

FILOSOFÍA DEL DERECHO

Del iusnaturalismo de Javier Hervada a otros iusnaturalismos

Eduardo Mora Altamirano

UHEdiciones

FILOSOFÍA DEL DERECHO

Del iusnaturalismo de Javier Hervada a otros iusnaturalismos

Eduardo Mora Altamirano

2026

UHE

Título: Filosofía del derecho. Del iusnaturalismo de Javier Hervada a otros iusnaturalismos
Autor: Eduardo Mora Altamirano
Primera edición
ISBN: 978-9942-752-34-5
DOI: https://doi.org/10.31207/uhediciones20
Publicado en julio de 2026

© UHEdiciones • Universidad de Los Hemisferios Paseo de la Universidad N°300 y Juan Díaz, Iñaquito Alto
Quito - Ecuador.
Telf. (02) 401-4100
www.uhemisferios.edu.ec

Diagramación y diseño de portada: Vivian Michelle Ortega • Producción editorial: Diego Ortiz Jaramillo

Esta obra fue publicada con el aval de lectores especializados y arbitrada por doble par ciego, según las normas de publicación del Centro de Publicaciones - UHEdiciones de la Universidad Hemisferios. Queda prohibida la reproducción comercial parcial o total de esta obra, a menos que se obtenga permiso explícito del autor y la editorial.

Cita sugerida (APA 7):
Mora Altamirano, E. (2026). *Filosofía del derecho. Del iusnaturalismo de Javier Hervada a otros iusnaturalismos.* UHEdiciones - Universidad Hemisferios.
DOI: https://doi.org/10.31207/uhediciones20





Instituto para el Desarrollo de la Cultura y de la Sociedad - IDECS

Agradecimientos

Agradezco a Dios Nuestro Señor por darme la oportunidad de escribir estas líneas a lo largo de los últimos años. A la Universidad Hemisferios, por patrocinar esta obra. Y a todos los que, de una u otra forma, han alentado esta investigación y su publicación.

Sobre el autor



Eduardo Mora Altamirano (Quito, 1970) fue ordenado sacerdote en 2002. Doctor en Filosofía (2002) por la Pontificia Università della Santa Croce (Roma). Realizó sus estudios teológicos en la misma Universidad y en el Studium Generale del Opus Dei. Abogado por la Universidad Complutense de Madrid (1993). Ha ejercido las cátedras de Filosofía del derecho y Ética en la Universidad de Especialidades Espíritu Santo (UEES), de Guayaquil, y las de Fundamentos Culturales y Filosofía del derecho en la Universidad de los Hemisferios de Quito. En 2009 publicó con la Universidad Hemisferios el libro "Desobediencia civil: de Thoreau a Gandhi y Martin Luther King, Jr.", obra basada en su tesis doctoral "Desobediencia civil y esclavitud en Henry David Thoreau: Proyecciones de una filosofía política" (Roma, 2003).

Índice

Agradecimientos **3**
Sobre el autor **4**
Prólogo **9**
Presentación **15**
Lección 1: Epistemología o el sitial de la filosofía del derecho en el conjunto del conocimiento humano **17**
Introducción: 17
Filosofía y Ciencia 18
Filosofía y filosofía del derecho 20
Filosofía del derecho y ciencia del derecho 21
Filosofía del derecho y ciencia del derecho natural 25
Derecho natural y ética social 26
Dimensiones y funciones de la filosofía del derecho 28
Dimensiones *28*
Funciones *28*
Los temas de la filosofía del derecho 29
Lección 2: Metafísica jurídica o el ser del derecho **33**
Metafísica y ontología jurídicas 33
Los trascendentales del ser 36
Verdad 37
Bondad 39
Bondad ontológica y bondad moral *39*
Bien y valor: Axiología y axiología jurídica *40*
Axiología o estimativa jurídica *43*
Belleza 45
Unidad 49
Lecturas recomendadas 50
Lección 3: La justicia **51**
Introducción 51
Breve historia del concepto clásico de justicia 51
Antecedentes *51*
Platón *52*
Aristóteles *54*
Juristas romanos *57*
Desjuridificación llevada a cabo por autores cristianos eclesiásticos pre-escolásticos *58*
Sto. Tomás de Aquino *58*

Panorama en la posteridad ... *60*
La fórmula de la justicia y sus elementos ... 61
El presupuesto de la justicia ... *61*
Elementos de la fórmula de la justicia ... *62*
A cada uno ("cuique") ... 64
Lo suyo (ius suum = su derecho) ... 66
Importancia de la fórmula de la justicia ... *67*
Las clases de justicia y la aplicación de esta clasificación a ámbitos de mayor amplitud ... 67
Justicia general o legal ... *68*
Comunidades inferiores al Estado ... *69*
Comunidades superiores al Estado ... *70*
Justicia particular o parcial ... *71*
Caracterización de la justicia como virtud moral y jurídica ... 80
Virtud moral ... *81*
Virtud jurídica ... *81*
Caracteres esenciales de la virtud de la justicia ... *82*
Justicia natural y positiva ... *83*
La equidad ... 83
Introducción ... *83*
Etimología ... *84*
Definición ... *84*
Función ... *86*
Causa ... *86*
Sujetos de la equidad ... *88*
Valoración final de la equidad en la teoría hervadiana ... *90*
Lecturas recomendadas ... 90
Lección 4: El derecho ... 91
Introducción ... 91
Etimología del vocablo "derecho" ... 92
Acepciones del término derecho ... 92
El derecho como la cosa justa (res iusta) ... 95
Definición de derecho según Hervada ... *95*
Aspectos implícitos o presupuestos en esta acepción del derecho ... *101*
El título del derecho o el título de lo justo ... *103*

El derecho entendido como la ley (normativismo jurídico) 107
Definición y contexto histórico del normativismo 107
Contraargumento de Hervada frente a la acepción normativista 109
Por qué la acepción del derecho como derecho subjetivo no es la más apropiada 111
Lección 5: Análisis de la injusticia y lo injusto: la lesión del derecho 115
Concepto de injusticia 115
Injusticia, coacción y violencia 115
La denominada "violencia institucional" 116
Distinción entre la injusticia y el mero caso fortuito o accidente. 118
Clases de injusticia 118
Aforismos o reglas de derecho para determinar si hay injusticia 119
Modos de reparar la injusticia 120
Clases de compensación 121
Lección 6: La ley, regla y medida del derecho 127
Introducción 127
Preámbulo: un esbozo de la filosofía tomista de la ley 128
La norma y su relación con lo justo 137
Ars, ars legis y ars iuris 137
¿La ley es el derecho? 137
Obligatoriedad e imperatividad de las normas jurídicas 138
La ley y los distintos tipos de justicia 139
Normas jurídicas naturales y positivas 140
Funciones de la ley respecto del derecho 140
Tipos de medida del derecho 142
Factores ontológicos que miden el derecho 142
Reglas que pueden dar lugar a una medida natural o positiva 146
Clasificación del derecho o cosa justa por razón del origen del título y de la medida 146

Lección 7: Persona y relación jurídica..... 151
Etimología.....151
Concepto de persona.....151
En sentido filosófico.....151
En sentido jurídico.....153
Ser persona: ¿un hecho natural o positivo?.....154
El derecho, ¿hecho natural o creación cultural?.....155
¿Son personas todos los hombres?.....156
Las relaciones jurídicas.....158
Estructura de la relación jurídica.....158
Clases de relaciones jurídicas en razón del vínculo.....159
Clasificación de los contenidos de una relación jurídica.....160
Conclusión 163
Referencias.....164

Prólogo

El estudio de la filosofía del derecho suele aparecer, en no pocas ocasiones, relegado a una función introductoria dentro de la formación jurídica contemporánea. En muchas facultades de Ciencias Jurídicas se la considera una disciplina preliminar, útil acaso para ofrecer ciertas nociones históricas o para proporcionar al estudiante un repertorio elemental de conceptos abstractos antes de adentrarse en el análisis de las instituciones positivas. Sin embargo, tal percepción revela una comprensión disminuida de la verdadera naturaleza de esta especialización jurídica. Esto, ya que donde el Derecho pierde contacto con la reflexión filosófica acerca de la justicia, de la persona humana, de la libertad y del fundamento mismo de las relaciones jurídicas, la Ciencia Jurídica corre el riesgo de transformarse en una técnica desprovista de alma, incapaz de discernir si aquello que aplica mecánicamente merece realmente considerarse como el *ars boni et æqui.*

Por ello, toda obra que pretenda devolver al fenómeno jurídico su dimensión filosófica merece ser recibida con atención y gratitud intelectual. Tal es el caso del presente libro de Eduardo Mora Altamirano, *Filosofía del derecho. Del iusnaturalismo de Javier Hervada a otros iusnaturalismos,* cuya lectura permite advertir, desde las primeras páginas, una preocupación por rescatar el carácter profundamente humano y ético del Derecho frente a ciertas corrientes contemporáneas que han reducido lo jurídico al mero racionalismo, a la positividad normativa o al simple producto cambiante de la voluntad política o de los hípersubjetivos activismos.No resulta casual que el autor haya escogido como eje conductor de su reflexión el pensamiento de Javier Hervada. Dentro del

panorama iusfilosófico contemporáneo, Hervada representa uno de los esfuerzos más serios y sistemáticos por restaurar la tradición clásica del derecho natural, liberándola tanto de las deformaciones racionalistas de ciertos iusnaturalismos modernos cuanto de la caricatura a la que frecuentemente la sometió el positivismo jurídico. Su mérito principal consistió en devolver al derecho natural un contenido estrictamente jurídico, evitando reducirlo a un mero catálogo moral de aspiraciones éticas o religiosas. La influencia hervadiana se percibe a lo largo de toda esta obra, no únicamente en la terminología o en las referencias doctrinales, sino sobre todo en el método.

Eduardo Mora Altamirano, quien además de ejemplar sacerdote es doctor en Filosofía por la Pontificia Università della Santa Croce de Roma y licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid —alma mater que compartimos—, aborda las cuestiones jurídicas desde una perspectiva que rehúsa permanecer en la superficie fenoménica de las normas positivas y procura, más bien, penetrar en la estructura profunda de las relaciones de justicia. Se advierte aquí aquella posición intelectual que la tradición filosófica clásica entendía como propia de la auténtica actividad filosófica: el esfuerzo por ascender desde las causas inmediatas hacia los principios supremos.

No obstante, uno de los mayores aciertos del libro consiste en no limitarse a una exposición escolástica o repetitiva del pensamiento de Hervada. El autor dialoga constantemente con otras corrientes iusnaturalistas y con diversos referentes de la tradición filosófica occidental. Así, las páginas de este volumen convocan la presencia permanente de Aristóteles y de Tomás de Aquino, cuya influencia atraviesa toda la estructura conceptual del texto. Ello resulta particularmente visible en el tratamiento de la metafísica jurídica, de la noción de justicia como virtud, de la teoría de los trascendentales del ser y de la comprensión relacional del Derecho. Pero junto a estas raíces clásicas aparecen también autores contemporáneos cuya incorporación demuestra una voluntad de diálogo intelectual que enriquece

considerablemente la obra. Las referencias a San Juan Pablo II, a Jacques Maritain, a John Finnis, a Alasdair MacIntyre o a Giorgio Del Vecchio revelan una búsqueda doctrinal amplia y consciente del debate contemporáneo. Mora Altamirano evita cuidadosamente el encierro dogmático y procura situar el iusnaturalismo dentro de una conversación filosófica más vasta, en la cual comparecen igualmente el positivismo jurídico, el relativismo axiológico, el idealismo moderno y ciertas expresiones de la filosofía postmoderna.

Es relevante la manera en que el libro aborda las relaciones entre epistemología, metafísica y el Derecho. En tiempos dominados por una visión fragmentaria del conocimiento, Eduardo Mora Altamirano recuerda oportunamente que el Derecho no puede desvincularse de una determinada concepción del hombre y del ser. Toda construcción jurídica presupone, aun implícitamente, una antropología, una ética y una metafísica. Allí donde dichas bases son erróneas o insuficientes, también el edificio jurídico termina por resentirse. Esta convicción atraviesa especialmente los capítulos dedicados a la persona humana, a la axiología jurídica y a los fundamentos del derecho natural. El autor insiste —con razón— en que nociones como dignidad, libertad, justicia, propiedad, matrimonio o derechos fundamentales no pueden quedar entregadas exclusivamente al arbitrio fluctuante de las mayorías políticas o de las construcciones ideológicas —en muchas ocasiones aberrantemente sesgadas— de la coyuntura. Existe en la naturaleza del hombre un conjunto de exigencias objetivas que preceden al Estado y que constituyen el fundamento último de toda juridicidad auténtica.

Es significativa, además, la preocupación pedagógica que anima el libro entero. Aunque el texto posee indudable erudición conceptual, se advierte constantemente el propósito de hacer accesibles temas filosóficos complejos a estudiantes en formación. Esta voluntad didáctica recuerda, en cierta medida, la mejor tradición universitaria hispánica, aquella en la que el rigor intelectual no estaba reñido con la claridad expositiva ni con el afán genuino de formar espíritus jurídicos antes que simples operadores técnicos del sistema

normativo.

En el contexto ecuatoriano —y, en general, hispanoamericano— una obra de esta naturaleza adquiere una relevancia especial. Desde hace varias décadas, la enseñanza jurídica en nuestras universidades ha tendido, salvo honrosas excepciones, hacia un positivismo práctico que privilegia el conocimiento operativo de las normas vigentes por encima de la reflexión acerca de sus fundamentos o hacia el mesianismo de unos cuantos neoconstitucionalistas de los derechos y las justicias —iluminados pachamamistas—. Se forman así profesionales competentes en la aplicación técnica del Derecho o activistas de las tendencias o de las modas de turno, pero desprovistos de categorías que les permitan discernir críticamente la verdadera justicia o injusticia de los sistemas jurídicos que interpretan y aplican. La consecuencia de ello es visible: proliferan discursos jurídicos incapaces de distinguir entre legalidad y legitimidad; entre autoridad y poder; entre Derecho y mera imposición normativa. Se olvida entonces aquella antigua enseñanza romana según la cual el jurista es, ante todo, *vir bonus aequi et iusti scientia peritus*: hombre bueno, experto en lo equitativo y en lo justo. La reducción del Derecho a pura ingeniería normativa termina empobreciendo no solo la ciencia jurídica, sino también la vida política y moral de las naciones.

Frente a ello, el libro de Eduardo Mora Altamirano constituye un llamado a recuperar el sentido sapiencial del Derecho. No se trata simplemente de conocer normas, procedimientos o categorías dogmáticas, sino de comprender aquello que hace posible la existencia misma de un orden jurídico justo. En esta dirección, la obra reivindica la necesidad de volver a pensar jurídicamente desde la naturaleza humana, desde la razón práctica y desde la justicia como virtud central de la convivencia social.

Hay, finalmente, un mérito adicional que conviene destacar. El autor escribe desde una convicción intelectual serena, sin estridencias ideológicas ni afán polémico innecesario. Incluso cuando discrepa de ciertas corrientes contemporáneas, lo hace procurando comprenderlas y

exponerlas con honestidad conceptual. Esta actitud confiere al texto una madurez poco frecuente en tiempos caracterizados por la simplificación doctrinal y la polarización intelectual. Estoy convencido de que las páginas que siguen resultarán particularmente fecundas para quienes todavía consideran que el Derecho no puede separarse de la verdad, de la justicia y de la dignidad de la persona humana. Y ello porque este libro recuerda, con firmeza y profundidad, una verdad que jamás debería desaparecer de la conciencia jurídica de Occidente: que allí donde el Derecho deja de buscar lo justo, comienza lentamente a dejar de ser Derecho.

Álvaro R. Mejía Salazar

Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Procurador y docente investigador, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

Escrito en San Francisco de Quito, 15 de mayo de 2026, fiesta de San Isidro Labrador, patrono de Madrid

Presentación

Ofrecemos a continuación al lector nuestro esfuerzo por hacer asequibles algunos de los principales temas de la filosofía del derecho de Javier Hervada (1934-2020), canonista y filósofo del derecho, profesor consagrado en la Universidad de Navarra, España.

Hemos querido, sin embargo, que la presente obra no se limite a comentar las ideas de este único autor. Nuestra intención es, sin duda, recorrer ciertos temas esenciales de la filosofía del derecho hervadiana: la filosofía del conocimiento o epistemología, la metafísica, la axiología y el valor jurídico principal (la justicia), el derecho y la persona, la estructura de las relaciones jurídicas, la equidad, etcétera, sin dejar por eso de enriquecernos con los comentarios de otros autores dentro de una línea afín y consistente (el iusnaturalismo), aunque con sus propias aportaciones y hasta con diferencias significativas con nuestro autor. Dentro de esta incursión por el mundo iusfilosófico, hicimos nuestra propia exploración del Tratado de la Justicia de la Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino, así como del libro relativo a la justicia y equidad dentro de la Ética a Nicómaco de Aristóteles.

Esperamos que este pequeño manual sea útil a nuestros alumnos de esta cátedra, escasamente cultivada en las aulas universitarias del Ecuador, y que los motive a no limitarse a ser meros técnicos que aplican el derecho positivo a la realidad, sino que aspiren a ser verdaderos juristas, amantes del imperio de la justicia en la sociedad según la

sabia fórmula de los clásicos: *dar a cada uno lo suyo*, el *ius suum*; en definitiva, el derecho que corresponde a cada uno.

Quito, julio de 2026

Lección 1:
Epistemología o el sitial de la filosofía del derecho en el conjunto del conocimiento humano

Introducción:

El término griego *episteme* corresponde a conocimiento, ciencia. Si a aquél se le añade el célebre *logos* (en su sentido primigenio: palabra o verbo; dotado de un sentido más académico: estudio, argumentación, discurso), el resultado es la palabra epistemología que, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es la "doctrina de los fundamentos y métodos del conocimiento científico"[1].

La epistemología es, pues, ciencia que versa sobre las ciencias, o una filosofía de la ciencia. Una rama del saber cuyo cometido o misión consiste en definir, en primer lugar, qué es ciencia; en otras palabras, definir cuáles son *las condiciones del conocimiento científico*. ¿Qué diferencia al conocimiento vulgar – el que todos tenemos, como fruto de la experiencia común – del conocimiento propio de una ciencia? Una vez dilucidado este punto trascendental, esta disciplina clasifica las ciencias: hay, pues, ciencias experimentales y hay ciencias humanas, como el derecho.

---

[1] *Diccionario de la Real Academia de la Lengua, Voz "Epistemología".*

El presente capítulo intenta descifrar cuál es el estatuto epistemológico de nuestra materia, la filosofía del derecho. En otras palabras, ¿es nuestra materia una ciencia? Y, en caso afirmativo, ¿de qué tipo? ¿qué lugar ocupa dentro del concierto de los saberes humanos?

Filosofía y Ciencia

Un concepto clásico o tradicional de ciencia es el de un *conocimiento de la realidad por sus causas, según un método o sistema.* Así, se trata de un conocimiento ordenado, metódico y sistemático, que inquiere acerca de las causas de la realidad o, en casi todos los casos, de un sector de la realidad. De este modo, las ciencias pueden ser experimentales o exactas, o bien pueden adjetivarse como ciencias sociales o humanas. Lo anterior obedece, evidentemente, al objeto de estudio, según éste sea el hombre, o bien cualquier realidad distinta a éste.[2]

En este contexto nos preguntamos: ¿la filosofía es ciencia? La etimología nos lleva rápidamente a la conocida definición de la filosofía como amor a la sabiduría (*filos*= amor; *sofía*= sabiduría). Sin embargo, hay que ir un poco más allá: ¿equivale esta sabiduría al conocimiento vulgar? Evidentemente no, por cuanto el filósofo – si bien parte del conocimiento común, de la observación certera que le proporcionan los sentidos – aspira a conocer la verdad con rigor y método. Vale decir que la filosofía cumple con las condiciones propias de la ciencia. Veámoslo a continuación.

Se ha definido a la filosofía, en consonancia con el pensamiento clásico, como un "conocimiento racional de todas las cosas por sus causas últimas y por los principios supremos"[3]. La filosofía es, pues, un conocimiento racional, metódico, sistemático y ordenado, según las causas. Hasta ahí, cumple con los rasgos propios de toda ciencia. La diferencia sobreviene cuando indaga acerca de las "causas últimas o más profundas" de la realidad, sin quedarse en la superficie propia de las causas próximas o inmediatas.

---

[2] Caso peculiar es el de la teología (Theo = Dios, logos =estudio), un conocimiento riguroso, metódico, ordenado y sistemático – vale decir, científico - cuyo objeto de estudio es el Ser Supremo.
[3] Hervada, J. (2008). Lecciones Propedéuticas de Filosofía del derecho (a partir de ahora: LPFD). EUNSA, Pamplona

Adicionalmente, el objeto del estudio filosófico es omniabarcante: la realidad completa, todo aquello que posee el ser. En este sentido, se distingue de las ciencias particulares, tanto de las exactas como de las humanas, que tienen objetos particulares o restringidos de estudio[4].

Al analizar la realidad completa según sus causas más profundas, la filosofía trasciende lo fenoménico.[5] Es, pues, metafenoménica y, por ende, es metacientífica: si bien cumple – como hemos visto – con el concepto de ciencia en general, al mismo tiempo supera el concepto de ciencia particular: aquella cuyo objeto de estudio es restringido y que busca inquirir únicamente acerca de causas próximas o inmediatas de un fenómeno.

Hay, entonces, una diferencia metodológica entre la filosofía y las ciencias particulares: la búsqueda de *las causas más profundas que determinan el ser de todas las cosas* resulta diversa de la explicación de *las causas inmediatas de los fenómenos.* Mientras el biólogo intentará explicar los procesos que dan lugar a la fotosíntesis en los vegetales, al filósofo le interesará algo más profundo: el ser mismo de aquellos entes naturales llamados vegetales. De ahí que exista una rama filosófica que se conoce como filosofía de la naturaleza. El método filosófico no resulta menos riguroso que el método científico-experimental, aunque sí es distinto.

En definitiva, afirmamos con Javier Hervada – el iusfilósofo que tendremos como referente en este texto – que la filosofía es ciencia, mas no en el sentido restringido de una ciencia particular: es *saber supremo y saber trascendente*[6]. El solo término metafísica (que implica, como es evidente, ir más allá de lo físico) así lo sugiere. La metafísica aborda el ser de las cosas, trascendiendo sus apariencias sensibles. Empírico, experimental, fenoménico y positivo son términos cercanos, que reflejan la realidad sensible, el dato experimental. La filosofía no se conforma con ese conocimiento que permanece en la superficie del ser.

---

[4] A título de ejemplo, es fácil advertir que tanto la biología como la economía tiene objetos particulares o restringidos de estudio, aunque la primera se rija exclusivamente por el método científico-experimental, mientras que la segunda tienda a ser una ciencia humana, relativa a la administración por parte del hombre de los recursos escasos. A la filosofía, por el contrario, le interesa todo ente, pertenezca éste al reino vegetal o a esa parte de la vida humana.

[5] Fenómeno: lo observable y verificable, y que aparece como evidente a los sentidos.

[6] Cfr. LPFD, p. 10.

Como nos recuerda el mismo autor, en el hombre hay una tendencia a un saber radical y último: la filosofía es "tensión hacia la sabiduría". El alma del filósofo siempre está insatisfecha: no se conforma con un saber superficial. Como ya hemos dicho, el filósofo es, pues, el que indaga en las causas más profundas de las cosas[7]. Si queremos elaborar una auténtica filosofía del derecho, hemos de adoptar dichas disposiciones intelectuales y espirituales.

El alcance de las ciencias particulares es más limitado que el de la filosofía. Hay problemas filosóficos que las ciencias no pueden resolver, porque se encuentran más allá de su método: superan su estatuto epistemológico. Así, la biología de por sí no puede obtener conclusiones éticas, pues esto le corresponde a la bioética. O bien, la física por sí misma no resuelve la condición creada o increada del universo, aunque algunos científicos atisban estos problemas trascendentes e intentan aportar conclusiones.

Hervada señala que habría que evitar dos extremos: pretender que la filosofía se separe de la experiencia, como hace el idealismo, o bien reducir todo conocimiento a experiencia, como hace el empirismo. La filosofía parte de la experiencia sensible, pero luego la trasciende: sus planteamientos son metaempíricos. Podemos expresar lo anterior a través de un sencillo esquema:

CIENCIAS PARTICULARES → abarcan lo empírico
FILOSOFÍA → abarca tanto lo empírico como lo metaempírico.

En conclusión, *la filosofía es ciencia en el sentido clásico.* Sin embargo, en relación con las ciencias particulares, resulta ser un conocimiento superior, metacientífico y metaempírico.

Filosofía y filosofía del derecho

Hemos dicho que la filosofía tiene por objeto de estudio la realidad completa: es omniabarcante. Sin embargo, aquí nos conviene continuar con nuestro ejercicio epistemo-

[7] *Cfr. ibídem, p. 3.*

lógico y recordar que la filosofía admite una ramificación en diversas disciplinas, con diversos objetos de estudio: así, la filosofía de la naturaleza o cosmología, que estudia el cosmos, la naturaleza; la antropología filosófica, que estudia al hombre, y un largo etcétera. Se puede filosofar – vale decir, inquirir acerca de las causas más radicales y profundas de las cosas – sobre cualquier objeto. De ahí que cabe elaborar una filosofía acerca del derecho.

Aunque parezca redundante o tautológico, la filosofía del derecho puede definirse como el saber filosófico cuyo objeto es el derecho[8]. Se trata de aproximarse a lo jurídico para indagarlo en su radicalidad y ultimidad; en definitiva, conocer el ser más profundo del derecho, sin conformarse con una mirada superficial. Decimos superficial no en un sentido peyorativo. Lo que pretendemos afirmar es que la perspectiva del filósofo del derecho es más profunda que la del científico del derecho. Examinemos este punto a continuación.

Filosofía del derecho y ciencia del derecho

¿El derecho es ciencia? Sin duda, la expresión – tan frecuente en la literatura – ciencia del derecho nos da una pista. Volvamos a hacer un ejercicio epistemológico y preguntémonos si, en el caso de la disciplina jurídica, se cumplen los parámetros propios de una ciencia, es decir: *conocimiento sistemático de una realidad por sus causas.* No podemos abordar aquí, en pocos párrafos, un tema tan amplio como es el del carácter científico del derecho. Solo pretendemos que éste se tenga presente dentro del ejercicio epistemológico que estamos realizando.

El científico del derecho, el jurista académico, emplea un método de estudio, un sistema, un orden. E inquiere acerca de las *causas próximas o inmediatas de lo jurídico.* Habrá otras disciplinas o ciencias que también abordarán lo jurídico – es decir que tendrán el mismo objeto de estudio material –; lo que diferirá será su objeto formal.

La distinción no es inocua: el objeto material hace referencia al objeto estudiado; el formal, al punto de vista

[8] *Cfr. ibídem, p. 20.*

o perspectiva que se adopta al acometer ese estudio. Una cosa es el estudio que puede realizar un civilista o un penalista acerca del código civil o penal, y otra el estudio que acerca de las mismas leyes puede elaborar un sociólogo del derecho. A los primeros les interesará sistematizar los conceptos fundamentales que se hallan presentes en dichos cuerpos normativos; el segundo probablemente intente identificar los efectos sociales que la aplicación de dichas normas va a producir. Ambos científicos – los juristas y el sociólogo – estudian la misma realidad (el derecho), es decir, comparten un mismo objeto material de estudio; lo que difiere es la perspectiva, el objeto formal.

El derecho es una ciencia social, humana. Ya veremos más adelante que, para el realismo jurídico clásico – el que arranca con Aristóteles, se desarrolla a través de los juristas romanos, se consolida con Santo Tomás de Aquino, y llega hasta nuestros días – el factor que determina la presencia de lo jurídico en la realidad serán las relaciones de justicia.

Por otra parte, el objeto formal de la ciencia del derecho, el punto de vista o perspectiva propia del jurista será el de la búsqueda de la justicia en sus diversas vertientes: justicia legal, conmutativa o distributiva. Un sociólogo o un politólogo abordarán esas mismas relaciones de justicia – o fenómenos jurídicos –, pero desde la perspectiva de sus efectos o repercusiones en la configuración del modelo de sociedad, o desde el punto de vista propio de las ideologías políticas respectivamente.

La filosofía del derecho es, pues, el estudio del derecho a nivel filosófico. El conocimiento jurídico resulta incompleto cuando no llega a ese nivel: el de las causas últimas y los principios supremos de la realidad estudiada[9].

Vale decir que el estudio del derecho que realiza un iusfilósofo resulta ser más profundo y completo que el que lleva a cabo un penalista, civilista o experto en derecho tributario: mientras el estudio científico de las diversas ramas del derecho lleva a un conocimiento inmediato de los conceptos, instituciones y normas que conforman la realidad jurídica, el estudio filosófico busca desentrañar aquellas realidades pro-

[9] *Cfr. ibídem, p. 11.*

fundas que subyacen en las realidades jurídicas: detrás del delito están la libertad y la voluntariedad del hombre; detrás del derecho de propiedad se halla la capacidad humana de hacer suyas las cosas; y, en el fenómeno jurídico y económico de la tributación, se halla presente la justicia distributiva, por solo citar unos pocos ejemplos.

Libertad, persona, voluntariedad, dignidad humana, inalienabilidad, etc. son nociones filosóficas, con matices provenientes de la psicología o la antropología, que aportan sustancialmente a la ciencia del derecho. El penalista no puede prescindir del concepto del hombre como ser libre y responsable de sus actos al configurar la noción de crimen o la de delito, y en esa dirección se beneficia de la labor iusfilosófica; el civilista o el mercantilista sistematizan las instituciones propias del derecho privado, pero el iusfilósofo puede aportarle una reflexión más profunda acerca del fundamento del derecho natural a la propiedad como eje del tráfico jurídico y del comercio. O bien el caso de un constitucionalista, cuya labor científica ha de nutrirse de nociones con fundamento filosófico como las de derechos fundamentales del hombre, derechos de libertad, sociabilidad natural del hombre, etc.

La filosofía del derecho es un estudio filosófico que, al mismo tiempo, se realiza con perspectiva jurídica[10]. La conexión entre filosofía y ciencia – entre filosofía del derecho y ciencia del derecho – sin duda tiene un cauce, por ejemplo, en la precisión terminológica y conceptual. No se puede filosofar acerca de un objeto que se desconoce. El filósofo del derecho ha de adentrarse en el conocimiento de las instituciones y relaciones jurídicas para luego elaborar su análisis, enriquecido de los hallazgos de la filosofía. Así, cuán fecunda puede resultar la reflexión acerca de la personalidad jurídica cuando antes se ha tenido en cuenta la noción filosófica de persona. Esto último, no solo recurriendo a la definición de persona que aportó el gran Boecio (*individua substantia rationalis naturae*, es decir: "sustancia individual de naturaleza racional"), sino aclarada con el riquísimo análisis de autores como Karol Wojtyla, que estudian la persona en el dinamismo de la acción, con el aporte de la fenomenología[11].

---

[10] Lo sostiene Hervada, repetidas veces, en LPFD.

[11] Para un análisis sintético de dicho aporte cfr.: Burgos, J. M. (2011). Prólogo. En K. Wojtyla, Persona y acción (pp. 7–27). Ediciones Palabra.

Es evidente que la adopción de una determinada filosofía o cosmovisión repercute en la elaboración de una filosofía del derecho y de la misma ciencia del derecho. Consideremos, por ejemplo, cuán distintas pueden resultar una filosofía y una ciencia del derecho construidas a partir de un pensamiento cristiano, o de una ideología liberal o marxista. Pensemos en un caso muy concreto, que es el de la elaboración de una Carta Magna en el seno de una Asamblea Constituyente. Desde una perspectiva liberal, se pondrá un claro énfasis en los derechos de libertad en sus diversos ámbitos, así como en la defensa de la propiedad privada, del libre comercio, etc. Una cosmovisión marxista, por contraste, impregnará el derecho de un sesgo materialista-dialéctico, con la noción de lucha de clases y reivindicación social como eje en la elaboración de las normas jurídicas: un contexto en el cual no se reconoce o se restringen las libertades individuales – el Estado lo es todo – y se anula o limita el derecho a la propiedad, entre otros.

Asumir una antropología equilibrada y certera, una concepción de la persona humana acorde con su naturaleza, también resulta clave en la elaboración de las normas jurídicas y en la comprensión del derecho. La invocación de Dios en el preámbulo de un texto constitucional, o bien nociones como la de persona, ecología, sexualidad, matrimonio, filiación, etc., han de responder a la realidad del hombre y de la mujer, y no pueden traicionar su ser más profundo. De otra forma, el contenido de la normatividad jurídica puede llegar a atentar contra el hombre mismo y dejar de ser derecho justo, expresión que en realidad es algo redundante.

Como anota Juan Manuel Burgos: Karol Wojtyla, en la obra cumbre de su filosofía que es *Persona y Acción*, asumió el reto intelectual de ofrecer una fundamentación antropológica adecuada de lo que es el hombre como ser personal, para de ahí construir una ética personalista. Afirmaba que iba a "poner la ética entre paréntesis" como metodología, para centrarse primero en la antropología[12]. De modo análogo, el filósofo del derecho está llamado a dotar a la realidad humana que es objeto de su filosofar de los necesarios contenidos de

[12] *Cfr. Burgos, J.M. (2011, p. 12).*

antropología y ética: comprender primero quién es el hombre y cuál es su actuar virtuoso para una vida feliz, para luego discernir cuál es su actuar justo en su especificidad.

Filosofía del derecho y ciencia del derecho natural

Nuestro ejercicio epistemológico – de clasificación y subdivisión de las ciencias, filosóficas y particulares – continúa. Hemos afirmado, respaldados en una tradición multisecular, que el derecho es ciencia humana y social. Lógicamente, las diversas ramas de la ciencia jurídica gozan de cierta autonomía, y así hablamos de especialistas – científicos del derecho – en derecho civil, mercantil, constitucional y un extenso etcétera.

Dentro de las especializaciones de la ciencia del derecho hay una que atañe de modo particular a la filosofía del derecho y es el estudio del derecho natural. Éste es un tema que concitará nuestro interés a lo largo de todo el libro: el preguntarnos, una y otra vez, si existen exigencias jurídicas derivadas de la naturaleza racional del hombre. O si acaso – como sostiene el iuspositivismo – las exigencias jurídicas se derivan únicamente de la normatividad estatal.

La existencia de una juridicidad natural, de unas relaciones de justicia enraizadas en la naturaleza humana, ha sido objeto de un estudio científico, de modo que se ha hablado de una ciencia del derecho natural: *iuris naturalis scientia*, en latín; *Naturalrechtwissenschaft*, en alemán[13].

Hoy en día, cuando se ha cuestionado la existencia y vigencia del derecho natural, hablar de una ciencia que verse sobre el mismo puede resultar chocante, por decir lo menos. Sin embargo, lo que estamos afirmando no resulta tan extraño si consideramos que las relaciones de justicia natural como la filiación, la propiedad, el respeto de las libertades, el matrimonio, etc. pueden ser objeto de un estudio científico. Cabe, entonces, una ciencia del derecho natural.

Ahora bien, esas mismas relaciones jurídico-naturales pueden ser abordadas no desde un punto de vista

---

[13] Incluimos la expresión latina por su raigambre ya clásica; la alemana, por cuanto los estudios de derecho natural adquirieron tal fuerza en el ámbito germánico en los siglos XVII-XVIII, que dieron lugar a toda una escuela de pensamiento en las universidades alemanas: la escuela del iusnaturalismo racionalista.

meramente científico – al modo de un jurista: civilista, constitucionalista, penalista, etc. – , sino de modo metacientífico o filosófico: así, no nos conformaremos con estudiar la propiedad privada como instituto jurídico natural, sino como fenómeno propio de la estructura ontológica y social del hombre, que al mismo tiempo da lugar a relaciones de justicia; o bien, estudiar el matrimonio no solo como relación jurídica natural, sino filosofar acerca de él, desentrañando otros aspectos relativos al ser del hombre y la mujer, como puede ser la complementariedad antropológica: un aspecto que trasciende la mera relación de justicia. De nuevo, la filosofía del derecho se presenta como un estudio filosófico con perspectiva jurídica.

Derecho natural y ética social

La ciencia del derecho natural es, pues, una rama autónoma de la ciencia del derecho. Esto ha tenido un claro reflejo en la aparición de sendas cátedras universitarias de derecho natural a partir del siglo XVII, inexistentes en muchas universidades de hoy en día. La tradición del iusnaturalismo clásico reafirma la idea de que el derecho natural no es un mero ideal o una entelequia, sino que es auténtico derecho vigente y, por tanto, su estudio científico compete al jurista.

El derecho natural también debe distinguirse de la ética o moral social. Se trata de disciplinas cercanas, pero distinguibles epistemológicamente. La diferencia radica en la especificidad de lo jurídico: las relaciones de justicia, según la versión del iusnaturalismo clásico que asumimos con Hervada y otros autores. Esto si bien dicha especificidad se halla, para otras escuelas y autores, en otros elementos. Como en el caso del iuspositivismo kelseniano, que entiende lo jurídico como normatividad aprobada por el Estado, coactivamente aplicable. Quizás muchos hemos estado más habituados a este concepto de juridicidad, pues el del iusnaturalismo clásico ha perdido fuerza en muchos ambientes.

La ética social, epistemológicamente hablando, no es una disciplina jurídica. Su objeto de estudio son los actos

humanos en sociedad (objeto material) en cuanto son conformes o disconformes con el fin trascendente del hombre (objeto formal). A diferencia del derecho natural, que estudia las relaciones de justicia derivadas de la naturaleza, lo justo natural.

Por otra parte, la ética social es una disciplina filosófica: es una filosofía de dimensiones prácticas, pues se refiere al obrar del hombre. Como apunta Mariano Fazio a propósito del pensamiento de Jacques Maritain, la ética o moral "es un saber científico cuyo objeto es la praxis, es decir su finalidad es el estudio de la acción humana a la luz del bien último del hombre"[14]. Esto por contraste con disciplinas filosóficas de carácter especulativo (léase: ontología, metafísica, cosmología).

El carácter de praxis, propio de la ética, no va en detrimento de su *función sapiencial*: la capacidad de una ciencia de ordenar y orientar otras ramas del conocimiento y abordar los problemas más profundos de la existencia humana. Este carácter sapiencial, de auténtica sabiduría, es metacientífico, pues trasciende el nivel de las ciencias particulares y, como afirma Mariano Artigas, es compartido por la metafísica en el plano teórico y por la ética en el plano del obrar o práctico[15].

El derecho natural, en cambio, es una disciplina jurídica: es, pues, parte de la ciencia del derecho. Lo cual no obsta para que se haga filosofía acerca del derecho natural. Es más, el derecho natural resulta ser uno de los grandes temas de la filosofía jurídica, salvo que se adopte una postura negadora de su existencia. Aun en este caso, se hace una referencia a éste, implícita o explícita, aunque sea para negarlo.

La peculiaridad del objeto de estudio de la ciencia del derecho natural (las relaciones de justicia derivadas de la naturaleza racional del hombre) es que no se trata de un objeto de estudio como el de cualquier otra rama del derecho (como el derecho informático, o el derecho procesal civil o penal): se trata de un objeto de estudio que, siendo jurídico, es a la vez filosófico. Hallamos aquí un punto de convergencia entre la filosofía y el derecho: es, pues, filosofía del derecho.

---

[14] Fazio, M. (2019). Historia de las ideas contemporáneas: Una lectura del proceso de secularización (6.ª ed.). Ediciones Rialp, p. 320.

[15] Cfr. Artigas, M. (2009). Filosofía de la ciencia (2.ª ed.). Ediciones Universidad de Navarra. p. 134.

Dimensiones y funciones de la filosofía del derecho

Javier Hervada – el autor al que seguimos en lo esencial – es quien realiza la distinción entre las dimensiones y las funciones de nuestra materia. La recogemos por su interés.

Dimensiones

Según nuestro autor, la filosofía del derecho no es meramente especulativa o teórica, sino que admite también una dimensión de carácter práctico. Mientras la dimensión especulativa incluye aspectos propios de la dogmática jurídica – como pueden ser los principios supremos de legislación –, la dimensión práctica se dirige a analizar propiamente la aplicación del derecho, es decir la jurisprudencia o *ars iuris*[16].

Lo anterior parece lógico en la medida en que el objeto de nuestra disciplina es el derecho, realidad que da lugar a una ciencia humana, construida sobre la base de unos principios generales, y – al mismo tiempo – es praxis de la acción justa, en la tradición iusnaturalista realista. Se conjugan así la especulación, el aspecto teorético, y la praxis[17]. El filósofo del derecho teoriza, pero también analiza y verifica – de modo científico – la praxis jurídica del dar a cada uno lo suyo, fórmula de la justicia que más adelante abordaremos.

Funciones

Hervada resalta que la filosofía cumple con una función crítica y fundamentadora de las demás ciencias, humanas y experimentales: ofrece *una crítica racional de toda actividad humana*[18].

Según el mismo autor, concretamente, serían funciones de la filosofía del derecho:

a) proporcionar conocimientos metacientíficos de los que carece la ciencia del derecho;

---

[16] *Cfr. LPFD, pp. 50-52.*

[17] *No olvidemos que praxis es un término de origen griego que significa práctica, en oposición a teoría (cfr. DRAE).*

[18] *Cfr. LPFD, pp. 52-54.*

b) complementar nociones jurídico-positivas con nociones filosóficas[19].

El derecho no es una rama científica cerrada en sí misma, aunque goce de autonomía. Admite ser permeado y enriquecido con las nociones iusfilosóficas. Así, como ya anticipamos, resulta imposible comprender el derecho penal en profundidad sin las nociones de libertad y voluntariedad humanas. O bien, el principio de la autonomía de la voluntad en la contratación privada, como faceta de la libertad que – en el mundo jurídico – se plasma en un sinnúmero de tipologías contractuales, que son fruto de la iniciativa y el ingenio humanos.

Por abundar en otros ejemplos, no cabe identificar el concepto de Estado – como hacen los iuspositivistas – con el de normatividad positiva (las leyes escritas)[20] . Si, con las herramientas filosóficas, se profundiza algo más, se llega a la conclusión de que la existencia de una autoridad – bajo la forma del Estado moderno, en estos momentos de la Historia – es un elemento acorde con la naturaleza social y racional del hombre. La postura anarquista – ausencia de autoridad – es antinatural.

Los temas de la filosofía del derecho

¿Cuáles son los temas propios de nuestra disciplina? Aunque ya hemos enumerado algunos, podríamos señalar – siguiendo a Hervada[21] – temáticas como las siguientes, si bien no se trata de un numerus clausus:

- la de la justicia en cuanto virtud y la de la injusticia, como lesión del derecho;

- el concepto de ley (tema esencial de la ciencia del derecho) con perspectiva filosófica;

- el desarrollo del concepto de personalidad jurídica, sustentado en el concepto filosófico de persona;

---

[19] Ibídem.

[20] Recordemos el principio kelseniano según el cual "todo lo jurídico es estatal", y "todo lo estatal es jurídico".

[21] Cfr. LPFD, p. 48.

- la idea del derecho natural como ordenamiento trascendente[22];

- como mencionamos más arriba, aspectos propios de la dogmática jurídica, como pueden ser los principios supremos de la legislación;

- la *positivización o positivación*[23] del derecho natural, es decir la entrada en vigor del derecho natural al ser incorporado, a través de las formalidades del caso, al ordenamiento jurídico estatal o bien internacional;

- la confrontación permanente entre iuspositivismo y iusnaturalismo, sin duda constituye uno de los temas clásicos y definitorios para cualquier filosofía del derecho que se construya.

Desde una perspectiva bastante distante a la de Hervada, aunque también se llame iusnaturalista – la del idealismo trascendental de Kant –, el profesor de Roma Giorgio Del Vecchio delimita los temas de la filosofía del derecho dentro de tres tipos de investigaciones:

- la *investigación lógica,* que busca el concepto universal del derecho, que trasciende el estudio propio de las diversas ramas de la ciencia jurídica;

- la *investigación fenomenológica*, es decir la del derecho como fenómeno que, si bien se da en la Historia de la humanidad, presenta unos caracteres a la vez metahistóricos, que trascienden los sistemas jurídicos concretos de cada nación;

- la *investigación deontológica*, vale decir aquella que tiene que ver con el deber ser del derecho o el ideal del derecho frente a lo que es en la realidad empírica[24].

En el medio nacional, el iusfilósofo ecuatoriano Pedro Fernández de Córdoba – por mencionar un autor de nuestro

---

[22] La tradición iusnaturalista clásica defiende el carácter jurídico del derecho natural como derecho vigente. La juridicidad del derecho natural es peculiar, pues es de origen natural. Por tanto, trasciende las realidades jurídico-positivas, que son creación artificial del hombre. Así, el carácter jurídico de la institución matrimonial o de la propiedad privada resulta trascendente – pues toca el ser mismo del hombre – por comparación a la juridicidad de una normativa de tránsito establecida por la autoridad de turno.

[23] Ninguno de estos dos términos ha sido acogido por el Diccionario de la Lengua Española. Se trata de neologismos propios de nuestra materia y de la ciencia del derecho.

[24] Cfr. Del Vecchio, Giorgio, Filosofía del derecho, Casa Editorial Bosch, 7ª edición, Barcelona, 1960, pp. XXVIII-XXXI.

medio local en la materia – en sus "Apuntes de filosofía del derecho", hace un destacable elenco de temas[25], entre los que resaltamos los siguientes:

- el conocimiento humano (gnoseología y, dentro de ésta, la gnoseología jurídica o el conocimiento del derecho);

- el método de la filosofía del derecho;

- la ubicación ontológica del derecho (lo cual equivale a abordar el derecho con perspectiva filosófica, ya que la ontología estudia el ser de los entes). Bajo este epígrafe, dicho autor analiza, por ejemplo, el mundo de la naturaleza física y el derecho, el mundo de la naturaleza psíquica y el derecho, el de los entes ideales y el de los valores (axiología jurídica).

Podríamos mencionar muchos otros autores, temas y subtemas. Se trata solo de dar una pincelada que nos permita tener una idea inicial de la temática que aborda nuestra asignatura universitaria.

[25] *Fernández de Córdoba, P. (2001). Apuntes de filosofía del derecho (2.ª ed.). Corporación de Estudios y Publicaciones.*

Lección 2:
Metafísica jurídica o el ser del derecho

Metafísica y ontología jurídicas[26]

La metafísica es la ciencia filosófica que se ocupa de estudiar el ser, trascendiendo la realidad física, fenoménica o empírica. Como bien anota Mariano Fazio, en el estudio ya citado sobre Jacques Maritain, puede decirse que "la metafísica es *inútil*, en el sentido de que es un conocimiento contemplativo. Es una finalidad, no un medio, que revela al hombre los auténticos valores y su jerarquía"[27]

La ontología se ocupa de lo entitativo, del estudio de los entes, individuos con un ser real (entes reales) o con un ser presente únicamente en el intelecto humano (entes de razón, en terminología clásica), como puede ser el caso de una sirena o el de una república. Algunos de estos entes de razón tendrán fundamento en la realidad (entes de razón con fundamento in re). Así, el Estado ecuatoriano es un ente racional, pues carece de la realidad o entidad que puede tener un ser concreto (un árbol, un ave, un ser humano), y sin embargo tiene fundamento en la realidad, pues cuenta con un territorio, una población, etc. Otros entes racionales existen únicamente en el intelecto, carecen de existencia extra-mental y tampoco tienen fundamento en la realidad

---

[26] Para un estudio más detenido y profundo de esta rama filosófica, recomendamos la siguiente obra que hemos consultado: Riofrío Martínez-Villalba, J. C. (2016). Metafísica jurídica realista. Marcial Pons.

[27] Fazio, Mariano, op. cit., p. 319.

(así, el centauro es un ser imaginario, sin fundamento real).

Por dar unas definiciones elementales, la metafísica distingue lo sustancial de lo accidental: la sustancia es aquello que subsiste por sí mismo y que da lugar a un individuo, que – en algunos casos – puede ser llamado *persona*. Lo accidental – los accidentes – es aquello que no puede subsistir por sí mismo, sino que existe en otro, en una sustancia: el color rojo no existe *solo*, sino que se da en una sustancia material a la que cualifica.

La metafísica clásica ha señalado, dentro de las categorías del ser, diversos tipos de accidentes, cuyo examen detenido no nos es posible acometer aquí[28]. Sin embargo, nos interesa especialmente uno que acabamos de mencionar: el accidente relación. Según los clásicos, la relación es el accidente con menor entidad, aunque sea real.

Con base en lo anterior, nos volvemos a preguntar: ¿cuál es el ser del derecho? ¿Es una sustancia o es algo accidental? Para responder a semejante interrogante es necesario tener una noción de derecho, tema que por ahora solo anticiparemos de algún modo, pues merecerá un tratamiento más amplio en una unidad completa. Lo que podemos afirmar es que en, este punto, influirá esencialmente la iusfilosofía que se adopte. Así, mientras para el normativismo y el iuspositivismo el ser del derecho es el de una norma o ley, escrita o consuetudinaria, para el realismo iusnaturalista el ser del derecho será el de la cosa justa (*res iusta*), cuya noción anticipamos aquí: el derecho sería *una cosa atribuida a un sujeto, en virtud de una deuda en sentido estricto, y mediante un título*[29].

El fenómeno de la atribución (así, el de la propiedad de un predio a su propietario, o el de un título académico a su titular) implica una relación entre la cosa y el sujeto. Una relación – desde el punto de vista metafísico – es algo accidental, no sustancial, pero re*al. La realidad del derecho es la de del accidente relaci*ón. Más adelante veremos que una deuda

---

[28] Sustancia y accidentes agotan los modos de ser reales (o predicamentos). En la metafísica clásica (aristotélico-tomista) se mencionan nueve accidentes: cantidad, cualidad, relación, tiempo (quando); accidentes relativos al espacio: ubi y situs; los accidentes acción y pasión, según el sujeto realice o padezca la acción y, finalmente, el habitus (relativo al modo de presentarse). Cfr. Gómez Pérez, R. (1990). Introducción a la metafísica (4.ª ed.). Ediciones Rialp, pp. 55-56.

[29] Noción expresada en diversos lugares de su obra por Javier Hervada.

jurídica es generada por la atribución mediante título. Pues bien, esa deuda también tiene naturaleza relacional, pues implica a dos sujetos (acreedor y deudor) que están vinculados[30].

Si hacemos un ejercicio de metafísica jurídica, podríamos señalar que las relaciones de justicia que entretejen el mundo de lo jurídico son reales. No podemos negar la realidad de la relación paternofilial o la relación conyugal propia del matrimonio, por citar dos ejemplos contundentes. En el mundo jurídico habrá relaciones de justicia naturales (como las de los ejemplos apenas mencionados) y otras creadas por las normas positivas (una relación contractual cualquiera, en la mayoría de los casos, no será natural, pero es real en la medida en que vincula a dos o más sujetos). *El accidente relación está, pues, en el núcleo de la metafísica jurídica.*

Aunque Hervada plantea la presencia de relaciones de justicia como criterio determinante de juridicidad, en torno a dichas relaciones existen elementos que también forman parte del mundo de lo jurídico. Tal es el caso de la ley o norma jurídica. Hervada nos dirá que *la ley es regla y medida del derecho*[31]. Aunque examinaremos este punto con detenimiento más adelante, interesa ahora anticipar que, efectivamente, la ley establece límites ontológicos al derecho, al fijar los ámbitos de su ejercicio, su extensión y límites, etc. Si se piensa, por ejemplo, en un tratado limítrofe entre dos estados, o bien en los plazos de caducidad de una licencia de conducir, es evidente que la norma jurídica afecta al ser de un derecho concreto.

Si analizamos una costumbre normativa, comprobamos que además de fundamentarse en un hecho sociológico constatable (un modo de hacer que es habitual en un pueblo), tal hecho constituye un factor ontológico: tan es así que se refiere al accidente acción, una de las categorías del ser a las que hemos hecho referencia.

Por ejemplo, es un hecho (una acción constatable

---

[30] Desde un ángulo distinto, el pensador iusnaturalista Louis Lachance también habla de la naturaleza del derecho como relación: se trata de una relación de igualdad entre el débito legal y lo efectivamente dado (citado por Vigo, R. L. (2008). Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho. Rubinzal-Culzoni Editores, p. 206. A partir de ahora citamos esta obra como VCHFD).

[31] Cfr. Hervada, J. (1999). Introducción crítica al derecho natural (1.ª ed. peruana). EUNSA, pp. 152-153.

en el tiempo) que en un determinado pueblo indígena existe un modo habitual de resolver de un determinado tipo de conflicto. Y la ley acoge dicha costumbre como parte del ordenamiento jurídico. El accidente acción se convierte en fuente de derecho.

Si el derecho tiene un ser, es necesario determinar – a través de las herramientas que nos proporciona la filosofía– cómo se cumplen en él las categorías de los trascendentales, cuyo examen acometemos ahora.

Los trascendentales del ser

La filosofía clásica realista – también conocida como aristotélico-tomista, por su dependencia en el pensamiento del Estagirita y en el del Aquinate[32] – nos ha aportado un importante hallazgo, un modo de captar el ser de las cosas conocido como trascendentales del ser. ¿A qué se refiere esta expresión?

En primer lugar, habría que preguntarse ¿qué se entiende por trascender? Esto por cuanto este vocablo admite, como muchos, diversas acepciones o significados. Sin ceñirnos a la literalidad, el Diccionario de la Lengua Española nos ofrece una definición según la cual es trascendental "aquella noción que no es género y que se aplica a todo, como acontece con las (nociones) de unidad y de ser"[33].

Lo anterior es precisamente lo que sucede con los llamados trascendentales del ser: en nuestras palabras, son aspectos del ser que, al mismo tiempo, se identifican con él, y son los siguientes: la verdad, el bien, la belleza y la unidad. Se identifican con el ser en cuanto todo ente – todo individuo que posee el ser, la existencia[34] – es verdadero, bueno, bello y uno. *Ens et bonum, convertuntur,* dirá la filosofía clásica: el ente y el bien se "convierten", son intercambiables.

Todos los trascendentales merecen ser tratados con igual relieve, a fin de no caer, por ejemplo, en los excesos de la Ilustración, que deifica a la razón. La siguiente cita de Alfonso Aguiló parece resumir el problema: "No basta con la razón (…) para que una sociedad sea justa, solidaria y equilibrada. Para

---

[32] Aristóteles es natural de la ciudad de Estagira.

[33] DRAE, voz "trascender", n. 5.

[34] La filosofía añade un matiz, pues la existencia sería más bien el resultado de la posesión del ser.

que haya equilibrio en la persona y en la sociedad, se necesita atender, junto con la razón, a la voluntad y a la sensibilidad. La persona y la sociedad deben proponerse buscar lo bueno, lo verdadero y lo bello; y esto supone hablar de voluntad, inteligencia y sentimientos; y a su vez de la ética, la ciencia y el arte. Cuando se idolatra un método de inteligencia, como es la razón, sin encumbrar a su altura la ética y la estética, se desequilibra al individuo y la sociedad. Ese ha sido el fracaso de la Ilustración"[35].

Cada una de estas categorías universales corresponden a algo real, que se halla en todo ser. Y cada uno de estos aspectos reales son captados por una facultad o potencia del hombre. Además, existe una disciplina filosófica que se "encarga" de acceder a esa realidad. Lo intentamos explicar en este sencillo esquema:

La unidad es quizás captada por lo que los escolásti-

Trascendentales del ser	**Facultad humana correspondiente**	**Rama filosófica que la estudia**
Verdad (verum)	Inteligencia	Ontología y lógica
Bondad (bonum)	Voluntad	Ontología y ética
Belleza (pulchrum)	Sensibilidad	Estética

cos llaman el *sentido común,* ya que es como el resultado de los otros trascendentales. De ahí que figuren en blanco los espacios correspondientes.

Verdad

"La lección de la historia del milenio que estamos concluyendo testimonia que éste es el camino a seguir: es preciso no perder la pasión por la verdad última y el anhelo por su búsqueda, junto con la audacia de descubrir nuevos rumbos. La fe mueve a la razón a salir de todo aislamiento y a apostar de buen grado por lo *que es bello, bueno y*

[35] *Aguiló, A. (2007). ¿Es razonable ser creyente? Ediciones Palabra, pp. 59-60*

verdadero. Así, la fe se hace abogada convencida y convincente de la razón"[36], sentencia san Juan Pablo II en su Encíclica *Fides et Ratio.* Se trata de una cita que nos parece esclarecedora, aunque – como es lógico – es vertida en un contexto que trasciende lo filosófico y establece un puente con la teología.

Los clásicos definieron la verdad como una "adecuación entre la cosa y el intelecto". Partamos de que el mundo de lo jurídico, la realidad jurídica, según el iusnaturalismo realista defendido por Hervada, está constituido por las relaciones de justicia: ahí donde detectamos este tipo de relaciones hay un algo – un *quid*, en terminología latina – jurídico. La verdad del derecho consistiría entonces en la captación certera – veraz – por parte del intelecto humano de todo aquello que, en la realidad circundante, pueda comportar una relación de justicia. El jurista debería ser capaz de percatarse con acierto de aquellas realidades en las que está en juego la justicia[37].

Mariano Artigas enfatiza el valor ético que entraña toda ciencia al buscar la verdad: "La búsqueda de la verdad es un valor que posee dimensiones éticas (...)"[38]. Y cita a Alasdair McIntyre, quien afirma que "como el arte y el derecho, la ciencia natural es un conjunto de proyectos que encarnan una tarea moral"[39]. En definitiva, toda ciencia – sea humana, sea natural o experimental – supone un compromiso con la verdad.

Hay algo verdadero, inteligible, en las relaciones de justicia. Sin embargo, la realidad jurídica – como veremos más adelante, y resulta evidente y experimentable – también abarca lo normativo. Sin caer en una postura normativista – aquella según la cual el derecho es esencialmente una norma o ley –, habrá que reconocer que el concepto filosófico y jurídico de ley responde a algo real.

Santo Tomás caracterizará a la ley como una "ordenación racional promulgada por la autoridad para el bien común"[40]. Hervada hará eco al Aquinate y profundizará, en el siglo XX, en que la ley es una regla o medida del derecho,

---

[36] San Juan Pablo II, Encíclica Fides et Ratio, n. 56. Énfasis nuestro.

[37] Para hacer esta reflexión parece necesario tener presente desde ya - más tarde nos detendremos en ella - la noción de justicia como virtud mediante la cual se da a cada uno lo suyo, en la formulación clásica

[38] Artigas, Mariano, op. cit., p. 104.

[39] Ibídem.

[40] Santo Tomás de Aquino, Suma Teológica I-II, q. 90, a. 4.

aunque no constituya la esencia del derecho, que es la de la *res iusta* o cosa justa. En ambos casos, hay una captación de la verdad, de la inteligibilidad de lo jurídico: la ley solo puede ser tal si su contenido es racional. Una norma que prescribiera una conducta *contra natura* – aborto, eutanasia, etc. – posee una verdad disminuida, si no del todo ausente: es la situación del denominado derecho injusto, que no es auténtico derecho.

Como se vio en el primer capítulo, el derecho es una ciencia particular, social y humana, y, como toda ciencia, aspira a conocer una parcela o sector de la verdad. La filosofía del derecho no busca solamente una verdad inmediata o próxima – como puede ser el estudio de un tipo de contrato mercantil, o de una sanción administrativa –, sino verdades últimas, como puede ser el carácter natural o positivo de una institución jurídica.

Bondad

Bondad ontológica y bondad moral

¿Qué es la bondad? La filosofía aristotélico-tomista plantea este trascendental como aquel aspecto del ser que lo hace apetecible a una facultad humana: la voluntad. Ésta sería la que se puede denominar bondad ontológica: la que posee todo ente en cuanto *es*, en mayor o menor medida[41]. Evidentemente, el contraste entre la riqueza ontológica que puede poseer una pintura de Rembrandt y la de un grafiti en una pared es notable. Con buen humor, he intentado transmitir a mis alumnos cada semestre – y responden con una expresión de asombro – que también el diablo tiene bondad ontológica, pues existe: su sola existencia presupone un ser con ciertas cualidades tales como la inteligencia intuitiva.

Otra cosa es la bondad moral, tema que no podemos abarcar aquí sino muy someramente – pues configura toda una ciencia filosófica, la ética, pero que sin duda condiciona

---

[41] Santo Tomás de Aquino en Suma Teológica, II-II, q. 94, a. 2 señala que lo primero que alcanza nuestra aprehensión es el ente. En cambio, el bien es lo primero que se alcanza por la aprehensión de la razón práctica. Añade que el ente es la noción absolutamente primera del conocimiento, mientras que el bien es lo que todos apetecen: lo apetecible.

y está en la esencia del derecho: no cabe un derecho amoral ni inmoral.

Primero, señalemos que la bondad moral es propia de los actos humanos, los actos libres del hombre. Éstos tienen bondad en la medida en que se ajustan a las necesidades y características esenciales de su propia naturaleza. El derecho ajustado a la ética – a la naturaleza intrínseca del hombre – posee bondad moral y, por ende, tiene también una mayor riqueza ontológica[42]. El filósofo del derecho puede y debe, a través de las herramientas de la ética – ciencia filosófica – abordar la bondad moral de una ley o de un sistema jurídico. Se trata de un análisis que ayuda a superar una supuesta neutralidad ética del derecho, postura propia del más rancio iuspositivismo.

El jurista ecuatoriano Juan Larrea Holguín aborda el tema de la subordinación del Derecho a la Moral, en los siguientes términos: "Lo jurídico sirve a la moral. La Moral orienta y dirige el sistema jurídico e impide su corrupción; asegura que sirva al bien del hombre y la sociedad" (Larrea Holguín, 1998).

Bien y valor: Axiología y axiología jurídica

¿Bien y valor son términos equivalentes? Si el bien es aquello que hace al ser apetecible a la voluntad humana, ¿qué es lo que añade la noción – o mejor, la realidad – de un valor?

Un valor sería una *estimación objetiva del intelecto,* que capta la razón de bien presente en una realidad. Podríamos definirlo – con Hervada – como la *estimación del ser como bien, cuyo punto de partida es la dignidad humana*[43].

Hay dos matices que la noción de valor añade respecto de la de bien, que es más genérica:

1. en todo valor hay una estimación objetiva por parte del hombre;

2. dicha estimación se hace con referencia a la dignidad del hombre.

---

[42] Nótese que aquí estamos aceptando la acepción de derecho como cuerpo normativo. Esto no significa que la acojamos como la más apropiada para definir lo jurídico.
[43] Cfr. LPFD, p. 68.

En otras palabras, un valor es algo que merece la estima o es juzgado como un aporte para la dignidad humana; algo que contiene una riqueza ontológica apreciada a través de dicha estimación. En razón de lo anterior, algunos han denominado estimativa a la teoría o ciencia de los valores.

Como siempre, la etimología constituye una ayuda importante: los griegos acuñaron el término axiología: *axios*, valioso; *logos*, tratado o estudio. La axiología viene a ser el *tratado acerca de los valores*, una *rama de la filosofía que estudia la naturaleza de los valores y juicios valorativos.*

En cuanto a los tipos de axiología, en la historia de la filosofía una dicotomía constante es la que confronta al objetivismo realista versus el subjetivismo idealista/racionalista. La primera corriente considera que el hombre es capaz de adquirir un conocimiento cierto de la realidad exterior. Esta realidad es exterior al hombre, y no depende de éste para constituirse en el ser. El subjetivismo hace depender la realidad exterior – de cuya existencia se podría llegar a dudar – del pensamiento humano, el célebre *cogito* cartesiano. El subjetivismo lleva a Descartes a dudar de la existencia de la realidad exterior, captada por los sentidos.

Esta dicotomía se reproduce en el ámbito axiológico o de los valores. Hervada señala así dos tipos de axiología:

a) Axiología subjetiva (o teoría de los valores subjetivos): Según esta corriente, el valor es una estimación subjetiva, una "creación de nuestro espíritu". Por tanto, resulta cambiante y relativa. Puede depender del momento histórico, cultural, etc. Como ejemplo, podríamos citar el concepto de matrimonio, que cambiaría según las épocas y paradigmas culturales. O la ideología de género, según la cual el género es una construcción psicológica y cultural, sustitutiva de los sexos naturales, masculino y femenino. Se trata, pues, de una axiología que tiende al relativismo.

Podemos mencionar como autores de esta tendencia a Eduard von Hartmann o a Max Scheler[44]. El segundo defiende unos sentimientos o valores objetivos, aunque el punto de partida es, una vez más, la subjetividad del hombre, no la realidad externa o la realidad objetiva del ser humano. No

[44] *Autor sobre el que Karol Wojtyla profundizó en su tesis doctoral en filosofía, arribando a la conclusión de que – no obstante sus buenas intenciones- no daba lugar a una axiología objetiva.*

sería justo, sin embargo, situar a autores como Scheler en plano de igualdad con posturas como la del existencialismo ateo de Jean Paul Sartre, para el cual el hombre posee una libertad absoluta, que le permite construir un proyecto personal que no estaría condicionado en modo alguno por una naturaleza objetiva, pues ésta no existiría. O con otros autores de la postmodernidad que, en una línea parecida a la de Sartre, pretenden construir o deconstruir paradigmas culturales sin freno alguno. Tal es el caso, una vez más, de la ideología de género.

b) Axiología objetiva: Para esta corriente, el valor sería una estimación objetiva: el hombre se percata o descubre realidades objetivamente valiosas. Éstas no constituyen "creaciones de su espíritu". Es decir que su punto de partida no es la subjetividad humana sino la realidad. Así, yo debo descubrir, por ejemplo, que, dada la complementariedad hombre-mujer, el matrimonio es una institución natural cuya riqueza axiológica y ontológica no depende de la construcción o deconstrucción cultural que yo o mi colectivo podamos elaborar. Los valores – al menos aquellos fundamentales para la vida del hombre, quizás no otros secundarios – no se crean, sino más bien se indagan, se descubren. El hombre descubre y no construye su realidad intrínseca, ontológica.

Joaquín García-Huidobro, iusfilósofo chileno, hace un aporte a la axiología al comparar el pensamiento de Tomás de Aquino y John Finnis, iusnaturalista contemporáneo australiano-estadounidense. Señala que Finnis habla de valores, término que sería ajeno a la ética del Aquinate. Al abordar el tema de los valores, dice el chileno, Finnis no introduce matices subjetivistas, como sucede con otros autores contemporáneos que adoptan este término. El australiano distinguiría dos sentidos de bien:

a) el subjetivo: entendido como "meta particular que uno considera deseable";

b) el objetivo: definido como "una forma general de bien que puede ser realizada y en la que se puede participar de muchos e indefinidos modos y en muchas e indefinidas ocasiones"[45]

---

[45] *García-Huidobro, J. (1993). Razón práctica y derecho natural: El iusnaturalismo de Tomás de Aquino. Edeval, p. 86. En adelante, esta obra se citará como RPDN.*

En opinión de García-Huidobro, sería la segunda acepción la adoptada por Finnis para el término "valor". Por el contrario, en la mayoría de investigaciones de ética, la acepción asumida sería la subjetivista[46].

Axiología o estimativa jurídica

Hemos dicho que las cosas, en la medida en que tienen el ser, son buenas, o poseen una cierta bondad. En el mundo del derecho, se habla de *bienes* o *valores jurídicos*: la vida, la libertad, el honor, la propiedad, el matrimonio, la seguridad, etc., responden a esta denominación.

En el plano del derecho natural se trata de realidades dotadas de una bondad intrínseca que deben recibir un reconocimiento jurídico, pues originan relaciones de justicia. El jurista debe reconocer dichas realidades, a fin de que se positivicen y estén protegidas. El filósofo del derecho aporta al científico del derecho - al jurista - nociones filosóficas que contribuyen a realizar ese descubrimiento.

En el plano del derecho positivo, los valores responden a realidades que, *a posteriori*, han merecido la tutela por parte del ordenamiento jurídico vigente, en algunos casos por implicar relaciones de justicia natural; en otras, porque el legislador ha estimado que ése era el modo de regular una determinada situación humana; por ejemplo, estableciendo una multa como sanción a una infracción de tránsito.

La axiología jurídica – *estudio o tratado acerca de los valores jurídicos* – da lugar a una gradación o jerarquía de valores. En los sistemas jurídicos, no todos los valores son igualmente estimados[47]. Uno puede poner el énfasis en los derechos de libertad, mientras otro puede caracterizarse por la injerencia estatal en todos los ámbitos de la vida social. El carácter laico o confesional del Estado incidirá en el enfoque acerca de la libertad religiosa y permeará de determinados valores el sistema educativo.

Otra señal importantísima de la jerarquía que un ordenamiento jurídico asigne a un valor será, sin duda, el rango (constitucional, legal, reglamentario, etc.) de la norma que

---

[46] *Ibídem.*

[47] *A título de ejemplo, destacamos la ponderación axiológica realizada por un pastor de la Iglesia, el Cardenal Luis Cabrera Herrera, Arzobispo de Guayaquil, en el documento "Despenalización del aborto por violación", relativo al caso ecuatoriano, resuelto en sentencia del Tribunal*

tutela dicho bien/valor. En el terreno axiológico, remarca Alfredo Cruz, "la ley tiene un carácter marcadamente moral: no cabe una ley amoral o meramente técnica: *toda ley promueve un valor.* La ley no lo regula todo, solo los actos que afectan al bien común político: *el mínimo ético exigible públicamente a los ciudadanos*. Esto no supone formular una ética de mínimos, porque pretende crear auténticas virtudes cívicas"[48].

De todos los valores del derecho, el más importante o central es el de justicia. Tiene tanta importancia que algunos autores designan a la axiología jurídica como teoría de la justicia. Dedicaremos, como es lógico, al menos un capítulo de este libro a su estudio.

Cabe referirse – aunque sea someramente – a aquellas corrientes que abogan por una *ausencia de valores,* como ocurre con el nihilismo nietzscheano y tendencias deconstruccionistas de la postmodernidad. O a autores como Max Weber quien, desde la sociología, hace una especie de denuncia de cómo el desencantamiento que el progreso científico habría producido en la civilización occidental llevaría a la producción de *una ciencia sin valores,* entre ellas las ciencias humanas como el derecho[49]. No cabe, acotamos nosotros, una disociación entre ciencia y axiología como pretenden algunos.

Hervada cierra el tema del bien y el valor afirmando que la teoría de los valores o axiología debe ser sustituida por la teoría de las virtudes (emplea esta expresión de MacIntyre en su obra "Tras la virtud")[50]. Recordemos aquí el concepto clásico de virtud como hábito operativo bueno, que fundamenta la llamada ética de la virtud aristotélica, adoptada por autores cristianos contemporáneos y que nos servirá muchas veces de guía, norte u hoja de ruta en nuestro recorrido iusfilosófico.

Constitucional del año 2021. En dicho documento, Herrera señala lo siguiente: "Cuando los valores son de diferente naturaleza o dignidad, como la vida del niño por nacer y la dignidad e integridad de la mujer, en cambio, prevalece el valor de la vida del niño por nacer (…) En el caso del aborto por violación, entran en conflicto el valor superior de la vida del niño por nacer y el valor de la dignidad e integridad sexual, física y psicológica de la mujer. Los que están a favor del aborto por violación, sin embargo, dan el mismo valor legal y moral al crimen de la violación que al crimen del aborto (…)." (Cfr. Cabrera, Luis, "Despenalización del aborto por violación", documento pastoral, Guayaquil, 24 de agosto de 2021, p. 9. Énfasis nuestros.).

[48] Cfr. Cruz Prados, A. (2009). Filosofía política. Ediciones Universidad de Navarra, p. 128. El énfasis en cursiva es nuestro.

[49] Cfr. Artigas, Mariano, op. cit., p. 48.

[50] Cfr. LPFD, p. 68.

Belleza

Santo Tomás define lo bello – en latín, *pulchrum*: pulcro, limpio – como "aquello cuya contemplación agrada". Se trata de un aspecto del ser que es captado por la sensibilidad. En la medida en que algo posee el ser – existe –, resulta ser bello, aunque sea muy limitadamente. Con buen humor, alguien señalaba a la estadista israelita Golda Meier como prototipo de mujer poco agraciada, no obstante su sagacidad política. En la misma línea argumentativa, resulta difícil parangonar la belleza de "Las cuatro estaciones", de Vivaldi, con el *raeggeton*, con todo respeto para quienes disfrutan de este último género. A la vez, es por ejemplo evidente que muchos se deleitan con algunos temas de rock clásico, que pueden sonar estridentes y con poco sentido a otros. Y, sin embargo, debe haber algo objetivo en el ser de las cosas, que permite trascender – ir más allá – de los meros gustos subjetivos.

El Papa San Pablo VI, en un hermoso texto sobre Dante Alighieri digno de mayor análisis, nos habla de la conjunción e interrelación del trascendental belleza con los otros trascendentales, a propósito de las ciencias teológica y filosófica. Nos dice: «La teología y la filosofía tienen con la belleza otra relación, y consiste en que, prestando la belleza a la doctrina su apariencia y ornamento, con la dulzura del canto y la visibilidad del arte figurativo y plástico, abre el camino para que sus preciosas enseñanzas se comuniquen a muchos. Las altas disquisiciones y los sutiles razonamientos son inaccesibles a los humildes, que son una multitud, y además hambrientos del pan de la verdad; no obstante, también ellos advierten, sienten y valoran el *influjo de la belleza*, y por este medio la verdad brilla y los sacia con mayor facilidad. Es lo que comprendió y realizó el señor del altísimo canto, en el que *la belleza se convirtió en sierva de la bondad y la verdad, y la bondad materia de belleza*»[51].

En definitiva, san Pablo VI subraya la función instrumental de la belleza como vehículo y ropaje apto para transmitir o comunicar la verdad y la bondad del ser individual.

La estética se configura como una rama de la filosofía que busca los criterios que definen la belleza. En un mundo en el que impera la subjetividad, el Aquinate nos ofrece algunos parámetros objetivos para apreciar la belleza. El *pulchrum* dependería de tres factores:

1. armonía o proporción;

2. integridad o acabamiento;

3. claridad:

a) *espiritual*: inteligibilidad, verdad;

b) *material*: vista: luz, color, nitidez; oído: disposición de sonidos que hacen más agradable la audición.

¿Cómo aplicar estos criterios estéticos al mundo jurídico? ¿Cabe hablar de una *estética jurídica*? Quizás si se piensa en realidades como los derechos fundamentales del hombre lo anterior no resulta tan forzado, como si se habla de la posible belleza de una licencia administrativa.

Un gran autor ecuatoriano como es Juan Montalvo, en sus "Siete Tratados" dedica uno a la belleza. Con referencia a la integridad o acabamiento, señala: "La belleza no está sólo en las cosas hechas y acabadas. La belleza hay que hacerla cada día. La vida hay que convertirla en una obra de arte- Hay que vivir la belleza."[52]

En un artículo de prensa, el jurista y cientista político ecuatoriano Rodrigo Borja Cevallos[53] ofrece algunos parámetros que, a nuestro juicio, ayudan a captar la bondad ontológica y la estética del derecho, dos de los trascendentales jurídicos. Por su interés, reproducimos el texto completo, para luego analizarlo:

"Legislar —o sea formular normas obligatorias para la conducta humana— es de las tareas más arduas que pueden confiarse al cerebro del hombre, porque es prever y anticipar todas las posibles conductas individuales y colectivas, así las normales como las anormales. Dentro de la división tripartita de los poderes del Estado —legislativo,

---

[51] San Pablo VI, Carta Apostólica Altissimi Cantus, citada a su vez por Papa Francisco en Carta Apostólica Candor Lucis Aeternae en el vii centenario de la muerte de Dante Alighieri, Copyright Librería Editrice Vaticana, Roma 25 de marzo de 2021, p 4. Énfasis nuestros.

[52] Juan Montalvo, "Tratado sobre la belleza", en Siete tratados, citado en Plutarco Naranjo, Los escritos de Montalvo, 2.ª ed. (Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana "Benjamín Carrión", 2004), p. 181.

[53] Cfr. Borja, R. (2012, 12 de agosto). La tarea legislativa. El Comercio.

ejecutivo y judicial—, que los constitucionalistas latinoamericanos copiaron del texto constitucional estadounidense de 1787 —la primera Constitución escrita de la historia, dos años antes de la Revolución Francesa—, la función de legislar compete al poder legislativo, ejercido por una asamblea de elección popular. Esa Constitución norteamericana fue la primera concreción jurídica de la doctrina de Montesquieu, que organizó la autoridad estatal con arreglo al esquema de separación de poderes, sometió a éstos a un control recíproco para precautelar la libertad de los gobernados y atribuyó a la administración de justicia el rango de poder estatal. La redacción de la ley debe ser escueta, precisa y clara. No ha de sacrificar su transparencia en aras de la belleza literaria o de la propaganda política. La extensión y comprensión de las palabras deben medirse con exactitud para que no se queden cortas ni vayan más allá de lo deseado. Por eso "las palabras de la ley han de pesarse como diamantes", según decía el jurista ecuatoriano Luis Felipe Borja. Ha de procurarse que una palabra tenga siempre el mismo significado a lo largo del cuerpo legal. Es peligroso usar sinónimos en función de la "elegancia" en la redacción. Se ha de utilizar un lenguaje frío y ha de optarse siempre por el modo imperativo, puesto que la norma jurídica está llamada a obligar la voluntad de las personas. Por eso ella no debe adoptar la forma elíptica de un alegato ni la suavidad de un consejo sino la aspereza de un mandato. La moderna técnica legislativa aconseja buscar asesoramiento de expertos en las diversas materias de legislación. Las informaciones técnicas, las estadísticas, las cifras, las investigaciones son indispensables para el acierto legislativo. Repito: nada es más difícil que hacer normas para la conducta humana. Por eso es que este trabajo no puede confiarse a cualquier hijo de vecino. Es una tarea de juristas, de expertos en el Derecho, de profundos conocedores de la doctrina jurídica, con un gran conocimiento y manejo del idioma para que no se distorsione el espíritu de la ley. La reunión y ordenación de todos los preceptos referidos a un mismo asunto en un código es muy importante para la unidad orgánica y sistemática de las normas referentes a la misma

materia y para la hermenéutica jurídica. Esta ha sido una de nuestras deficiencias. Leyes mal hechas, llenas de contradicciones internas, ambigüedades y oscuridades, llevan con frecuencia a defender posiciones contrarias con la invocación del mismo artículo."

- "La redacción de la ley debe ser escueta, precisa y clara", dice Borja. Relacionar a un politólogo latinoamericano contemporáneo con un Doctor de la Iglesia parece un atrevimiento, y, sin embargo, estamos hablando de un posible punto de coincidencia: la claridad e inteligibilidad aplicadas al caso de un texto normativo.

- "No ha de sacrificar su transparencia en aras de la belleza literaria o de la propaganda política." La ley debe ser transparente: una vez más, la claridad emerge como necesidad. y, por otra parte, el pulchrum de la ley es delimitado por la claridad: un texto normativo oscuro, rebuscado, ambiguo, no es claro ni transparente.

- "La extensión y comprensión de las palabras deben medirse con exactitud, para que no se queden cortas ni vayan más allá de lo deseado. Por eso, "las palabras de la ley han de pesarse como diamantes". La precisión, a nuestro juicio, guarda relación con la armonía o proporción a la que alude Tomás de Aquino en su estética;

- "Ha de procurarse que una palabra tenga siempre el mismo significado a precisión lo largo del cuerpo legal. Es peligroso usar sinónimos en función de la 'elegancia' en la redacción." Una vez más, el pulchrum del derecho escrito se ve limitado por la necesidad de la precisión;

- "Se ha de utilizar un lenguaje frío y ha de optarse siempre por el modo imperativo, puesto que la norma jurídica está llamada a obligar la voluntad de las personas. Por eso ella no debe adoptar la forma elíptica de un alegato ni la suavidad de un consejo, sino la aspereza de un mandato". La imperatividad de la ley, su carácter obligatorio, fuerza al legislador a adoptar un tipo de lenguaje y no otro: no se trata de una pieza literaria al modo de un poema o de una narración, sino de un texto vinculante de la voluntad humana.

- “Leyes mal hechas, llenas de contradicciones internas, ambigüedades y oscuridades, llevan con frecuencia a defender posiciones contrarias con la invocación del mismo artículo.” Una vez más, claridad e inteligibilidad.

La estética nos permitiría decir muchas más cosas acerca del derecho, pero es necesario pasar al análisis del siguiente trascendental jurídico.

Unidad

Todo lo que tiene ser se caracteriza por su unidad. Las realidades espirituales, desde Dios hasta el alma humana, carecen de materia, lo cual las hace indivisibles. Están así dotadas de una perfección mayor – en el caso de Dios, infinitamente superior – a las realidades materiales que, por su propia corporeidad, son divisibles, separables.

¿Hay unidad en el derecho? No trataremos, por ahora, el tema desde la complejidad de la tesis del derecho como la *res iusta*. Vamos a abordar el tema haciendo uso de la acepción del derecho como norma o ley, la cual, según Hervada, no es la más aceptable. Sin embargo, es la más usada. Partiendo de ella, cabe considerar que la unidad del derecho se daría a través del fenómeno formal de la codificación. “La reunión y ordenación de todos los preceptos referidos a un mismo asunto en un código es muy importante para la unidad orgánica y sistemática de las normas referentes a la misma materia y para la hermenéutica jurídica. Esta ha sido una de nuestras deficiencias"[54], decía Borja en el artículo antes citado.

Efectivamente, la dispersión de las normas referidas a una misma materia denotaría imperfección. La unidad del derecho constituye un bien desde diversos puntos de vista: permite la organización sistemática de la materia regulada, su consulta ágil, etc.

El mundo tiende a la integración jurídica, a la unidad. Se ha de perseguir la unidad y simplificación de los cuerpos normativos, a fin de que contengan únicamente las normas necesarias para una adecuada regulación. Un articulado más numeroso no garantiza este fin, más bien puede

[54] *Ibídem.*

entorpecerlo. La innecesaria proliferación normativa puede ir en detrimento de la unidad. Ésta refleja, en definitiva, una mayor perfección del ser del derecho.[55]

Lecturas recomendadas

- Hervada, J. *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, lección III: *Cuestiones preliminares* ".
- Baquero, J. "*El Derecho… ¿para qué?*": VIII. "*Los trascendentales del ser*".

[55] *A título de ejemplo, cabe resaltar dos casos en el derecho ecuatoriano: por un lado, la Constitución de Montecristi (2008) con su excesivamente extenso articulado (444 artículos, a los que se suman 30 disposiciones transitorias). Otro caso más reciente es el del rechazo del proyecto de Ley de Creación de Oportunidades (septiembre de 2021) por parte de la Asamblea Nacional, al considerarse que "no cumplía con los requisitos constitucionales y legales de unidad y de materia", según resolución del Consejo de Administración Legislativa de 29 de septiembre de 2021. En la resolución se estimaba que en el proyecto de ley "no se evidencia la relación de conexidad causal, temática, teleológica y sistemática de los contenidos normativos establecidos, respecto a las reformas propuestas a las leyes; Código del Trabajo, Código de Ingenios (…)" y un sinnúmero de normas adicionales (cfr. Diario El Universo, domingo 3 de octubre de 2021, p. 2. Ref.: "Llori envió al Registro Oficial la devolución del proyecto de Lasso"). Por el lado gubernamental, en cambio, se argumentaba que "la Corte Constitucional (del Ecuador) a través de repetidos fallos, ha establecido que la unidad de materia requiere que todos los temas estén unidos con un objetivo o hilo conductor, y eso ha sido claramente detallado en la exposición de motivos del proyecto de Ley de Creación de Oportunidades, porque lo que se busca es generar el ambiente para crear trabajo. Es una de las pocas veces en la historia legislativa ecuatoriana que se hace un proyecto integral" (cfr. Diario El Universo, martes 12 de octubre de 2021, p. 3. Ref.: "Ejecutivo está a la espera de que Asamblea debata proyecto", Entrevista a Marcos Miranda, subsecretario jurídico de la Presidencia de la República). Énfasis nuestros.*

Lección 3:
La justicia

Introducción

En el capítulo anterior, vimos que la justicia es el valor jurídico medular, el que estructura la llamada axiología jurídica. Señalábamos, en concordancia con toda una tradición de autores que, por el motivo anterior, la axiología del derecho también puede ser llamada "teoría de la justicia". Ahora procedemos al análisis de este valor y de sus clases.

Breve historia del concepto clásico de justicia

Como es lógico, no pretendemos abarcar aquí todo el desarrollo del concepto de justicia a lo largo de la historia. De momento nos conformamos con delinear aquella configuración que quedará plasmada en la llamada "fórmula de la justicia", que consiste en dar a cada uno lo suyo, su derecho.

Antecedentes

La etimología nos remite a la raíz griega *dike*, que transmite la idea de *orden o armonía del mundo, de la polis o de la persona*. Se derivan de dicha raíz los términos to *dikaion* (lo justo, el derecho) y *dikaiosyne* (justicia).

Los griegos conciben la justicia según diversas acepciones:

- como una virtud personal;
- como suma de todas las virtudes: el justo es el hombre virtuoso, de modo semejante al concepto de "hombre justo" en el plano religioso- bíblico, formulado en contexto judeo-cristiano;
- como orden objetivo u orden social[56].

La relevancia de la expresión to *díkaion* es que constituye el precedente del *ius* romano, es decir del derecho. El *dikaion* es lo propio de cada uno, lo suyo, la cosa atribuida según una proporción aritmética o proporcional.

Platón

Como es sabido, Platón – a quien Truyol y Serra califica de "filósofo del derecho y de la política", dada la importancia que tiene la filosofía jurídica y política en el conjunto de su obra[57] – es un autor idealista: postula la existencia del Mundo de las Ideas, que es el de los modelos o arquetipos. En el mundo terreno, hay una pluralidad de seres que constituyen solo un pálido reflejo de su respectivo modelo. Así, respecto de los caballos existentes, debe haber un arquetipo o modelo de caballo en aquel Mundo Ideal, y así con todos los entes.

Del mismo modo, debe haber una Justicia ideal, cuya realización por parte de los magistrados encargados de administrarla será menos perfecta, más pobre en el mundo empírico: "El juez dice lo justo en un caso concreto, pero no hace justicia (...)" y, a la vez, "el juez declara el derecho en cuanto considera la Justicia pura"[58].

Mencionemos, sin embargo, antes de proseguir, a su maestro Sócrates, quien limita el concepto de lo justo a lo justo legal[59]. Esto significa configurar a la justicia como el acto de cumplir las leyes. Ya se verá que la justicia no se limita a este aspecto, aunque sea fundamental, pues tiene

---

[56] Cfr. LPFD, p. 95

57 Cfr. Barbón Lacambra, J. A. (2016). El realismo en Platón. Editorial Astrea, p. 21. Las obras más significativas de Platón en este campo son "La República" y "Las Leyes", donde llega a tratar de las sucesiones y de los contratos.

[58] Barbón Lacambra, op. cit. p. 19.

[59] Cfr. LPFD, p. 97.

otras dimensiones que se verifican en la llamada justicia conmutativa y en la distributiva.

Para Hervada, Platón menciona el concepto tradicional de justicia como un *dar a cada uno lo suyo*. Sin embargo, al parecer confunde la virtud de la justicia con el orden moral interior al hombre, el dominio de sus apetitos, etc. En otro momento refiere la justicia al orden social o armonía de la *polis*, que se da cuando cada uno de sus componentes se dedica a lo suyo, mediante el cumplimiento de su función. De este modo, pierde de vista – según Hervada, y es la tesis que seguimos aquí – el sentido jurídico de la justicia y se limita a una justicia social o moral.

Como nos recuerda José Ramón Ayllón, desde la perspectiva de la ética:

- "la justicia se realiza preferentemente en las acciones externas";

- "solo la acción externa es capaz, en rigor, de quitar o devolver lo que es suyo y le corresponde" (a alguien);

- "toda acción externa cae dentro de la esfera de la justicia porque tiene trascendencia social (...)"[60].

En definitiva, Platón adopta las *acepciones no* jurídicas sino morales de la noción de justicia:

a) como virtud[61];

b) como suma de todas las virtudes: "La justicia es una virtud total, perfección del alma"; o bien, según un proverbio citado por el propio Platón, "en la justicia están incluidas todas las virtudes"[62].

La justicia jurídica se da cuando el juez dicta sentencias conforme a derecho; cuando el comerciante cobra el precio justo, etc., ejemplificará Hervada. Y, como bien señalará, siglos después de Platón, Santo Tomás de Aquino, la justicia de Dios y la del alma son justicia sólo en sentido metafórico[63].

Barbón Lacambra resalta el hecho de que, en la visión platónica, "a diferencia de las demás virtudes, que se explican

---

[60] *Ayllón, J. R. (1998). Ética razonada. Libros MC, p. 108.*
[61] *Cfr. LPFD p. 95.*
[62] *Platón, Leyes, en Barbón Lacambra, op. cit., p. 20.*
[63] *Cfr. Santo Tomás de Aquino, Suma Teológica, II-II, q. 58, a. 2.*

a través del acto interno de un individuo, la justicia sólo puede encontrar solución como hecho intersubjetivo, social, pues la comunidad es *conditio sine qua non de su verificación*"[64].

Vale decir que Platón, si bien no circunscribe la virtud de la justicia a su dimensión específicamente jurídica – el ámbito de la fórmula de la justicia: *dar a cada uno lo suyo* – afirma, al menos, su dimensión social, a más de enfocar esta virtud desde una dimensión moral o interior al hombre, que no es lo propio o específico de ella.

Aristóteles

Sienta las bases para toda la filosofía del derecho, al definir los conceptos de justicia y derecho. Tanto es así que, en nuestros días, autores como Michel Villey estiman que Aristóteles funge de *fundador de la filosofía del derecho*, por haber delimitado como campo específico del derecho un tipo de justicia, la particular, excluyendo a la general.

En interpretación de Villey, recogida por el iusfilósofo argentino Rodolfo Vigo, Aristóteles contribuirá a diferenciar el derecho de la moral a través del siguiente esquema conceptual:

Dikaios--------virtud subjetiva de la justicia (campo de la moral);
Dikaion--------- justicia objetiva, en la realidad, fuera de mí.[65]

La obra aristotélica de referencia para la filosofía del derecho es "Ética a Nicómaco", específicamente el Libro V que versa acerca de la justicia y la equidad.

Para el Estagirita, la justicia es la *disposición o hábito de practicar lo justo.* Aborda la esencia de la justicia cuando afirma que lo justo es lo igual en cuanto implica la igualdad que se da al menos entre dos términos, mientras que lo injusto es desigual, o la desigualdad que se da, asimismo, entre al menos dos términos[66].

La justicia sería "la virtud por la cual cada uno tiene lo propio, y según ley, y la injusticia cuando tiene lo ajeno,

[64] *Barbón Lacambra, op. cit., p. 54.*
[65] *Cfr. Vigo, Rodolfo, VCHFD, pp. 205-206.*
[66] *Aristóteles. (2005). Ética a Nicómaco (Libro V; 4.ª reimpresión). Alianza Editorial, p. 158.*

no según ley."[67] Acota también que "lo justo es lo legal y lo igualitario y lo injusto es lo ilegal y lo no igualitario"[68]. Hervada considera que se trata de una definición imperfecta de justicia que, aun así, constituye un avance: un precedente de la romana, como anticipamos.

El aporte de Aristóteles al concepto de justicia radica en la superación del planteamiento platónico de una disposición del alma como virtud moral o del orden social, sin una dimensión propiamente jurídica. Profundiza en la alteridad o intersubjetividad como característica esencial de esta virtud: se trata de una virtud reguladora de las relaciones sociales. En concreto, señala que "la justicia "es-para-otro" o "para-con-otro"[69] o "con-relación-a otro"[70]. Y el "ser para otro" o "para-con-otro" constituye la esencia de la alteridad[71]

Como señala el iusfilósofo chileno Joaquín García Huidobro, la justicia *simpliciter* – aquella que es propia de la *polis*, es decir la justicia política – *se da entre dos o más sujetos libres e iguales*, condición que no siempre se cumple en el seno de otras sociedades menores, como la familia u otras[72].

En la misma línea de pensamiento, Alfredo Cruz Prados asume la afirmación aristotélica de que precisamente la *justicia perfecta es la justicia política,* y que otro tipo de justicia solo se denomina así por analogía[73]. Cruz asume, asimismo, la distinción entre leyes políticas y leyes jurídicas[74]. Dicho de otra forma, en la perspectiva aristotélica, las relaciones de justicia exigen la presencia de unos determinados requisitos: alteridad, libertad, e igualdad.

Parece oportuno recordar que la ética aristotélica es una *Ética de la virtud*, motivo por el cual a Aristóteles no le interesan las normas y los principios – como sucede con los

---

[67] Aristóteles, Ars Rhetorica, I, 9, 1366 b. (Citada en LPFD, p. 103).
[68] Aristóteles, Ética a Nicómaco, Libro V, p. 153, 1129b.
[69] Cfr. ibídem, p. 155 1130 a.
[70] Expresión que se encuentra en ibídem, p. 156, 1130b.
[71] Como explicará Santo Tomás de Aquino siglos después, el motivo de la alteridad de la justicia es que en la esencia de esta virtud se encuentra la igualdad, y nada es igual a sí mismo (cfr. Suma Teológica, II-II, q. 58, a. 2).
[72] García-Huidobro, J. (2017). La recepción de la doctrina aristotélica de lo justo natural y lo justo legal en los comentaristas medievales de la Ética a Nicómaco (1.ª ed.). Editorial Porrúa/UNAM, p. 78. A partir de ahora esta obra será citada con las siglas JNJL.
[73] Cfr. Cruz Prados, Alfredo, op. cit., p. 134.
[74] Cfr. ibídem, p. 135: Según Cruz, son leyes políticas aquellas que versan sobre lo común (como puede ser la determinación del régimen político presidencial o parlamentario), mientras que las

autores normativistas, tanto iusnaturalistas como positivistas – sino los actos y las virtudes[75].

El Estagirita, adicionalmente, introduce la clasificación de la justicia según sus tipos:

1) justicia total o legal. - Consiste en el cumplimiento de las leyes;

2) parcial o particular. - Es la virtud de la justicia en sentido propio y estricto. No se limita al cumplimiento de las leyes. Es la justicia de los juristas, al velar – por así decir – por que el *dikaion* (lo justo) sea efectivamente respetado, o resarcido en caso de ser vulnerado. Incluye la justicia conmutativa, distributiva y vindicativa (si bien Aristóteles no las denomina de este modo), tipología en la que ahondaremos en sección posterior de la presente unidad. Por ahora, podemos anticipar la visión aristotélica de esta virtud y valor fundamental del derecho, como es la justicia.

Aristóteles evidencia la distinción entre justicia general y particular al señalar que la justicia es la única virtud que es un "bien ajeno", porque realiza lo que conviene ya sea a un gobernante o a uno de la comunidad"[76]. Como veremos más adelante, cuando el destinatario de la acción justa es la comunidad, hablamos de justicia legal, mientras que cuando éste es un particular, es decir un miembro de la comunidad, hablamos de justicia particular.

El Estagirita distingue las clases de justicia parcial: conmutativa y distributiva. Como señala el filósofo alemán Robert Spaemann, con claridad meridiana, "Aristóteles conocía dos clases de acciones interhumanas sometidas a las exigencias de la justicia: *el intercambio de bienes* y *el reparto de cargas y beneficios* hecho por la autoridad"[77].

La distributiva se refiere a "las distribuciones de honores, dinero o cuantas cosas son divisibles entre los que participan de una comunidad política"[78]. Será la proporcio-

---

leyes propiamente jurídicas son aquellas que regulan los derechos del sujeto. Las primeras no son valorables en términos de estricta justicia, sino de prudencia política.

[75] Bien lo recalca García Huidobro en JNJL., p. 77. También en p. 83, donde se refiere a la ausencia de una teoría de la ley natural en el célebre autor griego.

[76] Aristóteles, Ética a Nicómaco, Libro V, p. 155 1130 a.

[77] Spaemann, R. (1995). Ética: Cuestiones fundamentales (4.ª ed.). Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA), p. 62.

[78] Aristóteles, Ética a Nicómaco, Libro V, p. 157.

nalidad o igualdad geométrica la que regirá como criterio de distribución[79].

La conmutativa es, como lo indica su denominación, la que regula las transacciones voluntarias e involuntarias[80]. En este contexto, Aristóteles, en un alarde de sentido jurídico que se adelanta a su tiempo, ofrece asombrosos y concretos ejemplos. Así, son transacciones voluntarias: la venta, la compra, el préstamo, la fianza, el depósito, el alquiler, etc. Son, por el contrario, transacciones involuntarias las que obedecen a injusticia, como son el hurto, el adulterio, el envenenamiento, el perjurio, entre otras.[81] La justicia conmutativa admite el subtipo de la justicia correctiva, aquella que corrige las injusticias o desigualdades.[82]

El Estagirita elabora otras disquisiciones en torno a la naturaleza de la acción justa[83], el mérito[84], el carácter voluntario de los actos justos e injustos[85], de cómo el acto injusto contraría toda proporción e igualdad[86], la distinción entre lo justo y la acción justa, así como entre lo injusto y la acción injusta[87], entre otras temáticas que giran en torno a la virtud de la justicia y el derecho.

Juristas romanos

El iusfilósofo francés Michell Villey resalta la coincidencia entre el concepto de ius romano y la idea del dikaion aristotélico: en ambos casos *el derecho o lo justo es una cosa*[88]. Vale decir que tanto en el mundo griego como en el romano se comparte una perspectiva realista del derecho, en ciertos autores.

Entre ellos incluimos al menos a dos de los más renombrados:

a) Cicerón. - Destaca por ser el autor de la definición

---

[79] *Cfr. ibídem, p. 159.*
[80] *Cfr. ibídem, p. 162.*
[81] *Cfr. ibídem, pp. 157-158.*
[82] *Cfr. ibídem, p. 160.*
[83] *Cfr. ibídem, p. 165.*
[84] *Cfr. ibídem, p. 158.*
[85] *Cfr. ibídem, p. 170.*
[86] *Cfr. ibídem, p. 172.*
[87] *Cfr. ibídem, p. 170.*
[88] *Citado por García-Huidobro, Joaquín, en RPDN, p. 223.*

o fórmula clásica de la justicia, consistente en "dar a cada uno lo suyo"[89]

b) Ulpiano.-Formula un concepto más extenso y completo de virtud: "*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*", vale decir: "La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho". Para Hervada, ésta sería "la más sencilla y precisa definición"[90].

Ulpiano explicita un punto capital a la hora de comprender la justicia, y es que para que ésta se realice mediante lo que más adelante definiremos como la acción justa, debe preexistir un derecho que debe ser satisfecho. Es decir que no hay justicia posible sin derecho preexistente. *La justicia presupone un derecho*: he ahí la genial intuición del jurista romano que desarrollaremos más adelante[91].

Desjuridificación llevada a cabo por autores cristianos eclesiásticos pre-escolásticos

El concepto romano pasa a los autores cristianos eclesiásticos pre-escolásticos, como san Agustín. En ellos se da un proceso de *desjuridificación* del concepto de justicia: ésta pierde el sentido de alteridad (relación entre los hombres) y adquiere connotaciones de moralidad (relación con Dios o hasta con uno mismo), de modo semejante a la concepción platónica en ese aspecto.

Sto. Tomás de Aquino

Para Hervada, se trata de la primera filosofía del derecho de envergadura después de la de Aristóteles. Es quien vuelve a los juristas romanos, a la justicia propia de los juristas en su "Tratado de la Justicia", dentro de la Suma Teológica (*Summa Theologiae*), su magna obra. Acepta en esencia la definición ulpianea, pero la perfecciona: define la justicia como "*el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho.*"[92]

Como hace notar Hervada, Ulpiano definía la justicia por el acto de dar, mientras el Aquinate apunta al hábito. Esto

---

[89] *Los elementos de dicha fórmula serán analizados en epígrafe posterior.*
[90] *Cfr. LPFD, p. 106.*
[91] *Cfr. ibídem, pp. 106-107.*
[92] *Santo Tomás de Aquino, Suma Teológica, II-II, q. 58, a. 1.*

no resulta indiferente: no olvidemos que la justicia se configura como virtud, y la virtud – en la concepción clásica – puede ser definida como un "hábito operativo bueno". En el presente caso, se trata del hábito – arraigado en la voluntad – de dar a cada uno lo suyo. He ahí la vertiente jurídica de esta virtud.

Para Hervada, la definición tomista es técnicamente la más perfecta, aunque la más conocida y generalizada sea la romana. Es una definición propia de juristas: el objeto de la justicia es el derecho y la justicia es la virtud de cumplir y realizar el derecho.

El concepto aristotélico-tomista de justicia se sustentaría del siguiente modo:

1. las cosas están distribuidas o repartidas[93];

2. a esa distribución o reparto, sigue un derecho;

3. la justicia (jurídica) consiste en el cumplimiento o efectiva realización de ese derecho preexistente: la justicia sigue al derecho.

Tomás de Aquino asume la distinción tradicional que hemos ya mencionado someramente al tratar de Aristóteles, y que ahora solo incoamos sin adentrarnos en su contenido: la justicia puede clasificarse en justicia general o legal (la que mide las relaciones de la persona para con la comunidad, a fin de que se dirijan al bien común) y justicia particular (aquella que se ordena a una persona privada o bien mide las relaciones hacia la persona singular, ya provenga de la comunidad hacia ésta – justicia distributiva –, ya sea interpersonal: justicia conmutativa)[94].

Al referirse a las "partes de la justicia", Santo Tomás resalta cómo "el Filósofo" (Aristóteles) sostiene a su vez que hay dos clases de justicia: "la de las distribuciones y la de las conmutaciones"[95]. Evidencia de este modo cómo el Estagirita es el autor de esta clasificación de los tipos de justicia.

---

[93] *En ibidem, I-II q. 94, a. hace una observación trascendental acerca de la naturaleza del acto del reparto, que no sería propiamente de derecho natural sino una decisión racional posterior: "Y en este sentido es como se dice que es de derecho natural la posesión de los bienes en común y la libertad igual para todos, puesto que el reparto de los bienes y la servidumbre no fueron establecidas por la naturaleza, sino que fueron introducidas por la razón humana, que las consideró útiles para la vida humana. En esto, por tanto, la ley natural no cambia sino por adición."*

[94] *Ibídem, q. 61, a. 3. Recordamos que el tratamiento en profundidad de las clases de justicia se hará más adelante.*

[95] *Ibídem, q. 61, a. 1.*

Otras afirmaciones iluminadoras que también hace el Aquinate son las que siguen:

a) el objeto de la justicia es una igualdad de las cosas exteriores mientras que lo injusto es lo desigual[96];

b) el concepto de alteridad, de origen aristotélico: tanto la justicia como la injusticia se refieren siempre a otro sujeto[97]. El Doctor Angélico comenta que no puede haber justicia o injusticia de alguien respecto de sus propias cosas, por lo que *en el ámbito doméstico no puede hablarse estrictamente de derechos*, ya que *en la comunidad familiar no hay verdadera alteridad*. Esta es, pues, verdadera condición de derecho[98];

c) la clasificación doble de la injusticia (a la que haremos alusión más extensamente en otro lugar) del modo siguiente:

1. objetiva y subjetiva;

2. material y formal[99];

d) la distinción entre la igualdad aritmética (igualdad entre cosas, propia de las conmutaciones o intercambios) y la proporcional (igualdad de la cosa con la persona, propia de la distribución[100];

Finalmente, solo cabe encomiar el prodigioso sentido jurídico del Aquinate, como cuando provee algunos ejemplos concretos de contratos, con una mentalidad que se anticipa a la Modernidad, en el marco de la justicia conmutativa[101].

Panorama en la posteridad

Hervada apunta que hasta el filósofo alemán Emmanuel Kant no habrá nuevas definiciones de justicia. La denominada Escuela racionalista del derecho natural y los neoescolásticos sólo aportarán matices a la definición tomista[102].

---

[96] *Ibídem, q. 59, a. 3.*
[97] *Ibídem, q. 59, a. 3, n. 2.*
[98] *Cfr. Santo Tomás de Aquino, In V Ethic, 1013 (citado en: Cruz Prados, Alfredo, op. cit., p. 134-135).*
[99] *Ibídem, q. 59 a. 3 n. 3.*
[100] *Ibídem, q. 61, a. 2.*
[101] *Ibídem, q 61, a. 3.*
[102] *Cfr. LPFD, p. 111. En la fuente originaria: Santo Tomás de Aquino, Suma Teológica, II-II, q. 58, a. 9.*

En el presente apartado hemos realizado un esbozo únicamente acerca de la configuración del concepto clásico de justicia, ya que Santo Tomás de Aquino parte de la concepción aristotélica de justicia, la complementa con la de los juristas romanos y, por último, plantea su propia formulación.

Hay una sintonía entre dichos autores, a pesar de la distancia de siglos: son los que configuran en sustancia el iusnaturalismo clásico.

La fórmula de la justicia y sus elementos

El presupuesto de la justicia

Hervada explica (1999) que la sociedad jurídicamente organizada se construye sobre el presupuesto de que las cosas están repartidas. Esto se debe a que "ni todo es de todos ni todo es de la colectividad humana: hay cosas que están repartidas" (p. 38). En una frase magistral, sostiene el autor: "si es legítimo y natural que el hombre pueda decir esto es mío, en ese mismo instante será legítimo el arte del derecho y el colectivismo será una utopía antinatural" (p. 38).

El reparto (acto primero, en la terminología hervadiana) constituye un momento de carácter político o legislativo en el que se crean o constituyen derechos (Hervada, 1999). Así, por ejemplo, en una reforma agraria en la que se expropian tierras a los latifundistas para asignarlas a los campesinos que las trabajan: se trata de una decisión política, acompañada probablemente de la expedición de una ley. Dicha ley da origen a nuevos derechos cuyos titulares pasan a ser los nuevos propietarios. A menor escala, un caso ilustrativo de reparto sería el otorgamiento de un testamento, mediante el cual se distribuye la masa hereditaria entre los herederos, que se constituyen en nuevos titulares por efecto de la sucesión.

Por citar a otros autores iusnaturalistas afines a Hervada en el tema que ahora nos ocupa, mencionamos en primer lugar a Errázuriz (2022), quien resalta dos hechos sociales esenciales en torno al concepto de reparto o acto primero: "las cosas están repartidas" y "las cosas están o pueden estar en poder de otros" (p. 33).

Serna (2022), por su parte, apostilla que, "el ámbito del Derecho es, pues, el de la distribución de bienes y cargas, honores y sanciones; lo que Hervada denomina, en sentido generalísimo, cosas" (p. 86).

Rafael Domingo enriquece el debate al detenerse en la afirmación de Hervada (1999) según la cual «la justicia no consiste en dar o repartir cosas a la Humanidad». Es decir, la Humanidad *in genere* no podría ser considerada como destinataria del reparto. Domingo (2022), sin embargo, no comparte esta postura y plantea la siguiente objeción: ¿Qué impide que el *cada uno* de la justicia sea la humanidad, si hay bienes que pertenecen a la humanidad como colectividad (ej. el planeta tierra), por qué no puede ser la humanidad como tal la destinataria de la justicia o injusticia? (p. 259). A la luz de lo citado, se estima atendible la consideración iusfilosófica que reconoce a la Humanidad como destinataria universal de la justicia o de la injusticia, es decir, del acto justo o injusto.

Con ello se resalta una idea fundamental dentro de la concepción realista del derecho, a la que ya hemos aludido más arriba: *el derecho preexiste a la justicia o a la injusticia.* En este sentido, el respeto o la vulneración de los derechos solo pueden darse cuando éstos han sido previamente constituidos. Resulta evidente que no es posible respetar o violentar aquello que aún no existe en el mundo jurídico, pues carece de creación o constitución.

Elementos de la fórmula de la justicia

A continuación, se desarrollan los elementos que componen la denominada fórmula de la justicia: dar a cada uno lo suyo = *ius suum cuique tribuere.* Lo anterior se efectúa siguiendo la argumentación central del profesor de Navarra (Hervada, 2008), pero con nuestra propia aportación en lo que se ha podido dilucidar.

DAR ("tribuere"). - Puede entenderse como:

a) Respetar: es decir, mantener la posesión y disfrute de un bien jurídico, material o inmaterial: la vida, el honor, la propiedad. En principio, planteamos ésta como la situación propia de la juridicidad: lo normal será el respeto del derecho

ajeno. La situación de anomalía o antijuridicidad se plantea, en un orden lógico, *a posteriori*.

b) Restituir o restablecer el bien jurídico violentado, perdido, vulnerado, etc. Es decir que el *tribuere* romano implica el restablecimiento del equilibrio de la justicia, mediante la acción que repara la llamada *inuria* o injusticia.

Dar equivale a la acción justa o acción jurídica: una acción con esencia y efectos jurídicos. Así, por ejemplo, respetar los límites de un predio (acción justa del tipo a), o restituir la cosa robada (acción justa del tipo b). La acción justa constituye lo que Hervada denomina acto segundo dentro de su teoría o concepción de la justicia.[103]

Partiendo de esta concepción hervadiana de la acción justa, se considera que esta puede admitir una tercera tipología, de modo que la clasificación quedaría como sigue:

a. Respetar, no interferir (un dar en sentido pasivo).

b. Dar en sentido activo.

c. Restituir, devolver, reparar.

Se realiza aquí un aporte quizás ínfimo, pero que se estima que contribuye a esclarecer la doctrina hervadiana. En esa medida, la acción justa consiste en dar cosas y, sin embargo, ese "dar" tiene un sentido sumamente amplio, dado que puede consistir en dos acepciones:

1) En una mera conducta pasiva de respeto o no interferencia (no invadir el predio del vecino, abstenerse de expresar ofensas o injurias, tolerar las expresiones legítimas en un medio de comunicación, respetar/no transgredir las normas de tránsito, entre otros);

2) en una conducta activa, por ejemplo, dar el predio a su dueño, o los bienes de la herencia al heredero; la conducta prescrita por la ordenanza municipal (recogida de basura, pago de una tasa) al municipio; así como entregar la casa arrendada al arrendatario, y así tantas otras "cosas", conductas o prestaciones muy variadas.

Se considera que, si bien Hervada menciona en sus obras diversos ejemplos de conductas activas, no llega a explicitar la conducta activa como categoría o subtipo de acción justa. Al referirse a esta última, se limita a señalar dos "subtipos": el respeto del derecho y la restitución. No obstan-

---

[103] *Cfr. ICDN, p. 39.*

te, resulta evidente la ausencia de un énfasis en que la acción justa, en numerosos casos, no se reduce al mero respeto del derecho ni a la reparación de la injusticia cometida –lo cual aparece como un planteamiento restrictivo–, sino que se manifiesta en "conductas activas" como las ejemplificadas previamente. Quizás la aproximación más cercana de Hervada a esta idea se encuentre en una cita de sus Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho, donde admite la limitación, obsolescencia y posible inaplicabilidad del término *restituir* para designar acciones justas consistentes en un "dar activamente", como aquí se denominará:

> Hay otras hipótesis en las que los verbos restituir o restablecer resultan menos claros, pero pueden servir igualmente. En una compraventa, a la entrega de la cosa sigue un vacío en el patrimonio del vendedor, que por contrato debe ser restablecido por el comprador mediante la entrega de una cosa de valor equivalente: el dinero del precio. El pago restablece al vendedor en la plena tenencia de su patrimonio. Según el valor etimológico de restituir - *restituere*, restablecer en la posición originaria - el pago es una restitución, sólo que según el uso actual tal verbo resulta obsoleto y aun diríamos que inadecuado. En todo caso, el pago es una acción justa, porque el precio, una vez entregada la cosa, es ya del vendedor, es lo suyo, en el sentido, no de propiedad (...) sino de cosa a él debida (Hervada, 2008, pp. 147-148).

En resumen, el presunto aporte nuestro en este punto se refiere a las *modalidades de acción justa*, al añadir o subrayar una categoría (la de las conductas activas) que Hervada asume al proporcionar ejemplos de la vida jurídica; sin embargo, lo hace sin teorizar acerca de dicha categoría, o sin formularla o concretarla en una expresión terminológica.

A cada uno ("cuique")

Solo existe un orden plenamente justo cuando se respetan los derechos de todos y cada uno de los miembros de la sociedad. En efecto, es suficiente con la conculcación de uno solo para que haya una injusticia.

El razonamiento anterior –explica Hervada (2008) – obedece a que el concepto estricto de justicia en sentido jurídico no coincide con el de bien común. En consecuencia, este último puede servir de fundamento para una medida que beneficie al conjunto, en detrimento de algunos, como sucede en los casos de expropiación de un predio con el fin de construir una carretera. En tales situaciones, el bien común justifica la medida, pero esta requiere la correspondiente reparación mediante la indemnización. De este modo, el bienestar general de la sociedad no se identifica plenamente con el respeto de los derechos de cada uno de sus miembros.

Asimismo, Hervada (2008) sostiene que tampoco puede hablarse de justicia cuando esta se administra únicamente en favor de una mayoría, en detrimento de los derechos de las minorías. La experiencia histórica de sociedades como la Sudáfrica del *apartheid* resulta ilustrativa, pues allí no existía justicia en sentido jurídico ni social, al conculcarse los derechos no solo de una minoría, sino incluso de una mayoría.

En este contexto, Hervada (2008) formula una afirmación de gran calado filosófico-jurídico al señalar que el origen del derecho no es el bien común, sino la *dignidad singular de cada persona.* Esta dignidad implica el respeto de todos los derechos individuales y constituye, en consecuencia, el fundamento mismo de la fuerza del derecho. El razonamiento se completa al advertir que la dignidad de todas las personas es idéntica, lo que da lugar a una igualdad esencial desde el punto de vista jurídico.

Juan Larrea Holguín, a propósito de la libertad de conciencia, refuerza la argumentación hervadiana que hemos expuesto, cuando afirma que "no puede haber ningún supuesto requerimiento del bien común que justifique el atropello de la libertad de conciencia de un individuo; porque no hay ni habrá jamás, ningún valor colectivo superior, ni siquiera de igual rango, al valor de la libertad de conciencia de una persona" (Larrea Holguín, s.f.).

Finalmente, un argumento complementario de la reflexión hervadiana resalta que uno de los principios básicos del Estado de derecho es precisamente la dignidad humana:

sin ella, desaparece uno de sus fundamentos, aun cuando se cumplan formalidades jurídicas.

Lo suyo (ius suum = su derecho)

Según Hervada, la expresión *lo suyo* equivale a una *cosa* en sentido amplio —material o inmaterial, mueble o inmueble, entre otras posibilidades—, es decir, a la *res*, para usar el término latino. Aquello que puede constituirse en derecho resulta sumamente variado: dinero, un animal, un cargo, una persona (esposa, hijo), entre otros entes susceptibles de estar atribuidos a un titular.

En este punto, con el propósito de ofrecer una visión crítica de la postura hervadiana, Massini-Correa (2014) sostiene que el concepto de cosa justa como bien material o inmaterial resulta reductivo frente al concepto analógico del derecho, que es mucho más amplio. Este planteamiento sería, según el autor, deudor del Villey de los años sesenta. Si bien la noción de cosa justa tiene origen tomista, no resultaría fiel al pensamiento de Santo Tomás y terminaría por reducir la experiencia jurídica.

La expresión *lo suyo* debe entenderse como un concepto genérico y multiforme que abarca los distintos modos de atribución: en propiedad, en arrendamiento, como objeto de jurisdicción, de competencia o de función, entre otros. Así, por ejemplo, la competencia atribuida para interpretar la Constitución de un Estado recae, por disposición de la propia Constitución, en el respectivo Tribunal o Corte Constitucional. Una competencia constituye, en este sentido, una "cosa" de naturaleza inmaterial, atribuible a un organismo o persona jurídica. Si bien la noción de cosa suele asociarse con mayor facilidad a lo material, es indudable que también puede abarcar realidades inmateriales como el honor o la propiedad intelectual.

Hervada (2008) señala que lo común a todas esas formas de atribución es *la fuerza de deuda*. Tanto un contrato de arrendamiento como uno de compraventa constituyen formas diversas de atribución que poseen igual

fuerza de deuda, puesto que en ambos casos un título genera obligaciones. Dichas obligaciones convierten en deudores a los sujetos implicados en cada relación jurídica.

Conviene advertir, además, que la fórmula de la justicia no consiste en *dar a todos lo mismo*, sino lo suyo: aquello atribuido a un sujeto mediante un título, lo que en múltiples ocasiones supone cierta desigualdad. Esto puede parecer paradójico, cuando hemos venido repitiendo que en toda relación de justicia es esencial la igualdad y, sin embargo, ésta no será siempre una igualdad aritmética.

En cambio, el dar a todos lo mismo constituiría la utopía igualitarista propia de los regímenes comunistas, en los que (al menos en teoría) una decisión política previa equivalente al acto primero en la terminología hervadiana, asigna a todos los ciudadanos los mismos bienes, suprimiendo la iniciativa individual y privada.

Importancia de la fórmula de la justicia

El iusnaturalismo clásico sostiene que *ius suum cuique tribuere* constituye el primer principio de la razón práctica en lo que respecta al orden de la conducta jurídica. En palabras de Hervada (2008), se trata de una auténtica *Grundnorm* o norma fundamental del orden jurídico: un *preceptum iuris*, en la expresión tomada del Digesto, sobre la cual se fundamentaría y asentaría todo el sistema.

Tal planteamiento resulta lógico. En esa medida, ¿podría concebirse un sistema jurídico que no busque implantar la justicia? Una hipótesis de ese tipo solo tendría cabida en el marco de un iuspositivismo radical, en la línea de la teoría pura del derecho.

Las clases de justicia y la aplicación de esta clasificación a ámbitos de mayor amplitud

Como anticipamos en la sección correspondiente a la historia del concepto clásico de justicia, en la presente unidad, nos corresponde estudiar con mayor profundidad las

clases de justicia concebidas en la matriz del iusnaturalismo clásico, aristotélico-tomista, que se nutre de la concepción romana de la justicia.

Justicia general o legal

Como es sabido, la justicia legal mide las relaciones de justicia de la persona con la comunidad. Orienta la actuación de los miembros de un cuerpo social hacia el bien común, lo cual explica que se la califique de "general".

Asimismo, recibe la denominación de "legal" porque consiste, fundamentalmente, en el cumplimiento de los deberes establecidos en las leyes. Dicho cumplimiento –entendido en un sentido amplio, como se explicará más adelante– constituye la contribución de cada miembro de la sociedad al bien común.

En este sentido, resulta evidente que existe una deuda de justicia del individuo respecto de la colectividad a la que pertenece. Por tanto, todo miembro de una sociedad debe contribuir al bien común de esta como forma de retribución por los innumerables beneficios que recibe, aspecto que se profundizará al abordar la justicia distributiva.

Conviene destacar – como ya se ha anticipado – que en toda relación de justicia un elemento esencial es la igualdad. En el caso de la justicia legal, dicha igualdad debe producirse entre lo prescrito por las leyes y lo efectivamente cumplido por el ciudadano o miembro de la sociedad. Tal equilibrio se rompe cuando se incurre en incumplimiento del deber por omisión, por contravención o cuando el cumplimiento no es exacto, como ocurre en los casos de mora. Así, el cumplimiento de las leyes se configura como un derecho exigible por la colectividad al individuo y, al mismo tiempo, como una obligación de justicia para toda persona que conforma un cuerpo social.

Cabe señalar que la justicia legal fue el tipo de justicia al que apuntaba Sócrates en la Antigüedad griega al concebir la justicia en general. Para este filósofo, la virtud consistía en el cumplimiento de las leyes, aunque aún no se vislumbraba

la fórmula integral de la justicia, que incluye otras variantes de esta virtud.

Ahora bien, las aplicaciones de este concepto no se limitan a la relación entre individuo y Estado o entre individuo y sociedades menores o mayores al Estado. Puede afirmarse que la clasificación de la justicia formulada por los clásicos y retomada por Hervada en el siglo XX conserva plena vigencia, aunque debe explicitarse en contextos más amplios y actuales. Ello se debe a que, en el momento de su formulación, no existían estructuras institucionales tan variadas y complejas como las que surgieron posteriormente: entidades supranacionales, infranacionales o multinacionales, producto de la globalización y del desarrollo institucional de los Estados.

En consecuencia, las relaciones de justicia legal también se verifican en comunidades inferiores (como la polis, la familia,[104] la empresa o la provincia), en comunidades superiores al Estado moderno (como la comunidad y los organismos internacionales) o en sociedades que comprenden una pluralidad de entidades menores (como asociaciones de instituciones educativas, bancarias o culturales). En definitiva, este tipo de justicia se proyecta sobre la gran diversidad de personas jurídicas que se despliegan en los distintos ordenamientos estatales e internacionales.

Comunidades inferiores al Estado

En el caso de las comunidades inferiores al Estado, la relación de justicia legal o general se manifiesta en la medida en que el miembro de dichas sociedades se encuentra vinculado por normas escritas o consuetudinarias que imponen deberes.

Estos pueden revestir la forma de disposiciones legales, reglamentarias, estatutarias o de costumbres que gozan de carácter vinculante. Así, por ejemplo, los estatutos de un club deportivo establecen obligaciones para sus socios, tales como el pago de cuotas periódicas o la asistencia a asambleas; del mismo modo, las ordenanzas municipales

[104] Si bien la familia aglutina menos personas que el Estado, cabe resaltar aquí que es anterior a este en cuanto institución natural, y los vínculos personales que se dan en su seno tienen una connotación jurídica evidente: matrimonio, filiación. Inclusive, hay normas que prevén a la familia misma como un objeto de derecho sui géneris.

prescriben determinadas conductas obligatorias para quienes integran una comunidad inferior al Estado, como es el municipio.

Comunidades superiores al Estado

En el caso de comunidades superiores al Estado (supranacionales, interestatales, etc.), el Estado miembro de dicha entidad o comunidad internacional desempeña un papel análogo al que cumple el individuo en el seno de un Estado o de una comunidad inferior. Es decir, el Estado miembro de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), de la Unión Europea (UE) o de la Comunidad Andina de Naciones (CAN); el Estado miembro de la Unión Americana, o, bien, el municipio que es miembro de una asociación de municipalidades cumple sin duda con obligaciones prescritas en las normas de derecho positivo, constitutivas o reguladoras de las actividades de tales comunidades superiores al Estado, que aglutinan entidades inferiores.

En definitiva, conviene explicitar algo que Hervada parece no mencionar expresamente: que el deudor, en una relación de justicia legal o general, puede ser no solo una persona natural, sino una persona jurídica, que a su vez puede ser estatal, infraestatal o supraestatal. A continuación, se esquematiza lo desarrollado:

En el seno de las relaciones de justicia legal se darían al menos dos tipologías:

- Primera tipología: la de una persona natural que cumple con unos deberes legales para con una comunidad infra o supraestatal, o bien hacia el Estado mismo (el ciudadano que habita un municipio, el ciudadano comunitario andino o europeo, el socio de una compañía financiera, entre otros).

- Segunda tipología: la de una persona jurídica miembro de una sociedad superior a sí misma, que cumple con deberes legales para con dicha sociedad superior (el banco que pertenece a una asociación de entidades bancarias, el Estado miembro de una organización supranacional como la OMC o la OTAN, etc).

Justicia particular o parcial

Su nombre obedece a que regula las relaciones de justicia en las que el acreedor es la persona singular – el particular, sea éste una persona natural o jurídica –, mientras que el deudor puede ser la comunidad (en cuyo caso hablaremos de justicia distributiva), o bien otra persona singular (justicia conmutativa).

Veamos las dos tipologías o variantes de la justicia particular:

a) Justicia conmutativa (lo debido entre personas). Conmutar sugiere la idea de intercambio, algo muy propio del tráfico jurídico. Las personas naturales y jurídicas se relacionan y conmutan bienes materiales e inmateriales. Hay bienes que no son susceptibles de intercambio, por su vinculación íntima con la persona natural, como son el honor o la dignidad. Éstos quedan fuera del ámbito de este tipo de acción al tratarse de los denominados "derechos personalísimos".

Cuando abordemos el tema de las relaciones jurídicas o relaciones de justicia, veremos que este tipo de relaciones humanas siempre implican una deuda, que se denomina precisamente deuda de justicia. Según Hervada, en el caso de la justicia conmutativa, la relación de deuda puede surgir debido a tres tipos de acciones:

i) El intercambio o conmutación de bienes. - Los ejemplos más sencillos pueden ser contratos como los de compraventa (en el que hay intercambio de una cosa por un precio), o el de permuta (intercambio de una cosa por otra);

ii) la traslación de una cosa, es decir su desplazamiento o cambio de poseedor, como puede ocurrir en contratos como el comodato o préstamo gratuito, o en el depósito (la cosa es entregada por el depositante al depositario, lo cual implica traslación y genera obligación ulterior de devolución);

iii) la lesión o apoderamiento de bienes del otro. - El daño infligido a un derecho o cosa atribuida, genera una obligación de restitución y compensación.

Las acciones del tipo i e ii son típicas del tráfico jurídi-

co privado, civil y mercantil. Sin embargo, podemos también plantearnos los supuestos tan habituales en los que el Estado, las entidades públicas, se relacionan con sujetos de derecho privado. Pensemos en el ámbito de la contratación pública, en concreto, en que el Estado actúa – hasta cierto punto – al modo de un sujeto privado.

El caso iii, por contraste, da lugar a una subespecie de la justicia conmutativa: la llamada justicia vindicativa o correctiva. Este tipo de justicia inmediatamente nos remite al ámbito penal. Sin embargo, debemos considerar que, como es sabido, la lesión de los bienes ajenos que no tiene razón de delito penal da lugar a la responsabilidad civil o a la administrativa. Vale decir que la justicia vindicativa es una justicia sancionadora. Lógicamente la repercusión es distinta si la lesión o apoderamiento de bienes afecta a un particular o a un ente público. Éste es un matiz importante, pues las relaciones entre particulares no pueden asimilarse sin más a las que se dan entre un particular y el Estado. Sin embargo, hay algo en común: la injusticia o lesión del derecho, que origina una deuda de reparación que restablece el equilibrio roto.

Otra peculiaridad de la justicia vindicativa es que, a diferencia de la conmutativa simple (por llamarla de algún modo), sí puede recaer sobre bienes personalísimos. Ocurre cuando, por ejemplo, se lesiona el honor de un sujeto, bien que no puede intercambiarse ni trasladarse, pero sí puede ser lesionado y debe ser reparado.

Hemos dicho más arriba, de intento, que "las personas naturales y jurídicas se relacionan y conmutan bienes materiales e inmateriales". Lo señalamos para que se tenga presente que las acciones de justicia conmutativa pueden darse entre hombres o entre personas morales, de derecho público o privado. Y en el ámbito vindicativo, pensemos en los litigios entre empresas, o entre estados, que se resuelven ante tribunales que se rigen por el derecho privado o por el derecho internacional público. También ahí estamos hablando de justicia conmutativa.

En cuanto al criterio de igualdad propio de la justicia conmutativa, en esta clase de justicia rige el criterio de la

igualdad aritmética, también en la vertiente vindicativa. Ésta es una igualdad entre cosas: el precio y la cosa comprada deben ser equivalentes; la cosa hurtada y la cosa devuelta deben ser exactamente iguales etc. Es un tipo de justicia igualitaria.

La justicia conmutativa en el ámbito de las personas jurídicas. -Asimismo, cabe señalar que, si bien la justicia conmutativa se define como aquella que regula las relaciones jurídicas entre particulares, excluyendo en principio a la comunidad, resulta posible aplicar por analogía este tipo de justicia a los entes morales cuando se relacionan entre sí en un plano de igualdad, de manera semejante a como lo hacen las personas naturales. En tal sentido, es evidente que dos personas jurídicas, sean públicas o privadas, pueden interrelacionarse y, en ese intercambio, dar lugar a conmutaciones, como sucede habitualmente en el tráfico jurídico.

Otra posibilidad consiste en que un ente moral cause a otro un daño que exija reparación. Si bien estas relaciones jurídicas se rigen por el derecho público o privado, nacional o internacional, según el caso, puede sostenerse que en ellas se aplican los criterios propios de la justicia conmutativa, en la medida en que dichas personas jurídicas se vinculan de modo análogo al de las personas naturales en las relaciones de justicia correctiva[105].

Por lo tanto, corresponde abordar las relaciones de justicia conmutativa entre personas jurídicas, públicas o privadas, que se vinculan de modo análogo a como lo hacen las personas naturales en sus intercambios o conmutaciones, en pie de igualdad, y no en el contexto comunidad-individuo propio de los tipos de justicia no conmutativa (la legal y la distributiva). La estructura relacional comunidad-individuo, tanto en la vertiente de la justicia legal como en la distributiva, implica una relación de superioridad de la comunidad, dotada de soberanía y del monopolio de la fuerza en el caso del Estado o, al menos, de una primacía en cuanto el cuerpo

---

[105] Por señalar tan solo un par de ejemplos, de los abundantísimos que puede haber, es posible pensar en el caso de la República del Ecuador cuando, en años recientes, e ha sido demandada por daños y perjuicios por parte de algunas empresas multinacionales, al haber rescindido contratos unilateralmente, violentando la seguridad jurídica internacional. O si se consideran las deudas existentes entre entidades públicas, como ocurre con la ingente deuda del Estado central ecuatoriano respecto del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), cuyo impago le produce a este un enorme desfinanciamiento que le impide cumplir cabalmente con las obligaciones para con sus afiliados.

social es superior a sus miembros, como sucede en comunidades tales como la empresa o la familia. Este elemento de superioridad no se presenta, evidentemente, en la justicia conmutativa.

Por consiguiente, se trata de aspectos que se explicitan y desarrollan a partir de la teoría clásica de la justicia. En la justicia distributiva y en la legal, la persona natural o jurídica se relaciona con el todo del cual forma parte: la comunidad, sea esta el Estado, una superior (como la comunidad internacional) o una inferior (como la empresa o la familia). En contraste, no ocurre así en la conmutativa, en la cual se configura una relación en pie de igualdad: aun cuando se trate de una persona natural que se vincula con una jurídica, ambas lo hacen en condición de contrapartes iguales.

El propósito de este apartado es, por tanto, resaltar un aspecto que no aparece de modo explícito en la obra de Hervada, como es la realidad de las relaciones de justicia conmutativa entre personas jurídicas, de manera análoga a las existentes entre personas naturales o, de modo semejante, entre una persona natural y una jurídica.

Con ello, no se pierde de vista la proyección internacional que ha tenido, en otros aspectos, la doctrina hervadiana, como bien señala Errázuriz (2022):

A mi juicio, la gran aplicación hervadiana del realismo jurídico, a nivel de la ciencia jurídica, se ha dado en el ámbito de los derechos humanos, apreciados como un aspecto muy positivo de la cultura jurídica de nuestro tiempo, y concebidos no como derechos subjetivos, sino como derechos en sentido realista, es decir, como cosas justas que tienen como fundamento la dignidad de la persona humana. En ese campo, además de algunos artículos, llevó a cabo con José Manuel Zumaquero una recopilación de Textos internacionales de derechos humanos con notas explicativas muy interesantes. Y sobre todo impulsó una serie de iniciativas académicas como el Instituto de Derechos Humanos en la Universidad de Navarra y el suplemento Humana Iura, de la revista Persona y Derecho, fundada por él (p. 37).

En ese orden de ideas, se busca solo visibilizar algo

que la doctrina hervadiana, por supuesto, no niega o deja de reconocer, sino que simplemente omite este enfoque o matiz.

b) Justicia distributiva: lo debido por la colectividad al individuo. Es evidente que existe una deuda de justicia de la colectividad respecto de sus miembros. Resulta necesaria la distribución de lo común a la sociedad (bienes, funciones y cargas) entre sus componentes. Por lo tanto, la justicia distributiva es aquella que tiene como destinatario de dicha distribución al individuo o ciudadano, así como a la persona jurídica, que desempeña un papel análogo al de un ciudadano o persona natural en este tipo de relación de justicia, y que recibe esa distribución.

Una digresión iusfilosófica de interés planteada por Hervada (1999) al tratar este tipo de justicia responde a la siguiente pregunta: ¿cómo es posible proponer la hipótesis de una relación de justicia de la comunidad hacia el individuo, si este es parte del todo social? El filósofo del derecho recuerda que la persona es incomunicable, sui iuris: incapaz de pertenecer a otro; se posee a sí misma (autoposesión). De ahí que forme parte de la colectividad solo de manera limitada, pues sigue siendo enteramente otro respecto del Estado o de la sociedad infra o supraestatal. Pensar lo contrario equivaldría a totalitarismo. Esta consideración permite la existencia de relaciones de alteridad de la persona con la comunidad y, entre ellas, las correspondientes relaciones de justicia.

Algo análogo sucede con la persona jurídica, que a su vez forma parte de una entidad superior: su membresía no anula su individualidad, aunque se trate únicamente de una ficción jurídica con cierto fundamento en la realidad. Así, la República del Ecuador conserva su singularidad y su ser ante el derecho, a pesar de integrar la Comunidad Andina de Naciones o ser Estado miembro de la ONU. Existe, sin embargo, como resulta evidente, una notable distancia ontológica entre un ser humano o persona natural y un ente que constituye una ficción jurídica, aunque posea fundamento en la realidad.

En este contexto, y en relación con la alteridad, Cruz (2009) –por citar a un autor cercano al pensamiento

hervadiano– sostiene que aquella hace posible y necesaria la distribución de bienes, funciones y servicios. En consonancia con Hervada, añade un aspecto significativo: se trata de una alteridad relativa, no absoluta, que se comprende en la medida en que se reconoce que el ser humano no es sujeto de derecho en cuanto individuo, sino en cuanto miembro de una comunidad. Según Cruz (2009), no existen "derechos individuales": el derecho se configura por relación con otros y ante otros. He ahí la esencia y el papel de la alteridad en el ámbito jurídico. El derecho, en consecuencia, tiene un carácter social y relacional. Y la deuda jurídica –todo derecho implica una deuda, como señala Hervada– constituye un hecho relacional[106]. En tal sentido, la alteridad constituye una condición de derecho.

A diferencia de la justicia conmutativa, en la cual rige la igualdad aritmética, en este tipo de justicia prevalece el criterio de la igualdad proporcional, que puede enunciarse del siguiente modo: "a cada cual, según su condición, sus capacidades, su aportación a la sociedad y sus necesidades" (Hervada, 1999, p. 76).

La igualdad proporcional se opone al error del igualitarismo, postura ideológica que sostiene que la fórmula de la justicia consistiría en "dar a todos lo mismo". Tal planteamiento constituye una gran injusticia, pues desconoce los criterios de proporcionalidad, que a continuación se examinarán. La diversidad de necesidades y capacidades, la contribución al bien social, el mérito y la laboriosidad son circunstancias reales de la vida humana, tanto personal como social, que no pueden ignorarse sin incurrir en injusticias.

En relación con los criterios de proporcionalidad en la distribución de bienes y cargas, Hervada distingue los siguientes:

a) La condición de los miembros de una sociedad. Esta consiste en la diversidad de miembros que hay en una sociedad. De tal modo, en una familia, no es idéntica la posición del padre y la del hijo; asimismo, en un Estado difieren la posición de la autoridad y la del súbdito. Hay distinción de funciones.

---

[106] Cruz (2009) recoge la iluminadora afirmación de Santo Tomás acerca de la alteridad: no puede haber justicia o injusticia de alguien respecto de sus propias cosas. Afirma, asimismo, en el mismo lugar, que "en el ámbito doméstico no puede hablarse estrictamente de derechos"; en otras palabras "en la comunidad familiar no hay verdadera alteridad".

Señala Hervada (1999) que, en un modelo democrático de sociedad, el punto de partida de la distribución de bienes, funciones y cargas es la igualdad de los miembros. Así, por ejemplo, el voto tiene el mismo valor para todos los ciudadanos, o bien todos son democráticamente elegibles siempre que cumplan un mínimo de requisitos.

Existen, sin embargo, sociedades basadas en la desigualdad funcional de sus miembros. No se trata de una desigualdad en cuanto a la dignidad de las personas, que permanece invariable, sino de una diversidad en las funciones que cada uno desempeña. En esa medida, resulta evidente –según Hervada (1999) – que en una clínica médicos y pacientes cumplen funciones distintas, del mismo modo que en una institución educativa maestros y alumnos ejercen roles diversos. Ahora bien, este principio también puede manifestarse en modelos de sociedad de carácter aristocrático o monárquico, fundamentados en cierta desigualdad entre los miembros del cuerpo social.

b) La capacidad de los individuos se ha de tomar en cuenta en la distribución proporcional. Es evidente que, entre los individuos, hay una gran diversidad de capacidades en lo intelectual, social, económico, etc.

En el derecho tributario, por ejemplo, este criterio resulta fundamental a la hora de aplicar el impuesto a la renta, puesto que la capacidad económica del contribuyente es un factor esencial. En lo académico, parece justo que se tome en cuenta la mayor capacidad intelectual, que se evidencia en el rendimiento. Al respecto, se podría abundar en otros ejemplos.

c) La aportación al bien de la sociedad. Es justo que quien aporta más a la sociedad, reciba más en retribución. En ese sentido, por ejemplo, en el caso de que las utilidades del capital sean mayores para el accionista que realizó un desembolso mayor. De este modo, se respeta así una proporcionalidad en el reparto de beneficios.

En este punto, Hervada (1999) hace una aclaración: el criterio de aportación al bien de la sociedad no es aplicable cuando se busca la redistribución de los bienes, o como

consecuencia del criterio de la capacidad. De tal modo, por ejemplo, el mayor contribuyente no tiene derecho a mayores servicios públicos de parte de la comunidad política que aquellos que pagan menos debido a su menor capacidad tributaria.

A través de esta acción, el Estado está buscando redistribuir la riqueza, lo que permite un acceso igual a los servicios públicos por parte de todos los ciudadanos, sin privilegios por haber aportado más.

d) La necesidad. Es justo que reciba más quien más lo necesita. En otras palabras, ha de tratarse de una necesidad en relación con los fines de la comunidad. En esa medida, es justo que perciba un sueldo mayor quien tiene mayores cargas familiares. O bien, en caso de necesidades contingentes, como puede ser una catástrofe natural, es justo que reciban más ayuda del estado o de la comunidad los damnificados, pues padecen mayor necesidad que otros ciudadanos.

Aplicación de estos criterios de proporcionalidad a las personas no solo naturales, sino también jurídicas, sean estas infra o supraestatales.- Los elementos expuestos por Hervada pueden considerarse, al igual que en el ámbito de la justicia general o legal, no solo respecto de personas naturales o individuos que conforman un cuerpo social, sino también en relación con personas jurídicas en el seno de un cuerpo infraestatal o en el ámbito supraestatal de carácter internacional.

Este planteamiento constituye un modo de extender el alcance de la teoría clásica y hervadiana sobre las clases de justicia, otorgándole mayor proyección y actualización. En este sentido, la capacidad económica de los estados resulta un elemento de evidente relevancia al momento de imponer cargas tales como cuotas o aportes que configuran obligaciones en el marco de un organismo internacional del que forman parte. De igual manera, la necesidad constituye un criterio determinante en el otorgamiento de ayudas internacionales (financieras, humanitarias o de diversa índole) por parte de entidades supra o infraestatales a sus miembros, que pueden ser personas jurídicas de naturaleza muy variada.

En cuanto a la condición de los miembros de una sociedad, resulta emblemático el reconocimiento otorgado al Ecuador y a Bolivia, hace algunas décadas, como países de menor desarrollo relativo en el seno de la CAN, al momento de exigir ciertos parámetros o el cumplimiento de determinadas obligaciones frente a dicha entidad supraestatal. Este ejemplo permite evidenciar la aplicación de la justicia distributiva tanto en el ámbito supraindividual e infraestatal como en el supraestatal internacional. De este modo, el horizonte de esta doctrina clásica iusfilosófica se amplía y se adapta a categorías más modernas y contemporáneas[107].

Se evidencia que Hervada, en su obra, desarrolla un enfoque centrado principalmente en las relaciones de la persona natural con respecto a la comunidad, ya sea en su vertiente general o legal, ya en la distributiva. Su planteamiento no pone el acento en las relaciones entre personas jurídicas o morales, ni aborda de manera explícita la aplicación de estas categorías al ámbito de las entidades que agrupan personas jurídicas, tanto en el contexto nacional como en el internacional.

En suma, podría afirmarse que la categorización doctrinal clásica –referida a las clases de justicia y a sus criterios de aplicación– admite un desarrollo más amplio en el estimulante campo del Derecho internacional público. En ese sentido, por ejemplo, al considerar las relaciones de justicia entre los estados miembros de la UE y dicha organización; o, en el contexto americano, entre los miembros de la OEA y esta entidad continental; o, en el ámbito universal, entre los miembros de la ONU y la propia organización, en uno y otro sentido, tanto en el cumplimiento de cargas como en la justa distribución de beneficios.

A la luz de lo considerado hasta ahora, este planteamiento de aplicación de las clases de justicia a ámbitos jurídicos más amplios que los estrictamente relativos a las personas naturales resulta igualmente válido en el derecho público interno de un estado o, incluso, en las relaciones de justicia entre personas jurídicas privadas que conforman

---

[107] Un ejemplo, entre tantos, de la proyección de un concepto doctrinal a ámbitos contemporáneos y culturalmente más cercanos, como la que se pretende, es el que propone Vicente Prieto en Objeción de conciencia, 1a ed., Grupo Editorial Ibáñez / Universidad de La Sabana, Bogotá, 2022, cap. V ("Reconocimiento jurídico de la objeción de conciencia"), en los literales a) Naciones Unidas, b) Unión Europea, c) Sistema Interamericano y d) Derecho colombiano.

asociaciones, consorcios u otras agrupaciones. En este sentido, puede pensarse en las obligaciones de justicia distributiva que recaen sobre una asociación de bancos privados respecto de las instituciones que forman parte de ella, o bien, en las obligaciones de justicia legal que dichos bancos tienen en relación con la asociación.

De este modo, la proyección y relevancia de una teoría que hunde sus raíces en la Antigüedad clásica pueden acrecentarse sensiblemente al actualizarse en función de la diversidad de relaciones jurídicas y categorías propias del Derecho contemporáneo, tanto público como privado, en los planos nacional e internacional.

Tal vez todo esto se encuentre ya implícito en la teoría hervadiana y el ejercicio presente consista, más bien, en su explicitación y aplicación a ámbitos más amplios y actuales. O, quizás, pueda considerarse como una aportación en la línea crítica propuesta por Domingo (2022), quien cuestiona la posible imposición de un método deductivo por parte de Hervada, "a partir de la definición de justicia sin la debida observación de la realidad del derecho como hecho, con sus instituciones, sistemas, ordenamientos, leyes, contratos, sentencias, costumbres y un largo etcétera" (p. 264). De tal modo, la intención de estas páginas es precisamente avanzar en esa dirección, adoptando un método más inductivo, sustentado en la realidad jurídica incluso a nivel regional y local, en contextos culturales diversos a los del autor estudiado.

Caracterización de la justicia como virtud moral y jurídica

Una vez analizada la justicia en sus diversas clases, parece conveniente volver a analizar este valor central del derecho y virtud social, a fin de no perder la visión de conjunto. Esto, una vez que se ha descendido a ciertas aplicaciones más prácticas.

Virtud moral

La justicia pertenece al orden de las virtudes morales junto con la prudencia, templanza, fortaleza. Es parte esencial del orden ético o moral. Constituye un hábito de la voluntad, tiene un estatuto volitivo[108], no intelectual, pues como virtud depende principalmente de la voluntad. Es verdad: la ética clásica nos enseña que hay virtudes que residen fundamentalmente en el intelecto, como la sabiduría o prudencia, y otras que arraigan más en la voluntad. Es el caso de la virtud de la justicia.

Virtud jurídica

Aun partiendo de su carácter moral, la justicia admite una especificidad: la vertiente jurídica. Dice Hervada que abstraída la subjetividad ética, la justicia se convierte en virtud jurídica[109], por contraste con la justicia moral, entendida como aquella que persigue el perfeccionamiento moral de la persona[110]. La justicia no tiene, pues, sólo entidad ética, sino también jurídica.

Esta especificidad jurídica de la justicia no va en detrimento de su carácter moral. El cumplimiento de la fórmula de la justicia (dar a cada uno lo suyo), en sociedad y para cada hombre, tiene una calificación moral muy fuerte, trascendental. Tanto en la tipología de la justicia conmutativa como en la de la distributiva, la realización de la acción justa, o su omisión o transgresión, denotan moralidad o inmoralidad respectivamente.

Y en la justicia legal, el cumplimiento de las leyes por parte del ciudadano sin duda se reviste de una fuerte connotación moral. Por si fuera poco, cabe considerar que el enunciado de los textos legales emite un *mensaje moral* para la sociedad, al establecer deberes para el hombre. De ahí que no concordemos fácilmente con quienes proponen despenalizar ciertas conductas (ejemplo: el consumo de drogas) por motivos pragmáticos (se reducirán los réditos de los narcotraficantes). Olvidan que la ley emite un mensaje moral

---

[108] *Cfr. LPFD, p. 140.*
[109] *Cfr. ibídem, p. 145.*
[110] *Es el concepto de justicia platónico, o el de los autores cristianos que desjuridificaron la justicia.*

cuando proscribe una conducta por considerarla dañosa para la sociedad, y de este modo contribuye a la formación de la conciencia moral del hombre, o a su deformación.

Nuestro autor añade que la justicia que busca el jurista no es la justicia en sentido ético-social. Es la justicia en sentido jurídico, si bien la justicia social puede y debe servir al jurista como criterio interpretativo.

Sin embargo, cabe ir más allá y afirmar incluso que la virtud específica del jurista no sería siquiera la justicia, sino una de carácter más técnico: la jurisprudencia en cuanto praxis de la acción justa. El jurista sería el técnico o científico de la justicia, el que la pone en práctica a través de la acción de justa consistente en dar a cada uno lo suyo. Lo propio del jurista es un arte o ciencia práctica. El jurista es, pues, "el prudente de la justicia" o jurisprudente, a decir de Hervada[111].

La virtud de la justicia se caracterizará como "la correcta disposición del hombre a cumplir con el deber-ser jurídico". Es una "disposición habitual de la voluntad de querer dar a cada uno lo suyo" que, al ser virtud, pertenece al orden del ser (*Sein*, en alemán[112]). En cuanto virtud jurídica, la justicia sería la "disposición a la implantación del orden justo"[113]. Este orden social justo sería el resultado de dar a cada uno lo suyo (*ius suum cuique tribuere*), que es – como ya dijimos – la fórmula de la justicia.

Caracteres esenciales de la virtud de la justicia

Además de señalar su esencia tanto moral como jurídica, es necesario poner énfasis en las siguientes características esenciales de la justicia:

a) alteridad: La justicia es virtud de relación social: tiene por término al *otro* (del latín *alter*). José Ramón Ayllón

---

[111] Expresión habitual en LPFD, especialmente en la Lección IV ("El oficio del jurista), y en otras obras suyas.

[112] Aludimos aquí a los términos alemanes, muy frecuentes en ámbito epistemológico, Sein (ser) y Sollen (deber), sobre los que se construye el binomio existencial ser/ deber ser. Suele clasificarse a las ciencias en ciencias del Sein (aquellas que se limitan a constatar y describir realidades) y ciencias del Sollen (aquellas que postulan deberes y para ello emplean juicios deónticos o de deber). El derecho y la ética son ciencias del Sollen. En cambio, la biología o la física serían ciencias del Sein.

[113] LPFD, p. 145.

recoge y traduce lo que los romanos afirmaban: *iustitiam est ad alterum*, vale decir "la distinción de la justicia es la relación al otro"[114];

b) igualdad: Como veremos con más detalle, toda relación de justicia presupone una *cierta igualdad entre dos términos.* Así, el iusnaturalista Louis Lachance, entiende que "el derecho es específicamente una relación de igualdad". Y Rodolfo Vigo, en frase interpretativa del pensamiento de Lachance pero clarividente a la vez, señala que "el derecho es la igualdad del obrar exterior cuyo término es el otro"[115].

Hervada apunta, por su parte, que el dar a cada uno lo suyo comporta un *aspecto técnico*, pues supone una relación de proporción o armonía, una nota de igualdad. La igualdad – como acabamos de ver – puede ser aritmética y proporcional;

c) razón o fuerza de deuda: En toda relación jurídica está implicada una deuda. Analizaremos con detenimiento este punto al hablar, precisamente, de las relaciones de justicia.

Justicia natural y positiva

"Lo justo natural" y "lo justo positivo" son dos expresiones clásicas en los tratados de filosofía del derecho. Desentrañar su contenido es, en parte, la finalidad de la presente obra. Conformémonos aquí con señalar algo que ya hemos planteado páginas atrás: existen relaciones de justicia cuyo contenido está determinado por la naturaleza del hombre o de las cosas. En otros casos, es el hombre el que artificialmente o por medio de convenciones y ejercitando su racionalidad, determina la medida de lo justo, aunque no sin cierto fundamento natural. Esta argumentación se desarrollará mejor en los capítulos sucesivos.

La equidad

Introducción

Nos explica Hervada que las relaciones de los hom-

---

[114] *Ayllón, José Ramón, op. cit., p. 107.*
[115] *Vigo, en VCHFD, p. 206.*

bres entre sí no se agotan en la justicia. Existen otras virtudes que deben regular la vida social: la solidaridad y el amor, la misericordia, etc. Se trata de virtudes que también engendran *deberes morales* que han de ser conjugados con los *deberes de justicia*.[116]

Etimología

Del latín *aequitas*, que a su vez se deriva de *aequus*, que quiere decir "igual". El término griego correspondiente es el de *epiqueya* (επιεικεία), que sería "la virtud de lo justo para el caso concreto".

Mencionamos dos definiciones de equidad, de la Real Academia de la Lengua:

La primera es de tinte iusnaturalista:

- "Justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva".

La segunda apunta a un cierto tecnicismo, propio de las relaciones de justicia conmutativa:

- "Moderación en el precio de las cosas o en las condiciones de los contratos".[117]

El carácter y origen natural de la equidad es afirmado por Tomás de Aquino en los siguientes términos: "Lo equitativo es mejor que lo justo legal, pero se contiene bajo lo justo natural"[118].

Definición

Según Hervada, la equidad sería "la justicia matizada por otras virtudes"[119]. Lo *equitativo* (u objeto de la equidad), es el resultado de armonizar los deberes de justicia con otros deberes. La equidad supone, pues, una relación de justicia en la que la deuda o deber jurídico es moderado. Es, en definitiva, un perfeccionamiento de la estricta justicia.

En la visión de Joaquín García-Huidobro, Santo Tomás

---

[116] *Cfr. ICDN, p. 87.*
[117] *Diccionario de la Real Academia de la Lengua, voz equidad.*
[118] *Santo Tomás de Aquino, Sententia Libri Ethicorum, 323: 62-64, n. 1801 (cit. Por García-Huidobro, Joaquín, JNJL., p. 99).*
[119] *ICDN, p. 87.*

"aclara que cuando se dice que lo equitativo es mejor que lo justo no está señalando que pertenezca a un género dístinto, sino solo que es mejor que lo justo tal como está indicado en la ley positiva."[120]

Aristóteles trata de la equidad en la sección X del Libro V de su "*Ética a Nicómaco*". Ahí sostiene que lo equitativo es, en esencia, lo justo y, sin embargo, cabe anotar que lo equitativo es superior[121], como se ve a continuación. Para el Estagirita, la equidad consiste en "una rectificación de la justicia legal", o bien "una rectificación de la ley allí donde resulta defectuosa en razón de su generalidad"[122]. Añade el Filósofo algo que es clarificador: la equidad sería "una cierta clase de justicia y no una disposición diferente"[123]. De ahí que situemos el tema dentro del capítulo destinado a la justicia.[124]

Por su parte, en un estudio acerca de la recepción de la Ética a Nicómaco en la Edad Media, al tratar concretamente de la recepción de lo justo natural en Santo Tomás de Aquino, García-Huidobro habla del "carácter corrector de la equidad"[125] y la define como "la capacidad de adaptar o ajustar las exigencias de la ley general a las particularidades del caso concreto"[126]. Advierte, haciendo referencia al Aquinate, que en algunos casos particulares la aplicación literal de la norma legal podría traer consigo un resultado injusto y, por tanto, resulta necesario aplicar "no la letra, sino el espíritu, el sentido buscado por el autor de la norma"[127].

Ese carácter corrector de la equidad se ejercería desde la óptica de lo justo natural y del derecho natural, dado que lo justo natural estaría en el origen de lo justo legal. La justicia natural mostraría las deficiencias de la formulación humana de la ley, o bien las peculiaridades del caso concreto que se aparta de la normalidad y ofrecería una solución "diferente de la ordinaria, pero ajustada a las necesidades del caso presente"[128].

---

[120] García-Huidobro, Joaquín, JNJL., p. 99.
[121] Cfr. Aristóteles, op. cit, Libro V, ap. X, p. 177, 1137b.
[122] Ibídem, p. 178.
[123] Ibídem (1138a).
[124] En la Suma Teológica, texto clave de Santo Tomás para comprender el tema de la equidad es I-II q. 96 a. 6, cuyo contenido está distribuido a lo largo de este texto en notas a pie de página.
[125] García-Huidobro, JNJL, p. 100.
[126] Ibídem, p. 98.
[127] Ibídem.
[128] Ibídem, p. 99.

Función

Según Hervada, su función consiste en mejorar la justicia, favoreciendo así el bien común y las relaciones humanas. Sin embargo, no hay que confundir – advierte nuestro autor– la equidad con el mal gobierno, la injusticia o la debilidad[129].

En expresiones del mismo autor, la equidad "atempera el deber" y "acomoda el derecho"[130]. Y lo hace en consideración a elementos tales como los siguientes:

a) las circunstancias del caso[131];
b) el bien común;
c)las Leyes generales que regulan las relaciones humanas;
d) la armonía en las relaciones humanas.[132]

Causa

Enumeramos algunas que recoge Hervada, sin pretensión de ser exhaustivos, añadiendo nuestra propia reflexión:

a) benignidad o misericordia. - Así, cuando las penas que en justicia son debidas se alivian o perdonan, v. gr. el indulto. Advierte Santo Tomás que "ni las normas de derecho ni el sentido de la equidad permiten extremar la severidad en la dureza de la interpretación, convirtiendo en perjudicial lo que ha sido saludablemente instituido para la utilidad común de los hombres. (...)"[133]

---

[129] Cfr. ICDN, p. 87.
[130] Cfr. ibídem.
[131] Como se anticipó más arriba, Aristóteles centra el motivo de la equidad en la generalidad de la ley, que no prevé los casos particulares (ibídem, p. 177, 113 7b). Sería un recurso para remediar las lagunas y errores del legislador (ibídem, p. 178). Por su parte, Santo Tomás sentencia magistralmente lo siguiente: "Nadie es tan sabio que pueda prever todos los casos particulares, ni, por lo tanto, expresar suficientemente con palabras todo lo conducente al fin propuesto. Y aun suponiendo que el legislador pudiera examinar todos los casos, para evitar la confusión no convendría que la ley hiciera referencia a todos, sino sólo a lo que sucede en la mayoría de ellos" (Suma Teológica, I-II, q. 96, a. 6). En el mismo lugar afirma: "1. El que en caso de necesidad obra sin atenerse a las palabras de la ley no enjuicia la ley misma, sino un caso particular en el que ve que las palabras de la ley no pueden guardarse. 2. El que sigue la intención del legislador no interpreta la ley absolutamente hablando, sino sólo en cuanto a un caso en que se hace patente, por la evidencia del daño, que no era esa la intención del legislador. Pero si el daño es dudoso, debe o bien atenerse a la letra, o bien consultar al superior."
[132] Cfr. ICDN, p.. 87.
[133] I-II, q. 96, a. 6.

b) solidaridad humana. - Dentro de la axiología, éste sin duda constituye un valor fundamental para la convivencia humana y el bien común. Un modelo de derecho que prescindiera de la solidaridad como criterio orientador, carece de sentido. Esto explica que, en las relaciones jurídicas, se produzcan fenómenos y existan instituciones como la condonación de una deuda, causa de extinción de las obligaciones. Ésta puede darse por un motivo de solidaridad, como puede ser la ruina económica de una persona o de una nación. El acreedor – un Estado o una persona natural – no puede ser renuente a considerar los deberes éticos propios de la solidaridad;

c) moderación de la justicia. - En innumerables ocasiones, el jurista debe recurrir a la moderación al aplicar una solución jurídica, una sanción o una pena. Esto, a fin de no perjudicar otros valores y bienes jurídicos no menos importantes. Para Hervada, se trata de "casos en que atenerse al estricto derecho hace verdad el antiguo aforismo *summum ius summa iniuria*"[134], que podríamos traducir libremente del siguiente modo: "La aplicación estricta del derecho da lugar a la suma injusticia".

Como señala el profesor colombiano Vicente Prieto (2022), en el contexto de un estudio acerca de la objeción de conciencia, "es entonces exigencia de equidad la admisión de excepciones a la ley capaces de satisfacer la justicia del caso concreto. De lo contrario podría caerse en injusticias clamorosas (*summum ius, summa iniuria*)" (p. 44). Y añade, citando a su vez otra fuente, que "la misión de la equidad consiste precisamente en colmar 'el vacío legal que no puede tener en cuenta situaciones particulares que reclaman un tratamiento distinto (...); la equidad permite tener en cuenta las circunstancias singulares que rodean el caso y que la norma, dada para regir las situaciones como generalmente ocurren, no ha previsto'"[135].

Así por ejemplo ocurre con el instituto de la inembargabilidad del patrimonio familiar, que pretende amparar al deudor frente a un exceso al momento de querer satisfacer una deuda. En esta línea podríamos señalar la desaparición

---

[134] *ICDN, p. 90.*
[135] *Prieto, Vicente, op. cit., pp. 44-45.*

de la prisión por deudas en la gran mayoría de legislaciones.

Sujetos de la equidad

Según Hervada, los sujetos con capacidad para ejercitar esta atemperación de lo debido en justicia serían los siguientes:

a) el gobernante y el legislador. – Es el gobernante quien aplica medidas tales como el indulto, facultad atribuida por algunas Constituciones políticas al jefe de Estado o al gobernador de un Estado.[136] La amnistía es, en cambio, una medida legislativa que "suprime los efectos y la sanción por ciertos delitos, principalmente de los cometidos contra el Estado"[137]. Amnistía e indulto se diferencian por su carácter general o particular, respectivamente.[138] Dado su carácter particular, el indulto pone énfasis en las circunstancias de un caso concreto. Sin embargo, ambas son medidas de equidad, pues buscan la armonía en las relaciones sociales, la reconciliación de una nación, entre otros fines. De este modo, la justicia se ve perfeccionada por otros valores complementarios[139];

b) el juez. - El recurso a la equidad por parte del juzgador de una causa es parte del *ars iuris* o arte del derecho. El jurisprudente es aquel que sabe moderar los deberes de justicia, en atención a las causas antes examinadas. En este contexto, García-Huidobro – autor ya citado – es claro al afirmar que la equidad es "una virtud que principalmente debe darse en el juez"[140], al ser quien discierne lo justo de lo injusto y da, en la práctica, a cada uno lo suyo en sus sentencias y resoluciones;

c) el titular del derecho. - Se trata de un caso especial: al ser el titular del derecho el acreedor en una relación o deuda de justicia es él quien puede exigir o dejar de exigir al deudor – si el derecho natural y positivo se lo consienten –el

---

[136] Un caso célebre de la historia mundial reciente, solo por citar alguno, fue el indulto presidencial del Presidente de los Estados Unidos Gerald Ford en favor de su predecesor Richard Nixon, en 1974, implicado en el caso Watergate.

[137] Cabanellas de Torres, G. (1993). Diccionario jurídico elemental (11.ª ed., corregida y aumentada por G. Cabanellas de las Cuevas). Editorial Heliasta.

[138] Ibídem.

[139] Para una diferenciación bastante clara y completa de estas instituciones, véase la obra de Borja, R. (2007). Sociedad, cultura y derecho. Editorial Planeta del Ecuador, p. 324.

[140] García-Huidobro, Joaquín, JNJL, p. 99.

cumplimiento de una deuda. Tal cosa ocurre en el ejemplo ya citado de la condonación de una deuda o, v. gr., de los intereses producidos por ésta, o en el aplazamiento de la misma en consideración a la penuria económica del deudor;

d) el destinatario de la ley. – Éste puede aplicar la equidad en los casos de justicia legal. En ocasiones, el cumplimiento de una exigencia legal puede atentar contra el bien del deudor, a causa de circunstancias especiales. Según Hervada, aquí operaría el principio general de que las leyes no obligan: a) cuando se tornan nocivas o b) causan "grave incómodo"[141]. Así, por ejemplo, el respeto de una norma de tránsito, tal como un límite de velocidad, podría ser difícil de cumplir en un caso de una emergencia de salud[142].

En esta línea se pronuncia Rafael Gómez Pérez, autor de impronta tomista, cuando afirma que "es un principio moral que las leyes no obligan en caso de extrema necesidad, de imposibilidad física o material. La justificación del caso de extrema necesidad reside en el hecho de que nadie está obligado moralmente a lo imposible. Para valorar mejor el caso de extrema necesidad hay que verlo como conflicto entre el bien que se pretende con la ley y el mal particular que puede acarrear su cumplimiento. Por ejemplo, es lícito no pagar una deuda si esto supone emplear el único dinero de que se dispone para el sustento de la familia"[143].

---

[141] Cfr. ICDN, p. 88.

[142] Nos parece que a este caso se refiere Santo Tomás cuando, en I-II q. 96 a. 6, dice: "Ahora bien, sucede con frecuencia que cumplir una norma es provechoso para el bien común en la generalidad de los casos, mientras que en un caso particular es sumamente nocivo. Pero como el legislador no puede atender a todos los casos singulares, formula la ley de acuerdo con lo que acontece de ordinario, mirando a lo que es mejor para la utilidad común. En consecuencia, si. surge un caso en que esta ley es dañosa para el bien común, no se debe cumplir. Si, por ejemplo, durante un asedio se establece la ley de que las puertas de la ciudad permanezcan cerradas, esto resulta provechoso para la salvación común en la generalidad de los casos. Pero si acontece que los enemigos vienen persiguiendo a algunos ciudadanos de los que depende la defensa de la ciudad, sería sumamente perjudicial para ésta que no se les abrieran las puertas. Por lo tanto, en este caso, aun contra la letra de la ley, habría que abrir las puertas para salvar la utilidad común intentada por la ley." Énfasis nuestro.

En la misma línea va el siguiente texto del mismo artículo y cuestión: "Hay que advertir, sin embargo, que, si la observancia literal de la ley no da pie a un peligro inmediato al que se haya de hacer frente sin demora, no compete a cualquiera interpretar qué es lo útil o lo perjudicial para el Estado, sino que esto corresponde exclusivamente a los gobernantes, que, con vistas a estos casos, tienen autoridad para dispensar de las leyes. Pero si el peligro es inmediato y no da tiempo para recurrir al superior, la necesidad misma lleva aneja la dispensa, pues la necesidad no se sujeta a la ley." Énfasis nuestro.

[143] Gómez Pérez, R. (2021). Deontología jurídica (5.ª ed.). Ediciones Universidad de Navarra, p. 40.

En cuanto al subtema de la *equidad como modo de resolver la injusticia*, éste será tratado en el capítulo relativo a la injusticia; en particular, en el apartado tocante a los *modos de reparar la injusticia.*

Valoración final de la equidad en la teoría hervadiana

Concluye nuestro autor que "el arte de la equidad y de lo equitativo constituye *una extensión del arte de lo justo*"[144]. La equidad es, pues, una parte del arte del derecho o *ars iuris* (arte propio del jurista).

En definitiva, el arte del derecho se define de modo más completo como "el arte de lo justo y equitativo"[145].

Lecturas recomendadas

- Hervada, J. Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho, lección "La justicia".
- Hervada, J. Introducción crítica al derecho natural, "Análisis de la justicia y de lo justo".

[144] *ICDN, p. 90. Énfasis nuestro.*
[145] *Ibídem.*

Lección 4:
El derecho

Introducción

El derecho es el objeto de nuestro filosofar, en cuanto iusfilósofos. Es una afirmación demasiado evidente. Si somos filósofos del derecho, buscamos desentrañar los aspectos más radicales y profundos del ser del derecho, sus causas últimas, como anticipamos en las primeras páginas de este libro.

Javier Hervada nos aclara que el concepto de derecho es una noción universal, que no se realiza prevalentemente en uno u otro tipo de derecho sino igualmente en todo derecho, sea este natural o positivo.[146] Ninguno de los dos son *el derecho* por antonomasia: ambos realizan igualmente dicha noción. Tanto si hablamos del derecho a la vida, como si se trata del derecho a interponer un recurso de casación en un proceso judicial. Esto no significa que tengan la misma entidad o densidad axiológica u ontológica, pues no todas las realidades son igualmente valiosas para el hombre. Lo que se intenta afirmar es que en ambos casos se realiza una noción, un concepto común que responde a un fundamento en la realidad y que ahora nos aprestamos a analizar.[147]

---

[146] *Cfr. LPFD, p. 166.*

[147] *La experiencia jurídica nos permite conocer los derechos existentes en la realidad. Luego, mediante la abstracción, nos quedamos con los rasgos universales, comunes a todo derecho.*

Etimología del vocablo "derecho"

Hervada, en sus *Lecciones Propedéuticas de filosofía del derecho*, hace un recorrido histórico desde los orígenes de este vocablo. La raíz *jus*, dice, se remonta a la raíz sánscrita *yug*, que significa unir, enlazar, juntar, y que nos recuerda al término castellano yugo. Éste, sin duda, alude precisamente a la idea de sujeción, de sometimiento.

Como es sabido – y es herencia de Roma – la raíz *ius* corresponde a la noción de derecho. El profesor español hace notar que de esta raíz se derivan *iustitia* y *iustum*, y no al revés, pues es normal que la palabra derivada sea más compleja que la primitiva[148]. Lo mismo ocurre con términos tan usuales en el mundo del derecho como los vocablos: jurídico, juez, jurisdicción (la *iuris-dictio*, el poder decir el derecho), justicia (*iustitia*), jurisprudencia, etc.

Hace notar Hervada que, en castellano, *ius* fue sustituido por derecho (del latín *directum*), y que este desplazamiento terminológico obedecería a que esta última palabra indicaba "una ordenación de conductas", es decir el derecho como sistema de normas[149]. La prevalencia de este término es reflejo del predominio progresivo de una concepción normativista del derecho.

Acepciones del término derecho[150]

Explica nuestro autor que históricamente se registrarían las siguientes acepciones de derecho, sin pretender que se trate – por supuesto- de un n*umerus clausus:*

1) Sentido idealista: el derecho como la idea de justicia, acepción propia de Platón. Un idealismo contemporáneo y de distinto cuño será el de Federico Hegel, con su peculiar filosofía del derecho.

2) Como la *res iusta* (la cosa justa o "*ipsa res iusta*":

---

[148] *Cfr. LPFD, p. 171.*
[149] *Cfr. ibídem, p. 177.*
[150] *Un estudio acerca de este tema, semejante al de Hervada en cuanto a la línea del realismo jurídico, puede hallarse en: Joaquín García-Huidobro, RPDN, Sentidos de la voz "derecho" y acepciones actuales de la voz "derecho". p. 225 y ss.*

la misma cosa iusta). Éste es el sentido primigenio de *ius*, del cual derivarían todos los demás. Es la acepción propia del realismo jurídico clásico: el derecho es el objeto de la justicia.

3) Como ley o norma: es, probablemente, la concepción más difundida y a la que más habituados estamos. Todos somos un poco normativistas sin pretenderlo, cuando decimos, por ejemplo, "yo estudio leyes". Nuestro autor aclara que, en la concepción clásica, *la ley no es propiamente el derecho*, sino "cierta regla o medida de la justicia", y "su causa". Y añade que Tomás de Aquino usa a veces ius para hablar de las leyes, pero no lo hace de modo habitual[151]. Ciertos tratadistas del derecho natural, de corte racionalista, dan primacía a la ley y, en concreto, a la ley natural. Es, por supuesto, la tesis que adopta el iuspositivismo, con diversos matices

4) Como derecho subjetivo: se entiende el derecho como *la facultad, prerrogativa o potestad de la persona, de hacer, de omitir o de exigir algo*[152]. El derecho subjetivo sería el derecho en sentido propio y primario: tesis defendida por Francisco Suárez y la Escuela española del derecho natural en el siglo XVI y más tarde por Hugo Grocio. También se adscribe esta postura el iusnaturalismo racionalista alemán, con Wolff y sus discípulos, quienes conciben el derecho natural como *sistema de derechos subjetivos naturales*[153]. Por el contrario, esta es una acepción ausente en la Summa Theologiae de Santo Tomás, como bien anota García-Huidobro[154].

Kelsen, por su parte, subsume el derecho subjetivo en la norma, una postura de tinte monista.

5) Como arte o ciencia del derecho: conceptuar el derecho como rama del saber, como ciencia humana y social, sin duda constituye una acepción fuertemente aceptada o "extensiva", como la califica Hervada. La reflejamos cuando decimos, por ejemplo, "yo estudio derecho", refiriéndonos a dicha disciplina académica.

6) Como las sentencias de jueces y tribunales o jurisprudencia (*iurisprudentia*): acepción que tiene mayor o menor fuerza según el sistema jurídico adoptado. O, como expresa García-Huidobro, en iluminadora frase: "La reduc-

---

[151] Cfr. ibídem, p. 181.
[152] Cfr. Ibídem, p. 196.
[153] Ibídem, p. 188.
[154] Cfr. García-Huidobro, Joaquín, RPDN, p. 228.

ción moderna de las fuentes del derecho a la ley hizo perder de vista el valor de la sentencia como instancia creadora del derecho. Sin embargo, en la época contemporánea, diversos realismos se ocuparon de destacar que el derecho 'es aquello que deciden los jueces', con lo cual en muchos sistemas iusfilosóficos la sentencia pasó a tener un papel de primera importancia"[155].

7) Como el lugar o sede de la administración de justicia: acepción quizás reflejada en el aforismo *iura novit curia*, es decir: la curia – los tribunales – conocen el derecho. O, como expresa el Aquinate, la voz "derecho" comenzó a designar "el lugar donde se otorga el derecho (...), como cuando se dice que alguien comparece en derecho"[156].

8) Posturas mixtas: Resalta Hervada que algunos autores y escuelas adoptan una tesis mixta, dúplice o hasta triple.

i) Postura dúplice: el derecho entendido como *ley* y como *derecho subjetivo*: Hervada detecta una postura dúplice en aquellos autores que aceptan entender el derecho como ley o norma y como derecho subjetivo. Ambos fenómenos integran la realidad jurídica. Ambas son, en cierto sentido, derecho. La postura dúplice es cultivada por los civilistas y exégetas del *Corpus iuris civilis*[157]. Es también la más general entre los tratadistas de derecho natural, filosofía del derecho y teoría general del derecho.

ii) Acepción triple: algunos autores optan por entender el derecho como *la ley, como lo justo* (acepción iusnaturalista realista) y como *derecho subjetivo*. En el siglo XX, Legaz y Lacambra adopta la siguiente acepción triple: el derecho sería norma, derecho subjetivo y ciencia.

Al ser fiel al realismo jurídico clásico, a Hervada le resulta interesante la postura de A. van Hove, quien admite tres acepciones fundamentales:

a) derecho en sentido objetivo (sentido propio y primario): lo suyo de un sujeto, la cosa justa.

b) derecho en sentido subjetivo: facultad moral inviolable del sujeto.

---

[155] *García-Huidobro, Joaquín, RPDN, p. 227.*
[156] *Santo Tomás de Aquino, Suma Teologíca, II-II, q. 57, 1 ad 1. Citado por García-Huidobro, Joaquín, RPDN, p. 226.*
[157] *Célebre cuerpo de doctrina jurídica del derecho romano.*

c) derecho en sentido normativo (o metonímico): ley o conjunto de leyes.[158] Es decir lo que otros autores denominan *derecho objetivo*.

En definitiva, al examinar el término derecho o *ius* comprobamos que responde a un concepto *análogo*, no unívoco[159]: significa todas estas cosas disímiles, que comparten un sustrato común, que es la referencia a las relaciones de justicia. Según las escuelas y autores, prevalece una u otra acepción.

El derecho como la cosa justa (res iusta)

Es la acepción del iusnaturalismo clásico de Aristóteles, juristas romanos, Santo Tomás y del propio Javier Hervada. El derecho en sentido propio y primario sería una cosa justa. Y Hervada nos recuerda que esta concepción es mérito de la tradición clásica romana, cuyo precedente filosófico es Aristóteles.

Definición de derecho según Hervada

Según esta teoría realista, el derecho sería "aquella cosa que, estando atribuida a un sujeto, que es su titular, es debida a éste, en virtud de una deuda en sentido estricto"[160].

En tal sentido, el derecho constituye una cosa en su acepción más amplia: puede tratarse de una realidad material o inmaterial (un predio, el honor, la vida), o bien de una conducta (como una prestación o una actividad laboral).

Errázuriz (2022) adhiere al realismo jurídico hervadiano, destacando de manera enfática la centralidad del concepto de la cosa justa, en los siguientes términos:

A mi juicio, la 'iluminación' hervadiana sobre el realismo jurídico clásico comporta ante todo la captación de la *ipsa res iusta*, la misma cosa justa o lo justo, de Tomas de Aquino, como concepto clave para entender la realidad jurídica o, dicho, en otros términos, como expresión de la misma esencia del derecho (p. 33).

---

[158] Cfr. LPFD, p. 187.
[159] Cfr. ibídem, p. 191.
[160] LPFD, p. 198.

Resulta oportuno, en este punto, considerar la distinción entre derechos reales y derechos personales, por encontrarse estrechamente vinculada con la diferenciación previamente mencionada. La distinción entre cosas materiales e inmateriales, así como el empleo del término "bienes", puede atenuar ciertas críticas que se expondrán aquí, formuladas por algunos de los autores consultados.

1 **REPARTO** Acto primero	**2** **TÍTULO** Atribución	**3** **DEUDA JURÍDICA** Momento constitutivo del derecho	**4** **DERECHO** *Res iusta*	**5** **ACCIÓN JUSTA** Acto segundo
Bienes Funciones Cargas				Cumple con la deuda o la satisface de tres modos: a)respetando el derecho; b)dando, en sentido activo; c)restituyendo el derecho vulnerado

Esquematizamos aquí, antes de desarrollarla, la teoría del derecho como la cosa justa según Hervada. El gráfico es una elaboración propia que pensamos puede ayudar a visualizar esta teoría y facilitar su explicación:

Desglosamos a continuación esta teoría del derecho en sus respectivos elementos.

a) El derecho es una cosa. – Como hemos dicho más arriba, se trata de una *res* en el sentido más amplio: una cosa material o inmaterial (un predio, el honor, la vida), o bien una conducta (una prestación o actividad laboral, por ejemplo).

En este punto, Domingo (2022) cuestiona la excesiva "cosificación" del derecho en la perspectiva hervadiana. Este profesor de Navarra señala, a propósito del acto primero (vid. supra), lo siguiente:

Esta idea de reparto le lleva a hacer (a Hervada) una construcción del derecho completamente al margen de la tradición romana y, en mi opinión, confusa porque utiliza terminología romana en un sentido muy distinto al que la usaban los juristas romanos. Los romanos dividieron el derecho en *personas, cosas y acciones*. Hervada, en cambio, enfatiza en

exceso la dimensión de las cosas, la *res iusta*, y desde esa dimensión, que erige en punto de partida, trata de explicar las otras dos, pero sin cambiar su paradigma realista (p. 259).

De manera magistral, Domingo (2022) anota el siguiente argumento: En pleno siglo XXI, resulta fácil entender el derecho como *res iusta* en la propiedad (la cosa misma en cuanto me pertenece o *iusta res mea*, podríamos decir) y los derechos reales (*iura in re aliena*), pero se hace más difícil comprender los derechos humanos y subjetivos desde esta perspectiva realista (p. 257).

Este autor agrega en el mismo lugar:

De ello es muy consciente Hervada quien, pese a todo, apuesta incondicionalmente por el realismo y logra superar el obstáculo con brillantez, afirmando que los derechos humanos son bienes (y por tanto cosas) inherentes a la persona. Mi mayor objeción a la teoría realista hervadiana no se encuentra en categorizar el derecho como cosa justa, sino en aplicar al derecho la teoría de las cosas, es decir, de la propiedad, herencia y obligaciones, si seguimos el esquema de Gayo (personas, cosas y acciones). Este salto conduce a una excesiva patrimonialización del derecho [...]. (p. 257).

A continuación añade Domingo (2022): Una teoría del derecho debe ser holónica, de forma que pueda integrar y trascender las dimensiones objetiva y subjetiva. Hervada, en cambio, al marcar el carácter objetivo en exceso, se radicaliza, y cae, a momentos, en un monismo reduccionista, lo que no ocurrió a Santo Tomás. De entrada, porque el Aquinate no tuvo que explicar el derecho subjetivo ni los derechos humanos, expresiones todavía no existentes, pero también porque su aproximación fue metajurídica desde el inicio y profundamente integradora. (p. 260).

A nuestro juicio, el núcleo de la acertada crítica de Domingo (2022) al realismo hervadiano se encuentra en la siguiente cita: Ius es la cosa justa, pero es mucho más que la cosa justa. *Ius* es también ordo, sistema, institución, ley, fenómeno, hecho, norma, acto, principio. El derecho es mucho más que el objeto de la justicia. La intuición del Aquinate de comenzar a construir desde la cosa justa como un *princeps*

analogatum es acertada y la comparto, como la compartió Hervada. Pero el Aquinate no cayó en el reduccionismo de Hervada, porque Santo Tomás no hizo una teoría jurídica del derecho y la justicia y su perspectiva fue multidisciplinar y fundada en la teología. (p. 265)

Por su parte, Errázuriz (2022) respalda decididamente el realismo hervadiano, especialmente en lo relativo a los derechos humanos, al sostener que, para Hervada, dichos derechos deben concebirse "no como derechos subjetivos, sino como derechos en sentido realista, es decir, como cosas justas que tienen como fundamento la dignidad de la persona humana" (p. 37).

Se configura así un contrapunto relevante entre autores iusnaturalistas que adhieren o, en su caso, mantienen cierta distancia respecto de lo que podría denominarse, con cierta audacia, "hiperrealismo jurídico".

Desde la perspectiva analítica adoptada, si bien la impronta del realismo jurídico hervadiano resulta generalmente acertada y valiosa, surge la interrogante sobre la viabilidad de la excesiva "cosificación" del derecho cuando se aborda el complejo ámbito de la subjetividad humana: Los derechos humanos, sin duda, poseen un fundamento real en la naturaleza del hombre; no obstante, en ciertos momentos parece forzada la equiparación de estos derechos con aquellos que presentan un contenido patrimonial claro, como el derecho de propiedad o los derechos hereditarios.

b) El derecho es una cosa que está atribuida a un sujeto, que es su titular, en virtud de un título. - Como nos recuerda Hervada, las cosas tienen dueño: están repartidas. Se trata de un reparto que tiene por objeto la distribución de bienes, funciones y servicios. Son ejemplos de reparto:

la distribución de la propiedad rural mediante una reforma agraria, o la distribución de la herencia. En ambos casos, se atribuye el dominio sobre la tierra mediante un título de propiedad. El título atribuye la cosa al titular. El fenómeno de la atribución de una cosa a un sujeto mediante título resulta fundamental en esta concepción del derecho.

Por otra parte, el derecho es una cosa, pero lógica-

mente no la cosa en sí sin más (predio, automóvil), sino la cosa *en cuanto atribuida y debida* a un titular (el predio del que se es propietario, el automóvil en cuanto ha sido arrendado, etc.).

Al respecto, Serna (2022) ayuda a profundizar en el papel que juega el título en la constitución del derecho al afirmar lo siguiente:

En los repartos se atribuyen cosas (se confieren títulos jurídicos) y se establecen criterios para determinar el alcance, los perfiles concretos y las condiciones de ejercicio y exigibilidad de los derechos (es decir, se diseña la medida de estos, aunque esta sólo es determinable por completo en y para cada caso particular). (p. 61)

c) El derecho es una cosa debida. - El reparto y la atribución generan una deuda: la generación de la deuda es el momento constitutivo del derecho: hay derecho si hay deuda. Donde nada es debido, no existe derecho alguno. La deuda se fundamenta en que la cosa está atribuida a un titular mediante un título.

A continuación, se citan, a partir del texto de Serna (2022), algunas ideas valiosas en torno a este punto de la teoría realista del derecho del maestro Hervada:

- "La juridicidad o esencia de lo jurídico reside en el derecho, en lo justo, y consiste en la relación de débito o deuda, que comporta una exigibilidad" (p. 73).

- El *debitum* nace de dos fuentes:

a) La primera es el hecho de la atribución, y el ser humano puede tener bienes atribuidos por ser persona, es decir, ser capaz de dominio de sí y de la realidad exterior, aunque no de las otras personas, pues la radical incomunicabilidad de la persona sólo permite ejercer sobre ella un dominio externo, por lo demás necesariamente violento;

b) la segunda fuente es la dignidad de la persona, origen de exigencias, ante todo de la exigencia de respeto a la propia naturaleza del hombre. La dignidad es, por tanto, la fuente de deber-ser humano, tanto para sí mismo como para los otros: lo que transforma lo suyo en aquello que se le debe. (Serna, 2022, pp. 73-74)

Aunado a esto, Serna (2022) apostilla algo que se

ha sintetizado previamente en el esquema gráfico: la consideración de la deuda o *debitum* como constitutivo esencial del derecho, lo cual, señala, "sitúa a la juridicidad no en el individuo considerado en sí mismo, sino en la dinámica de las relaciones sociales históricas entre seres que poseen dignidad" (p. 74). Por esta razón, Hervada denomina al derecho como lo debido.

De igual modo, el reparto y la atribución generan, en consecuencia, una deuda: la generación de la deuda constituye el momento fundante del derecho. Solo existe derecho allí donde algo es debido; en ausencia de tal relación, no hay derecho alguno. La deuda, en este sentido, se fundamenta en la atribución de la cosa a un titular mediante un título.

En este punto resulta particularmente sugerente la observación formulada por Domingo (2022), que se comparte. El académico español sostiene que "Hervada transforma la *res iusta* en *res debita* y considera el *debitum* como una cualidad de la cosa que faculta su exigencia" (p. 259).

Asimismo, añade lo siguiente:

No comparto del todo la idea de que el hombre, en virtud de su capacidad de dominio y apropiación, hace suyas las cosas pero que esa relación inicial entre el hombre y la cosa, en un principio, no es jurídica, porque no es todavía debida. Yo veo también el derecho precisamente ahí, en ese acto de apropiación, como sucede por ejemplo con la ocupación de una cosa mueble abandonada. Esta ocupación es ya jurídica (*occupatio iusta*). Es decir, el ser humano tiene la capacidad de convertir una res en res iusta, en cosa apropiada. (p. 259)

Parece razonable la aclaración.

Obligatoriedad e imperatividad de la deuda jurídica. - Hervada distingue estos dos términos que podrían caracterizar a la deuda. En primer lugar, una deuda jurídica se caracteriza esencialmente por la obligatoriedad: toda deuda es obligatoria. Se habla también de imperatividad; sin embargo – sostiene nuestro autor – esto es más propio de las leyes, que dimanan de un *imperium* o poder. Es mejor, en consecuencia, hablar de obligatio: el derecho se caracteriza

por ser obligatorio: constituye una deuda en sentido estricto y propio: es un *sollen* o deber ser[161].

A nivel más filosófico, el fundamento de la obligatoriedad del derecho radicaría en la *suidad*: la atribución exclusiva al titular. Esta atribución exclusiva se fundamenta en la condición de persona (natural o jurídica) del titular del derecho[162].

La persona, tema en el que profundizaremos más adelante, se caracteriza por los siguientes atributos:

a) el dominio de su propio ser (autodominio): la persona es *sui iuris*: se autodetermina. Este dominio sobre su propio ser es relativo, no absoluto pues, incluye el respeto de este. No existe, por ejemplo, un derecho al suicidio, como cuando se intenta fundamentar un derecho a la eutanasia o *muerte dulce;*

b) su capacidad de dominio extensible a su entorno: es capaz de hacer suyas cosas corporales e incorporales.

Este dominio excluye la interferencia de los demás y genera la obligatio de respeto (no interferencia), o de restablecimiento en caso de interferencia.

Aspectos implícitos o presupuestos en esta acepción del derecho

a. Conexión del derecho con la virtud de la justicia: la acción justa. -

Podemos entender como acción justa – en definición nuestra, aunque obviamente deudora de la doctrina hervadiana – como *aquella acción mediante la cual se satisface una deuda jurídica o deuda de justicia.*

La deuda se cumple, pues, mediante una acción justa que puede consistir en las siguientes conductas:

a) respetar, no interferir (un *dar* en sentido pasivo);

b) dar en sentido activo

c) restituir, devolver, reparar.

Hacemos aquí un aporte quizás ínfimo, pero que estimamos que en algo contribuye a esclarecer la doctrina hervadiana: la acción justa consiste en dar cosas y, sin em-

[161] *Cfr. LPFD, p 203.*
[162] *Cfr. ibídem.*

bargo, ese "dar" tiene un sentido sumamente amplio, ya que puede consistir:

1) en una mera *conducta pasiva de respeto o no interferencia* (no invadir el predio del vecino, tolerar las expresiones legítimas en un medio de comunicación, respetar/no transgredir las normas de tránsito, etc.)

2) en una conducta *activa*, por ejemplo, dar el predio a su dueño; los bienes de la herencia al heredero; la conducta prescrita por la ordenanza municipal (recogida de basura, pago de una tasa) al municipio; entregar la casa arrendada al arrendatario, y así tantas otras "cosas" muy variadas.

b. El derecho es el objeto de la justicia. -

Una primera conclusión es que, si la acción justa consiste en dar a cada uno su derecho, o lo suyo, el derecho es el objeto de la justicia, o el objeto de la acción justa[163].

Procedamos a explicar esta idea:

La justicia tiene un objeto primero o inmediato, que consiste propiamente en la acción justa (así, respetar la propiedad ajena).

Ahora bien, esa acción justa a su vez recae sobre una cosa, mas no una cosa sin más, sino una cosa debida. Es debida en cuanto que se encuentra atribuida a un titular. Esta cosa es lo que se denomina el objeto segundo o mediato de la justicia (así, el predio en cuanto tenido en propiedad).

La acción justa depende de que la cosa de que se trate esté repartida, atribuida a un titular y se halle en dos posibles estados:

1) en estado de interferencia actual: ej.: cosa robada, predio invadido, trabajo incumplido por el trabajador, etc.

2) en estado de interferencia potencial: la cosa podría ser eventualmente robada; el predio podría ser invadido y hay que garantizar la posesión efectiva por parte del propietario.

Precisamente a propósito de este punto, Errázuriz (2022) resalta dos hechos sociales esenciales en torno al concepto de reparto o acto primero: "las cosas están repartidas" y "las cosas están o pueden estar en poder de otros" (p. 33).

La acción justa en cada caso varía:

---

[163] *Cfr. LPFD, p. 199.*

caso a) ----------restitución, devolución, restablecimiento.

caso b) ----------respeto, garantía.

Al ser el derecho el objeto de la virtud de la justicia está claro que el derecho es lo justo. Y el derecho – resalta Hervada – tiene una relación trascendental con la justicia; es decir, una relación que afecta a su ser[164].

En resumen, recapitulando y retomando el tema de la relación de justicia ya visto, observamos que ésta se caracteriza por lo siguiente:

1. alteridad, intersubjetividad;

2. existencia de una deuda o deber (en sentido amplio: se puede deber una cosa, una conducta, etc.);

3. situación de interferencia, actual o potencial;

4. obligatoriedad o carácter vinculante;

5. existencia de un título que ampara el respectivo derecho: tema esencial, que abordamos a continuación.

El título del derecho o el título de lo justo

En este apartado se trata de un asunto al que Hervada y la teoría clásica iusnaturalista dan una importancia capital: la tesis comprobada de que sin título no hay derecho. Precisamente, el ars iuris – aquel que es ejercitado sobre todo por el juez – va a consistir en dilucidar si en un determinado caso existe o no un título que ampare la pretensión de exigir el cumplimiento de un determinado derecho. Nos dirigimos a este análisis.

a) Definición de título.- Entendemos por título *aquella realidad, natural o positiva, que atribuye la cosa al sujeto*. Se trata de un pequeño retoque en la definición de Hervada. Éste afirma que el título es "aquello que atribuye la cosa al sujeto." Nos parece que la expresión "aquello" es demasiado genérica, y que cabe una mayor especificación: se trata de una *realidad natural o positiva* la que constituye un título de atribución.

b) Clases de títulos.- Los títulos, en términos genera-

[164] *Cfr. LPFD, p. 200.*

les, se pueden clasificar en naturales y positivos. La naturaleza humana constituye el título que atribuye al hombre una serie de cosas como propias (la vida, la integridad, la educación, etc.). Son cosas que le pertenecen, o de las que es dueño, o le son debidas, en virtud de su calidad de ser humano.

La noción misma de persona conlleva en el hombre la existencia de derechos por título natural: los bienes inherentes a la persona (vida, integridad, honor, etc.) son objeto de su dominio, son suyos. Se trata de derechos que la persona tiene en virtud de su naturaleza (no porque la ley positiva se los otorgue o conceda). Son derechos naturales del hombre. Estos derechos pertenecen a la persona porque integran su ser (su estatuto ontológico). Y generan en los demás un deber de respeto y, en caso de daño, un deber de restitución o, si no es posible, de compensación. Así, la reparación de la buena fama mediante retractación pública y compensación pecuniaria.

Los títulos positivos son realidades artificiales, no naturales, producto de la libertad o de la convención humana: un tratado internacional, la constitución de un estado, una ley, un contrato, un testamento, un título académico.

En común, tanto los títulos naturales como los positivos comparten la nota esencial de atribuir bienes o facultades a una persona, sea natural o jurídica. Ese es el rasgo definitorio de un título. En efecto, la ley, el contrato o el tratado crean derechos al atribuir bienes o facultades a un sujeto. Este es, precisamente, el punto que se analizará a continuación, siguiendo el planteamiento de Hervada.

c) El título como elemento esencial en la constitución de los derechos.- Se arguye que ciertas ideas expresadas por Hervada clarifican sobremanera este tema. Algunas ni siquiera requieren un comentario por su claridad y contundencia. A continuación, se citan estas ideas:

- “Algo es derecho cuando hay un título” (Hervada, 1999, p. 65);

- “No hay derecho si no hay título” (Hervada, 1999, p. 64): esto es así porque sin título no hay atribución alguna.

- “Para averiguar si existe el derecho basta buscar

el título": es la tarea del jurista, dado que parte de su oficio consiste en determinar si existe un título que respalde al derecho.

- No cabe confundir el derecho con la mera reivindicación (Hervada, 1999, p. 65)

A partir de este contexto, se evidencia que la definición de título desde la perspectiva del iusnaturalismo clásico (que reconoce a la naturaleza como fuente de derechos) puede precisarse más allá de la generalidad, algo difusa, de expresiones como "lo" o "aquello" utilizadas por el maestro Hervada. En este sentido, el título puede definirse como una realidad más concreta, que pertenece bien al ámbito de lo natural –la condición de persona racional, la filiación, el matrimonio, entre otros–, bien al ámbito de lo positivo, esto es, el mundo de las convenciones humanas que se materializan en un documento, un registro o una constancia digital.

d) Distinción entre el título y el fundamento de un derecho.– Por consiguiente, resulta importante no confundir el título con el fundamento del derecho. Sin embargo, ¿qué se entiende por fundamento del derecho? Para el criterio de la presente obra, este sería *aquel hecho o circunstancia que habilita a un sujeto para ser titular de un derecho, sin necesariamente otorgarlo.*

Lo anterior consiste en un pequeño aporte a la formulación de Hervada (1999), que prefiere exponer que el fundamento del derecho es "aquello en cuya virtud un sujeto puede ser sujeto de derecho o de determinados derechos" (p. 65). De nuevo, parece evidente que la ambigüedad del término "aquello" puede delimitarse mediante categorías más precisas, como "hecho" o "circunstancia", que poseen la condición de habilitar la titularidad de un derecho. Ahora bien, como se verá, el fundamento puede constituirse simultáneamente en hecho habilitante y en título del derecho, aunque no siempre ocurre de este modo. En ciertos casos, la condición natural, fáctica o positiva no otorga directamente el derecho, sino que requiere la expedición de un título escrito, de un certificado, de una inscripción registral o de un documento equivalente. Solo entonces se adquiere plena-

mente el derecho.

e) Fundamentos del derecho: próximo o inmediato y último o mediato.– De particular profundidad resulta la observación de nuestro autor cuando afirma que "todo derecho se funda, en último extremo, en la condición de persona propia del hombre".

En efecto, el fundamento último del derecho se halla en dicha realidad. Sin embargo, pueden identificarse circunstancias o hechos más inmediatos y delimitados, como la condición de hijo o de cónyuge, que actúan como fundamento de determinados derechos, por ejemplo, los hereditarios. En este sentido, la condición de persona se concreta y se especifica en la condición de hijo o cónyuge al momento de sustentar un derecho particular.

Ahora bien, la existencia de un fundamento, aun cuando posea mayor inmediatez y delimitación que la sola condición de persona, no siempre resulta suficiente para la constitución de un derecho: se requiere, además, el título.

Retomando el ejemplo de los derechos hereditarios, el fundamento inmediato es el parentesco (ser hijo, cónyuge, ascendiente, entre otros). No obstante, la efectiva adquisición del derecho demanda un elemento aún más próximo: el título, constituido por las disposiciones testamentarias o, en su defecto, por las normas legales relativas a la herencia. Es, en definitiva, el testamento o la ley los que atribuyen el derecho al sujeto, dado que la mera condición de parentesco constituye únicamente un fundamento para heredar, sin que ello implique todavía la atribución del derecho.

f) Caso peculiar de los derechos naturales[165].- En la óptica hervadiana, con respecto al derecho, la naturaleza puede constituir lo siguiente:

1. Fundamento y título.- En ocasiones, la naturaleza es título suficiente para invocar un derecho. Es el caso de los derechos humanos, especialmente los denominados personalísimos (derecho a la vida, a la salud, al honor, a la integridad física, entre otros). Estos se tendrían a título natural, aunque no se los reconociese de otro modo. Sin embargo, esto no obsta para que sea deseable y necesaria su positivación. Así,

---

[165] *Cfr. Baquero, Jaime, El derecho... ¿para qué?, Universidad Hemisferios- CEP, Quito, 2010. El autor trata con precisión el tema en el capítulo "El valor supremo del derecho" de la obra citada.*

el derecho a la vida también será invocable en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, o de la Constitución de un Estado, o del Código Civil, aunque ya se tenga por naturaleza.

2. Sólo fundamento. - La naturaleza solo es fundamento y no título en el caso de otros derechos naturales no personalísimos. Así, el derecho de propiedad se funda en la naturaleza humana, pero todo derecho de propiedad concreto tiene un título positivo que lo atribuye (herencia, compraventa, donación, etc.). Habitualmente no se es propietario solo a título de naturaleza[166].

Como conclusión del presente *ítem* temático, nuestra reformulación del concepto de fundamento del derecho pone énfasis en dos aspectos concretos, soslayados por la formulación, aunque no por la concepción o teoría hervadiana:

1. El carácter habilitante de ciertas circunstancias o hechos con respecto a la titularidad de un derecho.

2. La explicitación presentada permite verificar la insuficiencia de ciertas circunstancias o hechos, ya sean naturales o positivos, para constituir por sí mismos la atribución de un derecho. Tal suficiencia, como se ha señalado, solo se verifica en el caso de determinados derechos naturales de carácter personalísimo, en los cuales la naturaleza actúa simultáneamente como fundamento del derecho y como título de atribución. En la mayoría de los derechos –tanto en los naturales no personalísimos como en los de carácter positivo– el fundamento del derecho no alcanza a coincidir ontológicamente con el título de atribución.

El derecho entendido como la ley (normativismo jurídico)

Definición y contexto histórico del normativismo

No perdamos de vista que la pregunta que se intenta responder es la siguiente: ¿qué es el derecho, en sentido propio y primario?

---

[166] Jaime Baquero ejemplifica con acierto estos casos, al decir que no es suficiente invocar la condición de persona para reclamar la propiedad del departamento del vecino, si se carece del respectivo título.

Veamos cuál es la respuesta que nos ofrece el normativismo jurídico, para lo cual se hace necesario definirlo. Éste sería la corriente doctrinal según la cual *la ley es el derecho y el derecho es la ley*, según la fraseología hervadiana. El derecho es, pues, conceptuado como norma o ley o, en su conjunto, como sistema normativo.

Históricamente el normativismo prevalece en la filosofía del derecho a partir del siglo XVIII y se generaliza en el XIX, momento en el que el realismo clásico pierde la hegemonía acostumbrada. Una afirmación iluminadora de Hervada acerca de la historia de la filosofía del derecho nos parece la siguiente: "La filosofía del derecho, de Kant a nuestros días, ha sido fundamentalmente normativista"[167]. Añade que este fenómeno se da incluso a nivel de la doctrina relativa al derecho canónico, que es el derecho de la Iglesia.

Se podría afirmar que el normativismo es un precedente claro del iuspositivismo, negador del derecho natural. Sin embargo, la tendencia normativista no se da sólo en el positivismo kelseniano sino también en otras corrientes. Así, por ejemplo, ocurre con la Escuela Histórica del Derecho, capitaneada por Federico de Savigny, que pone énfasis en la costumbre como fuente del derecho. La costumbre es la norma consuetudinaria, diversa de la ley escrita, pero norma al fin. Igual cosa ocurre con algunos iusnaturalistas, que conceptúan el derecho natural como norma, no obstante ser una de carácter natural, es decir derivada de la naturaleza racional del hombre. Tal cosa ocurre con el denominado iusnaturalismo racionalista de Puffendorf, Thomasio y Wolff, entre otros, entre los siglos XVII y XVIII.

Desde el contexto latinoamericano y ecuatoriano, y desde la perspectiva del Derecho constitucional, Juan Larrea arremete contra el normativismo al afirmar que "por encima de la Constitución están la Ley Natural, la dignidad del hombre, la lógica, la vida misma. Y así resulta que cualquier interpretación de la Carta Política, que se inspirara en un rígido formalismo positivista conduciría a soluciones ilógicas y acaso injustas" (Larrea Holguín, 1967).

---

[167] *LPFD, p. 193.*

Contraargumento de Hervada frente a la acepción normativista

Hervada entiende que el derecho no puede conceptuarse como sinónimo de ley, porque el derecho es fundamentalmente la cosa justa (la cosa debida, atribuida), y no una norma, al menos como mejor acepción.

El argumento histórico a favor de la tesis realista sería el siguiente: en la antigua Grecia existe un nombre para lo justo (el díkaion) y otro diverso para la ley (nomos), lo cual evidencia la diferenciación conceptual entre derecho y ley[168].

Sin embargo, el argumento de fondo sería este otro: si el derecho es entendido como la norma o la ley, el arte del derecho (*ars iuris*) entonces consiste en un *ars legum* (el arte de la elaboración de las leyes). Sin embargo, la elaboración de las leyes es *labor del político, no del jurista*: en la elaboración de las leyes, el jurista sólo desempeña una labor consultiva. Ni el juez ni los tribunales instituyen las leyes. Y son los parlamentos, con sus respectivas comisiones, los que se ocupan de la aprobación de las leyes (trámites legislativos). "Hacer las leyes es función de los políticos, no de los juristas"[169], sentencia nuestro autor. El jurista no es entonces, propiamente, el legislador [170].

Otra cita hervadiana que refuerza esta tesis es la siguiente: "Si lo típico y especificador del oficio de jurista fuese dar leyes o saber dar leyes, el derecho – objeto del oficio de jurista – sería la ley"[171]. No obstante, el arte del derecho es algo más amplio que eso, pues consiste en la aplicación de la justicia no solo en el mero cumplimiento de las leyes (justicia legal), sino en los ámbitos de la justicia distributiva y correctiva-conmutativa.

---

[168] *Ibídem.*
[169] *Ibídem, p. 194.*
[170] *Postura que contrasta notoriamente con la de autores como Rodrigo Borja, quien en el ya antes citado artículo acerca de "La Tarea Legislativa" afirma: "Nada es más difícil que hacer normas para la conducta humana. Por eso es que este trabajo no puede confiarse a cualquier hijo de vecino. Es una tarea de juristas, de expertos en el Derecho, de profundos conocedores de la doctrina jurídica, con un gran conocimiento y manejo del idioma para que no se distorsione el espíritu de la ley."*
[171] *LPFD, p. 194.*

Si la ley fuera el objeto del oficio del jurista, el jurista se dedicaría a la mera aplicación de normas, y no a la búsqueda de la justicia. El orden jurídico ya no sería el orden de la justicia, sino *el orden de las conductas conforme a la ley* (*legalismo normativista*); es decir exclusivamente el orden de la justicia legal y no el de la justicia distributiva y conmutativa[172].

Una objeción que afronta Hervada es la que se formula a través de la pregunta que sigue: ¿pero no cabe entender el *ars legum* como arte de *interpretar* (más que de elaborar) las leyes, cosa que el jurista sí hace? La respuesta sería que el jurista interpreta la ley, más lo hace en función de la justicia, no del bien político o común. Se trata de una función más técnica.

A fin de no exacerbar una polémica o sacar las cosas de quicio, Hervada reconoce que si bien la ley no es el objeto del oficio del jurista (y no es, en esencia, el derecho), sí forma parte de la realidad jurídica: es de algún modo derecho[173]. Negar esta realidad nos parecería una notable exageración de la doctrina del realismo jurídico.

Para resumir su argumentación, nuestro autor nos hace ver en qué consisten el orden jurídico y el político:

- orden jurídico = cumplimiento de la justicia (postura del iusnaturalismo realista);
- orden político = ordenación de la sociedad mediante leyes para la búsqueda del bien común.

El problema del normativismo es que invierte los términos: el orden jurídico consistiría en ordenar la sociedad mediante leyes, mientras la búsqueda de la justicia pertenecería más bien al ámbito político.

Si el jurista se limita a procurar la aplicación de las leyes y no a la búsqueda de la justicia, también en sus vertientes conmutativa y distributiva, traiciona su función y se convierte en un político. En definitiva, el concepto de derecho del normativismo es distorsionador: es un concepto elaborado con perspectiva política y no jurídica[174].

Para finalizar esta breve exposición acerca del normativismo, hemos de hacer referencia, siguiendo a Javier

---

[172] *Cfr. ibídem, p. 195.*
[173] *Cfr. ibídem.*
[174] *Cfr. ibídem.*

Hervada, al normativismo metodológico o académico: el de aquellos juristas académicos que dan prioridad a la ley como su objeto principal de estudio. Olvidan que la justicia no es una teoría, sino una praxis: la de la acción justa[175].

Por qué la acepción del derecho como derecho subjetivo no es la más apropiada

Afirma también Hervada que el derecho subjetivo no es el derecho en sentido propio y primario. Pero ¿qué se entiende por tal noción? El derecho subjetivo es *la facultad, prerrogativa o potestad de la persona, de hacer, de omitir o de exigir algo*[176]. Así, son potestades subjetivas el derecho a la vida, derecho al salario justo, el derecho al sufragio, el derecho a una pensión alimenticia, etc., pues permiten a su titular realizar o abstenerse de realizar algo, o bien demandar a una contraparte el cumplimiento de una determinada conducta.

Como es sabido, se trata de un tema clásico en la doctrina jurídica que no pretendemos agotar aquí. Nos interesa solamente, desde una perspectiva iusfilosófica, comprobar si es la noción más adecuada de derecho.

Hervada clarifica el tema a través de la distinción entre *acto de dominio y acto de justicia* (*o acción justa*). El derecho subjetivo constituye un acto de dominio: el sujeto ejerce un poder sobre una cosa o sobre una conducta. Sin embargo, este ejercicio de poder no es propiamente un acto de justicia, si entendemos éste como la acción por la que se da a uno lo suyo (vale decir, el cumplimiento de la fórmula de la justicia, ya examinada).

Lo ejemplificamos a través del derecho al voto o sufragio. Tomemos en cuenta dos posibles situaciones:

a) la de los estados donde el voto es potestativo o facultativo: el voto es un derecho subjetivo, más no constituye un deber jurídico. El ejercicio de este derecho no es un acto justo o un acto debido, sino exclusivamente un acto de dominio, pues no obedece a ninguna deuda jurídica;

---

[175] *Cfr. ibídem.*
[176] *Cfr. LPFD, p. 196.*

b) estados donde el voto es obligatorio: en este caso, el voto es al mismo tiempo un derecho subjetivo y un deber jurídico: constituye *un acto justo y no de mero dominio*, ya que, a través de este, el ciudadano cumple un deber legal (acto de justicia del ciudadano para con el Estado), es decir que salda una deuda jurídica.

La argumentación de Hervada va en la siguiente dirección: afirmar que *la justicia no consiste en el ejercicio de los derechos subjetivos*: alguien no es justo por ejercer un derecho sino por dar a cada uno (estado, comunidades intermedias, otros individuos) lo suyo, como ya hemos visto. En razón de lo anterior, hay que decir que la justicia no tiene por objeto el derecho subjetivo, sino *el derecho como la cosa justa debida*[177].

La postura de afirmar que esta concepción del derecho como facultad del sujeto de hacer, omitir o exigir, no constituye la definición de la esencia del derecho, no supone subestimar la importancia de esta noción. Es evidente que en el ordenamiento jurídico hay todo un sistema de derechos subjetivos de carácter natural o positivo que, dada su trascendencia (léase: derecho a la vida, por ejemplo) son tutelados con rango constitucional o legal. En otras palabras, la justicia implica el respeto y la no interferencia en el ejercicio de los derechos subjetivos. Pero dichos derechos en sí y su ejercicio *no constituyen actos justos sino actos de dominio.*

Una segunda argumentación de Hervada para demostrar que el derecho subjetivo (la facultad moral de hacer, exigir u omitir) no es el objeto de la justicia se enuncia del siguiente modo: *algo es exigible porque es debido, mas no es debido porque sea exigible*[178].

El derecho subjetivo supone la posibilidad de hacer, omitir o exigir algo. Comporta, pues, exigibilidad. Sin embargo, esta exigibilidad se da en virtud de una deuda o deber jurídico. A su vez, la deuda tiene su origen en la atribución de una cosa mediante un título (ley, contrato, naturaleza) a una persona (natural o jurídica).

En función de lo anterior, *la acción justa (objeto inmediato de la virtud de la justicia) se produce cuando se cumple*

---

[177] *Cfr. LPFD, pp. 196-198.*

[178] *Cfr. ibidem, p. 197. Modificamos ligeramente la redacción/formulación original de la fraseología hervadiana.*

con la deuda o deber, al dar o entregar la cosa debida, no "al exigirla" su titular a otro sujeto: la reclamación o exigencia por parte del acreedor al deudor es una facultad que se ejercita cuando el segundo no cumple con la deuda oportunamente.

No obstante, la deuda jurídica existe con independencia de que el titular del derecho exija su cumplimiento. Así, por ejemplo, se debe devolver el dinero prestado al cumplirse el plazo, con independencia de que el acreedor exija el pago. Es falso que sin reclamación no exista obligación de pagar, salvo expresa renuncia del titular a su derecho (así, en la condonación de una deuda). Y esto último, si el derecho lo permite, pues hay derechos irrenunciables, no disponibles.

En conclusión, afirmamos con Hervada que, con respecto a la virtud de la justicia, prima la deuda sobre la exigibilidad. El derecho es exigible porque es debido, y no es debido porque sea exigible[179]. De este modo, la postura según la cual la noción de derecho más acertada sería la de concebir éste como derecho subjetivo, queda descartada.

[179] *Cfr. ibidem, p.197.*

Lección 5:
Análisis de la injusticia y lo injusto: la lesión del derecho

Concepto de injusticia

"El arte del jurista se describe como el arte de lo justo y de lo injusto: *iusti atque iniusti scientia*"[180], sostiene Hervada. En este contexto, define la injusticia como la *lesión del derecho ajeno* y emplea el término latino *inuria* para referirse a ella.

Dicha lesión, sin embargo, no consiste en el simple daño material o de otro tipo. Es, más bien, la lesión de la cosa o bien *en cuanto derecho*[181]. Sin lesión del derecho no hay injusticia, aclara nuestro autor.

Injusticia, coacción y violencia

La injusticia que rompe con el derecho se llama también violencia. Lo expresa Hervada señalando que "fuera del sistema jurídico de relaciones, lo que se da es la fuerza o prepotencia, esto es la violencia, que es injusticia"[182].

Sin embargo, en la teoría hervadiana, l*a coacción no pertenece a la esencia del derecho*: se trataría de un subpro-

---

[180] *ICDN, p. 90.*
[181] *Cfr. ibídem, p. 92.*
[182] *Ibídem, p. 91.*

ducto o sustitutivo, pues se aplica precisamente en defecto del cumplimiento voluntario. *La fuerza según derecho* o coacción no es violencia, es fuerza justa.

Un ejemplo emblemático de lo que venimos exponiendo y cercano a nuestra realidad latinoamericana es el lema del escudo de la República de Chile, que reza *por la razón o la fuerza*, frase digna de análisis y que cabe interpretarse del siguiente modo: el derecho es racional, pero cuando su cumplimiento voluntario no se da, cabe el uso de la fuerza justa.

La denominada "violencia institucional"

Hervada introduce este concepto, según el cual el Estado ejerce la fuerza de modo ilegítimo y antijurídico en dos posibles casos:

a) Si las leyes son injustas.- Santo Tomás de Aquino cita a San Agustín para afirmar con rotundidad que "la ley que no es justa no parece que sea ley"[183]. Dicha injusticia puede deberse a su contraposición con la ley natural: si la ley positiva está en desacuerdo con la ley natural, ya no es ley sino "corrupción de ley"[184]. El Aquinate asevera también que las leyes tiránicas no son propiamente ley sino una *perversión de ley*[185].

La cuestión 93, artículo 3, de la Suma Teológica aborda precisamente el tema al que se refiere Hervada: el de la violencia que entraña la ley injusta. Toda ley se deriva de la ley eterna en la medida en que participa de la recta razón. La ley humana es ley en cuanto se ajusta a la recta razón; de lo contrario es ley inicua: ya no es ley sino violencia. Se abunda así en el mismo punto. *Es, pues, esencial a la ley el ser justa y recta*, como se afirma en algunos lugares de la misma Suma Teológica[186].

---

[183] *I-II, q. 96, a. 4.*

[184] *Cfr. I-II, q. 95 a. 2. Este artículo de la cuestión 95 resulta clave para abordar el tema de la injusticia, pues reza así: "Según dice San Agustín en I De lib. arb., la ley que no es justa no parece que sea ley. Por eso tendrá fuerza de ley en la medida en que sea justa. Ahora bien, en los asuntos humanos se dice que una cosa es justa cuando es recta en función de la regla de la razón. Mas la primera regla de la razón es la ley natural, como ya vimos (q.91 a.2 ad 2). Luego la ley positiva humana en tanto tiene fuerza de ley en cuanto deriva de la ley natural. Y si en algo está en desacuerdo con la ley natural, ya no es ley, sino corrupción de la ley."*

[185] *Cfr. I-II, q. 92, a. 1*

[186] *Cfr., a título de ejemplo, I-II q. 95 a. 2 y q. 97, a. 1*

José Ramón Ayllón coincide en denominar "violencia" a las leyes injustas en estos términos: "(...) En última instancia, la ley humana sólo es verdadera ley cuando respeta la verdad sobre el hombre manifestada por la ley natural. Si se aparta de ella, se convierte en violencia, en ley del más fuerte al servicio de una autoridad corrompida"[187].

Alfredo Cruz Prados, por su parte, señala que l*a ley contraria al bien común no obliga moralmente.* La ley tiránica no es, pues, verdadera ley. No obstante, afirma algo de especial interés para quien intenta detectar resquicios de juridicidad aun en la ley injusta, y es que ésta conserva dos elementos propios de la esencia de la ley:

1) haber sido promulgada por la autoridad;

2) exigir obediencia[188].

En el ámbito ecuatoriano, Juan Larrea Holguín afirma que "si las leyes positivas son contrarias a la moral, no son propiamente leyes y no deben obedecerse" (Larrea Holguín, s.f.,). Con rotundidad, añade que "las leyes injustas solo tienen apariencia de leyes y son cadenas de tiranía que un hombre digno debe romper con energía" (Larrea Holguín, 1988).

La desobediencia de las leyes injustas es, como es sabido, uno de los grandes temas de la filosofía del derecho y de la ética sociopolítica. Gómez Pérez señala que "en general, puede afirmarse que, contra la ley injusta, no solo es lícita sino además obligatoria la resistencia. Esta resistencia puede adoptar diversas formas, siendo la rebelión el caso extremo. Su licitud depende de que se hayan agotado los demás recursos y de que de la rebelión no surja un mal mayor que el que se trata de evitar"[189]. El mismo autor evidencia que el fundamento del llamado derecho de resistencia contra una ley humana injusta se basa en la ley natural, en cuanto normativa anterior a la sociedad política y connatural al hombre, como su nombre lo indica[190].

Uno de los formuladores por excelencia de este derecho en la Edad Contemporánea fue el norteamericano Henry David Thoreau (1817-1862), cuya versión de la desobediencia civil abordamos en profundidad en nuestro estudio "Des-

---

[187] *Ayllón, José Ramón, op. cit., p. 114.*
[188] *Cruz Prados, Alfredo, op. cit., p. 123.*
[189] *Gómez Pérez, R. Deontología jurídica, p. 41.*
[190] *Cfr. ibídem, p. 25.*

obediencia civil: de Thoreau a Gandhi y Martin Luther King, Jr."[191]. Intentamos desentrañar los orígenes de esta postura en el caso de Thoreau, así como su influjo en dos casos concretos del siglo XX, como son la independencia de la India del colonialismo británico y la abolición de la esclavitud y la segregación racial en los Estados Unidos.

b) Si el ejercicio de la fuerza excede la justa medida.- El derecho es un *sistema racional* de regulación de las relaciones humanas: la coacción no puede ejercitarse de cualquier modo. Desde el punto de vista de la antropología filosófica, la coacción no puede ser desmedida o atentar contra la dignidad humana, como ocurre con los llamados *delitos de lesa humanidad*. Las leyes y normas jurídicas deben responder, por otra parte, al valor central del derecho, que es la justicia. Una norma injusta no es auténtico derecho.

Distinción entre la injusticia y el mero caso fortuito o accidente.

La lesión de la cosa o *res* sin afectar a su condición de derecho no es injusticia, sino una desgracia o accidente. Ocurre así, por ejemplo, con el huracán que destruye unas viviendas, o con el animal sin dueño que destroza unos cultivos. Lesión del derecho no equivale, pues, a simple daño, como anticipamos más arriba. Esto se debe a que *la injusticia sólo resulta de actos voluntarios*, en el ámbito de relaciones propiamente humanas, es decir de conductas libres y responsables. No hay plena libertad y responsabilidad, por ejemplo, en la conducta de un demente o de un niño, sujetos que no infligen o causan propiamente injusticia; esto, aunque puedan ocasionar un daño, mas no un *daño injusto*.

Clases de injusticia

Una primera clasificación responde al criterio relativo a si la injusticia afecta a la realidad externa o bien al mismo sujeto que comete la injusticia. La afectación al orden externo correspondería al ámbito jurídico, mientras el orden subjetivo

[191] *Cfr. Mora Altamirano, E. (2009). Desobediencia civil: De Thoreau a Gandhi y Martin Luther King, Jr. Universidad Hemisferios/Corporación de Estudios y Publicaciones.*

pertenecería al ámbito de la moral. En este contexto, distinguimos la injusticia:

a) en sentido objetivo, la injusticia es "el desorden resultante de la negación o lesión del derecho";

b) en sentido subjetivo, sería la "disposición o hábito del alma que inclina a lesionar a otro en su derecho".

Un segundo criterio es el de la presencia o ausencia del dolo o *ánimo de causar un daño* en la acción injusta, según el cual la injusticia se distingue en dos subtipos:

a) Injusticia material: supone lesionar el derecho por ignorancia, negligencia, error o inadvertencia. Así, por ejemplo, actúa quien paga menos dinero del debido sin dolo, por las causas anotadas en la definición.

Si ni siquiera se dan los elementos anteriores (ignorancia, negligencia, error, inadvertencia), estamos ante una *desgracia o accidente*, que no genera deber de restitución sino, a lo sumo, da lugar a una compensación equitativa[192].

b) Injusticia formal: supone actuar intencionadamente, con dolo, contra el derecho ajeno. Así actúa quien paga menos dinero del debido con intención fraudulenta.

En ambos casos, sin embargo, hay lesión del derecho. La distinción es, pues, irrelevante en cuanto a la restitución del derecho lesionado, que procede en ambos casos. Sí es relevante en cuanto a la culpa, la cual da lugar a la punibilidad (procede además de la restitución). En el primer caso (injusticia material) hay restitución sin punibilidad.

Aforismos o reglas de derecho para determinar si hay injusticia

Hervada distingue los siguientes criterios:

a) La sola intención injusta no constituye lesión del derecho.- Solo pueden constituir derecho las cosas exteriores. En consecuencia, sólo hay lesión del derecho si se produce un daño externo. La sola intención injusta no constituye lesión de derecho: no produce injusticia objetiva. Así ocurre con quien paga dolosamente lo debido creyendo, por

---

[192] Esto, salvo en el sistema de la responsabilidad objetiva, que impone una restitución o compensación siempre que haya daño, con independencia del ánimo o intención del agente, como bien anota Hervada en ICDN p. 93.

error, que debe más. No comete, pues, ninguna injusticia objetiva.

b) No se comete injusticia contra quien consiente en la acción lesiva del derecho.- Quien renuncia a su derecho, no sufre injusticia objetiva si es dañado en él. Así, por ejemplo, quien consiente en el hurto, hace dejación de su derecho de propiedad. Dicha persona ya no es objeto de injusticia y, por tanto, no hay lugar tampoco a la restitución.

Es evidente que el consentimiento en la dejación o renuncia del derecho tiene que ser libre: no puede ser obtenido por engaño, amenazas, o situación de extrema necesidad. Si el consentimiento se obtiene de un modo injusto, permanece la razón de injusticia.

En el caso de los derechos irrenunciables, la segunda regla que examinamos no tiene la misma validez y la razón de injusticia permanece. Es el caso de quien consiente en que se le mutile un miembro: el delito de lesiones sigue existiendo para el autor de la mutilación y hay punibilidad. También permanece el deber de compensar a terceros. Únicamente se extingue la obligación de restituir al damnificado a quien se le imputa el daño sufrido por su culpa[193].

c) No se lesiona injustamente al titular que se opone sin razón.- Sin razón equivale *a sin derecho*. Es el caso de quien se opone a pagar la deuda en el momento prefijado en el contrato. Al hacerlo sin derecho, puede ser privado de los bienes que le fueron entregados en virtud de la compraventa.

Modos de reparar la injusticia

Javier Hervada identifica diversos modos de reparar la injusticia, los cuales se analizan a continuación. En esa medida, se realiza una pequeña variación en esta parte de su doctrina, como es el propósito general de este trabajo, puesto que se considera que caben otros modos de plantear este aspecto de la vida jurídica, sin alterar la esencia de su iusfilosofía.

a) La restitución del derecho lesionado.– La lesión

[193] *Cfr. ICDN, p. 95.*

injusta del derecho genera el deber de restitución. La restitución se define como "el restablecimiento del derecho a su primitiva condición" o como "la reparación del daño causado" (Hervada, 1999, p. 95).

Hervada (1999) indica que la restitución "pertenece a la naturaleza misma del derecho" (p. 96), lo cual equivale a sostener que el derecho no se encuentra íntegro mientras no se haya restituido.

Otra definición propuesta por el autor, formulada en el contexto de la justicia conmutativa, la entiende como "el restablecimiento del patrimonio jurídico del sujeto pasivo del acto injusto según su estado y condición anteriores a la lesión del derecho" (Hervada, 2008, p. 295).

Asimismo, Hervada aclara que la restitución es justa cuando existe identidad –o equivalencia en valor– entre lo quitado y lo restituido. En ese sentido, por ejemplo, solo se configura restitución exacta del derecho si se repone la misma obra de arte que se ha sustraído. Añade, además, que la relación de igualdad puede ser:

- de identidad, en cuyo caso lo restituido debe ser el mismo bien;

- de equivalencia, en cuyo caso corresponde restituir un bien de igual valor o cantidad (por ejemplo, si se trata de bienes fungibles) (Hervada, 2008).

b) La compensación del derecho lesionado.- Se da cuando la restitución exacta resulta imposible. En consecuencia, y subsidiariamente, surge el deber de compensación, la cual "consiste en el restablecimiento del patrimonio jurídico del sujeto pasivo mediante bienes análogos o semejantes a los dañados" (Hervada, 2008, p. 296). No hay lugar para este tipo de compensación cuando la restitución exacta es posible, salvo el consentimiento del titular del derecho en que solo se le compense y no se le restituya el derecho.

Clases de compensación

Para el catedrático de la Universidad de Navarra, la compensación admite dos tipologías: compensación justa o

compensación equitativa. La reformulación nuestra plantea, en cambio, tres tipos de compensación, si bien el último tipo no responde propiamente a una injusticia, puesto que esta no se ha producido:

a) En primer lugar, se encuentra lo que Hervada (2008) denomina compensación justa, que consiste en entregar a quien ha sufrido la injusticia bienes por un valor igual o equivalente a los bienes perdidos, cuando la restitución exacta resulta imposible. Debe existir equiparabilidad entre los bienes lesionados y aquellos entregados en compensación. Así, en el ejemplo anterior, si la obra de arte se ha destruido o se ha perdido, procede compensar mediante el pago de su valor de mercado, con el fin de cancelar la deuda de justicia subsistente.

Ello se debe a que, como afirma Hervada (2008), "muchos de los bienes dañados son de imposible restitución". El valor de mercado, en estos casos, extingue la deuda de justicia, al establecerse una equivalencia, al menos desde el punto de vista pecuniario, entre el objeto sustraído y la cantidad compensada.

b) Se puede denominar –sin seguir de manera estricta a Hervada en la terminología, e introduciendo una ligera variación por considerarla más precisa– compensación justa y equitativa. Conviene dar razón de dicha denominación. De tal modo, existen casos en los que, ante la imposibilidad de satisfacer el derecho –lo cual constituye propiamente hacer justicia–, la equidad acomoda dicho derecho a las circunstancias del caso con el fin de saldar, en la medida de lo posible, la deuda correlativa. Como señala Hervada (2008), "alcanzada la reparación en su medida de posibilidad, la relación de injusticia desaparece" (p. 294).

En tales situaciones, solo cabe una respuesta en equidad y no en estricta justicia, dado que no puede establecerse equivalencia, como sí ocurre en la compensación justa.

El autor resulta claro al señalar que "la compensación equitativa" (denominada aquí compensación "justa y equitativa") se produce cuando el bien dañado es de imposible restitución y no puede equipararse a otros bienes, de modo que

tampoco cabe establecer una relación de equivalencia. En tales supuestos, la compensación o indemnización tiende a paliar en lo posible el daño causado. Hervada (2008) ofrece, en este mismo contexto, un ejemplo ilustrativo: "el homicidio causa un daño que no es reparable, ni por restitución ni por compensación justa (no hay bien equivalente a la persona); la indemnización es, en este caso, una compensación equitativa" (p. 296).

Es a este tipo de solución al que se denomina compensación justa y equitativa: justa, en el sentido de que constituye el único modo de cancelar la deuda de justicia subsistente; equitativa, en cuanto recurre necesariamente a la equidad para ofrecer una respuesta, dado que no es posible restituir el derecho de manera exacta ni establecer una equiparación pecuniaria del bien lesionado. La denominación propuesta refleja, a juicio de este estudio, de manera más precisa lo que acontece en la realidad jurídica.

Hervada (2008), como se anticipó, simplifica el planteamiento al indicar que la compensación "puede ser o compensación justa o compensación equitativa" (p. 296). Aunado a esto, añade con meridiana claridad, que "tanto la restitución como la compensación, sea justa, sea equitativa, reparan la injusticia causada y hacen desaparecer la relación antijurídica" (p. 296).

Desde esta perspectiva, cabe sostener que existe compensación justa cuando se establece equivalencia entre el bien lesionado y el bien entregado en compensación, mientras que la compensación justa con recurso a la equidad –o compensación justa y equitativa– se caracteriza por dos elementos fundamentales:

- La compensación es equitativa, dado que al ser imposible pensar equivalentemente, se hace necesario recurrir a la equidad y no solo a la estricta justicia.

- Sin embargo, la compensación es justa en el sentido de que cancela la deuda de justicia dentro de lo posible. Ahí reside, en este caso, el llamado *ars iuris*.

Al respecto, se reserva la denominación "compensación equitativa"; o, se podría decir también, "compensación

meramente equitativa" para la última categoría que a continuación se expondrá:

c) Compensación meramente equitativa. Se propone aquí reservar el término compensación equitativa, o simplemente equitativa, para referirse a aquella que no responde a una injusticia material o formal, sino que se aplica en casos fortuitos, de desgracia o accidente. Así lo ejemplifica Hervada (1999), al señalar que no incurre en injusticia material el conductor que, observando todas las reglas del Código de circulación y las normas de prudencia, sufre un accidente que ocasiona un daño. En tal caso, se ha lesionado materialmente un bien ajeno, pero no se ha vulnerado un derecho, por lo que no existe deber de restitución; no se trata, entonces, de una compensación en justicia, sino en equidad.

De igual modo, si la equidad, definida por el propio Javier Hervada, consiste en el perfeccionamiento de la justicia mediante otras virtudes (como la solidaridad o la armonía en las relaciones humanas), cabe afirmar que existen situaciones en las que, aun sin haberse producido una injusticia o lesión del derecho en sentido estricto, se genera un daño objetivo en el plano de las relaciones interpersonales, o una situación de inconformidad social o política en el ámbito colectivo. Tales circunstancias también exigen recurrir a una solución en equidad que permita lo siguiente:

- Recuperar la armonía social. Este autor se refiere a los casos en que no existe un derecho estricto, pero puede o incluso debe satisfacerse el caso por vía de equidad según las circunstancias concretas. De nuevo, de no recurrirse a la equidad, el riesgo de hacer realidad el aforismo *summum ius summa iniuria* resulta verosímil[194]. Esto constituye los casos propios del derecho constitucional o político, como amnistías, indultos y otras medidas equitativas.

- Remediar un daño objetivo que afecta al patrimonio de un sujeto. En el caso de relaciones entre dos personas, ya sean naturales o jurídicas, corresponde la reparación

---

[194] Tal podría ser, a título de ejemplo, el caso de la centenaria reivindicación marítima boliviana, en la que, según la Corte Internacional de Justicia de La Haya, las ofertas unilaterales del Estado chileno de negociar una salida soberana al mar no daban lugar a un compromiso jurídicamente exigible. La demanda altiplánica se desestimó, más la situación de inconformidad histórica persiste, y quizás merece algún tipo de compensación en equidad, que, a su vez, permita recuperar la armonía en las relaciones chileno-bolivianas, el restablecimiento de relaciones diplomáticas plenas, entre otros.

de un daño objetivo aun cuando este no derive de un acto injusto. Tal reparación debe ser libre y voluntaria, pues el ámbito de los actos libres constituye el espacio de lo propiamente jurídico. No se pretende abundar aquí en cuestiones que desbordan el propósito de este estudio, como lo sería la justificación del sistema de responsabilidad objetiva, tarea más propia de la doctrina civilista. De tal modo, basta con sostener que, en este tipo de supuestos de inconformidad objetiva (por denominarla de algún modo), ocasionada por el daño producido, resulta aplicable la compensación meramente equitativa, en cuanto tipología específica de compensación.

Lección 6:
La ley, regla y medida del derecho

Introducción

Como ya hemos dicho antes, vivimos inmersos en una mentalidad normativista-positivista. A la pregunta habitual *¿qué es el derecho?*, en medios académicos y profanos se responderá: *el derecho es la ley, la norma*. Hervada y el iusnaturalismo clásico buscan demostrarnos que la ley no constituye la esencia del derecho – que será *la cosa justa*, con ciertas matizaciones que hemos detectado en otros autores –, sino tan solo *su regla y medida*.

Rodolfo Vigo señala que "la demarcación de la medida corresponde a la ley y a la prudencia (...)"[195]. Algunos párrafos más abajo se dilucidará este extremo. El mismo autor– glosando el pensamiento de Louis Lachance – apunta que "la ley no es el derecho sino cierta noción del derecho" y que "la ley es llamada derecho en razón del vínculo que mantiene con lo que es propiamente y por sí el derecho"[196]. La ley, para este autor, es – en todo caso – causa formal del derecho[197].

Procedemos a continuación a analizar este punto, sin dejar de advertir que, en lo que se refiere a la medida del derecho, la ley positiva será tan solo un modo de medir el derecho, pues habrá también medidas naturales.

---

[195] *Vigo, VCHFD, p. 206.*
[196] *Ibídem, p. 205*
[197] *Cfr. ibídem, p. 205.*

Preámbulo: un esbozo de la filosofía tomista de la ley

En vista de que Javier Hervada es un autor de raigambre tomista, procedemos antes a realizar un *esbozo de la filosofía tomista de la ley*, conscientes de la complejidad del asunto y de las limitaciones de espacio. Estimamos que acometer esta tarea ayudará a captar la impronta tomista en nuestro autor, la cual es evidente.

Efectuamos esta digresión a pesar de que el mismo Hervada estima que la definición tradicional tomista es más bien filosófica, de corte ético-social, más que jurídica. A esto se suma la objeción, en el mismo sentido, del iusfilósofo Michel Villey acerca del carácter no jurídico sino moral del Tratado de la Ley de la Suma Teológica, argumento que abordaremos pocas páginas más adelante.

Sin duda, conviene tener presente que no todo el contenido de la ley natural o de la ley moral es de carácter jurídico, pues no siempre abarca o recae sobre relaciones de justicia, sino incluso sobre actos internos del individuo, no relevantes para el derecho, pero sí para la moral. No obstante todo lo anterior, estimamos que, para nuestro lector, el tratado de la ley de Santo Tomás de Aquino constituye un punto de referencia clave.

El Doctor Angélico trata el tema de la ley en la *Prima Secundae* de la Suma Teológica, cuestiones 90 a 97. Nuestro método es sencillo: iremos cuestión por cuestión, intentado desbrozar los principales temas. En esta tarea, como parece sugerir la modestia intelectual, nos apoyaremos en los estudios sobre la temática de iusfilósofos de línea iusnaturalista clásica, cercanos a la postura hervadiana, aunque cada uno aporte su matiz e incluso pueda haber ligeras discrepancias entre ellos. Esto enriquece el debate académico.

Definición de ley.- Santo Tomás entiende la ley como "regla y medida de nuestros actos"[198], y acotará que medir y regular es algo propio de la razón. La noción de ley como regla y medida será una constante en el tratado tomista sobre la ley, lo cual se reflejará en los escritos de Hervada. Sin

[198] *Santo Tomás de Aquino, Suma Teológica, I-II, q. 90, a. 1*

embargo, la definición tomista de la ley propiamente tal se encuentra en I-II q. 90 a. 4, que reza así: "*ordenación de la razón al bien común, promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad*".

Según Hervada, se trataría de una definición válida desde el punto de vista filosófico, mas no sería exactamente jurídica. Esto se debe a que "la perspectiva jurídica no es la del orden social (algo propio de la filosofía política), sino la del reparto de las cosas"[199]. Desarrollaremos este punto un poco más adelante, a propósito de uno de los elementos de esta definición.

El Aquinate señala los siguientes caracteres esenciales de la ley:

a) Ordenación: la ley es una "ordenación de la razón". Como señala Gómez Pérez, la causa principal de la ley es la inteligencia, "única capaz de ordenar"; y ha de entenderse el ´término "ordenar" en dos sentidos: "poner cada cosa en su sitio" y mandar[200].

b) Racional: "toda ley emana de la razón y de la voluntad del legislador"[201]. En la ley están presentes las dos facultades principales del hombre: la inteligencia y la voluntad, anota de nuevo Gómez Pérez[202], mientras García-Huidobro destaca precisamente el que para diversos autores lo racional, más que lo natural, es el fundamento del iusnaturalismo tomista[203].

Para recoger otra opinión sobre este extremo, Cruz Prados, en cambio, enfatiza el hecho de que la ley es no solo *acto racional*, pues procede además de la voluntad del legislador. Es objeto de la prudencia; luego, *procede de la razón práctica y no de la razón teórica*. Encauza nuestra libertad, no sin antes informar y persuadir. La ley no restringe la libertad, sino que la define.

c) Obligatoria[204]: Gómez Pérez, autor ya citado, señala que el poder vinculante de la ley derivaría "de su sanción, de su legitimación como *expresión de la voluntad genera*l (…)"; sin embargo, precisa, en última instancia, "la obligatoriedad

---

[199] *ICDN, p. 156.*
[200] *Cfr. Gómez Pérez, Rafael, Deontología Jurídica, P. 27.*
[201] *Santo Tomás de Aquino, op. cit., I-II, Q. 97, A. 3.*
[202] *Cfr. Gómez Pérez, R. Deontología Jurídica, 27.*
[203] *Cfr. García-Huidobro, J. RPDN, P. 97.*
[204] *Santo Tomás de Aquino, op. cit., I-II Q. 91 A. 5-6*

de la ley deriva *de su conexión con la ley natural*"[205], lo cual es de nuestro especial interés.

d) Dirigida al bien común como a su fin: la ley humana no se ocupa de todos los actos de todas las virtudes sino *solo de aquellos actos que se refieren al bien común*[206]. Y, añade, "toda ley se ordena al bien común de los hombres, y de esta finalidad recibe su poder y condición de ley, y pierde su fuerza vinculante en la medida en que de ella se aparta."[207].

Gómez Pérez, en su comentario a la definición de ley del Aquinate, anota que la ordenación al bien común es "un requisito general de cualquier ley", y entiende por bien común de la sociedad política "la realización del bien propio de todos los hombres que la componen", aunque también la concibe como "situación de concordia" o como "utilidad común"[208].

En la misma línea, Cruz Prados acota que la ley es ordenación o determinación racional de los actos humanos al bien común y define cuáles son las acciones cuya realización compete a un buen ciudadano. Lo anterior se entiende en cuanto el bien común sería, para este autor, nada menos que "el fundamento de la ley y del derecho"[209], en frase que quizás no concuerda tanto con la visión más jurídica de Hervada.

Para nuestro autor, por contraste, *el reparto de las cosas* es lo propio del orden justo o jurídico y no exactamente la búsqueda del bien común. Por supuesto que toda norma jurídica debe perseguir el bien común, so pena de ser inmoral o antiética; sin embargo, no radica ahí la especificidad de lo jurídico, que son las relaciones de justicia.

e) Promulgada por aquel que tiene a su cuidado la comunidad [210]: como es evidente, por la autoridad política en el caso de la sociedad política. Además, como es sabido, la ley positiva es promulgada a través de su publicación en formas diversas.

En la Suma Teológica I-II, q. 96 a. 5, se enfatiza que la ley implica en su noción, como ya dijimos, el *ser regla de los actos humanos*, pero también el tener poder coactivo

---

[205] *Gómez Pérez, R. Deontología jurídica, p. 39. Énfasis nuestro.*
[206] *Santo Tomás de Aquino, op. cit., I-II, q. 96, a. 3.*
[207] *Ibidem, I-II, q. 96, a. 6.*
[208] *Cfr. Gómez Pérez, R. Deontología jurídica, p. 27-28.*
[209] *Cfr. Cruz Prados, op. cit., p., p. 133. Bien y derecho no se identifican, señala Cruz, porque también un mal o un daño pueden constituir un derecho, como en el caso de una pena.*
[210] *Santo Tomás de Aquino, op. cit . I-II q. 93 a. 5.*

(sujeción por coacción).

Con respecto a la finalidad de la ley, recogemos distintos criterios de dos autores que comentan los textos tomistas:

a) Enfoque jurídico: Gómez-Pérez pone énfasis en que "la finalidad de la ley es la realización de la justicia y ése es el principal punto de su conexión con la ley natural"[211].

b) Enfoque ético-social: Cruz Prados, por su parte, sitúa la finalidad de la ley en conducir al hombre *a las virtudes que lo hacen un ciudadano excelente*, que lo llevan a una vida plenamente humana y, en consecuencia, a ser un hombre bueno y feliz. El mismo autor añade que la ley *mueve extrínsecamente mediante premios y castigos* a los hombres a realizar acciones virtuosas. Tiene así una función muy importante en la formación de las virtudes cívicas o políticas. Y, para eso, crea una costumbre [212].

Cruz acota, a continuación, que el ideal en la consecución del bien es la motivación intrínseca: persuadir de que las acciones mandadas son buenas: *que el ciudadano realice voluntariamente el bien.* Sin embargo, el premio y el castigo motivan desde fuera, extrínsecamente, a los ciudadanos imperfectamente virtuosos o dispuestos: en este sentido, *la ley nos libera de nuestra debilidad moral*[213]. Cuanto menos virtuosos sean los ciudadanos, más estrictas, severas y prolijas tendrán que ser las leyes[214].

La ley natural.– Para continuar con Santo Tomás, la cuestión 91 de la Suma Teológica trae consigo la clásica definición de la ley natural como *participación de la ley eterna en la criatura racional*[215]. Afirma que "la ley es un dictamen de la razón práctica"[216] , de tal modo que las leyes humanas son precisamente *disposiciones particulares descubiertas por la razón humana*. Es el dictamen de la razón humana el que constituye una ley humana[217].

---

[211] *Gómez Pérez, R. Deontología jurídica, p. 39.*
[212] *Cfr. Cruz Prados, Alfredo, op. cit., p. 124*
[213] *Cfr. ibídem, p. 125.*
[214] *Cfr. ibídem, p. 127.*
[215] *Santo Tomás de Aquino, op. cit., I-II, q. 91, a. 2*
[216] *Ibídem, a. 3.*
[217] *En que la ley es cosa de la razón insiste el Aquinate en I-II, q. 94, a. 2, n. 3.*

En este mismo sentido, Juan Larrea apostilla lo siguiente: "Dios es el Supremo Legislador, la Verdad y Justicia perfectas y su Pensamiento y Voluntad constituyen la Ley eterna, de la que las leyes humanas no son otra cosa que un intento de aplicación. El fundamento del Derecho resulta de esta manera estable, inconmovible y queda la norma jurídica rodeada de la necesaria respetabilidad" (Larrea Holguín, 2002).

El primer precepto de la ley natural es "haz el bien y evita el mal". Al respecto, Gómez Pérez acota que no se trata de una tautología[218]. Sobre él se fundan todos los demás preceptos de ésta. La ley natural, *en cuanto a los primeros principios, es la misma para todos los hombres, tanto en el contenido como en el grado de conocimiento*[219]. Se trata de principios de carácter tan general que no pueden ser ignorados o desconocidos por nadie, a diferencia de los principios secundarios o las consecuencias remotas, que requieren de una mayor disquisición[220].

Contenido de la ley natural.- La ley natural se compone de los siguientes principios o conclusiones, cuyo criterio distintivo sería de carácter gnoseológico: el de "la mayor o menor facilidad que envuelve su conocimiento"[221]:

a) Primeros principios de la razón práctica.– Para García-Huidobro, este sería un aspecto en el cual Santo Tomás, "recurre a la idea aristotélica de los primeros principios (de la razón especulativa) y la hace aplicable al campo de la praxis"[222].

Sin pretensión de agotar aquí el tema mencionamos, siguiendo a, aquellos a los que alude la Suma Teológica:

- el bien hay que hacerlo y el mal hay que evitarlo;
- el amor a Dios y al prójimo;
- la sociabilidad;

---

[218] Cfr. Gómez Pérez, R. Deontología jurídica, p. 32.
[219] Cfr. I-II q. 94, a. 2. Énfasis nuestro.
[220] Cfr. Gómez Pérez, R. Deontología jurídica, p. 32.
[221] García-Huidobro, J. RPDN, p. 135.
[222] García-Huidobro, Joaquín, JNJL., p. 82. Este autor señala que la doctrina aristotélica descubre que en el campo especulativo no cabe razonar sin suponer ciertos principios primeros e indemostrables que constituyen la base de la racionalidad. Así también ocurriría, considera Santo Tomás, en el campo de la razón práctica o praxis. En resumen: 1os primeros principios de la razón especulativa dirigen el razonamiento, mientras que 1os primeros principios de la razón práctica dirigen la acción humana.

- la racionalidad o inclinación de todo hombre a obrar conforme a la razón[223].

Resulta interesante la comparación que hace el iusfilósofo chileno apenas citado entre los primeros principios o *communissima* tomistas y los *basic values* del iusfilósofo australiano y profesor de Oxford John Finnis, para quien estos primeros principios serían siete: vida, conocimiento, juego, experiencia estética, sociabilidad (amistad), razonabilidad práctica y religión. El chileno concluye que, de estos siete valores, los tres postreros coinciden claramente con las afirmaciones tomistas y quedan como posibles discordancias los cuatro primeros[224].

b) Principios secundarios (o conclusiones inmediatas de los primeros principios). - Estos se deducen de modo relativamente fácil y directo (a título de ejemplo señalamos: la inmoralidad de la mentira, el asesinato o la violación), como ocurre con el Decálogo. Aun así, anota García-Huidobro, requieren cierta reflexión y no son inmediatamente evidentes para el intelecto, lo cual hace posible que "por razones diversas, ciertas personas, e incluso culturas enteras, no lleguen a percibirlos" y por eso sea necesaria su promulgación[225], como puede ocurrir con ciertos pueblos no contactados de la Amazonía, por citar un ejemplo de nuestro medio ecuatoriano y sudamericano.

Evidentemente la inclusión de los preceptos del Decálogo nos permite ver que la adjetivación de esos principios como *secundarios* no significa que se trate de aspectos de escasa importancia para la vida moral y jurídica del hombre, sino todo lo contrario: se trata solo de un orden de deducción de unos principios a partir de otros más generales.

c) Principios terciarios o conclusiones remotas de la ley natural. - Requieren un raciocinio diligente: se trata de la aplicación de a) y b) a casos particulares. Se los podría denominar principios terciarios, anota García-Huidobro[226]. Este grupo al que nos hemos referido incluye algunos principios "tan difíciles de conocer que Tomás dice que solo son accesibles a los sabios", entendiéndose por sabio "no simplemente

---

[223] *Cfr. García-Huidobro, J. RPDN, p. 98.*
[224] *Cfr. ibídem.*
[225] *Cfr. García-Huidobro, J. RPDN, p. 136.*
[226] *Cfr. íbidem, p. 135.*

el hombre culto, sino al que, además de una instrucción intelectual, posee ciertas virtudes morales, particularmente la prudencia", comenta el iusfilósofo chileno[227].

Un ejemplo interesante que aporta el mismo autor es el de la ilegitimidad de la esclavitud, la cual resulta evidente hoy en día, pero sobre la cual incluso hombres cultivados erraron en épocas pretéritas no distantes[228]. Podríamos, sin embargo, añadir otros muchos ejemplos de mayor actualidad, donde se verifica este fenómeno, como la dificultad para vislumbrar la indisolubilidad y la apertura a la generación como requisitos esenciales del matrimonio; o bien la condena del aborto por parte de algunas personas en términos generales, pero que establecen una excepción en caso de violación: el rechazo de la licitud de esta excepción exige una serie de razonamientos que no resultan patentes a todos fácilmente.

La ley natural incluye, pues, como hemos visto, unos preceptos primarios o comunísimos, unos preceptos secundarios y unos terciarios. Se adjetiva a los primeros de comunísimos, debido a que "son evidentes (*per se nota omnibus*) para todos los que llegan al uso de razón"[229], como hace notar García-Huidobro refiriéndose a la doctrina de la Suma Teológica.

En cuanto a los primarios, la ley natural no puede ser borrada del corazón del hombre; los secundarios sí, por efecto de malas persuasiones o costumbres depravadas. Los secundarios son como conclusiones próximas de los primarios y son menos comunes que estos, que son más universales[230].

Añade el Doctor Angélico que la ley natural es *completamente inmutable* en cuanto a sus primeros principios. En cuanto a los principios secundarios también es inmutable, salvo algunos casos particulares y minoritarios por *motivos especiales que impiden su observancia*[231].

En un comentario magistral que nos ayuda a cerrar este subtema de los principios primarios, secundarios y terciarios de la ley natural, García-Huidobro afirma *que no es el consenso humano – como pretenden algunos – el creador*

---

[227] *García-Huidobro, J. JNJL. p. 83.*
[228] *Cfr. García-Huidobro, J. RPDN, p. 138.*
[229] *Ibídem, p. 91.*
[230] *I-II q. 94, a. 6. Los principios secundarios son, pues, conclusiones más determinadas derivadas de los primeros principios. En esa categoría se halla el mismo Decálogo.*
[231] *I-II q. 94, a. 5.*

de lo justo. Esto equivaldría, añade, a confundir el *esfuerzo gnoseológico en el descubrimiento de lo justo* – un esfuerzo de siglos, como se ha evidenciado con algunos ejemplos como el de la captación de la ilicitud de la esclavitud – con la cuestión ontológica de la realidad de su existencia[232].

La ley y la tolerancia. - Una referencia especial merece el tema de la ley y la tolerancia. En I-II q. 91 a. 4, Santo Tomás evidencia el hecho de que *la ley no puede prohibir o castigar-lo todo* porque suprimiría parte del bien común: las libertades básicas se verían conculcadas en infinidad de casos. La ley no prohíbe todos los vicios sino *solo los más graves*, aquellos que hacen daño a los demás, *aquellos sin cuya prohibición la sociedad humana no podría subsistir*, como son el homicidio, el robo etc.[233].

La ley humana deja así muchas cosas impunes, que son castigadas por la divina providencia: no prohíbe todo lo que prohíbe la ley natural. Se trata de un sentido de la tolerancia digno de los humanistas modernos, que echamos en falta en algunas naciones en nuestros días.

Desde una perspectiva contemporánea, pero siguiendo las huellas de Santo Tomás, Alfredo Cruz Prados, autor ya citado, señala que *tolerar no es legalizar:* la tolerancia implica *la abstención de la ley*, que renuncia a prohibir o perseguir una conducta, pero *sin retirar el juicio negativo acerca de la misma*; legalizar, por el contrario, supone fomentar una conducta como respetable, elevándola a la categoría de derecho[234], como ha ocurrido en Francia recientemente, donde se ha aprobado el derecho al aborto.

Juan Larrea Holguín también nos ilustra en lo relativo a la tolerancia, en el contexto de la relación y diferencia entre derecho y moral, cuando señala que "la ley jurídica no puede ir contra la moral, se encuadra en la moral, realiza unos aspectos de la moral, pero no agota el contenido de la ética... Hay cosas que la ley civil permite y que 'moralmente', no pueden hacerse" (Larrea Holguín, 1967).

La dicotomía derecho natural- derecho positivo. - El Aquinate aborda la contraposición derecho natural-derecho positivo con constantes referencias a San Isidoro de Sevilla

---

[232] Cfr. García-Huidobro, J., RPDN, p. 139.
[233] Cfr. Santo Tomás de Aquino, op. cit. I-II, q. 96, a. 2.
[234] Cfr. Cruz Prados, A., op. cit., p. 129.

y Aristóteles. El artículo 2 de la cuestión 95 resulta clave en esta diferenciación. Santo Tomás afirma que una norma puede derivarse de la ley natural de dos maneras:

a) como una conclusión de sus principios;

b) como una determinación de algo indeterminado o común.[235]

A título de ejemplo añade que "hay normas que se derivan de los principios comunes de la ley natural por vía de conclusión; y así, el precepto "no matarás" puede derivarse a manera de conclusión de aquel otro que manda "no hacer mal a nadie". Concluye que "por ambos caminos se originan las leyes humanas positivas. Mas las del primer procedimiento no pertenecen a la ley humana únicamente como leyes positivas, sino que en parte mantienen fuerza de ley natural. Las del segundo, en cambio, no tienen más fuerza que la de la ley humana"[236].

La función de la ley positiva consiste fundamentalmente en atender a la diversidad de circunstancias que se dan en los diversos pueblos, sociedades y culturas a las que debe aplicarse la ley natural, así como determinar soluciones concretas dentro de las diversas posibilidades que puede elegir el legislador. Así, por ejemplo, dice el Aquinate, "hay otras normas que se derivan por vía de determinación; y así, la ley natural establece que el que peca sea castigado, pero que se le castigue con tal o cual pena es ya una determinación añadida a la ley natural."[237] Lo legal positivo es, en definitiva, lo que en principio es indiferente pero, una vez regulado, no lo es[238].

Los artículos 3 y 4 de la cuestión 95 abundan en esta dependencia de la ley humana respecto de la ley natural. Así, se afirma lo siguiente:

- la ley humana es regla y medida que a su vez es reglada y medida por la ley natural y por la ley divina[239];

- es esencial a la ley humana derivarse de la ley natural[240].

---

[235] *Cfr. Santo Tomás de Aquino, op. cit I-II, q. 95, a. 2*
[236] *Ibidem, I-II, q. 95, a. 2*
[237] *Ibidem, I-II, q. 95, a. 2*
[238] *Ibidem, I-II, q. 96, a. 2.*
[239] *Ibidem, I-II, q. 95, a. 3.*
[240] *I-II, q. 95, a. 4. Con respecto a la división del derecho, el Aquinate señala que el derecho positivo se divide en derecho de gentes y derecho civil. El derecho de gentes se compone de normas que*

Una vez abordada la impronta tomista de la ley, entramos en la visión hervadiana de la ley como regla y medida del derecho, siguiendo las huellas de Santo Tomás, aunque desde propia perspectiva.

Por nuestra parte, intentaremos acotar lo que veamos necesario: siempre habrá matizaciones que añadir.

La norma y su relación con lo justo

Afirma Hervada que la ley del Parlamento, el decreto gubernamental, la costumbre obligatoria, el contrato, etc., tienen en común ser *prescripciones obligatorias o normativas.* Y que, desde la Antigüedad romana, las leyes han recibido el nombre de derecho[241]. Y es tradicional en la doctrina que la ley reciba el nombre de derecho objetivo frente al derecho subjetivo o derecho-facultad/potestad.

Ars, ars legis y ars iuris

Se suele decir que el arte, en general, es un saber hacer. Por ende, el *ars legis* resulta ser el arte de elaborar buenas leyes que, en la concepción realista hervadiana, es tarea propia del político o del gobernante, como ya hemos abordado. El *ars legis* es, pues, parte de la política o de la prudencia política.[242]

El *ars iuris*, en cambio, es el *arte de interpretar y aplicar las leyes*. El jurista interpreta las leyes para su correcta aplicación, y discierne lo justo de lo injusto. Y esto, generalmente, se aplica al oficio del juez.

¿La ley es el derecho?

Nos adentramos en este planteamiento de fondo. En la concepción realista que defiende nuestro autor, la ley es norma o regla del derecho. Y una regla es una medida, en este caso medida de lo justo. La ley es, pues, *regla o medida de lo justo.* O, como bien anota García-Huidobro citando al

---

se derivan del derecho natural como conclusiones de sus principios. En cambio, pertenecen al derecho civil las normas que se derivan del derecho natural como sus determinaciones particulares, por ejemplo, el precio justo en la compraventa.

[241] Cfr. ICDN, p. 151.

[242] Cfr. ibídem, p. 152.

Aquinate, la ley no es el derecho mismo, sino "cierta razón del derecho (*aliqualis ratio iuris*)"[243]. La ley no comprende la totalidad de la realidad jurídica sino un aspecto de ésta. Ahí reside parte de la novedad de la teoría de Hervada, quien enfatiza el punto de que se llame derecho a la norma solo por analogía o traslación del lenguaje[244].

De este modo, no se puede negar que la ley forme parte de la realidad jurídica, aunque no sea el derecho mismo. En una atrayente trilogía de autores iusnaturalistas, cada uno con sus lógicas peculiaridades, García-Huidobro refuta a Michel Villey, cuando éste afirma que el tratado tomista de la ley es solo moral y relega lo jurídico a la *Secunda Secundae*. El chileno hace ver, apoyándose a su vez en el polaco Georges Kalinowski, que la ley tiene un carácter jurídico impropio o por analogía al ser, justamente, "cierta razón del derecho". "Es por tanto lícito llamar "derecho" a la ley, por más que lo sea en un sentido analógico", concluye[245]. La ley es entonces, de acuerdo con estos autores que siguen al Aquinate, un analogado del derecho.

En la concepción del derecho que estamos analizando, *la norma jurídica equivale a norma de lo justo:* donde no hay una relación de justicia (conmutativa, distributiva o legal), no hay norma jurídica. Existen normas fundamentadas en virtudes o valores morales de la persona (solidaridad, misericordia, etc.), que no regulan una relación de justicia propiamente tal y, por ende, no son jurídicas.

Para seguir con la línea argumentativa anterior, la norma es jurídica en la medida en que se relaciona con lo justo distributivo, conmutativo o legal, es decir en la medida en que regula conductas que son debidas u obligatorias, o en la medida en que se reconocen o constituyen – según el caso – deberes de justicia conmutativa, distributiva o legal.

Obligatoriedad e imperatividad de las normas jurídicas

Señala nuestro autor que una completa teoría de la norma jurídica abarca:

---

[243] *Santo Tomás de Aquino, op. cit., I-II, q. 57, 1 ad 2. Citado por García-Huidobro, Joaquín, RPDN, p. 229.*
[244] *Cfr. ICDN, p. 154.*
[245] *García-Huidobro, J., RPDN, p. 230.*

a) normas originadas en el poder político;

b) normas procedentes de la autonomía privada, cuyas prescripciones constituyan deudas o deberes de estricta justicia.

Toda norma jurídica es una prescripción obligatoria que vincula a su destinatario estableciendo un deber de justicia conmutativa, distributiva o legal. Sin embargo, no toda norma jurídica es imperativa: esto solo sería admisible si se entiende el término únicamente como sinónimo de obligatorio. No ocurre lo mismo si se usa el término imperativo en su sentido propio y estricto: como algo que dimana de un poder superior (*imperium*) a los destinatarios de la norma, vale decir normas emanadas del poder público. Los negocios jurídicos privados y la costumbre normativa son normas jurídicas derivadas de la autonomía de la voluntad de los ciudadanos o del consentimiento del pueblo. No son, pues, normas *imperativas*.

La ley y los distintos tipos de justicia

La obra de Hervada señala el papel trascendente que juega la ley con respecto a los diversos tipos de justicia. Así, en la justicia legal, por un lado, destaca la interpretación de la ley por parte del jurista, vale decir la aplicación de la ley a partir del conocimiento de lo justo legal. Por otra parte, la justicia legal se concreta precisamente en el cumplimiento por parte del individuo de los deberes establecidos en las leyes (deberes legales).

En cuanto a la justicia distributiva, la distribución de cargas y beneficios se hace muchas veces a través de la ley. Así, es regla general en la mayoría de los sistemas jurídicos de las naciones la reserva de ley para crear impuestos, aunque en situaciones excepcionales cabe hacerlo por medio de normas de rango inferior. Se aprecia de este modo el papel que puede jugar la ley en el ámbito de este tipo de justicia.

En el ámbito de la justicia conmutativa, lo que es justo en las relaciones entre particulares es frecuentemente esta-

blecido por las leyes, aunque quede un amplio margen para la autonomía de la voluntad de las partes contratantes (creatividad y libertad jurídicas). Así, la ley, el código civil, regula los términos básicos de los contratos; o bien, fija un límite legal a los precios de ciertas mercancías; o regula el matrimonio como institución que implica a dos partes, etc. Por otra parte, no hay que olvidar que un principio comúnmente aceptado es aquel que prescribe que un contrato es ley entre las partes: la ley reconoce ese valor al acuerdo entre particulares.

Normas jurídicas naturales y positivas

Es tradicional esta distinción, según la cual existen las siguientes tipologías normativas:

a) Normas de derecho natural (normas jurídicas naturales).- Se trata de prescripciones de la razón natural que enuncian deberes de justicia. Así, el deber de respetar la vida desde la concepción o el de la veracidad en los juramentos.

b) Normas de derecho positivo (normas jurídicas positivas).- Constituyen prescripciones que establecen deberes de justicia en virtud de una decisión humana que admite otras posibilidades. Así, por ejemplo, una norma de tránsito que establece una multa de un salario mínimo vital para una determinada infracción. En el ejemplo apuntado, no se trata de una norma derivada de la naturaleza humana, pues cabrían otras sanciones para la misma infracción. En su momento, aludimos a la doctrina tomista con respecto a la dependencia de la norma positiva respecto de la ley natural, en mayor o menor medida.

Funciones de la ley respecto del derecho

Entre las funciones que desempeña la ley respecto del derecho, Hervada señala las siguientes:

a) causa del derecho (aunque no sea la única), ya que reparte las cosas (materiales o inmateriales), otorgando títulos de atribución que dan lugar a una deuda de justicia: las *leyes crean derechos*. Por ejemplo, las leyes crean órganos de

gobierno, atribuyéndoles diversas funciones; las constituciones políticas de los estados reconocen derechos naturales, pero también crean otros de carácter positivo;

b) como anticipamos más arriba, la ley también es medida del derecho, ya que:

- regula los derechos y el modo de usarlos;
- señala sus límites;
- establece los presupuestos de capacidad para el ejercicio de los derechos, etc.

Hervada propiamente define la medida del derecho en los modos siguientes:

- como el ajustamiento entre lo debido y lo dado;
- como la delimitación del derecho y la deuda.
- La medida del derecho sería, en definitiva, "la caracterización y delimitación intrínseca y extrínseca del derecho"[246], vale decir:
- la delimitación de la cosa corporal o incorporal de acuerdo con ciertos factores ontológicos que veremos en breve: cantidad, cualidad, valor, naturaleza, etc.;
- la determinación del modo en que la cosa es del titular: en propiedad, arrendamiento, comodato, etc.;
- la definición de las facultades jurídicas que competen al titular de un derecho: Por ejemplo, al arrendatario no le compete enajenar la cosa; al poder judicial no le corresponde legislar, etc.
- los presupuestos de uso del derecho.

El que la ley sea regla del derecho implica, aunque parezca redundante, que a ésta le compete la regulación del derecho. Además, un derecho creado en virtud de una ley requiere muchas veces ser regulado con mayor detalle a través de un reglamento o norma de rango inferior, lo cual circunscribe, delimita o mide un derecho enunciado de modo más general o indeterminado.

---

[246] *LPFD, p. 206.*

Tipos de medida del derecho

a) Positiva.- Se da una medida positiva del derecho cuando la delimitación o ajustamiento de éste depende del acuerdo o concierto humano o de la ley positiva. Así, el precio de un bien fijado por ley.

b) Natural.- La medida del derecho es natural cuando el derecho es medido o delimitado:

- por la naturaleza humana. Así, el derecho a la vida se origina temporalmente desde la concepción hasta la muerte de la persona humana;

- por la naturaleza misma de las cosas. Por ejemplo, cuando, en un contrato de comodato, se exige la devolución del mismo local que fue otorgado a un usuario en tal concepto y no de otro; o bien, cuando se debe restituir la misma cantidad del bien fungible que fue prestado para su consumo.

Factores ontológicos que miden el derecho

Antes de especificar estos factores, debemos hacer una aclaración: *naturaleza humana y naturaleza de las cosas* no son expresiones equivalentes. Conviene recordar que el concepto clásico de naturaleza humana, como título y medida de derechos, hace referencia a l*a esencia del hombre en cuanto principio de operaciones (espirituales, intelectuales, biológicas, etc.)*. Así, la naturaleza del hombre en cuanto ser dotado de inteligencia y otras aptitudes (facultades que debe desarrollar), constituye el título natural del derecho a la educación.

Por el contrario, la expresión *naturaleza de las cosas* hace referencia a otros factores relativos al ser de las cosas (*factores ontológicos*). Como se trata de ajustar o medir el derecho, señala Hervada que hay que hacer referencia a *dimensiones valorables o medibles en las cosas*, que son básicamente las siguientes: finalidad, cantidad, cualidad, relación y tiempo. Todos estos factores contribuyen a medir los derechos o cosas justas.

Examinemos cada uno de estos elementos:

a) Finalidad.- El fin o finalidad de una cosa, de algún modo, mide o delimita el derecho. Hervada nos proporciona dos ejemplos bastante claros: una moneda es una cosa cuya finalidad puede ser: a) servir de medio de pago, o b) como objeto al que los coleccionistas le asignan un determinado valor de mercado, diverso al de un medio de pago.

O bien, la amputación de un miembro puede constituir un derecho natural para salvar la propia vida en caso de verse un sujeto afectado por gangrena, o bien puede constituir la lesión de un derecho, en caso de buscarse sólo una mutilación. En ambos casos, todo depende de la diversa finalidad de la acción.

b) Cantidad.- Se trata de un factor ontológico que ajusta las cosas por medio de la igualdad numérica. Así, el préstamo de diez kilos de cemento determina que se deba devolver la misma cantidad exactamente y no otra inferior o superior.

Citando a Louis Lachance, el iusfilósofo argentino Rodolfo Vigo define al derecho como relación en los siguientes términos: "La igualdad es, por tanto, la equivalencia de cantidades, y la relación realizada por el derecho debe estar fundada sobre la cantidad"[247]. Según Vigo, Lachance distingue una cantidad "continua y discontinua" o, dicho en otros términos, "numérica y dimensiva". Sin embargo, añade que la cantidad de la que trata el derecho da lugar a una relación de igualdad moral que es la que "debemos introducir en nuestras relaciones con los otros"[248].

Los anteriores son modos de profundizar en la repercusión metafísica de las realidades cuantitativas en el mundo de lo jurídico, algo que en apariencia puede ser más banal.

c) Cualidad.- El elemento cualitativo sin duda mide el derecho en muchas ocasiones en que se exige que la cosa posea unas determinadas características. O cuando se espera una determinada prestación de un tipo y no de otro. Hervada ofrece el ejemplo de la venta de un caballo de paso, en la cual la cualidad es una condición natural que mide el derecho, pues obliga a entregar un caballo de esas mismas características y no de otras.

d) Relación. – La metafísica clásica nos enseña que la

---

[247] *Vigo, VCHFD, p. 206*
[248] *Ibídem, p. 206.*

relación constituye el accidente cuya entidad, cuyo ser, es el más débil. Y, sin embargo, existen relaciones determinantes en grado sumo en la vida social: la filiación, el matrimonio, la relación laboral, etc. En virtud de la relación se miden ciertos derechos y deberes que nacen de la posición relativa de unos sujetos con otros o de unas cosas con otras. Así, no es igual la posición del padre a la del hijo en las relaciones paternofiliales, o la del empleador y la del empleado en la relación laboral.

e) Tiempo.- Es un factor de ajustamiento natural de los derechos. Señala Hervada que "el tiempo que mide los derechos naturales es aquel inherente a los bienes que constituyen esos derechos naturales"[249]. Esto es claro en casos como el del derecho a la vida, que se origina temporalmente desde la concepción y se extiende hasta la muerte de la persona humana. O bien, para sufragar se requiere de una edad mínima establecida por convención humana (16 o 18 años, según la legislación de que se trate) pero, desde el punto de vista de una medida natural, se requiere de una capacidad mínima de discernimiento intelectual: la edad es una especificación positiva posterior a la medida natural.

Joaquín García-Huidobro, comentando al Aquinate, recoge el ejemplo relativo al castigo o pena establecido para el robo, el cual es diverso según la sociedad donde se aplica. El iusfilósofo chileno señala que "las diferencias no se deben a que el robo sea objetivamente bueno en una parte y malo en otra, sino a que son diferentes las circunstancias históricas en las que se aplica el principio de prohibición del robo. Ellas, lo mismo que la psicología y las costumbres de un pueblo pueden exigir una mayor o menor severidad, como también que el tipo de sanción sea uno u otro"[250].

El mismo autor aborda el fondo de la cuestión desde la perspectiva de la diferenciación entre lo justo natural y lo justo legal con las siguientes palabras: "La delimitación de uno y otro caso es sencilla: cambian por sí las cosas que están en el campo de lo convencional, lo justo legal, mientras que cambian solo por accidente las cosas que son por naturaleza"[251]. En otras palabras, el derecho positivo (lo justo legal) es de por sí cambiante, mientras el derecho natural es estable,

[249] *ICDN, p. 111.*
[250] *García-Huidobro, J., JNJL. p. 98.*
[251] *Ibídem, p. 93.*

y solo cambia excepcionalmente. El autor ofrece un ejemplo aportado por el Aquinate, pero que a su vez proviene de Platón: "Nada parece ser más justo que devolver su depósito al depositante, sin embargo no debe devolverse su espada a un loco furioso que la exige o dar su dinero al traidor a la patria que lo reclama para comprar armas." Con especial agudeza, García-Huidobro añade: "El cambio de las circunstancias hace simplemente que el principio en cuestión no sea aplicable (…). Hasta un momento antes de producirse la locura, era un caso de depósito. Producida la locura, el hecho de devolver el arma pasaría a ser una cooperación en un eventual homicidio. Se trata, entonces, de una circunstancia que cambia la especie del acto de que se trata"[252].

En el contexto de este factor ontológico que es el tiempo, Santo Tomás – una vez más en la Suma Teológica – cita a S. Agustín, quien afirma que "la ley temporal, aunque sea justa, puede ser legítimamente cambiada en el curso del tiempo"[253]. Añade el Doctor Angélico que "el cambio o modificación de una ley supone un cierto perjuicio porque la costumbre facilita la observancia de la ley"[254]. Se refiere asimismo a la afirmación de Aristóteles (o "el Filósofo") acerca de que "las leyes no deben cambiarse fácilmente porque reciben su mayor fuerza de la costumbre"; y añade, en el mismo pasaje al final, algo iluminador: "Las leyes solo deben modificarse por una utilidad o necesidad grande, no por cualquier ventaja"[255].

Vale decir que la estabilidad de la ley resulta ser un valor jurídico, por cuanto la costumbre genera cultura y virtudes jurídicas, mientras que la excesiva volubilidad del derecho puede ser perjudicial para el bien común de la sociedad. Al mismo tiempo, es innegable el carácter histórico del derecho y su mutabilidad, aun cuando ésta deba respetar el núcleo relativo a la naturaleza y esencia del hombre. La distinción entre lo justo legal y lo justo natural resulta clave.

Rafael Gómez Pérez, autor anteriormente citado, destaca la incidencia de la temporalidad en la esencia de la ley en clave tomista. Así, señala, entre otros aspectos, los siguientes:

---

[252] *Ibídem, p. 97.*
[253] *Santo Tomás de Aquino, Suma Teológica, I-II, q. 97, a. 1.*
[254] *Ibídem, a. 2.*
[255] *Ibídem.*

- "la ley permanece vigente hasta que no sea expresamente derogada"[256];

- solo rige desde su promulgación, de lo cual se deriva el principio de irretroactividad[257];

- finalmente, la permanencia de la ley se prolonga incluso cuando ya ha sido derogada, a través del respeto a los derechos adquiridos durante su vigencia[258];

- lo anterior, en aras del valor de la seguridad jurídica, por cuanto – como es evidente – "una ley imperfecta suele ser mejor que la ausencia de ley"[259].

Reglas que pueden dar lugar a una medida natural o positiva

Hervada se percata de la existencia de dos criterios o reglas que dan lugar a una medida de uno u otro tipo:

a) *La igualdad como identidad o igualdad de cualidades da lugar a una medida natural.* - La exigencia de una cualidad en la cosa generalmente implica un factor de tipo natural. Así, por ejemplo, cuando se desea adquirir un perro de una raza determinada. O cuando se exige la enseñanza de una determinada lengua y no de otra. O bien, en el caso de la identidad exacta de una cosa, si un coleccionista pretende adquirir un ejemplar único usado por un artista famoso. De nuevo, se trata de un factor de tipo natural que mide el derecho.

b) *La igualdad en valor da lugar a una medida positiva.* – Ocurre en el ajustamiento entre el precio y la cosa, como cuando se fija un precio entre las partes que no responde al valor del mercado. O cuando se fija un límite legal a un artículo de consumo básico sin atender a la ley de la oferta y la demanda, que resulta ser más de tipo natural.

Clasificación del derecho o cosa justa por razón del origen del título y de la medida

---

[256] *Gómez Pérez, R., Deontología jurídica, p. 39.*
[257] *Ibídem.*
[258] *Ibídem.*
[259] *Ibídem.*

Tengamos de nuevo presente la distinción tradicional, ya enunciada, entre derecho natural y positivo:

a) *ius o iustum naturale* (derecho natural): es el derecho originado en la naturaleza;

b) *ius o iustum positivum* (derecho positivo): es el derecho originado en acuerdos humanos, en la voluntad de los hombres.

El afirmar que existen derechos naturales implica presuponer que hay cosas que están atribuidas a una persona en virtud de su naturaleza racional, como ocurre con la vida, la dignidad o libertad religiosa. Vale decir que son derechos con un título natural.

Por contraste, hay cosas que están atribuidas por decisiones o convenciones libres de los hombres, es decir en virtud de títulos positivos (contratos, tratados, leyes, reglamentos, etc.).

La tesis del positivismo consiste en negar la existencia de derechos con títulos naturales. Hervada nos hace ver que si esta postura fuera verdadera:

- no sería injusto asesinar, violar, denigrar la buena fama ajena o conculcar la libertad de expresión o circulación con anterioridad a la promulgación de la ley positiva que instituye formalmente tales delitos. La persona humana sólo tendría tales derechos por concesión de la ley positiva, no por naturaleza, y no por el solo hecho de ser persona;

- lo anterior querría decir que *la injusticia nacería sólo de la ley positiva*, lo cual supone incurrir en un gran formalismo. Hervada hace patente el sinsentido de dicha postura, cuando señala que "antes de la ley positiva o en su ausencia, el hombre no sería dueño de su vida, ni de sus miembros, ni la buena fama sería un derecho suyo"[260]. El hombre no tendría derechos anteriores a la constitución del Estado, a la ley positiva.

La respuesta iusnaturalista queda plasmada en la siguiente expresión de nuestro autor: "El asesinato, las lesiones, el secuestro, la calumnia, etc., son injustos por sí mismos, esto es, porque lesionan bienes de los que la persona es dueña por el hecho mismo de ser persona"[261]. Lo cual recuer-

---

[260] *ICDN, p. 102.*
[261] *Ibídem, p. 103.*

da una cita de Cicerón, en su tratado "Las Leyes", relativa al descubrimiento de la ley natural: "Sería absurdo pensar que todas las leyes e instituciones son justas. ¿Acaso son justas las leyes de los tiranos? Si el fundamento del Derecho lo constituyera la voluntad de los pueblos, las decisiones de sus jefes o las sentencias de los jueces, entonces el Derecho podría consistir en robar, cometer adulterio o falsificar testamentos, si tales acciones fueran aprobadas por votación o por aclamación popular. Hay, por el contrario, una distinción entre ley buena y ley mala que solo puede hacerse desde el criterio de la naturaleza"[262].

Según el positivismo más exacerbado, si la ley positiva prescribiese incluso la lesión de esos bienes (vida, fama, honor), no existiría injusticia. Cosa que ocurre cuando se despenalizan conductas como el aborto, la eutanasia, o bien cuando se consagra un sistema discriminatorio por razón del credo religioso, el sexo, la raza o la etnia.

El sistema jurídico, el derecho, es uno. Sin embargo, dentro de él encontramos derechos de origen natural, otros de origen positivo y otros de carácter mixto, es decir que combinan elementos naturales y positivos al mismo tiempo.

Dentro de los derechos mixtos, junto con el título, juega un papel importante la medida del derecho. Así, Hervada distingue dos posibilidades:

a) derechos con título natural y medida positiva. - Por ejemplo, el derecho de libre tránsito es natural, pero su medida es positiva porque su extensión y ejercicio son delimitados por una ley positiva. Esto es evidente cuando un Estado requiere de un visado a los extranjeros que ingresan a su territorio, o cualquier otra restricción de tipo temporal, o referente a los derechos inherentes a esa estancia en su territorio.

b) derechos con un título positivo y una medida natural. - Hervada aporta el ejemplo de la instauración de un sistema democrático en un Estado por medio de su Constitución política o Carta magna (título positivo). En este caso, se está en presencia de una medida natural con respecto al derecho al sufragio: cada ciudadano tiene derecho a un solo

[262] *Tomado de Ayllón, J. R., op. cit. p. 113.*

voto. Se trata de un aspecto (la igualdad de los ciudadanos ante la ley, en el ámbito específico del derecho al sufragio) postulado por la naturaleza del régimen democrático (naturaleza de las cosas).

Lección 7:
Persona y relación jurídica

Etimología

Como es habitual, interesa empezar por el aspecto etimológico. Es sabido que el término persona, en la antigua Grecia, designaba la máscara que usaban los actores en una representación teatral[263]. El término es asumido por el latín clásico, y de ahí pasa a las lenguas vernáculas: persona (español, italiano), person (inglés, alemán), la personne (francés), pessoa (portugués), etc.

Concepto de persona

En sentido filosófico

La personalidad es uno de los grandes temas de la filosofía, tanto es así que ha dado lugar a una corriente de pensamiento en el siglo XX: el personalismo. A ésta se adscriben algunos autores como el francés Gabriel Marcel o, con aportes de otras corrientes como el realismo aristotélico-tomista y la fenomenología, el polaco Karol Wojtyla, futuro san Juan Pablo II, solo por citar dos celebridades. Se trata de una corriente que – en palabras de Juan Manuel Burgos, presiden-

---

[263] Dice Montanelli que, cuando en el siglo II a. C. el público de los teatros clásicos aumentó considerablemente, se introdujo el uso de máscaras para distinguir los caracteres. Estas máscaras se llamaban personae, del etrusco phersus (cfr. Montanelli, I. (2001). Historia de Roma (2.ª ed.). Plaza & Janés Editores, p. 173).

te de la Asociación Española de Personalismo – "ha elevado la categoría de persona a eje central de la filosofía"[264]. Es lo que algunos han llamado – parangonando al giro antropológico de la modernidad a partir del cogito cartesiano – el giro personalista acaecido en el siglo XX.

Como certeramente anota Burgos, el mérito de la corriente personalista de Wojtyla reside en llamar la atención acerca de la insuficiencia del tomismo para comprender a la persona desde su interior, desde el yo personal, y no "desde una exterioridad asimilable al mundo de la naturaleza"[265]. Se introducen así conceptos tales como los de subjetividad, autoconciencia, autonomía, etc. que enriquecen la perspectiva clásica del realismo escolástico y le otorgan un mayor dinamismo desde el hombre, aunque este proceso se da, al mismo tiempo, desactivando el componente idealista de la fenomenología[266].

Sin embargo, los estudios sobre el tema de la persona se remontan a la escolástica, donde Boecio, en el siglo VI, la definirá como *individua rationalis naturae substantia,* es decir: *substancia individual de naturaleza racional.* Dicha definición nos presenta al menos dos notas de la persona: su individualidad y su racionalidad.

Jacques Maritain, por su parte, esclarece la distinción entre individuo y persona. El término individuo hace referencia a "aquello que excluye de uno mismo a todos los demás hombres"[267]. El término persona entrañaría, por contra, al menos dos elementos:

a) la subsistencia del alma espiritual;

b) la autodonación en la libertad y el amor[268].

Rafael Gómez Pérez anota aquello que caracteriza a la persona humana: su dignidad, al haber sido creada a imagen y semejanza de Dios, que es inseparable de la ley natural, así como su espiritualidad, fundada en su inteligencia y voluntad libre. El ser persona, añade este autor, hace que el individuo humano sea dueño de sus propios actos, sujeto de

---

[264] Burgos, J. M. (2011). Prólogo. En K. Wojtyla, Persona y acción (pp. 7–27). Ediciones Palabra, p. 8.
[265] Ibídem, p. 10.
[266] Cfr. ibídem, p. 13.
[267] Fazio, M., op. cit., p. 321
[268] Cfr. ibídem.

derechos y deberes[269]. Vale decir que la condición de persona trasciende la mera condición de individuo, en razón de las notas señaladas, que la diferencian del animal, del vegetal o del ser inerte.

Desde el punto de vista de la antropología filosófica, la persona es el *ser inteligente y libre dotado de autodominio.* El dominio del propio ser constituye la nota fundamental del ser personal, señorío del que carecen el animal (que actúa por instintos), el vegetal, el ser inerte. Lógicamente, el hombre cumple con esta condición de ser personal, aunque no sea el único: la teología católica nos enseña que Dios es un ser personal, mas no unipersonal sino trinitario. Además, añade que existen seres espirituales y racionales que también tienen un ser personal: se trata de los ángeles. Y, por otra parte, el dominio que ejerce el hombre sobre su propio ser no es absoluto: se trata de uno de carácter *político*, vale decir relativo, parafraseando a los clásicos.

Señala Hervada que el dominio que ejerce la persona es de carácter tanto ontológico como moral: la persona es dueña de su ser y de sus actos. Este dominio es de carácter racional. La persona es dueña de su ser, porque se *autopertenece* a sí misma, y es radicalmente incapaz de pertenecer a otro ser[270].

En sentido jurídico

El dominio moral y antropológico que hemos abordado es también jurídico – explica Hervada –, pues su ser y sus actos, por pertenecerle, son derecho ante los demás[271].

En este contexto, hay que decir, con nuestro autor, lo siguiente:

- el sujeto de derecho es el hombre, individualmente o en cuanto forma cuerpos sociales;

- al sujeto de derecho se le llama comúnmente, en lenguaje jurídico, *persona*.

---

[269] Cfr. Gómez Pérez, R., Deontología jurídica, p. 32.

[270] Un caso especial es el del matrimonio en el que los esposos se pertenecen el uno al otro. Sin embargo, esta pertenencia es relativa, en tanto en cuanto cada uno conserva su individualidad, su soberanía, no obstante, la profunda comunión espiritual y física que los une.

[271] Cfr. ICDN, p. 136.

- persona equivale a sujeto de derecho: la persona *es el sujeto del derecho*. [272]

En sentido propiamente jurídico, Hervada distingue tres acepciones de persona:

1. sujeto capaz de derechos y obligaciones (énfasis en la personalidad como capacidad);

2. sujeto titular de derechos y deberes (énfasis en la personalidad como titularidad);

3. ser ante el derecho: la persona tiene, por así decir, existencia o realidad jurídica[273].

El hombre se presenta ante los demás como dueño de sí, titular de derechos naturales y capaz de derechos positivos; es decir que se presenta como persona en sentido jurídico.

La comprensión de la persona desde el punto de vista filosófico o jurídico lógicamente va a ser diversa: la filosofía busca una comprensión según las causas últimas o más radicales de la realidad humana. El derecho, por contraste, intenta descifrar lo que, en la realidad humana, sea jurídicamente relevante, vale decir *aquello que comporte una dimensión de justicia.* No obstante, el objeto material de estudio coincide en este caso: se trata de la persona, el hombre.

Ser persona: ¿un hecho natural o positivo?

Por naturaleza, el hombre tiende a relacionarse jurídicamente: a establecer relaciones de justicia. Es un hecho históricamente constatable que hasta en las sociedades humanas más primitivas existe la noción de justicia, aunque el sistema jurídico sea muy elemental: en la mayoría de los casos, se estiman conductas injustas el atentar contra la vida o contra la propiedad privada, o la infidelidad matrimonial. Y se busca de algún modo restablecer el equilibrio perdido mediante penas o sanciones, aunque algunas llamen la atención por su escasa humanidad: la evolución histórica va puliendo la conciencia jurídico-moral de la sociedad humana de modo que, actualmente, se consideran de *lesa humanidad*

[272] *Ibídem.*

[273] *Recordemos el matiz filosófico realista según el cual la existencia es como el resultado del ser.*

la pena de muerte o ciertos métodos de tortura que en otro momento pueden haberse reputado admisibles, dentro de ciertos límites. Sin embargo, a lo que queremos llegar es a la existencia de una juridicidad natural. El derecho es, pues, en sus orígenes, un hecho natural.

Esa juridicidad natural se traduce en la existencia de derechos naturales (derechos cuyo origen es la naturaleza humana: la vida, el honor, el matrimonio, la propiedad). De modo que – afirma Hervada – el Derecho – aun cuando se positivice – constituye un sistema unitario (no dos sistemas paralelos), en parte de contenido natural, en parte de contenido positivo. Lo que ocurre es que hay un núcleo de juridicidad natural que es desarrollado por el derecho positivo.

También el concepto de persona es unitario: no hay un concepto de persona propio del derecho natural y otro propio del derecho positivo. El concepto de persona es de contenido natural en su núcleo esencial[274] . Al derecho positivo solo le compete reconocer esa realidad con parámetros concretos, acordes con la dignidad de la persona: así, con el reconocimiento de los derechos fundamentales para el sujeto recién concebido y hasta su muerte.

El derecho, ¿hecho natural o creación cultural?

Hervada parte de un ejemplo: un idioma es una creación cultural; sin embargo, el hecho de comunicarse es un hecho natural. El derecho no es un fenómeno creado por la cultura, por cuanto – como ya hemos visto – existe un núcleo de juridicidad natural: el hombre, por naturaleza, se relaciona jurídicamente al establecer relaciones que comportan una dimensión de justicia.

Si el derecho fuese mera creación cultural, si no hubiese un derecho natural – argumenta Hervada –, en estado natural (algo semejante al *status naturalis* del *buon sauvage* rousseaniano) el hombre sería ajurídico: nada jurídico habría naturalmente en el hombre que, de por sí, se regiría por la fuerza. Se trataría de un estado de anomía.

El razonamiento de Hervada discurre del siguiente

[274] *Cfr. ICDN, p. 140.*

modo: un hecho cultural se basa en un hecho natural (así, el derecho positivo se fundamenta en el derecho natural). Por naturaleza, el hombre se relaciona jurídicamente (establece relaciones de justicia) y, por tanto, es sujeto de derecho. La persona es sujeto de derecho por naturaleza, y solo ulteriormente el derecho positivo – en cuanto creación cultural – la hace titular de otros derechos artificiales, o bien positiviza y especifica los de origen natural.

En definitiva, retornando al argumento inicial, por naturaleza, el hombre es: a) capaz de derechos y obligaciones; b) titular de derechos y deberes.

¿Son personas todos los hombres?

Formular esta pregunta resulta casi ofensivo en el siglo XXI, en el que los derechos humanos se consolidan como sistema jurídico comúnmente aceptado. Sin embargo, posturas de cuño positivista no parecen vislumbrarlo en la integridad de los casos, pues estiman que sólo son personas aquellos hombres a quienes el derecho positivo reconoce tal calidad, en virtud de una condición de desarrollo embrionario (aborto sujeto a un plazo), o de salud suficiente (eutanasia).

Para el iusnaturalismo, la personalidad jurídica tiene por fuente la naturaleza, no la ley positiva. Luego, todo hombre (todo ser humano) es persona en sentido jurídico (juridicidad natural). Así, negar la personalidad jurídica a cualquier ser humano constituye una injusticia.

Es en este contexto que Hervada cita el artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual "todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica"[275]. Rodolfo-Carlos Barra resalta el hecho de que la persona sea "una creación de la civilización jurídica" – afirmación de enorme trascendencia para la historia del derecho – y cita el art. 1, apartado 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aún más contundente que la Declaración Universal de Derechos Humanos. Dicho texto reza: "persona es todo ser humano"[276].

---

[275] *Ibídem, p. 142.*

[276] *Cfr. Barra, R.-C. (2007). Estatuto jurídico del embrión humano. En Consejo Pontificio para la Familia (Ed.), Lexicón (3.ª ed.). Ediciones Palabra, p. 332.*

Barra señala con acierto que "el concepto jurídico de persona y su aplicación a todo ser humano es una creación de la civilización jurídica, especialmente influida por el cristianismo"[277]. Y la personalidad no admite grados: todos los seres humanos son igualmente personas. "Se trata, entonces, de una asimilación absoluta: todo ser humano es persona, y si, para el derecho, la persona es un ente titular de derechos (sujeto de derechos y acreedor de protección jurídica por pate del ordenamiento), tal titularidad es necesariamente predicable con respecto a cualquier ser humano"[278], afirma el mismo autor.

Otra corriente que, según Hervada, además del iuspositivismo, resulta deficiente con respecto a la persona, es el estamentalismo o concepción estamental de la sociedad. Según ésta, los hombres serían desiguales en valor y dignidad. Y los derechos y deberes se tendrían en función de la condición o estado al que se pertenece: raza, clase social, casta, distinción entre esclavos y libres, nobles y plebeyos, etc. Es lo opuesto a una sociedad democrática, en la que prima el principio de igualdad.

El principio de igualdad, reconocido por las constituciones políticas de los estados civilizados, postula que los derechos son inherentes al ser humano; no se tienen en virtud de un estado o función sino en razón de la dignidad de la persona, con independencia de una condición tal como puede ser la raza, el sexo, religión, clase social, etc.

Barra – el autor antes citado –, a este respecto, apunta que "la historia del derecho conoce períodos donde no todos los seres humanos eran considerados personas, lo que los convertía objetos de relaciones jurídicas – p. ej. compraventa – y no sujetos de derechos"[279]. Tal fue el fenómeno de la esclavitud, refrendado por la sentencia *Dred Scott vs. Standford*, que negaba a los afroamericanos la categoría de ciudadanos de los Estados Unidos o, como apunta Barra, los convertía en una categoría de personas inferior a los blancos, de modo que no gozaban de la misma subjetividad jurídica. Añade que dicha lógica se prolongó en el tiempo a través de la famosa regla "separados pero iguales" (*separate*

[277] *Ibídem, p. 333.*
[278] *Ibídem, p. 332-333.*
[279] *Ibídem.*

but equal), que consagraba la segregación racial en los estados del sur, institución heredera de la esclavitud ya abolida[280].

Como colofón, una aseveración de Hervada, de enorme profundidad que destacamos aquí es la siguiente: el concepto de persona en sentido jurídico, si bien es distinguible del concepto de persona en sentido ontológico, designa la misma realidad: el hombre[281].

Tanto para el positivismo como para el estamentalismo, no todo ser humano es persona. Señala nuestro autor que la Declaración Universal de Derechos Humanos y los pactos internacionales en dicha materia, en general, reafirman la línea iusnaturalista, no la estamental ni la positivista. Probablemente lo hacen sin proponérselo, pues lo *políticamente correcto* en la actualidad es el iuspositivismo y otras corrientes cercanas.

Las relaciones jurídicas

Al tratar de este tema, una vez más, arremete Hervada contra el normativismo. Señala que "la realidad jurídica no es simplemente un conjunto de normas, como pretende la mentalidad normativista (...)"[282], sino, más bien, un entramado de relaciones sociales a las que denominamos jurídicas, por referirse a derechos naturales o positivos.

Estructura de la relación jurídica

Comienza Hervada, en lo que respecta a este tema crucial, con una afirmación categórica: "La relación jurídica es la estructura primaria y fundamental de la realidad jurídica"[283].

A continuación, intentamos desentrañar precisamente los elementos que componen dicha estructura:

Sujetos.- Ya hemos visto que el derecho es una realidad social, en la que interactúan al menos dos sujetos: hay alteridad o intersubjetividad.

a) Vínculo.- Es aquella realidad que une a dos o más

---

[280] *Cfr. ibídem, p. 334.*
[281] *Cfr. ICDN, p. 137.*
[282] *ICDN, p. 146.*
[283] *Ibídem, p. 147.*

sujetos con carácter de obligatoriedad, pues este aspecto está en la esencia del derecho: la deuda entre dos o más sujetos es obligatoria. Este aspecto se evidencia cuando, en el lenguaje jurídico, se emplea el adjetivo "vinculante", es decir de obligatoria observancia. El vínculo puede ser de diversos tipos: existen vínculos de carácter contractual, legal, consuetudinario, etc.

b) Contenido.- Toda relación jurídica tiene un objeto o materia. El contenido de la relación jurídica será determinado por los términos del contrato, por la materia regulada por la ley o recogida por la costumbre, etc.

c) Principio organizador.- Está determinado por la finalidad de la relación. Evidentemente, es muy distinta la naturaleza de una relación jurídica de tipo empresarial o la del contrato matrimonial. El principio organizador tendrá que ver, en el primer caso, con el lícito ánimo de lucro, el tipo de servicio que se presta, etc. En el segundo caso, el mutuo auxilio de los cónyuges y la generación y educación de la prole son finalidades que organizan el matrimonio en cuanto relación jurídica.

También puede ayudar a comprender la función del principio organizador de una relación jurídica el considerar la relación antijurídica o ilícita. Así, si se habla de una asociación para delinquir, es evidente que el principio organizador de una banda criminal es la finalidad de la comisión de determinado tipo de ilícitos. Dicha finalidad es determinante y "organiza", aunque sea para cometer el mal, a los sujetos asociados para delinquir.

Y así, podríamos abundar en ejemplos.

Clases de relaciones jurídicas en razón del vínculo

a) Relaciones jurídicas naturales.– Serían aquellas cuyo vínculo jurídico tiene su origen en la naturaleza. Así, por ejemplo, las relaciones paternofiliales, pues no proceden de un acuerdo o convención humana: su juridicidad es natural. Es evidente que los deberes fundamentales de los padres respecto de los hijos (alimento y educación) no son

deberes creados por leyes o normas positivas. Su existencia obedece a que son obligaciones inscritas – por decirlo así – en la naturaleza racional del hombre, a la cual repugnan las omisiones en este sentido: el padre o la madre se sienten naturalmente impelidos a proporcionar dichos cuidados a su prole. Y los hijos, por su parte, se sienten urgidos por su conciencia moral a retribuir a sus progenitores por medio de la obediencia, el servicio y el debido respeto.

Estos deberes morales alcanzan una connotación o vertiente jurídica en determinados casos: por ejemplo, es de justicia natural para los hijos sujetarse a la autoridad de los padres. Así como es de justicia natural que los padres deban alimentar y educar a los hijos. Todo lo cual no obsta – al contrario, la positivación es necesaria – para que las leyes positivas recojan estas instituciones naturales y las desarrollen con mayor detalle.

b) Relaciones jurídicas positivas.– Se trata de aquellas que han sido instituidas por convención humana, llámese esta ley, contrato, tratado, reglamento, etc. Los ejemplos de la vida práctica abundan, y algunos han sido vertidos a lo largo de nuestro manual.

c) Relaciones jurídicas mixtas (en parte naturales y en parte positivas).– Son la inmensa mayoría de relaciones jurídicas presentes en la realidad, ya que, en la práctica, resulta difícil hallar relaciones jurídicas naturales *en estado puro*, por así decir.

Tampoco resulta fácil concebir una relación jurídica positiva en la que no se haga referencia, aunque sea de un modo limitado, a algún elemento natural. Así, por ejemplo, si hablamos de una multa de tránsito, podríamos aventurarnos a afirmar que se trata de una relación jurídica positiva *pura*; sin embargo, supongamos que esta consiste en el valor de un salario mínimo vital. Cabe cuestionar la racionalidad y la proporcionalidad de dicha sanción con respecto a la posible infracción, aspectos que ya son de carácter natural.

Clasificación de los contenidos de una relación jurídica

Siguiendo a Hervada, afirmamos que los contenidos de las relaciones jurídicas pueden clasificarse dentro de las siguientes categorías:

a) Contenido natural.– Es decir que la relación jurídica en cuestión contiene derechos y deberes naturales. Indica Hervada que lo normal es que una relación de vínculo natural (relación jurídica natural) tenga un contenido de derechos y deberes naturales. Sin embargo, es común que a esos derechos naturales se añadan derechos y deberes positivos, lo cual resulta en una relación de contenidos mixtos. El ejemplo ya dado de las relaciones paternofiliales es claro en cuanto abarcan derechos de carácter natural a los cuales se suman derechos y deberes de origen positivo. Así, por ejemplo, el valor legal de una pensión alimenticia es una determinación positiva del deber jurídico natural de alimentar a la prole.

b) Contenido positivo.– Se trata de relaciones basadas en un vínculo positivo (por ejemplo, una relación profesional periodística) que, no obstante, pueden tener un contenido en parte natural si se pone en juego un derecho natural. El ejemplo que proporciona Hervada es el de una cláusula de conciencia periodística en el contexto de dicha relación laboral. Se trata de un derecho natural incluido en una relación jurídica que de suyo es positiva. Lo ejercitaría el periodista que, por un motivo de conciencia, se negara a publicar un editorial propiciado por una determinada línea ideológica defendida por un medio de comunicación[284].

c) Contenido mixto.– En el seno de relaciones jurídicas mixtas habrá contenidos también mixtos que comprenden, en diversa proporción, derechos naturales, mixtos y positivos. Así – afirma nuestro autor – el derecho de participación en la vida política es un derecho natural; sin embargo, el derecho de voto a los dieciséis años es una relación jurídica positiva o, mejor dicho, es una determinación positiva en cuanto a la capacidad efectiva de ejercitar dicho derecho.

---

[284] *Cfr. ICDN, p. 150.*

Conclusión

A lo largo de estas páginas, hemos intentado aproximarnos a los planteamientos de Javier Hervada en torno a los temas esenciales de la filosofía del derecho, de un modo ligeramente novedoso, con el fin de facilitar su comprensión. Esta finalidad ha implicado la reformulación de determinados términos o expresiones.

En otros casos, se ha procurado aplicar las categorías clásicas de la justicia y del derecho, así como ciertos subtipos, a situaciones no contempladas en la literatura de nuestro autor. Resultaba interesante trasladar ciertos conceptos hervadianos a contextos de mayor actualidad; o a contextos no europeos o españoles, como son el latinoamericano o el medio local ecuatoriano; o bien conferirles una proyección internacional. En esa medida, se espera haber alcanzado, aunque sea parcialmente, este objetivo.

Asimismo, se intentó realizar un pequeño aporte a través del esquema gráfico (con los correspondientes comentarios a cada elemento) de la teoría realista del derecho hervadiana, que se considera provechoso para visualizar las ideas esenciales de esta doctrina tan influyente en el ámbito filosófico-jurídico.

Esperamos que la lectura de este texto haya despertado en el alma de los lectores, profesionales o profanos, la inquietud por aplicar la virtud de la justicia y la equidad a las diversas situaciones de la vida, así como el amor a esta rama de la filosofía.

Referencias

Obras de Javier Hervada

1. Hervada, J. (1999). *Introducción crítica al derecho natural.* EUNSA.
2. Hervada, J. (2006). *Síntesis de Historia de la Ciencia del Derecho Natural.* EUNSA.
3. Hervada, J. (2008). *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho* (4ª ed.). EUNSA.
4. Hervada, J. (2011). *¿Qué es el derecho?* (3ª ed.). EUNSA.

Otras fuentes filosóficas, jurídicas o generales

5. Aguiló, A. (2007). *¿Es razonable ser creyente?* Ediciones Palabra.
6. Aquino, T. de. (1948). *Suma teológica* (Trad. L. García de Haro & otros; Vol. 5). Biblioteca de Autores Cristianos. (Obra original publicada 1265-1274)
7. Aristóteles. (2005). *Ética a Nicómaco* (Trad. J. Pallí Bonet; 4ª ed.). Alianza Editorial. (Obra original publicada ca. 350 a.C.)
8. Artigas, M. (2009). *Filosofía de la ciencia* (2ª ed.). Ediciones Universidad de Navarra.
9. Ayllón, J. R. (1998). *Ética razonada.* Libros MC.

10. Baquero, J. (2010). *El derecho… ¿para qué?* Universidad Hemisferios, CEP.

11. Barbón Lacambra, J. A. (2016). *El realismo en Platón.* Editorial Astrea.

12. Borja, R. (2007). *Sociedad, cultura y derecho.* Editorial Planeta del Ecuador.

13. Cruz Prados, A. (2009). *Filosofía política.* Ediciones Universidad de Navarra.

14. Del Vecchio, G. (1960). *Filosofía del derecho* (7ª ed.). Casa Editorial Bosch.

15. Fazio, M. (2019). *Historia de las ideas contemporáneas: una lectura del proceso de secularización* (6ª ed.). Ediciones Rialp.

16. Fernández de Córdoba, P. (2001). *Apuntes de filosofía del derecho* (2ª ed.). Corporación de Estudios y Publicaciones.

17. Francisco. (2021, marzo 25). *Candor lucis aeternae [Carta apostólica]*. Librería Editrice Vaticana.

18. García-Huidobro, J. (1993). *Razón práctica y derecho natural (el iusnaturalismo de Tomás de Aquino)*. Edeval.

19. García-Huidobro, J. (2017). *La recepción de la doctrina aristotélica de lo justo natural y lo justo legal en los comentaristas medievales de la Ética a Nicómaco.* Editorial Porrúa/UNAM.

20. Gómez Pérez, R. (1990). *Introducción a la metafísica* (4ª ed.). Ediciones Rialp.

21. Gómez Pérez, R. (2021). *Deontología jurídica* (5ª ed.). Ediciones Universidad de Navarra.

22. Juan Pablo II. (1998). *Fides et ratio [Carta encíclica]*. Librería Editrice Vaticana.

23. Larrea Holguín, J. (1988). *El sacramento del matrimonio. Corporación de Estudios y Publicaciones.*

24. Larrea Holguín, J. (1998). *Para seguir sus huellas: Escritos pastorales 1988-1998.* Poligráfica.

25. Larrea Holguín, J. (s.f.). *Educación ética y cívica.* Corporación de Estudios y Publicaciones.

26. Larrea Holguín, J. (s.f.). *En la entraña del mundo.* Poligráfica.

27. Larrea Holguín, J. (s.f.). *Nuevo catecismo universal.* Poligráfica.

28. Lorda, J. L. (2013). *Virtudes: Experiencias humanas y cristianas.* Ediciones Rialp.

29. Montanelli, I. (2001). *Historia de Roma* (2ª ed.). Plaza y Janés Editores.

30. Mora Altamirano, E. (2009). *Desobediencia civil: de Thoreau a Gandhi y Martin Luther King, Jr.* Universidad Hemisferios/CEP.

31. Naranjo, P. (2004). *Los escritos de Montalvo* (2ª ed.). Casa de la Cultura Ecuatoriana "Benjamín Carrión".

32. Prieto, V. (2022). *Objeción de conciencia* (1ª ed.). Grupo Editorial Ibáñez/Universidad de La Sabana.

33. Riofrío Martínez-Villalba, J. C. (2016). *Metafísica jurídica realista.* Marcial Pons Argentina.

34. Salgado, H. (2010). *Introducción al derecho* (2ª ed.). V & M Gráficas.

35. Spaemann, R. (1995). *Ética: Cuestiones fundamentales* (4ª ed.). Ediciones Universidad de Navarra.

36. Vigo, R. L. (2008). *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho.* Rubinzal-Culzoni Editores.

37. Wacks, R. (s.f.). *Understanding jurisprudence: An introduction to legal theory* (3ª ed.). [En línea].

38. Wojtyla, K. (2011). *Persona y acción.* Ediciones Palabra.

Artículos, ensayos y documentos breves

39. Barra, R.-C. (2007). Estatuto jurídico del embrión humano. En Consejo Pontificio para la Familia (Ed.), *Lexicón* (3ª ed., pp. 395-398). Ediciones Palabra.

40. Berçaitz de Boggiano, A. L. (2012). Equidad. En *Diccionario general de derecho canónico* (Vol. III, p. 646). Universidad de Navarra/Thomson Reuters Aranzadi.

41. Borja, R. (2012, agosto 12). La tarea legislativa. *El Comercio*, 3.

42. Burgos, J. M. (2011). Prólogo. En K. Wojtyla, *Persona y acción* (pp. 7-20). Ediciones Palabra.

43. Cabanellas de Torres, G. (1993). *Diccionario jurídico elemental* (11ª ed.). Editorial Heliasta.

44. Cabrera Herrera, L. (2021, agosto 24). *Despenalización del aborto por violación* [Documento pastoral]. Guayaquil.

45. Diario El Universo. (2021, octubre 3). Llori envió al Registro Oficial la devolución del proyecto de Lasso. *El Universo*, 3.

46. Diario El Universo. (2021, octubre 12). Ejecutivo está a la espera de que Asamblea debata proyecto [Entrevista a Marcos Miranda]. *El Universo*, 3.

47. Diccionario de la Real Academia Española. (2023). Equidad; Epistemología; Trascendental [Entradas]. En *Diccionario de la lengua española.* Real Academia Española.

48. Domingo, R. (2020, marzo 17). Padre del derecho canónico moderno: Javier Hervada (1934-2020). *La Vanguardia*, s.p.

49. Domingo, R. (2022). Ius suum, res iusta: Una crítica a la introducción crítica de Hervada. *Persona y Derecho,* 86, 259-280.

50. Errázuriz, C. (2022). La inspiración tomista del realismo jurídico de Javier Hervada. *Persona y Derecho*, 86, 37-44.

51. Jerez, C., & Madero, M. (2013). Objeción de conciencia y equilibrio. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 28(2), 176-195.

52. Larrea Holguín, J. (1967). La ley y la libertad. *Revista de Derecho*, 12, 47-60.

53. Larrea Holguín, J. (1998). Asuntos sociales y religiosos VII. *El Telégrafo*.

54. Larrea Holguín, J. (2002). Reflexiones sobre la historia del derecho republicano del Ecuador. *Boletín de la Academia Nacional de Historia*, 80(169-170), 11-30.

55. Massini-Correas, C. (2014). Sobre bienes humanos, naturaleza humana y ley natural: Reflexiones a partir de las ideas de Javier Hervada y John Finnis. *Persona y Derecho*, 71, 23-52.

56. Mora Altamirano, E. (2009-2010). Influencia de Henry D. Thoreau en Mahatma Gandhi y M. L. King Jr. *ComHumanitas*, 1(1), [pp.].

57. Mora Altamirano, E. (2025). Reformulaciones y replanteamientos terminológicos en la filosofía del derecho de Javier Hervada. *Ius Humani*, 14(II), [pp.].

58. Serna, P. (2022). Esencia y fundamento del derecho en el pensamiento de Javier Hervada. *Persona y Derecho*, 86, 45-77. https://doi.org/10.15581/011.86.002

59. Velarde, C. (2012, diciembre). Filosofía del derecho. En *Diccionario general de derecho canónico* (Vol. IV, pp. 432-445). Universidad de Navarra/Thomson Reuters Aranzadi.

Filosofía del Derecho: Del iusnaturalismo de Javier Hervada a otros iusnaturalismos propone volver al corazón del derecho: la justicia como realidad viva, anterior a cualquier código y arraigada en la dignidad humana. A partir del pensamiento de Javier Hervada —uno de los grandes iusfilósofos del siglo XX— y en diálogo con Aristóteles, Santo Tomás de Aquino y autores contemporáneos, la obra reconstruye los fundamentos que permiten comprender el derecho más allá del positivismo y de la técnica jurídica.

Con claridad pedagógica y profundidad intelectual, Eduardo Mora Altamirano muestra cómo la epistemología, la metafísica, la noción de persona, la estructura de las relaciones jurídicas y el derecho natural conforman un mapa indispensable para todo jurista que aspire a algo más que aplicar normas: comprender su sentido. Este texto desafía al lector a pensar el derecho desde su raíz, a reconocer lo justo allí donde nace —en la naturaleza racional del hombre— y a ejercer la profesión con la convicción clásica de "dar a cada uno lo suyo". Un libro que forma criterio, despierta vocación y devuelve al derecho su grandeza.

ISBN: 978-9942-752-34-5



UHE ediciones
UHE UNIVERSIDAD HEMISFERIOS