Ius Humani

Revista de Derecho. Vol. 14 (II) (2025), pp. 304-349. ISSN: 1390-440X — EISSN: 1390-7794

Recepción: 22-05-2025. Aceptación: 26-07-2025. Publicación electrónica: 13-09-2025

https://doi.org/10.31207/ih.v14i2.437

REFORMULACIONES Y REPLANTEAMIENTOS TERMINOLÓGICOS EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE JAVIER HERVADA

REFORMULATIONS AND TERMINOLOGICAL REPRESENTATIONS IN JAVIER HERVADA'S PHILOSOPHY OF LAW

Eduardo Mora Altamirano[*]

Resumen: El autor del ensayo ha dedicado cerca de una década al estudio y la docencia en torno a la filosofía del derecho de Javier Hervada en universidades ecuatorianas. Este artículo plantea una serie de redefiniciones de la teoría hervadiana sobre la justicia y el derecho; sin embargo, esto no supone modificaciones que afecten la esencia de este, sino que busca formular su terminología. Por ello, se exponen seis elementos de esta teoría, con el objeto de ser fieles al autor estudiado y, en esa medida, introducir ciertas variaciones o elementos adicionales que podrían suponer una pequeña modificación, o bien una ampliación, desarrollo o proyección de la teoría original de Javier Hervada. En términos metodológicos, se parte de una exposición de la doctrina del autor español en cada punto temático tratado, para en algún momento abordar esas posibles reformulaciones o variaciones terminológicas.

[*] 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 la de Fundamentos Culturales en la Universidad de Los Hemisferios de Quito. emora@intisana.com.

Palabras clave: Título del derecho, Fundamento del derecho, Fórmula de la justicia, Clases de justicia, Modos de reparar la injusticia, Compensación, Restitución, Equidad.

Abstract: *The author of the essay has dedicated a decade to the study and teaching of Javier Hervada's philosophy of law in Ecuadorian universities. The article aims to propose a series of redefinitions of Hervadian theory of justice and law. It does not imply modifications that affect its essence, but rather ways of formulating or terminology. To this end, six elements of Hervadian theory of justice and law are presented, trying to be faithful to the author studied, and then introducing certain variations or additional elements that could represent a small modification, or an expansion, development or projection of Javier Hervada's original theory. Methodologically, it starts from an exposition of the doctrine of the Spanish author in each thematic point discussed, to at some point address those reformulations or terminological variations.*

Keywords: *Title of law, Foundation of law, Formula of justice, Kinds of justice, Ways to repair injustice, Compensation, Restitution, Equity.*

Summary. *I. Redefinición de título del derecho o el título de lo justo. I.1. Definición y redefinición de título. I.2. Clases de título. I.3. El título como elemento esencial en la constitución de los derechos. II. Redefinición de la noción de fundamento del derecho. II.1. Fundamentos del derecho: próximo o inmediato y último o mediato. II.2. Caso peculiar de los derechos naturales. III. La fórmula de la justicia y sus elementos. III.1. El presupuesto de la justicia. III.2. Elementos de la fórmula de la justicia. III.3. Importancia de la fórmula de la justicia. IV. Las clases de justicia: aplicación de esta tipología a ámbitos de mayor amplitud. IV.1. Justicia general o legal. IV.2. Justicia distributiva: lo debido por la colectividad al individuo. IV.3. La justicia conmutativa en el ámbito de las personas jurídicas. V. Modos de reparar la injusticia. V.1. La restitución del derecho lesionado. V.2. La compensación del derecho lesionado. VI. Esquematización de la teoría del derecho como la cosa justa. VI.1. El reparto. VI.2. La atribución mediante título. VI.3. La deuda. VI.4. El derecho. VI.5. La acción justa. VII. Conclusión. Referencias.*

I. REDEFINICIÓN DE TÍTULO DEL DERECHO O EL TÍTULO DE LO JUSTO

En este apartado se aborda un asunto al que Hervada y la teoría clásica iusnaturalista conceden una relevancia capital: la tesis, suficientemente demostrada, según la cual sin título no existe derecho. El *ars iuris* –ejercitado principalmente por el juez– consiste, precisamente, en determinar si en un caso concreto se encuentra presente un título que respalde la pretensión de exigir el cumplimiento de un derecho determinado. Con este propósito, se orienta el análisis que sigue.

I.1. Definición y redefinición de título

Se comprende por título "aquella realidad, natural o positiva, que atribuye la cosa al sujeto". En tal sentido, se trata de un pequeño retoque en la definición de Hervada (1999). Este afirma que el título es "lo que atribuye la cosa al sujeto, aquello en cuya virtud la cosa es suya". En efecto, parece que la expresión "lo" o "aquello" son demasiado genéricas, y que cabe una mayor especificación: se trata de una *realidad natural o positiva* la que constituye un título de atribución.

I.2. Clases de título

Como es sabido, los títulos pueden clasificarse, en términos generales, en naturales y positivos. La naturaleza humana constituye el título que confiere al hombre una serie de bienes como propios –la vida, la integridad, la educación, entre otros–. En tal sentido, se trata de realidades que le pertenecen, de las cuales es dueño o se le deben, en virtud de su condición de ser humano.

La noción misma de persona lleva implícita la existencia de derechos fundados en título natural: los bienes inherentes a la persona –vida, integridad, honor, entre otros– son objeto de su dominio, le pertenecen. En otras palabras, son derechos que posee en virtud de su naturaleza, no porque la ley positiva se los otorgue o reconozca. Estos derechos naturales integran su ser, es decir, su estatuto ontológico, y generan en los demás el deber de respeto y, en caso de vulneración, el deber de restitución o, cuando ello no es posible, de compensación. De ahí, por ejemplo, la reparación de la buena fama mediante retractación pública o indemnización pecuniaria.

Por su parte, los títulos positivos son realidades artificiales, no naturales, fruto 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.

I.3. 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)[1].

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.

II. REDEFINICIÓN DE LA NOCIÓN DE FUNDAMENTO DEL DERECHO

Por consiguiente, resulta importante no confundir el título con el fundamento del derecho. Sin embargo, ¿qué se entiende por fundamento del

[1] Posiblemente un caso de los últimos años, que ha cobrado vigencia, sea la reivindicación marítima boliviana: la pretensión de una salida soberana al mar constituye una reivindicación, una aspiración, pero no queda claro que exista un derecho amparado por un título jurídico concreto. Es lo que, en principio, ha quedado dilucidado recientemente, en 2018, en la Corte Internacional de La Haya.

derecho? Para el criterio de este artículo, 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 plenamente el derecho.

II.1. 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.

II.2. Caso peculiar de los derechos naturales[2]

En la óptica hervadiana, con respecto al derecho, la naturaleza puede constituir lo siguiente:

> **a) 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, el derecho a la vida también será invocable en virtud de la Carta de las

[2] Baquero (2007) aborda con precisión el tema en el capítulo denominado "El valor supremo del derecho", de la obra citada.

Naciones Unidas, o de la Constitución de un Estado, o del Código Civil, aunque ya se tenga por naturaleza.

b) 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[3] .

Como conclusión del presente ítem temático, la *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 explicitar 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

[3] 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.

fundamento del derecho no alcanza a coincidir ontológicamente con el título de atribución[4].

III. LA FÓRMULA DE LA JUSTICIA Y SUS ELEMENTOS

III.1. El presupuesto de la justicia

Por su parte, 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

[4] Se presenta un ejemplo sencillo de la vida jurídica práctica que recientemente experimentó el autor, entre los muchos que podrían mencionarse, pero que puede ilustrar de manera clara al lector. Se trató de la intención de incorporarse a una cátedra en una universidad ecuatoriana. El proceso inició con la presentación de los títulos universitarios de pregrado y posgrado, una clase demostrativa y el cumplimiento de otros requisitos burocráticos. Tras algunas semanas, se informó que al título de doctorado en filosofía presentado le faltaba una leyenda en el registro que lo declarara "válido para ejercer la docencia, la investigación y la gestión académica". Ante esta situación, se acudió al ente burocrático encargado de regular la vida universitaria en el país, solicitando la incorporación de dicha leyenda. Para ello, se hizo referencia a la documentación presentada diez años antes: títulos refrendados, traducidos y apostillados, además de los programas de estudios con los mismos requisitos formales. Evidentemente, la argumentación se centraba en la existencia del adecuado fundamento, de carácter positivo (y no natural, en este caso) para el otorgamiento del derecho. Sin embargo, aún faltaba el título que habilitara el ejercicio de la docencia universitaria en el país, el cual solo podía conferirse mediante la inscripción de la referida leyenda en el registro del título de doctor.

La solicitud fue oportunamente aceptada, y en 2022 se actualizó el registro con la anotación correspondiente. Este ejemplo pone de manifiesto que el fundamento de un derecho positivo y el título que lo otorga no coinciden ontológicamente y deben distinguirse claramente. Asimismo, se evidencia el carácter habilitante de ciertas circunstancias o hechos, así como su insuficiencia para conferir el derecho sin la concurrencia de un título positivo adicional: en este caso, el registro debidamente actualizado con la leyenda exigida.

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.

En este punto, el académico español 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: 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.

III.2. 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 de Hervada, pero con la aportación del autor de este artículo en lo que se ha podido dilucidar (Hervada, 2008).

DAR (*tribuere*). **-** Según Javier Hervada, se admiten las siguientes acepciones:

> a) Respetar: es decir, mantener la posesión y disfrute de un bien jurídico, material o inmaterial: la vida, el honor, la propiedad. En principio, se plantea esta como la situación propia de la juridicidad. De tal modo, 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, entre otros; 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, entendida como una acción "con esencia y efectos jurídicos", en términos hervadianos. Así, por ejemplo, respetar los linderos de un predio corresponde a una acción justa del tipo *a*, mientras que la restitución de la cosa robada constituye una acción justa del tipo *b*. La acción justa, en esta línea, se configura como lo que Hervada denomina *acto segundo* dentro de su teoría de la justicia (Hervada, 1999).

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 obstante, 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 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, 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. 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.[5]

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

[5] Así lo afirma Prieto (2022) quien a su vez hace referencia a Jerez y Madero (2013).

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 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 la suscripción de un contrato de arrendamiento como la de 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 desigualdad. 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.

III.3. 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.

IV. Las clases de justicia: aplicación de esta tipología a ámbitos de mayor amplitud

En este punto, corresponde estudiar las clases de justicia concebidas en la matriz del iusnaturalismo clásico, aristotélico-tomista, el cual se nutre de la concepción romana de la justicia, según expone Javier Hervada.

IV.1. 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 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, 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 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:

a. 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).

b. 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)[6].

IV.2. 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

[6] Recientemente, a título de ejemplo, se le ha negado al Ecuador su derecho al voto en el seno de la ONU debido al incumplimiento de su cuota financiera.

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.[7] 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

[7] 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".

un Estado difieren la posición de la autoridad y la del súbdito. Hay distinción de funciones.

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

Por otro lado, 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[8].

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 planteado, 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

[8] 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 op. cit., 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.

un estado o, incluso, en las relaciones de justicia entre personas jurídicas privadas que conforman 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.

IV.3. 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[9].

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

[9] 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, se ha demandado 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.

soberanía y del monopolio de la fuerza en el caso del Estado o, al menos, de una primacía en cuanto el cuerpo 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 del ensayo 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 lura,* 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.

V. MODOS DE REPARAR LA INJUSTICIA

Por su parte, Javier Hervada distingue 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.

V.1. La restitución del derecho lesionado

La lesión 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). Por su parte, 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).

V.2. 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). 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 autor analizado, la compensación admite dos tipologías: compensación justa o compensación equitativa. La reformulación de este artículo 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, dada la imposibilidad de compensar 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[10]. 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 de un daño objetivo aun cuando este no derive de un acto injusto. Tal

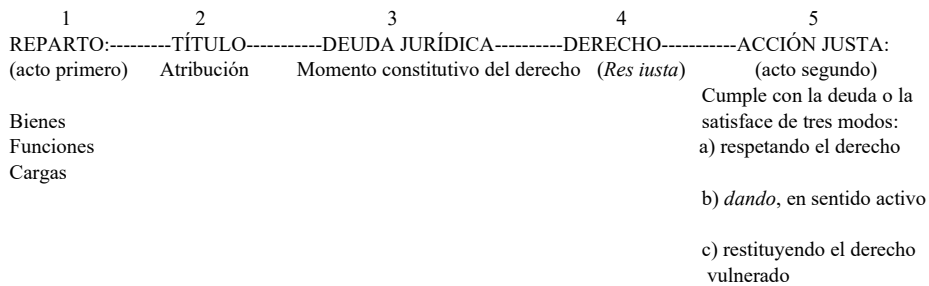
[10] Tal podría ser, a título de ejemplo, el caso de la centenaria reivindicación marítima boliviana, en la que, según la Corte Internacional de Justicia de La Haya, las ofertas unilaterales del Estado chileno de negociar una salida soberana al mar no daban lugar a un compromiso jurídicamente exigible. 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.

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.

VI. ESQUEMATIZACIÓN DE LA TEORÍA DEL DERECHO COMO LA COSA JUSTA

Figura 1

Anexo: Esquematización de la teoría del derecho como la cosa justa



Nota. Elaboración propia

Se busca explicitar y desarrollar, de manera breve, los elementos que estructuran la teoría del derecho entendido como la cosa justa, tomando como

referencia un aparato crítico próximo o afín al realismo jurídico hervadiano, aunque con los matices que cada autor presenta respecto del maestro estudiado. Asimismo, se procura asumir una posición propia, que puede situarse en una perspectiva crítica o bien próxima a la de Hervada, según el punto específico que se examine.

VI.1. El reparto

Por su parte, Hervada recuerda que las cosas tienen dueño, es decir, se encuentran repartidas. El reparto (o "acto primero", en la terminología hervadiana) constituye una decisión de carácter político o legislativo orientada a la distribución de las cosas. Cabe señalar que su objeto es la asignación de bienes, funciones y cargas. Ejemplos de reparto son la distribución de la propiedad rural mediante una reforma agraria o la distribución de una herencia. Como expone Serna (2022), "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).

Asimismo, 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).

VI.2. La atribución mediante título

El título atribuye la cosa al titular. Ahora bien, el fenómeno de la atribución de una cosa a un sujeto mediante título resulta fundamental en esta concepción del derecho, dado que el derecho es una cosa, pero lógicamente 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

se ha 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)

VI.3. La deuda

A continuación, se citan, a partir del texto de Serna 82022), algunas ideas 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.

VI.4. El derecho

De acuerdo con esta teoría realista, el derecho se define como "aquella cosa que, estando atribuida a un sujeto, que es su titular, es debida a éste, en virtud de una deuda en sentido estricto" (Hervada, 2008, p. 198). 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)

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 la crítica que se expone a continuación, formulada por uno de los autores consultados.

Por consiguiente, se trata de la observación realizada, nuevamente, por Domingo (2022), quien 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)

Por su parte, Domingo (2022) apostilla, a continuación, lo siguiente:

> 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 su acertada crítica 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 teoria 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 poseen un contenido patrimonial claro, como el derecho de propiedad o los derechos hereditarios.

VI.5. La acción justa

La acción justa constituye lo que Hervada denomina acto segundo dentro de su teoría o concepción de la justicia. En consecuencia, se trata de una acción jurídica, entendida como aquella que posee esencia y efectos jurídicos y que permite satisfacer la deuda preexistente. Tal como se ha postulado en el presente ensayo, siguiendo a Hervada con una ligera variación, esta acción puede consistir en tres posibles conductas:

> 5.1. 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, etc.).

5.2. 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", conductas o prestaciones muy variadas.

5.3. En *restituir, devolver o reparar* el daño causado, en el caso de la justicia vindicativa o correctiva.

VII. Conclusión

A lo largo de estas páginas, se ha intentado acometer una empresa modesta, pero a juicio del autor, útil: explicar ciertos planteamientos de Javier Hervada en torno a la justicia y al derecho de un modo ligeramente novedoso en aspectos de detalle, con el fin de facilitar su comprensión. Esta finalidad intelectual ha implicado, en ciertos casos, 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 del autor; resultaba interesante trasladar ciertos conceptos a contextos de mayor actualidad o no europeos o españoles, como el latinoamericano, o conferirles una proyección internacional. En esa medida, se espera haber alcanzado, aunque sea parcialmente, este objetivo.

Asimismo, se incluye, en el último apartado, un esquema gráfico (con los correspondientes comentarios a cada elemento) de la teoría realista del derecho hervadiana, que se considera útil para visualizar las ideas esenciales de esta doctrina tan influyente en el ámbito filosófico-jurídico.

REFERENCIAS

Baquero, J. (2007). *El derecho… ¿para qué?* Universidad Hemisferios- CEP.

Cruz, A. (2009). *Filosofía Política.* Ediciones Universidad de Navarra, S.A.

Domingo, R. (2022). ius suum, res iusta: una crítica a la Introducción crítica de Hervada,. *Persona y Derecho, 86*, 259.

Errázuriz, C. (2022). arlos José, La inspiración tomista del realismo jurídico de Javier Hervada, . *Persona y Derecho, 86*, 37.

Hervada, J. (1999). *Introducción crítica al derecho natural (a partir de ahora: ICDN), EUNSA, Piura.* Ed. Peruana.

Hervada, J. (2008). *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho (en los sucesivo, LPFD).* EUNSA.

Jerez, C., & Madero, M. (2013). Objeción de conciencia y equilibrio. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, 28*(2), 176.

Massini-Correas, C. (2014). Sobre bienes humanos, naturaleza humana y ley natural, Reflexiones a partir de las ideas de Javier Hervada y John Finnis, Reflexiones a partir de las ideas de Javier Hervada y John Finnis,. *Persona y Derecho, 71*, 23.

Prieto, V. (2022). *Objeción de conciencia* (1a ed.). Grupo Editorial Ibáñez / Universidad de La Sabana.

Riofrío, J. (2016). *Metafísica jurídica realista.* Marcial Pons Argentina S. A.

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.