
Ius, ius suum, res iusta: una crítica a la Introducción crítica de Hervada

Ius, ius suum, res iusta: A Critique of Hervada's Juridical Realism

Rafael DOMINGO

Spruill Family Professor of Law and Religion, Emory University

Catedrático Álvaro d'Ors, Universidad de Navarra

rafael.domingo.osle@emory.edu

<http://orcid.org/0000-0003-0772-4661>

RECIBIDO: 20/10/2020 / ACEPTADO: 15/09/2021

Resumen: En este artículo, se analizan algunos aspectos de la teoría realista del derecho del jurista español Javier Hervada (1934-2020), quien, inspirado en los juristas romanos y Tomás de Aquino, entre otros, concibe el derecho como la cosa justa. En el artículo, se explica el significado romano de la palabra *ius*, el sentido de las expresiones *ius suum* y *res iusta* y su papel en la elaboración doctrinal de Hervada. El artículo también analiza la definición que ofrece Hervada de ley como regla o medida del derecho, así como su aproximación a la idea de persona como ser que se pertenece a sí mismo. El artículo concluye que la teoría realista de Hervada constituye una interesante aproximación al derecho como objeto de la virtud de la justicia. Pero ni el derecho puede reducirse a mero objeto de la virtud de la justicia, ni la justicia puede tratarse solo como una virtud

Palabras clave: derecho; *ius, res iusta*; Hervada; ley, realismo; derecho natural; positivismo.

Abstract: This article explores the so-called realistic theory of law and justice of the Spanish jurist Javier Hervada (1934-2020). Influenced by the Roman jurists and Thomas Aquinas, Hervada conceived law (*ius*) and right (*derec-tum*) as the right thing (*res iusta*). The article explains the Roman meaning of the word *ius* and the expressions *ius suum* and *res iusta* and it is concluded that falling into reductionism is a potential risk of this theory. The article also criticizes Hervada's definition of *lex* as a rule or measure of law and right, and Hervada's juridical approach to the idea of person. Ultimately, Hervada offers a theory of law based on the object of the virtue of justice. But law cannot be reduced to the object of a concrete virtue, nor can justice be only considered as a virtue.

Keywords: law, right; natural law; natural rights; legal realism; positivism.

I. INTRODUCCIÓN

Han pasado cuarenta años desde que Javier Hervada publicara su *Introducción crítica al derecho natural* (1981), esa pequeña gran obra de nuestro querido maestro homenajeado¹. Puedo decir con orgullo que formé parte de la primera promoción de alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra que estrenó ese pequeño gran manual para cur-

¹ HERVADA, J., *Introducción crítica al derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 1981 (11 ed. 2011). Todas las citas proceden de esta undécima edición. Agradezco a los profesores Carlos José Errázuriz y Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalta sus acertados comentarios para mejorar el manuscrito.

sar la asignatura de Derecho natural impartida por el profesor Hervada en el curso académico 1981-82.

Como es sabido, en esta *Introducción*, Hervada, apoyado en los juristas romanos y sobre todo en Tomás de Aquino, se aproxima al derecho (natural y positivo) desde una perspectiva realista que lo identifica con lo justo (*ius suum*) o la cosa justa (*res iusta*). Así lo explica en el breve prólogo: «El concepto clave es el de lo justo o derecho en sentido realista: la *res iusta* –que decían los clásicos– o cosa justa» (p. 12). Y si el derecho es la cosa justa, el derecho natural (*ius naturale*) es lo justo natural, es decir «aquella cosa que está atribuida a un sujeto –y en consecuencia le es debida– por título de naturaleza» (p. 81).

Para Hervada, la confusión del *ius* o derecho objeto de la justicia con el derecho subjetivo tiene consecuencias importantes, especialmente en la teoría de los derechos humanos (p. 43), porque, de no admitirse este *realismo* del derecho, los derechos humanos dejarían de ser «derecho en sentido propio», y contrariarlos no sería «opresión e injusticia, pues no puede entrar en liza la justicia donde no hay un derecho precedente» (p. 26, nota 13)².

En este artículo, voy a ofrecer una crítica a esta concepción realista del derecho tal y como Hervada nos la presenta en su *Introducción*. En mi opinión, el gran acierto de Hervada, fiel seguidor del Aquinate, se halla en unir inseparablemente la justicia y el derecho (natural y positivo), así como en resaltar el carácter objetivo de ambos frente al subjetivismo racionalista y el positivismo normativista. El punto más débil del pensamiento de Hervada consiste en elaborar una teoría jurídica (la de santo Tomás era multidisciplinar) del derecho y de la justicia a partir de una definición concreta de la virtud de la justicia. Ni la justicia se puede reducir a una virtud ni el derecho se puede reducir a ser el objeto de la virtud de la justicia. Hervada confeccionó un elegante traje para el derecho y un bonito vestido para la justicia pero con unas medidas que no se ajustan a la realidad.

Las brillantes ideas de Tomás de Aquino sobre la justicia y el derecho, explicadas en el contexto medieval multidisciplinar de una suma de teología, deben ser trasladadas al ámbito jurídico de nuestros días con cautela. Hervada quiso explicar el derecho *jurídicamente* basado en el pensamiento de Tomás de Aquino. Comparto el acierto en la elección del Aquinate como mentor, pero

² Para una visión de conjunto del concepto de derecho subjetivo, véase SIMÓN-YARZA, F., «Individual Rights», *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2017, versión *on line*. Sobre la relación entre derecho subjetivo y reforma protestante, JOHN WITTE, JR., *The Reformation of Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

no comparto algunos puntos de la elaboración jurídica de la teoría de Hervada, quizás porque, a la postre, el derecho no se puede explicar solamente desde el derecho, como tampoco la justicia desde la justicia. Con todo, el mérito intelectual de Hervada es indiscutible y su aportación, de gran valor.

II. EL DERECHO (*IUS*) COMO LO JUSTO (*IUSTUM* O *IUS SUUM*)

Hervada comienza su exposición acudiendo al derecho romano, es decir, a los juristas, evitando cualquier aproximación filosófica o teológica (pp. 15-21). Considera que el arte (saber práctico) del derecho y la virtud de la justicia tienen el mismo objeto: lo justo, el *ius*, el derecho. El arte del derecho declara lo que es justo en cada caso, y la justicia consiste en el hábito operativo que nos hace justos. El derecho, por tanto, pertenece al ámbito del saber; el de la virtud de la justicia, en cambio, al del querer.

Hervada se apoya con firmeza en la clásica e influyente definición de Ulpiano sobre la justicia, tomada del libro segundo de las reglas, como «la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo»: *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*³. En esta definición, en efecto, *ius suum* bien puede traducirse por lo justo, lo suyo, lo debido, su *justeza*, podríamos decir más correctamente utilizando una palabra que se encuentra en el Diccionario de la Lengua Española⁴.

Hervada se sirve también, aunque en menor medida, de otras dos conocidas definiciones romanas para consolidar su andamiaje: la ofrecida por Celso sobre el derecho como «el arte de lo bueno y de lo justo» (*ars boni et aequi*)⁵, y la definición ulpiana de jurisprudencia como «la ciencia de lo justo y de lo injusto» (*iusti atque iniusti scientia*)⁶. Y concluye Hervada: «A eso que correspondía a cada uno lo llamaron *ius* o derecho de cada uno y a la ciencia que

³ ULPIANO, D. 1.1.10 pr. = Inst. 1.1pr., en *Corpus Iuris Civilis*, vol. I, ed. Theodor MOMMSEN y Paul KRÜGER, 16 ed., Weidmann, Berlín, 1954. Esta es la edición que citaré en adelante.

⁴ *Diccionario de la Lengua Española*, actualizado en 2019, versión online: <https://dle.rae.es/justedad#9iQX2Sz>

⁵ CELSO, ULPIANO, D. 1.1.1 pr. Esta definición es cercana a la del jurista PAULO sobre el derecho natural (D. 1.1.11): «lo que siempre es justo y bueno» (*id quod semper aequum ac bonum est*). Este carácter permanente constituye una seña de identidad del derecho natural, frente al derecho derivado de la legislación en sentido amplio. Sobre estos juristas romanos, puede verse el volumen primero de DOMINGO, R. (ed.), *Juristas universales I. Juristas antiguos*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

⁶ ULPIANO, D. 1.1.10.2.

consistía en saber averiguar el *ius* o derecho de cada uno le dieron el nombre de *ars iuris* o arte del derecho» (pp. 15-16).

En su lectura del derecho romano como el arte de lo justo, Hervada acierta, así como en su conexión entre derecho y justicia, ya existente en los juristas romanos, aunque estos no desarrollaron una teoría de la justicia ni discutieron su naturaleza, como lo hicieron los filósofos griegos. En su alta conciencia moral, los juristas romanos comprendieron el concepto de justicia sustantiva, pero rara vez apelaron a los fundamentos éticos de la justicia, probablemente debido a la sencillez de su estilo legal y su resistencia intuitiva a la abstracción. En sus obras jurídicas, siempre de carácter práctico, los juristas romanos simplemente acomodaron la filosofía griega al espíritu y carácter romanos⁷.

Tampoco estuvo presente en los juristas romanos –de lo que se aprovecha bien Hervada– la idea de dos ordenamientos jurídicos (el natural y el positivo), separados y paralelos, como los mundos de lo ideal y lo real. Para los romanos no hay más que un único derecho, en el que la naturaleza, la voluntad humana y la razón se emplean como criterio de identificación de lo justo. «Natural», para los juristas romanos, significa lo que es razonable de acuerdo con los estándares humanos de conocimiento, comportamiento o expectativas sociales y, por lo tanto, no requiere más evidencia. Partiendo de la interpretación natural, los juristas romanos defendieron la idea de que las personas que aún no habían alcanzado la pubertad debían ser atendidas por otra persona⁸; que un loco no podía hacer ni aceptar una promesa⁹; que las personas unidas por la sangre estaban vinculadas¹⁰; que los individuos tienen derecho a defenderse ante un ataque real¹¹; que nadie está obligado a lo imposible¹²; que algo que no pertenece a nadie o capturado en el campo de batalla se convierte en propiedad del primero que toma posesión¹³; y que la unión de un hombre y una mujer se llama matrimonio¹⁴.

⁷ Sí se ocupó, en cambio, de la justicia Cicerón, especialmente en su diálogo sobre los deberes (*De officiis*), pero él mismo se calificó como un pensador al margen de la jurisprudencia. Véase CICERÓN, *Brutus* 41.151; *Pro Murena* 13, 29-30; *De oratore* 41.141.

⁸ GAYO, *Instituciones* 1,189 en DOMINGO, R. (ed.), *Textos de Derecho romano*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, §2.

⁹ GAYO, D. 44.7.1.12.

¹⁰ MODESTINO, D. 38.10.14.2.

¹¹ GAYO, D. 9.2.4pr.

¹² CELSO, D. 50.17.185.

¹³ GAYO, *Instituciones* 2.66, 69.

¹⁴ ULPIANO, D. 1.1.1.3.

En cambio, en la identificación hervadiana de *ius* con *ius suum* veo un doble problema. Primero porque *ius* no siempre puede y debe traducirse por derecho; y segundo porque *ius* significa más, mucho más que *ius suum*, que es tan solo una de sus posibles significaciones como sustantivo. Ya de entrada el propio Ulpiano, en quien se apoya Hervada, señala que los tres preceptos básicos del derecho eran: vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo suyo¹⁵, no solo el último, como piensa Hervada.

Ius suum puede ser un buen punto de partida de una teoría jurídica sobre el derecho, no lo niego, incluso lo comparto, pero en ocasiones parece que Hervada lo utiliza no como la acepción principal de *ius*, no como un *princeps analogatum*, sino como su único significado. En la nota 2 de la *Introducción* dice: «La palabra *ius* fue usada por los romanos en varios sentidos; el que señalamos en el texto es el significado que tiene en la definición de la justicia» (p. 15). Pero, si esto es así, el apoyo de Hervada no es la idea de *ius* en el derecho romano propiamente dicho, sino una definición concreta de un jurista romano concreto que refleja un aspecto del *ius*.

Basar toda una teoría del derecho en el sentido específico de una palabra en una definición determinada (por relevante e influyente que haya sido) es problemático y arriesgado. Hervada, siguiendo al Aquinate, acaba concibiendo una teoría, no del derecho, sino del derecho como objeto de la virtud de la justicia. Esto tiene sentido en una suma de teología de un pensador multidisciplinar como es Tomás Aquino, pero no tanto en un libro jurídico escrito por un jurista con pretensiones de elaborar una teoría jurídica válida para el derecho natural.

Es cierto que, en la definición de justicia, *ius* significa lo suyo, lo justo, lo debido, pero la idea de *ius* aporta mucho más que eso. *Ius* es un término latino ambiguo que podía usarse en singular (*ius*) o plural (*iura*). El origen de la palabra *ius* no es claro y tiene varios significados¹⁶. Suele afirmarse con reservas que deriva de Júpiter o Jove (en latín: Iuppiter; genitivo: Iovis). En la religión

¹⁵ ULPIANO, D.1.1.10.1 = Inst. 1.1.3: «Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere».

¹⁶ Sobre esta palabra, entre otros muchos, KASER, M., *Das altrömische ius*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttinga, 1949; D'ORS, Á., «Aspectos objetivos y subjetivos del ius», en ID., *Nuevos Papeles del oficio universitario*, Rialp, Madrid, 1980, pp. 280-311; MEGÍAS, J.J., «El derecho subjetivo en el derecho romano. Un estado de la cuestión», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 25 (2003), pp. 35-54; GUZMÁN BRITO, A., «Historia de la atribución de categorías o predicamentos a derecho (*ius*)», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 33 (2011), pp. 273-317; DOMINGO, R., *Roman Law: An Introduction*, Routledge, Londres, 2018, pp. 7-14.

y el mito de la antigua Roma, Júpiter era el dios del cielo y el trueno, el rey de los dioses y la principal deidad de la religión, las leyes y el orden social del pueblo romano. Sin embargo, aunque no ha sido aceptada la propuesta por los expertos, Hugo Grocio¹⁷ prefirió la derivación de *ius* de la palabra *iussum* (comando), así como la palabra *os* (hueso) era una abreviatura de *ossum*.

Como tantos otros conceptos, es probable que *ius* comenzara siendo un adjetivo (lo justo), y luego se sustantivara (la justeza o el derecho). En el estilo legal, encontramos, incluso dentro de la misma ley, *ius* como adjetivo en la expresión *ius ratumque* (justo y válido) y como sustantivo, en la expresión *ius potestasque* (derecho y potestad)¹⁸. La endíadis *ius ratumque* resalta el aspecto objetivo del concepto de *ius*, en tanto que la endíadis *ius potestasque* centra su atención en el aspecto subjetivo. Los romanos no los separaron; Hervada, sí. Este aspecto subjetivo está tan presente en el derecho romano desde sus orígenes que el gran romanista de la Universidad de Oxford Tony Honoré (1921-2019), en su excelente monografía sobre Ulpiano, se atrevió a calificar al jurista de «pionero de los derechos humanos»¹⁹. Probablemente Michel Villey hubiera estado en completo desacuerdo con Honoré por este inapropiado y hasta frívolo anacronismo²⁰.

En su sentido más amplio, *ius* abarcaba la totalidad del orden jurídico romano (*iura populi Romani*). Pero *ius* también podría referirse a un campo específico del derecho: público, privado, natural, etc., o incluso a una disposición excepcional para ciertos grupos de personas (*ius singulare*). *Ius* puede indicar el estado de una persona, ya sea jurídicamente independiente (*sui iuris*) o bajo el poder de otra (*alieni iuris*). *Ius* también se refirió al lugar donde el pretor administra justicia (como en la palabra juzgado). Por ejemplo, la expresión *in ius vocatio* (emplazar al demandado ante el magistrado) era el término técnico utilizado para iniciar el proceso civil; la *cessio in iure* significaba la cesión de bienes o derechos ante el magistrado. Encontramos la palabra *ius* en Roma en una amplísima variedad de expresiones como *ius obligationis*, *ius hereditatis*, *ius adscrescendi*, *ius liberorum*, *ius capiendi*, *ius respondendi*, así como en numerosas

¹⁷ GROCIUS, H., *De iure belli ac pacis libri tres*, The Classics of International Law, Washington DC, 1925, Prolegomena 13, nota 3.

¹⁸ DOMINGO, R., «*Ius ratumque* y *ius potestasque*. Una contribución al estudio del concepto de *ius*», *Persona y Derecho*, 25 (1991), pp. 49-58.

¹⁹ HONORÉ, T., *Ulpian: pioneer of human rights*, Oxford University Press, Oxford, 1 ed. 1982 (2ª ed., 2002).

²⁰ VILLEY, M. *Précis de philosophie du droit*, I, Dalloz, Paris, 1975.

servidumbres prediales, como el derecho a evitar que el vecino eleve la actual edificación (*ius altius non tollendi*) o el derecho de apoyo de viga (*ius tigni immittendi*) o carga de una sobreconstrucción (*ius oneris ferendi*).

Distinta de *ius* es *directum*. Desde el siglo IV d.C., el participio *derectum* (o *directum*) se introdujo en el vocabulario jurídico para describir la perfección de la justicia y la equidad. En el término *directum*, las dimensiones moral y jurídica están indisolublemente conectadas. *Directum* significa «dirigido», «guiado», «correcto». *Ius directum* (derecho correcto) es el derecho que determina la dirección correcta, el buen camino, el camino correcto a seguir por los ciudadanos en las relaciones sociales. En concreto, *directum* encarnaba los valores morales del estoicismo y, en particular, del cristianismo²¹.

Se puede decir que *ius* expresa el origen religioso del derecho, mientras que *directum* (derecho; *right*) representa la relación ineludible entre derecho y moral. En la idea de un derecho, las connotaciones morales y jurídicas son inseparables, ya que los derechos afectan tanto a las reivindicaciones personales como al orden social. En este sentido, se puede decir que el derecho natural asume los dos componentes: *ius* y *directum*, pues sus orígenes son tanto religiosos como morales.

III. IUS SUUM COMO RES IUSTA

El punto de partida de la teoría jurídica del Aquinate es el derecho como objeto de la virtud de la justicia, pero añade un cambio lingüístico importante con respecto a Ulpiano al convertir el *ius suum* en *res iusta* (la cosa justa): «Ita etiam hoc nomen ius primo impositum est ad significandum ipsam rem iustam»²². Para Tomás de Aquino, la justicia vendría a ser una *operatio iusta*²³, de la que el derecho se convertiría en su objeto²⁴, es decir, la *res* de esa operación²⁵.

Obviamente, si cabe esa *operatio*, esa *operatio iusta*, es porque existe el objeto: el derecho. Y este objeto bien puede llamarse *res*, una palabra polivalente con la que se denominaba desde antaño el asunto litigioso (*res litigiosa*), la cosa

²¹ DOMINGO, R. *Roman Law...*, cit., p. 8.

²² *Summa Theologiae*, II-II, q. 57, art. 1, ad. 1.

²³ *Sententia Libri Ethicorum*, liber 5, lectio 1 n. 4 y liber 5 lectio 10 n. 1.

²⁴ *Summa Theologiae*, II-II, q. 57, art. 1 co: «ius est obiectum iustitiae».

²⁵ GUZMÁN BRITO, A., «Historia de la atribución...», cit., pp. 273-317.

juzgada (*res iudicata*), o la esfera pública (*res publica*). Por lo demás, el propio Gayo llama *res incorporales* a los derechos²⁶.

Nada que objetar y mucho que aprender del Aquinate, quien, repito, en una *summa* de teología medieval, no de derecho, entronca derecho y justicia de forma magistral, y otorga al derecho la misión principal de ser objeto de la justicia, y por tanto una *res*, algo concreto, como una sentencia, una decisión, una cosa. El derecho, así, como objeto de la justicia, buscaría la solución justa en el caso concreto, en tanto la ley, como disposición general, estaría más ligada a la virtud de la prudencia del gobernante. Esto le lleva al Aquinate a separar con acierto *ius* y *lex*, como hicieron los romanos: «*lex non est ipsum ius*», dice claramente el Aquinate²⁷, a quien Hervada sigue con acierto. El Aquinate deja más claro que Hervada que, como *ius* es un concepto análogo y tiene muchas acepciones, la *res iusta* constituye su principal acepción, es decir, lo que los filósofos llaman su *princeps analogatum*²⁸. En Hervada existe también un intento de situar la cosa justa en un contexto en el que se tienen en cuenta otras dimensiones insoslayables del derecho (derecho subjetivo, ley, etc.). Pero todas esas dimensiones están intrínsecamente conectadas con la cosa justa, que ilumina todo su sistema, como veremos.

Res iusta e *ius suum* no son exactamente lo mismo. *Ius suum* es ambivalente. Se refiere tanto al aspecto objetivo como al subjetivo: su derecho. Podría referirse a mi derecho (*ius meum*)²⁹ o a una cosa objetiva, como, por ejemplo, un derecho de hipoteca sobre un inmueble, una prenda sobre mueble o una servidumbre predial. La expresión *res iusta*, en cambio, objetiviza más el derecho, lo particulariza, lo cosifica, con sus ventajas e inconvenientes. Para un tratamiento del derecho como objeto de la justicia, *res iusta* se ajusta muy bien, porque todo objeto de una virtud es una *res*. Por lo demás, las cosas en el universo son anteriores a las personas. Si puedo oír es porque hay sonidos. Si puedo ver es porque hay cosas que ver. Mi vista y mi oído sin cosas que ver u oír no tienen utilidad alguna ni razón de ser. Para un medieval, las cosas están ahí con independencia de que las vea o no el sujeto. Y las cosas tienen un color, con independencia de quien las mire. Hoy sabemos que las células foto-receptoras captan parte del espectro de la luz, que, debido al efecto fotoeléctrico,

²⁶ GAYO, *Instituciones* 2.14.

²⁷ *Summa Theologiae*, II-II, q. 57, ad 2.

²⁸ Sobre esta aproximación del Aquinate, RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLABA, J. C., «Lecturas jurídicas de la obra de Santo Tomás de Aquino», *Dikaion*, 22 (2013), pp. 55-81.

²⁹ PLAUTO, *Rudens*, 1120: «*quoniam ius meum esse intellegis*».

se transforman en impulsos eléctricos, que llegan al cerebro a través de los nervios ópticos y crean la sensación de color. Identificar el derecho con la cosa justa sería, si se me permite la comparación, como comparar la luz con la cosa iluminada (*res luminosa*). Así como la luz integra y trasciende la cosa iluminada y el cerebro humano que la capta, así también el derecho integra y trasciende la *res iusta* y la persona misma que capta la justicia de las cosas.

Para el Aquinate, comenzar por lo objetivo para luego trascenderlo tiene pleno sentido. Aferrarse a este realismo en nuestros días, como hace Hervada, me parece más complicado, entre otras razones, porque la física cuántica nos está mostrando que el mundo exterior no existiría sin un observador³⁰. No hay que descartar que tuviera razón Werner Heisenberg cuando dijo que «la física moderna se ha decidido definitivamente por Platón. De hecho, las unidades más pequeñas de materia no son objetos físicos en el sentido ordinario; son formas, ideas que sólo pueden expresarse sin ambigüedades en lenguaje matemático»³¹.

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. 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 (p. 83).

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)³². Esto salto conduce a una excesiva patrimonialización del derecho, de la misma manera que la aplicación de la teoría del contrato al matrimonio canónico produjo una excesiva contractualización del matrimonio, que todavía sigue pesando sobre los canonistas occidentales.

Hervada establece como punto de partida de su construcción realista la premisa de que las cosas están repartidas (p. 23). Y esto lo hace porque si la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, la justicia presupone un reparto previo (para poder hablar de lo suyo debido) que no pertenece al ámbito de la propia

³⁰ GREENE, B., *The Elegant Universe*, 2 ed., W. W. Norton & Company, Nueva York, 2010.

³¹ HEISENBERG, W., *Natural Law and the Structure of Matter*, Rebel Press, Londres, 1970, p. 34.

³² GAYO, *Instituciones*, 1.8.

virtud y, por tanto, tampoco del derecho. Pero que no pertenezca al ámbito de la virtud, no significa que no pertenezca al ámbito de la justicia y menos todavía del derecho. Dios es justo³³, el Justo por antonomasia, pero en Dios su justicia, obviamente, no es una virtud. La justicia no es solo virtud. Es también una cualidad, un ideal, un valor, una dimensión, un orden, un nombre divino, una aspiración y un largo etcétera, que afecta al reparto inicial y al cosmos en su conjunto, por más que este no toque la virtud de la justicia.

Identificar la justicia con una virtud es semejante con identificar la religión con una virtud, si se me permite el símil, e identificar el derecho con el objeto de la justicia es como identificar el culto como objeto de la religión. Es un buen punto de partida, pero los aspectos doctrinales, morales, etc. de una religión no son cultuales pero sí son religiosos, y las religiones existentes en el planeta superan la idea de virtud. Lo mismo sucede con la relación entre justicia y derecho, y con la definición de derecho como objeto de la justicia.

Hervada afirma: «La estructura del *ius* o derecho del que aquí hablamos es la siguiente. El hombre, en virtud de su capacidad de dominio y apropiación, hace suyas las cosas. Con ello se establece una relación entre el hombre y la cosa, que, en principio, no es jurídica, sino una relación ontológica de dominio. El hombre que se adueña de un animal, se construye su vivienda, fabrica y usa unos utensilios, etc., domina su entorno en virtud de su poder ontológico y las cosas dominadas pasan a ser suyas en virtud de su capacidad de apropiación. (...) Lo primero que nace en el plano de las relaciones humanas, lo primero en el plano jurídico, es el deber o deuda; por eso la cosa es derecho, ante todo, en cuanto que es debida. Y porque los demás le adeudan, el titular del derecho puede exigir. La facultad de exigir o derecho subjetivo aparece en un segundo momento respecto de la deuda. La cosa se hace jurídica, se hace *ius*, o derecho, en virtud de su cualidad de debida. Esta cualidad es una cualidad de la cosa y, por ello, la cosa misma es derecho o *ius*. Lo jurídico no es sólo el derecho subjetivo –que en todo caso es facultad de la persona– sino también la cosa, porque la cualidad de debida es cualidad de la cosa; la cosa misma es la debida y exigible, por lo que ella misma es jurídica, es derecho o *ius*» (pp. 44-45).

³³ MATEO 6:33; LUCAS 18:7; HECHOS 17:31, 1 JUAN 1:9, entre otros muchos. Sobre este nombre de Dios, PSEUDO DIONISIO AREOPAGITA, *Los nombres de Dios*, cap. 8, n. 7, en *Obras completas*, BAC, Madrid, 2009, p. 78: «La justicia divina ordena y determina todas las cosas, y otorga a todos los seres, preservándoles de toda confusión y mezcla, todo lo que conviene a cada uno en conformidad con su estado».

Hervada transforma la *res iusta* en *res debita* y considera el *debitum* como una cualidad de la cosa que faculta su exigencia. 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. Eso explica que pueda ser injusto, por ejemplo, apropiarse de un animal salvaje si no es por un motivo razonable, o contaminar el aire sin motivo, aunque legalmente no esté penalizado.

Hervada dice que «la justicia no consiste en dar o repartir cosas a la Humanidad» (p. 36). Tampoco comparto esa opinión. ¿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 a ser la humanidad como tal la destinataria de la justicia o injusticia?

Según Hervada, «la justicia da a cada uno por igual sus derechos, pero no reparte esos derechos: este reparto corresponde en parte a la naturaleza y en parte a la sociedad humana» (p. 39). Esta idea de reparto le lleva a hacer 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 acciones³⁴. 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.

Hervada acaba incluso recurriendo en su teoría a la doctrina del título y el modo (el título del derecho y la ley como modo o medida del derecho). Y esto es forzar la realidad de las cosas. Ya de entrada porque los propios romanos pronto advirtieron que no era tan sencillo identificar los títulos y comenzaron a crear títulos nuevos cada vez más complejos y abstractos (ej. título putativo, *pro suo*, etc.). Como es sabido, el Código Civil alemán (BGB), por ejemplo, no incorporó la doctrina romana del título y modo, sino que optó por un modelo en el que la *traditio* tiene por causa un convenio abstracto (*abstrakte Vereinbarung*) entre el enajenante y el adquirente de transmitir

³⁴ GAYO, *Institutiones* 1.8.

la propiedad (principio de abstracción, §854.2 y §929 BGB), y no ya las justas causas romanas.

La definición del derecho como cosa justa separa a Hervada del derecho subjetivo, quien lo acaba reduciendo a una facultad moral de exigir la cosa justa. Esto dice Hervada: «No se trata de negar la existencia del derecho subjetivo o facultad moral sobre la cosa. Lo que queremos decir es que el *ius* o derecho del que hablamos no es el derecho subjetivo. Y que el arte del jurista no es el arte o la ciencia de los derechos subjetivos, como interpretaron algunos autores del s. XIX» (p. 49). En una teoría del derecho como objeto de la justicia, el derecho subjetivo es secundario, pero en una teoría del derecho que pretenda explicar la realidad de la dimensión jurídica en su conjunto, el aspecto subjetivo del derecho debe estar presente desde el primer momento, como, por otra parte, lo estuvo en Roma.

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.

IV. LA LEY COMO REGLA (Y MEDIDA) DEL DERECHO

Una vez identificado derecho con lo justo y la cosa justa, no le queda a Hervada más salida, aguda por lo demás, que identificar ley con la medida (con el modo, en la doctrina realista del título y el modo) de lo justo, es decir, con la regla del derecho (p. 132). Según Hervada, «la ley es regla de lo justo, del derecho. En otras palabras, la ley regula el derecho y la correlativa deuda, esto es, señala qué cosas pertenecen a cada uno, su derecho y su deber, cuándo y cómo se puede exigir el derecho o se debe pagar la deuda, etc. De lo dicho se desprende que la ley –en general la norma– tiene dos funciones respecto del derecho. Por una parte, las leyes pueden ser causa del derecho, pues en ocasiones reparten las cosas –corporales o incorporales–, otorgando títulos de atribución, que tienen carácter de deuda en justicia, esto es, crean derechos. Aunque no sea la única causa del derecho, la ley lo es no pocas veces; así ocurre, por ejemplo, cuando las leyes crean órganos de gobierno y les atribuyen las respectivas funciones» (p. 132).

Como en su teoría de la virtud de la justicia la coacción de la potestad no es un elemento esencial, Hervada reduce la ley a mera regla, lo que conlleva cierta simplificación. Porque una cosa es la ley (*lex*) y otra la regla (*regula*). Esta distinción estaba muy clara en el derecho romano, como la existente entre *ius* y *lex*, ya que las reglas, a diferencia de las leyes, pertenecían al mundo de lo jurídico, no de lo legal. Sorprende que Hervada separe derecho y ley, por una parte, y, en cambio, por otra, identifique regla y ley, como si operaran en el mismo ámbito.

La ley es una disposición vinculante de la potestad, sea pública o privada. Cicerón afirma que *lex* proviene de elegir y que esta elección es una propiedad esencial del concepto³⁵. En relación con las transacciones privadas, la *lex* consistía en una cláusula particular del contrato o una condición impuesta a una de las partes. Expresiones como *lex venditionis* (una condición insertada por un vendedor en un contrato de compraventa) o *lex donationis* (un término incluido por el donante en el acto de donación), entre otras, aparecen con frecuencia en los escritos jurídicos.

En el ámbito público, el significado principal de *lex* era una ordenación o disposición general vinculante. La definición de *lex publica* ofrecida por los juristas romanos era simplemente descriptiva. Ateyo Capitón definió la ley pública como «un decreto general del pueblo (*Populus*), o de los plebeyos (plebe), respondiendo a una petición de un magistrado»³⁶. Gayo restringió el término *lex* a «lo que el pueblo ordena y decreta», reservando la palabra *plebiscitum* para referirse a «lo que los plebeyos ordenan y establecen»³⁷.

La ley natural es fuerza natural, razón del sabio y criterio de justicia e injusticia. Como no hay nada superior a la razón, y la razón está presente tanto en Dios como en la humanidad, existe una asociación básica entre la razón divina y la razón humana³⁸. Quienes comparten la razón comparten la ley, y quienes comparten la ley comparten la justicia. Esta ley natural, en armonía con la naturaleza, argumentó Cicerón, no cambia y es eterna; no puede invalidarse, ni modificarse de ninguna manera, ni puede ser rescindida por completo. Ningún decreto del Senado o decisión del pueblo puede eximir a los seres humanos del cumplimiento de la ley natural, y ningún individuo necesita que nadie más lo explique o exponga³⁹. Basado en la idea de la ley

³⁵ CICERÓN, *De legibus* 1.19.

³⁶ AULO GELIO, *Noctes Atticae* 10.20.2.

³⁷ GAYO, *Instituciones* 1.3.

³⁸ CICERÓN, *De legibus* 1. 23.

³⁹ CICERÓN, *De re publica* 3.33.

natural, Cicerón afirmó que incluso una ley humana debidamente promulgada no debería quitar los derechos más básicos de los ciudadanos romanos, incluida su libertad⁴⁰.

Distinta de la ley es la regla. Reglas son formulaciones o sentencias breves, claras y sencillas que sirven a los juristas como criterios de interpretación de carácter general para resolver casos complejos, como la misma sociedad a la que el derecho sirve. Y es que cualquier sistema de elaboración jurisprudencial del Derecho acaba desembocando en las reglas jurídicas, cuyo carácter normativo *lato sensu* es casi un a priori⁴¹.

El primer libro de reglas del que tenemos noticia se debe a Neracio Prisco, a caballo entre el primer y segundo siglo. Escribieron también libros de reglas Pomponio, Gayo, Cervidio Escévola, y, ya a finales del siglo II d.C. o en el siglo III d.C., Paulo, Ulpiano, Licinio Rufino, Marciano y Modestino.

El desplazamiento de la autoridad jurisprudencial por la potestad imperial –sobre todo a partir de Constantino, en el siglo IV– vino a identificar el derecho con la ley, de suerte que el derecho dejó de ser jurisprudencial (arte de lo justo) para convertirse en un sistema normativo impuesto por el Emperador mediante leyes generales. Con todo, las reglas jurídicas –transformadas ya en máximas legales– continuaron desempeñando una importante función en la labor legislativa. La gran diferencia entre la época clásica del Derecho romano y la posterior de decadencia es que los juristas clásicos *creaban* la regla en tanto, en el derecho posterior, *se imponía*, reconociendo, eso sí, la autoridad del jurista romano que la formuló.

No ayuda a la teoría realista de Hervada convertir la ley en regla de derecho, pues descuida un aspecto principal de la ley, al menos en nuestros días: su carácter esencialmente imperativo y vinculante, derivado de su propia fuerza (*vis legis*) y no de la autoridad de su contenido, como sucede en la regla. Me parece que Hervada hubiera mejorado su teoría realista considerando la ley como la protectora de la *res iusta* o, si se me permite la expresión, como la *res iusta generalis ex vi*. Se puede objetar que las leyes permisivas no son coactivas, y es cierto, pero presuponen el principio de coacción y, por eso, renuncian a él no aplicándolo en un supuesto concreto.

⁴⁰ CICERÓN, *Pro Caecina* 33.95-97.

⁴¹ Sobre las reglas y su origen véase DOMINGO, R.; ORTEGA, J.; RODRÍGUEZ ANTOLÍN, B. y ZAMBRANA, N., *Principios de Derecho Global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados 2*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006 §1.

V. LA PERSONA COMO SER QUE SE PERTENECE A SÍ MISMO

El realismo pesa tanto en el pensamiento de Hervada que incluso se acerca al concepto mismo de persona desde la idea realista de pertenencia. «La persona, si bien tiene la facultad de comunicación, de relación con el otro, de tener con él cosas comunes, es, en su ser radical, incommunicable, es decir, se trata de un ser *sui iuris*, incapaz de pertenecer a otro. Esta incapacidad no es un defecto sino una perfección: se trata de aquella tan elevada forma de ser, por la cual el ser se posee a sí mismo y es plenamente él, con un ser y una existencia irrepetibles e incommunicables (p. 56)⁴².

No comparto la aproximación jurídica de Hervada a la persona como ser que se pertenece a sí mismo y menos todavía la idea de que ahí radique precisamente su dignidad e incluso la legitimidad para ser sujeto de derecho: «Mas la persona, porque es dueña de sí, es naturalmente titular de unos derechos, al menos de aquellos que constituyen bienes inherentes a su propio ser» (p. 87). Seguimos citando a Hervada: «el conjunto de bienes inherentes a su ser representa cosas suyas, que los demás no pueden interferir y de las que no pueden apropiarse más que por vía de fuerza y violencia, que lesionaría el estatuto ontológico de la persona; son, pues, derechos de la persona, derechos que la persona tiene en virtud de su naturaleza. Se trata de derechos naturales del hombre en el sentido más riguroso y estricto de la palabra. Estos derechos o bienes, que pertenecen a la persona por ser integrantes de su ser –sobre el que la persona tiene el más riguroso y estricto dominio– engendran en los demás el deber de respeto y, en caso de daño o lesión injustos, el deber de restitución (v. gr. la reparación de la buena fama) y, de no ser posible, el de compensación» (p. 82).

Con gran brillantez, Hervada conecta la posesión de uno mismo con los bienes inherentes a uno mismo que son cosas debidas y por tanto derechos. Aplaudo la idea de considerar los derechos naturales como bienes inherentes, en ese sentido objetivo. Lo que me cuesta admitir es el argumento que elabora Hervada sobre la pertenencia propia, porque si un ser humano es uno mismo, entonces no se puede pertenecer a sí mismo. Respecto a uno mismo no cabe la pertenencia. La pertenencia está en el ámbito del tener, de las cosas, de la *res*, no en el ser. Por eso, la idea de pertenencia no se puede aplicar a la persona

⁴² Obviamente, Hervada habla con categorías ontológicas; por eso toda persona, aunque padezca las enfermedades mentales o pierda la consciencia, se pertenece ontológicamente a sí misma (p. 65, nota 25).

misma y en modo alguno puede fundamentar su dignidad. La autoconsciencia no es pertenencia; la relación personal no es una relación de pertenencia; tampoco la comunión en sentido estricto.

El ser humano, como ser personal, se comunica directamente con Dios como hijo; por eso, está llamado a la comunión plena y libre en el amor de Dios. La dignidad humana radica en que estamos hechos a imagen de Dios⁴³. Somos de Dios y somos en Dios, y solo pertenecemos (si este es el término adecuado) a Él⁴⁴. No nos pertenecemos a nosotros mismos. Hervada conoce a fondo y comparte la doctrina de la *imago Dei*, pero prefiere no servirse de ella en su teoría jurídica, quizás por ser metajurídica.

Toda dimensión de la realidad solo se entiende plenamente desde las dimensiones superiores. Por eso, lo jurídico debe acudir a lo moral (Hervada lo hace), pero también a lo espiritual, como la doctrina de la imagen de Dios, sin temor alguno. Naturalmente no se puede imponer una doctrina espiritual en un mundo libre, pero no creo que esto justifique renunciar a ella. Solo desde el ámbito espiritual, se puede trascender, por ejemplo, la tensión entre lo objetivo y lo subjetivo que tanto preocupa a Hervada.

VI. CONCLUSIÓN

En 1992, Juan Pablo II rindió homenaje a Galileo, condenado por el tribunal del Santo Oficio en 1633 por defender el heliocentrismo⁴⁵. El pontífice polaco reconoció el error categorial de los teólogos católicos consistente en pensar que el conocimiento de la estructura del mundo físico venía, en cierta forma, impuesto por el sentido literal de la Sagrada Escritura. Se trataba, por tanto, de una invasión de los ojos de la contemplación y la razón sobre los ojos de la carne: una imposición del razonamiento deductivo, basado en premisas, sobre el inductivo, basado en la observación de la realidad.

En mi opinión, algo semejante puede llegar a suceder con el realismo de Hervada si no se adoptan ciertas cautelas ya que se trata de una imposición del razonamiento deductivo a partir de la definición de justicia sin la debi-

⁴³ Génesis 1:26-28; 5:1-3; y 9:6.

⁴⁴ Salmo 100:3: Reconoced que Jehová es Dios: Él nos hizo, y no nosotros a nosotros mismos. Pueblo suyo somos, y ovejas de su prado.

⁴⁵ Ver, JUAN PABLO II, *Discurso a la Sesión Plenaria de la Academia Pontificia de Ciencias*, de 31 octubre de 1992. Puede consultarse en: <http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/speeches/1992/october.index.html>

da observación de la realidad del derecho como hecho, con sus instituciones, sistemas, ordenamientos, leyes, contratos, sentencias, costumbres y un largo etcétera. Una teoría del derecho en nuestros días, sobre todo la elaborada por un jurista, requiere no solo una teoría del objeto de la justicia como virtud, sino también una teoría de la adjudicación (*ius dicare*), de la jurisdicción (*ius dicere*), una teoría de los derechos, una teoría de la ley en sentido amplio, una teoría de la *compliance*, etc.

Cualquier teoría, y más si se denomina realista, debe tratar de explicar la realidad, objetiva y subjetiva a la vez, no de encajar la realidad en los moldes de la teoría, ni tampoco fragmentar la realidad, considerándola la suma de cosas no conectadas, como venía haciendo la física clásica. En su visión de *ius* como la cosa justa (*res iusta*), Hervada fuerza la experiencia histórica romana, pero sobre todo la realidad. *Ius* es la cosa justa, pero es mucho más que la cosa justa. *Ius* es también *ordo*, sistema, institución, ley, fenómeno, hecho, norma, acto, principio. El derecho es mucho más que el objeto de la justicia. La intuición del Aquinate de comenzar a construir desde la cosa justa como un *princeps analogatum* es acertada y la comparto, como la compartió Hervada. Pero el Aquinate no cayó en el reduccionismo de Hervada, porque santo Tomás no hizo una teoría jurídica del derecho y la justicia y su perspectiva fue multidisciplinar y fundada en la teología.

El gran acierto de Hervada consistió en conectar el derecho con la justicia, con la naturaleza, con la moral, y no solo con la voluntad de poder. Su gran intuición le permitió no entrar en el callejón sin salida del subjetivismo racionalista y del normativismo positivista. Ya solo ese acierto y esa intuición original merecen mi máximo respeto intelectual. El camino que inició Hervada, guiado por los juristas romanos y sobre todo por Tomás de Aquino, es un buen camino. Pero queda todavía mucho por recorrer y no pocos escollos que superar hasta lograr una solución no solo respetable, sino respetada.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS⁴⁶

Corpus Iuris Civilis, vol. I: *Institutiones. Digesta*, ed. Theodor Mommsen y Paul Krüger, 16 ed, Berlín, Weidmann, 1954.

Corpus Thomisticum. Opera Omnia S. Thomae, ed. Enrique Alarcón, Universidad de Navarra, Pamplona, 2000, <https://www.corpusthomicum.org/>

⁴⁶ Las citas de autores clásicos latinos proceden de The Latin Library: <http://www.thelatinlibrary.com/>

- Diccionario de la Lengua Española*, <https://dle.rae.es/justedad#9iQX2Sz>
- DOMINGO, R., «Ius ratumque y ius potestasque. Una contribución al estudio del concepto de ius», *Persona y Derecho*, 25 (1991), pp. 47-58.
- DOMINGO, R. (ed.), *Juristas universales I. Juristas antiguos*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- DOMINGO, R., *Roman Law: An Introduction*, Routledge, Londres, 2018.
- DOMINGO, R. (ed.), *Textos de Derecho romano*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, §2 (Instituciones de Gayo).
- DOMINGO, R., ORTEGA, J., RODRÍGUEZ ANTOLÍN, B. y NICOLÁS ZAMBRANA, N., *Principios de Derecho Global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados 2*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- HEISENBERG, W., *Natural Law and the Structure of Matter*, Rebel Press, Londres, 1970.
- HERVADA, J., *Introducción crítica al derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 1981 (11 ed. 2011).
- HONORÉ, T., *Ulpian: pioneer of human rights*, Oxford University Press, Oxford, 1 ed. 1982; 2 ed., 2002.
- GREENE, B., *The Elegant Universe*, 2 ed., W. W. Norton & Company, Nueva York, 2010.
- GROCIO, H., *De iure belli ac pacis libri tres*, The Classics of International Law, Washington DC, 1925.
- GUZMÁN BRITO, A., «Historia de la atribución de categorías o predicamentos a derecho (*ius*)», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 33 (2011), pp. 273-317.
- JUAN PABLO II, *Discurso a la Sesión Plenaria de la Academia Pontificia de Ciencias* de 31 octubre de 1992.
- KASER, M., *Das altrömische ius*, Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga, 1949.
- MEGÍAS, J.J., «El derecho subjetivo en el derecho romano. Un estado de la cuestión», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 25 (2003), pp. 35-54.
- D'ORS, Á., *Nuevos Papeles del oficio universitario*, Rialp, Madrid, 1980.
- PSEUDO DIONISIO AREOPAGITA, *Los nombres de Dios*, en *Obras completas*, BAC, Madrid, 2009.
- RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLABA, J. C., «Lecturas jurídicas de la obra de Santo Tomás de Aquino», *Dikaion*, 22 (2013), pp. 55-81.
- SIMÓN-YARZA, F., «Individual Rights», *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- VILLEY, M. *Précis de philosophie du droit*, I, Dalloz, Paris, 1975.
- WITTE, JR., John, *The Reformation of Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.