

**FUNDAMENTO IUSFILOSOFICO DE LA PRESTACION LIBERAL:
LA JUSTICIA ESPONTANEA**

WERNER GOLDSCHMIDT

Profesor titular de Filosofía del Derecho
en la Universidad Nacional de Bs. As.

I N D I C E

INTRODUCCION.

- I. La dimensión social.
 - 1) El trueque.
 - 2) La liberalidad.
 - 3) Relaciones sociales entre trueque y liberalidad.

- II. La dimensión normológica.
 - 1) Contratos conmutativos.
 - 2) Actos liberales.
 - a) En Derecho Interno.
 - b) En Derecho Internacional Público.
 - 3) Relaciones normológicas entre contratos conmutativos y la liberalidad.

- III. La dimensión dikelógica.
 - 1) La Justicia Conmutativa.
 - 2) La Justicia Espontánea.
 - 3) Relaciones dikelógicas entre Justicia Conmutativa y Justicia Espontánea.

Analizaremos en lo que sigue el concepto de "donación" en las tres dimensiones que cualquier institución jurídica ofrece ¹: la social, la normológica y la dikelógica. Veremos cómo nuestras disquisiciones nos conducirán a una ampliación del esquema filosófico que Aristóteles ofrece de la justicia.

Antes de entrar en materia queremos advertir que partiremos del concepto de la "prestación liberal" que comprende la donación "donandi causa", pero que abarca igualmente la donación remuneratoria, las gratificaciones, las propinas, el testamento, etc.

- | -

LA DIMENSION SOCIAL

I – El trueque

Encontramos en la realidad social repartos autónomos que se realizan con arreglo al esquema del trueque. En ellos cada parte es repartidor y recipiendario a la vez: repartidor de potencia y recipiendario de impotencia. El vendedor reparte al comprador la potencia del dominio sobre la cosa vendida y recibe simultáneamente la impotencia de la pérdida del mismo; el comprador reparte al vendedor la potencia de la fuerza adquisitiva, siendo simultáneamente recipiendario de la impotencia de su privación. El resultado es, pues, que cada cual es repartidor de potencia y doblemente recipiendario, una vez recipiendario gravado y otra vez recipiendario beneficiado. Ser recipiendario gravado es en nuestra hipótesis sólo el reverso del anverso de la medalla que es repartir potencia a la otra parte.

II – La liberalidad

Pero la realidad social nos muestra también, si bien hoy en día en menor grado, repartos autónomos que no se basan en el trueque, sino que ofrecen un cuadro altruista. En una donación verbigracia el donante aparece como repartidor de potencia para el donatario como recipiendario beneficiado, mientras que el repartidor es automáticamente recipiendario gravado. Al contrario el donante no es en ningún momento recipiendario beneficiado, ni es el donatario nunca recipiendario gravado.

1 V. W. Goldschmidt, "Introducción Filosófica al Derecho", 6ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1978.

III – Relaciones sociales entre trueque y liberalidad

Según las clásicas investigaciones de Marcel Mauss² en los pueblos arcaicos los contratos sinalagmáticos son sustituidos por donaciones recíprocas. Hay obligación de donar, aunque no existe el derecho de pedir que se lleve a cabo la donación; por el otro lado, se admite una obligación de devolver algo, lo mismo o un objeto equiparable, al donante.

Parece, por ende, que en una etapa primitiva de la humanidad los hombres encontraban dificultades de ligar la prestación a la contraprestación y que por ello descomponían el contrato sinalagmático en dos donaciones. De cierto modo, los primitivos no sabían leer la palabra entera del contrato sinalagmático y lo delectaban como suma de dos donaciones. Desde el punto de vista dekológico, los primitivos fraccionaban la realidad compuesta detrás de cada prestación. Las mentes más desarrolladas, en cambio, desfraccionaban considerando como unidad la ligazón intrínseca de las donaciones.

- II -

LA DIMENSION NORMOLOGICA

I – Contratos conmutativos

Los repartos autónomos en que cada parte es repartidor de potencia e independientemente recipiendario beneficiado se conceptualizan como contratos conmutativos o recíprocos o sinalagmáticos. Las prestaciones de una parte se prometen como remuneración de las prestaciones de la otra³. En el Derecho Pandectista se habla de "contractus bilaterales aequales"⁴. En el Derecho Romano posclásico se establece, sobre todo para contratos reales innominados, las cuatro categorías del "do ut des, do ut facias, facio ut des y facio ut facias"⁵.

La dependencia recíproca de las prestaciones se manifiesta en la excepción que tiene cada parte de no pagar hasta que no pague la otra;

-
- 2 Sociologie et Anthropologie, Presses Universitaires de France, Paris, 1930. Le don et en particulier de l'obligation de rendre les présents, ps. 145 y ss.
 - 3 V. Euneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, ed. 14, Mehr, Tübingen 32, II. D. 133.
 - 4 Heck, Grundriss des Schuldrechts, Mohr, Tübingen, 1929, § 42,1, p. 126.
 - 5 Sobm, Instituciones del Derecho Privado Romano, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1936, p. 367.

"exceptio non adimpleti contractus". Esta excepción es un caso especial del principio general de la reciprocidad.

II – Actos liberales

a) En Derecho Interno

En el Derecho Privado hallamos numerosas prestaciones liberales, concepto mucho más amplio que el de donación.

La prestación más liberal de todas es la institución de alguien como heredero (a no ser que se trate de un heredero forzoso) o como legatario. En efecto, el testador no puede albergar ninguna segunda intención de tipo egoísta.

Al lado de la donación "mortis Causa" nos encontramos con la donación "inter vivos" que se hace "donandi causa". El Derecho contempla la donación con cierta desconfianza. La "lex Cincia de donis et muneribus" del año 204 A.C., prohíbe las donaciones excesivas; sin embargo, se trataba de una "lex imperfecta"⁶. A fines del siglo III D.C., se exige que las donaciones se inscriban en un registro llevado por los tribunales (llamada insinuación)⁷. El monto de las donaciones se limita, por un lado, por la prohibición de las donaciones infecciosas que perjudicarían a los futuros herederos del donante, por el otro, por la posibilidad de incapacitarle a causa de su prodigalidad, si las donaciones le perjudican a él. En muchos Derechos se prohíben donaciones entre cónyuges y entre padres e hijos.

El donante que promete válidamente una donación (promesa de donación o, como dice Heck, donación de promesa), tiene contra la acción del donatario el "beneficium competentiae". Desde el Derecho Justiniano las donaciones pueden revocarse por grave ingratitud⁸. Esta regla significa que, si bien la donación hecha "donandi causa" es un negocio altruista, el donante tiene derecho a contar con cierta gratitud o, por lo menos, a contar con que el donatario no incurrirá en grave ingratitud.

Las llamadas "donaciones remuneratorias" no se efectúan "donandi" sino "remunerandi" causa⁹. Ellas son prestaciones liberales en cuanto al donatario no tiene acción para exigir las; mas ellas no son donaciones. Sería absurdo pedir del donatario gratitud, si es el donante el que lleva

6 V. Sohm, 1. c., ps. 205 y ss.

7 V. Sohm, 1. c.

8 V. Sohm, 1. c., p. 206.

9 Sobre liberalidades que no son donaciones v. Borda, Tratado de Derecho Civil Argentino, Contratos, t. II, Perrot, Buenos Aires, 1962, nº 1504, p. 327. Una propina no es donación (1. c., p. 373). El Código Civil argentino niega la personalidad de la donación remuneratoria al equipararla a la gratuita (art. 1824).

a cabo la donación por gratitud. Por ello, no se admitirá la revocación por grave ingratitud del donatario. No se exige la insinuación. También se admitirán tales donaciones entre cónyuges y entre padres e hijos. En realidad, en las mal llamadas "donaciones remuneratorias" incumbe al donante una obligación de retribuir el servicio prestado, si bien el donatario no tiene una acción de pedir la retribución¹⁰. Frecuentemente la donación remuneratoria recompensa una auténtica donación previa del donatario.

Tampoco se trata de donaciones auténticas, si el donante cumple con ellas un deber social como ocurre en donaciones hechas con motivo de santos, cumpleaños, bodas, inauguración de negocios, etc. El § 534 del Código Civil alemán dispone expresamente que donaciones llevadas a efecto con miras a deberes morales o de urbanidad no son revocables.

El que paga un crédito respecto al cual ya transcurrió el plazo de prescripción liberatoria, cumple con liberalidad, porque no se enfrenta con una sanción, pero no dona, ya que posee una deuda¹¹, paga "sol-vendi causa".

Tampoco son donaciones, ni siquiera donaciones remuneratorias¹², las prestaciones liberales del Derecho Laboral, como propinas, gratificaciones, premios de estímulo para puntualidad, falta de ausencias, etc. Tampoco en estos casos se admite revocación por ingratitud. En principio, estas prestaciones forman parte de la remuneración del trabajo.

Una prestación liberal es también la fundación.

Sin embargo, instituciones enteras descansan sobre una base liberal. Mencionamos la patria potestad y la adopción. Es cierto que en ambas instituciones se dan ciertos derechos judicialmente perseguibles –derecho a pedir alimentos –; pero no lo es menos que el contenido inagotable del cariño paternal jamás será encausable en acciones judiciales y que se derrama sobre el hijo de manera liberal. Padres de sangre y adoptantes están obligados a proporcionar a sus hijos "calor de nido"; pero éstos no poseen una acción judicial para reclamarlo.

-
- 10 Se discute el carácter de la donación remuneratoria como donación. La consideran como donación Savigny, Sistema del Derecho Romano Actual, traducción Guenouse, 2a ed., París, Didot, t. IV, 1856, § 153, ps. 87 ss., exceptuando el caso de una remuneración para el que salvó la vida de uno (basándose en un pasaje de Paulo). Contra el carácter de donación de la llamada "donación remuneratoria" Thibaut, System des Pandekten-Rechts, 9ª ed., Wanke, 1846, § 409, p. 419; Sohm, 1. c., p. 207; Pianiol-Ripert, Traité Elementaire de Droit Civil, París, 11a ed., t. III, 1932, n° 2506, ps. 654, 655 que pide que el donante actúe con la intención de liberarse de la deuda.
- 11 Werner Goldschmidt, La renuncia del Estado a la defensa de la prescripción y su alegación como causa extintiva del crédito, en Estudios Jurídico-Sociales, Homenaje a Luis Legaz Lacamba, Santiago de Compostela, II, 1960, ps. 969 ss.
- 12 Así Heck, 1. c., § 94, 4, p. 296.

b) En Derecho Internacional Público

En las relaciones internacionales se dan casos frecuentes en los cuales los Estados actúan con liberalidad. Un Estado presta auxilio judicial internacional a otro (p. ej. concede una extradición) sin que esté obligado a hacerlo por medio de un tratado o del Derecho Consuetudinario Internacional. Un Estado "regala" por razones de cooperación o de propaganda cultural a otro libros, revistas, semillas de olivo¹³ o semilla de trigo¹⁴ o le deja en comodato esculturas y pinturas para su exhibición o un Estado "dona" a otro un terreno para que construya sobre el mismo el edificio de la Embajada. Recordamos también los "regalos" que jefes de Estado y ministros se suelen obsequiar. En estos supuestos se trata de deberes auténticos del Estado donante, pero a cuyo cumplimiento no se dirige ningún derecho coercible del Estado donatario. No tratándose de donaciones, el Estado ordena la liberalidad mediante decreto, pero no por ley¹⁵.

Hallamos la misma situación en el problema de la llamada aplicación del Derecho extranjero. Ningún Estado, con tal que no haya un tratado pertinente, posee un derecho coercible contra otro a que el último aplique Derecho del primero en casos mixtos con elementos preponderantes de él. No obstante, el Estado ante cuyos tribunales se radican los casos, tiene una obligación de aplicar Derecho extranjero. El Estado aplicador no actúa por conveniencia ("comitas") conforme afirmaba la Escuela Holandesa del siglo XVII, sino que cumple con su deber; por otro lado, cumple liberalmente, porque no se enfrenta con un derecho coercible.

IV – Relaciones normológicas entre contratos conmutativos y la liberalidad

El Derecho anglosajón¹⁶ considera con desconfianza promesas liberales carentes de forma especial, como p. ej. promesas de donaciones, promesa de quita, promesa del empleador de subir el salario, oferta vinculatoria, etc.

El origen está en que una promesa liberal carece de una causa económica, de una "consideration". Sólo el trueque con su intercambio de prestación y contraprestación es respetable ("bargain theory")¹⁷. Por lo

13 A la India (v. dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación del 1. II. 1977 en t. 143, p. 106).

14 A. Venezuela (dictamen del 16.VI.1953 en t. 46, p. 329).

15 V. dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación del 9X1978 (t. 14, ps. 37 y ss.), referente a una gratificación.

16 V. a lo que sigue Friedrich Kessler, *Einige Betrachtungen sur Lehre von der Consideration*, en *Festschrift für Ernst Rabel*, Mohr, Tübingen, 1954, ps. 251 ss.

17 Teoría del intercambio.

demás, los anglosajones no son muy rigurosos al pedir una contraprestación; basta que ella sea formal. Así se admite la venta de una finca que vale 10.000 dólares por uno ("peppercorn theory")¹⁸.

No basta como "consideration" que el beneficiario haya prestado un servicio en el pasado. "Past consideration is no consideration"¹⁹. Pero si el servicio remunerado consiste en la salvación de la vida del donante la donación es válida y obliga inclusive a los herederos del donante (caso Webb v. Me. Gowan, 1935). En tal caso se admite una "moral consideration", una doctrina que remonta hasta Lord Mansfield.

Observamos de cierto modo en la dimensión normológica el fenómeno inverso que hallamos en la dimensión social. En esta el pensamiento primitivo descompone una compraventa en dos donaciones: el vendedor dona la cosa, el comprador el precio. En aquella, al contrario, pensamiento sofisticado intenta apretar una donación en el molde de una compraventa.

- III -

LA DIMENSION DIKELOGICA

Aristóteles divide la justicia en Justicia Pública y Justicia Privada; y llega a ser así el primero que proclama la distinción entre Derecho Público y Privado. La Justicia Pública abarca la Distributiva, la legal o General y la Penal. La Justicia Privada es la correctiva que comprende la conmutativa.

I – La Justicia Conmutativa

La Justicia Privada actúa dentro del Estado entre particulares. Aunque Aristóteles piensa en particulares-individuos, hemos de equipararles particulares-personas jurídicas. Por el otro lado, la Justicia Privada se desempeña igualmente entre Estados en pie de igualdad.

La Justicia Conmutativa valora como justo un trueque. Ello es así no sólo con respecto a contratos conmutativos, sino también con miras a canjes extracontractuales. No sólo el valor del precio debe adaptarse al valor de la cosa vendida. Igualmente la importancia del daño debe corresponder al monto de la indemnización. He aquí la igualdad aritmética Aristotélica.

18 Teoría de simiente de pepino.

19 La causa pesada no es causa.

En la Justicia Conmutativa, en principio, nadie gana ni nadie pierde.

2 – La Justicia Espontánea

En el esquema del Estagirita falta, en cambio, una valoración de las prestaciones liberales. Con respecto a ellas la Justicia Conmutativa resulta inaplicable. Por ello probablemente las prestaciones liberales encontraron tanta desconfianza; y se intentó acercarlas sea como fuese a los contratos conmutativos, sea de modo centrífugo como en la dimensión social, sea de manera centrípeta como en la dimensión normológica.

La Justicia Espontánea valora la prestación liberal. Como ella da potencia al recipiendario beneficiado, ella es justa, a no ser que ella dé impotencia injustamente sea al mismo repartidor, sea a sus familiares. Pero para que esta adjudicación de impotencia resulte injusta, la prestación liberal debería haber sido desproporcionalmente importante. En este orden de ideas la prestación liberal menos importante, ha de ser la que se hace "donandi causa". La más importante será la que se hace "sonvendi causa". E intermedias serán las que se hacen "remunerandi causa".

En la Justicia Espontánea uno pierde y otro gana. Pero el que pierde, pierde voluntariamente y no hace daño excesivo ni a otros, ni a sí mismo.

No se debe confundir con la Justicia Espontánea repartos hechos a título de gracia. La gracia es una manifestación del amor real de Dios, de los padres, de los cónyuges, etc., y supone el desfraccionamiento hasta los móviles últimos. Ella no produce actos jurídicos. En el mundo jurídico no se pregunta si una donación se hace por amor sino si se hace "donandi causa" lo que supone el examen de circunstancias objetivas más allá de las cuales no se desfracciona.

3) Relaciones dikelógicas entre la Justicia Conmutativa y la Justicia Espontánea

La Justicia Conmutativa y la Justicia Espontánea están unidas en la regla de oro de la Justicia "Lo que tú ni quieres que te lo hagan, hazlo tampoco a los demás!"²⁰. Lo que tú quieres que te lo hagan, hazlo a los demás²¹". La parte negativa contiene la Justicia Conmutativa. En efecto, quien comete un entuerto contractual o extracontractual, pone en movimiento la cadena de la reciprocidad, de la retorsión, de la represalia, en una palabra "el iustalionis". No hay equilibrio hasta que el delito no haya sido seguido por la sanción. La parte positiva, en cambio, expresa la Jus-

20 Tobías IV, versículo 16.

21 San Mateo, VIII, versículo 12.

ticia Espontánea. Quien hace algo bueno, quien adjudica gratuitamente un bien a otro, no provoca ninguna reacción, toda vez que en caso contrario la liberalidad perdería su quintaesencia y desembocaría en un contrato sinalagmático. La Justicia Conmutativa con su ritmo implacable de prestación, y contraprestación, delito y sanción es la justicia de la "talia"; la Justicia Espontánea es la Justicia Evangélica.