

# ESTUDIOS y NOTAS

---

## PROBLEMAS DE JUSTICIA EN «MEDIDA POR MEDIDA», DE SHAKESPEARE

Reproduzcamos al principio, y de manera simplificada, el argumento de la obra de Shakespeare *Medida por medida* (1), a fin de poder analizar a continuación los diversos problemas que ella plantea en el ámbito de la justicia.

El duque de Viena nombra a Angelo su lugarteniente durante su ausencia. Angelo aplica con todo rigor leyes que durante casi dos décadas habían sido letra muerta, entre otras una que castiga con la pena capital las relaciones sexuales fuera del matrimonio, aunque no fueran adúlteras. Acusado de este delito sentencia Angelo a un joven noble, de nombre Claudio. Su hermana Isabela se dirige a Angelo a suplicar perdón para su hermano. Angelo, tentado por su belleza, le promete indultar a Claudio si ella accede a sus ruegos. Isabela logra hacerle creer que ella cumple sus deseos, introduciendo bajo el amparo de la noche en su aposento a la antigua prometida de Angelo, Mariana, abandonada por él hace tiempo. Sin embargo, Angelo, lejos de indultar a Claudio, confirma la orden de su ejecución.

Abandonemos en este lugar la trama teatral para iniciar el análisis de los diversos problemas. En primer lugar habremos de examinar la justicia de la ley aplicada por Angelo; en segundo lugar nos toca indagar la justicia de la sentencia que Angelo dicta y luego confirma.

---

(1) El título aparece en las palabras del duque (V, 1): «An Angelo for Claudio, death for death! Haste still pays haste, and leisure answers leisure; like doth quit like, and Measure still for Measure» (Un Angelo por un Claudio, muerte por muerte. Pasión se paga con pasión, el ocio contesta al ocio; igual quita igual, y Medida por Medida).

## A) JUSTICIA DE LA LEY APLICADA POR ANGELO

El primer problema se desdobra a su vez en dos: hemos de averiguar si la ley en el momento de su aplicación era o no vigente; y someteremos a nuestras meditaciones su justicia intrínseca.

### I. VIGENCIA DE LA LEY APLICADA POR ANGELO

Durante catorce años no se han aplicado en Viena las leyes penales. Un estado general de licencia y desorden se ha producido. El duque comprende que hace falta un cambio radical. Pero opina que no es él el llamado a realizarlo, puesto que su dejadez anterior convertiría severidad en tiranía. Por esta razón el duque nombra a Angelo lugarteniente suyo a fin de que este último haga justicia.

Since 'twas my fault to give the people scope  
'Twould be my tyranny to strike and gall them  
For what I bid them do: for we bid this be done.  
When evil deeds have their permissive pass,  
And not the punishment [I. 4] (2).

¿Qué efectos produce la inaplicación de una ley con respecto a su validez?

#### 1) *La Ley Natural y su desuso*

Hay que distinguir la Ley Natural y la Ley Humana. La Ley Natural, que en lo esencial comprende los diez mandamientos que Dios dió a Moisés en el monte de Sinaí (II Moisés, 20, 1 a 17) es la participación de la ley eterna en los seres racionales (Santo Tomás, *Summa Teol.*, I<sup>a</sup> II<sup>o</sup>, qu. 91, art. 2, resp.) y como tal no puede ser abolida del corazón del ser humano (Santo Tomás, I. c., qu. 94, art. 6). La validez de la Ley Natural persiste incólume aunque los hombres dejen de aplicarla o inclusive dicten leyes contrarias a ella (Santo Tomás, I. c., qu. 96, art. 4, resp.). El sexto to mandamiento del Decálogo prohíbe cualquier pecado de luj-

(2) Como fué mi falta haber dado al pueblo libertad, sería tiranía reprocharles y penarles por lo que yo les mandé hacer, puesto que, en efecto, lo ordenamos, si permitimos los malos hechos en lugar de castigarlos.

ria externa, o sea de obra (II, Moisés, 20, 14), prohibiendo el noveno también (I. c., vers 17) la lujuria meramente interna, a saber, las delectaciones y deseos impúdicos (3). Parece, por tanto, que el temor del duque de Viena de llevar de nuevo a la práctica la ley penal contra la inmoralidad no era fundada. Sin embargo hay que distinguir con sumo rigor la mera prohibición de la inmoralidad dimanante de la Ley Natural Teológica y su castigo teologal, por un lado, y su detallada descripción y el establecimiento de una pena terrenal en una ley humana, por el otro lado.

## 2) *La Ley Humana y su desuso*

a) *La Ley Humana*.—Con ello llegamos a la ley humana, que puede ser completa o meramente auxiliar.

a') La ley humana completa se deriva de la Ley Natural por conclusión y determinación (v. Santo Tomás, I. c., qu. 95, art. 2, resp.). Lo importante es ver que toda ley humana completa emplea, a la par, ambos procedimientos de derivación. En efecto, por una vertiente toda ley humana completa constituye una conclusión del principio supremo de que se debe hacer lo bueno y dejar de hacer lo malo; por la otra vertiente, toda ley humana completa determina, dentro de un amplio campo de posibilidades, algunas dándoles forma concreta. Si, por ejemplo, el Código penal castiga con la pena de muerte quien matare con alevosía y deliberación, nos encontramos con una conclusión del principio supremo de toda moral, el cual ha recibido simultáneamente determinaciones, tanto en el tipo legal de la norma (matar con alevosía y deliberación) como en su consecuencia jurídica (pena capital). En cuanto al último aspecto hay que tener en cuenta que, si bien la Ley Natural social exige un castigo terrenal del asesinato, no estatuye precisamente la pena de muerte.

b') La ley humana incompleta o auxiliar constituye una mera determinación de principios jusnaturalistas recogidos en otra ley humana diferente. Una ley referente al registro de la propiedad es ejemplo de tal ley humana incompleta: ella determina facetas secundarias de la propiedad privada que, según la buena doctrina, pertenece a la Ley Natural.

---

(3) P. Juan B. FERRERES, S. I.: *Compendio de Teología Moral*, Barcelona, Eugenio Subirana, t. I, 1920, núm. 515, p. 362. Además del pasaje citado, v. sobre todo la Epístola de San Pablo a los Gálatas, cap. 5, vers. 19, 21.

b) *Su desuso.*—a') Las determinaciones de la Ley Natural, como dimanar, en cuanto determinaciones, de la Ley Humana, pueden ser modificadas tanto por una nueva ley humana como también por una costumbre. En efecto, «así como por medio de la palabra manifiesta el hombre una y otra potencia, su querer y su percepción o inteligencia, así también puede manifestarlas por medio de los hechos: aquello que uno hace es considerado como lo que uno quiere y tiene por un bien. Ahora bien: por medio de la palabra oralmente puede el hombre cambiar una ley y también exponerla, porque revela nuestros movimientos interiores y las concepciones de nuestra mente. También, pues, cabrá una mutación y asimismo una exposición de la ley, y hasta una creación de una norma con carácter y fuerza de ley, por medio de la repetición o multiplicación de actos, que es lo que da origen a las costumbres; porque esos actos repetidos denotan y reflejan los movimientos interiores de nuestra voluntad, y las concepciones de nuestra razón. La realización constante de un acto obedece, indudablemente, a un juicio deliberado de nuestra razón. Así, pues, la costumbre tiene fuerza de ley, puede abolir una ley y es intérprete de las leyes» (Santo Tomás, l. c., qu. 97, art. 3, resp.). La prevalencia de la costumbre sobre las leyes humanas no puede ser derogada por disposición alguna de otra ley humana (art. 5.º Código civil español, artículo 17 C. c. argentino), puesto que el legislador humano lo es en cada momento el pueblo con entera libertad en cualquiera de sus manifestaciones, ora legislativa ora mediante acción directa (4). La misma prohibición legal de la costumbre «contra legem» cae por su pie en virtud de una costumbre «contra legem» (5).

¿Qué sigue de lo que antecede con respecto a nuestro caso? La prohibición de las relaciones inmorales, como procedente de la Ley Natural, no queda afectada por la inobservancia del pueblo, tolerada por la autoridad. En cambio sí ha de considerarse como derogada por el desuso la determinación que el duque había dado a esta prohibición tanto en lo que atañe a la formulación exacta del

---

(4) V. en este sentido ya nuestro vocablo «fuentes» en *Diccionario de Derecho Privado* (Labor, Barcelona, t. I, 1950, pp. 1.991 y ss.).

(5) V. CÓSIO. «La bi-valencia de la verdad y el error como fuerza de convicción y como arbitrariedad» (en *La Ley* de 25-IV-1953) contra el art. 17 del Código civil argentino, prohibitivo de la costumbre «contra legem». CÓSIO menciona una sentencia de la Cámara de Apelaciones de La Plata (en *Jurisprudencia Argentina*, fallo 6.380, Buenos Aires, 1946) referente al art. 53 del Código de proc. de la Provincia de Buenos Aires. y el art. 118 de la ley de Matrimonio civil.

delito como en lo que se refiere al establecimiento de la pena. Por consiguiente, hace falta un nuevo acto legislativo a fin de resucitar la antigua ley penal. El duque podría llevar a cabo tal acto sin incurrir en tiranía, puesto que la ley humana es mudable (Santo Tomás, l. c., qu. 97, art. 1, resp.). Se comprende, por el otro lado, su temor a confesar su equivocación y que prefiere hacer patente la resurrección de las antiguas leyes por un cambio de gobierno. No obstante, inclusive en un régimen monárquico absoluto, debería haberse anunciado antes la renovada aplicación de las antiguas leyes. La asunción del mando por un nuevo gobernante no sufre tal aviso. Su aplicación sin previo aviso a Claudio no deja de constituir una aplicación retroactiva de una ley penal, retroactividad injusta en cuanto se refiere al elemento humano de la ley (6).

La resurrección de una ley en desuso constituye un problema más difícil en un Estado moderno en el que las formas de la legislación no se confunden con sencillas declaraciones del Gobierno. En esta hipótesis se plantea la pregunta de si la revigorización de la ley en desuso supone una ley en sentido formal o de si basta un simple aviso del gobernante. Creemos que, tratándose de una ley humana completa, es suficiente un mero aviso, puesto que no se ha de poner en marcha toda la ley, habida cuenta de que sus principios, dimanantes de la Ley Natural, nunca perdieron su vigencia: lo único que es preciso es sacar a flote sus elementos privativamente humanos. Pensemos, por ejemplo, en la impunidad de la que en muchos países disfrutaban ciertos tipos de estafa de poca monta, cometidos en el comercio, puesto que infringen el mandamiento de «no hurtarás» (*Exodo*, cap. 20, versículo 15) (7).

b') La cuestión es diferente si se tratara de una ley humana auxiliar, ya que tal ley, aunque se completa con otra basada en principios de la Ley Natural, es formada exclusivamente de elementos humanos. En este supuesto haría falta un nuevo acto formal de legislación. Aludimos de nuevo a una ley referente al registro de la propiedad. Aunque tal ley es complementaria de la legislación sustancial sobre la propiedad y aunque la propiedad es de la Ley Natural (*Gén.*, 4, vers. 4; séptimo y décimo mandamiento del Decálogo en *Exodo*, 20, vers. 15 a 17), la ley sobre el

(6) V. nuestro *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado* (edición segunda del primer tomo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1952, p. 47).

(7) V. una enumeración de estas estafas en nuestro *Derecho penal, Parte general*. (Madrid, 1949, p. 25).

registro de la propiedad es puramente humana, y su derogación por el desuso sólo podría ser remediada por una nueva ley. En el Derecho argentino hallamos un ejemplo en el art. 118 de la ley sobre el matrimonio civil, que ha de estimarse derogado por el desuso y cuya revitalización requeriría un nuevo acto legislativo.

## II. JUSTICIA INTRÍNSECA DE LA LEY APLICADA POR ANGELO

El segundo problema que la obra de Shakespeare plantea es el de la justicia intrínseca de la ley muerta y revitalizada, o sea de la ley que aplica la pena de muerte a las relaciones sexuales fuera del matrimonio, inclusive no siendo adulterinas. Al efecto de esta discusión suponemos que en la Viena del duque no exista ninguna pena más grave, por ejemplo, en atención al modo de ejecutar la pena capital ¿Es justo castigar con la misma pena la inmoralidad que, digamos, el asesinato?

A fin de poder contestar a esta pregunta es menester distinguir la Ley Natural Teológica y la Ley Natural Social.

### 1) *Ley Natural Teológica*

La Ley Natural Teológica dimana indistintamente de dos fuentes: por un lado, de la recta razón; por el otro, de la autoridad, es decir, de la verdad revelada por la Sagrada Escritura interpretada auténticamente por la Iglesia. Las sanciones establecidas por la Ley Natural Teológica son sanciones teologales. El principio formal supremo de la Ley Natural Teológica exige de nosotros hacer lo bueno y abstenernos de hacer lo malo. El principio material supremo nos manda amar a Dios sobre todas las cosas y al prójimo como a nosotros mismos. Las conclusiones de este principio material supremo se hallan en las dos tablas de la Ley expresivas de los diez mandamientos que Moisés recibió de manos de Dios en el monte Sinaí.

La Ley Natural Teológica no establece en el Decálogo una jerarquía entre los diferentes mandamientos. No obstante, no puede haber dudas de que los pecados revisten diversa gravedad. Ello puede deducirse de la Sagrada Escritura (Jeremías, 7, 26; San Juan, 19, 11). Pero también cabe acudir a la razón natural del siguiente modo: «Guardada la debida proporción, puede decirse de las injurias de los hombres contra Dios lo que decimos de las injurias de los hijos contra sus padres, o de los súbditos contra sus prínci-

pes; es así que éstas evidentemente difieren entre sí por razón de su gravedad; luego también aquéllas» (8).

Los pecados pueden ser mortales o veniales. Pecado mortal es la transgresión de una ley que impone obligación grave, o una ofensa grave de Dios, que priva al alma de la amistad divina y de la gracia santificante y hace al pecador digno de castigo eterno. Pecado mortal no significa, por consiguiente, un pecado que merece la pena de muerte en esta tierra, sino que hace al pecador acreedor del castigo eterno (1 Cor., 6, 9 y 10; San Juan en su Epístola 1.<sup>a</sup>, cap. 3, vers. 14; pero también San Pablo, Epíst. a los romanos, cap. 1, vers. 32). Pecado venial es la transgresión de una ley que impone obligación leve, o una leve ofensa de Dios que ni priva de la amistad divina, ni de la gracia santificante, ni quita, por tanto, el derecho a la eterna bienaventuranza.

Es obvio, por ende, que genéricamente consideradas las infracciones del quinto y sexto mandamiento son en su faceta teológica de igual gravedad.

## 2) *Ley Natural Social*

La Ley Natural Social tiene por única fuente las reglas que la recta razón desprende de la naturaleza de las cosas, sobre todo de la naturaleza de la sociedad. La Ley Natural Social hace, por tanto, de la recta razón un uso más amplio que la Ley Natural Teológica. En efecto, la última no la emplea sino en cuanto confirma la verdad revelada; la primera acude también a ella en otros aspectos. Las sanciones establecidas por la Ley Natural Social son sanciones terrenales. El principio formal supremo de la Ley Natural Social exige de nosotros hacer lo bueno y abstenernos de hacer lo malo. El principio material supremo nos manda amar a Dios sobre todas las cosas y al prójimo como a nosotros mismos (9). La misma recta razón deduce de este principio los diez mandamientos.

Pero la recta razón establece igualmente por medio de la con-

(8) V. FERRERES, 1 c. núm. 228, p. 160.

(9) Pedro LOMBARDO, *Sententiarum libri quatuor* (Lugduni. Apud haeredes Jacobi Iunctae, 1570, p. 282, L. III, dist. 37, c. 5) afirma acertadamente que el principio «Quod tibi non vis fieri alii non feceris», está escrito en el corazón de los hombres; pero que ha sido luego repetido por el Decálogo y en otros pasajes de la Sagrada Escritura (Tobías, 4, 16; Mateo, 7, 12; Epístola a los Romanos, cap. 13, vers. 8 a 10) porque los hombres no leían en sus corazones.

clusión una jerarquía entre las diversas infracciones. Un delito es tanto más grave cuanto pone en mayor peligro la subsistencia de la sociedad. A continuación la Ley Natural Social no fija penas concretas. Ello se realiza más bien por cada legislador por medio de la determinación en la ley humana positiva. Al contrario, la misma Ley Natural Social estatuye un catálogo de penas graduadas entre sí en consonancia a la jerarquía de los delitos.

Desde el punto de vista mencionado ha de estimarse el homicidio, en todas sus formas, como más grave que las relaciones sexuales fuera del matrimonio, máxime no siendo adúlterinas. Todos los Códigos penales del mundo castigan, en efecto, con mayor severidad los delitos contra la vida que los delitos contra la honestidad, sobre todo si no se complican con ataques contra la libertad (violación) o contra la familia (incesto, adulterio); y uno de ellos, el Código penal italiano, ha sido adoptado por el Estado Vaticano (art. 4, Legge sulle Fonti del diritto del 7, IV, 1929, número 2). El mismo Codex Iuris Canonici gradúa la gravedad del delito en virtud de varias circunstancias (can. 2.218) y pena con mayor rigor un delito contra la integridad corporal (can. 2.343) que contra el patrimonio (can. 2.346). La Santa Sede consiente también que un individuo que hubiese cometido un delito en la Ciudad del Vaticano y se refugiase en territorio italiano, fuere perseguido con arreglo a las leyes italianas (art. 22 del Tratado Político Lateranense del 11 de febrero de 1929) (10).

Creemos, por consiguiente, que la ley ni siquiera formalmente en vigor con respecto a Claudio, tampoco es justa intrínsecamente, puesto que infringe con su equiparación de la gravedad de los delitos contra la vida y contra la honestidad la Ley Natural en su aspecto puramente social. Parece que el poeta opina de igual modo, ya que el duque indulta al final (V, 1) a todos los delincuentes de esta especie, tanto a Claudio como al mismo Angelo (11).

Como vimos que la ley que Angelo aplica carece de vigencia

---

(10) En muchos lugares de la legislación positiva (v. p. ej. art. 110, inc. 9, Ley Orgánica del Poder Judicial de España) se distinguen, verbi gratia, «vicios vergonzosos» de vicios que no lo son, distingo de la Ley Natural Social, pero no de la Ley Natural Teológica.

(11) La gracia ha de ser concedida por quien la confiere por generosidad. La gracia decretada por Angelo habría sido viciada. En este sentido exclama el duque (IV, 2): «When vice makes mercy, mercy's so extended, That for the fault's love is the offender friended» (Si el vicio indulta, la gracia es excesiva, puesto que el amor al vicio provoca el amor al delincuente).



con respecto a Claudio, no hemos de entrar en el examen del problema de si, y en caso afirmativo en qué casos, la injusticia intrínseca de una ley la priva de vigencia.

## B) JUSTICIA DE LA SENTENCIA DICTADA Y CONFIRMADA POR ANGELO

También este segundo problema se desdobra en dos: en primer lugar investigaremos la repercusión que el pecado de Angelo tiene sobre la justicia de la sentencia por la cual condena a Claudio por haber cometido un pecado igual; en segundo lugar examinaremos los efectos del pacto celebrado entre Angelo e Isabela sobre la justicia de la confirmación de la condena pronunciada por Angelo en la madrugada después de haber disfrutado, según su opinión, de los favores de Isabela.

### I. EFECTOS DE SU PROPIO PECADO

Nuestro problema puede ser formulado del siguiente modo: ¿Puede un juez condenar válidamente a una persona por un delito habiendo él mismo perpetrado otro igual?

Shakespeare parece afirmar esta pregunta. En este sentido exclama Angelo (II, 1), por cierto antes de haber sido tentado por Isabela:

What know the laws  
That thieves do pass on thieves?  
...You may not so extenuate his offence,  
For I have had such faults; but rather tell me,  
When I, that censure him, do so offend,  
Let mine own judgment pattern out my death (12).

Es verdad que después de la tentación Angelo afirma (II, 2):

Thieves for their robbery have authority  
When judges steal themselves (13).

---

(12) ¡Qué le importa a la ley que ladrones condenen a ladrones! No pueden disminuir su delito alegando que yo mismo pudiere cometerlo. Al contrario, si yo que le hago reproches, hiciere lo mismo que yo le reprocho, debieras pedir que la sentencia en la que condeno al otro, sea el mismo patrón para sentenciarme a mí mismo.

(13) Ladrones adquieren un derecho a robar, si los propios jueces roban.

Pero este cambio de parecer de Angelo se debe sólo a un trastorno transitorio, puesto que después de caer no indulta a Claudio, sino que confirma su orden de ejecutarle (IV, 2).

### 1) Doctrina cristiana

a) *Sagrada Escritura*.—Parece que Jesús nos enseña que un pecador no puede ser juez. El Evangelio de San Juan (cap. 8, versículos 3 a 11) nos relata, en efecto, lo que sigue: «Entonces los escribas y los fariseos le traen una mujer tomada en adulterio; y poniéndola en medio dicenle: «Maestro, esta mujer ha sido tomada en el mismo hecho, adulterando; y en la ley Moisés nos mandó apedrear a las tales: tú, pues, ¿qué dices?» Mas esto decían tentándole, para poder acusarle. Empero Jesús, inclinado hacia abajo, escribía en tierra con el dedo. Y como perseverasen preguntándole, enderezóse y díjoles: «El que de vosotros esté sin pecado, arroje contra ella la piedra el primero.» Y volviéndose a inclinar hacia abajo escribía en tierra. Oyendo, pues, ellos, redargüidos de la conciencia, salíanse uno a uno, comenzando desde los más viejos hasta los postreros; y quedó solo Jesús, y la mujer que estaba en medio. Y enderezándose Jesús y no viendo a nadie más que a la mujer, díjole: «Mujer, ¿dónde están los que te acusaban? ¿Ninguno te ha condenado?» Y ella dijo: «Señor, ninguno.» Entonces Jesús le dijo: «Ni yo te condeno; vete y no peques más.»

No obstante, sopesando cuidadosamente este texto, se comprende que Jesús no quiere emitir una tesis tan radical. La prueba está en que él mismo, libre de pecado, tampoco la condena. La verdadera razón del proceder del Señor en este caso está seguramente en que estima que el clima adecuado para hacer justicia falta en esta oportunidad, porque los escribas y fariseos toman a la mujer como mero pretexto para poder perder, como ellos opinan, a Jesús y que esta ausencia completa de la manifestación de la voluntad de hacer justicia viciaría la sentencia. Seguramente por las razones expuestas los autores de la Edad Media, con pocas excepciones, (14), no suelen citar el encuentro de Jesús con la adúltera cuando tratan del problema del juez pecaminoso, aunque nos encontraríamos con lo que técnicamente se llama un juicio «perverso» (Santo Tomás, l. c., II<sup>a</sup> II<sup>ac</sup>, qu. 60, art. 2, resp.).

---

(14) Pedro LOMBARDO (l. c., lb. IV, dist. 19: qualis debet esse iudex ecclesiasticus) cita aún el pasaje mencionado de San Juan.

b) *La Escolástica*.—En la Edad Media el problema del juez pecaminoso era igualmente muy debatido. Soto (15) describe la situación del siguiente modo: «Mas, en esta respuesta primeramente se ha de notar que fué de Viclef (siglo XIV) y de sus seguidores, los cuales afirmaron que por cualquier pecado mortal, juntamente con la gracia de Dios, piérdese también el dominio de las cosas y toda potestad de juzgar, las cuales cosas se reciben por generosidad de Dios. Y pasando por alto esta herejía, hubo y hay católicos que dicen que para aquel juez que se endurece en los delitos es crimen dar sentencia contra otro pecador; no sólo si está en pecado público, por el escándalo, sino también si está en pecado oculto; porque no sigue a la justicia por el afecto de dicha virtud. Pues quien está en un delito está huérfano de todas las virtudes y, por consiguiente, carece del hábito de la justicia.» El mismo Santo Tomás suscribió esta opinión en su comentario a las sentencias de Pedro Lombardo (Lib. IV, dist. 19, qu. 2, art. 2) (16). Esta tesis concuerda de cierto modo con la concepción que Santo Tomás recibe de Aristóteles (17) y a la que sigue fiel también en la *Summa* (18) con arreglo a la cual el juez es «iustitia animata».

No obstante, por lo demás Santo Tomás ha cambiado de parecer en la *Summa*. En ella (IIª IIªe, qu. 60, art. 2) Santo Tomás formula tres requisitos para que el juicio sea justo: en primer lugar el juez ha de proceder por inclinación hacia la justicia; en caso contrario el juicio es perverso o injusto. En segundo lugar al juez debe asistir la necesaria autoridad jurisdiccional; en caso contrario el juicio es usurpado. En tercer lugar el juez ha de observar la recta razón de la prudencia; en caso contrario el juicio es sospechoso o temerario. El problema del juez pecaminoso se relaciona con el del sacerdote pecaminoso que administra los sacramentos (19).

Soto sigue en lo esencial a Santo Tomás y llega a la conclusión de que el juez que es pecador puede, no obstante, condenar a pecadores si su delito es oculto (20).

---

(15) Domingo SOTO, *Tratado de la justicia y el Derecho* (trad. castellana de Jaime Torrubiano Ripoll, Madrid, Reus, t. II, 1926, pp. 308-309: Liber III, qu. 4, art. 2).

(16) Así lo recuerda SOTO (l. c.) y CAYETANO en su comentario a la *Summa*, IIª IIªe, qu. 60, art. 2.

(17) *Ética a Nicómaco* (edición Bekker, libro V, cap. 7, p. 1.132, columna a, líneas 23-24).

(18) IIª IIªe, qu. 60, art. 1, respondeo.

(19) V. SANTO TOMÁS, l. c., IIIª, qu. 64, art. 6: «Utrum mali ministrantes sacramenta peccent».

(20) SOTO, l. c., libro III, qu. 4, art. 2.

Ahora bien, en todo este cúmulo de problemas no se debe olvidar que los teólogos moralistas cuyas opiniones acabamos de exponer, no se preguntan por la validez de la sentencia del juez pecaminoso, sino que cuestionan acerca de si un juez pecaminoso peca o no al dictar sentencia. No obstante, entre ambos planteamientos existe una relación, puesto que si el juez peca al emitir sentencia, no actúa con la virtud de justicia, y esta deficiencia puede afectar a la justicia del acto, o sea a la misma sentencia convirtiéndola en injusta.

## 2) Solución jurídica

El Derecho distingue entre el juez-delincuente y la sentencia delictiva. No todo juez-delincuente dicta sentencias delictivas, aunque una sentencia delictiva siempre emana de un juez-delincuente.

a) *Juez - delincuente.* — En las reglamentaciones jurídicas de nuestro problema hay que distinguir la reglamentación del ingreso en la carrera y las causas de la destitución del cargo. En ambos supuestos se tiene en cuenta la vida entera del juez.

a') El art. 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial enumera una larga lista de causas que hacen imposible el nombramiento de un juez. No pueden llegar a ser jueces, verbigracia, los que estuvieren procesados por cualquier delito (inc. 2); los que estuvieren condenados a cualquier pena correccional o aflictiva, mientras que no la hayan sufrido u obtenido de ella indulto total (inc. 3); los que hubieren sufrido y cumplido cualquiera pena que los haga desmerecer en el concepto público (inc. 4); los que tuvieren vicios vergonzosos (inc. 9); los que hubieren ejecutado actos u omisiones que, aunque no penables, los hagan desmerecer en el concepto público (inc. 10).

b') Luego estatuye el art. 223 de la misma ley que procede de derecho la destitución por sentencia firme en que se imponga a un juez o magistrado pena correccional o aflictiva, las cuales llevarán siempre consigo la destitución (inc. 2). A continuación declara el art. 224: «Podrán los jueces y magistrados ser destituidos en virtud del Real decreto acordado en Consejo de Ministros y refrendado por el de Gracia y Justicia, previa consulta del Consejo de Estado: 1.º Cuando hubieren incurrido en alguno de los casos de incapacidad que establece el art. 110, a excepción del 2.º 2.º Cuando hubieren sido corregidos disciplinariamente por hechos graves que, sin constituir delitos, comprometan la dignidad de su ministerio o los hagan desmerecer en el concepto público. 5.º Cuando por su conducta viciosa, por su comportamiento poco honroso

o por su habitual negligencia no sean dignos de continuar ejerciendo funciones judiciales.

c') No resulta fácil explicar las razones que asisten a la ley para exigir del juez en general que no haya incurrido en delitos o vicios. No se puede probar que un delincuente sea peor juez que un hombre recto. En primer lugar no se debe olvidar que el vitalismo nos ha abierto los ojos para ver la fundamental diferencia entre lo propio y lo ajeno. Por esta razón sería equivocado pensar que el juez-delincuente-pecador se equiparare al acusado y que extendiere a él su propio desec de no sufrir pena por sus fechorías. Es mucho más probable que el juez pecaminoso se haya construído una ideología a propósito para justificar sus propias hazañas, ideología que estará lejos de aplicar al acusado. En segundo lugar, precisamente por no haber vivido divorciado de la realidad, su comprensión del delito será más profunda y su sentencia más justa, por ser más humana que la de un juez que nunca ni siquiera ha paladeado la bebida embriagadora del vicio. Traigo a capítulo las palabras del poeta boliviano-tucumano Ricardo Jaimes Freyre: «¡Pobre juez de la vida quien antes no fué reo!» (Los sueños son vida). La verdadera causa de la exigencia de pureza debe ser otra.

¿Es posible mantener que la moralidad es una e indivisible y que, por ende, quien haya incurrido en cualquier falta, es siempre sospechoso también de perpetrar delitos de cohecho o prevaricación? Semejante tesis sería atrevida, puesto que, si bien es cierto que quien cometa delitos de hurto o robo también llevará a efecto un delito de cohecho, no lo es menos, que un delito pasional no evidencia una predisposición para los delitos referentes a la confección de una sentencia.

Creemos que se trata más bien de una consideración de justicia formal, o sea de la igualdad: quien no respeta la ley, tampoco puede exigir que los demás le tributen respeto.

b) *Sentencia delictiva.*—a') Sólo un delito perpetrado por el juez referente a la confección de la sentencia misma podría dar lugar al juicio de revisión. En este sentido establece, por ejemplo, el art. 1.795 de la ley de Enjuiciamiento civil española que habrá lugar a la revisión de una sentencia firme. 4.º Si la sentencia firme se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta.

b') Lo que no requiere explicación es que se anule cualquier sentencia en cuya confección ha intervenido un delito del juez—cohecho (por ejemplo, arts. 256, 257, 259 Código Penal argentino) o prevaricato (arts. 269, 270 Código Penal argentino)—, pues-  
to que su justicia es más que dudosa. Tampoco es difícil justificar

la inhabilitación absoluta, perpetua o temporaria, que en tales casos se produce (arts. 256, 257 y 259; 269, 270), ya que existe la fundada sospecha de que el juez falseará de nuevo la justicia.

Lo que tal vez requiera una meditación es el hecho de que ninguna clase de inmoralidad pública u oculta en la vida del juez afecta a la validez de sus sentencias, excepto los casos de delitos dirigidos directamente contra su justicia. Esta solución se debe al principio del fraccionamiento que opera en el amplio campo de la justicia en innumerables casos. La justicia alberga en su seno un afán incontenible de expansión: la justicia no queda satisfecha hasta que no se haya hecho justicia en todos los casos y en todos ellos justicia completa. Pero como no es posible satisfacer este anhelo de universalidad sin dejar de hacer justicia lo que a su vez constituye una injusticia, es fuerza fraccionar la materia y hacer justicia por partes. La justicia completa de un fallo requeriría que el mismo dimanare de un juez sin tacha. Pero como la búsqueda de tal juez paralizaría la marcha de la justicia, se aceptan sentencias aun de jueces pecadores, con tal que no pecaran al dictar sentencia.

### 3) *Apéndice: Los criminales de guerra*

Nuestro problema del juez pecaminoso ha sido vivamente discutido en la actualidad con motivo del proceso contra los criminales de guerra. Algunos autores mantienen la tesis de Angelo. «Si un hombre es acusado de asesinato, el hecho de que el juez pueda ser inculpado de otro asesinato cometido en otro tiempo y en otro lugar no tiene nada que ver con el proceso» (21). Por el otro lado hay quienes alegan que «las naciones que se erigieron en jueces eran, en gran parte, por lo menos, responsables de los mismos delitos por los cuales juzgaban al vencido» (22).

Hay que distinguir entre el legislador pecaminoso y el juez incurso en pecado. Ahora bien, como el legislador sometido a su propia ley mediante una autocbligación le está tan subordinado

---

(21) Así «Nüremberg in retrospect» (en *Round Table*, núm. 145, diciembre de 1946, pp. 22 a 28, artículo resumido en *REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS*, XVII, pp. 626 y ss., y citado por TRUYOL y SERRA, «Crímenes de guerra y Derecho Natural», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. I, núm. 1, 1948, p. 59). La afirmación citada requiere una fundamentación más profunda; pero su crítica por TRUYOL también la necesita.

(22) Así PHILIPP, citado con arreglo a TRUYOL, l. c., p. 67.

como el juez, la verdadera distinción ha de hacerse entre el legislador «legibus solutus» y legislador y juez a ellas sometidos.

a) *El legislador pecaminoso.*—a') El legislador absoluto, es decir, el legislador no sometido o no sometible a su propia ley, no debe en justicia castigar un delito que él mismo no es capaz de evitar. Con ello el legislador infringiría el principio de la igualdad: él se reserva el derecho a hacer lo que desea impedir que lo hagan los demás.

Shakespeare expresa esta opinión en su obra en tres oportunidades y siempre a través de la boca del duque. En el acto III, escena segunda, le hace decir:

He who the sword of heaven will bear  
Should be as holy as severe;  
Pattern in himself to know,  
Grace to stand, and virtue go;  
More nor less to others paying  
Than to self-offences weighing.  
Shame to him whose cruel striking  
Kills for faults of his own liking! (23).

Luego, en el acto IV, escena segunda, el duque proclama:

Were he meald  
With that which he corrects, then were he tyrannous;  
But this being so, he's just (24).

El último pasaje se encuentra en el acto V, escena primera:

Next, it imports no reason  
That with such vehemency he should pursue  
Faults proper to himself: if he had so offended,  
He would have weigh'd thy brother by himself,  
And no have cut him off (25).

---

(23) Quien quiera blandir la espada del cielo ha de tener tanta santidad como rigor; tesón para pararse, virtud para irse; que pene faltas ajenas igual a las propias. ¡Vergüenza sobre el que mate con cruel golpe por delitos que el mismo acaricia!

(24) Si él mismo tomare los platos que a los demás prohíbe, sería tiránico; en caso contrario no es sino justo.

(25) Sobre todo parece absurdo que él persiguiera con tamaña vehemencia faltas que él mismo posee. Si así fuese, habría pesado a tu hermano con la misma medida que se aplica a sí mismo y no le habría cortado el hilo de la vida.

b') La reglamentación de la criminalidad de guerra fué esbozada por ciertas naciones vencedoras: Inglaterra, Estados Unidos, Francia y Rusia (26). En cuanto éstas se consideran *legibus solutae*, infringen el principio de la igualdad: reservarse el derecho a hacer lo que desean impedir que los demás lo hagan.

La injusticia del acto de legislar no lleva aneja la injusticia de la ley si no se trata de una ley humana. En caso contrario, la justicia de la ley, por no dimanar de la voluntad viciada del legislador humano sino de la razón y voluntad divina, queda incólume.

La condena de la criminalidad de guerra procede, sin duda alguna, de la ley natural teológica, enlazando sobre todo a los mandamientos que prohíben matar y hurtar (27).

La ley natural social establece la necesidad de castigar estas infracciones severamente y, en casos de extrema gravedad, de punirlas con la pena capital. Ninguna sociedad puede subsistir en la que no se castigue el homicidio y el hurto. Precisamente por no haber habido tales castigos hasta ahora, la sociedad internacional no ha llegado todavía a constituirse. El único problema que resta consiste, por ende, en saber si la ley natural social exige la organización de la comunidad internacional. Hay que afirmar esta interrogante. La naturaleza sociable del hombre no se cumple, mientras que las diferentes naciones se enfrentan como lobos en la jungla. Si se acepta que la ley natural social castiga la criminalidad de guerra al mayor con la pena de muerte, tampoco existe retroactividad de la ley penal, puesto que la reglamentación de las naciones vencedoras no hace sino confirmar la ley natural social, prescindiendo por lo demás de los avisos que dichas naciones formularon durante la guerra.

b) *El juez pecaminoso*.—En cuanto a los jueces hay que distinguir entre los países y los jueces que constituyen el Tribunal. Estos magistrados están sometidos a la legislación establecida por las naciones vencedoras. Además, a ellos no se puede atribuir personalmente la perpetración de ninguno de los crímenes de guerra, de modo tal que con respecto a ellos el problema del juez pecaminoso ni siquiera se suscita (28).

(26) V. el plan para el juzgamiento de los criminales de guerra (reproducido, p. ej., en *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, año I, núm. 3, pp. 73 y ss.).

(27) V., p. ej., TRUYOL, l. c., pp. 48 a 52.

(28) No entramos en otro problema distinto: el del juez que aparece igualmente como parte y el de la relación entre «parcialidad» y parcialidad (v. nuestro trabajo «La imparcialidad como principio básico del pro-



## II. EFECTOS DEL PACTO CELEBRADO CON ISABELA

El último problema que nos toca analizar es el de la justicia de la confirmación de la condena de Claudio de parte de Angelo en vista de su trato hecho con Isabela. A este efecto supongamos que Isabela hubiere cumplido su promesa, porque Angelo cree que así lo haya hecho y sobre todo porque, desde el punto de vista moral, lo mismo da de si la que se entrega a Angelo es Isabela o Mariana.

Si un pacto es inmoral, el pacto es nulo; y el Estado no concede acciones a ninguna de ambas partes para pedir su cumplimiento (29). Por el otro lado, el Estado no se presta tampoco a que alguna de las partes recupere lo entregado. Por esta razón no se puede pedir la devolución de *quod meretrici datur* (30). Lo que en nuestro caso nos interesa saber es si una de las partes cumple lo prometido, la otra debe en justicia también cumplir o si debe, al contrario, retener su prestación.

### 1) Pacto inmoral por la conducta de una parte

Puede ser que la inmoralidad del contrato, aunque siempre provoca su nulidad, se deba, no obstante, a la conducta de una sola de las partes. Piénsese, por ejemplo, en el pacto de rescate entre el secuestrador y el familiar de la víctima. Este pacto es nulo. Ni el secuestrador puede pedir el dinero, ni el familiar la entrega de la víctima, ni la devolución del dinero pagado. Pero todo ello es así sólo con respecto al pacto como fundamento de dichos derechos. Acudiendo, en cambio, a la ley, claro está, que el familiar

---

ceso», Publicaciones del Instituto Español de Derecho Procesal, Madrid, 1950).

(29) La ley (demasiado) humana atribuye a veces validez a un pacto inmoral. La reglamentación estatal de la prostitución ha sido interpretada algunas veces como comprensiva de un derecho de la mujer a pedir, aun ante los tribunales, su precio (v. THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts*, ed. 9.ª, Jena, Mauke, t. I, 1846, § 555, pp. 464, 465). En este supuesto el Derecho positivo considera este contrato como válido —en contra de la Ley Natural Teológica— aunque niegue la accionabilidad del derecho del cliente.

(30) En contra LABEÓN y MARCELO en D. 12, 5, 4, 3. V. SOHM, *Instituciones de Derecho privado romano* (trad. española de Roces, Madrid, Editorial Rev. de Der. Priv., 1936, § 69, I, 3, p. 406).

puede exigir la liberación de la persona secuestrada e igualmente la devolución del precio pagado mediante una *condictio sine causa*. Cae de maduro que el secuestrador no puede pedir el pago del rescate, por ser nulo el pacto y porque la ley no le asiste. Ahora bien, una vez entregada a la persona secuestrada, el familiar no está obligado moralmente tampoco a pagar el rescate.

## 2) Pacto inmoral por la conducta de ambas partes

En esta hipótesis hay que distinguir si de las dos prestaciones permutadas sólo una es intrínsecamente inmoral, siendo la otra de por sí indiferente, o si ambas pecan de inmoralidad.

a) *Con sólo una prestación inmoral.*—Tenemos un ejemplo del primer supuesto en el pacto entre la mujer pública y el que solicita sus servicios contra precio. Si en este caso no fuere posible deshacer lo actuado, como en el supuesto de la ramera, de ninguna manera le es lícito a la otra parte retener su prestación, moralmente indiferente, y menos aún pedir su devolución habiéndola realizado.

b) *Con dos prestaciones inmorales.*—En el caso de Angelo, al contrario, ambas prestaciones son intrínsecamente inmorales: tanto lo es la de Isabela como lo es el indulto que Angelo promete. En esta situación, la persona que ha recibido ya su beneficio tiene la obligación de no llevar a cabo la contraprestación prometida. Estimamos, por consiguiente, que Angelo actúa bien, cuando, lejos de dictar el indulto prometido de Claudio, reitera su orden de llevar a cabo la decapitación del culpable. En esta materia rige, pues, el adagio romano: *In pari turpitudine melior est causa possidentis* (31).

\* \* \*

Hemos llegado al final de nuestro análisis de los problemas de justicia que la obra de Shakespeare *Medida por medida*, suscita.

---

(31) El caso en el que ambas prestaciones son lícitas, siendo el engranaje inmoral —ejemplo: dádiva al juez para que dicte una sentencia justa— son siempre supuestos en los que la inmoralidad recae sobre la conducta de una sola parte. Nadie da dinero a un juez para que dicte una sentencia justa si no hay sospecha fundadísima que, no dándolo, no la dictaría. El impedir al dador la acción recuperatoria redundaría sólo en provecho de la inmoralidad de los jueces y no de la moralidad del público expuesto indefenso a aquéllos.

Creemos que sólo análisis de este tipo, análisis de problemas concretos de justicia, pueden abrir el camino hacia una renovación integral de nuestra concepción de la justicia, ideal, que, con arreglo a los hermosos versos de Eurípides (*La sabia Menalipa*), repetidos en la *Ética a Nicómaco de Aristóteles*, es más admirable que el «lucero del alba».

WERNER GOLDSCHMIDT

