

EL CONCEPTO ACTUAL DE DERECHO ECLESIASTICO
Y SU MARCO CONSTITUCIONAL

PEDRO LOMBARDIA

1. INTRODUCCIÓN

Durante los años 1983 y 1984 se han publicado en Italia y en España varios libros que, desde diversos ángulos de enfoque, coinciden en sugerir una reflexión sobre los temas centrales del Derecho Eclesiástico. Estos libros constituyen una de las bases del presente Boletín, que tiende al doble objetivo de dar cuenta de las aludidas novedades bibliográficas y de señalar algunas líneas para el análisis crítico de la temática.

Este análisis, sin embargo, quedaría incompleto si no se aludiera también a los problemas que plantea su inserción en el marco del Derecho español; es decir, a su conexión con los problemas clave del repensamiento de la teoría de nuestro ordenamiento jurídico, a la que obliga el dato fundamental de la vigencia de la Constitución de 1978. A este fin, entre la ya amplia bibliografía española, se han seleccionado para su inclusión en este Boletín tres libros fundamentales, que tienen en común, además del prestigio de sus autores, su índole de estudios breves e incisivos, en los que se va al fondo de los problemas desde resueltas opiniones personales, lo que les sitúa en un plano, en el que inevitablemente convergen la consideración técnica del ordenamiento jurídico y la insoslayable cuestión de la fundamentación del Derecho.

Precisamente por ello, pese a no tener sus autores una preocupación eclesiasticista, dan ocasión al planteamiento de una temática de importancia decisiva. La que sugiere una tensión que puede formularse en estas dos afirmaciones: el Derecho Eclesiástico del Estado español ha de estudiarse, como rama que es de la ciencia que se ocupa de la totalidad del ordenamiento, a partir de la comprensión de la Constitución como fuente primaria. Una comprensión de cualquier tema constitucional, que tenga con rigor la pretensión de ser pieza central del sistema de Derecho español, no puede olvidar las inquietudes que origina el análisis de la Ley de leyes desde la delicada perspectiva material que constituye el objeto propio de la ciencia del Derecho Eclesiástico. La segunda de esas dos afirmaciones no pretende, como espero quede claro a lo largo de estas páginas, prolongar polémicas sobre la llamada «cues-

ción religiosa», felizmente superada hoy, mediante las opciones del legislador constitucional y en virtud de un clima científico en el que el talante secular en el tratamiento de la dimensión social del factor religioso influye de manera decisiva, no sólo en el plano ideológico, sino también en la construcción técnico-jurídica.

Ante todo, fijemos con claridad el objeto y los límites de esta reseña. Por lo que a estos últimos se refiere, es necesario subrayar que se dedica con carácter exclusivo a libros; los artículos aparecidos en revistas y obras colectivas durante el último bienio no son objeto de atención. El hecho de que la línea expositiva lleve a aludir a algunos de estos trabajos no implica, por tanto, una mayor estima de ellos, respecto de otros —igualmente valiosos— que no serán mencionados.

El Boletín, además, se impone unos límites espacio-temporales y temáticos.

Por lo que se refiere a la bibliografía eclesiasticista, la reseña se circunscribe a la italiana y la española, analizándola conjuntamente, en atención a sus evidentes puntos de contacto, tanto en razón de las analogías de los ordenamientos —Estados de democracia pluralista; sociedades en las que la Iglesia Católica destaca netamente como el grupo religioso numérica y culturalmente de mayor relieve; sistemas de Derecho Eclesiástico en los que las normas bilaterales desempeñan un importante papel; Estados que, sin ser federales, plantean las relaciones entre Derecho estatal y Derecho regional (en Italia) o autonómico (en España)— como por la creciente influencia recíproca de las contribuciones doctrinales de ambos países, que se manifiesta en reuniones científicas y en frecuentes colaboraciones en el plano de las publicaciones y de las actividades universitarias. Obviamente, esta legítima opción, al delimitar el objeto de este Boletín, no implica el desconocimiento de la importancia de la bibliografía científica de otras áreas culturales, algunas de ellas —tal es el caso de la germánica— de tan destacada significación en el pasado y en el presente de la Ciencia del Derecho Eclesiástico. En otras ocasiones se fijará en ella la atención de manera preferente. Los lectores de este volumen del ANUARIO DE DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO encontrarán una útil guía en el contenido y las indicaciones bibliográficas de la colaboración del profesor de la Universidad de Ausburgo Joseph Listl.

En cuanto a la temática, se han escogido libros que plantean las cuestiones centrales del Derecho eclesiástico: concepto, método, teoría de las fuentes, relaciones entre las actitudes ideológicas y las nociones técnicas básicas..., bien porque ellas mismas constituyen la materia tratada en los libros, bien porque se afrontan temas sectoriales con unos planteamientos propicios a un análisis desde la perspectiva de los puntos claves de la actual reflexión eclesiasticista.

Por lo que se refiere a la bibliografía eclesiasticista española, se tienen en cuenta en esta reseña los siguientes volúmenes:

- J. FORNES, *La ciencia canónica contemporánea (valoración crítica)*, 1 vol., 426 págs., E.U.N.S.A., Pamplona 1984.
- I. C. IBÁN, *Derecho Canónico y Ciencia jurídica*, 1 vol., 485 págs., Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones, Madrid 1984.
- E. MOLANO, *Introducción al estudio del Derecho Canónico y del Derecho Eclesiástico del Estado*, 1 vol., VIII+238 págs., Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona 1984.

Aunque estos tres libros se diferencian en muchos aspectos de su planteamiento y enfoque, tienen también evidentes analogías, que se explican por su origen común: haber sido inicialmente memorias sobre el concepto, método y fuentes, presentadas por sus autores a las últimas oposiciones directas a Cátedras de Derecho Canónico, que se convocaron en España antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 11/

1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria. Esta procedencia orienta, de entrada, al lector universitario español acerca del talante de estas obras. Como era usual en el género, predominan en ellas las cuestiones conceptuales y metodológicas. Importa, sin embargo, advertir que se trata de trabajos de gran calidad, en los que la información bibliográfica, pese a ser abundantísima, no es convencional ornato, sino referencia a estudios que los autores han tenido seriamente en cuenta y con los que dialogan de manera clara y directa, como utilísimos contrapuntos de las opiniones personales. Ahora que la nueva normativa sobre acceso al profesorado universitario no impone a los aspirantes la redacción de este tipo de memorias, liberándolos de una pesada carga, no puede menos de expresarse el augurio de que, en los concursos de nuevo cuño, próximos a estrenarse cuando se redactan estas líneas, tengan los candidatos oportunidad de dar pruebas tan convincentes de su madurez científica como la que en estos libros ofrecen los brillantes catedráticos de la disciplina en las Universidades de Navarra, Cádiz y Zaragoza.

El aludido origen explica que estos tres libros se ocupen de cuestiones de Derecho Eclesiástico en un marco más amplio, en el que el Derecho Canónico desempeña un papel central. Los tres, sin embargo —y de manera especial el profesor I. C. Ibán—, tratan del concepto y método del Derecho Eclesiástico. Dado el objeto de la publicación en que esta reseña se inserta, es desde este último punto de vista como serán aquí tomados en consideración.

La bibliografía italiana estará representada en este Boletín por los siguientes volúmenes:

- G. CASUSCELLI, *Post-confessionismo e transizione. I problemi del Diritto Ecclesiastico nella attuale esperienza giuridica*, 1 vol., 253 págs., Giuffrè, Milano 1984.
- G. CATALANO, *Tra storia e diritto*, 1 vol., XVI+408 págs., Rubettino, Soveria Mannelli 1984.
- G. DALLA TORRE, *Chiesa particolare e Comunità politica. Nuove prospettive del diritto pubblico ecclesiastico esterno*, 1 vol., 164 págs., Mucchi, Modena 1983.
- F. ONIDA, *Separatismo e libertà religiosa negli Stati Uniti. Dagli anni sessanta agli anni ottanta*, 1 vol., VIII+163 págs., Giuffrè, Milano 1984.
- M. TEDESCHI, *Contributo alla determinazione della scienza del Diritto Ecclesiastico*, 1 vol., 73 págs., Giuffrè, Milano 1983.

Estos libros responden a diversos planteamientos temáticos, conceptuales y de método. Tienen, sin embargo, en común haber sido publicados con posterioridad a 1982, año en que aapreció en Milán la obra colectiva *Storia e dogmatica nella scienza del Diritto Ecclesiastico*, en la que se recogían los trabajos de la reunión de estudio que se celebró en Taormina, organizada por la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Catania, los días 26 al 29 de octubre de 1981. Este punto de referencia tiene incuestionable interés, porque la reunión de Taormina estuvo dominada por una preocupación metodológica, que le dio una no disimulada impronta de balance crítico de la producción científica anterior y de apertura de horizontes hacia el futuro. De aquí que la bibliografía sobre temas centrales del Derecho eclesiástico, posterior a aquellas jornadas, se produzca en momentos en los que la inquietud está viva y nada fundamental puede considerarse pacífico. Hay que advertir, al respecto, que esta impronta no está presente sólo en cuatro de los libros italianos reseñados, sino también en los españoles, puesto que los profesores Fornés e Ibán participaron en los trabajos de Taormina y el profesor Molano tiene en cuenta el volumen de las actas (págs. 194, nota 7; 201, nota 18; 212, nota 32; 224, nota 49;

229, nota 55). Incluso en el libro de Catalano, que recoge numerosos artículos del autor anteriores cronológicamente a la aludida reunión de estudio, encontramos la ponencia que desarrolló en aquella ocasión (págs. 227-240).

La alusión que acabamos de hacer al libro del profesor Gaetano Catalano nos introduce ya, sin solución de continuidad, en la descripción de los libros italianos objeto de esta reseña.

El ilustre maestro de la Universidad de Palermo recoge en el volumen *Tra storia e diritto* veintidós estudios, que en su conjunto constituyen un significativo muestrario del amplio panorama temático en el que se ha empeñado el rigor investigador, el talento constructivo y el agudo sentido crítico de uno de los estudiosos del Derecho Canónico y del Derecho Eclesiástico más prestigiosos de nuestros días. Prescindimos en este Boletín de los nueve primeros, de índole netamente histórica, y de los tres últimos, recogidos bajo el expresivo título «Notas sobre la Iglesia Postconciliar». Aquí se tendrán en cuenta los diez trabajos que se integran en la segunda parte del volumen —«Estudios jurídicos»—, los tres primeros dedicados a problemas de método; los otros siete, a agudos análisis de la dinámica concordataria, en los que —a propósito de diversos temas particulares— el autor aporta valiosas reflexiones a la teoría de las fuentes del Derecho Eclesiástico.

El libro del profesor de la Universidad de Nápoles Mario Tedeschi tiene, desde el título hasta su última línea, una intención metodológica. Es todo él una meditación sobre la ciencia del Derecho Eclesiástico, en la que desarrolla con mayor amplitud las ideas que propuso en las reuniones de Taormina, de las que el autor fue el más calificado promotor y organizador.

Un corte diverso tiene el libro del profesor de la Universidad de Messina Giuseppe Casuscelli. Bajo el sugerente título *Postconfessionismo e transizione*, se ocupa de la evolución del Derecho eclesiástico italiano, que va desde una evidente contención de la puesta en práctica de los principios constitucionales de libertad e igualdad en materia religiosa (en obsequio al mantenimiento del *statu quo* conseguido en los Pactos de Letrán, durante el período fascista) a una creciente aplicación de los aludidos principios por parte de la legislación y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a las que fue abriendo horizontes la doctrina, a partir de los últimos años de la década de los cincuenta. Es sabido que esta evolución ha tenido importantes concreciones en 1984 con la firma del nuevo Concordato, de la «intesa» con la «Tavola Valdese» y del Protocolo de aprobación de las normas sobre entes eclesiásticos formuladas por la Comisión paritaria, prevista en el artículo 7, núm. 6, del Concordato. Por razones cronológicas, esta última fase no es tenida en cuenta por Casuscelli (vid. págs. 7-8, nota 16). Ello, sin embargo, no resta valor al libro. Muestra, por el contrario, de manera evidente que el lento ritmo con que se ha llegado a la revisión del Concordato con la Iglesia Católica y a la firma de la primera «intesa» ha tenido como consecuencia la formación de una nueva mentalidad, surgida en el marco del ordenamiento estatal, cuya función no se limita a haber inspirado numerosos contenidos de las nuevas fuentes pacticias, sino que está llamada a jugar también un importante papel en la valoración de conjunto del complejo normativo en el que se insertan, junto a tantos otros datos, las recientes normas bilaterales. Esta atención preferente al Derecho interno italiano y a la evolución que se ha producido en su ámbito, pese a haber permanecido inmutadas durante largo tiempo las fuentes bilaterales, da al libro un especial valor, precisamente por centrar la atención del análisis, no en el ya varias veces discutido tema de los planteamientos ideológicos de los estudiosos del Derecho Eclesiástico, sino en las técnicas seguidas para la aplicación del Derecho positivo durante la transición. En este sentido, la tercera parte del libro y el análisis que en ella se realiza de las «formas» de la transición tiene evidente novedad e indiscutible valor.

El libro del profesor Francesco Onida, de la Universidad de Florencia, sobre

separatismo y libertad religiosa en los Estados Unidos durante los últimos años, reúne cinco estudios publicados precedentemente en la revista *Il diritto ecclesiastico*, que significan una puesta al día de la importante monografía del autor *Uguaglianza e libertà religiosa nel separatismo statunitense* (Milano, Giuffrè, 1970). Los cinco están dedicados a la jurisprudencia norteamericana sobre controversias entre entes eclesiásticos (págs. 1-19), sobre escuela y religión (págs. 21-50), sobre el principio de libertad religiosa (págs. 51-81), sobre la evolución del separatismo (págs. 81-107) y sobre la objeción de conciencia (págs. 115-142). Al análisis de estos cinco temas se dedican los capítulos I al IV y VI del volumen. En el V, titulado «Conclusioni riassuntive» (págs. 109-113), Onida ofrece unas sintéticas valoraciones de las últimas etapas de la comprensión de las cláusulas *free exercise* y *establishment of religion* de la primera enmienda del *Bill of Rights*. El libro se cierra con una lista de autores citados, un índice de la jurisprudencia del Tribunal Supremo U.S.A. y otro de jurisprudencia de otros Tribunales norteamericanos. Este interesante libro será tenido en cuenta en este Boletín, no en cuanto que informa sobre jurisprudencia norteamericana acerca de distintas materias, sino en la medida en que es muy expresivo del modo como el autor entiende la libertad y la igualdad en materia religiosa.

Con una violencia, intencionadamente buscada, la inclusión del libro del profesor Giuseppe Dalla Torre rompe la unidad del criterio de selección utilizado. En efecto, el libro del profesor de la Universidad de Bolonia no trata de Derecho Eclesiástico. Como el autor anuncia de manera inequívoca en el subtítulo, su reflexión se mueve en el campo del Derecho Público Eclesiástico Externo. Se tiene en cuenta, sin embargo, en esta reseña, porque en un ordenamiento como el español (lo mismo cabe decir del italiano) en el que tan importante papel juegan las fuentes bilaterales, interesa no olvidar la perspectiva «de la otra parte», especialmente si ésta es tomada en consideración —tal es el caso de este libro— desde un ángulo de enfoque de particular interés, desde el punto de vista de las relaciones de la Iglesia Católica con un Estado en el que la perspectiva autonómica debe ser objeto de atenta consideración.

Los libros españoles sobre cuestiones constitucionales, relacionadas con aspectos básicos de la teoría del ordenamiento y de la fundamentación del Derecho, que van a ser objeto de atención en este Boletín, son:

E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, 1 vol., 182 págs., Civitas, Madrid 1984.

G. PECES-BARBA, *Los valores superiores*, 1 vol., 173 págs., Tecnos, Madrid 1984.

A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, 1 vol., 227 págs., Madrid 1984.

Los estudios de los profesores Peces-Barba y Pérez Luño forman parte de la Colección de Tecnos «Temas clave de la Constitución Española», que dirige el profesor Pedro de Vega. Se ocupan, respectivamente, de los artículos 1, 1 y 10, 1 de la Ley Fundamental española, si bien, ambos estudian otros textos de la Constitución, especialmente Pérez Luño, que obviamente toma en consideración los artículos que formalizan los distintos derechos fundamentales y regulan los instrumentos para su protección.

El volumen del profesor García de Enterría reúne, junto a dos estudios redactados por el autor cuando la Constitución aún no estaba vigente, un trabajo sobre «Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución» .

2. DERECHO CANÓNICO Y DERECHO ECLESIAÍSTICO

Todos los libros sobre Derecho Eclesiástico que comentamos, escritos en nuestros días, dan por supuesta la neta distinción entre las ciencias del Derecho Canónico y del Derecho Eclesiástico y su recíproca autonomía científica, como algo plenamente consolidado desde hace muchos años; sin embargo, las referencias al aspecto histórico de esta cuestión les lleva a recordar —aportando interesantes matizaciones— la común tradición y las mutuas influencias entre ambas ramas de la Ciencia jurídica.

El Derecho Eclesiástico se entiende en sus orígenes como una alternativa al Derecho Canónico que presupone a éste, aunque la derivación esté matizada con una actitud crítica.

La evolución histórica del problema, en el plano del desarrollo legislativo, arranca de los orígenes del Estado moderno. Sobre ello insistí en Taormina (*Storia e dogmatica...*, cit., pág. 71), cuando sugería que los eclesiasticistas actuales podíamos reconocer como antepasados nuestros, aunque ciertamente muy lejanos, a aquellos legistas de la corte de Felipe el Hermoso de Francia que, rompiendo el equilibrio interno del *Ius Commune*, se apoyaron en el Derecho romano para adoptar una actitud crítica ante los textos hierocráticos de las colecciones canónicas, defendiendo de este modo las posiciones del rey francés en su conflicto con el Papa Bonifacio VIII. En todo caso, resulta claro que es en la legislación religiosa de las monarquías absolutas de la modernidad cuando aparecen, para ir desarrollándose de manera creciente, numerosas normas del poder civil sobre asuntos religiosos.

Prescindiendo ahora del apasionante tema de la legislación en materia religiosa de las monarquías absolutas confesionalmente protestantes, el interés del regalismo es, al respecto, evidente. Mérito del libro del profesor Ibán es haber dedicado a este tema una mayor atención y una más fina actitud crítica de la que es habitual en las síntesis sobre la formación del Derecho Eclesiástico. Quizá a esta preferencia del catedrático de la Universidad de Cádiz por el estudio del regalismo no sea ajena la influencia del magisterio de Alberto de la Hera. Iván C. Ibán se ocupa del asunto, ante todo, en el marco de las tesis negadoras del carácter jurídico del Derecho canónico. Aunque el tratamiento del autor (págs. 106 y sigs.) es más rico y original que el de la bibliografía anterior, el ángulo de enfoque no es nuevo; sí lo es, en cambio, haber detectado un regalismo residual en los modernos eclesiasticistas (páginas 182 y sigs.), que delata al mismo tiempo insuficiencias del separatismo contemporáneo —con la consiguiente incidencia en la tutela de la libertad religiosa— y residuos de interferencias, en el plano científico, entre Derecho Eclesiástico del Estado y Derecho Canónico, que aún enturbian la nitidez de la recíproca autonomía científica a la que se llegó en el clima del positivismo.

El desarrollo de la temática, en el plano de la evolución científica, ha sido presentada de nuevo por Fornés, en unas páginas (323-334), en las que el autor da pruebas de una evidente capacidad de síntesis. De ellas se deduce, así como de su colocación en el conjunto del libro, no sólo que el positivismo jurídico es clave para la definitiva comprensión de la autonomía científica del Derecho Eclesiástico, sino también que este punto de partida —gracias sobre todo a la reflexión crítica de Santi Romano— fue también un sólido apoyo para la construcción técnica del Derecho Canónico en términos comprensibles para los hombres formados en las diversas corrientes de la Ciencia jurídica contemporánea. En este sentido, puede afirmarse que, si bien el positivismo ayudó a perfilar una ciencia del Derecho eclesiástico rigurosamente autónoma —y ello lo hizo, al menos en Italia, con una originaria actitud *versus Ius Canonicum*—, no resulta menos evidente que el desarrollo del Derecho Eclesiástico sería el fermento de una ciencia del Derecho Canónico de mayor calidad técnica: «Es interesante señalar —nos dice al respecto Molano— cómo las

dificultades que encontraba el tratamiento de la libertad en un régimen político de carácter totalitario como era el fascista, llevó a los juristas italianos interesados en el Derecho Eclesiástico y Canónico a sentir un particular interés por el estudio y la investigación de este último, con el mismo método dogmático con que estudiaban el Derecho Eclesiástico; de este modo, con frecuencia, los mismos autores se turnaban en la investigación y didáctica de ambas disciplinas, cosa que dio lugar a una fecunda influencia mutua, aunque con el contrapunto negativo de la común *fundamentación positivista y formalista* que privaba en la época» (pág. 199; subrayado de Molano). El fruto más tangible de esta influencia, tanto en su inicial planteamiento como en su recepción en España, es —en el plano del método— la comprensión del Derecho Canónico como sistema, como acertadamente subraya el profesor Ibán en unas páginas llenas de interés (págs. 37-53).

Los tres autores, sin embargo, desde sus respectivos puntos de vista, coinciden en señalar cómo la doctrina española intentó superar la raíz positivista de la Ciencia canónica, mediante una revisión crítica, en la que Hervada desempeñó un papel de incuestionable protagonismo creador y a la que Viladrich ha aportado contribuciones llenas de interés (Fornés, págs. 359-361; Ibán, págs. 53-57; Molano, págs. 72-75). Es bien sabido, por otra parte, que el núcleo central de la superación del positivismo canónico (llevada a cabo sin renunciar a la conquista del método sistemático, sino, por el contrario, potenciándola con insospechadas vías para una comprensión unitaria del ordenamiento jurídico) arranca de la reflexión de Javier Hervada sobre el clásico tema de las relaciones entre Derecho divino y Derecho humano. De ella dan cuenta, adhiriéndose en lo fundamental a las líneas clave de la construcción, tres de los autores de los libros comentados: Fornés (págs. 141-193), Ibán (páginas 287-341) y Molano («Precisiones en torno al 'Ius Divinum'», en *Ius Canonicum*, 44, 1982, págs. 783-796). No es del caso detenerse aquí, una vez más, sobre la cuestión. Me parece, sin embargo, de interés destacar el contraste que, al tratar de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico, se observa en los escritos de estos autores.

En efecto, por una parte, no cabe duda de que los tres, en perfecta sintonía con la tradición y con la más reciente bibliografía canónica, construyen el Derecho canónico al filo de las relaciones entre Derecho divino y Derecho humano, afirmando resueltamente la juridicidad de aquél. Basta como botón de muestra esta afirmación del Ibán canonista, que interesa subrayar por ser, de estos tres autores, el que adopta posiciones más «seculares» (es decir, más congruentes con el perfil resueltamente secularizado que domina en la Ciencia jurídica contemporánea) cuando se mueve en el campo del Derecho Eclesiástico: «Para concluir, diremos que, en último extremo, hablar de *aequitas*, de *rationabilitas*, de certeza, de costumbre *contra legem*, es referirse a idéntica cuestión. Es aludir a la relación del Derecho divino y del Derecho humano, hablar de la posición que ocupa el Derecho divino en el ordenamiento canónico, que hace que todo Derecho humano que no sea acorde con el divino, no sea efectivamente Derecho. Por eso, cuando se habla de que el ordenamiento canónico está al servicio de la Iglesia, se está afirmando una de estas dos cosas: 1.º O bien que el Derecho divino no es Derecho, y que el ordenamiento canónico es únicamente Derecho humano y Derecho divino humanizado. 2.º O bien algo absolutamente obvio —que por obvio no debería ser ni recordado—, es decir, que el Derecho —que es Iglesia— está sirviendo a la Iglesia —que es Derecho—, y que la Iglesia —que es Derecho— está sirviendo al Derecho —que es Iglesia—. A la pregunta de si el Derecho divino es Derecho, nos atreveríamos a responder que el Derecho divino es *el* Derecho, puesto que Derecho es lo que permite conseguir el fin, y el modo de alcanzar el fin es seguir el Derecho divino, y de que tal es el modo correcto de concebir el ordenamiento canónico, es buena prueba el conjunto de figuras que han sido analizadas en las últimas líneas» (pág. 341).

Pues bien, ¿cómo ven estos autores el problema de la fundamentación del Derecho, cuando trabajan en el campo del Derecho Eclesiástico? Tanto Fornés como Molano abren sus libros con sendos capítulos sobre el concepto de Derecho, muy diversos en sus planteamientos y contenidos, pero ambos con claro trasfondo iusnaturalista (respectivamente, págs. 35-65 y 1-27). Desde estos presupuestos, su reflexión discurre sin violencia cuando tratan del tema de las relaciones entre Derecho divino y Derecho humano, construyen una visión de conjunto del ordenamiento canónico (respectivamente, págs. 195-230 y 115-146) y afirman de manera rotunda que «de las tres posibilidades aquí examinadas —el Derecho Canónico como disciplina teológica; el Derecho Canónico como disciplina jurídica; el Derecho Canónico como disciplina pastoral—, es claro que mi modo de ver y entender la elaboración científica del Derecho Canónico sintoniza con la segunda de ellas» (Fornés, página 368) o que «La Ciencia Canónica estudia el Derecho Canónico en *cuanto Derecho*» y se considera claro «que la *Ciencia Canónica termina*, sin solución de continuidad, en el *Arte jurídico o Jurisprudencia*, sin que puedan separarse estas dos dimensiones del saber jurídico, y mucho menos si se las considera formando parte del cultivador del Derecho, de su mentalidad jurídica como canonista» (Molano, páginas 163 y 166; los subrayados son del autor citado).

En el terreno eclesiasticista, en cambio, Fornés se muestra en extremo cauteloso, aunque bien consciente de la dificultad del problema: «Baste, por tanto, con subrayar ahora que —aparte los problemas de su fundamentación (hoy en fase de particular debate para tratar de encontrar unas bases no positivistas, como son las que, en líneas generales, sustentan esta disciplina) e independientemente de como esté en cada país el tema clásico de las relaciones entre ordenamientos (tema sólo planteable si el Derecho estatal tiene un mínimo de voluntad de relacionarse con los ordenamientos de las confesiones religiosas)— al Derecho Eclesiástico siempre correspondería, a mi modo de ver, *el tratamiento y la tutela por parte del ordenamiento de los derechos de libertad para las opciones en materia religiosa y para desplegar sus naturales consecuencias con relevancia social*» (pág. 416; subrayados de Fornés). Es cierto que la ambigüedad de estas frases se difumina un tanto, cuando se conocen los esfuerzos por aproximarse al problema de la fundamentación del Derecho Eclesiástico, que el autor ha hecho en otros escritos, a los que me refiero en el prólogo al volumen comentado (págs. 18-20); pero no cabe duda que la cuestión le queda al lector entre las manos con esa genérica alusión entre paréntesis a un debate entre especialistas, a mi juicio, mucho menos explícito de lo que las palabras de Fornés parecen insinuar.

En cuanto a Molano —de cuya preocupación por la fundamentación del Derecho no puede dudar quien conozca a fondo su obra—, pese a algunas alusiones más comprometidas, en el párrafo que enlaza las páginas 214 y 215 y en las citas a Hervada en la nota 36 de esta última página, acaba, en definitiva, remitiéndose, aunque en términos muy diversos del legalismo en sus más toscas versiones, a las opciones del legislador estatal: «... el fundamento de la autonomía del Derecho Eclesiástico hay que ponerlo, de una parte, en la existencia de un *derecho específico* que regule el factor religioso, y de otra, en la *elaboración de los principios informadores del sistema eclesiasticista*, tomando como base la existencia de ese derecho específico. La elaboración de estos principios dará *unidad* a todo el sistema, y permitirá una ordenación de la materia que facilite su mejor conocimiento y aplicación» (pág. 215; subrayados de Molano). Cual sea, en definitiva, el sentido de fondo de este párrafo es algo que no resulta claro. Por ahora baste decir que puede leerse con relativa comodidad —aunque no creo que sea ésta la intención del autor—, pensando sólo en principios inducidos del Derecho positivo, según los esquemas de la más clásica jurisprudencia de conceptos positivista, cuya función fuera sólo trazar las líneas de la exposición sistemática del contenido de las leyes.

En el libro del profesor Ibán, que en esta reseña se toma en consideración, no hay una postura neta —no lo exigía el objeto y planteamiento del volumen— acerca de la fundamentación del Derecho eclesiástico. Algo, sin embargo, puede intuirse, prescindiendo aquí de otras publicaciones del autor, de una lectura atenta de las páginas 228-242, en las que la fina acusación de una negación del carácter jurídico del ordenamiento canónico, implícita según el catedrático de la Universidad de Cádiz en las posiciones doctrinales de sectores importantes de la eclesiasticística contemporánea, es objeto de revisión crítica: «Tres respuestas cabría dar al regalismo de moderna fachada que parece florecer en determinadas actuaciones legislativas y en ciertos presupuestos doctrinales. La primera se podría dar desde la Iglesia, que no diferiría en mucho de las dadas a los espiritualismos. Una segunda posibilidad sería responder desde la teoría general del Derecho, que tampoco sería muy distinta a la dada, por ejemplo, por Santi Romano. De seguirse cualquiera de estas dos opciones estaríamos moviéndonos en planos distintos, y el lenguaje utilizado en la propuesta y en la contestación no sería el mismo» (pág. 241). Por la razón últimamente apuntada, el profesor Ibán decide enfocar la crítica, siguiendo otro camino: «Si las propuestas se mueven en el ámbito de la teoría general de los derechos fundamentales, es desde ese ámbito desde el que habrá que responder. Nuestra propuesta es muy concreta; si se detectan tesis negadoras de la juridicidad del Derecho de la Iglesia, que pretenden la necesidad de dicha negación para lograr la plena protección de los derechos fundamentales, la respuesta debe ser dada con argumentos de teoría general de los derechos fundamentales. La respuesta eficaz debe partir del estudio, y formulación precisa, de la misión del Estado cara a la protección de los derechos fundamentales» (págs. 241-242). Y, por lo que se refiere al tema que aquí nos interesa, concluye: «Tal investigación y formulación no puede ser hecha en esta sede —entre otras razones, porque ése no es nuestro campo de investigación preciso—, pero sí nos permitimos recordar que la actitud que el Estado debe adoptar ante los derechos fundamentales es la de promoción y protección» (pág. 242).

Fijémonos sólo en unas pocas palabras del último párrafo citado: «... la actitud del Estado *debe* adoptar...» (el subrayado es, obviamente, mío); pero, ¿por qué?: ¿Por exigencias del iusnaturalismo clásico de la tradición cristiana, presente en el tema canónico del Derecho divino, cuya juridicidad le hemos visto afirmar de manera tan resuelta más arriba? Caben también otras respuestas; por ejemplo, las que examinaremos en la parte final de este Boletín: una exigencia ética que el Derecho positivo hace suya y sólo por esto es jurídica (Peces Barba); un iusnaturalismo crítico (Luño Peña); una jurisprudencia de valores (García de Enterría)... Evidentemente, el catálogo de posibilidades no queda cerrado con las aludidas, si lanzamos el problema a la amplia gama de direcciones del pensamiento jurídico del pasado y del presente.

Una cosa me parece que queda clara. Tanto Fornés, como Ibán o Molano, tienen, como canonistas, ideas muy resueltas acerca de la juridicidad del Derecho divino. Ninguno de los tres nos ofrece una respuesta clara acerca de la fundamentación del Derecho Eclesiástico. Ciertamente, dado el objeto fundamental de sus excelentes libros, tal problemática no era para ninguno de los tres de obligado tratamiento; pero tengo para mí que si tuvieran resuelto el problema no hubieran resistido la tentación de decírnoslo. También, en este punto, al mismo tiempo que ofrecen muchas contribuciones personales, son fieles testigos del estado actual de la doctrina. Me refiero al desconcertante fenómeno de dos disciplinas, cultivadas con mucha frecuencia por las mismas personas, en las que se da el paradójico hecho de que en una de ellas —el Derecho Canónico— la fundamentación es la clave de la teoría general; mientras que en la otra —el Derecho Eclesiástico—, el tema de la fundamentación se pierde en una vaga nebulosa. No hay que sorprenderse de que así sea. El Derecho Eclesiástico es Derecho Estatal y en nuestros días se construye pensando fun-

damentalmente en el Estado social y democrático de Derecho. Resulta lógico, por tanto, que sus cultivadores participen de las dudas en que se debate el pensamiento jurídico contemporáneo.

Cabe seguir el camino que recientemente sugería Luis Prieto Sanchís a Iván C. Ibán, en una interesante reflexión crítica sobre la obra que aquí hemos comentado: «Con todo lo discutible que pueda ser hoy la obra de Santi Romano y todo lo artificioso que pueda tener la tesis del Del Giudice sobre la *canonizatio*, me parece que las soluciones de la dogmática italiana son las que mejor permiten estudiar el Derecho canónico con las técnicas y procedimientos de la ciencia jurídica, y ello a pesar de sus posibles contradicciones de base. En el fondo, la *canonizatio* no deja de ser una forma rigurosa de positivización: el Derecho divino o natural no se conocen a través de la Iglesia; son aquello que la Iglesia dice que son» («Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 12, septiembre-diciembre 1984, pág. 307). A mí me parece que una observación atenta de la dinámica del ordenamiento canónico no permite aceptar los planteamientos del profesor Prieto Sanchís. En todo caso, es claro que Fornés, Ibán y Molano no los comparten en el campo canónico, pero ¿los aceptan para el Derecho Eclesiástico? Ya hemos visto que los libros de estos tres autores no dan una respuesta resuelta. ¿Estamos ante una actitud intelectual que lleva a pensar de manera distinta según se hable de Derecho Canónico o de Derecho Eclesiástico? ¿Es debido esto a un positivismo de fondo, que lleva a tratar con criterios distintos al Derecho Canónico y al Derecho Eclesiástico, porque así lo exigen las opciones de fondo de los legisladores? ¿Estamos ante un esfuerzo doctrinal, fundamentado en la autonomía de lo temporal, que mueve a evitar —con buen criterio— que se extiendan al campo del Derecho del Estado los criterios sacralizadores que inevitablemente operan en el ámbito canónico? ¿Son estas diferencias, que parecen incidir en el plano epistemológico, una natural consecuencia de la comprensión del ordenamiento canónico como Derecho confesional y, por tanto, totalmente diverso de los ordenamientos jurídicos de los actuales Estados laicos? Olvidándonos ya del tema estrictamente canónico, intentemos observar las respuestas a los anteriores interrogantes, que latan en la bibliografía analizada, en el concreto campo del Derecho Eclesiástico.

3. EL DERECHO ECLESIASTICO COMO LEGISLACIÓN DE LIBERTAD

Es bien sabido que las últimas etapas de la evolución doctrinal sobre el concepto de Derecho Eclesiástico se caracterizan por calificarlo como *legislatio libertatis*. No hace falta detenerse en el fondo del problema, al que se refieren explícitamente, citando la bibliografía fundamental, varios de los libros reseñados (Fornés, págs. 370-395; Ibán, págs. 200-220; Molano, págs. 198-204), y late en el fondo de las reflexiones de otros (Catalano, págs. 171-240; Tedeschi, *passim*, y especialmente, páginas 51-52). Creo, sin embargo, oportuno subrayar que esta dirección sólo puede asumirse con matices, a los que obliga una discusión franca del problema.

Me parece que, entre las diversas componentes culturales que explican la aludida tendencia, se enlaza de manera sutil una cuestión de política legislativa y de aplicación del Derecho positivo, muy típicamente italiana, con el gran tema de la crisis del positivismo en la coyuntura histórica del final de la Segunda Guerra Mundial, que habría afectado al Derecho Eclesiástico —como se ha observado también en Italia— con considerable retraso respecto de otras ramas de la Ciencia jurídica.

No creo que pueda ignorarse el papel que ha desempeñado la idea de *legislatio libertatis*, como componente axiológico de la lucha por superar la residual mentalidad preconstitucional presente en el Derecho Eclesiástico italiano hasta bastantes años después de la entrada en vigor de la Ley fundamental republicana. En definitiva, se

estaba reclamando una nueva política eclesiástica, alentada por parte de la bibliografía, por algunos sectores de la jurisprudencia, por el clima en que se forjan determinadas propuestas de revisión constitucional, etc. Me resulta difícil precisar lo que la idea conceptual de la *legislatio libertatis* tuvo de estímulo desencadenador o de legitimación *a posteriori* de tan interesante proceso; pero la conexión entre el hecho cultural y el hecho político resulta evidente.

Que esta lucha por la evolución de la política italiana era planteable en términos estrictamente positivistas, no parece que pueda dudarse; así ocurría cuando el argumento preferente o exclusivamente invocado era el texto de la Constitución, manejado con los recursos de la interpretación sistemática, para contrarrestar la preferencia inicial por el contenido del artículo 7, en perjuicio de otros preceptos de la propia Ley fundamental. Y, sin embargo, también la idea de *legislatio libertatis* tiene en Italia —paradigmáticos en este sentido conocidos, trabajos de Luigi de Luca (vid., por ejemplo, los citados en *Storia e dogmatica...*, cit., pág. 76, nota 4)— el sentido de una opción axiológica, presentada como línea crítica del positivismo jurídico.

¿Significa esto que no podemos llamar Derecho Eclesiástico a la regulación jurídica del factor religioso en los ordenamientos totalitarios de izquierda o de derecha? Me parece que llevar la sensibilidad axiológica hasta estos extremos plantearía unos problemas terminológicos que nos impedirían entendernos; pero no importa ahora lo que yo haya dicho o pueda decir sobre el tema, sino las respuestas que nos ofrece la bibliografía analizada en este Boletín.

Recordaré ante todo la dubitativa y testimonial nota que, con el número 660, encontramos en las páginas 220-221 del libro del profesor Ibán: «No queremos dejar de advertir, aunque estas páginas no pretenden ser sino una síntesis de reflexiones ajenas, y en ningún modo una vía de manifestación de opiniones personales del autor, que quien esto escribe ha adoptado una resuelta posición en favor de la concepción del Derecho eclesiástico como *legislatio libertatis* —cuestión diversa es que nuestra concepción de la libertad no sea compartida por algunos—. Sin embargo, hemos de manifestar que, en la actualidad, nos aparece cada vez como más dudoso el que tal opción política —llamemos a las cosas por su nombre— deba ser elevada a la categoría de premisa metodológica básica, de dogma científico irreversible. Quien esto escribe tiene perfectamente claro que su obligación como ciudadano es procurar que el Derecho eclesiástico sea una auténtica *legislatio libertatis*; ahora bien, en tanto que jurista, cree que puede existir —y los ejemplos de que efectivamente así ha sido en ocasiones serían incontables— un auténtico Derecho eclesiástico que no sea precisamente una legislación para la libertad. Quede constancia, aunque sea por vía de una nota, de nuestras dudas.»

En las palabras que acabo de transcribir se deja constancia, por de pronto, con diáfana claridad, de que, a juicio del profesor de la Universidad de Cádiz, la calificación del Derecho eclesiástico como *legislatio libertatis* es una opción política. Además, al comprometerse con ella como ciudadano y cuestionarla como jurista, el autor se sitúa en un terreno en el que parece asumirse el positivismo como criterio identificador del Derecho, que habría de considerarse puro, y por ello incontaminado de la política, aunque por tal se entienda el compromiso con una libertad, que se defiende —esto ya no lo dice explícitamente el profesor Ibán— como exigencia de justicia. Más adelante veremos que caben otras explicaciones en el marco del problema de la fundamentación del Derecho en el Estado social contemporáneo que, aun aceptando la distinción del profesor Ibán, no impliquen necesariamente un divorcio entre Derecho y justicia. En todo caso, testimonia la preocupación, presente en los debates científicos de manera más o menos explícita, por evitar que la concepción del Derecho Eclesiástico como *legislatio libertatis* degeneren en una politización de la delimitación del objeto de la disciplina.

La preocupación no es nueva. Ya en su prolucción palermitana de 1965, Gaetano Catalano —reaccionando frente a la idea de Scaduto «secondo cui, per assicurare la serietà della ricerca, sia necessario e sufficiente porre al bando ogni atteggiamento confessionista»— consideraba necesario «che i cultori della disciplina non devono far luogo a prese di posizioni dettate da sentimenti, credenze o miscredenze». Y para aclarar más su pensamiento, añadía: «Occorre quindi, non dico rinunciare ai propri sentimenti, cosa oltretutto impossibile, ma saperli controllare, al fine di impedire che prevalgano a scapito della serenità della ricerca. L'asserzione che tanto più forte è la passione politica o religiosa, tanto meno sicuro è il diritto, è valida soprattutto nel nostro campo, dove l'esigenza di fedeltà al dato positivo costituisse un imperativo categorico.»

Quizá temiendo que sus palabras pudieran ser interpretadas como una actitud inmovilista, respecto a los contenidos del Derecho positivo, el maestro de la Universidad de Palermo añadía: «Il progresso della legislazione, semmai potrà essere ottenuto per altra via, ossia non limitandosi ad esporre le norme in vigore, ma dando anche conto delle scelte normative compiute in altri Stati contemporanei o in altre epoche, ben inteso in quel arco di tempo che interessa le vicende dello Stato moderno.»

Il confronto e la comparazione non saranno in alcun caso superflui e varranno a confermare alla materia quelle dimensioni storiche e sociologiche indispensabili per andar più oltre» (*Tra storia e diritto*, pág. 188).

Como vemos, las preocupaciones, más o menos explícitas, pero para mí evidentes, por evitar la crisis del Derecho Eclesiástico, originada por su politización, se abren a posiciones interdisciplinares, al menos para quien ve la ciencia del Derecho como el estudio de un concreto ordenamiento jurídico, vigente en un determinado momento del tiempo. En efecto, vistas así las cosas, la temática sugerida por Catalano —atención a la historia y al Derecho Comparado— serían catalogables, aunque de manera un tanto forzada, en la línea de lo interdisciplinar. De hecho la preocupación comparatista es una constante de los eclesiasticistas italianos, como mostró, recogiendo amplias indicaciones bibliográficas, Cesare Mirabelli (*Premesse allo studio del diritto ecclesiastico comparato*, Milano 1978). En cuanto a la historia, el ejemplo de Ruffini y Jemolo ha alentado una preocupación, viva en sectores de la doctrina italiana, que —en la bibliografía comentada en este *Boletín*— aparece en buena parte de los estudios recogidos en el libro de Catalano. Sin embargo, parece que la tendencia a pasar de una estima por la investigación histórica a presentar a la historia, en relación con la dogmática, como una alternativa para superar una pretendida crisis de la disciplina, hay un paso importante, sobre cuya oportunidad se discutió en Taormina y aparece incluso en el título del volumen que recoge los trabajos (*Storia e dogmatica...*, cit.). Sale del ámbito de esta reseña lo que en aquella ocasión aportaron ilustres colegas, como Enrico Vitali, Francesco Finocchiaro o el fraternal amigo Mario Condorelli, de cuyo fallecimiento tengo dolorosa noticia mientras escribo estas páginas. En cambio, los puntos de vista de Catalano y Tedeschi, también presentes en aquellos debates, se reflejan en la bibliografía analizada en este *Boletín*.

Gaetano Catalano, para quien atenerse fielmente al dato del Derecho positivo —lo acabamos de recordar— constituye un imperativo categórico, mostró con claridad el riesgo del influjo de la ideología en el quehacer científico, sobre todo cuando la consecuencia es fijar principios generales *específicos* del Derecho eclesiástico: «Ne consegue che nella nostra disciplina sussiste assai forte la tentazione di adottare ermeneutiche ideologiche o basate sul cosiddetto 'spirito' del sistema, o su dati non riscontrabili analiticamente quali ad esempio il 'favor religionis', o il criterio 'laicista' o quello 'confessionista', etc.: strumenti di sintesi intellettuale ai quali si ricorre pur quando un sincero sforzo renderebbe possibile il ritrovamento (caso per caso) dell'impegno normativo, dedotto attraverso una ricostruzione rigidamente aderente al dato.»

Avviene così —come è stato acutamente rivelato dal Jemolo— che ‘ciascuno di noi dà per sicuro il risultato cui vuole pervenire’, onde ciò che ‘all’uno appare evidente in un senso, appare all’altro evidente in senso oposto’ (*Tra storia e diritto*, pág. 231). Ni que decir tiene —aunque Catalano no lo diga expresamente— que las anteriores consideraciones sobre el «favor religionis» serían también aplicables a un «favor libertatis», entendido como criterio de interpretación *específico del Derecho Eclesiástico* (otra cosa es que tal criterio sea aplicable, en virtud de las opciones constitucionales, al ordenamiento en su conjunto; pero ésta es una cuestión sobre la que habrá que volver más adelante).

En todo caso, es ahora el momento de dejar constancia de la ponderada propuesta del método de Catalano acerca de la utilización del Derecho Comparado y de la experiencia histórica como contrapeso a un uso de los conceptos más generales —y, por tanto, más frágiles ante el riesgo de politización— de la disciplina, en los que se acentúe con indebida brillantez su linealidad o su novedad: «... l'utilizzazione dei dati storiografici, sia pure entro determinati limiti, può essere uno strumento prezioso anche in sede di costruzione sistematica e del controllo dei singoli risultati ermeneutici. Va però avvertito che almeno in un'ipotesi il ricorso alla storia resta precluso: intendiamo riferirci criticamente alla tendenza di sfruttare i dati della storia per ricavare degli indici di valutazione destinati poi a qualificare e a classificare l'atteggiamento dello Stato contemporaneo in materia ecclesiastica. Infatti, mentre in sede storiografica e di ricerche d'indole comparativistica, può essere utile ricorrere a formule succinte che consentano un immediato richiamo di somiglianze e di analogie delle situazioni poste a confronto (nel tempo e nello spazio), tale utilità cessa del tutto quando poi si pretenda di incasellare in tali schemi anche l'ordinamento giuridico vigente, predicando, ad esempio, che in esso si attui un separatismo attenuato o vacillante o un confessionismo di tipo moderno» (*Tra storia e diritto*, página 238). Estas advertencias, que estimo oportunísimas en relación con algunas calificaciones técnicas presentes en la doctrina actual y sobre las que habrá que volver más adelante, aparecen con más claridad en las siguientes observaciones del autor: «Peggio ancora accadrebbe se tali tipologie discorsive venissero adoperate in sede ermeneutica. Chi, infatti, si proponesse di interpretare la norma X nel modo Y, facendo leva sul presupposto che lo Stato contemporaneo sia del tipo Z, finirebbe inevitabilmente con il forzare la 'voluntas legis' racchiusa nelle singole norme, dimenticando che queste ultime sono venute a stratificarsi nel tempo, le une sulle altre, riflettendo innumerevoli variazioni di indirizzi politici» (*ibid.*).

La posición de Mario Tedeschi difiere, desde diversos puntos de vista, de la de Gaetano Catalano. Mientras éste entiende que es necesario abandonar «ogni pesimistica previsione circa il futuro del diritto ecclesiastico italiano» (*Tra storia e diritto*, pág. 239), el *Contributo alla determinazione della scienza del diritto ecclesiastico* de Tedeschi respira una ambición de replantear a fondo el problema del método, en la búsqueda de una vía que permita salir de una situación de escepticismo respecto del futuro de la disciplina (*Contributo, passim*, per vid. esp., págs. 52 y sigs.). Por otra parte, mientras hemos visto a Catalano matizar las ventajas y riesgos del recurso a la comparación con otros ordenamientos y a la historia, Tedeschi analiza el Derecho Eclesiástico no sólo como ciencia jurídica, a la que no es ajena la tensión entre historia y dogmática, sino como ciencia humana; de aquí que el primer capítulo constituya una síntesis doctrinal de índole epistemológica, llena de observaciones personales, sobre la distinción y las relaciones entre ciencias naturales y ciencias humana: «Dualismo tra scienze naturali ed umane o unità del sapere scientifico e di metodo tra tutte le scienze; causalità e determinismo o principio di indeterminazioni e libero arbitrio? Assumere un atteggiamento al riguardo significa prendere posizione su problemi che hanno lungamente diviso le scuole filosofiche e scientifiche del nostro secolo, e comporta anche la necessità di porre le singole scienze di fronte

a una tematica che tutte le informa e dalla quale non si può prescindere se si vuole proseguire sulla via del progresso científico» (pág. 5). Un planteamiento tan general sólo tiene sentido en quien siente la necesidad de edificar desde los cimientos, lo que en definitiva implica —al menos metódicamente— cuestionar todo lo que hasta ahora ha sido edificado. Que así vea las cosas el más directo e inmediato promotor de la reunión de Taormina, me parece que confirma algo de lo que al principio de estas páginas insinuaba acerca de aquellas inolvidables jornadas sicilianas de otoño de 1981: tras unos años en los que se habían recorrido con pasión las vías que marcaban la idea de *legislatio libertatis* y la orientación constitucionalista, se ponía de nuevo sobre el tapete la cuestión del método, quizás por la insatisfacción de no ver claras unas líneas rigurosas sobre las que apoyar la labor científica, que sustituyeran justificablemente el edificio —de cuya calidad técnica no cabe dudar— construido a partir de las premisas del positivismo. Por ello no puede sorprender que quien se siente seguro en la línea de la *legislatio libertatis*, aunque admite el esfuerzo intelectual de Mario Tedeschi, reaccione con reservas ante su planteamiento interdisciplinar total e ilimitado: «Pienso que la solución es absolutamente la inversa —se ha escrito recientemente con vigor—, no se debe buscar la dispersión, la interdisciplinariedad, etcétera, lo que es necesario es concentrarse en el objeto. Si hemos llegado, más o menos, al acuerdo de que el objeto —al menos un objeto, habrá que matizar hoy— del Derecho eclesiástico es la libertad religiosa, y si hasta la mitad de los años setenta se desarrolló un interesante debate acerca del significado de dicho término, que, desconozco por qué motivo, se interrumpió bruscamente, parece que es necesario retomarlo desde donde se dejó. Tal vez, de adoptarse esta línea, nos encontraríamos con el resultado inverso al sugerido por algunos; tal vez no tengamos que ir nosotros —los eclesiasticistas— a la búsqueda de apoyos externos, sino que serían otros los que deberían ir a buscar en los cuarteles de la eclesiasticística sus armas, pues en ellos, ni más ni menos, se encontraría el procedimiento de alcanzar la libertad» (I. C. Ibán, reseña al «Contributo alla determinazione...», de Tedeschi, en *Revista de Derecho Público*, núms. 96 y 97, 1984, pág. 743).

No es del caso detenerse ahora en el interesante panorama que abren estas líneas del catedrático de la disciplina en la Universidad de Cádiz. Baste por ahora tomar nota de que ya la libertad religiosa no aparece como *el* objeto, sino como *un* objeto, del Derecho eclesiástico. Ahora hay que volver sobre el ensayo epistemológico de Tedeschi, cuyo fundamental mérito, me parece, es su ejemplo de apertura de horizontes, de la que los universitarios actuales, abrumados por los límites inevitables de la especialización, estamos muy necesitados. El autor vuelve sobre temas muy clásicos, desde nuevas perspectivas; tal es el caso de las relaciones entre Derecho e Historia. Por otra parte, al situar al Derecho eclesiástico en el marco de las ciencias humanas, la reflexión sobre la realidad social y, por tanto, sobre la utilidad de la sociología, cobra fuerza en la mente de quien lo lee, estimulado ya por reflexiones propuestas por Antonio Reina, para quien «la perspectiva sociológica, el conocimiento de la realidad que la norma trata de confirmar, debe estar presente en la labor del jurista, si pretende evitar un 'encastillamiento' que eufemísticamente se llama 'encerrarse en la torre de marfil'» («Cuestiones acerca de la aplicación del método sociológico al Derecho eclesiástico español», en *Cuadernos de la Facultad de Derecho. Universidad de Palma de Mallorca*, 4-1983, pág. 71). Hay que dejar claro, sin embargo, que la propuesta de Tedeschi no se agota en la consideración de problemas de relaciones con disciplinas próximas, sino que lleva a un replanteamiento epistemológico total: «La sostanziale differenza tra la posizione sopra indicata (se refiere a Capograssi) e la nostra è che mentre li si pone il diritto ecclesiastico in rapporto con le altre scienze giuridiche, noi lo poniamo nell'alveo delle scienze umane tra le quali vi sono anche le giuridiche. A ciò siamo stati indotti dalla tendenziale unità metodologica tra scienze naturali ed umane; dal rinvenimento di un minimo comune denominatore a

livello epistemologico e interpretativo; dalla posizione stessa del diritto ecclesiastico nell'ambito delle scienze giuridiche; e dalla sua duplice valenza storica e dogmatica» (*Contributo alla determinazione...*, pág. 3).

No es del caso pretender resumir aquí las reflexiones de Tedeschi, ni mucho menos tratar de deducir conclusiones concretas, tarea a la que el propio autor renuncia. Baste decir que, a mi juicio, las posiciones epistemológicas que Tedeschi prefiriere tener en cuenta son aquellas en las que el planteamiento fenoménico va oscureciendo —hasta prácticamente abandonarla— cualquier preocupación metafísica. Y así —prescindiendo del ser y de la idea de creación— me parece imposible entender nada de la persona humana, ni siquiera su historicidad. Aquí está, entiendo, la clave para analizar las analogías, relaciones y diferencias entre ciencias humanas y ciencias naturales... y, por supuesto, las raíces profundas de la libertad.

4. ¿TUTELA DE LA LIBERTAD RELIGIOSA O DERECHO ESPECIAL SOBRE EL FACTOR RELIGIOSO?

En las discusiones sobre el objeto de estudio del Derecho eclesiástico y en las consideraciones acerca de su autonomía como rama de los estudios jurídicos subyacen una serie de cuestiones que quizás merezcan una clarificación. Se afrontarán aquí al hilo de lo que, al respecto, nos dicen los libros comentados.

Ya hemos visto la apuesta del profesor Ibán por la consideración de la libertad religiosa como objeto del Derecho Eclesiástico y su matización, recensionando a Tedeschi, de que hoy habría que considerarla, si no como *el* objeto, sí como *un* objeto de preferente atención; puesto que mediante la continuación del debate acerca del significado de este derecho, espera que la disciplina pueda cumplir un gran papel para ayudar a los cultivadores de otras ciencias jurídicas a encontrar el procedimiento de alcanzar la libertad. Aquí aparecen —de manera mucho más decidida que en la nota 660 de *Derecho Canónico y Ciencia jurídica*— el Ibán ciudadano y el Ibán jurista, empeñados en una misma empresa: la promoción de la libertad como meta axiológica a la que debe tender el jurista y a cuya consecución puede prestar una contribución decisiva el estudioso del Derecho eclesiástico. En todo caso, es una cuestión de índole material —la tutela de la libertad religiosa— lo que sirve de pauta para determinar el objeto de la disciplina, no una caracterización de las disposiciones jurídicas que contemplan la materia. Diría que lo que a Ibán interesa, al menos en el primer plano de la atención, es que la libertad religiosa sea —también hemos ocasión de leerlo en la página 242 de *Derecho Canónico y Ciencia jurídica*— promovida y protegida por el Estado. No parece, en cambio, que preocupe en este orden cosas al profesor Ibán el hecho de que, para lograr esta promoción y protección, los instrumentos jurídicos utilizados sean de Derecho común o de Derecho especial.

Desde este punto de vista, la posición de Ibán coincide bastante con la de Fornés. Ya hemos recordado, en efecto, un fragmento de la página 416 de *La ciencia canónica contemporánea*, en la que el catedrático de la Universidad de Navarra subraya que, en cualquier caso, al Derecho eclesiástico correspondería «el tratamiento y la tutela por parte del ordenamiento de los derechos de libertad para las opciones en materia religiosa y para desplegar sus naturales consecuencias con relevancia social». Aparte el hecho de que Fornés habla de derechos en plural —¿acaso por influjo de la interesante obra colectiva *Teoria e prassi delle libertà di religione* (Bologna 1975)?— parece claro que se refiere al tema *en cualquier ordenamiento* y, por supuesto, sea cual fuere el tipo de normas que regulen la materia. Prueba de ello es que para otras materias hace depender la atención doctrinal al tema, por parte del eclesiasticista, de las opciones del legislador positivo. De aquí su realista observación de que consi-

derar materia propia del Derecho eclesiástico las relaciones entre ordenamientos sólo tiene sentido «si el Derecho estatal tiene un mínimo de voluntad de relacionarse con los ordenamientos de las confesiones religiosas».

La postura de Eduardo Molano, al respecto, parece distinta. Ya le vimos afirmar en la página 215 de su *Introducción* que «el fundamento de la autonomía del Derecho eclesiástico hay que ponerlo, de una parte, en la existencia de un *derecho específico* que regule el factor religioso, y de otra, en la elaboración de los *principios informadores del sistema eclesiasticista*, tomando como base la existencia de ese derecho específico». Por si las palabras no fueran suficientemente claras, los subrayados del autor las hacen diáfanas. Habría, por tanto, que concluir que para Molano, si en un ordenamiento no hay un Derecho especial en materia religiosa, por seguirse la tendencia liberal a la reducción de estos temas al Derecho común, no tendría sentido construir un Derecho eclesiástico.

Pese a que Molano me cita amablemente —y sin traicionar lo que dije en otra ocasión— en apoyo de su tesis, junto con la más autorizada opinión de Alberto Bernárdez, me parece que este tema necesita de bastantes puntualizaciones. En la reflexión resultan muy estimulantes los libros de Catalano y Casuscelli, comentados en este *Boletín*.

Para Catalano, ante todo, hay que dejar claro que el separatismo entre el Estado y las Confesiones religiosas, tal como fue propuesto por el liberalismo, no excluye la posibilidad de una rama de los estudios jurídicos sobre la regulación del factor social religioso: «Un minimo di riflessione —nos dice— induce... a riffugire dall'idea che l'esistenza di una scienza del diritto ecclesiastico sia desumibile soltanto da determinate scelte legislative orientate in senso non separatistico» (*Tra storia e diritto*, página 216). Para demostrarlo, en su fino estudio «Separatismo e diritto ecclesiastico civile» analiza ejemplos, tanto de países en los que «sussiste un ingente complesso di norme statuali che agevolano o limitano le attività confessionali» (*ibid.*), e incluso están vigentes concordatos, en los que el Derecho eclesiástico no existe como rama de la Ciencia jurídica —en este contexto se refiere a la situación española en el momento en que se publicó inicialmente este trabajo (1977)— y de otros de muy sólida tradición separatista —como Estados Unidos de Norteamérica, Francia o las llamadas Democracias populares— en los que «i principi separatisti non hanno arrestato la produzione normativa di diritto ecclesiastico civile» (pág. 219), para concluir, en fin, «l'esistenza in tutti gli Stati di civiltà occidentale di norme regolanti le implicazioni sociali del fenomeno religioso al di là degli schemi di diritto comune» (págs. 224-225). Otra cuestión es que exista o no la tradición científica y didáctica de estudiar con más o menos profundidad estos fenómenos. «Di fronte a tale constatazione —concluye— poco importa osservare l'insussistenza di una tradizione didattica o scientifica che imponga di dare dignità di scienza autonoma allo studio di tali complessi normativi, i quali con la loro stessa presenza dimostrano quanto sia errato sul piano filosofico o sociologico insistere nella vecchia idea di considerare la religione solo un 'fatto di coscienza' interessante la sfera dell'individuale e priva di necessari riflessi in campo sociale e quindi del tutto trascurabile da parte del legislatore o comunque non interferente sul piano della produzione del diritto» (págs. 225-226). Por tanto, dado que una respuesta del ordenamiento del Estado a las implicaciones sociales del factor religioso siempre se da, el hecho de que exista en un país una tradición de estudio atento y sistemático de esta respuesta del ordenamiento no es más que una prueba de su sensibilidad cultural para analizar las diversas manifestaciones sociales que tienen relevancia jurídica. Es, en definitiva, una consecuencia de la riqueza de su Ciencia jurídica. En Italia y en el área cultural germánica, tal tradición existe; en España la estamos forjando, por fortuna contando con los suficientes precedentes doctrinales para no tener que edificar en el vacío.

Vistas así las cosas, habría que concluir que, si bien un objeto de estudio del

Derecho eclesiástico siempre existe, su concreto contenido en un determinado ordenamiento estatal dependerá de la realidad social y de la estructura jurídica. Es el eclesiasticista quien debe descubrir cuáles son los hechos de tipo religioso que tienen presencia social y cuál es su relevancia jurídica. También debe analizar críticamente este sector del ordenamiento, detectar sus insuficiencias y proponer las oportunas rectificaciones.

Sin embargo, pese a esta necesaria diversidad temática del Derecho eclesiástico de los distintos Estados, la experiencia jurídica de Occidente permite señalar unos campos a los que debe dirigirse preferentemente la atención. Catalano ha tenido el valor de enumerarlos. Considero muy útil reproducir su planteamiento sin más comentarios, porque, si bien puede ser discutible en los detalles, es muy estimulante en el plano científico. Para nuestro autor, el campo de trabajo del estudioso del Derecho eclesiástico serían las «norme e principi che provvedono:

a) a qualificare (generalmente come lecite) le manifestazioni ed estrinzicazioni di pensiero in materia di credenza di religione;

b) a valutare (come giuridicamente indifferenti o come atti illeciti) i comportamenti imposti da precetti confessionali;

c) a disciplinare la condizione giuridica delle confessioni religiose e delle respective istituzioni nell'ambito dell'ordenamento statale;

d) ad assegnare i beni materiali necessari al soddisfacimento dell'interesse religioso dei cittadini;

e) a determinare in senso positivo o negativo il valore e gli effetti da attribuire alle norme interne confessionali in vista della definizione di controversie attinenti ad aspetti intersubiettivi tra enti o persone appartenenti a società religiose» (página 225).

La brevedad exige vencer la tentación de entrar a analizar esta sugerente enumeración de Gaetano Catalano. Pienso, sin embargo, que si su cita en este *Boletín* ayuda a centrar sobre ella la atención crítica de la doctrina española, no habrá sido inútil traerla a colación.

Queda, sin embargo, aún un punto importante que, en relación con el objeto del Derecho eclesiástico, hemos encontrado aludido en las obras de Gaetano Catalano y Eduardo Molano, a saber: ¿las respuestas del ordenamiento jurídico a la dimensión social del factor religioso son Derecho especial?, ¿tiene sentido distinguir Derecho común de Derecho especial? Ya hemos visto que Molano habla de un *Derecho específico* y de unos *principios informadores del Derecho eclesiástico* (págs. 214 y 215; en el tema de los principios informadores se adhiere a los planteamientos de Viladrich: nota 35). Catalano habla «di norme regolanti le implicazioni sociali del fenomeno religioso al di là degli schemi del diritto comune» (págs. 224-225).

Me parece, sin embargo, por completo ajeno al pensamiento de ambos autores, porque así se deduce del conjunto de su obra, considerar que el Derecho eclesiástico está en unas disposiciones legales dictada con el fin específico y exclusivo de regular fenómenos sociales relacionados con el factor religioso, dándoles un tratamiento jurídico *especial*, es decir, excepcional respecto a las soluciones previstas para los demás fenómenos sociales —¿para *todos*, menos para los que tengan conexión con problemas relacionados con la religiosidad?—, que constituirían un hipotético Derecho común. ¿Se trataría —y pido perdón por formular siquiera tan pintoresca hipótesis— de una serie de textos que, reunidos todos ellos, constituirían a manera de un Código de Derecho eclesiástico, especial en cuanto que distinto del resto del sistema normativo? ¿Serían los principios informadores del Derecho eclesiástico los que reflejaran la difícilmente pensable unidad de criterio de tales normas hipotéticamente aislables? ¿Serían los principios *especiales*, en cuanto que necesariamente *distintos* de los deducibles de otros bloques normativos?

Aparte la evidente utilidad, para la práctica del Derecho y para la enseñanza, de

volúmenes que reúnan las más importantes y significativas disposiciones relacionadas con la dimensión social del factor religioso, no sabe duda de que la autonomía científica del Derecho eclesiástico no puede delimitarse con tan toscos criterios. La ciencia del Derecho Eclesiástico —tal como se entiende en Alemania, en Italia y en la más reciente doctrina española— es teóricamente posible en cualquier ordenamiento estatal en el que exista una regulación jurídica del factor religioso, sean cuales fueren los presupuestos políticos que la inspiren y el sistema jurídico en que se inserte. Hemos recordado las observaciones de Catalano, que la detectan en España (también antes de la Constitución de 1978, que es cuando el autor escribía refiriéndose a ella) y en Italia, en Francia y en las «Democracias populares», en Bélgica y en Estados Unidos. (¿Sería allí más estrictamente Derecho especial porque sus fuentes fundamentales son jurisprudenciales y, por tanto, las soluciones jurídicas contemplan supuestos concretos?) Otra cosa es que las tradiciones científicas o la sensibilidad de los juristas lleve o no a construirlo con la *relativa autonomía* de una rama de la *única Ciencia del Derecho*.

He subrayado *relativa autonomía* y *única Ciencia del Derecho*, porque estoy persuadido de que —tanto en el plano científico como en el de la didáctica— el gran problema no es el de la pulcritud en la delimitación de las distintas disciplinas, que la insoslayable necesidad de la especialización impone, sino el de recuperar el sentido de la unidad del ordenamiento. Quizás se entienda mejor lo que quiero decir si relato una anécdota de mi experiencia didáctica. En esas últimas semanas del curso, en las que el diálogo con los estudiantes resulta más fácil, por ser mayor el mutuo conocimiento, se discutía sobre algunos temas fundamentales de Derecho Eclesiástico en una sesión de seminario a la que concurrían algunos de mis mejores alumnos. En sus intervenciones demostraron conocer bastante bien la construcción del profesor Vilardrich sobre los principios informadores del Derecho eclesiástico español. También estaban bastante familiarizados con prestigiosas opiniones acerca del alcance de la expresión «valores superiores» en el artículo 1, 1 de la Constitución y habían estudiado con provecho interesantes planteamientos sobre los «principios generales del Derecho», contruidos por civilistas a propósito del título preliminar del Código Civil. En cambio, les resultaba muy difícil —apenas si se habían planteado la cuestión— relacionar las tres aludidas temáticas. Ni que decir tiene que, ante este hecho, dejé en un segundo plano el aspecto estrictamente eclesiasticista y procuré estimularles a la consideración unitaria del problema, porque mucho me temo que si esta actitud didáctica no se asume con decisión, será muy superficial la recepción de la Constitución de 1978 en la *forma mentis* de nuestros profesionales del Derecho, aunque las mismas personas la invoquen con pasión en sus discusiones políticas. Una mirada superficial podría llevar a explicar este hecho, considerando que la idea de principios informadores del Derecho Eclesiástico es fruto vano de la reflexión en una rama de los estudios jurídicos de artificiosa autonomía científica; pero si fuera así, también habría que considerar artificiosa la autonomía científica del Derecho Civil respecto del Derecho Constitucional, lo que resulta un evidente despropósito.

Por fortuna, en el campo del Derecho eclesiástico se ha planteado con valentía el problema científico subyacente, como testimonia —aparte otras valiosísimas opiniones doctrinales— la bibliografía reseñada en este *Boletín*. El profesor Catalano, en su ponencia de Taormina, subrayó con innegable acierto: «In buona sostanza —dijo en aquella ocasión— l'interprete è chiamato a valutare il grado di permeabilità, diversità o disgiunzione esistente tra le norme senza mai poterle considerare isolatamente o distinte in gruppi» (*Tra storia e diritto*, pág. 228).

Esta rotunda afirmación, que sin reservas comparto, la desarrolla inmediatamente después, en relación con la polémica acerca de la autonomía científica del Derecho eclesiástico: «La quale conclusione, valida in via generale, lo è ancor di più in relazione alle norme che danno consistenza al diritto ecclesiastico civile. Sarebbe, infatti

insostenibile la tesi di una 'specialità' di siffatte norme, in quanto il fenomeno religioso e le attività dirette a soddisfare gli interessi di natura religiosa o confessionale sono regolati anche da principi e da norme aventi un vasto ambito applicativo e che interessano il diritto costituzionale e altri rami del diritto. Sussistono inoltre delle norme che sono, o ci appaiono, speciali solo a un primo superficiale esame, posto che si tratta a volte di norme le cui specialità consiste unicamente nella riproduzione di altre norme comuni e generali. Altre norme, infine, posseggono un grado di diversità talmente spiccato da autorizzare un ricorso alla figura del diritto singolare o addirittura del diritto eccezionale. Pertanto, se adottassimo il concetto del Magni, di classe, noi dovremo dire che la sottoclasse di tutte le norme, aventi attinenza con il fenomeno religioso, pur non restando interamente inclusa in alcuna altra sottoclasse giuridica, presenta tuttavia delle posizioni di interferenza e somiglianza con le altre sottoclassi, sicché la combinazione di norme speciali e comuni, tra loro interferenti, risulta essere un'operazione indispensabile al fine di pervenire a un'interpretazione corretta. Direi che su questa conclusione vi è un accordo che si riflette nella stessa terminologia corrente, posto che —non a torto— si distinguono i vari settori del diritto ecclesiastico civile con l'aggiunta di ulteriori specificazioni, onde si parla di un diritto ecclesiastico amministrativo, di un diritto ecclesiastico tributario, etc., evidentemente per distinguere quel particolare gruppo di norme che hanno maggiore attinenza col diritto tributario, o col diritto amministrativo, etc.» (páginas 228-229).

No creo que quepa discutir el realismo de estas observaciones. Yo las comparto plenamente, aunque para mí sensibilidad resulte excesiva la insistencia sobre las «normas», puesto que los factores que inciden en la creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas son muy complejos y no pueden limitarse al momento normativo. Por lo demás, y pese al aparente normativismo de la terminología del texto que acabo de citar, esto lo intuye Catalano, puesto que no limita su análisis a las normas, sino que aporta también interesantes reflexiones sobre la jurisprudencia (*Tra storia e diritto*, págs. 230-234).

Que no estamos ante un mero problema de confines de materias, cuyo planteamiento sólo tuviera sentido en el mundo académico —preocupado de denominaciones de disciplinas y de planes de estudio—, es algo que se advierte con diáfana claridad en la lectura del estudio de Casuscelli, en el que se muestra de manera evidente que el problema de la plenitud de aplicación de la Constitución italiana sólo puede ser resuelto analizando críticamente la «separatezza» de la materia eclesiástica (*Post-confessionismo e transizione*, págs. 11-28). «Dovrebbe a questo punto esser chiaro —escribe este autor— que non esiste alcuna relazione logica tra la vigenza de norme speciali in materia eclesiastica (sempre comunque da sottoporre al vaglio della legittimità costituzionale) e la trasposizione dell'attributo all'intera disciplina, che peraltro esprime un dato (tal volta) accolto nel mondo della scienza accademica, ma non certo esistente in quello della concreta esperienza giuridica. Ritenere la specialità della stessa può forse valere a pome in evidenza, con espressione ultranea, un carattere relazionale estrinseco, ossia a rimarcare la specificità della materia che ne costituisce l'oggetto di studio rispetto alle altre discipline/scienze giuridiche; può significare che l'interprete è in grado di ricostruire un autonomo ed organico complesso (di prevalenza, dipendenza o subordinazione) tra queste ed un indeterminato diritto comune dell'esperienza religiosa, assimilabile al rapporto che, per intendersi, non molti anni addietro legava le leggi speciali al codice civile. Potrà, altresì, valere ad enunciare in forma impropria ma efficacemente sintetica, l'autonomia scientifica, purchè si abbia consapevolezza che tale qualifica non può 'esprimere alcunche' circa la sua consistenza sostanziale; perchè essa 'comunque la si voglia intendere, non riguarda che le norme come tali'» (*Ibid.*, págs. 27-29; las frases entrecomilladas que cita Casuscelli son de Orestano).

Después de cuanto se acaba de decir, recogiendo puntos de vista de los autores de los libros comentados en este *Boletín*, me parece claro que la autonomía científica del Derecho eclesiástico —como, en definitiva, de cualquier rama de la Ciencia jurídica— debe delimitarse en función del objeto; es decir, de los hechos con dimensión social cuya regulación se analiza. Bien entendido que interesa observar su regulación por el ordenamiento en su conjunto, que ante todo debe ser entendido de manera unitaria. Cualquier otro modo de proceder sería anacrónico en un momento histórico de la experiencia jurídica en el que los Códigos hace mucho tiempo que dejaron de ser cuerpos legales orgánicos, exclusivos y cerrados en sí mismos y la expresión «ley especial» está cargada de equívocidad (Vid. las observaciones de Irti cit. por Casuscelli en págs. 27-28, nota 29 de *Post-confessionismo e transizione*). Por ello, tiene razón Catalano al afirmar que los «negatori dell'autonomia scientifica del diritto ecclesiastico muovono... da presupposti esatti sia quando affermano che le norme relative al fenomeno religioso non possono assurgere a sistema autosufficiente, sia quando contestano la 'specialità' di tutte le norme diritto ecclesiastico, sia quando si oppongono all'impiego di criteri ideologici come il 'favor religionis'. Tuttavia va loro osservato che, esigendo l'autosufficienza e la specialità globale, finiscono con mettere in crisi la stessa nozione di autonomia scientifica, la quale non può avere un valore incondizionato. Bisogna allora assegnare dimensioni più ristrette alla nozione di autonomia scientifica, oppure limitarsi ad affermare, con valutazione pragmatica, che lo studio e la proiezione nel campo del diritto del fenomeno religioso possono essere utilmente affrontati soltanto da studiosi dotati di una particolare specializzazione, che consenta non solo di avere piena conoscenza degli ordinamenti confessionali e in particolare di quello canonico, ma altresì di possedere quel poliedrico complesso di elementi sociologici e politici, nella più vasta accezione del termine, che costituiscono il terreno sul quale nasce ed opera il diritto» (*Tra storia e diritto*, págs. 229-230).

Este planteamiento, además de realista, resulta de enorme exigencia para quienes se dedican al trabajo científico de esta rama de la ciencia jurídica. Es, sin embargo, un dato de experiencia, no una actitud de jactancia. Evidentemente, también el Derecho eclesiástico tiene cultivadores mediocres; pero basta analizar la bibliografía comentada en este *Boletín* para darse cuenta de la exactitud de la observación de Catalano. No se trata sólo de que lo afirmado por este autor está refrendado por el testimonio de su propio trabajo científico o que la madurez que Fornés, Ibán y Molano demuestran en sus libros es infrecuente que la posean los profesores de Derecho en el momento de acceder a su primera cátedra. Hay que tener en cuenta también los frutos que una sólida preparación eclesiasticista da —un ejemplo, *Separatismo e libertà religiosa negli Stati Uniti*, de Francesco Onida— en el difícil campo de la observación de la elaboración jurisprudencial anglosajona desde los esquemas mentales de la dogmática jurídica continental europea. Finalmente, aunque pueda parecer una paradoja, la tarea de reconducir la reflexión eclesiástica desde actitudes «indebidamente especializadas» (es decir, desde encastillamientos de intereses, camuflados por las pretendidas exigencias de lo peculiar de la materia) hasta su consideración en el conjunto de un ordenamiento, cuya norma fundamental es la Constitución, sólo ha podido ser hecha por quien posee esa «particolare specializzazione» de la que líneas atrás nos hablaba Catalano. En este sentido, la finísima monografía de Giuseppe Casuscelli es un ejemplo paradigmático de equilibrio entre la confirmación de «l'utilità teorica, per gli ecclesiasticisti, del riferimento al modello pluralista fondato su strumenti partecipativi specifici per la regolamentazione dei rapporti tra lo stato e le confessioni religiose» (*Post-confessionismo e transizione*, página 7) y la consideración «tra i compiti del giurista... quello di procedere al controllo ed al raffronto tra il dato e il costruito, tra l'esperienza ed il progetto costituzionale, tra il diritto 'vivente' e il diritto 'vigente'» (*Ibid.*, pág. 8). Empresa ésta, que sólo puede realizarse con el dominio de todos los complejos mecanismos del

ordenamiento italiano, que el autor demuestra en su análisis de las «formas» de la transición (págs. 137-242).

La ciencia del Derecho eclesiástico nos aparece —de manera clara en la experiencia italiana; como un proyecto vivo, en vías de realización, en la experiencia española— como una área del saber jurídico, en la que el análisis de problemas muy peculiares y de delicada proyección en la dimensión más personal de los ciudadanos obliga a buscar continuamente la armonía entre el trabajo sectorial y la sensibilidad a la unidad del ordenamiento. ¿El Derecho eclesiástico *legislatio libertatis*? Difícilmente lo sería, si no lo fuera el ordenamiento en su conjunto. Digamos más modestamente, pensando en el concreto caso de España, que el Derecho eclesiástico es un excelente observatorio para medir el grado de recepción de la Constitución de 1978 y su incidencia efectiva en la elaboración de las distintas ramas de la Ciencia del Derecho. Quizás fuera esto lo que insinuaba Ibán cuando —ya lo vimos en su reseña al *Contributo alla determinazione...* de Mario Tedeschi— afirmaba que en el arsenal del Derecho eclesiástico «se encontraría el procedimiento de alcanzar la libertad». Yo, menos fogoso (por más viejo), pienso que efectivamente podemos colaborar con nuestro trabajo técnico en la búsqueda de la armonía entre la especialización y la unidad en la Ciencia del Derecho, al servicio de esos «valores superiores», de los que habla el número 1 del artículo 1 de la Constitución.

5. LAS ORIENTACIONES INTERNACIONALISTA Y CONSTITUCIONALISTA

Como es bien sabido, el esfuerzo hecho en Italia por sentar las bases técnicas para una más plena incidencia de la Constitución en el ámbito del Derecho eclesiástico ha sido descrito como el tránsito de una orientación internacionalista a otra de corte constitucionalista.

La razón de la primera de estas denominaciones es clara. Tuvo un corte internacionalista la doctrina cuando centró sus esfuerzos en el artículo 7 de la Constitución, en el que se afirma que «Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani» y que «I loro rapporti sono regolati dai Patti Lateranensi. Le modificazioni dei Patti, accettate dalle due parti, non richiando procedimento di revisione costituzionale». Este artículo, en efecto, ofrece como tema fundamental del Derecho eclesiástico las relaciones entre la Iglesia y el Estado, calificados en su primer párrafo como independientes y soberanos. Tal planteamiento se hizo (no sin fidelidad a los conceptos que se tuvieron en cuenta para la redacción del texto constitucional), aplicando la doctrina de Santi Romano sobre las relaciones entre ordenamientos originarios, muy utilizada también —por razones evidentes— en el campo del Derecho internacional. Por otra parte, la mención de los Pactos de Letrán, a los que se reconocía (como es habitual en el Derecho comparado sobre acuerdos bilaterales con la Santa Sede) la equiparación con los tratados internacionales a determinados efectos de relevancia no pequeña, también contribuía a reforzar la impronta internacionalista de muchos trabajos en el campo del Derecho eclesiástico.

Se habló de orientación constitucionalista cuando la doctrina subrayó que era necesario considerar como tema central del Derecho eclesiástico la tutela de la libertad e igualdad religiosa de los ciudadanos. No puede sorprender tampoco esta denominación, puesto que, en sus propuestas más extremas, que, como se sabe, no prosperaron, se sugería recurrir a la revisión constitucional, centrándose la atención, como objeto de posible reforma, precisamente en el artículo 7. Las propuestas más moderadas, que son en definitiva las que se han aplicado, tendían a una revisión de la legislación eclesiástica del fascismo (en buena parte dictada en aplicación de los Pactos de 1929), a una interpretación jurisprudencial de esa legislación y del texto

del propio concordato más congruente con el conjunto de la normativa constitucional, a llevar a cabo la revisión del concordato para adecuar sus normas a la Constitución y a la aplicación del artículo 8 de la ley fundamental, mediante la estipulación de acuerdos con otras confesiones religiosas. El proceso, lentísimo, pero que puede considerarse concluido —al menos en sus líneas fundamentales— con los acuerdos bilaterales del gobierno Craxi, ha sido impulsado por una abundantísima bibliografía y se ha ido concretando mediante ese largo camino, denominado por Casuscelli «*transizione*» y descrito magistralmente en su citada monografía, que aporta además una excelente información legislativa, parlamentaria y bibliográfica.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que en la bibliografía italiana contemporánea, la expresión «orientación internacionalista» evoca, de manera más genérica, pero extraordinariamente eficaz, un modo de hacer Derecho eclesiástico en el pasado, justamente criticado por su falta de sensibilidad al texto constitucional; pero que aportó contribuciones técnicas de incuestionable valor permanente al tema de las relaciones entre el ordenamiento italiano y los de las Confesiones religiosas. En cambio, hablar de «orientación constitucionalista» implica en no pocas ocasiones planteamientos unilaterales que pretenderían reducir la temática del Derecho eclesiástico a la consideración de la noción de libertad religiosa, marginando el tema de las relaciones entre ordenamientos, lo que difícilmente puede ser correcto mientras los artículos 7 y 8 de la Constitución italiana estén vigentes. Y no parece que tal vigencia pueda cuestionarse ahora, cuando se acaban de consolidar de una manera tan evidente, mediante la firma de los acuerdos de 1984.

La evolución del Derecho eclesiástico italiano durante los últimos treinta años ha originado una abundante bibliografía y numerosas reuniones científicas, en las que se han desarrollado vivísimas polémicas. Como es lógico, tales polémicas, al mismo tiempo que enriquecían el panorama doctrinal, dieron lugar a brillantes expresiones sintéticas, no siempre suficientemente ponderadas y a veces evidentemente simplificadoras y unilaterales.

Ahora, tras los acuerdos de 1984, es previsible que en Italia se llegue a posiciones de síntesis y que al período de polémicas sobre los temas más significativos suceda otro de búsqueda del conjunto del sistema. Me parece, sin embargo, oportuno reflexionar brevemente sobre la cuestión, entre otras razones por la incidencia que la metodología italiana puede tener —está teniendo— en la doctrina española.

Entre nosotros, no se ha producido un lento proceso de decantación de un Derecho eclesiástico de plena inspiración constitucional, análogo al que ha tenido lugar en Italia; por el contrario, días después de la entrada en vigor de la Constitución se estipularon cuatro Acuerdos con la Iglesia Católica y la primera legislatura post-constitucional elaboró la Ley orgánica de libertad religiosa. Se habla con insistencia, por otra parte, de la negociación de acuerdos del Estado con otras Confesiones religiosas. La diligencia negociadora y legislativa española no ha ido, sin embargo, acompañada del acierto técnico. Tanto los Acuerdos con la Santa Sede, como la Ley orgánica de libertad religiosa, adolecen de evidentes defectos y se dan claras antinomias entre los textos concordados y la legislación unilateral del Estado. Por lo que a la Ciencia del Derecho eclesiástico se refiere, tales dificultades pueden resultar estimulantes, puesto que —como en tantas ocasiones ha ocurrido— las deficiencias legislativas pueden ser limadas por la acción de una doctrina y una jurisprudencia de calidad.

Para tan delicada empresa, ¿qué ayuda proporciona la experiencia italiana? Por de pronto, una amplia y valiosa bibliografía sobre multitud de temas, cuyo inteligente estudio sólo puede dar resultados positivos. Cabe, sin embargo, preguntarse qué significado tiene para nosotros la doble orientación constitucionalista e internacionalista. A mi juicio, ambas pueden ser fecundas, si no se sitúan en tensión recíproca, exasperando la dicotomía en un dualismo maniqueo. En efecto, un Derecho eclesiástico concebido, según se acaba de apuntar, como rama de los estudios jurí-

dicos de temática sectorial, pero sensible a la unidad del ordenamiento, no puede menos de tener una fuerte impronta constitucional. Sin embargo, al ser el español —como el italiano y el de Alemania Federal— un sistema de Derecho eclesiástico con fuentes bilaterales —entre ellas los acuerdos con la Iglesia Católica, cuya ratificación autorizaron las Cortes Generales en aplicación del artículo 94 de la Constitución—, el tema de las relaciones entre ordenamientos, aparte otras razones, es de obligado tratamiento. Téngase en cuenta además que, por imperativo del número 2 del artículo 10 de la Constitución, las fuentes de Derecho internacional están llamadas a jugar entre nosotros un estimable papel, incluso para precisar el alcance constitucional de la propia libertad religiosa de los ciudadanos.

El problema está en conseguir el adecuado equilibrio en los planteamientos, de suerte que la discusión de las lógicas divergencias doctrinales, en las que legítima y venturosamente entrará en juego el pluralismo técnico e ideológico de los cultivadores de la disciplina, no impida la homogeneidad conceptual necesaria para que el debate estimule la colaboración en la construcción del sistema. El tema, en el plano del método, es muy complejo y no es éste el lugar en el que puede plantearse con el sosiego que merece. Me limitaré, por tanto, a tres observaciones, que sugiere la lectura de tres de los libros comentados en este *Boletín*.

a) *Separación y pluriconfesionalidad*

Ante todo merece la pena aludir, desde este punto de vista, al excelente libro de Francesco Onida, titulado *Separatismo e libertà religiosa negli Stati Uniti. Dagli anni sessanta agli ottanta*. Su autor, como es bien sabido, es uno de los más valiosos eclesiasticistas italianos del momento. Desde un punto de vista temático ha dedicado sus mejores esfuerzos al estudio del Derecho eclesiástico de América del Norte. También, por su talante y sus opiniones, puede considerarse como uno de los más calificados representantes de la orientación constitucionalista. Onida además ha mostrado a lo largo de su dilatada experiencia científica una evidente simpatía por el ideal del separatismo, aunque es perfectamente consciente de la imposibilidad de utilizar este término con valor universal, dadas las evidentes diferencias de sus aplicaciones en los distintos ordenamientos jurídicos (Francia y Estados Unidos, por ejemplo) e incluso por las oscilaciones jurisprudenciales que pueden observarse en el marco de una experiencia separatista tan arraigada como la norteamericana. De su fina sensibilidad de jurista y de su talante es, por ejemplo, muy expresivo el trabajo sobre *L'influenza dei valori costituzionali nella problematica ecclesiastica*, recientemente publicado en la obra colectiva «L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei» (Milano 1985; el trabajo de Onida en el tomo I, páginas 419-430).

Esta tendencia a una potencialización modernizada del separatismo liberal lleva a Onida a adoptar una aptitud de recelo, aún en nuestros días y frente a posiciones más generalizadas de signo contrario, ante la idea misma de Derecho especial en materia religiosa, considerada como una amenaza a la igualdad. Tal posición, que es una constante en toda la obra de Onida, se refleja también en el libro reseñado en este *Boletín*: «Naturalmente —nos dice a propósito del Derecho norteamericano en materia de *zoning laws*—, come sempre avviene quando una determinata categoria gode di un trattamento preferenziale, è frequente il tentativo di assumere i caratteri esterni di quella categoria al solo scopo di beneficiare dallo stesso trattamento privilegiato, tentativo particolarmente invitante quando il carattere speciale previsto dalla legge non è costituito da concreti elementi di fatto ma da elementi ideali difficilmente provabili, quale appunto la fede religiosa» (pág. 78).

Por otra parte, este autor ha demostrado particular sensibilidad para captar los riesgos de la igualdad religiosa, no sólo en los conflictos entre diversas confesiones o

creencias, sino también en las cada vez menos infrecuentes contraposiciones de intereses entre creyentes y no creyentes. De tal sensibilidad es, por ejemplo, expresivo este párrafo de su último libro: «La problemática della libertà religiosa viene movimentata negli anni settanta dalla legislazione, federale prima e statale poi, tendente a favorire, anche oltre il libello di libertà garantito dalla costituzione (se refiere obviamente a la de Estados Unidos de América del Norte), l'adempimento dei doveri religiosi da parte dei lavoratori. Tutta questa vasta legislazione tuttavia, se da un lato piace perché indicativa della grande sensibilità americana per tutte le esigenze della libertà religiosa, d'altro canto è altrettanto indicativa della tendenza a privilegiare il fattore religioso, con violazione del principio di uguaglianza e del divieto costituzionale de *establishment of religion* sia nelle tradizionale che nella sua più recente interpretazione. Non c'è dubbio infatti che la norma tutela solo le particolari esigenze della coscienza religiosa, volutamente ignorando la possibilità di riservare la stessa tutela anche alle eventuali —per quanto rare— esigenze di una coscienza laica» (página 112).

Como fácilmente se comprende, el pensamiento de Onida y sus finas observaciones sobre el Derecho vivido que refleja la jurisprudencia, llevan a reflexionar sobre dos actualísimas cuestiones relacionadas con el objeto de estudio del Derecho eclesiástico. Una de ellas afecta al tema de las fuentes y ya hemos tenido la ocasión de considerarla; a saber: si el Derecho eclesiástico existe solamente cuando hay un Derecho especial relativo al factor social religioso. La otra —presente también en la doctrina española y de modo especial en construcciones de los profesores Viladrich e Ibán— afecta más directamente a la determinación de las relaciones sociales cuya regulación jurídica puede calificarse de eclesiasticista. Me refiero a las discusiones acerca de si el objeto de la disciplina es el tratamiento jurídico de la religiosidad o la de cualquier posición ante el factor religioso, comprendidas las agnósticas o ateístas.

Ante todo parece oportuno subrayar que, en un momento en que —como ha observado Mirabelli (especialmente significativas sus aportaciones a la obra colectiva *Le intese tra Stato e Confessioni religiose: problemi e prospettive*, Milano 1978)— la mayor parte de las disposiciones que emanan de los parlamentos son leyes especiales, identificar Derecho especial con privilegio equivaldría a calificar de privilegiaria parte muy significativa de las leyes que dicta el moderno Estado social de Derecho. Obviamente, Onida no incurre en tal simplificación, pero podría inducir a ella una lectura superficial de sus trabajos. No cabe duda que las disposiciones especiales pueden significar privilegios y que un uso diversificado de la legislación para atender a numerosas y diversas parcelas de la vida social puede provocar desequilibrios en la igualdad de trato por parte del ordenamiento. El tema merece estudio y evitar tales desequilibrios es tarea importante de la jurisprudencia constitucional; pero no me parece que ello deba llevar a recelar del Derecho especial como técnica legislativa, sino de la desigualdad que pueda originar cualquiera de los factores que influyen en la configuración de la estructura jurídica de la sociedad. Téngase en cuenta que frecuentemente temas de Derecho eclesiástico se resuelven mediante la combinación de soluciones de Derecho común y de Derecho especial, ofrecidas alternativamente —y no sin razones de evidente peso— por el legislador. Así ocurre, por ejemplo, con los entes confesionales en Derecho español, como muestra la lectura de la Ley orgánica de libertad religiosa propuesta por la Prof. Ciaurriz (*La libertad religiosa en el Derecho español. La Ley orgánica de libertad religiosa*, Madrid 1984), como sugerió en el prólogo que tuve oportunidad de redactar para su reciente libro.

Con tal perspectiva, el problema del equilibrio en la igualdad entre el trato de los creyentes y de los no creyentes, cuando —en razón de la diversidad de la materia— el factor religioso reclama soluciones típicas, exige la atención del eclesiasticista, que debe analizar los conflictos con delicado rigor. Para ello es necesario de-

nunciar, cuando efectivamente se producen, eventuales privilegios o discriminaciones en razón de la religión. Porque este trabajo debe ser fino y riguroso, no puedo menos de manifestar mi recelo respecto de la utilización de términos excesivamente lineales y brillantes y, precisamente por ello, poco exactos; por ejemplo, el uso de denominar «pluriconfesionales» las soluciones jurídicas contemporáneas que privilegian (o parecen privilegiar) las posiciones positivas ante las diversas religiones, en perjuicio de las ateísticas o agnósticas. Independientemente de lo que se piense del objeto del derecho de libertad religiosa y de la necesidad de detectar eventuales soluciones jurídicas discriminatorias en el marco de las democracias pluralistas, el término «pluriconfesionalidad», tal como actualmente se usa en la bibliografía eclesiasticista, no parece feliz, ya que sugiere una analogía entre tales planteamientos y la «confesionalidad» del pasado, tan forzada, que compromete la objetividad del análisis. En definitiva, es un ejemplo de la tendencia, justamente criticada por Catalano (*Storia e dogmatica*, pág. 238), a utilizar las nociones históricas de manera anacrónica, con el evidente riesgo de transformar las calificaciones técnicas en armas arrojadas, como consecuencia de un cierto abuso del lenguaje.

b) *Concordatos y marco constitucional*

Una de las razones que aconsejan no separar de manera tajante las líneas internacionalista y constitucionalista es la necesidad de contemplar las normas de origen pacticio en su marco constitucional. Catalano ha analizado agudamente el problema a propósito de las relaciones, en materia concordataria, de los principios *stare pactis* y *rebus sic stantibus*, basándose en finos análisis de experiencias concretas. Según este autor, el segundo de los citados principios «opera con caratteristiche assai diverse da quelle asunte nel diritto internazionale, e è tutt'altro che difficile giustificare tale campo di diversità. Basterebbe, infatti ricordare che quando, con riferimento al diritto internazionale, si afferma che uno Stato rimane in condizioni di indentità e continuità a prescindere dalle modifiche del suo ordine istituzionale... no si fa altro che tradurre in termini dinamici il principio strutturale secondo cui i rapporti internazionali si svolgono fra Stati sovrani che reciprocamente si disinteressano al loro modo di essere e di organizzarsi. Si tratta però di principi che perdono ogni ragione giustificativa qualora siano trasferiti nel campo delle relazioni concordatarie. Qui, infatti, le parti perseguono lo scopo di stabilire un collegamento tra due ordinamenti giuridici spazialmente non separabili e simultaneamente riguardanti uno stesso gruppo sociale» (*Storia e dogmatica*, págs. 301-302). El autor, tras desarrollar con más detalle este ángulo de enfoque, nos dice: «Possiamo pertanto concludere affermando che i mutamenti istituzionali ove non segnino l'instaurazione di un ordine contraddittorio all' esenza del sistema concordatario, valgono si ad influenzare i regimini concordatari, ma concentrano i loro effetti distrattivi su un número limitato di impegni concordatari, determinando in conseguenza casi di impossibilità applicativa ovvero legittimando richieste reciproche por la revisione degli accordi preesistenti ai mutamenti costituzionali» (*ibid.*, pág. 303).

Este y otros razonamientos de análogo corte doctrinal, que frecuentemente se encuentran en la obra del ilustre profesor de Palermo, nos muestran de manera evidente que es artificial cualquier corte excesivamente tajante entre la reflexión acerca de los concordatos, en cuanto que equiparados a los tratados internacionales, y el análisis de la normativa constitucional. Catalano tiene en cuenta el problema de la continuación en la vigencia de los instrumentos pacticios, pese a un cambio constitucional. Es lógico que así suceda, puesto que sus trabajos se centran preferentemente en las experiencias italiana y alemana. Sin embargo, sus puntos de vista invitan a pensar en otros problemas, fundamentales en el caso español, cuyo sistema concordatario consta de un acuerdo preconstitucional (de los primeros momentos de la

transición) y otros cuatro inmediatamente postconstitucionales; como es sabido, fueron firmados a los pocos días de la entrada en vigor de la Constitución y, por tanto, cuando aún no había ni atisbos de jurisprudencia constitucional, ni de doctrina serena elaborada a partir del texto de nuestra Ley fundamental de 1978. Parece, por tanto, evidente que algo de lo que en Italia ha ocurrido en el largo camino hacia la búsqueda de una lectura del Concordato congruente con la Constitución, se planteará entre nosotros en los esfuerzos doctrinales, que serán necesarios para una comprensión de los Acuerdos congruente con la progresiva toma de conciencia del alcance de los principios constitucionales en materia religiosa. Delicada operación que obligará a tener en cuenta, tanto la protección constitucional de los Acuerdos, como la necesidad de entenderlos con sensibilidad al espíritu de la Constitución. Tarea bien compleja, para la que tanto la perspectiva internacionalista como la constitucionalista resultan imprescindibles. En el libro de Casuscelli, al que hemos aludido en este *Boletín*, se encuentran al respecto sugerentes reflexiones sobre la experiencia italiana.

c) *La Iglesia Católica como parte de acuerdos bilaterales*

El papel de las fuentes pacticias es, incuestionablemente, de importante significación en nuestro Derecho eclesiástico. La más reciente doctrina lo va teniendo en cuenta, considerando tanto los acuerdos estipulados por el Estado y los que éste pueda estipular en el futuro, como la actividad que en este campo comienzan a desarrollar las comunidades autónomas (vid. I. Aldanondo Salaverría, «Las Comunidades Autónomas, el Estado y los bienes eclesiásticos», en *Ius Canonicum*, 24, 1984, págs. 295-335; E. Bajet, «Acuerdos entre la Generalitat de Cataluña y la Iglesia Católica. Presupuestos doctrinales», *ibid.*, 23, 1983, págs. 825-878; A. Motilla de la Calle, «Los convenios de cooperación entre el Estado y las Confesiones religiosas en el Derecho español», en *Revista de Derecho Público*, núm. 99, abril-junio 1985, páginas 387-442, y las contribuciones al tema que el lector encuentra en este volumen de ANUARIO DE DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO). El enfoque eclesiasticista en la materia es decisivo, pero sería incompleto si el estudioso no tiene en cuenta el punto de partida de la otra parte, lo que sólo es posible conociendo los ordenamientos confesionales.

Por lo que se refiere a la Iglesia Católica, la reflexión en el campo del Derecho público externo es fundamental para el estudio del Derecho español y no sólo por lo que se refiere a instrumentos pacticios equiparables a los tratados internacionales, puesto que tal calificación sólo afectaría a los estipulados por la Santa Sede, no a aquellos en que sean parte la Conferencia Episcopal, los Obispos diocesanos o la acción conjunta de los Obispos cuyas diócesis se integran en una Comunidad Autónoma. Dada la importancia del tema, se ha incluido en este *Boletín* un libro que no se ocupa de Derecho eclesiástico, sino de Derecho canónico, cuya reseña da ocasión a subrayar la insoslayable comunicación científica entre ambas disciplinas. Se trata de la monografía del profesor de Derecho Eclesiástico de la Universidad de Bolonia, Giuseppe dalla Torre, titulado *Chiesa particolare e Comunità politica*.

Estamos ante una monografía en la que su autor, al mismo tiempo que ofrece una rica información bibliográfica, se enfrenta personalmente con cuatro líneas temáticas fundamentales, a las que corresponden los capítulos en que se estructura el libro:

Ante todo, una reflexión doctrinal, matizada con sugerentes observaciones metodológicas, acerca de la doctrina del Concilio Vaticano II sobre las relaciones entre la Iglesia y la Comunidad política, en la que emerge con particular fuerza la necesidad de distinguir las exigencias permanentes y las contingencias históricas en la comprensión del diálogo Iglesia-mundo. «Il principio dell'accordo e della collabo-

razione —señala Giuseppe dalla Torre— costituisce..., una costante nella storia delle teoriche ecclesiastiche circa i rapporti fra la Chiesa e lo Stato. Nè avrebbe potuto essere altrimenti, por il fato che dinanzi alla distinzione di poteri e competenze fra Dio e Cesare, alla demarcazione fra città celeste e città terrena, sta l'uomo nella sua unità antropologica, nella sua dimensione spirituale e temporale al tempo stesso, e quindi nelle sue esigenze di armonizzazione nell'una e nell'altra sfera, per evitare i drammi di coscienza derivanti dalla contrapposizione dei doveri del cittadino a quelli del credente» (pág. 32). De aquí su convicción de que el Concilio Vaticano II «non privilegia alcuna forma específica de colaboración que si ponga tra la Chiesa-istituzione e lo Stato persona, pur sembrando avere la consapevolezza che tale *sana cooperatio* non può prescindire da quella colaboración que si potrebbe dire 'esistenziale', data dall'animazione cristiana dell'ordine temporale da parte dei *christifideles* che agiscono, *uti cives*, nelle strutture politiche e sociali; data dalla compenetrazione esistente fra la Chiesa come popolo di Dio e lo Stato come comunità» (pág. 33). Tal planteamiento lleva al autor a criticar con firmeza las posiciones doctrinales que han pretendido deducir de las enseñanzas del Vaticano II una posición de la Iglesia adversa a los acuerdos bilaterales; sin embargo, ello no implica en las afirmaciones del Prof. G. dalla Torre una rigidez doctrinal de signo opuesto, apegada a tales acuerdos, desde una perspectiva exclusiva o preferentemente formal. La posición de equilibrio, que la monografía refleja, descansa en la idea de que las innovaciones conciliares en la materia «vanno ricondotte alla maggior conoscenza che la Chiesa del Vaticano II mostra di avere di sè stessa» (pág. 40).

La segunda línea temática (págs. 45-76) es una reflexión sobre la doctrina conciliar acerca de la Iglesia. En ella se analizan fundamentalmente los aspectos relativos a la Iglesia particular, para marcar unas pautas acerca de su relevancia jurídica, entre las que destacan los esfuerzos por aplicar en el ámbito canónico la noción publicística de autonomía: «In particolare —nos dice— per quanto riguarda alla Chiesa el concetto di autonomia normativa sarebbe fra altri il più rispondente —anche se non sempre e non del tutto—, in quanto i poteri del vescovo diocesano, in conseguenza del suo inserimento in una struttura gerarchica ed in un ordinamento universale, vengono delimitati dal diritto universale» (pág. 75).

El capítulo III trata de problemas y perspectivas sobre los acuerdos de la Iglesia particular con la Comunidad política. El profesor de Bolonia recuerda las resistencias doctrinales a admitir la posibilidad de este tipo de acuerdos sobre la base de la reserva de las «causae maiores» al Romano Pontífice, recogida en el c. 220 del Código de 1917; sin embargo, pone en evidencia cómo este tipo de acuerdos tienen tradición histórica y no faltan ejemplos, también durante la vigencia del Código de 1917. En la consideración actual del problema y a propósito de los sujetos *ex parte Ecclesiae*, a juicio del autor «occorre rilevare che la loro determinazione non potrà che avvenire facendo riferimento all'ordinamento canonico. Sarà quindi il vescovo diocesano, cui spetta ogni potestà propria ed immediata che sia richiesta dell'esercizio del ministero pastorale, ad agire nella stipulazione dell'accordo» (pág. 103). Esta precisión, que el propio Prof. G. dalla Torre califica de obvia, se hace en polémica con las posiciones doctrinales que contraponen el vértice y la base, a propósito de la representación de los intereses religiosos.

En lo relativo a la materia, basándose fundamentalmente en la experiencia alemana, el autor se refiere en la página 105 a la educación y a la enseñanza, a la asistencia social y sanitaria, a la asistencia espiritual, pero que también afecta a otros campos, como la regulación del patrimonio de los entes eclesiásticos y cuestiones relacionadas con el Derecho urbanístico. El lector de este volumen del ANUARIO DE DERECHO ECLESIASTICO DEL ESTADO encuentra, por su parte, datos doctrinales y legislativos que permiten detectar la importancia que el tema de los bienes culturales va adquiriendo al respecto en la experiencia española. «Ed è interessante da notare

—añade el autor— come, negli accordi in questione, venga esplicitamente fatta menzione del consenso della Sante Sede solo in quelli relativi a materie di maggior rilievo. Ciò significa che, nella prassi, si sono via via venute determinando con sempre maggiore precisione materie in cui è dell'episcopato la competenza propria a stipulare accordi con l'autorità civile» (*ibid.*).

A propósito de la naturaleza jurídica, Dalla Torre estima que el problema es delicado, tanto por razones de índole dogmático-jurídica —«non si è ancora dato luogo in dottrina alla costruzione di un'organica e generale sistemazione teorica di tutta la materia, dopo la crisi della vecchia impostazione internazional-concordataria prodotta dai principi conciliari e dalla stessa prassi seguita nell'età post-conciliare nei rapporti fra Chiesa e comunità politica a livello locale» (pág. 107)—, como por motivos de carácter práctico y contingente: «In quanto relazioni giuridicamente rilevanti fra la Chiesa particolare e comunità politica locale possono configurarsi solo negli ordinamenti statuali che riconoscono agli enti pubblici territoriali minori la capacità di porre in essere convenzioni del genere e nella misura in cui prevedano strumenti giuridici idonei a dare vita a siffatto tipo di convenzioni» (*ibid.*). En todo caso, aún en el supuesto de que los acuerdos no se concreten en instrumentos formalmente vinculantes, el entendimiento, en este plano, de autoridades estatales y eclesiásticas no carece de eficacia (*ibid.* y bibliografía citada en nota 88). Cuando se trata de acuerdos formales, desde el punto de vista canónico, el autor estima que tales acuerdos pueden considerarse externos al ordenamiento de la Iglesia; es decir, «acordi... che si collocano in un ordinamento terzo rispetto ai due» (estatal y canónico) (pág. 110). «Resta comunque certo il fatto —añade en la misma página citada— che gli accordi in questione non hanno la natura giuridica degli accordi internazionali, e conseguentemente neppure la qualifica di concordati nel senso moderno del termine, mancando entrambi i contraenti, o comunque uno di essi, della soggettività giuridica internazionale. A meno che, naturalmente, i singoli vescovi non agiscano espressamente con il consenso della Santa Sede, sicchè proprio nell'esperienza tedesca s'è potuto verificare il fatto di accordi a livello locale derogatori o modificatori di disposizioni concordatarie» (*ibid.*).

Junto a las aludidas precisiones jurídicas —y otras que los naturales límites de esta reseña han impedido recoger—, conviene llamar la atención sobre las cautelas que Giuseppe dalla Torre sugiere, en relación con tan sugerente y delicada materia (páginas 111-117), entre las que subrayo la de «guardarsi dal pericolo di cadere in concezioni troppo formalistiche e in schemi troppo rigidi, che oltretutto rappresentano il più delle volte solo la risposta alle esigenze di organizzazione e sistemazione teorica proprie dei giuristi, ma che altrettanto spesso appaiono così lontani dall'irrepetibile originalità della singola esperienza storica» (pág. 111). Esta prudente observación se complementa con la atenta lectura del último capítulo del libro (págs. 119-157), en la que se presentan las peculiaridades de las relaciones entre la Iglesia y la Comunidad política a nivel local. Se trata de una fina reflexión, en el campo del Derecho público externo de la Iglesia, sobre la que no es posible detenerse aquí; pero que muestra de manera evidente la necesidad de ver la realidad, sin dejarse limitar en la observación por los esquemas del pasado; pero también alienta a continuar la reflexión sobre los contenidos del Vaticano II, sin dejarse arrastrar por la tendencia a abandonar la comprensión jurídico-formal de las relaciones entre las instituciones religiosas y las políticas.

6. DERECHO ECLESIASTICO Y FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO

Afirmaba más arriba que una de las características de la Ciencia del Derecho eclesiástico es la inmediatez con que plantea la tensión entre dos líneas de progreso,

ambas continuamente presentes en el quehacer del jurista, cuya sensibilidad debe llevarle a recorrerlas en armónica relación. Una de ellas impulsa la profundización en cuestiones particulares como exigencia de la especialización; otra, la búsqueda de la visión de conjunto, de suerte que su esfuerzo permita recomponer la comprensión unitaria del ordenamiento jurídico del Estado, siempre sometida a tensión por nuevas aportaciones sectoriales.

Si esto es así, junto a la tarea de construir un sistema de Derecho eclesiástico, cobra un especial interés, en el momento actual del desarrollo de la disciplina en España, tanto el estudio de la incidencia de los principios constitucionales —todos, y no sólo los que se deducen de los artículos 14 y 16 de nuestra Ley fundamental— en la regulación del hecho religioso, como el diálogo entre los estudiosos del Derecho eclesiástico y los de otras ramas del Derecho español acerca de temas centrales, en los que la sensibilidad al sentido de las opciones del legislador constitucional juega un importante papel para la comprensión de la unidad del ordenamiento jurídico del Estado. A la primera de las tareas aludidas ya se han hecho en España valiosas contribuciones; baste recordar, entre otros, conocidos trabajos de los profesores Pedro Juan Viladrich, Dionisio Llamazares y Gustavo Suárez Pertierra, José Javier Amorós Azpilicueta, etc. También es necesario prestar la atención al diálogo interdisciplinar; a ello aspiran las páginas que siguen, en la modesta medida en que es posible en un Boletín bibliográfico.

Esta pretensión obliga a moverse en el campo en que confluyen la teoría del ordenamiento y el tema permanente de la fundamentación del Derecho. Sin anticipar conclusiones, me parece clarificador confesar desde ahora mi convicción de que es igualmente ilusorio absolutizar el valor de una concreta constitución, como pretender afrontar la fundamentación de Derecho en un plano abstracto y ahistórico, que para nada tenga en cuenta el Derecho positivo. Los tres libros que van a ser objeto de comentario ayudan a evitar ambos riesgos. Dos de ellos han sido escritos por profesores de Filosofía del Derecho (Gregorio Peces-Barba y Antonio F. Pérez Luño), pero se esfuerzan en desentrañar el sentido de textos de la Constitución española. Otro es obra de un estudioso de una rama del Derecho español (el administrativista Eduardo García de Enterría), pero da pruebas de un aliento creador, cuyos frutos no se circunscriben al ámbito del Derecho Público, sino que constituyen aportaciones básicas a la doctrina general sobre el ordenamiento jurídico.

Aunque se insinuarán algunos puntos de vista personales, lo congruente con la índole de este trabajo es otorgar el protagonismo a los libros reseñados. A este fin describiré primero el contenido de cada uno de ellos, para concluir con unas consideraciones finales.

a) *Los valores superiores*

El profesor Peces-Barba se ocupa en su libro del número 1 del artículo 1 de la Constitución y, en concreto, de esos valores superiores que el Estado español proclama propugnar al constituirse en Estado social y democrático de Derecho: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Lo hace en un estudio breve —de acuerdo con las características de la colección en la que el volumen se incluye—, muy claro y lineal.

Además de ser el resultado de una tarea científica, este libro tiene el valor de darnos a conocer la experiencia de uno de los más calificados artífices de la Constitución de 1978 y, muy concretamente, del texto que en él se analiza. Como es bien sabido, Gregorio Peces-Barba representó en la Ponencia Constitucional al Partido Socialista Obrero Español y el número 1 del artículo 1, como el autor nos dice al relatar la génesis del texto (págs. 26 a 34), quedó casi definitivamente perfilado en los trabajos de la Ponencia, a partir de una propuesta del Grupo Socialista, matizada

con unas correcciones del Prof. Fraga Iribarne, que contaron con el apoyo de los ponentes de Unión de Centro Democrático y el de la minoría catalana. El resto del *iter* parlamentario sólo aportaría una modificación en la formulación del cuarto valor superior: el «respeto al pluralismo político», de que hablaba el anteproyecto de Constitución, quedaría en «pluralismo político» a secas en el texto de Constitución definitivamente promulgado.

Esta experiencia del autor influye lógicamente en su construcción *de lege condita*, que continúa identificada con el texto presentado inicialmente por el Grupo Socialista: «España se constituye como Estado democrático de Derecho que propugna, como valor superior de su ordenamiento jurídico, la justicia en la libertad y la igualdad» (cit. en pág. 26). Por ello estimo de interés recoger la explicación que da el ilustre colega a este texto, del que se confiesa autor (pág. 26, nota 8): «Como se ve —nos dice—, el texto tiene ya los rasgos generales y la estructura que se aprobó definitivamente: el comienzo del artículo —‘España se constituye’—, la utilización del verbo ‘propugna’ y el concepto de ‘valor superior’, aunque en singular porque se pensaba, y creo que era razonable, que el valor ‘justicia’ tenía como contenido material los conceptos de ‘libertad e igualdad’, como conceptos históricos, creados en la cultura jurídica y política del mundo moderno, y no abstractos y *a priori*, al modo del Derecho natural. Esta misma idea de la justicia se puede encontrar en Bobbio, y no se puede negar su influencia en muchos filósofos del Derecho españoles, entre los que me encuentro. En definitiva, se trataba, creo, de expresar los valores de la síntesis liberalismo-socialismo como las grandes ideologías que están en la base de la Democracia moderna, y consiguientemente de una Teoría democrática de la Justicia, con la pretensión de informar a un texto Constitucional como el español» (páginas 26-27).

En el párrafo que acabo de transcribir aparece ya, al menos en germen, la idea de valores superiores que Gregorio Peces-Barba mantiene en su estudio. Una primera pero muy pormenorizada aproximación la encuentra el lector en las páginas finales (41 a 45) del capítulo I, en las que el autor la sintetiza en diez afirmaciones, cuya lectura directa es imprescindible para comprender la línea argumental del libro. Me limito a señalar que se ofrecen como conclusión de un esfuerzo por diferenciar los valores superiores de otros conceptos afines, ya que «la Constitución utiliza otros que pueden parecer sinónimos, que pueden crear confusión y que conviene distinguir» (pág. 34). El autor llega a este planteamiento de delimitación conceptual, tras habernos ofrecido —como línea de contraste— los precedentes de Derecho histórico español y de Derecho comparado (págs. 18-26) y la aludida exposición sobre la génesis del texto.

Las diez afirmaciones que Peces-Barba hace para delimitar el concepto siguen estando en la base de su reflexión sobre el «concepto y sentido de los valores superiores» (págs. 47-114), e inciden congruentemente en la exposición del contenido de cada uno de los cuatro valores (págs. 115-169) con la que concluye el volumen, que se cierra con una orientación bibliográfica brevísima (págs. 171-173) y, por ello, especialmente significativa, puesto que invita a interrogarse sobre el criterio que preside tan drástica selección.

Resulta imposible, en los naturales límites de este *Boletín*, dar cuenta con más detalle del desarrollo de este estudio; por ello, trataré de cerrar su reseña tratando de resumir qué entiende el autor por valores superiores, cuáles son los contenidos que atribuye a cada uno de ellos y en qué línea se mueve para desarrollar su construcción.

Aunque es muy arriesgado deducir de un solo párrafo el contenido nuclear de un libro, me parece que en la página 89 encontramos unas frases particularmente expresivas de lo que el Prof. Peces-Barba entiende por valores superiores: «De su situación dentro de la Constitución se desprende que estamos ante una auténtica norma jurí-

dica, aunque la positivación de los valores no los agote y quede una moralidad crítica que presiona sobre los valores como Derecho positivo para enriquecerlos y complementarlos con una progresiva positivación de esa dimensión, por medio del desarrollo o de la interpretación de los valores superiores por el legislador, por el juez, el resto de los operadores jurídicos e incluso los ciudadanos.»

La calificación del número 1 del artículo 1 de la Constitución como «una auténtica norma jurídica» me parece que es una pieza clave del pensamiento del ilustre colega. Estamos ante unos datos de Derecho positivo. Aparte su significación directa y obvia, tal calificación cumple en su pensamiento una función negativa, en cuanto que le permite tomar distancias, como ya nos insinuaba al comentar su propuesta inicial en el seno de la Ponencia Constitucional, de un Derecho natural, entendido como un conjunto de axiomas o principios «abstractos y *a priori*» (pág. 27). Este dato no me parece que pueda despreciarse, para tener una visión clara del pensamiento de Peces-Barba. No se trata sólo de que el libro tenga voluntad de no ser iusnaturalista; se trata además de algo afirmado con tal insistencia, que no puede carecer de significación.

Por otra parte, el rechazo de un Derecho natural de principios abstractos y *a priori* (en definitiva, estático) le lleva congruentemente a evitar una cristalización de la norma positiva que establece los valores. De aquí la comprensión de los valores, al mismo tiempo como Derecho positivo y como algo abierto a una progresiva positivación. Los valores están positivados, pero a su vez reclaman una asunción, continuada e histórica, de nuevas facetas de sus contenidos, por parte del ordenamiento jurídico. Evidentemente, tal planteamiento tendría poco sentido desde un positivismo legalista, del que también Peces-Barba se muestra dispuesto a tomar distancias. Los valores, en cuanto norma, constituyen la positivación de una ética, cuyos contenidos no agota su recepción en el artículo 1, número 1, de la Constitución. Esta ética, en su totalidad y no sólo en cuanto que positivada, presiona como «moralidad crítica», impulsando ulteriores fenómenos de positivación.

Aunque ya hemos visto que para el autor esta ética está constituida por los valores de la síntesis liberalismo-socialismo, su alcance lo comprenderemos con mayor claridad estudiando su comprensión del contenido de cada uno de los valores del ordenamiento jurídico que la Constitución enumera. Tampoco en este punto es posible recoger con detalle las afirmaciones contenidas en este interesante libro. Basten unas sumarias indicaciones, que confío no esquematicen en exceso el pensamiento del profesor Peces-Barba.

Ante todo hay que tomar nota de esta línea de comprensión de las relaciones entre los cuatro valores: «En conclusión, existen buenas razones para creer que el sistema de valores que se propugna en la Constitución se centra en los de libertad e igualdad, sin que el pluralismo político suponga una extensión del significado de éstos, y sin que la falta de concreción distinta de esos dos valores 'fuertes', del concepto de justicia, añada nada que no sea retórica a la enumeración anterior. Por eso me parece que era más acertada la pretensión inicial del Grupo Socialista, durante la primera etapa de la ponencia constitucional, al proponer la realización de la justicia, cuyos contenidos eran la libertad y la igualdad» (págs. 118-119).

Estando así las cosas, no puede sorprender que, para el Prof. Peces-Barba, durante «un largo proceso de evolución y de depuración de los conceptos, desde los orígenes del pensamiento hasta la cultura jurídica y política actual, la justicia ha ido perdiendo el sentido mítico de sus orígenes, para quedarse en un término respetable, con un valor emotivo grande aún, pero materialmente sin contenido propio, siendo necesario referirle a otros términos con una posible identificación real» (págs. 141-142). También se comprende que, desde su perspectiva, las afirmaciones de autores y la doctrina del Tribunal Constitucional, analizadas en las páginas 142 a 148, «prueban la dificultad de una definición autónoma de justicia, son suficientes para justifi-

car el carácter superfluo de su enumeración entre los valores superiores. O es sinónimo de libertad e igualdad, o está vacío de contenido, o produce más problemas de los que resuelve con su utilización. No añade nada a la construcción de la Constitución material» (pág. 148). En otro lugar hace esta tajante afirmación, no exenta de dogmatismo: «Cualquier otra interpretación de justicia llevaría a desvirtuar y a confundir el sistema de valores» (pág. 119).

En cuanto al pluralismo político, el profesor Peces-Barba le atribuye una significación meramente circunstancial, equiparándola a su postura respecto de la justicia: «El pluralismo político como concreción de una de las perspectivas de la libertad, introducido por las circunstancias históricas anteriores, para poner de relieve lo necesario de ese elemento de la libertad, después del régimen no pluralista del general Franco, no interfiere en la identificación del sistema, ni tampoco la justicia, si se acepta su ambigüedad, su superfluidad y, en todo caso, su identificación con contenidos materiales de libertad y de igualdad» (pág. 119). La única razón que obliga al autor a precisar el sentido del pluralismo político es el hecho de que «en la historia de la cultura jurídica y política el pluralismo tiene un significado multiforme, no siempre conforme con el que aquí se le asigna por el constituyente» (pág. 163). Y tras aludir a diversas concepciones del pluralismo en las que, a su juicio, tal conformidad no se da, afirma que la «tradición que recoge la Constitución... se puede situar más bien en el pluralismo democrático...» (pág. 164). Y poco después añade: «El origen liberal democrático del pluralismo político se manifiesta como expresión de una concepción relativista, que acepta la existencia de diversos puntos de vista para que sea posible la vida social, con participación de los ciudadanos» (pág. 165).

Dados los planteamientos de Peces-Barba acerca de la justicia y del pluralismo político, es lógico esperar —y así efectivamente ocurre— que su reflexión cobre su mayor densidad en el tratamiento de la libertad y de la igualdad.

Por lo que se refiere a la primera, son suficientemente ilustrativos los párrafos que cito a continuación, fruto de su constante esfuerzo por superar lo que de unilaterales tienen las visiones del liberalismo y del socialismo: «La libertad que nuestra Constitución recoge, en el ámbito de una corriente superadora de ambos reduccionismos, supone una nueva dimensión de la libertad social como relación entre la libertad inicial y la libertad moral. Es el esfuerzo de síntesis entre el pensamiento liberal y el socialista que, frente a las posiciones respectivas de carácter excluyente, ... pretende construir un concepto de libertad que, a través de la libertad social, acerque la libertad de hacer lo que se quiere y la de hacer lo que se debe, o, dicho de otra forma, que haga posible la libertad moral desde el ejercicio de la libertad psicológica. Creo que a esta concepción se la puede llamar libertad democrática» (pág. 113). «Desde esta perspectiva —añade—, la libertad social, es decir, el valor superior libertad, que el Estado social y democrático de Derecho propugna, para ser realizada por el Derecho, es una libertad psicológica en la libertad moral, y supone un conjunto de normas jurídicas que permiten el ejercicio de ambas, considerándolas no como incompatibles, sino complementarias. Desde este punto de vista, queda claro que la libertad social se sitúa en un primer nivel en el ámbito de la moralidad, puesto que supone el cauce necesario que se organiza a través del Derecho» (págs. 113-114).

En cuanto a la igualdad, la reflexión del profesor Peces-Barba constituye un intento de síntesis de la historia más reciente, en la que el intervencionismo estatal asumirá una función promocional a través del Derecho, para crear unas condiciones de igualdad que suponen la situación creada por las concepciones de libertad y de igualdad meramente formal, típicas del liberalismo (págs. 149-150). Tras estas premisas, el autor añade: «Al analizar el valor superior igualdad partimos, por consiguiente, de dos afirmaciones: la primera, que no se puede entender sin el valor libertad, y la segunda, que tiene dos grandes dimensiones que han ido apareciendo sucesivamente en la historia: la igualdad formal y la igualdad material» (págs. 150-151).

En estas dos dimensiones, sucesivamente estudiadas, se basará el análisis que el autor lleva a cabo en las páginas 152-163. A propósito de la igualdad material, tras recordar diversas opiniones doctrinales y llamar la atención sobre el capítulo III del Título I de la Constitución, afirma: «Todos estos principios, que son normas jurídicas que tienen como destinatarios a los poderes públicos, son desarrollo del valor superior de la igualdad en su dimensión material. La actuación del legislador, del Gobierno y del Juez tiene que orientarse a la realización de esos objetivos» (pág. 163). La conclusión me parece que cobra todo su sentido, si se tiene en cuenta la idea de positivación progresiva con que Gregorio Peces-Barba construye su concepción de los valores superiores: «Parece que son (los contenidos del Título I, capítulo III de la Constitución) un programa suficiente de igual desarrollo de las necesidades básicas de los ciudadanos que ocupará a todos los poderes públicos en las próximas décadas. Nuestra sociedad está aún muy lejos, en esos campos, de haber producido una igual satisfacción de las necesidades básicas» (págs. 163).

No es éste el momento de mostrar mis coincidencias y discrepancias con el pensamiento de Gregorio Peces-Barba. Resultaría, sin embargo, incompleta esta presentación de su libro si no se hiciera una leve alusión a las coordenadas iusfilosóficas en que me parece que se sitúa su reflexión. Ya hemos visto como él mismo reconoce el influjo del pensamiento de Bobbio. En todo caso, lo fundamental, desde un punto de vista negativo, es su esfuerzo por tomar distancias, tanto del iusnaturalismo como del legalismo positivista.

Por lo que se refiere al primero, se observa una excesiva simplificación de lo que él mismo califica de «pasado glorioso» (pág. 52). Aparte opiniones personales, ¿puede, por ejemplo, reducirse, si se procede con un mínimo de rigor, toda la aportación de la Escolástica a la fórmula «haz el bien y evita el mal» (pág. 91)? Sorprende también que su esfuerzo por explicar la capacidad de los valores superiores para reconstruir «la teoría material de la justicia, sin necesidad de sostener posiciones iusnaturalistas», vaya acompañada de una frase entre paréntesis, innecesariamente irónica para sus colegas iusnaturalistas, con todo el riesgo que tales expresiones entrañan para la seriedad del diálogo científico (pág. 101). Y, sin embargo, hay momentos en los que se refiere al Derecho natural, sin negar su compatibilidad con la Constitución española: «Ciertamente ahora se intenta flexibilizar el concepto de Derecho natural haciéndolo compatible con posiciones como las que aquí defendemos, pero, me parece, el término tiene, además de un pasado glorioso, unas connotaciones más concretas que desdibujan y aconsejan abandonarlo» (pág. 52). El autor no es más explícito acerca de cuáles sean tales connotaciones. En el párrafo parece haber una cita implícita de Pérez Luño; pero en todo caso, afirmar que las nociones flexibles de Derecho natural sean cosa de «ahora» y que todo el iusnaturalismo de la historia sea reducible a conceptos «abstractos y *a priori*» (pág. 27), no puede menos de resultar excesivo.

Dejando sentado —y acogido con el mayor respeto intelectual— el recelo al iusnaturalismo, que este libro respira, interesa centrar la atención en la otra frontera que el profesor Peces-Barba intenta superar: el positivismo legalista. Entiende que, mediante la utilización en la Constitución del concepto de valores superiores «se supera... el positivismo cerrado a valores» (pág. 54). Ante esta afirmación, unida —no se olvide— a la superación del iusnaturalismo, uno se pregunta si la decidida búsqueda de la positivación de una «ética» no puede poner en grave quiebra la seguridad jurídica. Quizá, por esta razón, nos dice que ello «no quiere decir, ni mucho menos, la superación del formalismo normativista, sino que éste se complete por medio de la Constitución material que tiene su base en esos valores superiores» (pág. 55). «Al contrario —añade poco después en la misma página—, una buena comprensión de la Constitución material, es decir, de los valores superiores, necesita complementarse con la perspectiva formalista que supone la teoría kelseniana del Derecho.» Al leer estas consideraciones, en las que Constitución material y formal se complementan, a partir

de una consideración de cada una de ellas excesivamente autónoma respecto de la otra, se comprende que el valor justicia haya que condenarlo a una irremediable ambigüedad.

Rota la relación íntima entre Derecho y justicia, el pensamiento de Peces-Barba se apoya, como en su fundamental pilar, en una ética, en parte positivada y en parte presionando para impulsar ulteriores positivaciones. La neta distinción entre Derecho y política de Kelsen se torna en Peces-Barba en presión política —puesto que de una ética política se trata— para configurar el Derecho positivo en instrumento para el logro de la igualdad en la libertad. ¿Cuál es esa ética política? La conjunción e influencia recíproca entre liberalismo y socialismo. Tras describir al Estado social como corrector del Estado liberal, nos dice: «Cuando se habla de Estado social nos estamos refiriendo a este modelo, quedando como experiencias históricas otras concepciones del Estado social; en parte, porque las ideologías que las sustentaban fueron vencidas en la Segunda Guerra Mundial» (pág. 59). Compartiendo con el ilustre colega su valoración positiva del Estado social de Derecho, no puedo menos de matizar el juicio histórico que contiene el último párrafo citado. No olvidemos que entre los vencedores de la Segunda Guerra Mundial se contaban también Estados que no rechazarían para ellos el calificativo social y, sin embargo, continúan cerrando a buena parte de la humanidad la posibilidad de organizarse según en modelo del Estado social y democrático de Derecho.

b) *Los derechos fundamentales*

El tema de los derechos fundamentales en la Constitución española es de obligado tratamiento en este Boletín, al haberse incluido entre los libros objeto de reseña la aportación a la serie «Temas clave de la Constitución española» del profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Hispalense Antonio F. Pérez Luño. El autor se ha ocupado de esta materia en otras publicaciones, entre las que destaca el libro *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* (Madrid 1984); sin embargo, aquí seguiremos sus puntos de vista sólo a través de su breve e interesante volumen *Los derechos fundamentales*, redactado para la citada colección. Estamos ante un libro ejemplar, tanto por su cuidada sistemática, como por su estilo directo y diáfano, que permiten al autor exponer su riguroso pensamiento, siempre con amenidad y en ocasiones incluso con festivo desenfadado.

Consta de cuatro capítulos, dedicados respectivamente a «Delimitación histórica y conceptual de los derechos fundamentales», «Los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978», «Fundamentación y sistema de los derechos y libertades constitucionales» y «Libertades públicas y derechos sociales en la Constitución Española de 1978».

Ya en sus primeras palabras, el profesor Pérez Luño subraya la función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo: «El constitucionalismo actual no sería lo que es sin los derechos fundamentales. Las normas que sancionan el estatuto de los derechos fundamentales, junto a aquellas que consagran la forma de Estado y las que establecen el sistema económico, son las decisivas para definir el modelo constitucional de sociedad. Sin que quepa considerar estas cuestiones como compartimentos estancos, habida cuenta de su inescindible correlación. Así, se da un estrecho nexo de interdependencia, genético y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho. De otro lado, el tipo de Estado de Derecho (liberal o social) proclamado en los textos constitucionales depende del alcance y significado que en ellos se asigne a los derechos fundamentales, que, a su vez, ven condicionado su contenido por el tipo de Estado de Derecho en que se formulan. De igual modo,

la Constitución económica representa el soporte material de la actuación de los derechos fundamentales, pero esa constitución económica se halla integrada, en gran medida, por aquellos derechos fundamentales que delimitan el régimen de la propiedad, la libertad de empresa, el sistema tributario o el marco de las relaciones laborales y la seguridad social» (pág. 19-20).

En este párrafo inicial está en germen lo que a lo largo del libro se desarrolla de manera siempre coherente, sin que las citas doctrinales, jurisprudenciales o de otras constituciones históricas o vigentes entorpezcan nunca el desarrollo de las opiniones sustentadas por Pérez Luño. Entre ellas —con un criterio inevitablemente subjetivo— subrayaría las siguientes:

Ante todo, su visión, ponderada y rigurosa, de las raíces filosóficas de los derechos fundamentales, aunque esta expresión «y su formulación jurídico-positiva son un fenómeno relativamente reciente» (pág. 30). En poco más de tres páginas (30-33) se ofrece una síntesis ejemplar de la evolución del problema, se valoran con equilibrio las aportaciones del tomismo, la Escuela española del siglo XVI y del XVII, el racionalismo humanista de Grocio, las contribuciones de Locke, Pufendorf y Rousseau, para situar la fundamentación del Derecho natural «exclusivamente sobre principios *a priori*, en cuanto exigencias absolutas de la razón práctica» (pág. 32), donde tiene sus precisas coordenadas históricas y doctrinales; es decir, en el pensamiento de Kant. Lógicamente, Pérez Luño no enfatiza esta afirmación, que, en definitiva, es un lugar común de la Historia de la Filosofía, pero me permito subrayarla como oportuna rectificación de juicios excesivamente generales sobre el pensamiento iusnaturalista.

El tema del iusnaturalismo reaparece, a propósito de la dicotomía «derechos humanos»-«derechos fundamentales» y de la polémica, relacionada con el uso del lenguaje, pero que incide en el tema de la fundamentación, entre los profesores Antonio Fernández-Galiano y Gregorio Peces-Barba (págs. 43-51). Pérez Luño sintetiza su posición, a propósito de la cuestión terminológica, en unas sintéticas frases en cursiva (pág. 46), que comenta a continuación así: «Los derechos humanos aúnan, a su significación descriptiva de aquellos derechos y libertades reconocidos en las declaraciones y convenios internacionales, una connotación prescriptiva o deontológica, al abarcar también aquellas exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas, y que *debiendo* ser objeto de positivación no lo han sido. Los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el Derecho positivo. Se trata siempre, por tanto, de derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter *básico* o *fundamentador* del sistema jurídico político del Estado de Derecho» (pág. 47).

El estudio de los derechos fundamentales en la Constitución de 1978 le lleva a calificar a nuestra Ley Fundamental de «ambiciosa», para distinguirla de otros textos análogos, «que se limitan a establecer una sucinta declaración de los derechos de los ciudadanos y sobre la organización y funcionamiento de los poderes públicos» (página 55). Para el autor, la exuberancia y ambigüedad de las declaraciones sobre la materia se explica por las circunstancias históricas. «De una parte, el tránsito desde el autoritarismo a la democracia, con el consiguiente deseo de plasmar constitucionalmente el mayor número de libertades anteriormente proscritas; de otra, la propia ambigüedad de las circunstancias políticas que han acompañado el proceso de transición» (pág. 56). La necesidad de responder «a los *cabiers de doléances* de la sociedad española» explicaría la amplitud de la regulación de los derechos fundamentales; sus imprecisiones serían inevitable contrapartida del trabajoso consenso. «Nuestra Constitución —afirma el autor— fue para los sectores políticos conservadores el 'balance' o la 'meta de llegada' del proceso de transición iniciado tras la muerte del general Franco, en tanto que para las fuerzas progresistas significó el 'punto de par-

tida', esto es, el preludio anticipador de un amplio programa de renovación, para algunos incluso de revolución, de los cauces jurídicos y económico-sociales de nuestra convivencia» (pág. 57).

No es posible seguir aquí el cuidadoso análisis, que lleva a cabo el profesor Pérez Luño, de la positivación de los derechos fundamentales en la Constitución, dirigido a determinar su alcance normativo como valores y principios y la naturaleza y eficacia de los instrumentos de protección (págs. 57-103). Resulta, en cambio, necesario aludir a sus puntos de vista sobre la fundamentación, ingeniosamente presentados a partir de las cavilaciones de un hombre-topo, que trata de indagar acerca del sentido de la Constitución de 1978, ya vigente cuando decide salir de su aislamiento y participar en la vida pública, utilizando las vías del recién estrenado marco de convivencia. Considera la posibilidad de una lectura de la Ley Fundamental española desde «una orientación iusnaturalista, en particular de la tradición objetivista cristiana» (pág. 115), desde una fundamentación positivista y desde el uso alternativo del Derecho y, tras rechazar esas posibilidades, afirma —por boca del hombre-topo— «que el planteamiento más apto, para abordar y explicar la fundamentación e interpretación de nuestro sistema constitucional de derechos fundamentales, era el del iusnaturalismo crítico. Esta postura sitúa la justificación de los valores y derechos básicos en una actitud intersubjetivista, es decir, en el reconocimiento de la posibilidad de que la razón práctica llegue a un consenso, abierto y reversible, sobre el fundamento de tales derechos y valores. Consenso que, por otra parte, lejos de traducirse en fórmulas abstractas y vacías, recibe su contenido material del sistema de necesidades básicas o radicales que constituyen su soporte antropológico» (pág. 136).

«El iusnaturalismo crítico de nuestro tiempo —añade— ofrece un método adecuado para lograr que la fundamentación y la interpretación de los derechos y libertades constitucionales supere el *impasse* positivista de limitarse a la mera literalidad de la norma, lo que implica condenar al intérprete de valores o principios al silencio. Al propio tiempo, evita que la determinación de los valores se traduzca en puro decisionismo, porque propugna una concepción intersubjetivista de los valores que haya su fundamento en el consenso sobre las necesidades radicales del ser humano. Un consenso que, por tanto, rebasa los límites angostos del marco estatal para presentarse como un auténtico *consensus omnium gentium*; corolario de aquel *Diritto naturale della genti* genialmente anticipado por Giambattista Vico» (págs. 136-137).

La reflexión de Antonio E. Pérez Luño sobre los derechos fundamentales no se limita al plano de la fundamentación. Este interesante libro, ofreciendo una clara prueba del temple de jurista de su autor, se proyecta también en el campo de la teoría general del Derecho, al afrontar «el tema de la relación entre la idea de sistema constitucional y la noción de ordenamiento jurídico, expresada también en el texto de la Constitución» (pág. 139). «La alusión explícita de nuestra Constitución al concepto de ordenamiento jurídico —añade— no puede considerarse como una figura retórica o un dato casual, sino que responde a las exigencias de funcionamiento del Derecho en una sociedad técnicamente avanzada. La Constitución Española, como norma suprema de un Estado de Derecho desarrollado, al apelar a la noción de ordenamiento jurídico no hace sino reconocer que el conjunto de reglas que integran su Derecho positivo objetivo responde a los principios básicos de: unidad, plenitud y coherencia» (página 140).

Tras una breve y eficaz reseña de la evolución de la idea de sistema, hasta las aportaciones de Ihering, el profesor Pérez Luño señala: «A partir de entonces es posible trazar una neta distinción entre dos modos de concebir el sistema jurídico: a) el *intrínseco*, que identifica la noción de sistema con el orden formal inmanente a cualquier conjunto de normas jurídicas organizadas en función de un principio básico (norma fundamental), que supone la proyección al Derecho positivo de los modelos sistemáticos importados de disciplinas no jurídicas, sea de las ciencias de la natura-

leza o de las ciencias sociales» (pág. 145). Interesa tomar nota de esta distinción, pues en su contexto cobra sentido la calificación propuesta por el autor del modelo de la Constitución española, cuando escribe: «Sobre este punto, parece que nuestra Ley de leyes diseña una imagen de ordenamiento jurídico orientada hacia una sistematicidad extrínseca» (pág. 150). Y poco después añade: «La Constitución española de 1978 se inscribe, por expresa decisión de su artículo 1, 1, en los parámetros del Estado social y democrático de Derecho, lo que determina que nuestro sistema constitucional sea un sistema abierto a los datos externos que provienen de la estructura económico-social, cuya transformación representa una tarea indeclinable de los poderes públicos. Por tanto, la Constitución, en lugar de sancionar la fractura entre la organización jurídico-política y la sociedad civil, se presenta como el marco jurídico básico de la propia sociedad civil» (págs. 151-152). Tal perspectiva la proyecta explícitamente al tema de los derechos fundamentales: «En efecto, en este punto se advierte con nitidez que nuestro sistema de derechos y libertades no constituye un sistema o subsistema autosuficiente circunscrito a su lógica interna (positivismo), o a las exigencias de reducción de la complejidad ambiental con vistas a la conservación del sistema social (*Systemtheorie*); pero tampoco responde a un sistema de valores, apriorísticos y ajenos a la experiencia y a la historia (iusnaturalismo ontológico). El sistema constitucional de los derechos fundamentales aparece, por el contrario, como un sistema abierto a la experiencia social e histórica a través de su conexión con el principio de soberanía popular. Ya que es posible establecer una continuidad entre la proclamación constitucional de que 'la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado' (art. 1, 2) y el reconocimiento de los derechos inviolables e inherentes a la dignidad de la persona (art. 10, 1), que sirve de pórtico al sistema de los derechos fundamentales. En efecto, esta continuidad explica la interdependencia entre la legitimación axiológica y sociológica de los derechos fundamentales y las reglas de su funcionamiento normativo» (pág. 153).

La reflexión sobre el ordenamiento jurídico lleva también al profesor Pérez Luño a interrogarse acerca del monismo o pluralismo en nuestra Constitución. El autor parece sentirse más cómodo en las categorías del institucionalismo pluralista que en las del riguroso monismo. La influencia de Santi Romano, tan decisiva en la reflexión canonista y eclesialista de este siglo, se advierte también en la obra del profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla, que nos dice: «Obviando cualquier decantación extrema, la Constitución española parece responder a un pluralismo jurídico moderado, consecuente con el pluralismo político propugnado como valor superior del ordenamiento jurídico en el artículo 1, 1. Actitud pluralista que se pone de relieve en su acogida expresa del ordenamiento jurídico internacional (art. 96), y de las competencias normativas de las Comunidades Autónomas (art. 147, 1), así como de forma implícita respecto al ordenamiento jurídico canónico, y las competencias autonormativas de las Universidades, los partidos, los colegios y las organizaciones profesionales. Ahora bien, la Constitución, en los artículos que se refieren al ordenamiento jurídico, alude siempre en singular a un único ordenamiento, sentando, por tanto, el principio de la unidad básica del ordenamiento jurídico español. De otra parte, nuestro ordenamiento reconoce entre los principios informadores de su estructura el de jerarquía normativa (art. 9, 3), con lo que tiende a reforzar la unidad y coherencia de su sistema. En este punto, aparentemente nuestro ordenamiento se aproxima al modelo piramidal propio de la concepción monista; si bien con la importante salvedad de que el nuestro no es de modelo centralista, ya que son posibles las relaciones directas entre los entes institucionales, al tiempo que las facultades definitivas de control no se hayan confiadas al ejecutivo, sino a los órganos jurisdiccionales» (página 157).

A continuación perfila de manera más nítida su posición: «A tenor de nuestra Constitución el ordenamiento jurídico estatal, pese a su fundamental unidad, no

absorbe, en el sentido de disolver los rasgos de su identidad, a los demás ordenamientos coexistentes en su seno, lo que equivaldría a inclinarse hacia una posición monista; sino que los integra en el propio ordenamiento jurídico estatal, afirmando con esa inclusión la validez de las respectivas competencias autonormativas de los entes institucionales. En suma, de las tres grandes opciones que pueden adoptarse para articular las relaciones entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos institucionales: la *absorción* (monista), la *equiparación* (pluralista) y la *integración* (pluralista moderada), nuestra Constitución parece inclinarse decididamente por la tercera» (pág. 158).

El último capítulo del volumen contiene una sugerente reflexión sobre las libertades públicas y los derechos sociales. Ante la imposibilidad de dar aquí cuenta pormenorizada de su contenido, baste señalar que el profesor Pérez Luño, tras mostrar la dialéctica entre unas y otras, tantas veces presentada en la doctrina en términos de oposición, concluye como «consecuencia reasuntiva: que la oposición entre las libertades individuales y los derechos sociales, más que una antítesis entre dos categorías de derechos, responde a dos formas contrapuestas de concebir, ejercer y tutelar los derechos de la persona en dos modelos distintos de organización política» (pág. 213). Frente a la concepción liberal, que «concibe los derechos de libertad como derechos individuales, que conforman un núcleo estático y cerrado cuya tutela se alcanza *negativamente*, es decir, siempre que los poderes públicos *no obstaculicen* su ejercicio» (páginas 213-214), contrapone la del Estado social y democrático de Derecho que es la vigente en la Constitución española. «La libertad —nos dice—, a tenor de esta postura, no se cifra en un núcleo estático, sino que constituye una tarea a realizar a través de la satisfacción de las necesidades básicas y del despliegue de las capacidades y potencialidades humanas en que se concreta el libre desarrollo de la personalidad. De ahí que para la implantación de esas libertades concretas se precise la acción *positiva* de los poderes públicos tendentes a *remover los obstáculos*, de orden económico, social y cultural, que implican la plena expansión de la persona humana» (pág. 214).

Al terminar este interesante libro, el lector no puede menos de admirar la capacidad de análisis y de síntesis del autor y su evidente equilibrio de sensibilidad, tanto hacia los problemas de fundamentación como a los más inmediatamente relacionados con la técnica del Derecho. Y tras la consideración positiva del trabajo, la atención no puede menos de volver al fondo iusfilosófico de la construcción; es decir, hacia ese iusnaturalismo crítico que supera claramente el Derecho natural, de corte kantiano, fundado exclusivamente sobre principios *a priori*. La toma de conciencia de la dimensión histórica del Derecho es un logro incuestionable del autor; sin embargo, se tiene la impresión de que la referencia ontológica queda tan diluida, que apenas queda algo, además del decisionismo de la ley y la jurisprudencia, que permita considerar a su posición crítica como verdaderamente iusnaturalista.

c) *Los principios generales*

Bajo el título *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, el catedrático de Derecho administrativo de la Universidad Complutense —y maestro de tantos excelentes administrativistas— Eduardo García de Enterría ha reunido en un breve e interesante volumen tres escritos, diversos por su origen y por su fecha de redacción inicial, pero que responden a unas preocupaciones intelectuales, presentes de manera constante en la amplia producción científica del autor. El primero de ellos —«Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo»— fue escrito en 1961, para la memoria de unas oposiciones a cátedra (pág. 13) y publicado por primera vez en 1963. El segundo —Prólogo al libro de Theodor Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*— vio la luz pública en 1964. El último, en cambio —«Principio de legalidad, Estado material de Derecho y Facultades inter-

pretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución»—, apareció en 1984. Reunidos ahora los tres estudios, en el volumen que se comenta en este Boletín, tienen el interés de reflejar una lectura de la Constitución de 1978, cimentada en una experiencia científica anterior, cuyos frutos son remeditados y confirmados, teniendo en cuenta lo establecido por la vigente Ley de leyes y algunas importantes decisiones del Tribunal Constitucional. El origen del primero de los trabajos explica que abundan en él —como era habitual en las memorias de oposiciones y ya hubo ocasión de recordar en este Boletín, a propósito de los libros de Fornés, Ibán y Molano— las referencias bibliográficas y las citas de autores clásicos y de trabajos en su momento recientes. En el prólogo al libro *Tópica y Jurisprudencia*, García de Enterría reelabora su construcción a propósito de los puntos de vista de Theodor Viehweg. El último de los trabajos, en cambio, aunque también abunda en citas bibliográficas y en referencias legales y jurisprudenciales de Derecho comparado, es el que de manera más directa e inmediata nos presenta los actuales puntos de vista del autor, que son fruto de un proceso de decantación sereno y sosegado, del que los otros dos escritos nos ofrecen un claro testimonio. Aunque quizá sea inútil decirlo, habida cuenta del merecido prestigio del autor, me parece de justicia consignar que este breve volumen —al margen de coincidencias o discrepancias de opinión— tienen una gran calidad técnica.

A mi juicio, el núcleo de este libro es la resuelta afirmación de una justicia material de incuestionable raíz iusnaturalista y el decidido y fino esfuerzo por explicar los aspectos técnicos de su positividad. Por lo que a esta última se refiere, García de Enterría se revela ante una consideración limitada a la ley y destaca continuamente la importancia del papel de jurisprudencia. Por ello, al tomar distancias del positivismo legalista, las diferencias entre los sistemas jurídicos se acortan y le es posible utilizar datos útiles para la reflexión, tanto del área continental europea como de la *Common Law*.

Discurriendo sobre la insuficiencia de la tipificación legal de los supuestos de hecho y sobre la *voluntas legis* respecto de la *voluntas legislatoris*, el ilustre colega afirma: «La autonomía de esa supuesta voluntad de la ley respecto de su autor y el hecho de su movilidad en el tiempo no podrían explicarse si la ley misma no fuese vista como expresión de algo sustancial y más profundo, lo cual, por serlo, es capaz de someter y relativizar lo que no es más que una simple manifestación o formalización suya; aquí aparecen ya los famosos principios generales del Derecho (sobre los que hemos de hablar luego), sin cuya realidad todo ese proceso esencial de la traducción de la ley en vida jurídica efectiva y su incesante movilidad no tendrían explicación posible; sería, en rigor, una arbitrariedad de los intérpretes sin norte posible, la misma cabalmente que el legalismo quiso en su momento desalojar» (pág. 20).

Tras un luminoso análisis de la crisis del positivismo legalista, el autor escribe unas frases particularmente expresivas de lo que estimo su fundamental aportación; a saber, la búsqueda de la armonía —en un único quehacer: el del jurista— entre fundamentación y técnica del Derecho: «Todo ello está conduciendo al pensamiento jurídico occidental a una concepción sustancialista y no formal del Derecho, cuyo punto de penetración, más que en una metafísica de la justicia, en una axiomática de la materia legal, se ha encontrado en los principios generales del Derecho, expresión desde luego de una justicia material, pero especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos, y susceptibles, por consiguiente, de una seguridad de funcionamiento y de manejo que se volatizaría si el tradicional lugar de la ley pretendiese ser sustituido por una abstracta e indeterminada invocación de la justicia, o de la conciencia moral o de la discreción del Juez. Esta técnica o jurisprudencia principal está por ello muy lejos de los movimientos románticos y naturalistas del 'Derecho libre', de la *Rechtssoziologie*, del behaviorismo o *legal realism*, del pragmatismo de la jurisprudencia de intereses, que en busca de los valores materiales, y por

huir del ambiente enrarecido del legalismo estricto, disolvían la compleja objetividad y positividad del Derecho. La afirmación y desarrollo de esta jurisprudencia de principios domina avasalladoramente el momento actual de la ciencia jurídica, y ha de señalarse justamente que en nuestra patria puede localizarse una de sus más precoces y elaboradas manifestaciones en la obra fundamental del profesor De Castro» (páginas 30-31).

Esta referencia de la justicia material a los problemas jurídicos concretos se hace aún más explícita cuando García de Enterría prologa el libro de Theodor Viehweg: «En definitiva, entre la más o menos convencional reconstrucción historicista que este libro acomete tan brillantemente, importa retener sobre todo como enseñanza central para el jurista, aunque otra cosa puede ser para el historiador de las ideas o para el filósofo, que por tónica ha de entenderse aquí, como el autor precisa, la *'techné* del pensamiento de problemas', de un pensamiento que opera por ajustes concretos para resolver problemas singulares partiendo de directrices o de guías que no son principios lógicos desde los que poder deducir con resolución, sino simples *loci communes* de valor relativo y circunscrito revelados por la experiencia» (págs. 76-77).

Tal visión concreta, realista, con un evidente componente relativo, podría, sin embargo, entenderse como un mero decisionismo voluntarista, si no se tuvieran en cuenta estas observaciones del autor: «La fragmentariedad, el casuismo, que de esta concepción resulta para el pensamiento jurídico no implica, sin embargo, un abandono de toda exigencia normativa general en la valoración de los preceptos de Derecho, quiero decir, un abandono de la idea del Derecho natural. Este abandono sería desde luego ineludible si el Derecho natural pretendiese presentarse, como no es infrecuente entre los moralistas, como un sistema de axiomas desde los cuales fuesen obtenibles íntegramente las reglas positivistas, a través de unas deducciones más o menos extensas, pero inexorables. El descrédito que la idea de un Derecho natural tiene con frecuencia para los juristas positivos viene justamente de una pretensión 'axiomatizante' de ese carácter. El Derecho natural sigue siendo virtual en una estructura fragmentaria o tónica del Derecho, pero sin destruir esta estructura sino insertándose precisamente en ella. Si el Derecho natural, como todo el orden ético, no es un sistema dado de una vez por todas, sino que ha de ser 'buscado', descubierto, resulta simple comprender que los *topoi* en que se concentra la experiencia jurídica han de ser normalmente los puntos de consideración del mundo de valores superiores que en el Derecho viven, los 'lugares' donde únicamente pueden descubrirse su virtualidad y su exigencia operativa. Ello lleva a concretar el Derecho natural no, repetimos, en un orden abstracto, lejano, evanescente, de principios o de directivas, sino en unos 'principios generales del Derecho' perfectamente singulares y específicos, operantes en ámbitos problemáticos concretos, así como también positivados, a través de unas u otras formas, y no perdidos en la imprecisión de las famosas buenas intenciones» (página 78).

Esta magistral intuición explica muchas cosas. Ante todo, que García de Enterría considere un hecho afortunado la incorporación de la expresión «principios generales del Derecho» al artículo 6 de la primitiva redacción de nuestro Código civil. Por otra parte, se entiende que esta expresión no pueda considerarse equivalente a los «principios del ordenamiento jurídico del Estado», que aparece en el artículo 12 del Código civil italiano de 1942 y que puede cómodamente leerse como alusión a principios inducidos —según las más rigurosas exigencias de método del positivismo—, sólo a partir del contenido de una legislación, de la que el Estado pudiera proclamarse como exclusivo artífice de su virtualidad material y formal. (García de Enterría tiene toda la razón, cuando afirma que tal expresión del Código italiano de 1942 implica una degradación respecto a la primitiva de 1865, que es la que influyó sobre el Derecho español; págs. 78 y 79, especialmente nota 12.) Para nuestro autor, siguiendo el magisterio del profesor De Castro, el genuino sentido de la fórmula es muy diverso:

«La misma expresión de 'principios generales del Derecho' es ya feliz: se trata de verdaderos principios en sentido ontológico, que informan la institución en que se manifiestan, y no de meras máximas o reglas heurísticas; son, a la vez, generales, esto es, procedentes de una estimativa objetiva y social, no de la apreciación retórica y singular de una supuesta 'justicia del caso concreto', de una 'justicia de cadí', en la famosa expresión de Richard; y, por último, al precisar su pertenencia al Derecho se concreta su validez jurídica, en el sentido ya del Derecho aplicable, como también en su expresión técnica, fruto de la experiencia de la vida jurídica, expresable sólo en una técnica de este carácter, y no como un solo precepto moral, lo que de nuevo revela su carácter objetivo, tan lejos, pues, de los romanticismos de la *libre recherche*, de la Escuela libre del Derecho, del *legal realism* y tendencias análogas» (págs. 79-80).

Estas referencias a lo ontológico y a lo histórico y la contraposición entre precepto moral y técnica, o entre «razón artificial» y «razón natural» (vid. pág. 80, nota 15), podrían resultar a primera vista confusas y verse como irenista mediación entre metafísica y sociologismo. Por ello, aun a riesgo de alargar en exceso las citas, me parece importante reproducir las palabras del autor, en las que sale al paso de estas posibles dudas: «Para evitar equívocos convendría seguramente distinguir dos órdenes sucesivos de concreción de lo social, que convencionalmente podrían llamarse 'macro-organizativo' y 'micro-organizativo'. En el primero, concerniente a las estructuras sociales y políticas básicas, parece ineludible reconocer la operatividad inmediata, en cuanto Derecho natural, de los grandes temas morales y antropológicos. En el segundo orden, que es el ámbito propio de los juristas, esos grandes temas pierden inmediatamente su agudeza y deben ser objeto de una conversión técnica capaz de permitir su inserción en lo que son las verdaderas piezas maestras del funcionamiento de la vida jurídica, las instituciones. Una salvedad, sin embargo: al utilizar las convencionales expresiones de macro y micro-organizativo pueden correr el riesgo de desvalorizar este segundo aspecto; pero aquí no se trata de nada mínimo, de una micrología oculta y apenas bizantina, sino de mecanismos en los que las propias estructuras básicas necesariamente se concretan y sin los que las propias estructuras básicas serían simples *flatus vocis*; en una palabra, se trata del mundo del Derecho, humilde y analítico, en el que tan pocas veces los filósofos y los inclinados a las grandes cuestiones llegan a encontrar verdadero interés, no obstante ser obvia su efectividad social» (páginas 80-81).

Baste esta antología de textos del profesor García de Enterría para que quede al menos insinuado el nervio de su construcción básica, que sólo puede conocerse con precisión mediante la lectura completa del volumen y de muchos otros lugares de la amplia producción científica del autor. Aquí parece ya llegada la hora de preguntarse por la lectura de la Constitución que —a partir del aludido planteamiento— propone el ilustre maestro de la Universidad Complutense. Para ello es necesario aludir al contenido del tercero de los trabajos recogidos en tan interesante volumen.

La reflexión arranca de la consagración por la Constitución del principio de legalidad (art. 9, 3), como expresión del Estado de Derecho, que «será, pues, el 'imperio de la ley', 'la convivencia dentro de las leyes', pero no de cualesquiera de las leyes o normas, sino precisamente de las leyes que a su vez se produzcan 'dentro de la Constitución', por 'la voluntad popular' y con garantía plena de 'los derechos humanos' o fundamentales» (pág. 88). Quien ha seguido la anterior reseña del pensamiento de García de Enterría no puede menos de esperar que el autor se plantee el conflicto entre su doctrina sobre los principios generales y la primacía de la ley; y así lo hace con meridiana claridad: «podría pensarse que la Constitución, con todo su peso, fuerza a un positivismo estricto, esto es, impone al intérprete la necesidad de buscar todo el Derecho en las palabras de la ley y sólo en ellas, a indagar como objeto último de su esfuerzo hermenéutico la voluntad del legislador, que es 'la voluntad popular' a través del mecanismo de la representación política (art. 66), proscribiendo

decididamente toda otra 'construcción jurídica' que no sea esa indagación» (pág. 91). Resulta, por otra parte, evidente que tan crudo positivismo no podía hacerlo suyo el autor; pero lo que, a mi juicio, más interesa no es el rechazo, obvio dados los esquemas mentales del ilustre colega, sino el modo cómo deduce la legitimidad de su construcción sobre los principios generales, las instituciones y la vida del Derecho como dinámica institucional (págs. 64-69), a partir de una interpretación del propio texto constitucional.

Fija, ante todo, la atención en el artículo 103, 1, donde se precisa que la Administración ha de actuar «con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho», para señalar: «Examinado en sí mismo, este precepto es realmente notable, puesto que presupone de manera inequívoca (como resulta gramaticalmente del uso de la conjunción 'y') que existe un Derecho (con mayúscula en el texto) que tiene otro origen distinto de la Ley; más simplemente, que la Ley no es el único origen del Derecho para el sistema constitucional, que *ius* y *lex* no se confunden, según el dogma central del positivismo» (pág. 93). El autor lamenta que en este texto no se haya aludido a la administración de la justicia, como hace el texto paralelo de la Ley Fundamental de Bonn, aunque advierte que «carecería de sentido que ese supuesto Derecho extralegal fuese sólo aplicable a la Administración como organización especializada y estuviese formalmente proscrito en cualquier otro fuera de ese ámbito» (*ibid.*) En todo caso, el artículo 103, 1, no es el único texto de interés para el estudio del tema, sino que cabe el recurso a otros textos constitucionales:

«En primer y decisivo lugar —escribe— está el principio de sometimiento del legislador a la propia Constitución, sometimiento cuya observancia determina la propia validez de la ley [arts. 161, 1, *a*), 163 y 164]. Ahora bien, este sometimiento no es sólo, ni siquiera predominantemente, un sometimiento a las normas constitucionales que fijan la formación de las Cámaras, el procedimiento legislativo, la delimitación de los respectivos ámbitos de cada uno de los tipos de leyes, ..., sino que es, sobre todo, un sometimiento al sistema de valores materiales que la Constitución proclama sin ambigüedades. Nuestra Constitución contiene, en efecto, una parte dogmática especialmente explícita, de manera particular en cuanto a principios básicos (Título preliminar) y derechos fundamentales (Título I), parte dogmática que es, además, dentro de su propio sistema, la que predomina entre todo su contenido y jerarquiza a éste, como revela la enérgica protección que formula el artículo 168, 1, que presta a la parte principal de ésta el beneficio de la superrigidez, desde la cual podría trasladarse incluso a nuestro Derecho la técnica alemana de la 'inconstitucionalidad de las normas constitucionales' (Bachof)» (pág. 94).

No es posible seguir aquí con detalle todos los matices del razonamiento de García de Enterría, basado en la exégesis de numerosos textos de nuestra Ley Fundamental y de oportunas referencias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y a legislación y jurisprudencia constitucional de otros países que, a su juicio, muestran que su tesis no es «una conclusión puramente deductiva, sino... una experiencia universal: allí donde opera una justicia constitucional efectiva, que asegure la primacía normativa de la Constitución, ésta deja de ser vista como una simple articulación formal de poderes para comprenderse como un parámetro de los valores materiales de todo el ordenamiento» (pág. 96). Baste, pues, con espigar algunas afirmaciones del ilustre profesor de la Complutense: «Del mismo modo que el legislador, y aún con más energía, porque es servidor y no señor del Derecho, el Juez mismo está sometido a la Constitución (art. 9, 1, de ésta) y, por tanto, dado su rango relevante dentro de ella, a ese mismo 'sistema de valores' materiales» (pág. 95). «... las leyes han de comprenderse como valedoras de ese sistema de valores, puesto que si no fuese así, y mucho más si hiciesen obstáculo a su efectividad, a su vigencia real como principios informadores 'reales y efectivos' de la sociedad (art. 9, 3), dichas normas serían inválidas. De este modo, todo el sistema jurídico está orientado por esos valores, entendi-

dos, según determinación expresa del artículo 1, 1, de la propia Constitución, 'como valores superiores de[1] ordenamiento jurídico'» (pág. 96). «Estos 'valores superiores' ordenan desde su superioridad todo el contenido mismo de la Constitución y, por tanto, la exigencia de la justicia, el principio de legalidad en su sentido estricto. (En el mismo Preámbulo se declara que el fin primordial de la decisión constitucional en su conjunto es 'establecer la justicia, la libertad y la seguridad', tres valores jurídicos materiales del más amplio espectro)» (pág. 99). «Administrar justicia no es, pues, con toda claridad, para la Constitución un simple juego formal que el Juez ha de resolver mediante las simples conexiones de unas leyes con otras, con cierre de cualquier 'valor superior'. Por el contrario, es un intento de hacer pasar precisamente el valor justicia, valor material por excelencia, en el proceso de aplicación legal, justicia que además, en cuanto poder formalizado, se origina en la conciencia social misma, en el pueblo, como uno de los componentes capitales de la sociedad civil a cuyo servicio la Constitución, y el Derecho, por tanto, están ordenados» (ibíd.). «Lo que los Jueces deben aplicar para llegar al valor superior de la justicia aplicando las leyes es la técnica jurídica más estricta para, respetando tanto la *auctoritas* como la *potestas* de dichas leyes (cuyo 'imperio' es, pues, indiscutible, como expresión del principio democrático, que es otro de los 'valores superiores' de la Constitución), las encamine precisamente a ese objetivo preciso» (pág. 100). «Esta técnica existe —añade a continuación— y es, justamente, la no positivista» (ibíd.). «... porque si alguna justificación y alguna objetividad ha alcanzado la técnica jurídica a lo largo de los siglos es, precisamente, la de ser una técnica de la justicia, con alcance infinitamente más preciso y seguro que cualquier otra posible valoración legal» (pág. 101). «El juez debe, pues, inexorablemente, 'construir en Derecho' todos y cada uno de los preceptos legales antes de proceder a su aplicación» (pág. 102). «Que la Ley tiene que ser reducida a Derecho es, valga la obviedad, la única manera de extraer soluciones justas, según el 'superior' principio o mandato constitucional» (ibíd.).

Con esta serie de citas no pretendo axiomatizar el pensamiento de García de Enterría, tarea, por lo demás, imposible, porque se trata de afirmaciones que, de suyo, se resisten por su propia fuerza a una esquematización simplificadora. Sólo quería mostrar, a través de unos fragmentos, el nervio de un discurso, que sólo puede ser seguido con facilidad mediante la lectura directa del trabajo. Ahora es el momento de ir al núcleo de la construcción. Para ello, aun corriendo el riesgo de traicionar el pensamiento del autor, parece más eficaz referir la línea del razonamiento, alterando el resumen de la doctrina con algunas citas textuales.

Es clara la afirmación de la función instrumental del «imperio de la ley» para consolidar un Estado, que no es sólo democrático, sino democrático de Derecho, rectificador, por tanto, no sólo de una dictadura que imponga su ley, sino también de la imposición totalitaria de la voluntad de la mayoría. De aquí la función de justicia material, que asume el texto constitucional, manifestada en algunos textos: el artículo 1, el artículo 10, 1, el 53 y el 168. Es, al respecto, muy eficaz la alusión de la doctrina alemana, que —a juicio de García de Enterría «con algún exceso en la equiparación de realidades heterogéneas» (pág. 107)— afirma la simultánea vigencia de la soberanía del pueblo y de la soberanía del Derecho. No cabe duda que esta línea doctrinal (vid. nota 20 en pág. 107), aunque no es plenamente aceptada por el autor en su estricta formulación técnica, le sirve para mostrar la insuficiencia de la soberanía popular, expresada en la Ley, para la comprensión del sentido de la Constitución. De aquí la necesidad de una construcción técnico-jurídica de los preceptos de las leyes, que no sería una mera jurisprudencia de conceptos, sino una jurisprudencia de valores materiales (págs. 102-108).

Este trasfondo doctrinal es el que lleva a García de Enterría a valorar la función del Juez: «Un Estado de Derecho entendido como Estado de Justicia, sin un aparato judicial capaz de concretar ésta, para imponerla como una realidad social efectiva,

sería una burla y, finalmente, una fuente de grave frustración. A la vez, una jurisprudencia de valores, única capaz de hacer pasar los postulados de un Estado material de Derecho hasta la aplicación, exige un sistema judicial fuerte y preparado» (pág. 109). El ilustre administrativista de la Complutense formula el auspicio de «que nuestros Tribunales evolucionen hacia una apreciación superior de los valores materiales del Derecho, dejando atrás el procedimentalismo y el leguleyismo a que han solido tender con demasiada frecuencia» y espera que les impulse a ello el ejemplo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (pág. 110).

El lector puede conocer con más claridad el desarrollo de esta idea, siguiendo el interesante comentario del profesor García de Enterría a la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de noviembre de 1983 (pág. 111 y sigs.), en la que ve un «reconocimiento de libertad —se refiere a la ‘libertad de criterios’ que la citada sentencia reconoce al Juez— justificada en dos razones y en función de ellas perfectamente delimitada: por una parte, la libertad debida a toda obra de ‘creación jurídica’, componente obligado en la operación aplicativa; por otra parte, de la libertad que ha de reconocerse al órgano competente según la Constitución para efectuar esa operación, titularidad que excluye, en principio, a la operación misma del control por el Tribunal Constitucional» (pág. 131).

La primera razón deriva de manera natural de su concepción del Estado de Derecho y de la función que atribuye a la jurisprudencia de valores. En todo caso, resultan clarificadoras las ideas del profesor García de Enterría sobre la hermenéutica jurídica: «Interpretar es reconducir las normas a esos principios, los cuales son hoy para los juristas españoles de dos clases: los ‘superiores’ contenidos en la Constitución (y aquí, por la amplitud de esos principios —justicia, dignidad humana, libertad, igualdad, etc.— entran virtualmente todos los tradicionalmente tenidos por Derecho natural), y los institucionales, que articulan alrededor de un núcleo institucional dado, a la vez, una idea material de la justicia referida a una concreta relación social con el funcionamiento interno de todos los elementos técnicos que la institución organiza» (páginas 133-134). E inmediatamente añade: «Hay siempre un ‘hallazgo’ (*Rechtsfindung*) en esa operación y ello hace del intérprete y del aplicador del Derecho un creador» (pág. 134).

La segunda razón se comprende, tras seguir el fino análisis que el autor realiza de la relación entre el recurso de amparo y las vías ordinarias de tutela judicial. Tras una exposición de los términos del problema, que implica el riesgo de convertir el recurso de amparo en una supercasación (págs. 136-142), y de una consideración de las experiencias alemana y norteamericana (págs. 142-155), propone una solución para el Derecho español, al calor de su visión material de la jurisprudencia de valores. El ilustre colega, matizando las posiciones mantenidas en algunas sentencias del Tribunal Constitucional, propone como solución que la actuación de este Tribunal se concentre «en la resolución de las grandes cuestiones, que afectan a las directrices generales del ordenamiento y, en particular, a la efectividad de los valores constitucionales, en nuestro caso de los derechos fundamentales: las *verfassungsrechtlichen Fragen* que necesitan una ‘clarificación’ para hacerlas más efectivas, las *substantial constitutional questions*, en cuya profundización más progresiva y más intensa la Constitución se hace, en efecto, más viva y operante. Ello no significaría, naturalmente, ni podría serlo dado el mandato constitucional, que el Tribunal Constitucional se desentendiese de la protección de los derechos fundamentales; por el contrario, se trataría de ejercer esas intervenciones escogidas precisamente en el sentido de esa protección y para imponer a los Tribunales los criterios centrales que deben inspirarles, quedando ellos como pieza normal de esa protección. No habría aquí, como se comprende, división material posible entre Constitución y legalidad ordinaria, en cuanto que ésta, como los Tribunales que la aplican, tiene que impregnarse toda ella de los valores constitucionales, y en concreto de los derechos fundamentales. Por ello,

la intervención del Tribunal Constitucional sería forzosa cuando esa legalidad y esa actuación judicial ordinarias no reflejasen esos valores y mucho más si los hiciesen obstáculos; aclarado lo cual, e impuesto con la primacía de su posición el nuevo criterio como un criterio efectivo en la actuación posterior judicial, el Tribunal Constitucional no tendría por qué perder tiempo en insistir de nuevo en casos idénticos; precisamente porque no puede ni debe haber asignación material de espacios separados entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria, el Tribunal Constitucional deberá dejar ese campo ya 'aclarado' constitucionalmente y buscar otros en que tal aclaración resulte necesaria y oportuna; la lucha por la justicia, y en concreto en el ámbito de los derechos fundamentales, es infinita y no concluye nunca» (págs. 158-159).

Después de esta larga cita, no parece necesario consignar aquí las razones en las que el profesor García de Enterría, con precisa referencia a los preceptos pertinentes (páginas 159-158), considera que es posible en el ordenamiento español «hacer efectiva esta propuesta sin necesidad de reformas legales» (pág. 159). Tampoco es preciso seguir su conclusión sobre el espacio propio de la jurisprudencia ordinaria en el sistema constitucional (págs. 168-174), que le permite afirmar que nuestra Constitución «ha abierto... a la jurisprudencia ordinaria un campo mucho más amplio, más fecundo y más seguro que el que resultaba en cualquiera de las épocas preconstitucionales» (pág. 174). Basten sólo unas líneas valorativas y críticas.

El lector habrá deducido, del tono del resumen que acabo de hacer de este importante libro, que mi actitud no es sólo de respeto a la construcción del ilustre colega, sino también de franca coincidencia con muchas de sus afirmaciones, aunque pienso —y así confío en sugerirlo a continuación— que las líneas técnicas que en ella se trazan pueden perfilarse con ulteriores precisiones. Ahora sólo quiero señalar que la fuerza conceptual de la propuesta doctrinal reseñada me parece más sólida en el campo de la construcción que en el de la fundamentación. Sus alusiones al Derecho natural, a la ontología, a los valores, resultan demasiado generales y ello me parece que compromete —o al menos no demuestra cumplidamente— la juridicidad de ese componente de justicia material que está en la base de su concepción sobre los principios generales. Creo necesarios unos pasos adelante, que hagan más patente la confluencia entre la tradición del Derecho natural —¿cuál de las diversas corrientes iusnaturalistas asume el profesor García de Enterría?— y las deducciones de la experiencia jurídica contemporánea, tan finamente matizadas por el autor.

d) *Consideraciones finales*

Después de lo que en su momento quedó dicho sobre la obligada atención que el eclesiasticista ha de prestar a la Constitución en su quehacer científico, no parece necesario insistir en la importancia de la temática de los tres libros que acabo de reseñar, en el ámbito de la disciplina que estudia el tratamiento del hecho religioso por parte del ordenamiento jurídico español. Y si es central la temática, también es incuestionable la utilidad eclesiasticista de las aportaciones de los autores, pese a que en ellos no se considere de manera explícita la problemática jurídica del factor religioso, salvo algunas fugaces alusiones del profesor Pérez Luño.

En cuanto a la reflexión eclesiasticista sobre temas constitucionales, ya he tenido ocasión de aludir a ella, tanto en este Boletín como en el ensayo *Opciones políticas y Ciencia del Derecho eclesiástico español*, que se publica también en el presente volumen. Baste, pues, recordar que cuando el profesor Viladrich, por ejemplo, propuso la distinción entre libertad religiosa como derecho y como principio, se movía, me parece, en un terreno que cabe clasificar entre los esfuerzos de búsqueda de los valores materiales de la Constitución. Lo mismo ocurre en los escritos —tal es el caso de algunos estudios del profesor Ibán— que adoptan actitudes críticas respecto de los planteamientos de Viladrich. En uno y en otro caso estamos ante el alcance de la liber-

tad e igualdad en materia religiosa, considerados como contenidos de justicia material.

Pienso, sin embargo, que las aportaciones fundamentales a la temática general ahora considerada, debidas a cultivadores de la disciplina, se han hecho en el ámbito canónico: concretamente en la obra del profesor Javier Hervada. Quizá a alguien pueda sorprender esta afirmación, puesto que de Derecho español estamos hablando y no del ordenamiento de la Iglesia, que es el que preferentemente ha estudiado —especialmente en su primera etapa de producción científica— el autor últimamente citado. Y, sin embargo, a nadie puede resultar insólito, puesto que hablamos de teoría general del ordenamiento jurídico y a ella se acaba llegando si se afrontan los problemas jurídicos en profundidad, sea cual fuere el ordenamiento cuyo análisis sirve de punto de partida.

El hecho no es nuevo. Muchas veces se ha subrayado la importancia histórica del influjo de Santi Romano en los estudios, tanto canonísticos como eclesiasticistas, de más resuelta orientación técnico-jurídica. Fornés, Ibán y Molano vuelven, una vez más, con incuestionables enfoques personales, a recordar tan evidente hecho; pero debe tenerse en cuenta también que antes de que en 1917 comenzara a publicar su fundamental obra sobre el ordenamiento jurídico, el propio Romano había enseñado Derecho Eclesiástico en Pisa. La lectura de su obra, por otra parte, revela de manera evidente que sus conocimientos del Derecho Canónico y del Derecho Eclesiástico le resultaron particularmente estimulantes para al formulación de su famosa tesis de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos.

Me parece que ahora —cuando la obra de Hervada es de inexcusable utilización para los más valiosos cultivadores de la disciplina en España y en Italia (el profesor don José Maldonado y Fernández del Torco advirtió bien pronto la importancia de esta reflexión; vid.: *Curso de Derecho Canónico para juristas civiles*, Madrid 1967, páginas 25-26)— es llegado el momento de pensar, a partir de los planteamientos del ilustre profesor de la Universidad de Navarra, sobre el problema de la fundamentación del Derecho, teniendo en cuenta el momento actual de la evolución del ordenamiento jurídico español. Confío en no traicionar, en mi interpretación, el pensamiento de Javier Hervada, que —si lo he entendido bien— puedo afirmar que lo hago mío sin reservas. Quizá estas páginas y su franca discusión puedan ayudar a despertar el interés por el estudio de la fundamentación del Derecho Eclesiástico. Si es así, ante todo, se habrá abierto un camino a la contribución de los eclesiasticistas en los debates sobre la fundamentación del Derecho, a propósito de la Constitución de 1978. Además, por esta vía, quizá pueda superarse el sorprendente fenómeno —ya apuntado, quizá de manera excesivamente esquemática, a propósito de los libros de Fornés, Ibán y Molano— de una ciencia, que parece moverse con ideas distintas acerca del ordenamiento jurídico, según se hable de Derecho Canónico o de Derecho Eclesiástico. Me resta advertir, antes de desarrollar mi reflexión, que tendré preferentemente en cuenta, por resultarme más evidente mi sintonía con sus contenidos, los escritos de Hervada de la primera hora (especialmente: «El Derecho como orden humano», en *Ius canonicum*, 5, 1965, págs. 401-454; «Sugerencias acerca de los componentes del Derecho», *ibid.*, 6, 1966, págs. 53-110; «El matrimonio *in facto esse*. Su estructura jurídica», *ibid.*, 1, 1961, págs. 135-176; «La relación de propiedad en el ordenamiento canónico», *ibid.*, 2, 1962, págs. 435-468; *El ordenamiento canónico. I. Aspectos centrales para la construcción del concepto*, Pamplona, 1966), cuando su trabajo era preferentemente canónico. Sus obras más recientes, directamente dirigidas al estudio del Derecho natural, entre las que destaca la *Introducción crítica al Derecho natural* (Pamplona 1981), no serán consideradas aquí de manera directa.

Las razones de esta preferencia son dos. Ante todo debo reconocer que, sin duda por limitaciones de mi formación, me resulta más difícil seguir la producción iusnaturalista de Hervada, que la estrictamente canónica. Además, estoy persuadido de que, si bien el Derecho natural es universal, difícilmente se pueden deducir conclusiones

verdaderamente jurídicas, si no se reflexiona sobre él, teniendo en cuenta algún ordenamiento jurídico positivo. En alguna ocasión, influido por el pensamiento de Javier Hervada, he escrito que el Derecho natural químicamente puro no existe, porque o no es *histórico*, en cuyo caso no puede calificarse propiamente de Derecho, o ha sido formalizado o, al menos, positivizado, y se nos ofrece unido a los instrumentos de positivación o formalización, de suyo humanos, técnicos, históricos.

Comprendo, por tanto, aunque no lo comparta, el horror al Derecho natural de Gregorio Peces-Barba y comparto, aunque sienta la necesidad de hacer ulteriores reflexiones, las preocupaciones de Pérez Luño y García de Enterría por matizar la noción de Derecho natural con referencias concretas a la evolución histórica o a la técnica jurídica.

¿Iusnaturalismo crítico? ¿Jurisprudencia de valores? Me parece que, en un momento como el actual, en el que tan difícil es llegar a un acuerdo en los problemas clave de la fundamentación del Derecho, es bueno que, al menos, cada uno explique con claridad lo que piensa. Cuando hablo de iusnaturalismo quiero expresar mi identificación con la concepción del Derecho natural como *lex creationis* o, si se prefiere, según la terminología habitual entre los canonistas, con el Derecho divino natural (obviamente, reflexionando sobre el Derecho español vigente, no tendría sentido la invocación del Derecho divino positivo, puesto que ello implicaría un claro contraste con el principio constitucional de laicidad). Mi posición, por tanto, nada tiene que ver con otras direcciones, que también pueden reconducirse al pasado glorioso del Derecho natural del que habla Peces-Barba, por ejemplo: el Derecho natural racionalista de Grocio o los principios *a priori* de corte kantiano. Hablar del Derecho natural como ley de la creación es aludir a una línea doctrinal bien precisa. En ella no han faltado axiomatismos abstractos de epígonos, especialmente entre los moralistas, como apunta García de Enterría. Sin embargo, el pensamiento ciertamente creador tuvo siempre muy presentes las circunstancias históricas y los problemas jurídicos concretos de cada época. Baste recordar, al respecto, los nombres de Tomás de Aquino o de Francisco de Vitoria; o, en tiempos más recientes a nosotros, lo que de reflexión iusnaturalista tiene (no es, evidentemente, sólo eso) la lectura de la Declaración Universal de Derechos Humanos que, desde la doctrina de Tomás de Aquino, hizo Juan XXIII en la encíclica *Pacem in terris*, cuya importancia para comprender el Derecho civil español de la persona, tan justamente subrayó hace años el profesor Luis Díez-Picazo.

Esta incompatibilidad entre axiomatismo *a priori* y comprensión del Derecho natural como ley de la creación, no es sólo fruto de la frescura intelectual de los grandes maestros, sino exigencia intrínseca del sistema, aunque las esquemáticas expresiones de quienes repiten sin pensar puedan haber desconcertado a no pocos. En efecto, esta línea de pensamiento sobre el Derecho natural invita a descubrir las exigencias jurídicas de la *dignitas* humana, habida cuenta de la naturaleza que le fue impresa por el Creador, para cuya comprensión son datos claves saber que se está hablando del hombre como ser histórico y social y que la justicia divina asume el riesgo de la mediación humana para su aplicación concreta en un ordenamiento jurídico-positivo. Como apunta García de Enterría, la justicia material (en su línea de pensamiento, los principios generales) hay que irlos descubriendo, y no en abstracto, sino con referencia a problemas reales y concretos, que sólo con la técnica jurídica pueden ser afrontados.

Pues bien, en esta línea, me parece que hay que situar la aportación fundamental de Javier Hervada: un esfuerzo por conectar la fundamentación del Derecho en la Ley eterna y la teoría técnica del ordenamiento jurídico. Para Hervada, sólo puede hablarse con rigor de Derecho, en cuanto que es histórico. De aquí que el problema de la «juridicidad» del Derecho natural obligue a plantearse el tema de los mecanismos, mediante los cuales sus exigencias alcanzan vigencia histórica. En este punto,

Hervada es deudor —como tantos juristas españoles de nuestra generación (hemos visto como el profesor García de Enterría lo reconoce en un elegante acto de justicia intelectual)— de la doctrina de don Federico de Castro y Bravo sobre la positivación. El mérito del profesor de Pamplona está en no haberse limitado a recibirla, sino haber dado un paso adelante más, que esclarece el planteamiento y apunta a la solución. Al respecto es, a mi juicio, fundamental la distinción entre la positivación —toma de conciencia social, en la historia, de cada una de las consecuencias, para el orden justo, de la *dignitas* de la persona humana— y la formalización o asunción de esas exigencias en el ordenamiento dándoles una forma, mediante la utilización de la técnica jurídica. Quizá puede ser útil, para ir acercando el pensamiento de Hervada a los debates sobre nuestra Constitución, poner en relación el modo como el profesor Pérez Luño distingue el sentido de las expresiones derechos humanos y derechos fundamentales, con las nociones de positivación y formalización. En efecto, tanto una como otra expresión aludirían a exigencias de justicia vigentes en la historia, pero los derechos humanos estarían sólo positivados o, a lo más, en un escaso grado de formalización; los derechos fundamentales, en cambio, estarían rigurosamente formalizados. El asunto tiene importancia no despreciable, porque admitir la juridicidad de los derechos humanos, aun no definitivamente formalizados, lleva a poder plantear en términos de Derecho el camino hacia la democracia, del que jurídicamente serían corresponsables todos los ciudadanos. Tal proyección hacia el futuro no se plantea sólo como un problema de los ordenamientos jurídicos aún no democráticos, puesto que en cualquier ordenamiento jurídico queda siempre una tarea a realizar en la progresiva tutela de los derechos humanos, mediante una cada vez más rigurosa formalización.

En el libro del profesor García de Enterría se muestra muy finamente que lo que Hervada llama formalización, no es resultado sólo de la Ley. De aquí su sugerente discurso sobre la función del Juez. Esta inquietud, aunque no se advierten influencias recíprocas entre ambos autores, tiene también una interesante respuesta en la obra del profesor Hervada, aparentemente más compleja, pero quizá por ello más funcional, tanto para observar las relaciones entre estructura jurídica y realidad social, como para analizar los problemas comunes a todos los ordenamientos jurídicos, tanto de las Confesiones religiosas como de los Estados, y por lo que a estos últimos se refiere, tanto a los de corte continental europeo como a los del área de la *Common Law*.

En el fondo de ambas inquietudes está el influjo de la construcción de don Federico de Castro sobre la relación jurídica y ese principio informador que tan decisivo papel juega, cuando el discurso de García de Enterría, pasando a segundo plano de su atención la relación jurídica, prefiere tomar a la institución como la pieza básica de su construcción. No puede, a su vez, perderse de vista, que tanto para un administrativista como para un canonista y eclesiasticista, insatisfechos del estricto legalismo positivista, la mediación de la teoría del ordenamiento jurídico de Santi Romano está presente, al menos como autorizado dato de experiencia doctrinal. Para Hervada, tal encuentro con Romano era inevitable, puesto que comenzó su tarea cuando el ilustre maestro italiano, a través de Del Giudice, inspiraba la mayor parte de las construcciones dogmático-jurídicas en el campo del Derecho Canónico y del Derecho Eclesiástico. Sin embargo, el entonces joven profesor de la Universidad de Navarra se interesó por la relación jurídica, y vio en ella la clave para una comprensión del ordenamiento jurídico, en un doble sentido.

Si el ordenamiento es la estructura jurídica de la sociedad, no podría ser otra cosa que un sistema de relaciones jurídicas. Visto el ordenamiento en un sentido estático (en una estaticidad sólo académica), su análisis podría llevarse a cabo a partir de los elementos de la relación: sujetos, vínculo, contenido (situaciones jurídicas activas y pasivas) y un principio organizador —en definitiva, de justicia material— que la sustenta. La lectura de don Federico de Castro se llevaba a sus últimas consecuencias: el ordenamiento jurídico, como resultado, es un conjunto de relaciones jurídicas.

García de Enterría prefiere hablar de instituciones, porque le parece la relación jurídica un instrumento de análisis excesivamente atomizador. La opinión es, sin duda, legítima. No se olvida, sin embargo, que para el Hervada de su primera época (hace tiempo que no vuelve sobre el tema con el mismo bagaje conceptual), las relaciones no se concebían como meramente yuxtapuestas, ni mucho menos como compartimentos estancos; sino en íntima conexión entre sí. Al respecto, la distinción entre relaciones principales y derivadas desempeñaba una útil función. En todo caso, para Hervada, los elementos en que se descompone la relación jurídica son los *elementos* del Derecho; es decir, los factores estructurales que se dan siempre en una sociedad jurídicamente organizada, si se analiza en una consideración estática.

Ya advertíais antes, sin embargo, que esta estaticidad es sólo relativa en expresión de Hervada; en definitiva, un instrumento de análisis de gran valor técnico, pero que sólo se da en un ámbito de reflexión exclusivamente académico. En la historia, los ordenamientos jurídicos están sometidos a una ininterrumpida dinámica en virtud de la eficacia de los *momentos* del Derecho; es decir, los factores que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas. ¿Ley o jurisprudencia? Aunque en los distintos sistemas jurídicos unos u otros factores pueden tener un papel más o menos relevante —piénsese, por ejemplo, en la diversa función que la ley y la jurisprudencia cumplen en el sistema continental europeo y en el área de la *Common Law*—, es evidente que en ningún caso puede reducirse sólo a ellos la enumeración de los factores que, rectificando el sistema de relaciones jurídicas, contribuyen a dinamizar el ordenamiento: la actividad de la Administración Pública o la eficacia de la actividad negocial, en el ejercicio de la autonomía privada, son ejemplos demasiado evidentes para que puedan dejar de tenerse en cuenta.

En todo caso, me parece claro que, si bien los momentos del Derecho son los instrumentos técnicos de la formalización del Derecho natural, sus resultados de justicia material se advierten en las relaciones jurídicas; en que sean según justicia los principios informadores que las mantienen, en la posición en que quedan situados los sujetos de las distintas relaciones, en las reales posibilidades para permanecer en ellas (seguridad jurídica) y para rectificarlas, dando lugar a estructuras cada vez más justas.

¿Elementos y momentos del Derecho y Constitución española? He aquí un planteamiento lleno de posibilidades, que no es posible desarrollar con detalle en estas páginas. Baste, por de pronto, recordar la utilización de la expresión «ordenamiento jurídico», oportunamente subrayada por Pérez Luño, que sólo puede entenderse como visión unitaria y coherente de una pluralidad de factores, no reducibles sólo a leyes, como finalmente deduce García de Enterría de la expresión del artículo 103, 1 «con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho». Porque, como señala el mismo autor, en nuestra Constitución *lex* y *ius* no se confunden, importa subrayar, no sólo el sometimiento del legislador al Derecho, sino también la responsabilidad de los poderes públicos para que la libertad e igualdad de los individuos y de los grupos sean reales y efectivas (art. 9, 2) y para que los derechos sociales puedan ser gozados efectivamente por todos, con la consiguiente invitación a un intervencionismo del Estado que se traducirá no sólo en disposiciones de diverso rango, sino también en actos administrativos singulares o no normativos. Por otra parte, en nuestra Constitución, al atribuirse una función a la autonomía privada, se está subrayando la función del negocio jurídico como momento del Derecho, en el sentido que da Hervada a esta expresión.

Me parece, por otra parte, que, como Peces-Barba y Pérez Luño señalan, la progresiva aplicación de los derechos sociales es una meta a la que nuestra Constitución apunta. Ambos autores contemplan esta tarea como un deber incuestionable de los poderes públicos, acerca de cuya consagración en el texto constitucional no parece que quepa duda alguna. Me parece, sin embargo, necesario que este deber no se entienda en el sentido de que la promoción de los derechos sociales esté reservada

exclusivamente a los poderes públicos, que a su vez estarían limitados por la necesidad de respetar «el libre desarrollo de la personalidad» (art. 10, 1), dándose por supuesto que tal desarrollo sólo se manifestaría en el ejercicio de las libertades públicas. Vistas las cosas de un modo intencionalmente esquemático, la Constitución habría recibido de la tradición liberal el respeto a la autonomía privada, garantizada fundamentalmente por la libertades públicas, y de la tradición socialista el deber del Estado de promover, mediante su intervencionismo, los derechos sociales. De este modo el individualismo liberal quedaría rectificado, mediante la imposición por el poder del Estado de una «solidaridad forzosa», puesto que en la práctica parece excluirse la posibilidad de que la solidaridad pueda ser, al menos en parte, favorecida por el ejercicio de las libertades públicas. Pienso que esta contraposición, que de manera más o menos explícita está en la base de no pocos planteamientos actuales, es de un pesimismo, respecto de las posibilidades de promoción del bien común también desde la autonomía privada, que no concuerda muy bien con el espíritu —y la letra— del artículo 10 de la Constitución. No parece, en efecto, que los artículos 10, 1 y 9, 2 de la Constitución deban entenderse necesariamente en tensión dialéctica, permaneciéndose de este modo ligados de manera definitiva e inmodificable a lo que el profesor Andrés Ollero ha denominado la «anecdótica etiología» de determinadas expresiones del artículo 10 de la Constitución («Derecho natural y “Jurisprudencia de principios”, con referencia a la Constitución española de 1978», en *Persona y Derecho*, 8, 1981, pág. 178). Por el contrario, entiendo que un pensamiento rigurosamente iusnaturalista debe llevar a integrar ambos textos, puesto que ni los poderes públicos se pueden desentender del impulso del «libre desarrollo de la personalidad», ni han de considerar que el cumplimiento del deber constitucional de «promover en las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas» consista sólo en la imposición de una «solidaridad coactiva». Las normas de incentivo pueden impulsar la igualdad, en el ejercicio de la libertad, de suerte que el principio de autonomía impulse, tanto el ejercicio de las libertades públicas, como el goce de los derechos sociales. El deber del Estado de evitar que la promoción de éstos sea la que resulte siempre sacrificada no exige necesariamente el no deseable resultado de una creciente burocratización de la vida social.

El juego de los distintos momentos del Derecho lleva también a pensar en el papel que corresponde a las costumbres constitucionales. El tema es demasiado conocido por los constitucionalistas y de tal complejidad que resulta imposible tratarlo aquí con detalle. No parece, sin embargo, que pueda dudarse del valor de esta afirmación: nuestra Constitución de 1978 no podrá considerarse definitivamente consolidada, mientras la vigencia de su texto no esté entrelazada con un sólido conjunto de costumbres constitucionales, aceptadas como vinculantes por todos y, por ello, expresivas, entre otras cosas, de esa sumisión del legislador al Derecho, tan finamente formulada por García de Enterría.

El desarrollo de esta reflexión lleva sin violencia a muchas consecuencias. Aludamos sólo a las fundamentales.

En primer lugar, es interesante señalar que la distinción, propuesta por García de Enterría, entre lo micro-organizativo y lo marco-organizativo necesita ser matizada. Para el ilustre colega, en las cuestiones relativas a las estructuras sociales y políticas básicas, los grandes temas morales y antropológicos tendrían, como Derecho natural, una operatividad inmediata; en el plano micro-organizativo, en cambio, que es el ámbito propio de los juristas, «esos grandes temas pierden inmediatamente su agudeza y deben ser objeto de una conversión técnica capaz de permitir su inserción en lo que son las verdaderas piezas maestras del funcionamiento de la vida jurídica, las instituciones» (pág. 80). Me parece que con este planteamiento quiere salirse al paso de la tendencia, no infrecuente, de entorpecer con discursos moralizantes, pero en el

plano jurídico atécnicos y desmañados, la tarea de aplicación del Derecho. Ni qué decir tiene que, si es este el objetivo perseguido con la distinción, no puede menos de aceptar el diagnóstico implícito y mostrar mi complejo acuerdo con el propósito de liberar a la técnica jurídica de intrusismos moralizantes. Me parece, sin embargo, que la distinción, «convencionalmente» propuesta por García de Enterría, puede dar lugar a equívocos. En el ámbito de lo «macro-organizativo», los grandes temas denominados «morales y antropológicos», si realmente pueden operar en cuanto Derecho natural, ya no serían sólo morales y antropológicos, sino también jurídicos. Serían principios de Derecho natural y en cuanto tales, si se tiene conciencia histórica de su contenido concreto, estarían ya positivados y reclamarían su adecuada formalización. En cuanto al ámbito «micro-organizativo», las soluciones técnicas no se justificarían sólo en cuanto que técnicas, sino en cuanto que justas. De aquí la necesidad de la congruencia de ambos planos, como congruentes entre sí han de ser los principios generales, lo cual es perfectamente compatible con la noción que de ellos propone el autor: «No hay institución sin *un principio informador*, y estos principios, como la institución misma en la que se insertan y en la que únicamente cobran sentido, están configurados en orden a círculos problemáticos concretos, obedientes a la estructura tópica y no axiológica, en el sentido de este libro» (pág. 82; el autor se refiere al libro de Theodor Viehweg; el subrayado es mío, para mostrar la coincidencia consciente con la terminología que utiliza don Federico de Castro al tratar de la relación jurídica).

A continuación añade: «Los hallazgos de su autor nos dejan así abocados a un pensamiento institucional y a la vez no sólo no nos ciegan el acceso al orden superior del Derecho natural, sino que, por el contrario, nos ponen en la ruta exacta para comprender la efectividad verdadera de dicho Derecho en las estructuras positivas. Ello justamente hace posible convertir lo que tan frecuentemente (y especialmente entre nosotros, quizá por las condiciones políticas actuales) es una simple afirmación retórica y gratuita en una técnica aplicativa perfectamente operante y comprometida» (página 82). El autor, al hacer la afirmación entre paréntesis «por las condiciones políticas actuales», recuerda, mediante llamada por asterisco, que esas palabras fueron originalmente escritas en 1964, cuando la retórica del Derecho natural (e incluso del Derecho divino positivo y de su interpretación por el Magisterio de la Iglesia) había llegado a una cota difícilmente superable en el número II de la Ley fundamental de principios del Movimiento Nacional de 1958. Importante era entonces recordar que el Derecho natural o incide en una «técnica aplicativa plenamente operante y comprometida» o no es nada. Ahora hace falta llamar la atención sobre algo radicalmente contrario; a saber, que una solución, por el hecho de ser operativa, de acuerdo con las disposiciones constitucionales sobre la formación y aplicación de las leyes, no tiene asegurado ser justa. Es ejemplar, en este sentido, que el Prof. García de Enterría, que publicó en 1964 las palabras que acabo de citar, haya tenido el valor de escribir en 1984 estas otras: «No se trata sólo de hacer imposible el retorno a una dictadura que se apropia del poder de hacer normas y que pretenda con esa apropiación legitimar su pretensión de obediencia, sino también de cerrar el paso a una concepción jacobana, o decisionista-totalitaria, de la democracia, que haga de la decisión de la mayoría la suprema y todo poderosa instancia del Estado, absoluto y sin límites. Para ello la Constitución ha configurado a la democracia, no como una simple regla mecánica, ciega a los valores materiales y estrictamente neutral ante ellos, sino como una pieza inserta en un cuadro de valores materiales que, en cuanto constitucionalizados, se imponen a su funcionamiento; por ello, el artículo 1, 1 no califica al Estado sólo de Estado democrático, sino de Estado democrático de Derecho» (pág. 104).

Vistas así las cosas, sin discutir la utilidad técnica de la distinción entre contenidos materiales y formales de la Constitución, me parece necesario superar la idea de una doble Constitución: la material y la formal. La Constitución es sólo una y su

intérprete debe buscar la armonía entre todos sus contenidos, utilizando con rigor la interpretación sistemática, que estando abierta a los valores materiales, erige a éstos en los principios básicos, a cuyo servicio han de concebirse todos los demás. En este sentido, el párrafo inicial del libro comentado del Prof. Pérez Luño tiene un valor clarificador evidente: «... se da un nexo de interdependencia, genética y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho» (pág. 19). Ciertamente, este nexo, para no caer en un círculo vicioso, exige un punto de referencia claro, que constituya un sólido punto de partida. Tal punto de partida podrían ser los «valores superiores» enumerados en el artículo 1, 1; pero, dado que su interpretación y jerarquización puede dar lugar a distintas interpretaciones, yo prefiero, en primer lugar, acudir a un texto —el art. 10, 1— que difícilmente puede ser leído sin aceptar unos presupuestos antropológicos que, al ser normativos, se erigen en el precepto básico de la Constitución. En efecto, a mi juicio, la Constitución de 1978 no tiene sentido si no se acepta que la dignidad de la persona es algo cuyo reconocimiento implica unas consecuencias en el orden jurídico; puesto que hay «derechos inviolables que le son inherentes», la Constitución formaliza a los derechos humanos como derechos fundamentales. Tal formalización, sin embargo, no puede verse como algo definitivamente concluido, sino como una vía abierta a la búsqueda de soluciones interpretativas y aplicativas que hagan a la sociedad cada vez más justa.

Situada aquí la cuestión, no es airoso —ni honrado— rehuir el problema de la fundamentación. Permítaseme repetir lo que en otra ocasión escribí, a propósito de las Declaraciones internacionales de derechos humanos, a las que el número 2 del artículo 10 de la Constitución remite:

«Ante el dato de las declaraciones de derechos humanos y el hecho de los logros conseguidos en relación con su tutela, cabe interrogarse sobre la naturaleza de estos derechos, cuestión a la que se darán respuestas distintas según el sector del pensamiento contemporáneo del que se parta para afrontar el problema. Pienso que tienen razón Hervada y Zumaquero cuando afirman que el iusnaturalismo es la verdadera *ratio communis*, el único sistema jurídico que puede ofrecer a tales derechos una base común y estable para su reconocimiento y correcta aplicación: En efecto, sólo la existencia de un Derecho natural, universal, superior y previo, puede dar razón de esa 'conciencia jurídica común' que impulsa y alienta al movimiento a favor de los derechos humanos.

Hay, sin embargo, que advertir que los derechos humanos han adquirido carta de naturaleza en un momento histórico en el que muchos sectores del pensamiento jurídico están bien lejos de proclamarse iusnaturalistas. Ha sido un acuerdo en la práctica, poniendo entre paréntesis el problema de la naturaleza, el que ha llevado a la mayoría de los logros en el campo de los derechos humanos.

Esta última observación, lejos de desmentir una fundamentación en el Derecho natural, entendido como *lex creationis*, me parece que ayuda a comprenderla, independientemente del grado de conciencia cultural que haya acompañado al fenómeno. En todo caso, me parece claro que es su lectura, desde una perspectiva sólidamente iusnaturalista, la que puede llevar a la 'correcta interpretación de su contenido nuclear y básico' (AA.VV., *Derecho eclesiástico del Estado español*, 2.ª ed., Pamplona 1983, págs. 68-69).

Me parece que estas consideraciones, en las que me ratifico una vez más, pueden ayudar a comprender mi interpretación de los valores superiores del artículo 1, 1 de la Constitución. Pienso, en efecto, que los valores superiores tienen sentido si se entiende no sólo mi convicción en que el iusnaturalismo es el único sistema capaz de explicar los valores materiales de la Constitución, sino también el dato de que tal

planteamiento intelectual, ni es unánimemente aceptado, ni por supuesto la Constitución lo impone, a la manera de un límite de libertad ideológica.

Por esta razón entiendo que los «valores fuertes», en expresión del Prof. Peces-Barba, no son la libertad y la igualdad como él pretende, sino la justicia y el pluralismo político.

La justicia, porque la pretensión de realizarla, a partir de la dignidad de la persona humana que reclama por ello los derechos que le son inherentes, es el objetivo al que apunta toda la Constitución. No se trata sólo de una palabra con resonancias emotivas, sino lo único por lo que merece la pena esforzarse en la aplicación de la Constitución. Tiene, entiendo, toda la razón el Prof. García de Enterría cuando califica a la justicia de valor material por excelencia.

Pero como quiera que la Constitución no impone una visión de la justicia, dogmáticamente delimitada, sino que atribuye a todas las fuerzas sociales la responsabilidad de conseguirla en libertad, legitima el pluralismo político, sin quitar a nadie la responsabilidad de su participación en esta responsabilidad común, con tal que respete los contenidos de la Constitución explícitamente formalizados. A mi juicio, la Constitución no es relativista, puesto que asume a la justicia —y la justicia es algo objetivo o no es nada— como valor superior. Toma nota, sin embargo, del pluralismo ideológico, que puede influir en el desarrollo de la Constitución, al propugnarse también como valor superior el pluralismo político. De este modo, no hace vinculante, como sistema de pensamiento, a ninguna dirección doctrinal acerca de la fundamentación del Derecho. A todos, sin embargo, impone, en el respeto de las reglas del juego constitucionalmente sancionadas, el deber de tender a la consecución de la justicia, fundada en la dignidad de la persona humana. No podría ser de otra manera, porque si bien ningún hombre puede ser liberado del deber de propugnar la justicia, en cuanto que personalmente responsable (utilizando las vías de participación) de los valores de la convivencia colectiva, esta función sólo puede desempeñarla en libertad; es decir, sin que se le impongan desde el Estado los contenidos ideológicos en que se apoyen sus aportaciones a la consecución del orden social justo. La justicia no puede inventarse; hay que *descubrirla*. El artículo 10, 1, señala claramente el camino.

Los otros dos valores —la libertad y la igualdad— no son sino dos facetas más del valor justicia, que el legislador constitucional recoge, teniendo en cuenta la experiencia histórica más próxima y, por tanto, los logros —y los desaciertos— del liberalismo y del socialismo; pero sabiendo muy bien que la historia no comenzó a finales del siglo XVIII, ni todavía se puede suponer que haya dicho la última palabra.