

LA PERSONA: RAZÓN DE SER DEL DERECHO

PERSON: THE REASON OF LAW

*Jaime Baquero De la Calle**

Resumen: Todo ordenamiento jurídico se propone alcanzar el bien común. Dentro de este marco institucional, la justicia es el valor supremo que procura garantizar la autoridad competente. ¿Cuándo es posible decir que se está actuando según la justicia? Encontrar una respuesta requiere remontarse a los principios fundamentales que han dado origen a toda formulación jurídica. Y detrás de tales principios se encuentra la persona, destinatario final del ordenamiento. La norma escrita no se funda –por lo menos, no debería ser así– en el azar o las ideas políticas del gobierno de turno. Ante la inminente presencia de una Asamblea Constituyente, es imperativo volver sobre los fundamentos últimos de todo Estado de Derecho.

Palabras clave: Teoría fundamental del derecho, persona, fin del derecho, axiología jurídica, principios del derecho

Abstract: *All law is intended to achieve the common good. Within this institutional framework, justice is the supreme value that seeks to ensure the competent authority. When is it possible to say that it is acting according to justice? Finding an answer requires going back to the fundamental principles that have given rise to any legal formulation. And behind these principles is the person ordering the final recipient. The written policy is not based (at least should not be) in random or*

* Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Estudios superiores en filosofía en la Pontificia Università della Santa Croce, Roma. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Autor de varios libros jurídicos. Profesor de antropología en la Universidad de los Hemisferios (Ecuador). jbaquero@intisana.com

political ideas of government. Faced with the imminent presence of a Constituent Assembly, it is imperative to return to the ultimate foundations of all rule of law.

Key words: Fundamental theory of law, person, law aims, legal axiology, law principles

Fecha de recepción: 28-11-2007

Fecha de aceptación: 19-12-2007

1. PUNTO DE PARTIDA: LA NATURAL ACEPTACIÓN O RECHAZO DE LO BUENO Y LO MALO

Una de las realidades más profundas y maravillosas de la condición humana y, que a la vez no nos resulta sorprendente por tratarse de algo evidente, es el común acuerdo de todos en ciertos ámbitos de la vida. Cuando escuchamos el reportaje de un secuestro, o leemos una novela como *Cumbres borrascosas*, en la que Emily Bronte describe un Heathcliff lleno de odio y de deseos de venganza (Bronte, 2002), no podemos menos que sentir indignación y desacuerdo ante tales situaciones o comportamientos. Asimismo, el común sentimiento de gratitud no se hace esperar cuando nos cuentan que, el padre de un niño palestino fallecido por infortunio en alguna escaramuza, decide donar el riñón de su criatura para que sea transplantado en un chico judío que lo requiere de urgencia¹.

¹ En un sentido análogo se pronuncia Paulo Coelho en un artículo titulado “De la naturaleza humana” (9-IV-2006).

2. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Se trata, una vez más, de la voz racional del entendimiento y de la llamada clemente de la voluntad que gritan inexorablemente dentro de cada uno, invitándonos a reconocer lo que de verdadero, bueno y bello tiene la vida o manifestando su repugnancia ante la maldad y la incoherencia. La filosofía denomina a estos postulados evidentes para todos, los primeros principios² o las causas últimas. La palabra “principio” proviene del latín *principium*, que se corresponde con la palabra griega *arché*. Tiene relación con el origen, la fuente, el fundamento de algo³. Es el *primo primi* que nace dentro de nosotros antes de actuar, o a la hora de juzgar el comportamiento ajeno.

3. PRINCIPIOS DE CORTE TEÓRICO

Algunos de estos principios fundamentales están relacionados directamente con la inteligencia; es decir, son manifestaciones de la verdad de las cosas, que no son como me las imagino, sino como realmente existen. Uno de estos postulados es el principio de no contradicción, que dicho de una forma sencilla, se resume en que una cosa no puede ser y no ser a la vez y en el mismo sentido. Este principio se aplica tanto a las cosas (un árbol no es un perro) como a los comportamientos (el culpable de un asesinato no es inocente).

Según el principio de causalidad, todos los efectos que se dan en la realidad, como el nacimiento de un niño o un accidente de tráfico, tienen una causa que les ha dado origen: en el caso del recién nacido, la causa son sus padres; si se analiza el accidente de tráfico, las causas pueden ser múltiples como el exceso de

² Tomás de Aquino dice que *principio es aquello de lo que algo procede de cualquier manera*. Como se trata de dar solamente una nociones generales, el que desee profundizar en el tema Cfr. *Summa Theologiae*, I, q. 33, a. 1.

³ Entre otros, cfr. Cathrein (1950, pp. 289 y ss.).

velocidad o el consumo de alcohol. En definitiva, este principio postula que todo efecto tiene una causa. También se aplica en el ámbito del comportamiento humano, como es lógico: el pensamiento del genio es la causa que origina la electricidad, el teléfono o la penicilina. Partiendo de este postulado, muchos denominan a los primeros principios causas últimas, ya que tales principios, vistos desde otra óptica, son la causa que encamina la realidad hacia la consecución de sus fines.

Otro de los principios fundamentales es el de finalidad. Las cosas están hechas para un fin determinado, como la aspiradora para aspirar o el reloj para dar la hora. El fin de las leyes radica en garantizar, de forma universal, la justicia en las relaciones humanas, en aras de alcanzar el bien común. Si una ley se promulga con el fin de favorecer los intereses de unos pocos, dicha ley está atentando a este principio.

4. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA.

Aunque no es tan sencillo plantearlo a manera de principio, sin embargo parece oportuno mencionarlo en este momento. Se trata de la especial dignidad del ser humano. Este postulado es el origen de un sinnúmero de discursos políticos, organizaciones no gubernamentales, trabajos de ayuda social, manifestaciones multitudinarias, etc. También será objeto del Derecho. Nadie niega que toda persona, de cualquier edad o condición, posee muy dentro de sí algo que la convierte, de alguna manera, en un ser sagrado.

5. PRINCIPIOS PRÁCTICOS

Otros principios se relacionan más con la voluntad que con el entendimiento son los denominados principios prácticos que caen en el ámbito del comportamiento. Dentro de este campo

están, por ejemplo el deseo de hacer el bien y evitar el mal; o el siguiente postulado tan conocido: no hagas a otro lo que no te gustaría que te hagan a ti. Otro principio de corte práctico se manifiesta al considerar que mis derechos terminan donde empiezan los derechos del otro; o también el deseo natural de proteger al débil frente a la agresión del fuerte, etc. No se trata, desde luego, de una enumeración taxativa. Los pensadores se entretienen enumerando una lista mucho más larga de principios, que para el caso no interesa citar.

6. EL DERECHO TAMBIÉN SE INTERESA POR LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Este punto de partida, es decir, el estudio del hombre a partir de unos principios comunes a todos, tiene mucha importancia también en el Derecho (Graneris, 1961, p. 12). Dice Giuseppe Graneris que “filosofare ha sempre significato muoversi alla ricerca delle ragioni universali, che vengono dette ultime cause, e potrebbero anche dirsi condizioni indispensabili alla possibilita dell’oggetto preso in esame” (*ibid.*)⁴; y el objeto sometido a examen es precisamente el Derecho. Tan importante resulta la referencia a los primeros principios, que los Estados de Derecho han procurado darles un lugar importante dentro de sus ordenamientos jurídicos. La Constitución de un Estado, también conocida como Norma Fundamental o Ley Suprema, ocupa, según expresión del Kelsen, el vértice superior de la pirámide jurídica (cfr. Kelsen, 1992, pp. 34 y ss.). Todo el resto de normas –Leyes orgánicas, Leyes ordinarias, decretos, ordenanzas, reglamentos–, unas más importantes que otras, deberán guardar

⁴ Filosofar ha significado siempre dirigirse hacia el encuentro de las razones universales, también llamadas causas últimas, que podrían además considerarse como las condiciones indispensables para que se haga posible el conocimiento del objeto sometido a examen.

consonancia con la Carta Magna, so pena de sufrir nulidad, que en este caso se denomina inconstitucionalidad.

La Constitución de un país tiene una estructura fundamental que suele ser común a la de cualquier otra. Se encuentra dividida en dos cuerpos fundamentales: la parte dogmática y la parte orgánica (Tobar Donoso & Larrea Holguín, 1989, p. 56). Esta última regula la organización del Estado, y no nos compete en este momento. En cambio, la parte dogmática resulta de sumo interés en nuestro tema: en ella se enuncian los principios regidores de una nación. Estos principios son, en el fondo, los ya mencionados, pero con una formulación acorde al papel que desempeña el Estado en orden a su protección y aplicación. Es por esto que se los llama, en primer lugar, derechos fundamentales, o derechos humanos, expresiones que a todos nos resultan familiares. Su reconocimiento y positivación en un texto constitucional tiene ya varios siglos, como puede apreciarse en el *Bill of rights* americano de 1777; o en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, promulgada en Francia.

7. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y EL DERECHO

En la noble tarea de garantizar la protección de los derechos fundamentales, no se encuentran solos los Estados. La Comunidad Internacional ha tomado conciencia de su importancia, sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial. Es así que se han elaborado unos documentos, con validez en el Derecho Internacional, como son la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948; la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, suscrita en Bogotá, en 1948; y la Convención americana de derechos humanos, suscrita en Costa Rica, el 28 de noviembre de 1969 y ratificada por el Ecuador el 12 de agosto de 1977. Existe además una institución

supranacional encargada, con mayor o menor éxito, de velar por el respeto de los derechos humanos⁵.

Todos los derechos y garantías enunciados en los documentos internacionales y en las Cartas Supremas de los Estados, encuentran su fundamento en los principios fundamentales antes mencionados. Por lo tanto, seguirán existiendo aunque no se encuentren estipulados en ningún documento escrito. Son anteriores al Estado, son tan antiguos como el hombre mismo. En este sentido explica Spaemann: se podría objetar que respetar los derechos humanos reconocidos constitucionalmente supone una dictadura de los muertos, que codificaron estos derechos, sobre los vivos, y un paternalismo indebido por parte de quienes hicieron esa Constitución en su momento, impidiendo que los formuláramos nosotros. Sin embargo, nadie lo entiende así. Todos piensan que se trata

⁵ David Rieff, en un comentario periodístico titulado “¡Abajo los derechos humanos!”, critica a la ONU por su ambigüedad en materia de derechos humanos. “Por una parte, la ideología de los derechos humanos (...) es profundamente legalista, pues debe su legitimidad a tratados, como la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, formulada en 1948. El movimiento moderno en pro de los Derechos Humanos nació en la ONU y en muchos sentidos nunca ha salido de ella. La ONU es un organismo cuyos funcionarios están al servicio de la voluntad de sus estados miembros... y, por encima de todo, de la de sus estados miembros poderosos. Y esta contradicción entre ambición y mandato, con frecuencia impide la consecución de las metas en materia de Derechos Humanos, tanto como la propician. Quienes lo duden deben recordar la renuncia de un Secretario General tras otro, desde U Thant hasta Kofi Annan, a reunirse con las víctimas de violaciones de derechos humanos que tuvieron la desgracia de nacer en países poderosos. Pese al compromiso de la ONU con el adelanto de los DD.HH., no se les ocurre desagradar a chinos o rusos recibiendo a activistas del Tíbet o de Chechenia. Para ser justos, hay que decir que ningún Secretario General de las Naciones Unidas ha rendido un mayor homenaje a los ideales del movimiento en pro de los Derechos Humanos o ha intentado, al menos retóricamente, asociar a las Naciones Unidas con esos ideales, que Kofi Annan. Naturalmente, la retórica no es la realidad y las declaraciones de la ONU con frecuencia han parecido muy alejadas de su práctica diaria. Annan cree que la causa de los Derechos Humanos debe tomarse tan en serio como la seguridad o el desarrollo. Pero lo que realmente encontramos es un Tercer Mundo receloso de que las intervenciones ‘humanitarias’ sean un renacer del colonialismo y el unilateralismo del Gobierno de EE.UU., empeñado en aplicar el concepto de guerra preventiva” (6-X-2005).

realmente de un derecho previo al Estado, y que los derechos fundamentales no son creados por nosotros, sino que simplemente los reconocemos. Hay límites que están establecidos en la naturaleza del hombre: no se puede hacer con el hombre lo que se quiera (Spaemann, 2006, p. 58).

8. EL PAPEL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Partiendo de esta realidad, es decir, que el legislador no crea los derechos fundamentales sino que más bien los descubre y los formaliza en la norma jurídica, la Constitución ecuatoriana vigente establece en su art. 19 lo siguiente:

Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material.

Esta apertura hacia posibles derechos fundamentales no especificados en la Constitución, también aparece reflejado en el art. 2 de la Ley Orgánica de Control Constitucional:

Carecen de valor las normas de menor jerarquía que se opongan a los preceptos constitucionales. Sin embargo, los derechos y garantías señalados en la Constitución no excluyen el que, mediante ley, tratados o convenios internacionales y las resoluciones del Tribunal Constitucional, se perfeccionen los reconocidos o incluyan cuantos fueren necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que deriva de la naturaleza humana.

9. DESDE LOS PRIMEROS PRINCIPIOS HACIA LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

La referencia constitucional a los derechos fundamentales nos encamina hacia una concreción de tales derechos en ámbito

jurídico: vamos más allá de una consideración emotiva o sentimental de la realidad humana, hasta instalarnos en el ámbito de la imperatividad, propia del Derecho, que garantiza la capacidad de hacer exigible un derecho en justicia. Esto es tan cierto que, en el momento de estudiar las fuentes del ordenamiento jurídico, se menciona que una de ellas está formada precisamente por los denominados principios generales del Derecho (cfr. Monroy Cabra, 1986, pp. 123 y ss.). Estos principios no son más que el reflejo de los principios generales ya estudiados (no contradicción, causalidad, etc.), pero con las peculiaridades propias de aquello que cae dentro del campo del dar a cada uno lo suyo (cfr. Del Vecchio, 1969, pp. 504-534).

Estos principios, como los anteriores, son universales, es decir, comunes a todos los hombres, por estar radicados en su propia forma de ser o naturaleza. Son el alimento constante de la ley y otras fuentes del Derecho como la Costumbre y la Jurisprudencia (cfr. Hervada Xiberta, 2000, pp. 423 y ss.). Así lo han entendido los jurisconsultos desde épocas antiguas, tal como se refleja en este texto del Digesto: *Omnes populi, qui légibus et móribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnuim hominum iure utuntur* (Digesto, 1, 1, 10): así, según el pasaje citado, el ordenamiento jurídico de una nación tendrá elementos que sólo le corresponden a ese país y otros que son comunes a todos los ordenamientos.

Por mencionar algunos de ellos, encontramos en primer lugar el principio de legalidad: toda decisión jurídicamente imperativa por parte de la autoridad debe ser actuada conforme al derecho. En otras palabras, cuando la persona o personas investidas de autoridad consideren oportuno actuar con potestad de gobierno, deben detentar su poder conforme a la norma jurídica que lo determina y delimita; la decisión que tomen y que implica el ejercicio de la vis directiva, debe estar, por tanto, prevista en el Derecho. Este principio es de suma importancia sobre todo en ámbito penal, ya que no se puede acusar a nadie si

en primer lugar no está reconocido el acto delictivo en el Derecho. Tal aplicación del principio de legalidad en este campo se consagra con la máxima conocida de *nullum crimen, nullam poenam sine lege poenale previa*. Si no existe en el Código Penal una norma que prohíba portar armas significa que puedo hacerlo. En materia penal –y ésta es otra aplicación del mismo principio–, lo que no está prohibido está permitido. Por otro lado, la ignorancia de la norma penal no exime de culpabilidad: el ladrón no puede alegar en su defensa que no sabía que robar es un delito. En materias distintas de la penal podría suceder lo contrario: la ignorancia, por ejemplo, en el Derecho Matrimonial, es causa de nulidad del matrimonio si recae en algún elemento de la esencia o algo específicamente puesto como condición fundamental por una de las partes.

Otro principio jurídico fundamental se denomina el debido proceso. A la hora de iniciar una acción judicial es necesario acudir al juez o tribunal previsto para el caso, y no a cualquier persona para que dirima el litigio. La competencia, es decir, la distribución de la jurisdicción, se reparte a partir de cuatro parámetros: en razón de la materia (juez de lo civil, de lo penal, de inquilinato, tránsito); del territorio (juzgado de Madrid, Bogotá o Kampala); del grado (juez de primera instancia, tribunal de segunda instancia, etc.), y la persona (el diplomático gozará de inmunidad para ser juzgado por tribunales de su país en determinados casos; los militares en ejercicio de su función, se someterán a una corte militar si cometen delitos en el ejercicio de sus funciones, etc.). Iría en contra del principio de legalidad la creación, a posteriori, de un tribunal supuestamente *ad hoc* para juzgar crímenes de guerra, como sucedió en Nuremberg, aún si los que conforman el tribunal son los vencedores. Es difícil actuar con objetividad en circunstancias de esa naturaleza.

El principio y derecho de legítima defensa garantiza al acusado la oportunidad de presentar todas las pruebas de descargo que considere oportunas, así como el derecho a proveer un alegato

en su favor o a permanecer en silencio. Un proceso que omita esta parte esencial sería nulo. Dos instituciones fundamentadas en estos principios son el hábeas corpus y el hábeas data. El primero garantiza la libertad del acusado si no se legitima en un tiempo determinado el debido proceso; el segundo garantiza el derecho a la información a lo largo de un procedimiento judicial.

10. UN CASO PECULIAR

Después de esta referencia a los derechos consagrados en la norma jurídica, resulta de gran interés el análisis jurisprudencial de una sentencia peruana de última instancia. El 2 de septiembre de 2002, la señora María Emilia Villegas Manuche interpone el recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional del Perú. Fundamenta la interposición del recurso en los hechos sucedidos el 2 de octubre de 1992, cuando su hermano Genaro desapareció misteriosamente, acontecimiento que coincidió con el allanamiento de su domicilio por parte de unos hombres armados y encapuchados, en busca de material subversivo, según menciona ella en la demanda. La señora Villegas presenta, como fundamento de derecho, el delito de desaparición forzada. Basada en los derechos a la vida, al debido proceso, a legítima defensa, y a la libertad individual, la demanda recae sobre el Estado peruano, a quien solicita devolver con vida a Genaro Villegas Namuche o informar dónde se hallan sus restos⁶.

El delito de desaparición forzada, en el momento de cometerse el crimen, es decir, en 1992, no estaba tipificado en la legislación peruana, ni tampoco constaba en documento internacional suscrito y ratificado por el Perú. Por tanto, ¿puede alegarse un delito que no era tal al momento de su comisión? Recordemos los principios estudiados. La seguridad jurídica, plasmada en el principio de legalidad, impide que la ley penal

⁶ Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 2488–2002–HC/TC.

tenga efectos retroactivos, es decir, que sea capaz de recaer sobre comportamientos anteriores a la existencia legal de un delito. En otras palabras, sería demencial tener que vivir en constante desasosiego por si en el futuro se tipifican como delitos los actos que realizamos en algún momento de la vida y que quedaron atrás. De ahí el refrán estudiado: ningún crimen o pena existe sin una ley penal previa. Años más tarde entró en vigencia la Convención Americana contra la Desaparición forzada de personas, pero debe quedar claro que la ratificación peruana de este instrumento internacional es posterior a la comisión del delito que estamos analizando.

Frente a la explicación que se ha dado hasta ahora, basada en los principios más elementales del Derecho, la resolución del Tribunal Constitucional peruano puede desconcertar al lector. En efecto, dicho Tribunal dictó sentencia a favor de la demandante, por considerar la existencia del delito de desaparición forzada ¿Cómo se explica esta aparente contradicción? La Constitución peruana, en su artículo tercero, deja una puerta de acceso a posibles derechos fundamentales no especificados en el texto de la Norma Suprema; y lo hace señalando que la enumeración de los derechos fundamentales debe ser abierta, es decir, debe permitir el acceso a derechos fundamentales que, sin estar en el texto de la Constitución, surgen de la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo (...). Por esto, la anterior apertura constitucional es considerada por el juez como una cláusula de desarrollo de los derechos fundamentales, que en el fondo garantiza la existencia, según la sentencia, de derechos constitucionales implícitos, que se hacen presentes en casos especiales y novísimos.

11. IR MÁS ALLÁ DEL TENOR LITERAL DE LA NORMA

El interés de la mencionada sentencia radica precisamente en el hecho de poner al ser humano y su dignidad por encima de la norma escrita. El Derecho al servicio de la persona. Y si el tiempo y la historia permiten una mayor profundización en el conocimiento de la dignidad humana, este enriquecimiento no debe sentirse constreñido o coartado por el tenor literal. De aquí la existencia milenaria de instituciones jurídicas como la epiqueya o la equidad, que mitigan el rigor de la ley en casos determinados, como por ejemplo, si un extranjero conduce en dirección prohibida por una calle que desconoce, no se le puede aplicar la Ley de Tránsito en todo su peso: sería inhumano. En esta misma línea, Jaime de Aragón dejó constancia en la Compilación de Fueros de 1247, que *ubi dicti fori non suffererint, ad naturalem sensum vel aequitatem recurratur* (Bender, 1955, p. 201), es decir, cuando no sean suficientes los postulados escritos en los Fueros para resolver una cuestión determinada, se hace necesario recurrir, al sentido natural de las cosas y a la equidad.

Ante la actual coyuntura de una Asamblea Constituyente, se hace necesario recordar a los asambleístas la importancia de lo que se ha dicho hasta ahora. Los derechos fundamentales no son el resultado erudito de una reunión de pensadores bien intencionados: están radicados en lo más íntimo de cada ser humano, sea éste hombre o mujer, sano o enfermo, capaz o incapaz, nacional o extranjero. Se trata de reconocer tales derechos: respetarlos, y garantizar su debida aplicación y profundización a lo largo del tiempo a través de la tipificación de los mismos en la Norma Suprema del Estado y otros cuerpos normativos de superiores. Si se desea actuar honestamente, se hace necesario seguir el camino de la recta *ratio* en general, y el de la *ratio legis* para el caso concreto del jurista. O como dice audazmente Fernando Inciarte, corrigiendo la forma clásica, se hace oportuno seguir la correcta *ratio*. Sólo una correcta ordenación de la racionalidad propia de la persona serán capaces

de guiar el comportamiento humano por el camino adecuado. En frase de Kant, la Jurisprudencia desprovista de elementos filosóficos sería semejante a una cabeza sin seso; y nada resultaría en verdad más árido y estéril que el estudio de las normas particulares vigentes en éste o aquél lugar, si de esta base empírica no fuera posible remontarse a los principios de donde tales normas proceden y que tienen su asiento en la razón (Del Vecchio, 1996, p. 50).

12. LA JUSTICIA Y SU FUNDAMENTO EN LA PERSONA

Desde este pedestal que resulta el estudio de unos principios generales radicados en la naturaleza humana, la comprensión del valor supremo del Derecho, es decir, la justicia, se hace más accesible, entre otras cosas porque, como dice Isidoro de Sevilla, *non ius quia iustum, sed iustum quia ius*: algo es justo porque tengo derecho sobre ello, y no al revés (Del Vecchio, 1996, p. 50). La justicia o injusticia de un comportamiento no depende tanto de su presencia o no, en un cuerpo legal, sino más bien de la familiaridad que tal comportamiento tenga con la verdad y el bien de las personas; en definitiva, con la realidad humana. Como dice Cicerón, no existe en absoluto la justicia, si no está fundada sobre la naturaleza; si la justicia se funda en un interés, otro interés la destruye (Cicerón, De légibus, I, 15).

La definición clásica de justicia, atribuida desde épocas antiguas a Ulpiano⁷ y acrisolada en el Digesto es bastante conocida: *constans et perpetua voluntas ius suum quique tribuendi* (cfr. Digesto, 1, 1, 10); es decir, la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo. La primera observación que hacen los estudiosos con respecto a esta frase tiene relación con el *ius suum*, con el derecho de cada uno, en sentido objetivo (y no en

⁷ La máxima de Ulpiano abarca más aspectos de la realidad; es metajurídica: *honeste vivere, alterum non laedere, suum quique tribuere*.

sentido subjetivo de facultad o prerrogativa, como explican los manuales de Introducción al Derecho) (cfr. Monroy Cabra, 1986, pp. 71 y ss.). La justicia no otorga un determinado derecho, porque éste ya existe previamente: el infante tiene un derecho previo a recibir alimentos por parte de sus padres, tutores o curadores; el ciudadano tiene un derecho previo a la seguridad, que debe ser garantizada por parte del Estado. La justicia, en este sentido, en un acto segundo, que entra en juego si el derecho resulta conculcado. En definitiva, la justicia sigue al derecho y no el derecho a la justicia (cfr. Hervada Xiberta, 2001, p. 30.).

Aquél que disfruta de un derecho es el titular del mismo, porque posee el título que lo hace suyo. La titularidad se aplica para cualquiera de los derechos reales (propiedad, usufructo, prenda, hipoteca, etc.) y personales. Por ejemplo, el título que da origen al derecho de propiedad podría ser una compraventa, una donación, una herencia, etc. Sin título no es correcto invocar un derecho porque, en tal caso, el supuesto derecho sería inexistente. Las normas suelen establecer con claridad las condiciones necesarias que marcan el origen o el posible traspaso de la titularidad de un derecho.

13. LA NATURALEZA HUMANA Y LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS

Después de haber hecho bastante hincapié en la importancia que tiene la naturaleza humana como sustento de todo derecho, ¿se podría afirmar que ella misma es el título suficiente para reclamar, en justicia, cualquier derecho? En realidad no. Hervada, para evitar este error, explica la doble función que le compete a la naturaleza humana. Si bien es cierto que todo derecho se funda, en último término, en la condición de persona, propia del hombre, la naturaleza humana cumple algunas veces el papel de título exigible de ciertos derechos, y en otras ocasiones se considera simplemente como fundamento de un derecho. Esta distinción

entre título y fundamento no es banal, y tiene repercusiones directas en el ordenamiento jurídico, como se verá en seguida.

Los derechos que cumplen el papel de título que hace exigible un derecho son los denominados de la personalidad o personalísimos (cfr. Hervada Xiberta, 2000, pp. 447 y ss.). Como ya se habrá imaginado el lector, en el caso de los derechos fundamentales basta con alegar mi condición de ser humano para que cualquiera de esos derechos – la vida, el buen nombre, la libertad de educación, la de culto, *ius conubii* o el derecho al matrimonio, etc.– pueda ser exigido inmediatamente, con todo el imperio de la ley (cfr. Hervada Xiberta, 2000, pp. 447 y ss.). Soy titular innato de ellos, por el hecho de ser persona, aunque me falte un brazo o sea pobre de solemnidad. De allí la importancia de no olvidar que el ser humano merece ciertas garantías desde el vientre materno: el término técnico–jurídico para referirse a estas personas es la expresión latina *nasciturus*, que se traduce literalmente por el que ha de nacer. Tales individuos, por el mismo hecho de no poder valerse por sí mismos, requieren una mayor protección por parte del ordenamiento jurídico, si éste (valga la redundancia) desea actuar en justicia. Lo mismo, *congruis congrua* refrendo, cuando se trata de niños, niñas y adolescentes. Transcribo parte de la entrevista al filósofo Julián Marías⁸ sobre este tema:

—60 millones de abortos al año en el mundo, ¿qué reflexión le sugiere este dato?

—Que se ha extendido de manera aterradora la aceptación social del aborto, el máximo desprecio de la vida humana en toda la historia conocida, y a la vez la negación de la condición personal.

—¿Y qué le parece que se le llame "interrupción voluntaria del embarazo"?

⁸ Recuperado de www.fluvium.org. Hablando de la conciencia, José Ramón Ayllón cita las palabras de un médico sobre este mismo tema: *Es mucho menos pesado tener un niño en brazos que cargarlo sobre la conciencia.*

—Me parece una expresión de refinada hipocresía. Los partidarios de la pena de muerte tienen resueltas sus dificultades. ¿Para qué hablar de tal pena, de tal muerte? La horca o el garrote pueden llamarse "interrupción de la respiración" (y con un par de minutos basta); ya no hay problema. Cuando se provoca el aborto o se ahorca no se interrumpe el embarazo o la respiración; en ambos casos "se mata a alguien". Y, por supuesto, es una hipocresía más considerar que hay diferencia según en qué lugar del camino se encuentre el niño que viene, a qué distancia de semanas o meses de esa etapa de la vida que se llama nacimiento va a ser sorprendido por la muerte.

—Usted no plantea el problema desde la fe o desde la ciencia. ¿Qué planteamiento falta?

—Uno elemental, ligado a la mera condición humana, accesible a cualquiera, independiente de conocimientos científicos o teológicos, que pocos poseen. Esta visión no puede ser otra que la antropología, fundada en la mera realidad del hombre tal como se ve, se vive, se comprende a sí mismo. Hay, pues, que intentar retrotraerse a lo más elemental, que por serlo no tiene supuestos de ninguna ciencia o doctrina, que apela únicamente a la evidencia y no pide más que una cosa: abrir los ojos y no volverse de espaldas a la realidad.

—Las feministas dicen que el cuerpo es suyo.

—Pero es falso. Cuando se dice que el feto es "parte" del cuerpo de la madre, se dice una insigne falsedad, porque no es parte: está "alojado" en ella, mejor aún, implantado en ella (en ella, y no meramente en su cuerpo). Una mujer dirá: "Estoy embarazada", nunca "mi cuerpo está embarazado".

—¿Qué es el niño aún no nacido?

—Una realidad "viniente", que llegará si no lo paramos, si no lo matamos en el camino.

Algunos afirman la licitud del aborto cuando se cree que probablemente el que va a nacer sería anormal, física o psíquicamente.

Pero esto implica que el que es anormal no debe vivir, ya que esa condición no es probable, sino segura. Y habría que extender la misma norma al que llega a ser anormal, por accidente, enfermedad o vejez. Si se tiene esa convicción, hay que mantenerla con todas sus consecuencias. Hay quienes no se atreven a herir al niño más que cuando está oculto se pensaría que protegido en el seno materno; lo cual añade gravedad al hecho: en una época en que cuando se encuentra a un terrorista con una

metralleta en la mano, todavía humeante, junto al cadáver de un hombre acribillado a balazos, se dice que es "el presunto asesino", la mera probabilidad de una anormalidad se considera suficiente para decretar la muerte del que está expuesto al riesgo de ser más o menos anormal.

—¿Cree que la injusticia mayor que se puede cometer con un hombre es despojarlo de su esperanza?

—Siempre me han conmovido esos hombres o mujeres que, al final de su vida, rezan (...). Hoy son muchos los que se dedican a minar esa esperanza. Lo grave es que a veces lo hacen en nombre de la "justicia social", cometiendo la más aterradora injusticia que puedo imaginar (...) Se ha atenuado la conciencia del dramatismo de la vida humana.

El otro extremo de la realidad humana está ocupado por los enfermos y ancianos. Ellos también son titulares del derecho a la vida, la privacidad, el trato humano, etc., aunque su condición física los convierta en seres parcial o totalmente improductivos. Todos recordamos el caso americano de Terri Schiavo, que abrió el debate sobre la validez jurídica y moral de la eutanasia, término que viene del griego *eu* y *tánathos*, es decir, "muerte digna"⁹. En una de las manifestaciones a favor de la vida, divulgada por un medio de comunicación (24-III-2005), una joven americana llevaba cubierta la boca por un papel adhesivo rojo con la palabra *life*, y portaba un cartel en el que se podía leer claramente: *there is a higher law*¹⁰. El verdadero sentido de esa ley superior a la que ella se refería, se encuentra en la función que cumple la naturaleza humana: es el cauce por el que fluye la realidad de cada hombre, y la legislación no puede inventarse otro camino si no quiere provocar que el río se salga de madre. Es claro que el derecho a la vida debe ser respetado: en la actualidad, hay casos de en países como Holanda, que prefieren pasar sus últimos días en naciones cuyos ordenamientos jurídicos les garanticen que nadie les va a

⁹ Esta terminología es el típico caso de eufemismo, también utilizado en otros temas controversiales.

¹⁰ Se traduce por: *existe una ley superior*.

poner una inyección letal cuando consideren su vida innecesaria o, peor aún, un estorbo.

Así como la naturaleza humana cumple la función de título para el caso de los derechos fundamentales, en la mayoría de las situaciones no es más que el fundamento de los derechos. Desde luego, no puedo reclamar la propiedad del departamento de mi vecino por el hecho de ser persona. Así, negar la propiedad es injusto (derecho fundamental); pero no lo es la redistribución de propiedades en aras del bien común (Hervada Xiberta, 2001, p. 36). Pongamos otro caso: la herencia. El fundamento de los derechos hereditarios es la condición de hijo; pero el título que otorga a una persona el derecho sobre dichos bienes es el testamento. Sin testamento no hay herencia, por más filiación que se reclame, salvando desde luego las normas de sucesión *ab intestato*.

Esta diferencia entre unos y otros derechos deja clara la necesidad, por parte del jurista, de poner todos los medios para que ni los unos ni los otros sean conculcados. Sin embargo, parece al mismo tiempo obvio que los derechos personalísimos requerirán, en aras de la justicia y el bien común, una protección inmediata, eficaz y duradera, aun cuando existan voces contrarias, que muchas veces ocultan intereses particulares (comodidad, enriquecimiento, etc.).

14. LA JUSTICIA Y SUS CLASES

Si damos un paso adelante podemos decir, siguiendo a los clásicos, que existen tres clases fundamentales de relaciones de justicia¹¹. En primer lugar está lo debido entre personas o justicia conmutativa. El vendedor de autos cobra un precio determinado, y los vehículos serán de aquéllos que estén dispuestos a pagar el

¹¹ Cfr. entre otros, Recasens Siches (1999, p. 484). Cito este autor para hacer notar al lector que, inclusive aquellos estudiosos que se apartan de alguna manera de los clásicos, se remiten a esta forma de entender la justicia.

precio fijado. Es una relación de paridad, que tiene como fundamento natural la igualdad entre personas. Las relaciones jurídicas, en su inmensa mayoría, entran en el marco protegido por la justicia conmutativa: alquiler de un departamento, donación de un bien mueble a un amigo, un contrato de trabajo, etc.

La justicia distributiva hace relación a lo debido por la colectividad al individuo. La justicia en la distribución radica en el paso a la esfera particular de lo que pertenece a la esfera colectiva (Hervada Xiberta, 2001, p. 57). La sociedad como tal tiene una deuda de justicia con los miembros de la misma. Se hace cada vez más imperioso recordar una y otra vez este postulado básico, a todo aquel que aspira ser elegido para ocupar un cargo público: esa persona está llamada a desempeñar su papel de representante de la cosa pública con una verdadera vocación de servicio a los ciudadanos; y contraerá deudas de justicia en caso de incumplir con su pueblo.

La justicia distributiva debe llevarse a cabo, en primer lugar, de manera proporcional: hay legislaciones, como la española, que reducen los impuestos o los precios del transporte, la educación y otros servicios públicos, cuando se trata de familias numerosas. El costo de servicios como el agua, la luz eléctrica, etc., serán más altos en barrios de condición socioeconómica acomodada. Lo mismo para el caso de impuestos catastrales o a vehículos.

Dentro de la justicia distributiva, además de la proporcionalidad, también es criterio de distribución de bienes la necesidad. El alcalde de una gran ciudad de marcados contrastes económicos, se esmeró en la construcción de un gran parque multifuncional para uno de los barrios más populares. En el discurso inaugural hacía referencia a la gente de ese barrio, que no puede vacacionar en Miami, como de hecho sucede con tantos otros conciudadanos (El Universo, 25-VII-2006). Lo mismo podría decirse para el caso de la salud o la seguridad social: si se desea actuar de forma justa, se hace necesario facilitar estos requerimientos a personas de escasos recursos. Una iniciativa que

toma en cuenta este criterio de la necesidad fue la creación, en Ecuador, del seguro social campesino¹². Como se puede apreciar, en el caso de la justicia distributiva, el dar a cada uno lo suyo no significa dar a cada uno lo mismo, al igual que una madre hace justicia tratando de forma desigual a sus hijos desiguales.

Si hay una deuda de justicia de la sociedad organizada respecto de sus miembros, también ellos tienen con respecto a la colectividad un deber de justicia. Esta relación se conoce con el nombre de justicia legal. Lo debido por el individuo a la colectividad puede resumirse, según Hervada, en su contribución al bien común (Hervada Xiberta, 2001, p. 60). ¿Cómo se cristaliza esta contribución de los ciudadanos corrientes al bien común? En el cumplimiento del orden jurídico establecido: desde la Constitución Política hasta el último reglamento promulgado según el derecho por la autoridad competente.

15. EL DERECHO NATURAL Y EL DERECHO POSITIVO

Una vez estudiada brevemente la noción de justicia y sus clases, se hace apremiante hacer referencia al denominado Derecho Natural. Seguramente el lector está en condiciones de ensayar una definición, partiendo de los elementos que se deducen de todo lo que se ha dicho hasta ahora. El Derecho Natural, dicho de manera sencilla, consiste en una serie de exigencias jurídicas, es decir, basadas en justicia y reivindicables en sociedad, inclusive de forma imperativa, cuyo fundamento último es la naturaleza humana. Su aplicación encamina al hombre y a la sociedad hacia el bien común; y la vis imperativa estará en manos de la autoridad debidamente establecida. ¿Es lo mismo Derecho Natural que Ley Natural? Se puede decir que la Ley Natural es

¹² Dice la Constitución, en su artículo 60, que *el Seguro social Campesino será un régimen especial del seguro social obligatorio para proteger a la población rural y al pescador artesanal del país*. Se financia por los sistemas de seguros públicos y privados del país, según la misma norma.

mucho más amplia: incluye comportamientos que no están en el campo jurídico, por no afectar relaciones de justicia ni atender al bien común. Así, por ejemplo, una persona que odia a su vecino estaría, según la Ley Natural, actuando en contra de su natural inclinación a la apertura hacia los demás. Ese comportamiento no le interesará al Derecho mientras ese individuo no provoque un daño a su vecino: si ese es el caso, el jurista ya tendrá mucho que decir, inclusive si la norma positiva calla, como en el caso de la sentencia peruana antes estudiada.

El derecho positivo se alimenta, pues, del Derecho Natural (Hervada Xiberta, 2001, pp. 511 y ss.). Después de lo dicho hasta ahora, cabe una pregunta de sentido común, que tiene repercusión en la vida diaria del legislador: ¿cómo se marca la puesta en práctica y el grado de exigencia de una norma de Derecho Natural? Si la legislación de un país desconoce el derecho que tiene todo ciudadano, por ejemplo, a la libre expresión, o a la honra, ¿dónde está la aplicabilidad del Derecho Natural? Estas preguntas nos encaminan hacia el estudio de la positivación y la formalización del Derecho Natural, que son los cauces naturales por los que un principio fundamental deja el mundo de la teoría y la abstracción, y pasa a formar parte del ordenamiento jurídico de un Estado o comunidad internacional.

16. POSITIVACIÓN Y FORMALIZACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA

El Derecho pertenece al orden práctico de la vida humana (cfr. Baquero De la Calle, 2007, p. 301). Para que algo sea practicable debe ser conocido: mientras sea desconocido permanece, obviamente, impracticable. Normalmente los contenidos del Derecho Natural, como se ha visto, estarán en la ratio de cualquier persona sensata: pero esta regla tiene excepciones, y el Derecho Natural requiere necesariamente ser conocido para que esté integrado en el sistema aplicable en cada

momento histórico: es la llamada vigencia histórica del Derecho Natural. Si bien el Derecho Natural es válido en todo momento por aplicarse a las personas, no es menos cierto que, en la medida en que unos aspectos del Derecho Natural no sean conocidos, no podrán estar integrados en el sistema jurídico aplicable en cada momento histórico: es el caso, por ejemplo, de la esclavitud, que ahora es repudiada por todo ordenamiento, pero antiguamente no. Así, se denomina positivación al paso a la vigencia histórica de un Derecho Natural. La positivación, por tanto, se limita a ser un proceso de conocimiento.

Un paso hacia delante en la puesta en vigencia del Derecho Natural es su formalización. Consiste en su tecnificación a través de normas por las cuales se establecen los mecanismos que garantizan su aplicación. Por ejemplo, el *ius connubii*, que es el derecho natural a contraer matrimonio, está formalizado en un ordenamiento jurídico, al establecerse sus límites (capacidad), requisitos de ejercicio, la forma de celebración del matrimonio y las oportunas anotaciones registrales para su prueba, procesos de nulidad, etc. Otro ejemplo sería la existencia de un órgano oficial de divulgación de Leyes, sin el cual sería imposible la promulgación y, en definitiva, la formulación de una norma jurídica concreta. Sin la oportuna formalización, el Derecho Natural sólo está integrado imperfectamente en el sistema jurídico, al quedar condicionada su efectiva fuerza social a la buena voluntad y al sentido de justicia de quienes deben cumplirlo y aplicarlo, faltando el elemento esencial de todo ordenamiento: la vis imperativa o fuerza para hacer exigible el cumplimiento de la norma jurídica.

El advenimiento de una Asamblea Constituyente resulta una ocasión inmejorable para profundizar en el estudio, tanto de las tres vertientes de la justicia, como de la positivación y formalización de los principios jurídicos fundamentales que son – o deberían ser– fuente de inspiración de toda Carta Magna. La

responsabilidad social de los assembleístas es, sin lugar a duda, grande.

REFERENCIAS

- Baquero de la Calle, J. (2007). *El Derecho... ¿para qué?* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Bender, L. (1955). *Philosophia Iuris*. Roma: Officium Libri Catholici.
- Bronte, E. (2002). *Cumbres borrascosas*. Barcelona: Edicomunicación.
- Cathrein, V. (1950). *Filosofía del Derecho: Derecho Natural y Derecho Positivo*. Madrid: Reus.
- Cicerón, M. T. (45-55 a.C.). *De légibus*.
- Coelho, Paulo. "De la naturaleza humana". *El Universo*. 9-IV-2006.
- Del Vecchio, G. (1969). *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Bosch.
- Del Vecchio, G. (1996). *Los Principios Generales del Derecho*. Barcelona: Bosch.
- Digesto.
- Tobar Donoso, J, & Larrea Holguín, J. (1989). *Derecho Constitucional ecuatoriano*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Graneris, G. (1961). *La Filosofia del Diritto: nella sua storia e nei suoi problemi*. Roma: Desclée.
- Hervada Xiberta, J. (2000). *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*. Pamplona: EUNSA.
- Hervada Xiberta, J. (2001). *Introducción crítica al Derecho Natural*. Pamplona: EUNSA.
- Kelsen, H. (1991). *Teoría pura del Derecho*. México DF: Porrúa-UNAM.
- Monroy Cabra, M.G. (1986). *Introducción al Derecho*. Bogotá: Temis.
- Recasens Siches, L. (1999). *Filosofía del Derecho*, México DF: Porrúa.
- Rieff, D. (6-X-2005). ¡Abajo los derechos humanos! *El Comercio*.
- Spaemann, R. (marzo de 2006). Entrevista. *Revista Palabra*.
- Tomás de Aquino (1232). *Summa Theologiae*.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2002). Expediente No. 2488-2002-HC/TC.