son. El mundo cultural es superpuesto al mundo real o de la naturaleza.

Las categorías pantónomas, *v.gr.* causalidad, suponen una infinidad de objetos dominados todos ellos por la causalidad. En cambio, las categorías monónomas, *v.gr.* la sustancia, dominan cuantos objetos hay pero no suponen sino un solo objeto. La categoría pantónoma de la justicia exige, por ejemplo, que la distribución de bienes y males entre las personas sea

⁶ *Ob. cit.*, pp. 53-54.

justa (valor o deber ser), de modo que cualquier injusticia efectiva (mundo real) basta para que el ideal se frustré. La categoría monónoma de la belleza exige, por ejemplo, que un objeto artístico sea bello (valor o deber ser), de modo que la belleza efectiva de un objeto artístico (mundo real) no sufra la mínima merma por la fealdad efectiva de otro objeto artístico (mundo real).⁷

Las categorías de la naturaleza son unidimensionales, las de la cultura son bidimensionales. Esto significa que los conceptos para construir, epistémicamente, el mundo, se basan en una sola dimensión, lo que marca la propia realidad objetiva del fenómeno que se estudia: materia, luz, etcétera, y a ellos se tiene que ajustar el estudio por un método de *fraccionamiento*, es decir, no puede pretender una explicación de la totalidad de las causas de un todo.

El mundo cultural por estar superpuesto al natural sus categorías de construcción son bidimensionales, esto es, abarca ambos aspectos y esto dificulta los avances.

En relación a ese primer obstáculo para la realización de la justicia conforme a lo dicho se presentan las injusticias *ex nunc*, es decir, a partir de “ahora o de este momento”, como resultado de acontecimientos y valoraciones sobrevivientes ante casos de cosa juzgada y los repartidores se ven impulsados a actuar de forma espontánea o a petición de parte. Así, la patria potestad, la autoridad del tutor, curador, la autoridad marital o las facultades de un funcionario apolítico no pueden ser suprimidas sino bajo supuestos determinados por la ley, máxime si tienen el carácter de cosa juzgada y este es un primer obstáculo para la realización de la justicia, considera Goldschmidt.

Íntimamente vinculado con lo anterior se encuentra la injusticia *ex tunc* (en aquel momento). Aquí nos enteramos, con posterioridad a la conclusión de un reparto, de un suceso anterior que nos lo hace aparecer como injusto desde el principio, o bien una tabla de valores nueva que hace injusto el reparto previo. Ejemplo, la revocación de una donación en el caso de resultar vivo el hijo del donante que éste reputaba muerto o la rescisión de un contrato por la existencia de una sentencia firme que ignoraba una de las partes.

Ejemplos del cambio de una tabla de valores es que los regímenes legítimos de países ocupados durante la Segunda Guerra Mundial por gobiernos títeres de Alemania y Japón declararon nulos los actos realizados por esos gobiernos títeres. En todos estos casos los bienes de algunos se convirtieron en males de otras personas y obstáculos para la

⁷ *Ob. cit.*, pp. 55-56.

justicia. Los ejemplos abundan a lo largo del tiempo, las personas y los pueblos.

El segundo obstáculo para la realización de la justicia son las influencias desde fuera.

El autor va a examinar un segundo elemento de oposición a la realización de la justicia. Entre éstos, distingue dos modalidades: injusticia con respecto a la aplicación de la ley e injusticia con respecto a la legislación. En el primer caso no se observa la ley por costumbres que la derogan: “Una vez desobedecida una norma, la obediencia a ella resulta injusta en cuanto existe la anterior injusticia” y con respecto a la segunda modalidad escribe:

En otros casos protesta un grupo de personas contra la injusticia que consiste en que el Estado haga justicia a otro grupo sin haberla hecho también al peticionario.⁸

En efecto, muchos movimientos de protesta se fundamentan en la injusticia que experimentan sus miembros con respecto a la aplicación de la ley en situaciones concretas de cosa juzgada, o bien, en la legislación que genera privilegios para unos grupos al eludirla y a otras personas se les aplica con todo rigor. Ejemplos abundan en la aplicación de normas fiscales, administrativas, laborales, penales, etcétera, en todas las sociedades.

El tercer obstáculo para la realización de la justicia deriva en lo que llama el autor expansión hacia fuera. Goldschmidt escribe:

Cualquier acto justificable se extiende en sentido personal y real. Sin embargo, el legislador o el juez fraccionan esta entidad extendida y enjuician sólo un fragmento de ella.⁹

También aquí se dan las modalidades como fraccionamiento del Derecho material y como fraccionamiento del Derecho procesal. En el primer caso se establecen los delitos y castigos colectivos y aparecen las represalias, venganzas, los atentados políticos o captura de rehenes y este fraccionamiento del Derecho material o sustantivo se produce dentro de la esfera personal de los afectados. La obra de Lope de Vega, *Fuenteovejuna* es un ejemplo. Así a la pregunta del Justicia Mayor: ¿quién mató al Comendador? La respuesta invariable es Fuenteovejuna.

En el Derecho procesal el fraccionamiento de la justicia puede ser muy amplio, tanto por la acumulación de acciones, como de excepciones e incluso de autos o expedientes. Sin embargo, ese fraccionarse no pue-

⁸ *Ob. cit.*, p. 66.

⁹ *Ob. cit.*, pp. 66-67.

de extenderse indefinidamente, al menos en el planteamiento de la ley. En todo caso lo podrá ser por los participantes en los procesos, aunque esto no sea la intención del legislador.

El cuarto y último obstáculo para la realización de la justicia es lo que el autor denomina una construcción hacia dentro en la cual la función pan-tónoma de la justicia (totalidad) consiste en: "la necesidad de indagar las condiciones infinitas de cada uno de los actos, examen que precisamente por esta infinidad resulta irrealizable. El método del fraccionamiento interviene, como siempre, con actos que, por ser oportunos, no dejan de ser arbitrarios. Estos cortes pueden llevarse a cabo dentro de continuos numéricos, personales, vitales o reales".¹⁰

Lo anterior significa que por la ley y para la aplicación de la misma no es posible para el legislador o el juzgador conocer al detalle múltiples aspectos de la realidad tanto natural como humana, por lo cual se ven obligados a establecer cortes o separaciones en la continuidad de causas y efectos de los fenómenos que caen en la esfera de la justicia. Al respecto Goldschmidt dice:

La justicia de cualquiera de nuestras resoluciones se vicia por el desenvolvimiento incesante del mundo, por el contagio de cualquier entuerto en el rincón más apartado de la tierra, por el *progressus ad infinitum* y, por último por el *regressus ad infinitum*. Todo acto de justicia humana contiene necesariamente estos cuatro granitos de injusticia.¹¹

Esto significa que los actos individualizados por el proceso de la justicia sufren menoscabos o alteraciones por el desarrollo del mundo, los progresos y retrocesos e incluso por las permanentes situaciones de injusticia en cualquier rincón del mundo.

La justicia humana no puede ser integral, ni infalible, ni inmediata, sólo la justicia divina y no obstante las limitaciones y fraccionamientos de la justicia, ésta busca la seguridad para las personas. Dentro de ese fraccionar la justicia con las limitaciones, fallas y errores, se pueden alcanzar razonables grados de seguridad:

Los partidarios del desfraccionamiento claman: *Fiat justitia, pereat lex*. Los defensores del fraccionamiento vociferan: *Pereat justitia, fiat lex*. No corremos ya peligro de creer que se trata de una oposición absoluta, toda vez que nos consta que toda justicia es siempre fraccionada y que lo único que se discute es el grado de fraccionamiento.¹²

¹⁰ *Ob. cit.*, p. 73.

¹¹ *Ob. cit.*, p. 84.

¹² *Ob. cit.*, p. 88.

Unos alegan: hágase la justicia, aunque perezca o se viole la ley. Otros afirman: perezca la justicia y aplíquese la ley. La realidad es que ambas posturas por extremas no dejan de ser abstractas, ya que todo acto de justicia es fraccionado, en el sentido de que finalmente es relativo, limitado, finito, como resultado de la actividad humana. No se vive en la justicia absoluta ni tampoco en la injusticia absoluta, al menos eso pensamos algunos.

Es importante señalar que entre la justicia y la ética existe una relación estrecha e incluso con las virtudes intelectuales. Goldschmidt distingue entre justicia en sentido objetivo y justicia en sentido subjetivo:

La justicia, en sentido objetivo, es, como sabemos, el reparto de todos los bienes y todos los males repartibles entre todas y cada una de las personas por repartidores, según los criterios de la ley natural y de la ley humana, y de modo más amplio, la distribución de objetos repartibles entre hombres y entes personales en virtud de determinados criterios. La justicia, en sentido subjetivo, es un principio de operación (*un habitus*) bueno y, como tal, una virtud.¹³

La justicia en sentido objetivo es el reparto de todos los bienes y males repartibles entre todas y cada una de las personas, no en el sentido de que a cada uno le toquen todos los bienes o todos los males, sino algunos de esa masa. Se trata de bienes o males repartibles por su naturaleza dado que otros ni compete su reparto a los hombres. Esto, para el autor, se realiza con base en la ley natural y la ley humana, por lo que la última en la visión del *iusfilósofo* alemán no puede o debe contrariar los principios de la ley y la moral de la recta razón inscrita en el ser humano.

En sentido subjetivo la justicia es una de las cuatro virtudes cardinales (justicia, prudencia, templanza y fortaleza). Por eso la justicia como virtud está vinculada con el respeto y la imparcialidad hacia las personas e implica la tolerancia al modo de ver de otros y su cultura, lo que no quiere decir impunidad y quebrantamiento del orden jurídico.

Para Werner Goldschmidt la justicia no solamente es una virtud moral, conlleva una dimensión de las virtudes intelectuales como son: la inteligencia, la ciencia y la sabiduría, desde ese respecto existe un proceso especulativo-teórico y sin duda un proceso práctico-activo o hábito para alcanzarla:

En cuanto la virtud de la justicia, en su campo específico, nos enseñará los primeros principios del reparto justo (intelecto), los desarrollos en un cuerpo de doctrinas detalladas (ciencia) y nos conduce en fin de cuentas, a la Justicia Suprema (sabiduría).¹⁴

¹³ *Ob. cit.*, pp. 90-91.

¹⁴ *Ob. cit.*, pp. 98-99.

Existe una estrecha vinculación entre el intelecto y la voluntad, de nada sirve conocer los principios y deslindar los problemas, si no hay la voluntad de alcanzar la justicia, aunque sea fraccionada e imperfecta por nuestra condición de seres finitos.

La justicia y el Derecho tienen relaciones como se reconoce por el profano y el experto. Sin embargo, existen normas de Derecho positivo contrarias a la justicia e incluso violatorias de valores de la máxima plenitud para una vida más plena y digna de las personas en sociedad.

Similar relación se establece entre justicia e igualdad. Sin embargo, se habla de igualdad justa e igualdad injusta. Esto significa que no se logra la perfecta ecuación igualdad-justicia:

La igualdad injusta descuida desigualdades indudablemente existentes e importantes desde el ángulo visual de la justicia, por resultar su consideración demasiado complicada.¹⁵

Esta desigualdad en la realización de la justicia resulta de aplicar el método del fraccionamiento y de la imposibilidad de una justicia pantónoma o total en el ámbito humano.

Con estas consideraciones se cierra lo correspondiente a la estructura formal del ejercicio de la justicia.

III. Orden de conductas repartidoras

En el anterior apartado la reflexión sobre la justicia se dirigió hacia el aspecto formal, o la manera general en que se manifiesta y los obstáculos para su logro. En este apartado se buscará encontrar el lado material o sustantivo sin desdeñar el formal en que se expresa. Esto supone un orden de conductas, es decir, el conjunto de criterios en grados de prioridad o colocación para su realización en el derecho y el conjunto de las normas que lo configuran.

Para Goldschmidt:

Se entiende por justicia el conjunto de aquellos criterios que se refieren a la aptitud de los hombres como repartidores y beneficiarios, a los objetos como repartibles y a la forma del reparto como adecuada.¹⁶

La realización de la justicia supone criterios para repartir y ser objeto de un reparto, así como analizar que es repartible y la forma adecuada de alcanzarlo.

¹⁵ *Ob. cit.*, p. 105.

¹⁶ *Ob. cit.*, p. 107.

Se dan cuatro elementos en el proceso de la justicia: 1° Los criterios para hacer justicia; 2° Repartidores y beneficiarios; 3° Los objetos repartibles y 4° A la forma del reparto como adecuada. Esto es objeto de la axiología como luego analizaremos. La axiología de la justicia se ocupa de la parte formal.

La justicia que se manifiesta en la vida social no es una conducta aislada, es por el contrario, un orden de conductas que encarna el Estado. Para Goldschmidt orden de conductas y Estado, en sentido filosófico, son idénticos y esto dentro de un proceso social:

Si un orden de conductas no existe, nos encontramos con la anarquía; lo que es lo mismo, con arbitrariedad en sentido subjetivo y objetivo.¹⁷

La justicia sólo tiene sentido dentro de la sociedad y para su realización es necesario un orden de conductas que encarna y realiza el Estado.

Las conductas que ordenan o reparten se basan en una autoridad o en la autonomía. En el primer momento se atiende al esquema mandamiento-obediencia, sea como orden o prohibición para casos concretos o géneros de asuntos.

En el reparto autoritario esto se puede hacer por razones técnicas o de conocimientos. Por ejemplo, los ingenieros civiles o militares son los encargados de construir un puente, no por un acto de consenso de profanos, aunque los profanos pueden dar su opinión sobre beneficios o perjuicios al respecto. Este tipo de reparto puede emplear el poder (vis compulsiva) aunque no siempre llegue a la amenaza con la fuerza o la misma fuerza (vis absoluta). Así existen muchos repartos de bienes e incluso males que los determina una autoridad en sentido lato.

En el segundo momento tenemos el reparto autónomo y puede efectuarse por el acuerdo de los que participan en él y en una forma de cooperación.

En la vida se entremezclan ambas formas, si después de ponerse de acuerdo libremente las personas no respetan lo convenido puede apelarse a la fuerza:

El reparto autónomo respeta, en efecto, las esferas de libertad de las personas en él interesadas, mientras que el reparto autoritario siempre lesiona la esfera de la libertad de aquellos beneficiarios a los que adjudica impotencia, por ello, el reparto autoritario empieza siempre con una injusticia.¹⁸

¹⁷ *Ob. cit.*, p. 108.

¹⁸ *Ob. cit.*, p. 113.

Muchos de los repartos de bienes originarios —tierra, animales, metales, etcétera— empiezan así aunque después buscan legitimarse con diversas razones ideológicas, por eso son autoritarios sea de la autoridad religiosa, política, civil u otra. En el reparto autónomo se toma en cuenta la voluntad de los interesados y una vez puestos de acuerdo se deben cumplir o se emplea la fuerza. Los repartos tienen fundamentos diversos que no deben ser desconocidos por el repartidor so pena de que no se cumpla lo convenido. Son las realidades de las leyes naturales que no se pueden desconocer: leyes físicas, químicas, biológicas, etcétera, pues, de lo contrario los males son gravísimos.

También se encuentran las leyes económicas, instituciones sociales, factores políticos, leyes lógicas e incluso leyes deontológicas, que cuando se intente realizar ciertos repartos deben atenderse, de lo contrario chocarán con las leyes mencionadas y sus condicionamientos, tanto que de no ser observadas a la hora del reparto lo hagan imposible o bien muy limitado:

Las circunstancias enumeradas limitan tanto los repartos autoritarios como los repartos autónomos. Sin embargo, ellas aparecen con mayor insistencia en los primeros.¹⁹

El desconocimiento de las leyes de la naturaleza, de las lógicas, psicológicas, así como de los condicionamientos culturales a una pretendida y falsa libertad absoluta, limitan los repartos autoritarios y autónomos.

El orden de conductas en Derecho debe cumplir unos criterios que explicaremos más adelante en la axiosofía. De todas maneras la justicia es un valor al que corresponde como a todo valor, un deber ser ideal y: “en el supuesto de su falta de realización en la esfera real, en un deber ser actual, y en la hipótesis de la posibilidad de su realización por actividad, en un deber actuar”.²⁰

La justicia es un valor, por tanto un deber-ser ideal, que debe realizarse en la esfera real y por eso es a su vez un deber actuar, puesto que, pertenece a la idealidad adyacente según la terminología de Goldschmidt, es decir, se liga a un ser real, de otra manera no tiene sentido, pues quedaría la justicia encerrada en su pura enunciación ideal o conceptual.

La realización de la justicia es un proceso en desarrollo histórico-social y para Goldschmidt desde la tesis axiológica, a la manera de Max Scheler y Nicolai Hartmann:

La justicia subsiste más bien intemporalmente, como todo cuanto pertenece a la esfera del ser ideal; pero nuestro descubrimiento de la

¹⁹ *Ob. cit.*, p. 117.

²⁰ *Ob. cit.*, p. 122.

justicia se lleva a cabo de modo progresivo dentro del tiempo, no llegando nunca a la perfección plena, el crecimiento se refiere, por consiguiente, al conocimiento y no al ser de la justicia.²¹

Vamos progresando en nuestro conocimiento de la justicia en el espacio y el tiempo sin agotarla en su ser por cuanto es un valor y en ese sentido un ser ideal.

Se emplean indistintamente términos como *recto, justo, Derecho, Estado de Derecho* —aunque no lo sean estrictamente— como similares, y en cambio entuerto, injusticia, torticero, torcido, despotismo y totalitarismo para lo opuesto, incorrecto o condenable. Para Goldschmidt, el Derecho es el conjunto de conductas que reparten bienes y males constituyendo un orden. La justicia en cambio analiza no las conductas repartidoras, sino las distribuciones como tales: “El Derecho, en sentido usual, no es, por consiguiente, el objeto principal de la justicia, sino su objeto secundario”.²²

El Derecho tiene la finalidad de establecer el conjunto de conductas que reparten bienes o males, en cambio la justicia no las conductas repartidoras, sino las distribuciones. Por eso el Derecho no es el objeto primordial de la justicia, sino su objeto secundario.

El ordenamiento de las normas es un apartado de la obra de Goldschmidt, en el que previene al jurista del peligro de acercarse con tanto interés al ser de las normas que olvide el orden de conductas (Derecho) y el sentido de las distribuciones (justicia) por un aspecto exclusivamente técnico o positivo y escribe:

Rechazamos, por ende, el positivismo en cuanto concibe el Derecho como un conjunto de leyes, al contrario, lo aprobamos en cuanto independiza el orden de conductas y el ordenamiento de normas que lo describe, de la realización de la justicia.²³

El autor se opone a un positivismo que identifica el Derecho como un conjunto de leyes. Admite que el positivismo es correcto para señalar la independencia del orden de conductas y su ordenamiento o prioridad. No obstante, es necesario que la justicia como valor ideal y criterio de enjuiciamiento de las distribuciones de bienes o males es el criterio central y rector del Derecho que finalmente tiene que anclar en los principios de la recta razón ética y axiológica.

El autor en el fondo se opone a un positivismo ontológico que ve al Derecho como la suma de las leyes, o al positivismo ético, en el sentido de

²¹ *Ob. cit.*, p. 123.

²² *Ob. cit.*, p. 128.

²³ *Ob. cit.*, p. 138.

que cualquier mandamiento del poderoso vincula. Por el contrario acepta un positivismo metodológico en el sentido de que el orden de conductas se constituye con independencia de la realización de la justicia, aunque ésta es el valor supremo en la realización de reparto de bienes y males de potencias e impotencias.

Finalmente para el jurista germano-argentino en referencia al *trialismo* jurídico señala que los hechos son objeto de la sociología, como las normas a la jurisprudencia dogmática y los valores a la filosofía jurídica:

El orden de conductas es real; más su realidad es ineludiblemente material estimativo para los valores de la pacificación, del poder, de la cooperación y de la solidaridad y con frecuencia también de la justicia. En el orden de conductas están ínsitos entes ideales adyacentes y libres y entes irreales, en analogía a como las leyes matemáticas se encarnan en la naturaleza.²⁴

Las conductas son reales y objeto de una estima o juicio de valoración en relación a otros valores: pacificación, poder, cooperación, etcétera. En esos órdenes de conducta, entendidos como acciones a ejecutar están inscritos entes o seres ideales adyacentes y libres que como señala Goldschmidt se vinculan a los seres reales tanto de la naturaleza como en los seres humanos. Ejemplo: los valores de las matemáticas repercuten en el Derecho fiscal, financiero, mercantil, etcétera. Por esto:

El concepto fundamental de la ciencia del Derecho no es el concepto del Derecho, sino el del reparto (como acto y resultado) y el más amplio de distribución.²⁵

En el Derecho para el autor el reparto —objeto de la justicia— es nuclear y especialmente las concretas distribuciones.

IV. Axiosofía de la justicia y los repartos

En el capítulo III, Werner Goldschmidt, que intitula *axiosofía* de la justicia examina aspectos más concretos de la justicia. Las dos raíces griegas *axio* y *sofía*, aluden respectivamente a la estima y aprecio la primera y la sabiduría a la segunda. Todo juicio se sustenta en valores. Todo acto de justicia se apoya en valores, o bienes en el orden del obrar humano, sea por la acción de diversas personas físicas, morales o instancias para lograr la justicia, por eso es la justicia en alguna medida un *bien* derivado o un *valor*.

²⁴ *Ob. cit.*, p. 178.

²⁵ *Ob. cit.*, p. 178.

La palabra *sofía* habitualmente traducida como *sabiduría* es resultado del ejercicio de la inteligencia que descubre las raíces y fundamentos de la realidad, en este caso de la justicia. Lograr la justicia es un proceso complejo y un saber sapiencial, por cuanto se saborea penetrar en la profundidad de la realidad mediante la inteligencia y el juicio de la razón en una decisión pertinente, ante conflictos de intereses opuestos, con el apoyo de la ciencia jurídica.

Existe una estrecha vinculación entre el valor de la justicia y nuestro conocimiento del contenido del deber ser puro:

A este deber ser puro corresponde un deber actuar, si la materia sobre la que la justicia recae —las distribuciones de bienes y males entre hombres y seres parapersonales— todavía no ha sido realizada y si, por otro lado, nos es posible efectuarlas.²⁶

Al deber ser puro le corresponde el deber de actuar de lo contrario será imposible efectuar actos de justicia, ya que ésta es siempre un proceso concreto, en un marco histórico-social. Sin embargo, Goldschmidt, distingue entre el deber de actuar con justicia y los ideales de la justicia todavía no alcanzados, un ejemplo es la equiparación de los sexos y en aquellos lugares que no se ha alcanzado debe verificarse lo más rápidamente. También distingue entre un Estado de Derecho y un estado de justicia, cuyos términos se intercambian. El primer logro en buena medida es de justicia y el segundo es el lado ideal de inspirador para mejorar la realización de la justicia en las sociedades y escribe:

La justicia es el conjunto de los criterios que determinan el reparto y que, por consiguiente, se refieren al contenido del reparto (el reparto a secas), los sujetos activos y pasivos del reparto (repartidores y beneficiarios), a los objetos repartibles y a la forma del reparto.²⁷

La justicia es el conjunto de criterios que determinan el reparto, sus contenidos, los objetos repartibles y las formas de reparto. La justicia del reparto está en el reparto de objetos dignos a ser repartidos y entre los beneficiarios, conforme a determinados criterios. Los repartidores son elementos extrínsecos al reparto mismo en un sentido lato:

En efecto, existen distribuciones de bienes y males en los que no figuran hombres como repartidores, y los cuales, no obstante, son enjuiciados por nosotros desde el punto de vista de la justicia.²⁸

No todos los bienes y males que existen en el mundo y la sociedad son resultado de la voluntad del hombre.

²⁶ *Ob. cit.*, p. 181.

²⁷ *Ob. cit.*, p. 182.

²⁸ *Ob. cit.*, p. 183.

Goldschmidt señala tres casos: Primero cuando la naturaleza distribuye potencia o impotencia. Así los hombres nacen con diversos talentos o limitaciones. Segundo las distribuciones que otorgan las máquinas en los juegos de azar y otras ocasiones y por último cuando la distribución incumbe al sino —entendido como hecho que no controla el individuo, pero lo afecta— ejemplo los ingresos diarios de algunos sin que haga falta analizar el origen justo o injusto de esa renta:

El principio supremo de la justicia, que requiere la protección de cada hombre para que tenga la posibilidad de desplegar su personalidad, reclama la compensación de la impotencia, injustamente atribuida por la naturaleza o el destino.²⁹

Aquí se destaca el hecho evidente que en los repartos de males sean por obra de la naturaleza, el azar y el destino, el principio de justicia exige establecer alguna compensación.

El mismo autor nos dice que sería erróneo querer reducir las distribuciones a repartos, por cuanto los repartos a su vez se corrigen mutuamente, pues tanto las distribuciones como los repartos son independientes. Las distribuciones están sometidas a reglas análogas a los repartos y pueden dar potencia o importancia entre hombres y entes parapersonales:

La naturaleza y el destino distribuyen autoritariamente, mientras que los aparatos distribuyen autónomamente de acuerdo con el usuario.³⁰

La naturaleza y el destino distribuyen autoritariamente sin tomar en cuenta nuestra voluntad. Por ejemplo los terremotos y donde nacimos y morimos.

Los repartos tienen que ver con esa actividad y sus resultados y las distribuciones se refieren a los procesos que conducen a la adjudicación de potencia e impotencia. Por eso la distribución no se relaciona con la virtud de la justicia, en todo caso en procesos conforme al Derecho vigente. En ocasiones en juegos de azar conforme a reglas de azar que no controla el usuario.

Goldschmidt, señala que la tesis tradicional de que el Derecho es el objeto de la justicia, si bien es acertada, omite destacar que el Derecho en el sentido indicado no es el objeto principal de la justicia, puesto que su “objeto principal es la distribución de los bienes y de los males, y el Derecho es sólo su objeto en cuanto, además de otros acontecimientos, conduce a tales distribuciones”.³¹

²⁹ *Ob. cit.*, p. 184.

³⁰ *Ob. cit.*, p. 185.

³¹ *Ob. cit.*, p. 186.

Significa que la justicia atiende a la distribución de bienes y males para corregir o subsanar las desigualdades en ambos, el Derecho es objeto de la justicia para establecer las reglas que conducen a tales distribuciones o regular otros acontecimientos, por ejemplo, establecer medidas preventivas o regular el estado civil de las personas.

La justicia se refiere al orden de conductas y la justicia es el sentido (logrado o fallido) del orden de conductas. Ciertamente que el hombre enjuicia la justicia de la distribución: “la diferencia entre el reparto y los demás modos distributivos consiste en que en el primero se suelen indicar razones por los repartidores, mientras que el sino, el azar y la naturaleza son silenciosos”.³²

El reparto entre los hombres es de alguna manera hablado, convenido y consensado, en cambio los que otorgan la naturaleza, el sino y el azar son enigmáticos y silenciosos.

Humanismo y tolerancia se unen por cuanto: “A la unidad del género humano corresponde la verdad única, la unicidad de cada hombre requiere que aprehenda la verdad mediante su personal convencimiento”.³³

En todo proceso de justicia se necesita tener presente la condición de seres humanos que participamos de ese proceso y al mismo tiempo aprehender por propia experiencia y ser tolerantes.

Goldschmidt establece que en el proceso de justicia es indispensable lo siguiente:

a) Protección de un individuo contra otros individuos para evitar una *bellum omnium contra omnes*, independientemente de que esto lo basemos en las construcciones ficticias del *pactum unionis* o del *pactum subiectionis*, protegerlo en su vida e integridad, propiedades, libertad y honor, misión en buena parte del derecho constitucional, civil y penal entre otros.

b) Protección de un individuo contra el grupo al que pertenece y esto de dos formas:

Fortalecimiento del individuo contra el propio grupo (derechos fundamentales). Estos se dividen en cuatro grupos: “derechos del individuo aislado (libertad de conciencia, libertad personal, propiedad privada, inviolabilidad del domicilio y del secreto de correspondencia), derechos del individuo con respecto a otros individuos (libre expresión de opiniones, libertad de palabra, libertad de prensa, libertad de culto, libertad de reunión, libertad de asociación), derechos del individuo en el Estado como

³² *Ob. cit.*, p. 187.

³³ *Ob. cit.*, p. 199.

ciudadano (igualdad ante la ley, derecho de petición, derecho activo y pasivo de elección, igualdad de acceso a los cargos públicos), derecho del individuo a prestaciones del Estado (derecho al trabajo, derecho a la seguridad social, derecho a la educación y enseñanza). Los primeros dos grupos constituyen las garantías liberal-individualistas de la esfera individual de libertad, de la libre competición y discusión. El tercer grupo contiene los derechos democráticos-políticos del ciudadano. El cuarto grupo, en fin, trata de los derechos sociales”.³⁴

Para fincar las bases de una justicia razonable o al menos aceptable es fundamental el respeto a los derechos arriba señalados, así como de las obligaciones que conlleva, a fin de moderar o corregir en lo posible los repartos autoritarios del tipo que sean y otras desigualdades entre los seres humanos.

W. Goldschmidt al entrar en el estudio del reparto, señala como principio supremo de la justicia que el individuo pueda desarrollar su personalidad, siempre y cuando no lesione los derechos de los demás, un orden legal o la ley moral y escribe:

La función tutelar de la justicia asegura al individuo una zona de libertad, que en el orden de conductas significa un poder y en el ordenamiento normativo un permiso.³⁵

El fin de la justicia es que el individuo pueda desarrollar su personalidad, sin lesionar derechos de otros, el orden legal y moral.

Ese principio de la justicia arraiga por un lado en el humanismo y por otro, en la tolerancia. El humanismo proclama que toda la humanidad es una gran familia y todos somos iguales, poseyendo cada hombre su unicidad:

La tolerancia significa que el único camino que cada uno está dispuesto a tomar para convencer a los demás de la verdad o de la bondad de sus opiniones va a través de la razón y la convicción de los demás.³⁶

Esa igualdad está en la razón de la que cada hombre participa y ésta es el fundamento de la idea de humanidad. La razón es el fundamento metafísico de esa igualdad, éticamente existe la obligación de buscar las “razones” y psicológicamente es una inclinación de los seres humanos a expresar sus razones para convencer a otros. De allí la necesidad de la tolerancia entre todos los seres humanos para no tratar de imponer sus “razones” por la fuerza, sino por la verdad y convicción que les acompaña.

³⁴ *Ob. cit.*, pp. 204-205.

³⁵ *Ob. cit.*, p. 189.

³⁶ *Ob. cit.*, p. 190.

El individuo puede ejercer autotutela o legítima defensa si el Estado no lo protege y bloquea su libertad, impidiendo el despliegue de su personalidad, pudiendo ejercer un derecho de resistencia al control o el poder estatal. Esta resistencia asume diversas formas: pasiva, desobediencia civil, no pagar impuestos hasta llegar al tiranicidio y la revolución:

El derecho de resistencia se deriva del deber actuar el valor justicia, si la realidad es desvaliosa y puede ser rectificada por nosotros.³⁷

Esta tesis de Goldschmidt que puede ser discutida y rechazada, encuentra su fundamento en la escuela teológica y filosófica del siglo de oro español con figuras como Francisco Suárez, Domingo Soto y otros ilustres. La razón es que ningún Estado ni otra entidad puede en nombre de la verdad privar de la vida y la libertad a otros, como está muy bien documentado a lo largo de la historia.

Por eso para limitar las pretensiones de un poder político omnímodo sea estatal, civil, religioso o de otro tipo, se ha producido dice Goldschmidt siguiendo su esquema esos medios de defensa.

Debilitamiento del grupo con respecto a los individuos, que asume tres modalidades principales:

- ↘ División de poderes y sus consecuencias, que procura un control del reparto autoritario.
- ↘ La descentralización tanto territorial como material a fin de limitar las exigencias del poder y promover diversos grados de autonomía.
- ↘ Separación del Estado de las Iglesias. Aquí los vínculos entre el Estado y las Iglesias deben ser regulados a partir de una separación. Sin embargo, existen asuntos como el matrimonio y la educación, que pueden ser de interés para ambos y generar roces o conflictos. Con respecto a los asuntos terrenales, el principio es que la Iglesia posee un poder indirecto. Ella puede rechazar el error y señalarlo y manifestar tolerancia con la persona que yerra a fin de evitar un mal mayor, o un enfrentamiento con el Estado o incluso este último puede aplicar la política de la tolerancia para enfrentar a las Iglesias evitando males mayores.

c) Separación del Estado y la sociedad.

En este caso el asunto se centra en la total, mayor o menor participación del Estado en la economía. Este no es el único ámbito, ya que también, lo pueden ser el educativo, el cultural, el científico, etcétera. El criterio que señala Goldschmidt al respecto es el siguiente:

³⁷ *Ob. cit.*, p. 206.

El Estado debe asegurar a todas las doctrinas la necesaria libertad para que sus partidarios puedan exponerlas y defenderlas a fin de que los individuos dispongan de todos los elementos de juicio para formar su convicción libremente, única manera, en realidad, para formar una convicción que merezca tal nombre.³⁸

Se busca que el Estado conforme a los instrumentos jurídicos permita que los integrantes de la sociedad ventilen diversos asuntos, sin tratar de imponerlos de forma intolerante, por el contrario lograr caminos para la verdad y una auténtica convicción.

d) Protección de una minoría contra una fuerza superior.

Lo anterior tiene que ver con actitudes democráticas o infrademocráticas y relaciones de fuerza legal o no:

La protección de la minoría debe realizarse contra la superioridad en el propio grupo (llamada protección de las minorías en sentido estricto). Pero también hay que amparar a los grupos más débiles contra grupos más poderosos.³⁹

A lo largo de la historia de la época moderna especialmente se han generado documentos protectores de las minorías inicialmente en el ámbito religioso. Baste recordar el edicto de Nantes de Enrique IV de Francia en 1598 para protección de los hugonotes de las guerras de religión en Europa.

La protección de las minorías no es tanto establecer grupos homogéneos, cuanto armonizar las legítimas diversidades de grupos más débiles. Éste es un problema complejo por el pluriculturalismo de hoy, no obstante el Derecho puede ser un instrumento regulador contra los excesos.

e) Protección a los Estados débiles en el Derecho internacional.

Algunos estudiosos hablan de “derechos fundamentales” de los Estados. Entre estos se señalan la soberanía, la conservación, la igualdad, el derecho al respeto y el derecho de comunicación.

En la carta de las Naciones Unidas se establece el principio de la igualdad de los Estados y de la autodeterminación de los pueblos. Por lo que se refiere a su identidad cultural y unidad territorial existen mayores dificultades.

El Derecho internacional público contiene principios, doctrinas, normas y experiencias diversas para contribuir en la solución de conflictos. Existen dos grandes peligros. El primero que las grandes potencias no se

³⁸ *Ob. cit.*, pp. 220-221.

³⁹ *Ob. cit.*, p. 221.

sometan a los acuerdos que no les convienen. El otro peligro deriva de la crisis del Derecho internacional por la debilidad de las Naciones Unidas y la visión unipolar de los EUA.

f) Protección del individuo contra otras fuerzas.

La idea humanista de que el individuo despliegue y desarrolle su personalidad con base en la libertad, es amenazada por desgracias diversas: accidentes, enfermedades, incapacidades y muerte. Werner Goldschmidt se refiere en particular a tres en que se reclama la intervención de la justicia. Éstas son:

✧ Contra el ir a la zaga del espíritu objetivo.

Como sabemos en la tradición filosófica alemana las expresiones externas de la actividad humana, se les denomina espíritu objetivo y en él se manifiestan los más altos logros del hombre que llamamos cultura y educación:

Es una exigencia de la justicia de que haya a disposición de cada cual bibliotecas, conciertos, funciones de teatro, museos y otras instituciones de cultura. Cada cual posee, por otro lado, un derecho sobre sus producciones científicas, literarias y artísticas, derecho que tiene un aspecto moral y otro económico.⁴⁰

Los grandes logros de la cultura propia y universal deben estar al alcance de cada persona al igual que la debida protección moral y económica de sus producciones.

✧ Contra la soledad.

El ser humano —desde su concepción en el seno materno y su nacimiento— requiere la protección, primero de sus padres y familia hasta llegar a la edad adulta para poder integrarse plenamente en la sociedad desplegando su personalidad.

✧ Contra la miseria.

La justicia implica que la persona tenga un trabajo base de su sustentación en todos los órdenes. De allí la exigencia de una justicia laboral y un régimen de seguridad social que lo proteja frente a enfermedades, accidentes, incapacidades temporales o definitivas, vejez o muerte. En este terreno la mayoría de los seres humanos sufren muchos menoscabos e injusticias. A esto no escapan —según Goldschmidt— los que cultivan las ciencias del espíritu o la cultura y dice en referencia a ellos:

⁴⁰ *Ob. cit.*, pp. 227-228.

No producen placer, no proporcionan comodidad, no procuran salud. Y, sin embargo, sus inteligencias y conocimientos dirigen la pacífica convivencia de los hombres, sin la cual no hay arte, ni técnica, ni salud.⁴¹

Esto es un alegato a favor del humanismo y una voz de alarma frente a las posturas utilitarias, pragmáticas, hedonistas y lo que es peor en el fondo despreciadoras de los altos valores culturales y de quienes los conservan, promueven y modifican. Sin éstos tarde o temprano las sociedades se derrumban.

g) Protección del individuo contra sí mismo.

Recuérdese que la justicia no tiene por misión desplegar la personalidad del individuo, sino de proteger o asegurar la libertad necesaria para alcanzar aquella.

Cabe que el individuo sea amenazado por otros como sabemos, pero es posible que él se convierta en una amenaza para el desarrollo de su personalidad. Entre estas modalidades se pueden señalar el suicidio, el sacrificio válido o no, las agresiones a sí mismo y el despilfarro del propio patrimonio: "Volviendo a nuestro punto de partida, consta que la justicia no protege al individuo contra ataques que dimanen del mismo individuo, dirigidos contra su propia libertad de desarrollo de su personalidad, a no ser que impliquen una tendencia de ataques al campo de la libertad de otros individuos".⁴²

La justicia en estos casos poco puede lograr a menos que la conducta del individuo agreda los derechos de terceros.

V. Principios generales de la justicia

Goldschmidt, una vez que señaló como principio supremo de la justicia un reparto de bienes y males o de potencias e impotencias, analiza los principios generales de justicia. Estos principios generales son formales e inviolables, aunque menos importantes que el principio supremo. Unos y otros tienen relación con el reparto de bienes y de males, de potencias e impotencias.

Entre estos principios destacan: preferencia de lo bueno, buscar el bien y evitar el mal o las conductas perversas o diabólicas.

▮ *Suum cuique*, que se traduce como: "A cada cual lo suyo". Implica tanto derechos como deberes en aspectos positivos y negativos, es

⁴¹ *Ob. cit.*, p. 230.

⁴² *Ob. cit.*, p. 240.

decir, hacer o abstenerse: “el principio exige que los criterios de justicia se realicen en el orden de conductas o exige (como puede decirse con cierta inexactitud, pero con considerable fuerza) que la justicia se transforme en derecho”.⁴³

La justicia como idea o valor debe encarnarse en la estructura del Derecho, no sólo en leyes, sino en lo que implica la ciencia jurídica. Este dar a cada quien lo que merece o se le reconoce como persona. Esto significa que la justicia como realización en el Derecho implica lados positivos o por el contrario negativos. En otras palabras, logros y fallas, como se corrobora en la vida social.

- ¶ *Pacta sunt servanda*. El principio significa: hay que cumplir lo pactado o tratado. Este principio obliga a las partes a atenerse a lo pactado en el contrato, con la condición de no alterarlo, porque si acuerdan lo último ya no opera.
- ¶ *Do ut des*: Significaba para los romanos: “doy para que me des” como fórmula contractual. Implica que ante el sacrificio se tengan recompensas. Por eso el trabajo es en alguna medida título de propiedad. En este principio dice Goldschmidt, se pueden incluir los descubrimientos, la conquista y la colonización. Incluso se justifica la adquisición de propiedad en beneficio de quienes, con peligro de su vida, integridad y libertad, defienden bienes que otros han abandonado.⁴⁴ En similar situación opera el principio: *Prior tempore, potior iure*, “Primero en tiempo, primero en derecho”. Así quien se forma o hace fila o “cola”, puede mostrar mayor espíritu de sacrificio e interés que otros, aunque esto no es necesariamente una verdad incontrovertible.

La igualdad

El concepto de igualdad se relaciona con el principio y valor de la justicia y es parte de un ideal humanista. La igualdad busca evitar la arbitrariedad. Esta igualdad asume otras dos modalidades: la *presuntiva* y la llamada *igualdad injusta*. En la igualdad presuntiva los supuestos de una acción para efectuar un reparto de bienes o males se estiman semejantes y no se considera ninguna razón para un tratamiento diverso, por consiguiente los repartos son iguales, en cambio:

Las desigualdades en la justicia, o sea, las reglamentaciones diversificadas por razón de desigualdades axiosóficamente existentes, son

⁴³ *Ob. cit.*, p. 241.

⁴⁴ *Cfr. Ob.* p. 243.

suprimidas a causa de su excesiva complejidad o de la falta de un juez imparcial, desesperado, se acude al tratamiento igualitario.⁴⁵

Muchas de las desigualdades se producen en las reglamentaciones excesivas, deficiencias del juzgador y en juicios previos de valores sobre lo injusto o justo, la igualdad o desigualdad y ante su complejidad se tiende a realizar igualamientos.

El último tipo de igualdad, la llamada igualdad injusta —muy frecuente— descarta numerosas diferencias dikelógicas según Goldschmidt, que dificultarían la realización de una justicia temporal y concreta.

Conveniencia

Este concepto en relación a la justicia se emplea en varios sentidos. Así conveniencia puede ser determinación de un fin, o fomento de la personalidad individual, o impulso de las personas colectivas y de las obras humanas. Para Goldschmidt:

Conveniencia en sentido estricto es, en cambio, la idoneidad de un medio para un fin. Conveniencia en este sentido, constituye un caso especial de razonabilidad. Si se supone un fin como válido, no es válido tomar para su logro un medio completamente inidóneo o excesivamente complicado.⁴⁶

El proceso de la justicia conlleva este principio en el sentido de que los fines a los que se dirige son válidos razonablemente y requiere lograrse de instrumentos adecuados evitando complicados procedimientos.

VI. Conexión del reparto con sus criterios

Después de analizar varios criterios de justicia, el principio supremo de la justicia y algunos principios generales, surge la pregunta: ¿Cómo hemos de figurarnos la conexión entre el reparto y el criterio del reparto?

Esta pregunta que formula Goldschmidt, nos lleva al *principio supremo* y al *principio de razón suficiente*.⁴⁷

Es indispensable para realizar la justicia referirse al reparto. El reparto posee causas psíquicas y físicas, que no interesan tanto, cuanto los

⁴⁵ *Ob. cit.*, p. 245.

⁴⁶ *Ob. cit.*, p. 247.

⁴⁷ El principio de razón suficiente fue obra del filósofo alemán G. Leibniz (1646-1716) y se refiere al fundamento de verdades contingentes o de hecho, porque su contrario es posible en el campo de la existencia. Es principio de orden y de conveniencia.

fundamentos o razones del reparto. En el fondo unir orden o fundamento en la base de la *dikelogía* o ciencia de la justicia:

El principio de la razón suficiente requiere en nuestro contexto varias cosas, sobre todo que los repartidores indiquen la razón de su reparto; luego que la razón indicada sea cognoscible, y, por último, que sea suficiente.⁴⁸

Como se trata de una verdad —en el caso de la justicia concreta— contingente al efectuar un reparto con miras a obtener la justicia es necesario que quien lo hace precise la razón de su proceso, que sea cognoscible por los interesados y suficiente, ya que no se persigue una verdad metafísica o esencial aunque indirectamente esto sea el fundamento último. Veamos más detenidamente cada uno de ellos.

Indicación del criterio de reparto

Werner Goldschmidt señala que estos criterios son especialmente los siguientes: *el pretexto, la ideología, la hipocresía, la razón aparente, la alegación posterior de razones y la conversión*. Al respecto escribe: “Pretexto es, pues, la indicación del fundamento justificativo de un reparto en contradicción a los motivos del mismo”, y más adelante: “El pretexto justifica, la razón aparente no justifica”.⁴⁹

El pretexto es el motivo o causa simulada o aparente que se alega para hacer algo o excusarse de no hacerlo con fines justificatorios, al menos en un primer sentido. Sin embargo para el tema de la justicia:

El pretexto es una razón válida, aunque no era el motivo eficaz del reparto. El repartidor es un hipócrita, pero no actúa injustamente. La razón aparente no da sino la engañosa apariencia de una razón. El repartidor actúa injustamente, pero puede haberse equivocado con la más perfecta buena fe y puede ser un hombre justo desde el punto de vista ético. La ideología tiene en común con el pretexto que no constituye el motivo eficaz del reparto, pero se distingue del pretexto en que no hace falta que el motivo principal sea consciente, de suerte que no es menester que el repartidor sea un hipócrita, por lo menos ningún hipócrita doloso, aunque sí tal vez culposo.⁵⁰

En esta larga cita Goldschmidt parte del hecho de que todo reparto en relación a los objetos de la justicia puede sustentarse por una razón aparente e incluso el repartidor actuar injustamente, pero con buena fe desde el ángulo ético y lo mismo sucede cuando el motivo del reparto es por razones ideológicas (ejemplos en la propiedad agraria, urbana, recur-

⁴⁸ *Ob. cit.*, p. 248.

⁴⁹ *Ob. cit.*, p. 250.

⁵⁰ *Ob. cit.*, p. 252.

sos naturales, hidrocarburos, etcétera) que guarda con el pretexto el no ser el motivo eficaz del reparto, aunque se distingue de aquél (el pretexto) en que no es guiado (el repartidor) por una actitud hipócrita dolosa, aunque sí tal vez culposa.

Esto que Goldschmidt especialmente señala no se olvide, está vinculado con los *criterios* del reparto muy en el ámbito psicosocial e histórico de normas, que tienen que ser examinadas a la luz de principios del Derecho natural y los valores para corregir los posibles excesos.

La ideología no siempre es válida y suele fomentar los intereses del repartidor, algo que no sucede en los casos de la razón aparente. Los pretextos, como la posterior alegación de razones y la conversión —esta última entendida como sacrificar una medida pretendida como insostenible— suelen justificar acciones de repartimiento, lo cual no sucede en el mismo grado con la razón aparente y la ideología, esta última entendida como falsa conciencia.

En otras ocasiones se alegan para los repartos razones económicas o intereses espirituales. Sin embargo:

El Estado de justicia requiere un fomento de los objetos no económicos, puesto que en caso contrario se dificultan muchas posibilidades del desarrollo personal.⁵¹

La justicia no es exclusiva para dirimir intereses económicos, existen otros de distinta naturaleza que deben tomarse en cuenta.

Cognoscibilidad del criterio del reparto

El asunto de la cognoscibilidad tiene vinculación directa con una teoría del conocimiento o una gnoseología desde la perspectiva filosófica en cuanto a qué es el conocimiento, sus fuentes, alcances y límites. En el caso del Derecho y en la búsqueda de la justicia es necesario saber o conocer de los repartos de potencias e impotencias, de bienes o males, en los diferentes ámbitos de las disciplinas jurídicas para poder enjuiciarlos y no quedar en estado de indefensión las personas físicas y morales:

A este efecto es preciso, por lo pronto, que sea cognoscible la razón de reparto que aparece en primer plano; pero es menester igualmente que lo sea la razón del fondo.⁵²

Es necesario reconocer las razones del legislador o de quien tenga el poder para intentar o realizar un reparto, también debe justificarse en el fondo objetivo de las cosas.

⁵¹ *Ob. cit.*, p. 254.

⁵² *Ob. cit.*, p. 256.

Tanto la parte cognoscitiva y sus razones como los motivos fácticos del reparto de bienes y males como de potencias e impotencias adjudicadas deben ser del conocimiento de los beneficiarios o de quienes los reciben. Esta parte es complicada porque desde el punto de vista del juicio individual no será fácil establecer concordancia o acuerdos.

Suficiencia del criterio del reparto

El criterio de reparto, Goldschmidt lo distingue de dos maneras. El primero *directamente suficiente* que descansa en el humanismo en su doble vertiente de igualdad de todos los hombres y unidad de cada uno en su naturaleza de hombres (varón y mujer) y en la tolerancia o espacio de libertad para que cada cual desarrolle su personalidad. El segundo es *indirectamente suficiente* en el cual es necesario distinguir al menos tres supuestos:

a) Posibilidades iguales de reparto (incompatibles o compatibles). En estos casos lo aconsejable es el sorteo. Se apela a la suerte para lograr un mayor equilibrio:

La suerte supone, pues, la igualdad de los repartos que se excluyen mutuamente. Esta igualdad supuesta puede ser la igualdad presuntiva, pero también puede tratarse de la igualdad humanista o de la igualdad impuesta.⁵³

La igualdad presuntiva es caracterizada por la similitud de dos casos y la ausencia de la evidencia de una razón discrepante. La igualdad humanista como ya se señaló ancla en la condición de humanidad que acompaña a todo individuo y a su unicidad (único) y la de igualdad injusta se produce cuando las múltiples diferencias de valor para realizar la justicia, se suprimen mediante un igualamiento más cuantitativo que cualitativo por la ley o el juzgador al interpretar las normas.

b) Juegos de azar. En estos casos las partes abandonan conscientemente el criterio de equilibrio de las prestaciones del *justum pretium*, es el caso de los juegos de azar, loterías, tómbolas, rifas, ruletas e incluso muchos tipos de especulaciones de bolsa. Lo curioso es que estas y otras actividades se encuentran reglamentadas por leyes secundarias. Goldschmidt escribe:

La omisión consciente y no razonable de un reparto fundado no es justificada, siendo, por consiguiente, el juego de azar un reparto injusto, prescindiendo por completo de sus efectos desastrosos en el ámbito ético.⁵⁴

⁵³ *Ob. cit.*, p. 259.

⁵⁴ *Ob. cit.*, p. 262.

Son esas diversas formas que las sociedades han inventado para obtener recursos unos individuos sobre otros de manera —en principio— legal e incluso cuando se legalizan los juegos de azar, que son un reparto injusto y sin embargo tolerado por el derecho, aunque injustificable en su vertiente ética y axiológica.

VII. Justicia, conflictos y repartidores

El principio supremo de la justicia en sus aplicaciones puede conducir a dificultades, además de las que se pueden generar entre el individuo y la comunidad.

Werner Goldschmidt distingue entre comunidades diferenciadas y comunidades indiferenciadas, para un mejor planteamiento del asunto de la justicia. Con la primera acepción se refiere a organismos biológicos en los cuales sus integrantes tienen funciones específicas para sobrevivir en una organización *v.gr.*, abejas, hormigas, etcétera, con la segunda se refiere a otras especies vivas incluyendo al hombre y donde las funciones no encajan en un mecanismo exclusivamente biológico y la división del trabajo no solamente tiene base biológica, también económica, política, histórica y cultural.

Es importante señalar como lo hace el autor que los conflictos que surgen en la sociedad no son: “nunca conflictos entre individuos y la comunidad, sino ‘siempre’ conflictos entre individuos dentro de la comunidad, cuya solución requiere un examen del número de los individuos pertenecientes a cada uno de los grupos de interesados, de sus sacrificios y de sus beneficios”⁵⁵.

La tesis —muy extendida— de querer sacrificar un individuo a los intereses de la comunidad, en el fondo implica el sacrificio del individuo en beneficio de otros individuos. Se invoca el bien común, aunque en el fondo es actitud farisáica. Los más fuertes pretenden en nombre de la comunidad —que no existe como tal— sacrificar al otro.

Goldschmidt señala que el conflicto no es tampoco entre el bien particular y el bien común, por el contrario se establece entre el bien propio y el bien ajeno, y precisamente porque las comunidades humanas son indiferenciadas no existe una moral comunitaria especial o doble moral, una de los individuos y otra de la comunidad independiente. Por lo mismo no existe una culpa colectiva, aunque puede existir una responsabilidad colectiva con base en aspectos y razones objetivas. El enfrentamiento

⁵⁵ *Ob. cit.*,

entre individuo y comunidad es un pseudoconflicto y escribe el autor mencionado:

Todos los conflictos han de resolverse siempre de acuerdo con el principio supremo de la justicia, o sea, en el interés de la libertad del desarrollo personal.⁵⁶

Sacrificar a los individuos en nombre de ideologías, la sociedad, la comunidad, el partido, el pueblo, etcétera, contraría el principio supremo de la justicia del libre desarrollo de la personalidad de cada ser humano. Éste ha sido el gran crimen en particular del siglo XX.

Los repartidores

Es necesario profundizar en los repartidores. El punto de partida es que los repartidores son siempre los hombres:

Los repartidores son, hombres, según que se trate de repartos autónomos o autoritarios, interesados o poderosos.⁵⁷

Los repartos autónomos son la base de la democracia y los segundos del Estado autoritario. Los repartidores se manifiestan como interesados o poderosos. Los primeros se basan en acuerdos y participación en el reparto. Los segundos son impositivos o autoritarios. El reparto autónomo es contractual con todo lo que implica la teoría de los contratos. En general este último reparto conlleva una injusticia:

El reparto, sin embargo, puede resultar en fin de cuentas justificado si la intervención es necesaria para el desenvolvimiento de la personalidad del beneficiado, mientras que no afecte al desarrollo de la personalidad del perjudicado, siendo, al contrario, tal vez igualmente beneficiosa para él mismo.⁵⁸

El reparto con base en el contrato debe cuidar que de allí no se deriven efectos perjudiciales para el desenvolvimiento de la personalidad de los implicados. En cambio en última instancia la justificación de los repartos de los poderosos depende del modo en que consiguen acercarse al reparto autónomo:

Desde este punto de vista distinguiremos, según el orden descendiente de aproximación, entre repartidores paraautónomos, infraautónomos y antiautónomos.⁵⁹

⁵⁶ *Ob. cit.*, p. 273.

⁵⁷ *Ob. cit.*, p. 277.

⁵⁸ *Ob. cit.*, pp. 284-285.

⁵⁹ *Ob. cit.*, p. 285.

Vamos a explicar esto con más detenimiento. El hecho es que si bien conforme al credo humanista, todos los hombres son iguales, en situaciones concretas existe una desigualdad justificada. Goldschmidt señala los que denomina los poderosos superiores a los interesados. Entre estos se encuentran los “repartidores aristocráticos”, es decir, los que resultan los mejores en determinados oficios y profesiones y van a dirigir a otros *v.gr.* ingenieros, sacerdotes, de los padres sobre los hijos mientras alcanzan estos últimos su madurez, los peritos sobre los profanos, los profesores sobre los alumnos, etcétera, aunque en ocasiones pueden tiranizar los poderosos a los débiles e incluso los últimos a los primeros: “El repartidor aristocrático degenera así en el tiránico (tirano por origen y por ejercicio); a los mejores se oponen los peores repartidores”.⁶⁰ Pasiones, prejuicios, intereses y hasta vicios pueden perturbar la inteligencia y voluntad del repartidor aristócrata. Los medios de la clase política intentan disminuir la influencia del reparto aristocrático; y a su vez, el llamado servicio civil (burócratas de diferente nivel) limitar con sus acciones a los políticos en sus pretensiones.

Los repartos de los poderosos llevan al despotismo e incluso al régimen totalitario. Este tipo de repartos por lo general lesionan la esfera de la libertad y desarrollo de la personalidad individual.

Los repartidores poderosos, iguales a los interesados.

Es el caso cuando los interesados no logran ponerse de acuerdo y en tal situación pueden recurrir a la mediación de terceros. Si acceden a la resolución de terceros el reparto es autónomo, pero si no se ponen de acuerdo sobre el reparto de “poder e impotencia” y consienten someter la discordia a un tercero y la ejecución de la misma a ese tercero, el reparto es autoritario: “Pero este reparto autoritario surge del acuerdo de las personas inmediatamente interesadas en él. Por esta razón, es lícito caracterizar al árbitro como un repartidor paraautónomo”.⁶¹

También existen los repartidores infraautónomos cuya acción en la sociedad es muy frecuente. En este caso la justificación de los repartidores —como en el supuesto de los árbitros—, no descansa en un reparto autónomo, se funda en un acuerdo defectuoso, que por eso se llama infraautónomo, y cuyas causas pueden ser diversas. Es el caso del asentimiento o consentimiento ante leyes de manera abstracta o por tolerancia sin un consentimiento expreso, más bien tácito en diversos dominios del Derecho, en particular del Derecho administrativo, en donde no se

⁶⁰ *Ob. cit.*, p. 286.

⁶¹ *Ob. cit.*, p. 290.

manifiesta el consentimiento de los interesados de manera concreta. Goldschmidt escribe:

El asentimiento a normas generales constituye, por ende, un procedimiento infraautónomo con respecto a repartos concretos.⁶²

No nos enteramos del reparto y si lo hacemos no nos importa o en todo caso llegado el momento se aceptan sus consecuencias, a diferencia de repartos por contrato de manera más específica.

El asentimiento del pueblo a leyes no es sólo abstracto por ser genérico, también lo es por ser mediato, es decir, tolera o acepta sus consecuencias por cuanto median diversos elementos políticos, sociales o culturales que condicionan la ley y su aplicación.

Existen los repartidores antiautónomos:

Un repartidor resulta antiautónomo si posee el poder necesario para llevar a cabo el reparto sin disfrutar del consentimiento real y actual de los interesados con el contenido del reparto.⁶³

Estos casos son extremos y no participan ni árbitros ni tampoco otros valores o jerarquizaciones, se trata de una conducta más de facto e incluso gradual, que altera el proceso de los repartos:

La justicia de la función del repartidor antiautónomo supone la prueba de que no existen condiciones idóneas para que actúen repartidores autónomos, aristocráticos, paraautónomos o infraautónomos y que, por ende, estén amenazados los valores fundantes de la justicia.⁶⁴

El tipo del repartidor de facto antiautónomo es el dictador y los ejércitos con sus secuelas de militarismo. Estos repartidores muchas veces, con ayuda de la tecnología, imponen su autoridad a otros y hacen repartos de manera arbitraria en múltiples ocasiones.

Los poderosos interesados

Los poderosos pueden participar en los repartos habitualmente de dos maneras. Directamente, esto es siendo juez y parte en un reparto, o bien si el repartidor de una medida punitiva había cometido la misma falta.

Nadie puede ser juez en propia causa. Si puede ser parte en repartimientos siempre que no se reclamen privilegios o se actúe con parcialidad:

⁶² *Ob. cit.*, p. 294.

⁶³ *Ob. cit.*, p. 296.

⁶⁴ *Ob. cit.*, p. 296.

La esperanza de que la justicia se realice se cifra en la posibilidad de que los hombres que sean partes sepan actuar con imparcialidad.⁶⁵

El buen repartidor debe ser congruente entre su propia conducta y lo que propone a objeto de repartirse y especialmente actuar con imparcialidad para alcanzar la justicia.

En el caso del juez que condena por delitos en los cuales ha incurrido, Goldschmidt, le denomina el juez pecaminoso:

El juez que observa una conducta igual a la del acusado sabrá descartar la igualdad objetiva por medio de una ideología cual cortina de humo y tratará al acusado como si el mismo no fuera un juez pecaminoso.⁶⁶

Una actitud doblemente negativa del juez que sanciona a otro por faltas que también él ha cometido. Por su propia falta y el descaro de condenar a otro por esa falla.

Si bien la justicia se ejerce de forma *fraccionada*, el autor germano-argentino estima que el reparto de un “juez pecaminoso” es injusto por no ser fraccionable la justicia en la relación de juez y de acusado:

Un juez que no fue castigado por una conducta no tiene derecho a castigar por igual conducta a otra persona.⁶⁷

Si se pide respeto por la ley y su cumplimiento el mandato incluye a todos y por tanto al juez. Similar injusticia se comete con los colaboracionistas en un régimen político cuando este último es eliminado. Es intrínsecamente injusto pues, no se puede: “pedir de nadie que muera durante el imperio de un régimen para que le sea permitido vegetar durante el dominio del próximo”.⁶⁸

Éste es un asunto delicado por cuanto se requiere juzgar múltiples elementos de las razones de un colaborador en un régimen dictatorial o un colaboracionista en un ejército de ocupación. Al parecer Goldschmidt en estos casos estima que al individuo no se le puede pedir que sacrifique su vida ante una especie de fuerza mayor.

En relación al tema de la justicia en los regímenes democráticos y autoritarios, Goldschmidt escribe:

Un régimen es una democracia en el grado en que en su marco aparecen repartidores autónomos y paraautónomos y en el que los repartidores infraautónomos se acercan a los autónomos.⁶⁹

⁶⁵ *Ob. cit.*, p. 303.

⁶⁶ *Ob. cit.*, p. 305.

⁶⁷ *Ob. cit.*, p. 305.

⁶⁸ *Ob. cit.*, p. 306.

⁶⁹ *Ob. cit.*, p. 316.

Los repartidores que se someten a la ley, concilian sus intereses, fijan bases contractuales o se auxilian por terceros en discordia, se acercan más a un régimen democrático, incluso los infraautónomos cuando el acuerdo en principio es defectuoso, ellos buscan superar esas limitaciones a través de acuerdos específicos. Por esto la realización de la justicia se vincula a la política.

En efecto la justicia no está alejada de las acciones políticas y de los partidos políticos y esto según Goldschmidt es de manera doble:

La política es, por un lado, el conjunto de esfuerzos de un grupo de hombres en convertirse en repartidores dentro de un grupo mayor de personas, por otro lado, la política es el conjunto de reparticiones y de los criterios en que se inspiran, que dichos hombres llevan a cabo.⁷⁰

El político pretende con su partido y acciones convertirse en un repartidor para realizar la justicia, y simultáneamente la política expresa el conjunto de reparticiones y la fijación de criterios que aspiran alcanzar la justicia.

Los delitos políticos se perpetran para alcanzar el poder o por razón de su ejercicio y éstos son los delitos políticos activos a diferencia de los delitos políticos pasivos que no son otra cosa que persecuciones políticas de delitos comunes.

La responsabilidad de los repartidores

Goldschmidt examina la responsabilidad de los repartidores de potencia e impotencia en su carácter de personas poderosas.

Desde tiempos remotos frente a las monarquías los seres humanos intentan limitar ese poder en ocasiones tiránico, absoluto e impune. Se pueden reconocer formas diversas de oposición al poder de los repartidores como el derecho a la rebeldía, el derecho a la protesta, el derecho a la desobediencia, el regicidio y el tiranicidio. Estas conductas fueron objeto de reflexión por Santo Tomás de Aquino, Juan de Mariana, Francisco Suárez, Tomás Moro, Francisco de Quevedo y Diego de Saavedra Fajardo, entre otros célebres autores.

A lo anterior se suma la difundida tesis de la doble moral o entre moral interna y moral externa, por lo que se refiere a los conductores y gobernantes, o en otras palabras, entre maquiavelismo y antimachiavelismo. Los maquiavélicos siguen la doble moral. Los antimachiavélicos no

⁷⁰ *Ob. cit.*, p. 319.

admiten esa postura. Así Mahatma Gandhi rechaza las “mentiras hermosas”.

Es una vieja controversia que de paso afecta a los políticos y a la justicia, por cuanto a la hora de fincar responsabilidad a los repartidores es pertinente analizar múltiples aspectos de esa estrecha vinculación entre poder, ética, valores, derecho y justicia en una sociedad. Al respecto Goldschmidt escribe:

Desde el punto de vista moral y ético, el poder pertenece a los “adiaphora”; puede ser empleado tanto a favor de la justicia como de la injusticia, y tanto por móviles virtuosos como pecaminosos. Pero ello es común a todos los valores inherentes al orden de las conductas.⁷¹

Con la expresión *adiaphora* —castellanizada— se refiere a las diferencias que establece la filosofía respecto de acciones que no pueden dejar de ser buenas o malas, es decir, moralmente indiferentes. El poder —también el de los repartidores— es indiferente hasta no ver resultados.

Es necesario distinguir que en un régimen execrable los partidarios sólo responden de su propia conducta, pero no pueden responder de la injusticia como tal del régimen. Bajo los principios de tolerancia y transacción se examinará si la conducta del partidario de un sistema permitió el libre desenvolvimiento de la personalidad de otro, o por el contrario la obstaculizó o la impidió. Al respecto pueden darse expresiones de *arrepentimiento activo* y *compensación*. Goldschmidt considera que en este problema se juzgará la manera pacífica y democrática de un pueblo para unir, o por el contrario de sus propensiones contrarias de enfrentarse en una guerra civil. La respuesta a una u otra forma de vida social se mostrará al fijar las responsabilidades en el proceso de justicia.⁷²

El logro de la justicia en todos los órdenes no es un asunto de meras declaraciones e intenciones, será resultado de acciones muy concretas en un orden de conductas y de la capacidad de un sistema de Derecho que permita alcanzarla en el aquí y ahora.

VIII. Los beneficiarios

La pretensión de realizar la justicia es propia del mundo humano organizado. Frente a los repartidores que son hombres se encuentran otros que deben recibirla:

Los hombres son siempre beneficiarios. En todos los tiempos se repartía potencia e impotencia entre hombres, sin que a este efecto

⁷¹ *Ob. cit.*, p. 342.

⁷² *Cfr. Ob. cit.*, p. 350.

tenga la más mínima importancia si el sistema de normas atribuía personalidad o no a todos estos beneficiarios.⁷³

Al vivir en sociedad se otorgan buenas y malas potencias e impotencias y se reciben e incluso la naturaleza actúa de manera similar, análogicamente. Pero lo que se da y recibe no es igual, de allí el problema de la justicia.

Es posible que los hombres del futuro sean beneficiarios de bienes y males, de potencias e impotencias, que hoy se reparten sin poder juzgar de la injusticia que pudiera tocarles en algunos casos.

Goldschmidt extiende el concepto de beneficiarios a otros seres, en especial a los animales, cosas, objetos culturales y les llama *beneficiarios parapersonales*. Se trata de proteger y ser justos en nuestra relación con el mundo y otros seres y escribe:

Si bien Heidegger quiere decir que el hombre es el pastor de lo que es (des Seins), mientras que en este lugar sostenemos que el hombre es el pastor de cuanto es (des Seienden), nos parece que de lo primero se deriva ineludiblemente lo segundo.⁷⁴

El jurista alemán estima que los beneficiarios no son solamente los hombres, también cosas, objetos de cultura y el mundo. Por eso aclara siguiendo y puntualizando a su paisano el filósofo Heidegger, que el hombre no es sólo “pastor del ser” sino de cuanto es o de los “entes” concretos.

Objetos a repartir

Es indispensable averiguar qué objetos son repartibles. El avance de la ciencia y la técnica van aumentando en principio el número y de paso averiguar qué no es repartible. La reflexión parte del “principio melancólico” —que así lo denomina el autor— en la medida que: “todo puede sernos quitado y sin embargo, no todo puede sernos dado”. Y escribe:

Los objetos susceptibles de ser repartidos pueden en justicia ser repartidos, o deben ser repartidos, o no deben ser repartidos.⁷⁵

Conforme a esta trilogía se habla de objetos dignos de ser repartidos, destinados a ser repartidos o indignos de un reparto.

Me voy a referir a los temas más generales sin seguir todos los casos o ejemplos del autor; interesantes por todos conceptos, pero inabordables en este trabajo.

⁷³ *Ob. cit.*, p. 360.

⁷⁴ *Ob. cit.*, p. 366.

⁷⁵ *Ob. cit.*, p. 368.

Entre los objetos indignos de ser repartidos se señalan los siguientes:

a) La vida

Los hombres tienen derecho a engendrar a otros hombres más no a quitarles la vida, por tanto el homicidio es un terrible atentado al otro.

b) El muerto

Goldschmidt señala que el cadáver como residuo de la personalidad no es objeto de ser repartido sin limitación alguna, ya que es necesario atender a la voluntad del difunto, a la de los deudos y las costumbres o cultura del lugar. Por eso las ofensas a una persona viva van contra su honor y en la persona muerta a los sentimientos de piedad de los deudos, aunque para el autor:

Se trata de un solo delito, cuyo único objeto de protección es el honor del ofendido, vivo o muerto.⁷⁶

La legislación ha de ser unitaria ante ese tipo de conductas y no mostrar más benignidad en el castigo al que ofende a un muerto.

Puede ser discutible este punto de vista de Goldschmidt, la razón a mi juicio estriba en que el culto a los muertos conlleva una enorme cauda de valores que tienen relación con la justicia, la piedad y la religión; y las ofensas a los muertos implican el quebranto de valores y normas relativas a la totalidad de la vida.

c) La libertad

La libertad en sentido activo, positivo o de potencia puede ser repartida en sentido figurado, estimulando su desenvolvimiento en todas las personas para su desarrollo. En cambio la libertad como impotencia es indigna de ser repartida. Por eso la esclavitud y todas las formas de servidumbre son condenables desde el lado del humanismo.

d) La verdad

Este tema tiene relación con la libertad de pensamiento que no debe confundirse con la libertad de expresión. La primera procede de la conciencia de la persona y resulta imposible —por fortuna— impedir a cada uno pensar lo que quiera; por el contrario hacer o decir en nombre de la libertad es otro asunto y caben diversas regulaciones éticas y jurídicas. Al respecto Goldschmidt escribe:

Hay que distinguir los caminos hacia la verdad, la verdad misma y la veracidad. Los caminos hacia la verdad constituyen objetos destina-

⁷⁶ *Ob. cit.*, p. 376.

dos a ser repartidos. La verdad como tal no es susceptible de ser repartida. La veracidad y la hipocresía no son tema de la *dikelogía*, sino de la ética.⁷⁷

La verdad no es repartible, en cambio los caminos para lograrla son repartibles; un ejemplo, los sistemas educativos. Conducirse con hipocresía o veracidad es un asunto ético que como la verdad no pertenece a la justicia.

Lo anterior está muy ligado al derecho de información, difusión y propaganda de ideas. Sin embargo, la verdad como tal no es objeto de reparto, por cuanto no podemos imponerla, lo que se puede hacer es dar múltiples elementos de convicción para que alguien alcance lo que se estima como verdad, de lo contrario, la presunta verdad se impone por la fuerza o por coacciones diversas engendrando injusticias o personas hipócritas.

e) La actividad

Con este término el autor se refiere a las acciones que realiza el hombre para el desarrollo de su personalidad, lo que conduce directamente al trabajo. Con toda razón señala que el trabajo ha recibido poca atención desde el lado antropológico y filosófico con independencia de sus facetas económicas y sociales. El autor vincula el trabajo con las actividades de creación, lúdicas y deportivas en la medida que pueden contribuir al despliegue de la personalidad, o ser un serio obstáculo, especialmente los trabajos mecánicos, repetitivos y que terminan enajenando. La máquina puede ser un camino liberador de la parte penosa del trabajo.

Lo único que consta es que no es justo defender la tesis de que el derecho a la vida depende de la realización del trabajo en sentido estricto, tesis que tampoco posee asidero en la Sagrada Escritura.⁷⁸

No es necesario el trabajo mecánico para los niños, los escolares, pensionados, jubilados, enfermos, quienes deben ser protegidos por el Estado y la sociedad mediante instrumentos de subvención diversos a sus necesidades. Por eso hacer depender la vida del trabajo es un error. Por otro lado es erróneo relacionar el trabajo con una remuneración, es más amplio el concepto de trabajo como equivalente al dinero que se percibe por ello. El tema no se puede analizar aquí por su complejidad. Lo que se quiere decir, que en esencia el trabajo no es repartible por argumento ontológico. Tampoco negar la necesidad del trabajo y promover la vagancia, o que no se remunere parte del trabajo.

⁷⁷ *Ob. cit.*, p. 380.

⁷⁸ *Ob. cit.*, p. 390.

f) Amor

El autor hace referencia al amor en la expresión concreta del placer sexual y en vinculación con el matrimonio o el extremo opuesto de la prostitución y el deber conyugal forzado. Al respecto su propuesta se enmarca en una concepción cristiana:

En efecto, para el cristianismo es el matrimonio la única institución dentro de la cual puede organizarse con justicia la procreación de la especie y la comunidad de vida con elementos eróticos.⁷⁹

Se puede no estar de acuerdo en la opinión de Goldschmidt respecto de igualdad, amor y matrimonio, pero lo evidente es que como tal el amor no parece repartible en términos de justicia.

Estima que la injusticia de la prostitución es generalmente reconocida, aunque otra cosa sea la sustitución de la prostitución por relaciones eróticas y esto sea un progreso de la justicia. El autor rechaza tanto la violación de una prostituta como el débito conyugal forzado como atentados a la libertad y en esos casos a la justicia.

g) Tranquilidad

Con este término el autor alude al hecho de que en muchos regímenes políticos —en particular despóticos y totalitarios— es tal la cantidad de ordenanzas o leyes que ningún ciudadano se siente tranquilo al no poder cumplir con todos los requerimientos, es un sistema de terror o al menos de amenaza:

El régimen que se sirve de él sabe muy bien que es ineluctable, lo que aspira no es, por consiguiente, a su cumplimiento, sino a su infracción de parte de los súbditos, a fin de poder perseguir a cualquiera de ellos cuando convenga.⁸⁰

El exceso de leyes imposibles de cumplir parece más un instrumento de terror y control político que un bien, se busca inculpar a las personas con pretextos diversos.

La tranquilidad como un valor interno y externo debe acompañar a la persona para su desenvolvimiento y en ese sentido no es repartible.

IX. Los objetos repartibles

Surge la pregunta: ¿Cuáles son los objetos repartibles?

El principio es que será repartible aquello que esté sometido al dominio del hombre. Conforme el progreso científico y tecnológico se va amplian-

⁷⁹ *Ob. cit.*, p. 396.

⁸⁰ *Ob. cit.*, pp. 398-399.

do la esfera de lo repartible. Así la tierra y con ella el agua, el aire y el mar son repartibles, incluso el tiempo es repartible aunque existen límites para el hombre en todos estos repartos. Es pertinente que los objetos tomen características especiales, pero la justicia y el derecho sobre este tema tienen su palabra:

Desde el punto de vista categorial, toman los objetos en el orden de conductas, la forma de potencia e impotencia, en el orden de justicia, la de tareas, y en el ordenamiento normativo, la de derechos y obligaciones.⁸¹

Estos objetos que están en la naturaleza, en principio son transformados por la cultura humana y son repartibles atendiendo a un triple orden: de conductas, justicia y normatividad, de derechos y obligaciones.

Formas de reparto

La realización de la justicia tiene como centro nuclear el reparto como se ha dicho de potencias o impotencias, de bienes o de males y es una tarea de los seres humanos vivir en sociedad. Esas formas de reparto como ya se ha dicho asumen dos modalidades básicas o es autónoma o es autoritaria. La primera empieza con negociaciones y la segunda a través de un proceso. A todo esto se tiene que agregar un conocimiento amplio de razones filosóficas, históricas, sociales, políticas, jurídicas y de estos conocimientos concurrentes son la diplomacia, la argumentación en pro y en contra, las ideologías, los criterios y otros saberes científicos y técnicos, por lo que alcanzar la justicia no es una tarea sencilla, por el contrario es ardua y complicada.

Werner Goldschmidt en esta parte final de su obra la *Ciencia de la justicia*, nos dice que:

El reparto autónomo supone el acuerdo de los interesados. El logro de este acuerdo se realiza en determinadas formas. Otras formas a su vez, revisten el mismo reparto acordado.⁸²

Esas formas múltiples son fijadas por las leyes, los interesados y los jueces de manera preponderante.

Las formas del reparto autoritario según el autor deben comenzar con un *proceso* a fin de que los interesados expresen sus puntos de vista para elaborar la ordenanza que inicie el reparto. En estos casos se generan controversias que Goldschmidt señala son de tres tipos: ónticas, políticas y normativas. Las primeras se refieren a la esfera física o psí-

⁸¹ *Ob. cit.*, p. 400.

⁸² *Ob. cit.*, p. 402.

quica, las segundas en el deseo de transformar al mundo, desde un marco ideológico diverso; y las terceras derivan de los ordenamientos jurídicos, éticos y de valores.

Esta primera fase del proceso termina con una ordenanza de carácter general o individual. Esos mandamientos revisten la forma de una ley en serio o son decretos-leyes, a diferencia de que las órdenes administrativas y los fallos judiciales son individuales.

Un tercer momento se manifiesta con la amenaza de fuerza y por último con la aplicación de la misma. Al respecto dice el autor:

Aplicación de fuerza sin previa amenaza con la misma es, en general, un procedimiento injusto.⁸³

Y agrega:

La fuerza puede revestir la forma de una guerra, de una punición, de una ejecución forzosa, de medidas cautelares, de una revolución, de la resistencia pasiva, de despidos, etcétera. La fuerza es justa sólo dentro de los límites de lo necesario y del mal menor.⁸⁴

Evidentemente para lograr la justicia se emplea la fuerza y ésta posee múltiples modalidades como en buena parte se enumeran.

Conclusión

El autor busca con su teoría de la justicia articular su concepción con fundamentos filosóficos, históricos, sociales, jurídicos e incluso psicológicos de las motivaciones humanas para alcanzar un bien o valor tan apreciado como es la justicia.

La propuesta de Werner Goldschmidt es el reparto de potencias e impotencias, de bienes y males entre los seres humanos de aquello que en principio es repartible.

La realización de la justicia conlleva múltiples obstáculos, en la medida que en el ámbito humano no puede ser total o pantónoma. Solamente la justicia de Dios es absoluta, la humana por cuidada y completa es relativa.

Existe un orden de conductas repartidoras que básicamente asume dos modalidades. La primera es por orden de una autoridad. La segunda por autonomía. La justicia es el conjunto de criterios que determinan el reparto, sus contenidos, los objetos repartibles y las formas de reparto. En

⁸³ *Ob. cit.*, p. 418.

⁸⁴ *Ob. cit.*, p. 419.

todo caso se trata de objetos dignos de reparto, pues, no todo es repartible y en cuanto a los beneficiarios siempre es conforme a determinados criterios. Esto último constituye la axiosofía indispensable para el logro de la justicia y en ese sentido el autor nos señala los diferentes tipos de protección que requiere la persona como ya se examinó.

El principio supremo de la justicia se refiere al reparto de bienes y males o de potencias e impotencias. Entre los principios generales de la justicia se analizaron el *suum cuique*, el *pacta sunt servanda*, *do ut des*, la igualdad y la convivencia.

El tema de la conexión entre el reparto y el criterio del reparto, se encuentra en íntima vinculación con el principio supremo y el principio de razón suficiente. Entre los criterios de reparto para alcanzar la justicia se estudiaron el *pretexto*, la *ideología*, la *hipocresía*, la *razón aparente*, la *alegación posterior de razones* y la *conversión*.

Finalmente se estudió en la justicia, los conflictos que se generan y el papel de los repartidores en la solución de los problemas y su responsabilidad frente a los diferentes tipos de beneficiarios, en la medida de que toda justicia humana es relativa, fraccionada y debe estar muy atenta a reflexionar sobre qué es repartible y cómo efectuarlo de la forma más correcta y humana.

En síntesis la *Ciencia de la Justicia (Dikelogía)* de Werner Goldschmidt es una obra amplia, original en cuanto que la justicia es un esfuerzo por corregir bienes y males, potencias e impotencias que la sociedad, e incluso la misma naturaleza asignan a la persona. Un pensamiento bien articulado en la tradición filosófica y la fenomenología que trata de dar una respuesta seria y congruente con el Derecho al permanente problema de la justicia en toda comunidad humana.