

PRESENTACIÓN

CONSIDERACIONES GENERALES

El libro que el lector tiene en sus manos consta de cuatro trabajos académicos primerizos de Javier Hervada: «*El ordo universalis*» como fundamento de una concepción cristiana del Derecho», «El Derecho como orden humano», «Sugerencias sobre los componentes del Derecho» y «La prudencia jurídica y el Derecho canónico». De estos, tres fueron publicados en revistas científicas durante la década de 1960-1970, mientras que otro permaneció inédito durante más de cincuenta años, hasta que en 2010 una copia del mismo fue hallada en el Archivo General de la Administración de Alcalá de Henares, después de lo cual fue pasado a medios magnéticos y puesto a disposición del público en la página web del autor.

Tratándose de obras que han conocido previamente la imprenta o, al menos están disponibles en lo que está llamado a ser el sustituto de la comunicación impresa, se hace necesario explicar por qué se vuelven a publicar. Cuatro razones justifican esta decisión: i) la relativa relegación del material ya publicado, ii) la conveniencia de devolver a los escritos la unidad que alguna vez tuvieron, iii) la importancia de los mismos para la comprensión de la evolución del pensamiento hervadiano y iv) el gran valor conceptual que las obras revisten.

i) Respecto de lo primero valga anotar que tres de las obras contenidas en este volumen no han sido reimpresas desde su primera publicación, hace más de cuatro décadas, mientras que la restante nunca llegó a la imprenta y, a pesar de estar disponible en línea, su edición es rudimentaria, y su difusión muy precaria. En otras palabras, se trata de obras que, si

bien pueden estar disponibles para quien las busque con ahínco y conocimiento previo, distan mucho de tener el reconocimiento que se merecen.

ii) La segunda razón es, tal vez, la más importante: la publicación de los trabajos que aquí se presentan como estudios autónomos de alguna manera desfiguró la naturaleza de los mismos. En efecto, los artículos monográficos fueron pensados como capítulos de una obra unitaria y, de hecho, así fueron presentadas por primera vez en 1959 y posteriormente en 1964. Y es que lo que en esta ocasión se da al lector no es otra cosa que la reconstrucción de las memorias para la oposición a la cátedra de Derecho Canónico en las universidades estatales realizadas en tales años. Así las cosas, se entiende que los artículos aquí presentados fueron concebidos como elementos mutuamente referidos, que en algunas ocasiones se aparecen como presupuesto necesario para la correcta comprensión de una reflexión ulterior y, en otras, como desarrollo natural de algo que se encuentra germinalmente en instancias precedentes. Perder de vista esta articulación inicial podría llevar a equívocos u opacar algunos aspectos que, de otra manera, aparecerían más nítidos. El mejor ejemplo de ello es, tal vez, el inicio de «El Derecho como orden humano», claramente enlazado con la conclusión de «*El ordo universalis* como fundamento del Derecho». A su vez, la última de las obras señaladas solamente logra hacer la conexión entre lo cósmico y lo jurídico que se anticipa en su título en la medida en que se relaciona con una serie de reflexiones sobre la naturaleza, estructura y dinámica del orden jurídico. Privada de la perspectiva de juridicidad que le dan los escritos posteriores, propiamente jurídicos, la obra en mención simplemente sería una breve y clarísima síntesis de la metafísica tomista.

Por otra parte, se ha de resaltar que la reconstrucción de las memorias presentadas a las oposiciones a la cátedra de Derecho Canónico ofrece una visión mucho más completa del concepto de Derecho en clave del realismo conceptual que la lectura aislada de cada uno de estos trabajos u otros de temática similar. En efecto, varias son las obras en las que Hervada expone la noción de Derecho desde la perspectiva del realismo conceptual. Estas aproximaciones, sin embargo, suelen subrayar algún aspecto de lo jurídico y se acometen desde un determinado nivel de abstracción. Así, por ejemplo, «El Derecho como orden humano» y «La prudencia jurídica y el Derecho canónico» bien podrían calificarse de trabajos de Filosofía y Teología del Derecho, en tanto que las «Sugerencias sobre los componentes del Derecho» tiene un carácter más científico, pudiendo

calificarse como una obra de Teoría general del Derecho. Leer de modo ordenado y unitario este trabajo tiene, por lo tanto, la ventaja de permitir al lector «conectar» varios niveles de reflexión sobre el derecho y, de hecho, si se examina el orden de los tres primeros capítulos es posible observar claramente el paso de la reflexión puramente metafísica y teológica a la especulación iusfilosófica y su enlace natural con un nivel de teoría general del Derecho. Todo lo anterior, desde luego, bien se puede lograr sin necesidad de emprender para ello una especial labor editorial y, de hecho, son varios los canonistas y filósofos del derecho que han demostrado verdadera maestría en las obras de fundamentación de Javier Hervada sin que hayan necesitado para tal efecto contar con una recopilación de sus trabajos teóricos como la que se presenta. Sin embargo, sin tratarse de una labor necesaria, sí se puede afirmar que la reunión de trabajos hasta el momento dispersos facilita al investigador la consideración de las diversas formas de conceptualización y fundamentación del fenómeno jurídico presentes en la monumental obra del profesor español.

iii) La tercera razón que justifica la reimpresión de estos trabajos, hasta el momento relegados, radica en su importancia para la comprensión de la evolución del pensamiento hervadiano y, en tal sentido, documentos que no están exentos de interés para el historiador de la ciencia jurídica –secular, pero especialmente canónica – y del pensamiento iusfilosófico. La modestia natural del carácter del Prof. Hervada y cierta tendencia a la autominusvaloración entre los académicos provenientes del mundo de habla hispana, pueden llegar a opacar el valor objetivo de la obra del profesor español. A pesar de ello, cada vez crece más la conciencia de que la obra hervadiana constituye un corpus científico de altísima calidad y sorprendente completitud, con vocación de pertenecer al selecto catálogo de «clásicos del pensamiento jurídico» o, por lo menos, al de los «clásicos del pensamiento jurídico contemporáneo». La consolidación paulatina de esta opinión se empieza a ver reflejada en el creciente número de tesis doctorales terminadas o en proceso sobre la obra del profesor de Navarra (de momento tengo noticia de cinco¹), así como de trabajos académicos de

1. Cfr. Massimo DEL POZZO, *La evoluzione della nozione di diritto nel pensiero canonistico di Javier Hervada*, Roma, Edizioni Università della Santa Croce, 2005; José Ramón URÍA REHERMANN, *Relación entre norma jurídica y norma moral en el realismo jurídico de Giuseppe Graneris y Javier Hervada*, Roma, Pontificia Universitas Salesiana, Facultas Iuris Canonici, 2007; Fernando CASSOL, *Elementos para una antropología de la familia en el pensamiento de Javier Hervada*, Roma, Università della Santa Croce, 2005; Roberto ROCHA DE BARROS, *Las relaciones entre*

otra índole, conferencias, cursos sobre su obra, y en la no escasa traducción de sus trabajos.

No son pocas las razones por las que se debe considerar a Hervada un autor de referencia obligada dentro del pensamiento jurídico. En efecto, el profesor de Navarra tiene el mérito de haber sistematizado y reconducido a una auténtica teoría jurídica los elementos de la iusfilosofía aristotélico-tomista que, para el momento de su conversión científica, ya volvía a estar en boga. Antes de la «Introducción Crítica al Derecho Natural», ya existían en el mundo académico críticas al normativismo y al positivismo formuladas desde las coordenadas del pensamiento aristotélico-tomista e incluso se hablaba ya de «realismo jurídico clásico». Sin embargo, estas primeras formulaciones realistas o bien se concentraron demasiado en su función crítica (v.gr. en mostrar que el positivismo moderno ha abandonado la idea originaria del *ius*) o bien desarrollaron ideas iusfilosóficas concretas (v.gr. el derecho es la cosa debida) sin preocuparse por dar una visión de conjunto, una explicación general y comprensiva del fenómeno jurídico y, mucho menos, por verter la filosofía jurídica realista en una auténtica teoría o ciencia del derecho. Esto lo hizo Hervada, en primer lugar, dotando al realismo jurídico clásico de su primer tratado de teoría jurídica: la «Introducción Crítica al Derecho Natural», de la cual ha resaltado el Prof. Cristóbal Orrego Sánchez:

«La coherencia interna del pensamiento de Hervada se aprecia con singular claridad en su Introducción Crítica al Derecho Natural, una obra equiparable, en cuanto a coherencia con sus puntos de partida y al intento de ir al fondo de las cuestiones planteadas, a la Teoría Pura del Derecho (Kelsen), El concepto de Derecho (Hart) y Natural Law and Natural Rights (Finnis), entre otras obras de relieve en la filosofía jurídica de nuestra era»².

Este mismo paralelismo entre la «Introducción Crítica al Derecho Natural» y otras obras emblemáticas de las grandes corrientes doctrinales del siglo XX, ha sido puesto de relieve por Hervada:

la persona humana y el derecho según Javier Hervada, en curso, Universidad Austral; Camila HERRERA PARDO, *Fundamentos filosóficos y científicos del Realismo Jurídico de Javier Hervada*, en curso, Universidad de Navarra.

2. Cristóbal ORREGO SÁNCHEZ, «La Introducción Crítica al Derecho natural y la renovación del iusnaturalismo clásico», en Pedro RIVAS (editor), *Natura, Ius, Ratio, Estudios sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada*, Lima, Ara Editores, 2005, pág. 57. Cfr. también, Cristóbal ORREGO SÁNCHEZ, *Analítica del Derecho justo: La crisis del Positivismo y la crítica del Derecho Natural*, México, Universidad Autónoma de México, *ob. cit.*, pág. 155.

«Yo estaba acostumbrado a que las distintas teorías sobre el derecho y la justicia contasen siempre con una monografía, un manual o una serie de estudios que daban una visión completa de esa teoría. A título de simples ejemplos, pondría el pensamiento kelseniano expuesto en la conocida *Teoría pura del derecho*, Rawls compuso su *Teoría de la justicia*, de Hart tenemos *El concepto de derecho*, de Ross poseemos *Sobre el derecho y la justicia*, de Reale –entre otras obras– la *Introducción al derecho*, de Kantorowicz *La definición del derecho* y así sucesivamente; los ejemplos podrían multiplicarse. Cada corriente de teoría sobre el derecho y la justicia cuenta con una suficiente exposición en libros como los citados o en tratados o manuales de filosofía del derecho.

Nada de esto poseía el realismo jurídico clásico, como ya he hecho notar. Esta situación me pareció anómala y por eso me impuse la tarea de remediarla en la medida de mis modestas fuerzas. Ciertamente modestas; sin embargo tenía tras de mí una tradición de filósofos o juristas, como Aristóteles, los juristas romanos, Tomás de Aquino, en los que podía apoyarme y que suplirían mis deficiencias. Además me encontré con una situación paradójica; la teoría que desarrollé era clásica, pero por las razones históricas ya señaladas, iba a aparecer con un tinte de novedad al chocar con el normativismo y el positivismo ambientales»³.

Más allá del mérito de una determinada obra en particular, lo cierto es que Hervada es uno de los pocos que logra verter en los límites de la moderna teoría jurídica, la enorme riqueza de la iusfilosofía realista. Al hacerlo, no solamente dotará al realismo jurídico clásico de una nueva forma de expresión científica sino que propondrá alternativas eficaces a las aporías a las que la ciencia jurídica moderna y contemporánea se ve abocada en razón de su fundamentación inmanentista.

Este logro de conciliar la iusfilosofía con un auténtico sistema científico –teoría y dogmática del derecho–, esto es, de acudir a las fuentes últimas de la juridicidad y ponerlas al alcance del jurista y el científico del derecho para su mejor comprensión del fin y naturaleza de instituciones jurídicas particulares o del ordenamiento jurídico en general, no se limita, como ya se ha dicho, a una sola obra sino que, se evidencia en toda la producción científica de Hervada.

Lo anterior es relevante para cualquier persona con interés en la teoría jurídica y su historia, pero más aún para el canonista. En efecto, las

3. JAVIER ESCRIVÁ IVARS, *Relectura de la obra científica de Javier Hervada (II)*, Pamplona, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2009 (http://www.javierescriva.com/wpcontent/uploads/2009/01/relectura_hervada_ii.pdf, pág. 581).

aportaciones del prof. Hervada al desarrollo de la ciencia canónica son de especial importancia en la medida en que en el momento en que hicieron su aparición las primeras obras académicas del Prof. Hervada la ciencia canónica de su época se debatía entre la adhesión a una teoría jurídica basada en la «filosofía tradicional» pero científicamente defectuosa y metodológicamente hablando «en pañales» frente a la más desarrollada ciencia jurídica secular, o la mimesis con la última sin considerar que ésta llevaba en su seno principios irreconciliables con el cristianismo, como, por ejemplo, el immanentismo absoluto. Tras el Concilio Vaticano II, al canonista se le plantearía una tercera y muy peligrosa tentación: la de confundir su saber con el del teólogo, en respuesta a una errónea interpretación del llamado que el Concilio hiciera a comprender al Derecho canónico a la luz del Misterio de la Iglesia.

La obra de Hervada –y en general la de la escuela de Lombardía– viene a ser una feliz alternativa a esta aparente aporía. En este sentido, si la conciliación de ciencia del Derecho con una fundamentación filosófica y realista hace de Hervada autor de referencia obligada para todo jurista, lo es con más razón en el caso de los canonistas.

Si, según se ha dicho, la obra de Hervada es –cuanto menos– equiparable a la de un Kelsen en lo que se refiere a la Teoría general del Derecho y no tiene parangón entre los canonistas del siglo XX, se sigue que el estudio de la evolución interna de su pensamiento tiene, en sí mismo, valor científico. Por una parte, se trata de un tema que hace parte de la Historia de la ciencia del Derecho, como disciplina autónoma. Por otra parte, y esto es lo que me parece más importante, la plena comprensión de las aportaciones científicas de un autor exige frecuentemente la consideración de su biografía intelectual, de cuáles son sus fuentes, de cuál es su punto de partida y a qué problemas busca responder.

Pues bien, las obras que el autor tiene en sus manos tienen un especial valor histórico. En efecto, ellas podrían considerarse el manifiesto iusfilosófico y iusteórico de lo que Hervada ha llamado el realismo conceptual, esto es, de la visión del derecho que el profesor de Navarra abrazó en la primera fase de su vida académica. Se trata, pues, de obras que, de alguna manera, proporcionan al lector una radiografía del pensamiento jurídico del «primer Hervada»⁴ y que, por lo tanto, sirve de base para la conside-

4. Las expresiones «primer Hervada» y «segundo Hervada» fueron empleadas en un principio por Pedro Lombardía, para referirse al cambio de orientación de los intereses

ración de la novedad que supuso la «conversión» del autor al realismo jurídico clásico y de las peculiaridades científicas del «segundo Hervada», más maduro y más conocido.

Se debe resaltar, además, que si bien es cierto que el Prof. Hervada se refiere al paso del realismo conceptual al realismo clásico en términos de «conversión» inmediata y empleando a veces el lenguaje propio de quien tiene ante sí una revelación súbita⁵, del cotejo de las obras de su primera etapa con su producción más madura resulta inequívoco que, aunque hay un cambio importante, éste no llega a ser en ningún momento una ruptura y que, por más de que sea cierto que realismo conceptual suscrito inicialmente no es el posterior «realismo jurídico clásico», de alguna manera lo prepara y lo anticipa. Ciertamente, el enunciado de que el derecho, es la *ipsa res iusta*, no es un mero corolario del realismo conceptual a la espera de ser descubierto. Sin embargo, tampoco deja de ser verdad que algunos de los planteamientos del realismo conceptual son condición necesaria para la aceptación de la idea realista. Así, por ejemplo, si bien no hay nada en la teoría jurídica hervadiana previa a 1979 que sugiera que el

científicos de su discípulo, ahora más preocupado en temas de Derecho natural y Filosofía del Derecho que en temas específicos de Derecho Canónico (Cfr. Massimo DEL POZZO, *La evoluzione della nozione di diritto nel pensiero canonistico di Javier Hervada*, Roma, Edizioni Università della Santa Croce, 2005, *ob. cit.*, pág. 293). A pesar de que en un principio las antedichas expresiones tuvieron una connotación más o menos jocosa y fueron más bien una broma interna entre colegas y amigos, con el tiempo fueron haciendo carrera entre los discípulos y estudiosos de la obra de Hervada, que utilizaron el término para diferenciar las etapas previa y posterior a la «conversión» del maestro al realismo jurídico clásico. Así, las expresiones han empezado a hacer carrera en los comentarios de Carlos J. ERRÁZURIZ (Cfr. Carlos José ERRÁZURIZ, «Circa la concezione del diritto canonico in Pedro Lombardía e Javier Hervada», en *Ius Canonicum* (1999), vol. especial en honor de Javier Hervada, *cit.*, pág. 17 y muy especialmente en la obra del Prof. Massimo del Pozzo, quien ha dedicado un estudio doctoral completo al análisis del tránsito del «primer Hervada» al «segundo Hervada» en la obra canónica de este autor. (Cfr. Massimo DEL POZZO, *La evoluzione della nozione di diritto ... ob. cit.*).

5. Así, en la Relectura de su obra científica el profesor español escribe: «En la fecha incierta indicada, paseando y pensando, de pronto lo vi, lo comprendí, no como fruto de mis inútiles reflexiones, sino como una luz que de pronto y sin saber cómo me iluminó; fue algo así como si de repente, en un instante, las piezas sueltas de un rompecabezas –de un puzzle como se dice ahora– que hasta entonces se me resistía, se me hubiesen ofrecido a la vista perfectamente colocadas, por sí mismas y no por mi esfuerzo, o mejor, a pesar de mi esfuerzo. Mi conversión al realismo jurídico clásico no fue, pues, fruto de mis reflexiones, sino de una intuición o visión independiente de ellas. Como Kant–claro que en mi modestia y sin querer compararme con tan preclara inteligencia– fue como despertar de un sueño, una repentina claridad, buscada sin encontrarla, que me fue ofrecida en un instante más allá de mi búsqueda. Por eso, hablo de intuición repentina, de ver, de luz inesperada». JAVIER ESCRIVÁ IVARS, *Relectura de la obra científica de Javier Hervada (II)*, *ob. cit.*, pág. 581.

analogante principal del derecho sea lo justo, sí hay en estos escritos una aceptación de que el término derecho se dice análogamente y de que, en ningún caso puede verse reducido al mero conjunto de normas. Más aún, el estudio comparativo de obras como las que en este volumen se presentan y las más conocidas de los años posteriores, demuestra que lo dicho en primera instancia no solamente no está en contradicción con el realismo jurídico clásico sino que puede ser acogido por éste. De este modo, la idea de sistema u ordenamiento jurídico por el que propugnan los estudios juveniles de Hervada puede perfectamente ser reformulada en clave del realismo jurídico clásico, siempre y cuando se entienda que en el centro del ordenamiento mencionado se encuentra la *ipsa res iusta*.

Dado que la mayoría del realismo conceptual se puede considerar compatible con el realismo jurídico clásico y que, de hecho, Hervada no abandonó por completo los temas tratados en sus obras jurídicas juveniles, buena parte del contenido de estos cuatro trabajos reaparece en las «Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho», se puede sostener que la obra juvenil de Hervada tiene un gran valor para la comprensión del contenido de su obra más madura.

iv) Finalmente, se ha de resaltar que independientemente de su papel en la evolución del pensamiento jurídico hervadiano, las obras aquí contenidas tienen un interés científico innegable.

Cuando empezamos a hablar de la posibilidad de reeditar tres de los artículos científicos que aquí se presentan, el Prof. Hervada manifestó una comprensible oposición. Su principal objeción consistía –y en cierto modo sigue consistiendo– en que la concepción del derecho en ellos expresada no coincide con su pensamiento maduro y no es, por tanto, algo que pueda suscribir plenamente. Creo, sin embargo, que al acceder a reeditar sus obras juveniles, el maestro español ha sido justo con la ciencia jurídica y con las generaciones de juristas (seculares y canonistas) venideros que, sin duda obtendrán gran provecho de la lectura de sus obras. Y es que, aunque la obra del «segundo Hervada» tienda a eclipsarlo, el «primer Hervada» es, a todas luces, un autor profundo, riguroso y original, cuyo mérito científico no decrece por la circunstancia de que sus postulados fuesen precisados (mas no negados) con el tiempo. Abusando de los poderes imaginativos del lector me atrevo a sostener que si fuera posible «separar» al Hervada juvenil del maduro, subsistiendo autónomamente cada uno de ellos, uno y otro merecerían un lugar de honor entre los científicos del derecho contemporáneos más ilustres.

En lo que se refiere a los cuatro trabajos concretos que aquí se presentan, se puede decir que el interés radica en que en ellos se contienen la más profunda explicación sobre las fuentes y la razón de ser del derecho de todo el corpus hervadiano. En ninguna parte de toda la obra del profesor español hallará el lector una explicación más radical de la causa y la razón de ser del fenómeno jurídico y, sinceramente dudo que pueda encontrar algo parecido en la obra de otros autores contemporáneos, que usualmente o bien tienen una actitud despectiva frente a la filosofía o bien se muestran partidarios de «antisistemas filosóficos» esto es, de posturas que más que permitir señalar la fundamentación de lo jurídico, niegan con ahínco la posibilidad misma de fundamentar objetivamente cualquier realidad, abandonándolo todo a la arbitrariedad y al caos.

LOS ESTUDIOS CONTENIDOS EN ESTE VOLUMEN

Hasta el momento se han argumentado cuatro motivos que justifican la reimpresión (o la primera impresión) de los cuatro trabajos académicos que aquí se contienen. El cuarto de ellos, consistente en el interés intrínseco que éstos revisten, exige, sin embargo, una consideración más detallada sobre el valor científico de cada uno de ellos, a la cual se procede a continuación.

a) «*El ordo universalis como fundamento de una visión cristiana del Derecho*»

De los cuatro trabajos de los que consta este volumen, *El ordo universalis como fundamento de una visión cristiana del Derecho* es el más llamativo. Por un lado, se trata del menos conocido de todos (es prácticamente inédito) y, por ende, el menos aprovechado por el público científico. Por otra parte, se trata del uno de los pocos escritos de Javier Hervada cuyo contenido no es directa ni principalmente jurídico.

El *ordo universalis* contiene, en efecto, consideraciones de carácter metafísico y teológico que, por situarse en un plano epistemológico antejurídico, pueden proyectarse sobre todo el derecho. Mas concretamente, en esta obra se encuentran expuestos –entre otros– los principios fundamentales del realismo jurídico clásico: la participación y la finalidad. A partir de ellos, el autor irá sentando las bases de una concepción antropológica en la que el alto nivel de participación en el ser da lugar al gobierno sobre

el propio ser y sobre las cosas, así como al poder social, a la par que la natural inclinación hacia los fines dará lugar a una dimensión deóntica, extraña a los demás seres de la naturaleza. En otras palabras, en esta obra, no directamente jurídica, se puede encontrar la razón última de toda juridicidad.

La opción de acometer esta clase de estudio puede llegar a parecer innecesaria e insólita y existen buenas razones para sospechar que el jurado calificador de la susodicha oposición debió recibir con cierta sorpresa el hecho de que uno de los candidatos dedicara más de cien hojas a una «introducción» en la que la problemática jurídica prácticamente ni se menciona. El autor mismo, parece ser consciente de la perplejidad que puede causar a algunos el que un científico del derecho se «desvíe» de su ocupación intelectual para entrar en cotos epistemológicos ajenos, pues en las primeras páginas de su estudio se apresta a contestar a las posibles objeciones que al mismo se planteen, invocando los comentarios al título *De Summa Trinitate et de Fide Catholica*, presente en «las mejores obras de los clásicos» y precisando, posteriormente, que la exacerbación de la saludable distinción entre Derecho canónico y Teología tuvo como consecuencia indeseada una relegación de la fundamentación que podría eventualmente llevar a que el edificio conceptual de la ciencia canónica quedase despojado de sus cimientos, en vista de lo cual, se hace necesario volver sobre los mismos.

La audaz elección de Hervada, se ha de notar, no solamente guarda plena concordancia con el espíritu de los clásicos del Derecho canónico que, tanto a nivel legislativo como científico antecedieron el estudio de lo debido en el pueblo de Dios de una consideración más general sobre Dios y el cosmos (el consabido título de las Decretales y sus correspondientes comentarios), sino que también hace eco a la más pura tradición iusfilosófica clásica. Concretamente, quien esto escribe no puede evitar encontrar similitudes entre el tratado *De legibus* ciceroniano y la estructura expositiva adoptada por Hervada en la memoria en cuestión.

El parecido es evidente. Al serle solicitada una exposición sucinta sobre el Derecho civil el romano se negó a hacerlo a partir de la mera consideración del edicto de los pretores y de las doce tablas –como era común en ese momento– y estimó inevitable acudir a la más alta filosofía para cifrar en la razón suprema que rige el universo la causa de todo el derecho, y para apelar a la semejanza divina que la naturaleza racional supone como

fundamento de toda posible convivencia humana y del orden jurídico. Esos temas (sumados a otros de índole estrictamente teológica) serán justamente los que Hervada estimará indispensables para la comprensión de lo jurídico y cuya exposición incluirá en la respuesta a la pregunta sobre la naturaleza, el método y las fuentes del Derecho canónico, planteada por el jurado de las oposiciones.

Ahora bien, por inusual que sea el apelar al orden cósmico para fundamentar el derecho, lo cierto es que entre los dos términos señalados hay una conexión necesaria que no se puede desconocer sin caer en la incoherencia. En efecto, cualquier pretensión de vigencia del orden jurídico presupone la existencia y la posibilidad del orden. En un mundo desordenado y absurdo simplemente no cabe esperar orden en las relaciones humanas o jurídicas. Ciertamente, no han faltado los intentos de apelar a una racionalidad puramente «lógica» y no radicada en la realidad, como fundamento de la legitimidad de lo jurídico y así como los intentos de establecer un «paraíso de ideas jurídicas». Estos paraísos lógicos que se sobreponen a un mundo absurdo y que no encuentran respaldo en la naturaleza humana, pueden llegar a ser fuente de diversión solipsista para el teórico del derecho, pero jamás de legitimación o de obligaciones auténticas para los sujetos jurídicos operantes en el mundo real. Así pues, por más de que teóricamente se quiera hacer valer una racionalidad jurídica meramente formal, parece más honesto reconocer que en un mundo totalmente librado a la contingencia, la única actitud práctica coherente es el nihilismo.

En lo relativo al interés que puede revestir esta obra para el estudioso de la obra del maestro español, valga señalar que el «*ordo universalis*» es el único escrito en el que éste expone de modo claro, expreso y detallado la naturaleza y el contenido de los dos principios que él mismo ha señalado como pilares fundamentales de toda su obra iusfilosófica y jurídica: la participación y la finalidad. A quien se plantee, pues, que el «*ordo universalis*» es una obra marginal y de escasa trascendencia jurídica, baste recordar lo dicho por el autor a propósito de la importancia que en su obra tienen los principios que se examinan en dicho opúsculo:

«Estas líneas fundamentales, que caracterizan toda mi visión de la realidad y, por consiguiente, también de la realidad jurídica, aparte de una serie de ideas y conceptos, que no son del caso, las puedo resumir en dos principios radicales, que traspasan toda mi producción científica –sin los cuales no se

entiende— y diría más, que constituyen la parte básica de mi ideario personal y vital. Estos principios fundamentales son dos: el principio de participación y el principio de finalidad»⁶.

Y también:

«Ya sabes que yo mismo me he descrito como un «tomista hasta la médula», por lo que, como dices, no debe sorprender a nadie que siga al Aquinate en la teoría de la participación y en la doctrina sobre la finalidad que, siguiendo con el símil, constituyen el núcleo «medular» del pensamiento tomista. Además, ya he dicho en numerosas ocasiones que todo mi sistema de pensamiento, tanto en filosofía del derecho como en derecho natural y derecho canónico se estructuran sobre los supuestos de la participación y de la finalidad»⁷.

Queda claro con lo anterior que el volver a la filosofía que propone y ejemplifica el autor en el «*ordo universalis*», por más de que no sea directamente jurídico, tiene más implicaciones jurídicas que muchas otras consideraciones «más concretas» realizadas desde un nivel de conceptualización estrictamente dogmático. Ir más allá de la juridicidad supone, en este caso, indicar los principios generales que rigen todo lo jurídico y, por ende, hacer posible la comprensión de todo el derecho. Así pues, no se trata, como podría pensarse de una especie de arrogante transgresión de fronteras metodológicas o de «desviación» de la investigación jurídica de su verdadero objetivo. Por el contrario, con esta obra se muestra que nunca pierde el rumbo quien eleva la mirada a lo más alto en busca de su norte.

b) «*El Derecho como orden humano*», «*Sugerencias sobre los componentes del Derecho*» y «*La prudencia jurídica y el Derecho canónico*»

Además del «*ordo universalis*», en este libro se incluyen tres trabajos que, en alguna ocasión Hervada llamó, en su conjunto, «estudios teóricos» y que constituyen las primeras obras iusfilosóficas y de Teoría general del Derecho elaboradas por el profesor español.

El primer estudio, intitulado «El Derecho como orden humano» contiene la primera aproximación del entonces novel académico al concepto

6. JAVIER ESCRIVÁ, *Relectura de la obra científica de Javier Hervada. Vol. I*, Pamplona, 2008, pág. 184.

7. JAVIER ESCRIVÁ, *Relectura de la obra científica de Javier Hervada. Vol. II, ob. cit.*, pág. 74.

de derecho. A pesar de ser una obra de juventud, su lectura revela ya a la perfección la nota característica de la personalidad científica de su autor: el rigor en la fundamentación. En efecto, en su elaboración del concepto del derecho, el joven Hervada empieza por buscar las bases antropológicas que sustentan lo jurídico, esto es, la inserción del ser humano dentro del dinamismo cósmico y la peculiaridad de su automoción libre hacia los fines. Sobre esta base, Hervada construirá una peculiar noción de deber-ser en clave finalista (y no meramente lógica o voluntarista) y, a partir de ella, una concepción del derecho como ordenamiento o «cauce del deber-ser». De su concepción, todavía distante de la que el autor abrazará en su madurez, destaca la no identificación del Derecho con el deber-ser, ni con la norma. Sobre lo primero hay que decir, que el Derecho no es el deber-ser sino aquello que salva el *hiatus* entre el *ser viator* inicial y el estado de plenitud final, que es en lo que propiamente consiste el deber-ser. A causa de la peculiaridad de la libertad –dirá Hervada– la plenitud final no se puede considerar meramente un futuro que necesariamente ha de cumplirse sino un futuro que debe ser pero que no necesariamente será. El vínculo entre ese estado debido y el estado inicial de incompletitud no puede ser meramente físico o causal sino de orden moral o racional, lugar este en donde hay que situar al Derecho. Por otra parte, aunque en el escrito sea posible encontrar expresiones con un cierto resabio normativista (v.gr. «el derecho es estructura normativa»), en su conjunto el artículo es claro en advertir que la equiparación del Derecho con la norma es una reducción simplista y que el Derecho en sí mismo es un concepto analógico y una realidad pluridimensional en la que hay que incluir, además del elemento normativo, un elemento subjetivo (los sujetos de derecho) y uno relacional.

De esta idea, que aparece como conclusión en «El Derecho como orden humano», ha de partir la reflexión en las «Sugerencias sobre los componentes del Derecho». Si la primera es una elaboración de orden primordialmente iusfilosófico, la segunda es una auténtica Teoría general del Derecho, en la que se describe detalladamente cómo es esa estructura pluridimensional y cómo interactúan los diversos componentes. Sobre este particular interesa especialmente el modo en que Hervada advierte que el ordenamiento jurídico contiene en sí un componente estático o estructural (elementos del derecho) y uno dinámico (momentos del derecho). En esta última dimensión se enmarca la norma jurídica, a la que dedica

un juicioso examen y que reaparecerá, con ligeras modificaciones, como la matización del elemento imperativo, en los estudios iusfilosóficos sobre la norma jurídica del periodo del realismo jurídico clásico. También resulta especialmente interesante el estudio del elemento subjetivo del ordenamiento jurídico en el que se incluye una exposición sobre la persona en sentido jurídico –y la persona jurídica o moral– que no volvería a ser desarrollada con tal profundidad. En este estudio, por lo demás, el autor introduce consideraciones específicas sobre las peculiaridades del ordenamiento propiamente canónico, derivadas de las diferencias entre la sociedad política y el Pueblo de Dios. Sobre estas peculiaridades volverá después el autor en el artículo que sigue.

«La prudencia jurídica y el Derecho canónico», es el último de los escritos que contiene este volumen. En él el autor opone a las concepciones voluntaristas y logicistas del razonamiento jurídico, lo que él llama visión prudencialista, para la cual, tanto la praxis como el conocimiento del derecho son actos de la razón práctica y más concretamente, de la virtud de la prudencia. Interesa de modo especial el rechazo contundente de la pretensión de certeza absoluta en el derecho –aspiración suprema de toda postura positivista– y la afirmación de que la certeza posible para el jurista es la certeza moral, única que se puede tener frente a un objeto agible y futuro, como es la acción justa. También es de notar cómo el autor se detiene en el análisis de la relación inescindible entre la prudencia y otras virtudes, y muy particularmente, con la justicia y, en el caso del Derecho canónico, de la *Charitas Ecclesiae*.

De este último estudio hay que destacar también el modo en que el autor cifra en las peculiaridades propias de la realidad eclesial las necesarias particularidades de la prudencia jurídica en el campo de lo canónico. Así, por ejemplo, explicará la mayor flexibilidad y la menor necesidad de técnica en razón de la elevación moral de los sujetos en el Derecho canónico, o recordará la importancia de la asistencia del Espíritu Santo en algunos actos prudenciales dentro de la Iglesia.

CONTINUIDAD Y REVISIÓN

Como se ha enunciado a lo largo de este estudio, los escritos que forman parte de este volumen fueron redactados antes de que el autor diera el paso al realismo jurídico clásico. Al publicarse (o republicarse) tantas

décadas después cabe la duda de hasta qué punto lo aquí enunciado ha sido rectificado por el autor. Una manera alternativa de formular esta pregunta sería ¿hasta qué punto lo expresado en estos artículos tiene cabida dentro del realismo jurídico clásico propio de la madurez del autor?

Respecto del primer estudio, «*El ordo universalis como fundamento de una concepción cristiana del Derecho*», no parece haber necesidad de plantear esta pregunta puesto que el paso del realismo conceptual al realismo jurídico clásico se refiere fundamentalmente a una variación en el modo de definir el Derecho, por lo que la temática del artículo mencionado lo sitúa fuera del campo de lo que fue revisado. Sin embargo, vale la pena resaltar que la idea de un orden universal teleológicamente dispuesto es el elemento de mayor permanencia en toda la obra hervadiana.

En lo que respecta a los otros estudios se exige un análisis más detallado. Claramente, no se trata de estudios que orbiten en torno al concepto de Derecho como cosa justa pero este solo dato no sirve para dar por supuesto que el autor haya renunciado totalmente al fruto de sus reflexiones juveniles. En mi opinión, existen razones poderosas para pensar que el paso del realismo jurídico conceptual al realismo jurídico clásico no se debe entender en términos de sustitución sino de adición y acentos. En efecto, no hay nada en el sistema del realismo conceptual que sea de suyo incompatible con el realismo jurídico clásico, ni siquiera la definición de Derecho. No se trata pues, de que en el realismo conceptual hubiera algo que la nueva visión del derecho eliminara; más correctamente se puede decir que al realismo conceptual todavía le falta un elemento que sí aparece en elaboraciones iusfilosóficas y iusteóricas posteriores.

Para comprender esto, hay que partir de las definiciones de derecho aceptadas por Hervada en las diferentes etapas de su carrera. Así, se observa que antes de 1979 el maestro de Navarra entendía que el término Derecho era analógico y la realidad jurídica pluridimensional. El Derecho, en cuanto tal, lo entendía como un ordenamiento contentivo de varias dimensiones y elementos dentro de los cuales figuraban el mismo grupo social, la relación jurídica, la facultad y la norma. El realismo jurídico clásico no necesariamente renuncia a esta visión y si lo hace, será de un modo que dista mucho de ser radical.

La visión del Derecho adoptada en 1979 no niega en ningún momento la analogía y pluridimensionalidad del Derecho sino que, por el contrario, la da por supuesta. La novedad de la vuelta (después de siglos) a la

definición del *ius* como la *ipsa res iusta* no consiste en decir que todas esas realidades no sean jurídicas o no se puedan llamar derecho en algún sentido, sino en afirmar que todo lo jurídico lo es en tanto pueda relacionarse de alguna manera con lo justo.

Más relevante aún es el hecho de que Hervada no rechaza el concepto de ordenamiento jurídico ni la posibilidad de llamarlo «derecho», aunque éste no sea su significado estricto. El ordenamiento, como noción cumbre de la ciencia jurídica⁸, no es sin embargo asimilable a otros elementos de los que se dice que son derecho en sentido impropio (la norma, el derecho subjetivo) por cuanto los contiene a estos y al derecho en sentido propio. Por ello se puede decir que más que un analogado, el orden jurídico es derecho en un sentido general o lato. Existen, por lo tanto, tres niveles de predicación: derecho en sentido propio, derecho en sentido analógico y derecho en sentido lato.

Escrivá lo explica bastante bien, en diálogo con Hervada consignado en la Relectura de la obra científica del segundo:

«El derecho es lo justo, la cosa justa. Las demás realidades son verdaderamente jurídicas por su nexo directo con el derecho y forman la estructura jurídica de la realidad social. Pero reciben el nombre de derecho por analogía; lingüística y conceptualmente son analogados. Eso sí, repito, tienen verdaderamente naturaleza jurídica.

Esto es importante recalcarlo. Como pusiste de relieve en estudios anteriores existe una realidad jurídica, que es una unidad articulada, compuesta de varios factores: la estructura jurídica de la sociedad contemplada en el conjunto del ordenamiento jurídico. Su momento principal, pero no único, es la norma y sus elementos se constituyen en relaciones jurídicas. Todos estos momentos y elementos, repito, son verdaderamente jurídicos y dentro de ellos es donde se plantea la cuestión de la analogía, porque a algunos de estos factores se les llama «derecho». Y es ahí donde se distingue el derecho como analogante y el derecho como analogado.

Así pues, lingüísticamente podemos distinguir varios usos de la palabra derecho. Hay un uso generalísimo que utiliza el término derecho para designar toda la realidad jurídica vista en su conjunto, como decir que el derecho es la estructura jurídica de la sociedad, la cual se compone de los momentos y los elementos que acabamos de recordar. En sentido propio y primario llamamos derecho a lo suyo de cada uno en cuanto debido, lo justo. Y en sentido

8. Cfr. JAVIER HERVADA, *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Pamplona, EUNSA, 2000, pág. 409.

analogado denominamos derecho principalmente a la norma o ley y también al derecho subjetivo (salvo en el caso de los realistas que acaso nieguen a este último)»⁹.

Se ha de notar, sin embargo que la inclusión del concepto de orden jurídico dentro del sistema del realismo jurídico clásico comporta adoptar una perspectiva de entendimiento de lo que es el ordenamiento cuyo centro no esté en la norma sino en la relación, tal como lo explica Hervada en las *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*:

«(...) si contemplamos el orden jurídico en su conjunto, el ordenamiento jurídico o sistema de derecho aparece como un conjunto de relaciones jurídicas regladas por la norma en su dimensión de satisfacción de la justicia. En consecuencia, el ordenamiento jurídico no es un complejo de normas, sino un complejo de relaciones jurídicas. Y su centro no es el poder –quien dicta la norma– sino el deudor, el que debe ser justo y en relación con él los juristas, en último extremo el juez. No es, pues, un orden de poder, sino un orden de justicia».

Teniendo en cuenta lo expuesto, la pregunta por la «vigencia» del pensamiento contenido en estos artículos de juventud debe ser contestada con una rotunda afirmación, sin perjuicio de que se pueda suponer que de haber sido escritos más recientemente, estos estudios acentuarían más ciertos aspectos, menos otros.

¿PARA QUIÉN ES ESTA OBRA?

Los trabajos aquí contenidos fueron escritos por un canonista joven que aspiraba a ocupar una cátedra de Derecho Canónico. Esta circunstancia hace que el público natural de los anteriores sea el de los canonistas, afirmación que no significa de modo alguno que no pueda ni deba ser leída por juristas seculares, como quien escribe.

Esta aclaración se hace necesaria toda vez que en su exposición el autor algunas veces detiene su atención en problemas y temáticas peculiares del interés del canonista, a los cuales los juristas seculares jamás nos veremos enfrentados (v.gr. la conciliación del carácter incierto de la prudencia con el carácter infalible de ciertos actos prudenciales, como los del Papa) o se

9. JAVIER ESCRIVÁ IVARS, *Relectura de la obra científica de Javier Hervada, I, ob. cit.*, pág. 661.

ocupa largamente de aspectos teológicos a los que no estamos acostumbrados.

Varias son las objeciones que el jurista secular puede tener a aproximarse a una obra en la que existe un innegable contenido teológico y en la que se tocan terrenos que inequívocamente son propios del jurista canónico. En primero lugar, puede sentir que la invocación a la teología, a la revelación o a cualquier realidad sobrenatural no tiene mayor valor que la que se pueda hacer a la mitología o a la vulgar superstición. En segundo lugar, puede estimar que en su labor de jurista secular no tiene derecho a acudir a fuentes que están más allá de lo que puede alcanzar la razón humana desprovista de la iluminación de la fe, especialmente en un contexto notoriamente secularizado como el que es común en Occidente. En tercer lugar, puede sentirse intimidado por la profundidad y complejidad del pensamiento teológico y, finalmente, puede experimentar la natural intimidación que todos sentimos frente a un área de conocimiento que no es aquel en el que somos expertos.

La primera objeción no merece siquiera consideración pues, a pesar de que invoque demencialmente a la diosa razón, no se trata más que de la expresión de una actitud meramente subjetiva, de la simple animadversión. Y dado que se discute con ideas y no con sentimientos, no tiene sentido entrar en diálogo con esta postura.

Frente a la segunda objeción es necesario destacar que la mayor parte de las reflexiones contenidas en este estudio se circunscriben a las nociones del derecho, el ordenamiento jurídico y la prudencia, conceptos que no son exclusivos de la ciencia canónica. Asimismo, se puede resaltar que gran parte de los contenidos de fundamentación, si bien admiten una profundización teológica, no escapan a la capacidad de la razón natural. Así, por ejemplo, temas como el del orden cósmico, la providencia y la teleología no solamente pueden ser captados y entendidos por la razón natural sino que, de hecho, lo han sido a lo largo de la historia, tal como puede corroborarlo el testimonio de los filósofos paganos. Desde luego, algunos otros temas no son accesibles a la razón natural, pero éstos no suelen ser necesarios para la comprensión de la juridicidad en sí misma sino, casi siempre, de lo que es peculiaridad de la juridicidad en lo canónico. Además, suponer que el jurista secular, por serlo, está obligado a la ignorancia en temas que no sean estrictamente los propios de su ocupación profesional es deshumanizarlo. Por más de que, ciertamente, en el contexto del discurso público del siglo XXI un argumento basado en el valor de la

redención no sea eficaz, útil ni legítimo, y por tanto no tenga demasiada cabida en contextos como el foro judicial, el jurista cristiano sí puede enriquecer su propio entendimiento de la realidad jurídica (y de cualquier otra realidad) desde la perspectiva teológica. Sobre la posibilidad o conveniencia de la aproximación del jurista secular al Derecho canónico, lo que cabría preguntarse es si el jurista secular puede darse el lujo de desconocerlo, cuando es históricamente innegable que las tradiciones jurídicas canónica y secular tuvieron un largo período de formación conjunta y es indudable que varios de los conceptos medulares de la tradición jurídica occidental, como la *bona fides*, se deben a la aportación de los canonistas.

Finalmente, la natural intimidación que todos sentimos frente a un área del conocimiento que no es la nuestra se mitiga enormemente cuando se emprende el viaje intelectual de la mano de un buen maestro, como lo es Hervada. Especialmente en el primer artículo, el lector notará que el autor muestra un evidente interés por proceder con cautela, evitando llegar a conclusión alguna sin una detallada pero sencilla explicación.

CAMILA HERRERA PARDO
Bogotá, 30 de mayo de 2013