

JUSTICIA Y JUSTEZA (EL *SUUM CUIQUE TRIBUERE* O EL ARTE DE ATRIBUIR «LO SUYO»). PRAXIS Y JUICIO EN EL DERECHO

Diego Medina Morales

Académico Numerario

RESUMEN

PALABRAS CLAVE

Justicia.
Justeza.
Proporcionalidad.
Equidad.

Para que el derecho resulte operativo siempre será necesario que alguien (por lo general, jueces y magistrados) adopte decisiones que resuelvan los litigios. Para determinar el *quod iustum est* y dirimir el conflicto el juez precisa realizar un juicio que debe presidir por criterios de justicia. Así entendida la justicia es una virtud o hábito para determinar el *suum cuique tribuere*, virtud que precisa ser concebida en su naturaleza concreta y ejercitada, consecuentemente, en atención al sentido común que establece el «deber» de respeto hacia «lo que es de cada uno».

ABSTRACT

KEYWORDS

Justice.
Fairness.
Proportionality.
Equity.

For the law to be operative, it will always be necessary for someone (usually judges and magistrates) to make decisions to resolve disputes. To determine the *quod iustum est* and settle the conflict, the judge needs to carry out a trial that must preside over criteria of justice. Thus understood justice is a virtue or habit to determine the *suum cuique tribuere*, a virtue that needs to be conceived in its concrete nature and exercised, consequently, in attention to the common sense that establishes the «duty» of respect towards «what is each».

Excmo. Sr. Presidente, Junta Rectora de la Real Academia, Señores Académicos, Autoridades, amigos y familiares, compañeros de Área de Conocimiento, queridísima madre y hermanas, adorados hijos, amada y admirada Gema. Con vuestro permiso.

A lo largo de mi vida se han ido produciendo ciertos advenimientos, algunos de ellos buscados, otros casuales y la mayor parte de ellos inesperados. Hoy oficialmente se formaliza una de estas efemérides de mi vida que, por inesperada, no deja de ser un sueño cumplido; hoy, mediante

este discurso, ingreso como numerario en una de las más prestigiosas instituciones cordobesas, en una institución que, con más de doscientos años de longevidad, ha sabido mantener viva la llama de la ciencia, del arte y del pensamiento en Córdoba y, trascendiendo de sus límites espaciales, en España y en el Mundo, pues no son pocos los académicos que, con sus coresponsalías, nos representan en multitud de puntos del planeta. Agradecido me debo manifestar por este inmenso honor del que sido revestido y, consecuentemente, obligado estoy a responder, con el cumplimiento de mis inherentes obligaciones, a la confianza que en mí ha sido depositada con tal distinción. Mis agradecimientos, vayan por delante, a los académicos que me han propuesto para ello, por eso quiero expresamente reconocer mi gratitud a D. Manuel Peláez del Rosal, a D. Rafael Mir Jordano y a D. Fernando Cruz-Conde y Suárez de Tangil que presentaron y defendieron mi candidatura de ingreso y por supuesto al resto del cuerpo de académicos que aceptaron la misma. Respecto de mis obligaciones, debo manifestar mi firme intención de seguir trabajando en las condiciones y con la disposición que he mostrado en los años que de un modo u otro llevo vinculado a la Real Academia como correspondiente y, por supuesto, manifiesto mi absoluta disponibilidad para desempeñar los trabajos que me fueren encomendados en pro de esta altísima institución.

Toca ahora, antes de dar paso al cuerpo de lo que será mi *iter* discursivo, hacer memoria de los que no están. En esta nómina, siempre de triste mención, me voy a referir a tres almas que considero hoy merecen ser rememoradas y que, de algún modo, tengo la impresión de que hoy nos acompañan. El primer evocado, deseo que sea mi padre, causa principal de mi presencia en este acto, sin él yo «no sería» y utilizo aquí el verbo ser en amplio sentido heiddegeriano, «ser para mí» y «ser para los otros». La segunda memoria quiero que sea para nuestro querido Enrique Aguilar Gavilán, ejemplo de vida y de «respeto a la vida». Por último, y como es obligación de quien ingresa en una institución ocupando un sitial que hasta hace algún tiempo ocupó, con carácter vitalicio, quien le precedió en honores, es mi deber, y con satisfacción lo cumplo, recordar a Antonio Manzano Solano, quien durante años perteneció a esta Institución y contribuyó notablemente a su crecimiento y prestigio. Antonio Manzano Solano nació en Bujalance en 1932, se licenció en Derecho por la Universidad de Sevilla y más tarde se doctoró en esta misma materia de la que siempre fue un gran conocedor. Cruz Distinguida de 1ª clase de la Orden de San Raimundo de Peñafort, Registrador de la Propiedad y Mercantil, como principal profesión, fue también profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de Córdoba, donde tuve el privilegio de tenerlo por compañero, además de amigo. También impartió clases en la Escuela de

Práctica Jurídica y, entre otras de sus muchas inquietudes universitarias fue Director Adjunto de la Cátedra de Derecho Registral «Bienvenido Oliver» de la Universidad de Córdoba. Su activa participación en Congresos Nacionales e Internacionales fue muy numerosa, como ejemplo valgan al menos tres muestras: Ponente en el VI Congreso Internacional de Derecho Registral (Madrid, 1984), en el IX Congreso Internacional de Derecho Registral (Torremolinos, 1992) y asistente al X Congreso de Derecho registral (París, 1994). Autor de diversas monografías sobre temas de su especialidad y de un buen número de artículos y colaboraciones en numerosas publicaciones, entre ellas nuestro Boletín de la Real Academia, y en otro buen número de revistas jurídicas. Ciertamente es que Antonio Manzano Solano ha dejado una huella imborrable en esta Real Academia y que, como en tantos otros casos, su recuerdo quedará indeleble en la conjunta memoria de esta institución y, por lo tanto, siempre viva.

Y ahora, cumplido este primer deber que, en justicia, debía satisfacer, tengo que dar cumplimiento a otra inexcusable obligación, me refiero a la de disertar sobre un tema de mi especialidad y hacerlo de modo tal que, durante los próximos minutos, consiga sostener vuestra atención sin resultar aburrido o tedioso, pues agradar y despertar el interés del auditorio es la virtud que debe perseguir siempre cualquier orador evitando el hastío y el cansancio de quienes tan generosamente se han prestado a oírle. La justicia exige siempre un mínimo de proporcionalidad en sus conclusiones y no resultaría justo que yo, ahora, les cansara o aburriese a cambio de su generosa compañía en este, para mí, bienaventurado día. Justo también, por último, nos parece acomodarnos al tiempo concedido para nuestra disertación, sujetarnos a los 40 minutos que reglamentariamente me han sido otorgados en el uso de la palabra, pues, como bien sabemos los juristas, «En toda cosa hay que saber tener en cuenta el tiempo. Pues del respeto del tiempo y de los plazos también depende el éxito».

Por tres veces, en este inicio de mi discurso, he hecho referencia a la Justicia, a esa virtud tantas veces reclamada, solicitada o exigida por muchos de nosotros en algún momento de nuestras vidas, pues, seguro estoy, que los que hoy me acompañáis habréis, en algún momento de vuestra vital existencia, apelado a este valor, reclamando, ante alguna controvertida situación vivida en carne propia o ajena, el «¡no hay derecho!»¹, como

¹ «La negación de la injusticia supone afirmación de la justicia. En el «¡No hay Derecho!» son condenados un obrar o una situación injustos, precisamente porque en manera implícita va formado su contrario, esto es la existencia de una justicia captada directamente por la razón. De suerte que la actitud formalmente negativa expresada por el saber jurídico común, tiene por fundamento la afirmación de la justicia. Y puesto que la justicia viene afirmada en la vida social, es Derecho, la manera primaria, suprema y

censura jurídica a situaciones que no nos parecen proporcionadas, es decir, justas.

La Justicia será pues el eje alrededor del cual circulará mi discurso esta tarde, un valor, una palabra y un concepto que ha merecido la atención de cientos de pensadores a lo largo de la historia y que ha justificado cientos de teorías, iusnaturalistas, utilitaristas, liberales, marxistas, feministas, de género y otras muchas, teorías que, sin embargo, aparecen enfrentadas en muchos de sus planteamientos, negando incluso, los más escépticos positivistas, su necesidad respecto del aparato normativo. Pese a todo ello, no puede negarse que cotidianamente las personas —y uso aquí este concepto con plena consciencia²— cuando se sienten agraviadas lo hacen debido a que en su «fuero interno» intuyen que, respecto de un asunto concreto, alguna decisión no ha resultado adecuada —o, dicho con mayor propiedad, proporcionada— a la situación o a los hechos respecto de los que resultó adoptada. Es decir, la justicia es una virtud ética superior, como la define Aristóteles³, que rige el comportamiento humano, haciendo que éste se manifieste como resultado de una libre elección (no accidental)

elemental en que se basan todas las demás especies de los saberes jurídicos: el técnico, el jurídico y el filosófico». ELÍAS DE TEJADA, F.: *Tratado de Filosofía del Derecho*, T. II. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1977, p. 13.

² Uso aquí el término en el sentido que lo concibe Boecio y que Santo Tomás asume en la *Suma Teológica* (Aquino, 2011b, I.29.1); nunca se puede predicar la persona tratando de universalizarla, como hoy se tiende a hacer con el sustitutivo uso de «ser humano», la persona siempre es «concreta» (Pedro, Juan, Antonio, que además son padres o hijos, médicos o profesores..., etc.), es decir, singular e individual. Boecio concluye que, si la persona se da solamente en las substancias, y toda sustancia es naturaleza, y no se da en los universales, sino en los individuos: «Persona es una sustancia individual de naturaleza racional». La intención dada por Boecio al concepto de persona está en la esencia individual de naturaleza racional. La naturaleza racional es la distinción y lo que produce, en este mundo, que solo los humanos puedan ser considerados personas, lo que les hace ser seres únicos, racionales, libres y responsables de sus propios actos y, por tanto, susceptibles de ser enjuiciados por sus «concretos» actos. BOECIO, *Liber de Persona et duabus naturis contra Eutychen et Nestorium*, en MIGNE, J., *Patrologiae. Cursus completus*, Paris, Vrayet de Surcy, 1847, PL 64, 1343 C.

³ Es así como para el Estagirita, la justicia es la virtud por excelencia: «En conclusión, esta justicia es una virtud perfecta, mas no en términos absolutos, sino en-relación-con-otro. También por esto muchas veces se piensa que la justicia es la más sobresaliente de las virtudes y que «ni el lucero vespertino ni el matutino son más admirables».

Igualmente decimos en un proverbio: «En la justicia se encuentra resumida toda virtud». Y es una virtud perfecta precisamente porque es un ejercicio de la virtud perfecta. Es perfecta, porque quien la posee puede conducirse virtuosamente con otros y no solo consigo mismo. En efecto, muchos pueden conducirse virtuosamente en sus asuntos particulares, pero son incapaces de hacerlo con «otro» Aristóteles. *Ética a Nicómaco*, 1129b. Traducción de José Luis Clavo Martínez, Alianza Editorial, Madrid 2005, pp. 154-155.

—constituyendo, necesariamente, un hábito, pues posee la vocación de reiterarse— tendente a determinar el justo «término medio» con que ha de presentarse (ni excesivo, ni defectuoso, es decir, proporcionado) una consecuencia razonable (adecuada, apropiada) a un acto humano que la requiera. Por tanto, la Justicia tiene una razón de ser eminentemente práctica, se justifica en la «acción concreta», «se hace», y, aunque a efectos meramente epistemológicos, nos podamos referir a ella como un concepto, no es tal. La Justicia, efectivamente, no admite definición objetiva, pues es un valor absoluto (que solo se manifiesta en situaciones concretas y tópicas); pero que no sea un concepto posible de objetivar, no significa, ni mucho menos, que no tenga entidad, muy por el contrario, precisamente porque la tiene es por lo que podemos reconocerla en sus múltiples manifestaciones cotidianas⁴.

La Justicia se materializa —y al hacerlo se nos manifiesta concreta en la realidad vital— en una dialéctica clara de unidad de contrarios —aunque no en una contradicción antagónica—; mediante la tal dialéctica, un opuesto (justicia concreta-tópica) se presenta como un momento del desarrollo del otro opuesto (justicia abstracta-absoluta); de manera tal que, en un inicial estadio de ese progreso, el conocimiento se dirige de lo «concreto» perceptible, mediante un proceso intuitivo⁵, hasta su abstracción inteligible en el pensamiento. Después, en un ulterior instante del desenvolvimiento de ese conocimiento, cuando lo abstracto de nuevo se acerca a la realidad, buscando reconocerse en ella —o, más exactamente, tendiendo a concretarse en unos hechos— mas torna, a su vez, a ser —de nuevo, en lo posible— lo concreto conceptual o «concreto pensado» (reflejo de aquella realidad concreta y objetiva extraída de la potencial multiplicidad imaginada) síntesis de un conocimiento acerca de la misma y reconocimiento de lo evidente. La Justicia, pues, se materializa en los hechos (es una experiencia fenomenológica), y en ellos la reconocemos, la observamos (*diesel-*

⁴ ALBERT MÁRQUEZ, M.: *Derecho y Valor. Una filosofía jurídica metodológica*. Encuentro, Madrid, 2004, pp. 316 y ss.

⁵ «Para el cumplimiento de la intención que apunta a un objeto general es de significado decisivo que se encuentre entre los actos fundantes al menos un acto intuitivo, es decir, un acto que dé el objeto mismo. La intuición [*Intuition*] es el nombre para un tipo de aprehensión de intuiciones [*Anschaungen*] dadas sensiblemente que aprehenden lo dado como el objeto mismo. Otras formas de la aprehensión son en la mayoría de los casos también posibles: por ejemplo, aquella que aprehende algo como signo (simbólico-signitivo) de algo otro o como representación imaginativa (imagen-signitiva) del objeto propiamente mentado». LOHMAR, D.: «El método fenomenológico de la intuición de esencias». *Investigaciones fenomenológicas: Anuario de la Sociedad Española de Fenomenología*, n.º 5, 2007, p. 22.

be Sache)⁶, la experimentamos, la vemos y la aprehendemos, para, solo después, pensarla y elevarla a categoría y devolverla de nuevo a la realidad cuando ello resulta preciso, es decir, cuando el conflicto social lo hace necesario. Sólo así es posible hablar de la Justicia, referirse a ella, nombrarla y hasta pretender definirla, pues, lo único cierto es que la Justicia sólo es susceptible de «ser hecha».

Quiere esto decir, que no estamos en el campo de las teorías, sino en el de los hechos, pues determinar *quod iustum est* no es una tarea teórica, dado que ello exige la concreción de cada caso, de cada distinta realidad, y consiste, por lo tanto, en la prudente y dirimente decisión de un problema real y cotidiano de los miles que se producen como consecuencia de la vida social.

JUSTICIA, HOMBRE Y SOCIEDAD

Una inmensa cantidad de autores, a lo largo de la historia del pensamiento jurídico, han dedicado buena parte de su tiempo a intentar justificar, de un modo u otro, y mediante infinitas composiciones teóricas, la naturaleza social o no del hombre; por otra parte, el hecho de la sociabilidad humana puede ser constatado como algo evidente e indiscutible —sin necesidad, de todas esas, u otras más retorcidas (por presuntamente originales) teorías— mediante la mera observación (tan aristotélico método) de la realidad; nos referimos a que, como resulta notorio, el hombre, de hecho, no puede desarrollar su vida sólo o aislado respecto del resto de sus congéneres. Por supuesto que cualquier ser humano puede pasar un escaso tiempo aislado y distante del mundo (como lo solían hacer en tiempos los ermitaños) pero tal aislamiento será siempre una excepción, debido a que, aun distante del mundo, cualquier ser humano precisa en algún momento

⁶ «Es, pues, un error de principio creer que la percepción (y a su modo toda otra clase de intuición de cosas) no se acerca a la cosa misma. Ésta no nos sería dada en sí ni en su ser en sí. Sería inherente a todo ente la posibilidad de principio de ser intuido, simplemente, como lo que él es, y en especial de percibirlo en una percepción en que se diese en su misma y propia persona sin intermedio alguno de "aparencias". Dios, el sujeto del conocimiento absolutamente perfecto, y por ende también de toda posible percepción adecuada, poseerá naturalmente la que, a nosotros, entes finitos, nos está rehusada, la de la cosa en sí misma.

Pero esta manera de ver es un contrasentido. Implica, en efecto, que entre trascendente e immanente no haya ninguna "diferencia esencial"; que en la postulada intuición divina sería una cosa espacial un ingrediente, o sea, una vivencia que formaría parte de la corriente de la conciencia o de las vivencias divinas. Quien tal cree se deja extrañar por la idea de que la trascendencia de la cosa sería la de una *imagen* o *signo*». HUSSERL, E.: *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*. FCE, Madrid, 1985, p. 97.

de la presencia de sus semejantes. En los inicios de su vida, cualquier niño, abandonado a «su suerte», no sería capaz de vivir más de algunas horas o días⁷. Ni siquiera, cualquier otro ser humano, una vez «crecido» (y ya, por tanto, con débitos adquiridos para con respecto a la sociedad o comunidad que le hubiera permitido crecer), podría existir mucho tiempo abandonado y sin el auxilio, cuanto menos, de hallarse cerca (para cuando resultase necesario) de una comunidad o sociedad de la que abastecerse (ya sea por caridad o por rapiña). Es decir, y sin entrar en las razones trascendentes que ello pudiera justificar, evidentemente el ser humano es un ser social y para poder desarrollar su vida depende (del modo que sea) de su adscripción (con mayor o menor integración) a una comunidad humana y, en consecuencia, del resto de seres humanos que a ella pertenezcan.

No es este momento adecuado para entrar, con la profundidad que ello requiere, en el análisis de este evidéntísimo hecho, basta, sin embargo, que lo tengamos en cuenta a los efectos de lo que tratamos de exponer. Que el hombre es un ser que se desarrolla y vive en sociedad es, como decimos, un hecho manifiesto que no precisa de prueba, independientemente de la consideración que nos merezca el origen de ese hecho, es decir, independientemente de si, tan indiscutible hecho, se produce por una inclinación a la que le conduce su naturaleza, por su debilidad o falta de verdadera autonomía (en cuanto ser ontológico), o por temor recíproco a sus semejantes, lo único evidente y cierto es que el «el hombre depende del hombre». Más allá de todas las plurales teorías (insistimos que en la presente sede no nos movemos en el marco de las teorías) que han pretendido justificar la razón por la que el hombre se desarrolla en sociedad, lo único cierto y evidente es el hecho de que el hombre es un ser social. Posiblemente, además, ello le permite encontrarse en mejores condiciones para pervivir y «mejorar» su existencia, de modo tal que la vida en común reporta al ser humano unos beneficios que en la vida en solitario no podrían existir, pero sobre este efecto que puede ser denominado «bien común» hablaremos más adelante, pues, sí que ese nos parece un importante criterio orientador de la convivencia.

⁷ Salvo en la literatura ilustrada, con Montaigne y su humanismo como inmediato precedente, que en su esfuerzo (no exento de cierto antieuropeísmo) de «racionalizar» el mundo fue capaz de idear (creando un imaginario personaje jamás materializado en la «realidad histórica cotidiana») al «buen salvaje», y describir, desde Rousseau, la bondad implícita en la naturaleza salvaje de un individuo abandonado y crecido a su suerte, lejos de la perversa sociedad (europea, cabría añadir). La gran acogida de este «mito racional» fue tal que las obras de literatura que lo adoptaron como protagonista se multiplicaron y, pronto llenaron los estantes de la sociedad (paradójicamente la sociedad «amonestada») europea. Cabe aquí citar como mero ejemplo, entre otras muchas, las muy difundidas y conocidas obras de Rudyard Kipling o de Edgar Rice Burroughs.

Lo cierto, por evidente, es que los hombres, desde su aparición en los orígenes de la humanidad, aparecen formando grupos y viven en comunidades. Las comunidades sociales, de las que la célula básica es la familia⁸ —todavía lo sigue siendo (no sin dificultad en nuestra individualista sociedad postmoderna)—, se constituyen en sus primeras formas mediante la convivencia natural de los seres humanos (ninguno de ustedes, a lo largo de sus vidas, habrán firmado, aunque esto mantengan muchas teorías analíticas y contractualistas, contrato alguno de unión o sumisión), que unidos en familias (en las que se nace y no precisamente como consecuencia de un contrato; nadie elige participar en su familia como si se eligiese formar parte de un club social) y, al nacer (si no se nos aborta) por ese acto (no mediante negociación alguna) nos integramos como miembros de familias, de barrios, de poblaciones y de demás estructuras, ya sí, políticas y administrativas, donde debemos vivir bajo leyes o normas que no hemos redactado, ni personalmente aprobado y que tal vez nunca redactaremos, durante el resto de nuestras vidas. Normas y leyes que nos vienen dadas y que resultan muy diferentes, por lo general, según la sociedad en la que nos toca nacer (pues insistimos, nadie elige «a la carta» la sociedad donde quiere vivir), normas que en el mejor de los casos son el producto de una tradición normativa y que se originaron en el «Volksgeist»⁹ o que, por el contrario, son producto de la «voluntad de quien manda» y de su particular racionalidad (imponiéndolas abiertamente o bajo formas de aparentes sistemas participativos —democracias formales—) que le permitan manipular al pueblo. Sea cualquiera que sea la suerte que a uno le corresponda al nacer (si además lo dejan), a partir de ese momento debe aprender a convivir cotidianamente bajo unas normas de convivencia, satisfaciendo sus necesidades propias y las del grupo. Así pues, la convivencia, en sí misma, es ya una fuente de conflictos de intereses, suficientemente fecunda, para que de ella, en abundantes ocasiones, surja el «conflicto social».

⁸ Instituto natural, que en modo alguno es producto del derecho, aunque eso sí con muy diferentes formas de manifestación según tipos de sociedades, familia romana, Gens, familias tribales, etc. pero en todas ellas, como advierte Aristóteles constituye La unión para satisfacer necesidades cotidianas.

⁹ Pretendo referirme con este término, en especial, al concepto que aparece recogido en las obras de Johann Gottlieb Fichte y también en las de Johann Gottfried Herder, concepto que estos autores forjaron como respuesta al cosmopolitismo ilustrado que pretendía sostener la existencia de un derecho natural racional, permanente y eterno y por ello no evolutivo ni particularizado. Lo peor de esta última ingenua pretensión (de los ilustrados) es que tras prosperar se sostuvo, durante el predominio del positivismo jurídico, para llegar incluso a nuestros días, donde algunos, no tan ingenuamente la defienden.

HOMBRE, LIBERTAD Y CONFLICTO

El origen del conflicto en sociedad parte del hecho, también manifiesto y evidente, de que el ser humano no es un ser meramente «gregario» que, como sí sucede a otros tipos de animales, se mueva por meros instintos o por meros impulsos. Santo Tomás nos informa de que

hay seres que no obran con albedrío, sino como empujados y movidos por otro, como es impulsada la flecha por el arquero. Otros obran en virtud de cierto albedrío, como les sucede a los animales irracionales. La oveja, por ejemplo, huye del lobo en virtud de un cierto juicio por el que estima que para ella es perjudicial. Pero este juicio en ella no es libre, sino dado por la naturaleza. Sólo el ser que tiene entendimiento puede obrar en virtud de un juicio libre, en cuanto que conoce la razón universal del bien por el que puede juzgar esto o aquello como bueno.

Por lo tanto, «donde hay entendimiento, hay libre albedrío»¹⁰. La racionalidad que se predica del ser humano convierte a éste, pues, en un ser libre, o lo que es lo mismo, en un ser capacitado para la elección y determinación de su comportamiento, pudiendo orientarlo a diversos fines.

La raíz de la libertad —sigue sosteniendo Santo Tomás— es la voluntad como sujeto, pero, como causa, es la razón. Porque la voluntad puede dirigirse libremente a cosas diversas precisamente porque la razón puede tener concepciones diversas del bien. Por eso los filósofos definen el libre albedrío como el juicio libre de la razón, indicando que la razón es la causa de la libertad¹¹.

La voluntad tiende, por lo general, al bien, que le es mostrado por la razón y que se lo presenta como apetecible, de manera que la libertad se mueve inclinada por aquello que la razón le orienta. La vida del hombre es una vida libre (y por ello moral), es decir, su comportamiento —que encuentra su principio en «la voluntad», aunque se orienta mediante «el conocimiento»— puede, en cuanto acción proveniente del *libre arbitrio*, ser objeto de enjuiciamiento, es decir, podemos juzgarlo en atención a los fines o las intenciones a las cuales responda la iniciativa de voluntad originaria y al objetivo, consciente o inconsciente, con que se corresponda su racionalidad¹².

¹⁰ SANTO TOMÁS, *Summa Theologica*, I, q. 59, a. 3. <https://hjj.com.ar/sumat/a/c59.html> (última visita 4 de agosto de 2020). *Unde ubicumque est intellectus, est liberum arbitrium*.

¹¹ *Ibidem*. I-II, q. 17, 1. <https://hjj.com.ar/sumat/b/c17.html#a1> (última visita 4 de agosto de 2020).

¹² MEDINA MORALES, D.: «Derecho y libertad. La teoría de la imputabilidad en Aristóteles». *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 55, 1995, pp. 134 y ss.

De esta forma un elemento decisivo para determinar la racionalidad o no de una acción humana es su adecuación al *bien* y más concretamente al *bien común*. Pues cualquier acción cuya «razón de ser» (racionalidad) se corresponda con un supuesto bien individual o particular que entre en conflicto y, por ello, resulte lesivo del «bien común» podría ser juzgada como una acción injusta por falta de racionalidad¹³.

La facultad racional que el hombre tiene para determinar su voluntad, para establecer «su querer», actúa muy por encima de meras razones irreflexivas —todo ello, sin perjuicio de admitir que, seguramente, el porcentaje de acciones que acometemos cotidianamente como mero comportamiento reflejo o inconsciente resulta muy superior al comportamiento reflexivo— y, en consecuencia, es producto de la libertad y puede, por ello, ser objeto de estimación y censura. Dentro de la convivencia social, en consecuencia, multiplicándose las acciones de unos y otros de sus miembros, es fácil que, en ciertos casos, se produzcan problemas en las relaciones humanas, pues ciertos actos pueden producir efectos (incluso a veces no deseados) que puedan resultar perniciosos para otros miembros de la comunidad o, incluso, para toda la comunidad. Precisamente es en ese momento donde se produce el denominado «conflicto social» y ese es también el motivo por el que el derecho (como saber *Iurisprudente*) se manifiesta necesario, emergiendo así la ocasión donde la justicia (concreta) debe necesariamente brotar, manifestándose esplendorosa en la decisión judicial, producto del arte y de la virtud de los jueces, capaces de llevar a la práctica el viejo¹⁴ principio jurídico, recogido por Ulpiano en su Digesto¹⁵, que la concebía como un hábito o una virtud práctica: *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*.

Partimos, pues, de que la justicia es una virtud necesaria para dirimir los conflictos sociales y que más allá de su construcción teórica, que como

¹³ «La bondad de la voluntad depende propiamente del objeto, como se dijo (a.1.2). Pero el objeto de la voluntad le es presentado a ella por la razón, pues el bien entendido es el objeto de la voluntad que le es proporcionado; en cambio, el bien sensible o imaginario no es proporcionado a la voluntad, sino al apetito sensitivo, porque la voluntad puede tender al bien universal, que aprehende la razón, mientras que el apetito sensitivo sólo tiende a un bien particular, que aprehende la fuerza sensitiva. Por eso la bondad de la voluntad depende de la razón del mismo modo que depende del objeto». Santo Tomás, *Summa Theologica*, I-II, q. 19, 3. <https://hjj.com.ar/sumat/a/c59.html> (última visita 4 de agosto de 2020).

¹⁴ Vid. TORRENT RUIZ, A.: «El concepto de *Iustitia* en los juristas romanos». *RIDROM. Revista Internacional de Derecho Romano*, abril-2018, pp. 89-113. <file:///C:/Users/dplad/Downloads/Dialnet-ElConceptoDeIustitiaEnLosJuristasRomanos-6409507.pdf> (última visita 4 de agosto de 2020).

¹⁵ La frase o aforismo pertenece, como todo jurista sabe, a Ulpiano y está incluida en el *Digesta* 1,1,10 pr y también se reproduce en *Institutiones Iustiniani* 1, 1 pr.

sostenemos es algo cuanto menos poco útil¹⁶, su necesidad práctica la rinde en absolutamente inevitable para la convivencia humana.

JUSTICIA Y «SENTIDO COMÚN»

Como vemos, gran importancia adquiere, en el ámbito de la convivencia, el respeto al «bien común», pues, como sostiene Aristóteles la pervivencia individual depende de la salud que manifieste la comunidad, por ello todo comportamiento individual en sociedad, como producto de la libertad humana, debe estar orientado al «bien común» y quedar, por ello, sujetos los intereses individuales a los colectivos. La idea Aristotélica, que perduró durante todo el medioevo y que se prolongó en el tradicionalismo católico y en los autores comunitaristas, de que «el todo es antes que las partes»¹⁷, manifiesta con claridad que cualquier sociedad que quiera sostenerse y sostener a sus miembros debe, ante todo, de velar por la garantía del «bien común». La modernidad, tras la ruptura con la tradición, ha tratado de lidiar con este tema para hacer, en la medida de lo posible, compatible el predominio del individualismo (y sus derechos singulares) con el mínimo respeto a la salud de lo colectivo, supliendo este concepto

¹⁶ LORCA NAVARRETE, J.F.: *Temas de Teoría y Filosofía del Derecho*. Ediciones Pirámide, Madrid, 1998. «Todos los autores que de un modo u otro se han ocupado del tema de la justicia, se creen en la necesidad de estampar a la cabecera de sus escritos un concepto de justicia. Y, de ordinario, dicho compromiso no tiene un logro afortunado. Tras unos balbuceos y tentativas terminan echando mano a las definiciones que, tradicionalmente, se han formulado de la misma –definiciones que son más bien fórmulas expresivas de los principios normativos que integran dicho concepto», p. 329.

¹⁷ NEGRO PAVÓN, D.: «El derecho moral como orden natural de las totalidades históricas». *Revista de Estudios Políticos*, 1973, 191: «El hombre natural no es real, pues su realidad es la vida organizada ya en sociedad. Es en ésta donde adquiere cierta uniformidad que le da el ethos colectivo. Siguiendo a Aristóteles y a Platón, Hegel invierte, pues, la doctrina: el todo es antes que las partes y éstas son relativas a él entre sí. Las ciencias del hombre tienen que contar con que la acción es teleológica. Justamente, el problema será el de la unidad de la subjetividad con la sociedad y con el Estado en su realidad efectiva. El contractualismo despoja al hombre de aquello que verdaderamente lo constituye: «si se piensa que no existe todo lo que una idea confusa puede incluir entre lo particular y lo efímero, en cuanto perteneciente a las costumbres éticas particulares, a la historia, a la cultura y también al Estado, entonces, bajo la imagen del nudo estado de naturaleza, queda de sobra lo humano o lo abstracto de lo humano, con sus posibilidades esenciales» (I). Por eso no sólo constituye lo viviente el devenir de la eticidad, sino que «la educación es, de acuerdo con su determinación, el progresivo asumir fenoménico de lo negativo o de lo subjetivo» (III), inculcando en el individuo los hábitos sociales o virtudes pertinentes al estado de sociedad. Para Hegel, como para Hume y para Aristóteles, la virtud no es conocimiento, sino, ante todo, «hábito», pp. 118-119.

de «bien común», por otros de naturaleza más consonante con el contractualismo individualista (interés general) o incluso con el también necesario utilitarismo capitalista (la utilidad general), lo que, en cualquier caso, demuestra la siempre necesaria orientación hacia lo colectivo aun en tiempos donde, como en la modernidad, prevalece el individualismo.

En cualquier caso, como ya hemos sostenido en este trabajo reiteradas veces, no es este momento para la elaboración de teorías doctrinarias, sino que lo que tratamos es de evidenciar la necesidad que tienen toda sociedad de articular mecanismos de resolución de conflictos; lo que resulta absolutamente indiscutible es que, sea cual fuere el modelo social en que vivamos y nos desarrollemos (por estar integrados en él), necesitaremos de un mecanismo práctico (es decir, de un saber hacer) y de unos especialistas en ese «saber hacer» que diriman con prudencia y sabiduría los conflictos que se produzcan en la cotidiana convivencia social. Ese arte, de resolver tales conflictos, mediante el que, en cualquier sociedad, se pretende conseguir «dar a cada uno lo suyo» (*suum cuique tribuere*), necesita de elementos orientadores y de adecuados instrumentos para que los prácticos, es decir, los que deben materializar tal saber llegado el caso concreto, lo puedan resolver de acuerdo con criterios de justicia, y que además para hacerlo encuentren medios que faciliten su trabajo.

Durante siglos, desde la antigüedad, los juristas encargados de resolver los conflictos jurídicos (sociales) se valieron para ello del llamado «juicio prudencial» (*Iurisprudentia*) y dictaban sus resoluciones (decisiones) mediante el estudio de la tradición doctrinal en la que encontraban los instrumentos y los mecanismos que desde antaño se habían demostrado eficaces para la resolución de conflictos (de igual o parecida naturaleza a los que debían resolver). Esos profesionales (artistas) del derecho eran «artesanos jurídicos» que al igual que cualquier otro profesional (operador social), por ejemplo, un sastre o un carpintero, realizaban su misión (cada uno la suya) atendiendo al «saber» que su oficio había acumulado al paso del tiempo mediante la resolución tópica de miles de casos con acierto. Así el Sastre sabía cortar y confeccionar el vestido «justo» (el que se ajustaba a las necesidades y particularidades corporales de su cliente a vestir) y lo hacía mediante el uso de viejos patrones e instrumentos que la tradición de siglos en «la costura» le había transferido durante los años de su aprendizaje. Ciertamente parece que el citado sastre, en ocasiones y ante un problema concreto a resolver, debía de improvisar y adoptar, tal vez una innovación, que si tenía éxito seguramente pasaría a formar parte inmediatamente del patrimonio «dogmático» de su actividad y que, en consecuencia, sería incorporada a la tópica de su profesión y adoptada por sus colegas llegado el caso. Pues, de un modo no muy diferente operó durante siglos la actividad

jurídica, y así, los instrumentos para la adopción de sus resoluciones los encontraron siempre los pretores y magistrados en la doctrina jurídica que durante siglos fueron elaborando, acerca de este arte, los propios juristas, sobre todo durante el llamado Derecho Clásico Romano¹⁸, redescubierto y renovado en la Bolonia del siglo XI cuando marcó el inicio de la creación de las universidades.

La labor de tales juristas, fundamentalmente dirigida no tanto a imponer modelos de vida (como es más propio de los sistemas legalistas¹⁹) sino a resolver los conflictos que en las comunidades se producían (conforme a sus propias tradiciones) estuvo siempre presidida por el principio de prudencia y por la idea del «bien común» ambos principios orientadores de la resolución justa y, naturalmente, por la idea de proporcionalidad que debe presidir siempre cualquier resolución que pretenda solventar o zanjar un conflicto. La racionalidad implícita, en tales resoluciones, debía radicar en el sabio equilibrio entre esos principios y en la justa adecuación de las disposiciones a la tradición. Esta forma de proceder, capaz de reconocerse en el bien, por razón de nuestro «deber» hacia los demás²⁰, podría, sin embar-

¹⁸ ADAME GODDARD, J.: «*Ius y Lex en la tradición romana y en la perspectiva actual*», en *Estudios de derecho romano: interpretación y tradición*, coord. por Martha Elena Montemayor Aceves, Aurelia Vargas Valencia. Universidad Autónoma de México, 2013, pp. 89-110. «En la concepción romana, el ius es la doctrina elaborada libremente por los juristas que sirve para discernir lo justo concreto, es decir, la conducta justa a seguir en las relaciones patrimoniales contraídas por las personas privadas o particulares. Es una doctrina racional, hoy diríamos ciencia, que contiene principios, conceptos, problemas, soluciones y reglas que van elaborando paulatinamente los jurista y transmitiendo de generación en generación. Esta elaboración doctrinal se considera que llega a un grado de madurez hacia el siglo primero antes de Cristo, cuando ya se ha logrado formar un lenguaje especializado y definir el cuadro completo de las instituciones jurídicas. Esta doctrina es la fuente primordial del llamado Derecho Clásico Romano, que se dio entre los años 130 a. C. a 230 d. C., aproximadamente. Posteriormente la doctrina decaerá por la falta de una jurisprudencia independiente y por la prevalencia de la ley, a partir de la monarquía de Constantino, como la principal o única fuente del Derecho», pp. 89-90.

¹⁹ *Ibidem*. «La relación entre Ius y lex, en la constitución republicana, se explica desde la perspectiva de la distinción entre *auctoritas* y *potestas*, que Álvaro d'Ors ha puesto de relieve. La autoridad es el saber socialmente reconocido, y tiene como acto propio el consejo. La potestad es el poder socialmente reconocido, y tiene como acto propio el mandato imperativo», p. 90.

²⁰ «La vida activa consiste principalmente en dar cosas a los demás, sea como debidas o como beneficio espontáneo. A lo primero nos dispone la virtud para que no rehusemos dar al prójimo lo que le debemos, lo cual pertenece a la justicia. Mas el don nos mueve a eso mismo con un afecto más abundante, de modo que cumplamos las obras de justicia con ferviente deseo, al modo como el hambriento y el sediento apetece con ferviente deseo la comida y la bebida». SANTO TOMÁS, *Summa Theologica*, I-

go, ocasionalmente actuar por razones alejadas a este principio, contraviniendo así la racionalidad exigida (que, insistimos, se funda principalmente en el respeto al «bien común») y, en tal caso, contribuyendo, no a resolver el conflicto, sino a incrementarlo o complicarlo²¹.

Precisamente esta racionalidad práctica, inherente a la justicia, debe llevarnos a abandonar cualquier discusión teórica o meramente conceptual acerca de esta virtud o hábito de acción, para, sin perdernos en el mundo del «cielo de los conceptos», centrarnos en su necesaria finalidad funcional práctica, es decir, en que la «justicia» (función propia del derecho), oriente verdaderamente las decisiones de quienes tienen la competencia para decidir y dirimir conflictos sociales de modo tal que les permita poner a cada uno «en su sitio», o dicho con los términos aristotélicos, que ya hemos reiteradamente utilizado anteriormente, que permita el *suum cuique tribuere*.

DERECHO O «LO SUYO»

Qué sea «lo suyo», lo «de cada uno», se convierte así en un elemento esencial a la hora de determinar (es decir concretar, en un caso particular y no de forma abstracta o general) que resulte ser «lo justo» (para cada caso) y para así, a su vez, ofrecer una solución proporcionada que resuelva el conflicto. Para materializar este «arte» (virtud) necesitaremos orientar nuestra actividad resolutoria, mediante un mínimo de principios y usar para ello ciertos instrumentos con la destreza suficiente para ello.

Lo que, ante todo, ha de orientarnos, en primer lugar, debe ser la circunstancia concreta en la que se haya producido el «conflicto social» (la circunstancia, en un sentido Ortegiano²²), pues no es lo mismo que unos hechos se produzcan dentro de un contexto socio-cultural determinado

II, q. 69, a. 3. <https://hjj.com.ar/sumat/b/c69.html> (última visita 4 de agosto de 2020).

²¹ Desgraciadamente, en nuestra actual sociedad, plenamente «comercializada» y «mercantilizada», algunos profesionales del derecho (fundamentalmente «malos abogados») tratan de eternizar los problemas jurídicos, en lugar de solventarlos, para con ello «ir comiendo de los clientes». Este espinoso tema merece todo un estudio de deontología profesional que dejamos para otro momento.

²² «La vida es precisamente la relación creativa, activa, ejecutiva de un organismo con su entorno, de un yo con su circunstancia. Esta relación activa y ejecutiva, no es adaptativa en un sentido de subordinación, aunque sí podría denominarse adaptativa en un sentido más amplio, en el sentido de que el organismo siempre tiene que "contar con" su entorno. Pero un "contar con" que es irremediamente interpretativo, hermenéutico, no pasivo». ALONSO, M.: «La evolución de la relación yo-circunstancia en la obra de Ortega y Gasset». *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, n.º 80, 2020, p. 94.

que en otro bien diferente, pues, de inicio, esa particularidad incluso pre-determinará los propios instrumentos con los que cuente el jurista para dirimir el conflicto (para empezar, como resulta obvio, el propio derecho positivo).

El acto mediante el cual los juristas dirimen los conflictos sociales y determinan el *quod iustum est* ha sido reconocido habitualmente con el término «Juicio»²³. Así pues puede afirmarse que el acto propio de la justicia es «el juicio», que no es más que un procedimiento racional mediante el cual el juzgador oídas las partes e interiorizado de los hechos (de la veracidad de los mismos) decide, mediante el uso de los instrumentos con los que cuenta para ello (normas y doctrina), cuál es el derecho (lo suyo) de cada parte en el conflicto y, en consecuencia, a concretar lo que están obligados a hacer y a respetar (en ese caso particular y para esa ocasión determinada) las partes en conflicto²⁴. De esta forma, el juicio *determina que es lo de uno y lo de otro* y obliga a quienes a él se someten a respetar en lo sucesivo (para ese caso) lo que la decisión judicial ha establecido.

Como ha sostenido Julián Vara Martín,

para que el juicio sea con toda propiedad un acto de justicia es preciso que concurren tres condiciones: primero, que proceda de una recta inclinación de justicia, por la que uno quiere bien lo que es del otro, pues de otro modo el juicio inevitablemente será injusto; segundo, que el hombre lo haga en aquellas cosas en las que tiene autoridad, pues de otra manera el juicio sería injusto por usurpado; y, por último, que exista certeza racional, pues lo contrario lo haría suspicaz o temerario²⁵.

Para que se reproduzcan esas condiciones es imprescindible que la administración de justicia se presida, en primer lugar, por el «saber jurídico común»²⁶. «La evidencia por intuición de lo justo en lo social que es el saber jurídico común mana de la pura recepción racional de qué sea la justicia»²⁷; todo ser humano, por el hecho de serlo, racionalmente com-

²³ De hecho, vulgarmente, el pueblo manifiesta, cuando tiene una causa pendiente y está pendiente de que un tribunal juzgue «su caso», que tiene pendiente «un juicio», o si es llamado por el tribunal a una vista suele afirmar que va a «un juicio».

²⁴ Vid. SÁNCHEZ HIDALGO, A.: «*Iudicare* y jurisprudencia: intelección, tradición y autoridad». *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n.º 27, 2020, pp. 114-118.

²⁵ VARA MARTÍN, J.: *Libres, buenos y justos: como miembros de un mismo cuerpo*. Tecnos, Madrid, 2007, p. 68.

²⁶ Entendido este como: «la intuición racional, inmediata y evidente de los valores de la justicia traídos a la convivencia humana». ELÍAS DE TEJADA, F.: *Tratado de Filosofía...*, op. cit., p. 14.

²⁷ *Ibidem*.

prende que la sociedad necesita de un orden y que, además, muchas veces ésta ya se presenta ordenada (como ocurre en los grupos familiares) y comprende, por ello, que debe respetar ese orden y lo que ese orden establece como «suyo» (en atención a lo ordenado) de cada uno (ante todo obligaciones) de los que forman parte de grupo, y la misma capacidad racional le hace comprender la necesidad de respetar ese orden para evitar el conflicto (el caos y la destrucción) en el grupo²⁸.

Junto al «Sentido Común», tan necesario para la práctica de cualquier arte en sociedad, la determinación de la justicia precisa de otros elementos que deben estar igualmente presentes y auxiliar en su difícil tarea al juzgador. Nos referimos al concepto de igualdad, proporcionalidad, la referencia a patrones de justicia y, por supuesto, la apreciación de equidad.

FUNDAMENTOS INHERENTES A LA JUSTICIA

La proporcionalidad es un fundamento muy importante de la actividad en que consiste la determinación del derecho y, en consecuencia, la concreción de la justicia al caso. Durante largos años, en mi actividad académica y también, claro está, en mi labor pragmática (relacionada con mi función de juzgador) he podido comprobar que «el dar a cada uno lo suyo» —que resume, con cierto refinamiento, la justa proporcionalidad que exige todo juicio— no es un principio que quede relegado sólo a la actividad que desempeñan los jueces en su importante función de juzgar. Sin lugar a duda, los jueces son los que (dando cumplimiento al segundo requisito que, según hemos citado, refiere Vara Martín para que el juicio sea un acto de justicia) tienen la autoridad reconocida para poder dirimir (con fuerza ejecutiva) los conflictos en una sociedad, pero no son los únicos (seguramente, sí los más importantes) operadores sociales que mediante su actividad decisoria solventan problemas que requieren —en su solución— de la presencia de la proporcionalidad. Así pues, cualquier docente sabe, por experiencia, que cuando califica a sus alumnos (es decir, los juzga) debe atribuir una nota proporcionada al mérito que el alumno ha demos-

²⁸ «Al ser criatura racional, todo hombre sabe el puesto que le toca en el orden jerárquico de los seres en el mundo y sabe los límites de cada uno de cuantos componen ese mundo. Al cumplimiento ciego de las leyes del orden universo propio de los irracionales, el hombre añade la comprensión racional del mismo; o sea, que a la materialidad forzada del orden universo, agrega la moralidad racional del orden universo. Por encima de los instintos y de los apetitos, la razón ilumina la multitud de la totalidad de las criaturas, poniendo delante de cada sujeto racional el puesto de cada una de ellas y los principios —ya éticos, al lado de los ciegamente físicos— que han de reglar sus relaciones mutuas. De suerte que, por ministerio ineludible de la razón, cáptase». ELÍAS DE TEJADA, F.: *Tratado de Filosofía...*, op. cit., p. 15.

trado durante el curso, o, por ejemplo (por irnos a ámbitos muy lejanos en cuanto a la funcionalidad social) un sastre (el mismo al que ya hemos recurrido en varias ocasiones de este trabajo) también sabe por experiencia que debe confeccionar el traje ajustado a su cliente (es decir, el que el cliente merece), por lo que deberá presidir sus acciones (en el ejercicio del arte que profesa) por el principio de proporcionalidad.

La proporcionalidad, ya contemplada por Aristóteles en relación con la Justicia (y a la Justeza) no es más que una realidad (no es un concepto, ni una teoría, pues de nuevo insistimos en que la justicia tiene poco que ver con teorías o conceptos) que por evidente viene reconocida por la razón en su presencia. Es decir, cualquiera de nosotros advertimos, por el mero hecho (pues, insistimos, de hechos y no teorías se trata) de tenerlo ante nuestros ojos, que una determinada prenda de vestir le queda grande o pequeña al sujeto que la viste, (cuando evidentemente así es), igual que apreciamos (con mayor o menor acierto) que la prenda se ajusta a su usuario cuando ello también es «evidente». La justeza (o justedad, como prefiere definirla la Real Academia de la Lengua Española) es «Igualdad o correspondencia justa y exacta de algo», o, como también se mantiene en su primera acepción, una clara cualidad de justicia. Entonces, vulgarmente, llamamos justo o ajustado a todo aquello que manifiesta una adecuada proporcionalidad con respecto a algo (otro) con lo que debe estar relacionado; así, siguiendo el ejemplo propuesto, predicamos de un traje, o cualquier otra prenda de vestir, cuando guarda justa proporcionalidad con el cuerpo por ella vestido, que es el «traje justo» (es más, enfatizamos, metafóricamente, y añadimos «te sienta como un guate»), o, también, cuando tratamos de degustar un buen guiso, solemos decir «está justo de sal», es decir que está proporcionado y que no presenta en ese sentido el vicio del defecto (soso) o del exceso (salado), es decir que está en el «justo término medio» donde Aristóteles fijaba la virtud. Es pues la justeza o proporcionalidad, algo de lo que exigimos su presencia en muchos ámbitos de nuestras vidas y frecuentemente pedimos, a quienes nos proporcionan soluciones para muchas necesidades de nuestra cotidiana vida que, cuando actúen o decidan algo que nos afecta, lo hagan sabiendo ser virtuosos y por lo tanto «ajustados» en sus acciones y, sobre todo, en el resultado de sus acciones. Así al conductor de un medio de transporte le exigimos que conduzca a una «velocidad moderada» (proporcional) a las circunstancias del tráfico, a nuestro sastre o modista que nos vista en nuestras justas proporciones, a nuestros restauradores que nos cocinen en cantidades proporcionadas y con una combinación de alimentos equilibrada, a nuestros profesores que nos califiquen en proporción a nuestros méritos, etc. Con esta reflexión, que aparentemente nos aleja del hilo de nuestro razonamiento principal, no quiero más que poner

de manifiesto un hecho (nuevamente nos movemos en el mundo de los hechos y no de las teorías) claramente manifiesto y absolutamente cierto (por evidente): la proporcionalidad (justeza), en cuanto que cualidad de justicia (*suum cuique tribuere*) no es algo que afecte exclusivamente al mundo del derecho, o al mero ámbito de la decisión judicial.

Ahora bien, por lo general, esta exigencia de justeza (proporcionalidad), nos parece, curiosa paradoja, mucho más sencilla de comprender o, mejor dicho, de patentizar en todo aquello que se refiere a las decisiones o actuaciones ajenas al derecho. Me explico, por lo general, a todos nos parece muy evidente que la falta de justeza se manifiesta evidéntísimamente en las vestiduras; así, cuando vemos a alguien con una prenda de vestir (más allá de que esa persona guste de vestir ropa grande o pequeña) que no le queda proporcionada a su cuerpo, enseguida nos damos cuenta de que esa desproporción se presenta ante nosotros con una notoria evidencia (como cuando los niños, en sus juegos, visten zapatos o las ropas de sus padres). Esas ropas, se podrán vestir con mayor o menor gusto, por necesidad o por placer, pero lo que siempre quedará como evidente es que tales ropas no serán proporcionadas y que si queremos proporcionarlas a la persona que las viste necesitarán de la intervención de un especialista (sastre o modista) que, mediante su saber hacer, las «ajuste» al concreto cuerpo del sujeto a vestir, en una actividad de «adecuación de lo abstracto a lo concreto (es lo que suele, además, ocurrir con las ropas *prêt-à-porter* sobre las que se sustenta el actual industrializado y no artesanal comercio textil; del catálogo de modelos, la talla más adecuada se «ajusta» finalmente en detalles a la persona que la adquiere).

Como podemos comprobar, la justeza, se nos presenta como una relación de proporcionalidad que, además, en algunos sectores de la vida se manifiesta con una evidencia notable. Pero, ¿qué ocurre cuando esa proporcionalidad debe materializarse en una decisión judicial? En tales casos, la evidente y necesaria manifestación de proporcionalidad también debería materializarse, sin embargo, muchas veces, por razones casi siempre ajenas a la verdadera justicia (por intereses particulares, oportunidad política, opinión pública, etc.) se trata de ocultar este fundamento y ante su evidente ausencia se suele argumentar que la justicia es algo subjetivo, que no existe (todo lo más se justifica el «falso juicio» mediante la legalidad o adecuación de la resolución al derecho positivo, etc.). Este mismo mecanismo de negación de lo evidente (falta de proporcionalidad) podría producirse en ese otro ámbito que hemos puesto como ejemplo (el mundo del vestir) si por encima del importante principio de proporcionalidad anteponemos otros intereses (la moda, la industria, el mercado, el consumo, etc.) podríamos conseguir (como también en nuestro tiempo es frecuente) que un

individuo vestido con una chaqueta cuatro tallas superior a su cuerpo, quedase satisfecho con su adquisición, (pese a la falta de proporcionalidad de la prenda a su cuerpo) si le insistimos que debe estar satisfecho con su adquisición «pues es la moda», que, además, «si engorda le seguirá siendo útil», si además al momento de la adquisición llamamos al resto de vendedores y todos dicen «que pese a ser grande le favorece mucho» y tal vez lo más decisivo sería decirle que «así viste un personaje famoso de moda»... Todos estos argumentos podrán favorecer el que el comprador venza su resistencia a consentir llevarse una prenda que no le queda «ajustada», pero, no menos cierto es que, ninguno de estos argumentos permitirá convertir a lo no «ajustado» en «justo», la chaqueta evidentemente seguirá siendo desproporcionada en todo caso a quien la viste y todo el mundo que lo presencia lo evidenciará con una claridad absoluta.

Exactamente este mismo fenómeno (siempre moviéndonos en el mundo de los hechos y no de las teorías) se producirá respecto a las resoluciones judiciales cuando resultan no ser proporcionadas (pues evidentemente ello, por mucho que demos otras razones que las traten de justificar, se podrá de manifiesto). Así pues, ninguna resolución desproporcionada podrá alcanzar el reconocimiento de ser una decisión justa, pues no siendo producto de la virtud no reunirá el requisito de la *mesotés* aristotélica y resultará injusta por exceso o por defecto.

Por otra parte, para poder tener percepción de la proporcionalidad es necesario tener presente otro hecho (y de hechos seguimos hablando), nos referimos a la igualdad. La igualdad es otro fundamento de la Justicia y, además, podemos afirmar que esta constituye la médula de aquella, pues es la que ofrece la racionalidad que la justicia exige. La igualdad a la que nos estamos refiriendo no es, además, un concepto teórico (del que venimos huyendo en todo este trabajo), sino, nuevamente un hecho evidente. Toda sociedad está compuesta por miembros que son diferentes (hecho este evidéntísimo), ya sea por su condición social, económica, cultural, política, etc. De tal modo que, como puede comprobarse, incluso en cualquier sociedad contemporánea occidental (como por ejemplo España) donde se dice que todos los ciudadanos son iguales (preciso es explicar que «ante la ley», pues a veces, desgraciadamente ni eso) los ciudadanos se dividen en clases más o menos favorecidas, en profesiones de mayor o menor reconocimiento social, en propietarios o no propietarios, en sanos o enfermos y en otros muchísimos aspectos que alargarían inútilmente este elenco. Lo cierto es que toda sociedad está constituida mediante «un orden» (de diversa naturaleza según el tipo de sociedad, pero en esa cuestión no vamos a entrar en este momento) que fija o establece el «suyo de cada uno» y que precisamente ese «suyo de cada uno» nos hace a todos desiguales (a unos los hace

médicos, a otros abogados, a otros ricos o a otros pobres, o, si ustedes lo prefieren, menos ricos) y que la continuidad de una sociedad la compromete o la asegura el «respeto de todos a ese orden establecido»; cuando alguien, formando parte de una sociedad, quebranta el equilibrio sobre el que se sustenta aquella y se atribuye unilateralmente «el suyo» de «otro» (es decir, algo que no le corresponde) está alterando (como consecuencia de su falta de respeto a «lo que debe») el orden social, las reglas del equilibrio y del «juego». Todo orden social se fundamenta en un equilibrio, pues de roles o «papeles» (más o menos abiertos) se trata, roles que cada ciudadano debe desempeñar en la misma para sostenerla y para sostener el equilibrio social y, en consecuencia «el bien común». Por lo tanto, lo que caracteriza a cualquier sociedad es la proporcionada desigualdad de todos sus miembros que, cumpliendo cada uno sus distintas «funciones» (papel o rol) aseguran la continuidad y la felicidad (en términos aristotélicos la *autarquía* o en términos socialdemócratas el bienestar) de toda la colectividad. Si ponemos en riesgo a la comunidad (y sus recursos sociales, ponemos en riesgo a todos sus miembros). Mediante la justicia, pues, corresponde, garantizar la proporcionalidad, ya sea conmutativa o distributiva, de una sociedad, tratando igual a lo igual y desigual a lo desigual y procurando con ello atribuir «a cada uno lo suyo». Igualmente, si volvemos al ejemplo del vestir, que al Sastre (con arreglo al arte de la *sastrería*), le corresponde (es su deber) vestir proporcionadamente a toda la población —es decir, no se debe conformar con hacer un traje estándar y único («el igual para todos»), pues eso conduciría a que seguramente sólo un porcentaje de la sociedad vistiera adecuadamente (aquellos que por casual coincidencia tuvieran más o menos la talla del traje universal confeccionado)— el jurista no puede intentar solucionar problemas jurídicos mediante disposiciones abstractas. No, por el contrario, al igual que el sastre, si quiere ejercitar su menester con virtud, debe confeccionar un traje *ad hoc*, perfectamente personalizado a cada singular persona (a cada uno «lo suyo») y con ello conseguir que finalmente todos los ciudadanos vistieran con proporción —cada uno su «ajustado traje»—, el jurista debe resolver también con concreción los problemas que se le presentan para su conveniente solución, determinando en cada caso concreto que sea lo justo. La justicia, pues, no cabe hacerla en abstracto, sino que sólo se puede materializar en lo concreto tratando cada caso como «merece»²⁹, dada su singularidad y, en consecuencia, tratando lo igual como

²⁹ Sobre las categorías de lo abstracto y lo concreto, recientemente ha sido observado que «la juridicidad presenta dos aspectos, uno cognitivo (lógico y teórico, si queremos) y otro práctico (sucesivo y anterior a la vez). Los actos de voluntad, jurídicamente relevantes, no solicitan solamente contenidos abstractos, sino también (y sobre todo) concretos; por ello se deben investigar las condiciones de una teoría del derecho que trate la materia jurídica tanto desde el punto de vista teórico-puro como desde la perspecti-

igual y lo desigual como desigual y «dando a cada uno lo suyo», pues sólo así se alcanza la proporcionalidad.

Esto no quiere decir que para conseguir esa particularizada justicia no precisemos de ciertas herramientas o instrumentos que nos faciliten tan delicada tarea. Ciertamente es que, igual que el sastre necesita, en su quehacer, unos mínimos instrumentos objetivos (patrones, diseños, paños, telas, instrumentos de medida o de corte, técnicas de costura, etc.) todos ellos estandarizados (es decir un instrumental que universalmente pudieran usar, en su menester, todos los sastres del planeta), si bien, todos estos recursos resultan ser sólo instrumentos al servicio de su creación concreta (una determinada prenda única y ajustada a una persona), también los juristas, para resolver los conflictos sociales, precisan —para hacer justicia (al caso concreto)— de instrumentos adecuados para facilitar su difícil tarea, y entre ellos están las normas (los patrones del jurista), la dogmática, la doctrina jurisprudencial, los peritajes, las técnicas jurídicas, los procedimientos, etc. Todos ellos necesarios instrumentos para auxiliar al jurista en su misión de dictar una concreta resolución. Pero la justicia no estará presente en esos instrumentos, ni en ellos debemos buscarla (no hay normas que aseguren la justicia, si acaso normas que facilitan o dificultan —según los casos— la labor del juez a la hora de determinar el derecho concreto). La justicia solo se manifiesta (cuando lo hace) en la resolución concreta de cada caso y allí en donde hay que buscarla e incluso exigirla.

Por último, para que ello resulte posible, para que el jurista, interiorizado del conflicto que ha de resolver, comprendidos los hechos sobre los que se constituye el conflicto a dirimir, pueda, mediante el adecuado uso de los instrumentos —ya mencionados— que para ello cuenta (abstractos) pueda decretar, fallar, fijar la solución concreta (y hacer que con ella fluya la justicia y desaparezca el conflicto) hay un último, necesario y elemental fundamento, éste no es otro que la equidad³⁰.

va material, ya que una aproximación completa a la realidad jurídica no debe eludir, por una parte, el momento en que las reglas nacen, el modo en que se articulan, las dinámicas cognitivas, y, por otra, los procesos de su materialización energética en la experiencia práctica». En consecuencia, se considera que el momento decisional, en el derecho, adquiere una enorme importancia, «puesto que en él se alternan las dos fases de graduación máxima —labor del juez— y mínima —actividad legislativa— de la concreción (o, si lo preferimos, mínima y máxima, respectivamente, de la abstracción)». ANZALONE, A.: «La necesaria y dinámica yuxtaposición entre abstracción y concreción de lo jurídico en los distintos niveles de análisis de la teoría comunicacional de derecho», en *Aportes a la teoría comunicacional del derecho (TCD), filosofía del derecho y teoría jurídica*, Universidad Libre, Bogotá, 2020, pp. 199-200.

³⁰ «La *aequitas* es para los romanos el modelo a que debe adaptarse el Derecho, la finalidad a la que la norma jurídica debe tender; cuando ello no sea así, la norma resultará *ini-*

Si para evitar el conflicto en sociedad resulta necesario seguir el principio tomista de «hacer el bien» y «evitar el mal», resulta evidente que, cuando el conflicto se produce en una situación concreta, quien haya de resolverlo (autor del juicio), para restablecer el equilibrio perdido (dicho de otro modo, para que su resolución resulte proporcionada y restablezca el equilibrio social) deberá tener presente que el fin de su resolución (para resultar conforme a justicia) debe tener como objeto declarar como «debido» (declarándolo obligatorio y ordenando su ejecución) que una persona (o más) realicen ese concreto bien «debido» a la comunidad y/o evitar (compensar) ese concreto mal «indebido» y no evitado (injustamente infringido). Es decir, ordenar el sostenimiento de «lo suyo» concreto.

A facilitar esa necesaria concreción que se exige a toda «decisión» judicial (concreción que exige el determinar un concreto *quod iustum est*) viene la *aequitas* o equidad entendida como virtud o hábito del juzgador para aplicar la justicia al caso concreto. Por tanto, la equidad es una virtud que debe profesar el juzgador y que va, seguramente, perfeccionando a lo largo de la práctica de su profesión o *arte*. Como en toda profesión (también la de nuestro sastrero) la habilidad de poner el conocimiento sustantivo de la actividad a realizar al servicio del concreto asunto a resolver (el «ojo del buen cubero») se aprecia en aquellos que por experiencia de vida en su profesión han adquirido una especial habilidad en interpretar los hechos y aplicarles, a las concretas situaciones, los necesarios instrumentos y técnicas que permitan, en cada caso, rehabilitar la situación dañada.

Esta función la realiza el juzgador en el mundo del derecho mediante esa habilidad denominada equidad (permítasenos insistir en la metáfora: «el ojo del buen cubero jurídico»). Aristóteles explica que «lo equitativo es justo, pero no es la justicia legal, sino una rectificación de la justicia legal». La razón es que la ley es toda general, y en algunos casos no es posible hablar correctamente en general. Pues bien, en aquellos casos en que hay que hablar necesariamente, pero no es posible hacerlo correctamente, la ley abarca lo máximo posible, aunque no ignora que ello es erróneo. Mas no por eso es menos recta, pues el error no reside en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa: tal es la materia de la conducta.

qua, es decir, separada de la *aequitas*. Entre lo meramente *iumus*, por un lado, y lo *aequum*, *bonum et aequum*, *aequum melius*, por otro, los romanos establecían la diferencia que nosotros marcamos entre lo que es puramente legal y lo que obedece a los dictados de la justicia objetiva. La *aequitas* presidiendo el mundo de las relaciones sociales: he ahí el ideal que, en la mente de los jurisconsultos romanos, orienta las reformas legislativas y las decisiones jurídicas. Razones de equidad (*ex bono et aequo*) son frecuentemente invocadas como motivación de normas nuevas, especialmente de las implantadas por el pretor». ARIAS RAMOS, J.: *Derecho Romano*. Edersa, Madrid, 1995, p. 35.

Por consiguiente, cuando la ley habla en términos generales, y ocurre en relación con ella algo contrario a la generalidad, entonces es correcto —allí donde el legislador resulta incompleto o yerra por hablar en general— rectificar lo que falta y lo que el propio legislador diría de esta manera, si estuviera presente, y habría legislado de saberlo. Por lo cual, lo equitativo es justo —y es preferible a una cierta justicia, mas no a la justicia absoluta, sino al error originado por su generalidad—. Conque ésta es la naturaleza de lo equitativo: una rectificación de la ley allí donde resulta defectuosa en razón de su generalidad. Esto es causa también de que no todo se regule por ley —ya que en algunos casos es imposible establecer una ley— de manera que se necesita un decreto. Porque de lo indefinido la regla es también indefinida: «lo mismo que en Lesbos la regla de plomo se readapta en la construcción de acuerdo con la forma de la piedra, sin que sea inmutable, así el decreto se adapta a las circunstancias»³¹.

Durante distintas épocas la equidad ha tenido una importante relevancia y mientras que la norma (ley), en algunas épocas, solo han tenido una relevancia instrumental al servicio de la decisión jurídica (que es a la que se le atribuía el verdadero valor de *ius*³²), la equidad aparecía como la auténtica *ratio decidendi*³³.

Lo cierto es que la labor del juzgador no se limita —a la hora de emitir «su juicio» y de dictar el *quod iustum est* en una causa concreta, de la que es su juzgador natural y sobre la que ejerce su *iuris dictio* (sobre la que dicta el derecho)— a meramente aplicar las normas (leyes) que regulan los muy variados aspectos de cada caso. El juez, desde luego, en su función de dirimir el conflicto social, considerará y deberá tener muy en cuenta todos los patrones (normas) en la medida que estos (insistimos, las normas) son los modelos que se emplean para establecer alguna magnitud o su muestra para después replicarla en la vida concreta. En este sentido el uso de esas normas se hace imprescindible, por útil (como imprescindible, por útil es

³¹ ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco*, 1137 b. Traducción de José Luis Clavo Martínez, Alianza Editorial, Madrid, 2005, pp.177-178.

³² La relevancia que a las resoluciones judiciales se le atribuye como fuente del derecho (auténtico *ius*), como todos sabemos, es todavía decisiva en el sistema jurídico anglosajón. En el continental, sin embargo, el principio de legalidad (desde la ilustración y materialmente confirmado por la codificación) ha relegado a la equidad y a la justicia a un plano poco relevante en nuestros sistemas jurídicos, sin que a nuestro parecer ello haya contribuido, en modo alguno, a un mejor derecho. Tal vez a lo que ha contribuido es a dar a «quienes mandan y cobran por mandar» un mejor instrumento para someter «mediante sus leyes» (ignorando y despreciando de paso al poder judicial), a los que «pagamos por obedecer» o pueblo llano.

³³ VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho*, Vol. I. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000, p. 63.

también que nuestro sastre use sus patrones para comenzar a cortar y diseñar el traje de su cliente). Pero, al comenzar a usar esos patrones nos debemos orientar en su uso por la doctrina originada por quienes conocen su rutina y sentido (dogmática) y por quienes los han empleado reiteradamente y tienen gran experiencia en su uso (doctrina jurisprudencial). Además, orientada ya la actividad del juzgador por estos instrumentos, deberá también proceder, como sugiere Aristóteles: «rectificar lo que falta y lo que el propio legislador diría de esta manera, si estuviera presente, y habría legislado de saberlo», es decir, atendido el caso concreto y particular, el juez deberá rectificar y completar todo aquello en lo que la ley falla o no llega por su naturaleza general y abstracta, naturaleza que la hace incapaz de resolver directamente y sin auxilio de ese hábito o virtud que necesariamente debe profesar todo juzgador y que se materializa fundamentalmente mediante la equidad.

CONCLUSIÓN

A lo largo de las anteriores páginas se ha discurrido por un itinerario que, como hemos dejado patente desde el inicio, no pretendía construir ninguna teoría acerca de la Justicia. Muy por el contrario, nos hemos alejado de posicionamiento teóricos y por supuesto ideológicos, pues la justicia poco tiene, a nuestro parecer, que ver con esos ámbitos. La Justicia pertenece al mundo de los hechos y sólo es apreciable, como virtud, en ese preciso mundo. La Justicia no se define, ni se conceptualiza, ni tiene sentido presentarla como una construcción abstracta (y cuando así se presenta debemos de desconfiar de las intenciones de quienes ello hace). La justicia es una virtud o un hábito con vocación de hacerse o materializarse. En tal sentido, en cuanto que virtud práctica, todos podemos participar de ella, para empezar, respetando «lo suyo» de nuestros semejantes, y no yendo más allá de ejercicio de las facultades que singularmente nos corresponden o tenemos atribuidas; pero quien tiene «el deber» —el auténtico «deber»— de «hacer justicia» (no de pregonarla, no de definirla, no de publicitarla, sino de «hacerla») son aquellos que tienen atribuida la autoridad (en cada sociedad) para hacerlo, es decir, los jueces y magistrados. Difícil misión, a veces, para tales jueces y magistrados, si no se les respeta su *iuris dictio*, su independencia y su «poder» (recordemos que el equilibrio de poderes sobre los que se asientan los actuales sistemas societarios que estructuran nuestras sociedades modernas, radica en la división y mutuo equilibrio —mutua fiscalización— de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial). Cuando los juzgadores no cuentan con el respeto y, a veces, ni con medios o instrumentos (normas) adecuados para ejercer su virtuosa misión de administrar justicia, resulta francamente difícil que ésta se mate-

rialice. Muchas sociedades modernas ocultan este importante problema (fácil, como vemos de entender) bajo cientos de doctrinarios discursos políticos llenos de tópicos y supuestas «causas sociales» (abstractas y vacías, y por ello cómodas para esconder vergonzosos intereses, estos si concretos), que ocultan la «verdad» y confunden al pueblo, haciendo que éste acepte causas abstractas, que sólo benefician, por lo general, a intereses concretos. Sería obligación de los juristas, en un acto de honestidad y liberatorio, descubrir la falsa prosa que esconde cualquier teórico discurso sobre la justicia y luchar por recuperar materialmente (al coste que singularmente suponga a cada uno) la verdadera función de «hacer justicia».