

sobre los procesos especiales matrimoniales, que se incluyen en la segunda parte, siguiendo el orden del Código de Derecho canónico. En todo caso prevalecen los cánones del Derecho matrimonial sustantivo, ante el propósito de recoger un *mínimum* de aquéllos completado con la referencia a las normas especiales procesales canónicas que vagan fuera del Código y es difícil su localización, tanto para los profesionales como para los alumnos.

Para una y otra clase de lectores considero la obra sumamente útil y práctica, como instrumento de trabajo y que viene a llenar un vacío respecto de la bibliografía existente, sobre todo por recoger las normas especiales tanto del Derecho canónico en general como del Derecho canónico matrimonial.

También en esta materia se incluye la normativa particular para España, que por las peculiaridades de nuestro Derecho Eclesiástico del Estado se exige tener en cuenta, esto es, toda la legislación que la Conferencia Episcopal Española ha dictado, para acomodar la normativa general de la Iglesia a la legislación española.

El contenido y estructura de esta compilación legislativa responde a una determinada concepción de la asignatura. Ya sabemos que en las diversas Universidades la programación es muy distinta; mientras en unas prevalece la explicación del Derecho Eclesiástico del Estado, con algún olvido del Derecho canónico, en otras se consigue lograr un equilibrio entre ambas disciplinas, lo que proporciona una más amplia formación al alumno. No se puede poner en duda que la tradición y características del Derecho canónico proporcionan unos ámbitos de investigación y estudio que no deberíamos ir dejando de lado, por la moda de conseguir el triunfo inmediato. Por lo que debo agradecer a los autores que nos hayan facilitado una recopilación de textos canónicos, para animarnos al estudio de un Derecho de tanta tradición como es el Derecho canónico.

JUAN GOTI ORDEÑANA

D) DERECHO Y DERECHO ECLESIAÍSTICO

HERVADA, Javier, *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*, Ed. EUNSA, Pamplona, 2002, 206 pp.

Hoy en día asistimos a un colapso en la confianza de la ciudadanía en la Justicia y en el Derecho como instrumentos útiles para solucionar los conflictos, e incluso como modelos o paradigmas de comportamiento cívico. Lo jurídico o lo legal, al menos desde el punto de vista social, se encuentran en un momento crítico. A los

que nos dedicamos al mundo del Derecho se nos suele presentar como individuos de gran astucia que miran más por el interés propio (o de quien nos paga) que por la justicia social. Es más, se nos acusa, y no sin algún motivo razonable, de estar más dispuestos al conflicto que a la pacificación («si puede resolverse sin abogados de por medio, mejor»). ¿Realmente es esta nuestra condición de juristas?

Esta crisis de apreciación social no dudo que pueda estar motivada también por una crisis en la concepción misma del Derecho. Vivimos en un tiempo de sobreabundancia legislativa, en el que algunos plantean la conveniencia y oportunidad de clonar a los seres humanos, otorgando derechos desde una simple perspectiva de producción; otros abogan por relajar los valores occidentales democráticos en aras de una «mejor integración de personas pertenecientes a culturas diferentes» —cuando en realidad se persigue el establecimiento de guetos al margen de la ley—; e incluso se vive de una manera impasible el avance infrenable de la globalización puramente económica sin contemplaciones de pueblos o personas, o el uso alternativo del derecho en beneficio de los propios intereses políticos. En este contexto aparece en el panorama científico español una nueva obra del profesor Hervada. Su título denota la orientación con la que fue diseñada: una introducción al mundo de lo jurídico desde las sólidas bases del realismo jurídico. Y además ofreciendo una respuesta moderna acerca de la función del Derecho y del oficio del jurista.

1. «Este libro es una introducción al derecho, orientado en gran medida a personas que, o bien están en los comienzos de sus estudios de derecho o que siendo ya juristas o canonistas con experiencia, desean recordar y reexaminar los fundamentos de su oficio» (contraportada).

La principal característica de *¿Qué es el Derecho?* es su sencillez, tanto de planteamientos como de exposición de ideas. Es un libro «en cierto sentido elemental, pero está lejos de ser de divulgación» (p. 11). Ciertamente está muy lejos del género divulgativo, pues en sus páginas el lector encontrará mucha más «materia» que forma, muchas respuestas a dudas que todos alguna vez nos hemos planteado, muchas puertas abiertas hacia futuras investigaciones, dentro de cada especialidad, pero desde una base cierta y segura acerca de la teoría general del Derecho.

Según lo expresado por el autor, tres son los destinatarios principales del libro:

1) *Los alumnos que inician sus estudios de Derecho*, e incluso aquéllos que se sienten de alguna manera inclinados a iniciarlos. La fácil y brillante exposición de ideas, habitual en otras obras del mismo autor, les permite la formación de una idea clara y omnicomprendiva del fenómeno jurídico, de sus funciones en la sociedad y de la tarea que corresponde a quien quiera dedicarse a estas lides. En sus líneas podrán encontrar respuestas a preguntas que hoy en día muy pocos se encuentran en condiciones de responder satisfactoriamente: ¿Por qué existe el derecho?, ¿qué es la justicia?, ¿el delito es algo más que la simple realización de

un comportamiento socialmente rechazado?, ¿el delincuente es un incomprendido social?, ¿existen los derechos de los animales?, ¿qué es el derecho natural?, ¿en qué se distinguen la ley natural y el derecho natural?, ¿qué diferencia las ciencias de la moral, el derecho y la política?, ¿en qué errores incurren quienes entienden el Derecho desde el positivismo, el normativismo o el voluntarismo?, ¿de qué manera es posible sostener hoy en día el iusnaturalismo como visión válida sobre el Derecho? Las respuestas que el autor da son muy claras, aunque formalmente no se hayan planteado como tales. Además, dado que el discurso, redactado con un eminente carácter didáctico, se encuentra salpicado de numerosos ejemplos y anécdotas, se facilita la comprensión de los argumentos utilizados, por muy complejos que sean en determinados pasajes.

2) El segundo destinatario del libro es *el jurista que quiera recordar o reexaminar los fundamentos de su oficio*. En primer lugar bien se pudiera pensar en los que se dedican a la práctica del Derecho (abogados, jueces, inspectores de Hacienda...), pues son los más propicios al olvido de los fundamentos últimos del Derecho habida cuenta de su consagración, exclusiva o preponderante, al cultivo del hábito de la prudencia jurídica. Pero también se dirige a los teóricos, incurso en una imparable especialización, que no es raro produzca un oscurecimiento de la teoría general del Derecho. Y no está de más recordar que sólo desde ella y por ella podrán construir una sólida argumentación científica.

Desde esta interpelación general, por mi condición y por la sede en que esta reseña aparece, quisiera llamar la atención de *los juristas eclesiasticistas*. Tras los trágicos sucesos del 11 de septiembre de 2001, en una sociedad como la nuestra, destino de grandes masas de población procedentes de otras culturas y tradiciones religiosas, el Derecho sobre el factor social religioso está de moda; los eclesiasticistas están de moda –aunque parezca que los medios de comunicación aún no se han enterado y prefieran recurrir a otros especialistas del Derecho–. En la obra del profesor Hervada se pueden encontrar bases suficientes para construir una moderna ciencia eclesiasticista, que dé justas respuestas a los problemas que el multiculturalismo y la pluralidad religiosa pueden plantear. Efectivamente, impresa en la naturaleza humana se encuentra la *inclinatio ad Deum* o religiosidad, de la cual dimana el derecho de libertad religiosa (p. 176). Y es en la propia naturaleza humana donde se deben buscar en primer lugar los límites de ese derecho: en la indisponibilidad de ciertos bienes. «Para el hombre, obrar según naturaleza o ser tratado conforme a ella es algo más que una técnica. Es una exigencia de la propia naturaleza, que hace que sean *deberes* las conductas que tienden a que el hombre consiga sus fines naturales y que estén prohibidas las conductas contrarias» (p. 179).

3) En tercer lugar, son destinatarios de la obra también *los canonistas*. El último capítulo está dedicado al Derecho canónico y en él se expone la posibilidad de aplicar todo lo afirmado en los capítulos precedentes también al Derecho

de la Iglesia católica. En efecto, a pesar de las radicalmente distintas materias que tratan el Derecho secular y el Derecho canónico, en la Iglesia «existen verdaderas relaciones de justicia conmutativa (v. gr. contratos), justicia distributiva (v. gr. los fieles tienen derecho a los sacramentos) y justicia legal (hay en la Iglesia auténtica potestad legislativa y de régimen o ejecutiva y judicial); cuenta con un derecho penal y con un sistema judicial, etc.» (p. 201). Por eso mismo, «si existe verdadera justicia, existe verdadero *ius*»; no es posible hablar de un derecho fundamentado en otras virtudes distintas de la justicia (y de la prudencia, en el orden de su conocimiento científico), porque si existe algo que se deba a alguien en justicia se explica únicamente porque ha habido un previo reparto de ese algo, confiriéndole al sujeto una concreta titularidad sobre el mismo. Y eso es el derecho. «Por ello, y siguiendo una gloriosa tradición que se remonta a los inicios de la ciencia jurídica europea, ser canonista es ser jurista, la ciencia canónica es un importante –a la vez que original– sector de la ciencia jurídica, y el método a seguir es un método jurídico» (*ibidem*). En concreto, y una vez superado el método de exégesis de textos, el método sistemático, que hace posible la aparición de ciencias o ramas dentro de la Ciencia canónica (Derecho Constitucional, Organización eclesiástica, Derecho Penal, Derecho Administrativo, etc.).

Es tiempo ya de tratar el fondo de la obra, sus planteamientos y las líneas argumentales que la estructuran.

2. «Es una introducción al derecho desde la perspectiva del realismo jurídico clásico (el derecho como lo justo), que si bien es una perspectiva tan antigua como los juristas romanos, prácticamente fue sustituida a partir del siglo XIV por el subjetivismo (el derecho como el derecho subjetivo) y seguidamente por el normativismo (el derecho como la norma), que es todavía hoy la perspectiva dominante. Por eso, volver al realismo jurídico es un intento de renovación y modernización de la ciencia jurídica. No es volver la vista atrás, es despejar a la ciencia del Derecho de una visión caduca y anticuada, que ha mostrado suficientemente su esterilidad y la deformación que ha impreso al oficio de jurista. En este sentido, este libro puede considerarse como una exposición sintética y propedéutica del realismo jurídico clásico, una forma distinta de lo habitual de comprender el derecho» (pp. 11-12).

Podemos resumir en tres las conclusiones más sobresalientes a las que el autor quiere hacer llegar con su obra:

a) *El derecho como lo justo.*

Si acudimos a la definición clásica de la justicia («dar a cada uno lo suyo»), resulta evidente que en la misma se encuentra enunciado un presupuesto: «repartir las cosas, de modo que pertenezcan a los sujetos». «Si hay cosas que corresponden a uno o a otro [...] es claro que ello obedece a que *no todo es de todos* o, dicho de otra manera, a que *las cosas están repartidas*». Y este reparto no viene

requerido por la escasez de las cosas a repartir, sino por la dimensión espacio-temporal de la persona, que necesita de la atribución (cf. pp 20-31).

De esta forma, el Derecho nace después del acto de reparto que realiza la naturaleza, la ley, la costumbre o el contrato. A partir del mismo hay cosas «mías», «tuyas», «suyas», es decir, «mi derecho», «tu derecho», «su derecho». Y esto es necesario para que el ejercicio de la virtud de la justicia sea posible. «En efecto, la justicia no consiste en *crear u otorgar derechos*, sino en *dar* lo que a ellos atañe –es decir, devolver, restituir, compensar– *cuando se han interferido o lesionado*. Para reflejar con más exactitud la fórmula, recordemos que el derecho es *una cosa* [de aquí el apelativo de *realismo* jurídico], que recibe ese nombre en la medida en que está atribuida a una persona» (p. 51).

b) *El derecho natural como fundamento y medida del derecho positivo.*

Si mencionábamos antes que la ley no es derecho, sino fuente creadora del mismo, ¿cómo es posible que una ley pueda ser injusta, si la justicia es posterior al derecho? Esta paradoja puso contra las cuerdas, ante los crímenes contra la humanidad cometidos por los regímenes totalitarios de mediados del siglo pasado, a todos aquellos férreos defensores del positivismo. Sin embargo, no es éste el lugar para demostrar la existencia del Derecho natural, que por otra parte el autor que recensionamos ha resuelto sobradamente en varias de sus obras.

El derecho natural no únicamente permite la existencia del derecho positivo, sino que además lo enmarca dentro de los límites de la justicia natural. En efecto, de la misma forma que toda acción humana se basa en una capacidad o aptitud natural para realizarla, el hecho jurídico positivo se asienta en una cierta juridicidad natural. «¿Cuál es el mínimo de jurídico natural que debe haber para que pueda existir el derecho positivo? Si recordamos que derecho es la cosa suya, resulta evidente que lo mínimo de jurídico natural que ha de haber es la condición de sujeto de derecho propia del hombre. He ahí algo que es imposible que proceda del derecho positivo. La condición de sujeto de derecho es la *potencia natural* necesaria para que el hombre pueda atribuirse o atribuir a otros alguna cosa como derecho suyo» (p. 96).

En esta línea, competen al derecho positivo las cosas que son *indiferentes* en relación a la justicia. Esto es, que no han sido ya repartidas por el derecho natural –y respecto de las cuales la justicia mueve a respetar–, por lo que cabe un reparto humano de las mismas, constituyéndolas en *derechos positivos*.

c) *El jurista como hombre de derecho y, en cierto sentido, hombre de leyes.*

La relación existente entre ley y derecho, según lo expuesto por Hervada, es la de ser aquélla causa y medida de éste. En efecto, la ley causa el derecho mediante el reparto, con títulos de atribución, de las cosas. Además es su medida porque el derecho existe en tanto en cuanto ha sido previsto por la ley (presupuestos, extensión, facultades, etc.). Por ello el jurista puede ser llamado hombre de leyes, aunque éstas no constituyan el objeto primario de su ciencia práctica o

arte. «El arte del jurista consiste en determinar el derecho, lo justo. Por lo tanto, si el jurista estudia las leyes, lo hace porque éstas tienen una estrecha relación con el derecho. Para conocer el derecho hay que conocer las leyes» (p. 117).

Pero la ley no es objeto de estudio exclusivo del jurista. Sobre ella se centran también los estudios de las otras dos ciencias de la realidad moral: la Moral y la Política. El Derecho, en concreto, únicamente se ciñe a determinar las obras propias de la justicia. «Pero ni siquiera estudia la virtud de la justicia en su integridad, se limita, como decíamos, a la obra *externa* de la justicia. Su perspectiva es el derecho como cosa debida y su finalidad consiste en que cada cual tenga su cosa. Su objeto no consiste en que el hombre se realice como persona siendo justo –esto corresponde a la Moral–, sino en que a cada hombre se respete su derecho. [...] Por su parte, la ciencia política estudia la conducta humana desde la perspectiva del *bien común* de la sociedad, no –como es propio de la Moral– desde el punto de vista del bien total de la persona (que en último término es Dios), sino desde la perspectiva del *orden social* u ordenación de la sociedad hacia un bien común» (pp. 159-161).

Por tanto, corresponde al jurista, en el ejercicio de su arte de «decir lo justo» (*juris-dictio*), estudiar las leyes desde la perspectiva formal propia del derecho: la obra externa de la justicia. Y esto es aplicable también a la ley natural. «Corresponde a los juristas decir el derecho natural –al igual que el derecho positivo–, de dos maneras: con autoridad jurídica pública, vinculante para cada caso concreto, a los jueces. Con autoridad privada, a los juristas expertos en derecho natural. En eso consiste el oficio y la función social de los juristas: decir, determinar el derecho, sea natural o positivo» (p. 183).

A modo de conclusión, y para evitar prolongar en exceso esta recensión, quisiera remarcar el resultado final de la obra del profesor Hervada, en la que hondura de pensamiento y claridad expositiva se conjugan de manera sobresaliente. Es, en efecto, una obra de introducción al Derecho, sin duda de gran utilidad para los estudiantes de los primeros años de carrera, pero también es una obra en la que se ofrece una recuperación del sentido del Derecho, que abre nuevas posibilidades de investigación para reivindicar la utilidad del Derecho como norma de organización social y el prestigio que nunca debió haber perdido.

JOSÉ LANDETE CASAS

IBÁN, I. C., *Introducción al Derecho español* (2.^a edición), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000, 229 pp.

La pregunta previa que seguramente se hará el lector es por qué se ha incluido la recensión de un libro titulado *Introducción al Derecho* en una Revista dedi-