

## CAPÍTULO 1: LA JUSTICIA Y SUS PRINCIPIOS JURÍDICOS

**Autores:**

**Abg. Carlos Alcívar Trejo, Mgtr.**

**José Albert Márquez, Ph.D.**

### 1.1 Introducción

Aunque resulte extraño, no existe hoy día entre los juristas un concepto común de justicia, ni mucho menos de lo que el derecho sea. De hecho, muchos expertos directamente abandonan la cuestión ontológica (es decir, considerar el *ser* del derecho o de la justicia), y estudian cómo es el derecho (describiéndolo asépticamente), o cómo puede conocerse. Ya decía Kant, irónicamente, en el S. XVIII, que “todavía buscan los juristas una definición para su concepto del Derecho” (Kant, 2005, p. 425).

No siempre las cosas fueron así. Hasta el giro metodológico que afectó profundamente a la ciencia del derecho en el S. XVII, la herencia de la filosofía griega y el derecho romano y enseñaban que la justicia distributiva consistía en dar o atribuir a cada cual, según su mérito en sociedad, y que el derecho era justamente el arte de dar lo suyo a cada uno en cada caso concreto. Ciertamente es que en aquellas sociedades existía una común idea de qué era justo o no (MacIntyre, 1984); algo teóricamente imposible desde el advenimiento de la modernidad y la emancipación antropocéntrica del pensamiento.

Para los juristas clásicos, la justicia, como la verdad práctica, derivaba de la adecuación de nuestro intelecto a las cosas; para los modernos, la justicia puede derivarse del consenso o de la adecuación de las cosas a nuestro intelecto (léase aquí, ideología, preferencias políticas, etc.). No siendo además posible determinar qué es la Justicia, esta desapareció en buena medida del horizonte del pensamiento jurídico, hasta que, tras la Segunda Guerra Mundial, los efectos de los excesos del extremo positivismo legalista nacionalsocialista, hizo volver la vista de los juristas hacia la idea de Justicia.

## La Justicia como Principio Jurídico y su Fundamentación en el Derecho Ecuatoriano

---

No ya al modo clásico (como principio objetivo basado en la naturaleza de las cosas, y por tanto fuera del ámbito de la voluntad humana), sino difuminado, en el mejor de los casos, como uno más de los principios constitucionales que recogen la mayoría de las modernas constituciones. Desde este punto de vista, la justicia vuelve a ser objeto de estudio jurídico, desde una perspectiva neo-constitucionalista.

Desde otro punto de vista, cuando se habla de justicia, se debe tener en cuenta al sistema judicial de manera integral, motivado a que es el garante del cumplimiento de la normativa legal en la sociedad, es por ello que cuando se afirma que el derecho se encuentra presente en cualquier suceso que se lleve a cabo a nuestro alrededor y más directamente en la sociedad a la cual pertenecemos, lo cual coloca de manifiesto la siguiente interrogante ¿esa presencia del derecho en todas partes, hace que la sociedad sea justa?, ésta es una de las interrogantes que se desarrolla en este capítulo, en donde se busca de determinar, si la justicia en la cual está inmersa la sociedad hace que el cumplimiento del marco legal sea justo, por más complejo que parezcan los instrumentos jurídicos que regulen la conducta de los ciudadanos que hacen vida en la misma.

Es por ello que para una convivencia social, en la cual prevalezca el respeto y la equidad entre todos los ciudadanos, se debe contar con un estado de derecho en el cual la justicia juegue un papel primordial, por cuanto es por medio de ella que se pone de manifiesto los derechos con los cuales cuenta cada ciudadano para su desarrollo social, en este sentido Ossorio (s/f) explica que se “entiende por justicia la organización judicial de un país, y así se habla de tribunales de justicia, Corte Suprema de Justicia, administración de justicia, justicia civil, justicia penal, justicia administrativa, justicia militar” (s/p). estando la misma inmersa en el estado de derecho social con el cual cuenta el estado y la sociedad.

Siendo la justicia, un tema central para la organización de la sociedad, esta abarca, como hemos apuntado, una explicación distintiva en cuanto a su definición, de acuerdo con lo planteado por grandes filósofos y doctrinarios desde la antigua Grecia como Aristóteles, pasando por Santo Tomas hasta las más modernas teorías sobre la justicia, que se originan en el pensamiento nominalista medieval, en la filosofía de Hobbes, y en juristas como Hugo Grocio, Samuel Pufendorf o Christian Thomasius.

De acuerdo a lo planteado por Rodríguez y Berbell. (2018) quienes explican que Ulpiano, en el Digesto, afirmaba que “la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su propio derecho” (p. 1). Es decir, la justicia está vinculada con el derecho, y

eventualmente con la equidad que debe prevalecer en una sociedad, por lo cual, para la organización y ejecución de un estado de derecho social, la justicia debe ser el centro del mismo, por cuanto en ella se debe basar el cumplimiento de la normativa jurídica con la cual cuenta el Estado. Nótese, como luego apuntaremos, que rectamente entendida, la justicia sigue al derecho.

Sabiendo que el establecimiento de una correcta aplicación de la justicia en una sociedad, esta situación no garantiza que en la misma se encuentre en correcto funcionamiento ciudadano y que los mismo se acojan al orden social que impone el estado de derecho, siendo entonces necesario establecer la relación que posee la justicia con los principios jurídicos con los cuales cuenta el Estado.

Para ello se debe considerar al Estado, como el primer ciudadano que debe hacer prevalecer el imperio de la justicia como elemento fundamental para el establecimiento de dar lo justo a cada individuo, de manera que exista la equidad y la mayor felicidad para cada uno, en tal sentido al ser el Estado el ciudadano mayor, este está llamado a ser el garante del cumplimiento de este principio y de organizar a las diferentes instituciones que estén relacionados con el logro del mismo para el beneficio de sus pobladores y obtener de esta manera un orden social.

En este sentido, muchos juristas consideran que la justicia es un valor con el cual se promueve y se ensambla el marco jurídico de un Estado, en tal sentido no depende de las tradiciones ni de las costumbres de la sociedad, sino con su organización y visión que estos posean de su desarrollo, es por ello que el principio de justicia y su normativa legal son objeto de múltiples estudios para su comprensión y divulgación en la sociedad.

### **1.2 Métodos**

El objetivo del capítulo es establecer la importancia de la Justicia y de los principios jurídicos en la cual se encuentra definida en su relación con el Derecho y la sociedad. Para el logro de tal fin, se realizó un estudio documental sobre la justicia, sus principios y las fuentes del derecho que la sustenta, dentro del marco legal ecuatoriano.

### 1.3 La justicia

La justicia, es considerada como la base de la organización de la sociedad para el desarrollo de una convivencia basada en los valores de la igualdad, la amistad, la tolerancia y la libertad entre todos los ciudadanos que conviven en la misma.

Sergio Cotta escribía que la condición para que una regla sea universalmente válida, en el pensamiento tanto como en la realidad, es la justicia (Cotta, 2014, p. 97). Según una antiquísima tradición, justicia significa, de hecho, dar a cada cual lo suyo, restituirle lo que le corresponde, y no causar daño a nadie: en este sentido, es un principio de aplicación universal. Con todo, esta fórmula puede parecer genérica, demasiado vaga para ser concretamente aplicada, pero si se examina a fondo, no lo es tanto como a primera vista pudiera parecer. Todos advierten fácilmente que es justo, en idéntica situación, tratar a todos igualmente, mientras que es también justo tratar a cada uno según su situación, si esta es distinta. El sentido común y una tradición cultural ininterrumpida coinciden en que la justicia exige tratar igual a los iguales y de un modo adecuadamente distinto a los desiguales.

Modernamente, un teórico liberal de la justicia, John Rawls (2006) indica que: “la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento” (p. 17). Estando relacionada la justicia con la concepción de sociedad que presentan los individuos que la conforman, esta no depende de dicha concepción, sino de lo que se establece en el ordenamiento jurídico del Estado, por cuanto es el ciudadano quien debe adaptarse al concepto de justicia que presenta el órgano competente.

Sin embargo, a nivel común, el Diccionario Panhispánico del español jurídico (s/f) define a la justicia como la “disciplina aplicable al derecho, la teología y la filosofía que estudia los conceptos, aplicaciones y problemas de la justicia considerando criterios legítimos para elaborar una definición que armonice ideas básicas como libertad e igualdad humanas” (s/p). Con esta definición, se relaciona de manera directa a la justicia con el derecho y la filosofía, la cual es aplicada no solo para establecer el ordenamiento jurídico de un estado, sino que también es utilizada para dirimir controversias que surgen entre los ciudadanos, entre los ciudadanos y el estado, entre otras aplicaciones.

La justicia se encuentra relacionada con la filosofía, por cuanto la justicia se basa en la aplicación de los valores de la libertad, la convivencia, entre otros los cuales son temas filosóficos debido a que tienen que ver con modos de vida y es por ello que la justicia, es considerada como la relación de los ciudadanos con la sociedad.

Como es sabido, el Libro I de las Instituciones de Justiniano (I) define a la justicia con la expresión "*Iustitia est constants et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*, la justicia es una virtud que da a cada uno su derecho; pues, según los principios estoicos, toda virtud exigía constante y perpetua voluntad" (p. 1). Lo cual indica que la justicia está relacionada con la voluntad y virtud por la cual se busca la libertad y la equidad entre las personas que conviven en una sociedad o Estado, estando está unida al ciudadano desde el momento de su nacimiento hasta su muerte.

Por eso los griegos, y en particular Aristóteles, distinguieron entre la justicia distributiva, y la justicia conmutativa. La primera realiza lo justo cuando se da a cada uno según su valor, y tiene lugar (Fassò, 1980, p. 63) en la distribución de los honores, de los bienes, y de las demás cosas que el Estado puede dividir entre los ciudadanos; como esta justicia se realiza en la distribución, se llama distributiva. Sin embargo, la justicia a través de la cual se da a cada uno en medida igual hace de elemento rectificador en las relaciones de cambio (por ejemplo, los contratos, o la comisión de un ilícito, que conlleva a cambio un castigo), se llama justicia conmutativa.

### 1.4 Teorías de la Justicia

Como se ha adelantado, hoy día existen una multitud de teorías sobre la justicia. Casi tantas como perspectivas se tengan sobre ella; y estas, a su vez, dependen de la filosofía de cada autor.

A finales del pasado siglo hizo fortuna la teoría de la justicia de John Rawls, que tuvo como mérito traer de nuevo al debate público el problema de la justicia, tras décadas de predominio positivista. La justicia presenta dos vertientes fundamentales de acuerdo a Rawls ob. cit., siendo la primera, la justicia desde la concepción filosófica política, en la cual se define desde los derechos y libertades que deben tener los ciudadanos en sus actividades diarias, mientras que la justicia definida desde el punto de vista filosófica del Derecho, se establece como la organización del sistema jurídico con el cual el Estado

garantiza el goce de los principios normativos de los cuales es acreedor todo ciudadano que se encuentre en su territorio. Es por ello que la justicia se encuentra inmersa una teoría con la cual se busca de establecer ciertos parámetros legales, con los cuales se puede indicar en qué consiste la justicia y cuál es la manera de conseguir la anhelada igualdad entre los miembros de una sociedad o Estado.

Sin embargo, la concepción de la justicia desde el punto de vista del derecho representa para Bobbio (1987) un problema motivado a que la justicia, es empleada para establecer indagaciones y crear concepciones para determinar los principios constitucionales con los cuales cuenta un ciudadano hacia los cuales debe ser direccionado el derecho; es decir la justicia desde la filosofía del derecho se orienta hacia la justicia social, la cual se encarga de la adecuación de la normativa jurídica y la organización de los órganos de justicia, con lindando entonces la justicia social con la visión filosófica política de la justicia por cuanto la misma comprende el conjunto de reglas e instituciones dedicadas al cumplimiento de la justicia. Considerando que de la filosofía del derecho nace la teoría de la justicia.

Rawls ob. cit. formula la Teoría de la justicia, en la cual coloca a la filosofía moral como elemento fundamental para la existencia de justicia por cuanto considera que el ser humano anterior a la formulación de la norma, superando de esta manera la supremacía positivista del derecho que reinaba en el momento de su formulación, es por ello que indica que la norma no está por encima del ciudadano y que este se debe integrar a la misma, estable la justicia e injusticia en el proceso judicial, instituyendo lineamiento para la organización del sistema de justicia, las instituciones inherentes al mismo, por lo cual ingresa la concepción de la filosofía de la justicia política y la filosofía de la justicia del derecho, haciendo énfasis en la justicia social la cual considera que es la base de la sociedad, fundamentándose en la equidad y la libertad que debe tener todo ciudadano.

Cuando en la teoría de la justicia se plantea la justicia social, la cual radica en la moral del ciudadano Rawls coincide hasta cierto punto con el planteamiento de Habermas (2008) quien indica que "en el nivel postmetafísico de fundamentación, se separan simultáneamente de la eticidad tradicional normas jurídicas y normas morales y se presentan las unas junto a las otras como dos clases de normas distintas pero que se complementan mutuamente" (p. 170).

Con este planteamiento Habermas refuerza el planteamiento de Rawls, en cuanto a la moral en la aplicación de la justicia desde el punto de vista filosófico del derecho contrastando las normativas jurídicas y las que imperan en la sociedad las cuales están vinculadas a la justicia social, la cual es la que el propio individuo realiza de acuerdo a los parámetros morales que mantiene la sociedad y definida en la teoría como la justicia justa, que es igual para todos los ciudadanos. En este sentido Rawls ob. cit. plantea lo siguiente:

Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar. Es por esta razón por la que la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos se vuelva justa por el hecho de que un mayor bien es compartido por otros (p. 17).

Siendo el principio de la libertad, el bien máspreciado que posee todo ciudadano la justicia se debe enfocar en preservar este valor fundamental y derecho humano de un individuo, enfocando este postulado como la justicia social justa coincidiendo con lo planteado por Honneth, (1997):

En las teorías de este tipo, las premisas atomísticas se vienen abajo, porque los comportamientos del hombre que se admiten como naturales solo pueden ser concebidos en tanto que resultado de las acciones de individuos singulares a lo que después y como desde fuera debe añadirse las formas de la constitución de la comunidad (p 21)

Es por ello, que el hecho de que se le una relevancia fundamental a la moral, la ética y al principio fundamental de la libertad, no implica impunidad ni que se haga injusticia contra los ciudadanos que han sufrido los desmanes de otro ciudadano, sino que prevalezca el orden jurídico y que las instituciones responsables para tal fin realicen su labor de una manera eficiente y justa.

Siendo entonces necesario establecer el papel de la justicia de manera correctiva, la cual se encuentra vinculada con el proceso judicial, en la cual se encarga de organizar los procedimientos establecidos en las diferentes normativas y los órganos encargados de ejercerla. Por cuanto esta se basa en reestablecer las normas violentadas y por lo general es el dilema entre dos ciudadanos en el cual uno le exige al otro la reposición del daño

causado por la violación de la norma jurídica establecida, siendo el Estado que resuelve la controversia por medio de los órganos, instituciones y funcionarios establecidos para tal fin los cuales integran el sistema de justicia.

En este sentido, se establece que la justicia correctiva tiene como finalidad en la preservación de la norma jurídica establecida, se fundamenta en la igualdad de derecho que posee cada ciudadano de acudir a un mediador de acuerdo a sus actuaciones, con lo cual no se designa al azar el lugar y arbitro con el cual se esclarecerán las diferencia que se tiene con el otro individuo. Es por ello que todo ciudadano posee el derecho de establecer qué hace con el que posee, impidiendo de esta manera estar condicionado al capricho motivacional de la acción del individuo con el cual se tiene la controversia. En este sentido Pino-Emhart (2013) indica que “la justicia correctiva se refiere no sólo a las interacciones voluntarias sino, también, a los tratos mutuos involuntarios, en los cuales se trata de remediar una desigualdad que surge cuando una persona daña a otra” (p. 95). En este sentido Aristóteles (2008) que

La justicia correctiva establece los tratos en las relaciones entre los individuos. Adicionalmente, argumenta que dentro de las relaciones de la justicia correctiva deben distinguirse los tratos voluntarios como: las compraventas, comodatos y arriendos, de los tratos involuntarios, como los homicidios, hurtos y robos (s/p).

En estas definiciones, se determina que la justicia correctiva es la encargada de reestablecer el orden interrumpido por un ciudadano quien, al violentar la norma moral y legal convenida con la sociedad para su organización, ha perjudicado a uno o más conciudadano teniendo que reestablecerse el orden por pedio de acciones correctivas para mantener la equidad y la organización de la sociedad.

Con respecto a la justicia distributiva Aristóteles ob. cit. la define “como aquélla que se aplica en la distribución de honores, dinero, o cualquier cosa compartida entre los miembros de una comunidad” (s/p). siendo esta justicia la aplicación del principio de la equidad e igualdad entre los miembros de una sociedad. La definición de esta justicia trae consigo ciertas desavenencias con la definición de igualdad que Finnis (2000) señala que:



El objetivo de la justicia no es la igualdad, sino el bien común, la realización de todos los miembros de la comunidad, y no hay razón para suponer que esta realización de todos aumenta por tratar a todos de idéntica manera al distribuir roles, oportunidades y recursos (pp. 202-203).

Este autor, establece cuál es la finalidad de la justicia, para terminar una controversia entre la justicia distributiva y la igualdad, estableciendo que la igualdad es un bien preciado en toda justicia, pero tiene mayor peso el bien común y es por ello que el fin de la justicia es el bien común, con lo cual se busca llegar a la igualdad, no prevaleciendo esta sobre los demás valores.

Otro tipo de justicia existente es la justicia restaurativa, también llamada justicia reparadora o justicia compasiva, la cual es definida por Mejía-Jervis (s/f) como el “tipo de justicia se concentra en el bienestar de la víctima más que en el castigo del victimario. En este sentido, lo que se busca es reparar de forma material o simbólica el daño causado” (p. 1). La misma está concebida como manera de preocuparse de la justicia siendo la prioridad las calamidades que presentan las víctimas en contraparte del castigo que merecerían los victimarios, así como imponer como primer objetivo el cumplimiento de principios legales afectados por la acción delictiva.

En cuanto a la justicia conmutativa Mejía-Jervis ob. cit. menciona que “este tipo de justicia se centra en el intercambio de bienes entre individuos, enfocándose en que los productos tengan el mismo valor y nadie salga perjudicado de la transacción” (p. 4). Mientras que Finnis ob. cit. indica que la: “justicia conmutativa presenta una ventaja respecto al de justicia correctiva, puesto que no está limitado ni a la corrección ni a las transacciones voluntarias o contractuales, sino en determinar qué tratos son adecuados entre las personas, incluyendo los grupos” (p. 207). Esta concepción de la justicia se centra en la restauración de los daños causados por el individuo transgresor, este tipo de justicia se aplica en la actualidad en el derecho civil en la reparación de los daños causados en un hecho punible.

### **1.5 Relación de la Justicia con el Derecho**

El derecho consiste (Cotta, 2014, p. 101) en un modo específico de vivir: conforme a reglas, y se justifica porque, cuando los hombres se comportan de acuerdo con ellas (con regularidad, como suele decirse), contamos con comportamientos precisos y estables,

previsibles, por tanto, compatibles y armonizables entre sí. Gracias a la regla resulta posible una coordinación pacífica de las relaciones humanas. Así entendido, el derecho revela su razón de ser existencial y su raigambre en la estructura ontológica del hombre.

La justicia y el derecho se encuentran relacionados directamente por cuanto el derecho es la constitución de todas las normativas legales con las cuales se organiza y rige la vida de los ciudadanos de un Estado, mientras que la justicia es desde el punto de vista social la prevalencia de los valores éticos y morales con los cuales cuenta un ciudadano y desde el punto de vista político, es la organización de las instituciones y los entes encargados de la aplicación de las normas legales con las cuales cuenta el Estado.

Siendo la justicia considerada como valor, siendo el fin del derecho como una virtud subjetiva la cual de acuerdo a Bobbio ob. cit. se encuentra constituida por una serie de elementos materiales y los valores, con los cuales se fundamenta los principios universales de los ciudadanos, siendo con la combinación de ambos con los que concreta la convivencia de los ciudadanos en su sociedad lo que constituye un derecho.

Es por ello que Díaz (1992) expresa con respecto a la relación de la justicia con el derecho, que a este “no le es indiferente implantar uno u otro modelo de orden: no cualquier tipo de organización sino precisamente la organización que se presenta por él como la más justa posible, la considerada como tal en cada momento histórico” (p. 49). Por lo cual el derecho busca en su fin la igualdad entre los ciudadanos, lo que equivale a decir la justicia entre ellos, por cuanto les brinda la misma oportunidad y privilegio a los ciudadanos involucrados en un conflicto.

Otra relación que presenta la justicia y el derecho queda establecida en la definición de que presenta Nino (1983) quien indica que al “formular y justificar juicios morales y determinar qué acciones o instituciones son buenas o malas en oposición a la meta-ética, que trata de analizar el significado de los conceptos éticos más básicos bueno, justo, correcto, y sus opuestos” (p. 354). Los cuales se encuentran contemplado en las normativas legales que son la base del estado de derecho, con el cual cuenta una sociedad. Siendo esta relación tan fuerte, que de esta definición se procede a comprender por qué la justicia es la encargada de establecer la organización de las instituciones que se encargan de velar por el cumplimiento de la normativa legal. Sin embargo, el matrimonio entre el derecho y la

justicia no es tan sólido como se presenta, motivado a que de acuerdo a Martínez de Pisón Cavero (2013) quien expone que:

la Justicia y el mundo del Derecho remiten uno al otro como dos elementos inseparables, pero también es cierto que cada uno son dos realidades escindidas. Cada uno de ellos reenvía a otros órdenes de la vida: economía, política, moral. Pero, por otra parte, no hay empresa más complicada que intentar definir o dar una definición de la «Justicia» dada la gran variedad de propuestas (p. 208).

Es por ello que, aunque ambos términos persiguen como fin la búsqueda de la equidad y la libertad, cada una tiene su propia convicción de que es la equidad y cómo lograrla y los procedimientos que se siguen para tal fin, buscando en ambos términos preservar la libertad de los ciudadanos y la sana convivencia en la sociedad, enfocándose el derecho en la preservación de la normativa legal y su fiel cumplimiento. Sin embargo, Atienza (1983) plantea que “la Justicia se entiende como el criterio que cabe utilizar para valorar un sistema jurídico” (p. 93). De esta concepción de la justicia se desprenden dos vertientes de la misma las cuales son: la justicia como un valor universal, en el cual se encuentran inmersos los otros valores fundamentales como la equidad, la ética, la moral y la libertad.

La otra vertiente es la justicia como la medición del derecho, esta vertiente se encarga de supervisar y controlar que el derecho cumpla con la preservación de los valores universales y es por esta vertiente que la justicia se encarga de organizar y supervisar el cumplimiento del estado de derecho. En este sentido Pérez-López (s/f) indica que:

Las normas jurídicas establecen la obligación de dar a cada uno lo suyo. Y en esto consiste precisamente la justicia, dar a cada uno lo que le corresponde por derecho. Así, es preciso dar las cosas a su dueño, la pena al delincuente, los premios a los que se lo merecen, los impuestos al Estado, etc. El Derecho es el medio necesario para alcanzar la justicia que toda la sociedad aspira (p. 3).

Siendo necesario el establecimiento del derecho, para poder dar cumplimiento a la justicia, por lo cual, aunque tienen enfrentamientos entre ciertos postulados, ambas deben de seguir unidas para el logro de la justicia social y política de una sociedad, motivado a que el derecho es el conjunto de normas y la justicia es el equilibrio entre las normas y los valores

de los ciudadanos. En concordancia con lo expuesto Tanillama (s/f) define que “la justicia también se entiende como el conjunto de reglas y normas que establecen un marco adecuado para las relaciones entre personas, autorizando, prohibiendo y permitiendo acciones específicas en la interacción de individuos e instituciones” (p.50).

Desde una perspectiva realista del Derecho, Hervada (2011) sostiene que el Derecho obedece a la necesidad social que deriva de que las cosas están repartidas. Pero cuando el derecho se toma como ley, el principio no es el reparto de las cosas, sino la *ordenación de las conductas* y en este sentido la finalidad del arte del derecho es el orden social justo. ¿Qué es entonces la justicia y qué relación tiene con el derecho? ¿Qué es la justicia? Hervada (2011, p. 41) explica que ante esta pregunta los normativistas suelen mostrarse un tanto remisos; podría decirse que la pregunta les incomoda. No es extraño. Pretender definir la justicia desde la norma -como valor o dimensión original de la ley- es tiempo perdido. Siempre que desde la perspectiva de la ley se ha pretendido definir la justicia se ha caído en una nueva torre de Babel.

En los últimos tiempos han aparecido más de doscientas definiciones de la justicia, hasta el punto de que puede observarse una creciente dosis de escepticismo sobre la noción de justicia. Y es que, según Hervada, se ha errado la perspectiva. La justicia no es originariamente un efecto de la norma, no nace de la ley, y por eso no es una dimensión originaria -nacida- de la política. A la política y por tanto a la ley, la justicia le es dada. Y se las da el derecho (las cosas justas). No es algo puesto originariamente por la ley y la política. Por eso, hacer derivar todo derecho de la ley, impide entender la justicia. Porque la justicia depende del derecho y, por tanto, sólo si se admite algún derecho preexistente a la ley y al arte de la política, se puede introducir la justicia en la ley y en la política.

Si la justicia es la virtud de dar a cada uno lo suyo, su derecho, para que pueda actuar es preciso que exista lo suyo de alguien, su derecho; si no, ¿cómo dar lo suyo, su derecho?, por eso donde no hay un derecho existente, la justicia no es invocable. Entonces, ¿no hay aspiraciones de los hombres que son justas en sentido propio? Puede haberlas, pero en tal caso se trata de verdaderos derechos (Hervada, 2011, p. 47), derecho natural. En consecuencia, la justicia antecede al derecho positivo como consecuencia de la existencia del derecho natural.

### 1.6 Los principios de la justicia

Los principios de la justicia son establecidos por Rawls ob. cit. en su *Teoría de la justicia*, como una serie compendios que deben ser empleados para la conformación de la organización de la sociedad los cuales deben estar relacionados con el basamento legal quien es el que regula la convivencia en la sociedad. Estos principios de justicia se encuentran conformados por la aplicación de los valores principales de todo ciudadano, como son la libertad individual que debe tener todo ciudadano y las concepciones racionales encargadas de sembrar los beneficios personales a los cuales tiene derecho todo ciudadano, los cuales se basan en una postura originaria de equidad con lo cual determinará la relación fundamental entre todos los integrantes de su sociedad.

Con estos principios, según Rawls, se deben establecer y reglamentar los acuerdos de convivencia; en estos acuerdos se debe de establecer e identificar claramente cómo será la colaboración colectiva que pueden desarrollar y así como definir el tipo de gobierno que imperará en esta sociedad. Esta manera de convivencia lo llamó justicia imparcial. En este sentido Rawls ob. cit. establece dos principios fundamentales:

Primero: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos (p. 67-38).

Entre los dos principio básicos interpuestos por Rawls, se puede observar que este autor le otorga un mayor peso al derecho que tiene toda persona a la libertad, la cual no debe menoscabar el derecho que posee su semejante, estableciendo que las desigualdades sociales son secundarias porque esta se encuentra vinculada a las posturas sociales y económicas que posee la sociedad, la cual debe ser combatida y anulada, pero se puede afirmar que si el ciudadano cuenta con la libertad, puede luchar para romper las desigualdades sociales y económica dentro del estado de derecho que impera en la misma.

Otro principio de la justicia lo establece Martínez de Pisón Caveró ob. cit. quien indica que “la Justicia es un valor, el valor jurídico por excelencia. Pero, como tal, para evaluar al Derecho, está íntimamente relacionado con otros valores que también tienen un papel importante en la experiencia jurídica” (p. 209). Este principio indica que, aunque la justicia es la fuente principal de los valores que se emplean en el derecho, esta no es la única concepción que se toma en cuenta en el basamento jurídico, por cuanto este se complementa con otros valores vinculados a las diferentes normativas legales con las cuales se conforma el basamento legal que rige a la sociedad.

Otro principio que rige a la justicia es la imparcialidad, esta se consagra como la neutralidad que debe poseer el sistema de justicia en la resolución de una controversia entre dos ciudadanos, siendo establecida la misma como la posición que debe regir el contrato social establecido por los ciudadanos de un Estado. Esta postura busca la igualdad de oportunidades entre dos ciudadanos que se encuentran resolviendo una diferencia, causa por la vulneración de un derecho que realizó el primero sobre el segundo y es por medio del sistema de justicia que se resolverá dicha confrontación de manera pacífica y organizada por medio de la justicia, basada en el derecho y las normas legales que regulan la disputa. En este sentido Tugendhat (1988) citando a Rawls indica que

Los verdaderos principios de justicia son, según Rawls, aquellos que serían elegidos en una posición original, pero solo estaría justificado dar esta significación a esta posición original si los principios que se eligiesen coinciden con nuestras ponderadas convicciones de justicia o las amplían en forma aceptable (p. 30).

Con esta definición se establece que se establecieron de manera inicial, lo cual coincide con la postura naturalista del derecho, la cual indica que todo ciudadano posee derechos desde el momento de su nacimiento, por lo cual son inherentes al mismo y solo desaparecen con él. Esta postura de Rawls, le valió muchas críticas ya que el sobre puso los valores universales antes que los valores jurídicos, enfrentando con la misma a la postura positivista del derecho.

Desde otra perspectiva, no resulta propio hablar de “principios de la justicia”, sino de “principios generales del derecho”, como hicieron los romanos al fundar éste en los conocidos *tria iura praecepta* que recogió Ulpiano: *honeste vivere, alterum non laedere* y

*suum quique tribuere*, vivir honestamente, no dañar a los demás, y dar a cada cual lo suyo. La íntima relación que se establecía entre derecho (entendido como escribió Celso: *ars boni et aequi*, arte de lo bueno y equitativo) y justicia, conllevaba que si el derecho se consideraba un *arte* (es decir, un saber hacer práctico, toda vez que los romanos denominaron así a la *techné* griega), la justicia era una virtud.

Es decir, un hábito bueno de la voluntad. Y como tal, el núcleo se desplaza hacia la virtud de la prudencia (*iuris-prudentia*, como bien notaron los romanos), pues el método jurídico, indica Montoro Ballesteros (Montoro, 1993, p. 263), nunca fue el lógico-deductivo propio de la ciencia matemática (*mos geometricus*), sino el retórico-dialéctico mediante el cual la prudencia trata de encontrar y determinar no de manera cierta y necesaria, sino probable y contingente, lo justo "aquí y ahora"; lo justo en cada situación concreta de la historia. En la búsqueda de lo justo la prudencia puede y debe partir de los datos y conocimientos que le ofrece la ciencia, pero ese razonamiento jurídico no pertenece ya al ámbito del saber puramente teórico o científico (no es ya un razonamiento especulativo) sino al plano de la praxis: Se trata de un razonamiento práctico que, en su desenvolvimiento y desarrollo, se ajusta a principios, leyes y reglas diferentes de las que rigen al razonamiento especulativo.

### 1.7 Conclusiones:

Las relaciones entre justicia y derecho son tan complejas y variadas como antiguas. Quizá solo sean superadas en complejidad por los propios conceptos de justicia y de derecho, que, mudando en el tiempo, admiten hoy día una pluralidad de lecturas muchas veces contradictorias entre sí.

Se podría decir que al respecto existen dos puntos de partida divergentes en las teorías sobre el derecho y la justicia, de los cuales derivan concepciones distintas de uno y de otra. Para unos (la mayoría, a decir verdad), el derecho (y en consecuencia la justicia) pueden tener su fundamento exclusivamente en la razón humana -emancipada de cualquier otra categoría- o en el consenso puramente formal como procedimiento acreditativo de la verdad o la justicia. En el fondo, algo tiene estas teorías de adecuación de la realidad al pensamiento humano. En mayor o menor medida, en esta corriente de pensamiento se pueden encajar las modernas teorías de la justicia, muchas de ellas, además, de corte contractualista. Francisco Carpintero las ha analizado expresamente frente a la doctrina de la ley natural (Carpintero,

2012). Otros autores parten de una concepción realista del derecho (y de la justicia, en parte) y entienden que son las cosas la naturaleza de éstas, las que fundamentan las necesidades en las que se basa el derecho; es una concepción objetivista que metodológicamente parte de la idea de que es nuestro pensamiento el que debe adaptarse a la realidad de las cosas.

En cualquier caso, se establece que la justicia y el derecho se encuentran fuertemente vinculados, motivado bien a que la justicia es la fuente del derecho y que esta es la encargada de su organización, bien a que el derecho precede a la justicia.

Hoy día, la importancia de la justicia como valor fundante y fundamental de toda sociedad y Estado de derecho se refleja en que es recogida expresamente en las cartas constitucionales como tal valor o principio (Ferreira da Cunha, 2001). Lo suelen hacer, además, junto a otros valores como la dignidad de la persona, la libertad y la solidaridad o la igualdad. Lejano eco de la idea de Derecho natural. Por cierto, que, si ese Derecho natural de hoy no integra esos valores esenciales, de nada le valdrá, en un mundo moderno, afirmar que debemos “buscar el bien y evitar el mal” o “dar a cada cual lo suyo”. Nada de eso tiene sentido (Ferreira da Cunha 2011, p. 225) sin un orden social, ético o jurídico en el que no se promueva y defienda la vida, y la persona sea el valor máximo.

### 1.8 Referencias Bibliográficas

- Aristóteles (2008). *Ética Nicomaquea*. (Trad.) Julio Pallí Bonet. Barcelona: Del Nuevo Extremo/ Gredos.
- Atienza, M. (1985). *Introducción al Derecho*. Barcelona. Barcanova.
- Bobbio, N. (1987). *Teoría general del derecho*. Temis. Bogotá.
- Carpintero Benítez, F. (2012), ¿Pueden las teorías sobre la justicia sustituir a la doctrina del derecho natural?, *Persona y Derecho* / vol. 67 / 2012/2 / 315-352
- Cotta, S. (2014), *¿Qué es el Derecho?* Madrid. Rialp.
- Derecho Romano (2017). De la justicia y del derecho. Libro I de las Instituciones de Justiniano (I). recuperado de: <https://www.derechoromano.es/2017/09/instituciones-justiniano-justicia-derecho.html>



- Díaz, E. (1992). Sociología y Filosofía del Derecho. 7° reimpresión de la 2° edición. Madrid. Taurus.
- Diccionario Panhispánico del español jurídico (s/f). teoría de la justicia. Recuperado de: <https://dpej.rae.es/lema/teor%C3%ADa-de-la-justicia>
- Fassó, G. (1980) Historia de la Filosofía del Derecho, Tomo I. Madrid. Pirámide.
- Ferreira da Cunha, P. (2001). O ponto de Arquimedes. Natureza humana, direito natural, direitos humanos. Coimbra. Almedina.
- Finnis, J. (2000). Ley natural y derechos naturales. Traducción. Cristóbal Orrego Sánchez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot
- Habermas, J. (2008). Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid. Trotta.
- Hervada, J. (2011) ¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico. 3ª ed. Pamplona. EUNSA.
- Honneth, A. (1997). La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales. Barcelona. Crítica.
- Kant, I., (2005). Crítica de la razón pura. Madrid. Taurus.
- MacIntyre, A. (2001). Tras la virtud. Barcelona, Crítica.
- Martínez de Pisón Cavero J. (2013). Curso de Teoría del Derecho. Universidad de La Rioja
- Mejía Jervis, T. (s/f). Los 5 Tipos de Justicia y sus Características. Recuperado de: <https://www.lifeder.com/tipos-de-justicia/>
- Montoro Ballesteros, A. (1993) ""Naturaleza, razón, derecho (notas sobre la necesidad, posibilidad y significación del derecho natural)"". Persona y Derecho, 29 (1993): 195-263.
- Nino, C. (1983). Introducción al Análisis del Derecho. Barcelona. Ariel.
- Ossorio, M. (s/f). Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. 1ª Edición Electrónica Datascan, S.A. Guatemala. Recuperado de: <http://www.herrerapenalosa.com/images/biblioteca/Diccionario-de-Ciencias-Juridicas-Politicasy-Sociales---Manuel-Ossorio.pdf>

- Pérez López, J. (s/f). Los valores jurídicos. Derecho y Cambio Social. Recuperado de:  
<https://www.derechoycambiosocial.com/revista020/valores%20juridicos.htm>
- Pino Emhart, A. (2013). Entre reparación y distribución: la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios. Revista chilena de Derecho Privado 21.
- Rawls, J. (2006). Teoría de la justicia. 6ta edición. Publicado por The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- Rodríguez, Y., Berbell, C. (2018). Ulpiano, el de dar a cada uno lo suyo. Recuperado de:  
<https://confilegal.com/20180812-ulpiano-dar-uno-lo-le-corresponde/>
- Tanillama, J. (s/f). Deontología Jurídica. UIGV. Lima.
- Tugendhat, E. (1988). Observaciones sobre algunos aspectos metodológicos de Una teoría de la justicia, de Rawls, en Problemas de ética. Barcelona: Crítica