

NOTA CRITICA

DERECHO CANÓNICO Y MISION DEL DERECHO

LUIS-HUMBERTO CLAVERIA GOSALBEZ

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Cádiz

IBAN, Iván C.: «Derecho Canónico y Ciencia Jurídica». Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, 1984, 458 páginas.

El hecho de que cualquier jurista habituado, por ejemplo, al cultivo del Derecho del seguro o del Derecho urbanístico pueda quedar aturrido al oír hablar del método de elaboración del Derecho divino o de los colaboradores del legislador divino (respectivamente, págs. 408 y 430 de la obra de Ibán) indica que debemos situarnos en un plano diferente del acostumbrado para enjuiciar una aportación científica sobre Derecho canónico; y que, al margen de que nuestras divergencias frente a lo propuesto o supuesto por la inmensa mayoría de los canonistas sean profundas y abundantes (pueden no serlo también), parece muy conveniente cuestionarnos si nuestra posible actitud de positivismo sociológico es la única intelectualmente admisible, especialmente a la hora de adoptar una posición crítica ante un concreto Ordenamiento o a la hora de indagar la legitimación de éste en lo relativo a algunos de sus contenidos. Escribo esto porque el presente libro de Iván Carlos Ibán Pérez, Catedrático de Derecho canónico de la Facultad de Derecho de Jerez (Universidad de Cádiz), defendiendo tesis que yo no defiendo y proponiendo un mundo que yo reputo censurable (tanto desde una perspectiva creyente como desde una perspectiva atea o agnóstica), ha suscitado en mí notabilísimo interés: su autor demuestra cumplidamente su condición de jurista y de intelectual, enseñándome mucho en el primer concepto y provocando que yo me enseñe a mí mismo mejor lo que ya sabía y sentía, en el segundo. Porque la obra en cuestión, cuyo origen es una Memoria de oposiciones, es mucho más que eso, es una exposición armónica de la concepción de un autor joven, pero extremadamente maduro —*forse troppo*— sobre su disciplina y su quehacer. Y porque la obra es una excelente monografía de teoría general del Derecho, sirviendo de gran utilidad para un civilista, a veces mediante la aplicabilidad directa de lo que se dice al campo jurídico-privado secular, a veces mediante el empleo del contraste.

La presente *Nota* se compondrá de una somera exposición del contenido del libro, seguida de unas consideraciones críticas, algunas de las cuales serán expuestas pormenorizadamente y otras, en aras de una obligada brevedad, quedarán meramente apuntadas.

Comienza el libro con un *Prólogo* del profesor De La Hera, hoy Catedrático de Instituciones Canónicas Indianas en la Universidad Complutense de Madrid, del que el profesor Ibán es discípulo directo. Se trata de un prólogo

que describe el intento del autor de la obra prologada con perfecta precisión, pues, casi en el comienzo, advierte el prestigioso jurista e historiador mencionado que «... si en otras épocas el tema principal de atención de la canónica se centraba en la búsqueda de soluciones jurídicas aptas para dirigir la vida del pueblo de Dios, el interés actual se ha desplazado hacia la discusión sobre la necesidad misma de soluciones —normas— jurídicas en la Iglesia, y aun a la existencia misma de ésta como sociedad visible. Y cualquiera puede comprender que éste no es sólo un problema técnico, sino un interrogante radical» (pág. 9) Seguidamente alude De La Hera al desarrollo de la Ciencia canónica desde el siglo XIX, describiendo las diversas Escuelas que van surgiendo, así como el impacto del Concilio Vaticano II sobre ellas, lo que constituye una síntesis del panorama científico-canónico actual, terminando su exposición con unas palabras dedicadas a su discípulo Iván C. Ibán, autor de la presente investigación.

El resumen del contenido de la obra es el siguiente:

El capítulo primero, muy extenso, que se titula «Derecho e Iglesia», se halla dividido en varias grandes secciones, denominándose la primera «El concepto de Derecho canónico». En las líneas iniciales escribe al autor que «... Este trabajo... pretende... una reflexión acerca del concepto de Derecho canónico», siendo, por ello, necesario comenzar por «... aludir a las diversas posiciones que a tal respecto son mantenidas por la doctrina» (pág. 15).

La posición primeramente abordada es la exegética, fruto directo y obligado del *Codex Iuris Canonici* de Benedicto XV: explica Ibán que, junto a factores intraeclesiales (Decretos de 1917 y 1918, que establecían el método único posible de estudio de la materia en cuestión y el ámbito de ésta, el *Codex* y sólo el *Codex* (págs. 17, 18 y 21)), concurren asimismo favores extraeclesiales que favorecieron dicha actitud metodológica: aislamiento de la Iglesia, liberalismo y anticlericalismo ambientales, ausencia de la disciplina en la Facultades de Derecho seculares en Italia, etc. (pág. 21). A pesar de ello, «... No todo el trabajo realizado por la Escuela exegética fue mera exégesis ...» (pág. 24), mereciendo dicha Escuela, a juicio de autores españoles más recientes y de orientación metodológica distinta, grandes elogios (págs. 31 y 32), que Iván transcribe después de aludir a la acogida positiva que tuvo la exégesis en España (págs. 26 y ss.) y antes de dedicar unas palabras a la concepción del Derecho canónico como Derecho sacramental (página 33).

Para exponer la posición «dogmática» parte el autor de la visión del problema que adopta Del Giudice que, por motivos muy concretos, preferentemente académicos, se ve forzado a ofrecer una alternativa a la propuesta metodológica exegética (pág. 37), optando por concebir un verdadero *sistema* de Derecho canónico (pág. 40), sistema que construye sobre la idea de *ordenamiento* (págs. 44 y ss.) y que incorpora las técnicas del Derecho secular en la elaboración científica del Derecho de la Iglesia, siendo seguido en dicha tarea por otros autores, especialmente D'Avack (págs. 46 y ss.). Dedicó Ibán las siguientes páginas a la recepción de la corriente dogmática en la doctrina española (págs. 48 y ss.), aludiendo a sus principales introductores (MalDONADO y De Echeverría) y a los continuadores de éstos, para desembocar en la etapa de esplendor científico representada por el denominado «grupo de

Pamplona» y caracterizada por el análisis crítico del método italiano: aceptada la metodología dogmática y sistemático-conceptual, se critican y superan algunas de las concepciones del Derecho canónico amparadas o surgidas en ella, como la tesis del ordenamiento (págs. 53 y s.), contrastando este esplendor navarro con una sobrevenida crisis del tema en la doctrina italiana, en parte debida a factores académicos, en parte al Concilio Vaticano II (páginas 57 y ss.. Muestra inmediatamente Ibán los caminos que recientemente se han seguido para, a la vista de las insuficiencias de la concepción de Del Giudice, conferir coherencia y homogeneidad al sistema normativo propio de la Escuela dogmática renovada (págs. 64 y ss.): el problema, en síntesis, es éste: según Del Giudice, el Derecho divino fundamenta al canónico, pero es exterior a él: sólo la asunción de aquél por la autoridad eclesiástica lo hará integrarse en el seno del sistema jurídico; esa asunción es lo que él denomina *canonizatio* (págs. 66 y 67). Dificultad que resuelve, por ejemplo, Hervada (páginas 69 y ss.) obteniendo la integración del Derecho divino en el canónico aludiendo a la fundamentación de éste por aquél y al ligamen de ambos a través de los Sacramentos, pues éstos, especialmente el Bautismo y el Orden, se insertan en la estructura jurídica de la Iglesia, fundamentando dicha estructura y determinando regulaciones jurídicas, produciendo efectos jurídicos, en suma (págs. 73 y 74). Contrario, pues, a la tesis de la *canonizatio*, considera, no obstante, Hervada necesaria la positivación del Derecho divino (pág. 76), pero la presencia del Derecho divino no perturba la homogeneidad ni el sistema, pues el Derecho divino es también Derecho canónico. La sección termina con una referencia al eco que produjo en Italia la teoría de Hervada (págs. 77 y ss.), aludiéndose a la posición de Feliciani en cierto modo continuadora de la del canonista español comentado, pero más cercana a la Escuela opuesta, la exegética alemana más reciente, que, a diferencia de la dogmática italiana y navarra (que reputan al Derecho canónico una ciencia estrictamente jurídica), lo considera más bien disciplina teológica (pref. pág. 81).

La sección segunda del capítulo primero, especialmente extensa (págs. 82 a 242), se titula «La negación del carácter jurídico del Derecho canónico». Una extrema síntesis de lo expuesto por Ibán podría ser ésta: cabe distinguir tres grupos de tesis o actitudes que se caracterizan por reputar incompatibles el Derecho y la Iglesia: la primera, el espiritualismo, señaladamente el protestante, según el cual es la misma Iglesia la que, concentrando todo su esfuerzo en la vida espiritual, renuncia a toda organización y a todo control social, dejando los problemas de régimen jurídico en manos del Estado; la segunda, el regalismo, en sus múltiples variedades y manifestaciones, caracterizado por el hecho de que es el poder político el que, contra o sin la voluntad de la jerarquía eclesiástica, irrumpe en la esfera de poder normativo de ésta, regulando materias que sólo o especialmente a la Iglesia competían; y la tercera, el positivismo estatista, teoría jurídica que vincula necesariamente Derecho y Estado, de modo que sin éste no cabe aquél, no mereciendo el nombre de Derecho la normativa emanada de organizaciones diferentes del Estado. Tras exponer los rasgos de dichas actitudes, sus manifestaciones históricas más representativas y sus defensores más característicos —con los que el autor entra en sintética polémica—, conecta Ibán esas vicisitudes con

la época presente a través de la reflexión acerca de la evolución del sentido de la expresión «Derecho eclesiástico». de identificarse éste con el canónico, se pasa a considerar que el Derecho canónico es sólo la parte del eclesiástico que establece la Iglesia Católica, comprendiendo, pues, el Derecho eclesiástico tanto el Derecho creado por dicha Iglesia como el pactado o concordado entre ésta y el Estado y el directamente constituido por éste atinente a las iglesias; para terminar siendo Derecho eclesiástico sólo esto último, es decir, el Derecho del Estado que regula el hecho religioso y las relaciones entre las iglesias, «... el conjunto de disposiciones normativas, integradas en el ordenamiento jurídico del Estado, reguladoras de las manifestaciones externas con trascendencia social del fenómeno religioso» (pág. 200); una de las concepciones sobre este Derecho eclesiástico consiste en reputarlo el Derecho regulador y protector de la libertad religiosa y de la libertad de conciencia, comprendiendo, por ello, tal protección al ateísmo y al agnosticismo, si bien hay autores que se oponen a dicho parecer o que, admitiendo que el Derecho estatal deba proteger las opciones no religiosas, se niegan a admitir que tales normas protectoras pertenezcan al Derecho eclesiástico. Pero sí debe señalarse en esta sede que tales actitudes ante la relación Iglesia-Estado implican la admisibilidad de la regulación por el Estado de materias en todo o en parte hasta hace poco tiempo reguladas y controladas por la Iglesia (matrimonio, enseñanza), lo que, paradójicamente, a juicio de Ibán, vulnera la libertad religiosa con el fin de obtener una igualdad a ultranza, pudiendo calificarse tal actitud de neorealismo. Y ya se dijo que el regalismo era y es un modo de negación, parcial o total, del carácter jurídico del Derecho canónico y de la Iglesia Católica como organización jurídica. Debo añadir, a modo de complemento, que, en el seno de las réplicas del autor y de otros autores a las tesis positivistas y regalistas, se defiende siempre el carácter primario del Derecho canónico frente a quienes lo consideran como Derecho estatutario, esto es, como Derecho que recibiría la fuerza imperativa de otro Ordenamiento distinto y superior; que, frente a quienes niegan carácter jurídico al Derecho de la Iglesia aludiendo a su falta de coactividad, se ha mantenido, tras apuntar que dicha coactividad no es esencial en el concepto de Derecho, que también el Derecho canónico es coactivo; y que, frente a quienes han alegado la falta de intersubjetividad en el mencionado Ordenamiento, se defiende la tesis de que tal intersubjetividad existe, pudiendo hallarse abundantes normas jurídico-canónicas que regulan la conducta humana en sus relaciones intersubjetivas.

Se titula la sección tercera del capítulo primero «El Derecho como elemento esencial a la Iglesia. La respuesta global a las tesis negadoras. Diversas posiciones». En esta sección, más breve (págs. 242 a 285) se intenta, como se prometió (especialmente en págs. 83 y 86), no sólo reforzar la tesis de la compatibilidad entre Iglesia y Derecho (tarea que ya se abordó en la sección anterior al rebatirse las teorías negativas), sino, sobre todo, demostrar que el Derecho es *necesario* en la Iglesia (esp. pág. 243). Para ello el autor se sirve de cinco posiciones, a las que denomina convencionalmente «Escuelas», que consideran y, según ellas, demuestran que el Derecho es necesario a y en la Iglesia. La primera sería la de aquellos canonistas que sostienen que inevitablemente la Iglesia Católica debe tener un Derecho en cuanto que es

una sociedad (*ubi societas ibi ius*); escribe, al respecto, Ibán que no puede hablarse de una Escuela que fundamente exclusivamente la necesidad del Derecho canónico y su carácter estrictamente jurídico en dicho argumento, pero que éste es aducido, entre otros, por todos los autores en tal sentido. La segunda posición sería la de los representantes de la tesis del *ius publicum ecclesiasticum*, que conciben a la Iglesia como sociedad jurídica perfecta, concluyendo el autor que «... No existe... una respuesta autónoma desde el *ius publicum ecclesiasticum*, sino que tales respuestas vienen dadas desde las modernas Escuelas canónicas» (pág. 256). La tercera posición sería la de la Escuela dogmática italiana, según la cual el Derecho canónico sería un Ordenamiento jurídico en sentido técnico, dado que regula autónomamente un cuerpo social con existencia y dotado de una unidad firme y permanente, pues —dice Ibán transcribiendo a Santi Romano— toda fuerza que sea efectivamente social y llegue, por ello, a estar organizada se transforma por eso mismo en Derecho (pág. 260); acerca de la homogeneidad de las normas canónicas, de modo que formen todas ellas un Ordenamiento, vuelve el autor a comentar la tesis de la *canonizatio*, de Del Giudice, en cuya virtud el Derecho divino queda asumido, recibido, por el canónico, integrándose en un sistema unitario y con vida propia. En las páginas siguientes se exponen la crítica de la Escuela sacramental a la tesis del Ordenamiento (esto es, crítica de Corecco a Romano) y la crítica de la Escuela de Navarra a la tesis de la *canonizatio* (crítica de Lombardía a Del Giudice). La cuarta posición, la de la Escuela sacramental mencionada, mantiene que el Derecho canónico es una disciplina teológica, a la que habría que aplicar métodos jurídicos, pero específicos, diferentes de los del Derecho secular (pág. 271), lo que merece una crítica radical de la Escuela dogmática (D'Avack critica a Corecco y seguidores) que Ibán refiere y apoya. Por último, la Escuela de Navarra (Lombardía, De La Hera, Reina, Souto), partiendo de la metodología dogmática italiana, la corrige y matiza, no aceptando sin grandes matizaciones las aludidas tesis del Ordenamiento y de la *canonizatio*, manteniendo el carácter rigurosamente jurídico del Derecho canónico y distinguiéndolo de la Teología, pero sin olvidar sus raíces sacramentales y más íntimas, lo que le ha conducido a una reciente polémica explícita, muy fecunda, con la Escuela sacramental, siendo posible, para Ibán, aunar las distintas posiciones, tarea que podría proponerse la canonística española (págs. 277 y ss., esp. pag. 285).

El Capítulo segundo, mucho más breve, se titula «La dualidad de fuentes del Derecho canónico». Parte Ibán, en la primera sección, de que un *prius* imprescindible para establecer cualquier definición de Derecho canónico es comprobar que su origen y su posibilidad misma de existencia se derivan de un hecho preciso: el que un grupo de hombres crean en un ser supremo llamado «Dios», dotado además de autoridad sobre los hombres (págs. 287 a 288). En esa autoridad se fundamenta la del Derecho canónico, manifestado mediante formulaciones humanas; pero «... dos ámbitos son susceptibles de distinción al referirse a la autoridad humana: de una parte, la autoridad humana como cauce de manifestación de la autoridad divina, y de otra parte, el ámbito propio de la autoridad humana» (pág. 289); respecto del primer ámbito alude el autor a la figura de la infalibilidad del Papa; respecto del segundo, se refiere a la necesidad de una competencia propia de la

jerarquía eclesiástica para regir la vida social de la comunidad católica, concluyendo la sección afirmando la estrecha conexión existente entre las autoridades divina y humana. En la segunda sección, cuyo mismo título alude a que el doble componente divino y humano del Derecho de la Iglesia es una consecuencia automática de la existencia de una autoridad divina y de una autoridad humana antes citadas, trata Iván Ibán de la distinción, dentro del Derecho canónico, entre Derecho divino, a su vez subdividido en positivo —contenido en la Sagrada Escritura y en la Tradición— y natural —inscrito en la naturaleza humana—, y Derecho humano. Para el autor, el Derecho divino sirve al humano de fundamento, de límite y de instancia legitimadora, y éste sirve a aquél positivizándolo y formalizándolo; ambos forman una sustancial unidad, no pudiendo el Derecho humano contradecir al divino: si un precepto humano positivo se opusiera al Derecho divino —esto es, careciera de *rationabilitas*—, no sería verdadera norma jurídica, existiendo, en el Ordenamiento canónico varias técnicas utilizables para evitar su aplicación, estudiando el autor, como ejemplos de éstas, la costumbre *contra legem* y la *aequitas*, lo que no pugna con la certeza, dado que, a diferencia de lo que sucede en los Derechos seculares, la certeza en el Derecho canónico no consiste en el respeto estricto a la ley emanada del legislador humano, sino en la adecuación al fin perseguido por la Iglesia. Especialmente importantes son las páginas destinadas a desarrollar el tema, ya apuntado antes, del carácter jurídico del Derecho divino (tesis de Hervada, que se opone a la de la *canonizatio* de Del Giudice), el de la necesidad de tratamiento conjunto del Derecho divino y del humano y el de la positivización —perfeccionadora e integradora— y la formalización del Derecho divino por el humano, sin olvidar el pormenorizado tratamiento de la *rationabilitas*, cuya exigencia es, según Ibán, el instrumento técnico para garantizar la adecuación de la norma al fin del Derecho de la Iglesia.

Se titula el capítulo tercero «El Ordenamiento canónico» Comienza textualmente así: «... Este tercer capítulo irá destinado a analizar el ordenamiento canónico tal y como aparece ante los ojos de un jurista. Por razones metodológicas hemos dividido este capítulo en dos partes, que son las respuestas respectivas a dos preguntas: 1.ª ¿En qué es igual el ordenamiento canónico a otros ordenamientos jurídicos? 2.ª ¿Cuáles son las diferencias del ordenamiento canónico con respecto a las restantes?» (pág. 343). En contestación a la primera pregunta, tras advertir que el Derecho canónico es Ordenamiento porque tiene voluntad de serlo, menciona y describe el autor unas notas, que él reputa convencionales, que considera propias de cualquier Ordenamiento jurídico y que también posee el canónico: tales notas son la plurisubjetividad, la normación y la organización. Cinéndome sólo a lo más destacable, señalo que escribe el autor que la normación, para ser característica de un Ordenamiento jurídico, ha de ser propia (lo que significa creación por el mismo grupo y coactividad) y sistemática. Respecto de la organización, señala Ibán que, entre otras cosas (que también se mencionan y explican), «... la noción de organización implica la existencia de una jerarquía» (pág. 355), deteniéndose en la reflexión sobre las relaciones entre los poderes de la Iglesia y los fieles y negando que tales relaciones puedan canalizarse a través de la figura de los derechos fundamentales de éstos frente a aquéllos, si bien la existen-

cia de relaciones jerarquía-fieles, así como de intersubjetividad, demuestra la presencia de organización en el Derecho canónico y, por tanto, su condición de verdadero Ordenamiento jurídico. En contestación a la segunda pregunta, alude el autor a peculiaridades que se pueden hallar en el Ordenamiento de la Iglesia que no se encuentran en otros Ordenamientos y que obedecen, no a la especificidad del fin del Derecho canónico (que, como Derecho, no tiene fines propios distintos de los de los otros Ordenamientos), sino a la especificidad del fin de la Iglesia. Tales notas son la universalidad, la unidad, la plenitud, la integridad y la elasticidad o flexibilidad. La universalidad se entiende en un sentido estático y en un sentido dinámico. Acerca de la unidad se destaca la variedad dentro de esa unidad, no pudiendo concebirse la relación Derecho universal-Derecho particular como una relación de tensión, sino como complementación necesaria. Sobre la plenitud y la integridad, calificando el canon 19 del actual *Codex Iuris Canonici* —alusivo a las lagunas de la ley— de mero instrumento técnico (págs. 403 y 404), escribe que la integridad viene derivada de exigencias de Derecho divino, pues sólo un Derecho carente de lagunas puede servir al fin social pretendido. Por último, concibe la elasticidad no sólo como adaptabilidad a diferentes circunstancias de lugar y tiempo, sino principalmente como adaptabilidad del Derecho humano —incluso eludiendo la aplicación de un concreto precepto positivo— al Derecho divino: «... la nota de la elasticidad es el mejor ejemplo de cuál es la misión del Derecho en la Iglesia: ser instrumento de la *salus animarum*; en eso, únicamente en eso, está su especial diferencia con los ordenamientos seculares; las restantes diferencias son meras consecuencias de ello» (pág. 406).

El capítulo cuarto se titula «La elaboración del Derecho canónico». En su primera parte, dedicada a la elaboración propiamente dicha, alude el autor, tras una somerísima referencia al Derecho divino, a la postestad legislativa del Romano Pontífice y del Colegio episcopal, potestad de legislación para la Iglesia universal, para pasar seguidamente a la del Obispo, que, en su ámbito, tiene potestad legislativa propia, además de que puede legislar por delegación y dispensar de la legislación universal; no olvida Ibán la actividad normativa que la comunidad de fieles puede realizar a través de la costumbre, comentando los rasgos principales de esta fuente del Derecho en el nuevo Código. Tras una reflexión acerca de la función judicial— desempeñada por el Romano Pontífice y por los Obispos—, se refiere el autor, ya en la segunda parte del capítulo, a la colaboración en la elaboración del Derecho, aludiéndose a los colaboradores del legislador y a los del juez; respecto de los primeros se tratan los órganos institucionales y no institucionales, siendo de especial interés, con relación a éstos últimos, lo expuesto acerca de la *Pontificia Commissio Codex Iuris Canonici recognoscendo*; respecto de los segundos, reflejo aquí las menciones del proceso, de la organización judicial, de los tribunales diocesanos y de los recursos.

El Capítulo quinto y último, muy breve, se titula «La Ciencia del Derecho canónico». Plantea Ibán, al modo habitual en la doctrina, el problema del método enfrentándose inmediatamente con el problema previo: ¿Cuál es la misión del jurista? Responde que ésta consiste en «... aprehender la realidad global del Derecho, reduciéndola a sistema, y coadyuvar a la realización del

ideal de justicia» (pg. 460), desarrollando seguidamente esta idea nuclear mediante la transcripción de un texto de Hervada atinente a las tareas de análisis, exégesis, conceptualización y sistematización, presididas por el fin inmanente al Derecho canónico, que son propias del canonista. Todo ello le conduce a la conclusión de que el método es puro instrumento, dependiente del concepto, siendo éste lo que ha de preocupar al jurista, pues, obtenido el concepto, «... el método aparecerá de forma automática» (pág. 464). Con la finalidad de ilustrar su posición describe muy someramente el autor las diversas posiciones metodológicas de las Escuelas canónicas contemporáneas, saliendo a colación la Escuela italiana, la navarra y la sacramental, *excursus* breve del que cabe inferir algunas especificidades del Derecho canónico que no impiden, sin embargo, la utilización de técnicas propias de los Derechos seculares: «... Si hubiéramos de resumir, en pocas palabras —escribe Ibán en página 473—, en qué consiste la polémica metodológica diríamos que hoy en día la «cuestión del método» en el Derecho de la Iglesia se reduce a determinar el límite hasta el que puede ser utilizada la metodología del Derecho secular; en donde se sitúe ese límite será el punto de diferenciación de las distintas Escuelas». Sobre este punto, tras referirse de nuevo a la función del canonista (elaboración de la norma, teorización sobre ella, enseñanza) y a las operaciones que integran el método jurídico (observación de los datos y formación de los conceptos), manifiesta Ibán, como colofón de su obra, que: «... La cuestión no es si se debe o no aplicar el método jurídico secular. El Derecho Canónico es Derecho y consecuentemente le conviene una metodología jurídica», pues «... El método jurídico debe ser aplicable a todas las realidades jurídicas» (pág. 476); lo decisivo es la consecución del fin.

Las observaciones críticas a la obra en cuestión consistirán en una reflexión medianamente detenida sobre tres aspectos del tema nuclear de la investigación de Ibán y en la mera alusión a otros muchos puntos de interés suscitados o planteados en dicha investigación. Respecto de los primeros, más que expresar mi conformidad o disconformidad con el autor, conversaré en pocas líneas con la canonística dominante o juzgaré acerca del modo en que Ibán reacciona ante ella.

El primer aspecto que me interesó vivamente, en cuanto reflejo jurídico de una postura de la jerarquía eclesiástica católica frente al problema, verdaderamente nuclear, de la vinculación entre la voluntad divina y las formulaciones de dicha jerarquía, es el de las técnicas de recepción de las normas cristianas en el Ordenamiento positivo canónico. La *canonizatio* de Del Giudice o la positivación del Derecho divino de Hervada son respuestas dogmático-jurídicas a problemas de esa índole. En concreto, la tesis del canonista español me parece, desde el punto de vista técnico-jurídico, irreprochable, pues las normas morales programáticas, aun enunciadas de manera casuística o circunstancial por Jesucristo (o los evangelistas que decían reproducir sus palabras), requieren una plasmación pormenorizada y técnica en forma de precepto jurídico. No obstante, la actitud de autores como Del Giudice, Feliciani o Hervada puede fácilmente implicar y acentuar el peligro de ecle-

siolatría propio del catolicismo (el protestantismo tiende a caer en el peligro opuesto: del mismo modo que los jueces de los tribunales de casación, al fijar de modo prácticamente irreversible la interpretación de la ley, desplazan a ésta, sustituyéndola, cabe que la jerarquía católica, amparándose en una determinada apreciación del texto de Mateo 16, 13-20, suplante el mandamiento cristiano, erigiéndose ella en filtro exclusivo de la predicación de Jesús, lo que puede suceder tanto en el campo de la formulación de normas estrictamente morales como en la de normas jurídicas; con el dato agravante de que los cambios en el seno de la jerarquía católica son más difíciles que los giros en la jurisprudencia y de que ésta puede ser afectada por una intervención derogatoria del legislador, siendo, por el contrario, improbable una intervención directa, expresa e inequívoca de Jesucristo encaminada a alterar una orientación de Roma. Que este peligro pueda ser conjurado aduciendo el mencionado texto de Mateo u otros similares es discutible, pues precisamente el alcance de esos mismos textos es punto a dilucidar. Que conste que yo no afirmo en estas líneas que tales hechos acaezcan o hayan acaecido, pues una revista jurídica no es la sede apropiada para la reflexión teológica; pero como jurista me reputo obligado a indagar el trasfondo ideológico y las connotaciones sociales de normas o construcciones jurídicas: si no lo hago, no colaboraré eficazmente en la irrenunciable tarea de hacer inteligible el Ordenamiento, en este caso el canónico, merecedor de que, reputándosele objeto de atención, se le explique en sus causas y en sus fines, los confesados por sus autores y los sospechados, acertada o erróneamente, por sus adversarios. En esta misma línea y como hace un momento se apuntó, vemos con frecuencia en el texto de Ibán cómo los apoderados no sólo actúan y ordenan en nombre del Poderdante (lo que es perfectamente comprensible y necesario), sino también cómo determinan el alcance y los límites del apoderamiento basándose sólo en los textos no inequívocos en los que éste se confiere o en declaraciones anteriores de los propios apoderados. Lo que no califico en este lugar de hecho positivo ni de negativo, sino de hecho que merece ser destacado y explicitado, siquiera sea de pasada, en el seno de una reflexión que tome en serio —esto es, críticamente— el fenómeno católico, por ejemplo —y es ahora mi caso— desde una perspectiva jurídica. No se olvide que la Historia de los grandes cismas acaecidos en las Iglesias cristianas —ayer y hoy— versa precisamente sobre las diferentes reacciones producidas ante este problema: la Iglesia Católica la tuvo y la tiene y las técnicas jurídico—canónicas precedentemente comentadas (estoy más cercano de la de Hervada que de la Del Giudice) son una manifestación o un reflejo de dicha reacción.

El segundo aspecto que deseo resaltar es el atinente a lo que Ibán denomina «neorregalismo». En su opinión, constituye una modalidad de regalismo, propia de nuestros días, el hecho de que el Estado regule, por ejemplo, el matrimonio o la enseñanza, campos que, según él, deberían dejarse en cierta medida (si existiese un verdadero Derecho eclesiástico estatal, defensor de las libertades más que de la igualdad) a las distintas iglesias (especialmente, págs. 223 y ss.). A mi juicio, Ibán tiene razón en la medida en que matrimonio y enseñanza sean asuntos ajenos a los intereses y a la misión del poder político secular, en la medida en que el Estado, consciente de que las

diversas respuestas personales al problema de la trascendencia son las pautas fundamentales que deben inspirar la regulación de la vida social, deba resignarse, respecto de los cauces de formación y desarrollo de la personalidad humana, a un mero *laissez faire*. Dicho de otro modo, Ibán acierta si matrimonio y enseñanza son un tema comparable al de las velas y los altares (escojo este ejemplo del regalismo josefinista —pág. 119—). El problema del autor y de muchos de sus compañeros canonistas consiste en obstinarse en no reconocer estas diferencias, en pretender para la Iglesia Católica y su Derecho un lugar y una función que no pueden hoy ser los suyos: se revela así nítidamente el valor ideológico ultraconservador y tendencioso del término «regalismo» en cuanto que implica la convicción de que a la Iglesia Católica le corresponde un poder social que ninguna otra potestad debe interceptar, sino facilitar y proteger, siendo, por ello, misión del Derecho del Estado —llámese «eclesiástico» o no— amparar las libertades de las diferentes iglesias y dejando, por ello, campo libre a la única iglesia que, de hecho, puede hacerlo —la Católica— para regular aspectos básicos de la vida humana y social: la batalla por la consideración del Derecho canónico como Ordenamiento primario y autónomo, y no como estatutario, responde a esa actitud y es coherente con ella. Obsérvese que los canonistas en cuestión no se conforman con que el Derecho del Estado permita a la Iglesia Católica regular, por ejemplo, el matrimonio en su ámbito interno, sino que consideran que el Derecho del Estado debe contemplar la entrada en liza del canónico, regulando éste los aspectos fundamentales del matrimonio y defendiendo, por tanto, en el plano jurídico —en el único plano jurídico posible— los principios de la unidad y de la indisolubilidad; y ello en aras de la libertad religiosa. Al margen de que tal concepción implica la provocación de un durísimo combate por el control social —combate en el que *ahora* se esgrime la libertad como arma (libertad que, por cierto, no es atacada en cuanto libertad *religiosa*)—, la cuestión de fondo, estrictamente teológica (pero insoslayable, como se verá), es ésta: ¿Qué repercusión personal y social ha de tener el suceso inefable existencial, íntimo, de la Fe? ¿Es sensato, en 1985, proponer que ésta pueda conllevar pretensión de constitución y mantenimiento de mecanismos coercitivos de control social que se disputen la regulación de la comunidad política con los emanados de la voluntad popular? A esta pregunta probablemente el profesor Ibán me objetaría que estoy sugiriendo una opción espiritualista, lo que me obligaría a invitarle a reflexionar —acompañado, por supuesto, de la mayoría de los canonistas españoles e italianos, menos de los germánicos— acerca de su concepción del hecho cristiano. Llegados a este punto, ruego al lector que se repunte jurista puro —a ese especialista del seguro o del urbanismo antes mencionado—, que no se espante ante el cariz de la discusión, pues no me alejo ni un centímetro del Código civil: cuando el párrafo 2.º del actual artículo 63 del citado cuerpo legal —reforzado por otros preceptos concordantes y no suficientemente desmentido por el artículo 80— instaura, con algunas restricciones, en 1981 en España un sistema matrimonial electivo o facultativo de corte «anglosajón» o «protestante» (en terminología canónica beligerante), esto es, un sistema de matrimonio civil obligatorio con libertad de formas, el Estado español comete, según se desprende de tesis como la de Ibán, neorregalismo: el Derecho civil español debería, según esa

tesis, haber permitido a los católicos un matrimonio *civilmente* indisoluble. El punto clave es que el Derecho civil no obstruye la indisolubilidad del matrimonio en el plano moral de los cónyuges creyentes (partidarios de esa norma moral) ni en el campo jurídico interno de la Iglesia Católica: lo único que hace es no concederle relevancia jurídica civil. Dicho lo cual, ¿quién pretende invadir a quién? ¿Nos hallamos de nuevo, prof. Ibán, ante las velas de S. M. José II? Omito en esta sede, por ser materia ajena al punto controvertido, mis opiniones acerca de si el denominado sistema matrimonial «latino» o «católico» es acorde con el artículo 14 de la Constitución y si la indisolubilidad del matrimonio es compatible con el artículo 10 del citado texto fundamental. Por no hablar de la perpleja y semiesquizoide situación (ésta sí prevista en nuestro Código civil, en sus artículos 49, 59, y 60) de quienes, contrayendo matrimonio en el templo católico, declaran inevitablemente al mismo tiempo y en el mismo acto, con eficacia jurídica inmediata en los ámbitos civil y canónico, querer dos modos de relación matrimonial incompatibles entre sí: el disoluble del Código civil (arts. 85 y ss.) y el indisoluble del *Codex Iuris Canonici vigente* (Cánones 1.055, 1.056, 1.134 y 1.141), Código este último claramente inspirado en la concepción que Ibán defiende: atiéndase al inciso final del canon 1.059: toda la regulación del matrimonio entre católicos es competencia canónica, «... *salva competentia civilis potestatis circa mere civiles eiusdem matrimonii effectus*»; actitud más atenuada y difusa se detecta sin embargo, en el artículo VI del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979: ¿Para qué su sensato y precavido número 3, si no sospechase entonces Roma que triunfaría, dos años más tarde, el «neorregalismo»?

El tercer aspecto en el que deseo fijar la atención guarda estrecha relación con algo de lo que acabo de escribir: obsesionada la jerarquía eclesiástica con el mantenimiento del poder social, insiste sobre el carácter estrictamente jurídico del Derecho canónico, que pretende presentar como algo distinto de la moral católica y como algo diferente de una normativa que resulta acogida por el Derecho secular sólo en la medida en que éste lo permite, esto es, como un Derecho estatutario: para la canonística, el Derecho de la Iglesia es verdadero Derecho y Derecho primario y autónomo, dotado de autoridad propia, no siendo, además, concebible la Iglesia sin el Derecho sin ese Derecho por ella promulgado. Pues bien, la reflexión acerca de si el Derecho canónico es o no Derecho —reflexión que Ibán refleja en abundantes páginas relatando (y tomando parte en) las intensas polémicas acaecidas con ocasión del espiritualismo, el antes comentado regalismo o el positivismo estatista— es muy fecunda para cualquier jurista. Y lo es porque conlleva el replanteamiento del concepto del Derecho desde la perspectiva analítica de sus elementos componentes o de sus pretendidos y convencionales requisitos esenciales: no juzgo necesario repetir aquí la importancia de problemas —que el autor aborda con precisión y agudeza— como el de la intersubjetividad o el de la coactividad, por ejemplo. O la del problema, básico y previo, del método, verdaderamente científico, para hallar dicho concepto, pues la operación consistente en detectar cuatro o cinco notas en el Derecho positivo de una determinada época o zona geográfica que nos sirven para sostener que todo conjunto o sistema normativo con eficacia social que carezca de alguna

de tales notas no es Derecho, es una operación científica inadmisibile: en eso estoy de acuerdo con Ibán. Como lo estoy asimismo acerca de que el Derecho canónico es verdadero Derecho, lo que no significa que yo defienda que deba serlo o que es conveniente que lo sea o que el Derecho canónico exista o exista del modo que hoy existe.

Otros muchos temas merecen ser traídos a colación a propósito de la espléndida obra de Ibán, pero la necesidad de dar fin a esta *Nota crítica* me impele a eludir ahora su tratamiento. Sólo me limito, pues, en estas líneas finales de mi pequeño estudio a expresar mi sincera admiración por la calidad y el talante intelectual de la monografía (si cabe calificarla de tal): todo o casi todo en ella se cuestiona y el hecho de que yo disienta de la mayor parte de las afirmaciones que se hacen no empece mi juicio altamente positivo. Y concreto esta aseveración aludiendo, por ejemplo, a la singular maestría con que, en páginas 82 y ss. —especialmente en págs. 108 a 110—, se describen, relacionan y distinguen protestantismo y regalismo; con que, en páginas 326 y ss., se aborda el significado de la *rationabilitas* como vehículo de adecuación del Derecho humano al divino; o con que, en págs. 331 y ss. y 404 a 406 se describe el principal sentido de la elasticidad como nota característica del Derecho de la Iglesia. Acertada y conveniente también la distinción entre *status* y «condición jurídica» (págs. 360 y ss.) y brillante —aunque yo disienta de muchas de las aseveraciones hechas— el tratamiento del tema de los derechos fundamentales, a los que se les aleja de las relaciones entre fieles y jerarquía, relaciones regidas por una compleja organización que demuestra cumplidamente el carácter jurídico del Ordenamiento canónico (páginas 370 y ss.): muy peligrosa, a propósito de lo dicho, me parece la afirmación del autor, contenida en páginas 387 y 388, de que «... el tema de los derechos fundamentales nada tiene que ver con la juridicidad de un ordenamiento, pues resulta evidente que existen y han existido ordenamientos jurídicos en los que se ignora tal categoría...»; añadiendo que «... el tema de los derechos fundamentales no es un tema «jurídico», sino, en último extremo, «político». Texto que, perfectamente defendible desde un punto de vista dogmático, requeriría importantes matizaciones en un jurista no positivista como Ibán. Matizaciones que debieron hacerse, del mismo modo que debió evitarse la semiidentificación de *Volksgeist* y voluntad popular (página 248) (parece un mero descuido en la formulación) o que debió dedicarse más espacio y esfuerzo al quinto y último capítulo (págs. 459 y ss.), atinente al método: aun participando de la opinión del autor de que el método depende directamente del concepto y aunque éste se trató abundantemente en todo el resto de la obra creo que, sobre todo a la vista de la parquedad del tratamiento del problema en la doctrina canonística española, éste pudo, en una obra de la importancia de la presente, ser meditado más extensa y detenidamente, acudiendo Ibán, como nuevo Del Giudice, a estudios del Derecho secular.

Censuras éstas que no impiden sino que confirman la singular calidad de la obra, abundantemente documentada y sólidamente construida, fiel exponente de la madurez y de la personalidad de su autor, así como de su posición profundamente crítica ante fenómenos sociales de particular relevancia. No es difícil advertir que, con frecuencia, es la sociedad española actual, y

no el Derecho canónico, el objeto observado, con cierto distanciamiento intelectual, por Ibán, que, con actitudes y lenguaje de escritor novecentista (interés por la perfección, rigor en el razonamiento, conmiseración ante el apasionamiento, elegancia extrema en el uso del idioma, etc.) pretende —aunque no lo confiese explícitamente— un determinado modelo de sociedad y de convivencia, cuyos rasgos ya había trazado, en parte, el mismo Ibán en importantes estudios precedentes de Derecho matrimonial y de Derecho eclesiástico.