

Justicia limitada y reparación de la injusticia. Consideraciones a la luz del realismo jurídico clásico

Camila Herrera Pardo

Universidad de la Sabana, Colombia
camila.herrera@unisabana.edu.co

DOI: [10.17421/2498-9746-05-47](https://doi.org/10.17421/2498-9746-05-47)

Resumen

En este trabajo se exponen las peculiaridades de “lo justo” en el escenario específico de la reparación de la injusticia. Para tal fin se partirá de una revisión distinción fundamental de las formas justicia, en la que se advertirán, por un lado, las clásicas especies relacionales (distributiva, conmutativa y legal) y dos clases distintas de manifestaciones de lo justo, a saber, las exigencias o deudas originarias y las subsiguientes a una situación de reparación. Posteriormente se examinarán las limitaciones inherentes a la justicia en su dimensión reparadora, algunas de las cuales son comunes a toda forma de justicia y otras, específicas de cada especie de relación jurídica.

Palabras clave: Justicia, Reparación, Justicia limitada, Injusticia Radical, Restauración de la Amistad cívica.

Abstract

This work aims to explore the meaning of “what is just” (iustum) in the specific context of the reparation of injustice. It begins with the revision of the classical distinction of the forms of justice, that leads to the further distinction between three species of juridical relationships (commutative, distributive and legal) and two classes of manifestation of the iustum: originary deeds, and deeds that are subsequent to a reparation situation. Finally, it explores the inherent limitations of reparation of the injustice. Some of them are common to all forms of justice, and others are specific to a particular kind of juridical relationship.

Keywords: Justice, Reparation, Limited Justice, Radical Injustice, Restoration of Public Friendship.

ÍNDICE GENERAL

1 Premisa general	876
2 Caracterización de lo justo y las diferentes formas y escenarios de injusticia	877
2.1 El derecho como lo justo en el realismo jurídico clásico	877
2.2 Las relaciones de justicia y los derechos originarios o de reparación	878
2.3 Actos, situaciones, y estructuras injustas.	880
2.4 Injusticia radical, inimicitia pública y muerte de la sociedad política	881
3 La limitación de la justicia en situaciones de reparación	883
3.1 La limitación ontológica de la justicia humana	883
3.2 La limitación de la justicia derivada de la estructura intrínseca del acto prudencial y de la falibilidad del conocimiento humano y la limitación de sus fuentes	885
3.3 Limitaciones particulares de la reparación de lo injusto conmutativo, distributivo y legal	887
3.4 La insuficiencia de la justicia en casos de disolución de la amistad política y del orden social	889
Notas	889

1 PREMISA GENERAL

El presente trabajo busca explicar cómo se manifiesta *lo justo* en escenarios de reparación de la injusticia y cuáles son sus limitaciones. Para ello, se empezará caracterizando la noción de lo justo y sus diversas especies, para después referirse a las diversas manifestaciones y efectos de la injusticia. En segundo término, se explicará la limitación de toda justicia humana y se intentará esbozar el modo en que esta se plasma en cada uno de los escenarios de reparación del derecho. La base teórica de estas reflexiones es la tradición que algunos han llamado realismo jurídico clásico y, muy especialmente, la vertiente representada por el Profesor Javier Hervada. Empero, la lectura que aquí se propone de esta tradición se hace desde las coordenadas históricas y culturales de quien acomete la interpretación, quien procede de una nación herida por una guerra de varias décadas. Esta circunstancia imprime a su interpretación un acento muy particular, que puede que afecte la fidelidad de la lectura, pero que, por otra parte, puede contribuir a su vitalidad.

2 CARACTERIZACIÓN DE LO JUSTO Y LAS DIFERENTES FORMAS Y ESCENARIOS DE INJUSTICIA

2.1 *El derecho como lo justo en el realismo jurídico clásico*

La relectura propuesta parte del concepto de derecho en la tradición clásica. Esta no cifra el significado principal del derecho en la norma o en la facultad sino que lo define como “lo justo”, esto es, como el objeto del hábito de la justicia y de la acción justa¹. La justicia, por otra parte, es vista como virtud de ajustamiento y proporción en las relaciones sociales, es decir como disposición a hacer respecto de otros exactamente lo que es debido -ni más ni menos-, a dar al otro lo proporcionado, lo que le corresponde, sin exceso o defecto, o, según la célebre definición de Ulpiano, “dar a cada uno lo suyo”².

Siendo el derecho sinónimo de “lo justo”, y lo justo el objeto de una acción consistente en dar lo suyo, se sigue como cosa evidente, la equivalencia de lo justo con “lo suyo” de cada cual, es decir, con la realidad, la cosa concreta, que a cada uno corresponde y se le debe, en una situación asimismo concreta, determinada en el aquí y el ahora³. El derecho es, pues, por definición, algo *medido*, determinado, concreto. No es el ámbito ilimitado de los poderes o facultades, como sugiere un cierto entendimiento de la tradición de los derechos subjetivos.

De las definiciones hasta ahora esbozadas se puede colegir también que siendo lo justo algo necesariamente referente a otro, no se puede hablar con propiedad de relaciones de justicia o de cosas justas fuera del marco de la interacción social. Existe una innegable correlación entre los ámbitos de la justicia y de la sociedad que se traduce, en primer lugar, en la antedicha imposibilidad de hablar de justicia fuera de los ámbitos sociales y, en segundo lugar, en la correspondencia de la perfección de la predicación de la justicia, con la perfección de la sociedad⁴. En este sentido, resulta dicente que Aristóteles, a quien se puede atribuir la primera articulación teórica de la tradición iusfilosófica clásica, sitúe en la Polis —es decir, en lo que él mismo define como comunidad política perfecta⁵— el epicentro de las relaciones de justicia en sentido propio⁶, en tanto que advierta que en las sociedades “inferiores” o más “imperfectas”, las relaciones de justicia solo se predicán “en cierto sentido”, es decir, de modo derivativo y metafórico y no en un sentido pleno. Igualmente, se deduce de esta relación que las limitaciones cognoscitivas, morales y operativas de una sociedad histórica en particular necesariamente se han de reflejar en el tipo de justicia posible en ella.

Por otra parte, de la noción de la justicia y de lo justo que se acaba de exponer es posible concluir la historicidad del derecho y la necesidad del juicio prudencial para su determinación. En efecto, sin perjuicio del reconocimiento de un núcleo permanente de juridicidad que fluye directamente de la naturaleza del hombre, la cual trasciende la historia, es propio de la tradición clásica reconocer que, incluso

esta dimensión permanente de lo justo, tiene diferentes manifestaciones según el tiempo, el lugar y posibilidades concretas asociadas al contexto⁷. Por esta misma razón, no se puede hablar con propiedad de un derecho cuya determinación no exija del un acto de prudencia, ni pretender fijar de una vez y para siempre “un” catálogo universal de lo justo.

2.2 *Las relaciones de justicia y los derechos originarios o de reparación*

Si el derecho es aquello que a cada cual corresponde en los casos concretos⁸, es decir, la cosa proporcionada y medida a cada cual en el *hic et nunc*, se debe concluir que la medida del *ius* depende de las circunstancias específicas de cada caso concreto. Así pues, en estricto sentido, la medida del derecho varía tanto como los supuestos posibles de relaciones humanas históricas. Cada derecho es único y singular. Y los juicios prudenciales lo son sobre tales objetos singulares. Empero, la tradición clásica reconoce que, aparte del juicio prudencial, existen otras formas de conocimiento de lo justo. El derecho, en efecto, es susceptible de diversas aproximaciones cognoscitivas, con diversos grados de abstracción y formas de sistematización y conceptualización. En otras palabras, lo justo puede ser conocido científica y filosóficamente⁹.

En este plano epistemológico, la infinita multiplicidad de las relaciones jurídicas y de las cosas debidas en los casos concretos puede ser reconducida a unas cuantas *especies*, o formas básicas de relación jurídica. La identificación de estas especies de relación jurídica o, si se quiere, de escenarios de lo justo, permite al científico y al filósofo del derecho, establecer las diversas formas de proporción o de medida, con base en las cuales se ha de determinar lo debido.

La lectura más difundida de la tradición clásica distingue especies o escenarios fundamentales de relaciones jurídicas y, por tanto, dos clases de proporción o medida en el derecho. En efecto, la exposición común del pensamiento de Aristóteles y Santo Tomás sobre la justicia se puede resumir en un esquema como este: la justicia es el hábito de lo legal y lo equitativo. Al definir la justicia como lo legal, se apela a una dimensión más política de lo justo, que implica el cumplimiento de todas las virtudes, en la medida en que lo prescriba la ley. A esta dimensión, que no constituye el significado principal y más propio de la justicia, se le llama justicia universal o general. Y según algunos intérpretes como Villey, se trata de una dimensión más bien ajurídica de la teoría de la ley. Por el contrario, cuando se habla de la justicia como hábito que busca y da lo proporcionado y lo igual, se está aludiendo a la especificidad propia de esta virtud. Esta dimensión, que es la más propia del jurista, se llama justicia particular¹⁰. En la justicia particular, cabe distinguir, por otra parte, dos especies de relaciones que determinan formas particulares de proporción. Tales especies son la justicia correctiva (Aristóteles) o conmutativa (Santo Tomás) y la justicia distributiva, de las cuales, la primera

tiene por objeto corregir la desigualdad introducida por el desplazamiento o la lesión de los derechos, según una medida de igualdad aritmética y la segunda, distribuir bienes comunes según la igualdad geométrica¹¹.

Dentro del esquema anteriormente expuesto, el de la justicia conmutativa o correctiva tiene lugar en las relaciones entre particulares y más específicamente en los escenarios contractuales, cuasicontractuales, delictivos y cuasidelictivos. En ellos un derecho resulta fuera de la órbita de su titular bien sea por desplazamiento voluntario o por un acto de violencia. Tal circunstancia supone una pérdida para el titular, una afectación en un equilibrio previo de bienes y de cargas, que ha de ser remediada, bien sea mediante la restitución del bien afectado o mediante la dación de bienes equivalentes. Es por ello que los desarrollos naturales de la noción de justicia correctiva o conmutativa son las teorías de la restitución y del precio justo. Asimismo, la medida de la equivalencia está referida únicamente a la naturaleza y la índole de los bienes afectados o desplazados, sin que pese la condición o situación de las partes. Por otra parte, el escenario propio de la justicia distributiva es el de la repartición de bienes comunes, atendiendo a lo que Aristóteles llama genéricamente el “mérito” de cada cual y según una igualdad geométrica o de proporción. Este criterio no aparece claramente desarrollado en las primeras formulaciones teóricas, pero más adelante se irá explicitando la idea de que el mérito de cada cual respecto de la repartición se determina en virtud de su finalidad y de la naturaleza de los bienes repartidos, de modo que, como señala Hervada, en cada caso concreto, el mérito puede traducirse en calidades como la necesidad, aportación al bien común, condición o la capacidad,¹². La distribución realizada según criterios irrelevantes y ajenos al fin del reparto, esto es, la acepción de personas —o en términos modernos, la discriminación— constituye la forma paradigmática de injusticia distributiva.

De lo dicho hasta el momento se puede colegir claramente que los supuestos contractuales e indemnizatorios son propios de la justicia conmutativa y los que tienen que ver con la distribución de bienes según el mérito tienen que ver con la distributiva. Empero, existe un supuesto en el que la doctrina resulta especialmente ambigua e insuficiente: el del castigo sobreviniente al delito. Y es que, aunque en principio el castigo sobreviene al acto lesivo de un derecho, ninguno de los autores de la tradición clásica ha sostenido que el criterio supremo de la determinación del castigo sea el derecho mismo afectado, ni la medida una correspondencia estrictamente aritmética. Por el contrario, hay en sus obras una clara insistencia en la necesidad de atender a elementos subjetivos como el dolo con el que se causa el perjuicio. De modo explícito los autores de esta tradición insisten en que el castigo por la lesión causada accidentalmente no puede ser igual al que corresponde por la lesión maliciosa, ni es lo mismo matar por error que por odio¹³. Tales consideraciones no cabrían dentro de un esquema de medida puramente aritmética. Tampoco, parece, por otra parte, que las penas sean bienes

o cargas en un acervo común, a la espera de ser distribuidas.

Por ello resulta más convincente la interpretación de las especies de justicia ofrecida por Hervada, quien al *releer* a los clásicos concluye que no son dos, sino tres las especies de la justicia propiamente jurídica, en la medida en que el cumplimiento de la ley es una deuda auténticamente jurídica. En efecto, a diferencia de autores como Villey, que enfatizan el aspecto puramente político de la justicia legal, Hervada advierte que, si bien el acto de legislar es político en su naturaleza, lo prescrito es objeto de una relación auténticamente jurídica entre el ciudadano y la comunidad. El individuo tiene un deber de justicia frente a la sociedad, consistente en realizar las conductas ordenadas al bien común, señaladas y medidas en las leyes. La observancia de la ley tiene, pues, un aspecto de *cosa debida* a la sociedad. Y su quebrantamiento es una injusticia auténtica. Teniendo en cuenta los matices que se deriven de la necesidad de atender a la equidad y asumiendo como definición de ley la de *ordinatio rationis ad bonum commune*, se puede aceptar como cierto que la no observancia de la ley genera un daño social, en tanto que altera la cooperación y la convivencia. Desde esta perspectiva, la pena equivale a la forma propia de reparación de la injusticia legal, es decir, de la lesión del derecho de la sociedad a la contribución del individuo al bien común. Esta puede coexistir con la restitución, esto es, con la especie de justicia subsiguiente a la lesión del derecho en las relaciones de justicia conmutativa¹⁴.

Por lo anterior, se puede colegir que en las diversas relaciones de justicia particular (conmutativa, distributiva y legal), “lo debido” es en ocasiones producto de actos y hechos originarios (entendido lo anterior como actos y circunstancias que hacen surgir un derecho hasta el momento inexistente o transfieren uno existente, v.gr. nacimiento, contratos, sucesiones), y en otras ocasiones es consecuencia de la lesión del derecho preexistente (este escenario se llamará en adelante “situación de reparación”). En este sentido, por ejemplo, en la justicia conmutativa lo justo puede ser la entrega del precio pactado (situación originaria) o la restitución del bien lesionado (situación de reparación); en la justicia distributiva, la entrega de la porción de bienes y cargas proporcionales al mérito (situación originaria) o la corrección de los repartos discriminatorios (situación de reparación); y en lo justo legal, la observancia de la ley (situación originaria) o la sanción por incumplimiento (situación de reparación).

2.3 *Actos, situaciones, y estructuras injustas.*

Aparte de la distinción entre diversos esquemas de relación de justicia (conmutativa, distributiva y legal) y de formas correlativas de injusticia, la lectura de la tradición realista clásica permite distinguir entre ámbitos de predicación de la justicia o la injusticia. Por una parte, en esta tradición la justicia se puede predicar subjetivamente respecto de una persona a quien se calificará de justa o injusta

según sea que su voluntad esté habitualmente dispuesta (o no) a dar a cada uno lo suyo. Al lado de ello, se puede llamar justa o injusta a una acción humana que dé o no el derecho, con independencia de la justicia o injusticia habitual de su agente. Por otra parte, lo justo o lo injusto se pueden mirar desde la perspectiva de la estructuración del orden social que a ellas sobreviene. Quien obra la justicia o la injusticia, sea ocasional o habitualmente, crea un tipo de sociedad, un determinado orden o desorden. La estructura social que deviene de la vivencia de la justicia es el orden social justo, en tanto que la que sigue de la inobservancia de las exigencias de la justicia será un desorden. En este último punto conviene, por lo demás, distinguir entre el desorden que causa en el sistema de las relaciones sociales una injusticia social puntual, y la que sobreviene por el incumplimiento habitual de las exigencias de justicia. Al respecto, Hervada distingue tres supuestos distintos: el desorden propio del acto injusto en sí mismo, la situación injusta (o el desorden sobreviniente a una lesión continua del derecho) y, finalmente, la estructura social injusta, o “división o estratificación de las personas, los grupos y las cosas dentro de un organismo social, de modo que se consoliden situaciones de injusticia”¹⁵. Así pues, se debe distinguir entre el impago puntual de una deuda laboral, el impago habitual (que eventualmente podría llegar a configurar una condición de esclavitud) y la estructura de una sociedad esclavista.

La distinción entre la injusticia puntual y la situación o la estructura injusta tiene importantes repercusiones en lo que tiene que ver con el modo y la exigibilidad de la reparación. Y es que mientras un acto injusto puede llegar a ser reparado de modo más o menos satisfactorio y con prontitud, el restablecimiento de la justicia en el contexto de las estructuras injustas puede ser más lento y tortuoso. Frente a estos supuestos, puede pasar que a los individuos inmersos en tal “organización” injusta no les sea posible desmontar por sí mismos un desorden extendido que, en ocasiones, se ha consolidado mediante siglos, siéndoles únicamente exigible tomar las medidas necesarias para paliar la injusticia¹⁶. Por otra parte, una vez caídos los regímenes políticos que amparan las estructuras injustas, se plantea la pregunta de la consideración de la responsabilidad por los actos cometidos bajo el amparo de leyes y jerarquías inicuas.

2.4 *Injusticia radical, inimicitia pública y muerte de la sociedad política*

Hasta el momento se han señalado que la justicia es una virtud social y que la perfección de la justicia es correlativa a la perfección de la sociedad. También se ha señalado que las acciones justas —consideradas individual o sistemáticamente— van creando determinados tipos de estructura social, bien sea ordenada o desordenada y, por lo tanto, escenarios más o menos perfectos de justicia. Existen, sin embargo, supuestos en los que la magnitud de la injusticia es tan grande que su efecto no es propiamente el debilitamiento de la salud social, sino la “muerte” o

disolución de la sociedad misma. Ejemplo paradigmático de esta situación es la guerra y, especialmente, la guerra interna.

Este supuesto no aparece explícitamente descrito en los escritos fundantes de la tradición clásica aunque, según Villey, se halla implícitamente presente en el tratamiento que el Aquinate hace de los deberes de los combatientes como expresiones de la caridad y no de la justicia¹⁷. Más claro aparece, en cambio, en Hobbes¹⁸, autor que en muchísimos aspectos se encuentra en las antípodas conceptuales del realismo clásico pero que en este punto parece coincidir con la comprensión de la naturaleza de la sociedad en la filosofía clásica.

La filosofía clásica no equipara la sociedad a una mera agregación de individuos. Cien personas dormidas en un galpón no son sociedad más que en un sentido muy débil. Lo realmente constitutivo de las sociedades es el vínculo de solidaridad y cooperación. La búsqueda de un fin común y la existencia de un acervo de bienes surgidos con ocasión de la actuación común y coordinada. Los vínculos que hacen de la pluralidad aritmética de individuos una sociedad son los de justicia y, sobre todo, los de amistad política¹⁹. Por ello, en los supuestos en los que la amistad política desaparece por completo para ser reemplazada por la *inimicitia*, no cabe hablar con propiedad de sociedad sino más propiamente de microsociedades infrapolíticas, coexistentes y enfrentadas. Si el escenario propio de la justicia es el de la sociedad y existen situaciones de injusticia que, por su radical intensidad, rompen por completo el vínculo de amistad y, por lo tanto, la sociedad misma²⁰, se sigue que estas situaciones las relaciones de justicia que se den serán especialmente imperfectas. Omito deliberadamente la conclusión de la total inexistencia de relaciones de justicia por cuanto considero que, si bien las sociedades políticas particulares dependen de la amistad política y, hasta cierto punto, de la voluntad de permanecer en ellas y de vivir en coordinación de acciones, existe una comunidad natural —probablemente muy difusa— de la cual el hombre no se puede sustraer voluntariamente: la comunidad de todos los hombres. La pertenencia a esta comunidad es suficiente para predicar deudas y derechos. Por ejemplo, aún rota la sociedad política, derechos como la vida o la integridad física se siguen predicando. Ejemplo de ello es que en este escenario no desaparezcan manifestaciones subsiguientes de estos derechos, como el de legítima defensa. Las prohibiciones fundamentales de atacar directamente estos derechos subsisten. Atacar a un niño indefenso siempre es injusticia, aún en las sociedades más fragmentadas. En cambio, la medida de los derechos sí puede alterarse sustancialmente tras la disolución de la sociedad política. En la sociedad política, el derecho a la vida se traduce en el derecho a la participación en los bienes comunes sociales que garantizan su cuidado —v.gr. derecho al sistema de salud— pero en ausencia de estos bienes la órbita de lo exigible se reduce; igualmente el ya mencionado derecho a la vida supone un deber estatal de protección que se traduce, por ejemplo, en el uso de la fuerza estatal para desestimular las conductas lesivas de este

derecho, pero disuelta la sociedad política, no cabe predicar estas exigencias.

3 LA LIMITACIÓN DE LA JUSTICIA EN SITUACIONES DE REPARACIÓN

3.1 *La limitación ontológica de la justicia humana*

Después de haber bosquejado una suerte de taxonomía de lo justo y lo injusto, procede considerar con más detalle lo relativo a las limitaciones de la reparación, como especie de la cosa debida. Para tal fin, es menester precisar que, en el plano de las relaciones humanas, la reparación, como cualquier otra cosa justa, es esencialmente limitada. La razón más radical de ello hay que buscarla en la limitación con la que se predica cualquier perfección en el plano de los seres por participación.

La idea de una fundamentación metafísica de las limitaciones de la justicia aparece desarrollada muy claramente en un texto del “primer Hervada”²¹ de reciente publicación y que, a pesar de su adscripción a lo que el autor llamó más adelante “realismo conceptual”, resulta plenamente aplicable a su sistema posterior.

En esta exposición el autor español recuerda que el ser solo se predica en sentido propio y absoluto del que el es *Ipsum Esse* y lo mismo ocurre con los trascendentales del ser, entre ellos, lo bueno o lo bello, o respecto de ciertas formalidades del bien, como lo justo. Consecuentemente, el valor de la justicia solo se realiza de modo pleno y absoluto en el plano divino. La negación de la posibilidad humana de alcanzar la plenitud de la justicia, en sentido absoluto, es decir, del mismo modo en que se predica de Dios no implica escepticismo respecto de toda posibilidad de justicia, ni una infabilidad total de la Justicia (divina). La consecuencia será la predicación limitada y finita de la Justicia absoluta, es decir, una justicia simplemente criatura, humana, histórica. En palabras de Hervada:

La finitud humana y su consecuente apertura al Absoluto, imprimen en el hombre un movimiento hacia la suprema perfección; mas este movimiento no es infinito, precisamente a causa de la finitud del hombre. Y no lo es, porque el hombre alcanza a poseer al Absoluto, y lo obtiene finitamente. Hay un momento en el que, aunque no aprehendido totalmente, el absoluto satura la finitud humana. Y en este momento el movimiento del hombre al Absoluto descansa; no pide más. Evidentemente, cuando mayor sea la finitud del hombre, antes se agota su movimiento al Absoluto, porque, una vez alcanzado, antes se satura, ya que a mayor finitud, menor capacidad recepticia del Absoluto. (...) Pues bien, es cierto que hay una justicia absoluta que el hombre nunca puede alcanzar en su absoluta plenitud: es la justicia divina. Pero no es cierto que el hombre —y nos referimos al plano de las potencias naturales y al ámbito social externo, único que nos interesa— no pueda llegar a saturarse por participación, en la medida de su finitud, de esta justicia²².

En el ámbito de lo humano, la justicia no es una utopía ni una ficción. Hay justicia, justicia humana, necesariamente parcial y limitada, mas no por ello irreal. Ahora bien, es preciso aclarar que el ajustamiento en el plano real depende tanto de los fines objetivos e inmutables de la naturaleza humana, como de su limitación, derivada, en parte de su carácter de ente finito, como de otras circunstancias históricas. En otras palabras, la limitación humana varía notablemente. Ello da lugar, según Hervada, a diversas tipologías sociales, esto es, estados culturales, económicos, que condicionan las posibilidades reales de florecimiento humano y social. Por ello, en tanto que variable es la condición en que circunstancialmente se encuentra el ser humano, variables son las formas del ajustamiento:

La justicia real —y en este apartado me refiero siempre a la justicia objetiva—, la única que existe en la realidad, en el plano de lo real, no tiene una medida uniforme, sino múltiple, como múltiples grados tiene la finitud del hombre. La justicia real no es rígida como el lecho de Procusto, sino elástica como la vara de Lesbos. Aunque como esta última tiene una necesaria rigidez, porque la justicia real tiene unos límites de elasticidad, que, si se sobrepasan, provocan su ruptura²³.

Ello exige necesariamente tener en cuenta las circunstancias y limitantes propias del “tipo histórico” o el “tipo social”. En efecto, no se orienta realmente al deber ser social aquel conjunto de disposiciones y determinaciones que, por no tener en cuenta las posibilidades reales de los destinatarios de las normas, no pueden ser entendidas o cumplidas. La mejor justicia posible es justicia para cada grupo social, para cada circunstancia histórica.

La finitud del hombre, aún en el plano natural, no es uniforme. Es cierto que hay un límite natural que el hombre no puede propasar. Pero asimismo es cierto que los hombres, si bien tienen una igualdad esencial, tienen una desigualdad accidental. Esta desigualdad accidental lleva consigo distintos grados de limitación. Pues bien, la participación en el hombre de la justicia puede ser más o menos perfecta, según los modos de ser del hombre. Estos diversos estadios de la justicia real no son más que grados de su perfección, no de su esencia. Dicho de otra manera, los criterios de justicia son variables, porque la justicia varía en su perfección. Ahora bien, estos distintos grados de perfección de la justicia humana pueden tener dos causas: o bien porque la organización social es parcialmente inadecuada al grupo social, en cuyo caso no se puede hablar de imperfección de la justicia, sino de falta parcial de justicia; o bien porque la imperfección del hombre supone que reina en un grupo social de hombres más perfectos. Las leyes penales de la Edad Media, v.gr. si bien entonces fueron justas, ahora serían notablemente injustas. Esto nos revela que, en determinados aspectos, los hombres medievales fueron tipológicamente más imperfectos. En otros aspectos, en cambio, sería posible observar la situación inversa²⁴.

El reconocimiento de una inmensa órbita de historicidad en los criterios de justicia significa, desde luego, un distanciamiento radical respecto de las pretensiones propias del iusnaturalismo racionalista, de encontrar “lo” universalmente justo, el sistema definitivo y perfecto de la justicia. Pero, además, introduce una interesante novedad. Lo que en abstracto podría considerarse la mejor y más elevada forma de justicia puede, de hecho, resultar lo que menos se ajusta a una realidad social imperfecta. En otras palabras, “la justicia limitada” puede ser la mejor —la más ajustada— forma de justicia en una sociedad, asimismo, limitada. En otras palabras, la mejor justicia para una sociedad imperfecta es la “justicia imperfecta”. Lo que aparenta ser falta de justicia, por no ser la realización más plena de bienes y fines humanos, no es, pues, injusticia, sino todo lo contrario:

Es menester tener presente que esta justicia imperfecta, si realmente no es falta parcial de justicia, es la única justicia posible en relación con el tipo humano concreto. Si, dada determinada tipología en un grupo social humano, se pretendiese implantar una justicia más perfecta, es decir, propia de un tipo humano más perfecto, el efecto sería contraproducente; del mismo modo que lo es pretender dar al recién nacido lo que es del adulto.

No es posible, por consiguiente, que la justicia deje de amoldarse a la tipología humana concreta de cada grupo social; si así no fuese sería imposible que se implantase una proporción dinámica, un orden en el grupo social, porque el módulo de proporcionalidad lo da el hombre, como sujeto del orden justo.

Precisamente por esto, una suma perfección de la justicia puede suponer una justicia imperfecta, por cuanto siendo en sí misma perfectísima —por serlo la proporcionalidad establecida—, la imperfección tipológica del grupo social puede dar lugar a un orden humano imperfecto con relación a otros órdenes sociales establecidos entre hombres tipológicamente más perfectos²⁵

3.2 *La limitación de la justicia derivada de la estructura intrínseca del acto prudencial y de la falibilidad del conocimiento humano y la limitación de sus fuentes*

Una de las afirmaciones comunes de la tradición clásica es la que tiene que ver con el carácter prudencial del oficio del jurista. Inevitablemente unida a esta afirmación está la necesidad de aceptar en el acto de determinación y conocimiento del derecho, aquellas limitaciones que son inherentes a todo acto de prudencia. Y es que, aunque exceptuando el de los primeros principios, no hay ningún tipo de conocimiento humano del que se pueda predicar certeza absoluta, de aquellos conocimientos obtenidos a partir de un acto de prudencia cabe esperar un menor grado de certidumbre. Esta afirmación no implica relativismo ni novedad. No implica relativismo, pues no se niega la existencia de la verdad, ni en sí misma ni bajo la formalidad de la justicia. No se cuestiona, en otras palabras, que existan cosas

justas sino el grado de certeza que acompaña a los juicios sobre las mismas. Por otra parte, la negación de la posibilidad de certeza absoluta en los juicios prudentiales o lo que es lo mismo de la infalibilidad en el acto de la prudencia es uno de los puntos menos disputados de la tradición clásica, la cual reconoce sin reparos que, en materia de prudencia, la única certeza posible es la certeza moral²⁶.

Ello se deriva, como es sabido, del carácter agible de los objetos de la razón práctica y en particular de la prudencia. Tanto al prever legislativamente la acción que resulta adecuada o proporcionada a cierto fin en determinadas situaciones sociales, como al establecer lo debido en cada caso concreto y singular, legislador y jurista se pronuncian sobre un objeto futuro, singular y contingente²⁷. Objeto que, por no existir todavía, escapa a la precisión absoluta en su definición y a otra certeza distinta a la moral en su predicación²⁸. Y es que al establecer el legislador o el jurista que tal o cual cosa debe darse, proyecta una acción futura sobre la base del conocimiento del presente y el pasado. Ahora bien, aún suponiendo que el acceso al conocimiento de la realidad presente y pasada fuera perfecto y preciso, esta base resulta insuficiente para determinar lo que ha de ser proporcionado en el futuro con certeza absoluta. Ello supondría, en efecto, un conocimiento cierto de las múltiples circunstancias futuras, algunas de las cuales dependen del comportamiento de agentes libres, no sometidos, o al menos no sometidos enteramente, al *fatum* y, por lo tanto, a la predicción perfecta. Más aún, incluso aceptando un determinismo absoluto en la actuación de quienes ordinariamente se consideran agentes libres, la multiplicidad de causas interdependientes entre sí, haría sumamente difícil el conocimiento exacto de sus efectos futuros.

A todo ello hay que añadir que, también el jurista se enfrenta a circunstancias en las que, no solamente la proyección de lo que es adecuado en el futuro resulta relativamente incierta, sino que también le resulta imposible el conocimiento cierto y perfecto de las circunstancias pasadas y presentes. Así, hay casos en los que el jurista se ve obligado a pronunciarse sobre elementos tan íntimos e impenetrables como el consentimiento de una de las partes en un negocio jurídico²⁹. En otros casos, los hechos, tal y como ocurrieron, resultan imposibles de establecer por los medios probatorios disponibles, ya sea porque solo se pueden probar acudiendo a medios ilícitos, porque simple y llanamente no existen elementos para verificar lo que realmente ocurrió, o porque aún existiendo estos medios acudir a ellos conllevaría una imposibilidad práctica.

Aparte de las dificultades cognitivas derivadas del objeto del pronunciamiento, y de la disponibilidad probatoria, existe un tercer elemento de limitación cognoscitiva en el derecho: la falibilidad de los juicios humanos. Incluso suponiendo que el futuro fuera totalmente determinable y que el pasado y el presente siempre pudieran ser acreditados por múltiples y muy claros medios de prueba, ello no garantizaría la certeza del juicio prudencial, dada la debilidad del conocimiento humano. A este respecto conviene no olvidar que todo juicio humano

es un acto de un ser limitado y falible. Tampoco conviene perder de vista que la falibilidad se maximiza debido a ciertas circunstancias históricas, sociales y culturales. Así, por ejemplo, existen estructuras sociales y culturales que naturalizan hasta tal punto la injusticia, que a quienes viven en ellas les es casi imposible percibirla.

Lo anterior tiene una repercusión evidente a la hora de determinar qué justicia es posible y, por lo tanto, qué justicia cabe esperar. En primer lugar, según lo visto, resulta impensable buscar la garantía de absoluta certidumbre en los actos de determinación del derecho. En segundo lugar, tampoco es posible pretender su infalibilidad. En tercer lugar, existen casos en los que las consecuencias jurídicas de lo realmente ocurrido resultan inoperantes e inexigibles debido a las limitaciones de las pruebas y del conocimiento humano. No hace falta siquiera ser jurista para saber que existen criminales que jamás pagarán por su delito por falta de pruebas o de pruebas lícitas, y quienes se han formado en la profesión jurídica saben que la injusticia que ello supone es un mal cuya tolerancia es infinitamente preferible a la que se derivaría de la admisión de cualquier tipo de material probatorio o la exigencia de la acreditación de la inocencia frente a una presunción general de culpabilidad. Y dado que la naturaleza de los actos cognoscitivos del hombre no permite excluir simultáneamente estos dos supuestos de injusticia, y que existe un deber positivo de minimizar la lesión del derecho, por paradójico que parezca, en casos como la disyuntiva expuesta se predica un auténtico deber de justicia de tolerar la menor de las injusticias posibles.

3.3 *Limitaciones particulares de la reparación de lo injusto conmutativo, distributivo y legal*

Establecido, pues, que cualquier forma de justicia es limitada, queda referirse a las limitaciones particulares que se presentan en cada una de las especies de relaciones jurídicas.

En cuanto se refiere a la justicia conmutativa, ya se ha dicho que la reparación de lo injusto tiene por nombre restitución. Esta se define, como “poner de nuevo a uno en posesión o dominio de lo suyo”³⁰ es decir, devolver el bien injustamente sustraído o lesionado. Tal definición, en principio simple, prontamente revela múltiples dificultades. En primer lugar, es obvio que en ciertos casos es simplemente imposible la devolución del bien del que el titular ha sido injustamente despojado. Así, por ejemplo, cuando un bien único en su especie ha sido destruido o cuando se asesina al hijo de una persona o cuando se lesiona su buen nombre resulta imposible una restitución perfecta. Por esta razón ya advierte Tomás de Aquino que cuando no sea posible restituir perfectamente, esto es, con la misma cosa, debe compensarse en la mejor medida en que sea posible, esto es, imperfectamente³¹. Sobre esta idea, todavía germinal en el Aquinate, Hervada construirá

una clasificación más precisa de los modos de reparación de lo justo conmutativo. En su propuesta, junto a la restitución pura, aparece la compensación, esto es, la dación de lo equivalente, y la compensación en equidad, instancia casi simbólica que opera en aquellos casos en los que es imposible dar lo mismo o lo equivalente, como ocurre, por ejemplo, en el caso de aquellos bienes inconmensurables. En la medida en que la restitución se aleja de su forma pura las limitaciones se hacen más evidentes. La compensación, por ejemplo, puede guardar la apariencia de exactitud y de restauración perfecta en una posición no idéntica pero sí equivalente a la original. Sin embargo, la ilusión se disuelve si se considera lo arduo que es la determinación de las equivalencias. Sobre este punto, valga la pena remitir al lector a las interesantes conclusiones del profesor Alpiniano García Muñoz³², en su trabajo sobre el tratamiento de temas económicos en Tomás de Aquino. Según el profesor García, en efecto, la diferencia fundamental entre los planteamientos de Tomás de Aquino y sus intérpretes españoles del siglo XVI y gran parte de los economistas modernos es el reconocimiento de los primeros de la imposibilidad de conocer con precisión absoluta el *quantum* del precio justo y eliminar quirúrgicamente toda incertidumbre del mundo económico.

En lo que tiene que ver con la reparación de la justicia distributiva, la reparación de la justicia tiene que ver con la corrección de las distribuciones discriminatoras. Ahora bien, como bien lo explica Hervada, ello admite dos escenarios, pues en principio, hay distribuciones discriminatoras ilegales y otras que se amparan bajo leyes discriminatorias. En el primer caso, es procedente la anulación del acto de distribución mientras que en el segundo, la exigencia directa es la anulación de las leyes que establecen sistemas discriminatorios de distribución. Esta última alternativa deja sin resolver la pregunta de qué hacer frente a las reparticiones injustas que ya tuvieron lugar.

En el caso de la justicia legal, es preciso aceptar que en algunos casos las garantías necesarias para minimizar el impacto de la falibilidad humana en el juicio supondrán un detrimento en la eficacia del sistema de sanción coactiva de la ilegalidad. Así, la presunción de inocencia implica la imposibilidad de sancionar delitos reales que no pueden ser probados y la prescripción de la acción penal supone impunidad.

Por otra parte es necesario recordar que la finalidad de la reparación penal y coercitiva de lo justo legal no es la sanción en sí misma sino la restauración del orden social y la reintegración de sus infractores. En este sentido, la exigencia de punición que disfraza un fin meramente vengativo no se puede confundir con la voluntad rectificadora por la virtud de la justicia en su modalidad legal³³. Ahora bien, existen casos en los que la aplicación de lo previsto en la ley puede ser antitético con los fines de conveniencia social, por lo que bien puede la autoridad competente dispensar su cumplimiento, sin que esto sea siquiera una limitación de lo justo legal. Es simple y llanamente disposición de un derecho de la sociedad,

en aras de un bien social mayor.

3.4 *La insuficiencia de la justicia en casos de disolución de la amistad política y del orden social*

Finalmente, cabe preguntarse qué ocurre en los casos en los que la injusticia ha sido de tal magnitud que ha llegado a romper por completo la amistad política y por lo tanto a disolver la sociedad.

En este caso lo procedente es, propiamente hablando, la reconstrucción de la sociedad. Para este fin resulta del todo insuficiente la justicia. Ello es así porque el escenario social que presupone la justicia está a tal punto desfigurado, que las relaciones de justicia que se pueden dar en él son imperfectísimas. Y, por lo tanto, la única “justicia aplicable” sería una tan débil que difícilmente bastaría para restaurar lo perdido. Por ello la única alternativa posible de recuperación de la sociedad son actos deliberados de solidaridad y amistad social. Un cambio cultural radical. Si se quiere, un acto de heroísmo cívico, que opte por el perdón. Hacia ello se orienta la moderna justicia transicional.

NOTAS

1. Cfr. Tomás De Aquino, *Suma de Teología*, II-II, Q 57, art. 1; Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Libro V 1129 a y ss;
2. Institutas. 1.1.1.
3. Cfr. J. Hervada, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, Temis, Bogotá 2000, p. 26.
4. Cfr. J. Hervada, *El valor del derecho: la justicia*. (1964). La obra está publicada en la reciente compilación digital de su obra, realizada por el Instituto Martín de Azpilcueta. Se encuentra publicada bajo el nombre de “Fragmentos de la memoria de Cátedra” (1964), disponible en la página web: <http://dadun.unav.edu/handle/10171/56023>.
5. Aristóteles, *Política*, I, 1, 1252. Se hace notar que la circunscripción de la plenitud jurídica a la forma de la Polis plantea grandes problemas teóricos para todos los intérpretes posteriores del Estagirita, pues esta forma de organización social ya hace mucho ha dejado de existir y no es plenamente equiparable con el Estado moderno. Además, notas como las de la autosuficiencia, son hoy en día simplemente imposibles de predicar respecto de ninguna forma de organización política, sin que tampoco parezca que haya una plena configuración de la *Communitas orbis*.
6. Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, V, 1134 b 18 – 1138 a 5 y ss; M. Villey, *Compendio de Filosofía del Derecho*, Eunsa, Pamplona 1979, p.95 y ss.
7. Así, por ejemplo, después de establecer que en lo justo político hay una parte natural “que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende del parecer de los hombres”, Aristóteles precisa que “hay una justicia natural y, sin embargo, toda justicia es variable, aunque hay una justicia natural y otra no natural”, e inmediatamente después, “Ahora bien, de las cosas que pueden ser de otra manera, está claro cuál es natural y cuál no es natural, sino legal o convencional, aunque ambas sean igualmente

- mutables”. (Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, V,1134b, 30 y ss). Esta aparente contradicción entre la estabilidad y permanencia del derecho natural y su dimensión histórica es aclarada por Tomás de Aquino, refiriéndose, no directamente al derecho natural, sino a la ley natural y su mutabilidad (cfr. *Suma de Teología*, I-II, Q 94, arts. 4 y 5). En tiempos contemporáneos quien mejor ha desarrollado la dimensión histórica de lo justo natural, incorporándolo dentro de una visión iusteórica sistemática, ha sido el profesor Javier Hervada (Cfr Javier Hervada, *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Eunsa, Pamplona 2000, p. 476 y ss).
8. En las líneas que siguen utilizaré la expresión “originarios” en un sentido distinto al que el maestro Hervada le atribuye en sus obras. Consciente de la ambigüedad que ello comporta, agradeceré a la comunidad académica sugerencias sobre una expresión más afortunada.
 9. Cfr. J.M. Martínez Doral, *La estructura del conocimiento jurídico*, Universidad de Navarra, Pamplona 1963.
 10. Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, V, 130a 15 y ss; Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, II-II, Q. 58, arts. 5-8; Cfr. M. Villey, *Compendio de Filosofía del Derecho*, o.c, pág 75 y ss.
 11. Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, V. 1130b 5 y ss ; Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, II-II Q, 61, art. 1.
 12. J. Hervada, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, o.c, p. 43 y 44.
 13. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*. V, 1135 a 20 y ss.
 14. Aunque la clasificación de cierta órbita de la justicia legal con una especie de la justicia particular es propia de Hervada, este modo de entender las relaciones entre el individuo y la comunidad está en concordancia con lo expresado por Santo Tomás al referirse a la restitución y a la pena en II-II Q. 58, art. 1, 59 art. 1 y 62 art.3. En estas cuestiones, el Aquinate deja claro que si bien la justicia legal es virtud general, en la medida en que prescribe todas las virtudes, también puede ser considerada una forma de justicia especial, según su esencia. Además, se refiere a la injusticia legal como forma auténtica de injusticia, es decir, como forma de injusticia especial.
 15. J. Hervada, *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, o.c, p. 287.
 16. *Ibidem*, p. 291.
 17. Michel Villey, *Crítica de los derechos del hombre*, en A. Guzmán Brito (ed), *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Edeval, Valparaíso 1976, p. 245-246; citado por Pedro Serna, *Sobre las respuestas al positivismo jurídico*, en «Persona y Derecho», 37 (1997), p. 312.
 18. Thomas Hobbes, *Leviathan*, Oxford University Press, Oxford-New York 1998, p. 7.
 19. Aristóteles, *Política*,1280b38-39.
 20. “Se cree que es un negocio especial del arte político producir amistad, y la gente dice que la excelencia es útil debido a esto, ya que los que son tratados injustamente entre sí no pueden ser amigos entre sí (Aristóteles, *Ética Eudemia*, 1234b22-25).
 21. J. Hervada, *El valor del derecho: la justicia*, o.c.
 22. *Ib.*, p. 342.
 23. *Ib.*, p. 343.
 24. *Ib.*, pág. 344.
 25. *Ib.*, pág. 344.

26. Cfr. J. Hervada, *Reflexiones acerca de la prudencia jurídica y el derecho canónico*, en «Revista Española de Derecho Canónico», XVI (1961), p. 415-451.
 27. Cfr. Tomás De Aquino, *Suma Teológica*, II-II, Q. 47 art. 9 ad. 2.
 28. Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, I. 3, 1195b 25 y ss ; Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, II-II, Q. 47 art. 9 ad. 2; J. Pieper, *La prudencia*, Rialp, Madrid 1957, p. 91.
 29. J. Hervada, *Reflexiones acerca de la prudencia jurídica y el derecho canónico*, o.c, p. 344.
 30. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, II-II, Q. 62. Art.1.
 31. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, II-II, Q 63, art. 2 ad 1.
 32. Cfr. J.A. García-Muñoz, *Tomismo Desdeñado: una alternativa a la crisis económica y política*, Planeta, Bogotá 2012.
 33. Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, II-II, Q.108, art. 1.
-

© 2019 Camila Herrera Pardo & Forum. Supplement to Acta Philosophica



Quest'opera è distribuita con Licenza [Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

[Testo completo della licenza](#)