



LA JUSTICIA EN EL DERECHO PRIVADO CONTRACTUAL: UNA REALIDAD EN CONSTRUCCIÓN

CARLOS JULIO GIRALDO BUSTAMANTE

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.57.2017.01>

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Rev. derecho priv. No. 57

enero - junio de 2017. e-ISSN 1909-7794

La justicia en el derecho privado contractual: una realidad en construcción

Resumen

La justicia en el derecho y en el derecho privado contractual es un tema que se ha tratado desde el inicio de la elaboración de la ciencia del derecho. Aunque pareciera estar construido está a la vez en construcción en atención a que se va concretando en cada momento histórico. Este artículo buscó los elementos de la justicia en Grecia, en Roma y en Kant, para terminar proponiendo una conceptualización aplicable al contrato de derecho privado que contenga cada uno de los elementos identificados.

Palabras clave: justicia, justicia contractual, buena fe, igualdad, alteridad, proporcionalidad.

Justice in contractual private law: a reality under construction

Abstract

Justice in the law and the contractual private law is a subject that has been treated since the beginning of the development of law. Although a built issue is both an issue considering that construction is going specifying in each historical period. This article seeks justice elements in Greece, Rome and in Kant, finally proposing a conceptualization of justice applicable to private law contract containing each of the identified elements.

Keywords: justice, contractual justice, good faith, equality, otherness, proportionality.

La justicia en el derecho privado contractual: una realidad en construcción*

CARLOS JULIO GIRALDO BUSTAMANTE¹

SUMARIO

Introducción – I. LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE JUSTICIA – II. EL DERECHO ROMANO Y LA NOCIÓN DE JUSTICIA PRIVADA CONTRACTUAL – III. CONSOLIDACIÓN DE LA JUSTICIA COMO IGUALDAD – IV. LA JUSTICIA COMO LIBERTAD Y AUTONOMÍA – V. CONCLUSIONES – Referencias.

* Cómo citar este artículo: Giraldo Bustamante, C. J. (Junio, 2017). La justicia en el derecho privado contractual: una realidad en construcción. *Revista de Derecho Privado*, (57). Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.57.2017.01>

1. Doctor en Derecho y especialista en Derecho Financiero y Bursátil por la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Comercial por la Universidad de los Andes. Abogado de la Universidad de Medellín. Profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y director de la Especialización en Legislación Financiera de la misma Universidad. Autor de varios artículos en temas de derecho privado. Correo: carlgira@uniandes.edu.co

Introducción

La respuesta a las relaciones entre el derecho privado contractual y la justicia no es tan sencilla como una negación o una afirmación. Además, desde que el hombre empezó a ocuparse de lo jurídico se planteó sus relaciones con la justicia, discusión que ha acompañado la evolución del derecho y que sigue vigente en nuestra época. Todo tipo de respuestas y de argumentos se han dado para defender posiciones antagónicas, que van desde las de quienes consideran que el derecho es justicia a las de aquellos que sostienen que el derecho existe con independencia del concepto de lo justo, pasando por las más variadas aproximaciones teóricas al tema.²

Es frecuente que las personas traten sobre la justicia.³ Todos hablan de justicia y reclaman justicia.⁴ Hay toda una vivencia de la justicia. Y esto sucede porque la justicia no se predica solo del derecho positivo. Se reclama en los más diferentes ámbitos del obrar humano, y especialmente en aquellos en que una determinada forma de comportamiento da lugar a una recompensa o a un castigo. Sin duda, la justicia exige acudir a la potencia superior del hombre, a la razón, para diferenciar una relación justa de una injusta (Sen, 2009, p. 37).

Ninguna cuestión se ha debatido con tanta pasión, ni ha sido objeto de tanta reflexión para los más ilustres pensadores, de Platón a Kant hasta llegar a la época actual, y sin embargo la pregunta sobre las relaciones entre el derecho y la justicia sigue sin respuesta que logre cierto consenso entre los teóricos del derecho. La justicia parece ser una de esas cuestiones que el hombre se ha resignado a no poder contestar definitivamente y que solo se pueden replantear (Kelsen, 1991, p. 35). Y por supuesto, el derecho privado contractual no ha sido ajeno a esa discusión. No cabe duda de que la justicia en el derecho privado contractual es una fórmula sugestiva y genérica, que puede verse en un sentido ético, ideológico, económico, sociológico, jurídico, e incluso religioso.

¿Cuál es el papel que la justicia tiene en el contrato?, o lo que es lo mismo, ¿qué tipo de significación tiene la palabra justicia en el contrato de derecho privado?, ¿debe ser justo?, y si es así, ¿qué se considera en derecho privado como contrato justo? y ¿dónde está el alma del contrato?, ¿en el libre juego de la autonomía de la voluntad de quienes deciden contratar, o en el logro de los valores superiores que comporta la justicia?, ¿la sacralidad del contrato debe ceder ante las exigencias de la justicia contractual? (Hinestrosa, 2004,

2. Son oportunas muchas de las observaciones que hace Hart (1977) al referirse a las perplejidades de la teoría jurídica respecto de la pregunta sobre qué es el derecho. Por ejemplo, Hart se pregunta, atendiendo a la teoría jurídica de los últimos ciento cincuenta años, si el derecho es lo que los funcionarios hacen respecto de las disputas que se les presentan; o si las leyes son fuente del derecho o parte del derecho mismo; o si el derecho constitucional no es otra cosa que la moral positiva; o si el derecho es la norma primaria que establece la sanción.

3. En palabras de Bobbio (1993), la justicia es un término axiológicamente significativo.

4. Como dijo Platón (1986), la justicia “es cosa de mucho mayor valor que el oro”.

Prólogo). Estos interrogantes penetran el alma del contrato, pues evidentemente el sistema jurídico debe encontrar un equilibrio entre la justicia y el rigor de la ley (Zimmermann, 2010, p. 65).

El contrato es una situación de justicia (Bobbio, 1993, p. 60), porque en la relación que crea entre las partes se puede apreciar la justicia entre lo que se da y lo que se recibe, entre lo que se hace y su compensación, entre las cargas y los derechos que se generan. Por eso en una relación entre mercadería y precio, salario y trabajo, daño e indemnización, delito y castigo, se puede o no hablar de un precio justo, de un salario justo, de una indemnización justa o de una pena justa. En este sentido, acciones, sujetos de acciones, normas y ordenamientos normativos, solo son objeto de juicios de justicia en cuanto se refieran a un dar o recibir, una exigencia o una negación; en otras palabras, a la distribución y compensación de bienes y cargas, y esto, precisamente, es el contenido de todo contrato.

Es por ello que no se propone un contrato en un mundo ideal e irrealizable, en el que se logre una igualdad de tipo matemático entre quienes concurren a él, ya que no vivimos en un mundo de todo o nada, sino que el planteamiento es sobre una justicia realizable, y en este sentido será relativa (Larenz, 1985, p. 48). No se trata de un concepto de justicia tan amplio que se termine identificando con la misma noción de derecho ideal, sino un concepto de justicia como elemento que se exige del derecho (Le Fur, Delos, Carlyle y Radbruch, 1975, p. 59), y en especial del derecho privado contractual.

Ahora bien, no se puede abordar el estudio de la justicia en el derecho privado sin plantear el tema de la justicia en general y de esta en el derecho. La justicia es el tema del derecho, no ha habido pensador dedicado al hacer jurídico que no haya tratado el tema desde diferentes perspectivas y con distintos entendimientos.⁵ A continuación se hará un breve seguimiento histórico del concepto de justicia, con el propó-

5. Entre muchos se puede citar a Rawls, J. (1997). *Teoría de la justicia* (Trad. María Dolores González). México: Editorial Fondo de Cultura Económica. Sen, A. (2009). *La idea de la justicia* (Trad. Hernando Valencia Villa). Bogotá: Editorial Taurus. Hart, H. (1977). *El concepto de derecho* (Trad. G. R. Carrió). Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot. Bobbio, N. (1993). *Igualdad y libertad*. Barcelona: Ediciones Paidós. Larenz, K. (1985). *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica* (Trad. Luis Díez-Picazo). Madrid: Civitas. Windscheid, B. (1976). *Tratado de derecho civil alemán*, tomo I, volumen I (Trad. Fernando Hinestrosa). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Ihering, R. (2000). *El fin en el derecho* (Trad. Diego Abad de Santillán). Granada: Editorial Comares. Kaufmann, A. (1999). *Filosofía del derecho* (Trad. Luis Villar Borda y Ana María Montoya). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Valencia Zea, A. (1984). *Derecho civil*, tomo I (décima ed.). Bogotá: Editorial Temis. Mazeaud, H. L. J. (1976). *Lecciones de derecho civil* (Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América. Carbonier, J. (1960). *Derecho civil* (Trad. Manuel M. Zorrilla). Barcelona: Bosch. Ripert, G. y Boulanger, J. (1956). *Tratado de derecho civil, según el tratado de Planiol*. Buenos Aires: La Ley.

Kelsen niega la relación entre derecho y justicia. Sobre el particular dice en su *Teoría pura del derecho*: “En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito” (2006, p. 46).

sito de aplicar al derecho privado contractual elementos comunes y sustantivos del ser de la justicia.

I. LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE JUSTICIA

Y ¿por dónde empezar? De lo más sencillo a lo más complejo. A cada cual lo que le corresponde siguiendo una de las definiciones más antiguas y utilizadas de la justicia.⁶ Y ¿quién podría discutir esta fórmula? En este sentido, el reino de la justicia parece centrarse en un algo que me pertenece; es lo perteneciente, aquello que le corresponde a uno, aquello a lo cual uno tiene derecho (Giraldo, 2014, p. 23). Pero, ¿cómo saber lo que le corresponde a cada quién?, ¿qué significa eso de que a cada cual lo suyo? Esta fórmula presupone que se sabe lo que le corresponde a cada uno. En otras palabras,

presupone la posición jurídica para la cual debiera servir de fundamento.⁷

Sin duda, fueron los filósofos griegos quienes en Occidente empezaron científicamente el estudio de la justicia y lo hicieron considerándola como una virtud individual.⁸ Esta idea de justicia ha llegado hasta nosotros conservada en la famosa definición de Justiniano en las *Instituta*: justicia es el fin constante y continuo que da a cada uno lo que le es propio.⁹ En estos términos, es un principio de rectitud y justo trato de los hombres en sus relaciones recíprocas (Pound, 1965, p. 2).

La justicia se consideró entonces como una virtud. Según Platón (1967), la suprema virtud que armoniza todas las demás virtudes. Pero él concebía las virtudes individuales como reproducciones de las virtudes del Estado, al que identificaba con el conjunto social.

6. La definición de justicia dada por Ulpiano en las *Instituciones* es: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*. Esta fórmula pasó al Medioevo junto con la expresión más breve de Cicerón que define la justicia como *anim affectio suum cuique*, el que o lo que da a cada uno lo suyo, ese o eso es justo. Por tanto, una conducta, una ordenación, una institución, una relación en la que a cada uno se le da lo suyo, es justa. Por ejemplo, se puede estar de acuerdo en que se debe tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales, pero es posible que no se esté de acuerdo en cuanto a los criterios para considerar las igualdades y las desigualdades, y los criterios de distribución que es donde parece estar la mayor dificultad.

7. Lo mismo sucede con otras fórmulas omnicomprendivas como esta. Por ejemplo, aquella de no dañar a otro. ¿Qué es dañar? No es posible que quiera decir actuar de tal manera que perjudique los intereses o frustre los deseos de otro. Porque en ese sentido el acreedor frustra los deseos de su deudor al exigirle cumplidamente el pago de la obligación o el Estado daña a un delincuente al castigarlo. El significado debería ser que no debo interferir indebidamente o ilícitamente en los intereses de otro. Pero parece que este también se nos convierte en un razonamiento circular. Lo mismo se podría decir del mandamiento de vivir honestamente (Ross, 1994).

8. Los pitagóricos fueron los primeros que intentaron definir conceptualmente la justicia y la redujeron a una relación de igualdad; quisieron determinarla en forma matemática. Aristóteles atribuye a Pitágoras una definición precisa de lo que se debe entender por justicia: "La justicia es un número cuadrado", para expresar que la justicia es una relación de igualdad entre las personas que funcionan como términos de la relación. Ellos también consideraron el cuadrado geométrico como imagen de la justicia, porque tiene cuatro lados iguales (Ross, 1994).

9. Justiniano. *Instituta*, l. 1,1,1.

De aquí que la naturaleza de la justicia debía descubrirse mediante el examen de la armonía del Estado (Platón, 1967, p. 101).¹⁰ Así pues, la justicia consistía en que cada individuo cumpliera con la tarea que le estaba asignada por la necesidad de mantener el orden social (Platón, 1967, p. 197). Cada individuo debía ser y obrar como un órgano particular del cuerpo entero de la sociedad organizada. Por ello, en el Estado ideal la justicia era la perfecta armonía del conjunto lograda por todos, es decir, por cada parte mediante la realización de su propia obra y absteniéndose de inmiscuirse en la de sus vecinos (Pound, 1965, p. 3). No habría orden social ni armonía si en el contrato y en las relaciones de cambio no se exigía esa misma virtud. La justicia se consideró además como una virtud perfecta, que contenía las demás virtudes, y su contrario, la sin justicia, era la suma de todos los vicios (Aristóteles, 2012, p. 155).

De lo dicho resalta que la justicia exige una relación con otro, se es justo o injusto con relación a otro, no consigo mismo, *iustitia est ad alterum*, es la única de las virtudes que es un bien ajeno, porque es para otro (Aristóteles, 2012, p. 155). La justicia es en parte una relación en la cual la idea de la obligación con el otro es verdaderamente importante (Sen, 2009, p. 158), esencial, y por tanto no estamos en la esfera del humanitarismo benigno.

La justicia además de virtud era también considerada como armonía, que a su vez era una armonía en la sociedad, por la sumatoria de la justicia individual. La armonía nos habla también de igualdad, porque es armonioso lo que es igual y no es armonioso lo que no guarda proporción entre las distintas partes que conforman el todo. Desde los inicios de la construcción de la noción de justicia una de sus notas esenciales fue la igualdad, que debe ser considerada en cualquier aproximación que se haga a la justicia privada contractual.

La idea de justicia se orientó hacia la igualdad, característica que se ha mantenido a pesar de sus distintas e irreconciliables concepciones, “porque lo justo será lo que es conforme a la ley y a igualdad, y lo injusto lo que contra ley y desigual” (Aristóteles, 2012, 155). La justicia pasó a significar una relación de igualdad, siendo lo justo lo que es conforme a la ley y a la igualdad, y lo injusto lo que es contrario a la ley y lo desigual (Aristóteles, 2012, 156). Por eso, el tercero y más importante elemento de la justicia es la igualdad, de la que se desarrollarán varias notas características a continuación. Si lo injusto es desigual, lo justo es lo igual, es una consideración que todos tienen como verdadera, y esa igualdad en que consiste lo justo es, además, una especie de medio entre dos, por eso, lo justo siempre está en función de

10. Un aporte importante de Platón en la concepción de la justicia fue el de aplicar su teoría de la justicia al campo jurídico-político. En este sentido, la justicia consiste para él en que cada uno de los tres elementos o clases integrantes del Estado (gobernante, militares y artesanos) debe cumplir sus funciones propias sin interferir con las de los demás, y de acuerdo con la virtud especial que le corresponde.

algo externo a sí mismo con lo que se pueda medir o comparar.¹¹

Hay, por demás, muchas maneras de justicia. De esas múltiples formas de justicia interesa la que se refiere a la materia contractual, la que se ordenaba a las transacciones, que podían ser voluntarias —“son como vender y comprar, el prestar, el salir fiador, el alquilar, el depositar” (Aristóteles, 2012, p. 158)—, o involuntarias (Soto Coaguila, 2005).¹² En esta categoría se distinguió la justicia distributiva de la justicia correctiva, requerida en aquellos casos en que debía enmendarse un defecto en la distribución original. La justicia distributiva correspondía a todo el que tuviera algo que repartir, pero sobre todo le competía al Estado en relación con los ciudadanos. En este tipo de justicia la idea directriz de igualdad era la de proporción según el mérito. Esa igualdad propia de la justicia era proporcionalidad cuando se refería a la justicia distributiva y aritmética cuando se refería a la justicia correctiva (Vigo,

2005, p. 66).¹³ Es posible afirmar, entonces, que tratándose de justicia distributiva, esta significa igualdad, no tratamiento igual de todos los hombres y de todos los hechos, sino aplicación de una medida igual. Evidentemente es injusto tratar igualitariamente a todos sin tener en cuenta las diferencias propias de cada uno. De esta forma, la igualdad en sentido absoluto como principio de justicia sería una gran injusticia. Por tanto, consideraciones tales como: la edad, el estado civil, el género, la posición social, los delincuentes y los ciudadanos respetuosos de la ley, cuentan al momento de distribuir, y la igualdad debe tener presentes esas circunstancias condicionantes.

Igualdad, entonces, en un sentido relativo y no absoluto.¹⁴ El tratamiento mismo será diferente en la medida en que difieren los hombres y los hechos; y habrá pues, no una igualdad de tratamiento absoluto, sino proporcional (Le Fur et al., 1975, p. 96). La justicia distributiva —a cada uno con arreglo a sus méritos o me-

11. Dice Aristóteles: “Pero por cuanto el injusto es desigual, y lo injusto desigual, cosa clara es que lo desigual terna su medio, el cual es lo igual. Porque en todo hecho donde haya más y menos, ha de haber, de necesidad, igual. Y, pues, si lo injusto es desigual, lo justo será igual; lo cual, sin más dar razones, lo tienen todos por verdad. Y, pues, lo igual es medio, seguirse a que lo justo es una cierta especie de medio. Cualquier medio, pues, de necesidad ha de consistir, a lo menos, entre dos. Por lo cual necesariamente se colige que lo justo es medio y igual a algunos, en respecto de algo; y en cuanto es medio es lo de algunos, que es de lo más y de lo menos. Y en cuanto medio es de dos, y en cuanto justo a algunos justo” (Aristóteles, 2012, p. 158).

12. Hay una noción importante que es común a las relaciones de cambio sean voluntarias o involuntarias y es el sinalagma, que significa que en la relación debe haber reciprocidad de prestaciones. Hay sinalagma tanto en la venta como en un delito, el sinalagma constituía de esta forma la esencia del cambio. La noción de sinalagma fue retomada posteriormente por algunos juristas romanos para fundamentar la noción de contrato.

13. El autor glosa algunos textos de Villey sobre el tema de la justicia en Aristóteles y en ese sentido dice: “La igualdad proporcional regula las distribuciones de bienes, honores y cargas públicas, de modo que se realicen de acuerdo con las calidades y merecimientos y no en la misma medida para todos los casos. La igualdad aritmética rige la materia de los intercambios de bienes en orden a que por vía de los contratos o los delitos no se altere la proporción entre bienes y ciudadanos” (Vigo, 2005, p. 66).

14. Como dice Ross: “La demanda de igualdad encierra únicamente la exigencia de que nadie, en forma arbitraria o sin razón suficiente para ello, sea sometido a un trato que difiera del que se acuerda para cualquier otra persona” (1994, p. 263).

recimientos— es la función del legislador. Los derechos políticos y los bienes materiales existentes debían distribuirse conforme a la justicia distributiva (Pound, 1965, pp. 4-8), referida entonces, a la repartición de bienes en la sociedad (Villey, 1979, p. 79).

La justicia conmutativa (esto es, la virtud que tiene por objeto dar a cada uno lo que más puede aproximarse a lo que le pertenece y, por tanto justicia compensatoria en sentido amplio, tanto en las conmutaciones voluntarias como en las involuntarias) es tarea y oficio del juez, y ella se radica en las relaciones de los ciudadanos entre sí,¹⁵ y en esa relación cada ciudadano ha de dar al otro lo que le corresponda. El juez debe, además, fijar castigos y sanciones (en su momento las reparaciones o los perjuicios se consideraban en términos de castigo y pena) igualmente para todos conforme a la regla de derecho.¹⁶ Es propio de la justicia conmutativa la moderación en el sentido de ponderación, como ocurre en la mayoría de los casos, mediante una armonización de bienes o de intereses.

El problema con el que se inicia la investigación, esto es, las relaciones de la justicia con el contrato, fueron también objeto de disquisiciones en esta época.

Lo justo, que consiste en los contratos, es cierta igualdad, y lo injusto desigualdad, pero no conforme a la proporción que allí dijimos, sino conforme a la proporción aritmética. Porque aquí no se hace diferencia si el bueno defrauda al malo en algo, o si el malo al bueno, ni si el bueno cometió adulterio o si el malo, sino que la ley solamente tiene cuenta con la diferencia del daño, y quiere reducir a igualdad al que hace injuria y al que la padece. Y si de dos el uno hizo daño y el otro lo recibió, el juez pretende tal cosa como aquélla, como injusta y desigual, reducirla a igualdad. (Aristóteles, 2012, p. 160).¹⁷

Por tanto, al hablarse de justicia en materia contractual siguiendo las ideas expuestas, las cosas objeto del trueque o cambio deben ser

15. Cuando Sócrates pregunta a quién hay que dirigirse para dirimir una controversia entre lo justo y lo injusto, “a los jueces”, responde su amigo (Platón, 1986, p. 454).

16. Como es posible que una de las partes obtenga, de modo fraudulento, más de lo que da a cambio de lo que recibe. El principio según el cual en las relaciones interpersonales voluntarias la justicia exige que las prestaciones tengan el mismo valor o, para expresarlo de manera más precisa, sean equivalentes, resulta entonces vulnerado. La función rectificadora de la justicia consiste en tal hipótesis, en restablecer la igualdad (García Maynez, 1973).

17. Según Aristóteles, el intercambio de bienes y servicios entre los miembros de la comunidad o entre comunidades distintas depende de las siguientes condiciones: “a) de la necesidad, en que cada una de las partes de la relación se encuentra, de obtener de la otra, a cambio de una prestación determinada, el bien o servicio que le hace falta; b) de la posibilidad, respecto de las mismas partes de disponer de lo que cada uno ofrece a la otra a cambio de lo que ella necesita; c) de la existencia de un criterio de medida para estimar el valor de cada prestación; y d) del acuerdo de voluntades de los contratantes para efectuar el intercambio y hacerlo producir sus efectos en la forma prescrita por los *nomoi* aplicables al caso” (García Maynez, 1973, p. 91).

comparables entre sí, y esa comparación se debe hacer teniendo en cuenta un valor económico, expresable en dinero, y se puede colegir también que el intercambio de bienes y servicios está condicionado por la oferta y la demanda de los diferentes participantes en el mercado. Y como los sujetos de las relaciones contractuales participan en ellas como iguales, la relación se reduce a establecer la equivalencia económica de los servicios o bienes que se intercambian mediante ella, de manera que habrá reciprocidad si hay equivalencia (Aristóteles, 2012, p. 164).¹⁸ Por tanto, cuando se realiza un intercambio hay que reducir los extremos a una fórmula de proporción.

La justicia contractual exige, por tanto, igualar las relaciones de quienes participan en ella, de tal manera que entre el agricultor y el zapatero medie la misma relación entre el producto de aquel y el de este, y en este contexto, el igualar las cosas supone determinar las prestaciones expresándolas en términos económicos. En el sentido del ejemplo que fue utilizado:¹⁹ cuántos pares de zapatos equivalen a un saco de trigo. Lo mismo por lo mismo. Y en este orden, mientras más desaparezca la persona de que se trata mejor para establecer ese criterio de igualdad, porque más mensurable se hace la cosa o servicio objeto del intercambio y más coincide la justicia con la mera equivalencia de las cosas. Así, la justi-

cia contractual es una justicia eminentemente igualadora, según la cual los iguales deben recibir cosas iguales y los desiguales deben recibir cosas desiguales, proporcionalmente a su desigualdad. En el contrato de hoy la justicia privada contractual se hace muchas veces en razón de la persona que participa en la relación, como en el caso de las relaciones de consumo.

En esta concepción de justicia el juez es el artífice, ya que su tarea es dar a cada uno lo que más se aproxime a lo que le pertenece, independientemente de los acuerdos a los que haya llegado con las personas con las que entra en contacto. De manera que lo justo para él es ese cierto medio entre el perjuicio y la ganancia, ya que faltando esa proporción no podrá haber igualdad. En este sentido es de gran importancia el significado que dieron al dinero, “en griego *nomisma*, que casi quiere decir regla, porque todas las cosas reduce a proporción, pues todas las cosas se reglan con el dinero” (Aristóteles, 2012, p. 165).

Partiendo de que esa igualdad entre lo que se da y lo que se entrega no puede ser entendida como una igualdad plena, porque si tomamos esa igualdad como identidad, supone que quien da una libra de trigo debería recibir lo mismo, y esto lo que termina es haciendo perder el sentido de la relación misma. Se tra-

18. Aristóteles entiende por equitativo la rectificación de la ley allí donde sea defectuosa en razón de su generalidad.

19. El de la relación entre el agricultor y el zapatero, en el que Aristóteles afirma que habrá reciprocidad “cuando haya equivalencia, de manera que, lo mismo que es agricultor para el zapatero, eso es la obra del zapatero para con la del agricultor: hay que reducirlos a una fórmula de proporción cuando realizan un intercambio” (Aristóteles, 2012, p. 165).

taría de recibir algo diferente, que en alguna medida o en algún sentido, corresponda a su vez, a eso que se recibió. Entonces parece ser que el centro del problema se desplaza desde el tema de la justicia al tema de los criterios de equivalencia, es decir, sobre los criterios de estimación.

No está el problema entonces en descubrir el perfil formal de la justicia, sino, de una parte, descubrir las medidas de estimación que ella supone, y de otra que esos criterios trascienden la misma idea de justicia. En otros términos, para poder establecer la igualdad entre los hombres hay que indagar acerca de los criterios, principios o valores que sirven como medida para decidir cuándo resultan iguales las relaciones de los hombres entre sí (Nogueira Laborde, 1997, p. 82).

De esta forma, el único criterio para determinar esa igualdad o equivalencia a la que se refiere la justicia no es el económico. Primero porque el concepto de valor económico no

es unívoco en la ciencia de la economía (Sen, 2009, p. 270).²⁰ Y además porque no se trata de una mera relación económica, sino que se ofrece ese criterio para someterlo a una norma de estimación jurídica y, por tanto, deberán ponerse en juego otros factores, como los éticos, políticos, sociológicos, personales, etc.

Así, recapitulando, la justicia es alteridad porque exige una relación con otro. Teniendo en cuenta que uno de los componentes esenciales del contrato es la relación con otro porque para su formación requiere de por lo menos dos partes, la alteridad es también propia de la relación contractual. Y si donde hay alteridad debe haber justicia, en el contrato también debe haberla como elemento de este; si no fuera de esta manera serían extrañas a la noción de justicia la mayoría de las relaciones interpersonales de contenido patrimonial, que es lo que identifica al contrato.

En segundo lugar, la justicia es igualdad. Pero la igualdad referida a la justicia conmutativa,

20. Nos podemos preguntar, por ejemplo, por el criterio determinante del valor económico: si es la utilidad subjetiva, si es la utilidad subjetiva final o marginal; si es el trabajo acumulado, o el trabajo que se requiera para la producción de otro objeto igual. Siguiendo con las dificultades, nos podemos plantear que, por ejemplo, una cosa útil objetivamente para algo, y subjetivamente para alguien, no tendrá económicamente precio si se da en gran abundancia, como ocurre con el agua a orillas de un gran río. También habría que tener en cuenta otros valores y criterios como los biológicos. Por ejemplo, no tendrán el mismo valor económico en un contrato bilateral el trabajo sano que el insalubre. En este caso, la medida para establecer la igualdad que la justicia impone entre la prestación —que sería el trabajo—, y la contraprestación —que sería el salario—, no debe ser únicamente la magnitud cuantitativa de la labor, por cuanto exige tener en cuenta otros valores como el valor de la salud humana, y por sobre todo el valor ético de la persona. Se necesita obligatoriamente una suma de combinaciones ya que puede ocurrir que la estimación fundada en un valor superior anule las consecuencias de otras estimaciones basadas en valores inferiores. Por eso siempre entre los términos entre los cuales se trata de establecer una justa equivalencia hay complicados manojos de estimaciones, fundadas cada una de ellas en valores distintos y de desigual rango. La igualdad que la justicia exige consistiría en que, calculadas en su debida combinación las diversas valoraciones que afectan a uno de los términos de la relación, resultase que en el otro término se diese una pareja magnitud total de estimación y habría que desarrollar algo que podríamos llamar un álgebra de estimaciones, gracias a la cual pudiéramos encontrar criterios certeros de mensura.

propia de las relaciones contractuales, no puede ser una igualdad matemática, ni mucho menos una igualdad plena que lleve a la identidad de las diferentes prestaciones, en consideración a la gran variedad de intereses que las partes tienen al celebrar un contrato, que van desde unos que pertenecen a la exclusiva subjetividad de cada uno, y que son casi imposibles de valorar y cuantificar, a otros más objetivos y cuantificables, que hacen que esa igualdad sea una igualdad relativa y proporcional. En otras palabras, la igualdad supone la aplicación de una medida igual.

De la misma manera, la igualdad en la justicia tiene que ver con dar a cada uno lo que le pertenece, y la patrimonialidad del contrato lleva a que su esencia tenga que ver con la repartición de bienes, servicios, derechos, obligaciones, cargas, beneficios y riesgos entre las partes. Las preguntas son: ¿qué es lo que le pertenece a cada uno?, ¿quién tiene la función de determinar qué le pertenece a cada uno?, ¿cómo determinar eso que le pertenece a cada uno?, ¿cuáles son los criterios de distribución? Por ello, la dificultad no está tanto en el contenido formal de la justicia, sino en los criterios de distribución para lograr la igualdad propia de la justicia.

De no poca importancia es la noción contractual de sinalagma,²¹ que aparece en el

panorama jurídico con los griegos y luego es recogida y desarrollada por algunos juristas romanos. Para los griegos esta noción desbordó el contrato, pues se encontraba en toda relación de cambio fuera esta voluntaria o involuntaria, e implicaba la reciprocidad de las prestaciones independientemente de que se tratara de un acuerdo de voluntades o no, por eso el sinalagma de los griegos puede encontrarse en una venta o en un delito, lo esencial en el cambio era el sinalagma y no la convención o el acuerdo de voluntades, y debía predicarse de dicho intercambio la justicia como de cualquier otra transacción, y una justicia que llevara el equilibrio de las prestaciones que las partes se intercambiaban entre sí. El contrato servía entonces al cambio de prestaciones: cosas, valores, servicios, de manera que cada uno de los contratantes ofrecía al otro su prestación, en espera de recibir su contraprestación (Rezónico, 1999, p. 325).

Se debe tener en cuenta también que el criterio económico no es el único que ha de servir para establecer la igualdad de las prestaciones en un contrato; lo que se involucra sobre todo en un contrato es la misma persona del deudor y la del acreedor, por tanto, la igualdad parte de la consideración de que las partes son personas ante el derecho.

21. Parece provenir de la *Ética a Nicómaco*, 5,2,12-13, en la que en el marco de unas relaciones sobre la justicia particular que opera en los sinalagmas, emergen en la visión aristotélica de sinalagma tanto un elemento correctivo o reequilibrador, como un elemento de correlatividad, aplicable en las relaciones que tienen lugar entre los hombres, derivados de actos celebrados por estos, en donde aparece reflejada tanto la referencia al acto como a la relación derivada de dicho acto.

II. EL DERECHO ROMANO Y LA NOCIÓN DE JUSTICIA PRIVADA CONTRACTUAL

En este seguimiento de la construcción de la noción de justicia no se puede pasar por alto al derecho romano, y por consiguiente a los juristas que dejaron al mundo un sistema jurídico acabado, desarrollado y completo.²² Ese inigualable genio jurídico de los romanos, cuando se refirió a las relaciones entre la justicia y el contrato lo hizo siguiendo su pragmatismo y, por tanto, más que consideraciones filosóficas y especulativas sobre el tema, las “materializó” concretándolas en realidades prácticas aplicadas a la noción de contrato y a sus clases. Muchos y muy variados son los postulados y máximas que debemos al genio romano sobre la justicia. A continuación se relacionan algunas de ellas, siguiendo su sistema de breves y contundentes sentencias sobre los temas tratados.

Justicia es el respeto a la palabra empeñada. Que los contratantes se tengan que regir en sus convenciones por la palabra, por la escrupulosa observancia de las promesas y de los pactos, que se recogen en *constancia et veritas* y en el *fit quod dicitur*.²³ Se puede afirmar que indudablemente este principio es

una manifestación de la igualdad de las partes en la relación jurídica, porque cada una tiene derecho a que la otra cumpla con la palabra empeñada. Varias sentencias se pueden asociar a este principio, entre otras, que los contratantes deban atenerse siempre a lo que se trató,²⁴ es manifestación del respeto por el otro contratante, de equilibrio y de honestidad en la relación y de la justicia como radical igualdad que como personas les corresponde a los contratantes; que en los contratos la buena fe exige que en ningún tiempo se aparte uno contra la voluntad del otro,²⁵ porque en una relación contractual el violentar el vínculo contra la voluntad del otro es una manifestación de injusticia por falta de equivalencia en las facultades y poderes de los contratantes, porque la justicia es equilibrio y reciprocidad en una relación de derecho privado contractual; que debe conservarse la voluntad de los que legítimamente contratan,²⁶ y todos los esfuerzos del juez y de los intérpretes del acuerdo se deben orientar a respetar lo libremente acordado por las partes; que nada hay tan conforme a la fe humana como cumplir lo que los hombres han pactado entre sí,²⁷ porque en ello se pone en juego la misma racionalidad del ser humano; que hay que mantener la promesa no según la letra sino según el espíritu del negocio, por

22. El derecho romano es el primer intento de construcción científica del mundo jurídico.

23. Ciceron. De officiis. 1.7.23; de República. 4,7,21.

24. Ulpiano. D. 50.17.34.

25. Dioclesiano y Maximiano. C. 4.44.3.

26. Justiniano. C.4.38.6.

27. Ulpiano. D.2.14.1.

eso la interpretación no se limita a identificar el tipo negocial que se ha querido hacer, sino a encontrar el contenido más pleno de la voluntad auténtica de los contratantes,²⁸ porque en el defender la verdadera intención de los contratantes se pone en juego la razón de ser del acuerdo contractual. En este sentido sobre todo la *bona fides* exige adoptar en el cumplimiento de los propios compromisos una conducta leal, de una persona honesta, que atiene de los especiales deberes de conducta que se derivan de la naturaleza de la relación jurídica y de las finalidades que las partes persiguen en esta.²⁹

Las partes se obligan a mantener la promesa, no según la letra, sino según el espíritu del negocio convenido por ellas y a adecuar su propia conducta a la plenitud de la realización del acuerdo. Una consecuencia más de este principio es que, por ejemplo, las promesas no deben ser siempre observadas, especialmente cuando ellas atentan contra la vida o la salud o el decoro de quienes las han hecho;³⁰ que

igualmente no deben cumplirse las promesas que no resultan útiles a la persona a quien fueron hechas,³¹ porque el fundamento del contrato es la racionalidad humana y nadie contrata sin algún tipo de utilidad de por medio; igualmente se desestima el valor vinculante de la cláusula del contrato que excluye la responsabilidad por dolo,³² porque el comportamiento contractual debe ser un comportamiento adecuado y respetuoso de la contraparte y del ordenamiento jurídico en general, y no se puede prohijar con el contrato un acto lesivo del mismo ordenamiento jurídico; la buena fe privilegia sobre el contenido literal del acuerdo el alcance del resultado querido por las partes,³³ en defensa de la verdadera y auténtica intención de los contratantes.

Consideración especial merece la concepción sobre la bilateralidad objetiva o sinalagma.³⁴ Este tipo de contrato es expresión viva de la reciprocidad o correspectividad de la obligación,³⁵ razón por la que Labeón definió el contrato como el acto productor de obligaciones

28. D. 21, 1, 31, 20; D'ors, 1983.

29. Referido al contrato de compraventa. Ulpiano. D. 19.1.11.1.

30. Cicerón. De Off. 3,24. De Off. 3.25.

31. Cicerón. De Off. 3.24.

32. Ulpiano. D. 50.17.23.

33. Ulpiano. D. 28.5.46.

34. Grosso hace referencia a la bilateralidad subjetiva señalando que esta se evidencia en la concreta intervención de las partes en el negocio, en la exterioridad de la forma o del acto, presente ya en negocios como la *stipulatio* en la que la yuxtaposición de las declaraciones no es inmediata, lo que permite sostener que el concepto de negocio bilateral está presente en la base de la cuatripartición de las obligaciones, si bien de manera exterior y rudimentaria y solo adquirirá pleno sentido como bilateralidad del acto cuando sea identificado como elemento profundo de *convenire*, del *in unum consentire*, en el que se funden las voluntades que se encuentran, la cual será enunciada por Sexto Predio cuando pone de relieve que en todos los contratos existe una *conventio* (D. 2.14.1.3; Grosso, 1963, p. 5, tomado de Neme Villareal, 2010).

35. "El término griego synallagma aparece en Labeón (D. 50, 16, 19) y en Aristón y Ulpiano (D. 2, 14, 7, 2) para designar el contrato con obligaciones recíprocas" (D'ors, 1968).

recíprocas.³⁶ La fuerza del contrato quedaba, entonces, en la reciprocidad. A tal punto fue importante el sinalagma en el derecho romano clásico, que se puede identificar como un punto de partida de la elaboración de un concepto restringido de la noción de contrato (Guzmán Brito, 1996, p. 709).³⁷ Desafortunadamente esta noción de contrato solo fue acogida por alguno de los seguidores de la escuela proculeyana, fundada por Labeón (Esborraz, 2008, p. 243).

En la clasificación de Gayo, el sinalagma de que habla Aristóteles, mencionado anteriormente, corresponde a las obligaciones, y cuando el filósofo las divide en voluntarias e involuntarias, Gayo hace referencia a las obligaciones nacidas de contratos y a las nacidas de los delitos (Grosso, 1974, pp. 116-120).³⁸

Las perspectivas del sinalagma de Labeón, fundadas en la reciprocidad, como la de Aristón, que se centra en el equilibrio,³⁹ contribuyen a la construcción de las dos columnas que sustentan la esencia del sinalagma en los negocios de buena fe: la reciprocidad de las obligaciones, y la proporcionalidad o equilibrio de las prestaciones que emanan de los negocios (Neme Villareal, 2010, p. 207).

El sinalagma —como instrumento de justicia contractual en Roma—, permitió la valoración integral del comportamiento de las partes y del contenido del negocio en términos de equilibrio contractual. Lo que tiene consecuencias tanto en cuanto a la reciprocidad e interdependencia de las obligaciones surgidas del contrato, como en la proporcionalidad de las prestaciones. La *ultra citroque obligatio* aplicable a todo tipo de convenciones bilaterales, Aristón lo hizo fijando una finalidad de reequilibrio en aquellas situaciones que implicaran convenciones atípicas de prestaciones recíprocas (Grosso, 1963, pp. 51-52).

Resumiendo, mientras que Labeón identificó sinalagma con la *ultra citroque obligatio* aplicable a todo tipo de convenciones bilaterales, Aristón lo hizo fijando una finalidad de reequilibrio en aquellas situaciones que implicaran convenciones atípicas de prestaciones recíprocas, en la que una de estas hubiese sido ejecutada primero que la otra, generando de esta forma un desequilibrio patrimonial que se convierte en la causa del nacimiento de una obligación: la de la ejecución de la obligación para lograr de nuevo un equilibrio (Neme Villareal, 2010, p. 207).

36. Ulpiano. D. 50.16.19.

37. El autor afirma: “En principio ello conduce a excluir de la noción de *contractus*, todos aquellos negocios de carácter estructuralmente bilateral pero obligatoriamente unilaterales, como el mutuo o la estipulación. Por otro lado, desde el momento en que el acento se pone en la relación obligacional bilateral o sinalagmática, también caben dentro de la noción de contrato figuras como la tutela o la gestión de negocios ajenos, en que se produce semejante género de bilateralidad” (1996, p. 709).

38. Aunque Gayo para fundamentar el contenido del contrato hace uso de la cuatripartición de los modos de obligarse, *re, verbis, litteris y consensu*. Ver, Gai, 3, 89.

39. “Mucho más fiel al significado asignado por los griegos al *synállagma*” (Esborraz, 2008, p. 244).

Otro decisivo aporte del derecho romano a la justicia en el contrato de derecho privado tiene que ver con la aplicación de la buena fe como categoría de justicia.⁴⁰

La *bona fides negotiae* obligaba no solo en la convención, sino a todas aquellas prestaciones accesorias que las circunstancias que rodean el negocio en cada momento pongan de manifiesto, con independencia de que hayan o no sido pactadas expresamente, como quiera que la fuerza de la buena fe, como principio normativo,⁴¹ integra el contenido del contrato, formándolo permanentemente a través del establecimiento de reglas concretas mediante las que se otorgan las exactas dimensiones del contenido de las obligaciones de las partes a la luz de la buena fe (Neme Villareal, 2010, p. 240).⁴²

A manera de síntesis de la justicia en el derecho romano hay que resaltar la definición que da Ulpiano, en continuidad con los elementos constitutivos identificados por los griegos, y la aplicación que hicieron los romanos de esos elementos, con la casuística conocida del quehacer jurídico romano, a la relación entre el contrato y la justicia. La misma definición de lo que es derecho romano ya incluye la justicia, por cuanto el derecho romano son una serie de escritos de aquellos autores (jurisprudentes) que fueron considerados en la antigua Roma como entendidos en el discernimiento de lo justo y lo injusto (D'ors, 1968, p. 1). El derecho, tal como lo entendieron los romanos, no es ciencia anclada en el mundo de los valores ideales, sino que es justicia, y la justicia se cierne sobre la realidad viva del sujeto humano (Iglesias, 1994, p. 89).

40. Cicerón. De Off. 3,17,70. Conviene obrar bien y sin engaños entre gente de bien. Pero la gran cuestión es determinar quién es la gente de bien y qué es obrar bien. Quinto Escevola, pontífice máximo, decía que en los juicios en los cuales se agrega la cláusula *ex fide bona* está ínsita una gran fuerza, por cuanto del binomio *fides bona* romana tiene un significado profundo y amplio que se vierte en las tutelas, en las sociedades, en la fiducia, en los mandatos, en las compras, en las ventas, en las conducciones, en las locaciones, cosas sobre las que se funda la vida social. En consecuencia, en aquellos juicios es tarea del juez sapiente establecer las verdaderas obligaciones de cada una de las partes, sobre todo porque en la mayoría de los casos hay acciones directas y contrarias.

41. D. 21, 1, 31, 20: *ea enim quae sunt moris et consuetudinis in bonae fidei iudicis debent venire.*

42. Los principales deberes creados con fundamento en el principio de la *fides bona* fueron: el de información (Cicerón. De Off. 3,12). Cicerón plantea el caso de un hombre que ha transportado un cargamento de trigo desde Alejandría hasta Rodas, población azotada por una hambruna en ese momento. Este comerciante sabe que otros están navegando por entonces hacia Rodas con más trigo, circunstancia esta última ignorada por los habitantes de Rodas. La pregunta que se hace Cicerón es si este comerciante puede guardar silencio sobre este hecho para vender el trigo a un más alto precio. La respuesta dada por Cicerón es que el comerciante no ha debido esconder nada al pueblo de Rodas porque "el esconder no consiste en callar una cosa cualquiera, sino en querer que, para su exclusiva ventaja, aquello que tú sabes sea ignorado por aquellos a los cuales les sería útil el saberlo, concluyendo que un comportamiento así no es propio de un hombre leal, sincero, noble y justo, sino, por el contrario, de un hombre falso, hipócrita, astuto, engañador y tramposo" (Cicerón. De Off. 3,13,56. y 3,13,57). Información también en la compraventa de parte del vendedor en relación con los vicios de la cosa, así Catón, en el caso de Publio Calpurnio Canario, estableció que la buena fe impone al vendedor la obligación de manifestar al comprador todos aquellos defectos que él conoce. En este sentido el derecho romano determinó un significativo avance en relación con la reglamentación sobre el tema contenida en las doce tablas, que se limitaba a pedir que el vendedor asumiera la responsabilidad de aquello que había expresamente declarado al comprador. Más tarde el derecho romano estableció también la responsabilidad para los reticentes, decretando que el vendedor es responsable de los defectos ocultos, en el caso que los conozca y no los haya declarado expresamente (Cicerón. De Off. 3,16,65-67); el de lealtad, que exigía una cooperación positiva en la

Además de ser considerada también como virtud,⁴³ la alteridad siguió siendo un elemento de la justicia concretada en las relaciones contractuales en donde evidentemente siempre hay una relación con otro. En las páginas anteriores se han citado varios apartes de juristas romanos concretando manifestaciones de justicia en contratos como el de compraventa, el de sociedad o el de mutuo. Así, por ejemplo, en la compraventa, si la entrega se hace imposible sin culpa del vendedor, el contrato se resuelve y el comprador no queda obligado a pagar el precio, o puede repetirlo como in-

debido si ya lo pagó,⁴⁴ la responsabilidad por custodia del vendedor termina cuando el comprador incurre en mora de recibir la posesión que le ofrece el comprador,⁴⁵ se considera nula la compra de cosa que ya pertenece al comprador,⁴⁶ el vendedor debe asistir al comprador en el juicio que amenaza evicción.⁴⁷

También se conservó como elemento constitutivo el de la igualdad, que como el anterior elemento se concretó en varias manifestaciones. Es una manifestación de igualdad la exigencia de que ambas partes obren de buena fe, lo

realización del interés negocial que anima a la contraparte, ya que como decía Cicerón, cuando se trata de lealtad es necesario mirar siempre, no a la letra sino al espíritu de la palabra (De Off. 1,13). Un ejemplo puntual de este último deber se concretó en el contrato de sociedad: el manejo de los gastos de gestiones de los socios a favor de la sociedad, ver Ulpiano D.17.2.52.15. A la que le sigue: “Si alguno de los socios hubiera partido por causa de la sociedad, por ejemplo, para comprar mercancías, cargará a la sociedad solamente aquellos gastos que para ella se hicieron. Así, pues, con razón pondrá en cuenta los gastos de manutención, los de posadas, los de establos, los de caballerías, los transportes de carros, o de persona, o de sus cargas, o de las mercancías.”

Otro aporte no menos importante que los anteriores es el *venire contra factum proprium*. Que nadie puede cambiar sus designios propios en perjuicio de otros es una regla de justicia en el contrato y en general en el derecho, que ha permanecido. Muchas fuentes se refieren a este principio en el derecho romano desde diferentes perspectivas. Así, el que celebró un contrato no puede apartarse de él contra la voluntad de la contraparte, ver C. 4.10.5: “Así como en un principio tiene cada cual libertad para celebrar o no celebrar un contrato, así también nadie puede renunciar a una obligación una vez ya constituida, no consintiéndolo el adversario. Por lo cual debéis tener entendido, que una vez sujetos vosotros a una obligación voluntaria, no podéis en manera alguna separaros de ella, no consintiéndolo la otra parte, de la que hiciste mención con las súplicas. Dada en Bizancio a las nonas de abril bajo el consulado de los Augustos (293-304); el que ha concedido por liberalidad el uso de una cosa o la explotación de la misma, no puede cambiar de parecer repentinamente, imposibilitando de esta manera el goce del beneficiario”, ver, D. 4.3.34 (35), Ulpiano. Comentarios a Sabino, libro XLII: “Si habiéndome permitido tú sacar de tu heredad piedra; o cavar greda o arena, yo hubiere hecho gastos para este objeto, y no me permitieras llevármelas, no tendrá lugar ninguna otra acción más que la de dolo malo”; el vendedor no puede reivindicar la cosa que él mismo vendió, ver D. 21.2.17, Ulpiano. Comentarios a Sabino, libro XXIX: “No es dudoso para nadie, que el vendedor que reivindica la cosa, que él mismo vendió, puede ser repelido con la excepción de dolo, aunque haya adquirido el dominio por otro título de derecho; porque sin probidad intenta hacer objeto de evicción una cosa vendida por él. Más el comprador puede elegir si quiere retener la cosa, habiendo repelido la demanda con la excepción, o si prefiere, despojado de la cosa, obtener el duplo por causa de la estipulación”; en el préstamo de dinero, el deudor no puede desconocer intempestivamente los intereses que ha venido pagando y reconociendo por largo tiempo (D. 22.1.6. pr. I).

43. Cicerón decía de la justicia “que es la más espléndida de todas las virtudes por la cual se constituyen los hombres de bien” (De Off. 1.7.20).

44. D. 19, 2, 33.

45. D. 18, 6, 13.

46. D. 18, 1, 16.

47. D. 21, 2, 21, 2.

que constituye a la buena fe, quizá, como el instrumento por excelencia de la justicia privada contractual, y derivados de este principio de buena fe, los deberes de información, lealtad, el *venire contra factum proprium*, el respeto a la palabra dada,⁴⁸ el mantener las promesas no según la letra sino según el espíritu.⁴⁹

Por supuesto que dentro del elemento igualdad lugar destacado ocupa el sinalagma, que llevó a algunos a definir el contrato en función de la reciprocidad (D'ors, 1968, p. 163),⁵⁰ y a otros a fundamentarlo más específicamente en el equilibrio,⁵¹ retomando y desarrollando elementos de la justicia iniciados por los griegos como el equilibrio, la proporcionalidad y el mismo sinalagma.

El sinalagma merece un comentario especial. Ya se explicó que además de su consideración como elemento objetivo de la relación contractual fue considerado por algún jurista como elemento de equilibrio contractual, en el sentido que toda relación exigía constitutivamente el equilibrio por razones de justicia privada contractual. Innegablemente esta no fue la consideración de la mayoría de los *juris consultos* romanos, pero no por ello perdió importancia y fue retomada posteriormente

en otras épocas de la evolución del derecho. Más, entonces, que unos elementos que ayuden a la realización del equilibrio en la relación contractual, como la lesión enorme, el precio justo, etc., toda relación debería tener como un elemento constitutivo del equilibrio en la relación. Este fue el avance que la noción de sinalagma de los griegos presentó en el derecho romano: del sinalagma objetivo al sinalagma del equilibrio.

Definitivamente el instrumento más eficaz de justicia privada contractual utilizado por los romanos fue el de la buena fe. A partir de Justiniano, la buena fe deja de ser un modo de juzgar en determinadas acciones y se convierte en una regla de derecho material prescriptiva de la conducta de los particulares (Facco, 2006). En desarrollo del genio romano se crearon unos deberes derivados del principio de la buena fe que perduran hasta el presente: el de información; los contratantes no pueden esconder nada a su contraparte en la celebración de un contrato cuando eso que conocen puede llegar a ser determinante en la contraparte para la celebración o no del contrato; no se puede sacar ventaja del hecho de que lo que se sabe sea ignorado por la contraparte, porque un comportamiento de esta clase no

48. "El fundamento de la justicia es la fidelidad, es decir, la sinceridad de las promesas y de los convenios y su pura observancia" (Cicerón, De Off. 1.7.23).

49. "*summum ius summa iniuria*" (Cicerón, De Off. 1.10.33).

50. Por ejemplo, "en la compraventa ninguno de los dos contratantes podía exigir la prestación del otro sin ofrecer al mismo tiempo el cumplimiento de su propia obligación: el comprador que reclama debe ofrecer el precio debido (D. 19, 1, 13, 8), y el comprador puede rechazar al vendedor que le reclama el precio sin ofrecer la entrega (D. 44, 4, 5, 4)".

51. Justiniano determinó que la venta de inmuebles se podía rescindir por la injusticia del precio, siendo injusto el precio que cuando era inferior a la mitad del valor verdadero del inmueble (Codex Iustinianus. 4, 44, 2 (285)).

sería el que debe tener un hombre honrado y justo, sino el comportamiento propio de un hombre tramposo que debe ser sancionado por el derecho por su comportamiento reticente, que tiene además una amplia aplicación en materia de contratos: en los vicios ocultos de la cosa en la compraventa, en el caso que el vendedor conozca los vicios y no los haya manifestado expresamente, y también hizo nacer la obligación del saneamiento por evicción asignada al vendedor; el deber de lealtad que exige mirar más al espíritu que a la letra y que exige adicionalmente un comportamiento de cooperación entre los contratantes para la realización del fin perseguido con el contrato, una cooperación positiva en la realización de los intereses contractuales que animan a la contraparte; el deber de diligencia que lleva a las partes a no tener un comportamiento negligente en desarrollo de la relación contractual, porque es un comportamiento totalmente alejado y contrario a la buena fe, a lo que puede esperar un contratante de la otra parte contractual. Las partes debían tener un comportamiento acorde, por lo menos, con el comportamiento que tenían en la gestión de sus propios asuntos y en algunos casos se trató de un régimen de diligencia en abstracto, juzgando con el parámetro de un hombre que difícilmente incurre en error.⁵² La buena fe es muy importante en la consideración de la justicia privada contractual y fue muy importante en la consideración de la justicia en el derecho romano.

52. D. 3.5.5.14.

53. D. 50.17.75.

Otro instrumento de no menos importancia, que ha permanecido en el mundo jurídico y cuyo punto obligado de partida es el derecho romano, es el *venire contra factum proprium*,⁵³ máxima jurídica de los romanos para resolver por medio de ella una serie de problemas concretos, y transmitida con el paso del tiempo como moneda legítima y de curso legal (Díez Picazo, 1963, p. 19). Principio que nació a la luz de la buena fe contractual. Que se admita por el ordenamiento jurídico que una persona pueda cambiar en su provecho sus designios, en contra de los otros, sería prohiar una conducta deshonesta, desleal, que contraría su proceder, en una palabra, una actuación injusta, que violenta las expectativas creadas en la contraparte. Es una actuación injusta no solamente en el contrato sino, en general, en el derecho. Además, en el derecho romano, este principio tiene que ver con la vinculación a lo contratado, en el sentido que nadie puede renunciar a una obligación que ya se constituyó sin el consentimiento de su contraparte; con la observancia de lo pactado, en el sentido que cuando alguna parte intentaba una acción contradictoria con lo pactado, esa acción podía ser enervada mediante la *exceptio pacti*; con el principio de vinculación a una situación jurídica aprobada o el principio de vinculación a lo manifestado documentalmente (Díez Picazo, 1963, p. 40). Esta máxima del derecho romano es una máxima de justicia privada contractual por lo que de solidaridad,

lealtad y buena fe comporta en la actuación de los contratantes.

Realmente fue significativo el impulso que recibió la noción de justicia y en especial la justicia privada contractual en el derecho romano. Ello se refleja en las soluciones casuísticas de la mano de la buena fe, principios tan caros para la justicia privada contractual como la cooperación, la igualdad, la solidaridad, la alteridad, la honradez, el respeto a las expectativas creadas en la contraparte, el equilibrio en los derechos económicos y en los derechos y deberes nacidos de un contrato. Principios todos que ayudan a construir la noción de la justicia privada contractual.

III. CONSOLIDACIÓN DE LA JUSTICIA COMO IGUALDAD

El concepto de justicia recibió otro importante avance con la evolución del pensamiento griego, especialmente aristotélico, en la edad media con Santo Tomás de Aquino. Fue él quien principalmente continuó con el desarrollo de la idea de justicia que en la teoría de los Santos Padres —intermedia entre Platón y Aristóteles y la edad media—, había sido una idea puramente teológica. No cabe duda de que el concepto

de justicia a que se ha venido haciendo referencia es moralista.

Se redefinió la justicia como “el hábito según el cual, con constante y perpetua voluntad, se da a cada cual su derecho”.⁵⁴ Se consideró la justicia conmutativa, que regula las relaciones de persona a persona o de grupos de personas entre sí, como si fuera la justicia contractual o de cambio y el intercambio en la que una idea de independencia respondía a la característica de igualdad de Aristóteles (D’agostino, 2007, p. 119).⁵⁵

La justicia distributiva era la institución de un poder de mando que se superponía a la comunidad, y estaba referida a las relaciones entre el Estado y sus súbditos.⁵⁶ Este régimen de justicia tenía como fundamento el derecho natural, la humana razón que participa de la razón divina, y la ley eterna (*lex eterna*): la razón de la divina sabiduría que gobierna el universo (Pound, 1965, p. 16). A este tipo de justicia la regía también el principio de igualdad, pero de igualdad proporcional porque cada uno de los súbditos debía recibir del Estado según sus necesidades, aptitudes o merecimientos, mientras que en la justicia conmutativa había que igualar cosa a cosa según medida aritmética, como en la compraventa en que todas las per-

54. Suma Teológica. II, II, c. 58. Art. 1.

55. En relación con las clasificaciones a las que los escolásticos fueron tan aficionados, D’Agostino considera que todas las clasificaciones que se han hecho y que se hacen de la justicia, incluida la de justicia social, se refieren a una misma y única justicia que tiene los mismos elementos esenciales, independientemente de la referencia específica que se haga a cada una de estas modalidades.

56. Tomás de Aquino. Suma Teológica. II, II, c. 61. art. 1.

sonas resultan iguales, pero no la equivalencia de sus cosas.⁵⁷

Fue un importante aporte la teoría del *iustum praetium* que buscaba un equilibrio objetivo entre las prestaciones, por la que el vendedor no podía lucrarse sobre las ventas, limitándose a obtener un quantum para su sostenimiento, conforme a su posición social. Este principio se extendió posteriormente como criterio de validez de todos los contratos (Camilletti, 2004, pp. 3 y 260),⁵⁸ siendo una expresa manifestación de equilibrio en las relaciones privadas contractuales.

La justicia conmutativa, que como en párrafos anteriores se señaló, es la propia del contrato, exigía la equivalencia en el intercambio contractual de bienes y cargas (Dreier, 1994, p. 18), y plantea dos interrogantes: ¿Cómo queda este principio en relación con la libertad contractual? ¿Conforme a qué se mide el valor de los bienes y servicios? Ambas preguntas se abordarán más adelante. Por ahora, se resalta la necesidad de que la categoría jurídica del contrato se relacione con la justicia, y la con-

sideración de esta como uno de los elementos constitutivos del contrato.

Se vuelve entonces sobre los elementos identificados en épocas anteriores como constitutivos de la noción de justicia: en primer lugar, la justicia, se refiere siempre a otro;⁵⁹ y en segundo lugar, la igualdad tanto en la justicia distributiva como en la justicia conmutativa,⁶⁰ que es la que más interesa por ser la referida a las relaciones entre particulares, especialmente a las relaciones de contenido contractual. Los diferentes criterios que la igualdad representa en cada una de estas manifestaciones de la justicia, la igualdad proporcional en una y la igualdad matemática en la otra, llevó a la recuperación del principio romano del justo precio para lograr un equilibrio en las prestaciones de quienes concurrían a un contrato.⁶¹ Nuevamente la igualdad, la proporcionalidad, el equilibrio como elementos constitutivos de la justicia.

Posteriormente, los canonistas siguieron desarrollando las nociones de Santo Tomás sobre la justicia y constituyeron un nuevo avance en la justicia privada contractual al condenar

57. “En la justicia distributiva no se determina el medio según la igualdad de cosa a cosa, sino según la proporción de las cosas a las personas, de tal suerte que en la medida que una persona exceda a otra, así también la cosa que se le dé a dicha persona excede a la que se le dé a la otra persona... según la proporcionalidad geométrica, en la que la igualdad se establece no según la cantidad, sino según la proporción. Pero en los cambios se da algo a una persona particular en razón de la cosa que se ha recibido de dicha persona, como, sobre todo, se manifiesta en la compraventa, en la que se halla primeramente la noción de cambio. Por eso es preciso igualar cosa a cosa y de este modo se realiza la igualdad según la medida aritmética, que se determina según un excedente cuantitativo igual” (Tomás de Aquino, Suma Teológica. II-II, 61, 2).

58. Es de advertir que esta doctrina fue tomada del *Digesto* (Justiniano, C.4.44.8).

59. Suma Teológica. II, II, c. 58 art. 2.

60. Suma Teológica. II, II, c. 61 art. 4.

61. Suma Teológica. II, II, c. 58. art. 7.

el *turpe lucrum*.⁶² Era lícito tener ventajas en los contratos que se realizaban, siempre y cuando el motivo de estos no fuera la codicia, condenando el llamado lucro vergonzoso, y de esta forma, a su vez, la irrazonabilidad de las transacciones y la violencia de las reglas del mercado. Al punto que algunos sostienen que en el medioevo se extendió una concepción conmutativa del contrato, ya que el intercambio debía basarse sobre valores objetivos de las prestaciones (Camilletti, 2004, p. 3). Por tanto, se reconocía la justicia como un atributo contractual haciendo énfasis en el elemento de igualdad como equivalencia de las prestaciones de quienes concurrían al contrato. La igualdad como equilibrio de prestaciones, de cargas y derechos, además de las cualidades de alteridad y proporcionalidad.

Otra corriente de pensamiento que destaca por sus aportes en la noción de la justicia fue la de los juristas —teólogos españoles del siglo XVI y XVII—⁶³ quienes reconocieron los hechos del mundo político de su época, de conformi-

dad con los cuales la teoría jurídica medieval de la cristiandad, como un imperio, estaba fuera del consenso; concibieron los estados individuales, y de ahí, en última instancia, los hombres individualmente como iguales, puesto que Estado y hombres podían perseguir fines conscientes, y así su igualdad era nuevamente destacada como una cualidad del ser de la justicia (Carranza, 2003, p. 52).⁶⁴ Ya que tenían una idea de unidad y universalidad del derecho como un cuerpo de principios eternos, fueron inducidos a la concepción de restricciones por las cuales se mantenía esta igualdad, y en las cuales podía expresarse. Dos clases de tales restricciones se proponían por sí mismas: restricciones sobre los Estados y restricciones sobre los individuos, y estas dos clases se consideraban genéricamente como una sola (Verdross, 1983, p. 147).

Las restricciones sobre los Estados, limitaciones sobre sus actividades que no podían sobrepasar, puesto que venían impuestas por principios eternos, podían fijar los límites de las

62. Johannes Gratian (Graciano), publicó en torno al año 1140 la colección definitiva del Decreto Canónico: el *Decretum Gratiani* en la que aceptó la tradicional actitud ante el mercader, ya que la especulación suponía *turpe lucrum*.

63. En la escuela de Salamanca sobresalen: Francisco de Vitoria, Fray Bartolomé de las Casas, Domingo de Soto y Bartolomé Carranza. También algunos jesuitas como Luis de Molina y Francisco Suárez, todos ellos teólogos, y dentro de los no teólogos Fernando Velásquez y Diego de Covarrubias.

64. Carranza, por ejemplo, ratifica el criterio que la justicia siempre hace referencia a otro porque es una virtud propia de las relaciones entre los hombres, y su cometido es hacer la igualdad. “Pone el medio en las cosas. Hace que yo dé cierta cantidad por el tiempo que trabajaste en el campo. Y así Aristóteles, porque la justicia pone el medio en las cosas, llama al medio de la justicia medio real. En cambio las demás virtudes no ponen el medio en las cosas, porque la templanza no puede poner un medio: que todos los hombres coman igualmente, y así pone igualdad. Sino que tan solo pone el medio de la razón, es decir, que cada hombre coma según su necesidad” (Carranza, 2003, p. 52). Para Domingo de Soto, decir justicia es lo mismo que decir virtud. Ser virtuoso equivale a ser justo. Siguiendo las definiciones de Aristóteles y de Ulpiano, define la justicia como el hábito que impulsa la voluntad a querer obrar lo justo y es la voluntad firme y constante de dar a cada uno lo suyo, y la traduce por “*Iustitia est habitus quo quisque perpetua constantique voluntate ius suum unicuique tribuit*”. Y, ¿cómo logra la justicia la igualdad?, la justicia es justicia conformándose con el *médium rei*, es decir, con la igualdad que las mismas cosas imponen por su naturaleza (citado en Carro, 1943).

actividades de los soberanos en sus relaciones recíprocas. Así, estos juristas fueron los precursores del derecho internacional. Estas restricciones sobre los Estados señalaban los límites de las actividades de los soberanos en sus relaciones con sus súbditos, proporcionándonos así la teoría política. Se consideraba que las restricciones sobre los individuos tenían base en los principios eternos del derecho universal y que eran de la misma naturaleza. Fijaban los límites de la actividad individual en las relaciones recíprocas entre individuos, con lo cual nos dieron la teoría jurídica (Pound, 1965, p. 18).

Estos juristas lograron un gran cambio de conceptos, ya que la teoría de la antigüedad consideraba el orden jurídico como una limitación de las actividades de los hombres, a fin de mantener a cada uno en el lugar que tenía asignado y de reservar el orden social en su permanente inmovilidad. La teoría que se indica con los juristas teólogos españoles juzga, en cambio, la limitación de las actividades de los hombres en razón e interés de las actividades de los demás hombres porque todos los hombres tienen libertad de albedrío y de voluntad, así como capacidad para dirigirse a fines conscientes y, por lo mismo, son iguales. De esta noción se empezó a considerar la idea de justicia como libertad, asumida siglos después por Kant, y en los códigos como autonomía.

Avanzando en el tiempo, hay que decir que la justicia aristotélica fue seguida, con pocas variantes, por la mayor parte de los autores del Renacimiento y de los siglos XVI, XVII y XVIII, como Grocio, Beccaria y Hume, entre otros. Por

ejemplo, Grocio la define como equivalencia o proporcionalidad (1987, p. 3), mientras que Cesar Beccaria agrega a la idea de igualdad, una referencia especial a la igual dignidad de todos los seres humanos, y la define como la voluntad de convivir con los prójimos de modo que todos tengamos dignidad de hombres (1992, p. 21). El escocés Hume considera que la justicia se basa en una especie de convención, que consiste en que cada acto particular es realizado con la expectativa de que los otros realizarán lo mismo.

La justicia sigue siendo por sobre todo una relación de igualdad entre los hombres, que a la vez mantiene, al menos en la concepción de los teólogos españoles, su condición de virtud individual. Se resalta entonces el elemento relacional: la justicia siempre se da en una relación con otro, que puede ser entre el Estado y el individuo, entre Estados o entre los mismos individuos; y el elemento igualdad con una elaboración más política, en cuanto que parte del derecho al reconocimiento de cada uno como persona y, por tanto, como ser racional, y de ahí se reconoce la igualdad en un sentido absoluto para todo hombre en sus relaciones con los demás porque todos tienen una igual racionalidad, y por consiguiente libertad y autonomía.

IV. LA JUSTICIA COMO LIBERTAD Y AUTONOMÍA

Hay que decir que la idea de la justicia tuvo un gran impulso en los siglos de la Ilustración eu-

ropea —especialmente el siglo XVIII—, pudiéndose identificar dos corrientes de pensamiento. Una iniciada por Hobbes y desarrollada, entre otros, por Locke, Rousseau y Kant,⁶⁵ se concentró en identificar los esquemas institucionales justos para la sociedad, la justicia perfecta, y más que en las comparaciones relativas entre justicia e injusticia, se dedicó a hacer justas las instituciones sin ocuparse directamente de las sociedades reales. Este es el modelo de pensamiento llamado contractualista. La otra senda que se recorrió fue la de aquellos que adoptaron enfoques comparativos que se ocupaban de las realizaciones sociales resultantes de las instituciones reales, entre quienes se pueden contar a Smith, Bentham, Marx y Stuart Mill; todos ellos tuvieron en común que comparaban sociedades que ya existían o que podían existir, en vez de un análisis dedicado a la búsqueda trascendental de una sociedad perfectamente justa, y estaban sobre todo interesados en la eliminación de las injusticias manifiestas en el mundo que observaban (Sen, 2009, p. 20). De la primera deriva la filosofía política dominante en su exploración sobre la teoría de la justicia en la actualidad (Sen, 2009, p. 39).

La parte final de este artículo se centrará en Kant, por razones de espacio y de la gran influencia que ha tenido su filosofía. En Kant, la igualdad se proyecta sobre la libertad, como igualdad en la libertad —independencia de la

imposición del arbitrio ajeno—, en tanto que puede coexistir con la libertad de cada uno según una ley general. En este sentido la igualdad consiste en que uno no puede ser ligado por otro, sino en aquello para lo cual uno se pueda ligar recíprocamente (Kant, 1986, p. 55). Nuevamente se hace énfasis en el elemento relacional que hace parte del ser de la justicia y que es común a todo el desarrollo de la construcción de la noción de esta.

En aras de la vida conjunta en una comunidad, que satisfaga las condiciones de un Estado de derecho, todos tienen que aceptar ciertas limitaciones de su libertad, sin las cuales esta no sería posible. Todo derecho de libertad, por eso, encuentra su límite en el derecho de libertad de los demás y en los deberes que el derecho impone a cada uno en beneficio de la paz jurídica, y a todos en beneficio de la existencia de una comunidad erigida sobre la idea del derecho (Kant, 1989, p. 47).⁶⁶ Quien exige derechos tiene que soportar los correspondientes deberes, y si no los cumple puede verse coactivamente obligado a ello, porque su derecho a la libertad no es un derecho a despojarse de los deberes que le obligan.

La libertad (la independencia con respecto al arbitrio constrictivo de otro) en la medida en que pueda coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal, es este derecho único, origi-

65. Este seguimiento se puede hacer en el *Leviatán* de Hobbes, el *Segundo tratado del gobierno civil* de Locke, *El contrato social* de Rousseau y la *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* de Kant.

66. El hombre “entra en un estado, en el que puede asegurarse a cada uno lo suyo frente a los demás (*lex iustitiae*)”.

nario que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad —la igualdad innata—, es decir la independencia, que consiste en no ser obligado por otros sino a aquello, a lo que también recíprocamente podemos obligarles. (Kant, 1989, p. 47).

Esa relación necesaria entre derechos y deberes es una nueva forma de presentar la igualdad (Kant, 1989, p. 51),⁶⁷ y una de las características que la ha acompañado desde el principio, la equivalencia. A quien puede exigir derechos se le pueden exigir correlativamente deberes recíprocos para con los demás, ya sea en sus relaciones interpersonales como en las relaciones con el Estado. La igualdad en la libertad derivada de la racionalidad no es absoluta, pues la limitación es la misma libertad y autonomía que tienen los demás con los que nos relacionamos. Esto significa que ningún derecho tiene que retroceder más de lo que sea necesario para no recortar el del otro de un modo que sea no exigible. Cuando las leyes no llegan a solucionar los conflictos, los tribunales ponderan los intereses en juego, con lo cual equilibran los intereses de cada uno a la realización de su derecho y buscan una composición ajustada en el sentido de una solución mensurada (Larenz, 1985, p. 62).

El principio de respeto recíproco no encuentra en modo alguno su razón de ser solo en los de-

rechos fundamentales, sino que atraviesa todo el ordenamiento jurídico. Así, en primer lugar, subyace en todo contrato y, por tanto, en el derecho de los contratos, pues cuando yo concluyo un contrato con otro y dejo que valga tanto su voluntad como la mía, reconozco que tanto él como yo somos personas, somos iguales en la realidad, y esto se convierte en el fundamento último para que el contrato deba ser justo para todos los que concurren a su celebración.

Todo hombre tiene una pretensión jurídica al respeto de sus semejantes y recíprocamente está obligado a respetar a los demás. Por respeto Kant entiende el reconocimiento de una dignidad en los demás hombres, que es de un valor que no tiene precio, ni hay equivalente, a cambio del cual pueda ser trocado el objeto de estimación. En este sentido hay que recordar la formulación del imperativo categórico, conforme a la cual se demanda que, justamente porque el hombre como persona en sentido ético tiene una dignidad, exige que se le coloque por encima de todo lo que puede ser utilizado como medio y se le trate como fin en sí mismo (Kant, 1986, p. 45). Se trata, por tanto, de un fundamento ético de toda relación jurídica. Así, la igualdad significa que como persona todo ser humano tiene igual dignidad y merece igual consideración y respeto.

En caso de conflicto entre los animales, afirma el filósofo, se decide siempre por la fuerza.

67. “Sólo conocemos nuestra propia libertad (de la que proceden todas las leyes morales, por tanto, también todos los derechos así como los deberes) a través del imperativo moral, que es una proposición que manda el deber, y a partir de la cual puede desarrollarse después la facultad de obligar a otros, es decir el concepto del derecho” (Kant, 1989, p. 51).

Solo el hombre afirma que tiene derecho a comportarse así y que él otro está obligado hacía él a un determinado comportamiento. Porque es persona puede reconocer que el otro puede exigir a él el mismo respeto. Y por eso solo él es capaz de regular sus relaciones sobre la base del Derecho, en lugar de hacerlo sobre la base de la fuerza. (Larenz, 1985, p. 52).

En el mismo sentido Larenz afirma que

en aras de la vida conjunta en una comunidad, que satisfaga las condiciones de un Estado de Derecho, tienen todos que aceptar ciertas limitaciones de su libertad, sin las cuales esta no sería posible. Todo derecho de libertad, por eso, encuentra su límite en el derecho de libertad de los demás y en los deberes que el Derecho impone a cada uno en beneficio de la paz jurídica y a todos en beneficio de la existencia de una comunidad erigida sobre la idea del Derecho. (1985, p. 62).

En su fundamentación para una metafísica de la moral y la crítica de la razón práctica, y en su principios metafísicos del derecho Kant trata sobre lo que él llama obligaciones imperfectas, que son obligaciones indeterminadas que no dejan de ser por ello verdaderas obligaciones. Si uno está en condiciones de hacer algo efec-

tivo para evitar la violación de un derecho, entonces tiene una buena razón para hacer justamente eso. Una razón, además, que ha de ser tenida en cuenta para decidir lo que se debe hacer. No se puede excluir únicamente porque no es de mi incumbencia (Kant, 1943, p. 47). La conexión de esta clase de obligaciones con el contrato y más concretamente con la justicia contractual es innegable, pues los contratantes no buscan intereses totalmente aislados al momento de celebrar el contrato. ¿Qué es lo que razonablemente debería hacer una persona en un contrato para ayudar a la realización de la libertad en quien contrata con ella?, parece ser la pregunta fundamental.

Nuevamente y a título de síntesis, hay que decir que las principales consideraciones que hace Kant sobre la justicia se pueden llevar al plano de la justicia privada contractual. Él parte de la justicia como igualdad, pero igualdad en la libertad, la justicia se da en una síntesis entre libertad e igualdad, refiriéndola al contrato, una síntesis entre autonomía privada, libertad e igualdad. Justicia a su vez, que se separa de la moral y se refiere, por tanto, a la actividad externa del hombre.

Los límites de esa justicia son la libertad de los demás y los deberes que el derecho impone a cada uno para la paz jurídica, lo que implica necesariamente la aceptación de limitaciones de la libertad personal (Kant, 1989, p. 40).⁶⁸

68. "Por tanto, la ley universal del derecho: obra externamente de tal modo que el uso libre de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de cada uno según una ley universal, ciertamente es una ley que me impone una obligación, pero que no espera en modo alguno, ni menos aún, exige, que deba yo mismo restringir mi libertad a esas condiciones por esa obligación, sino que la razón solo dice que está restringida a ello en su idea y que también puede ser restringida por otros de hecho" (Kant, 1989, p. 40).

En el plano contractual, la justicia hace que necesariamente se cuente con los derechos que corresponden al otro, en otras palabras, la paz jurídica no se logra en un contrato en que una de las partes arrase con los derechos de la otra, en que una parte sea la titular de los principales derechos y queden para la otra las obligaciones o deberes, eso no sería respetar la pretensión jurídica de que se le dé el respeto que como persona merece (Kant, 1989, p. 39).⁶⁹

Ese respeto que se debe al otro, y que es tan claro en materia contractual, implica el reconocimiento de la dignidad de cada persona. En este sentido no sería justo que el derecho del otro retrocediera de tal forma que terminara perdiéndose por la imposición ajena (Kant, 1989, p. 52).⁷⁰ En consecuencia, deben coexistir los derechos de todos con el máximo contenido posible. Por tanto, un contrato no es un instrumento jurídico que sirva para la satisfacción de los intereses egoístas de uno de los contratantes, pues con ello no se le da a la otra parte el respeto que merece en el sentido kantiano.

A su vez, los derechos tienen correlativos deberes. La solución al conflicto de derechos entre las partes está en la ponderación de los intereses en juego, mediante el equilibrio de los intereses de cada uno respecto a la realización de su derecho y buscando una composición

ajustada en el sentido de una solución mensurada (Larenz, 1985, p. 62), que es posible de alcanzar precisamente como ejercicio de racionalidad.

Resumiendo, el hombre es un fin en sí mismo y no puede ser utilizado como instrumento para la satisfacción de intereses, en ningún campo, y menos en el contractual (Kant, 1989, p. 47).⁷¹ En este contexto la justicia sigue manteniendo sus notas características de ser relacional; de implicar una relación de igualdad en la libertad y en la dignidad personal; de mantener una relación de equilibrio entre los derechos y los deberes que le corresponden a una persona en una relación contractual de derecho privado, esto es, de una solución mensurada, de proporcionalidad de los intereses opuestos que ordinariamente tienen los contratantes.

Este escrito no pretendió hacer un análisis de la completa filosofía kantiana, ni mucho menos una valoración de esta, solo “valerse” de ella para los fines de la investigación: el concepto de justicia.

V. CONCLUSIONES

Construir una definición en el derecho es siempre un reto, y mucho más cuando se trata de

69. Porque “el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad”.

70. “Relación jurídica del hombre con seres, que tienen tanto derechos como deberes: porque es una relación de hombres con hombres”.

71. “No te conviertas en un simple medio para los demás, sino sé para ellos a la vez un fin”.

un tema complejo como lo es la justicia. Sin embargo, es importante concluir con una definición de justicia que involucre los elementos identificados como de su esencia, a la que además se puedan hacer aproximaciones desde distintas perspectivas del derecho y se pueda aplicar al contrato.

Es así que a la justicia en el derecho se la entiende como un conjunto de exigencias de razonabilidad que existen porque la persona humana debe buscar, respetar y realizar los bienes humanos no simplemente en sí misma, para sí misma y en su propio y exclusivo beneficio, sino también con la consideración de que el hombre es un ser social y, por tanto, su obrar es en comunidad (Finnis, 2000, p. 191). En esta definición se agrupan todos los elementos identificados como constitutivos de la justicia: la alteridad, porque parte de la estimación del hombre como un ser social, y la justicia siempre se da en una relación con otro; la igualdad, porque el supuesto fundamental es la concepción de que la justicia es una exigencia de razonabilidad, y de esa razonabilidad como constitutiva del ser persona nace la igualdad en el tratamiento, porque entiende que toda persona tiene igual valor ante el derecho y necesita, requiere y exige un trato acorde con su ser persona; la proporcionalidad, por cuanto precisamente el ser racional y el ser persona exige el respeto de las condiciones personales de quienes concurren a la relación,

por eso la igualdad propia de la justicia debe ser proporcionada; por ser una exigencia de la razonabilidad es a la vez un acto de racionalidad humana, y del ser el hombre un ser social y obrar en comunidad se deriva la otra característica resaltada de la justicia, la solidaridad, que lleva a tener en cuenta para su realización no exclusivamente los intereses personales que mueven a la relación.

Esta definición hace evidentes las relaciones entre la justicia y el contrato (Diez e Iturralde, 1992),⁷² porque el contrato como institución jurídica siempre ha sido considerado una expresión de la racionalidad humana que busca la satisfacción de las distintas necesidades no a través de la fuerza o la imposición o el ejercicio del poder, propia de los animales, sino mediante una categoría jurídica que implica el ejercicio de la libertad y la autonomía personal, respetando siempre la dignidad que como persona le corresponde al otro con quien interactúa, y con la conciencia de que no se trata de una actuación aislada y ajena del entorno social y económico en la que se realiza.

La justicia es siempre relacional. Se predica cuando hay de por medio una relación de cualquier tipo (familiar, social, económica, política, de amistad, etc.) de uno con otro, de uno con el Estado, de un Estado con otro Estado, porque solamente en esa relación se puede exigir lo que es o pertenece a cada uno; lo de cada

72. Este autor sostiene como notas características del *civil law*, que sus normas jurídicas, en las que incluimos el contrato, son reglas de conducta estrechamente vinculadas a preocupaciones de justicia y de moral.

uno, lo suyo, lo propio, lo que corresponde a cada quien. Exige, por tanto, una relación entre sujetos con capacidad de apropiación, que es la propia del ser persona, y de esta forma la alteridad termina implicando el ejercicio de lo propio del hombre en una relación justa: la racionalidad, la libertad y la dignidad, que son comunes a todos los seres de la especie humana. Por tanto, de cualquier relación entre personas se puede predicar su justicia o injusticia.

Además e indudablemente, la justicia es una regla de igualdad. De igualdad que pone en juego la proporcional, los criterios de proporcionalidad y la armonía entre individuos (Bobbio, 1993, p. 56),⁷³ o bien entre el individuo y la colectividad, y aunque la idea de armonía o proporcionalidad no agota el término justicia su presencia es siempre necesaria. Igualdad que tiene en cuenta las diferencias existentes entre quienes concurren a la relación y exige, por tanto, el criterio de proporcionalidad en su aplicación, proporcionalidad que es equilibrio, equivalencia y reciprocidad. Es balance entre derechos y obligaciones, entre lo que se da y lo que se recibe, entre la cosa y su valor. En este punto la dignidad del hombre se convierte en el muro de contención en la cesión recíproca de derechos que ha de suponer toda relación humana.

Todo derecho establece una cierta proporcionalidad entre los hechos y las consecuencias, entre lo que se da y lo que se recibe, entre lo

que se exige y lo que se presta. En los pueblos antiguos esta expresión es también primitiva. Es la ley del Talión: ojo por ojo, diente por diente. Es pues la proporcionalidad de las penas respecto de los delitos, la proporcionalidad en los contratos, la proporcionalidad en el reparto de las cargas y de los tributos, la proporcionalidad en la distribución de los derechos y de los respectivos deberes. Así, mientras que en los derechos políticos y civiles rige el principio de la igualdad (estricta), en materia de relaciones particulares y en lo que tiene que ver con los deberes y las cargas el principio que rige es el de la igualdad relativa o proporcionalidad. Habría que someter el contrato a un test de principio de proporcionalidad, según el cual cualquier restricción de la libertad individual debe ser adecuada al logro de los objetivos prefijados, y si se impusieron excesivas restricciones al individuo se iría contra el principio de la racionalidad contractual.

Referencias

1. Aristóteles. (2012). *Ética a Nicómaco* (J. L. Calvo Martínez, Trad.). Madrid: Alianza Editorial.
2. Carranza, B. (2003). *Tratado sobre la virtud de la justicia* (T. López, I. Jericó y R. Muñoz, Trads.). Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.

73. Manifiesta el autor que “el concepto e incluso el valor de la igualdad no se distinguen del concepto y del valor de la justicia en la mayor parte de acepciones, hasta el punto que la expresión “libertad y justicia” se usa con frecuencia como equivalente de la expresión “libertad e igualdad”.

3. Beccaria, C. (1992). *De los delitos y de las penas*. Bogotá: Linotipia.
4. Bobbio, N. (1993). *Igualdad y libertad* (P. Aragón Rincón, Trad.). Barcelona: Paidós.
5. Camilletti, F. (2004). *Profili del problema dell' equilibrio contrattuale*. Milan: Giuffré.
6. Carro, V. (1943). *Domingo de Soto y su doctrina jurídica*. Madrid: Editorial Hijos de Minuesa.
7. D'ors, A. (1968). *Derecho privado romano*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.
8. D'Agostino, F. (2007). *Filosofía del derecho* (J. Rodríguez, Trad.). Bogotá: Ediciones Universidad de la Sabana/Editorial Temis.
9. Díez Picazo, L. (1963). *La doctrina de los propios actos: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Barcelona: Bosch.
10. Díez Auzín, F. e Iturralde Sesma, V. (1992). Razonamiento judicial e inteligencia artificial en los sistemas del civil law y common law; hacia una teoría unitaria. *Informática e Diritto*, (1), 150-179.
11. Dreier, R. (1994). *Derecho y justicia*. Bogotá: Editorial Temis.
12. Esborraz, D. (2008). La noción de contrato entre 'synállagma' y 'conventio' en la tradición romanista y sus proyecciones en el sistema jurídico latinoamericano. *Roma e America Diritto Romano Comune*, (26), 237-283.
13. Facco, J. H. (2006). *El principio general de la buena fe en materia de contratos*. (Tesis de maestría) Universidad Degli Studio di Roma Tor Vergata, Facultad di Giurisprudenza, Roma.
14. Finnis, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales* (C. Orrego, Trad.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
15. García Máynez, E. (1973). *Doctrina aristotélica de la justicia: estudio, selección y traducción de textos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas.
16. Giraldo Bustamante, C. J. (2014). *El contrato y la justicia: una relación permanente y compleja*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
17. Grocio, H. (1987). *El derecho de presa* (P. Mariño Gómez, Trad.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
18. Grosso, G. (1963). *Il sistema romano dei contratti*. Torino: Giappichelli.
19. Grosso, G. (1974). *Problema sistematici nel diritto romano. Cose-contratti*. Torino: Giappichelli.

20. Guzmán Brito, A. (1996). *Derecho privado romano* (t. I). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
21. Hart, H. L. A. (1977) *El concepto de derecho* (G. R. Carrio, Trad.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
22. Hinestrosa, F. (2004). Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Prólogo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
23. Iglesias, J. (1994). *Derecho romano, historia e instituciones*. Barcelona: Ariel.
24. Kant, M. (1986). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Buenos Aires: Porrúa.
25. Kant, M. (1989). *La metafísica de las costumbres*. Bogotá: Tecnos.
26. Kant, M. (1943). *Principios metafísicos del derecho* (F. Ayala, Trad.). Buenos Aires: Editorial Americalee.
27. Kelsen, H. (1991). *¿Qué es la justicia?* (A. Calsamiglia, Trad.). Barcelona: Ariel.
28. Kelsen, H. (2006). *Teoría pura del derecho* (cuarta. Ed.). (M. Nive, Trad.). Buenos Aires: Eudeba.
29. Larenz, K. (1985). *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica* (L. Díez Picazo, Trad.). Madrid: Editorial Civitas.
30. Le Fur, L., Delos, J. T., Carlyle, A. J. y Radbruch, G. (1975). *Los fines del derecho: Bien común, justicia, seguridad* (D. Kuri Breña, Trad.). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
31. Neme Villareal, M. L. (2010). *La buena fe en el derecho romano, extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
32. Noguera Laborde, R. (1997). Los fines del derecho o los valores jurídicos. En *Hermenéutica jurídica (Homenaje al Maestro Darío Echandía)* (pp.73-96). Bogotá: Ediciones Rosaristas.
33. Platón. (1986). *Diálogos, IV la República* (C. Eggers, Trad.). Madrid: Biblioteca Clásica Gredos.
34. Platón. (1967). *Obras completas, La República ó de lo justo. Libro Primero*. Buenos Aires: Omeba.
35. Pound, R. (1965). *Justicia conforme a Derecho*. México: Grupo Editorial Letras S.A
36. Rezzónico, J. C. (1999). *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea.
37. Ross, A. (1994). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.
38. Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*.

39. Sen, A. (2009). *La idea de la justicia* (H. Valencia Villa, Trad.). Bogotá: Editorial Taurus.
40. Soto Coaguila, C. (2005). *Transformaciones del derecho de los contratos*. Lima: Grijley.
41. Verdross, A. (1983). *La filosofía del derecho del mundo occidental*. México: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México.
42. Vigo, R. (2005). *Interpretación jurídica*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
43. Villey, M. (1979). *Compendio de Filosofía del Derecho*. Pamplona: Eunsa.
44. Zimmermann, R. (2010). *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.