

Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico

JAVIER HERVADA*

El realismo jurídico clásico es algo bien distinto de los modernos realismos: el escandinavo, el americano, el marxista. Recibe el nombre de realismo, porque ve el derecho en la *res iusta* o cosa justa. Aristóteles, los juristas romanos, Tomás de Aquino y en general los juristas hasta el momento en el que el derecho subjetivo adquirió la primacía, forman la serie de seguidores del realismo jurídico clásico, que no han dejado de existir entre los juristas y los filósofos del derecho hasta hoy; de nuestros días, el autor más conocido es Michel Villey.

El rasgo típico del realismo jurídico clásico consiste en ser una teoría de la justicia y del derecho construida desde la perspectiva del jurista, entendido éste según se deduce de la

clásica definición de justicia que se encuentra en la primera página del Digesto: dar a cada uno su derecho, dar a cada uno lo suyo. La función del jurista se ve en relación con la justicia: determinar el derecho de cada uno, lo suyo de cada uno. Ese derecho, esa cosa suya es el *iustum*, lo justo, de donde resulta que el arte del derecho es el arte de lo justo.

Hacer, en rápidos y apretados apuntes, una exposición de esta teoría es el objeto de estas páginas¹.

I Toda construcción científica se especifica por su perspectiva formal. Desde esa perspectiva se elaboran los conceptos y se formulan las teorías. En consecuencia, toda reflexión sobre qué sea el objeto del arte del jurista y sobre qué sea el derecho debe partir de la perspectiva formal

* Profesor universitario Fac. de Derecho Universidad de Navarra. Director del Departamento de Filosofía del Derecho y ex-decano de la misma facultad. Autor de varios libros de derecho natural.

del jurista. Así la noción de derecho debe obtenerse desde dicha perspectiva.

Si toda construcción científica nos da a conocer la realidad estudiada desde una perspectiva formal y desde ella los conceptos aparecen elaborados, ¿los conceptos y las teorías aparecen entonces teñidos de relatividad? Sí, sólo la metafísica alcanza el concepto absoluto.

2 La palabra *ius* o derecho es una palabra de jurista. Nace de los juristas e indica unas realidades *desde la perspectiva del jurista*. Desde otras perspectivas esas realidades reciben otros nombres: la norma, por ejemplo, desde la perspectiva de su autor y, en general, desde la perspectiva de la comunidad recibe el nombre de ley o costumbre (*lex, mos o consuetudo*): regla de conducta; es *ius* o derecho desde la perspectiva del jurista. He ahí una de esas verdades elementales prácticamente olvidadas. *Ius* es un término técnico, nacido en el contexto de los juristas romanos para designar el objeto de su arte, aquello que *decían*, aquello sobre lo que pronunciaban su sentencia u oráculo.

Ius sirve para designar el objeto del arte del derecho: es lo que determina y dice el jurista. De *ius* derivan *iustum* y *iustitia*. Justicia es la virtud del *ius* y *iustum* es el mismo *ius* en cuanto es obrado por la justicia; en este sentido —no en cuanto apelativo del hombre que obra con justicia— *iustum* es palabra del género neutro como *ius*, pues son sinónimos: lo justo.

Decir o determinar el *ius* es decir o determinar el *iustum*, lo justo. En esto consiste, pues, el arte del jurista: decir o determinar lo justo. Hay, pues, que volver sobre otra pregunta elemental: ¿qué es lo justo? Pregunta que equivale exactamente a preguntarse qué es el *ius* o derecho.

En este iter mental nos tropezamos con la justicia. Porque el *iustum* —o sea el *ius* o derecho— es el objeto de la justicia, una virtud o hábito de la voluntad (*constans et perpetua voluntas* según la definición del romano). Por lo tanto, lo primero ahora es recordar qué es la justicia.

Interesa la justicia, porque su objeto coincide con el objeto del arte del jurista. Pero es preciso advertir desde el principio que la justicia no es la virtud específica del jurista. Su virtud específica es la prudencia —la *iuris prudentia*—, porque lo propio del jurista es un *saber* —práctico—, operación de la mente, no es un operar obra de la voluntad, que es el sujeto de la justicia. Con todo, la coincidencia de objetos indica una relación íntima entre la justicia y el arte del derecho.

Esta relación es clara: el arte del derecho dice o determina lo justo, lleva a saber ser justo, mientras la justicia lleva a querer serlo. Para que un hombre sea virtuoso es preciso que quiera serlo y que sepa serlo; han de coincidir el saber y el querer. En lo que atañe a lo justo, la justicia representa el querer, el arte del derecho proporciona el saber. Por eso, dicho arte puede calificarse de sabiduría de

lo justo o sabiduría de la justicia. Porque una cosa es clara: el arte del derecho es una ciencia, una sabiduría práctica. Es, pues, una forma de prudencia. El jurista no es el hombre justo, sino el que guía al hombre justo.

3 La justicia —nueva verdad elemental— es la virtud de dar a cada uno lo suyo. Esta fórmula de la justicia tuvo dos redacciones romanas: “*ius suum cuique tribuendi*” y “*suum cuique tribuere*”. Las dos están en el Digesto. La diferencia entre ambas estriba en que la primera habla de dar a cada uno *su derecho* (*ius suum*) y la segunda, que ha prevalecido, dice dar a cada uno *lo suyo* (*suum*). ¿Y qué diferencia sustancial hay entre una y otra? Ninguna, salvo la literal. *Ius suum* y *suum* son sinónimos, porque el derecho de cada uno —en el pensamiento de los autores de la fórmula, que tiene su antecedente en Aristóteles y sigue Tomás de Aquino— es la cosa de cada uno, lo suyo. ¿Luego el derecho no es la ley ni el derecho subjetivo? En efecto, el *ius* o derecho es la cosa de cada uno. Se trata del *realismo* (de *res*, cosa) *jurídico clásico*.

Tenemos, pues, tres sinónimos: *ius* (derecho), lo suyo y lo justo. Tres sinónimos para designar el objeto de la justicia y, correlativamente, el objeto del arte del jurista.

Relacionando el arte del jurista con la virtud de la justicia, se llega a la conclusión de que el arte jurídico, la ciencia jurídica, consiste en determinar y decir lo que es suyo de cada uno, lo que —de una u otra forma—

pertenece a cada uno. Lo suyo de cada uno, lo justo, es su derecho o *ius*.

Esta cosa de cada uno es *lo suyo* desde la perspectiva del titular del derecho; es *lo justo* en la perspectiva del hombre justo —del que tiene que dar la cosa a su titular— e indica que lo que debe dar es ni más ni menos que lo debido; y es *ius* desde la perspectiva del jurista, porque es el objeto de su arte y ciencia.

4 Lo suyo, lo que pertenece a cada uno. Puesto que la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, no será posible ejercer esta virtud allí donde no haya cosas de cada uno; o allí donde, habiéndolas, nunca estén bajo el poder de otro. Dos son, pues, los supuestos de la justicia y el derecho. En primer lugar, el reparto de las cosas, las cosas están repartidas; en segundo lugar, las cosas están o pueden estar bajo el poder de otro. Ambas cosas son obvias; estamos siempre ante verdades elementales y simples.

Allí donde no hay lo mío, lo tuyo, lo suyo, la justicia no tiene lugar. Si se trata de dar lo suyo a cada uno, tiene que existir lo suyo (lo mío, lo tuyo); las cosas han de estar repartidas, distribuidas, asignadas a distintos sujetos. Y si se trata de dar las cosas de aquel a quien pertenecen, es evidente que la cosa está bajo el poder de otro, el cual, por ser justo, da —devuelve, restituye, etc.— la cosa a aquel a quien pertenece. Para que opere la justicia, las cosas han de estar o han de poder estar bajo la esfera de poder

de otro, esto es, de un sujeto distinto de aquel de quien es la cosa.

5 Lo suyo, lo justo, el derecho o *ius* es una cosa. Es la cosa que, perteneciendo —estando atribuida o asignada— a un sujeto, le debe ser dada. Esa cosa puede ser corpórea o incorpórea. Puede ser un fundo, una cantidad de dinero, un semoviente, etc.; pero puede ser también una función, un cargo, una potestad, etc. La palabra cosa tiene, pues, un sentido muy genérico: cualquier cosa corpórea o incorpórea que esté atribuida o asignada a un sujeto, capaz de ser interferida por otros.

6 Si queremos analizar la fórmula de la justicia, tres son sus partes a analizar: primera, *dar*; segunda, *a cada uno*; tercera, *lo suyo*.

Dar tiene un sentido genérico y significa toda aquella acción u omisión en cuya virtud aquello que está atribuido o asignado a uno permanece en su esfera de poder o pasa a estarlo. Significa, pues, entregar, devolver, restituir, respetar, obedecer, etc. Lo que dar no quiere decir en ningún caso es *deber dar*; no se puede cambiar la fórmula de la justicia por la de virtud que *debe dar* a cada uno lo suyo. La virtud de la justicia es un hábito de la voluntad, a la que perfecciona en su actuar: se refiere, pues, a actos, no a deberes, que son juicios deónticos, juicios de razón. Sin duda el hombre debe dar a cada uno lo suyo, pero la justicia no consiste en ese deber, sino en cumplirlo. Por lo

tanto, la justicia consiste en el hábito de la voluntad que actúa dando, entregando, devolviendo, obedeciendo, respetando, etc. La justicia consiste en dar, no en deber dar.

A cada uno. Se dice “a cada uno” para poner de manifiesto que la justicia no se refiere en general a grupos, clases o estamentos. No promueve o promociona grupos en general, dejando algunos marginados o sacrificando a unos para el bien general de los demás. La justicia da lo suyo a cada uno, a cada persona singular, a cada institución. No se refiere, por ejemplo, al bien de la institución matrimonial o de los matrimonios en general; juzga a cada matrimonio en litigio, y da a cada uno lo que le corresponde (a quien validez, declaración de validez; a quien nulidad, declaración de nulidad; a quien separación, separación).

Lo suyo es expresión genérica que abarca muchos modos de predicar de algo que es suyo, que está atribuido a un sujeto. Abarca todas las clases posibles de derechos (propiedad, arrendamiento, jurisdicción, competencia, función, etc.). ¿Qué significa, pues, *suyo*? Quiere decir una atribución exclusiva, que algo está asignado a un sujeto con exclusión de los demás y sobre lo cual ejerce la condición de dominadora —dominio de sí y de su entorno— que es propia de la persona humana. La expresión *lo suyo* es pluriforme, como pluriforme es el dominio propio de la persona.

¿Y por qué se dice lo suyo y no lo mío o lo tuyo? ¿Por mera cuestión

semántica? No, no es sólo cuestión semántica. Se dice lo suyo, porque la fórmula está trazada desde la perspectiva propia de la justicia, es decir, del hombre justo. Es virtud del hombre justo y el justo no es el acreedor —aquel a quien está atribuida la cosa—, sino el deudor, aquel en cuyo poder está la cosa ajena, es decir, quien tiene que darla. Esta es la perspectiva del jurista, cuyo oficio consiste en determinar la conducta justa, la del justo.

7 Si *lo suyo* es pluriforme, ¿cuál es su esencia? ¿Qué es lo que unifica en una misma categoría tantas formas de lo suyo?

Lo esencial es la atribución con la fuerza de deuda en sentido propio y estricto, que es la misma en todos los casos. El deber de pagar tiene igual fuerza en un arrendamiento que en una compraventa. En todas las diversas formas de *lo suyo*, la fuerza de la deuda es igual en lo que atañe a la obligación de dar, es decir, en lo que se refiere a la operatividad de la relación de justicia, que en lo que interesa para el arte del derecho.

8 ¿Por qué a lo suyo le llamamos lo justo? Porque se da lo suyo según justicia. Y la justicia da al titular del derecho exactamente lo suyo, ni más ni menos. Da lo exacto, lo cabal; por eso, justo es sinónimo —en castellano— de cabal y exacto.

Esto pone de manifiesto las riquezas y las limitaciones de la justicia.

Las riquezas, porque la justicia es el fundamento de la vida social; lo primero es respetar a cada uno su derecho y este respeto trae consigo la paz. La injusticia es fuente de conflictos. A la vez, pone de relieve las limitaciones de la justicia. Una sociedad *sólo* justa, es una sociedad repulsiva. El hombre necesita mucho más, necesita el amor.

9 Lo suyo, lo justo es *ius*. ¿Cuál es la esencia de lo jurídico?

Recordemos una verdad elemental: la fórmula de la justicia está elaborada desde la perspectiva del que convencionalmente llamamos deudor, desde la perspectiva del hombre justo, que es quien tiene que dar al titular —convencionalmente, el acreedor— lo suyo. ¿Cómo aparece lo suyo, lo del titular, ante los ojos del deudor, del hombre potencialmente justo? Aparece como lo *debido*. Lo suyo del acreedor, que está en poder del deudor, es justamente la deuda del deudor, lo debido al titular por quien se encuentra en la posición de ser hombre justo. *Lo suyo* es *ius*, porque es *debido*, deuda en sentido propio y estricto.

10 La cosa, al estar en poder de otro, es debida a su titular. También ante éste la cosa aparece como debida a él. Debida, la índole de deuda, es la característica primaria del *ius* —lo que hace que la cosa sea *ius*— desde la perspectiva de la justicia y por ende desde la perspectiva del jurista. Recordemos que toda

construcción científica se especifica por su perspectiva formal, desde la cual elabora los conceptos y formula teorías.

La relación jurídica —la relación de justicia— es primariamente una relación de deuda y el derecho o *ius* se constituye como tal —la cosa es *ius* o derecho— por su índole de debida. Luego si es debida, al tratarse de deuda en sentido propio y estricto, resulta ser exigible por el titular; el derecho o *ius* es exigible, lo que implica la facultad de exigir: es el llamado derecho subjetivo. La titularidad de un derecho o *ius*, si primariamente consiste en la posición de serle debida la cosa, consecuencialmente comporta el derecho subjetivo o facultad de exigir.

¿Luego existe el derecho subjetivo? Naturalmente que existe, pero no es el derecho en sentido primario; es una consecuencia del *ius*, que recibe el nombre de derecho por analogía de atribución.

La primacía de la índole de debido propio del *ius* tiene una importante consecuencia. La justicia —el hombre justo— no espera ni debe esperar a que el titular exija su derecho; no se ha de aguardar a que el titular exija el respeto, la restitución, la entrega, etc. La justicia no espera a la exigencia, da las cosas cuando debe darlas, sin aguardar a que el titular del derecho tenga que ejercer su facultad de exigir las (ejercer su derecho subjetivo).

11 Con toda razón se dice que el acto de justicia es un *acto se-*

gundo. O lo que es lo mismo, la justicia sigue al derecho. En efecto, el derecho preexiste a la justicia. Si la justicia consiste en dar a cada uno su derecho —lo suyo, lo justo—, para que haya un acto de justicia debe haber un derecho constituido. El acto de justicia es un acto segundo, porque presupone el acto de constitución del derecho; que, con relación a la justicia, tiene la consideración de acto primero.

El acto constitutivo de un derecho —hacer que algo sea suyo de alguien—, la atribución de las cosas o su reparto, no es un acto de justicia sino de dominio, corresponde al ejercicio de un poder o facultad. Por ejemplo, una donación es ejercicio del derecho de propiedad, como lo es el préstamo y el arrendamiento. El nombramiento para un cargo, la distribución de competencias y cosas similares son ejercicio de un poder.

12 Una idea conviene recalcar. La justicia no consiste en dar a uno una cosa para que sea suya; no consiste en hacer que una cosa sea suya de alguien. Consiste en dar a cada uno lo suyo. Por lo tanto, el derecho —el *ius*— preexiste a la justicia. Sin *ius* o derecho preexistente, no es posible la acción de la justicia.

Es algo obvio y, sin embargo, con frecuencia se olvida. Se echa en olvido cuantas veces se otorga a la justicia la función de constituir derechos.

13 Parece que hay casos en los cuales la justicia no es acto

segundo, sino primero, porque interviene en la constitución de derechos: hay atribuciones justas y hay atribuciones injustas; hay repartos justos y hay repartos injustos. Es cierto que las atribuciones y los repartos pueden ser justos o injustos, pero el acto de justicia sigue siendo un acto segundo y el derecho sigue precediendo a la justicia: por definición no puede ser de otra manera.

Lo que ocurre es que hay atribuciones y repartos *segundos*, esto es, que siguen y son consecuencia de atribuciones y repartos primeros, generadores de derecho. Esas atribuciones y repartos segundos son actos de dominio, pero a la vez son actos de justicia, porque siguen a un derecho. Por ejemplo, una donación precedida de una promesa jurídicamente vinculante. El acto de donar es un acto de justicia, porque es cumplimiento de la promesa; es al mismo tiempo un acto de dominio (transmisión de la cosa) y un acto justo. En todo caso, lo que transmite la propiedad no es la condición justa del acto, sino el acto de dominio.

14 ¿No es *lo justo* algo muy indeterminado? Cuando de la justicia se tiene una idea confusa y errada, cuando se la confunde con ideales y aspiraciones, la justicia y lo justo se vuelven delicuescentes. Pero en la teoría jurídica de la justicia y lo justo, una y otro son cosas concretas y muy determinadas. Dar a cada uno lo suyo no puede ser más concreto: en la compraventa es pagar tal cantidad de dinero —bien concreta y

determinada— a cambio de tal cosa, concreta y determinada. Y así en los demás casos.

Lo justo es lo suyo, lo de alguien, y, por tanto, es perfectamente determinable. ¿Cómo se determina, cómo se puede hallar lo justo, lo de cada uno? Por el *título* y la *medida*.

El título es aquello en cuya virtud una cosa está atribuida a un sujeto determinado y, por lo tanto, es suya. Por el título, aquel a quien está atribuida la cosa recibe el nombre de titular.

Pueden ser título de un derecho: la ley, el contrato, los hechos jurídicos y la naturaleza humana.

¿Qué es la medida? Es la caracterización y delimitación intrínseca y extrínseca del derecho: la delimitación de la cosa: su cantidad, cualidad, naturaleza, etc.; el modo como la cosa es del titular: propietario, arrendatario, usuario, administrador, delegado, etc.; las facultades jurídicas que competen al titular; los presupuestos y requisitos de uso del derecho, etc.

La función del jurista se resume en determinar el título y la medida del derecho. A eso lo llamo determinar o decir el derecho.

15 La relación jurídica es la relación de justicia. En este tipo de relación dos o más sujetos están en una posición distinta y complementaria respecto de un derecho. Uno o

unos están como titulares del derecho, como acreedores —es decir, como potenciales receptores de la cosa— y otro u otros están como deudores, como aquellos que han de dar lo suyo al titular. Ambos sujetos están unidos por una relación obligatoria o vinculante, o sea un vínculo de naturaleza jurídica.

De acuerdo con esto, la relación jurídica comprende: a) los sujetos, en posición distinta y complementaria; b) el vínculo jurídico; c) las diversas situaciones jurídicas: facultades, deberes, poderes, etc., las cuales forman el contenido de la relación jurídica.

El fundamento de la relación jurídica es la cosa justa o derecho, en función de la cual existe la relación jurídica.

La relación jurídica tiene las siguientes notas: la obligatoriedad —que es una forma de imperatividad—, la alteridad y la exterioridad.

La obligatoriedad aparece por la índole de cosa debida, de deuda, que tiene el derecho o cosa justa. Se trata de una deuda en sentido propio y estricto —de una *obligatio*—, por la cual el sujeto deudor tiene el deber de cumplir con lo debido. No es una relación de buena voluntad, sino una *obligatio*, un *debitum*.

Puesto que la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, su derecho, la relación jurídica tiene la nota de alteridad. Siempre comprende dos sujetos en distinta y complementaria posición, de los cuales uno tiene una

obligación o deuda respecto de otro. La deuda existe entre dos sujetos, de modo que el sujeto de la deuda es deudor respecto del titular del derecho. Se debe *al* sujeto de derecho.

La relación de alteridad requiere que los sujetos sean enteramente otros. Si la alteridad no es perfecta no puede haber propiamente una relación de justicia, pues en la medida en que los sujetos no son enteramente otros, no hay plena y perfecta distinción entre lo suyo de cada uno. Al borrarse las fronteras de lo suyo, no puede darse a cada uno lo suyo. Así en una comunidad de vida en la que todo es de todos, aunque el uso de las cosas esté repartido, no puede haber entre sus componentes una propia relación de justicia: el respeto por el reparto establecido no es cuestión de justicia conmutativa, sino de fidelidad a los estatutos o reglas de la comunidad.

Por último, la relación jurídica tiene la nota de exterioridad o exte- rioridad. Lo cual quiere decir que la relación jurídica se establece en el ámbito de comunicación y relación de los sujetos, donde las cosas —corpóreas o incorpóreas— son interferibles. Debe tratarse de cosas que en sí o en sus manifestaciones salgan de la esfera del sujeto.

Sólo si la cosa propia de alguien puede ser objeto de actividad por parte de los demás, podrá ser objeto de la justicia, pues el acto de la justicia se basa en que la titularidad, la posesión o el uso y disfrute de una cosa pueden ser interferidos o estar

en poder de persona distinta de aquel a quien corresponde. La justicia sólo puede obrar en el seno de las relaciones humanas y en consecuencia su objeto —lo suyo, su derecho— ha de tener la nota de exterioridad.

Cosa exterior no quiere decir cosa directamente captable por los sentidos. Derecho pueden ser cosas corporales. Pero es necesario que, al menos en sus manifestaciones, sean interferibles.

Si la perspectiva del jurista, si la perspectiva de su arte es el derecho en sentido realista, esto es, lo justo o lo suyo de cada uno, el concepto más básico y elemental de la ciencia jurídica es el de relación jurídica o relación de justicia. Su objeto primario de contemplación son las relaciones jurídicas. Esto es lo que de modo primario y fundamental estudia el jurista.

¿Qué realidad social constituye el objeto del arte del derecho? Es obvio que es la relación jurídica, en cuyo contexto se determina y se dice el derecho. Por lo tanto, si el conjunto de realidades que el jurista estudia es el ordenamiento jurídico, el concepto que lo engloba, el de ordenamiento, no expresa primariamente un conjunto de normas, sino un conjunto de relaciones jurídicas. No se olvide que cada ciencia conceptualiza desde su perspectiva formal.

17 No se puede hacer una teoría del derecho sin referirse a la ley, pues la ley tiene una importancia

de primer orden para dicha teoría. Por eso, recordar las verdades fundamentales de la teoría del derecho y del oficio de jurista nos lleva a recordar algunas de esas verdades sobre la ley.

Y la primera de todas ellas es que la ley es derecho, fenómeno jurídico, pero no es *el derecho*. El derecho es lo justo, la cosa justa, lo suyo de cada uno. La ley es derecho por su estrecha relación con el derecho. Y en virtud de esa relación, la ley es llamada derecho por analogía de atribución.

18 La ley no es el derecho, pero es derecho, forma parte del conjunto de elementos que integran el fenómeno jurídico. ¿Por qué la ley es un componente del fenómeno jurídico? Naturalmente porque tiene relación con el derecho, con lo justo o cosa justa. ¿Cuál es esa relación?

La ley —escrita o no escrita— es *causa y medida* del derecho.

Es causa porque reparte cosas y las atribuye, creando derechos; es un medio por el cual ciertas cosas se atribuyen a determinados sujetos. Las leyes reparten y atribuyen las cosas con títulos de atribución, que tienen el carácter de deuda y de exigibilidad: crean derechos. Por ejemplo, las leyes crean órganos de gobierno y les atribuyen las respectivas funciones. Además, las leyes marcan una pauta de conducta, cuyo seguimiento es de justicia; esa conducta

justa es el llamado *justo legal* y, por crearlo la ley, ésta es también causa de lo justo.

La ley es muchas veces medida del derecho, medida de lo justo. Así la ley regula los derechos y el modo de usarlos, señala sus límites, prescribe los presupuestos de capacidad, establece el sistema de garantías, etc.

En una palabra, la ley es *regla o norma del derecho*.

19 La ley no es la única regla o norma del derecho. Causa y medida del derecho lo es además la naturaleza humana y lo puede ser el contrato o, en general, el pacto o consentimiento de las personas. También es regla de derecho la norma dimanante de la naturaleza humana y la que procede del pacto de las personas. Siempre que constituya deudas o deberes de justicia, la norma es regla de derecho y, por tanto, norma jurídica.

20 La juridicidad o esencia de lo jurídico reside en el derecho, en lo justo, y consiste en la relación de débito o deuda, que comporta una exigibilidad. Por eso la ley no es jurídica por razón de sí misma —por ser mandato—, sino por su relación con el derecho. La ley es jurídica por actuar como regla —causa y medida— del derecho, es decir, cuando genera o regula una relación jurídica o relación de justicia.

21 Toda norma jurídica es una *prescripción obligatoria*. Pres-

cribe conductas que constituyen un deber de justicia; por eso *obliga*, esto es, vincula al destinatario de la norma, encauzando su conducta. En cambio, podría ser menos exacto decir que es —en todos los casos— una prescripción *imperativa*, si por tal se entiende como dimanante de la *imperium* o poder superior a los destinatarios de la norma. Enlazar esencialmente la norma jurídica con un poder superior, supondría que toda norma jurídica dimanaría de un poder superior y sólo de él, lo cual no es exacto. Toda regulación de conductas que origine una obligación de justicia de seguirla, es decir, que se imponga por un deber estrictamente justo, es norma jurídica. *Norma*, porque es regla de la conducta; y **jurídica**, porque obliga con deber de justicia.

Desde luego son normas jurídicas las leyes que dimanan del poder público, pero pueden ser también normas jurídicas las reglas o cláusulas derivadas de los pactos internacionales, de los concordatos, de los contratos y del consentimiento del pueblo (costumbre normativa). Lo que hace que una regla de conducta sea norma jurídica es que obligue con deber de justicia, lo mismo si proviene de un poder superior que si deriva de un pacto o del consentimiento entre iguales.

En conclusión, es norma jurídica toda regla de conducta, cuyo cumplimiento sea una obligación de justicia, una deuda justa, tanto si procede de la autoridad social, como si proviene de la capacidad de compromiso de las personas, del consentimiento

to del pueblo o de la naturaleza humana.

22 Siendo función del jurista la determinación del derecho —de lo justo— y siendo la ley regla del derecho, resulta claro que función principal del jurista es la *interpretatio legis*, la interpretación de la ley. Pero el término de la función del jurista no es la interpretación de la ley por sí misma. El jurista interpreta la ley para determinar y decir lo justo. El jurista no es un funcionario al servicio de la ley, sino un servidor de los hombres, siendo servidor de la justicia

Luego es verdad que el jurista ha de interpretar la ley, ha de buscar su sentido y ha de atenerse a lo que la ley prescribe; pero no puede olvidar que su función de intérprete de la ley la tiene en función de lo justo —la ley es regla del derecho— en el caso concreto. El término de su arte no es decir lo que la ley prescribe, sino decir lo justo.

23 Determinar el derecho es determinar lo justo. Pues bien, según el tipo de relaciones jurídicas de que se trate, hay tres modos de determinar lo justo: la igualdad aritmética, la igualdad proporcional y la correspondencia entre la conducta y lo mandado por la ley. Dicho de otro modo, se habla de tres clases de lo justo: lo justo conmutativo, lo justo distributivo y lo justo legal. O sea, tres clases de justicia: justicia conmutativa, justicia distributiva y justicia

legal. En realidad, no se trata de clases de justicia, sino de tres criterios de determinación de lo justo.

¿Qué significa determinar lo justo? ¿Por qué aparece la igualdad como criterio determinativo de lo justo?

Para contestar a estas preguntas hay que situarse, como siempre, desde la perspectiva del hombre justo, que es la perspectiva del jurista. La dinámica de la justicia consiste en la acción de dar al titular del derecho la cosa debida. Lo justo es lo que el deudor debe dar al acreedor y eso es justamente el derecho de éste. Dicho de otro modo, lo dado debe ser *igual* a lo debido, exactamente, cabalmente, lo debido. Determinar lo justo consiste en determinar lo igual a lo debido.

En las relaciones de intercambio la igualdad que determina lo justo dicese aritméticamente por la semejanza con la igualdad numérica: tres igual a tres, cuatro más tres igual a siete. Unas veces esa igualdad es de identidad: sucede esto cuando lo que hay que dar es la misma cosa —idéntica— que pasó a manos del deudor; por ejemplo, al término de un contrato de depósito, débese devolver la misma cosa depositada. Otras veces, no ocurre así, pues lo que importa es el valor de la cosa, su calidad, su cantidad, etc.; si se presta dinero, lo que hay que devolver no son las mismas monedas o billetes físicamente idénticos sino monedas y billetes que sumen el mismo valor. Es la igualdad de valor o estimación.

Cuando se trata de distribuciones y repartos, la igualdad que importa

es distinta: es la igualdad de proporción. Algunas veces la distribución se hará por partes iguales, por exigirlo así la igualdad de proporción, pero muchas otras veces se distribuirá a partes desiguales. La igualdad de proporción es distinta a la igualdad aritmética. La igualdad distributiva o igualdad de proporción no consiste en dar a todos lo mismo, sino en distribuir las cosas en proporción a la finalidad del reparto o distribución. Así, si se trata de repartir o distribuir alimentos, cada uno debe recibir en proporción a su necesidad de alimentación; a un niño de pocos meses se dará alimento distinto, en cantidad y naturaleza, al de un adulto. Lo importante es que se guarde la *proporción*, que se determina por la finalidad del reparto; en el ejemplo puesto, al niño y al adulto se les trata igualmente —con igualdad de proporción— cuando se les suministra igualmente el alimento necesario para una alimentación adecuada. Cuando no se guarda esta igualdad proporcional, aparece la discriminación injusta.

El tercer modo de determinar lo justo se refiere a la contribución del miembro de la sociedad respecto de ella. ¿Qué debe en justicia el miembro a la sociedad? En general, a lo que está obligado el miembro respecto de la sociedad es a la contribución al bien común. Y está obligado en justicia a aquella contribución que marcan las leyes. Son las leyes, en efecto, ordenaciones en razón del bien común, por lo que contribuir en justicia al bien común se resume en cumplir las leyes. Lo justo en este

caso es el cumplimiento fiel, adecuado, de las leyes y por eso la justicia en este caso recibe el nombre de *justicia legal*. Por eso, toda ley que engendra un deber de justicia legal es jurídica.

En este caso, la igualdad reside en que lo cumplido sea justamente lo mandado, esto es, en el cumplimiento fiel de la norma.

24 Si queremos atenernos a la denominación completa del arte del jurista no bastaría decir que es el arte de lo justo. En realidad el arte del derecho es el arte de lo justo y de lo equitativo. Es, en efecto, el arte del jurista el arte de la justicia y de la equidad, no sólo de la justicia. La equidad no es un elemento secundario del arte del derecho, sino parte principal suya.

La equidad es el arte de armonizar la justicia con las otras virtudes que regulan las relaciones humanas. La justicia no puede ser contemplada aisladamente, sino en el contexto general de las relaciones humanas y del bien común. A cada uno hay que darle lo suyo, porque así lo exige la ontología de la persona humana y la estructura misma de las relaciones humanas. Pero en las relaciones humanas no todo es justicia; hay también otros deberes, que son propios de otras virtudes. La solidaridad y la caridad, la misericordia y la moderación y otras tantas virtudes engendran también deberes que han de armonizarse con los de la justicia. La armonización de la justicia con otras virtudes —o sea, la armonización de

los deberes que de todas ellas nacen— dan lugar, entre otras cosas, a *lo equitativo*, que es el objeto de la equidad. La equidad es la justicia matizada por otras virtudes y lo equitativo es el resultado de armonizar los deberes de justicia con otros deberes.

La función de la equidad es mejorar la justicia y, por lo tanto, favorecer el bien común. Si en algún caso, la pretendida equidad destruyese la justicia o debilitase el bien común, no sería propiamente equidad, sino vicios como el mal gobierno, la injusticia o la debilidad.

La equidad atempera el deber y acomoda el derecho.

25 La atemperación de lo debido consiste en rebajar, disminuir o dulcificar la deuda, o en dilatar la perentoriedad de los plazos en los que la obligación debería ser cumplida. Esta atemperación puede tener diversas causas. Unas veces procede de la benignidad o de la misericordia, como ocurre cuando las penas que en justicia son debidas se alivian o se perdonan; otras veces su causa es la solidaridad o la moderación necesaria para que el rigor de la justicia no dañe otros valores no menos importantes.

Los sujetos de la equidad —quienes deben aplicarla— en la atemperación de lo debido son el gobernante, el juez y el titular del derecho. Pero en los deberes de justicia legal —cumplimiento de las leyes— es también sujeto de la equidad el

destinatario de la ley, que puede aplicar el principio general de derecho de que las leyes no obligan en los casos en los que éstas se tornan nocivas o causan grave incomodo.

26 Otra forma de equidad es la acomodación del derecho. Si en la atemperación de lo debido la equidad mira a la deuda o deber, buscando el bien del obligado, en la acomodación del derecho la equidad se fija en el derecho, buscando su satisfacción en lo posible por el bien del titular del derecho. Este tipo de equidad tiene lugar cuando resulta imposible satisfacer el derecho. Hay, en efecto, circunstancias que hacen imposible que se dé al titular del derecho aquello que le corresponde. De suyo el deber de estricta justicia queda entonces enervado según el principio *ad impossibilia nemo tenetur*, con el correspondiente perjuicio del titular del derecho. Interviene aquí la equidad sustituyendo lo debido en justicia por una compensación equitativa, que disminuye y atempera el perjuicio del titular del derecho.

1. Sobre el realismo jurídico clásico, vide, J.-P. SCHOUPPE, *Le réalisme juridique*, Ed. Story-Scientia, Bruxelles, 1987; M. VILLEY, *Précis de Philosophie du Droit*, 2 vols., Dalloz, París 1977-78 (hay edición castellana, *Compendio de Filosofía del Derecho*, 2 vols., EUNSA, Pamplona 1979-81); J. HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, 4ª ed., EUNSA, Pamplona, 1986; J. HERVADA-J.A. MUÑOZ, *Derecho. Guía de los estudios universitarios*, EUNSA, Pamplona, 1984; F.J. HERRERA, *La concepción realista del derecho*, en "Dikaion", I (1987), págs. 55 ss.