



POSITIVACIÓN Y FORMALIZACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO DE JAVIER HERVADA

JOSÉ ANTONIO SOUTO PAZ

Universidad Complutense de Madrid

Durante la década de los sesenta, la doctrina canónica identificó cuatro grandes escuelas científicas dedicadas a la investigación del derecho canónico. La escuela exegética, la escuela teológica o sacramental, la escuela dogmática italiana y la escuela de Navarra. Desde un punto de vista metodológico, el método exegético o el método teológico de las dos primeras escuelas contrastaba con el método jurídico y sistemático de las otras dos. Las razones de afinidad metodológica, por tanto, entre la escuela dogmática italiana y la escuela de Navarra fueron evidentes, lo que permitió una comunicación e intercambio científico fluido entre ambas escuelas.

Más allá de la propia ubicación geográfica, o de la lengua utilizada, existía sin embargo, una diferenciación entre ambas escuelas, que sería motivo de interesantes debates científicos entre representantes de ambas escuelas. El positivismo de la escuela italiana había quedado reflejado de manera patente en la teoría de la «canonizatio» del ilustre maestro Vincenzo del Giudice. En síntesis, esta teoría venía a decir que una norma de derecho divino no es una norma jurídica integrante del ordenamiento canónico, mientras no se produzca la recepción formal por el derecho positivo humano y, por ello, en virtud de esa recepción (canonizatio) las normas divinas se transforman en normas de derecho canónico.

Probablemente, en esta interpretación de la positivación radicara la diferencia fundamental entre la escuela italiana y la escuela de Navarra. No hace falta recordar que el grupo de personas, a quienes se incluía en esa escuela, se caracterizaba por ser plural en sus concepciones jurídicas, diversos en sus ámbitos de investigación y sin otros criterios normativos que la libertad científica; tenían, sin embargo, un referente común que era el magisterio de Pedro Lombardía, expresado en su dimensión humana dialogante, su talante liberal y su capacidad de síntesis para comprender y conciliar aportaciones diversas procedentes de campos muy diversos. Nada más lejos de la imagen y personalidad de Pedro Lombardía que aquella figura del maestro, todavía vigente en aquella época: la del jerarca que habla «ex cátedra», exige lealtades inquebrantables y somete a palpables niveles de

subordinación a sus discípulos. Junto a sus muchas cualidades personales, académicas y científicas, Pedro Lombardía fue un amigo y un animador de un grupo de personas con perfiles muy distintos y muy independientes.

Al lado de Pedro Lombardía estaba Javier Hervada. Casi nunca juntos, pero siempre sintonizados. Dos personalidades manifiestamente distintas y plenamente complementarias. A la fecunda capacidad intuitiva de Pedro Lombardía se unía la serena y profunda reflexión de Javier Hervada. A las dotes de comunicador y de expresividad andaluza del primero se oponía el comentario conciso o el silencio reflexivo del segundo. Si se me permite un símil teatral, Pedro estaba en el escenario y Javier en las bambalinas. Resulta difícil imaginar el uno sin el otro.

La capacidad creativa de ambos y su capacidad de ilusionar a quienes estaban a su alrededor fueron en realidad los verdaderos referentes de lo que se llamó la escuela de Navarra. Lo demás han sido los trabajos de investigación de cada uno de sus miembros y los medios de expresión de esa tarea científica, a través de la Revista *Ius Canonicum* y la Colección Canónica, junto con el centro de investigación Instituto Martín de Azpilcueta y la Facultad de Derecho Canónico.

La modernización de los planes de estudio de la Facultad fue acometida, también, en los años sesenta pasando del criterio oficial establecido con motivo de la promulgación del Código —enseñanza por partes del Codex y análisis exegético de los cánones— a una enseñanza sistematizada, de acuerdo con los criterios de la ciencia jurídica moderna. Entre las nuevas disciplinas, figuraba la asignatura Derecho Constitucional, cuya docencia fue encomendada a Javier Hervada. Es evidente que se trataba de explicar una disciplina, aparentemente sin objeto, pues de acuerdo con los criterios formalistas de la época, resultaba difícil imaginar que pudiera enseñarse el Derecho Constitucional de una sociedad que carecía de Constitución. Curiosamente ese era el mismo problema de los estudiosos de esa disciplina en las Facultades de Derecho que, al carecer de Constitución el Estado español en ese momento histórico, se dedicaron preferentemente a la Ciencia política o al Derecho Constitucional Comparado.

Javier Hervada, sin embargo, no se arredró ante el reto que suponía el encargo académico que había recibido y ya, en 1970, abordó directamente el problema: la Constitución de la Iglesia¹. Partiendo del principio de que la palabra constitución hace referencia a la nota específica del concepto que expresa: *la idea de conformación o estructura primaria y fundamental de un ente*, manifiesta que la constitución de la Iglesia vendrá determinada por «aquellos elementos jurídicos que constituyen al conjunto de fieles en una unidad orgánicamente estructurada —en el Pueblo de Dios: “Vosotros que en un tiempo no erais pueblo, ahora sois

1. J. HERVADA-P LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios, I, Introducción. La Constitución de la Iglesia*, Pamplona, 1970. Con posterioridad se referirá a este tema en *Estructura y principios constitucionales del Gobierno Central*, en *El Gobierno Central de la Iglesia*, IC, XI (22) 1971; *Legislación fundamental y Leyes ordinarias*, en *El Derecho divino y su formulación histórica*, en IC, XVI (31) 1976, y, de una manera global, en *Elementos de Derecho Constitucional Canónico*, Pamplona, 1987.

pueblo de Dios (I Pe 2,10)” — y, por tanto, forman las estructuras primarias y fundamentales por las cuales el Pueblo de Dios como tal se forma, se configura y se organiza básicamente»².

Prescindiendo de la existencia de una Constitución como «corpus» unitario y formalmente promulgado, J. Hervada no duda en afirmar la existencia de una Constitución en la Iglesia, en su dimensión jurídica, y, por ello, perfectamente diferenciada de una concepción teológica o identificada con las viejas teorías del Derecho Público Eclesiástico. Por eso insiste, en que los elementos constitucionales son «aquellos que pueden ser calificados de primarios y fundamentales, sean de origen divino, sean de origen humano»³.

La Constitución no es el conjunto de normas de derecho divino —canonizadas o no, según la terminología de Del Giudice—, ni tampoco el conjunto de normas que regulan el poder de la Iglesia o las relaciones jerárquicas, confusión evidente con el concepto de organización, detectable en algunas publicaciones canónicas del siglo XIX. Los elementos primarios y fundamentales —de origen divino y de origen humano— son aquellos factores jurídicos que: «a) establecen, originan y determinan la misma formación de la Iglesia, sus elementos constitutivos y su forma histórica concreta; b) establecen la modalidad y competencia de sus órganos fundamentales con sus relaciones recíprocas; y c) regulan la situación fundamental de sus fieles y sus relaciones con la jerarquía»⁴.

En este punto J. Hervada insiste en que la Constitución de la Iglesia no se ciñe, ni limita al derecho divino; es más, las propias normas constitucionales de origen divino habrán de interpretarse en su conformación histórica, que representa precisamente su manifestación viva en el tiempo. Es decir, «cuando del Derecho vigente y positivo se trata —es decir, cuando de lo que se trata es, en nuestro caso, de la constitución históricamente viva— está fuera de lugar ceñirse al principio o norma radical abstractamente considerada, o sea, fuera de su modalidad histórica»⁵. Pero, además, el derecho humano concreta y da configuración histórica a los principios y normas radicales del Derecho divino.

Por todo ello, la ciencia del Derecho constitucional tiene por objeto la constitución de la Iglesia considerada como orden jurídico históricamente vigente. Ahora bien, ¿cómo se conoce ese orden jurídico vigente en un momento histórico determinado?; ¿cuál es el derecho vigente que tiene ese rango constitucional? Llegados a este punto es necesario acudir a las técnicas jurídicas constitucionales para poder resolver esta cuestión. Y aquí es importante la aportación científica de J. Hervada que justifica el título de este escrito y que supone la distinción y la conceptualización de la *positivación* y la *formalización*.

El positivismo jurídico identifica positivación y formalización; de ahí que, al plantear la vigencia del derecho divino, se exigiera su recepción formal por el de-

2. *O.c.*, p. 232.

3. *O.c.*, p. 234.

4. *Ibidem*.

5. *O.c.*, p. 235.

recho positivo humano. J. Hervada considera que esta teoría de la positivación no es acertada, porque el Derecho divino «no necesita de ningún refrendo o recepción por parte del poder eclesiástico para ser Derecho vigente»⁶. Lo cual no excluye que deba rechazarse la conveniencia o, incluso, la necesidad de la positivación del Derecho divino.

A partir de aquí, J. Hervada explica su interpretación de la *positivación* del derecho, que —para no traicionar su pensamiento— transcribimos literalmente: «... el Derecho es un orden esencialmente histórico, esto es, propio de la dimensión histórica y temporal de la realidad humana y, a la vez, evolutivo. Esto plantea una cuestión. Sólo puede considerarse Derecho aquel orden imperativo que en su fuente inmediata y en su vigencia sea reconducible a un factor histórico. Si esto no se da, como es el caso de la *lex aeterna*, no podrá calificarse de Derecho si no son reconducibles a un factor histórico. La teología católica ha salvado esta dificultad en el caso del Derecho natural, afirmando que está promulgado (paso a la existencia histórica) en la propia naturaleza humana, como primeros principios de la razón práctica y como exigencias de la persona. En el caso del Derecho Divino positivo, el paso a la existencia histórica se ha realizado por la Revelación que es un acontecimiento verdaderamente histórico, y por la existencia de las realidades, una de las cuales es su dimensión jurídica. Todo esto es verdad, pero no da una solución completa»⁷.

¿Cuál es la solución que ofrece J. Hervada? La respuesta la realiza a través de tres planos sucesivos, que intentaremos sintetizar a continuación:

A. LA OPERATIVIDAD EFECTIVA DE LA NORMA

El Derecho divino sólo tiene efectiva operatividad en la vida social, si ha sido recibido por la sociedad. Ahora bien, una cosa es que la recepción por la sociedad produzca la operatividad efectiva de las normas divinas en las relaciones sociales, y otra muy distinta que origine su fuerza vinculante. Esta fuerza es originaria, porque constitucional y radicalmente está recibido todo el Derecho divino en la Iglesia, aunque no sea conocido como tal.

La recepción constitucional de la ley divina se traduce en la *voluntad constitucional de cumplirla*, pero no significa que el Derecho divino sea total y plenamente conocido. En este sentido el Derecho divino necesita *positivizarse*, pero por tal no hay que entender, no su radical recepción dentro del ordenamiento canónico por un acto de la voluntad humana ni su transformación en Derecho, sino *su paso a la vigencia histórica por la toma de conciencia eclesial de su contenido concreto*⁸.

6. *O.c.*, p. 51.

7. *O.c.*, pp. 51 y 52.

8. *O.c.*, pp. 52 y 53.

B. LA FUNCIÓN PERFECCIONADORA E INTEGRADORA DEL DERECHO HUMANO

El derecho divino debe ser completado por el derecho humano y, en este sentido, la función del legislador es propiamente autoritativa: a') completa mediante una ley positiva el orden natural o sobrenatural; b') la jerarquía tiene la misión de gobernar y regular la vida social y, por tanto, de reconocer o no las nuevas situaciones, cuyo origen es humano, de acuerdo siempre con la justicia. En estos supuestos, la positivación es necesaria y autoritativa, pero es *perfeccionadora* (completa el orden) e *integradora* (las exigencias o principios divinos quedan integrados en la norma humana completa)⁹.

C. LOS MODOS O FORMAS DE POSITIVACIÓN

La positivación, a través del proceso integrador del Derecho divino dentro del humano, está en relación con las fuentes del Derecho positivo humano: la ley, la costumbre y, dentro de sus propios límites, la jurisprudencia. La positivación, como descubrimiento y toma de conciencia del Derecho divino se produce por diversas vías: magisterio eclesiástico, doctrina teológica y canónica, sentido de la fe y la propia fuerza social de la vida cristiana¹⁰.

La explicación del significado de la positivación se completa con estas dos afirmaciones: a) no debe confundirse el Derecho divino no positivado con el Derecho divino no formalizado, siendo posible la existencia de un Derecho divino positivado preformalizado, es decir, sin la adecuada y deseable formalización; b) las necesidades de certeza, seguridad y justicia del orden jurídico aconsejan que la positivación debe ser completada con la formalización.

Precisado el concepto de positivación y diferenciado de la formalización, J. Hervada considera oportuno que el Derecho divino positivado sea formalizado. Pero ¿en qué consiste la formalización?

La *formalización* es un recurso de la técnica jurídica que «consiste en la tecnificación de los distintos factores y elementos que integran el Derecho, mediante el recurso de darles una forma, atribuirles una precisa eficacia, en sí mismos y en relación con los demás, prever los instrumentos técnicos para realizar y garantizar su eficacia, establecer las condiciones y requisitos para que sean válidos y eficaces, etc. Con ello se tiende a garantizar con seguridad y certeza la función y el valor de cada factor o elemento jurídico en el contexto de un elemento concreto»¹¹.

En la ardua tarea de acometer el estudio del Derecho Constitucional Canónico, en un ordenamiento jurídico en el que no existía formalmente Constitución y en el que, para algunos, las normas constitucionales se identificaban con el Derecho di-

9. *O.c.*, p. 55.

10. *O.c.*, p. 56.

11. *O.c.*, p. 240.

vino, Javier Hervada había conseguido, ya en 1970, determinar claramente la existencia de una Constitución en sentido material, mediante la delimitación conceptual del significado jurídico de la positivación; precisar el contenido de la Constitución, que no se limita a normas de derecho divino positivado, sino también a normas de derecho humano, que tengan el carácter de elementos primarios y fundamentales del ordenamiento jurídico. Y, finalmente, sostenía ya la conveniencia de la formalización de la Constitución por razones de certeza y seguridad jurídica.

Esta técnica jurídica permite la fijación de los aspectos principales o más importantes del ordenamiento jurídico en un momento histórico determinado. Esta formulación otorga a las normas constitucionales el carácter de *superley*, es decir, de ley dotada de un valor superior a las demás leyes —leyes ordinarias— garantizando así el carácter primario y fundamental de la constitución, mediante el establecimiento de una jerarquía de normas, de donde se deriva el principio de congruencia o constitucionalidad de las leyes ordinarias para que sean válidamente integradas en el ordenamiento jurídico¹².

El discurso precedente conduce, lógicamente, a una pregunta inevitable: ¿si existe una constitución en sentido material en la Iglesia es oportuno o necesario que se proceda a su formalización? Tampoco ahí duda en su respuesta J. Hervada: Es «una cuestión que nos parece un tanto superflua, toda vez que, siendo una técnica aplicable a diversos contenidos y dada su finalidad de evitar situaciones de injusticia o de incongruencia dentro del orden jurídico, no adoptarla representa una imperfección técnica, que poco tiene que ver con las peculiaridades del Derecho Canónico y sí bastante con sus defectos»¹³. Y, más adelante, añadirá: «La formalización del Derecho Constitucional de la Iglesia contribuirá sin duda a la perfección técnica del ordenamiento canónico al servir a su plena coherencia, a la mejor defensa de los derechos de los fieles y a la mejor consecución de los fines de la jerarquía al contribuir a la racionalización de la función jerárquica»¹⁴.

La construcción doctrinal realizada por Javier Hervada, en torno a las cuestiones apuntadas y su explícita propuesta, tuvo la oportunidad de plasmarse, poco tiempo después, en la participación con otros autores, en el análisis del «*Schema Legis Ecclesiae fundamentalis*», un Proyecto de Ley fundamental, que había sido anunciado por Pablo VI el 25 de noviembre de 1965 y que fue hecho público por una revista italiana en 1971. A la vista de este Proyecto, la Redacción de *Ius Canonicum* elaboró un estudio monográfico, bajo la dirección de Pedro Lombardía y Javier Hervada, en el que se ofrecían «un conjunto de informaciones y estudios técnicos relativos al problema de la formalización del Derecho Constitucional de la Iglesia, escritos casi en su totalidad por los redactores y colaboradores habituales de la revista»¹⁵.

12. *O.c.*, pp. 242 y 243.

13. *O.c.*, p. 244.

14. *O.c.*, p. 245.

15. Redacción «*Ius Canonicum*», *El Proyecto de Ley Fundamental de la Iglesia. Texto bilingüe y análisis crítico*, Pamplona, 1971.

Recluidos en un hotel de Obanos, durante unos días de trabajo intenso y de intercambio fluido de opiniones, se pudo llevar a cabo esta tarea en un plazo de veinticinco días, gracias a las investigaciones y estudios previos realizados por cada uno de los autores.

Javier Hervada, además de participar en las sugerencias para la revisión del Proyecto, afrontó el tema, probablemente, más controvertido: el Romano Pontífice. No es posible, por el espacio del que disponemos, comentar, ni siquiera sintetizar esta importante aportación doctrinal en una cuestión especialmente sensible en el ámbito eclesial. Me limitaré a recoger algunas afirmaciones del autor: «El Concilio ha puesto de manifiesto que la monarquía absoluta (aunque atenuada) no es un régimen de Derecho divino, poniendo de relieve tres cosas: los derechos fundamentales del fiel, el principio de colegialidad y el principio de participación»¹⁶.

Más adelante añade: «¿Por qué la formalización se ha admitido en la potestad de magisterio y, en cambio, hay resistencia a adoptarla en la potestad de jurisdicción? Sin jerarquía de normas no puede haber Ley Fundamental, como no puede haber espíritus materiales, gases sólidos o líquidos gaseosos»¹⁷. Y, siguiendo esta línea, subraya: «El derecho positivo es, en realidad, una positivación y formalización de las exigencias y reglas de justicia y del orden social que rigen todas las manifestaciones de la vida social. También en el ejercicio del poder... hay unos cauces jurídicos a través de los cuales se ejerce la potestad. Fuera de estos cauces, ni el poder ni los súbditos pueden pretender dar valor jurídico a sus actos. Fuera de estos cauces, la potestas non est potestas sed potestatis corruptio, es arbitrariedad»¹⁸.

Durante muchos años me he dedicado al estudio del poder en la Iglesia, a las relaciones entre poder y derecho, a la construcción de una teoría de la organización sometida al derecho. Pero, nada puedo añadir a los conceptos y manifestaciones tan claras como evidentes de Javier Hervada. Durante muchos años, estas cuestiones fueron objeto de conversaciones, de análisis y de debate con un canónigo, como él gusta llamarse, que muy joven adquirió justamente la categoría de maestro. La lucidez de sus análisis, su capacidad constructiva, su amistad y comprensión han sido para mí una fuente inagotable de estímulo, de apoyo humano y de aval científico. Esta glosa de una de sus numerosísimas aportaciones a la ciencia canónica es simplemente una muestra pequeña y modesta de mi ilimitada admiración y profunda amistad hacia una persona que ha sabido reunir las mejores cualidades personales, entre las que destaca su sobriedad y su humanidad, con un vigor intelectual y una dedicación científica que es patrimonio tan solo de personalidades excepcionales.

Como es bien sabido, el Proyecto de Ley Fundamental de la Iglesia y, por tanto, las valiosas aportaciones doctrinales de Javier Hervada, como de otros ca-

16. *O.c.*, p. 168.

17. *O.c.*, p. 173.

18. *O.c.*, p. 175.

nonistas, han quedado dormidas en el cajón de los olvidos y muy alejadas de las bases actuales del ordenamiento canónico. No sé si este hecho influyó en su posterior dedicación a la Filosofía del Derecho, donde repitió sus brillantes construcciones jurídicas. Tampoco sé si el esfuerzo colectivo que, durante aquellos años, se hizo para adaptar el Derecho Canónico a las exigencias de justicia de nuestro tiempo y del que fue un reflejo el trabajo colectivo realizado con la publicación del estudio del Proyecto de Ley Fundamental de la Iglesia, así como su inútil repercusión en el propio ordenamiento canónico, despertó el interés de Pedro Lombardía hacia el Derecho Eclesiástico del Estado, convirtiéndose en poco tiempo en el verdadero animador de numerosas investigaciones sobre esta materia, incluida la creación del Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado.

No sé, tampoco, si por este motivo, otros miembros de la llamada Escuela de Navarra cambiaron sus preocupaciones científicas y se encaminaron hacia nuevos rumbos profesionales e investigadores. Tampoco sé si fue en ese momento, cuando se extinguió la Escuela de Navarra. Sólo puedo hablar de mi experiencia personal. Y, en estos momentos, en que se agolpan en mi cabeza recuerdos y afectos, me viene a la memoria aquella primera entrevista con Pedro Lombardía, en la que le expuse mi interés por investigar la posibilidad de aplicar las construcciones jurídicas del Derecho público moderno al ordenamiento canónico. Lector asiduo de trabajos iuspublicistas, en los que se hacía referencia constante a los orígenes canónicos de muchas instituciones públicas vigentes en el derecho estatal, me interesaba conocer cuál era el problema para que, en esos momentos, la fluida comunicación medieval entre legistas y canonistas se hubiera interrumpido. Con el talante liberal y la sinceridad que le caracterizaba, Pedro Lombardía me dijo: «creo que esa vía, hoy por hoy, no es posible; pero, en cualquier caso, cuentas con todo mi apoyo personal y científico para que lo intentes personalmente».

El conocimiento, la experiencia y la intuición de mi maestro le permitió hacer un análisis y una profecía acertada. El fracaso del Proyecto de Ley Fundamental y otras posteriores restricciones al *Codex Iuris Canonici* confirmaron la predicción y la frustración de un proyecto de investigación en un campo no abonado para nuevas experiencias. En ese camino he sentido siempre la ayuda y el aliento de Javier Hervada. Por eso, desde mi retiro actual de estudioso de otras áreas del derecho y de aficionado al estudio siempre fecundo del derecho canónico clásico, quisiera que este escrito fuera simplemente una muestra gráfica de mi gratitud y de mi amistad hacia Javier Hervada.