

LA JUSTICIA Y EL DERECHO

4

Sin lugar a dudas, el término justicia es el más usado y, a la vez, el más difícil del universo jurídico, seguramente porque su naturaleza es la más apropiada y la más complicada de afianzar para los iniciados en el *arte del Derecho*, al tiempo que para toda persona que emplea analógicamente o abusivamente el término. En efecto, es común escuchar reclamos de justicia ante las más variopintas situaciones, sin encontrar en muchas de ellas precisión respecto a lo que reclaman, en razón a que no hay consistencia en el manejo conceptual. Por ejemplo, se oye continuamente que tal o cual impuesto es injusto y, al tiempo, que a cierta persona se le ha tratado injustamente. ¿Qué tienen en común semejantes aseveraciones? ¿Cuál definición de justicia es la apropiada para que su negación sirva para calificar por igual situaciones tributarias, de trato interpersonal, entre otras muchas situaciones?

El uso coloquial del término justicia para designar una gran cantidad de situaciones, e incluso para calificar personas o cosas, es evidentemente la principal dificultad para enfrentar un análisis del mismo, así como de lo justo, desde la perspectiva del jurista. De este obstáculo se han servido posturas contrarias al Realismo Jurídico Clásico, como las de Kelsen y Ross, para considerar que el reclamo de justicia no es más que una respuesta emocional frente a una situación desfavorable a un interés que, como tal, es relativo, pues es apenas una percepción subjetiva de valores.¹¹³ Advierte Ross, por ejemplo, que cuando alguien afirma que una norma jurídica es injusta, no expresa ninguna cualidad discernible en

.....
¹¹³ Hans Kelsen, *¿Qué es la justicia?* (México: Fontanamara, 1996), 17-27.

ella, de manera que si una persona exclama “*Estoy en contra de esta regla porque es injusta*”, lo que debería decir es “*Esta regla es injusta porque estoy en contra de ella*”.¹¹⁴

En tal sentido, dicha postura sugiere que la justicia no constituye materia de discusión racional, sino que, a lo sumo, se trata de una mera expresión emocional y no argumental. Porque, afirma Ross:

¿A quién se le ocurriría referir la validez de las normas del ajedrez a una validez *a priori*, a una idea pura del ajedrez, puesta en el hombre por Dios o deducida de la eterna razón humana? El pensamiento es ridículo porque no tomamos al ajedrez tan en serio como al derecho, y ello es así porque hay emociones más fuertes asociadas a los conceptos jurídicos. Pero ésta no es una razón para creer que el análisis lógico deba adoptar una actitud fundamentalmente diferente en uno y otro caso.¹¹⁵

La tesis que subyace a toda negación de ese tipo es que el problema de la naturaleza del Derecho *debe* o *tiene* que estar desprovisto de cualquier consideración metafísica y/o antropológica, porque la labor del jurista es interpretar el *Derecho vigente* (de Colombia, Venezuela, Estados Unidos, etc.) sin cuestionar el significado representativo de tal concepto.

Frente a la mencionada concepción, el Realismo Filosófico, y su corolario el Realismo Jurídico, “sostiene que la realidad no se confunde con el mundo material y que aquella realidad posibilita el conocimiento más allá de nuestra propia conciencia”.¹¹⁶ De esta manera, se reconoce que

el Derecho, en tanto ordenamiento jurídico, no tiene ningún sentido si no se traduce en una praxis concreta, cuya realización está a cargo del jurista que, a su vez, debe conocer el propósito de dicho ordenamiento, que no es otro que contribuir al orden social en lo que se refiere a la justicia. En otros términos, al jurista le corresponde la decisión del todo del orden relacional en el aspecto de la justicia, porque el Derecho es una ciencia de carácter práctico. El carácter práctico del conocimiento del sistema jurídico es un conocimiento intencionalmente dirigido a hacer “algo” y no solo a conocer, que es de lo que trata el conocimiento especulativo. Ese “algo” se traduce en

114 Agustín Squella, “Algunas concepciones de la justicia”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44 (2010): 175-216.

115 Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia* (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1997), 18-19.

116 Carlos Javier Bolívar Sánchez, “Xavier Zubiri y el fundamento reista del derecho”, (Tesis Pregrado, Universidad Católica de Colombia, 2016) 1-35. En: <http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/13913/4/Xavier%20Subiri%20y%20el%20fundamento%20re%C3%ADsta%20del%20derecho.pdf>

aplicar una norma, cumplir un deber o satisfacer un derecho; en términos generales, en hacer justicia y, por lo tanto, exige de parte del jurista una decisión práctica de la voluntad.¹¹⁷

Si el jurista considera por esencia *lo que define al ser, lo que lo constituye*, y por existencia *el hecho de existir*, resulta posible conocer la esencia de algo sin que exista una constancia y/o evidencia sensorial de su realidad material. De hecho, ese conocimiento es un conocimiento de lo real que no es presa de la duda metódica cartesiana y “tiene sentido”, sin ser un retrato lógico de la realidad sensorial, al contrario de lo que pretendiera Wittgenstein.

Desde esa fuente filosófica, el *Realismo Jurídico Clásico* considera posible la aprehensión de unos principios prescriptivos, los principios del Derecho Natural¹¹⁸. Así mismo, se define a través del material prescriptivo aportado por los principios generales del Derecho Natural Clásico y del objetivo, primario e irrenunciable, a que abocan estos principios en el Derecho: la justicia del jurista.¹¹⁹ Porque, para el Realismo Jurídico, “el Derecho es algo diferente a un acto de razón u obra de conciencia y que se encuentra en una realidad distinta de lo meramente material”,¹²⁰ esa realidad de índole metafísica es la realidad del Derecho Natural que, a su vez, es una expresión de una concepción trascendente: la realidad metafísica total, el *ser*.

Por la razón anterior, Hoyos destaca, refiriéndose a Hervada, que

al defender el realismo jurídico, Hervada acepta las ideas centrales del realismo teórico: hay cosas independientes del pensar y del querer, y esas cosas son susceptibles conocidas y de ser queridas. Lo práctico que sabe el jurista es ‘algo tan fundamental y tan importante para las relaciones sociales como es *lo justo*. El jurista se dedica a desvelar qué es lo justo en las relaciones sociales, en la sociedad; es, por así decirlo, el *técnico de la justicia*, el que sabe de lo justo y lo injusto.’ Decir, por tanto, *realismo jurídico* es decir al mismo tiempo *realismo práctico*, porque el saber jurídico es un saber práctico que busca determinar o discernir, en relaciones concretas, que es *lo justo o lo debido*”.¹²¹

117 Rojas González, “Educar en filosofía para saber estar en la realidad jurídica”, 26.

118 Rojas González, *De la justicia a los derechos fundamentales*, 6.

119 Bolívar Sánchez, “Xavier Zubiri y el fundamento reísta del derecho”, 13.

120 U.C.C., “Características que identifican la particularidad...”

121 Hoyos, “Sobre el realismo jurídico clásico”, IX.

En ese orden de ideas, resulta inadmisibles comprometer el trabajo del jurista solo a la interpretación del Derecho vigente, como si fuera un mero funcionario u operador de “lo jurídico”, en su acepción más estrecha: la legal. Como se advirtió anteriormente, de la justicia definida en el Digesto: *ius suum tribuendi y suum tribuere* (dar a cada uno lo suyo y dar a cada uno su derecho), se deduce que el *ius* o derecho y lo *suum* o lo suyo de cada uno son lo mismo. De ahí que, como diría Tomás de Aquino, el Derecho es la cosa que es suya del titular, la cosa justa o *ipsa res iusta*.

La clave del Realismo Jurídico Clásico descansa en advertir esta simple relación: si existe una virtud llamada justicia, que consiste en dar a cada uno lo suyo, es, en definitiva, porque existe un hábito de obrar el bien, que implica que un sujeto da a otro lo que es de ese otro, es decir, lo suyo. Y en eso consiste, precisamente, una relación de justicia o relación jurídica, que no es otra cosa que una relación de deuda, ya que no es posible dar en justicia aquello que no se debe, cuestión que tiene que ver con otras virtudes, como la caridad. Si A y B están relacionadas jurídicamente es porque A debe a B lo que a ésta última pertenece.

Sin embargo, y aquí radica buena parte de la confusión en el empleo del término, como la justicia es una virtud que busca el bien ajeno, se la considera como la más perfecta de las virtudes morales.¹²² Siendo una virtud de la voluntad –una potencia del espíritu– que manda hacer lo justo según el orden natural y cuya esencia se identifica con la igualdad –por ser ésta el término medio entre lo demasiado y lo poco–, es además una virtud política y social, porque en ella se pone en juego no solo el bien de uno y el de los demás, sino también el bien de la comunidad, el bien común.¹²³

En efecto, desde Aristóteles se conciben dos modos fundamentales de esta virtud de virtudes, a saber: la justicia legal, llamada también general, y la justicia particular, dividida a su vez en una justicia de las distribuciones (justicia distributiva) y una justicia de los modos de trato (justicia conmutativa). De ahí que Castaño recuerde que

la justicia general remitía en principio a la suma de las virtudes. No obstante, Aristóteles introduce una importante precisión respecto de otros autores: la justicia

122 Aristóteles, *Ética Nicómaco* 1129b – 1130a.

123 Aristóteles, *Política* 1253a 35.

general es ciertamente la suma de las virtudes, pero solo en cuanto se refieren a otro, es decir no solo al bien propio sino al ajeno; en sus palabras ‘la justicia es la única entre las virtudes que parece referirse al bien ajeno, porque afecta a los otros; lo que conviene al otro sea gobernante o compañero’. En concreto, al referirse a la justicia particular, entendió que la finalidad de esta virtud era que nadie se quedara ni con más ni con menos de lo que le correspondía.¹²⁴

En el orden de las virtudes alteritivas —referidas a otro—, la alusión a la justicia señala su cariz social, al tiempo que sitúa el problema de su naturaleza desde un principio preclaro: *las cosas están repartidas y pueden estar en poder de otro diferente a su titular*. O sea, allí donde no existe deuda no es posible hablar de justicia, puesto que esta se exige porque se debe y existe deuda cuando se puede exigir la cosa suya, porque es suya, porque le pertenece. Así, el centro de la relación jurídica, su fundamento y lo que la especifica, es esa cosa debida por un sujeto a otro sujeto, por pertenecer a este último.¹²⁵

La *determinatio* de esa relación se establece de forma normativa, en otras palabras, a través de las normas, lo cual, empero, no asigna a priori, a cualquiera norma jurídica positiva, el valor de otorgar *lo justo* o *lo debido*. Por el mero hecho de ser vigente o haber sido validada por un procedimiento formal, una “norma jurídica” no es legítima y, por ende, objeto de obediencia. De ahí que el jurista no es simplemente el que decide respecto a las normas positivas, sino ante todo por el Derecho, pues “decir *lo justo* es nombrar el *derecho* porque son lo mismo. Correlativamente, si se interfiere o ataca un derecho, decimos que eso es injusto. Lo injusto es *la lesión del derecho*”.¹²⁶ En consecuencia, el Derecho, lo suyo y lo justo son tres dicciones para significar lo mismo. El Derecho es lo justo, lo justo es lo suyo de cada uno y el arte del jurista es determinar lo justo, lo suyo de cada uno, o sea, su derecho. Y ello es tan importante que, como declara Romero,

si es del jurista realizar lo justo, decir el derecho, y ello es una labor de cognición, ha de suponerse que existe un momento de medianidad —esto es, de constatación—, por medio del cual quien dice “lo justo” justifique su obrar; de otro modo, el jurista

.....
124 Alejandro Castaño Bedoya, *Introducción a la razón práctica del Derecho. Una perspectiva del iusnaturalismo renovado* (Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2013), 77.

125 Javier Hervada, *Coloquios Propedéuticos sobre el Derecho Canónico* (Pamplona: Universidad de Navarra, 2002), 32.

126 Hervada, *¿Qué es el Derecho?*, 8.

podría suplantar al competente o simplemente declararse impedido —como de hecho muchas veces ha sucedido—. De ahí la necesidad de la “prueba judicial”: si ontológicamente no existe derecho, por ende, no puede haber título; si lo hay, solo puede ser espurio; y, por lo mismo, no hay ley aplicable. O bien, si hay derecho natural y un derecho positivo que le desarrolla, entonces hay título y, por tanto, hay necesidad de dar (restituir, devolver, etc.). La prueba judicial, entonces, es también una realidad inherente al acto de justicia; por ello, en cuanto instituto, tiene una naturaleza ontológica independiente a los hechos.¹²⁷

A continuación se revisarán sus elementos constitutivos, lo cual es naturalmente necesario.

Las cosas están repartidas y pueden estar en poder de otro

Como se vio anteriormente, siguiendo al profesor Hervada, el principio de la relación de justicia descansa en *el reparto*, pues si las cosas no están repartidas no es posible la facultad de exigir deuda alguna. Sin reparto o distribución ya hechos no hay lo suyo, ni deber, ni justicia. Aunque se reconoce que

obedecer la ley pertenece al *deber*. No es simplemente una cosa conveniente [pues] las leyes marcan lo que *en justicia* debemos a la sociedad [...] No hay, pues, solamente deberes de justicia de los particulares entre sí (justicia que recibe el nombre de *justicia conmutativa*), ni de la sociedad para con los ciudadanos (*justicia distributiva*); también hay deberes de justicia de los ciudadanos para con la sociedad (*justicia legal*).¹²⁸

Y en este marco, la racionalidad, la *recta ratio* que dirige la prudencia de la norma jurídica, demanda la idea de su adecuación social, que

consiste en la conformidad de la norma con la naturaleza de las cosas. Entendiendo por naturaleza en este caso la ontología —el ser de las cosas—, sean elementos filosóficamente calificables de esenciales, sean calificables de accidentales. Ello se resume en seguir las reglas del arte o la técnica que corresponda en cada caso [...] La naturaleza de las cosas es la estructura y sustancia de lo real exterior al hombre, que condiciona su hacer sobre la realidad objetiva circundante.¹²⁹

.....
127 Romero Infante, “La Prueba Judicial: Una aproximación realista”, 67.

128 *Ibid.*, 61.

129 Hervada, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 359.

En ese sentido, la declaración: “todo no es de todos”, es de la naturaleza de las cosas, de la estructuración constatable y lógico-objetiva de la realidad, cuyo carácter de orden adecuado al ser constituye decisivamente al Derecho. Las cosas están repartidas, tienen su titular y, por eso, la justicia sigue al Derecho y es un acto segundo, como se había dicho antes: “La justicia es la virtud de cumplir y respetar el derecho, no la virtud de crearlo”.¹³⁰ De ahí que cuando se habla de repartos justos o injustos, es necesario aclarar su carácter, sea este original o derivado.

Precisiones sobre el reparto

Se ha dicho que el arte del Derecho es el reparto justo y, al tiempo, que la justicia sigue al Derecho y restituye a su titular lo que se le adeuda, lo suyo. Dos afirmaciones que pueden parecer contradictorias si se atiende que la justicia es un acto segundo y que no crea el Derecho, es decir, no hace el reparto, por lo que a este no podría calificársele como justo o injusto.

Frente al riesgo de ese mal entendido, hay que poner en claro que existen repartos primeros (originales) y segundos (derivados). Los primeros u originales son aquellos que generan el título sobre las cosas, cuando previamente no existe titular alguno de ellas. En cambio, los segundos, son aquellos derivados de un reparto o distribución de las cosas, propio del poder o de la iniciativa privada en un acto de dominio. Como aclara Hervada,

el reparto como acto primero no es propio de la justicia, sino de otras virtudes (como la liberalidad), o del buen gobierno, los contratos, las convenciones, etc. Lo propio de la justicia en sentido estricto es el reparto segundo [...] El imperativo ‘hay que repartir las cosas’ –o hay que repartirlas bien o mejor–, si se trata de un reparto primero, esto es, si no hay un verdadero y propio derecho preexistente, no es un imperativo jurídico sino en todo caso moral. La preexistencia del derecho es, repetimos, el criterio distintivo de la justicia [...] Si un sistema *histórico y positivo* de reparto y atribuciones es injusto, lo será porque existe un derecho anterior al reparto hecho; si un sistema de reparto y atribuciones es injusto, quiere decir que no está de acuerdo con unos derechos naturales. Solo entonces habrá una verdadera injusticia.¹³¹

.....
130 Hervada, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 11.

131 *Ibid.*, 14-15.

Dadas las anteriores precisiones, resulta claro que todos los repartos primeros devienen originariamente de exigencias de justicia, que no son otra cosa que el Derecho Natural, pues lo que preexiste al Derecho Positivo no es la justicia sino el Derecho Natural. Cuando se afirma, en sentido propio, que existe un reparto injusto, lo que se exige no es cosa distinta que los preceptos y principios del Derecho Natural, tal y como se presentarán en el siguiente capítulo. Por eso, la justicia en cuanto relación jurídica se refiere solo a repartos segundos, o sea, a derechos preexistentes.

La cosa como debida

Atendiendo lo dicho previamente, solo si las cosas están repartidas es posible la facultad de exigir, aunque Hervada precisa que

el derecho en sentido primero y fundamental no es la ley ni la facultad de exigir [...] La facultad de exigir es un derivado de la índole de debida de la cosa; esa facultad secundariamente y por analogía recibe el nombre de derecho: el derecho subjetivo. Recuerda: la cosa es exigible, porque es debida. En sentido propio y estricto, el derecho es la *res iusta*, la cosa debida. Por eso, se habla del *realismo jurídico clásico*: el derecho como cosa. Es, pues, derecho el honor, el tributo, el fundo, el semoviente, etc., debidos.¹³²

Por lo mismo, sobre el honor, el tributo, el fundo, el semoviente, etc., solo puede reclamarse justicia si se adeuda, si existe el débito respecto a aquel que posee el título. En tal sentido, la justicia sigue al Derecho, lo presupone, sin que ello quiera decir que todo derecho, por ser tal, sea de suyo justo, pues se ha dicho que al Derecho Positivo antecede el Derecho Natural y por eso analógicamente puede llegar a calificarse un Derecho Positivo determinado como injusto, esto es, como contrario al Derecho Natural.

Ahora bien, atendiendo la naturaleza de las cosas, es evidente que pese a estar repartidas, no todas las cosas –corporales o incorpóreas– pueden, y de hecho esa es la razón de ser de la justicia del jurista, estar bien repartidas o, en su defecto, pueden estar en poder de otros distintos a aquél que es su titular primero. Por esta razón, muchas “cosas suyas” están en poder de otro o pueden ser dañadas o atacadas por él y, precisamente por eso, “sólo así ese *otro* podrá dar –entregar o

.....
132 Hervada, *Coloquios Propedéuticos*, 33.

respetar, restituir o reparar— a *uno* lo que es suyo. Sólo así habrá el acto de dar a uno lo suyo”.¹³³ Dicho acto corresponde por justicia no al particular, sino a aquel que domina el arte de lo justo, en otras palabras, al jurista. Se puede tener lo de otro de muy diversas maneras, esto es,

diversas formas de tener en el ámbito del propio poder el derecho —lo suyo— del otro. Fíjate: si se trata de la vida humana, tener en poder lo suyo del otro significa la posibilidad del homicidio; en el caso de los bienes materiales puede suponer tener físicamente la posesión del bien ajeno, etc.¹³⁴

Una vez advertido el principio señalado, es obvio que *dar* es una acción y no un deber, de ahí la facultad de exigir. Dar es una práctica de acción u omisión y, por tanto, una virtud de la conducta. Entonces, aclara Hervada,

toda virtud consiste en una disposición de las potencias del sujeto o hábito; no es una norma (*Sollen*) sino un hecho (una cualidad) (*Sein*). Consecuentemente la justicia, siendo una disposición de la voluntad, no es una norma (*Sollen*) sino una cualidad, un hecho *Sein*. ¿Disposición a qué? Disposición a actos, en concreto, al acto de dar. Como las virtudes se definen por sus actos, el ‘dar a cada uno lo suyo’ designa un acto, una acción (dar), no un precepto ni un deber (*debe darse*).¹³⁵

Sin embargo, como *dar* remite a la acción, no puede decirse que se le *da* a un sujeto su derecho, sino que se le posibilitan, simultáneamente, los medios para desarrollarlo. O sea, no basta que se declare formalmente la titularidad sobre una cosa —su derecho— si no se prestan los medios para ejercer el dominio sobre ella y/o para que pueda efectivamente realizarse.

Recuérdese que se *da* a cada uno *lo suyo* y que en eso consiste el arte del jurista, la justicia del jurista, la justicia particularmente considerada como una relación de deuda por la que el hombre justo *da* lo suyo a quien es su titular. Por eso es también una exageración del lenguaje reclamar justicia indeterminada para un “sujeto de derecho”. Se da, se actúa, porque a alguien se le adeuda y se les adeuda a personas singularmente consideradas, una a una, sin discriminación. La fórmula de justicia es *dar a cada uno* lo que le es debido, ni más ni menos.

.....
 133 Hervada, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 16.

134 Hervada, *Coloquios Propedéuticos*, 40.

135 Hervada, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 19.

Y ¿qué es lo debido? Naturalmente el Derecho, el *ius suum*, lo suyo. Y ¿qué es lo suyo? Naturalmente cosas, algunas de las cuales pueden ser corporales –materiales– y otras incorporeales –bienes, cargos, dignidades, actividades–, aunque siempre se encuentran referidas a otros. Esto, debido a que no hay facultad jurídica de exigencia interior. Así como no hay deuda sin deudor, no puede exigirse en justicia lo que no es “suyo”, es decir, es lo suyo de cada cual, lo que se debe dar en justicia. Queda claro que

lo justo es el *objeto de la justicia*, esto es, *aquella cosa que la virtud de la justicia impele a dar a otro por constituir lo suyo*. En otras palabras, lo justo es lo suyo de cada cual, su derecho, aquello que la justicia da”.¹³⁶

Sin embargo,

¿cómo se determina, cómo se puede hallar lo justo, lo de cada uno? Por el *título* y la *medida*. El *título* es aquello en cuya virtud una cosa está atribuida a un sujeto determinado y, por lo tanto, es suya. Por el título, aquel a quien está atribuida la cosa recibe el nombre de titular. Pueden ser título de un derecho: la ley, el contrato, los hechos jurídicos y la naturaleza humana. ¿Qué es la *medida*? Es la caracterización y delimitación intrínseca y extrínseca del derecho: la delimitación de la cosa: su cantidad, cualidad, naturaleza, etc.; el modo como la cosa es del titular: propietario, arrendatario, usuario, administrador, delegado, etc.; las facultades jurídicas que competen al titular; los presupuestos y requisitos de uso del derecho, etc.¹³⁷

Aun cuando no es del jurista decir la relación de justicia subyacente a una exigencia, es de su arte la *determinatio iuris*, o sea, decir el Derecho, lo suyo de cada cual, en su *título* y *medida* adecuadas. Esto, ya que “la relación de justicia o relación jurídica, comprende: *a*) los sujetos (deudor-acreedor); *b*) el vínculo jurídico, y *c*) el contenido o situaciones jurídicas (derechos subjetivos, deberes, facultades, poderes, etc.) que comporta la relación.”¹³⁸ Dicha relación, además, obliga a: primero, que el sujeto deudor tenga el deber de cumplir; segundo, a que se requiera de una perfecta alteridad, pues si los sujetos no son enteramente otros no hay entera distinción entre lo suyo; y, tercero, a que se debe tratar de cosas exteriores al sujeto. De esta manera, es más propio al oficio del jurista develar, si

.....
136 *Ibid.*, 27.

137 Hervada, “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”, 291.

138 Hervada, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 38.

existe deuda original, los elementos que la comprenden y en correspondencia con ellos mirar los derechos y deberes dependientes a los tipos básicos de relaciones de justicia.

Acerca de los tipos de justicia

Los tipos de relaciones de justicia son descritos por Aristóteles a través de tres clases: justicia conmutativa, justicia distributiva y justicia legal, aunque, observa Hervada, “en realidad, no se trata de clases de justicia, sino de tres criterios de determinación de lo justo”.¹³⁹

De las dos primeras clases, Aristóteles observa que “una forma tiene lugar en las distribuciones de honores o de riquezas o de otras cosas que puedan repartirse entre los miembros de la república [...] y la otra forma desempeña una función correctiva en las transacciones o conmutaciones privadas”.¹⁴⁰ En palabras de Santo Tomás, una consiste en el mutuo dar y recibir, mientras que la otra en el acto de la distribución.¹⁴¹ De la restante, Aristóteles afirma que es la virtud total, pues la mayoría de las leyes, que son las que regulan esta justicia general, “ordenan vivir según todas las virtudes y prohíben hacerlo según todos los vicios”.¹⁴² Así, las dos primeras se refieren a los modos de trato y a las distribuciones, mientras que la última trata sobre aquello que es propio de la ordenación al bien común.

La justicia conmutativa

Ya que lo dado debe ser siempre *igual* a lo debido, ni más ni menos de lo que se adeuda, la relación de justicia que determina exactamente esto se denomina justicia conmutativa. En la tesis tomista, sólo la justicia de los intercambios y conmutaciones puede caracterizarse como una justicia absoluta, porque únicamente ésta se da entre aquellos que son estrictamente iguales.¹⁴³ Por dicha razón, aclara Hervada que

139 Hervada, “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”, 296.

140 Aristóteles, *Ética Nicómaco* 1130b28 – 1131a 5.

141 Tomás De Aquino, *Summa Theologiae* I, q. 21, a. 1.

142 Aristóteles, *Ética Nicómaco* 1130b 24-25.

143 Cf. De Aquino, *Summa Theologiae* II-II, q. 61, a. 1.

la relación de deuda entre las personas surge por intercambio de bienes o por la lesión o apoderamiento de los bienes de otros. En el ámbito de estas relaciones las acciones pueden reducirse a tres clases: a) el intercambio de cosas (v. gr. la compraventa o el arrendamiento); b) la traslación de una cosa (p. ej. el comodato, o préstamo gratuito, y el depósito) que genera el deber de devolución; y c) el respeto al derecho ajeno, a lo que se opone el daño, el cual genera la restitución y, subsidiariamente, la compensación.¹⁴⁴

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que esta justicia particular es la que se da voluntariamente entre individuos, de una forma que Aristóteles llamó aritmética, porque las cosas –materiales o inmateriales–, involucradas en la relación, pueden ser siempre intercambiables por identidad (porque son iguales) o equivalencia estimada (porque tienen el mismo valor correlativo). De tal forma que cuando se exige lo adeudado al acreedor, corresponde por mandato de justicia y/o disposición jurídica, una y la misma cosa, dar a quien se debe lo suyo, no otra cosa. Por ello, esta “forma” de justicia ordena cosas como la actividad contractual, la compra, la venta, el préstamo o el usufructo, entre otras.¹⁴⁵

La justicia distributiva

Hervada llama a este criterio de determinación de lo justo: *lo debido por la colectividad al individuo*. Para él

se trata de distribuciones y repartos, la igualdad que importa es distinta: es la igualdad de proporción. Algunas veces la distribución se hará por partes iguales, por exigirlo así la igualdad de proporción, pero muchas otras veces se distribuirá a partes desiguales. La igualdad de proporción es distinta a la igualdad aritmética. La igualdad distributiva o igualdad de proporción no consiste en dar a todos lo mismo, sino en distribuir las cosas en proporción a la finalidad del reparto o distribución [...] Lo importante es que se guarde la proporción, que se determina por la finalidad del reparto [...] Cuando no se guarda esta igualdad proporcional, aparece la discriminación injusta.¹⁴⁶

.....
144 Hervada, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 39.

145 Cf. Aristóteles, *Ética Nicómaco* 1131a 3.

146 Hervada, “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”, 297.

Razón de más para que, en términos de Aristóteles, esta “forma” de justicia mande al margen la voluntad de las partes y busque corregir, por medio del fallo del juez, el daño causado por un ilícito.¹⁴⁷ Daño que no compromete solo a las partes involucradas en la deuda –como en la justicia conmutativa–, sino además, y sobre todo, a la esfera de la colectividad, ya que se trata de la distribución de lo común. Dice Hervada que

en las relaciones entre individuos, el derecho es algo predeterminado por el título; en cambio, en las distribuciones solo hay título al reparto justo. En efecto, la cosa, antes de ser repartida, no es del individuo sino de la colectividad, se hace suya –del individuo– en el momento de la distribución; antes de eso lo suyo es simplemente la destinación de los bienes y de las cargas a repartirse entre los componentes; y por lo tanto el derecho versa propiamente sobre el *trato a recibir* en la distribución: el individuo tiene el derecho a ser tratado como corresponde a su condición de destinatario de los bienes y de las cargas de la colectividad.¹⁴⁸

No obstante, para que el individuo pueda asumir cargas impuestas por la colectividad ha de reconocerse a sí mismo como beneficiario, miembro y componente de un bien común. Esto es, como parte en la proporción respecto a la finalidad del reparto, el cual es, para el caso de la colectividad, el bien común. Por eso la justicia distributiva atiende a la proporción entre *cosas y personas*, que, dada la *naturaleza de las cosas*, depende diferencialmente de la fórmula “a cada cual lo suyo según su condición, sus capacidades, su aportación a la sociedad y sus necesidades”.¹⁴⁹

La justicia legal

La justicia general o legal es propia de la ordenación al bien común, de tal manera que su igualdad consiste en la adecuación entre lo dispuesto por la norma (natural o positiva) y la conducta del individuo. Se llama legal, precisamente, porque es conducente respecto al fin último del bien común a través de las leyes, pues estas

147 Cf. Aristóteles, *Ética Nicómaco* 1131a 5-9.

148 Hervada, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 43.

149 *Ibid.*, 44-48. Debido a la *condición* (de miembro), corresponde a cada cual lo que pertenece a su función. En relación a sus *capacidades*, son las cargas y la distribución de las mismas funciones; en cuanto a sus aportes a la comunidad, son la cantidad de réditos debidos; y, por su necesidad, si esta se encuentra en relación con la finalidad de la colectividad y se combina con los restantes criterios.

forman *buenos ciudadanos* y, en lo posible, *buenos hombres*. Sin embargo, lo dicho no obsta para discernir sobre la propia ley, es decir, no es el caso de *fe en la legalidad* de Weber, ya que no es correcto afirmar, como bien aclara Hervada en sus diálogos con Escrivá, que

la justicia general sería propia de moralistas y políticos, mientras lo propio de los juristas sería lo justo particular. Pues bien, yo reacciono contra esta conclusión, por entender que parte de la justicia general pertenece a los juristas ¿Cómo poner en duda que pieza muy importante del oficio de jurista consiste en conocer, interpretar y aplicar las leyes? ¿Acaso la *interpretatio legum* no ha sido función de los juristas desde siempre, como se ve en la *ius dictio* de los jurisprudentes romanos desde los inicios de Roma?

Hay pues un *justo legal*, que no es la justicia general, sino que consiste en el fiel cumplimiento de las leyes –de las normas jurídicas– por parte de sus destinatarios, correspondiendo a los juristas su interpretación y su aplicación al caso concreto. En otras palabras, entendiendo que la distinción entre justicia general y particular no tiene relevancia *en relación al oficio de jurista*. Para éste no hay más que una justicia: dar a cada uno lo suyo; y esta da lugar a lo justo conmutativo, lo justo distributivo y lo justo legal.¹⁵⁰

En últimas, se trata de lo debido por el hombre a la colectividad, al bien común, precisamente porque su recto cumplimiento es un derecho de la colectividad y una *obligación de justicia*. El sistema de leyes de una sociedad engendra deberes de justicia y, por tal razón, es objeto del arte del Derecho: donde hay ley de la sociedad, hay arte del Derecho.¹⁵¹ Como ya precisaba Aristóteles, lo anterior constituye una virtud perfecta, no sólo porque comprende todas las otras virtudes morales, sino, sobre todo, “porque el que la posee puede hacer uso de la virtud con los otros y no solamente consigo mismo”.¹⁵² Sirviendo, además, a los propósitos de enfrentar el problema de la categoría normativa, ya que

150 Javier Escrivá Ivars, *Relectura de la obra científica de Javier Hervada. Preguntas, diálogos y comentarios entre el autor y Javier Hervada. Parte II: Derecho natural y filosofía del derecho* (Pamplona: Eunsa, 2009), 657.

151 Hervada, *Coloquios Propedéuticos*, 52.

152 Aristóteles, *Ética Nicómaco* 1129b 32.

•La justicia y el Derecho•

son dos las funciones que guardan la determinación de categorías normativas para los sistemas jurídicos: i. sistematizar un orden de prevalencia en la aplicación de cada uno de los tipos de categoría normativa, situación que afecta su espectro de validez jurídica; ii una legitimación, por vía axiológica, para la concreción de los principios y valores en la aplicación de normas jurídicas a casos particulares.¹⁵³

.....
153 Jairo Becerra, ed., *Fundamentación y aplicabilidad de la justicia transicional en Colombia*. Colección Jus Público N 10 (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016), 57.