
El oficio de jurista: justicia ambital y justicia extra-ambital

The Job of the Jurist: Ambital and Extra-Ambital Justice

Gregorio ROBLES MORCHÓN

Universidad de las Islas Baleares / Universidad Camilo José Cela (Madrid)

regoriorobles@yahoo.es

<https://orcid.org/0000-0002-7758-2235>

RECIBIDO: 01/12/2020 / ACEPTADO: 30/11/2021

Resumen: El propósito de este artículo es hacer ver la relación entre la filosofía jurídica del profesor Javier Hervada y la diferencia entre los conceptos de justicia ambital y justicia extra-ambital, tal como son usados por la teoría comunicacional del derecho. Su concepción del realismo jurídico clásico es una modalidad iusnaturalista de la justicia ambital.

Palabras clave: jurista; realismo jurídico clásico; derecho natural; justicia ambital; justicia extra-ambital; teoría comunicacional del derecho.

Abstract: The aim of this article is to put in relation the philosophy of law of Professor Javier Hervada to the difference between the concepts of an ambital justice and an extra-ambital justice, such as these concepts are used by the communicational theory of law. His conception of classical legal realism es a natural kind of an ambital justice.

Keywords: Jurist; Classical Legal Realism; Natural Law; Ambital Justice; Extra-Ambital Justice; Communicational Theory of Law.

I. INTRODUCCIÓN

Creo recordar que conocí a Javier Hervada hacia mediados de los ochenta, aunque no sabría precisar la fecha, probablemente en algún congreso internacional. Lo que sí recuerdo claramente es que en septiembre de 1989 Javier organizó un congreso en la Universidad de Navarra al que me invitó como ponente junto a otros profesores españoles y extranjeros. Fue una reunión memorable. Algunos años después tuve noticia de que se encontraba en Madrid reponiéndose de un agotamiento mental muy agudo. Le telefoné y así nos hicimos compañeros de paseos no muy prolongados. Ya no se recuperaría nunca plenamente: su estado de salud le obligó a pasar a una situación de baja primero y de jubilación anticipada después, en una edad de plena madurez y producción intelectual. Como hombre de fe profunda supo llevar admirablemente esta situación durante largos años, hasta su fallecimiento en marzo de 2020. Nos queda el recuerdo imborrable de su bondad y una obra sólida tanto en el terreno del derecho canónico como en el de la filosofía jurídica. Ha de-

jado también buen número de discípulos, uno de cuyos deberes es prolongar las doctrinas del maestro y hacer así justicia a su legado.

Aunque yo me sitúo en una órbita de pensamiento alejada de la del profesor Hervada, admiro la convicción que manifiesta en sus escritos, su sinceridad indiscutible, su claridad expositiva y, en definitiva, el ser un exponente de una determinada manera de entender el derecho y la filosofía jurídica. Después de dar algunas vueltas, me ha parecido que le gustará que me centre en uno de sus temas preferidos y desde el cual construye su pensamiento: el oficio de jurista. En este breve trabajo presento unos comentarios a la lección cuarta de la obra de Javier Hervada titulada *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, publicada en 1992.

II. LA JUSTICIA COMO VIRTUD Y EL DERECHO COMO LO JUSTO O LO SUYO DE CADA CUAL

El pensamiento filosófico-jurídico del profesor Hervada sigue la línea del denominado «derecho natural clásico», cuyos pilares básicos son Aristóteles, la jurisprudencia romana y Santo Tomás de Aquino. ¿Qué tienen en común estas tres vías tan alejadas en el tiempo? Me parece que tienen en común el que contemplan el Derecho en su «hacerse», esto es, en lo que puede denominarse los procesos de decisión concretos. No sólo esto, también se aúnan en el sentido realista que acompañan sus propuestas alejadas de toda especulación más allá de la búsqueda de la justicia del caso concreto. Aristóteles no es Platón, el metafísico de las ideas por excelencia («amigo de Platón, pero más amigo de la verdad», apostilló el primero). Tampoco los juristas romanos se andaban por las nubes especulativas: siempre centrados en los casos que la vida social planteaba, construyeron el derecho como jurisprudentes ideando la solución justa para cada tipo. Pero es en la obra del Aquinate donde el derecho natural clásico alcanza su culmen expositivo.

La filosofía jurídica tomista gira en torno a tres conceptos básicos: la ley, el derecho y la justicia. La teoría de la ley se despliega en tres modalidades conectadas entre sí: la ley eterna, la ley natural y la ley positiva. La ley eterna expresa y rige el cosmos en su totalidad, es una ley cósmica cuyo origen está en la razón y en la voluntad de Dios, creador de todo lo existente. En cuanto esa ley eterna se aplica al ser humano, la criatura más especial de la creación, se transforma en ley natural, la cual compendia un conjunto de principios morales o ético-jurídicos reguladores de la convivencia humana. De la ley natural

se desprenden preceptos particulares, bien por vía de deducción, bien por vía de determinación, y que se comprenden bajo el nombre de ley positiva. Ésta, para ser verdadera ley, y por tanto obligar a su cumplimiento, ha de estar en consonancia con la ley natural y en consecuencia también con la ley eterna. En los supuestos en que el legislador humano se aparta de lo exigido por dicha ley natural, transgrediéndola, no se está ante una verdadera ley, sino ante una apariencia de ley, lo que Aquino denomina «corrupción de ley» (*corruptio legis*).

La teoría de las leyes en Aquino supone la idea de jerarquía normativa, cuyos tres escalones están vinculados por una racionalidad intrínseca proveniente de la propia voluntad de Dios, quien no puede querer el mal sino sólo el bien: en esto se diferencia Aquino de los nominalistas Duns Scoto y Guillermo de Ockham. Esta concepción hay que entenderla en un sentido teológico-filosófico-jurídico, es decir, sin perder de vista que Aquino es antes que nada un teólogo que, además, hace filosofía y por tanto también filosofía jurídica. La *Suma Teológica* constituye un gran tratado teológico de las decisiones creativas de Dios, que plasman en las tres modalidades de leyes mencionadas, vinculadas jerárquicamente (cuestión aparte es la denominada «ley divina», vinculada estrictamente a las creencias cristianas). La teoría tomista de las leyes representa una teoría general de las normas generales, tanto morales como jurídicas.

Junto a la teoría de las decisiones legislativas, Aquino descubre un concepto de derecho muy alejado de lo que los modernos entenderían por tal, y asimismo muchos de los autores de nuestra edad contemporánea. Para Aquino el derecho no es otra cosa que la decisión justa del caso concreto, la misma cosa justa (*ipsa res iusta*). El derecho no es el conjunto de las normas, sino lo justo del caso, el caso justamente decidido de acuerdo con el criterio de «dar a cada uno lo suyo» (*suum cuique tribuere*). Lo suyo de cada cual es el derecho, y el jurista es el que investiga en la «naturaleza de las cosas» cómo se concreta ese criterio en cada supuesto.

Esta concepción del derecho natural clásico ha sido desarrollada en nuestros días sobre todo por Michel Villey en Francia, y por Javier Hervada y Juan B. Vallet de Goytisolo en España.

En su aspecto negativo se caracteriza por presentar una crítica radical contra el derecho natural propio de la edad moderna y más vehemente aún contra toda modalidad de positivismo jurídico. Este último constituye sin duda alguna el objeto principal de sus dardos críticos, precisamente por manifestarse claramente contra toda concepción iusnaturalista y, en definitiva, propugnar la separación entre el derecho y la moral (bien es verdad que esta

separación entre derecho y moral en el positivismo es de carácter epistemológico y metodológico, antes que referente a los contenidos, al no admitir el carácter objetivamente cognoscible de los valores).

En su aspecto positivo, concibe el derecho natural como formando parte del derecho que se aplica a los casos, presentando por tanto no un sistema deductivo de principios ético-jurídicos, sino una argumentación justificativa de las decisiones concretas. El centro de interés del derecho natural clásico no es el desarrollo de un sistema axiomático, sino la comprensión de la actividad del jurisprudente a la hora de *decir* el Derecho. Por esta razón vincula la actividad del jurista a la *jurisdictio*, a la jurisdicción, y hace del juez la figura principal, como subraya nuestro Javier Hervada.

Para nuestro autor el conocimiento es perspectivista: no podemos conocer una realidad sino desde determinada perspectiva, que es la que constituye el objeto formal de la ciencia de que se trate. A partir de la perspectiva adoptada conoceremos un aspecto de la realidad, no la realidad total de lo que investigamos. Pero el humano entendimiento está organizado de tal modo que no podemos prescindir de la perspectiva. Esta constituye un elemento necesario para conocer cualquier cosa. La pregunta entonces es la siguiente: ¿Cuál es la perspectiva idónea para la filosofía del derecho? Hervada contesta: la perspectiva adecuada para la filosofía jurídica es la propia del jurista. Es el oficio de éste el que nos proporciona el ángulo correcto para entender los problemas jurídicos y, por consiguiente, también los filosófico-jurídicos.

Junto a la perspectiva, toda forma de conocimiento se pregunta por el objeto que se propone conocer. La filosofía jurídica se propone conocer la vida jurídica, el mundo del derecho, que, para Hervada, se concreta en la vida del foro. El mundo del derecho es el mundo de los juristas, y en particular el mundo del foro, cuya actividad gira alrededor de la figura principal del juez, aunque también contribuye el abogado. Ahora bien, el juez es la figura del jurista por antonomasia, y en este aspecto la que mejor define el oficio de jurista.

El derecho es una práctica (una «praxis») y jurista aquel cuya actividad consiste en practicarla. Ahora bien, ¿en qué consiste esto, en qué consiste practicar el derecho? En esencia, practicar el derecho consiste en decir o declarar lo que es derecho, lo que equivale a decir lo que es justo. El juez es quien tiene la jurisdicción, la *iuris dictio*, como instancia imparcial para resolver los conflictos; pero también interviene el abogado, el cual dice lo que es derecho en atención a lo que corresponde a su cliente. Puede apreciarse en estas afirmaciones cómo Hervada adopta el concepto de derecho teorizado por Aquino. El derecho es lo justo, la cosa justa. La ciencia del derecho –a la que se denomina también «arte»– es la

ciencia de lo justo para practicarlo, pues dicha ciencia no es meramente teórica sino que es una ciencia práctica, es decir, orientada a la acción, a la decisión.

Hervada invoca el Digesto para explicar su posición filosófica. Analiza etimológicamente los términos *ius*, *iustus*, *iustitia*. Derecho es *ius*, lo justo; *iustus* es el hombre que cumple lo justo, que cumple el derecho; *iustitia* es la virtud de realizar lo justo, de realizar el derecho. La justicia es la virtud propia del jurista. El oficio de jurista consiste en practicar la virtud de la justicia; el oficio de jurista consiste en ser justo. Por eso, la ciencia del derecho es el *ars boni et aequi*, el arte de lo bueno y de lo justo. La ciencia del derecho es *iurisprudentia*, jurisprudencia, *iusti atque iniusti scientia*, la ciencia de lo justo y de lo injusto. La *iurisdictio* es decir o declarar lo que es justo y lo que es injusto.

Nuestro autor es consciente de que esta concepción de la justicia, propia del «realismo jurídico clásico», dista mucho de la extendida entre los juristas y filósofos del derecho a partir de Kant. Sería desde entonces que la justicia es concebida no como una virtud del jurisprudente que dice el derecho, esto es, básicamente del juez, sino como una idea o ideal al cual debe tender el derecho positivo entendido como un conjunto de normas. Esta concepción idealizada o idealista de la justicia tiene poco que ver con la concepción de la justicia propia de los juristas romanos. No es tarea del jurista alcanzar dichos ideales, sino que ésta es la tarea del político.

Sostiene Hervada que los juristas en nuestra época están educados en la mentalidad propia del positivismo jurídico, y cita expresamente a Hans Kelsen como el representante más significativo de dicha mentalidad. Subraya que el positivismo distingue entre lo legal y lo ilegal, olvidando de esta forma que ya Aristóteles señalaba lo «justo legal» como una forma de justicia. El jurista moderno opera, según nuestro autor, con un concepto idealizado de justicia, muy diferente del que es propio de los juristas romanos y en definitiva del realismo clásico. «La ‘justicia’ que tienen en la mente tantos juristas modernos es otra cosa que la justicia en sentido romano. Una es la *justicia idealista* y otra es la *justicia realista*»¹.

Hervada sugiere que esta concepción idealista de la justicia se ha introducido en la filosofía del derecho por influjo de la filosofía política, uno de cuyos cometidos es precisamente la reflexión imaginativa sobre lo que debe ser una sociedad justa, sobre los ideales de justicia. Sin embargo, esta mentalidad –que

¹ HERVADA XIBERTA, J., *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Universidad de Navarra, Pamplona, p. 77.

puede ser apropiada para los políticos– es impropia para los juristas, cuya labor es conseguir la justicia del caso concreto, mirando a la realidad de la sociedad y de las leyes en ella vigentes. La justicia idealista sería así propia de una especulación filosófica alejada de la realidad del derecho. «No es función del jurista implantar un ideal de justicia ni establecer una sociedad idealmente justa; eso es función de los políticos»².

Detengámonos en este párrafo del profesor Hervada, tan significativo y pleno de sugerencias:

«La justicia de los juristas romanos –la justicia en sentido clásico– es una justicia realista. No es una idea, ni un ideal –radicado por tanto en el intelecto, en la razón–, sino una virtud de la voluntad. Esta es la clásica definición de Ulpiano, contenida en D. 1, 1, 10: «*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*». La constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho. Es la justicia una cualidad de la voluntad consistente en un hábito –constancia y perpetuidad–, algo totalmente ajeno a ser idea o ideal. ¿Y qué es lo que quiere la voluntad justa? Lo querido es dar a cada uno su derecho. No un ideal, sino el derecho concreto y real de cada uno, el que corresponde a las personas en las relaciones jurídicas: la parte de la herencia que toca a cada heredero según el testamento o la ley, el precio estipulado en una compraventa, la cosa depositada que hay que devolver, el salario convenido, etc. Es decir, exactamente aquello sobre lo que dictamina un juez, lo que alega el abogado, etc. Lo que muchos juristas modernos llaman ‘lo legal’, ‘el derecho subjetivo’, ‘el interés jurídicamente protegido’, etc., es lo que el jurista romano (...) llamó ‘lo justo’. La descripción romana del oficio de jurista –que aceptamos como correcta– está lejos de ser pretenciosa, porque la justicia de la que habla no es ningún ideal social o político, sino una modesta justicia realista, la que hace que dictar sentencia se diga ‘hacer justicia’, que acudir a los tribunales se llame ‘acudir a la Justicia’, etc. Es la justicia que consiste en algo tan práctico y corriente como dar a cada cual lo que le pertenece según un título determinado y particular»³.

En la terminología nuestra, propia de la teoría comunicacional del derecho, el realismo jurídico clásico y con él el profesor Hervada, vienen a defender la justicia ambital o intra-ambital, no la justicia extra-ambital, conceptos ambos a los que me referiré brevemente después.

² *Ibid.*, p. 77.

³ *Ibid.*, pp. 78-79.

Y a continuación del párrafo transcrito aclara Hervada que no es lo mismo la justicia (que es una virtud) que lo justo (que es el derecho). Sostiene lo siguiente:

«No faltan quienes, atribuyendo erradamente, al realismo jurídico clásico algo propio del idealismo, afirman que, al identificar el derecho con lo justo, el derecho y la justicia se entienden como la misma cosa, es decir, se identifican justicia y derecho. A esto hay que responder que ni el derecho ni la justicia son ideales ni hay tal identificación entre justicia y derecho. La justicia es una virtud, el derecho es aquello que es propio de cada uno; el derecho no es la justicia, sino el objeto de la justicia. Derecho y justicia son cosas *toto coelo* distintas. Confundir e identificar la justicia con lo justo es propio del idealismo; en ningún caso tal cosa puede atribuirse al realismo. Justicia y lo justo son cosas realmente distintas y ninguna es un ideal: lo justo es el objeto de la justicia, de modo que ambos se distinguen como la virtud y su objeto»⁴.

De lo expuesto deriva Hervada cuál es la función principal del jurista: hacer el reparto de las cosas, no de acuerdo a criterios ideales, sino de acuerdo a lo que corresponde a cada cual según las leyes y costumbres vigentes.

«El oficio de jurista se origina, pues, en el contexto de un hecho: las cosas –las distintas cosas que están en la esfera de dominio, apropiación y atribución propia de la persona humana– están repartidas y atribuidas a distintos sujetos. No todo es de todos. Por el contrario, hay una multitud de cosas que están atribuidas a los distintos sujetos según muy diversas formas»⁵.

Al jurista le corresponde decir lo que suyo de cada uno; en eso consiste su ciencia prudencial, en decir el derecho.

III. JUSTICIA AMBITAL Y JUSTICIA EXTRA-AMBITAL

Tal como contempla Hervada el papel del jurista nos permite plantear una serie de consideraciones, algunas de signo positivo y otras de naturaleza crítica. Entre las de corte positivo destaco la idea de lo justo como lo justo

⁴ *Ibid.*, p. 79.

⁵ *Ibid.*, p. 80.

concreto y, en definitiva, de aquello que es justo «de tejas abajo», lo que suelo denominar «justicia ambital» o «justicia intra-ambital». Ya sé que Hervada nunca usaría la palabra justicia con el sentido que yo le doy, pero lo que propongo no está muy alejado de lo que él sostiene, al menos en algunos aspectos.

No voy a discutir que la justicia sea una virtud, ya que es un término que empleamos con frecuencia para referirnos al «hombre justo» y a la «mujer justa»; como toda virtud, es un hábito que afecta a las acciones y a las decisiones. Alguien es «justo» cuando sus acciones y sus decisiones nos lo parecen. Hervada señala que la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo y que esto que es lo suyo de cada uno es el derecho. En este punto se ve con meridiana claridad la influencia de Tomás de Aquino. El derecho no es concebido –como es frecuente hoy– como un sistema de normas, sino como la cosa justa, que yo prefiero decir la decisión justa.

Lo que me interesa destacar más es que Hervada, y con él el realismo jurídico clásico, consideran «lo justo» como «lo ajustado» a las normas existentes en una sociedad, o sea, al derecho vigente. La terminología puede variar, pero el fondo es claro: el jurista no se encarga de idear una justicia idealizada, sino simplemente de dar a cada uno lo suyo de acuerdo con el derecho vigente (en la terminología de Aquino, de acuerdo con las leyes, tanto natural como positiva, siempre que ésta no sea *corruptio legis*).

Si se examina el derecho vigente en un ámbito jurídico determinado se comprobará que los criterios que presiden el reparto de las cosas, objeto de la jurisdicción en el sentido de decir el derecho de cada uno, se extraen sobre todo de la jurisprudencia de los tribunales. No en vano para nuestro autor el jurista por antonomasia es el juez, que es precisamente el que dice o declara el derecho, lo que corresponde a cada uno. Esos criterios, en virtud de los cuales se concretan las decisiones, conforman lo que yo denomino «justicia intra-ambital», o simplemente «justicia ambital», para diferenciarla de la justicia «extra-ambital»⁶.

Así, el Derecho Natural clásico podría verse quizás como una modalidad de analizar la primera, la justicia ambital o intra-ambital; mientras que una presentación filosófica en un tratado o monografía sobre los ideales de justicia, la sociedad justa, y similares propuestas, correspondería a lo que denomino justicia extra-ambital.

⁶ ROBLES MORCHÓN, G., *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*, vol. 3, Thomson Reuters-Civitas, 2021, pp. 855-925.

Haciendo uso de la terminología que propongo para este asunto de la justicia, que entraña la diferenciación entre justicia ambital y justicia extra-ambital, podríamos sostener que la propuesta defendida por Hervada y lo que él denomina «realismo jurídico clásico» constituye una modalidad iusnaturalista de análisis de la justicia ambital, y no una presentación de un modelo de justicia extra-ambital. Diríamos que, según Hervada, esta última pertenecería a la filosofía política más que a la filosofía del derecho; pues ésta se debe centrar, en su opinión, en la justicia ambital, realista en el sentido de que no deja de contemplar las decisiones concretas de los jueces; quedaría para la filosofía política, o político-jurídica, las elucubraciones sobre la idea de justicia o la justicia ideal. Y no sólo para la filosofía política, sino también para la función de los políticos y, en definitiva, para las constituciones y las leyes.

Se produce así una cierta ruptura entre, por una parte, las normas jurídicas generales, y por otra, las decisiones concretas de los jueces. Para Hervada, en la medida en que el derecho es el objeto de la justicia y la administración de justicia corresponde a los jueces, son estos últimos los que determinan el derecho; éste no es una idea, sino algo muy concreto: lo que corresponde a cada cual, la cosa justa, la decisión justa.

Se introduce aquí de por medio una cuestión terminológica que puede llevar a confundir al jurista actual, educado, como dice nuestro autor, en el positivismo jurídico. «Derecho», para el realismo jurídico clásico (o derecho natural clásico), no es equivalente a «orden jurídico» ni a «ordenamiento jurídico», sino a «lo justo», «lo suyo de cada uno»; es, por tanto, la decisión cuyo contenido es justo. Ahora bien, este «justo» no proviene del enjuiciamiento a partir de una instancia filosófica superior, de una elucubración idealista, sino de la misma entraña del ordenamiento jurídico vigente, siempre que, hay que añadir, este último no entre en contradicción con las exigencias de la ley natural, en cuyo caso en vez de «justo» nos encontramos con una realidad no menos elocuente: la ley injusta, a la que, cuando la injusticia es grave, hay que desobedecer.

El esquema teórico de Hervada presupone, creo yo, el que las leyes que rigen en una sociedad se adecuan o no contradicen la ley natural, y por tanto son leyes que en lo sustancial son justas. Si fueran injustas no serían verdaderas leyes sino corrupción de leyes. Este es un supuesto necesario en el derecho natural clásico, explicitado claramente en la teología filosófica del Aquinate.

Otro aspecto que me interesa destacar es que, en mi opinión, Hervada limita la figura del jurista a la del juez. Bien es cierto que en algún momento la amplía al abogado, pero en todo caso no la abre a otras profesiones jurídicas.

Según he expuesto en otros lugares, para mí son juristas todos los profesionales del derecho, y son profesionales del derecho todos aquellos individuos cuya actividad principal consiste en practicarlo o teorizarlo. Bien es cierto que la práctica jurídica es previa a toda teorización; y en ello también fueron maestros los juristas romanos. Pero no lo es menos que desde entonces la vida colectiva se ha hecho mucho más multiforme y compleja; multiformidad y complejidad que ha afectado a todos los aspectos de la vida humana. El propio derecho romano ha ido recorriendo un largo camino hasta llegar a nuestros días.

Generalizando mucho podemos afirmar que la historia del derecho romano ha ido cubriendo a lo largo de su historia tres modalidades o niveles diferentes aunque conectados. Ha pasado de un primer nivel decisional a un nivel semántico-institucional, y de éste a uno sintáctico-formal. Veamos qué quiero decir con esto.

El derecho romano surge sin normas establecidas, como un conjunto de decisiones prudentiales dirigidas a resolver problemas. Se dice, con razón, que el método característico de la jurisprudencia romana es el de la tópica. Término este último usado por Aristóteles para designar un tipo de razonamiento caracterizado por excluir la axiomatización deductiva, y centrarse en la resolución de problemas a partir de tópicos o lugares (*loci*), los cuales vienen a ser criterios o máximas apoyadas en la razón práctica. La tópica es característica del razonamiento aporético o problemático. De acuerdo con este procedimiento fue generándose, caso a caso, la enorme masa de textos que nos legaron los romanos.

Theodor Viehweg ha proclamado, a mi modo de ver demasiado enfáticamente, que el pensamiento jurídico es tópico y no sistemático. Con ello abre la puerta a la discusión sobre el concepto de sistema en el derecho.

Mi opinión es que la tópica no excluye el sistema, aunque sí el sistema axiomático-deductivo, que es en el fondo el concepto de sistema que maneja el autor citado. Por el contrario a su idea, la evolución europea del derecho romano, y sobre todo la recepción del mismo en las universidades, demuestra que de ser entendido el derecho romano como un conjunto de decisiones, y sin dejar de serlo, pasó también a ser considerado como un sistema hermenéuticamente construido sobre la base de los textos heredados.

La Edad Media y la Edad Moderna son testigos de un lento pero continuo proceso de teorización dogmática, y, con ello, la construcción de un sistema de instituciones, reflejo del orden jurídico meramente decisional. Se pasó así a una fase en la cual el derecho romano fue objeto de tratamiento científico,

cuyo culmen lo proporciona la romanística del siglo XIX –el llamado «derecho de pandectas»– y el fenómeno codificador. Del «caso a caso» decisonal se pasa a la construcción sistemática. ¿Qué es el derecho romano tal como lo explican en sus cátedras y en sus libros la pléyade de romanistas, sino en definitiva el texto sistemático que refleja el conjunto de los textos decisonales originarios? ¿Y qué es un romanista en el siglo XIX sino la representación más genuina del jurista? De la decisión se pasa, por tanto, a la institución; de la pragmática a la semántica, pero no excluyéndose mutuamente, sino como complementarias, cumpliendo una función de apoyo y alimentación recíproca.

Los romanistas, sin embargo, no se quedaron ahí, no se quedaron en el sistema dogmático, reflejo de las decisiones textualizadas de los juristas romanos. Han ido más allá, danto pie a la teoría general del derecho, disciplina esta que sólo ha sido posible a partir de la investigación de lo concreto y, mediante un proceso de progresiva «inducción» (mejor denominada «inducción impropia», ya que no es inducción en sentido propio), ha llegado a acuñar los conceptos jurídicos universales.

Pasamos así de la pragmática a la semántica, y de la semántica a la sintaxis; o, dicho en los términos del derecho: pasamos de las decisiones a las instituciones, y de las instituciones a los conceptos jurídicos universales o, como suele decirse también, a los conceptos jurídicos fundamentales.

Es necesario, en efecto, distinguir entre los conceptos dogmáticos y los conceptos teórico-jurídicos. Los primeros son contingentes. Los segundos, necesarios. Por ejemplo, entre los conceptos dogmáticos tenemos el de usufructo, hipoteca, depósito, arrendamiento, etc. Entre los conceptos formales, norma, sanción, deber jurídico, derecho subjetivo, etc.

Los tres niveles o aspectos señalados no son excluyentes. Al revés, se necesitan mutuamente. Las etapas de la historia demuestran que el derecho romano está en la raíz del pensamiento jurídico. Al decir «en la raíz» no quiero decir sólo que esté al comienzo, que también, sino en lo más profundo del razonamiento de los juristas. Incluso se puede firmar que el derecho *es* romano, al menos lo es el nuestro, el de la civilización occidental.

Esta breve síntesis tiene por cometido llamar la atención sobre el derecho romano mismo y hacer ver, por una parte, que somos herederos del gran legado de los juristas de Roma, y por otra, que ese legado ha servido de fundamento para el derecho posterior en la historia, así como para los derechos actualmente vigentes. Y no sólo eso: sobre la investigación del derecho romano se ha construido la ciencia de los juristas y, como culmen de la misma, la teoría general del derecho.

Junto a la ciencia jurídica de base romanista se ha desarrollado también una impresionante filosofía del derecho, cuyos planteamientos han ido casi siempre vinculados a los modelos epistemológicos triunfantes en las ciencias y en la filosofía general. Precisamente en la edad del apogeo escolástico y por obra sobre todo de Tomás de Aquino el modelo predominante se ajustaba bastante bien al método de los juristas romanos, en el sentido de destacar la idea de la jurisprudencia como un arte práctico, una praxis social como se dice hoy, y el derecho como el equivalente a lo justo y a lo suyo de cada uno.

Pero ya en la edad moderna la filosofía jurídica comenzó a ir por otros derroteros, en gran parte alejados de la ciencia de los juristas heredada de glosadores, posglosadores y comentaristas. Comenzó a desenvolverse un pensamiento jurídico para juristas, por una parte, y por otra una filosofía del derecho entendida como un capítulo de la filosofía política y moral. La justicia de ser una dimensión de los procesos decisionales pasó a ser también un ideal construible: no otra cosa es el derecho natural *more geometrico*.

Probablemente esta sea la explicación del desarrollo paralelo de dos maneras básicas de hacer filosofía jurídica: por una parte la filosofía del derecho propia de los juristas, en conexión con la dogmática y la actividad decisional; por otra la filosofía del derecho característica de los pensadores políticos y morales; en definitiva, una filosofía jurídica de los juristas y otra filosofía jurídica desarrollada por los moralistas y los filósofos de la política. Hoy día esta dualidad de enfoques es perfectamente perceptible tanto en los programas universitarios como en las publicaciones de los autores.

Pues bien, el concepto de «justicia ambital» o «intra-ambital» se relaciona perfectamente con la filosofía jurídica propia de los juristas, y una modalidad de este enfoque lo representa el derecho natural clásico o realismo jurídico clásico, como prefiere decir Hervada. La justicia ambital no es la que resulta de un planteamiento filosófico general, sino la que deriva del derecho vigente, del ordenamiento jurídico; pues el jurista, el juez, no aplica filosofías, sino el derecho vigente, las leyes.

Esto no debe ser obstáculo para que se otorgue también un lugar a la justicia extra-ambital, o sea, a las ideas de justicia objeto no de las decisiones judiciales, sino de las especulaciones filosóficas.

Mientras que la justicia ambital es una justicia *jurídica*, la justicia extra-ambital es una justicia *filosófica*.

Todo esto que vengo exponiendo en este breve trabajo nos conecta de nuevo con la figura del jurista. No comparto la idea de Hervada de que el pensamiento jurídico ha de centrarse de modo casi exclusivo en el juez. Es cierto

que no es posible hablar de derecho sin la figura del juez, incluso podemos pensar un derecho vigente carente de legisladores, pero no carente de jueces. Ahora bien, si el pensamiento jurídico no quiere anquilosarse en los esquemas mentales del pasado es necesario que se abra a la comprensión de las realidades del presente. El derecho en nuestra época se manifiesta como una realidad sumamente compleja que no es reducible a la actividad jurisdiccional.

Afirmar, como hace Hervada, que elaborar las leyes es tarea de los políticos, y no del jurista, me parece una obvia simplificación de la realidad. Es indiscutible que las leyes las aprueban los diputados en el parlamento; pero también lo es que los juristas realizan una labor técnica insustituible. El mismo Aquino presenta una teoría de las leyes, y hoy es un clamor la necesidad de elaborar una teoría y técnica de la legislación. Los juristas, en cuanto tales, no aprueban ellos mismos las leyes pero sí participan activamente en la elaboración de los textos legales y cuidan de advertir posibles incongruencias con el texto constitucional.

Lo mismo puede afirmarse respecto de los redactores de las constituciones, y también de los órganos de la administración pública, de los árbitros y mediadores, de los notarios, etc., además de los juristas que intervienen en los procesos judiciales (abogados, fiscales, secretarios de juzgados, etc.). No me voy a extender en este punto; baste con tener en cuenta la pluralidad de operadores jurídicos que intervienen en los procesos de decisión jurídica, tan variados. Todos ellos participan de una u otra manera en la toma de decisiones jurídicas y por tanto son relevantes para comprender como funciona un ámbito jurídico y especialmente cómo se genera un ordenamiento jurídico. Son los «juristas prácticos».

Junto a los juristas prácticos tiene que valorarse positivamente la función de los «juristas teóricos», tanto de los «científicos del derecho» como de los «teóricos del derecho» (o «filósofos del derecho»).

En el mundo jurídico actual no puede entenderse cabalmente sin comprender la función de la dogmática jurídica y, por tanto, la propia de los científicos del derecho. La construcción sistemática del derecho vigente en un país es una tarea ímproba y absolutamente necesaria para que el derecho en su conjunto funcione en la sociedad. Hoy es impensable un ámbito jurídico carente de la dualidad hermenéutica básica constituida por el ordenamiento y el sistema jurídico. Es ésta una característica que no fue propia del derecho romano. La función del pretor y de los restantes órganos del derecho romano fue precisamente generar un ordenamiento jurídico; apenas existió lo que hoy llamaríamos «la doctrina», salvo en un período muy posterior de su evolución

y además con un nivel no comparable con los desarrollos que la doctrina ha alcanzado en nuestro tiempo. Hoy la doctrina cumple un papel insustituible: ¿no vamos a aceptar que construirla forma parte también del oficio de jurista?

Por último, estamos los teóricos del derecho, cuya tarea consiste en hacer una teoría del derecho (o filosofía del derecho) para juristas, como es la teoría comunicacional del derecho. ¿Habrá algún osado que niega la condición de jurista a quien elabore una teoría del derecho con esa dimensión de aplicabilidad a los conceptos que manejan los juristas y a sus modalidades de razonamiento? Por supuesto, siempre hay individuos osados; pero la cuestión es ésta: ¿serán capaces de justificar el carácter superfluo de la teoría del derecho? Me parece que la osadía tiene sus límites.

En resumidas cuentas, la figura del jurista actual es poliédrica y compleja, responde a los caracteres múltiples del trabajo con el derecho y para el derecho, al servicio de la sociedad. Todos los juristas, tanto prácticos como teóricos, constituimos una comunidad profesional muy amplia y cuyo cometido es plural e imprescindible en cada una de las dimensiones.

Esto nos lleva al último punto que deseo tratar. Me refiero a lo que considero el problema fundamental de la actual filosofía del derecho y que formularía así: la asimilación de los aportes del positivismo jurídico desde posiciones filosóficas que lo superen.

Ni el positivismo como corriente general del pensamiento, ni en particular el positivismo jurídico, constituyen un fenómeno casual en la historia de las ciencias y de la filosofía. Forman parte de la historia de la razón humana, y además de un modo apabullante, con gran influencia en todas las ramas del saber. Esto mismo es claramente manifiesto en las ciencias jurídicas y la filosofía del derecho. Hacer ciencia jurídica y/o filosofía del derecho hoy día sin haber pasado por la comprensión integral del positivismo jurídico personalmente me parece un «pecado de lesa ciencia o de lesa filosofía».

Hoy se puede ser contrario al positivismo, pero no sin conocerlo a fondo y criticarlo como se merece: con detenimiento. Hay además aspectos del positivismo jurídico que son avances indiscutibles, por eso ha tenido y tiene tanto éxito. Nuestro autor reconoce que la educación jurídica actual está marcada por el paradigma propio del positivismo jurídico. Si es así, como efectivamente es, entonces habrá que pensar que el positivismo debe de tener algunas virtudes. Y en el supuesto de que se piense que no tiene ninguna, será necesario detenerse a demostrar por qué. No basta, por ejemplo, con decir que no entra a considerar los valores jurídicos, y que mantiene un relativismo cuestionable. El mismo «realismo jurídico clásico», al estar apegado estrechamente al

derecho vigente en una sociedad determinada, de alguna forma condiciona el conocimiento de «lo justo» al derecho socialmente existente, por lo que debe admitir que la justicia no es un ideal abstracto, independiente de las relaciones sociales concretas, sino, muy al contrario, defiende la tesis de su condicionada social.

Se sea positivista o no, hay que reconocer que el positivismo jurídico ha dado lugar a las ciencias positivas del derecho: la sociología jurídica, la psicología jurídica, la antropología jurídica, la teoría general del derecho; e incluso el análisis económico del derecho. No discuto que estas diferentes disciplinas tienen sus precursores anteriores al positivismo; pero es un hecho verificable que todas ellas alcanzan la configuración definitiva de sus respectivos objetos y métodos como consecuencia del triunfo del positivismo general. Ya con sólo este aspecto uno no puede echar por la borda «de una palada» muy buena parte de la bibliografía de los dos últimos siglos.

Yo no soy positivista, pero mi posición «pos-positivista» (así la califique en varios escritos de comienzos de los ochenta) poco tiene que ver con el asunto de los valores o la dimensión de la justicia ideal o extra-ambiental. No soy positivista por razones epistemológicas y metodológicas: mi teoría comunicacional del derecho no es positivista sino hermenéutico-analítica, como he manifestado en mis escritos. Lo repetiré una vez más: el positivismo supone una actitud descriptivista ante el derecho, mientras que la ciencia jurídica no es descriptiva –entre otras razones porque no puede serlo: los textos jurídicos no pueden describirse sino sólo interpretarlos para comprenderlos–, ni tampoco se ocupa de los valores extraambientales, esto es de las ideas de justicia que hemos resumido con la designación de «justicia extra-ambiental».

Un reproche que cae siempre sobre las cabezas positivistas es que no se ocupan de los valores ni de la justicia; cuestión ésta que es totalmente falsa, ya que sí se ocupan de los valores y de la justicia: aquellos expresados en la conjunción ordenamiento – sistema – ámbito. ¿Si no, cómo podrían argumentar los juristas «positivistas» ante un tribunal de justicia? No podrían esgrimir ningún argumento moral ni de cualquier otro género (económico, social, político, religioso, etc.) fuera de los estrictamente formales. ¿Alguien conoce algún abogado, «educado en el positivismo», que no argumente con criterios materiales de justicia, por lo general extraídos de la justicia ambiental? ¿Alguien conoce algún juez, también «educado en el positivismo», que no fundamente su sentencia con razones materiales o de contenido, y no sólo formales? (aunque naturalmente puede darse el caso que tanto un abogado como un juez en un pleito concreto justifiquen sus posiciones con criterios meramente forma-

les, por no ser necesarias otras razones). El reproche que se puede hacer a los positivistas es que no teorizan la justicia ambital, sino que centran su interés ya sea en las formas jurídicas (normativismo) ya sea en los hechos socio-jurídicos (sociologismo).

Desde la teoría comunicacional del derecho se defiende la necesidad de investigar la justicia en sus dos aspectos: el ambital y el extra-ambital, aunque subrayando la diversa posición del teórico ante cada una de ellas.

Frente a la justicia ambital el teórico tiene que investigar cómo en un ámbito jurídico concreto se determinan los criterios materiales de justicia; no le quedará otro remedio que el estudio de los textos jurídicos que se dan dentro del ámbito: tanto los ordinamentales, como los sistemáticos, los sistémicos, y los textos que, junto con los anteriores, agotan el fenómeno textual del ámbito jurídico.

Otra será la perspectiva del teórico ante la justicia extra-ambital. Respecto de ella el teórico actuará como un poder constituyente. La situación comunicacional del poder constituyente puede a su vez adoptar dos modalidades diferentes.

La primera, la situación del poder constituyente ante una especie determinada de sociedad, por ejemplo, la actual sociedad occidental, o restringir más aun la mirada, y concretar la especie social en la propia de un ámbito jurídico, por ejemplo la sociedad española. Desde esta perspectiva el teórico que actúa como poder constituyente tendrá en cuenta las características propias de la sociedad de referencia y adaptará sus criterios de justicia a las condiciones de dicha sociedad. Por ejemplo, si se trata de una sociedad con escasos recursos económicos, es probable que el constituyente renuncie a exigir desde el minuto uno del nuevo orden la instauración de un sistema sanitario universal, no sólo para los nacionales sino también para los extranjeros (decidirlo así, además de poco realista, plantearía problemas irresolubles).

La segunda situación sería aquella que puede denominarse la propia de un poder constituyente ideal para una sociedad ideal, una situación que bien se puede calificar de utópica. Sabemos que la utopía, como forma de pensamiento político-jurídico, es perfectamente legítima, con la condición de que se tenga por utópica, esto es, inalcanzable en la realidad actual (no se sabe en relación con la futura). En dicha situación el poder constituyente tiene las manos libres, no se encuentra sometido a realidad alguna, piensa en un modelo de sociedad idealizada. Tan sólo tendrá que tener en cuenta los caracteres del ser humano: a toda teoría de la justicia extra-ambital ha de acompañar necesariamente una antropología filosófica.

IV. CONCLUSIÓN

Para concluir, pondré un ejemplo muy concreto con la idea de clarificar el concepto de justicia ambital. Hasta el año 1969 el Tribunal de Justicia de las (entonces llamadas) Comunidades Europeas no se pronunció en los asuntos en que los demandantes invocaban derechos fundamentales de las constituciones de los estados miembro. La causa de esta inhibición estaba en que los tratados fundacionales no preveían la protección de dichos derechos. Sin embargo en el año mencionado el Tribunal comenzaría una nueva línea jurisprudencial declarándose garante de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario. Para justificar la «fuente» en la que se apoyaba señaló «los principios generales del derecho» y «las tradiciones constitucionales de los estados miembros». Estas dos «fuentes» contenían obviamente un acervo de ideas de valor que el Tribunal se encargaría de ir desvelando y aplicando caso a caso. Este es un ejemplo de justicia ambital, referida al ámbito jurídico de la Comunidad / Unión Europea.

V. LAUDATIO

Aquí nos quedamos. He querido presentar algunas reflexiones sobre un breve capítulo de la obra de Hervada con el objetivo, en primer lugar, de mostrar cómo su obra da pie a multitud de sugerencias y debates, ya que se trata de una obra rica y compleja, que además no sigue «la moda», esa tirana que doblega los espíritus débiles y/o complacientes; y en segundo lugar he aprovechado la ocasión para dejar entrever cuál es la posición que me parece correcta en el seno de la teoría comunicacional del derecho a la hora de enfrentar la cuestión de una teoría de la justicia.

Sólo me queda recordar de nuevo, en las últimas palabras de este trabajo, el afecto, simpatía y admiración que desde que le conocí, hace más de tres decenios, he sentido por la figura humana e intelectual del profesor Javier Hervada.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- HERVADA XIBERTA, J., *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1992.
- ROBLES MORCHÓN, G., *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*, vol. 3, Thomson Reuters-Civitas, 2021.

