

puesta magistralmente por Platón en el *Gorgias*, así como el iusnaturalismo racionalista de Grocio, Pufendorf, Hobbes, Rousseau, etc., el derecho racional kantiano, el historicismo estatalista hegeliano y el positivismo jurídico coinciden, a pesar de sus diferencias, en «llevar a la destrucción misma de la noción de Derecho (y antes, a su impotencia práctica)». Privado del fundamento que la ley natural le proporciona, la identificación del derecho con la fuerza resulta inevitable. Cuando ello acontece, expresiones como la de Marx y Engels, según la cual el Derecho es un «aparato decorativo del poder», se entienden sin dificultad alguna.

Sólo me resta concluir expresando, a modo de deseo y exhortación, lo que Fabro afirma en la *Presentación*: «el autor de este libro, que ha concentrado por años su reflexión sobre esta 'meditación esencial' (la relativa al fundamento de lo verdadero y de lo falso, y, en última instancia, del bien y del mal), ha recogido las etapas fundamentales de su investigación, para que el lector se pregunte a sí mismo y continúe la meditación por su cuenta sobre el sentido último de la existencia humana en su fundamento» (pág. 13).

JOSÉ LUIS DEL BARCO COLLAZOS.

HERVADA, JAVIER: *Escritos de Derecho natural*, 677 págs., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 1986.

Se trata de una recopilación de estudios de J. Hervada sobre Derecho natural que salieron a la luz pública en distintas revistas; recopilación realizada para facilitar su lectura y consulta (cfr. pág. 9).

Por mi parte, teniendo en cuenta la naturaleza de esta revista y sus destinatarios principales, me voy a permitir la sistematización y presentación de los distintos estudios que componen el volumen desde la perspectiva de su mayor interés para el eclesiasticista, por su proximidad a temas siempre presentes en los cultivadores de la ciencia del Derecho eclesiástico del Estado. En concreto, distribuiré este comentario en estos cinco apartados:

- I. Régimen jurídico del matrimonio.
- II. Derechos humanos y objeción de conciencia.
- III. Enseñanza.
- IV. Libertad, igualdad, discriminación.
- V. Otros escritos de fundamentación.

I. Régimen jurídico del matrimonio

Siete trabajos, de los dieciocho que componen el volumen, van dedicados al matrimonio. He aquí su enumeración: 1. Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del Derecho natural (pp. 13-197). 2. La identidad del matrimonio (pp. 359-398). 3. Esencia del matrimonio y consentimiento matrimonial (pp. 447-490). 4. Consideraciones sobre la noción de matrimonio (pp. 491-533). 5. El matrimonio. Lo que es y lo que no es el amor conyugal (pp. 627-637). 6. El Estado que se creyó golondrina (pp. 655-659). 7. La ley de divorcio es una ley injusta (pp. 671-677).

El hilo central del pensamiento y de la exposición de Hervada radica, a mi juicio, en que el matrimonio es «una institución de Derecho natural» (p. 18). Por tanto, «conviene dejar claro que no caben cambios sustanciales en la concepción del matrimonio (...). Cabe que la sociedad construya a su modo un tipo de relaciones entre el varón y la mujer (aunque me parece que las posibles invenciones están casi agotadas: concubinato, barraganía, amor libre, comunidades promiscuas, pros-

titudin —incluso 'sagrada'—, uniones de fin de semana, etc.) al que llame matrimonio (sin ser el verdadero matrimonio de Derecho natural) o de otro modo. Se trataría, sin embargo, de una construcción o de una estructura social humana, inventada por el hombre, no del dato de naturaleza (...). Los rasgos esenciales y nucleares del matrimonio vienen dados por la misma naturaleza (...)» (pp. 18 y s.).

De ahí el interés —desde el punto de vista del Derecho eclesiástico del Estado— de las páginas 149-152, entre otras, en las que el autor aborda la función del Derecho positivo humano respecto del matrimonio, subrayando que «la dimensión jurídica del matrimonio es un *prius* —es anterior— a cualquier sistema legal concreto. La legislación positiva no da origen al matrimonio, ni de ella recibe la fuerza su dimensión jurídica» (pp. 149 y s.). El régimen matrimonial o legislación positiva del matrimonio dentro de un ordenamiento jurídico concreto «se limitan a ser 'sistemas de formalización' de la estructura jurídica del matrimonio y de su celebración. En cuanto sistemas de formalización regulan y ordenan el matrimonio y el *ius connubii* de los contrayentes, incluso con requisitos *ad validitatem*, pero sin sobrepasar esos límites; esto es, formalizan (regulan, ordenan), pero no crean el matrimonio ni su juridicidad» (p. 150). Cuestión sobre la que vuelve mucho más adelante, cuando deslinda lo que en la institución matrimonial corresponde a la naturaleza —al derecho natural— y a la legislación positiva. Y así, por ejemplo, en la página 531 señala que pertenece al derecho natural: «el derecho a casarse y formar una familia, la esencia del matrimonio, sus fines y sus propiedades esenciales, el conjunto de derechos y deberes conyugales (...), la capacidad natural de contraer matrimonio, la esencia del pacto conyugal y sus efectos propios y específicos» (p. 531). En cambio, «atañen a la legislación, canónica o civil, según los casos: los requisitos formales de la celebración del matrimonio, los presupuestos de capacidad que sobrepasan la capacidad natural, los efectos de los vicios y defectos de la voluntad, la eficacia de los pactos y modos añadidos al pacto conyugal, las causas de separación y nulidad y los efectos del matrimonio contraído en relación a las demás relaciones y situaciones jurídicas» (p. 531).

De ahí también el interés de los restantes trabajos, ya enumerados, en los que el autor insiste en esta fundamental idea, que desarrolla y de la que saca las oportunas consecuencias: el matrimonio es una realidad natural, instituida por el autor de la naturaleza —por Dios— con unos rasgos esenciales, que no son otros sino el *bonum prolis* (ordenación a la generación y consiguiente educación de los hijos), el *bonum fidei* (unidad, con el correlato obligacional de la fidelidad) y el *bonum sacramenti* (indisolubilidad); todos ellos en el marco de lo que es el matrimonio en sí mismo: una *unidad en las naturalezas* del varón y la mujer en lo que tienen de complementario, esto es, en sus dimensiones de virilidad y feminidad (cfr., entre otras, pp. 363 y ss.; 385 y s.). De aquí el autor extrae, como apuntaba antes, las oportunas consecuencias, al tratar temas del mayor interés, como, por ejemplo, y entre otros, el relativo a la fecundación artificial (vid. pp. 511-516).

Nada de particular tiene que, sobre estas bases de realismo jurídico —en el sentido propio de la expresión, no en el del sociologismo positivista—, el autor declare, lisa y llanamente, que el divorcio «no es una cuestión de oportunidad, sino de moralidad. Una ley inmoral e injusta, ¿es acaso oportuna alguna vez, no ya para un católico, sino para un hombre honrado y cabal? ¿Puede un gobernante, por razones de oportunidad, quebrantar la justicia, ir contra el derecho natural o dictar leyes inmorales? Pues una ley de divorcio es una ley injusta» (p. 677).

II. *Derechos humanos y objeción de conciencia*

También revisten interés para la doctrina eclesiasticista los estudios que Hervada dedica a los derechos humanos y temas conexos, que, en la sistematización que

en este comentario se está siguiendo, podrían ser los siguientes: 1. Los trasplantes de órganos y el derecho a disponer del propio cuerpo (pp. 199-295). 2. Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho (pp. 425-446). 3. Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica (pp. 535-590). 4. El comienzo del derecho a la vida en la Declaración Universal de Derechos Humanos (pp. 639-648). 5. ¿Médicos o técnicos del cuerpo humano? (pp. 649-654). 6. La nueva ley sobre trasplante de órganos (pp. 661-670).

En el primero se plantea el tratamiento jurídico que merece la cuestión de los trasplantes y la conexión con el derecho sobre el propio cuerpo. Para ello, ante todo, distingue entre *trasplantes* —separar un órgano, tejido o miembro vivo de un cuerpo y su implantación en otro cuerpo vivo— y *transfusión* —transmisión de sustancia en estado líquido (hasta ahora sangre), que es producto de los órganos del cuerpo (cfr. pp. 203-207)—. Y a continuación se plantea y estudia el derecho de la persona humana sobre el propio cuerpo y las facultades de disponibilidad sobre él.

Después de un riguroso análisis doctrinal, que va desde la famosa fórmula romana de Ulpiano, recogida en el Digesto —«quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur» (D. X,2,13)—, su genuino sentido y su posterior interpretación, a la exposición del pensamiento de importantes tratadistas del Derecho natural (Aramburo, Mendive, Rodríguez de Cepeda, Mendizábal, Messner, Leclercq, Luño Peña, Corts Grau, entre otros), pasando por las tesis de los moralistas (cfr. pp. 208-232), el autor concluye que la expresión *derecho sobre el cuerpo* «no es de uso habitual en la doctrina científica; es, más que un tecnicismo, un vulgarismo. Desde un punto de vista científico se habla más concretamente de derecho a la vida, derecho a la salud y derecho a la integridad física. Y estos tres derechos se subsumen (...) en el derecho a la vida en sentido lato (...). Teniendo en cuenta que los derechos y deberes se desglosan y delimitan de acuerdo con las distintas situaciones, se puede —y a nuestro entender se debe— distinguir tres derechos de acuerdo con los tres aspectos señalados. Sin embargo, no hay que perder de vista la íntima relación existente entre los tres, que responde a lo que es y se llama la vida. No es fluctuación de pensamiento el hecho de que los autores hablen de los tres derechos indicados como integrantes del derecho a la vida. Esta actitud tiene su raíz en la noción misma de vida» (pp. 232 y s.).

Y algo más adelante subraya que «la expresión derecho al propio cuerpo no es demasiado feliz y, a efectos sistemáticos, apenas es relevante. Se trata, en realidad, de una reducción de los tres derechos indicados, más útil a efectos dialécticos que científicos. De todas formas, no hay por qué rechazarla y, situada en sus debidos términos, es utilizable» (p. 234). Y concluye que, jurídicamente, el derecho que toda persona tiene sobre su vida, su salud y sus miembros no es un derecho de propiedad, sino de otro tipo: un *derecho natural y fundamental* a existir y a conservar íntegras sus facultades. De ahí que, desde otra perspectiva, la disposición sobre el propio cuerpo y sobre sus facultades no sea absoluta. Dado que el hombre tiene el ser y la vida para unos fines, encuentra la regla de su realización personal en la ley natural, en cuyo seno está también el servicio a la sociedad, pero siempre limitado por la condición de persona propia del ser humano y por la naturaleza misma de la sociedad (cfr. p. 241).

Así las cosas, ¿cuáles son los límites del deber de conservar la vida, la salud y la integridad física? A esta cuestión dedica el autor su atención, estudiando para ello el principio de los actos de doble efecto o voluntario indirecto; el principio de totalidad; y la *moderata castigatio corporis* (cfr. pp. 243-250), antes de afrontar, ya en concreto, el problema de las transfusiones, en primer lugar, y los trasplantes, a continuación.

Respecto de las transfusiones de sangre, examina las cuestiones relativas al donante y al receptor, deteniendo la atención en cuanto a este último en el tema de

la objeción de conciencia frente a la transfusión de sangre (en concreto, el caso de los Testigos de Jehová), del que realiza un fino análisis (cfr. pp. 251-262), que luego será todavía más completo en el estudio dedicado a la libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica, al que me referiré en su momento.

En cuanto a los trasplantes, después de exponer el estado de la cuestión en los tratadistas de Derecho natural (Mendizábal, Luño Peña, Puy, Rodríguez Molinero, Sancho Izquierdo) y los moralistas (Aertenys-Damen, Lanza-Palazzini, Zalba, Van Kol, Todolí, entre otros), mostrando por su parte los apuntes críticos que le merecen estas opiniones, el autor presenta una serie de principios, que son distintos para el supuesto de los trasplantes de vivo a vivo y el de muerto a vivo (cfr. pp. 263-283). Para finalizar poniendo de relieve que confía en que, a lo largo de su exposición sobre los trasplantes, «una cosa haya quedado clara: que no todos pueden ser objeto de una misma solución práctica. Cada uno de ellos presenta características peculiares, algunas de las cuales son modificables con el progreso de la ciencia. La principal de ellas es su riesgo para el receptor, que puede ser grande en los trasplantes que apenas han pasado la frontera de la experimentación. También por este lado no cabe una solución única: un trasplante realizado en centros muy especializados puede presentar unas garantías de éxito que lo hacen lícito, mientras que sería una imprudencia o una aventura irresponsable hacerlo en otros de menor preparación e instrumental técnico» (pp. 283 y s.).

El segundo trabajo —«Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho» (pp. 425-446)— estudia un tema de particular relieve y no menor importancia para la fundamentación radical del Derecho. La cuestión no es otra sino la relativa a si, en su más profundo significado, existen o no los derechos humanos, tomando esta expresión en sentido estricto; esto es, como *auténticos derechos*: preexistentes, por tanto, a las leyes positivas, las cuales *reconocen* —y deben reconocer— tales derechos, pero no los otorgan o conceden.

Como puede observarse, la cuestión es de especial calado. Y el autor, pese a la brevedad del trabajo, la resuelve, a mi juicio, con singular lucidez y claridad: «Entiendo —dice— que las declaraciones y los pactos internacionales sobre derechos humanos expresan una profunda realidad humana y aquella idea sobre los derechos humanos que responde a su genuina naturaleza: derechos inherentes a todo ser humano, fundados en su dignidad de persona. Por eso entiendo que la teoría de los derechos humanos debe asentarse en estos postulados: *a*) los derechos humanos son verdaderos derechos; *b*) estos derechos son preexistentes —y, en consecuencia, independientes— de la ley positiva y del consenso social; *c*) estos derechos se fundan en el hecho de que el hombre es persona, entendiendo por persona un ser dotado de dignidad, dueño de sí y, en consecuencia, portador de unos bienes que son derechos suyos. Los derechos humanos son una realidad —no una ideología—, y por lo tanto corresponde a la filosofía del derecho dar una noción de derecho que se acomode a esa realidad. No a la inversa» (pp. 442 y s.).

En el tercer trabajo aborda la cuestión de la «Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica» (pp. 535-590), esto es, el tema de la objeción de conciencia a la aplicación de una terapéutica, en sí misma lícita, pero considerada ilícita por error personal. Fundamentalmente este supuesto aparece, como es bien sabido, en el caso de los Testigos de Jehová; pero no es el único caso posible y, por ello, el autor trata el tema en términos generales.

Después de exponer los supuestos de hecho —dos casos históricos (pp. 538-544)—, el autor estudia los fundamentos jurídicos en un análisis en el que, a mi juicio, reviste singular interés la distinción entre libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad de conciencia, por las repercusiones —teóricas y prácticas— que tal distinción tiene. Por lo demás, tal distinción se hace necesaria por la fluctuación terminológica y categorial con que tales derechos son tratados en las Declaraciones y textos internacionales, dando lugar, por ello, a no pocos equívocos.

En concreto, el autor subraya que en las Declaraciones y pactos internacionales aparecen «seis términos: pensamiento, religión, creencia, convicción, conciencia y opinión. Parte de ellos se usan como sinónimos unas veces y como distintos otras. Se impone, pues, una tarea de depuración y fijación de los significados de las palabras y de tipificación de los posibles derechos (uno, dos o tres). De entre ellos, el más desdibujado es el derecho a la libertad de conciencia, que parece incluirse unas veces entre las convicciones morales y otras entre las creencias religiosas» (p. 549).

Y por lo que se refiere al Derecho constitucional español, aparte las referencias históricas (cfr. pp. 549 y s.), en la vigente Constitución de 1978 «es patente la abundancia de palabras utilizadas: conciencia, religión, opinión, ideas, pensamiento, creencia y culto. El artículo 16 recoge la libertad de pensamiento (o ideológica) y la religiosa, sin hablar de la de conciencia, la cual, sin embargo, ha de estar incluida en este artículo, pues el artículo 30, 2, admite la objeción de conciencia al servicio militar y el artículo 20 la cláusula de conciencia en la profesión informativa. La terminología empleada en el artículo 16, 1, es 'libertad ideológica, religiosa y de culto', mientras el núm. 2 de dicho artículo habla de 'ideología, religión o creencia'. A su vez, el artículo 20, al tratar de la libertad de expresión, incluye entre los bienes protegidos a 'pensamientos, ideas y opiniones'» (p. 550).

«La ciencia del Derecho del Estado sobre materias religiosas o Derecho Eclesiástico —escribe Hervada algo más adelante— suele tipificar la libertad religiosa de tal modo que queda claramente diferenciada de la libertad de pensamiento, aunque últimamente, con ocasión de determinar si el ateísmo está o no amparado por la libertad religiosa, se haya producido alguna confusión al respecto. La libertad de conciencia, o no es mencionada, o suele incluirse en la libertad religiosa, sin que falten quienes distinguen las tres libertades» (p. 551).

Así las cosas, y teniendo en cuenta que, como derechos humanos que son, las libertades de pensamiento, conciencia y religiosa tienen *una misma raíz y un fundamento último único*, esto es, la dignidad de la persona humana, sin embargo pueden y deben distinguirse entre sí, como diversos tipos de derechos, sencillamente porque tienen *objetos* diferentes.

Cabe, entonces, preguntarse: ¿por qué, precisamente, se trata de tres libertades —y, por consiguiente, derechos— y no de dos, cuatro, cinco...? Sencillamente «porque el ámbito íntimo de racionalidad, en el que el hombre pone en juego su más profunda realización como persona, comprende tres aspectos básicos: el conocimiento o relación con la verdad, la moralidad como ámbito de actuación en cuanto persona o elección del bien moral y la aceptación de la creaturidad y la consiguiente relación con Dios. De acuerdo con estos tres objetos, o si se prefiere, tres relaciones, aparece la diversificación entre las tres libertades citadas» (p. 555).

Pues bien, el derecho de *libertad de pensamiento* «tiene por objeto el conjunto de ideas y juicios que el hombre tiene sobre las distintas realidades del mundo y de la vida, de acuerdo con las cuales obra en relación con sus fines naturales; más específicamente, pensamiento quiere decir aquí la concepción sobre las cosas, el hombre y la sociedad, que cada persona posee y de acuerdo con la cual actúa: pensamiento filosófico, cultural, científico, político, artístico, lúdico, etc.» (p. 558).

El autor precisa —y la cuestión tiene particular interés para el eclesiasticista— que la libertad de pensamiento abarca no sólo el conocimiento especulativo, sino también el práctico; esto es, comporta una libertad de actuar en conformidad con el propio pensamiento. De ahí que pueda haber una impropriadamente denominada «objeción de conciencia» fundada no en la conciencia y en la libertad —libertad de conciencia, a la que luego se aludirá—, sino en la libertad de pensamiento. Sería, en realidad —sugiero, por mi parte—, una «objeción ideológica» o «de pensamiento». En todo caso, Hervada ejemplifica así: «un objetor al servicio militar por simples motivos pacifistas no está poniendo en juego la libertad de conciencia —como

lo hace quien cree que la guerra es siempre inmoral—, sino la libertad de pensamiento. Otra cosa distinta es que un ordenamiento jurídico tipifique bajo la objeción de conciencia supuestos de libertad de pensamiento y de libertad de conciencia, por motivos de economía normativa o por recurso a la llamada equiparación formal. Que un vegetariano no coma carne por considerarla perjudicial para la salud y por creer que el hombre no es carnívoro es un caso de libertad de pensamiento o ideológica; que un musulmán no coma carne de cerdo es un caso de libertad de conciencia» (pp. 558 y s.).

Tampoco debe confundirse la libertad de pensamiento con la libertad religiosa, ya que lo decisivo no es si en la ideología hay una noción de Dios o no, sino si el sistema de vida que se adopta procede de las ideas filosóficas o si es un sistema de relaciones con Dios (cfr. p. 559). «Por ello, no es correcto pretender incluir el ateísmo —incluso el militante— dentro de la esfera de la libertad religiosa; ni es correcto desde el punto de vista científico, ni es necesario desde el punto de vista práctico, ya que la libertad de pensamiento no es menos protegible que la libertad religiosa. Su fuerza y sus límites son iguales» (p. 559).

De ahí que la *libertad religiosa* «tiene por objeto el sistema de relación del hombre con Dios en cuanto tiene una proyección externa (práctica, enseñanza, culto y observancia). Lo que defiende y ampara el derecho de libertad religiosa no es la idea acerca de Dios y su existencia. Tal idea puede mantenerse en el plano meramente filosófico, aunque ello se traduzca en ciertas actitudes vitales» (pp. 561 y s.).

Y la *libertad de conciencia* tiene por objeto amparar la decisión tomada como consecuencia del juicio de moralidad sobre una acción singular o concreta (este juicio es, cabalmente, la conciencia) y la correspondiente conducta; bien entendido que tal juicio se realiza sobre la base de la norma objetiva de moralidad y, por tanto, no significa acoger la acepción liberal decimonónica de esa expresión (cfr. pp. 565-571). «Por tratarse de un derecho fundamental de la persona, sobre la libertad de conciencia no puede prevalecer ni la razón de Estado ni la conveniencia de un partido; por eso, constituye un ataque frontal a la libertad de conciencia imponer a diputados y senadores (o equivalentes según los países) la disciplina de partido en cuestiones que afectan a la conciencia, estableciendo controles —v. gr., votaciones no secretas— que presionan su conciencia. Tal corruptela es contraria a la libertad de conciencia y no puede considerarse acorde con la Constitución de un Estado que acoja esa libertad, si se la interpreta correctamente» (p. 571).

En conexión con esta fundamentación jurídica, Hervada aporta la solución de derecho al supuesto planteado inicialmente, sobre la base del estudio de la objeción de conciencia, para terminar con una importante observación relativa a los límites y extensión de los derechos de libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia. La observación es ésta: «Si un ordenamiento jurídico (...) extiende la libertad de pensamiento y de religión a idearios o credos que contengan valoraciones morales erróneas sobre una terapéutica —como es el caso de los testigos de Jehová respecto de las transfusiones de sangre—, necesariamente debe extender la libertad a las decisiones de conciencia, de modo que, cuando éstas se conforman a los credos o idearios profesados, en ningún caso pueden ser castigados (salvo la obligación de los médicos y personal sanitario de manifestar anteceditamente su objeción de conciencia y no impedir, entorpecer o interrumpir el tratamiento impuesto y aplicado por otros). Amparar el sistema moral erróneo por la libertad de pensamiento o religiosa y no amparar la correlativa conducta por la libertad de conciencia es una inaceptable inversión de los términos de la cuestión. Si importantes son las libertades de pensamiento y religiosa, en lo que a la profesión de idearios se refiere, para que el hombre se realice según la libertad que le corresponde, más importante si cabe es la libertad de conciencia, ya que, en último término, el hombre obra como persona cuando obra según su conciencia» (pp. 579 y s.).

En el cuarto trabajo, según la sistemática que en este comentario se ha realizado, el autor trata del «comienzo del derecho a la vida en la Declaración Universal de Derechos Humanos» (pp. 639-648). A través de un riguroso análisis de los artículos 2, 3, 6 y 7, fundamentalmente, de la aludida Declaración, queda claro que, desde el momento de la concepción —es decir, desde el momento en que se unen el óvulo y el espermatozoide, que es el momento en que hay una naturaleza humana individualizada, un nuevo individuo humano—, ese ser humano es titular del derecho a la vida, porque, entre otras cosas, es indiferente la *condición* en que se encuentre (cfr. art. 2, D.U.D.H.): nacido o por nacer (en este caso, obviamente, por nacer). «Admisión del aborto y proclamación de derechos humanos es una de las más flagrantes contradicciones de nuestro mundo; la más llamativa de las 'extrañas paradojas' del momento actual de la historia de los derechos humanos» (p. 648).

En el breve trabajo titulado «¿Médicos o técnicos del cuerpo humano?» (pp. 649-654) aborda la importante temática de la deontología profesional y, en concreto, de la deontología médica, porque «la deontología es la *norma de la humanidad* de la profesión, la ley de su humanización, la expresión del espíritu humano regulando la técnica, dándole medida y sentido humanos. Por eso, cuando la técnica deja de ser informada por la norma deontológica, se produce inexorablemente la deshumanización tecnológica» (p. 652). Deshumanización que se produce cuando se pierde el concepto de *fin* y de que el hombre actúa *con conciencia del fin*. Por ello, es el fin lo que da validez al método y a las técnicas que se utilizan. Pues bien, el acto médico se dirige a la salud y a la vida. Y, por tanto, «los actos que no se ordenen a la vida y a la salud no son actos médicos; o pertenecen a otra profesión o, si atacan la justicia o la moral, son actos innominados, actos sin nombre propio, que se incluyen en la genérica categoría de actos delictuosos, criminosos, inmorales. ¿Qué importa para el caso la técnica o el método con que se lleven a cabo?» (p. 654).

Por último, en el estudio sobre «La nueva ley sobre trasplantes de órganos» (pp. 661-670), realiza un comentario crítico a la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, que, a juicio del autor, ha dejado demasiados cabos sin atar, por ser «excesivamente general e inconcreta», al ser fruto del *consenso* (p. 670). De ahí que tal ley sólo pueda dar buenos frutos «si se usa en conexión y bajo la guía de los principios morales y deontológicos» (p. 664).

III. Enseñanza

Bajo este epígrafe he incluido en la sistematización aquí utilizada el estudio titulado «Derecho natural, democracia y cultura» (pp. 331-357), porque, si bien en él se tratan distintas cuestiones de singular interés para la fundamentación de la ciencia eclesialista, lo son en especial las que tienen conexión con la enseñanza.

Y así, en concreto, el autor subraya que «la libertad de enseñanza, como derecho natural que es, debe ser respetada en cualquier forma legítima de gobierno, pero en un régimen democrático adquiere una importancia suprema por la misma concepción de la democracia» (p. 344). Hervada analiza con rigor la conexión entre las distintas libertades nucleares o fundamentales, señalando vigorosamente que «las libertades de cultura, de las conciencias y religiosas quedan gravemente cercenadas —y reducidas a la triste condición de libertades residuales— sin verdadera libertad de enseñanza; lo que quiere decir que la enseñanza debe estar en manos de la sociedad, o sea, de los ciudadanos. Conclusión evidente: si el sujeto y agente de la cultura, de la moralidad y de la religión es el hombre y no el Estado, el sujeto y agente de la enseñanza es la persona, no el Estado. La transformación del Estado es sujeto y agente de la enseñanza, tanto cercenará la libertad cuanto suponga hacerse sujeto y agente primero y principal de la cultura» (p. 346). En suma, «sin libertad de enseñanza no hay libertad de pensamiento y de conciencia; hay,

en cambio, dirigismo cultural, pretensión de imponer desde el Estado una determinada concepción del mundo, del hombre y de la sociedad. Sin libertad de enseñanza no hay verdadera democracia ni sociedad libre. En todo caso, habrá votaciones y asambleas, pero no libertad» (p. 349).

El autor critica, con razón, el planteamiento del Estado «laicista» —de neutralidad laicista o, en el fondo, de confesionalidad laicista—, hecho sobre la base de equívocas concepciones democráticas. En cambio, sostiene la «apertura» del Estado: «La verdadera estructura democrática rechaza la neutralidad laicista del Estado; éste no debe estar constituido —cuando tiene la forma democrática— ni en neutral-laico ni bajo cualquier otra forma de 'confesionalidad' cultural, moral o religiosa que impida la correlación Estado-Sociedad. Lo que pide la democracia es el Estado posibilitador de la libertad y el Estado *abierto* a la realidad social. Y esto es tanto más necesario en una sociedad plural, donde cabe que accedan al poder distintos grupos ideológicos» (p. 348). «Nada de lo dicho —añade algo más adelante el autor— debe interpretarse en el sentido de que el Estado deba desentenderse de la enseñanza y de la educación. Conlleva, sin embargo, que el Estado asuma su propio papel sin invadir el de la sociedad. Y este papel del Estado es el mismo que el que tiene respecto de las demás libertades: el Estado debe reconocer, garantizar y regular el ejercicio de la libertad de enseñanza» (p. 349). En todo caso —y en definitiva—, se trata de que la libertad de enseñanza no sea simplemente una libertad *formal*, sino, sobre todo, una libertad real (cfr. p. 350).

IV. Libertad, igualdad, discriminación

En este apartado sistemático he incluido dos estudios.

El primero de ellos —«Diez postulados sobre la igualdad jurídica entre el varón y la mujer» (pp. 591-612)— expone cómo hay, en efecto, una radical igualdad entre varón y mujer en cuanto personas; igualdad que, por lo demás, ha sido promovida de una manera nítida por el Cristianismo, de modo que ha pasado a ser patrimonio común de la civilización occidental y de los ámbitos culturales influidos por la civilización cristiana.

Hervada dedica un buen número de páginas a realizar un análisis de las nociones de *igualdad* y *discriminación* (cfr. pp. 595 y ss.), para después exponer la igualdad entre varón y mujer en el plano del derecho —la igualdad jurídica—, aludiendo también, desde una perspectiva crítica, a una noción —la noción de *status*— que, por cierto, fue objeto de particular atención hace años por parte del autor de este comentario, llegando a la misma conclusión: tal noción —en su versión predominante a lo largo de la historia— ha resultado perturbadora para una correcta concepción de la persona, puesto que implica reconocer la existencia de distintas *clases* de personas o, al menos, *grados* diversos de personalidad.

En el escrito sobre «Libertad, autenticidad y Derecho natural» (pp. 615-625) —que es un Discurso de clausura del acto académico de celebración del VII Centenario de San Raimundo de Peñafort—, Hervada pone en conexión las tres nociones enunciadas, que son analizadas en el trasfondo cultural presente, poniendo de relieve la profunda contradicción que toda forma de positivismo jurídico —normativista, sociologista— lleva consigo: «Porque si no existe un orden de justicia, un Derecho superior y más vinculante que el Derecho positivo, si no hay un deber-ser dado al hombre y no por él constituido, ninguna conducta humana, ninguna estructura social, ningún régimen político podría ser condenado en nombre de la justicia. Toda conducta sería, de suyo, igualmente válida o lícita (incluidos el homicidio, la defraudación, el genocidio o el brutal atentado que quita vidas inocentes), de modo que toda justicia o injusticia provendría sólo de la ley positiva, esto es, de la decisión del grupo social» (pp. 622 y s.).

V. Otros escritos de fundamentación

Finalmente, he incluido en este apartado dos trabajos en los que Hervada, al estudiar el Derecho natural en Graciano —«Notas sobre la noción de Derecho natural en Graciano» (pp. 297-329) y la conocida y controvertida hipótesis de Grocio —«Lo nuevo y lo viejo en la hipótesis *etiamsi daremus* de Grocio» (pp. 399-423)—, profundiza, entre otras cosas, en las importantes cuestiones de las relaciones entre orden temporal y orden espiritual, la conexión entre la naturaleza humana y Dios —estatuto creacional—, tratando estas cuestiones sin dejar de tener en cuenta el contexto histórico en el que se mueven los autores estudiados, pero, al mismo tiempo, aportando oportunos criterios en unas materias cuyo correcto enfoque tanta importancia tiene en la ciencia eclesiasticista.

Así, por ejemplo, en el primero de los estudios citados, el autor subraya cómo, en ocasiones, se produce el equívoco de considerar que exigencias de justicia inherentes a la propia naturaleza y dignidad humana —exigencias de Derecho natural—, al ser recogidas en las fuentes de la Revelación cristiana son consideradas no ya como naturales, sino como específicamente religiosas, de modo que el ciudadano no puede hacerlas valer en la vida social y jurídica por virtud del principio de libertad religiosa (cfr. p. 318): «Error éste que confunde el objeto con el modo de conocimiento. Si por fe conocemos una realidad natural, esa realidad sigue siendo natural; lo sobrenatural es sólo y únicamente el modo de conocimiento» (p. 318).

* * *

Quizá en este párrafo —planteado por el autor a modo de fina ironía paradójica— se condense la idea de fondo de todo el libro: «No soy partidario de la ley natural, porque ésta pertenece al campo de la verdad y no de la opinión; de la ciencia, no de la opción; de la objetividad, no de la subjetividad. No es cuestión de partidismo, sino de certeza, de estudio y de conocimiento. La ley natural está fuera de todo partidismo; se puede seguir o rechazar, se puede afirmar —se debe, diría yo— o se puede negar, pero no es de suyo objeto de opiniones ni de banderías. Yo tengo la certeza —por razón natural y por revelación divina— de que existe la ley natural. Sé, pues, que existe, no opino que existe, estoy cierto de ello. Y porque no opino, no soy partidario, que es adjetivo de opinión» (p. 338).

Y es que, en efecto, sólo si se parte de determinados presupuestos ideológicos, o de precisos postulados de índole política, o de ciertos apriorismos de filosofía jurídica positivista, por ejemplo, se podrá discutir o disentir de la vigorosa exposición que, sobre los más variados temas, hace Hervada a lo largo de este volumen.

Pero lo que me parece fuera de toda duda se resume en estos tres aspectos. En primer lugar, la seriedad y solidez científica de la exposición que hace Hervada: no construye en el vacío, sino siempre con el apoyo en las fuentes, con el estudio concienzudo de la doctrina —antigua, clásica y actual—. Por ello —y éste sería el segundo aspecto que se podría subrayar—, el lector se ve siempre obligado a *pensar*, a *profundizar*, con realismo, en las cuestiones más fundamentales y de mayor calado. De ahí que —tercer aspecto— siempre se tiene la impresión —que es real— de que se ha leído con provecho, que se ha aprendido leyendo y estudiando estos escritos.

Me parece, por ello, que —desde la perspectiva del cultivador de la ciencia eclesiasticista— lleva razón Hervada cuando, en su Ponencia del II Congreso Internacional de Derecho eclesiástico español, celebrado en Segovia (noviembre de 1986), subrayada que «es tarea fundamental del eclesiasticista descubrir las bases de Derecho natural del sector del ordenamiento jurídico que constituye su objeto de estudio. Una interpretación positivista de estas bases puede conducir a una construcción privada de sus mejores fundamentos. La naturaleza del Estado y de su soberanía, la

relación del fenómeno religioso con la comunidad política, el núcleo fundamental y los rasgos básicos de la libertad religiosa, son otros tantos temas que hunden sus raíces en el Derecho natural y su correcto conocimiento e interpretación requieren una ciencia eclesiasticista que sepa unir y combinar lo justo natural con lo justo positivo» (*Bases críticas para la construcción de la ciencia del Derecho eclesiástico*, en «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», III, 1987, p. 30).

Pero es que, además, si se lee con el debido rigor y con todas sus consecuencias que «la dignidad de la persona» es «fundamento del orden político», como señala literalmente el artículo 10 de nuestra Constitución, no parece posible construir una rama o parcela del ordenamiento jurídico español haciendo caso omiso o prescindiendo del aludido fundamento. En otras palabras —y en lo que aquí nos afecta—, un análisis verdaderamente consecuente del artículo 10 de la Constitución española no puede llevar a otra conclusión sino a que la «dignidad de la persona» —es decir, las exigencias de justicia inherentes a su naturaleza, anteriores a cualquier formalización positiva— es la única fundamentación válida del Derecho eclesiástico del Estado.

JUAN FORNÉS.

TODESCAN, FRANCO: *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico. I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio*; Milano 1983; 122 páginas; *II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat*; Milano 1987; 88 págs.; Giuffrè Editore.

Francesco Todescan, en la colección de la editorial Giuffrè, de Milán, «Per la storia del pensiero giuridico moderno», dedica dos tomitos —son, en realidad, cuadernos de unas cien páginas, a tratar el iusnaturalismo que él llama laico, refiriéndose a Hugo Grocio y al jansenista Jean Domat, es decir, a dos figuras importantes del pensamiento jurídico en el siglo XVII.

Del primero, de Grocio, se ha dicho ya casi todo, pero a pesar de eso Todescan sostiene que ha sido incomprendido. En principio, lo del laicismo de Grocio viene de su conocido pasaje de que la ordenación natural, base del derecho, se daría aunque Dios no existiese. Pero Todescan señala con razón que hay que considerar siempre la obra de Grocio como teólogo. Grocio no desea en modo alguno racionalizar la fe ni mucho menos abolir la creencia en lo sobrenatural. Lo que pasa es que, aunque no quiera, de hecho lo hace. El pensamiento de Grocio es un monumento al racionalismo. Y lo que Grocio destruye es nada menos que la noción de ley eterna, que tenía tantos vetustos antecedentes y que, explícitamente desde San Agustín, formaba parte de la concepción cristiana del derecho. «Con Grocio se asiste a la disolución de la noción de *lex aeterna*. Esta noción había sufrido una especie de marginación, y casi de erosión interior en el pensamiento de la Segunda Escolástica. Ahora, con el alejamiento de la matriz teológica, se asiste al corte del cordón umbilical».

Así es: la ley natural de Grocio no es ya una participación de una ley eterna inmutable. Grocio, al excluir a Dios, aunque sea sólo metodológicamente, empieza la versión al mismo tiempo racionalista y antropocéntrica. Todescan viene a sostener que Grocio no es el único que opera esa secularización del derecho. Se puede incluso discutir, con los textos en la mano, que la quisiera. Pero lo que parece adquirido en filosofía del derecho es que, dados los presupuestos de Grocio, las conclusiones tenían que ser sólo esas. Lo que pasa es que hay otra posible lectura de la separación de la filosofía del derecho respecto a la teología; una lectura que permitiría hablar de *secularidad* y no de laicismo. La problemática y continua alusión