

LA JUSTICIA CONMUTATIVA

JOSÉ JOAQUÍN UGARTE GODOY

Profesor de Filosofía del Derecho y de Derecho Civil.
Facultad de Derecho Universidad Católica (Chile)

S U M A R I O

Introducción. I. La justicia conmutativa en sí misma. II. Relaciones de la justicia conmutativa con la legal y la distributiva; 1. Naturaleza de la justicia legal y distributiva. 2. La polémica sobre la obligación de restituir en la justicia legal y en la justicia distributiva. 3. La obligación de restituir en la justicia legal y en la justicia distributiva se debe a la justicia conmutativa. 4. La superioridad de la justicia conmutativa. 5. El derecho privado y el derecho público. III. Conclusiones.

I N T R O D U C C I O N

El tema de la justicia conmutativa, y de la justicia en general, a fuer de clásico, ha recabado la atención de los más ilustres juristas, filósofos y teólogos a través de los siglos; por ello, desalienta abordarlo en cualquier forma, pareciendo que en él ya nada restara por decir.

Debiendo hablar sobre él, este desaliento me acomete a mí de un modo especial, por la limitación de mis fuerzas y conocimientos. En vista de ello, he decidido circunscribir mi trabajo a presentar algunos problemas que me han ocurrido en mis reflexiones sobre la justicia conmutativa, y las soluciones que para ellos he creído posibles, sin pretender en absoluto que se las tenga por ciertas.

Se me ha planteado, en primer lugar, la cuestión de por qué, en la historia de la ciencia jurídica, se ha profundizado más —y tanto más— en el estudio de la justicia conmutativa: de las relaciones de derecho privado, que en el de la justicia del bien común —legal y distributiva—, no obstante la preeminencia del bien general sobre el particular.

Nadie puede negar, en efecto, que los conocimientos en materia

de derecho privado, han tenido ya varias épocas de oro en su desarrollo, a partir de las primeras especulaciones de los romanos, cuando los de derecho público recién comienzan a tomar un auge proporcional a su importancia, en sus varias ramas de derecho constitucional, administrativo, penal, procesal, etc.

Más aún, nadie puede negar la superioridad del avance, no ya en el plano científico, sino en el de la misma legislación, que ofrece el derecho privado sobre el público.

Surge entonces el problema de conciliar estos hechos con el de la primacía del derecho público sobre el privado, y del bien común sobre el individual.

En segundo lugar, se me ha presentado la cuestión de cómo sean compatibles la mayor perfección con que realiza la idea de justicia la conmutativa y la mayor excelencia que por su parte ofrece la justicia del bien común.

En efecto, la justicia conmutativa cumple mejor que la distributiva y la legal con los requisitos esenciales propios del concepto de lo justo: alteridad, exigibilidad e igualdad; pues es superior la oposición de todo a todo a la de todo a parte o parte a todo; y superior la igualdad aritmética a la proporción geométrica.

Por último, y como contrapuesta siempre a la mayor jerarquía de la justicia del bien común, se me ha presentado su deficiencia en cuanto a la restitución; defecto este que no se da en la justicia conmutativa.

Las consideraciones que siguen son el fruto de un esfuerzo por deslindar científicamente estas dificultades, y un intento de solucionarlas.

I. LA JUSTICIA CONMUTATIVA EN SI MISMA

Se define tradicionalmente la justicia como la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho. Son palabras de Ulpiano, recogidas también por Santo Tomás en la *Suma Teológica*¹. Es ésta la definición de la palabra justicia en cuanto significa una virtud o hábito operativo.

¹Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. (*Digesto*, 1 1.10; st, 2-2, 58. 1).

Pero este vocablo se refiere también a lo justo; al derecho como acción justa, como lo debido, como objeto de la justicia; y, más aún, a todas estas cosas como ya realizadas; en una palabra, al orden jurídico.

En esta segunda acepción, la justicia es dar a cada uno su derecho; y Dante la definió como: "la real y personal proporción que existe entre los hombres relativa a las cosas y las personas, la cual, conservada, conserva la sociedad, y perturbada, la destruye"².

En este trabajo, nos ocuparemos de la justicia en el sentido objetivo, principalmente, por ser ello lo propio del punto de vista jurídico que le corresponde.

La justicia es, pues, dar a cada uno su derecho; dar a cada uno lo suyo.

Tres son los elementos esenciales de la justicia, en la enseñanza de Santo Tomás y de toda la Escuela, a saber, la alteridad; porque rectifica las operaciones ordenadas a otro; la exigibilidad, porque responde a un derecho o necesidad moral exigitiva de ese otro, y la igualdad, porque la operación exterior debe proporcionarse o adecuarse al derecho de ese otro —a lo suyo de él— según una cierta igualdad, que puede ser aritmética o estricta, y geométrica o de proporción³.

Aristóteles, en el Libro v de la Ética a Nicómaco, y más perfectamente Santo Tomás, en varias de sus obras, y por cierto en la Suma Teológica, dividen la justicia en tres partes, que en la concepción del Doctor Angélico son tres especies de la misma: la que ordena a los particulares respecto de la sociedad, o justicia legal o general: rige las relaciones de la parte al todo; la que ordena el todo a la parte, o justicia distributiva: rige las relaciones de la sociedad a sus miembros; y la que ordena a un individuo respecto de otro, o justicia conmutativa, que rige las relaciones entre particulares, o, de la parte a la parte, como expresa Santo Tomás⁴.

La justicia legal tiene por objeto el bien común, lo que la constituye como virtud especial: la especifica; y se llama general en cuanto ejerce un influjo de causa sobre todas las demás virtudes, promoviénolas y ordenándolas para el conseguimiento de ese bien general⁵.

²*Monarchia*, I. 2. c. II.

³*Suma Teológica*, 2-2, 57 resp.; 58, 2 ad 11, etc.

⁴*Suma* cit. 2-2, 58, 7, resp.

⁵*Idem*. q. 58, 5, resp.; 6, resp.

La justicia distributiva rige la participación del bien común a los particulares, que son sus destinatarios, y la justicia conmutativa mira por el bien de cada particular en cuanto tal.

El sujeto del deber de la justicia conmutativa es, pues, un particular; y el sujeto del derecho que por él se satisface, es también un particular; debiendo advertirse empero, que bajo tal apelativo de "particular", se comprende asimismo a la persona moral o colectiva cuando actúa no en cuanto tal sino respecto de otro al que no se enfrenta como a parte suya —séalo o no.

El objeto material de la justicia conmutativa lo constituyen cosas, acciones u omisiones, según se refiera a obligaciones de dar, hacer o no hacer.

El objeto formal de la justicia conmutativa es la bondad de la acción ordenada a otro por la que se le da su derecho, lo suyo, en estricta igualdad o proporción aritmética.

La satisfacción del derecho de otro por quien no es respecto de él ni parte ni todo, sino alguien independiente y plenamente distinto, supone, en efecto, que le dé tanto cuanto puede exigirle, tanto cuanto es el objeto de su derecho.

En esto se diferencia la justicia conmutativa —como es sabido— de la legal y de la distributiva, pues, en las dos últimas, las relaciones de la parte al todo y del todo a la parte, imponen una igualdad de proporción geométrica; una igualdad imperfecta, que no es tal sino comparando las razones de lo que cada cual da o recibe a la importancia que tiene en la comunidad.

Del objeto formal definido, deriva el carácter del medio virtuoso en el hábito de la justicia. Llamam Aristóteles y Santo Tomás, y toda la tradición occidental, medio virtuoso al grado o medida que dicta la razón en los actos rectificadas por una virtud, de modo que no haya ni exceso ni defecto. En las virtudes que se ordenan directamente al bien del agente, este medio se determina con relación a él; pero en la justicia, como ella se ordena al bien de otro, el medio es objetivo, es decir, se regula con abstracción del agente, y viene determinado por la legítima exigencia del titular del derecho. Y como el medio virtuoso resulta de la cosa debida, se llama "medio real": se debe dar tanto cuanto se debe, en proporción aritmética, según ocurre en la justicia conmutativa, y en proporción geométrica, según sucede en las otras dos especies.

El efecto o eficacia de los deberes de justicia conmutativa consiste en que el sujeto de los correlativos derechos puede exigir su satisfacción incluso coactivamente; es decir, hay una perfecta exigibilidad, y una consecuencial y anexa facultad vindicativa.

El acto propio de la justicia conmutativa es la restitución, toma esta palabra en su sentido amplio y clásico, que es el que le da Santo Tomás en la cuestión sesenta y dos de la *secunda secundae*.

En esta acepción lata, proveniente, según observa Báñez, de Cicerón, restituir significa cumplir cualquier deber de justicia conmutativa, dando, haciendo u omitiendo tanto cuanto el otro puede exigir. La restitución es el cumplimiento, en definitiva, de la estricta igualdad propia de esta especie de justicia.

“Restituir —dice el Doctor Angélico —no parece ser otra cosa que poner de nuevo a uno en posesión o dominio de lo suyo. Por eso, en la restitución hay una igualdad de justicia según la compensación de cosa a cosa, lo cual pertenece a la justicia conmutativa. Por consiguiente, la restitución es un acto de la justicia conmutativa, y esto tanto cuando la cosa de uno está en poder de otro por voluntad de aquél, como ocurre en el préstamo o depósito, como cuando está contra su voluntad, como en la rapiña o el hurto”⁶.

Así entendida, la restitución es el acto característico de la justicia conmutativa, pues no se atiende en ella para nada a la situación del beneficiario de ella, ni del que la hace, en la sociedad.

Tiene, además, y conviene advertirlo para evitar errores, otro sentido, que es estricto, la palabra restitución: es aquél en que significa reparar una injusticia previa, devolviendo algo que se ha substraído, o un lucro que se ha obtenido indebidamente. Este concepto está comprendido en el anterior, como parte de él, y no tiene por tanto su amplitud, correspondiendo sólo a ciertas situaciones de justicia conmutativa que suponen una infracción anterior.

Con respecto a la causa eficiente extrínseca de las relaciones de justicia conmutativa, se sostiene, en general, que son las leyes de derecho privado. Creemos que esto es verdad, pero que requiere alguna matización, de cuya necesidad trataremos precisamente en el apartado que sigue.

Estos son los rasgos fundamentales de la justicia conmutativa. Des-

⁶Suma 2-2, 62, 1, resp.

pués de haberlos recordado someramente, podemos abordar la materia de las relaciones entre ella y la justicia legal, por una parte, y la distributiva por otra; tema en que hemos centrado nuestro trabajo.

II. RELACIONES DE LA JUSTICIA CONMUTATIVA CON LA LEGAL Y LA DISTRIBUTIVA

1. *Naturaleza de la justicia legal y distributiva*

Precisados los caracteres de la justicia conmutativa, hemos de delinear los de la justicia legal y distributiva, con el fin de analizar las relaciones que guarda aquélla con éstas. Como el estudio de las dos últimas especies de justicia no nos corresponde tratar aquí, nos limitaremos a definir sus objetos formales, siguiendo la enseñanza tomista de que los seres son por su forma, y se especifican por su fin.

La justicia legal tiene como materia las relaciones del individuo con la sociedad, y como objeto formal, el propio bien común. Así resulta de lo antes expuesto y de las citas que en su lugar hemos hecho.

La justicia distributiva tiene como materia las relaciones de la sociedad con sus partes en cuanto tales, y, especialmente, con los individuos que la componen. Así se dijo también en el párrafo anterior. ¿Pero, cuál es su objeto formal?

La justicia distributiva no ordena el bien común a los individuos como tales, sino a los individuos considerados como partes del todo social, y en razón de partes. Esta es la enseñanza de Santo Tomás, cuando dice que “la justicia distributiva y la conmutativa no solamente se distinguen según lo uno y lo múltiple, sino según la diversa razón de débito; pues de un modo se debe a alguien lo que es común, y de otro modo lo que le es propio”⁷. Cayetano, glosando este pasaje, da la siguiente explicación: “Y de semejante manera en la conmutativa algo le es debido a alguno porque es propio de él; en cambio, en la distributiva, porque es común. Y en esto difieren formalmente: porque lo propio se le debe a alguien en razón de recibido por él voluntaria o forzadamente; en cambio lo

⁷Suma 2-2, 61, 1 ad 3.

común se le debe a alguien sólo porque es parte de ello; y la medida en que se le debe, se le debe porque es parte”⁸.

Ahora bien, si la justicia distributiva ordena el bien común a los individuos en cuanto ellos son partes de la comunidad y no en cuanto son independientes, quiere decir que el objeto formal de la justicia distributiva es también el bien común. Así lo expresa el Padre Teófilo Urdanoz, comentando la cuestión sesenta y uno de la *secunda secundae*⁹.

Por eso, como lo establece el propio Urdanoz en la obra citada, la justicia legal y la justicia distributiva sólo difieren materialmente, y se integran ambas por razón de su común objeto formal, en una justicia completa del bien común, que es la que los Pontífices y los teólogos y filósofos y juristas católicos han venido llamando, desde fines del siglo pasado, justicia social.

2. *La polémica sobre la obligación de restituir en la justicia legal y en la justicia distributiva*

Desde la Edad Media se viene discutiendo por teólogos y juristas si la justicia legal y la distributiva producen o no obligación de restituir, en caso de ser infringidas.

Para solucionar esta cuestión, todos descartan los deberes no apreciables en dinero que ambas especies de justicia imponen, como son la obligación de hacer el servicio militar o de rendir los debidos honores a los gobernantes, respecto de la justicia legal; y la obligación de impartir instrucción a los súbditos que no la tengan, o de admitir a los ciudadanos a los paseos públicos, respecto de la justicia distributiva.

El problema surge cuando se trata de prestaciones con significación económica, como el pago de los impuestos que impera la justicia legal, o el discernimiento de una beca o de un subsidio patrimonial por concurso de antecedentes o conocimientos, que puede ordenar la justicia distributiva.

La historia doctrinal al respecto, podemos sintetizarla, siguiendo a Urdanoz, en los siguientes puntos¹⁰:

⁸*Comment.* in 2-2, 61. 1.

⁹*Suma cit.* Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid. Tomo VIII (1956). 342 s.

¹⁰*Op. cit.* 343-346.

1. Los clásicos, como Cayetano, San Antonio de Florencia, Vitoria, Molina, Lessio y Lugo, estimaban que las leyes tributarias justas y las de distribución obligan por justicia estricta, y que su violación genera obligación de restituir. Tenían este débito como de justicia conmutativa, fundándolo, respecto de los impuestos, en un pacto tácito entre el Estado y los particulares, por el cual aquél se comprometía a prestar a éstos los diversos servicios públicos, y éstos se obligaban con aquél a mantenerlo mediante los tributos; y fundándolo, respecto de las obligaciones de justicia distributiva, en un pacto implícito del ministro de ella para con el Estado, de administrarla convenientemente; y en un cuasicontrato producido por la aceptación del particular de entrar en el concurso o examen en orden a obtener los bienes que se habían de distribuir.

2. Los nominalistas y laxistas entendieron que las leyes tributarias eran meramente penales, y que no obligaban en conciencia.

3. Muchos moralistas modernos consideran que la justicia legal y la distributiva son imperfectas o meramente analógicas, dando lugar a un simple *debitum morale* o derecho impropio, cuya infracción puede suponer pecado grave de desobediencia, pero no de injusticia, y no importa obligación de restituir.

4. Otros moralistas modernos vuelven a la teoría clásica, al menos implícitamente, y admiten que las leyes tributarias —cuando el tributo está ya tasado o determinado—, y las de distribución según requisitos previamente determinados, generan, *per accidens*, un título de justicia conmutativa, obligando su fraude a la restitución.

5. Por último, una postura corriente sostiene que la justicia legal y la distributiva, en las materias referidas, que tienen alcance económico, generan, en caso de violación, un estricto deber de restituir, en virtud de su propia e intrínseca eficacia.

Urdanoz adscribe a esta última posición, en la obra ya citada. Se funda en que lo propio de la justicia —cualquiera sea su especie— es generar siempre un derecho estricto; señalando que Santo Tomás, al dividir los deberes en legales o propios de la justicia, y morales o propios de sus partes potenciales, en el artículo único de la cuestión ochenta, en la *secunda secundae*, no hace distinción alguna entre las especies de justicia.

El pasaje de la *Suma* dice así:

“Atendiendo a la razón de falta de débito de justicia, hay un

doble tipo de deber, es decir, el moral y el legal: por lo cual, el Filósofo, en el Libro v de la Etica, establece dos clases de lo justo. El deber legal es sin duda aquel al que compele la ley; y tal débito mira propiamente a la justicia, que es virtud cardinal. En cambio, el débito moral es aquel al que uno está obligado por la honestidad de la virtud”.

Concluye Urdanoz, que para Santo Tomás, todo derecho es inviolable, y exige restitución cuando es desconocido.

Y se confirma en este corolario con lo que dice Santo Tomás, en el sentido de que el que impida a otro obtener un cargo eclesiástico al que según la justicia distributiva tenía derecho, está obligado a indemnizarle¹¹.

3. *La obligación de restituir en la justicia legal y en la distributiva, se debe a la justicia conmutativa*

De dos maneras puede concebirse la actualización de la justicia que ordena la parte al todo —legal—, y la de la que ordena el todo a la parte —distributiva—, a saber:

a) Como una cierta participación del bien de la parte al todo —o del bien del todo a la parte—, pero sin que ella importe trasladar propiamente ese bien al beneficiario. Esta actualización consiste en una relación trascendental que subordina la parte al todo; o el todo a la parte.

b) Como un traslado del bien del todo a la parte; o del bien de la parte al todo.

La relación trascendental de que se habla en la letra anterior exige, en ciertos casos, una verdadera transferencia o traspaso, de modo que ya no se trata de que el bien del individuo aproveche a la sociedad, o el de ésta a aquél; sino que se trata de que pase de un término a otro para ser algo propio y privativo de este último. En estos casos, actúa a la par que la justicia legal o distributiva, la conmutativa, que aparece donde quiera que hay propiedad o derecho subjetivo, para exigir se le respete, constituyendo el deber correlativo. La violación de ese derecho trae obligación de restituir, según estricta igualdad aritmética; y tal restitución, por ende, se hace en virtud de la justicia conmutativa; si bien, de un modo

¹¹*Suma*, 2-2, 62. 2 ad 4.

virtual eminente, pertenece a la justicia distributiva o legal, que es la fuente del derecho a favor de la parte —individuo—, o del todo —sociedad—, respectivamente.

Ejemplo del primer caso, es, en lo relativo a la justicia legal, el deber de hacer el servicio militar, de defender a la Patria, de cooperar al aseo de la ciudad no ensuciándola. Las leyes que imponen estas obligaciones se limitan a encauzar la actividad natural del particular, que siendo radicalmente parte de un todo, no puede menos que, espontáneamente, y permaneciendo como algo propio de él, favorecer a ese todo. La sociedad no se apropia esa actividad del particular; porque no le es necesario; le basta con ordenar los actos espontáneos y naturales de éste para que la favorezcan también a ella, sin dejar de ser de él.

En el segundo caso, la sociedad, por diversas y cambiantes razones, constituye a su favor un derecho —una propiedad— sobre bienes, acciones u omisiones de los particulares. En tal hipótesis, éstos son obligados por la justicia legal a dar algo suyo a la comunidad, según una determinación perfecta que ella ha establecido; por ejemplo, un tributo. Si no lo hacen, infringen la justicia legal, y también la conmutativa, pues aquélla ha hecho necesaria la constitución de un derecho que debe satisfacerse en estricta proporción aritmética, dándose a la comunidad la cantidad y calidad exactas que ha exigido. Si el particular cumple su prestación y un tercero priva de ella a la comunidad, este tercero infringe sin duda la justicia conmutativa. Supongamos que el tercero substraiese un impuesto ya percibido por el Estado. Pues bien, ninguna diferencia esencial habría entre el hurto del extraño y el no pago por parte del obligado al impuesto.

Respecto de la justicia distributiva, ejemplo del caso de la letra a), en que no se traspasa un bien al particular, sino que sólo se le permite participar de uno común, hallamos en las siguientes hipótesis: la admisión al espectáculo de una fiesta pública; el discernimiento de un cargo para el que no se exige concurso; la atención médica en el Hospital de la Asistencia Pública, para dolencias no graves, etc. En estos ejemplos, ocurre que el Estado no ha creído necesario crear un derecho estricto a favor del particular: traspasarle —hacer propias de ese particular— sus acciones o cosas. Simplemente, si regula el acceso del individuo a ellas, es para encau-

zar su natural actuación estatal, que necesariamente redundaría en, y es en, provecho de los particulares. La injusticia con que se priva a éstos de ese beneficio no obliga a restituir, porque se trata de algo que no les estaba asignado en propiedad, en forma determinada, cuantificada y calificada, perfectamente circunscrita al efecto.

Ejemplos del caso de la letra b) —o de derecho estricto— serán, respecto de la justicia distributiva, el de un reparto de becas universitarias por concurso de antecedentes, o examen de conocimientos; o la asignación de un derecho de alimentos a un pariente; en tales hipótesis, hallándose perfectamente determinadas la prestación —la beca, o los alimentos—, y las condiciones para obtenerlas, la postergación injusta de un estudiante por otro de inferiores antecedentes, o la desatención del pariente, importaría la violación no sólo de la justicia distributiva, sino que también de la conmutativa. En efecto: el estudiante con más méritos, por el hecho de cumplir con la condición objetiva de la beca, y el pariente por el hecho de ser pobre, tendrían ya un derecho a la beca o a los alimentos como a cosa propia; y la violación de éste, importaría traspasar un deber de estricta igualdad aritmética, privándoles de algo que era propio de ellos; y no de algo común a todos, en cuanto al beneficio que ellos como partes de la comunidad pudieran reportar.

Constituir un derecho estricto de justicia legal a favor de la sociedad, y de justicia distributiva a favor de los particulares, está en manos de la autoridad, y entregado a su prudencia. Cuando se genera ese derecho, la relación de justicia distributiva o legal, se superpone a la de justicia conmutativa, recibiendo de ella la perfección de la igualdad aritmética, y dándole orden al bien común.

Cabe advertir que para la constitución de un derecho perfecto no basta la voluntad del legislador. Para demostrarlo, veamos, primero, en qué estriba la imperfección de las relaciones de simple justicia legal o distributiva. La deficiencia de esos derechos consiste en la falta de perfecta alteridad e igualdad. Sabemos que tres son los requisitos del objeto de la justicia y de ésta; alteridad, exigibilidad e igualdad. De ellos, la exigibilidad es el elemento constitutivo —*potissima conditio iustitiae*—, siendo materia por él determinada la alteridad, y una consecuencia la igualdad.

Entre la sociedad y el individuo no hay perfecta alteridad: lo

expresa Santo Tomás, al tratar de la justicia distributiva, cuando dice:

“...sicut pars et totum quodammodo sunt idem...” (. . . como la parte y el todo de alguna manera son una misma cosa . . .).

Por eso ocurre lo que a continuación dice el Doctor Angélico: “...ita id quod est totius quodammodo est partis. Et ita cum ex bonis communibus aliquid in singulos distribuitur, quilibet alicuomodo recipit quod suum est.”: “...así lo que es del todo es, en cierta manera, de la parte. Y de esta suerte, cuando de los bienes comunes se distribuye algo a los particulares, cada uno recibe, de algún modo, lo que es suyo”¹².

Esta deficiencia en la alteridad trae consigo una deficiencia en la exigibilidad actual y en la igualdad.

Al ser el individuo causa de la sociedad, concurre a darle su ser, como lo da la substancia al accidente; y al ser la sociedad causa de esas perfecciones accidentales necesarias del individuo, que estrictamente en la radical comunidad con sus semejantes, le da también, en cierto modo, su ser, como lo otorga el accidente a la substancia. La sociedad es así algo del individuo y éste, algo de aquélla. Tal es la falta de alteridad perfecta. Este influjo causal mutuo excluye la perfecta exigibilidad actual, pues, en tanto en cuanto se da el ser a otro, nada se le exige, y ese efecto es, sin dar nada, y en cuanto tal, de por sí, un beneficio para la causa, y como una pertenencia trascendental de ella. Y porque recíprocamente, aunque en diversos planos, el individuo y la sociedad se deben el ser, lo que cada uno dé al otro en sus operaciones será siempre insuficiente y desigual en comparación a lo que en su respectivo plano le deba. Esta es la falta de igualdad o proporción aritmética; la cual proporción se encuentra donde quiera que haya justicia conmutativa.

Tenemos, entonces, que las relaciones de justicia distributiva, y análogamente las de justicia legal, son imperfectas, por ser imperfecta su alteridad, y que consisten, no en derechos propios de sus sujetos activos —el individuo y la sociedad respectivamente—, sino en una ordenación o relación trascendental de los respectivos sujetos pasivos a los activos: la parte está, en efecto, de suyo, trascen-

¹²Suma, 2-2, 61, 1 ad 2.

dentalmente referida al todo como los medios al fin; y cuando este todo es accidental, está a su vez trascendentalmente referido a las partes, como los accidentes a la substancia en que inhiere, y para cuya perfección son también medios, en un plano absoluto.

La proyección de estas realidades metafísicas al plano jurídico trae como consecuencia, para la justicia legal, que el Estado —el todo— no tiene actualmente una propiedad sobre lo que es de los particulares, distinta y separada de la de ellos mismos, sino un simple provecho por vía de redundancia; y esa misma proyección da análogo resultado en las relaciones de justicia distributiva, en el sentido de que los particulares no tienen, sobre los bienes estatales, una propiedad separada de la del Estado, sino también un simple provecho, por análoga vía de redundancia¹³.

¹³Creemos que este es el pensamiento de Aristóteles. El Estagirita, haciendo un paralelo entre la injusticia general —vicio opuesto a la justicia general o legal— y la injusticia particular, compara sus materias propias, llevándonos a la conclusión de que la injusticia general supone no ordenar los propios actos al bien común: no hacerlos ocurrir por el cauce de la ley, quebrantar la ley; en tanto que la injusticia particular supone apropiarse uno lo ajeno, o dañar a otro en lo que le es propio. De lo que cabe deducir, a nuestro juicio, que el concepto de propiedad, perfección plena del derecho o facultad exigitiva de alguien, es privativo de la justicia particular (nosotros añadiríamos “conmutativa”). He aquí el texto del filósofo: “... Estamos intentando determinar la forma de la justicia que participa de la virtud. Hay una particular, como decimos; lo mismo respecto de la injusticia, que participa del vicio. Una prueba de esta participación en el vicio está en esto: el hombre que obra siguiendo las distintas categorías del mal moral comete, sin duda, una injusticia, si bien no se mueve por el deseo de atribuirse a sí mismo más de lo que se le debe; tomemos como ejemplo el que arroja su escudo por cobardía, y al que maldice a otro, por dejarse llevar de la ira, y al que rehúsa dar una ayuda monetaria por falta de generosidad. Pero cuando uno quiere atribuirse más de lo que se le debe, no se mueve de ordinario por ninguno de los motivos dichos. Sin embargo, si uno no se guía por todas estas razones reunidas, se deja llevar, al menos, por una cierta maldad —ya que su acción provoca nuestra reprobación— y por la injusticia. Hay, pues, una forma de la injusticia que es, por así decirlo, una parte de la injusticia total; es decir, la que consiste en violar la ley...”. “... En cuanto a todas las demás acciones injustas, se las puede referir a alguna clase de maldad; por ejemplo, en los casos de adulterio, al gusto por el desorden; en el caso de abandonar el sitio en el combate, a la cobardía; en los casos de violencia, a la ira. Pero cuando de ello se saca un provecho, no se puede imputar la acción a otra clase

Nos parece que esta es la interpretación que conviene al pasaje —ya citado más arriba— de la *Suma Teológica* en que, enseñando sobre el modo de débito que genera la justicia distributiva, nos dice Santo Tomás:

“...iustitia distributiva et commutativa non solum distinguuntur secundum unum et multa, sed secundum diversam rationem debiti: alio enim modo debetur alicui id quod est commune, alio modo id quod est proprium”. “...la justicia distributiva y la conmutativa no sólo se distinguen según lo uno y lo múltiple, sino según la diversa razón de débito; pues de un modo se debe a alguien lo que es común, y de otro modo lo que le es propio”: (2-2, 61: 1 ad 5).

Pero como la justicia legal y la distributiva consisten en ordenaciones trascendentales de la parte al todo y del todo a la parte, pueden redundar, en beneficio de sus respectivos sujetos activos en actos de todas las virtudes, pues todas las potencias, facultades y operaciones de la parte, están referidas al todo y viceversa; siendo este un aspecto que expresamente ha explicado Santo Tomás —en seguimiento de Aristóteles— en lo tocante a la justicia general¹⁴.

de vicio que a la injusticia”. (*Ética a Nicómano*, Libro v, Cap. 2, 1.130 a-1. 130 b; p. 1226 en la edición “Obras Completas de Aristóteles”, trad. F. de P. Samaranch. Aguilar. Madrid, 1967).

¹⁴Sicut enim caritas potest dici virtus generalis: in quantum ordinat actus omnium virtutum ad bonum divinum, ita etiam iustitia legalis in quantum ordinat actus omnium virtutum ad bonum commune...”: “Así pues como la caridad puede decirse virtud general en cuanto ordena los actos de todas las virtudes al bien divino, así también la justicia legal, en cuanto ordena los actos de todas las virtudes al bien común.” (*Suma* 2-2, 58, 6 resp.). Aristóteles, a su vez, había dicho: “...es evidente que todos los actos conformes a las leyes son de alguna manera justos... Se legisla sobre toda las cosas, y las leyes tienen como meta o bien el interés común o bien el de los jefes... También, y por esto mismo, llamamos con una sola palabra, lo justo, a todo aquello que es capaz de crear o de salvaguardar, en su totalidad o en parte, la felicidad de la comunidad política. La ley prescribe incluso a cada uno el portarse como hombre valiente y fuerte; manda, por ejemplo, no abandonar el puesto que uno tenga en el combate, manda no huir ni abandonar las armas; prescribe que uno se comporte como un hombre sobrio; manda, por ejemplo, que no se cometa adulterio, que no se ultraje a nadie; prescribe que uno se comporte como un hombre sociable; manda, por ejemplo, no golpear a nadie, no maldecir a nadie. Lo mismo hace respecto de las demás virtudes y los demás vicios, virtudes

Y si la justicia legal y la distributiva pueden tener por materia actos de todas las virtudes, pueden, por ello, cuando lo requiera el bien común, que es su objeto formal —propriadamente, en el caso de la primera, y reductivamente, en el caso de la segunda—, establecer relaciones que ministerialmente o instrumentalmente, sean de justicia conmutativa¹⁵.

Tal es, a nuestro juicio, lo que sucede cuando la sociedad, en las relaciones de justicia legal, exige al individuo que aparte de sí ciertos bienes suyos, o se despoje del dominio—lato sensu— sobre ciertas operaciones suyas, y se los dé a ella para tenerlos como propios. El particular que satisfice estos deberes que la comunidad le impone, realiza un acto propio de la justicia legal, al ordenarse y proporcionarse a ella; pero este acto, en cuanto importa un traspaso de bienes, de modo que pasen a ser cosa privativa de la sociedad, pertenece también a la justicia conmutativa. Sintetizando, podríamos decir que tal operación es, por razón de su origen y fin, al radicar en la trascendental ordenación del individuo a la comunidad, de justicia legal; y por razón de su materia y de su ulterior y consecuencial resultado: la constitución de un derecho privativo de la sociedad, de justicia conmutativa.

que ella manda practicar o vicios a que prohíbe entregarse. Todo ello de una manera conveniente si la ley ha sido hecha convenientemente, de una manera deficiente si la ley ha sido improvisada. La justicia así entendida es una virtud completa, no en sí, sino por relación a otro..." (*Ética* cit. v. I. p. 1225 en ed. cit.).

¹⁵Nos parece que ocurre algo semejante cuando el juez falla un pleito con arreglo a la justicia conmutativa: el respetar en su fallo el derecho de cada cual, es acto de esa especie de justicia; pero el hecho mismo de juzgar, poniendo a la sociedad que representa al servicio de los particulares, y, sobre todo, el hecho de reconocer a cada parte su derecho, importan actos de la justicia distributiva: así lo enseña Santo Tomás en este texto:

"El juicio puede ser considerado bajo un doble aspecto. Primero, en cuanto a la cosa juzgada, y entonces el juicio se refiere indiferentemente a la justicia conmutativa y a la distributiva, porque puede determinarse por un juicio tanto la manera de distribuir algo común entre muchos, como el modo de que un individuo restituya a otro lo que de él recibió. Segundo, respecto a la forma del juicio, o sea en cuanto el juez aún en la misma justicia conmutativa quita a uno algo y da a otro, y esto pertenece a la justicia distributiva. De modo que en cualquier juicio puede cometerse la acepción de personas." (*Suma*, 2-2, 63. 4 ad 1).

Por su solo dictado, la sociedad, al crear la obligación de darle algo en propiedad, establece ya un derecho a su favor, que debe serle respetado en estricta igualdad aritmética por todos; incluso por el obligado; y éste, en cuanto se ordena a la sociedad, pagando, satisface a la justicia legal; pero en cuanto respeta al pagar el derecho que ella ya ha incorporado a su patrimonio, satisface a la justicia conmutativa; porque en esto se mira no como parte de un todo, contribuyendo a medida de su ser al bien común, sino como alguien que se opone al acreedor como perfectamente distinto, al margen de las relaciones sociales, y al cual ese acreedor puede exigirle como cosa propia y privativa lo debido, y, por tanto, en estricta igualdad.

La justicia legal se perfecciona y termina así, haciéndose actualmente exigible en forma perfecta, por una relación de justicia conmutativa.

Volviendo al plano metafísico, podríamos decir que la relación de justicia legal, por todo lo expuesto, es trascendental. La de justicia conmutativa, en cambio, es predicamental, pues el deudor no está ordenado al acreedor que es perfectamente distinto de él, según todo su ser, como el individuo a la sociedad, sino sólo según una o varias operaciones de él.

Que la sociedad sea considerada a modo de individuo frente a uno de sus miembros, es cosa que no debe llamar la atención: lo que ocurre es que en la relación se prescinde de la recíproca dependencia y consiguiente defecto de alteridad, porque al no ser absolutas, no influyen en ella: es lo que sucede en todos los negocios jurídicos que el Estado realiza como particular, y en que toma el nombre de Fisco.

En una perfecta correspondencia con este análisis metafísico que venimos desarrollando, los juristas han enseñado siempre que los impuestos o tributos, los impone el Estado y los percibe el Fisco. Es decir, los establece la sociedad en cuanto persona pública; pero los percibe actuando como —o a modo de— particular.

Análogamente sucede con las relaciones de justicia distributiva en que la sociedad no se limita a beneficiar por simple redundancia a los particulares con sus bienes, sino que se los traspasa, constituyendo a su favor un derecho propio y estricto sobre ellos, para que privativamente les pertenezcan: es el caso de las becas, que más arriba señalamos, o el de la provisión de cargos por concurso rigu-

roso de examen o antecedentes. En tales hipótesis, el más digno tiene derecho al bien que se le debe distribuir, como a cosa suya, y el adjudicárselo es acto no sólo de la justicia distributiva, sino que también de la conmutativa; pues la injuria que se le haría privándolo de él, sería igual a la que, con la misma acción, cometería cualquier otro particular al despojarlo.

Lo que hemos expuesto acerca de los dos modos de realizarse la justicia legal y la distributiva, esto es, generando o no relaciones de justicia conmutativa, tiene suma importancia para la restitución.

Nos parece que cuando no se ha de transferir un bien de la parte al todo o de éste a aquella, sino que la justicia consiste en la simple comunicación de él, la infracción del respectivo deber no trae consigo obligación de restituir, pues, faltando la alteridad perfecta, son deficientes la exigibilidad y la igualdad, con lo que, además, el objeto de la restitución sería indeterminado, siendo un principio de moral y de Derecho, que nadie está estrictamente obligado a lo que carece de suficiente determinación.

En cambio, cuando se ha de transferir un bien del particular a la sociedad, como ocurre en los casos de impuestos o expropiaciones; o de la sociedad al particular, como sucede en los casos de becas o provisión de cargos públicos por concurso, se genera también una obligación de justicia conmutativa, con plena alteridad, perfecta exigibilidad e igualdad aritmética. En tales casos, la violación del respectivo deber trae anexa obligación de restituir, la que existe en razón de la justicia conmutativa.

Nos parece que esta es la inteligencia que debe darse al pasaje en que Santo Tomás, al enseñar que la restitución es siempre acto de la justicia conmutativa, responde de la duda que se plantea por el hecho de que, en casos de justicia distributiva, se dé también restitución. Dicen así los textos (q. 62 art. 1) de la dificultad, la respuesta del artículo, y la solución de la dificultad:

“Dificultades: 3. La restitución es como cierta compensación de lo que se ha substraído. Pero se puede substraer al hombre algo, no solamente en el cambio, sino también en la distribución; por ejemplo, cuando uno al distribuir da a alguien menos de lo que debe poseer. Luego, la restitución no es acto de la justicia conmutativa más bien que de la distributiva.

Por otra parte, la restitución se opone a la substracción. Pero

substraer una cosa ajena es un acto de injusticia cometido en las conmutaciones. Luego la restitución es un acto de la justicia que dirige las conmutaciones.

Respuesta. Restituir no parece ser otra cosa que poner de nuevo a uno en posesión o dominio de *lo suyo*. Por eso, en la restitución, hay una igualdad de justicia según la compensación de cosa a cosa, lo cual pertenece a la justicia conmutativa.

Contesto a lo tercero diciendo que la compensación que el que distribuye hace a aquel a quien dio menos de lo que debía, se determina comparando cosa a cosa, de modo que debe darle tanto más cuanto recibió menos de lo que debió recibir, y, por consiguiente, pertenece a la justicia conmutativa¹⁶.

Muchos teólogos clásicos, como Vitoria, Cayetano, Molina, Lessio y otros, estimaban que la obligación de pagar los impuestos arrancaba de un título de justicia conmutativa. Así lo expone Urdanoz, según hemos dicho antes, comentando la cuestión 61 de la *secunda secundae*, sobre la división de la justicia¹⁷.

Añade el Padre Urdanoz que dichos teólogos explicaban ese capítulo de justicia conmutativa por un pacto o contrato implícito de prestación de los servicios públicos y correlativo pago de impuestos entre el Estado y los particulares, según hemos dicho.

En verdad, nos parece un tanto artificiosa —dicho sea con todo respeto— esta explicación; y no exenta de contacto con las teorías contractualistas de la sociedad.

El error de semejante explicación provendría, a nuestro juicio, de otro consistente en vincular necesariamente la justicia conmutativa

¹⁶"Praeterea, restitutio est quasi quaedam recompensatio eius quod subtractum est. Sed aliquid potest homini subtrahi non solum in commutatione, sed etiam in distributione: puta cum aliquis distribuens minus dat alicui quam debeat habere. Ergo restitutio non magis est actus commutativae iustitiae quam distributivae".

"Respondeo dicendum quod restituere nihil aliud esse videtur quam "iterato" aliquem "statuere" in possessionem vel dominium rei suae. Et ita in restitutione attenditur aequalitas iustitiae secundum recompensationem rei ad rem, quae pertinet ad iustitiam commutativam".

"Ad tertium dicendum quod recompensatio quam facit distribuens ei cui dedit minus quam debuit, fit secundum comparationem rei ad rem: ut si, quanto minus habuit quam debuit, tanto plus ei detur. Et ideo iam pertinet ad iustitiam commutativam." (q. 62, a. 1).

¹⁷*Ob. cit.* 344s.

con los pactos o contratos, a raíz de realizarse más comúnmente en ellos. La verdad es que, para que se dé una relación de justicia conmutativa, basta el concurso de sus esenciales requisitos: alteridad completa, exigibilidad perfecta de un derecho del otro, y plena igualdad en la satisfacción de ese derecho, sin que él tenga por qué dimanar de pacto alguno. Así, por ejemplo, la obligación de respetar el dominio que otro ha adquirido por ocupación, pertenece a la justicia conmutativa, y no deriva de ninguna convención entre las partes.

Tal vez el error de estos teólogos clásicos se ocasiona en que Aristóteles y el propio Santo Tomás designan las convenciones como fuentes arquetípicas de justicia conmutativa¹⁸.

Nos parece, en definitiva, que la explicación que hemos dado es más satisfactoria: no introduce el contrato en relaciones que le son ajenas; y reconoce, en cambio, en el Estado, el poder de crear derechos a su favor o a favor de los particulares, según la justicia legal o la distributiva respectivamente; derechos éstos que son perfectos y generan obligaciones de justicia conmutativa, a la par que de alguna de las dos especies antes mencionadas.

En síntesis, creemos haber demostrado que la obligación de restituir sólo es aneja a la justicia conmutativa: que sólo ella tiene suficiencia ética y entitativa para engendrarla.

Para concluir este acápite, de largo y fatigoso recorrido, estimamos interesantísimo referirnos al comentario que dedica el Cardenal Cayetano al texto de Santo Tomás recién transcrito (2-2, q.62, a 1 ad 3), en que se analiza la obligación de restituir del que quebranta la justicia distributiva. En este comentario, Cayetano explica la doctrina tomista, de manera que la tesis que acabamos de plantear resulta perfectamente congruente con ella.

Comienza Cayetano proponiendo la siguiente cuestión: ¿Cómo si Santo Tomás supone que el que distribuye dio a uno de aquellos entre quienes debía hacerse la distribución, menos de lo que le correspondía, puede decir que la compensación que luego le haga, es propia de la justicia conmutativa, y es una restitución? Porque —dice Cayetano— a nadie se le debe restituir, y a nadie se le debe en justicia conmutativa, sino lo que se le debe como propio. Lo

¹⁸Aristóteles, *Ética* cit. v. 4; *Suma* 2-2, 61. 2 resp.; 58. 11 ad. 3.

que se debe por justicia distributiva a alguien, se le debe como común. Y si el que hacía la distribución dejó de dar algo a alguno, ese algo nunca llegó a ser propio de él. Luego, ¿cómo pudo surgir la obligación de restituírselo? ¿Cómo ese algo pasó a ser materia de justicia conmutativa si lo era de la distributiva?

Tras descartar Cayetano algunas soluciones que son sólo aparentes, concluye como sigue:

“Luego, hay que decir que, sea que se verifique o no la distribución, con tal de que haya bienes que distribuir, y urja el tiempo de la repartición, y concurriendo sin impedimento las demás condiciones requeridas, el que ha de distribuir es obligado a hacer propio de cada parte lo que es común, según la proporción que le corresponda. Y porque está obligado —el que ha de distribuir— a esta adjudicación respecto de cualquiera de las partes, es por lo que, para con todas y cada una, está obligado a compensar tanto cuanto no le ha dado a alguna de la porción que le era debida. Y esto porque, al dejar de dar a esa parte su porción, el distribuidor la perjudicó en algo que le era propio; no quitándole eso que le era propio, sino dejando de adjudicárselo o asignárselo en propiedad, como era su deber hacerlo”.

“Por tanto, se responde a la duda propuesta diciendo que, aunque en absoluto lo debido como propio a alguien, sea lo que es suyo o lo reemplaza, sin embargo, también respecto de una persona es debido como propio aquello que otro estaba obligado a darle en propiedad, y no le dio: con todo, esto no le es debido como propio de un modo absoluto, sino sólo por aquel que estaba obligado a dárselo”.

“Y así, aunque hablando en absoluto, valga el argumento “No es propio, luego no hay obligación de restituirlo según igualdad”; no vale, sin embargo, respecto del que tiene el deber de distribuir (“distribuidor” es la versión literal que podría hacerse del texto latino), porque está obligado a la asignación en propiedad; de manera que conviene decir “No es propio, ni el que distribuye está obligado a adjudicarlo. Luego no hay deber de restituirlo en igualdad. Pues tomado el argumento según el tenor anterior, resulta falso por la segunda parte, como se ha dicho”.

La explicación de Cayetano deja —como puede apreciarse— muy en claro que cuando la Autoridad debe repartir los bienes comunes,

ejerciendo la justicia distributiva, pero de manera que pasen a ser de propiedad de los súbditos, éstos tienen un derecho a sus respectivas porciones, que importa también una relación de justicia conmutativa; pues se trata de algo que les es debido como propio, y no como común; y por eso, la violación del correlativo deber obliga a la restitución.

No obstante la claridad de su doctrina, Cayetano la refuerza con la siguiente glosa:

“Con la anterior explicación queda de manifiesto de qué manera algo que era debido como común ha pasado a ser debido como propio; por esto: porque el daño que ha causado el que distribuía omitiendo la adjudicación a que estaba obligado, hizo que lo que se adeudaba como común se debiera como propio, no en absoluto, mas sí por aquél, esto es el distribuidor, que estaba obligado a la asignación”.

Y termina Cayetano con un ejemplo:

“Y por estas razones, —dice— queda de manifiesto la decisión del siguiente caso: si debiendo en alguna república distribuirse el producto de una multa a los ciudadanos distinguidos de ciertos años, el que había de hacer la distribución ocupase para sí el producto correspondiente a tres años, y luego, movido a penitencia, restituyese a la república esos frutos; no debería distribuir esta suma entre los ciudadanos distinguidos del cuarto año; sino que habría de dar los frutos del primer año a los ciudadanos distinguidos del primer año, y así sucesivamente. Y si algunos de ellos hubieran muerto, estaría obligado a dar su parte a los herederos. Y esto porque él mismo los perjudicó individualmente, no haciéndoles la asignación como debía”¹⁹.

¹⁹El texto original de las citas que hemos hecho es éste:

“III. Dicendum est ergo quod, sive distributio fiat sive non, dummodo res distribuendae adsint et tempus distribuendi urgeat, ceteris conditionibus requisitis concurrentibus sine impedimento, distributor tenetur ad faciendum de communi proprium parti cuilibet secundum suam portionem. Et quia tenetur ad hunc actum respectu cuiuslibet partis, ideo omnibus et singulis partibus tenetur ad recompensandum tantum quantum non dedit alicui de portioni sibi debita. Et hoc quia ommissa applicatio illius portio- nis ad hunc damnificavit illum in proprio, non quod erat proprium auferendo, sed ad quam tenebatur, appropriationem auferendo”.

“Deinde ad dubium dicitur quod, licet debitum ut proprium absolute

Por su parte, Domingo de Soto concuerda plenamente con la enseñanza de Santo Tomás y con la glosa de Cayetano²⁰.

4. La superioridad de la justicia conmutativa

La demostración que creemos haber cumplido en los dos apartados

sit suum vel loco sui, respectu tamen alicuius est etiam debitum ut proprium illud quod quis tenebatur facere suum et non fecit: hoc enim est ut proprium non absolute, sed ab illo qui tenebatur facere proprium illi. Et sic, licet valeat argumentum, *Non est proprium, ergo non est restituendum secundum aequalitatem*, absolute loquendo; non valet tamen respectu distributoris, quia tenetur ad appropriationem; sed oportet dicere quod *Non et proprium, nec distributor tenebatur ad appropriationem hoc illi. Ergo non est restituendum aequale*. Sed tunc assumptum est falsum pro secunda parte ut dictum est. Et sic patet quomodo ex debito ut commune factum est debitum ut proprium ab hoc: quia damnificatio quam fecit distributor omittendo appropriationem ad quam tenebatur, fecit de debito ut commune debitum ut proprium non simpliciter, sed ab hoc, scilicet distributore qui tenebatur”.

“iv. Et ex his patet decisio casus: scilicet quod si deberent in aliqua republica proventus damni distribui conscriptis civibus singulis annis, distributor autem occupasset proventus annis tribus, et postmodum, poenitentia ductus restitueret republicae eosdem; non deberet summa ista distribui civibus conscriptis in quarto anno; sed proventus primi anni deberet distribuere civibus conscriptis primi anni, et sic deinceps. Et si aliquis eorum esset defunctus, tenetur dare haeredibus illius. Et hoc quia ipse damnificavit illos individualiter, non appropriando sicut tenebatur.” (Comentario al artículo 1.º q. 62; 2-2).

²⁰“Ad posterius autem probe respondet S. Tho. quod restituito illius quod per iustitiam distributivam con feri omisum est, ad iustitiam spectat commutativam. Nam quamvis illud nunquam fuerit ab illo cui dandum erat possessum, fuit tamen debitum: et ideo quodammodo sublatum: ac subinde functio commutativae iustitiae est idem rependere. Quo fit (ut scite Cayeta. colligit) quod si princeps aut dominus aliquot annis distributionem prae termiserit, quam inter conscriptos cives facere tenebatur, et postea poenitentia ductus restituere constituerit non debet praesentibus tunc civibus restitutionem facere, sed eorum defunctorum haeredibus quibus viventibus debatur”.

“Y a la última responde Santo Tomás que la restitución de aquello que se omitió otorgar por la justicia distributiva, mira a la justicia conmutativa. Pues que, si bien ello no fue nunca poseído por aquél a quien se le había de dar, le era, sin embargo, debido, y por consiguiente, en cierto modo le fue quitado; y, por tanto, es función de la justicia conmutativa devolvérselo. De donde se sigue que, como justamente advierte Cayetano,

que anteceden, de que la obligación de restituir en la justicia legal y en la distributiva proviene de la justicia conmutativa, nos permitirá ahora probar que, en cierto sentido, la última especie de justicia es superior a las dos primeras.

En efecto, ¿qué es restituir? “Restituir —enseña Santo Tomás— no parece ser otra cosa que poner de nuevo a uno en posesión o dominio de lo suyo”²¹. Por otra parte, el mismo Doctor Angélico nos dice —con la tradición latina— que la justicia consiste en dar a cada uno su derecho; y glosando este concepto, en otro pasaje, expresa: “... a cada uno se le debe lo que es suyo... Y se dice suyo de alguien, lo que a él se ordena, como el siervo al señor... bajo la denominación de “debido”, pues, se indica cierto orden de exigencia o necesidad de alguien respecto de lo que a él se ordena”²².

En síntesis: restituir es dar a uno lo suyo (poner de nuevo a uno en posesión o dominio de lo suyo); y la obra de justicia es también dar a cada uno lo suyo. Viene a haber, entonces, una identidad entre la obra de la justicia y la restitución. Si conectamos esta conclusión con la que antes hemos obtenido —y enseña enfáticamente Santo Tomás²³— de que la restitución es siempre acto de la justicia conmutativa, hemos de concluir, por último, que la justicia se identifica con la justicia conmutativa.

¿Pero no nos lleva esta identificación, a primera vista sorprendente, de la justicia conmutativa con la justicia misma, a eliminar las otras especies de justicia —las del bien común: la legal y la distributiva?— De ninguna manera, si recurrimos a la doctrina de la analogía. Y a ella debemos recurrir. En efecto: la justicia se constituye esencial y formalmente por el débito, o, lo que viene a ser lo mismo, por la facultad exigitiva de aquél a quien se ha de dar lo suyo:

si un príncipe o un señor dejara de hacer durante algunos años la distribución que tenía obligación de hacer entre los ciudadanos distinguidos, y después de arrepentido, resolviera restituir, esta restitución no ha de hacerse a los ciudadanos distinguidos del presente, sino a los herederos de aquellos fallecidos a quienes se les debió de hacer en vida”. (*De Iustitia et Iure*, Libro IV, cuestión VI, art. II, in fine en edic. IER. Madrid (5 Vol.). 1968, II 300).

²¹Suma, 2-2, 62, 1 resp.

²²Suma, 1, 21, 1 ad 3.

²³Suma, 2-2, 62, 1 resp.

por el derecho subjetivo. La justicia conmutativa, entonces, se constituye por el derecho subjetivo de la persona individual —que es substancial—; y la justicia legal y la distributiva, se constituyen por el derecho subjetivo de la sociedad, de la persona colectiva, que es accidental, que consiste en el accidente de relación. Y es claro que si estas dos personas no realizan el concepto de ser unívoca sino analógicamente, tampoco pueden realizar sino analógicamente el concepto de personalidad jurídica, que no es otra cosa que el resultado lógico de la proyección de su entidad al plano jurídico. Ahora bien, si la persona individual y la colectiva son ambas sujetos de derecho, pero sólo de manera analógica, el derecho subjetivo de que es capaz una, y el derecho subjetivo de que es capaz la otra, han de realizar el concepto común sólo analógicamente.

Podemos, en virtud de lo expuesto, decir que la personalidad jurídica de la persona colectiva es a ésta, como la de la persona individual al individuo; que el derecho subjetivo de la persona colectiva —de la sociedad— es a ella, como el derecho subjetivo de la persona individual es a esta última; y, finalmente, que la justicia legal y la distributiva —la justicia del bien común— son a la sociedad, como la justicia conmutativa es a la persona natural o individual; y como el accidente a la substancia.

Es claro que en estas analogías que dejamos formuladas, los respectivos analogados mayores son la personalidad jurídica individual, el derecho subjetivo de la persona individual, y la justicia conmutativa; precisamente porque en la realización de la entidad, la persona individual es el analogado mayor respecto de la persona colectiva, y la substancia es el analogado mayor respecto del accidente.

Es por esta analogía con que se ha de predicar la idea de justicia, por lo que la conmutativa —analogado mayor: *princeps analogatum*— puede identificarse y se identifica con aquel concepto, sin excluir a la legal y a la distributiva, que cumplen la noción de justicia de un modo imperfecto y derivado.

No se nos oculta que esta tesis de la superioridad de la justicia conmutativa sobre la legal y la distributiva, sobre todo sobre la legal, puede resultar escandalosa para algunos, y hasta parecer disparatada.

Nos apresuramos, entonces, a aclarar que se trata de una superioridad relativa al modo del débito: en esto es más perfecta la justicia

conmutativa; y así como la persona individual es causa ejemplar de la persona colectiva, así también la justicia conmutativa es causa ejemplar de la justicia del bien común: distributiva y legal; pero que, por las materias que forman su objeto, es superior la justicia del bien común a la conmutativa. Pues, no cabe duda de que siendo todo el bien común, en cierto modo, objeto de las justicias legal y distributiva, éstas han de aventajar a la conmutativa; no porque el bien común no se ordene al de los individuos, sino porque, precisamente por esto, implica todos los bienes individuales, razón por la cual, como objeto último de las relaciones de justicia legal y distributiva, están todos los bienes individuales, al paso que como objeto de las relaciones de justicia conmutativa, sólo encontramos el bien de tal o cual particular. Y esto redundando en una mayor gravedad de la obligación de justicia legal o distributiva, si bien ella es menos perfectamente una obligación de justicia.

Nos parece que tal es la explicación que conviene a la enseñanza de Báñez sobre la materia, resumida por el Padre Urdanoz en los siguientes términos:

“Pero siendo la razón de *debitum*, observaba Báñez, *potissima conditio iustitiae*, se ha de concluir que la legal es más excelente que la conmutativa, en razón del deber más estricto, si bien, en los dos aspectos de alteridad e igualdad perfectas, la conmutativa realice una noción más exacta y perfecta de la justicia”. (Báñez, *De Iure et Iustitiae Decisiones*, in q. 58 a. 5-7 dub. 1)²⁴.

5. *El Derecho privado y el Derecho público*

No podemos terminar este paralelo entre la justicia conmutativa por una parte y la justicia legal y distributiva por otra, sin proyectarlo a las relaciones que guardan entre sí el derecho privado y el derecho público. Y nos referimos al derecho como ley, como norma. Porque sabido es que en el lenguaje tomista, se llama primariamente “derecho” a la cosa justa: al objeto debido, en cuanto término del deber de justicia de uno y del correlativo poder exigitivo o facultad de otro²⁵; y el Doctor Angélico nos dice de la ley que “no es el dere-

²⁴Vid nota 9, 260. “*Potissima conditio iustitiae*” significa: “El principal fundamento de la justicia”.

²⁵“*Hoc nomen ius primo impositum est ad significandum ipsam rem*

cho mismo, propiamente hablando, sino una cierta razón del derecho"²⁶. Mas los modernos, y los clásicos antiguos, en general, llaman "derecho" a la norma.

Pues bien, si del orden jurídico objetivo, de la misma cosa justa, hemos dicho, en el acápite anterior, que su realización es analógica, siendo el analogado mayor la justicia conmutativa y el menor la del bien común —legal y distributiva—, del derecho como norma hemos de decir que su más cumplida realización se da en el Derecho privado, y que éste constituye el analogado mayor del Derecho Público; pues la norma viene a ser causa eficiente de la justicia objetiva; y si las relaciones entre los efectos son de analogía, lo han de ser también las de las causas.

Podemos dejar establecido, en consecuencia, que el Derecho público es a la persona colectiva como el Derecho privado a la persona individual; y que el Derecho privado es causa ejemplar y final del Derecho público, como lo es la persona individual de la persona colectiva, y, en general, la substancia del accidente.

III. CONCLUSIONES

Creemos que este carácter de analogado mayor, y de ejemplar o arquetipo, que según las anteriores consideraciones incumbe al Derecho privado respecto del Derecho público, tanto en el aspecto objetivo, o de la misma cosa justa, como en el aspecto normativo, es la clave para responder a las inquietudes que dieron origen a este trabajo.

En efecto, si en cuanto justicia es más perfecto el Derecho privado, aunque el público resulte de más entidad por razón de su objeto, es enteramente natural que la ciencia relativa al primero se haya desarrollado mucho antes y mucho más que la del segundo; y es también explicable que la infracción de las normas del Derecho privado, traiga consigo esa plenitud o acabamiento de la justicia que es

iustam": "Este nombre de "derecho" ha sido impuesto primeramente para significar la misma cosa justa". (*Suma*, 2-2, 57. 1 ad i.)

²⁶ "Lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris". (*Suma*, 2-2, 57. 1 ad 2).

la obligación de restituir, sin que acarree igual deber el quebrantamiento del Derecho público.

Esta función de arquetipo que como analogado mayor cumple el Derecho privado con relación al Derecho público, no ha sido debidamente tenida en cuenta por los juristas modernos, que suelen hallarse, por desgracia, tan distantes de las doctrinas aristotélico-tomistas; pero es él el que permite explicar las relaciones de ambos órdenes jurídicos.

Por ignorarlo, son muchos los ius-publicistas que niegan —por ejemplo— el contrato administrativo; y el carácter contractual de los tratados internacionales y concordatos; son muchos los que creen que si a los contratos administrativos se aplican en diversos países supletoriamente las normas de sus respectivos Códigos Civiles sobre contratos entre particulares, en cuanto la naturaleza de aquéllos lo permita, es por deficiencia legislativa; son muchos los que desconocen la existencia de derechos subjetivos en los órdenes constitucional, administrativo, penal, procesal, internacional, público.

Los que así piensan suelen ser, incluso, los juristas más eminentes, empeñados en salvaguardar la preeminencia del orden público respecto del privado, sin haber podido integrar esa efectiva superioridad, derivada de la que tiene el bien común respecto al particular, con la mayor perfección del Derecho privado respecto del público, reflejo de la que ostenta la persona individual humana respecto de la colectiva.

Por eso, urge poner en contacto a los estudiosos del Derecho público, y del Derecho en general, con las nociones aristotélico-tomistas de la justicia. A ello esperamos contribuir, siquiera sea por la vía de la sugerencia y de la inquietud, con este trabajo.

108