
Una aproximación histórica a la concepción realista del derecho

A Historical Approach to the Realist Conception of Law

Leticia CABRERA CARO

Universidad de Cádiz
leticia.cabrera@uca.es

RECIBIDO: 11/03/2016 / ACEPTADO: 16/12/2016

Resumen: En el centenario del nacimiento de Álvaro d'Ors resulta oportuno tratar de contextualizar su visión acerca del derecho. En este sentido, él mismo se define como «realista», frente al idealismo y al positivismo jurídico. La concepción realista del derecho parte de la consideración de éste como el objeto de la virtud de la justicia, por lo que el derecho se identifica con lo justo, con la cosa concreta debida a alguien. Los orígenes de esta mentalidad se sitúan en la obra aristotélica y, en concreto, en el Libro V de la *Ética Nicomáquea*. El propósito de estas líneas es situar históricamente el origen de esta consideración del derecho que tanto ha influido en la Ciencia jurídica.

Palabras clave: Justicia; virtud; lo justo; *medium rei*; Aristóteles; Tomás de Aquino; derecho; igualdad; exterioridad; realismo; realista.

Abstract: In the centenary of Álvaro d'Ors's birth, it is appropriate trying to contextualize his vision about the law. Accordingly, he describes himself as «realistic» against the idealism and legal positivism. The realistic conception of law parts from the consideration of it as the object of the virtue of justice, therefore that law is identified with the fair; with the concrete thing that someone must to someone. The inception of this mentality comes from the Aristotelian work and, especially, in Book V of the *Nicomachean Ethics*. The purpose of these lines is to establish the historical origins of this consideration of the law that has influenced so much in the legal science.

Keywords: Justice; virtue; fair; *medium rei*; Aristotle; Thomas Aquinas; law; equality; exteriority; realism; realistic.

INTRODUCCIÓN

La reflexión acerca del Derecho parece conducir irreversiblemente a la reflexión sobre la persona. En cierto modo, es lógico que esto sea así, ya que sin personas no existiría el Derecho. No obstante, cuando se lleva hasta el extremo este planteamiento, se corre el riesgo de entender que lo único relevante para el Derecho sean las personas, y que éstas se conviertan en el último fundamento del mismo. Es cierto que la personalidad es la causa más remota de lo jurídico, pero también es cierto que lo jurídico no depende en exclusiva de la personalidad.

Sobre esta cuestión ya alertaba Álvaro d'Ors en su Prelección jubilar, leída en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago el 12 de abril de 1985. Él acertadamente escribía que las grandes definiciones metafísicas de la persona no servían para aclarar el concepto de lo justo. En concreto, rechazaba la definición de persona dada por Boecio en el s. VI, pues entendía que la

persona, jurídicamente, era algo distinto al hombre entendido filosóficamente. En este sentido, la persona, como una «substancia individual de naturaleza racional»¹, sólo podía servir para «dar una idea de lo que es el individuo humano, el hombre sin más, pero no sirve para definir la personalidad»².

Y es que, a lo largo de la Historia, se han dado en general dos modos de entender la persona: el modo filosófico y el modo jurídico. Ambos convivieron pacíficamente hasta que el primero quedó desplazado por una forma de entender a la persona en sentido individual, propio de las teorías iusfilosóficas que triunfaron en la Ciencia jurídica a partir del siglo XVI³.

PERSONA Y PERSONAS

La definición metafísica de persona fue una ocupación constante desde que el arrianismo se expandió por la Cristiandad a partir del siglo IV. Como es sabido, el arrianismo, en última instancia, niega la naturaleza divina de Cristo y, por tanto, uno de los principales dogmas de la fe católica: la existencia de Tres personas distintas (Padre, Hijo y Espíritu Santo), pero Un solo Dios verdadero⁴. La escolástica medieval, en su empeño de defender el dogma, centró su atención en el concepto de persona y, al mismo tiempo, en la aclaración y distinción de los conceptos de esencia, ser, sustancia, naturaleza, etc. Esta fue una labor ingente porque esos términos procedían de las filosofías griegas precristianas, sobre todo de Platón y Aristóteles, por lo que había que depurarlos

¹ Cfr. BOECIO, «Liber De Persona et Duabus Naturis Contra Eutythen Et Nestorium», en BOETHIUS, *Theological Tractates and the Consolation of Philosophy*. H. F. Stewart. William Heinemann Ltd.; Harvard University Press. London; Cambridge, Massachusetts, 1918. <<http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A2008.01.0677%3Aloebline%3Dpos%3D34>> (11/02/2016).

² D'ORS, Á., *Prelección jubilar*, Universidad de Santiago de Compostela, 1985, p. 31.

³ Cfr. CARPINTERO, F., «Persona y 'officium': derechos y competencias», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LXXIII (1996), pp. 4-6.

⁴ «Aquel al que el Padre ha enviado a nuestros corazones, el Espíritu de su Hijo (cfr. Ga 4, 6) es realmente Dios. Consustancial con el Padre y el Hijo, es inseparable de ellos, tanto en la vida íntima de la Trinidad como en su don de amor para el mundo. Pero al adorar a la Santísima Trinidad vivificante, consustancial e indivisible, la fe de la Iglesia profesa también la distinción de las Personas. Cuando el Padre envía su Verbo, envía también su Aliento: misión conjunta en la que el Hijo y el Espíritu Santo son distintos pero inseparables. Sin ninguna duda, Cristo es quien se manifiesta, Imagen visible de Dios invisible, pero es el Espíritu Santo quien lo revela». «Catecismo de la Iglesia católica» 1ª Parte, 2ª sección, capítulo 3º, art. 8, § 689. <http://www.vatican.va/archive/catechism_sp/p1s2c3a8_sp.html> (11/02/2016).

para evitar malentendidos⁵. Después, hubo que adaptar esos significados al latín, lo cual tampoco resultó sencillo. Era lógico que en ese contexto surgieran disputas doctrinales, a pesar de que estos autores profesaran todos la misma fe y que se enfrentaran, por ejemplo, las posiciones de los partidarios de una metafísica del ser frente a los partidarios de una metafísica de las esencias⁶.

La definición de persona de Boecio sirvió como punto de partida a casi todas las explicaciones escolásticas del Misterio Trinitario, de ahí su enorme influencia. En el siglo XIII, esta definición de persona fue desarrollada y ampliada por Tomás de Aquino, quien «ha sido el mejor teórico, tanto por su extensión como por su profundidad y orden, de la *jurisprudencia* romanista y de las nociones del Derecho natural que se encuentran en ella»⁷. Tomás, comentando los términos de la definición boeciana, escribía que la consideración de la persona como una *substantia*, se oponía a la posibilidad de considerar a los accidentes como personas; además de *substantia*, la persona era *individual*, y ello imposibilitaba la consideración de los géneros y las especies como personas. Por último, la referencia a la *naturaleza racional* excluía del concepto de persona a los seres inertes, las plantas y los animales⁸. Desarrollando la

⁵ Cfr. BARRY, W., «Arianism», en *The Catholic Encyclopedia*, vol. 1, Robert Appleton Company, New York, 1907. <<http://www.newadvent.org/cathen/01707c.htm>> (11/02/2016). La filosofía medieval fue una filosofía cristiana o, mejor aún, una filosofía puesta al servicio de la teología cristiana. La teología cristiana entra en contacto con la filosofía a partir del siglo II, en el momento en que hubo conversos de cultura griega. Pero la filosofía griega era obra de paganos, que podían poner en peligro los dogmas de la fe; por eso, en esta relación entre filosofía y teología, las únicas opciones que tenía el teólogo cristiano eran rechazar la filosofía por completo o absorberla en la nueva religión. Cfr. GILSON, E., *La filosofía en la Edad Media. Desde los orígenes patrísticos hasta el fin del siglo XIV*, Trad. Arsenio Pacios y Salvador Caballero, 2ª ed., 4ª reimp., Gredos, Madrid, 1985, pp. 17-18.

⁶ Tomás de Aquino y sus seguidores, defendieron una metafísica del ser en la medida en que mantuvieron que la existencia es el acto de la esencia; es decir, que hay ente porque hay ser. Sin embargo, en la conocida polémica que enfrentaba intelectualmente a Avicena y a Averroes, relativa al objeto de la teología, Juan Duns Escoto tomó partido por el primero. Y de este modo fue posicionándose en una metafísica de la esencia o, lo que es lo mismo, en el entendimiento de que la existencia es un modo de la esencia, de tal manera que hay ser porque hay esencia real. Cfr. GILSON, E., *Juan Duns Escoto. Introducción a sus posiciones fundamentales*, Trad. Pablo E. Corona, Eunsa, Barañáin, 2007, pp. 85 y ss.

⁷ CARPINTERO, E., *Historia breve del Derecho natural*, Colex, Madrid, 2000, p. 35.

⁸ «Per hoc ergo quod dicitur substantia, excluduntur a ratione personae accidentia quorum nulum potest dici persona. Per hoc vero quod dicitur individua, excluduntur genera et species in genere substantiae quae etiam personae dici non possunt; per hoc vero quod additur rationalis naturae, excluduntur inanimata corpora, plantae et bruta quae personae non sunt». TOMÁS DE AQUINO, *Quaestiones disputatae, De potentia*, q. 9, art.2, co. Cito por la edición en línea de ALARCÓN, E., *Corpus Thomisticum*, disponible en <<http://www.corpusthomisticum.org/>>. El fragmento citado en <<http://www.corpusthomisticum.org/qdp8.html#60513>> (11/02/2016).

distinción entre substancia y persona realizada algunos años antes por Ricardo de San Víctor⁹, Tomás de Aquino definió a la persona como «el subsistente distinto en naturaleza racional», es decir, como aquello que existe por sí y para sí, y no por otro. Este rasgo se expresa metafísicamente con la referencia a la *incomunicabilidad*¹⁰.

Este concepto de persona, no obstante, no tuvo una influencia directa en el pensamiento jurídico de esos años, porque los juristas de la Baja Edad Media partieron de una visión más realista en la que la persona designaba, ante todo un lugar o una posición en las relaciones jurídicas. El Prof. Carpintero explicaba, al respecto, que la mentalidad romanista, aquella que conformó la Ciencia jurídica hasta que fue desplazada por la mentalidad moderna, razonaba con una estructura argumentativa que venía presidida por la noción de *personas*, en plural. Para esta mentalidad, la persona no designaba un individuo, sino más bien una posición ante el derecho. Las personas designaban las situaciones vitales más cotidianas en las que cada uno de nosotros puede encontrarse, de manera simultánea, a lo largo de su vida. Así, un solo hombre puede portar la personalidad de propietario, padre, amigo, ciudadano, comprador, profesor, etc. «Estas dimensiones fundamentales de la personalidad que pueden ser propias de cualquier ser humano fueron llamadas «personas», de modo que: «un mismo hombre puede sostener varias personas»: *uno homo sustinere potest plures personas*»¹¹.

⁹ Ricardo de San Víctor, fue discípulo de Hugo de San Víctor y autor de uno de los grandes libros de la Historia, *De Trinitate*. En él insistía en la distinción entre substancia y persona, afirmando que substancia es aquello que existe por sí, de modo que su existencia no depende de otra cosa. Así, toda persona constituye una sustancia, pero no sucede lo mismo al revés, ya que una misma sustancia puede ser común a una pluralidad de individuos; y además, y sobre todo, «una persona es mucho más que una substancia, porque posee una propiedad personal radicalmente incomunicable, que es la subsistencia». Cfr. CARPINTERO, F., «El desarrollo de la idea de libertad personal en la Escolástica», en CARPINTERO, F. (ed.), *El derecho subjetivo en su historia*, Universidad de Cádiz, 2003, pp. 58-59.

¹⁰ Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Quaestiones disputatae, De potentia, cit.*, q. 9, art.2, co. <<http://www.corpusthomicum.org/qdp8.html#60513>> (17/02/2016). Para profundizar en el significado filosófico de esta definición, puede consultarse el artículo de MARTÍ, G., «La noción de persona en Tomás de Aquino: el estatuto ontológico del alma separada», en *Debate sobre las antropologías. Thémata*, 35 (2005), pp. 1-2. Vid. también, FORMENT, E., *Ser y persona*, Universidad de Barcelona, 1983, p. 49-50 y del mismo autor, *El personalismo medieval*, Edicep, Valencia, 2002, p. 253.

¹¹ «Persona y 'officium': derecho y competencias», *op. cit.*, pp. 5 y 6. Vid. también del mismo autor, «La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la 'persona jurídica'», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, Nueva Época (1987) pp. 477-522. Francisco Carpintero sigue la terminología de Bártolo de Sassoferrato y denomina a la persona entendida metafísicamente «*persona ut persona*», reservando la expresión «persona jurídica» a la otra forma en que fue entendida por la jurisprudencia romanista.

Gracias a esta noción de persona, los juristas podían tener a la vista una serie de criterios, más o menos estandarizados, por los que poder medir lo exigido a cada hombre situado en cada una de esas personas, de modo que esta manera de entender la personalidad jurídica se enfrentaba, sobre todo a una consideración del derecho como aquello que emanaba de una voluntad individual. En palabras del profesor Carpintero, la referencia a las personalidades jurídicas implicaba una «objetividad en la génesis de las competencias» que dejaba un lugar bastante secundario a nuestra voluntad a la hora de explicar el origen de nuestras competencias¹².

Este talante ante lo jurídico es compartido por Álvaro d'Ors y en él hay que situar su rechazo a la definición boeciana de persona con el que iniciamos este estudio. Porque para Álvaro d'Ors el derecho supone una relación en la que lo importante no es el hombre en cuanto que individuo, sino la personalidad que accidentalmente ocupa frente a otros hombres. Por eso, escribe d'Ors, «todo hombre es necesariamente una persona para otro hombre –*homo homini persona*–, ya que no puede haber relación sin la correspondiente personalidad; pero un mismo hombre puede tener varias personalidades, según sean sus relaciones con otros hombres. (...). Todo el derecho tiene en cuenta esta pluralidad de personas en un mismo hombre, y las innumerables relaciones que la determinan, así como las mutaciones de personalidad»¹³.

Sobre esta cuestión, la obra de d'Ors se nos presenta como reveladora de una faceta o punto de vista sobre lo jurídico que él mismo describe como *realista*, por contraposición al idealismo y al positivismo jurídico¹⁴. Históricamente, los orígenes de este modo de comprender el derecho se encuentran en la doctrina aristotélica sobre la virtud y en su desarrollo posterior por Santo Tomás de Aquino; más concretamente, la concepción realista del derecho descansa sobre la doctrina del *medium rei*¹⁵.

¹² *Ibid.*, p. 6. *Vid.* también, de esta autora, «De la persona al individuo: el papel del status naturae en la configuración del Estado de Derecho», en GUERRERO, M. y PERIÑÁN (eds.), *El individuo ante el conflicto entre Poder y Derecho: problemas contemporáneos*, Comares, Granada, 2014, pp. 1-26.

¹³ D'ORS, Á., *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite al derecho positivo*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1999, pp. 118-120.

¹⁴ D'ORS, Á., *Una introducción al estudio del Derecho*, Rialp, Madrid, 1963, pp. 101-102.

¹⁵ En puridad, esta terminología procede de Santo Tomás de Aquino, quien sigue fielmente las explicaciones de Aristóteles en relación a la consideración de la justicia como una virtud y al derecho como su objeto, que se calcula atendiendo a la cosa: «Respondeo dicendum quod, sicut supra dictum est, aliae virtutes morales consistunt principaliter circa passiones, quarum rectificatio non attenditur nisi secundum comparationem ad ipsum hominem cuius sunt passiones, se-

LA VIRTUD Y EL TÉRMINO MEDIO

Etimológicamente, el adjetivo *real* proviene del término latino *res-rei*, que significa cosa. De ahí que la principal característica de la concepción realista del Derecho sea precisamente su identificación con una cosa: el derecho es la cosa debida a otro. Por eso es definida por Javier Hervada en estos términos: «Siendo la justicia la virtud de dar a cada uno lo suyo, esto es, de dar a cada cual aquella o aquellas cosas que le son debidas, el *ius* es precisamente la cosa que, por justicia, hay que dar a cada uno (el objeto de la justicia); pues, en efecto, la cosa debida (no la facultad de exigir, ni la ley) es lo que constituye el *derecho* (*ius*) de cada cual»¹⁶.

Como se ha dicho, los orígenes filosóficos de esta forma de entender el derecho se encuentran en la obra de Aristóteles, que fue el primer autor que dedicó sus esfuerzos a la elaboración de una teoría sobre la justicia y lo justo con un marcado carácter objetivo¹⁷. Basándose en la experiencia y en la realidad, Aristóteles llevó a cabo el estudio de la virtud en varias de sus obras, y es en su *Ética Nicomáquea* donde se contienen las explicaciones más detalladas respecto a la justicia.

Parte de la distinción de dos clases de virtudes, las intelectuales o dianoéticas y las morales o éticas. Su distinción obedece a su modo de adquisición, siendo las primeras adquiridas normalmente como consecuencia de la enseñanza (de ahí que requieran tiempo y experiencia para su adquisición), mientras que las segundas dependen de la costumbre, pues radican en la voluntad. Precisamente por esto último, Aristóteles deja bien claro que no existe en nosotros ninguna virtud moral por naturaleza, ya que las cosas de la naturaleza no pueden cambiar ni enmendarse por la fuerza de la costumbre¹⁸. Sin embar-

cundum scilicet quod irascitur et concupiscit prout debet secundum diversas circumstantias. Et ideo medium talium virtutum non accipitur secundum proportionem unius rei ad alteram, sed solum secundum comparisonem ad ipsum virtuosum. Et propter hoc in ipsis est medium solum secundum rationem quoad nos. Sed materia iustitiae est exterior operatio secundum quod ipsa, vel res cuius est usus, debitam proportionem habet ad aliam personam. Et ideo medium iustitiae consistit in quadam proportionis aequalitate rei exterioris ad personam exteriorem. Aequale autem est realiter medium inter maius et minus, ut dicitur in X Metaphys. Unde iustitia habet medium rei». Cfr. *Summa Theologiae*, cit., II-II. q. 58, art. 10, co. <<http://www.corpusthomisticum.org/sth3057.html#41501>> (04/03/2016).

¹⁶ HERVADA, J., *Síntesis de historia de la ciencia del derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 2006, p. 44.

¹⁷ Cfr. SCHOUPE, J-P., «La concepción realista del Derecho», en *Persona y Derecho*, 11 (1984), p. 556.

¹⁸ «Así, la piedra que se mueve por naturaleza hacia abajo, no podría ser acostumbrada a moverse hacia arriba, aunque se intentara acostumbrarla lanzándola hacia arriba innumerables veces; ni

go, el hombre virtuoso, en el plano moral, lo es por el ejercicio constante o continuado de actos virtuosos.

Aristóteles considera a la virtud moral como el modo de ser que hace bueno al hombre¹⁹ y «(...) los modos de ser surgen de las operaciones semejantes»²⁰, luego, es necesario que se den repetidamente actos virtuosos para que podamos hablar de una persona templada, justa, moderada, generosa, etc. Sin esta reiterada y constante voluntad de hacer lo bueno, lo más que tendríamos serían acciones esporádicamente buenas o rectas, pero que por sí solas no son suficientes para convertir al hombre que las realiza en virtuoso. Por eso Aristóteles reitera que adquirimos las virtudes como resultado de actividades anteriores: la virtud no reside en nuestra naturaleza, sino que nos hacemos virtuosos sólo si actuamos virtuosamente de modo constante²¹.

Junto al hábito de la voluntad, Aristóteles también exige, para adquirir virtudes éticas, cierta disposición de ánimo. Y es que, como es sabido, él distingue, por sus consecuencias éticas, entre la actuación práctica (*praxis*) y la actuación técnica (*poiética*) del hombre²².

El hombre poiético se rige en su actuación por la técnica, de modo que sólo tiene interés por producir de modo correcto aquello que se ha propuesto inicialmente. Digamos que, en este tipo de actuación, el fin de la acción reside en los resultados que se obtengan con ellas, que son buscados directamente; es decir, «operando» o trabajando lo menos posible. Por el contrario, cuando el hombre realiza una actuación práctica, le interesa no sólo el resultado que inicialmente se ha propuesto, sino principalmente el modo en que debe

el fuego hacia abajo; ni ninguna otra cosa, de cierta naturaleza, podría acostumbrarse a ser de otra manera». Aristóteles, *Ética Nicomáquea. Ética Eudemia*, Trad. de Julio Pallí Bonet, Gredos, Madrid, 1985, L. II, 1103a, 20-25, p. 158.

¹⁹ «Se ha de notar, pues, que toda virtud lleva a término la buena disposición de aquello de lo cual es virtud y hace que realice bien su función; por ejemplo, la virtud del ojo hace bueno el ojo y su función (pues vemos bien por la virtud del ojo); igualmente, la virtud del caballo hace bueno el caballo y útil para correr, para llevar el jinete y para hacer frente a los enemigos. Si esto es así en todos los casos, la virtud del hombre será también el modo de ser por el cual el hombre se hace bueno y por el cual realiza bien su función propia». *EN*, cit., L. II, 1106a, 15-25, pp. 166-167.

²⁰ *EN*, cit., L. II, 1103b, 20-25, p. 160.

²¹ «De ahí la necesidad de efectuar cierta clase de actividades, pues los modos de ser siguen las correspondientes diferencias en estas actividades. Así, el adquirir un modo de ser de tal o cual manera desde la juventud tiene no poca importancia, sino muchísima, o mejor, total». *Ibid.*

²² «Entre lo que puede ser de otra manera está el objeto producido y la acción que lo produce. La producción es distinta de la acción (uno puede convencerse de ello por los tratados exotéricos); de modo que también el modo de ser racional práctico es distinto del modo de ser racional y productivo». *EN*, cit., L. VI, 1140a, 1, pp. 271-272.

conseguir esa finalidad. Es decir, le interesa esa actuación en la medida en que pueda ser realizada de un modo responsable y bueno y que le enriquezca a él personalmente. Por tanto, en las actuaciones que pertenecen a la praxis, el fin son ciertas obras distintas de ella²³.

En el caso de las virtudes éticas, éstas se sitúan en el ámbito de la actuación práctica de ahí que, para su adquisición, sea necesario atender no sólo al resultado que se produce con nuestra acción, sino sobre todo al modo en que se produce tal resultado. En palabras del Estagirita: «Además, no son semejantes el caso de las artes y el de las virtudes, pues las cosas producidas por las artes tienen su bien en sí mismas; basta, en efecto, que una vez realizadas, tengan ciertas condiciones; en cambio, las acciones, de acuerdo con las virtudes, no están hechas justa o sobriamente si ellas mismas no son de cierta manera, sino si también el que las hace está en cierta disposición al hacerlas, es decir, en primer lugar, si sabe lo que hace; luego, si las elige y las elige por ellas mismas; y en tercer lugar, si las hace con firmeza e inquebrantablemente»²⁴.

Junto a la disposición del ánimo y la reiteración, existe un tercer elemento que caracteriza toda la teoría aristotélica sobre la virtud: la virtud es considerada como lo igual o el medio entre las pasiones. A decir verdad, ésta no es una aportación original de Aristóteles. La tendencia a evitar todo exceso y conservar siempre la medida en todo responde a sentimientos profundamente arraigados en el pensamiento griego, inspirados tanto en las creencias populares como en la ciencia médica. De hecho, esta teoría sobre las realidades medias y el concepto de la medida justa se encuentra ya recogida por Platón en su *Timeo*²⁵. No obstante, fue Aristóteles el que realizó el desarrollo de esta argumentación, permitiendo obtener conclusiones nuevas de gran trascendencia respecto a la justicia y el concepto de lo justo, como trataré de explicar a continuación.

Como es sabido, en su exposición acerca de la teoría del medio, parte de la experiencia sensible y de la observación de la realidad. Y advierte cómo está en la naturaleza de las cosas el destruirse por el exceso o el defecto y conservarse, sin embargo en el medio, por lo que concluye que la virtud es un modo

²³ EN, cit., L. I, 1, 1094a, 15-25, p. 130. Vid. también, YARZA, I., «Sobre la praxis aristotélica», en *Anuario filosófico*, 19 (1986), p. 145. Disponible en <<http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/2252/1/07.%20I%C3%91AKI%20YARZA,%20Sobre%20la%20praxis%20aristot%C3%A9lica.pdf>> (24/02/2016).

²⁴ EN, cit., L. II, 1105a, 25-30, p. 164.

²⁵ *Timeo*, 30c-32c, en PLATÓN, *Diálogos*, vol. VI, *Filebo*, *Timeo*, *Critias*, Trad., M^a Ángeles Durán y Francisco Lisi, Gredos, Madrid, 1992, pp. 173-175.

de ser selectivo que consiste en aquella actividad práctica mediante la cual el hombre elige lo que es bueno para él²⁶. Esta elección ha de situarse, como hemos afirmado anteriormente, en el término medio o igual entre el exceso y el defecto²⁷. Así, «en relación con el miedo y con la audacia, el valor es el término medio (...). En el dominio de los placeres y dolores (...), el término medio es la moderación, y el exceso, la intemperancia (...). En relación con el dar y recibir dinero, el término medio es la liberalidad, el exceso y el defecto son respectivamente, la prodigalidad y la tacañería (...). En relación con el honor y con el deshonor, el término medio es la magnanimidad; al exceso se le llama vanidad, y al defecto pusilanimidad (...). Respecto de la ira existe también un exceso, un defecto y un término medio; estas disposiciones no tienen prácticamente nombre; pero, ya que llamamos al término medio, apacible, llamaremos a la disposición intermedia apacibilidad; de los extremos, el que peca por exceso sea llamado iracundo, y su vicio iracundia; y el que peca por defecto, incapaz de ira, y el defecto, incapacidad de ira (...)»²⁸.

Como vemos en estos ejemplos, Aristóteles en principio se refiere al medio en términos cuantitativos. No obstante, inmediatamente añade que este medio en que consiste la virtud, lo es no sólo en relación a la cosa misma, sino sobre todo en relación al sujeto que actúa. O lo que es lo mismo, que la distancia entre el medio y los extremos no es igual para todos ni en todos los casos. Así, en el ejemplo que propone el mismo Aristóteles, para Milón de Crotona (que era un afamado atleta, vencedor en varias ocasiones de los Juegos Olímpicos), puede ser poco que su entrenador le prescriba comer diez minas de alimentos, mientras que para cualquiera que se inicie en los ejercicios corporales, mucho²⁹. De la misma manera, para una persona normal, celebrar un cumpleaños comiendo una porción de tarta no puede ser considerado un exceso, pero si esa misma persona es diabética, ingerir la misma cantidad de dulce puede resultar

²⁶ «Primeramente, entonces, hemos de observar que está en la naturaleza de tales cosas el destruirse por defecto o por exceso, como lo observamos en el caso de la robustez y la salud (...), así el exceso y la falta de ejercicio destruyen la robustez; igualmente, cuando comemos o bebemos en exceso, o insuficientemente, dañamos la salud, mientras que si la cantidad es proporcionada la produce, aumenta y conserva». *EN*, cit., L. II, 1104a, 10-15, p. 161. Más adelante reitera esta idea: «En todo lo continuo y divisible es posible tomar una cantidad mayor, menor o igual, y esto, o bien en relación a la cosa misma, o a nosotros; y lo igual es un término medio entre el exceso y el defecto». L. II, 1106a, 25, p. 167.

²⁷ *EN*, cit., L. II, 1107a, 1-5, p. 169.

²⁸ *EN*, cit., L. II, 1107b-1108a, 10, pp. 171 a 172.

²⁹ *EN*, cit., L. II, 1106a, 5, p. 167.

no sólo excesiva, sino muy perjudicial para su salud. De ahí que Aristóteles nos advierta de la dificultad que entraña esta tarea de averiguar mediante la razón el medio y admite que sólo cuando nos alejamos demasiado de este medio es censurable nuestra acción; en caso contrario, podemos pasar desapercibidos, y como estas cosas son individuales y el criterio para averiguarlas reside en la percepción, «(...) está claro que el modo de ser intermedio en todas las cosas es laudable, pero debemos inclinarnos unas veces hacia el exceso y otras hacia el defecto, ya que así alcanzaremos más fácilmente el medio y el bien»³⁰. Por tanto, en la actuación práctica, será la prudencia la que determine cómo, con quiénes, por qué motivos y por cuanto tiempo debemos actuar³¹.

La justicia, para Aristóteles, es una virtud ética, por lo que comparte con el resto de las virtudes la necesidad del hábito, la buena disposición de ánimo y el término medio para su adquisición. No obstante, la justicia recibe un tratamiento específico y más completo que el resto de las virtudes. De hecho, Aristóteles dedica todo el Libro V de su *Ética Nicomáquea* al esclarecimiento de cuestiones relacionadas con la justicia, mientras que el resto de las virtudes (la liberalidad, la magnificencia, la magnanimidad, la ambición, la mansedumbre, la amabilidad, la sinceridad, la agudeza, el pudor y la vergüenza) se resuelven en el conjunto del Libro IV. Esta aparente desproporción en la atención que le merecen una y otras puede explicarse porque, para él, la justicia es la más perfecta y excelsa de las virtudes. Afirma que no hay nada en la naturaleza más hermoso ni mejor que la justicia, «ni el atardecer o la aurora». La justicia es la virtud más cabal y perfecta «porque el que la posee puede hacer uso de la virtud con los otros y no sólo consigo mismo»³². Por tanto, la perfección de la justicia proviene, en principio, de su *alteridad*, es decir, de su referencia al otro. Y es que, a diferencia del resto de las virtudes, la justicia no sólo perfecciona al que la practica sino que se dirige directamente al bien de otro. Por ejemplo, cuando alguien presta dinero a otro, su devolución –que es imperativo de justicia– beneficia primeramente a quien recibe de vuelta ese dinero (el prestamista), aunque la virtud de la justicia incida en quien lo entrega en el tiempo y modo acordado (deudor).

³⁰ *EN*, cit., L. II, 1109b, 15-25, p. 177.

³¹ Para Aristóteles, «la virtud es, pues, un estado de carácter que tiene que ver con la elección y que reside en un término medio –el término medio por respecto a nosotros– determinado por un principio racional y por aquel principio por el que lo determinaría el hombre de sabiduría práctica». JAEGER, W., *Aristóteles, bases para la historia de su desarrollo intelectual*, Trad. José Gaos, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, p. 278.

³² *EN*, cit., L. V, 1129b, 25-30 p. 239.

En definitiva, la justicia siempre se refiere a un bien ajeno, mientras que en el resto de las virtudes se realizan actos que interesan al propio actuante, porque perfeccionan o le hacen bueno a sí mismo³³. El hombre templado, practica la templanza consigo mismo y, encontrando el equilibrio o término medio en el disfrute de las pasiones o apetitos (que en eso consiste la templanza), se hace virtuoso o, lo que es lo mismo, consigue un bien, digámoslo así, para sí mismo, un bien que le proporciona felicidad a él mismo directamente y sólo secundariamente al resto de la sociedad. Pero la justicia, considerada como virtud, en la medida en que está definida por la nota de alteridad y se dirige a realizar el bien de otro, perfecciona directamente la sociedad y, por esta causa, es sencillamente la virtud más perfecta³⁴.

La justicia considerada como virtud es denominada legal, entera o integral. Porque cuando Aristóteles define lo justo, lo hace en relación a estos dos términos: lo legal y lo igual³⁵. Centrándonos ahora en el primer aspecto de esta distinción, Aristóteles nos indica que es justo el hombre que cumple con lo que ordenan las leyes. Hay que tener en cuenta que, en el pensamiento aristotélico y, por extensión, en la concepción realista del derecho, las leyes deben estar dirigidas al bien de la polis, es decir, a aquello que conviene a la comunidad³⁶ y, en ese sentido, suelen imponer aquello que es propio del resto de las virtudes³⁷. De ahí que cuando se cumpla con las leyes se esté realizando una justicia integral que consiste en una virtud absoluta: «Esta clase de justicia,

³³ «Por la misma razón, la justicia es la única, entre las virtudes, que parece referirse al bien ajeno, porque afecta a los otros; hace lo que conviene a otro, sea gobernante o compañero. El peor de los hombres es, pues, el que usa de la maldad consigo mismo y sus compañeros; el mejor, no el que usa de virtud para consigo mismo, sino para con otro (...). Esta clase de justicia, entonces, no es una parte de la virtud, sino la virtud entera (...).» *EN*, cit., L. V, 1130a, 5, p. 239.

³⁴ Cfr., *EN*, cit., L. V, 1129b, 25-30 p. 239.

³⁵ «Parece que es injusto el transgresor de la ley, pero lo es también el codicioso y el que no es equitativo; luego es evidente que el justo será el que observa la ley y también el equitativo. De ahí que lo justo sea lo legal y lo equitativo, y lo injusto, lo ilegal y lo no equitativo». *EN*, cit., L. V, 1129b, 5, pp. 237-238.

³⁶ Álvaro d'Ors define al bien común en este mismo sentido: «El bien común no es la utilidad del Estado o de la mayoría de los miembros, sino la composición armónica del bien de cada uno de los miembros». *Una introducción al estudio del Derecho*, cit., p. 159.

³⁷ «También la ley ordena lo que es propio del valiente, por ejemplo, no abandonar el sitio, ni huir ni arrojar las armas; y lo que es propio del moderado, como no cometer adulterio, ni insolentarse, y lo que es propio del apacible, como no dar golpes ni hablar mal de nadie; e, igualmente, lo que es propio de las demás virtudes y formas de maldad, mandando lo uno y prohibiendo lo otro, rectamente cuando la ley está bien establecida, y peor cuando ha sido arbitrariamente establecida». *EN*, cit., L. V, 1129b, 20-25, pp. 238-239.

entonces, no es una parte de la virtud, sino la virtud entera, y la injusticia contraria no es una parte del vicio, sino el vicio total»³⁸. En definitiva, en esta clase de justicia lo importante es la ordenación de la ley al bien común, puesto que lo que conviene a la comunidad es justo³⁹. Y por eso, el hombre que cumple con todos esos mandatos se dice de él que es un hombre justo de forma total o completa.

Hay que tener en cuenta que la justicia legal o integral es concebida por Aristóteles como la perfección última del dinamismo moral. Desde esta perspectiva, la especialidad de la justicia como virtud no reside tanto en su alteridad como en el hecho de presuponer, la justicia, al resto de las virtudes: «En la justicia están incluidas todas las virtudes», dice el Estagirita⁴⁰. Y es que para Aristóteles, todas las virtudes forman parte del mismo proceso hacia la perfección o felicidad, que es el fin último de toda actuación práctica. Pero este fin no puede alcanzarse individualmente, sino en *con-vivencia* con los demás⁴¹. La justicia legal se sirve de las demás virtudes como instrumentos para alcanzar ese fin y, por eso, como precisaría más tarde Tomás de Aquino, nadie puede ser un buen ciudadano sin ser, al mismo tiempo, un buen hombre⁴².

³⁸ *EN*, cit., L. V, 1130a, 10, p. 239.

³⁹ Cfr. *EN*, cit., L.V, 1129b, 15, p. 238. Más adelante reitera esa idea: «La comunidad política parece haber surgido y perdurado por causa de la conveniencia; a esto tienden también los legisladores, que dicen que es justo lo que conviene a la comunidad». *EN*, cit., L. VIII, 1160a, 10, pp. 338-339. Además, en otras obras como *Política*, en ARISTÓTELES, *Obras*, Trad. Fco. de P. Samaranch, Aguilar, 1968c, L. III, 7, 1283b, p. 1468: «El término «recto» o «justo» hay que entenderlo en un sentido de igualdad, y la expresión «igualmente justo» hay que entenderlo en relación con los intereses de todo el Estado y con el bienestar común de los ciudadanos». Por esta razón, siglos después, Santo Tomás de Aquino vinculaba la fuerza de la ley a su orientación hacia el bien común, de tal modo que, en la medida en que se aparte de ese bien común, la ley pierde su fuerza de obligar: «Respondeo dicendum quod, sicut supra dictum est, omnis lex ordinatur ad communem hominum salutem, et intantum obtinet vim et rationem legis; secundum vero quod ab hoc deficit, virtutem obligandi non habet». *S.Th.*, cit., I-II, q. 96, a. 6, co. <<http://www.corpusthomicum.org/sth2095.html#37706>> (04/03/2016).

⁴⁰ *EN*, cit., L. V, 1129b p. 239.

⁴¹ En su *Política*, cuando define al hombre como un ser político por naturaleza, reitera precisamente esta idea: no basta con poseer de manera pasiva ciertas capacidades o condiciones físicas y psíquicas necesarias para la convivencia, sino que éstas tienen que ser ejercitadas y puestas en práctica *socialmente*, en relación con los demás, pues la moralidad que, como ya hemos dicho, no es un atributo de la naturaleza, sino el resultado de nuestra actuación práctica que se desenvuelve, no a solas consigo mismo, sino en comunión con los demás. Cfr. RUS, S., Introducción y notas a Aristóteles, *Política*, cit., p. 118.

⁴² «Et hoc dicit, posterius esse determinandum, scilicet in libro politicae. In tertio enim libro politicae ostenditur quod non est idem esse simpliciter virum bonum et esse civem bonum, secundum quamcumque politiam. Sunt enim quaedam politiae, non rectae, secundum quas aliquis

LA ACCIÓN JUSTA O EL DERECHO

Como acabamos de exponer, Aristóteles considera a la justicia una virtud ética y, en cuanto tal, participa de las características generales del resto de las virtudes de este tipo; es decir, precisa, para su adquisición del hábito, la disposición de ánimo y el término medio. Pero, al mismo tiempo, Aristóteles distingue entre la justicia como virtud y el acto concreto de realizar justicia o, en otras palabras, lo justo (*to díkaion*). Esta es la aportación más original de la doctrina jurídica de Aristóteles, porque lo justo, como un adjetivo neutro sustantivado, es entendido como sinónimo de derecho y es en él donde podemos situar los orígenes de la concepción realista del derecho⁴³. Porque la justicia, al igual que cualquier otra virtud, tiene su propio objeto, y este no es otro más que el derecho: «el derecho es el objeto de la justicia», como escribirá Santo Tomás de Aquino⁴⁴. De ahí que, desde esta perspectiva, el derecho se identifique con la acción justa o con lo justo concreto. En definitiva, si se ha definido previamente a la justicia como el hábito de dar a cada uno lo suyo, esto que es de cada uno, es el derecho. Y el derecho o lo justo, a diferencia de lo que sucede en el resto de las virtudes, se determina por sí solo, porque radica en un *medium rei*: en un término medio que se calcula atendiendo a lo real, a la cosa que media en una relación jurídica. Veámoslo más despacio.

Considerando la justicia como acto concreto, ésta se realiza prescindiendo del hábito y del ánimo; es decir, el acto de justicia o la cosa justa sólo precisa para serlo de su resultado exterior, de la elección del término medio, esto es, lo *igual*, con independencia de las intenciones del sujeto que realiza esa acción o de si esa acción es simplemente una actuación aislada.

En otras palabras, se puede realizar un acto justo aún sin tener la intención de hacerlo, como cuando se paga el salario que se debe a los empleados

potest esse civis bonus, qui non est vir bonus; sed secundum optimam politiam non est aliquis civis bonus qui non est vir bonus». Tomás de Aquino, *Sententia libri Ethicorum*, lib. 5 l. 3 n. 14 [73630] <http://www.corpusthomicum.org/ctc0314.html#73630> (05/12/2016).

⁴³ Cfr., Schouppe, J.P., «La concepción realista del Derecho», cit., p. 556. A esta diferencia entre justicia como virtud y el derecho se refería también A. d'Ors: «Las escuelas de derecho no tienen por objeto procurar que los que las frecuentan quieran dar a cada uno lo suyo, sino procurar que sepan en todo momento qué es lo que se debe dar a cada uno. La formación de la virtud de la justicia, como la de la fortaleza o de la templanza, tiene carácter más amplio y pertenece a la educación moral general». *Una introducción al estudio del derecho*, cit., p. 13.

⁴⁴ Cfr. S. Th. II-II, q. 57, art. 1, co. <<http://www.corpusthomicum.org/sth3057.html#41388> > (09/03/2016).

por el simple hecho de obligarlo la ley, o por temor a una demanda ante los Juzgados de lo Social. Esto no convierte al empresario en hombre justo, porque no tiene presente, en su acción, el modo de ser que es necesario para adquirir la virtud, pero no por ello puede decirse que la acción en sí no sea justa.

Porque la justicia así entendida, como acto concreto, reside en lo equitativo o igual, es decir, en dar a cada uno lo suyo, ni más, ni menos. Esta noción de justicia, además de ser un claro precedente de la clásica definición romana⁴⁵, se encuentra recogida en distintas obras de Aristóteles. Así, por ejemplo, en *La Retórica* nos dice que la justicia «es una virtud por la cual cada uno posee sus propias cosas, de acuerdo con la ley; injusticia, aquello por lo que se posee lo ajeno, no según ley»⁴⁶. Y en su *Política* escribe: «Entre iguales, lo noble y justo consiste (...) en lo igual y equivalente, mientras que pretender que los que son iguales tengan una participación desigual y los que son semejantes tengan una participación desemejante es algo contrario a la Naturaleza, y nada contrario a la Naturaleza es noble»⁴⁷.

Si la justicia es una relación de igualdad, es evidente que lo justo (que es el derecho) consiste en un término medio entre tener más de lo que me pertenece o menos de lo que es mío⁴⁸: «Y la justicia es una virtud por la cual se dice que el justo practica intencionadamente lo justo y distribuye entre sí mismo y otros, o entre dos, no de manera que él reciba más de lo bueno y el prójimo menos, y de lo malo al revés, sino proporcionalmente lo mismo, e, igualmente, si la distribución es entre dos. Y en lo que respecta a lo injusto, la injusticia es lo contrario [de la justicia], esto es, exceso y defecto de lo inútil y lo perjudicial, contra toda proporción»⁴⁹. Y precisamente aquí radica la especificidad del acto de justicia: lo justo que es sinónimo de derecho siempre se sitúa en el medio: la justicia es propia del medio, a diferencia de lo que sucedía en el resto

⁴⁵ Me refiero a la definición de justicia de Ulpiano como la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho: «*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*». O a la de Celso, cuando decía que el derecho era un «*ars boni et aequi*».

⁴⁶ *La Retórica*, en *Aristóteles: Obras*, Trad. de Fco. de P. Samaranch, Aguilar, Madrid, 1988, L. I, 9, pp. 133y 134.

⁴⁷ *Política*, cit., L. VII, 3, 1325a, p. 1540.

⁴⁸ «Puesto que el injusto es desigual y lo injusto es desigual, es evidente que existe un término medio de lo desigual, y éste es lo igual, porque en toda acción en la que existe lo más y lo menos se da también lo igual. Así pues, si lo injusto es desigual, lo justo es lo igual, lo cual, sin necesidad de argumentos, todos lo admiten. Y puesto que lo igual es un término medio, lo justo ser también un término medio». *EN*, cit., L. V, 1131a, 10, p. 243.

⁴⁹ *EN*, cit., L. V, 1134a, 5, pp. 251 y 252.

de las virtudes éticas, en las que, en ocasiones, debíamos alejarnos del medio para poder hallar lo bueno⁵⁰.

Así, el derecho o lo justo aparece en la obra aristotélica como una realidad concreta determinada por una relación de igualdad de los extremos hacia el término medio. Por eso, el criterio para hallar lo justo es un criterio exterior, un criterio real o, como lo denominó Santo Tomás de Aquino, un *medium rei*⁵¹. Se configura así una concepción del derecho innegablemente objetiva, pues los criterios para su determinación vienen proporcionados por los objetos exteriores o cosas que median entre las personas y, así, mientras que no tiene sentido preguntarse por lo que *objetivamente* sea valeroso o cobarde, moderado o inmoderado sí es posible determinar desde la acción exterior lo que es justo o injusto. De la misma manera, así como no se puede ser moderado sin tener la intención de serlo, sí es posible realizar un acto de justicia sin necesidad de tener previa disposición de ánimo⁵². Por eso, Santo Tomás de Aquino, comentando estos pasajes de la ética aristotélica, añadirá siglos más tarde que «lo recto en el acto de justicia, aun hecha abstracción del agente, se constituye en atención a otro sujeto, puesto que en nuestras obras se llama justo lo que según alguna igualdad corresponde a otro: por ejemplo, la remuneración debida por algún servicio prestado»⁵³. Y es que lo justo puede ser determinable desde fuera, por un tercero

⁵⁰ «La justicia es un término medio, pero no de la misma manera que las demás virtudes, sino porque es propia del medio, mientras que la injusticia lo es de los extremos». *EN*, cit, L. V, 1133b, 30, p. 251.

⁵¹ Cfr. *S. Th.*, cit., II-II. q. 58, art. 10, co. <<http://www.corpusthomicum.org/sth3057.html#41501>> (04/03/2016).

⁵² «Ad tertium dicendum quod obiectum temperantiae non est aliquid exterius constitutum, sicut obiectum iustitiae, sed obiectum temperantiae, idest temperatum, accipitur solum in comparatione ad ipsum hominem. Et ideo quod est per accidens et praeter intentionem non potest dici temperatum nec materialiter nec formaliter, et similiter neque intemperatum. Et quantum ad hoc est dissimile in iustitia et in aliis virtutibus moralibus. Sed quantum ad comparationem operationis ad habitum, in omnibus similiter se habet». *S.Th.*, cit., II-II, q. 59, a. 2, ad. 3 <<http://www.corpusthomicum.org/sth3057.html#41540>> (07/03/2016).

⁵³ «Respondeo dicendum quod iustitiae proprium est inter alias virtutes ut ordinet hominem in his quae sunt ad alterum. Importat enim aequalitatem quandam, ut ipsum nomen demonstrat, dicuntur enim vulgariter ea quae adaequantur iustari. Aequalitas autem ad alterum est. Aliae autem virtutes perficiunt hominem solum in his quae ei conveniunt secundum seipsum. Sic igitur illud quod est rectum in operibus aliarum virtutum, ad quod tendit intentio virtutis quasi in proprium obiectum, non accipitur nisi per comparationem ad agentem. Rectum vero quod est in opere iustitiae, etiam praeter comparationem ad agentem, constituitur per comparationem ad alium, illud enim in opere nostro dicitur esse iustum quod respondet secundum aliquam aequalitatem alteri, puta recompensatio mercedis debitae pro servitio impenso. Sic igitur iustum dicitur aliquid, quasi habens rectitudinem iustitiae, ad quod terminatur actio iustitiae, etiam non considerato qualiter ab agente fiat. Sed

imparcial. Esto no sucede en el resto de las virtudes, porque nadie puede saber exactamente qué cantidad de comida o de bebida puede ingerir cada uno sin caer en la inmoderación o intemperancia, pero sí es determinable fácilmente por un tercero la deuda existente entre dos personas que participan en algún tipo de negocio jurídico⁵⁴.

Así, el derecho no es una cualidad que se predique de los sujetos que intervienen en una relación; todo lo contrario, lo justo es una proporción objetiva determinada por las cosas exteriores que se interponen entre los sujetos. Pero, al mismo tiempo, esta relación de igualdad está presidida por la alteridad, por lo que se requieren cuatro términos respecto a los cuales se debe hallar el medio: dos cosas y dos sujetos⁵⁵. Las cosas sirven para determinar lo igual (lo justo); las personas o los sujetos son el fundamento omnipresente, puesto que la justicia es una virtud ética que se refiere a otro. Por eso Aristóteles dice de la justicia que es «una cualidad de las cosas por referencia a las personas»⁵⁶.

JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y JUSTICIA CORRECTIVA

Esta última expresión da lugar a dos especies dentro del género de la justicia parcial o de la justicia considerada en acto: la justicia distributiva y la justicia correctiva⁵⁷. La primera se refiere a la distribución de los «honoros, di-

in aliis virtutibus non determinatur aliquid rectum nisi secundum quod aequaliter fit ab agente. Et propter hoc specialiter iustitiae prae aliis virtutibus determinatur secundum se obiectum, quod vocatur iustum. Et hoc quidem est ius. Unde manifestum est quod ius est obiectum iustitiae». *S. Th.*, cit., II-II, q. 57, a. 1, co. <<http://www.corpusthomicum.org/sth3057.html#41388>> (08/03/2016).

⁵⁴ Cfr. PIEPER, J., *Justicia y fortaleza*, Rialp, Madrid, 1968, p. 54. En el mismo sentido, afirma Olgíati, F., «La filosofía del ser descubre la formalidad de lo justo en la acción exterior en cuanto que está ordenada a otros («*in quantum est ad alterum*») y realiza, en esa relación con otros, esa igualdad por la que se da a cada uno lo que estrictamente se le debe («*facere aequalitatem*» o sea, «*suum cuique tribuere*»). La actividad artística carece de la primera característica de alteridad; de la segunda, es decir, de la *aequalitas*, carecen los actos generosos, caritativos, benevolentes, etc.». *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, Trad. Diorki, Eunsa, Pamplona, 1977, p. 162.

⁵⁵ «Por tanto, lo justo deberá requerir, al menos, cuatro términos: pues, aquellos para quienes es justo son dos, y las cosas en las que reside también son dos. Y la igualdad será la misma en las personas y en las cosas; pues la relación de unas y otras es la misma; en efecto, si no son iguales, no tendrán partes iguales». *EN*, cit., L. V, 1131a, 15-20, p. 243.

⁵⁶ *Política*, cit., L. III, 7, 1282b, p. 1466.

⁵⁷ La justicia correctiva se ha denominado tradicionalmente justicia conmutativa. Al respecto, ya advertía Hugo Grocio, jurista y diplomático holandés del siglo XVII, de lo desafortunado de tal denominación, pues el término conmutativo tiene una menor amplitud que el correctivo, el

nero o cualquier cosa compartida entre los miembros de una comunidad»⁵⁸ y la segunda «es la que establece los tratos en las relaciones entre individuos»⁵⁹, los cuales pueden tener un origen voluntario o involuntario. A su vez, estos últimos pueden tener como causa el fraude o la violencia⁶⁰.

Pues bien, en la distribución de los bienes, la igualdad que implica la justicia de la relación es calculada según cierta proporción basada en los méritos. Con esto, lo que nos quiere explicar Aristóteles es que la igualdad que exige la acción justa no es una igualdad desencarnada, sino todo lo contrario: es concreta e individualizada, que se calcula mirando a los ciudadanos de uno en uno y no en multitud. El principio de igualdad en que consiste esta especie de la justicia no se formula de manera abstracta, sino atendiendo a las particulares circunstancias personales de cada cual y, sobre todo, en atención a los méritos de cada uno. Así, lo justo es una especie de proporción, que Aristóteles denomina geométrica⁶¹, que tiene en consideración los aspectos particulares de las personas que entran en juego. Porque no es justo tratar de manera igual a los que son desiguales, sino que lo justo es que los que son iguales reciban lo mismo⁶².

Esta referencia a las personas no constituye ningún obstáculo para la concepción realista del derecho. Pensemos que el derecho, así configurado, como

qual comprende todos los aspectos de esta justicia parcial y no sólo de los contractuales. Cfr., *Del derecho de la guerra y de la paz*, Trad. Jaime Torrubiano Ripoll, Reus, Madrid, 1925, L. I, c. I, VIII, n. 1, p. 49.

⁵⁸ *EN*, cit., L. V, 1130b, 30, p. 242.

⁵⁹ *EN*, cit., L. V, 1131a, 5, p. 242.

⁶⁰ «Los voluntarios son tratos tales como los de compra, venta, préstamo de dinero, fianza, usufructo, depósito, alquiler (y se llaman voluntarios porque son iniciados voluntariamente); de los involuntarios, unos son llamados clandestinos, como el hurto, adulterio, envenenamiento, prostitución, seducción de esclavos, asesinato, falso testimonio, y otros son violentos, como el ultraje, el encarcelamiento, el homicidio, el robo, la mutilación, la difamación y el insulto». *Ibid.*

⁶¹ «(...) esta justicia es un término medio en la proporción, porque lo proporcional es un término medio y lo justo es proporcional. Los matemáticos llaman a tal proporción geométrica; en efecto, en la proporción geométrica, el todo está, con respecto al todo, en la misma relación que cada parte con respecto a cada parte. Pero esta proporción no es continua, porque ningún término numéricamente uno puede representar la persona y la cosa». *EN*, cit., L. V, 1131b, 10, pp. 244-245.

⁶² «De ahí que se susciten disputas y acusaciones, cuando aquellos que son iguales no tienen o reciben partes iguales y cuando los que no son iguales tienen y reciben partes iguales. Y esto está claro por lo que ocurre con respecto al mérito; pues todos están de acuerdo que lo justo en las distribuciones debe estar de acuerdo con ciertos méritos, pero no todos coinciden en cuanto al mérito mismo, sino que los demócratas lo ponen en la libertad, los oligárquicos en la riqueza o nobleza, y los aristócratas en la virtud». *EN*, cit., L. V, 1131a, 20-25, pp. 243-244.

un término *real* que se sitúa entre lo igual entre tener más o menos de lo que nos pertenece, se sigue calculando de manera objetiva, sólo que en esa realidad también confluyen aspectos relativos a las personas. Éstos derivan de esas posiciones o situaciones que los hombres ocupamos a lo largo de nuestras vidas, y a las que a las que nos referimos al principio con el término de «personas jurídicas». Al ser estos aspectos exteriores, el cálculo de lo debido, de lo justo, sigue siendo objetivo.

Por eso, Álvaro d'Ors escribía que: «Desde un punto de vista jurídico humano, puesto que el derecho supone siempre relación, lo que importa no es el hombre, sino la personalidad que accidentalmente exista entre esos hombres necesariamente relacionados unos con otros. (...). Estas relaciones interpersonales pueden ser públicas o privadas –por ejemplo, un contribuyente o un inquilino–; pueden ser también relaciones de contradicción, como la de los adversarios en un litigio, en el que intervienen como demandantes o demandados; incluso a causa de un delito, como cuando se mata, cuyo delito quedará diferenciado por la concreta personalidad de la víctima: fratricidio, regicidio, feticidio, parricidio, etc.»⁶³. Así, no tienen los mismos derechos ni las mismas competencias, ni se le podrá exigir lo mismo en justicia a un profesor de Universidad que a un profesor de Educación Primaria; ni tendrán las mismas competencias u obligaciones sobre la misma vivienda el propietario de la misma o su inquilino⁶⁴. Y en estos supuestos, el criterio que estamos empleando para calcular ese justo medio sigue siendo objetivo; sigue estando al margen de la subjetividad propia de cada uno. En este sentido, afirma Javier Hervada que «el arte del derecho se vierte, en última instancia, en el caso singular y consiste en el arte de discernir lo justo entre personas concretas»⁶⁵. La proporción sigue siendo objetiva; esto es, determinada por el objeto exterior, por el *medium rei*, lo que ocurre es que esta proporción, al ir al hilo de las circunstancias concretas de cada caso, deberá tener en cuenta, necesariamente, las particulares características de quienes participan en esa situación.

⁶³ D'ORS, *Derecho y sentido común*, cit., pp. 118-119.

⁶⁴ Tampoco podemos hacernos ilusiones respecto a las posibilidades del *medium rei*. El propio Tomás de Aquino era consciente de las limitaciones de este criterio y es que, en última instancia, como afirma Francisco Carpintero, «La justicia por sí sola siempre será insatisfactoria». Cfr. *Persona y «officium»*, cit., p. 39.

⁶⁵ HERVADA, J., *Introducción crítica al derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 1986, p. 37.

En cuanto a la consideración de lo justo en su otra especie (justicia correctiva), Aristóteles también entiende que consiste en un término medio entre la ganancia y la pérdida y esto es así tanto en las relaciones voluntarias como en las involuntarias. En las relaciones voluntarias, el medio estará constituido por la «justa ganancia», mientras que en las involuntarias «lo justo es un término medio entre una especie de ganancia y de pérdida (...) y consiste en tener lo mismo antes que después»⁶⁶, que se obtiene a través del castigo. Sólo en el castigo incidiría la cualidad personal de los sujetos, pues en este tipo de justicia la proporción es aritmética, es decir, consiste en una igualdad absoluta entre lo dado y lo recibido⁶⁷. Ahora bien, como se acaba de exponer, tampoco este tipo de justicia supone la consideración abstracta ni uniforme de las personas, porque las personas que tiene a la vista Aristóteles son concretas y determinadas, por eso afirma que este tipo de justicia no consiste sin más en una reciprocidad. Es más, la reciprocidad simple, el recibir tanto por tanto, no es exactamente justicia, puesto que no se acomoda ni a la justicia distributiva ni a la conmutativa⁶⁸. Comentaristas posteriores a la obra aristotélica mantendrán la justificación de este principio, que informa desde sus orígenes la legislación penal. En concreto, Tomás de Aquino en su *Summa Theologiae* también sostiene que «En la justicia distributiva se determina el término medio atendiendo a la diversa dignidad de las personas. Pero la dignidad de las personas se considera también en la justicia conmutativa, por ejemplo, en los castigos; pues más se castiga al que hiere al príncipe que al que hiere a una persona privada»⁶⁹.

⁶⁶ *EN*, cit., L.V, 1132b, 20, p g. 248.

⁶⁷ «(...) en las relaciones entre los individuos, lo justo es, sin duda, una igualdad y lo injusto una desigualdad, pero no según aquella proporción [se refiere a la proporción geométrica, propia de la justicia distributiva], sino según la aritmética. No importa, en efecto, que un hombre bueno haya despojado a uno malo o al revés, o que un hombre bueno o malo hayan cometido un adulterio: la ley sólo mira la naturaleza del daño y trata ambas partes como iguales, al que comete injusticia y al que la sufre, al que perjudica y al perjudicado». *EN*, cit., L.V, 1132a, 5, pp. 245-246.

⁶⁸ *EN*, cit., L. V, 1132b, 25, p. 248. Y añade: «Por ejemplo, si un magistrado golpea a uno, no debe a su vez, ser golpeado por éste, pero si alguien golpea a un magistrado, no sólo debe ser golpeado, sino también castigado».

⁶⁹ *S. Th.*, cit., II-II, q. 61, a. 2, ad. 3: «Ad tertium dicendum quod in actionibus et passionibus conditio personae facit ad quantitatem rei, maior enim est iniuria si percutiatur princeps quam si percutiatur privata persona. Et ita conditio personae in distributiva iustitia attenditur secundum se, in commutativa autem secundum quod per hoc diversificatur res». <<http://www.corpusthomicum.org/sth3061.html#41622>> (08/03/2016).

UNA MATIZACIÓN ÚLTIMA

Como venimos afirmando, en la concepción realista del derecho, éste se configura como el objeto de la virtud de la justicia, que consiste en dar a cada uno lo suyo, ni más, ni menos. El derecho, por tanto, se identifica con la *cosa* que es de cada uno.

Esta concepción de la justicia y de lo justo presupone necesariamente la consideración de la realidad como un todo ordenado, donde todo lo existente ocupa un lugar natural, es decir, conforme a su naturaleza, y donde cada ser se mueve o se dirige hacia el lugar al que su naturaleza le conduce. Las cosas se presentan ordenadas, cada cosa está en su lugar y hay un lugar para cada cosa⁷⁰. Esta idea, trasladada al ámbito jurídico, implica, como pone de relieve Álvaro d'Ors, que: «El derecho supone un orden, pues las soluciones prudentiales para los distintos casos que se pueden presentar ante los jueces suelen pertenecer a un sistema más o menos explícito en el que se distinguen diversos grupos de normas distribuidos en razón de las realidades a que se refieren y que solemos llamar 'instituciones'»⁷¹.

Es en este contexto donde hay que situarse para poder comprender claramente las implicaciones de este modo de entender la justicia y el derecho. Porque, para esta mentalidad, la justicia no es más que un acto segundo, que sigue al hecho de que el orden natural de las cosas se ha alterado por alguna razón. La justicia supone restablecer ese orden, por este motivo, afirma Javier Hervada que «el acto de justicia es un acto segundo. Depende siempre de un acto primero, que es el que, atribuyendo las cosas crea el derecho, lo suyo (...). La justicia sigue al derecho. No puede haber un acto de justicia allí donde no haya un título sobre una cosa, allí donde la cosa no sea –en virtud de un título– algo debido, un derecho. La justicia es la virtud de cumplir y respetar el derecho, no de crearlo»⁷². De ahí que Santo Tomás explique que si el acto de justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, es porque dicho acto

⁷⁰ Cfr. KOYRÉ, A., *Estudios galileanos*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1980, pp. 8-9.

⁷¹ *Una introducción al estudio del derecho*, cit., p. 25.

⁷² *Introducción crítica al derecho natural*, cit., p. 25. En el mismo sentido se pronuncia Josef Pieper en *Justicia y fortaleza*, cit., p. 17: «La justicia es algo segundo. La justicia presupone el derecho». Y Álvaro d'Ors: «La justicia es la virtud o hábito moral que consiste en dar a cada uno lo suyo; pero presupone un conocimiento de este suyo que se debe dar a cada uno. Este conocimiento es el objeto de la virtud de la prudencia. La prudencia es virtud intelectual y la justicia es volitiva; aquélla, por tanto, debe preceder». *Una introducción al estudio del derecho*, cit., pp. 12-13.

supone otro precedente, por virtud del cual algo se constituye en propiedad de alguien⁷³.

El derecho es, pues, la cosa que se debe a otro. Y este concepto de cosa hay que entenderlo en el sentido más amplio posible. Porque en la vida real, los hombres no nos relacionados directamente más que en las relaciones amorosas o de amistad. Normalmente, las relaciones sociales y sobre todo las jurídicas están intermediadas por las cosas, que son los bienes o los fines a los que tendemos en nuestra actuación práctica⁷⁴.

Y es que el derecho es, como explica A. d'Ors: «(...) ante todo un ser y sólo secundariamente un deber ser. Quiero decir que no es un conjunto de normas excogitadas por el hombre, sino que es en primer lugar un cierto modo de ser de una conducta social, una cierta normalidad de esa conducta. Si podemos hablar de norma jurídica es precisamente porque la normalidad nos proporciona la norma»⁷⁵.

No obstante, no podemos engañarnos respecto a las posibilidades de esta concepción de la justicia. Porque el cálculo de lo que le pertenece a cada uno o del derecho, es decir, del *medium rei*, no siempre es fácil y, sobre todo, no siempre es suficiente para hacer justicia. En tales casos, reaparece la innegable verdad de San Anselmo: que la justicia es la «rectitudo voluntatis propter se servata». Y es que, a veces, la buena voluntad en la justicia se «adelanta» a otras consideraciones⁷⁶.

⁷³ «Iustitia enim, secundum philosophum, in V Ethic., ad alterum est, cui debitum reddit. Universali autem rerum productioni nihil praesupponitur cui aliquid debeatur. Ipsa igitur universalis rerum productio ex debito iustitiae provenire non potuit». *Summa contra Gentiles*, L. 2, cap. 28, n. 2. <<http://www.corpusthomicum.org/scg2006.html#24658>> (08/03/2016).

⁷⁴ Al respecto, Francisco Carpintero afirma que «en la vida concreta, un individuo no se relaciona con otro directamente, excepto en el caso del amor (...). Dicho de otra forma: el puente de unión entre los demás y yo son unas instituciones, gracias a las cuales pueden existir competencias a favor de unos para determinar las conductas de los otros. De este modo, frente a la visión de los individuos aislados (que se excluyen, por definición), «las cosas», esto es, las situaciones jurídicas o las instituciones concretas nos unen, nos vinculan. Hablo de «cosas» porque toda institución supone un bien a conseguir (...). *Derecho y ontología jurídica*, Actas, Madrid, 1993, p. 42. También, más recientemente, en *La crisis del Estado en la Edad posmoderna*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 180.

⁷⁵ *Una introducción al estudio del derecho*, cit., p. 103.

⁷⁶ «Iustitia est rectitudo voluntatis, quae rectitudo propter se servatur (...). Quod vero addimus propter se, ita necessarium est, ut nullo modo eadem rectitudo nisi propter se servata iustitia sit». SAN ANSELMO DE CANTERBURY, *De veritate*, en *Obras completas*, ed. bilingüe de la B.A.C., dirigida por el P. Alameda, Madrid, 1952-1953, c.12, p. 532.

