

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA A LA LUZ DEL PENSAMIENTO DE JAVIER HERVADA

Maricruz DÍAZ DE TERÁN
Universidad de Navarra

“El derecho se asienta en la condición de la persona y en la razón; es independiente de la fuerza o de la debilidad, es igual en el poderoso que en el débil.”

J. HERVADA: *Introducción crítica el Derecho natural*. EUNSA, 68.

Sumario. 1. Un análisis de la justicia y lo justo. 1.1. El punto de partida. 2. La fórmula “dar a cada uno lo suyo”. 2.1. ¿Qué significa y cómo catalogar el acto de “dar”? 2.2. La expresión “a cada uno”. 2.3. La expresión “lo suyo”. 3. El Derecho como lo justo: el título, el fundamento y la medida. 4. Justicia y persona. 5. Conclusión.

Una de las características del pensamiento jurídico contemporáneo es la proliferación de corrientes de pensamiento que gravitan en torno a la relación entre el derecho y la justicia.¹ Se trata, por un lado, de un tema especialmente conflictivo, y en el que resulta difícil llegar a cierta confluencia de puntos de vista. Entre los motivos de esta situación, está la multiplicidad de significados que se atribuyen al término *derecho*. Esta situación, como es bien conocido, comenzó, principalmente, a partir de la Edad Moderna.² Ello ha determinado que la pregunta sobre el *quid ius* siga siendo una de las cuestiones más controvertidas y que, como afirma C. S. Nino, “es quizás la que

¹ Una buena síntesis de las “Teorías de la justicia” contemporáneas puede encontrarse en Francisco CARPINTERO: Pueden las teorías sobre la justicia sustituir a la doctrina de la ley natural? *Persona y Derecho* 67/2, (2012) 315–352.

² Cfr. Javier HERVADA: *Historia del la Ciencia del Derecho Natural*. Pamplona, Eunsa, 1ª ed. 1987, 3ª ed. 1996. 249 y ss. También, Cfr. J.J. MEGÍAS: El subjetivismo jurídico y el derecho subjetivo en los textos romanos. In: Francisco CARPINTERO Y OTROS: *El derecho subjetivo en su historia*. Cádiz, Universidad de Cádiz, 2004. 17–34.

mayor escozor y desorientación provoca entre los juristas”.³

En este contexto, resulta interesante reconocer la labor llevada a cabo por Javier Hervada. Este autor ha recuperado el significado clásico del término *derecho*, partiendo de la tradición del iusnaturalismo clásico de corte aristotélico-tomista, y añadiendo sus aportaciones originales. En este contexto, el objetivo principal de estas páginas es contribuir al debate actual sobre la relación entre el derecho y la justicia, desde la contribución del profesor Hervada.

Evidentemente, dada la amplitud de la producción hervadiana me voy a limitar a una de sus obras dedicadas al derecho natural, su *Introducción crítica al derecho natural*⁴, tratando de exponer en qué consiste, para el profesor español, la esencia del Derecho.

1. Un análisis de la justicia y lo justo

1.1. El punto de partida

Como es sabido, el término *derecho* no es un concepto unívoco sino que admite varios significados.⁵ Puede entenderse como ley o norma (derecho objetivo en la terminología actual), como facultad moral de obrar o exigir (derecho subjetivo) o como lo justo (el derecho en sentido realista clásico, el objeto de la justicia).⁶ De entre estos significados, Hervada opta por el tercero, en el contexto de la visión iusnaturalista clásica, que entiende el derecho como un arte, el arte o ciencia práctica de lo justo: *iusti atque iniusti scientia*, el arte o ciencia práctica de lo justo, que tiene la finalidad de “decir lo justo”. Y *lo justo* se entiende aquí a la luz de “una noción precisa de justicia, invariada a lo largo de los siglos”⁷: la virtud que inclina a dar a cada uno lo suyo: *ius suum cuique tribuere*.⁸

³ Carlos Santiago NINO: *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires, Astrea 2ª ed., 1998. 11.

⁴ Javier HERVADA: *Introducción crítica al derecho natura*. Pamplona, Eunsa, 1ª ed. 1981, 10ª ed. 2010. citada, en adelante, como ICDN.

⁵ Desde un punto de vista etimológico, fue el término *directum* –y no el más conocido *ius*– el que más tarde dio origen a la palabra *derecho*. A pesar de la consolidación definitiva de *directum*, no fue, sin embargo, el término más característico de la tradición jurídica romana, sino, más bien, del lenguaje vulgar tardo-romano, de inspiración judeo-cristiana. Fue el reflejo de una idea moralizante: la conducta justa de una persona era aquella que seguía el camino recto. Cfr. Alvaro D’ORS: *Elementos de derecho privado romano*. Pamplona, Eunsa, 1975. 28.

⁶ El término *ius*, utilizado por los clásicos y que hoy traducimos también como *derecho*, fue el propiamente romano. Era entendido como *lo justo*, bien referido a la misma cosa justa, bien –muy en segundo lugar– al orden judicial socialmente admitido y formulado por los que sabían de lo justo (los *iuris prudentes*)

⁷ ICDN 12.

⁸ Ulpiano, *Digesto*, 1, 1, 10. Desde este enfoque, resulta obvio, como resalta C. Orrego “que el derecho como arte, con una precisa función social, no se comprende desligado de la comprensión de la justicia, tesis que pone en jaque desde el comienzo toda la concepción de la ciencia del derecho como aséptica o no valorativa”. Cristóbal ORREGO: *Aciertos y certidumbres. Persona y Derecho* 40, (1999) 115. Esta idea es fundamental para entender todo el pensamiento hervadiano. También tiene presente esta

Para exponer con precisión esta fórmula, Hervada comienza explicando que la justicia se presenta, desde la perspectiva clásica, siempre como una virtud, como un hábito bueno (dar a cada uno lo que es suyo). Es decir, la virtud de la justicia será esa inclinación o disposición que puede tener la persona humana, a dar siempre lo que corresponde a los demás, a cada uno de ellos.⁹ Se podría decir, por tanto, que se trata de una virtud de la voluntad, que mueve en una determinada dirección a su titular, y lo mueve en todo aquello que está relacionado con dar lo justo – el *ius*. De ahí que se denomine *iustitia*.¹⁰

Una primera aproximación a esta fórmula ya nos pone de manifiesto que no se puede dar a cada uno lo que le corresponde si previamente no sabemos qué es lo que le corresponde. Por ello, la justicia necesita que antes conozcamos qué es de cada uno. Esto nos conduce, a su vez, a aceptar que hay *algo* previo a la justicia que condiciona que esto es mío o tuyo o suyo. Éste es, precisamente, el punto de partida de Hervada, basado, no solo en la concepción realista clásica del derecho, sino también en la observación de la realidad.¹¹ En concreto, su argumentación pivota sobre tres pilares, a saber: a) que las cosas están repartidas o atribuidas a alguien, es decir, son suyas de alguien; b) que los seres humanos establecen relaciones a través de las cuales esas cosas pueden estar en poder de otros o ser atacadas y dañadas; c) que resulta necesario y bueno para la convivencia pacífica que se respeten esas cosas o se restituyan.¹²

Efectivamente, para Hervada, la justicia necesita que previamente se hayan repartido y atribuido los bienes existentes, de modo que, si no existe tal atribución, resulta imposible dar a cada uno lo suyo. Lo que de ningún modo se podría afirmar, señala Hervada, es que la justicia atribuya a cada uno lo suyo.¹³ Por esta razón, argumenta el profesor, se puede sostener que el acto de justicia – el acto justo – es un acto segundo, porque precisa de un acto primero, que es el de atribución, el que hace nacer un título en favor de una persona concreta, a la que habrá que dar lo suyo en razón de ese título. Sin ese acto primero, que es de “dominio”, de poder legítimo, con el que se constituye realmente cada *ius*, no podría haber subsiguientes actos de justicia. Es decir, “la justicia sigue al derecho”, de modo que se convierte en la virtud de cumplir y acatar el derecho, no de darle origen.¹⁴

relación entre derecho y justicia, entre otros, John Finnis (Cfr. John FINNIS: *Natural Law and Natural Rights*. Oxford, 1992. 3–22).

⁹ Cfr. ICDN 20.

¹⁰ Santo Tomás la definió, recogiendo la tradición romanista, como “el hábito por el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho” (*Summ. Th.* II-II, q. 58, a. 1).

¹¹ Así aparece en la explicación embrionaria de Aristóteles, en el quehacer práctico de los juristas romanos y –aunque con algunas excepciones desde el siglo XVI– en los juristas hasta el siglo XIX. Cfr. ICDN 18.

¹² ICDN 23–30.

¹³ “Si el acto de la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, en darle su derecho, es evidente que la justicia sólo podrá ejercerse allí donde los sujetos tengan cosas suyas. La justicia *no atribuye las cosas*, sino que sigue al hecho de que *ya están atribuidas*”. ICDN 24. En cursiva en el original.

¹⁴ ICDN 25.

Según lo dicho, si la justicia sigue al derecho, el derecho siempre debería ser justo. Sin embargo, observa Hervada que no siempre es así. Ciertamente, a veces, cuando valoramos una norma jurídica, la calificamos de injusta. Pero, si hemos indicado que el derecho es previo a la justicia, ¿cuál es el criterio que nos permite calificar una norma de “injusta”? Parecería, en efecto, “que la justicia es anterior al Derecho, de manera que la justicia sería un criterio anterior y superior por el que se valoraría el derecho positivo. Es más, la justicia sería la virtud de la que nacería el derecho justo. Sólo así tendría sentido hablar de derecho justo e injusto. Pues bien, de esta idea tan enraizada es preciso decir que – siendo aceptable en el ámbito vulgar – es insostenible con riguroso criterio científico”.¹⁵ Con otras palabras, como Hervada pone de manifiesto, sólo es aceptable hablar de derecho justo o injusto y considerar la justicia como algo “previo” al derecho cuando con el término *derecho* nos estamos refiriendo exclusivamente al derecho positivo – las normas escritas. Esto supondría aceptar que el derecho positivo no puede tener cualquier contenido, sino que debe respetar lo que venga exigido por el derecho natural: sólo así se podría decir que el derecho positivo está dando o negando a alguien lo suyo, pudiendo afirmar que es justo o injusto respectivamente.¹⁶

Por ello, es posible que el reparto existente en un momento y lugar determinados, realizado con base a las normas de un derecho positivo, pueda ser injusto, aunque se le haya dado a cada uno lo suyo según lo establecido por la norma escrita. Pero la razón no es que la justicia sea previa, sino que lo es el derecho natural, y las exigencias de éste han sido obviadas al establecerse un reparto caprichoso en el derecho positivo. En definitiva, Hervada sostiene que la preexistencia del derecho es el criterio distintivo de la justicia.¹⁷

2. La fórmula dar a cada uno lo suyo

2.1. ¿Qué significa y cómo catalogar el acto de “dar”?

Como hemos visto, para Hervada, la justicia es una virtud que mueve nuestra voluntad para que demos a cada uno lo que le corresponde porque previamente le ha sido atribuido en virtud de un título jurídico. Pero es preciso aclarar que, para el profesor español, el término “dar” no debe entenderse exclusivamente de forma literal –sólo hay justicia cuando se “da” algo a alguien-, sino que en él hay que sobrentender también la acción de “respetar” lo que ya es tenido por el titular legítimo: somos justos cuando respetamos las propiedades ajenas, cuando respetamos el honor y la fama, etc.¹⁸

Dar, por tanto, no sólo consiste en la acción de entregar algo a quien le ha sido atribuido, sino que supone también la restitución de algo a su legítimo dueño cuando

¹⁵ ICDN 26.

¹⁶ ICDN 27.

¹⁷ ICDN 29.

¹⁸ ICDN 32.

le hubiera sido sustraído ilegítimamente y, en último término, supone también el respeto de lo que es de cada uno y de cuya posesión se disfruta en razón de un título legítimo.¹⁹

Esto, que parece obvio, fue lo que llevó a Kant a rechazar la fórmula clásica de la justicia: “si la última fórmula fuera traducida por *dar a cada uno lo suyo*, el resultado sería un absurdo, ya que a nadie se le puede dar lo que ya tiene. Si la fórmula ha de tener sentido, por eso, éste no puede ser otro que el de *entrar en un estado en el que puede serle asegurado a cada uno lo suyo frente a todos los demás*”.²⁰ Hervada evidencia el error de Kant aquí al entender la fórmula clásica sólo en su tenor literal. Porque es cierto que sólo se le puede “dar” algo a alguien cuando previamente se le ha privado de ello (por ejemplo, el propietario desposeído) o no se le ha llegado a entregar lo que le fue atribuido (por ejemplo, un premio). Pero la fórmula implica, además, algo más extenso, como es que la justicia entraña el hecho de respetar los *iura* de los demás por quien tiene la posibilidad de arrebatarlos o dañarlos.²¹

Hervada desmonta también la crítica que Kelsen desarrolló –de acuerdo con su pensamiento – sobre esta fórmula. Para el jurista austríaco, la justicia no consiste sencillamente en un hábito de *dar* a cada uno lo suyo, sino que establece un *deber de dar*. Es decir, la justicia no sólo depende de una virtud, sino, al mismo tiempo, de una norma o un deber legal. Con sus palabras:

“En este sentido, la justicia se manifiesta como una virtud humana. La virtud de la justicia, como toda virtud, constituye una categoría de carácter moral y bajo este aspecto pertenece, pues, al campo de la ética [...] Este comportamiento social del hombre será justo cuando sea conforme a una norma que lo prescribe; es decir, que lo instaura como deber. Será injusto, en cambio, cuando sea contrario a una norma que prescribe un determinado comportamiento que a causa de ello ha adquirido el valor justicia. La justicia de un hombre es la justicia de su comportamiento social. Y la justicia de su comportamiento social consiste en que es conforme a una norma que constituye el valor de justicia. Esta norma puede ser, pues, denominada norma de justicia”.²²

Lo primero que destaca en este texto es que, para Kelsen, toda virtud tiene un carácter moral, de modo que la justicia, siendo una virtud, carece de fuerza jurídica. Comporta un deber, pero simplemente ético. Como es bien conocido, para Kelsen es la norma positiva la que establece lo que es justo e injusto, de modo que el propio individuo será justo si su comportamiento se adecua a lo establecido por la norma,

¹⁹ Ibid.

²⁰ Immanuel KANT: *Metafísica de las costumbres. Introducción a la teoría del derecho*. Apéndice, división de teoría del derecho A.

²¹ ICDN 30.

²² La justicia se sustituye por la validez, que se reduce al simple hecho de cumplir con la ley, al margen de su contenido. En palabras de Kelsen: “la validez del Derecho positivo es independiente de su relación con una norma de justicia”. Hans KELSEN: Justicia y Derecho natural. In: AA.VV.: *Crítica del Derecho natural*. Madrid, 1966. 29.

e injusto en el caso contrario. Desde esta perspectiva, la justicia se reduce al simple hecho de cumplir con la ley, al margen de cual sea su contenido.²³

Por otro lado, Hervada, rechaza que una norma jurídica positiva invalide un mandato o prohibición natural, porque “la ley positiva opuesta a un mandato o prohibición naturales contraría lo justo natural, teniendo el carácter de violencia, norma injusta, lo cual no es derecho del poder, sino prepotencia del poder: es violencia institucional”.²⁴

En definitiva, el derecho busca organizar la convivencia, pero no de cualquier modo. Con otras palabras, imponer las normas jurídicas por la fuerza, al margen de criterios de justicia, no es derecho, sino, parafraseando al profesor, violencia del poder político.²⁵

2.2. La expresión “a cada uno”

La expresión “a cada uno” aun siendo clara, exige que se precisen determinadas cuestiones. Para Hervada, la primera es que la acción de dar tiene como destinatarios a todos y cada uno de los ciudadanos de forma individualizada. Es decir, no asume como punto de referencia – como sí hace la política²⁶ – a determinados grupos que pudieran aparecer en determinados momentos o circunstancias como necesitados de una atención especial (como pueden ser los menores, los inmigrantes, los enfermos, los de determinada raza o religión, etc.) de tal modo que ello se constituyera en título para recibir. Para Hervada, la justicia, libre de política, implica que debe darse a cada uno individualizadamente lo que le corresponde, en virtud de los títulos que posee, ya sean de derecho positivo o de derecho natural, no en razón de algo abstracto, como pueda ser, por ejemplo, el grupo al que pertenece.²⁷ La justicia no es un ideal abstracto, sino el resultado del acto justo del jurista.²⁸

²³ Ibid. 33.

²⁴ ICDN 173.

²⁵ Ibid.

²⁶ Hervada define aquí la política como “el arte de dirigir la colectividad”. ICDN 36.

²⁷ Cfr. ICDN 36. Resulta interesante a este respecto un dilema que se ha planteado a lo largo de la historia del pensamiento jurídico: la pregunta sobre la diferencia entre las normas por las que se organiza una banda de ladrones y las normas de organización del Estado. La pregunta sería ¿qué hace que la organización de una banda de ladrones sea ilegal y la organización del Estado legal? Para Kelsen, la respuesta descansa en la eficacia y validez de las respectivas normas de organización. De modo que, si la banda de ladrones logra que su “ordenamiento” (su forma de organizarse) en lugar de ser reprimida por el Estado se imponga en un determinado territorio, a través de su validez cobrará eficacia y, por tanto, se impondrá al ordenamiento estatal. Con otras palabras, si el ordenamiento de la banda de ladrones resulta ser más eficaz que el ordenamiento del Estado, se convertirá en Derecho (*Teoría Pura del Derecho*. México, UNAM, 1981. 60–62). Sin embargo, la teoría clásica afirma que la diferencia radica en la justicia (San AGUSTÍN: *La ciudad de Dios*, cap. 4, párr. 4). La justicia es el valor jurídico de referencia para el derecho, valor que no está presente en la normas de organización de la banda de ladrones. Y que, sin embargo, debe inspirar toda norma jurídica.

²⁸ No se cansa el profesor Hervada de señalar esta idea: la justicia del jurista es la del acto justo, “el del acto singular que consiste en discernir lo justo entre personas concretas”. ICDN 37.

En segundo lugar, la virtud de la justicia es contraria a toda discriminación o acepción de personas, de modo que lleva a dar lo suyo con independencia de quien sea: se presupone que todo ser humano está revestido de igual dignidad.²⁹

2.3. La expresión “Lo suyo”

“Lo suyo” es la traducción original del *ius suum*, de su derecho o de su cosa concreta. Por tanto, indica Hervada que dar “lo suyo” no puede ser confundido con “dar a todos lo mismo”. Por derecho natural, como personas, todos tenemos los mismos derechos, pero, al estar viviendo en sociedad, es posible que el derecho positivo establezca una serie de títulos por los que se pueda romper justamente esa igualdad, sin que ello pueda afectar a la dignidad de todo ser humano. Es decir, no podemos confundir “dar a cada uno lo suyo” con “dar a cada uno lo mismo”.³⁰

Otra precisión importante que hace el profesor Hervada es que cuando la fórmula de la justicia emplea la expresión “lo suyo” no implica, necesariamente, que tenga que existir propiedad sobre una cosa; *lo suyo* es lo que le corresponde en virtud de cualquier título legítimo, como propietario, como arrendatario, como prestatario, etc.³¹

Además, la expresión “lo suyo” puede referirse a cualquier tipo de cosa que pueda pertenecer a una persona: bienes corporales o incorporeales, un puesto de trabajo, etc.³²

Una característica de la que no se puede prescindir es que, sea lo que sea, la “cosa” ha de tener la nota de “exterioridad”, es decir, que debe tener alguna manifestación exterior que la haga susceptible de convertirse en objeto de una relación entre dos o más personas. Si no se puede dar esta alteridad, porque se trata de algo interior no exteriorizable, nos moveríamos en el terreno de la moral, de la ética, o de la religión, pero no de la justicia.³³

²⁹ Hervada califica de ilegítimo el “uso alternativo del Derecho” defendido por las corrientes marxistas: el hecho de que se hayan producido injusticias en el pasado por parte de unos no legitima para que se puedan cometer injusticias con ellos cuando pierdan el poder. Por ejemplo, si un dirigente ha incurrido en injusticias condenando a ciudadanos sin ser sometidos a un juicio justo, no significa que se le pueda condenar a él por el mismo sistema, sino que una vez depuesto se le someterá al juicio exigido por las leyes y se le impondrá la pena que legalmente corresponda. Cfr. ICDN 37–38.

³⁰ Igual que el médico tiene que dar más medicamento a quien está más enfermo, o sólo al que está enfermo, así, por ejemplo, la sociedad puede imponer mayor carga tributaria a quien más tiene -nunca de forma arbitraria-, sin que ello suponga discriminación alguna. Cfr. ICDN 39.

³¹ Cfr. ICDN 41.

³² Cfr. ICDN 40.

³³ Ibid. Esto es obvio, nadie me puede privar de un pensamiento cuando éste es interno, aún tratándose de un pensamiento inmoral. Por ejemplo, desear acabar con la vida de una persona. Pero mientras no lo exteriorice, mi pensamiento no será antijurídico. Ahora bien, como es sabido, en el momento en que ese pensamiento adquiera alguna manifestación externa, ese comportamiento tendrá relevancia jurídica.

3. El derecho como lo justo: título, fundamento y medida

Como venimos insistiendo, para Hervada, el derecho es, en primer lugar, “el objeto de la justicia, esto es, aquella cosa que la virtud de la justicia impele a dar a otro por constituir lo suyo. En otras palabras, lo justo es lo suyo de cada cual, su derecho, aquello que la justicia da”.³⁴ Por tanto, la función del jurista consistirá en determinar “lo justo”, las cosas que corresponden a cada una de las partes intervinientes en la relación jurídica que se le presenta para ser juzgada.

De este modo, lo justo es lo mismo que lo suyo, denominado desde la romanística clásica con el término *ius*, derecho. Pero este *derecho* –recuerda Hervada– no puede ser entendido como derecho subjetivo, sino como la cosa justa. El derecho subjetivo sería la facultad moral sobre la cosa justa pero no la cosa misma. Habría que precisar de nuevo que, como se señaló al inicio de estas páginas, Hervada sostiene que la justicia sigue al derecho, de modo que “porque es *ius* es justo, no al revés”.³⁵ Con otras palabras, porque es lo mío –mi *ius*, mi derecho– lo puedo exigir y no al contrario: porque lo exijo me lo deben.

El *ius* es, por tanto, lo debido, fijado en un primer momento en atención con algo concreto. La justicia inclina y exige dar “eso debido” a quien le corresponde por ser titular del *ius*, lo que lleva, siguiendo el hilo argumental de Hervada, a distinguir entre el *título*, el *fundamento* y la *medida* de lo justo.

a) El título

El título es lo que da origen al derecho, lo que atribuye una cosa a un sujeto y hace que sea suya. Este título puede tener una naturaleza muy variopinta (la propia naturaleza humana, una ley justa, un contrato, un trabajo, etc.), pero si no hay título, no puede haber derecho. En opinión de Hervada, sólo cuando se confunde la justicia con ideología, se pueden reclamar derechos sin un verdadero título.³⁶

b) El fundamento

Por su parte, el fundamento “es aquello en cuya virtud un sujeto *puede* ser sujeto de derechos”.³⁷ Es decir, no otorga el derecho, sino que nos hace idóneos para conseguir un título y con él, el derecho. En este punto señala Hervada que se podría distinguir entre fundamento remoto, que consistiría en ser persona, y fundamentos próximos, como ser mayor de edad, miembro de un Estado determinado, haber contraído matrimonio, ser pensionista, etc. Es posible que la naturaleza humana sea título y fundamento al mismo tiempo, pero no siempre es así; por ello, no se pueden reclamar todos los derechos existentes simplemente por ser persona: no podemos exigir una pensión por ser persona, sino por haber trabajado durante una serie de años o por haber alcanzado una edad determinada.³⁸

³⁴ ICDN 41–42.

³⁵ ICDN 45.

³⁶ Cfr. ICDN 48–49. No hay derecho sin título porque falta la atribución (p. 48).

³⁷ Ibid. En cursiva en el original.

³⁸ Cfr. ICDN 49–50.

c) *La medida*

Por último, la medida del derecho hace referencia a “su caracterización y delimitación intrínseca y extrínseca. Consiste en: a) la delimitación de la cosa (sea corporal o incorporal): su cantidad, cualidad, valor, naturaleza, etc.; b) de qué modo la cosa es del titular: como propietario, arrendatario, usuario o administrador, como primer titular o como delegado, etc.; c) facultades jurídicas que le competen; d) presupuestos de uso del derecho, etc.”.³⁹

Esta medida permite entender *lo justo* como *lo igual*. Ahora bien, ¿qué significa *lo justo como igual*? Lo justo, -afirma Hervada-, es exactamente lo debido, ni más ni menos: debe haber igualdad entre lo que se debe y lo que se da (y se recibe). Si damos menos de lo debido, seremos injustos, y si damos más de lo debido estaremos teniendo un gesto de liberalidad, puesto que el exceso no es exigible.⁴⁰

¿Implica esa igualdad la identidad entre lo que se debe y lo que se da? Evidentemente, no. Es cierto que, en ocasiones -indica Hervada-, esa igualdad sólo puede consistir en la identidad como, por ejemplo, cuando se trata del préstamo de un objeto no fungible. Pero lo normal será que esa igualdad pueda conseguirse mediante la equivalencia o la proporcionalidad. Hay equivalencia cuando lo que se da es igual en cantidad y cualidad a lo que se debe. En cambio, hay proporcionalidad cuando se hace referencia a las distribuciones, en las que habría que atender a la finalidad de las mismas, a los sujetos que participan de ella y a los objetos que deben ser distribuidos: un gobernante no puede distribuir los bienes comunes sin atender a las necesidades de cada uno, sino en proporción a ellas y sin perder de vista la finalidad del reparto.⁴¹

4. Justicia y persona

Llegados a este punto, es hora de tratar el fundamento del derecho y de la justicia de la mano de Hervada. Pues bien, como hemos visto, para el profesor español, el derecho es lo suyo de una persona, aquello respecto de lo cual cada persona tiene una relación de dominio. Por eso, la pregunta es ¿en qué se basa ese dominio? ¿Cuál es el fundamento de que una persona domine algo? La respuesta la encuentra Hervada en la condición de persona propia del hombre. Porque el profesor sostiene que, aunque sea remoto, el fundamento más importante de todo derecho es *ser persona*, lo que implica *autoposesión* – un señorío de cada sujeto sobre sí mismo y una capacidad de actuar libremente. Ser persona significa ser de tal manera, tan intensamente, que tenemos el dominio de nuestro propio ser (una persona siempre es *sui iuris*). Explica

³⁹ ICDN 50.

⁴⁰ También se podría afirmar que “lo justo es igual” con atención a las cosas que se intercambian. Por ejemplo, si el salario que se me da por mi trabajo es igual al que corresponde a este tipo de trabajo, será justo, pero si es menor, será injusto. El salario mínimo interprofesional no marca el mínimo para ser justo, sino para ser legal, evitando abusos mayores. No es extraño, por otro lado, en el ámbito contractual encontrarse con los contratos “leoninos”, en los que una de las partes impone una condiciones desiguales a la otra, y por tanto injustas. Cfr. ICDN 46.

⁴¹ Cfr. ICDN 47.

Hervada que este dominio recae sobre nuestra vida, nuestra integridad física, nuestro pensamiento, etc., pero siempre con vistas a alcanzar los fines que nos corresponden por naturaleza: nuestro modo de ser nos otorga unos derechos naturales en aras de poder alcanzar unos fines que también nos son naturales. Junto a este dominio sobre nosotros mismos, nos es propio otro dominio sobre las cosas exteriores, que una vez apropiadas (tras una distribución justa) pasan a ser como una extensión de nuestra persona: nos son debidas, son nuestras. El fundamento de estos derechos, por tanto, se podría decir que es el modo de ser (ontológico) de la persona humana y, aunque no es el fundamento único de todos y cada uno de los derechos que podemos ostentar, sin embargo sí es el más importante.⁴²

En este *dominio personal* se aprecia nítidamente nuestra diferencia respecto de los animales, incapaces de ser dueños de sí mismos. Estos se rigen únicamente por la fuerza y el instinto; aunque vivan en grupo sólo domina quien más fuerza tiene, hasta que otro más fuerte le arrebata ese sucedáneo de dominio. En cambio, en la persona el dominio no es fruto de la fuerza ni se puede sustentar con ella, sino en el derecho, en lo que le es atribuido por la naturaleza o por acuerdo justo.⁴³

5. Conclusión

En definitiva, para Hervada el derecho aparece dentro del sistema racional de las relaciones humanas. Por eso, si la fuerza sustituye al dictamen racional y al derecho, ataca a lo más propio del ser humano, y pasa a ser injusticia.⁴⁴

⁴² Cfr. ICDN 67.

⁴³ ICDN 65–66.

⁴⁴ Con sus palabras “la fuerza sin derecho es violencia, injusticia”. ICDN 68.